

Berichtsbücherei Danzig



Gerichtsbücherei Danzig

Großkommentare der Praxis



Gerichtsbücherei Danzig

G. T. G. 73.

Das

Bücherverzeichnis No.

F. 116

Bürgerliche Gesetzbuch

1A 25923

PA

mit besonderer Berücksichtigung

der Rechtsprechung des Reichsgerichts

(Kommentar von Reichsgerichtsräten)

erläutert von

+ Dr. Bessau, Reichsgerichtsrat a. D., Dr. Buchwald, Reichsgerichtsrat,
 Dr. Hallamit, Reichsgerichtsrat a. D., Dr. Lobe, Senatspräsident a. D.,
 Dr. Degg, Senatspräsident a. D., Dr. Schaff, Reichsgerichtsrat,
 Schffarth, Senatspräsident a. D., Dozent Dr. habil. Weitz für das
 österreichische Recht und das Einführungsgezet,
 Landgerichtsdirektor Erler für das Einführungsgezet

Neunte, völlig umgearbeitete Auflage

III. Band:

Sachenrecht

bearbeitet von Dr. Bessau (Liegenschaftsrecht)
 und Dr. Schaff (Besitz, Recht an beweglichen Sachen)
 Dr. Lobe (Nachtrag)

Standort:
 Lesezimmer 1.



Berlin 1939

Walter de Gruyter & Co.

vormals G. F. Göschen'sche Verlagshandlung · J. Guttentag, Verlag-
 buchhandlung · Georg Melmer · Karl F. Trübner · Zeit & Comp.

PA 25923 | 3



 Biblioteka
Uniwersytetu Gdańskiego



1100684792

Handwritten notes

Archiv-Nr. 220139

Druck von Walter de Gruyter & Co., Berlin W 35

Printed in Germany

501-

Inhaltsverzeichnis

Drittes Buch. Sachenrecht

		Seite
Erster Abschnitt. Besitz	§§ 854—872	1—30
Zweiter Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken	§§ 873—902	30—184
Dritter Abschnitt. Eigentum	§§ 903—1011	184—381
Erster Titel. Inhalt des Eigentums	§§ 903—924	184—235
Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken	§§ 925—928	235—260
Dritter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen	§§ 929—984	260—328
I. Übertragung	§§ 929—936	260—290
II. Erfindung	§§ 937—945	290—296
III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung	§§ 946—952	296—305
IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache	§§ 953—957	306—310
V. Aneignung	§§ 958—964	310—316
VI. Fund	§§ 965—984	316—328
Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigentum	§§ 985—1007	328—375
Fünfter Titel. Miteigentum	§§ 1008—1011	375—381
Vierter Abschnitt (früher Erbbaurecht §§ 1012—1017), jetzt Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919		381—419
I. Begriff und Inhalt des Erbbaurechts (§§ 1—13)		382—399
II. Grundbuchvorschriften (§§ 14—17)		399—401
III. Beleihung (§§ 18—22)		401—404
IV. Feuerversicherung, Zwangsversteigerung (§§ 23—25)		404—405
V. Beendigung, Erneuerung, Heimfall (§§ 26—34)		405—414
VI. Schlußbestimmungen (§§ 35—39)		415—419
Fünfter Abschnitt. Dienstbarkeiten	§§ 1018—1093	419—497
Erster Titel. Grunddienstbarkeiten	§§ 1018—1029	419—441
Zweiter Titel. Nießbrauch	§§ 1030—1089	442—489
I. Nießbrauch an Sachen	§§ 1030—1067	443—471
II. Nießbrauch an Rechten	§§ 1068—1084	471—483
III. Nießbrauch an einem Vermögen	§§ 1085—1089	483—489
Dritter Titel. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten	§§ 1090—1093	489—497
Sechster Abschnitt. Vorkaufsrecht	§§ 1094—1104	497—508
Siebenter Abschnitt. Reallasten	§§ 1105—1112	508—523
Achter Abschnitt. Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld	§§ 1113—1203	523—733
Erster Titel. Hypothek	§§ 1113—1190	523—718
Zweiter Titel. Grundschuld. Rentenschuld		
I. Grundschuld	§§ 1191—1198	719—730
II. Rentenschuld	§§ 1199—1203	730—733
Neunter Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten	§§ 1204—1296	733—822
Erster Titel. Pfandrecht an beweglichen Sachen	§§ 1204—1272	736—800
Zweiter Titel. Pfandrecht an Rechten	§§ 1273—1296	800—822
Zweiter Nachtrag		823—836

Es haben bearbeitet:

Band 3 (Sachenrecht):

§§ 854—872: RGR Dr. Schack,
 §§ 873—928: RGR Dr. Bessau,
 §§ 929—1011: RGR Dr. Schack,
 Erbbaurecht, §§ 1018—1203: RGR Dr. Bessau,
 §§ 1204—1296: RGR Dr. Schack,
 Zweiter Nachtrag: Senatspräsident a. D. Dr. Lobe.

Abkürzungen.

- AG** Ausführungsgesetz.
AKG Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. 1. 37.
AnfG Gesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. 7. 79/20. 5. 98.
AOB Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 34.
ArbGG Arbeitsgerichtsgesetz vom 23. 12. 26/10. 4. 34.
ArbR Samml Arbeitsrechts-Sammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und der Arbeitsgerichte (früher Wenß Samml).
AufwG Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen vom 16. 7. 25.
AusfBD Ausführungsverordnung.
AZivPrag Archiv für die zivilistische Praxis.
BankA Bank-Archiv.
BankDepotG Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren vom 4. 2. 37.
BayObLG Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Gegenständen des Zivilrechts.
BayZ Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Bef Bekanntmachung.
BlutSchG Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. 9. 35.
D Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
DArbR Deutsches Arbeitsrecht (Zeitschrift).
DAutoR Deutsches Autoredt.
DBG Deutsches Beamten-gesetz vom 26. 1. 37.
DDJ Der Deutsche Justizbeamte.
DJZ Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit.
DevG Gesetz über die Devisenbewirtschaftung vom 12. 12. 39.
DGemO Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. 1. 35.
DGBR Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht.
DJ Deutsche Justiz.
DJZ Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotZ Deutsche Notar-Zeitschrift.
DR Deutsches Recht, Zentralorgan d. Nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes.
ReichsAnz Deutscher Reichsanzeiger.
DRM Deutsches Recht Monatsausgabe.
DRpfl Deutsche Rechtspflege.
DRW Deutsches Recht Wochenausgabe.
DRZ Deutsche Richter-Zeitung.
DurchfBD Durchführungsverordnung.
E I Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch in der Bearbeitung der I. Kommission.
E II Derselbe Entwurf in der Bearbeitung der II. Kommission.
EG Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
EheG Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. 7. 38.
EheGG Gesetz zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes vom 18. 10. 35.
ESRspr Rechtsprechung in Erbhoffachen, herausgegeben von Vogelz-Hopp.
ErbBeschrG Gesetz über erbrechtliche Beschränkungen wegen gemeinschaftswidrigen Verhaltens vom 5. 11. 37.
ErbhRBD Erbhofrechtsverordnung vom 21. 12. 36.
ErhVerfO Erbhofverfahrensordnung vom 21. 12. 36.
ErbschStG Erbschaftsteuergesetz.
FamRAndG Gesetz über die Aenderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 12. 4. 38.
FGG Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. 5. 98.
GBD Grundbuchordnung vom 24. 3. 97/5. 8. 35.
GenBl Genossenschaftsblätter.
GenG Gesetz über die Erwerbs- und Wirtschafts-genossenschaften vom 1. 5. 89/20. 5. 98.
GewO Gewerbeordnung.
GRG Gerichtskosten-gesetz.
GmbHG Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. 4. 92/20. 5. 98.
Gruch Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
GrundE Das Grundeigentum.
GRUR Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht.
GGG Gerichtsverfassungsgesetz.
HansRGG Hanseatische Rechts- und Gerichtszeit-schrift.
HGB Handelsgesetzbuch.
HinterlO Hinterlegungsordnung vom 10. 3. 37.
HRR Höchstrichterliche Rechtsprechung.
Jahrbuch der Akademie f. Deutsches Recht.
JZG Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts.
JMBl Justizministerialblatt.
JPRspr Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts, Beihefte zur Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.
JRbSch. Juristische Rundschau.
JW Juristische Wochenschrift.
JWG Jugendwohlfahrtsgesetz vom 9. 7. 22.

RGBl . . . Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
RGZ . . . Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
RO . . . Konkursordnung.
RonkTreuH . . . Konkurs- und Treuhandwesen.
KostO . . . Kostenordnung vom 25. 11. 35.
ZB . . . Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
M . . . Motive zu dem von der I. Kommission ausgearbeiteten Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
MedlZ . . . Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege, Rechtswissenschaft, Verwaltung.
MuW . . . Markenschutz und Wettbewerb.
ÖNBGB . . . Österreichisches allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.
ÖGH . . . Entscheidungen des österreichischen obersten Gerichtshofs.
ÖLG . . . Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Falkmann und Mugdan.
P ober Prot . . . Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von Uchtesch, Gebhard und Spahn.
PatG . . . Patentgesetz vom 5. 5. 36.
PrAVBergG . . . Preuß. Allg. Berggesetz.
PrAllR . . . Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten vom 5. 2. 1794.
PrOVG . . . Preussisches Oberverwaltungsgericht.
PStG . . . Personenstands-gesetz (aPStG = Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. 2. 75 / 11. 6. 20; nPStG = Personenstands-gesetz vom 3. 11. 37).
RAbGD . . . Reichsabgabenordnung.
RAG . . . Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs. — Nicht abgedruckte Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts sind mit „RAG“ nebst Datum und Alterszeichen angeführt.
RbhfDV . . . Rundbrief des deutschen Jugendarchivs (früher Archiv deutscher Berufsvormünder).
RbK . . . Recht des Kraftfahrers.
RbRR . . . Recht des Reichsnährstandes.
Recht . . . Das Recht, Übersicht über Schrifttum und Rechtsprechung (jetzt Beilage der „Deutschen Justiz“).
REHG . . . Entscheidungen des Reichserbhofgerichts, herausgegeben von den beamteten Mitgliedern des Gerichtshofs.
RErhG . . . Reichserbhofgesetz vom 29. 9. 33.
RFinG . . . Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs.
RG . . . Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs. — Nicht abgedruckte Entscheidungen des Reichsgerichts sind mit „RG“ nebst Datum und Alterszeichen angeführt.

RGBl . . . Reichsgesetzblatt.
RGSt . . . Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs und der Reichsanwaltschaft.
ReichshuVerfBl . . . Reichshaushalts- und Besoldungsblatt.
RM . . . Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt, später Reichsjustizministerium.
RM . . . Reichsjustizminister.
RNotO . . . Reichsnotarordnung vom 13. 2. 37.
RDSG . . . Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
RRVO . . . Reichs-Rechtsanwaltsordnung vom 21. 2. 36.
RSteuerBl . . . Reichssteuerblatt.
RD . . . Reichsversicherungsordnung.
SchG . . . Schiedgesetz vom 14. 8. 33.
SchleswHofstAnz. . . . Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SchRegG . . . Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schulverhältnisse vom 1. 6. 33.
SeuffA . . . Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
SeuffBl . . . Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
StAnpG . . . Steueranpassungsgesetz vom 16. 10. 34.
StB . . . Zeitschrift für Standesamtswesen.
StGB . . . Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
StPO . . . Strafprozessordnung.
TestG . . . Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. 7. 33.
UnW . . . Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 09.
UR . . . Verkehrsrechtliche Urhandlungen und Entscheidungen.
VerR . . . Verkehrsrechtliche Rundschau.
VerG . . . Gesetz über das Verlagsrecht vom 19. 6. 01.
VerVG . . . Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. 5. 08.
Vf . . . Verfügung.
VerglO . . . Vergleichsordnung vom 26. 2. 35.
VO . . . Verordnung.
Warn . . . Warners Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband 1908ff., von 1919 an Rechtsprechung des Reichsgerichts.
WechsG . . . Wechselgesetz vom 21. 6. 33.
WeimVerf . . . Weimarer Verfassung vom 11. 8. 19.
WZB . . . Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.
ZMR . . . Zeitschrift d. Akademie f. Deutsches Recht
ZVDR . . . Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt.
ZVR . . . Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht.
ZVR . . . Zeitschrift für internationales Recht, hrsg. v. Niemeyer.
ZPO . . . Zivilprozessordnung.
ZVG . . . Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. 3. 97 / 20. 5. 98.

Drittes Buch

Sachenrecht

Erster Abschnitt

Besitz

1. Besitz als Rechtsgut.

Während es sich beim Schuldverhältnis um ein Rechtsverhältnis von Person zu Person handelt (Vorbem 2 vor § 241), hat es das Sachenrecht mit Rechtsverhältnissen von der Person zur Sache oder im Sinne des BGB mit Rechten „an der Sache“ zu tun. Solche Rechte sind unter sich zwar verschiedenartig, je nachdem sie an eigener oder fremder Sache bestehen und dementsprechend ein volles Herrschaftsrecht (Eigentum) oder nur ein beschränktes Recht (Gebrauchs-, Nutzungs-, Veräußerungsrecht oder ein Recht auf den Erwerb der Sache) gewähren. Gemeinsam aber ist ihnen allen, daß sie ein wirkliches persönliches (subjektives) Recht darstellen (Vorbem vor § 241). Beim Besitz dagegen trifft dies nicht zu. Er hat zwar ebenfalls seine Stelle im Sachenrecht gefunden, weil begriffsmäßig auch bei ihm eine unmittelbare Beziehung von Person zur Sache vorliegt. Aber dies Verhältnis ist hier, jedenfalls im Sinne des geltenden Gesetzes, kein rechtliches, sondern begrifflich ein nur tatsächliches, wie unter § 854 näher darzulegen sein wird. Trotzdem ist dem Besitz eine bedeutsame Rolle auch innerhalb des eigentlichen Rechtsgebiets zugewiesen, so daß ihm im Ergebnis selbst auch die Eigenschaft als Recht beigelegt worden ist. Dem Besitzer als solchem gewährt nämlich das Gesetz ein (wirkliches) Recht auf Schutz seines Besitzstandes, als wäre seine Herrschaft über die Sache nicht nur tatsächlich, sondern rechtlich begründet. Dem Besitz selbst legt es sodann die Eigenschaft als eines Rechtsguts insofern bei, als es ihn für übertragbar und vererblich erachtet (§§ 854 Abs 2, 857, 870), auch für fähig hält, Gegenstand eines Vermächtnisses zu sein (§ 2169). Der Besitz dient auch als eine gesetzliche Voraussetzung für die Entstehung von Sachenrechten (§§ 929, 937, 958, 1205), und weiter knüpft sich an ihn die wichtige Eigentumsvermutung (§§ 1006, 1055, 1227, 1248), in anderen Fällen die Vermutung für die Empfangsberechtigung des Besitzers (§§ 851, 969); in wieder anderen Fällen sieht das Gesetz den Besitzer als solchen als den Haftbaren an (§§ 836, 831). Berücksichtigt man das alles, so trifft die Auffassung zu, daß der Besitz, wenn nicht eine wirkliche Rechtsstellung, so doch eine rechtsähnliche Stellung hat, und demgemäß ist auch die Ansicht berechtigt, daß der Besitz wie ein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 verlegbar ist (§ 861 A 4), daß er wie eine Vermögensleistung unter dem Gesichtspunkt der grundlosen Bereicherung (§ 812) zurückgefordert (RG 98, 135), daß auf ihn unter Umständen eine Klage aus § 771 ZPO gestützt werden kann (RG 14, 365; 34, 422; JW 1895, 126⁴; 1921, 1246²⁵; 11. 3. 19 VII 389/18; vgl. jedoch § 858 A 7, § 872 A 1). Der Grund schließlich aber, weshalb der Besitz nach der Rechtsordnung eine Würdigung erfahren hat, als wäre er ein Recht, und insbesondere rechtlichen Schutz finden muß, ist die Rücksichtnahme auf den Rechtsfrieden, der auch die Aufrechterhaltung der äußeren tatsächlichen Beziehungen der Personen zu den Sachen fordert (Prot 3, 31). Eberhard (MedR 51, 211) sieht im Besitz ein gegen jedermann wirksames („absolutes“) Persönlichkeitsrecht, während Müller-Erzbach (WZivPrax 22, 5) das Besitzrecht auf der vom Gesetz vorausgesetzten Belangnis und Herrschaftslage entwirft.

Das Gesetz unterscheidet in diesem Abschnitt den unmittelbaren Besitz (§ 854) und den mittelbaren Besitz (§ 868); den Vollbesitz und den Teilbesitz (§ 865); den Mitbesitz (§ 866), als dessen Gegensatz in § 1213 Abs 2 der Alleinbesitz erscheint; den Eigenbesitz (§ 872).

2. Der Besitz im künftigen Recht. Kunkel (JahrbMfDR 1937, 32) tritt für die Abkündigung der allgemeinen Bestimmungen über den Besitz ein. Vgl. auch Eichler, Wandlungen des Eigentumsbegriffes in der deutschen Rechtsauffassung und Gesetzgebung, 1938, bes. S. 137 ff.

§ 854

Der Besitz¹⁾ einer Sache²⁾ wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben³⁾.

Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben^{4) 5) 6)}.

§ I 707, 803 Abs 2 II 777; R 3 78, 80, 91, 93; P 3 26, 33.

1. Der Begriff Besitz wird vom Gesetz zwar nicht ausdrücklich bestimmt; wenn aber das Gesetz sagt, Besitz werde durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt einer Person über eine Sache erworben, wenn Besitz (abgesehen von § 854 Abs 2 und § 857) auch nur auf solche Art begründet werden kann, wenn Besitz endlich mit dem Verlust des tatsächlichen Gewaltverhältnisses endigt (§ 856), so ist unter Besitz begriffsmäßig nur ein tatsächliches Verhältnis, nämlich das tatsächliche Gewaltverhältnis von Person zur Sache zu verstehen. Hält sich jemand für den Besitzer oder wird er von einem andern dafür gehalten, ohne es wirklich zu sein, so können Handlungen, die er daraufhin als angeblicher Besitzer vornimmt, zu keiner Besitzänderung führen (RG HR 1929 Nr 1207). Allerdings sind mit dem tatsächlichen Besitzverhältnis Rechtsfolgen verbunden (vgl. die Vorbemerkung); aber das kann an der grundsätzlichen Auffassung vom Wesen des Besitzes nichts ändern. — Im Auge hat das Gesetz in § 854 nur den unmittelbaren Besitz, den Fall also, daß dem Besitzer die Sache unmittelbar zugänglich ist. Das Nähere darüber unten A 3. Über den mittelbaren Besitz handelt erst § 868. — Zwischen Besitz einerseits und Innehabung oder Gewahrsam andererseits unterscheidet das BGB nicht mehr. Der Versuch, den „juristischen Besitz“ im Gegensatz zum „Verkehrsbesitz“ auch unter seiner Herrschaft wieder grundsätzlich einzuführen, ist abzulehnen. — Das Strafrecht (§ 246 StGB), in dessen Sinne es auf die rechtliche Natur des Gewahrsams oder des Besitzes überhaupt nicht ankommt (RGSt 29, 209; 30, 88; 37, 198; 50, 183; 52, 145; 60, 272; DRZ 1935 Nr 674), wird durch die Auffassungen des BGB über den Begriff Besitz nicht berührt (vgl. § 857 A 1 a. E. und § 935 A 2). Auch der mittelbare Besitzer kann neben dem unmittelbaren die tatsächliche Verfügungsmacht über die Sache innehaben und so auch Besitzer im Sinne der Strafvorschrift (§ 246 StGB) sein (RGSt JW 1937, 1334³⁵). — Beibehalten haben den Ausdruck Gewahrsam auch noch die §§ 808, 809, 886 ZPO und § 44 RD sowie § 31 des RGef v. 30. 6. 1900, betr. Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten (RGBl S. 306). Was im Sinne des § 6 ZPO unter Besitz zu verstehen ist, darüber entscheidet das jeweilig herrschende bürgerliche Recht (RG 61, 92). — Wenn in Zollgesetzen gelegentlich nebeneinander von „Besitz oder Gewahrsam“ die Rede ist, so versteht der RzFinD (ZW 1932, 285⁴⁸) unter Gewahrsam den unmittelbaren und unter Besitz den mittelbaren Besitz. Ähnlich unterscheidet schon RGSt 7. 10. 10 IV D 663/10, teilweise abgedruckt in der Anm. zu der Entscheidung des RzFinD. Vgl. jetzt ZollG v. 20. 3. 1939 § 15 RGBl I 529. — Unter dem Besitzer des Grundstücks, dem der durch eine vorläufige Besitzeinweisung entstandene Schaden zu vergüten ist (§ 6 des prG. über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren; § 854 A 6), ist nur der unmittelbare Besitzer zu verstehen (vgl. RG 102, 196; f. auch § 11 der WD v. 21. 8. 1935 RGBl. 1935 I, 1097; 1939 I, 287 und DurchWD v. 30. 1. 1939 RGBl I, 104 Art 3 zu § 11 [für Österreich]: „Als Besitzer gilt jeder Inhaber“). Ebenso unter dem Besitzer i. S. des § 2 des FleischbeschauG v. 3. 6. 1900 (RGZ 42 C 429). Zu § 55 Abs 2 ZWG: vgl. JW 1937, 552²⁰; DJ 1938, 380).

Das Gesetz kennt nur einen einheitlichen unmittelbaren Besitz. Die Besitzklagen (§§ 861 ff., 1007) setzen eine Sachbeherrschung von einer gewissen Dauer voraus; dem sog. Kurzbesitz (z. B. am Theaterplatz) ist der Besitzschutz versagt (Müller-Erzbach aaD. 16).

2. Besitzfähig ist lediglich eine körperliche Sache (§ 90), nicht z. B. ein eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb als solcher (RG 8. 2. 27 VI 362/26). Ein Besitz an Rechten ist fortan nur noch nach Landesrecht auf den diesem vorbehaltenen Gebieten möglich (Fischereirecht, Wasserrecht). Besitz hat auch der Pächter einer mit einem Grundstücken verbundenen Abbeckereirechtigkeit (RG 4. 3. 25 V 209/24). Keinen Besitz am Grundstück hat der Jagdpächter (RG 70, 70; 98, 102; 107, 296); daran ist auch durch das JagdG v. 3. 7. 1934 RGBl 1934 I, 549; 1935 I, 256; 1938 I, 388, 410, 429; 1939 I, 45 (§§ 12 ff.) nichts geändert worden. Für den Besitzschutz bei Dienstbarkeiten (§§ 1029, 1090) sind die Vorschriften über den Besitz nur entsprechend anwendbar. Besitz ist weiter nur möglich an einer genau bestimmten Sache; ferner nur an solchen Sachen, die einer tatsächlichen Beherrschung zugänglich sind. Die Besitzfähigkeit der Sache wird jedoch nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie ihrer Natur nach für den Gemeingebrauch bestimmt ist. — Auch in Ansehung eines Sachinbegriffs (§ 92), insbesondere eines Warenlagers, kann die zum Besitz erforderliche Gewalt rechtlich nur an den einzelnen zur Sache gehörigen Sachen bestehen. Erstreckt sich die über eine Sache als Ganzes ausgeübte tatsächliche Gewalt auch mit auf die einzelnen dazugehörigen Sachen, so wird der Besitz an diesen nur in der Weise erworben, daß der neue Besitzer die Gewalt über die einzelnen Sachen selbst erlangt. Ein Besitzerwerb ist nur möglich, wenn diese so genau bestimmt sind, daß es keiner weiteren Kennzeichnung

oder Aussonderung bedarf; eine Bestimmung nur der Zahl oder Menge oder dem Werte nach genügt daher nicht (RG 52, 385; 53, 218; 103, 153; Warn 1928 Nr 11; 16. 2. 26 VI 495/25). — Möglich ist der Besitz auch an abgegrenzten, einer Sonderherrschaft zugänglichen Teilen einer Sache (§ 865).

B. a) Zum Besitzerwerb ist die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erforderlich. Ob sie jemand erlangt hat, ist von Fall zu Fall nach den Anschauungen des Verkehrs zu entscheiden (vgl. RG JW 1934, 1484⁴ und § 866 A 1 a. E.). Notwendig ist jedenfalls, daß die Sache der Person räumlich so zugänglich geworden ist, daß der Besitzer auf die Sache beliebig einzuwirken und über sie beliebig tatsächlich zu verfügen vermag (sei es selbst, sei es nach § 855 durch einen anderen). Der Besitz wird auch dem Umfange nach nur soweit begründet, als den bezeichneten Anforderungen entsprochen ist. Daher gibt auch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Hauptsache nicht ohne weiteres zugleich den Besitz am Zubehör. — Hinsichtlich der Art des Besitzerwerbs ist zu unterscheiden, ob die Sache bisher besitzlos oder ob sie im Besitz eines anderen befunden hatte, regelmäßig zwar widerständig sein, es sei denn, daß der Erwerber ein besonderes Recht zur Besitzergreifung hatte (wie bei dem Rechte der Selbsthilfe nach § 229 oder beim Pfändungsrecht nach Art 89 GG). Aber ungeachtet der Fehlerhaftigkeit seines Besitzerwerbs (§ 858) hat der Handelnde (z. B. der Dieb) durch seine einseitige Handlung dennoch den Besitz erlangt. Der Besitzerwerb unter Mitwirkung des früheren Besitzers ist vor dem einseitigen Erwerb in der Hinsicht bevorzugt, daß nur er als Grundlage für den Rechtserberwerb im guten Glauben dienen kann (§§ 932 ff.), für den Besitzerwerb selbst ist der gute Glaube, etwa an den Besitz des andern, bedeutungslos (RG 105, 414). — Die Besitzergreifung selbst muß stets in einem äußerlichen und für den darauf Achtenden erkennbaren Vorgange bestehen, wie der Besitz selbst erkennbar sein muß und wie denn überhaupt die Erkennbarkeit (Sinnfälligkeit) das allgemeine kennzeichnende Merkmal dinglicher Rechte und dinglicher Herrschaftsverhältnisse ist (RG 66, 262; 77, 208; 151, 186). — Beim zweiseitigen Besitzerwerb durch Übergabe ist erforderlich, daß der Erwerber die tatsächliche Gewalt (nicht bloß die rechtliche Verfügungsbefugnis) über die Sache mit Zustimmung des bisherigen Besitzers erhält (RG 53, 220; JW 08, 681¹³; Warn 1917 Nr 55). Eine bloß sinnbildliche Besitzübertragung ist nach dem geltenden Recht nicht mehr möglich (RG 77, 208). Es muß insbesondere ersichtlich gemacht sein, daß das Besitzverhältnis des früheren Besitzers aufgehört und der andere die Gewalt erlangt hat (RG 66, 262 ff.; 106, 136; 151, 187; vgl. auch 74, 146), wie es z. B. der Fall sein kann, wenn der Zahnarzt dem Behandelten probeweise Goldkronen ins Zahngewebis eingeseht hat (RGSt 31M 1938, 279). Die Einräumung eines bloßen rechtlichen Verfügungsrechtes oder des Rechtes auf die Besitzergreifung ist für den Besitzerwerb regelmäßig unwesentlich (RG JW 02, 37²⁰). Sonach begründet z. B. auch die Erlaubnis zur Entnahme von Bodenbestandteilen (Kies oder dgl.) nicht ohne weiteres die Einräumung des Besitzes an Grundstück oder an dessen Teilen (RG JW 02 Beil 201). Ebenso wenig begründet die bloße Erklärung des bisherigen Besitzers, er „überweise“ dem andern die — auf seinem Boden lagernden — Sachen, Besitz an diesen. Die Erlaubnis zum Abtrieb des auf dem Stamme verkauften Holzes kann nach dem Willen der Vertragsschließenden unter Umständen lediglich die Bedeutung haben, daß das Schlagen der Bäume vorerst nur die demnächstige Besitz- und Eigentumsübertragung vorbereiten, an sich also eine Änderung an den Besitz- und Eigentumsverhältnissen nicht begründen soll und daß mithin Besitz und Eigentum erst mit der nach Bezahlung des Kaufpreises gestatteten Abfuhr übergehen sollen (RG 72, 310); das gilt namentlich, wenn der künftige Erwerber das Holz auf dem Grundstück liegen läßt und keine Herrschaftshandlung daran vornimmt (RG SeuffA 78 Nr 112). Dagegen kann in dem Zusage eines Raumes mit Zustimmung des Verkäufers eine Besitzübergabe hinsichtlich der darin befindlichen Sachen gefunden werden (vgl. RG 56, 313); ebenso im Aushändigen des Schlüssels zu einem Raum oder einem Verhältnis (RG 40, 223; 77, 207; Gruch 48, 955; JW 08, 681¹³), auch wenn im gegebenen Falle der Verpänder den Schlüssel wieder abholt, sofern er ihn nur wieder zurückbringt (RG JW 07, 140²²). Wenn der bisherige Besitzer bei Aushändigung eines Schlüssels zu dem Raum, worin sich die zu übertragenden (zu verpändernden) Sachen befinden, einen zweiten Schlüssel für sich behält, so schließt dies noch nicht aus, daß der Empfänger des Schlüssels den Besitz an den Sachen erhält (RG 66, 264; 103, 100). Das Niederlegen von Paketen auf dem Tisch der Postverwaltung in Gegenwart und mit Wissen des Postbeamten kann Besitz der Postverwaltung schon mit der Niederlegung begründen (RG 70, 318). Wenn jemand eine Kiste nach der Verzollung wieder zur Verfügung gestellt wird, so erlangt er Besitz daran, auch wenn er sie zunächst noch im Abfertigungsraum stehen läßt (RG 26. 5. 11 III 408/10). Der Besteller ist Besitzer des auf das Grab gesetzten Grabsteins, auch wenn der Unternehmer sich das Eigentum vorbehalten hat (LJ 1924, 476). Unter allen den bezeichneten Umständen wird dem Erwerber nicht nur ein Verfügungsrecht, sondern die

Möglichkeit der tatsächlichen Beherrschung selbst eingeräumt. Hierfür ist nicht Erfordernis, daß die Sache der Einwirkung Dritter völlig entzogen wird oder daß der Zutritt zu dem Raum, worin sich die Sache befindet, für andere schlechthin ausgeschlossen wird (RG 66, 264; 106, 135; 151, 187; RGSt 2, 65). Aber Alleinbesitz ist jedenfalls doch Besitz in dem Sinne, daß begrifflich auch ein Mitbesitz anderer (§ 866) nicht bestehen kann. Daher ist Alleinbesitz ausgeschlossen, wenn der andere, dem etwa der Raum oder das Verhältnis ebenfalls zugänglich geblieben ist, die Möglichkeit des Zutritts in der Weise benützt, daß auch er Besitzhandlungen vornimmt (RG 66, 263). Bloßes Mitbenutzen ist aber noch kein Mitbesitzen, wenn der alleinige Besitz des andern Benützers anerkannt wird und der eigene Besitzwille (s. unten) fehlt (RG 108, 123). Das gilt bei Ehegatten wie bei andern (RG 25. 3. 24 VII 504/23). Durch Inbesitznahme der gemieteten Geschäftsräume erlangt der Mieter zugleich auch den Besitz an der Außenwand und ist daher (mangels besonderer Abrede) auch in deren Benutzung zu Verbezwecken geschützt (RG 80, 284; JW 05, 367⁵; vgl. auch RG JW 1939, 285¹³). Vgl. § 865. Der Mann hat bei geschlechtem Güterstande Besitz an den in die Ehewohnung eingebrachten Sachen der Frau (RG JW 1914, 146⁹); indes nicht auch an den seiner Verwaltung und Nutznießung entzogenen Gegenständen (RG Warn 1922 Nr 16). Zur Besitzübertragung durch den Gerichtsvollzieher genügt es, wenn er angesichts der in Verwahrung genommenen Sachen dem anderen erklärt, daß er ihm diese Sachen ausliefere (RG 74, 355).

b) Der Wille, die Sache zu besitzen, ist als Erfordernis für den Besitzwerb nicht aufgestellt; vom Willen des Besitzers hängt es nach ausdrücklicher Vorschrift nur ab, ob er Fremdbesitzer oder Eigenbesitzer ist (§ 872), vgl. auch RG 135, 78. Aber, wie sich aus § 867 ergibt, bedeutet das unbewußte Innehaben einer Sache noch keinen Besitz und ein tatsächliches Gewaltverhältnis ist ohne den entsprechenden Beherrschungswillen nicht denkbar; jedenfalls kann niemand gegen seinen Willen Besitzer werden. Die Ausnahme in § 857 ist nur scheinbar; denn hier wird Besitz im Wege einer Annahme nur unterstellt. Besitz ist daher zu verneinen, wenn in die von einer Person beherrschten Räume ohne ihr Wissen Sachen eingebracht werden (RG 106, 135; JW 1925, 784²⁷); die auf dem Abort eines Gasthauses verlorene Halskette befindet sich nicht ohne weiteres im Besitz des Gastwirts; vgl. indessen RGSt 30, 88). Dies gilt auch in den Fällen der §§ 984, 867, 1005; an einem in unserem Grundstück vergrabenen Schatz oder an einem Tier, das sich auf das Grundstück verlaufen hat, wäre erst eine Inbesitznahme zum Besitzwerb erforderlich; so auch beim Fund (§ 965). Wenn sich aber jemand bereits zum Voraus entschlossen hat, den Besitz an den ohne sein Wissen tatsächlich in seine Gewalt gelangenden Sachen zu erwerben, so an Sachen, die in einen an der Außentür der Wohnung angebrachten Briefkasten gesteckt werden, an Geld, das in eine aufgestellte Sammelbüchse gelegt wird, an Wild, das in eine dem Wildfang dienende Vorrichtung gerät, so erwirbt er den Besitz, ohne daß es noch eines neuen Entschlusses bedürfte, schon auf Grund der zuvor getroffenen Veranstaltungen, selbst wenn er noch nicht einmal erfahren hat, daß die Sachen in seine Gewalt gelangt sind (vgl. RG 106, 136; JW 1925, 784²⁷). Aus Gründen ähnlicher Art wird auch der Besitz an Früchten oder an andern wesentlichen Bestandteilen ohne besondere Besitzergreifung erworben, wenn diese Sachen durch die Trennung von der Hauptsache selbstständig werden und innerhalb des Herrschaftsbereichs des Grundstücksbesitzers verblieben sind. Der Vermieter, der Gastwirt erwirbt nicht ohne weiteres den Besitz an den eingebrachten Sachen des Mieters, des Gastes (§§ 559, 704). Daß der Inhaber einer Sache den Willen hat, die Sache als die seinige zu behalten, ist in keinem Falle zu erfordern (vgl. für das neueingeführte Handelsrecht in Osterreich und in den judetendeutschen Gebieten WD v. 24. 12. 1938 Art 5 (RGBl 1938 I, 1999; 1939 I, 23 und v. 28. 2. 1939 Art 5 (RGBl 1939 I, 391, 427)). — Der zum Besitz erforderliche Wille ist der natürliche, kein rechtsgeschäftlicher. Deshalb ist ein in rechtlichem Sinne Willensunfähiger Besitz zu erwerben und zu haben in der Lage, insofern als der Besitzwerb kein Rechtsgeschäft ist, und er ist es insofern, als er den (natürlichen) Willen haben konnte und gehabt hat, die Sache in seine tatsächliche Gewalt zu bringen. Daß ein nur beschränkt Geschäftsfähiger selbst Besitz erwerben kann, ist als selbstverständlich angenommen worden (Prot 3, 33). Durch das Bestehen einer gesetzlichen Stellvertretung (in Form elterlicher Gewalt oder bestehender Vormundschaft) wird der Besitzwerb durch ein Kind nicht ausgeschlossen (RG 64, 386).

4. Der Besitzwerb durch Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers (Abs 2) kommt nur ausnahmsweise in Betracht und kann nur in Frage stehen bei Sachen, die sich bereits im Besitz einer Person befinden. In diesem Rahmen dient die bezeichnete Erwerbssart zur Erleichterung des Besitzwerbs. Die Erleichterung besteht darin, daß der Besitz schon durch gegenseitige Willenserklärungen erlangt wird und daß es somit keiner tatsächlichen Besitzergreifungshandlung wie bei besitzfreien Sachen bedarf. Der Besitzwerb mittels bloßer Einigung ist jedoch nur dann zugelassen, wenn der Erwerber sogleich in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben (was er darzutun hat, RG Gruch 49, 127). Dieser Tatbestand ist weniger als das wirkliche Erlangen der tatsächlichen Gewalt (vgl. RG 74, 149; Siebert JW 1936, 2453 zu Nr 3). Ob er vorliegt, ist vornehmlich nach der Anschauung des täglichen Lebens und der Verkehrsauffassung zu entscheiden. Nur unter folgenden Umständen kann § 854 Abs 2 gegeben sein: In der Natur der Sache liegt es zunächst, daß für einen Besitzwechsel mittels bloßer Einigung

nur dann Raum ist, wenn der Erklärungsgegner des Erwerbers zur Zeit der Einigung noch selbst Besitzer war. Notwendig ist weiter, daß der Erklärungsgegner seine bisherige Gewalt über die Sache selbst aufgibt. Behält er sie, dann ist die Möglichkeit des Besitzerwerbs durch Einigung ohne weiteres ausgeschlossen; so z. B., wenn der bisherige Besitzer die Schlüssel des Lagerplatzes behalten hat und nach wie vor über die ankommenden und abgehenden Waren verfügt (RG 25. 1. 07 II 238/06), oder wenn der Ehemann der Ehefrau in der Wohnung befindliches Hausgerät schenkt, bei gesetzlichem Güterrecht aber Verwaltung und Nutzung, also Besitz behält; darüber, ob dann § 930 zutrifft (RG 108, 123), vgl. II 5 zu § 930. Weiter ist zu erfordern, daß die Erlangung der tatsächlichen Gewalt auch ohne Mitwirkung des bisherigen Besitzers möglich ist. Endlich aber, daß auch sonstige Umstände, insbesondere das Verhalten dritter Personen, den Zugriff auf die Sache nicht hindern. Ein Anwendungsfall: Der Besitzdiener des bisherigen Eigentümers erwirbt von ihm das Eigentum der Sache. Mit dem Eigentum geht auch der Besitz über (RG 13. 12. 23 IV 849/22; vgl. auch JW 1912, 129²). Erwirbt ein Besitzdiener (§ 855), der im übrigen auch in dieser Stellung bleibt, durch Einigung nach § 854 Abs 2 den unmittelbaren Besitz an einer Sache für deren Erwerber (als dessen Besitztreuhänder), so sind an diese Vorchrift strenge Anforderungen zu stellen (vgl. Siebert aaD.). — Die **Einigung** selbst ist ein Rechtsgeschäft und unterliegt als solches allen Regeln von Willenserklärungen (§§ 116ff., 164ff., 181). Daher ist auch eine Stellvertretung beim Besitzerwerb mittels Einigung zulässig. Die Einigung setzt im übrigen das Vorhandensein einer Verpflichtung zur Besitzübertragung nicht notwendig voraus. Aber infolge des der Willenseinigung anhaftenden Mangels kann zugleich das Grundgeschäft und die dingliche Einigung nichtig sein. Dann ist der Besitz nicht erworben (RG JW 07, 540¹). Darüber, ob die Einigung als ein von dem zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verhältnis unabhängiges Rechtsgeschäft von dessen Nichtigkeit unbedingt unbeeinflusst bleibt (RG 68, 100; § 929 I a. E.). Daß im Wege der Einigung nach § 328 Besitz unmittelbar auch zugunsten eines Dritten erworben werden könnte, ist zu verneinen (RG 66, 99). Der § 328 setzt ein Verpflichtungsgeschäft voraus; die Einigung ist dagegen ein Erfüllungsgeschäft, und für die Anwendung des § 328 ist hier somit keine Stelle. Vgl. hierzu des näheren § 328 I a. E. — Zum Inhalt hat die Einigung die Abmachung, daß der bisherige Besitzer seine Besitzlage, wie sie eben ist und wie er sie fortsetzen kann, auf den andern überträgt; nie genügt aber eine Einigung, durch die lediglich ein Verfügungsgeschäft begründet wird. Auch genügt nicht eine bloße Überweisungserklärung. Anwendbar ist Abs 2, wenn der Käufer von der Forstverwaltung die Holzabfuhrzettel erhält (RG 6. 1. 06 VII 201/05). — Mit der Einigung über den Übergang des Eigentums (der sog. *brevi manu traditio*; s. Gruch 49, 127), von der z. B. § 929 S. 2 handelt, hat § 854 Abs 2 nichts zu tun; denn dabei muß der Erwerber bereits unmittelbarer Besitzer der Sache sein.

5. Besitzerwerb durch Stellvertreter (vgl. Vorbem 4 vor § 164 u. § 164 II 3 Abs 3). Der Grundsatz der freien Stellvertretung beim Besitz hat nach dem geltenden Recht keine allgemeine Geltung mehr. Von einer Stellvertretung beim Besitzerwerb kann vielmehr nur da die Rede sein, wo die tatsächliche Handlung des einen für den andern unmittelbar wirksam wird, und mithin durch die Besitzergreifung des Vertreters der andere (der Vertretene) den (unmittelbaren) Besitz erlangt. Etwas dem Ähnliches hat das Gesetz nur bei dem Besitzerwerb durch den Besitzdiener (§ 855 I 1) geschaffen (RG 99, 208; 137, 26). Wenn bei dem Besitzerwerb durch bloße Einigung (§ 854 Abs 2) Stellvertretung zulässig ist, so bedeutet das nur eine scheinbare Ausnahme; denn diese Einigung ist ein Rechtsgeschäft (vgl. oben II 4), während der Besitzerwerb durch tatsächliche Gewalt das nicht ist. Stellvertretung liegt auch nicht vor im Falle des § 868, da hier der Handelnde den unmittelbaren Besitz für sich selbst erwirbt und der andere Teil eine Besitzstellung nur mittelbar erlangt (RG 137, 26). Die Stellvertretung beim Besitz grundsätzlich zuzulassen, mußte dem Gesetzgeber deswegen fernliegen, weil er den rechtsgeschäftlichen Willen als Begriffsmerkmal des Besitzes nicht hat anerkennen wollen (II 3 oben und Vorbem 4 vor § 164). Bedenklich ist es deshalb, wenn RG 6. 11. 31 VII 157/31 in einer mehr beiläufigen und für die schließliche Entscheidung nicht wesentlichen Bemerkung gesagt wird, daß bei der gewollten Ausführung eines vorher geschlossenen Übereignungsabkommens die rechtsgeschäftliche Natur des zugleich eine Willenserklärung enthaltenden Besitzerlangens nicht zu bezweifeln sei, und wenn daraus die Anwendbarkeit des § 166 hergeleitet wird. Von einer Stellvertretung kann hier nur bei der zum Eigentumsübergang notwendigen Einigung darüber die Rede sein; auf das Besitzerlangen sind die §§ 164ff. auch bei weitester Auslegung nicht anwendbar (RG 137, 26ff.). Bei der gesetzlichen Stellvertretung (elterlichen Gewalt, Vormundschaft) ist der gesetzliche Stellvertreter der unmittelbare Besitzer der von ihm in Besitz genommenen, dem Vertretenen gehörigen Sachen; denn seine Rechtsstellung ist kraft Gesetzes selbständig. Der Vertretene ist nur mittelbarer Besitzer (§ 868 I 3). Ein Fall der Stellvertretung beim Besitzerwerb liegt hier mithin nicht vor. Über den Besitzstand unter Eheleuten: § 868 I 3. Die allgemein besitzfähigen juristischen Personen (vgl. aber DJZ 1935 Nr 674) erwerben durch ihre Vertreter regelmäßig selbst den unmittelbaren Besitz, aber nur deswegen, weil das Handeln des Vertreters nicht als Handeln anstatt der Körperschaft mit Wirkung für diese, sondern als deren eigenes Handeln anzusehen ist.

§ 855 ist hier so wenig wie im Falle der elterlichen Gewalt oder der Vormundschaft anwendbar. Je nach der Verfassung einer juristischen Person ist es indessen auch möglich, daß ihr gesetzlicher Vertreter den unmittelbaren Besitz für sich selbst erwirbt, so wenn er eine Sache in seine persönliche Verwahrung nimmt. Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, bei der das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern zur gesamten Hand gehört (§ 718), sind die Gesellschafter in demselben rechtlichen Verhältnis auch Besitzer (RG Warn 1927 Nr 55). — § 983 spricht ausdrücklich von dem Besitz „einer öffentlichen Behörde“. — Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Nachlassverwalter, Treuhänder (§ 31 HgbBankG v. 13. 7. 99) haben nach richtiger Ansicht ebenfalls nicht die Rechtsstellung eines Stellvertreters, da sie kraft eigenen Rechtes handeln (RG 52, 333, ferner Vorbem 2 vor § 164); sie erwerben sonach auch ihrerseits den unmittelbaren Besitz. — Über den Besitz des Pfandhalters im Sinne des § 1206: RG 66, 261.

6. Soweit das Landesrecht gilt, kann Besitz auch durch eine behördliche Anordnung erworben werden, so beim Zusammenlegungsverfahren durch die Besitzüberweisung (RG 18. 6. 02 VI 124/02) und bei der Enteignung gemäß § 32 des PrGes v. 11. 6. 74 durch die Enteignungserklärung. Solche Besitzeinweisungen ergehen jetzt auch kraft Reichsrechts; vgl. insbesondere § 2 des Landbeschaffungsges. v. 29. 3. 1935 (RGBl 1935 I, 467, 514; 1937 I, 1409; 1938 I, 387, 631, 850; 1939 I, 277, 287); § 11 der DurchfVd dazu v. 21. 8. 1935 (RGBl 1935 I, 1097; 1938 I, 631; 1939 I, 277, 287); § 11 KleinstdiebungsVd v. 6. 10. 1931 (RGBl 1931 I, 551; 1935 I, 246, 341; 1936 I, 396; 1938 I, 233); § 18 des NaturschG v. 26. 6. 1935 (RGBl 1935 I, 821, 1191; 1936 I, 1001; 1938 I, 36; 1939 I, 217); § 12 der DurchfVd dazu v. 31. 10. 1935 (RGBl 1935 I, 1275; 1938 I, 1184; 1939 I, 217; § 854 A 1). — Zu den Übergangsbestimmungen Artt 180, 191 vgl. RG 50, 8; 54, 135; 55, 54. In örtlicher Hinsicht regelt sich der Besitzübergang auch an beweglichen Sachen nach dem Gesetze des Ortes, wo sie sich befinden (RG 11, 52).

[Auch die Frage, ob österreichisches (sudetendeutsches) Recht oder das Besitzrecht des BGB anzunehmen ist, bestimmt sich danach, wo die besessene Sache sich befindet. Das Besitzrecht des DABGB (§§ 309ff.) weicht zum Teil erheblich von dem des BGB ab. So ist dort tatsächliche Gewalt über eine Sache nur Zueignung; Besitzer ist, wer eine Sache mit dem Willen hat, sie als die Seinige zu behalten. Daneben gibt es einen Besitz an Rechten (§§ 311ff. DABGB). Zum Besitz ist ein Besitzwille nötig, den ein Kind unter 7 Jahren nicht haben kann. Der Besitzserwerb kann — entgegen dem BGB — durch abstraktes Besitzkonstitut erfolgen; nicht aber durch eine Abtretung des Herausgabeanspruchs; wohl aber durch eine Anweisung an den unmittelbaren Inhaber, künftig für einen anderen zu besitzen, oder durch eine Übergabe mittels Zeichen wie z. B. handelsrechtlicher Urkunden (§§ 427, 428 DABGB). Der Besitz an abhanden gekommenen Sachen dauert fort, solange die Hoffnung auf ein Wiedererlangen besteht (§ 349 DABGB). Von diesen und zahlreichen weiteren Unterschieden zum BGB macht bei der Frage, welches Recht anzuwenden ist, nur der Rechtsbesitz Schwierigkeiten, weil sich die Frage erhebt, wo der Rechtsbesitz zu lokalisieren ist. Es dürfte dabei darauf ankommen, wo sich die Sache befindet, auf welche sich das besessene Recht bezieht. Österreichisches Recht ist also anzuwenden, wenn bei Dienstbarkeiten das belastete Grundstück, bei Pfandrechten die Pfandsache, bei Miet- und Leihverträgen die genutzte Sache sich in Österreich befindet. (Weißte)].

§ 855

Übt jemand ¹⁾ die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen ²⁾ in dessen Haushalt ³⁾ oder Erwerbsgeschäft ⁴⁾ oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat ⁵⁾, so ist nur der andere Besitzer ⁶⁾.

§ II 778; § 3 31, 33; § 219.

1. Nach der hierfür gebräuchlich gewordenen Bezeichnung der **Besitzdiener**, Besitzgehilfe. Er ist im Sinne des Gesetzes nur Stellvertreter des Besitzherrn im Besitz, da seine Besitzhandlungen allein dem Genannten zugerechnet werden und demgemäß nur dieser Besitz erwirbt (§ 854 A 4 u. 5; RG SeuffA 79 Nr 186).

2. Die erste Voraussetzung für das Vorhandensein einer Besitzdienerschaft ist, daß der Besitzdiener die **tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen andern** (den Besitzherrn) **ausübt**. Diese Voraussetzung ist lediglich eine sachliche. Denn gefordert wird nur, daß der Besitzdiener tatsächlich auf Grund des zwischen ihm und dem andern bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses (A 4) handelt, die Gewalt also anstatt des andern ausübt. Dagegen wird nicht verlangt, daß der Besitzdiener, abgesehen von seiner im allgemeinen gewollten Unterordnung unter die Weisungen des Besitzherrn (A 5), auch im besonderen Falle sich entschließt, für diesen zu handeln. Daher ist die Anwendbarkeit des § 855 im Einzelfall auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Besitzdiener (innerlich) den Willen gehabt hat, nicht für den Besitzherrn, sondern für sich selbst den Besitz auszuüben. Eine derartige nur innerliche Entschließung des Besitzdieners ist rechtlich unerheblich, solange der Besitzdiener überhaupt im Rahmen des allgemeinen Abhängigkeitsverhältnisses

nisses tätig gewesen ist (Prot 3, 36). Die Sachlage wird erst dann eine andere, wenn der Besizdiener seinen Willen in die Tat umgesetzt und etwa die Sache durch eine äußerlich erkennbare Handlung dem Besiz des Dienstherrn entzogen hat (z. B. ein Dienstmote durch widerrechtliche Wegnahme). Liegt das vor, dann wird die Besizaufgabe des Besizherrn und andererseits der Besizwerb durch den Besizdiener auch nicht dadurch gehindert, daß dieser rechtswidrig und gegen den Willen des Herrn handelt (§ 854 A 3). Hat der Besizdiener eine Sache, die er für den Besizherrn erwerben sollte, unter solchen Umständen für sich selbst erworben, daß der Herr trotz des auftragswidrigen Verhaltens des Besizdieners in bezug auf die Sache keinen Anspruch erworben hat, so ist auch der § 855 zu seinen Gunsten nicht anwendbar. Sollte beispielsweise der Besizdiener eine bestimmte Sache für den Haushalt des Herrn anschaffen, so sind folgende Fälle denkbar: Kauft der Besizdiener die Sache schlechthin und geschieht auch die Übergabe schlechthin (also weder auf den Namen des Herrn noch auf den des Besizdieners), dann erlangt den Besiz der Herr, selbst wenn der Besizdiener sich insgeheim vorbehält, die Sache für sich zu erwerben. Kauft der Besizdiener dagegen die Sache in eigenem Namen und läßt er sie sich auch auf eigenen Namen übergeben, oder kauft er die Sachen überhaupt nicht, läßt er sie sich vielmehr schenken und schenkweise übergeben, dann mag er sich verantwortlich gemacht haben; aber der Herr hat den Besiz nicht erlangt.

3. Der Begriff des **Haushalts** ist weiter als der des Hausstandes (§§ 1617, 1618, 1619, 1969). Jemand kann im Haushalt (§§ 196, 1361, 1620, 1932) eines andern tätig sein, ohne dessen Hausstand anzugehören (§ 1618), z. B. eine Waschfrau, ein Lohndiener. Ein Gast, dem eine Sache zum Gebrauch überlassen wird, ist nicht Besizdiener, weil er in keinem Abhängigkeitsverhältnis steht. Der Gastgeber behält die unmittelbare tatsächliche Gewalt über die Sache, so daß der Gast also nicht etwa selbst Besizer ist. Auch läßt sich nicht allgemein als Regel annehmen, daß jedes Wittglied des Hausstandes eines andern, das die Gewalt über eine zum Haushalt gehörige Sache ausübt, dies als Besizdiener des andern tut. Es wird vielmehr auch hier darauf ankommen, ob der Betreffende in Ansehung der Sache den Weisungen des Haushaltungsvorstandes zu folgen hat, insbesondere also auf dessen Geheiß die Sache ihm auszuantworten verpflichtet ist oder nicht. Daß die Sache gerade zu den Haushaltsgegenständen (§§ 1382, 1640, 1969, 1932) gehört, ist nicht erforderlich. Die Worte „in dessen Haushalt“ sind nicht auch räumlich zu verstehen. Es genügt, daß die Sache überhaupt nur zum Haushalt gehört, gleichgültig, wo sie sich befindet. Das Besizdienerverhältnis bleibt z. B. auch dann bestehen, wenn der unmittelbare Besizer seinen Angestellten mit einer Sache zum Zwecke ihres Verkaufs nach einem anderen Orte sendet (RG 71, 248). Ein Bedienter, der Sachen für den Haushalt einkauft und nach Hause befördert, übt ebenfalls die Gewalt darüber bereits unterwegs für den Dienstherrn aus.

4. Der Ausdruck **Erwerbsgeschäft** ist hier wie sonst (§§ 112, 1367, 1405 u. a.) im weitesten Sinne zu verstehen; er greift im Falle jeder berufsmäßig auf Erwerb gerichteten Tätigkeit Platz. In Betracht kommen hier kaufmännische, gewerbliche, künstlerische, wissenschaftliche Geschäfte, Gütsverwalter, Leiter von Zweiggeschäften, gelegentlich auch die Ehefrauen in Abwesenheit des Ehemanns (RG 51, 23), Packer, Bodenmeister (RG JW 09, 105³), der Förster hinsichtlich der seiner Aufsicht unterworfenen geschlagenen Hölzer (RGSt 14, 305), die Angestellten eines Lagerhalters hinsichtlich der eingelagerten Sachen (RG 138, 270), der Fuhrunternehmer hinsichtlich der von ihm beförderten Abfälle im Rahmen des Auftragsverhältnisses (JW 1935, 2463⁶⁷); der Rahnschiffer hinsichtlich der ihm vom Eigentümer angewiesenen Unterkunftsräume auf dem Kahn (RG 5, 266), der Kleidetablagepächter hinsichtlich der Ablageräume (RG 97, 166), endlich im inneren oder äußeren Betriebe beschäftigte Arbeiter. Wenn der Gehilfe zugleich zur Stellvertretung ermächtigt ist, so schließt das seine Eigenschaft als Besizdiener nicht aus; a. M. RG DWG 42, 272 hinsichtlich eines Gütsverwalters mit umfassender Vollmacht; vgl. aber RG 99, 209. Auch in dem RG 138, 270 entschiedenen Fall war der Besizdiener kraft besonderer Vollmacht befugt, den Besiz weiterzubetragen. Auf den Ort der Besizausübung kommt es hier ebenfalls nicht an (RG 71, 248); s. A. 3 a. E.

5. Ein Besizdienerverhältnis setzt eine so enge Beziehung zwischen den beiden Beteiligten voraus, daß **der eine den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des andern Folge zu leisten hat**. Der Diener muß sonach, wenn er die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, lediglich als das Werkzeug des andern in Betracht kommen (RG 71, 251), also nicht nur schuldrechtlich etwa zur Aufbewahrung oder zur Herausgabe der Sache verpflichtet sein, sondern den Weisungen des andern schlechthin und ohne weiteres zu folgen haben (RG, Warn 1922 Nr 70; nicht der Unternehmer, der die gelieferten Sachen zur Nachbesserung erhält [RG Recht 1923 Nr 348]; nicht der Unternehmer, der zwar Stoffe des Bestellers nach dessen Zeichnungen, aber auf Grund eigener vertraglicher Rechte bearbeitet; nicht der Schneidemüller, der Holz zum Schneiden erhält [RG Warn 1929 Nr 180]). Entscheidend für das Vorhandensein eines solchen Verhältnisses ist die Verkehrsanschauung. Innerhalb dieser Beziehungen kann der Gehilfe für den Besizherrn unmittelbar sowohl Besiz erwerben (RG 66, 262) als auch den Besiz erhalten. Insofern hat er von Gesetzes wegen die Stellung eines Stellvertreters im Besiz. Indessen gibt ihm diese seine Stellung allein und ohne besondere Vollmacht nicht auch die Befugnis zur

Besitzübertragung auf einen Dritten. Wird eine Sache dem Besitze des Besitzherrn durch einen Dritten entzogen, so verliert der Besitzherr unfreiwillig den Besitz gemäß § 935 auch dann, wenn der Dritte im Einverständnis mit dem Besitzdiener gehandelt oder wenn dieser dem Dritten die Sache übergeben hat (RG 106, 4; Zeuffl 76 Nr 119 über Verschiebung von Kohleladungen durch Angestellte der Grube). Für die Frage des unfreiwilligen Besitzverlustes kommt beim Besitzdienerverhältnis überhaupt nur der Wille des Besitzherrn, nicht der des Besitzdieners in Betracht. Abhanden gekommen ist eine Sache im Sinne des § 935 demnach stets, wenn der Besitzherr den (unmittelbaren) Besitz gegen seinen Willen verloren hat, (RG 71, 248). — Das Verhältnis zwischen Besitzherrn und Besitzdiener kann bürgerlich-rechtlicher oder öffentlich-rechtlicher, dauernder oder vorübergehender Art sein (z. B. bei der Annahme eines Tagelöhners, RG JW 08, 527¹²) oder bei Beauftragung eines Dienstmanns mit Beförderung einer Sache; vgl. auch RGSt JW 1935, 3626⁵). Maßgebend für das Bestehen eines Besitzdienerverhältnisses ist lediglich das soziale Abhängigkeitsverhältnis, kraft dessen der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache durch den Besitzdiener als sein Werkzeug ausübt. Die nur wirtschaftliche Abhängigkeit, z. B. der einen Firma von einer andern, steht der sozialen nicht gleich (RG Warn 1932 Nr 164). Das Abhängigkeitsverhältnis muß auch erkennbar sein, damit der Besitz selbst erkennbar und überhaupt vorhanden sei (RG 77, 209). Auch ein rein tatsächliches Verhältnis (z. B. ein nichtiger Dienstvertrag oder ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis) kann als Grundlage genügen, wenn nur die Beteiligten davon ausgehen, daß der eine den Weisungen des andern in Ansehung der Sache zu folgen hat. Besitzdiener sind beispielsweise die Ehefrau, der vom Mann für den Fall kurzer Abwesenheit die Obhut über die Sachen seines Geschäfts übertragen worden ist (RG 51, 23; vgl. über die Stellung der Ehefrau im Haushalt: § 1006 A 2); der Bergverwalter, der die tatsächliche Gewalt über die der Gewerkschaft gehörigen Pferde ausübt (RG 52, 118); der Spediteur, dessen sich der Einfuhrhändler zur Löschung und Weiterfendung des eingeführten Getreides bedient (RG 70, 408); die Zweigstelle der Bank, die bei ihr hinterlegte Wertpapiere für die Bank verwahrt (RG 112, 113); wer verpfändete Sachen als „Fandhalter“ zur Aufbewahrung übergeben erhalten hat (RG 66, 261). Besitzdiener ist dagegen nicht, wer hinsichtlich gewisser Sachen vertragsmäßig die Gefahr zu tragen hat, also bei Ausübung der tatsächlichen Gewalt seine eigenen Belange wahrnimmt, wie etwa der Ziegelmeister hinsichtlich der von ihm angefertigten Ziegel (RG 72, 285). Ebenso wenig, wer als Allgemeinbevollmächtigter dem Vollmachtgeber als gleichgeordneter Vertragsgegner gegenübersteht; er hat dessen Weisungen Folge zu leisten, jedoch auf Grund des der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses, nicht auf Grund eines darin begründeten Unterordnungsverhältnisses; er ist Besitzmittler des Vollmachtgebers (§ 868), nicht dessen Besitzdiener (RG JW 1938, 1394¹¹). Auch nicht jeder Erfüllungszugehilfe im Sinne von § 278 ist notwendigerweise Besitzdiener (RG Warn 1932 Nr 164). Ob der Führer eines Torpedoboots Besitzdiener oder Besitzmittler für das Reich ist, läßt RG 113, 303 offen; er ist aber wohl Besitzdiener.

6. Unter den gegebenen Voraussetzungen ist der andere (der Besitzherr) **unmittelbarer Besitzer**, weil ihm die Ausübung der Gewalt durch den Besitzdiener unmittelbar als eigene Tätigkeit zugerechnet wird (§ 854 A 5). Der Besitzdiener hat dagegen keinerlei Art von Besitz (A 2). Auch die Befugnisse des Selbsthilferechts aus § 859 sind ihm nur soweit eingeräumt, daß er sie zum Schutze des Besitzes des Besitzherrn ausüben darf (§ 860). In strafrechtlicher Beziehung: RG JW 08, 601¹¹ (vgl. § 855 A 2).

§ 856

Der Besitz wird dadurch beendet, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt¹⁾ oder in anderer Weise verliert²⁾.

Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendet³⁾.

© I 808, 810 II 779; W 3 102; P 3 27, 34.

1. Die Beendigung des Besitzes — und zwar des unmittelbaren, um den es sich hier allein handelt — kann eintreten sowohl mit dem Willen des Besitzers wie auch ohne seinen Willen (A 3). In beiden Fällen ist aber das, was den Besitzverlust schließlich bewirkt, immer nur die entscheidende Tatsache, daß der Besitzer die tatsächliche Herrschaft über die Sache einbüßt. Der Wille, nicht mehr zu besitzen, kann allein für sich als entscheidend deswegen niemals in Betracht kommen, weil der Wille überhaupt nicht der Träger des Besitzes ist (§ 854 A 1, 3). Auch an Sachen, die in Vergeßlichkeit geraten sind, bleibt daher der Besitz so lange bestehen, als das Gewaltverhältnis fortwährt (A 3). Auch der Untergang des Rechts zum Besitze kann nur die Rechtmäßigkeit des Besitzes beeinflussen, aber nicht dessen Verlust herbeiführen. (Über die Beendigung des mittelbaren Besitzes vgl. § 868 A 6). Zur **Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache** gehört notwendig jedoch nicht nur ein bestimmtes, darauf gerichtetes erkennbares Handeln oder Nicht-handeln des Besitzers; vielmehr muß das Handeln auch mit dem Willen verbunden sein, die

Sache fortan nicht mehr tatsächlich zu beherrschen. Ohne einen solchen Willen läßt sich die Besitzaufgabe überhaupt nicht denken. Die Besitzaufgabe ist indessen gleichwohl kein Rechtsgeschäft (hinichtlich der Aufgabe des Eigenbesitzes vgl. § 872 A a. E.), weil eben der Wille beim Besitz keine rechtliche, sondern nur eine tatsächliche Rolle spielt (§ 854 A 3). Auch der im Rechtsinne Willensunfähige ist daher zur Besitzaufgabe befähigt, falls er nur imstande ist, den natürlichen Willen zu fassen, sich der Gewalt zu begeben. — Die Handlung des Besitzers, durch die er sich der Gewalt entäußert, kann sowohl in einem Tun wie in einem Unterlassen bestehen. Als ein solches kommt es insbesondere in Betracht, wenn der Besitzer unterläßt, eine ihm abhandlungsgewordene Sache sich wieder zu verschaffen. Die Aufgabe der tatsächlichen Gewalt kann ferner eine bloße Preisgabe darstellen oder zugleich mit der Übertragung des Besitzes auf einen andern verbunden sein (Übergabe). Die Besitzergreifung durch einen andern mit dem Einverständnis des bisherigen Besitzers steht der Übergabe gleich (RG JW 08, 681¹³). Wird der Besitz dem andern nur mit der Folge eingeräumt, daß „auch“ der andere unmittelbarer Besitzer wird, verliert der bisherige Besitzer den Besitz nicht; es entsteht vielmehr Mitbesitz (§ 866, RG 66, 258).

2. Verlust des Besitzes auf andere Weise als durch Aufgabe kann durch jedes Ereignis herbeigeführt werden, das die bisherige tatsächliche Gewalt des Besitzers unabhängig von seinem Willen beseitigt; so durch die Besitzergreifung von seiten eines andern (§ 935) oder durch zufällige Vorgänge, die das Gewaltverhältnis nicht nur vorübergehend (A 3) lösen. Kennt der Besitzer den Verbleib der Sache nicht, so besteht sein Besitz solange weiter, als sich die Sache noch innerhalb der seiner Gewalt unterworfenen Räume oder seines Grundstücks befindet (RGSt 3, 204; 10, 85; 39, 28). Der bei der Pfändung entstandene Besitz des Gerichtsvollziehers geht durch Abnahme der Pfandzeichen verloren (§ 808 BPO; RG 57, 326).

3. Ob eine unschädliche nur vorübergehende Behinderung vorliegt, ist von Fall zu Fall auf Grund der Verkehrsanschauung zu entscheiden. Beispiele: nur vorübergehende Abwesenheit des Besitzers (RG 51, 23), Krankheit, nur vorübergehende Benutzung der Sache durch den Besitzdiener zu eigenem Zwecke (RG 52, 118), heimliche Plünderung eines Lagerhalters, dessen Besitzdiener den Geschäftsbetrieb aufrechterhalten (RG 138, 270). Endlich gehört hierher auch das „Verlieren“, wenn der Ort der Zurücklassung der Sache bekannt ist und unter gewöhnlichen Umständen noch die Möglichkeit besteht, die Sache wieder zu erlangen (RGSt 38, 444 über Diegenlassen einer Sache im Eisenbahnwagen aus Vergeßlichkeit). Vgl. auch RGSt 39, 28; 48, 385. Über den Besitzverlust im Falle der Besitzausübung durch einen Besitzdiener vgl. § 855 A 2 u. 6. Ein gestrandetes Schiff wird nicht schon dadurch besitzfrei („verlassen“ im Sinne des BinnenSchG § 93), daß die Besatzung sich vorübergehend von ihm entfernt; der Besitz muß vielmehr aufgegeben sein (RG 57, 23; vgl. auch RGSt 10, 85). Bricht eine Unterteile, so wird der Besitz an dem auf den Meeresgrund versunkenen Untergeschirr nicht verloren, solange das Schiff noch in der Nähe liegt oder erst abfährt, wenn der Unfallort festgestellt und ein Schlepper mit Suchgerät herangeholt ist (RG 138, 121; 143, 168; zum Begriff „besitzlos geworden“, § 20 der StrandungsD v. 17. 5. 1874 RWBI 1874, 73; 1913, 95).

§ 857

Der Besitz geht auf den Erben über¹).

© I 2052—2054, 885 Abs 1 II 779; M 3 101, 354; B 5 650.

1. **Vererblichkeit des Besitzes.** Der Grundsatz des § 1922, daß mit dem Erbfall das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf den Erben übergeht, ist auch auf das gemäß § 854 an sich nur tatsächliche Besitzverhältnis erstreckt. Damit erhält dieses insoweit die Natur eines Vermögensbestandteils (Vorhem vor § 854; RG 83, 229). Nach ihrer allgemeinen und vorbehaltlosen Fassung muß die Bestimmung auch zu der Annahme führen, daß der Erbe genau in die Besitzstellung des Erblassers zur Zeit seines Todes eintritt (mithin als unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer; RG Warn 1918 Nr 57), gegebenenfalls auch belastet mit der Haftung wegen etwaiger Fehlerhaftigkeit des Besitzes gemäß § 858 Abs 2. Eine Ausnahme von dem bezeichneten Grundsatz kann nur für den Fall angenommen werden, daß zwischen dem Erben und dem Erblasser zuvor das Verhältnis mittelbaren Besitzes bestanden hatte. War nämlich der Erbe mittelbarer und der Erblasser unmittelbarer Besitzer, dann wird der Erbe durch den Erbfall zum unmittelbaren Besitzer, während sein bisheriges mittelbares Besitzverhältnis sich erledigt. War umgekehrt der Erbe unmittelbarer, der Erblasser dagegen mittelbarer Besitzer, dann erlischt das mittelbare Besitzverhältnis des Erblassers und der Erbe bleibt nunmehr ausschließlich unmittelbarer Besitzer. Der Besitzübergang vollzieht sich im übrigen ausnahmslos in allen Fällen, in denen der Erblasser bis zum Todesfalle Besitz gehabt hatte, gleichviel wie dieser Besitz geartet und aus welchem Anlaß er entstanden war. Der Erbe erwirbt auch mit dem Todesfalle den Besitz des Erblassers jedesmal ohne weiteres (mehrere Erben nach § 866 den Mitbesitz) kraft Erbgangs. Einer Inbesitznahme der betreffenden Nachlassgegenstände bedarf es zum Besitzerwerb nicht (RG JW 06, 450¹). Der Erbe genießt deshalb ohne weiteres auch den Besitzschutz der §§ 861,

862; er kann sich auf die an den Besitz geknüpften Vermutungen berufen, haftet andererseits aber auch als Besitzer. Vgl. Vorbem 1 vor § 854. Ob man den Besitz der Erben nach § 857 als einen wirklichen oder nur als einen gedachten Besitz ansehen und demnach die Besitzvorschriften unmittelbar oder — wohl richtiger — nur entsprechend anwenden will, ist für die Anwendung des bürgerlichen Rechts bedeutungslos (vgl. aber § 2025 Satz 2 und § 2027 Abs 2, wo im Gegenlatz zu § 857 vorausgesetzt ist, daß der Erbe den Besitz der Sache schon tatsächlich ergriffen hat). — Verschieden vom dem Besitze gemäß §§ 857, 854 ist der „Erbchaftsbesitz“ im Sinne des § 2018. Dieser setzt voraus, daß der Erbchaftsbesitzer erst nach dem Todesfalle etwas aus dem Nachlaß erlangt hat; diese Voraussetzung kann aber auch dadurch erfüllt werden, daß beispielsweise ein Miterbe, der bereits vor dem Todesfalle an dem Erblasser gehörenden Sachen unmittelbaren Besitz gehabt hatte, sich nach dem Tode Eigenbesitz daran anmaßt (RG 81, 294; vgl. § 872 A 1). Ein Besitzerwerb des Nacherben gemäß § 857 wird regelmäßig durch den Besitz des Vorerben ausgeschlossen, auch vom Vorerben erwirbt der Nacherbe nicht den Besitz; § 857 trifft diesen Fall nicht. — Daß auch der kraft Erbrechts erworbene Besitz dem Erben verlorengeht, sobald ein Dritter die Sache nach eingetretenem Erbfall in seine Gewalt bringt, ergibt sich aus den allgemeinen Regeln (§ 856).

§ 857 greift auch dann Platz, wenn der Besitz des Erblassers aus einer Stellung herührte, die ihrerseits nicht übertragbar war, vielmehr mit dem Tode des Erblassers ihr Ende erreichen mußte, insbesondere also aus der Stellung des Erblassers als Beauftragter (§ 673) oder als Verwalter (Konkurs-, Zwangsverwalter, Testamentvollstrecker) oder als Nießbraucher (§ 1061; RG 31. 1. 18 IV 360/17). Diese Ausdehnung (Prot 5, 652) hat auch einen guten Sinn, wenn man erwägt, daß sich z. B. der Erbe des Beauftragten (Verwalters) unter Umständen mit dem Geschäftsherrn so auseinandersetzen muß, wie es dem Erblasser obgelegen hätte, und daß er gemäß § 673 möglicherweise sogar die Besorgung des Geschäfts fortzusetzen verpflichtet ist. — Da der Besitzübergang im Falle des § 857 im Erbrecht seinen Grund hat, so kann er nicht gegeben sein, wenn der Anfall demnach infolge einer Anfechtung als nicht eingetreten gilt (§§ 2078 ff., 2281 ff., 2339 ff.) oder wenn der Erbe die Erbchaft nach § 1963 (mit rückwirkender Kraft) ausgeschlagen hat.

Über den Einfluß der erbrechtlichen Besitznachfolge auf die Erziehung vgl. die §§ 937, 943. Waren beim Erblasser die Voraussetzungen der Erziehung nicht erfüllt, insbesondere mangels guten Glaubens oder mangels Eigenbesitzes, kann der Erbe in seiner Person nur eine neue Erziehung beginnen. Es ist überhaupt nicht ausgeschlossen, daß der Erbe nach Übergang des Besitzes gemäß § 857 durch Inbesitznahme der Sache außerdem noch nach Maßgabe des § 872 den Eigenbesitz erlangt. — Strafrechtlich hat die Bestimmung des § 857 keine Bedeutung, da § 242 StGB voraussetzt, daß die Sache sich in der tatsächlichen Gewalt eines andern befunden hat (§ 854 A 1; RG JW 01, 611²⁰ und RGSt 34, 252; 47, 212; 56, 23; 58, 229). Das Strafrecht erkennt den nur im Wege der „Annahme als ob“ geschaffenen Besitz des § 857 als wirklichen Besitz nicht an.

§ 858

1) Wer dem Besitzer²⁾ ohne dessen Willen³⁾ den Besitz entzieht⁴⁾ oder ihn in Besitze stört⁵⁾, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet⁷⁾, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht)⁶⁾.

Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft⁸⁾. Die Fehlerhaftigkeit muß der Nachfolger im Besitze gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt⁹⁾.

§ I 814 II 780; R 3 110, 129; P 3 36.

1. Fehlerhafter Besitz. Dem Gesetz ist der Begriff des „rechtmäßigen“ oder „ungerechtfertigten“ Besitzes fremd. Der Besitzschutz soll nicht ein subjektives Recht verwirklichen, er soll nur die tatsächliche Herrschaft aufrechterhalten und wiederherstellen. Bei dem Streit um diese soll unterliegen, wer durch verbotene Eigenmacht dem andern den Besitz gestört oder gar entzogen und so fehlerhaften Besitz erlangt hat. Die Fehlerhaftigkeit des Besitzes wirkt also immer nur dem andern gegenüber. Im Verhältnis zu einem Dritten wird auch der fehlerhafte Besitz, z. B. der des Diebes, geschützt (RGSt 60, 278). Von den Schutzmitteln des Besitzers handeln die §§ 859 ff.

2. Als Besitzer, dem gegenüber gemäß § 858 verbotene Eigenmacht möglich ist, kommt nur der unmittelbare Besitzer in Betracht (RG Warn 1920 Nr 200; JW 1931, 2904⁶; 20. 6. 33 VII 76/33). Inwiefern der mittelbare Besitzer durch verbotene Eigenmacht beeinträchtigt werden und welchen Anspruch er alsdann erheben kann, bestimmt § 869.

3. Schon das besitzwidrige Handeln eines anderen ohne den Willen des Besitzers genügt als Voraussetzung für die Widerrechtlichkeit, während ein Handeln gegen den Willen nicht erforderlich ist. Liegt beides nicht vor, dann ist der Besitzerwerb kein eigenmächtiger. Der Besitzer braucht also nicht ausdrücklich Widerspruch zu erheben, das Fehlen seiner irgendwie kundgegebenen — aber freien — Zustimmung genügt (RG JW 1928, 497²⁹). Die einmal erklärte Zustimmung wirkt weiter bis zum Widerruf (RG Warn 1930 Nr 149). Sie muß aber rechtsgeschäftlich wirksam sein (RG JW 04, 361¹⁸). Hat der Besitzer sich vertraglich einverstanden erklärt, der andere dürfe sich unter gewissen Voraussetzungen in den Besitz der Sache setzen, so ist verbotene Eigenmacht ausgeschlossen, jedoch nur dann, wenn der entsprechende Wille bei der Besitzentziehung noch fortbauert (RG 146, 186; JW 1928, 497²⁹). Auf Verschulden kommt es hier nicht an; ein solches spielt erst bei dem Anspruch auf Schadensersatz eine Rolle (RG 55, 57; Warn 1925 Nr 24), wobei § 823 Abs 2 Anwendung findet (RG 59, 326) oder auch § 823 Abs 1 (Besitz ist „sonstiges Recht“) anwendbar ist (RG 13. 11. 23 VII 903/22). Selbst ein Handeln aus Irrtum über die Berechtigung der Besitzentziehung (insolge irrthümlicher Annahme, daß die Voraussetzung des § 861 Abs 2 gegeben sei) macht diese nicht zu einer rechtmäßigen (RG 67, 389; 59, 326). Der gute Glaube des Besitzförers ist belanglos (RG 146, 186). Vgl. A 6. — Auch schon aus dem bloßen Nichtwissen läßt sich der Mangel einer Zustimmung entnehmen (RG JW 04, 361¹⁸). Andererseits aber kann auch ein stillschweigendes Einverständnis (schon aus dem ganzen Verhalten des bisherigen Besitzers (etwa seiner Gleichgültigkeit hinsichtlich des Verbleibs der Sache) gefolgert werden (RG 72, 198), wobei jedoch das Unterbleiben eines gewalttätigen Widerstands (§ 859 Abs 1) oder des Anrufs der Polizei noch nicht als Zustimmung erachtet werden kann, wenn nur Widerspruch erhoben worden ist (RG Warn 1914 Nr 335). War die Zustimmung nur bedingt erteilt, so muß auch die Bedingung bereits eingetreten, beispielsweise der Kaufpreis bereits bezahlt sein (RG 67, 388). Die Zustimmung des mittelbaren Besitzers kann dem unmittelbaren Besitzer nichts vergeben und kann eine diesem widerfahrene Eigenmacht nicht statthaft machen (RG 19. 4. 05 V 400/04, betreffend die Inbesitznahme von Pachtland durch den Enteignungsberechtigten mit alleiniger Zustimmung des Eigentümers, vor Zustimmung des Enteignungsbeschlusses an den Enteigner). — Eine der Teilnahme im Sinne des StGB ähnliche Mitwirkung eines Dritten durch Anstiftung, Beihilfe oder Begünstigung ergibt auch dem Dritten gegenüber den Tatbestand der verbotenen Eigenmacht (RG 20. 6. 33 VII 76/33). Zu beweisen hat die Eigenmacht, wer Rechte aus ihr herleitet (RG 30, 110).

4. **Besitzentziehung** (§ 861) ist die dauernde Beseitigung der Gewalt des Besitzers (RG 67, 389; angenommen in einem Falle, wo der bisherige Besitzer einer Sache an ihrer Fortnahme durch Verschluß eines Torwegs gehindert wurde). Auch juristische Personen des öffentlichen Rechts (z. B. Stadtgemeinden) und Behörden können sich (auch bei Anwendung polizeilicher Maßregeln, z. B. bei Beseitigung eines Vorgartens) durch ihre Willensvertreter der Eigenmacht schuldig machen (RG 55, 56, betreffend die Heeresverwaltung). Selbstverständlich kann ferner der mittelbare Besitzer gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht ausüben (RG 69, 197; Warn 1927 Nr 55; 20. 6. 33 VII 76/33); aber nicht umgekehrt (A 2 und § 869 A 2). Hinsichtlich des Besitzdieners vgl. § 855 A 2.

5. **Besitzstörung** ist die Beeinträchtigung des Besitzers im ruhigen Genuß des Besitzes derart, daß der ruhige, befriedete Zustand in einen solchen der Rechtsunsicherheit verkehrt wird (RG 55, 57). Sie kann zunächst durch körperliche Einwirkungen auf die Sache bewirkt werden, so durch übermäßige Zuführung von Gasen usw. im Sinne des § 906 (RG 59, 328; 105, 215); durch bauliche oder sicherheitsgefährdende Veranstaltungen (RG 55, 55: mittels auf das Grundstück überfliegender Geschosse). Aber auch Einwirkungen seelischer Art reichen zur Annahme des Tatbestandes der Besitzstörung aus: so übermäßiger Lautsprecherlärm (JW 1937, 2918²⁸), die Einwirkung durch wörtliches Bestreiten des Besitzes (Verbote oder Drohungen); nur muß eine wirkliche Beunruhigung des Besitzers herbeigeführt und der ruhige Besitz auf diese Art wirklich gestört worden sein (RG JW 08, 274⁹; 1931, 2904⁵). Daß die Störung gegen ein Verbot verstoße, ist kein Erfordernis.

6. Über den Begriff „widerrechtlich“ vgl. § 227 A 1. **Verbotene Eigenmacht** ist jede Handlung, durch die der Besitzer in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt beeinträchtigt wird (§§ 861, 862), falls die Handlung nicht ausnahmsweise (A 7) gestattet war (RG 55, 55). In welcher Absicht der Täter gehandelt hat, ist unerheblich. Einflußlos ist mithin auch seine Schlecht- oder Gutgläubigkeit in Hinsicht auf ein Einverständnis des Besitzers (RG 67, 389, wo die Ablieferung der Kaufsache nur gegen Zahlung des Kaufgeldes versprochen war; vgl. auch Gruch 50, 676). Unwesentlich ist desgleichen das Kennen oder Kennenmüssen des Besitzes des andern; eine Bergungsgesellschaft, die in dem RG 138, 121 unterstellten, nach RG 143, 168f. aber schließlich nicht gegebenen Falle (§ 856 A 3 a. E.) auf eigene Faust den Unter suchen, finden und in Besitz nehmen würde, handelte widerrechtlich. Unwesentlich ist endlich die Frage des Verschuldens. Auf dieses kommt es nur an, wenn es sich um die Verpflichtung zum Schadensersatz handelt (RG 55, 55; JW 06, 737⁵; Gruch 51, 985). Das Nähere hierüber bei § 861 A 4.

7. Die **gesetzlich ausnahmsweise gewährte Befugnis**, in einen fremden Rechtskreis und insbesondere in den Besitzstand eines andern einzugreifen, kann öffentlich-rechtlicher oder bürgerlich-rechtlicher Art sein. In der ersten Hinsicht kommen in Betracht die Befugnis des Verlegten aus § 127 StPD, Überfahrgsstücke an sich zu nehmen (RG 64, 385), ferner die Befugnisse der Vollstreckungsbeamten nach der ZPD und nach § 150 ZBG. Auch gegen den Vollstreckungsgläubiger ist die Besitzentziehungsklage nicht gegeben (RG ZW 02 Beil 192). Keine verbotene Eigenmacht gegenüber dem besitzenden Nichteigentümer eines Grundstücks ist es also, wenn gegen den Eigentümer ordnungsmäßig die Zwangsversteigerung beantragt wird (RG 116, 365). Die hier (Vorhem. vor § 854) bisher vertretene Ansicht, daß § 986 dem Besitzer eine Rechtsstellung gebe, welche ihn zur Klage aus § 771 ZPD berechtige, ist RG 127, 11 mit überzeugenden Gründen wieder aufgegeben worden. Ob der Beamte (z. B. ein Förster bei Ausübung des Jagdschusses [vgl. jetzt §§ 39, 40 JagdG (oben § 854 A 2) nebst §§ 39, 40 AusfZD NWVl 1935 I, 431; 1937 I, 179; 1938 I, 419, 429; 1939 I, 45] innerhalb seiner amtlichen Befugnis gehandelt hat, kann der ordentliche Richter selbst prüfen (RG ZW 08, 653²; RG 108, 239). Bürgerlich-rechtlich gehört hierher insbesondere das Selbsthilferecht (§§ 227—229, 861, 904). Vgl. ferner die §§ 859 Abs 2—4, 860, 561, 904, 910, 962, 1373, 1443, 1519, 1549, 2205, weiter GG Art 89 über das Selbstpfändungsrecht. Nicht hierher gehören die Fälle des § 867, wo dem Sachbesitzer nur ein Anspruch gewährt und dem Grundstücksbesitzer nur die Verpflichtung auferlegt ist, eine Einwirkung zu gestatten; ebenso nicht der Fall des § 258 Satz 2, der vom Sachbesitzer gleichfalls nur das Gestatten einer Einwirkung verlangt; endlich nicht die Fälle, in denen jemand nur kraft eines subjektiven Rechts, dinglicher oder persönlicher Art, zur Vornahme der betreffenden Besitzhandlung befugt ist, vgl. z. B. den vom RG 5, 263 entschiedenen Fall. Insofern kann lediglich der § 863 Platz greifen. Wegen des Jägernotwegs: JagdG § 28 und wegen des sog. Jagdnoststandsrechts: § 859 A 2. — Die schuldrechtliche Gestattung der Besitzentziehung steht einer durch das Gesetz erlaubten Besitzentziehung nicht gleich, gehört also nicht zu den gesetzlich zugelassenen Fällen der Besitzentziehung (RG 146, 186).

8. Die **Fehlerhaftigkeit** des durch verbotene Eigenmacht erlangten Besitzes (vgl. A 1) kommt zunächst nur **unmittelbar zuunsten** dessen in Betracht, gegen den die verbotene Eigenmacht verübt worden ist; sodann aber auch zuunsten seines Rechtsnachfolgers (§ 861 A 2). Andere können sie nicht geltend machen.

9. Die Fehlerhaftigkeit des Besitzes **wirkt nicht nur gegen den, der sich selbst der verbotenen Eigenmacht schuldig gemacht hat, sondern, unter den hier vorgesehenen Voraussetzungen, auch gegen seinen Besitznachfolger** (§ 861 A 2 a. E.). Beruht die Besitznachfolge auf Erbgang, § 857 (nicht also etwa auf einer Besitzübertragung durch den Erblasser), dann muß der Nachfolger die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Erblassers schlechthin in gleicher Weise gegen sich gelten lassen, wie es dieser selbst hätte tun müssen. War der Erblasser mittelbarer, der Erbe unmittelbarer Besitzer, so wird der Erbe nicht Besitznachfolger, der mittelbare Besitz erlischt. Ist die Besitznachfolge nur eine tatsächliche, dann greift der Grundsatz des § 858 Abs 2 lediglich unter der Bedingung Platz, daß der Nachfolger die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers beim Erwerb seines Besitzes gekannt hat. In diesem Zeitpunkt müssen ihm mithin die gesamten Vorgänge bekannt gewesen sein, auf denen die Fehlerhaftigkeit des vormaligen Besitzererwerbs des Vorgängers beruht hatte (§ 858 Abs 1). Gefordert ist dabei wirkliche Kenntnis, so daß fahrlässige Unkenntnis (§ 122 Abs 2) nicht genügt. Da ferner Kenntnis „bei“ der Erlangung des Besitzes vorausgesetzt wird, so schadet nachträgliche Kenntnisaufnahme nicht. Immer muß endlich die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des unmittelbaren Vorgängers in Frage stehen. Kann der Kläger nicht behaupten, daß sich der unmittelbare Vorgänger des Beklagten der verbotenen Eigenmacht schuldig gemacht hat, kann vielmehr eine solche Handlungsweise erst einem früheren Besitzer zur Last gelegt werden, dann kann die Fehlerhaftigkeit seines Besitzererwerbs nur in dem Falle in Betracht kommen, daß sie auch in der Person des späteren unmittelbaren Besitzers noch fortgewirkt hat, weil dieser nämlich bei seinem Besitzerwerb die Fehlerhaftigkeit des Besitzererwerbs seines Vorgängers erkannt hatte; dementsprechend muß also der Kläger gegebenenfalls nachweisen, daß dem verklagten gegenwärtigen Besitzer bei dem Erwerb auch alle die Umstände bekannt gewesen sind, die den Besitz seiner mehreren Vorgänger zu einem fehlerhaften gemacht hatten.

§ 859

Der Besitzer¹⁾ darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren²⁾.

Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittels verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wiederabnehmen³⁾.

Wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entziehung des Täters wiederbemächtigen⁴⁾ 5).

Die gleichen Rechte stehen dem Besitzer gegen denjenigen zu, welcher nach § 858 Abs 2 die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muß.

§ I 815 Abs 1—3 II 781; M 3 112; P 3 38.

1. **Besitzung im Wege der Selbsthilfe (Besitzwehr).** Selbsthilfeberechtigter ist nur der unmittelbare Besitzer oder gemäß § 860 sein Besitzdiener (RG 146, 190; HRN 1934 Nr 1282). Dem mittelbaren Besitzer ist die entsprechende Befugnis nicht gewährt (§ 869); er vermag sich höchstens auf § 229 zu stützen. Im Falle der gesetzlichen Stellvertretung kann freilich der gesetzliche Stellvertreter vom Recht aus § 859 vermöge seiner sonstigen gesetzlichen Befugnisse zum Schutze des Vertretenen auch dann Gebrauch machen, wenn nur der Vertretene den unmittelbaren Besitz hat (RG 64, 386, hinsichtlich des väterlichen Gewalthabers). Vgl. auch § 863 A 2 a. E.

2. Das Recht auf Selbsthilfe enthält die **Befugnis, sich verbotener Eigenmacht (§ 858) mit Gewalt zu erwehren.** Das Recht ist an sich ein unbedingtes und ist insbesondere nicht an die Voraussetzungen der Notwehr (§ 227) oder des Selbsthilferechts im Sinne des § 229 gebunden (RG 146, 190; HRN 1934 Nr 1282). Außerhalb des sog. Jagdnotstandbegriffs (JagdG § 40 Abs 2 [oben § 858 A 7]; vgl. hierzu Stelling JW 1934, 2212) gilt für den Jagdschutz auch das Besitzwehrrecht des § 859, z. B. gegenüber wildernden Hunden (HRN 1938 Nr 1278). In welcher Weise sich die Abwehr vollziehen darf, richtet sich nach der Art des Angriffs. Wer trotz entgegenstehenden Verlangens des Besitzers im Hof von dessen Grundstück verweilt, kann mit Gewalt entfernt werden (RG 19. 3. 08 VI 258/07). Unter Umständen ist daher auch die Zubilfenahme Dritter statthaft. Die Selbsthilfe darf indessen niemals weiter gehen, als nötig ist, um den gegenwärtigen, sich als Eigenmacht darstellenden Angriff abzuwehren (RG JW 03 Beil Nr 297; 1931, 2782²; RGSt 34, 250). Sonst wird die Handlungsweise selbst zu einer widerrechtlichen. Zulässig ist gemäß § 127 StPB, dem Festgenommenen Überführungsstücke wegzunehmen, um sie der Polizeibehörde zu übergeben oder um sie zu diesem Zwecke ohne Festnahme der Person zu beschlagnahmen (RG 64, 385 ff.). Der Widerstand des Besitzstörers gegenüber der erlaubten Selbsthilfe ist eine widerrechtliche Handlung.

3. **Ausnahmsweise** enthält das Selbsthilferecht auch die **Befugnis zur Wiederherstellung des früheren Besitzstandes.** Einmal nämlich, wenn dem Besitzer eine bewegliche Sache durch verbotene Eigenmacht weggenommen worden ist. Alsdann kann sie der bisherige Besitzer dem Täter eigenmächtig wieder abnehmen. Er muß es jedoch in unmittelbarem Anschluß an die Wegnahme tun, sei es, daß er den Täter auf frischer Tat, d. h. bei oder doch alsbald nach der Tat betroffen hat, sei es, daß er ihm nachellt. Z. B. kann der Jagdberechtigte, dem das in seiner Falle gefangene Wild von einem Unbefugten weggenommen worden ist, unter den bezeichneten Voraussetzungen den Täter bis ins Haus und auch noch weiterhin verfolgen (RGSt 54, 196; 59, 50; JW 1931, 2643¹⁴). Der Täter braucht selbst bei der Tat nicht wahrgenommen worden zu sein. Sind jene Voraussetzungen nicht gegeben, dann ist der bisherige Besitzer nur auf den Rechtsbehelf des § 861 angewiesen und die trotzdem bewirkte eigenmächtige Wiederabnahme würde sich als verbotene Eigenmacht darstellen, falls nicht unter den besonderen Umständen ein Fall erlaubter Selbsthilfe gemäß § 229 vorläge.

4. Das Recht auf Wiederherstellung (A 3) ist auch für den Fall gegeben, daß Gegenstand des Besitzes ein **Grundstück** war. Dieser Fall regelt sich nach den in A 3 erörterten Grundfügen. Das Recht, sich des Grundstücks wieder zu bemächtigen, besteht insbesondere auch hier nur dann, wenn sich die Maßregel in unmittelbarem Anschluß an die Besitzentziehung ausführen läßt.

5. In den durch § 859 Abs 2 u. 3 bestimmten Grenzen darf der Besitzer auch eine **Störung** seines Besitzes wieder beseitigen.

§ 860

Zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte ist auch derjenige befugt, welcher die tatsächliche Gewalt nach § 855 für den Besitzer ausübt.

§ I 815 Abs 4 II 782; M 3 114; P 3 38, 40; 6 219.

Selbsthilferecht des Besitzdieners. Die Rechte aus den §§ 861, 862 stehen dem Besitzdiener (§ 855) nicht zu, und von den Befugnissen aus § 859 darf er nur zum Schutze des Besitzes des Besitzherrn und niemals gegen ihn Gebrauch machen (§ 855 A 2). Andere Personen als der Besitzdiener sind zur Ausübung des Selbsthilferechts im Sinne des § 859 für den unmittelbaren Besitzer nicht befugt.

§ 861

Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt¹⁾.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden ist^{2) 3) 4)}.

§ I 819, 824 II 783; III 3 123, 131; § 3 43; § 6 220.

1. Besitzklage wegen Besitzentziehung. Zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen wird nicht unterschieden. Aber eine „Sache“ muß es sein. Da der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als solcher keine „Sache“ ist, sind die Vorschriften über Besitzschutz auf ihn nicht anwendbar. Aber eine dem § 1004 nachgebildete Klage ist gegeben; ihr gegenüber kann in dessen das Recht zum Vornehmen der störenden Handlung unbeschränkt geltend gemacht werden (RG Warn 1927 Nr 55). Vgl. dagegen § 863. — Als Besitzer kommt in der Regel nur der unmittelbare Besitzer in Betracht; er hat aber auch dem mittelbaren Besitzer gegenüber Anspruch auf Besitzschutz (RG Warn 1927 Nr 55). Der mittelbare Besitzer hat den Anspruch auf Wiedereinräumung nur dann, wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz gegen seinen eigenen Willen verloren hat (RG 68, 386; 105, 415). Vgl. § 869 A 3. Gleichgültig ist gegebenenfalls, ob der unmittelbare Besitzer die Sache für sich selbst oder, wie der gesetzliche Vertreter, für einen andern besaß (§ 854 A 5), ebenso, ob als eigene oder als fremde, z. B. als Mieter oder Pächter (RG 59, 327). Was der Eigentümer, etwa nach § 906, dulden muß, haben aber auch Mieter und Pächter zu dulden (RG 105, 215). Unerheblich ist auch, ob der Besitzer ein Recht zum Besitze hatte oder nicht. Berechtigter zur Klage ist auch, wer fehlerhaft besitzt, z. B. der Dieb (§ 854 A 3; § 858 A 1), allerdings mit der aus Abs 2 sich zugunsten des entsetzten Besitzers ergebenden Einschränkung. Auch der Besitzer kraft Erbgangs (§ 857) hat die Klage. — Hinsichtlich des Teilbesitzes vgl. § 865, hinsichtlich der Mitbesitzer § 866, hinsichtlich des mittelbaren Besitzes § 869. Der eigentliche Klagegrund ist die gegen den Kläger geübte verbotene Eigenmacht, während das etwaige Recht oder das bessere Recht zum Besitz hier keine Rolle spielt. Vgl. andererseits § 1007. Eine aus anderem Grunde als aus Eigenmacht hervorgegangene Fehlerhaftigkeit (insbesondere nur bittweise überlassener Besitz) genügt als Klagegrund nicht (RG 26. 1. 07 V 228/06).

Der Anspruch geht auf Wiedereinräumung des Besitzes, also des vormaligen tatsächlichen Zustandes (früheren Gewaltverhältnisses). Er ist mithin nicht nur auf ein Dulden oder Gestatten, sondern auf ein Tun gerichtet. — Durch die Besitzklage ist dem Besitzer, wiewohl der Besitz an sich nur ein tatsächliches Verhältnis darstellt, ein wirklicher Rechtsanspruch gewährt, und zwar auf den tatsächlichen Besitz. Danach läßt sich die Ansicht rechtfertigen, daß das dem Besitzer (Mieter) eingeräumte Recht auf ungestörten Gebrauch der Sache (Mietsache) zu den von jedermann zu achtenden Rechten gehört, von denen § 823 Abs 1 handelt (RG 59, 328; 13. 11. 23 VII 903/22; vgl. Buchwald Jahrbuch 1937, 17).

Der richtige Verklagte ist, wer gegenwärtig fehlerhaft besitzt. Da dem Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes nur Genüge leisten kann, wer zur Zeit selbst die tatsächliche Gewalt über die Sache hat, so kann die Besitzklage auch gegen den Täter, der die Besitzentziehung verübt hat, nur dann gerichtet werden, wenn er zur Zeit der Klagerhebung noch Besitzer der Sache ist (RG Warn 1925 Nr 24). Andernfalls greift gegen ihn nur die Schadensersatzklage Platz. Derselben steht ein nach der Klagerhebung eintretender Besitzverlust des Täters (abgesehen vom Kostenpunkte) der weiteren Verfolgung der Besitzentziehungsklage entgegen (III 3, 124; III; vgl. Pland-Brodmann A 2c). Nur dann bliebe die weitere Verfolgung zulässig, wenn der Verklagte den Besitz zugunsten eines andern unter solchen Umständen aufgegeben hätte, daß zwischen ihm und dem andern das Verhältnis des mittelbaren Besitzes hergestellt worden wäre. Denn alsdann greift § 325 ZPO in Verbindung mit § 265 a. D. Platz, da auch bei einer Besitzklage „die Sache in Streit befangen war“. Da ferner eine Klage nicht gegen jedweden gegenwärtigen Besitzer der entzogenen Sache gerichtet werden kann, sondern nur gegen den, dessen Besitz sich dem Kläger gegenüber als fehlerhaft im Sinne des § 858 erweist, so folgt, daß der Täter nur unter den Voraussetzungen des § 858 Abs 1 und sein Nachfolger nur unter den Voraussetzungen des § 858 Abs 2 aus § 861 verklagt werden kann. Das ist nicht der Fall, wenn jemand die weggenommene Sache an einen gutgläubigen Dritten veräußert und sie dann von diesem zurückerworben hat; durch die Veräußerung an den Dritten ist der Besitzentziehungsanspruch erloschen (DZ 1935, 441). Gleichgültig ist aber, ob der verklagte Besitzer bei Inbesitznahme der Sache für sich oder für einen andern, ferner, ob er aus eigenem Antrieb oder im Auftrag eines andern gehandelt hatte. — Verklagt werden kann endlich auch der mittelbare Besitzer, jedoch nur dann, wenn auch bei ihm nach Abs 1 die Voraussetzungen des fehlerhaften Besitzes vorliegen. So insbesondere, wenn er den unmittelbaren Besitz fehlerhaft erworben und demnach diesen Besitz auf Grund eines Verhältnisses der in § 868 geordneten Art auf einen andern

übertragen hatte. Zur Wiederherstellung des früheren unmittelbaren Besitzes des Klägers ist der mittelbare Besitzer freilich nicht imstande, weil er selbst der tatsächlichen unmittelbaren Herrschaft entbehrt. Aber er kann wenigstens seinen mittelbaren Besitz auf den Kläger gemäß § 870 übertragen (nötigenfalls nach § 894 ZPO erreichbar), und im Rechte zum mehreren liegt auch das Recht zum minderen. (Über das Recht des unmittelbaren Besitzers, den mittelbaren Besitzer zu benennen, vgl. § 76 ZPO.) Der richtige Verklagte kann niemals ein bloßer Besitzdiener sein, da seine Tätigkeit nur dem Besitzherrn zugerechnet werden darf und deshalb nur diesem der Besitz verschafft ist.

2. Einwand des fehlerhaften Besitzes (exceptio vitiosae possessionis). Die Fassung: der Anspruch ist ausgeschlossen, drückt aus, daß der in Abs 1 gedachte Anspruch des früheren Besitzers im gegebenen Falle nicht besteht und daß sonach die etwaige Klage ohne weiteres abzumeifen ist. Auch im Versäumnisverfahren muß sie deshalb abgewiesen werden, wenn sich der Ausschließungsgrund schon aus ihrem Vortrag ergibt. Dementsprechend kann aber auch einem Vorbringen des Verklagten, daß die Voraussetzungen des Abs 2 geltend macht, nicht die Bedeutung eines Einwandes im eigentlichen Sinne beigelegt werden; sein Ziel ist rechtlich vielmehr nur das, den Richter mit dem Vorhandensein des Ausschließungsgrundes bekanntzumachen.

Der **Ausschließungsgrund** ist gegeben, wenn die folgenden Tatumstände sämtlich zusammenreffen: a) der dem Kläger entzogene Besitz war selbst fehlerhaft entstanden, und zwar dem gegenwärtigen Besitzer (dem Beklagten) selbst oder seinem Rechtsvorgänger gegenüber, b) der Kläger hatte seinen fehlerhaften Besitz im letzten Jahre vor der Entziehung erlangt, gegen die er jetzt gestützt sein will. Die Sache muß in dieser Hinsicht mithin so liegen, daß der seines Besitzes entsetzte Kläger vor nicht länger als Jahresfrist, von seiner Entziehung ab zurückgerechnet, dem Verklagten oder dessen Rechtsvorgänger den Besitz ohne deren Willen seinerseits entzogen hatte (§ 858 Abs 1). Die Frist ist eine Ausschlussfrist (§ 186 A 1). Ihr Lauf beginnt unbedingt mit dem Zeitpunkt der Entziehung des Klägers, und sie berechnet sich nach § 187. — Rechtsvorgänger des Verklagten ist im Sinne dieser Bestimmung nicht nur sein Erblasser (§ 857); vielmehr genügt, daß der Nachfolger in die Besitzstellung seines Vorgängers, wenn auch nicht auf Grund, so doch infolge einer sonstigen Rechtsnachfolge eingetreten ist (RG 40, 339; 53, 10; 56, 244). Beispielsweise ein Mieter hat infolge der Übertragung seines Vertragsrechts auf einen Dritten diesem auch seinen bisherigen Besitz eingeräumt (§ 221 A 1). Deshalb ist es nicht zu billigen, wenn angenommen wird, daß nur die erbrechtliche Nachfolge in Betracht komme, oder wenn man als genügend erachtet, daß der vormalige vom jetzigen Kläger des Besitzes Entsetzte lediglich seinen dieserhalb gegen den Kläger entstandenen Wiedereinträumungsanspruch an den jetzt Verklagten rechtsgeschäftlich übertragen hat. — Gemäß § 858 Abs 2 muß der gegenwärtige Besitzer (der Verklagte) unter Umständen auch die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Besitz- (nicht Rechts-) Vorgängers gegen sich gelten lassen (§ 858 A 9). In den Grenzen dieser Bestimmung greift der Ausschließungsgrund des Abs 2 dem Anspruche des Klägers gegenüber auch dann Platz, wenn der Vorgänger des Klägers sich der Eigenmacht gegen den Verklagten schuldig gemacht hatte.

3. Verfahrenrechtlich folgt die Besitzklage den gewöhnlichen Regeln. Gemäß § 260 ZPO ist eine Verbindung mit der (petitorischen) Rechtsklage zulässig. Statthaft ist auch die Erhebung einer Widerklage, dies insbesondere im Rahmen des § 861 Abs 2, wenn der Verklagte feststellen lassen will, daß der Besitz des Klägers ihm gegenüber fehlerhaft im Sinne des Abs 2 gewesen war. Eine Widerklage dagegen auf Wiedereinträumung des durch den Kläger dem Verklagten entzogenen Besitzes (Staudinger A III 3 e) müßte an dem Umstande scheitern, daß der Kläger gegenwärtig des Besitzes selbst entbehrt (A 1). Der Übergang aus der einen Besitzklage in die andere (§§ 861, 862) ist keine unzulässige Klageänderung.

Beweislast: Der Kläger hat seinen früheren Besitz und die Entziehung durch verbotene Eigenmacht zu beweisen. Daß der ehemalige Besitz des Klägers bereits vor der dem Verklagten zur Last gelegten Entziehung beendet war, hat der Verklagte zu beweisen. Ihm liegt auch der Beweis im Falle des Abs 2 ob.

4. Anspruch auf Schadensersatz. Neben den Ansprüchen aus den §§ 861, 862 steht dem Besitzer, falls der Gegner widerrechtlich und schuldhaft gehandelt hat, auch ein Schaden entstanden ist — was nicht immer der Fall zu sein braucht —, auch der Anspruch auf Schadensersatz zu (RG 59, 326; 91, 65; Warn 1925 Nr 24; 13. 11. 23 VII 903/22). Der Besitz ist ein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs 1 (aber kein Recht im Sinne von § 93; vgl. § 865 A 1) und § 858 ist ein Schutzgesetz im Sinne des Abs 2 das. Der Gedanke, daß die §§ 861, 862 alle Ansprüche, die sich aus verbotener Eigenmacht ergeben könnten, erschöpfend geregelt hätten, wie das hinsichtlich der Ansprüche des Eigentümers wegen Verletzung des Eigentums nach den §§ 992 ff. allerdings zutrifft, ist abzulehnen, schon wegen der für die Besitzklagen bestimmten kurzen Frist (§ 864) und weil die Schadensersatzklage statt auf Wiederherstellung des früheren Zustandes auch auf eine Geldleistung gerichtet sein kann (RG JW 06, 737ⁿ). Der Besitzentzieher kann die Schadensersatzpflicht nicht deshalb ablehnen, weil er sich durch die Eigenmacht in den Besitz einer Sache gesetzt hat, die ihm vertraglich doch zu gewähren war; denn geschädigt ist der Besitzer dadurch, daß ihm Besitz und Verfügungsmöglichkeit über die Sache entzogen sind (vgl. RG 146, 182).

§ 862

Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen¹⁾. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen²⁾.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt und der Besitz in dem letzten Jahre vor der Störung erlangt worden ist³⁾ 4).

§ 1 820, 824 II 784; W 3 125, 131; P 3 44; 6 220.

1. Die Klage wegen Besitzstörung ist der Klage wegen Besitzentziehung nachgebildet (vgl. die Erläuterungen zu § 861). Besitzstörung: § 858 A 6. Teilbesitz: § 865. Wegen der Rechtsähnlichkeit von Eigentums- und Besitzstörungen sind hier auch die Bemerkungen zu § 1004 heranzuziehen (vgl. RG 105, 213; 139, 29; JW 1936, 3454^{*)}). Wie sich aus § 869 ergibt, handelt es sich auch im § 862 nur um den unmittelbaren Besitzer (RG JW 1908, 274^{*)}; 1931, 2904^{*)}). Die Störung des unmittelbaren Besitzers im ruhigen Besitz kann auch darin liegen, daß ihm durch Verbote und Drohungen die Möglichkeit verkürzt wird, den unmittelbaren Besitz auf einen Andern zu übertragen; ein Verhindern der Besitzerlangung kann allerdings keine Störung sein (RG ebenda). Störer ist auch der, durch dessen maßgebenden Willen das störende Zustandsverhältnis geschaffen oder aufrechterhalten wird (RG 92, 25; 155, 319); er braucht nicht Eigentümer des Nachbargrundstücks zu sein, von dem die Störung ausgeht (RG JW 1936, 3454^{*)}). Die Abwehrklage kann sich auch gegen den nur mittelbaren Störer wenden, dessen Handeln, wenn nur ursächlicher Zusammenhang mit der Schadenswirkung besteht, eine störende Einwirkung auf die fremde Sache ist (RG 155, 154, 316; 156, 190; Gruch 54, 158). Die im § 904 zugunsten einer durch Notstand gebotenen Handlung verordnete Eigentumsbeschränkung ergreift die Sache selbst und wirkt daher auch gegen den Besitzer. Ihm steht dann auch der als Ausgleich für die Duldungspflicht bestimmte Schadensersatzanspruch zu (RG 156, 190). Der Pächter einer mit einem Grundstück verbundenen Abbedeckergerechtigkeit wird in seinem Besitz gestört, wenn die Zwangs- und Baumverpflichteten die dem Pann unterliegenden Pferde einem Dritten verkaufen (RG 4. 3. 25 V 209/24).

2. Die Klage auf Unterlassung weiterer Störungen ist (wie im Falle des § 1004) nur dann gegeben, wenn die Umstände einen tatsächlichen Anhalt dafür bieten, daß sich die den Besitz störenden Ereignisse wiederholen können; eine bloß denkbare Möglichkeit der Wiederholung reicht nicht aus (RG 63, 379; JW 1913, 543^{*)} zu § 1004). Auf welche Weise der zur Unterlassung Verurteilte seiner Verpflichtung genügen will, bleibt zu ermesen seine Sache. Ist dazu eine Tätigkeit erforderlich, bedarf es insbesondere (wie etwa bei Zuführungen im Sinne des § 906), um die Unterlassung sicherzustellen, der Vornahme gewisser Veranstaltungen, so muß der Verurteilte auch diese leisten (RG 63, 379 u. 14. 9. 06 III 240/06). Durch Geld den Besitzer abzufinden, ist der Störer niemals berechtigt, da der Anspruch auf Unterlassung aus § 862 kein Anspruch auf Schadensersatz ist und § 251 Abs 2 mithin nicht Platz greift (RG 51, 411 zu § 1004). Fällt die Störung im Laufe des Rechtsstreits fort, so hat sich die Klage in der Hauptsache erledigt, und es ist nur noch wegen der Kosten zu entscheiden (RG 60, 8). — In Ausdehnung des in den §§ 12, 862, 1004 enthaltenen Rechtsgedankens nimmt die Rechtsprechung des RG (60, 6; 61, 369; 95, 339; 109, 276; 116, 151; 148, 123; 151, 166; 155, 94) an, daß jeder sachlich rechtswidrige Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Rechtsgut ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Handelnden zur Klage auf Unterlassung berechtigt, wenn Wiederholungsgefahr besteht; die Klage kann auch dann erhoben werden, wenn an sich strafrechtlicher Schutz gegeben ist.

3. Ausschluß des Anspruchs unter den gleichen Voraussetzungen wie in § 861 Abs 2 (A 2 daf.).

4. In den Fällen des § 26 GewO und des § 143 prA BergG sind keine Abwehransprüche, sondern nur vom Verschulden der Störer unabhängige Schadensersatzrechte gegeben (RG 154, 162; 155, 319; vgl. § 1004 A 4).

§ 863

Gegenüber den in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüchen kann ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die Entziehung oder die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei¹⁾ 2).

§ 1 822, 785 II 848; W 3 129; P 3 44.

1. Einwendungen aus einem Rechte sind gegenüber einer Besitzklage auf Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes (§ 861) oder auf Beseitigung der Besitzstörung (§ 862) dem Verklagten nur in beschränktem Umfange, nämlich nur insoweit gestattet, als sie zur Widerlegung des Klagegrundes der Eigenmacht dienen (§ 861 A 1). Er kann sich daher auch nicht schlechthin auf die Behauptung stützen, daß er (wie der Eigentümer oder der Nießbraucher) ein solches

Recht auf den Besitz der Sache habe (RG 4. 3. 24 VII 412/23) oder daß er zur Vornahme der störenden Handlung kraft sachlichen Rechts (etwa eines Dienstbarkeitsrechts) berechtigt sei. Vielmehr müßte aus dem Einwande zugleich hervorgehen, daß die geltend gemachte Besitzentziehung oder Besitzstörung nicht „ohne den Willen“ (§ 858) des Klägers geschehen ist; so beispielsweise, wenn der Besitzer einem andern die Entnahme von Hobenbestandteilen gestattet hat. Im übrigen kann mit Erfolg nur entgegengesetzt werden, daß einer der Fälle vorliegt, in denen nach dem Gesetze selbst die Entziehung oder die Störung statthaft war (vgl. dazu § 858 A 7). Beachtlich wäre daher z. B. die Behauptung, daß der Besitzer die Vornahme der Handlung gestattet oder gewollt habe; unbeachtlich ist dagegen das Vorbringen: das Vertragsverhältnis, auf Grund dessen der Verklagte als Eigentümer der Sache dem Kläger daran den Besitz eingeräumt habe, sei zur Zeit der Entziehung des Klägers bereits erloschen gewesen. Denn folgt aus dem Eigentum an sich auch das Recht auf den Besitz der Sache, so enthält das Recht doch nicht ohne weiteres die Befugnis zur Selbsthilfe (§ 858 A 1). Die Selbsthilfe ist vielmehr nur unter den Voraussetzungen des § 229 gestattet. — Unzulässig, wenn auch unter andern Gesichtspunkte, ist auch der Einwand, daß der Besitz des Klägers des rechtfertigenden Grundes entbehrt habe (RG SeuffA 81 Nr 188). Schon die Tatsache des Besitzes wird geschützt. — Ist der geltend gemachte Einwand zulässig, so kann auf Grund dieser Verteidigung zugleich eine Widerklage erhoben werden (§ 33 ZPO). Eine Behauptung dagegen, die schon als Einwand unzulässig ist, vermag auch einer Widerklage nicht als Stütze zu dienen (RG 23, 396; Gruch 42, 1187). Dies beruht auf § 33 ZPO, nicht auf dem inzwischen beseitigten Abs 2 des § 260 ZPO.

2. Einer **Überspannung des Grundgesetzes** treten Gesetz und Rechtsprechung entgegen. Die Einwendungen aus dem Recht werden ausgeschlossen, damit über den Besitzanspruch rasch entschieden werden kann. Dieser Gesichtspunkt versagt, wenn das Recht nachträglich rechtskräftig festgestellt wird oder bereits rechtskräftig festgestellt war, als die verbotene Eigenmacht ausgeübt wurde (§ 864 Abs 2; RG 107, 258). Die enge Fassung des § 864 Abs. 2 erklärt sich aus seiner Entstehungsgeschichte. Die Rechte aus § 859 bleiben dem Besitzer auch in dem zweiten der erwähnten Fälle.

§ 864

Ein nach den §§ 861, 862 begründeter Anspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht¹⁾, wenn nicht vorher der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht wird²⁾.

Das Erlöschen tritt auch dann ein, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann³⁾ 4).

© I 823, 824, 786; Nr 3 130; P 3 44.

1. Die Ansprüche aus den §§ 861, 862 sind von vornherein zeitlich beschränkt. Die **einjährige Klagefrist** ist somit eine **Ausschlussfrist** (§ 186 A 1; RG JW 03 Beil 105 Nr 235; RG 68, 389). Ihr Lauf beginnt, ohne Rücksicht darauf, wann der Kläger (oder sein Besitzvorgänger) von der verbotenen Eigenmacht des Verklagten (oder seines Besitzvorgängers, § 853 Abs 2 Satz 2) Kenntnis erlangt hat, sobald die Besitzentziehung oder Besitzstörung verübt worden ist. Dies gilt auch dann, wenn der den Besitz beeinträchtigende Zustand fortwährt. Bei wiederholter Beeinträchtigung ist der Anspruch einer späteren Besitzstörung gegenüber nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Frist in früheren Fällen veräufert war.

2. Die **Erhebung der Leistungsklage** ist die allein zugelassene Unterbrechungsart. Eine Feststellungsklage oder der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung genügen nicht.

3. Weiterer Erlöschensgrund ist die in einem anderen Rechtsstreit rechtskräftig getroffene **Feststellung**, daß der Täter die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes kraft eines ihm an der Sache zustehenden Rechts verlangen kann. Vorausgesetzt wird dabei, daß das über die Rechtsfrage ergangene Urteil erst nach Verübung der dem Verklagten zur Last gelegten Eigenmacht rechtskräftig geworden ist. Dagegen kommt es darauf nicht an, ob der andere Rechtsstreit auch erst nach dem zuvor bezeichneten Zeitpunkt anhängig geworden ist. Nach dem Gesetze ist allein der Zeitpunkt der Rechtskraft entscheidend (RG 50, 8), während die Erhebung der Rechtsklage an und für sich noch keinen Einfluß auf den Besitzstreit hat. Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils genügt nicht. Wegen eines bei der Verübung der Eigenmacht bereits rechtskräftigen Urteils über das Recht vgl. § 863 A 2. Eine einstweilige Verfügung steht einem rechtskräftigen Urteil nicht gleich; ihr Bestehen muß aber beachtet werden; nach ihrer Beseitigung kann gegebenenfalls neu geflagt werden (JW 1932, 3640¹¹). Streittig ist, ob der Ausdruck „Recht an der Sache“ hier nur in der engeren Bedeutung von dinglichem Recht verstanden werden kann, so daß der Abs 2 ausgeschlossen bliebe,

909, Kommentar von Reichsgerichtsräten. 9. Aufl. III. Bb. (Schad, Bessau.)

wenn das Urteil über ein vertragsmäßiges Recht zur Vornahme der Handlung ergangen wäre. Die Entstehungsgeschichte und der Rechtsgedanke des Gesetzes sprechen für die Zulässigkeit der zweckentsprechenden weiteren Auslegung (M 3, 130; Prot 3, 44; auch RG 107, 258 scheint auf diesem Standpunkt zu stehen). Der Einwand führt gegebenenfalls zur Abweisung der Klage auf Kosten des Klägers.

4. Der Rechtsgedanke des § 864 Abs 2 gab auch in folgendem Fall den Ausschlag (OGB Stuttgart in FRR 1934 Nr 389): A hatte dem B einen Kraftwagen unter Eigentumsvorbehalt verkauft; B zahlte nicht; A nahm ihm den Wagen weg, ließ dann aber auf Grund vollstreckbaren Titels über die Kaufpreisschuld den nach § 861 Abs 1 entstandenen Herausgabeanspruch des B für sich pfänden. B konnte die Herausgabe jetzt nicht mehr fordern, kam also um seinen Besitzschutz. Aber auch A durfte den Wagen nicht behalten, also nicht einfach Klageabweisung begehren; er mußte vielmehr nach § 847 ZPO Herausgabe an den Gerichtsvollzieher beantragen, damit der Wagen wie eine gepfändete Sache verwertet werde.

§ 865

Die Vorschriften der §§ 858 bis 864 gelten auch zugunsten desjenigen, welcher nur einen Teil einer Sache, insbesondere abgeforderte Wohnräume oder andere Räume, besitzt.

© I 816 II 787, 850; M 3 114; P 3 41.

Teilbesitz ist soweit möglich, als eine gesonderte räumliche Herrschaft an dem einen Teil einer Sache neben der räumlichen Herrschaft anderer Personen über die andern Teile denkbar ist (M 3, 114). § 93 steht nicht entgegen, weil der Besitz kein Recht ist (vgl. Vorbem 1 vor § 854; § 861 A 4). Ein Teilbesitz ist vornehmlich an Teilen unbeweglicher Sachen möglich. Die Voraussetzungen können aber auch bei beweglichen Sachen erfüllt sein (z. B. Besitz an einem selbständig verschließbaren Teil eines Schranke). In Betracht kommen insbesondere die abgeforderten Räume eines Hauses, ferner die Wände eines Bauwerks zum Anbringen von Firmenschildern (RG 63, 377), Anpreisungen usw. Bei Geschäftshäusern einer Großstadt (Berlin), in denen einzelne Stockwerke an verschiedene Geschäftsinhaber vermietet sind, umfaßt die Miete im Zweifel zugleich die Außenwand, soweit sie sich zu Werbezwecken eignet, und zwar von der Unterkante der Fenster ab bis zur Unterkante der darüberliegenden Fenster des Stockwerks; der Besitz daran wird ergriffen, wenn nicht schon durch die Überlassung der Räume, dann durch das etwaige Anbringen von Werbegegenständen; stört diesen Besitz der Mieter eines andern Stockwerks, dann ist dagegen die Selbsthilfe (§§ 858, 859), wie auch die Besitzklage zulässig (RG 80, 281). Vgl. § 854 A 3. § 93 hindert auch nicht die Möglichkeit eines Teilbesitzes an wesentlichen Bestandteilen, so insbesondere an Bäumen auf dem Stamme. Der Besitz daran erfordert die von der Verkehrsanschauung anerkannte tatsächliche Herrschaft über die Bäume selbst, die nur ausnahmsweise gegeben sein wird (RG 108, 272). Eine nur sinnbildliche Übergabe ist nach dem geltenden Gesetz nicht mehr möglich (RG 77, 207). Ist verabredet, daß der Käufer vor Bezahlung des Kaufpreises lediglich die Befugnis haben sollte, das Holz zu fällen und zuzubereiten, dann ist eine Besitz- wie Eigentumsübertragung vor der Bezahlung ausgeschlossen (RG 72, 310). Sind die verschiedenen Räume eines Gebäudes je an verschiedene Personen vermietet, so sind die einzelnen Mieter Teilbesitzer der ihnen überlassenen Räume, außerdem nach § 866 Mitbesitzer an den ihrer gemeinschaftlichen Verwendung überlassenen Teilen; dagegen ist der Eigentümer, weil ihm die dem einzelnen Mieter nicht überlassenen Räume zugänglich bleiben, unmittelbarer Besitzer des ganzen Gebäudes (RG 64, 182). Gemäß § 865 genießt der Mieter den Besitzschutz auch dem Vermieter und seinen Mitmieter gegenüber, wobei dann § 906 entsprechend anwendbar ist (RG JW 1932, 2984¹¹), z. B. bei übermäßigem Lautsprecherlärm (JW 1937, 2918²²). Teilbesitz nach Bruchteilen ist ausgeschlossen (RG 13, 179).

§ 866

Besitzen mehrere eine Sache ²⁾ gemeinschaftlich ¹⁾, so findet in ihrem Verhältnis zueinander ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt ³⁾.

© I 817 II 788; M 3 115; P 3 41.

1. Mitbesitz, dessen Möglichkeit das Gesetz ohne weiteres voraussetzt, liegt vor, wenn eine Mehrheit von Personen die tatsächliche Gewalt (§ 854) in der Weise hat, „daß ein jeder von ihnen die ganze Sache besitzt, in seinem Besitze jedoch durch den gleichen Besitz der übrigen beschränkt ist“ (RG 13, 179). Dieser Zustand kann sich auf zweierlei Art äußern: entweder so, daß die Sache

zwar jedem einzelnen Mitbesitzer unbehindert zugänglich, die Herrschaft des einzelnen jedoch wegen der gleichen Lage der Mitbesitzer keine ausschließliche ist; oder in der Weise, daß die Sache keinem einzelnen Mitbesitzer allein, vielmehr jedem nur in Gemeinschaft mit den Mitbesitzern zugänglich ist. Ein Fall der ersten Art liegt vor, wenn mehreren Mietern bestimmte Räume, z. B. Hausflur und Treppen zum gemeinschaftlichen Gebrauch überlassen werden (RG 64, 182). Um einen Fall der andern Art würde es sich handeln bei einem Mitverschluß durch mehrere Mitbesitzer vermöge verschiedenartiger Schlüssel. Unbedingtes Erfordernis ist im übrigen für jeden Mitbesitzer, daß sich der Besitz jedes einzelnen Besitzers auf den ganzen Gegenstand erstreckt. Daher steht auch jedem einzelnen Mitbesitzer das Besitzschutzrecht an der ganzen Sache zu (RGSt 47, 314). Mitbesitz nach Bruchteilen gibt es nicht (RG 13, 179). Mitbenutzen ist nicht Mitbesitzen, wenn der alleinige Besitz des andern Mitbenutzers anerkannt wird und der eigene Besitzwille fehlt (RG 108, 123). Das gilt bei Ehegatten wie bei andern Personen. Erworben wird Mitbesitz entweder durch gemeinschaftliche Zubeisignahme (§ 854) oder dadurch, daß der bisherige Alleinbesitzer die tatsächliche Gewalt noch einem andern einräumt, z. B. durch Übergabe eines zweiten Schlüssels (§ 854 A 3). Daß zwischen den Mitbesitzern ein bestimmtes Rechtsverhältnis besteht, ist kein begriffliches Erfordernis; ebensowenig, daß die Art des Besitzes die nämliche ist. Dem Mitbesitz können daher Miteigentum oder Gesellschaft zugrunde liegen. Andererseits kann aber auch Eigenbesitz und Pfandbesitz zusammentreffen. In diesem Falle setzt der Mitbesitz des Pfandhalters Mitverschluß mittels eines verschiedenenartigen Schlüssels voraus (RG 25. 1. 07 II 238/06). Unanwendbar ist § 866 im Verhältnis zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer, da jener die tatsächliche Gewalt überhaupt nicht hat; wohl aber können mehrere Personen mittelbare Mitbesitzer sein, wenn ein Dritter den unmittelbaren Besitz für sie alle zusammen ausübt (so bei Treuhänderschaft eines Notars für die Parteien des vor ihm abgeschlossenen Vertrages; RG HR 1933 Nr 1694). Verloren geht Mitbesitz nach Maßgabe des § 866.

Der Schrankfachvertrag (vgl. Vorbem I vor § 688) ist nicht Verwahrungs-, sondern Mietvertrag (RG 141, 99). Der Benutzer des Schrankfachs hat Alleinbesitz an den hineingelegten Sachen, wenn auch in Bankbedingungen gelegentlich die Rede davon sein mag, daß die in die Fächer eingelegten Wertpapiere im Mitbesitz der Bank ständen (Warn 1933 Nr 115). Die Stahlkammer, in der sich die Schrankfächer befinden, steht im unmittelbaren Mitbesitz der Bank als Eigenbesitzerin und aller, die sie vertragsmäßig benutzen dürfen (§ 866). Hinsichtlich des einzelnen Faches als solchen liegt (unmittelbarer) Teilbesitz des Mieters vor (§ 865); aber der Fachinhalt (einschl. eines mitvermieteten Kästchens) ist trotz Mitverschlusses der Bank, der in aller Regel nur zum Zwecke der Überwachung, also vorwiegend den Belangen des Mieters dient, nach der Verkehrsauffassung (vgl. § 855 A 5a) und gemäß dem Vertragswillen der Beteiligten als im unmittelbaren Alleinbesitz des Mieters stehend anzusehen (DpH, DepotGef. 505 ff.). Dasselbe gilt von einem unter Zollverschluß stehenden Warenlager; dessen Inhaber ist Alleinbesitzer (RG 112, 39).

Mitgewahrsam kann nicht bloß in der Weise bestehen, daß beide Gewahrsamsinhaber nur gemeinsam zu dem Verhältnis Zutritt nehmen können, sondern auch dann, wenn abredewidrig der eine ohne Mitwirkung des andern, der andere nur mit jenem zusammen hierzu in der Lage ist, wenn also der eine die Möglichkeit hat, den andern vom Zutritt auszuschließen (RGSt DJ 1938, 44).

Wegen des Nebenbesitzes: vgl. § 868 A 2 Abs 2; wegen des Mitbesitzes beim Giro sammeldepot: § 868 A 3 Abs 3.

2. Auch an einem besitzfähigen Teil einer Sache kann Mitbesitz bestehen.

3. Im Verhältnis der Mitbesitzer untereinander greifen die Besitzschutzmittel der §§ 858 bis 864 nur insoweit Platz, als sich der Streit nicht auf die Grenzen des dem einzelnen Mitbesitzer zustehenden Gebrauchs bezieht. Da nun ein Streit über die Grenzen des Gebrauchsrechts stets in Frage steht, wenn der eine Mitbesitzer dem andern den Mitgebrauch einschränkt, so folgt, daß die Mitbesitzer im Falle einer solchen Störung untereinander nur auf die Rechtslage angewiesen sind. Aber es handelt sich nicht mehr um den Fall des Gesetzes, wenn der eine Mitbesitzer dem andern den Mitgebrauch gänzlich verwehrt; denn diesfalls ginge es über einen Streit hinsichtlich der Grenzen des Mitgebrauchs hinaus und müßte also auch dem betroffenen Mitbesitzer der regelmäßige Besitzschutz zustehen. — Die Stellung der einzelnen Mitbesitzer Dritten gegenüber regelt sich lediglich nach den §§ 858—864. Gegen einen von mehreren Mitbesitzern allein kann geklagt werden, wenn die andern mit der Herausgabe einverstanden sind (RG LZ 1924, 123) oder (bei Miterben) der Beklagte allein die tatsächliche Gewalt hat (RG Warn 1918 Nr 57). Der Mitbesitzer selbst kann immer nur, vom Dritten wie vom Mitbesitzer, die Wiedereinräumung des Mitbesitzes, nicht die des Alleinbesitzes fordern. Diesen kann er gegebenenfalls mit einer Klage aus dem entsprechenden Recht selbst verlangen (RG 8. 4. 24 VII 553/23).

§ 867

Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstücks die Auffuchung und die Wegschaffung zu gestatten¹⁾, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist²⁾. Der Besitzer des Grundstücks kann Ersatz des durch die Auffuchung und die Wegschaffung entstehenden Schadens verlangen³⁾. Er kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird; die Verweigerung ist unzulässig, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist⁴⁾.

§ I 867 II 789, 852; III 3 296; § 3 164.

1. Es handelt sich hier um eine weitere Art des Besitzschutzes, um das sogenannte **Verfolgungsrecht des Besitzers** (Abholanspruch). Voraussetzung ist, daß die Sache aus der Gewalt des Besitzers entkommt und auf ein Grundstück gelangt, das ein anderer besitzt. Auch darf die Sache nicht bereits von einem andern, z. B. dem Grundstücksbesitzer, in Besitz genommen worden sein (vgl. § 854 A 3). Unter Umständen steht dem Sachbesitzer auch das Selbsthilferecht aus § 229 oder das Notstandsrecht aus § 904 zur Seite.

Daß der Besitzer des Grundstücks auch dessen Eigentümer sei, ist nicht gefordert. Die Bestimmung kann sogar dann anwendbar sein, wenn der Sachbesitzer selbst der Eigentümer des Grundstücks ist (beispielsweise, wenn er es verpachtet hat). Auf welche Art die Sache dem Besitzer entkommt und auf das Grundstück gelangt, ist gleichgültig; nur darf das Ergebnis nicht durch den Sachbesitzer willkürlich herbeigeführt sein. In Betracht kommen kann als Gegner nur der unmittelbare Besitzer des Grundstücks. Gelangt die Sache nicht auf ein Grundstück, sondern etwa auf ein Gefährt oder in eine Marktbude, dann wird die entsprechende Anwendung der Bestimmung zulässig sein.

Den Inhalt des Verfolgungsrechts bildet der klagbare Anspruch gegen den Besitzer des Grundstücks, daß dieser das **Auffuchen und Wegschaffen gestattet**. Dagegen ist dem Sachbesitzer die Befugnis, behufs Wiedererlangung der Sache auf dem Grundstück ohne weiteres tätig zu werden, durch den § 867 (vgl. jedoch Abs 1 a. E.) nicht gewährt. Ein solches Verfahren des Sachbesitzers würde sich vielmehr als verbotene Eigenmacht darstellen (§ 858). Umgekehrt aber macht sich auch der Grundstücksbesitzer verantwortlich, wenn er die Erlaubnis zur Auffuchung der Sache usw. ohne Grund, also widerrechtlich versagt.

2. Ist inzwischen bereits von einem andern die Sache in Besitz genommen worden, so ist für das Verfolgungsrecht kein Raum mehr. Hat insbesondere der Grundstücksbesitzer den Besitz erworben, so ist auch ihm gegenüber schon der Tatbestand des § 861 (oder der §§ 985, 1007) erfüllt; das Gesetz will mit § 867 nicht einen Rechtsbehelf schaffen, der unter Umständen noch neben der Besitzklage aus § 861 gegeben wäre.

3. Der Anspruch des Grundstücksbesitzers auf Schadenersatz aus § 867 Satz 2 ist ein unbedingter. Sucht der Sachbesitzer die Sache auf dem Grundstück auf und schafft er sie fort, ohne daß ihm das gestattet worden ist, so ist seine Handlungsweise widerrechtlich; im Falle der Beschädigung des Grundstücks greift sonach § 823 Platz. Handelt der Sachbesitzer mit Erlaubnis des Grundstücksbesitzers, dann besteht seine Verpflichtung zum Schadenersatz ebenfalls, obwohl keine Widerrechtlichkeit des Handelns vorliegt, und zwar kraft Gesetzes, wie im Falle des § 904. Sonst können hinsichtlich der Schadenersatzpflicht noch die §§ 833, 834, 836—838 in Betracht kommen. Über die Haftung des Grundstücksbesitzers, falls er die Erlaubnis ohne Recht verweigert, vgl. A 1 Abs 3.

4. Das Recht des Grundstücksbesitzers auf **Sicherheitsleistung** durch den Sachbesitzer gibt jenem eine verzögerliche Einrede (§ 202 A 2). Sie ist aber nur dann berechtigt, wenn nach den obwaltenden Umständen anzunehmen ist, daß durch die Veranstaltungen des Sachbesitzers behufs Wiedererlangung der Sache das Grundstück beschädigt werden wird. Die Einrede versagt, wenn die Wiederbeschaffung der Sache ein sofortiges Handeln erfordert und mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. Die Belange des Sachbesitzers gehen alsdann den Rechten des Grundstücksbesitzers einstweilen vor. Selbstverständlich büßt dieser aber seinen Anspruch auf Schadenersatz nicht ein. Verlangt er grundlos Sicherheitsleistung und verweigert er bis dahin die Erlaubnis zum Auffuchen und Fortschaffen der Sache, so handelt er wiederum widerrechtlich und ist, wenn sein Verhalten auch schuldhaft, ersatzpflichtig (§§ 276, 823).

§ 868

1) **Besitz jemand** 4) eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse 3), vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist 2), so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz) 4) 5) 6) 7).

§ II 790, 853; § 3 210.

1. **Mittelbarer Besitz.** Bei dem Rechtsgebilde des § 868 sind zwei Personen beteiligt: die eine „besitzt die Sache“, die andere ist „auch Besitzer“. Besitz im Sinne des § 854 hat nur die erste Person, weil nur sie in einer unmittelbaren Beziehung zur Sache steht, während der andern Person eine Besitzstellung nur deswegen zugeschrieben wird, weil für sie wenigstens eine mittelbare Beziehung zu der Sache hergestellt wird. Sie beruht auf dem Besitz des unmittelbaren Besitzers, dem zwischen ihm und dem andern begründeten Verhältnis und dem Willen des unmittelbaren Besitzers, für den andern zu besitzen, also als Fremdbesitzer, nicht als Eigenbesitzer im Sinne des § 872 (RG 135, 78). Daher handelt es sich hier auch nur um den sog. „mittelbaren Besitz“, bei dem der unmittelbare Besitzer als Besitzmittler dient. Ein Fall von Stellvertretung liegt nicht vor, weil die Besitzhandlungen des unmittelbaren Besitzers unmittelbare Wirkungen nur für ihn selbst, dagegen nicht für den andern zeitigen (§ 854 A 5). Wohl aber kann das Rechtsgebilde des mittelbaren Besitzes in gewissem Maße als Ersatzmittel für die beim Besitz vom Gesetz nicht allgemein anerkannte Stellvertretung gelten (§ 854 A 5), insofern als es nach § 268 möglich ist, mit Hilfe der Tätigkeit eines andern eine Art von Besitzstellung zu gewinnen und festzuhalten. Die Stellung des mittelbaren Besitzers reicht im übrigen nicht nur als Grundlage für den Besitzschutz aus (§ 869); sie befähigt den mittelbaren Besitzer vielmehr auch zur Übertragung von Rechten an der Sache (§ 930), und in dieser Hinsicht kann die Begründung eines Verhältnisses der in § 868 vorausgesetzten Art auch als Ersatzmittel für die Übergabe dienen (§§ 931, 930, 1032, 1205 Abs 2). Die Schöpfung dieses Rechtsgebildes des mittelbaren Besitzes ist dadurch möglich geworden, daß das Gesetz zugunsten des mittelbaren Besitzers von dem Erfordernis eines unmittelbaren Gewaltverhältnisses abgesehen und die Möglichkeit eines unmittelbaren Besitzes andererseits auch beim Fremdbesitz anerkannt hat. Vgl. A 4. — Die Ansicht, daß der andere (der mittelbare Besitzer) keinen wirklichen Besitz habe, daß es sich vielmehr nur um ein Rechtsverhältnis handle oder daß sich der bloß angenehme Besitz des mittelbaren Besitzers in dem Recht auf die Herausgabe der Sache erschöpfe, kann nicht gebilligt werden. Allerdings besagt das Gesetz nicht, daß der andere ebenfalls die Sache besitzt, sondern allgemein nur, daß er „auch Besitzer“ ist. Aber abgesehen davon, daß es den andern als Besitzer ausdrücklich bezeichnet, hat es ihm in den gegebenen Grenzen emergetes einen wirklichen Besitzschutz verliehen (§ 869), und andererseits kann der mittelbare Besitzer als solcher auch in Anspruch genommen werden (§ 76 ZPO). Daß der mittelbare Besitzer wirklicher Besitzer der Sache auch schon vor Ausübung des Herausgabeanspruchs ist, zeigt sich endlich daran, daß er im Falle der Beendigung des unmittelbaren Besitzes unter gewissen Voraussetzungen die Herstellung des unmittelbaren Besitzes für sich selbst fordern kann (§ 869 A 2, 4), wie auch daran, daß er sich auch des Einwandes des fehlerhaften Besitzes (§ 861 Abs 2) bedienen darf, vgl. § 869 A 2 Abs 2. Kurz gesagt: bis auf die Fälle, wo unbedingt ein unmittelbarer Besitz gefordert ist (§§ 854—856), gilt der nur mittelbare Besitzer ebenfalls als Besitzer, so daß Vorschriften, die schlechthin einen „Besitzer“ voraussetzen, auch auf ihn Anwendung finden, so namentlich auch die des § 268 Abs 1 über das Ablösungsrecht.

Der mittelbare Besitzer ist auch befähigt, Eigentum zu übertragen, und zwar nicht nur gemäß § 931 durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, sondern auch gemäß § 930, indem beispielsweise der Eigentümer seine vermietete Sache dem Mieter übereignet und sie alsdann von ihm für sich mietet (RG Warn 1920 Nr 163). — Der nur mittelbare Besitz eines Grundschuldbriefes genügt nicht schlechthin zur Begründung eines Pfandrechts an der Grundschuld; er kann vielmehr nur dann genügen, wenn der Pfandgläubiger in der Lage ist, die Herausgabe des Grundschuldbriefes von dem unmittelbaren Besitzer zu verlangen und dieser zur Herausgabe auch befugt ist (RG Warn 1921 Nr 97). Bei der Abtretung einer Hypothek kann die Übergabe des Briefes durch die Herstellung des mittelbaren Besitzes ersetzt werden (RG SeuffA 75 Nr 27).

2. Die notwendige erste Voraussetzung des mittelbaren Besitzes ist, daß der eine Beteiligte, der Besitzmittler, selbst den unmittelbaren Besitz an der Sache (§ 90) hat. Denn gerade durch seinen Besitz soll die Beziehung „des andern“ zu der Sache hergestellt werden. Diesen Erfolg macht sodann das Gesetz auch davon abhängig, daß zwischen dem Besitzmittler und dem andern ein Verhältnis besteht, kraft dessen die erforderliche Vermittlung auch wirklich bewirkt und gesichert wird. Das dazu nötige Verhältnis kann niemals derartig sein, daß der andere auch schon sogleich auf die Sache selbst tatsächlich einzuwirken vermöchte (wie dies im Falle der Besitzdienerschaft gemäß § 855 vorausgesetzt wird). Das wäre mit der Sachlage unvereinbar. Das Gesetz fordert vielmehr nur, daß der andere die Sache von einem künftigen Zeitpunkt ab eben auf Grund des zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer bestehenden Verhältnisses

an sich zu ziehen und auf diese Weise seine bisherige mittelbare Beziehung zur Sache zu einer unmittelbaren umzugestalten vermag (RG Warn 1912 Nr 421). Dieser Gedanke hat dahin Ausdruck gefunden, daß der unmittelbare Besitzer „dem andern“ gegenüber **nur auf Zeit zum Besitz berechtigt sein darf oder daß er „dem andern“ gegenüber auf Zeit zum Besitz verpflichtet ist.** Dabei ist es jedoch völlig unabhängig, dauernd im Besitz verbleiben soll. Mit andern Worten: die Sache von einem gewissen Zeitpunkt ab unbedingt an sich ziehen darf. Das Verhältnis kann vielmehr auch so gestaltet sein, daß unter gewissen Bedingungen der mittelbare Besitzer jede Beziehung zur Sache gerade endgültig einbüßen und andererseits der unmittelbare Besitzer, von jenem nunmehr völlig unabhängig, dauernd im Besitz verbleiben soll. Mit andern Worten: es ist keine wesentliche Voraussetzung, daß der mittelbare Besitzer inhalts des zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer bestehenden Verhältnisses einen unbedingten Herausgabeanspruch hat (RG JW 1913 S. 432¹⁰ u. 492¹⁴; Gruch 57, 437). Hat er ihn auch nur bedingungsweise und ist andererseits auch gerade vorgesehen, daß der Herausgabeanspruch unter gewissen Umständen zugunsten des unmittelbaren Besitzers erledigt sein soll, so ist doch immer noch die gesetzliche Anforderung erfüllt, daß während des Bestehens des Verhältnisses der mittelbare Besitzer dem mittelbaren Besitzer nur auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. So ist es möglich, ein Verhältnis im Sinne des § 868 derart zu begründen, daß unter gewissen Umständen der unmittelbare Besitzer (beispielsweise der Pächter, der Pfandgläubiger) demnächst Eigentümer der Sache werden oder daß andererseits der mittelbare Besitzer den Herausgabeanspruch nur für den Fall des Ausbleibens der gesetzten Bedingung behalten soll. Insbesondere ist ein Verhältnis des Inhalts denkbar, daß der mittelbare Besitzer von dem Herausgabeanspruch nur dann soll Gebrauch machen dürfen, wenn der unmittelbare Besitzer seine Verpflichtungen nicht erfüllt (Fall der käuflichen Übergabe unter Eigentumsvorbehalt und der Abrechnung sicherungshalber, RG 54, 397; vgl. auch RG 69, 198; Warn 1912 Nr 421; 1913 Nr 200 u. 201). Nur dann kann von mittelbarem Besitz niemals die Rede sein, wenn dem Gegner des unmittelbaren Besitzers ein Herausgabeanspruch unbedingt und endgültig verjagt ist, weil dann für ihn jede Art von Herrschaftsbeziehung zur Sache ausgeschlossen wäre (RG 26. 2. 24 111 299/23). Da der Besitz eine Tatsache ist und auch der mittelbare Besitz vom Gesetz als etwas Tatsächliches behandelt wird, kann es ein bedingtes Besitzverhältnis nicht geben, wie in früheren Aufträgen noch angenommen wurde. In der dafür angezogenen Entscheidung (RG JW 1907, 747¹⁹), die selbst von bedingtem Besitz nicht spricht, handelte es sich um die Abreignung einer weder im Eigentum noch im Besitz des Veräußerers befindlichen Sache durch Vereinbarung eines nach § 868 zu beurteilenden Rechtsverhältnisses. Hier entstand der mittelbare Besitz des Erwerbers frühestens in dem Augenblick, in welchem der Veräußerer den unmittelbaren Besitz der Sache erwarb. Vorher hatte er keinen Besitz, auch keinen bedingten. — Daß das von beiden Beteiligten beabsichtigte Rechtsverhältnis als solches rechtsbeständig zur Entstehung gelangt, ist ebenfalls kein Erfordernis. Nur daß nicht Nichtigkeit des Vertrags (wegen Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten) vorliegen, auch darf bei der Vereinbarung des Verhältnisses nach § 868 durch einen Vertreter diesem die Vertretungsbefugnis nicht gefehlt haben (RG 98, 133; 86, 265). Denn bleibt der vorausgesetzte Erfolg aus rechtlichen Gründen aus, so genügt doch, daß die Parteien ein Verhältnis, wie es das Gesetz in § 868 verlangt, wenigstens haben begründen wollen, und auf das Vorhandensein des rechtsgeschäftlichen Willens der Beteiligten kommt es allein an (RG 98, 135). So ist mittelbarer Besitz anerkannt worden bei einem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt, obwohl das Kaufgeschäft unwirksam war (RG 22. 9. 22 VII 375/22). In RG 105, 414 wird der aufgestellte Grundsatz nicht abgelehnt, die Bedeutung dieser Entscheidung liegt auf anderem Gebiet, vgl. A 3. RG 133, 285 hat die Frage nicht entschieden. — Ob endlich der Vermittler dem mittelbaren Besitzer gegenüber berechtigt oder aber verpflichtet ist, richtet sich nach dem Inhalt des zwischen ihnen bestehenden Verhältnisses. Verpflichtet zum Besitz ist er bei den Auftragsverhältnissen in den verschiedenen Rechtsformen, berechtigt zum Besitz ist er beispielsweise bei der Miete oder beim Kaufpfand. Das Nähere über die einzelnen in Betracht kommenden Verhältnisse unter A 3.

An dem dritten Erfordernis des mittelbaren Besitzes, dem Willen des unmittelbaren Besitzers, für den mittelbaren zu besitzen (vgl. oben A 2 Abs 1), scheidet auch die Möglichkeit des sogenannten **Nebenbesitzes** (vgl. RG 135, 80). Dieser soll weder Mitbesitz im Sinne des § 866 sein, wobei mehrere eine Sache gemeinschaftlich besitzen, noch auch weiterer mittelbarer Besitz im Sinne des § 871, wobei die mehreren mittelbaren Besitzer auf verschiedenen Stufen derselben Besitzleiter stehen; vielmehr sollen die Nebenbesitzer mittelbare Besitzer sein, welche gleichstufig auf verschiedenen Besitzleitern stehen (Enneccerus-Lehmann, Sachenrecht [9.] § 8 II letzter Absatz). Das verdeutlichende Beispiel geht dahin: C läßt sich die von A bei ihm in Verwahrung gegebene Sache von B verpfänden, und zwar ohne Vorwissen des A, wie zu ergänzen ist; C soll dann gleichzeitig als Verwahrer des A und als Pfandgläubiger des B besitzen. Indessen zu dem Willen, eine Sache für einen andern zu besitzen, gehört auch die Bereitschaft und der Wille, die Sache dem andern herauszugeben, wenn dieser es auf Grund des bestehenden Rechtsverhältnisses verlangt und verlangen darf. Niemand besitzt als „Pfandgläubiger“, der nicht bereit wäre, nach dem Erlöschen

des Pfandrechts die Sache dem Verpfänder herauszugeben (§ 1223 Abs 1), niemand als „Verwahrer“, der nicht bereit wäre, die Sache jederzeit zurückzugeben (§ 695). Wenn in dem Beispiel A und B eines Tages gleichzeitig die Herausgabe verlangen, B gegen Zahlung des geschuldeten Geldes, so kann C die Sache unmöglich an beide, und zwar an jeden gesondert und für sich allein, herausgeben. Deshalb kann C auch während Schwehens des Verwahrungs- und Verpfändungsverhältnisses diesen Willen nicht haben. Es mögen zwei Verhältnisse im Sinne des § 868 begründet sein und bestehen, besitzen kann der unmittelbare Besitzer aber immer nur für einen seiner beiden, sich gegenseitig ausschließenden, Vertragsgegner. Es läßt sich auch nicht sagen, daß C für A oder B besäße, denn das wäre Wahl-, also bedingter Besitz, und einen solchen kann es nicht geben (vgl. oben Abs 1). — Nicht Neben-, sondern mittelbaren Mitbesitz haben zwei Personen an einer hinterlegten Sache, um deren Eigentum sie streiten, wenn bei der Hinterlegung auf das Recht der Rücknahme verzichtet ist. Die Hinterlegungsstelle verwahrt die Sache dann für beide. Zwar kann nur einer sie wirklich bekommen, aber die beiden Streitenden schließen sich nicht in dem oben erläuterten Sinne gegenseitig aus; denn beide sind notwendigerweise damit einverstanden, daß der sie bekommt, der sein Eigentum nachweist; a. M. RG 135, 275. — Vgl. wegen des Nebenbesitzes weiter A 6 Abs 3.

3. Die hier aufgeführten Vertragsformen sollen nur als vorbildliche Beispiele dienen. Bei ihnen allen trifft zu, daß der mittelbare Besitzer von gewissem Zeitpunkte ab die Herausgabe der Sache für sich zu fordern berechtigt ist, und daß dieser Anspruch auf einem bestimmten Rechtsgrund fußt. Als ähnliches Verhältnis kommt daher jedes Verhältnis in Betracht, bei dem diese Voraussetzungen erfüllt sind (RG 132, 186), u. U. auch ein öffentlich-rechtliches Sicherungsverhältnis (RG 143, 319). Es braucht sich dabei auch nicht um einen benannten Vertrag zu handeln (RG 132, 186; JW 1910, 7067; 1915, 6566; Gruch 53, 1047; 57, 435). Dagegen kann niemals ein Verhältnis genügen, bei dem das Versprechen, die Sache herauszugeben, ohne Beziehung auf einen bestimmten Verpflichtungsgrund abgegeben, die Verpflichtung vielmehr selbständig (§ 780) begründet worden ist (RG 49, 173; 54, 396; JW 1913, 492¹⁴; RG Warn 1925 Nr 166). Aber stillschweigend kann das Rechtsverhältnis begründet werden; nur müssen die besonderen Umstände vorliegen, aus denen sich der entsprechende Wille beider Teile entnehmen läßt (RG 21. 3. 19 VII 22/19). Ob es sich um ein Schuldverhältnis oder ein dingliches Rechtsverhältnis handelt, ob es rechtsgeschäftlich oder kraft Gesetzes entstanden, ist gleichgültig (RG 59, 201). Ein der Verwahrung ähnliches Verhältnis ist angenommen worden (RG Warn 1929 Nr 150; JW 1934, 2971³). Die unrichtige Bezeichnung eines Vertrags als Verwahrungsvertrag wäre für sich kein Grund zur Annahme, daß nicht ein ähnliches Verhältnis gewollt gewesen wäre (RG Warn 1913 Nr 200); das dem Erwerber eingeräumte Recht, jederzeit die Herausgabe der Sache zu verlangen, spricht gerade für Verwahrung (RG 132, 187). Als ähnliche Verhältnisse müssen weiter namentlich gelten alle Formen von Auftragsverhältnissen (insbesondere der Kommissionsauftrag, das Treuhänderverhältnis [RG StM 1933 Nr 1694], auch die Besitztreuhänderschaft [RG 151, 184], der Verwaltungsauftrag), weiter der Frachtvertrag, die Leihe (RG 57, 178), der Speditionsvertrag, wobei der Unterspediteur wieder dem Hauptpediteur den Besitz vermitteln kann (RG 118, 250), der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt (RG 59, 298; 54, 396; 69, 197), während eine erst nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts nicht genügt (RG 49, 170; 54, 396; JW 1913, 492¹⁴; SeuffA 67 Nr 187; vgl. auch Bem zu § 455, bes. A IV 1); die Geschäftsbeforgung oder Dienstleistung (RG Warn 1916 Nr 83; hier hatte der Weinhändler von dem Kunden verkauften Wein ausgeschieden, auch bezeichnet und dem Kunden erklärt, daß der Wein bis zum Eintritt besserer Witterung bei ihm lagern könne; demnach war der Geschäftsherr mittelbarer und der Geschäftsbeforger unmittelbarer Besitzer geworden; der umgekehrte Fall ist nicht denkbar, man kann nicht sagen, daß der Geschäftsherr dem Geschäftsbeforger gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet wäre; wird etwas derartiges verabredet, so ist ein Verhältnis nach § 868 nicht zustande gekommen [JW 1929, 1893¹]); bei der Sicherungsübergabe kommt es auf die Umstände des einzelnen Falles an (RG Warn 1913 Nr 200; JW 1911, 762; 1912, 144²¹). Zu nennen sind weiter: Allgemeinvollmacht (RG JW 1938, 1394¹¹); Erbpacht und Erbbaurecht; aus dem Gebiete des Familienrechts: das Verhältnis zwischen Ehegatten beim gesetzlichen Güterrecht (auch zwischen erst zukünftigen Eheleuten, RG JW 06, 161⁹); bei dem gesetzlichen Güterstand sowohl als auch bei der Gütergemeinschaft hat die Ehefrau den mittelbaren Besitz (RG 105, 21; 108, 124; str.); desgleichen das Verhältnis zwischen dem elterlichen Gewaltshaber und dem Kinde in Ansehung des Kindesvermögens, wie das zwischen Vormund und Mündel (vgl. RG 148, 323; Nießbrauchsbestellung für die Eltern bei Eigentumsübertragung an das minderjährige Kind); aus dem Gebiete des Erbrechts: das Verhältnis zwischen Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter und dem Erben; aus dem Gebiete des Verfahrensrechts: das zwischen Konkursverwalter und Gemeinsschuldner, wie das zwischen Zwangsverwalter und Eigentümer, dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher. In allen diesen Verhältnissen ist die Annahme einer Besitzdienerschaft ausgeschlossen, weil es an der Voraussetzung der Unterordnung im Sinne des § 855 fehlt. Durch die Besitzergreifung der gepfändeten Sache (§ 808 BPO) wird der Gerichtsvollzieher unmittelbarer Besitzer, der Schuld-

ner verliert damit jeden Besitz. Beläßt der Gerichtsvollzieher die Pfandsache im Gewahrsam des Schuldners, so muß man sich, um mit dem Gesetz in Einklang zu bleiben, den Hergang derart vorstellen, daß der Gerichtsvollzieher die Sache zunächst in Besitz genommen (§ 808 Abs 1), demnächst aber den unmittelbaren Besitz dem Schuldner auf Zeit eingeräumt hat (RG 94, 341) und selbst so mittelbarer Besitzer geworden ist (RG 102, 78; 105, 415; 118, 277; JZ 1919, 448; vgl. auch § 871 A 1). Durch die Versteigerung und den Zuschlag allein wird der Ersteher noch nicht Besitzer der Sache; die Übergabe, sei es die körperliche, sei es mittels des Besitzvorbehalts, muß noch dazu kommen (RG Warn 1917 Nr 55). An den von dem Bauunternehmer auf ein Grundstück zum Zwecke dortiger Bauausführungen geschafften Baustoffen hat der Grundstückseigentümer unmittelbaren und jener selbst mittelbaren Besitz (RG 104, 93). Die Kucheneine sind nicht Inhaberpapiere, auch nicht Träger des Rechts, vielmehr in erster Linie Beweisurkunden, daneben aber als Wertpapiere für börsenmäßige Geschäfte durch § 1 DepotG (sowohl das bisherige wie des neuen v. 4. 2. 1937 RGBl I, 171) anerkannt. Wenn die Bank dem Kunden das sogenannte Stindeverzeichnis (sekt § 18 Abs 3 n. DepotG) übersendet, so geht dadurch zwar das Eigentum an den Kuch'en nicht über (§ 105 PrABergG), indessen kann so mittelbarer Besitz an den Kucheneinen (Verwahrungsbethältnis) begründet werden (RG 121, 49; RG HR 1937 Nr 1595).

Kein Rechtsverhältnis nach § 868 wird begründet, wenn die Staatsanwaltschaft eine gestohlene Sache beschlagnahmt; sie vermittelt nicht den Besitz für den Bestohlenen (RG Warn 1925 Nr 25). Ebensovienig ist § 868 anwendbar auf das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer vor der Übergabe (RG 105, 23), ferner auf das zwischen dem Eigentümer einer verlorenen Sache und dem Finder, auch wenn der Finder den Eigentümer kennt und der Eigentümer von dem Besitz des Finders weiß (RG JZbsch 1927 Nr 1114). Der Finder ist dem Eigentümer (Verkäufer) gegenüber zum Besitz auf Zeit weder verpflichtet noch berechtigt (§ 967). Soweit er die Herausgabe wegen Aufwendungen verweigert, übt er nur ein Zurückbehaltungsrecht aus (§§ 970, 971). Ebensovienig entspricht dem § 868 das Verhältnis zwischen dem Eigentümer eines gesunkenen Schiffs und dem, der es geborgen hat, auch wenn dieser bereit ist, das Schiff gegen Ersatz der Bergungskosten herauszugeben; es muß erst ein Einverständnis der Beteiligten hierüber erreicht werden (RG 4. 2. 27 III 104/26). Ein ähnliches Verhältnis liegt auch nicht vor bei dem Verhältnis zwischen der juristischen Person und ihrem Organ, da dessen Handlungen als Handlungen der juristischen Person selbst gelten; diese ist also selbst und nur allein der Besitzer (vgl. § 864 A 5). Endlich braucht ein ähnliches Verhältnis auch nicht zu entstehen auf Grund des Erwerbs einer Sache durch den auftraglosen Geschäftsführer. Dies kann aber der Fall sein, z. B. wenn dabei der mittelbare Besitz kraft Gesetzes entsteht und es auch nicht an dem Willen fehlt, für den andern zu besitzen (RG 98, 134). Noch weiter geht RG HR 1928 Nr. 1805: weil der Geschäftsbeforger das Erlangte herausgeben müsse, sei er auch verpflichtet, es bis zur Herausgabe zu besitzen. Über den Erwerb durch einen ermächtigten Stellvertreter: A 5 unter c.

Bei der nunmehr gesetzlich geregelten Sammelverwahrung (DepotG v. 4. 2. 1937 RGBl 1937 I, 171; 1938 I, 1848; 1939 I, 386, §§ 5—9, 24; Geschäftsbestimmungen der Bank des Berliner Kassen-Vereins von 1938 §§ 77 ff.: „Giro-sammeldepot“) ist die Wertpapierammelbank die unmittelbare Besitzerin der verwahrten Wertpapiereinheiten. Die ihr angeschlossenen Kunden (Zentralbanken) sind mittelbare Besitzer 1. Ordnung (§§ 868, 866). Die Zentralbanken vermitteln den Mitbesitz weiter an die örtlichen Banken; diese sind mittelbare Besitzer 2. Ordnung (§ 871). Der einzelne Depotkunde ist mittelbarer Besitzer 3. Ordnung und Eigenbesitzer (§§ 871, 872). Soweit die Banken (Zentral- und örtliche Banken) mit eigenen Beständen beteiligt sind, sind sie Eigenbesitzer. Die tatsächliche Gewalt wird von den Besitzmittlern ausgeübt. Vertragliche Beziehungen bestehen nur zwischen den Verwahrern und Hinterlegern, nicht unter den Mitbesitzern untereinander. Dritten gegenüber kann dieammelbank alle Rechte eines Eigentümers der verwahrten Wertpapiere geltend machen (Geschäftsbest. § 84 Abs 2).

4. Daß der unmittelbare Besitzer Eigenbesitz hat, ist nicht Erfordernis, weil das Recht oder die Verpflichtung zum einstweiligen Besitz dem andern (mittelbaren Besitzer) gegenüber auch durch einen Fremdbesitzer begründet oder übernommen werden kann. Das ergibt sich schon aus den Erörterungen über den Nebenbesitz (oben in A 2 Abs 2; vgl. auch RG 135, 78). Ebensovienig ist erforderlich, daß der mittelbare Besitzer Eigenbesitzer ist (§ 871).

5. Der mittelbare Besitz kann auf zweierlei Art erworben werden: erstens durch selbständige Begründung und zweitens im Wege der Übertragung dadurch, daß jemand seinen bereits vorhandenen mittelbaren Besitz auf einen andern rechtsgeschäftlich überträgt (vgl. § 870 und A 1 dazu). Die selbständige Begründung mittelbaren Besitzes ist unter drei Voraussetzungen denkbar: a) Der unmittelbare Besitzer einer Sache räumt einem andern den mittelbaren Besitz in der Weise ein, daß er mit ihm ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 begründet. Rechtlich möglich ist dabei, daß der unmittelbare Besitzer das Rechtsverhältnis gemäß § 181 im Wege des Verhandels mit sich selbst herstellt (vgl. RG 86, 264). Mit der Entstehung des Rechtsverhältnisses hat der andere den mittelbaren Besitz ohne weiteres erworben. Baut der Pächter nach Einräumung des Pachtbesizes aus eigenen Stoffen zu vorübergehendem Zwecke ein Bauwerk auf dem Pachtgrundstück, so entsteht daran nicht ohne weiteres mittelbarer Besitz des Ver-

pächters, auch nicht mittels seines gesetzlichen Pfandrechts (§ 559); auch dieses würde ein Besitzverhältnis des Verpächters erst mit der Ergreifung der tatsächlichen Herrschaftsgewalt nach § 561 begründen (RG JW 1934, 1484⁴). b) Der bisherige unmittelbare Besitzer macht sich selbst zu einem nur mittelbaren, indem er den unmittelbaren Besitz auf einen andern überträgt und mit diesem dabei zugleich ein Rechtsverhältnis der erforderlichen Art begründet. Das kann unter den Voraussetzungen des § 181 auch im Wege des Verhandeln mit sich selbst geschehen (Zwischengeschäft); doch muß der Wille, ein solches Rechtsverhältnis zu begründen, nach außen in die Erscheinung treten (RG 139, 117). Entsteht ein Rechtsverhältnis dieser Art kraft Gesetzes, wie durch Bestellung eines Vormunds oder eines Konkursverwalters (A 3), dann wird der Vertretene oder der Gemeinschuldner, der bisher unmittelbaren Besitz hatte, zum mittelbaren Besitzer schon dadurch, daß der Vertreter oder der Konkursverwalter die Sache einseitig in seinen unmittelbaren Besitz nimmt. c) Hatte bisher keiner der Beteiligten irgendeinen Besitz an der Sache, soll vielmehr Besitz für den späteren mittelbaren Besitzer erst durch die Tätigkeit des demnächstigen unmittelbaren Besitzers erworben werden, handelt es sich also um einen Fall des Besitzererwerbs durch einen Beauftragten (A 1), dann ist für die Frage, wie und in welchem Zeitpunkt der Auftraggeber den mittelbaren Besitz erlangt, das Verhalten des Beauftragten bei Vornahme des Besitzererwerbs entscheidend. Handelt der Vermittler sogleich beim Besitzerwerb namens des Auftraggebers und gibt er schon in diesem Augenblick zu erkennen (RG JW 1913, 492¹⁴), daß er die Sache auf Grund des Auftrags für den andern in Besitz nehmen und besitzen will, dann erhält der Auftraggeber den mittelbaren Besitz ohne weiteres in dem Zeitpunkt, in dem der Beauftragte den unmittelbaren Besitz erwirbt. Hat dagegen der Beauftragte beim Erwerb dieses Besitzes in eigenem Namen gehandelt, so kann der Auftraggeber erst dann und erst dadurch zum mittelbaren Besitzer werden, daß die Mittelsperson nachträglich durch eine weitere Handlung zu erkennen gibt, sie wolle (oben Fall a) fortan den Besitz für den Auftraggeber auf Grund des bestehenden Auftragsverhältnisses ausüben. Diesen Erfolg kann im übrigen der Besitzmittler gemäß § 181 auch hier durch ein Verhandeln mit sich selbst herbeiführen. Beispielsweise: ein Einkaufskommissionär legt die für den Auftraggeber angeschafften Wertpapiere demnächst in eine mit dem Namen des Auftraggebers bezichnete Mappe. Darin kann die Einigung über den Eigentumsübergang und der Abschluß eines Verwahrungsvertrages gefunden werden (RG 52, 132). Notwendig ist das aber nicht; auch ein rein innerer Vorgang bei der Bank kann vorliegen, der vielleicht die künftige Erledigung des Auftrages erst vorbereiten soll (RG JW 1930, 2657; die hier entscheidenden Sätze sind RG 125, 417 nicht mitabgedruckt). Es bleibt eben die Frage, was die Bank wohl gewollt haben mag. Nach den Richtlinien für die Depotprüfung, aufgestellt von den in der 5. Bef. des Reichskommissars für das Kreditwesen ReichsAnz Nr 179 v. 3. 8. 1935 genannten Wirtschafts- und Fachgruppen (abgedr. bei Dpiß, DepotG 1937, 580 ff.), wird eine vom Beauftragten nach dem Anschaffungsgeschäft vorgenommene Veränderung (Streifbanddepot) in aller Regel als Besitzabrede zum Zwecke der Übergang (§§ 930, 181, 688, 868, 871) zu gelten haben. (Vgl. auch § 930 A 5 Abs 1). Ein äußerlich nicht in die Erscheinung getretener, bloß innerlicher Wille des Beauftragten, den Auftraggeber zum mittelbaren Besitzer zu machen, kann die beabsichtigte Wirkung niemals erzielen (RG 63, 405; 75, 418; 86, 264).

6. Beendigt wird der mittelbare Besitz dadurch, daß eine der ihn tragenden Grundlagen fortfällt (vgl. oben A 1 Abs 1), zunächst also dadurch, daß der unmittelbare Besitz des Besitzmittlers aufhört, mag das ohne seinen Willen eintreten oder durch Aufgabe des Besitzes (§ 856). Erforderlich ist dabei aber weiter, daß gleichzeitig die bisherige Beziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache beseitigt wird. Das trifft stets dann zu, wenn der unmittelbare Besitzer die Sache unberechtigt veräußert oder verbraucht. Es trifft aber nicht zu, wenn sich der Mittler bei Aufgabe des unmittelbaren Besitzes selbst einen mittelbaren Besitz verschafft, z. B. wenn der Mißbraucher die Sache einem Dritten in Pacht gibt. Dann greift § 871 ein und der mittelbare Besitzer behält seinen Besitzstand. — Durch eine Änderung der rein persönlichen Verhältnisse, etwa den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder auch den Tod des Besitzmittlers wird der mittelbare Besitz nicht berührt. — Endet der bisherige unmittelbare Besitz, ohne daß ein Dritter einen solchen erlangt hätte, so kann das ohne weiteres zum Erwerb des unmittelbaren Besitzes für den bisherigen mittelbaren Besitzer führen, z. B. für den Vermieter bei Aufgabe des Mietbesitzes durch den Mieter. — Ist bei Beendigung des unmittelbaren Besitzes ein mittelbarer und ein zweiter mittelbarer Besitzer vorhanden, so ist die Sache an den ersten mittelbaren Besitzer herauszugeben, es sei denn, daß er zugunsten des zweiten auf seinen Besitz verzichtet hätte (RG 1. 7. 21 VII 543/20).

Beendigt wird der mittelbare Besitz zweitens dadurch, daß das Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 erlischt und der darauf beruhende Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers sich erledigt. Solange der Herausgabeanspruch bei unmittelbarem Besitz des andern noch besteht, besteht im Zweifel auch noch die Beziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache selbst. Endet ein Mietvertrag, behält aber der Mieter die Sache noch in seinem Besitz und liegt nichts weiteres vor, so behält der Vermieter auch noch den mittelbaren Besitz. Erledigt wird der Herausgabeanspruch aber, wenn der mittelbare Besitzer bei Beendigung des Rechtsverhältnisses die

Sache dem unmittelbaren Besitzer nach § 929 Satz 2 zu Eigentum überträgt. Kein Ende des mittelbaren Besitzes, nur ein Wechsel in der Person des mittelbaren Besitzers tritt ein, wenn der mittelbare Besitz gemäß § 870 auf einen Dritten übertragen wird.

Der mittelbare Besitz endet drittens, wenn der unmittelbare Besitzer aufhört, für den mittelbaren Besitzer zu besitzen, wenn er fortan vielmehr für sich als Eigenbesitzer oder als Fremdbesitzer für einen Dritten besitzen will. Dazu ist eine bestimmte, äußerlich feststellbare Handlung erforderlich, da der Besitzmittler den Besitzstand des anderen nicht schon durch einen bloßen inneren Willensentschluß zu beseitigen vermag. Wenn etwa in dem Beispiel des Abs 2 der Mieter dem Vermieter kundgetan hätte, daß er einen Herausgabeanspruch von ihm überhaupt nicht mehr anerkenne, die Sache vielmehr fortan für sich oder einen Dritten als den angeblichen Rechtsnachfolger des Vermieters behalten wolle, so würde das unbedenklich ausreichen. Eine Äußerung gegenüber dem mittelbaren Besitzer ist aber nicht unbedingt notwendig. Der innere Willensentschluß tritt auch dann schon erkennbar in die Erscheinung, wenn der unmittelbare Besitzer es z. B. duldet, daß der Gerichtsvollzieher die Sache für einen Dritten pfändet und in Besitz nimmt, und er sie sodann seinerseits für den Gerichtsvollzieher verwahrt (RG 105, 415). Ebenso liegt die Sache, wenn der unmittelbare Besitzer in anderen Fällen mit einem Dritten ein Verhältnis nach § 868 begründet und fortan für diesen besitzt. Auch hierbei ist zu beachten, daß es, wie stets im Rechtsleben, nicht auf den inneren, sondern auf den erklärten Willen ankommt. Wenn in dem in A 2 Abs 2 erörterten Beispiel B dem C erklärt, er wolle die Sache fortan als Pfandgläubiger des C besitzen — und das muß nach dem dort Ausgeführten bedeuten: nur als Pfandgläubiger des C —, so bindet ihn diese Erklärung, mag er sich auch insgeheim vorbehalten, weiter für A als Hinterleger zu besitzen. Das gilt dann auch im Verhältnis zu A. Ist B einmal Besitzmittler des C geworden, so wirkt das — im Gebiet des Sachenrechts — auch für und gegen jeden Dritten. Ein gleichzeitiges Besitzen des B für A und C, also **Nebebesitz** der beiden mittelbaren Besitzer ist unmöglich (vgl. oben A 2 Abs 2). Deshalb endet der mittelbare Besitz des A, sobald C mittelbarer Besitzer geworden ist, wie das vom RG (119, 153 f.; 135, 77 ff.; 138, 265; JW 1932, 3763⁴; 1926, 800⁹; Warn 1934 Nr 134) in ähnlichen Fällen angenommen worden ist, wenn der Besitz für den späteren mittelbaren Besitzer den gleichzeitigen Besitz für den früheren ausschloß. Auch RG 105, 415 gehört hierher: nachdem der unmittelbare Besitzer die Pfändung der Sache und ihre Inbesitznahme durch den Gerichtsvollzieher geduldet hatte, wurde sie ihm von diesem zur Aufbewahrung anvertraut; fortan besaß er nur noch für den Gerichtsvollzieher, nicht mehr, auch nicht daneben, für den früheren mittelbaren Besitzer. Angenommen: der Kommissionär, der die ihm von A zum Verkauf übergebenen Waren dem B gegenüber als sein Eigentum ausgibt und sich dem B gegenüber verpflichtet, sie fortan als dessen Kommissionär zu verkaufen, hält dies vor A geheim und verhält sich ihm gegenüber weiter als dessen Kommissionär, zeigt ihm bei Besichtigungen die Waren, sendet ihm Abrechnungen usw., so können A und B keine **mittelbaren Nebeneinander** sein. Ein solches Nebeneinander kann es nicht geben; der angenommene Fall läuft auch nicht auf ein Nebeneinander, sondern auf ein Nacheinander hinaus. Erst hat der Kommissionär den mittelbaren Besitz des B begründet und damit — trotz etwaigen geheimen Vorbehalts — den mittelbaren Besitz des A zerstört. Wenn er dann später dem A gegenüber Handlungen vornimmt, welche als ein Wiederherstellen des mittelbaren Besitzes von A gedeutet werden müssen, so wird damit der mittelbare Besitz des B wiederum zerstört. Dieses Gerüben und Hinüber kann sich beliebig oft wiederholen; immer aber bleibt es ein Nacheinander, kein Nebeneinander (vgl. hierzu Probst ZSR 101, 999).

Für das etwaige Eigentum des mittelbaren Besitzers sind die Änderungen in den Besitzverhältnissen an sich ohne Bedeutung (RG JW 1926, 799⁸); kommen andere Tatsachen hinzu, so können sich durch gutgläubigen Eigentumserwerb eines Dritten auch die Eigentumsverhältnisse ändern (vgl. hierzu und auch zu dem Vorigen RG Warn 1934 Nr 134).

7. Nur eine bestimmte Sache kann Gegenstand eines Abkommens nach § 868 sein. Bestimmtheit allein genügt nicht (vgl. darüber § 930 A 3).

§ 869

¹) Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu ²). Im Falle der Entziehung des Besitzes ist der mittelbare Besitzer berechtigt, die Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer zu verlangen; kann oder will dieser den Besitz nicht wiederübernehmen, so kann der mittelbare Besitzer verlangen, daß ihm selbst der Besitz eingeräumt wird ³). Unter der gleichen Voraussetzung kann er im Falle des § 867 verlangen, daß ihm die Auffuchung und Wegschaffung der Sache gestattet wird ⁴).

1. **Besitzschutz beim mittelbaren Besitz.** Da das Gesetz dem mittelbaren Besitzer wirklichen Besitz zuspricht (§ 868 A 1), gewährt es ihm auch den Besitzschutz. Weil jedoch die Beziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache eine andere ist als die des unmittelbaren Besitzers, knüpft sich auch sein Besitzschutzrecht an eine andere Voraussetzung, als das des unmittelbaren Besitzers (A 2). Desgleichen sind die Rechtsmittel des mittelbaren Besitzers an sich beschränkter. Denn hat er auch die Rechtsbehelfe aus den §§ 861, 862 erhalten, so mußte ihm doch das Recht der Selbsthilfe im Sinne des § 859 verweigert werden, weil er der tatsächlichen Gewalt über die Sache entbehrt.

2. Gesetzliche Voraussetzung auch für die Besitzklage des mittelbaren Besitzers ist, daß der Gegner **verbotene Eigenmacht verübt** hat. Dabei kann indessen nur eine gegen den unmittelbaren und nicht auch eine gegen den mittelbaren Besitzer verübte Eigenmacht in Frage kommen (RG 146, 190; Warn 1920 Nr 200; 20. 6. 1933 VII 76/33), da der mittelbare Besitz nur auf einem Rechtsverhältnis (§ 868 A 1, 2) beruht und eine Störung oder Beseitigung dieses Rechtsverhältnisses durch das Verhalten Dritter überhaupt nicht denkbar ist. Es folgt weiter, daß der unmittelbare Besitzer einer Besitzklage des mittelbaren Besitzers selbst niemals ausgesetzt sein kann, weil er niemals gegen sich selbst verbotene Eigenmacht auszuüben vermag (vgl. hierzu § 858 A 2 und die dort angezogenen Entscheidungen). Vertragswidriges Verhalten des unmittelbaren Besitzers bedeutet noch keine Störung des mittelbaren Besitzers (RG 20. 6. 33 VII 76/33). Ferner folgt, daß der mittelbare Besitzer auch dann niemals die Klage haben kann, wenn sich die Handlungsweise des Dritten gegenüber dem unmittelbaren Besitzer nicht als rechtswidrig darstellt. Das trifft dann zu, wenn entweder der Dritte gerade im Einverständnis mit dem Besitzmittler handelt (RG 68, 389; 105, 415; 111, 410) oder wenn die Handlungsweise des Dritten kraft Gesetzes statthaft war (§ 858 A 7). Ist freilich der Anspruch des mittleren Besitzers auf Besitzschutz einmal erwachsen, dann kann er ihm durch nachträgliches Übereinkommen zwischen dem unmittelbaren Besitzer und dem Dritten nicht wieder entzogen werden. Denn sein Anspruch besteht selbständig zu Recht (A 3).

Die **Ansprüche des mittelbaren Besitzers** und entsprechend die des unmittelbaren Besitzers zielen darauf ab, die Störung zu beseitigen, gegebenenfalls auch weiteren Störungen vorzubeugen (§ 862), und den Besitz wiederherzustellen (§ 861). Den zuletzt bezeichneten Anspruch hat der mittelbare Besitzer nur mit der sich aus A 3 ergebenden Beschränkung. Nach der Fassung („auch“) läßt das Gesetz erkennen, daß das Klagerecht des mittelbaren Besitzers selbständig neben dem des unmittelbaren Besitzers besteht. Sonach steht auch die Klage des einen der Klage des anderen nicht entgegen, und die Einrede der Rechtsabhängigkeit versagt. Aus demselben Grunde erlangt aber auch das von dem unmittelbaren Besitzer erstrittene Urteil dem mittelbaren Besitzer gegenüber keine Rechtskraft, wie auch die dem mittelbaren Besitzer gegenüber ergangene Entscheidung zumungunsten des unmittelbaren Besitzers nicht wirksam wird. Bei dieser Sachlage besteht freilich die Möglichkeit, daß in beiden Streitverfahren verschiedene Urteile erzielt werden. Nur durch die Klageverbindung (§ 147 ZPO) kann einem solchen mißlichen Ergebnis vorgebeugt werden, und es entstände alsdann zwischen den beiden Klägern notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 ZPO; vgl. RG 60, 270, wo es sich zwar nicht um Besitzklagen, aber um den dem hier behandelten sehr ähnlichen Fall handelte, daß zwei Teilhaber einer Gemeinschaft ihre Sonderrechte zusammen in einer Klage geltend machten). Jeder von den beiden Klagen gegenüber greift im übrigen auch der Einwand des Beklagten durch, daß er dem Ansprüche des einen Klägers bereits genügt habe. — Außer den bezeichneten Ansprüchen steht dem mittelbaren Besitzer, der selbst mit der Besitzklage befaßt wird, weil er sich den unmittelbaren Besitz verschafft hat, auch die **Einrede aus § 861 Abs 2 zu** (RG 69, 197). Ausdrücklich verleiht ihm der § 869 zwar nur die Ansprüche aus den §§ 861, 862. Nichtsdestoweniger aber ist anzunehmen, daß das Gesetz dem mittelbaren Besitzer die volle Rechtsstellung der §§ 861, 862 hat gewähren wollen. Es liegt eben im Sinne des § 869, ihn auch hinsichtlich der Verteidigung dem unmittelbaren Besitzer gleichzustellen, und hierin würde er durch Versagung der bezeichneten Einrede beeinträchtigt werden. Jedenfalls fehlt es im Gesetz an einem geeigneten Vorbehalt. Falls daher der mittelbare Besitzer dem unmittelbaren Besitzer seinen Besitz entzogen hat und alsdann von ihm aus § 861 in Anspruch genommen wird, kann auch er einwenden, daß der Kläger ihm gegenüber fehlerhaft besessen habe (RG 69, 198; vgl. § 861 A 5). Umgekehrt muß der mittelbare Besitzer sich den Einwand des fehlerhaften Besitzes auch dann entgegenhalten lassen, wenn der unmittelbare Besitzer dem Beklagten gegenüber fehlerhaft besessen hatte; auf sein Wissen davon kommt es nicht an.

3. **Bedingte Rechtshäufung** („subsidiäre Kollision“ der Rechte; Dertmann JRSch 1935, 30). Der Anspruch des mittelbaren Besitzers zielt bei der Besitzentziehung regelmäßig nur darauf ab, eben den Besitzstand wiederherzustellen, der zuvor bestanden hatte, d. h. regelmäßig nur den früheren Besitz des unmittelbaren Besitzers. Daß ihm selbst der unmittelbare Besitz eingeräumt werde, kann der mittelbare Besitzer nur ausnahmsweise verlangen, nämlich nur dann, wenn der unmittelbare Besitzer an der Übernahme des Besitzes tatsächlich oder rechtlich behindert und deshalb hierzu außerstande ist oder wenn er den Besitz nicht übernehmen will. Gelingt weder der eine noch der andere Nachweis, so ist die Klage abzuweisen.

4. Das auch dem mittelbaren Besitzer gewährte **Verfolgungsrecht** (§ 867 A 1) kann ebenfalls nur nach Maßgabe der unter A 3 u. 4 dargestellten Regeln geltend gemacht werden. Der mittelbare Besitzer kann daher regelmäßig nur verlangen, daß dem unmittelbaren Besitzer gestattet wird, die ihm abhanden gekommene Sache aufzufuchen und fortzuschaffen; nur ausnahmsweise (A 3) kann er diese Befugnis für sich selbst in Anspruch nehmen.

§ 870

Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird^{1) 2)}.

§ I 804 II 792, 855; W 3 95; P 3 226.

1. Der mittelbare Besitz wird **übertragen**, wenn der mittelbare Besitzer den ihm gegen den Bestmittler auf Grund des Rechtsverhältnisses nach § 868 (A 2, 3) zustehenden Herausgabeanspruch an den Dritten abtritt (vgl. § 868 A 5). Nicht erforderlich ist, daß dem Dritten auch die sonstigen sich aus dem Rechtsverhältnis ergebenden Ansprüche abgetreten werden. Der mittelbare Besitz geht also schon dann über, wenn z. B. ein Vermieter seinen Herausgabeanspruch abtritt, sich aber die sonstigen Vermieterrechte, etwa das Recht auf den Mietzins, vorbehält. Werden die gesamten Ansprüche aus dem Rechtsverhältnis, also z. B. die Vermieterrechte, abgetreten, so geht der mittelbare Besitz ebenfalls auf den Dritten über. Das setzt das Gesetz als selbstverständlich voraus. — Wenn § 870 sagt, daß der mittelbare Besitz durch Abtreten des Herausgabeanspruchs übertragen werden kann, so wird damit nicht eine Übertragungsmöglichkeit besonders hervorgehoben, während auch noch andere Möglichkeiten gegeben sind; im § 870 wird vielmehr der einzige Weg gewiesen, wie der mittelbare Besitz zu übertragen ist. Nur durch das Abtreten des Herausgabeanspruchs kann es geschehen. So ist auch RG 135, 78 zu verstehen. Wenn gelegentlich (RG Warn 1921 Nr 123) davon gesprochen worden ist, der mittelbare Besitz könne auch auf andern Wege als nach § 870 übertragen werden, so war das nur ein ungenauer Ausdruck. In dem dort entschiedenen Fall und ebenso in den dort angezogenen Entscheidungen (RG Warn 09 Nr 174; 1920 Nr 13 u. Nr 163; 4. 5. 17 VII 23/17) handelte es sich darum, daß der mittelbare Besitzer einen weiteren mittelbaren Besitz begründete und dadurch seinen bisherigen mittelbaren Eigenbesitz in mittelbaren Fremdbesitz verwandelte. Er übertrug also seinen mittelbaren Besitz nicht, sondern er bezieht ihn gerade. Was übertragen wurde, das war in den meisten der genannten Fälle das Eigentum und hier stehen dem mittelbaren Besitzer der beweglichen Sache in der Tat drei Wege offen: der des § 931 (Abtreten des Herausgabeanspruchs, vgl. unten), der des § 930 (Begründen eines weiteren mittelbaren Besitzes) und der sogleich zu erwähnende dritte. — **Keine Besitzübertragung** ist es ferner, wenn der mittelbare Besitzer A den unmittelbaren Besitzer B anweist, den mittelbaren Besitz für A zu beenden und mit einem Dritten C ein neues Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 zu vereinbaren. Geschieht das, so beruht der mittelbare Besitz des C auf der mit B getroffenen Abrede. Der mittelbare Besitz des A ist nicht über-, sondern untergegangen. Das wird besonders klar, wenn rechtlich verschiedene Verträge in Betracht kommen, wenn etwa B die Sache für A verwahrte und sie sich dann auf Anweisung des A von C verpfänden ließ. Da es einen vom Schuldgrund losgelösten mittelbaren Besitz nicht gibt, dieser vielmehr stets auf einem bestehenden Rechtsverhältnis beruht, so wird man in dem obigen Beispiel nicht sagen können, daß der auf Verwahrung beruhende mittelbare Besitz des A auf den Pfandschuldner C übergegangen wäre. Nicht anders aber liegt die Sache, wenn A und C Verträge derselben Art mit B abgeschlossen haben, beide also etwa Verwahrungsverträge. Wohl aber ist das soeben geschilderte Verfahren des A ein Weg — der **dritte der obenerwähnten** — sein Eigentum auf C zu übertragen. Das geschieht nach § 929 Satz 2. Sobald C in den — mittelbaren — Besitz der Sache gelangt ist und die Einigkeit des A und des C über den Eigentumsübergang noch fortbesteht, erwirbt C das Eigentum (vgl. dazu auch A 2 zu § 931 und — zugleich in Anwendung auf das Giro sammelpot — A 7a zu § 929). — § 870 greift ein, wenn eine bewegliche Sache, die sich im mittelbaren Besitz des Eigentümers befindet, verpfändet werden soll. Hier ersetzt die Abtretung des Herausgabeanspruchs zusammen mit der Verpfändungsanzeige an den unmittelbaren Besitzer die Übergabe der Sache (§ 1205 Abs 2). Auf den § 931 ist schon oben hingewiesen. Das dort vorgesehene Abtreten des Herausgabeanspruchs deckt sich nicht immer und nicht durchweg mit der Übertragung des mittelbaren Besitzes. Wer nach § 931 Eigentum übertragen will, braucht überhaupt nicht mittelbarer Besitzer zu sein (RG Warn 1919 Nr 95). Der Herausgabeanspruch, von dem § 931 spricht, ist in erster Linie der dingliche Anspruch, der dem Eigentümer nach § 985 gegen jeden Besitzer zusteht; aber wenn der Eigentümer mittelbarer Besitzer ist, muß er, um die Sacheübergabe zu ersetzen, auch den Herausgabeanspruch aus dem Rechtsverhältnis nach § 868 abtreten (RG 52, 394). In der Regel ist das als stillschweigend gesehen anzusehen (RG 6. 2. 17 VII 254/16). § 870 greift endlich in allen den Fällen ein, wenn ein Nichteigentümer seinen mittelbaren Besitz übertragen will. Auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse dient die Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 870 auch als Mittel zur Er-

füllung, falls als Leistung die Gewährung des Besizes geschuldet wird, so beim Kauf, wenn sich der Käufer mit Übertragung des mittelbaren Besizes begnügen will (§ 433 A 8 Ia). — Die Übergabe der handelsrechtlichen Verfügungspapiere: Ladefcheine, Vagerfcheine, Konnossemente (vgl. §§ 363—365, 424, 369, 648 HGB; Ges über das Seefrachtrecht vom 10. 8. 1937 RWBI I, 891; WD über Einführung des Handelsrechts in Österreich v. 24. 12. 1938 RWBI 1938 I, 1999; 1939 I, 23 und im Sudetenland v. 28. 2. 1939 RWBI 1939 I, 391, 427; Vorbem 2 vor § 688; § 931 A 7) überträgt den unmittelbaren Besitz wie die körperliche Übergabe, verschafft daher nicht nur mittelbaren Besitz. Zollniederlagefcheine sind keine Verfügungspapiere; mit ihrer Übergabe geht aber in der Regel der aus § 985 abzuleitende Herausgabeanpruch über (RG Warn 1933 Nr 22).

2. Die Abtretung des Herausgabeanpruchs selbst und ihre Rechtswirkungen regeln sich nach den allgemeinen Grundfätzen der §§ 398 ff. Demgemäß behält der unmittelbare Besizer gegenüber dem Rechtsnachfolger des mittelbaren Besizers gemäß § 404 auch die ihm gegen diesen zustehenden Einwendungen (vgl. die entsprechende Bestimmung des § 986 Abs 2 für den Fall der Abtretung des Eigentumsanspruchs nach § 931). — Auch der Übergang des Herausgabeanpruchs kraft Gesetzes hat die Wirkung der rechtsgeschäftlichen Übertragung (§§ 412, 413). Dagegen bewirkt eine im Wege der Zwangsvollstreckung angeordnete Überweisung des Herausgabeanpruchs zur Einziehung keine Abtretung des Anspruchs; sie ermächtigt vielmehr nur zur Geltendmachung des gepfändeten Anspruchs und kann daher zur Übertragung des mittelbaren Besizes nicht ausreichen (RG 63, 218). — Der unmittelbare Besizer braucht bei der Besitzübertragung nicht mitzuwirken. Auch aus seine Kenntnis von der Abtretung kommt es für deren Wirksamkeit nicht an (RG 52, 277). Doch ist zur Sicherheit des Nachfolgers des mittelbaren Besizers gegenüber späteren ihm nachteiligen Verhandlungen zwischen dem Rechtsvorgänger und dem unmittelbaren Besizer die Anzeige der Abtretung an diesen ratsam. Denn ohne die Anzeige können solche Verhandlungen auch dem Nachfolger gegenüber wirksam sein (§§ 407 ff.).

§ 871

Steht der mittelbare Besizer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besizer¹⁾.

§ 1 821 II 791, 856; M 3 128; P 3 225.

1. Die mehrstufige Besitzvermittlung. Es ist möglich, daß ein unmittelbarer Besizer mittelbaren Besitz in nachgeordneter Stufenfolge (Ordnungen) für mehrere Personen gleichzeitig vermittelt. Dieses Ergebnis kann auf zweifache Weise herbeigeführt werden. Nämlich entweder so, daß ein unmittelbarer Besizer, der zu einer andern Person bereits in Verhältnisse eines Besitzmittlers (§ 868 A 2) steht, seinen mittelbaren Besitz einem Dritten einräumt und jetzt mit diesem für sich ein Verhältnisse der in § 868 vorausgesetzten Art eingetht (§ 868 A 5 b). Oder in der Weise, daß ein mittelbarer Besizer mit einem Dritten ein Rechtsverhältnis vereinbart, durch das dieser gleichfalls mittelbarer Besizer wird. In solchen Fällen ist die Person, die zu dem Besitzmittler in unmittelbarer Beziehung steht, der nähere mittelbare Besizer, der andere mittelbare Besizer ist der entferntere. Im ersten Fall ist z. B. daran zu denken, daß der Mißbraucher eine seinem Mißbrauch unterworfenen Sache oder daß der Mieter die Mietsache einem Dritten mietweise weiter überläßt, im zweiten Fall an die Möglichkeit, daß etwa der Besteller des Mißbrauchs oder der Vermieter nach Überlassung der Sache an den Mißbraucher oder den Mieter mit einem Dritten ein (weiteres) Mietverhältnis vereinbart, durch welches der Dritte Vermieter, der Besteller des Mißbrauchs oder der Vermieter als nunmehriger Aftervermieter aber Mieter wird. Auf diese Weise kann auch Eigentum an beweglichen Sachen gemäß § 930 übertragen werden (RG 33 1909, 130¹⁾). Ein Verhältnisse im Sinne des § 871 wird endlich auch zugunsten des Gläubigers hergestellt, wenn der Gerichtsvollzieher die in Besitz genommene Sache demnächst im unmittelbaren Besitz des Schuldners beläßt. Der Gläubiger ist alsdann der entferntere, der Gerichtsvollzieher der nähere mittelbare Besizer (§ 868 A 3). In allen diesen Fällen hat auch der Dritte, der zu dem unmittelbaren Besizer selbst in keinem Rechtsverhältnisse steht, die Stellung des (entfernteren) mittelbaren Besizers und selbständig den Besitzschutz nach § 869. Nur insoweit steht er dem näheren mittelbaren Besizer nach, als er, falls der unmittelbare Besizer entsetzt wird (§ 861), die Einräumung des Besizes an sich selbst erst dann verlangen kann, wenn nicht nur der unmittelbare, sondern auch der nähere mittelbare Besizer die Sache nicht übernehmen kann oder will (§ 869 A 3; RG 1. 7. 21 VII 543/20). — Die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs 3 kann nur zugunsten des entferntesten mittelbaren Besizers gelten; regelmäßig besitzt nur er als Eigenbesizer, alle zwischengeschalteten mittelbaren Besizer besitzen nur als Fremdbesizer (vgl. A 1 zu § 872, aber auch A 3 Abs 3 zu § 868).

2. Eine besonders erhebliche Bedeutung kommt der mehrstufigen Besitzvermittlung bei der nunmehr gesetzlich geordneten Wertpapiersammelverwahrung (Girofammeldepot) zu. Über die Besizlage hierbei vgl. § 868 A 3 Abs 3.

§ 872

Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer ^{1) 2) 3)}.

§ 1 797 II 793, 857; R 3 80; P 3 227.

1. Eigenbesitz ist der durch den Willen des Besitzers, die Sache auch rechtlich zu beherrschen, besonders geartete Besitz (§ 854 A 3). Wie ein unmittelbarer, so kann auch der mittelbare Besitzer Eigenbesitzer sein. Daß der Eigentumswille sich auf einen bestimmten Rechtsgrund stützt oder daß der Besitzer von dem Vorhandensein eines Rechtsgrundes auch nur überzeugt ist, verlangt das Gesetz nicht (RG 54, 135; SeuffA 78 Nr 82; JW 1916, 39^o; 20. 9. 22 V 635/21). Eigenbesitzer kann daher auch der Dieb sein. Auch der bisherige Fremdbesitzer wird zum Eigenbesitzer dadurch, daß er sich entschließt, die Sachen fortan als eigen zu besitzen; so der Miterbe, der bis zum Tode des Erblassers die Sachen etwa leih- oder mietweise besaß und danach in Annahmung eines über sein wirkliches Recht hinausgehenden Erbrechts die Herausgabe der Sachen verweigert (RG 81, 294). — Daß der Inhaber den Willen hat, die Sache als die seine zu behalten, ist an sich weder für den Besitz noch für den Besitzerwerb erforderlich (vgl. für Österreich Art 5 der 4. BÜ zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich vom 24. 12. 1938 RGBl 1938 I, 1999; 1939 I, 23; für die sudetendeutschen Gebiete Art 5 der BÜ v. 28. 2. 1939 RGBl 1939 I, 391, 427). — Von Erheblichkeit ist Eigenbesitz als gesetzliche Voraussetzung für den Erwerb von Sachenrechten, so beim gutgläubigen Erwerb von Eigentum an beweglichen Sachen durch Erstzuzug (§ 937) oder an Früchten durch die Trennung (§ 955); ferner ohne Rücksicht auf guten Glauben beim Erwerb von Eigentum an Grundstücken durch Zeitablauf (§§ 900, 927) und an herrenlosen beweglichen Sachen durch Aneignung (§ 958). Wesentlich ist weiter der Beweis für die Haftung auf Schadensersatz im Falle des § 836 und endlich in Ansehung der Beweislast bei der Klage auf Grenzfeststellung im Falle des § 920. Der Eigenbesitz eines Grundstücks gibt nicht die Befugnis zur Erhebung der Widerspruchsklage aus § 771 ZPO, selbst dann nicht, wenn der Besitzer schon die Auflassung (aber noch nicht die Eintragung) erhalten hat (RG 81, 64). Die RG 116, 363 geäußerte abweichende Meinung ist inzwischen (RG 127, 11) wieder aufgegeben worden (vgl. Vorbem vor § 854, § 858 A 7).

Ob der Erwerb von Eigenbesitz ein rechtsgeschäftliches Handeln erfordert, ist streitig. Es ist anzunehmen, daß der Erwerb des Eigenbesitzes kein Rechtsgeschäft darstellt. Allerdings erhebt das Gesetz hier (anders als sonst [§ 854 A 3]) den Willen zu einer besonderen Voraussetzung für Besitzerwerb. Aber entscheidend dürfte doch sein, daß auch der Eigenbesitz immer nur ein tatsächliches Verhältnis enthält und daß, wer sich den Eigenbesitz verschaffen will, nur den Willen hat, dieses tatsächliche Verhältnis zu begründen, mithin keinen Rechtserfolg begründen will. Wollte der Dieb etwa solches vorhaben, so wäre sein Wille unbeachtlich, und auch beim Erwerb des Eigentums an einer herrenlosen Sache knüpft sich der Rechtserfolg nur an die Tatsache, daß der Erwerber die Sache in Eigenbesitz nimmt, während der Wille, Eigentum zu erwerben, bei der Aneignung (§ 958) nicht in Betracht kommt.

Verloren wird Eigenbesitz entweder durch Besitzaufgabe (§ 856, § 868 A 6) oder durch erkennbar gewordene Aufgabe des Willens, die Sachen als eigene zu besitzen. Möglich ist dabei, daß der Eigenbesitzer den bloßen Besitz behält. Wer ein Grundstück gekauft und übergeben erhalten hat, dann aber vom Kauf zurückgetreten ist und gegen den Verkäufer ein Urteil auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rücknahme des Grundstücks erwirkt hat, verliert hierdurch allein nicht den Eigenbesitz, wenn er ein Zurückbehaltungsrecht ausübt und das Grundstück weiter nutzt (JW 1938, 2274^a).

2. Beweislast: Wer sich auf Eigenbesitz beruft, muß aus den tatsächlichen Umständen den Nachweis erbringen, daß die besonderen Voraussetzungen des Eigenbesitzes erfüllt sind (RG 54, 135). Falls der Besitzer ein Recht aus dem Eigenbesitz für sich herleitet, liegt ihm die Beweislast ob; soll er dagegen haftbar gemacht werden, dann ist der Beweis Sache des Gegners.

3. Steuerrechtlich werden Wirtschaftsgüter, die jemand in Eigenbesitz hat, dem Eigenbesitzer zugerechnet; Eigenbesitzer ist, wer ein Wirtschaftsgut als ihm gehörig besitzt (EinkStG § 11 Nr 4 RGBl 1934 I, 925; 1935 I, 229, 688; 1936 I, 977; 1938 I, 391, 1557; 1939 I, 286).

Zweiter Abschnitt

Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken

Die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des BGB über Rechte an Grundstücken setzt die Anlegung von Grundbüchern voraus. Solange das Grundbuch noch nicht gemäß Art 186 GG als angelegt anzusehen war, galten nach Maßgabe des Art 189 GG die bisherigen Vorschriften. Setzt hat grundsätzlich jedes Grundstück ein Grundbuchblatt; Ausnahmen vom Buchungszwang stellt § 3 Abs 2, 3 BGB auf. — Die Vorschriften des BGB betreffen das materielle dingliche Recht. Die notwendigen Ergänzungen bilden die formellrechtlichen Bestimmungen der BGB

in ihrer neuen Fassung vom 5. 8. 1935. Dazu ergingen die *BD* zur Ausführung der *GBD* v. 8. 8. 1935 und die Grundbuchverfügung von demselben Tage. Dadurch wurde das formelle Liegenschaftsrecht für das ganze Reichsgebiet vereinheitlicht und dem bis dahin zersplitterten Rechtszustand in den einzelnen deutschen Ländern und Gauen ein Ende gemacht. Diese formellen Bestimmungen sind grundsätzlich nur Ordnungsvorschriften, die der Grundbuchrichter zwar zu beachten hat, deren Nichtbeachtung aber die vorschriftswidrigen Rechtsbehandlungen nicht nichtig macht (*RG* 73, 52; über Eintragungen in eine unrichtige Abteilung *RG* 54, 248; 55, 343; *ZB* 1907, 291^{5a}; *RGZ* 27 A 82). — Die Vorschriften des *BGB* über Rechte an Grundstücken werden ferner ergänzt für die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück oder in ein eingetragenes Recht durch das *BGB* und durch die §§ 764 ff., 864 ff. *BPD*. Für den Einfluß des Konkurses auf die Rechte an Grundstücken kommt besonders in Betracht § 47 *KD* (abgesonderte Befriedigung der Rechte an Grundstücken).

1. Einrichtung der Grundbücher. Nach § 2 *GBD* erfolgt die Bezeichnung der Grundstücke (Begriff: § 873 *AB* 4) in den Grundbüchern, die nach Bezirken einzurichten sind, nach einem die Grundstücke unter Nummern oder Buchstaben aufführenden amtlichen Verzeichnis, dessen Einrichtung durch den Reichsminister der Justiz bestimmt wird. Gemäß § 3 *GBD* erhält jedes Grundstück im Grundbuch ein besonderes Grundbuchblatt, das für das Grundstück als das Grundbuch im Sinne des *BGB* anzusehen ist. Unter gewissen Voraussetzungen kann über mehrere Grundstücke ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt geführt und können mehrere Grundstücke durch Vereinigung oder durch Zuschreibung als Bestandteil zu einem einheitlichen Grundstück auf einem Grundbuchblatt zusammengelegt werden (§§ 4, 5, 6 *GBD*, § 890 *BGB*). Alle Einzelheiten über die Einrichtung und Führung des Grundbuchs enthält die Grundbuchverfügung des Reichsministers der Justiz vom 8. 8. 1935. — Besondere Vorschriften für Erbhöfe bringt das *Reichserbhojgesetz* vom 29. 9. 1933 (*RErbHG*), das ergänzt wird durch die Erbhojrechtsverordnung vom 21. 12. 1936 (*RErbHVerD*) und durch die Erbhojverfahrensordnung vom 21. 12. 1936 (*RErbHVerfD*). Ein Erbhof ist land- oder forstwirtschaftlich genutztes Grundeigentum, wenn es mindestens eine Aderahrung, höchstens (grundsätzlich) 125 ha groß ist und sich im Alleineigentum einer bauernfähigen Person, d. h. eines ehrbaren deutschen Staatsbürgers deutschen oder stammesgleichen Blutes, befindet (§§ 1, 2 *RErbHG*; dazu §§ 5, 6 *RErbHVerD*). Durch § 1 *RErbHVerD* ist die Erlangung der Erbhojfeigenschaft für verschuldete Besitzungen beschränkt, durch §§ 17 ff. *RErbHVerD* sind Ehegattenerbhöfe zugelassen worden. Der Erbhof wird von Amts wegen in die Erbhojrolle eingetragen. Die Eintragung hat aber nur rechtsklärende, nicht rechtsbegründende Bedeutung (§ 1 *AB* 3 *RErbHG*; *RG* *HRR* 1936 Nr 996). Die Erbhojrolle wird beim Auerbergericht geführt (§ 52 *AB* 1 *RErbHG*). Die Eintragung der Erbhöfe erfolgt gebührenfrei (§ 52 *AB* 2 *RErbHG*). Sie begründet die Vermutung der Erbhojfeigenschaft; die Nichteintragung begründet von dem Zeitpunkt an, wo die Rolle als angelegt anzusehen ist, die Vermutung der fehlenden Erbhojfeigenschaft (§ 32 *RErbHVerfD*). Die Eintragung der Hojferolle und das Eintragungsverfahren sind auf Grund des § 52 *AB* 3 *RErbHG* geregelt durch die §§ 27 ff. *RErbHVerfD*. Die Eintragung in die Hojferolle wird auf Ersuchen des Auerbergerichts gebührenfrei im Grundbuch der zum Erbhof gehörenden Grundstücke vermerkt (§ 53 *AB* 1 *RErbHG*; dazu §§ 50 ff. *RErbHVerfD*). Diese Grundstücke sind auf ein besonderes Grundbuchblatt einzutragen; das Grundbuchamt soll darauf hinwirken, daß der Bauer sie durch entsprechende Eintragung im Grundbuch zu einem Grundstück vereinigen läßt (§ 53 *AB* 2 *RErbHG*; dazu § 51 *RErbHVerfD*). Die Einsicht des Grundbuchs ist für Erbhöfe besonders geregelt durch § 53, die Einsicht der Erbhojferolle durch § 33 *RErbHVerfD*.

2. Die Eintragungen auf die Grundbuchblätter dienen: zum Nachweis sämtlicher Grundstücke eines Bezirks; zur Sicherung des Eigentums; zur Feststellung der zulässigen dinglichen Belastungen, ihrer Rangverhältnisse und ihrer Veränderungen; zum einstweiligen Schutz bestehender Ansprüche oder Rechte gegen nachteilige Veränderungen (Vormerkung, Widerspruch); zur Klärung der Verfügungsbeschränkungen, die bei dinglichen Rechten zugunsten bestimmter Personen bestehen. Der Kreis der eintragungsfähigen Rechte ist, wie überhaupt der Kreis der dinglichen Rechte, ein geschlossener. Andere als diejenigen Rechte, über deren Eintragung das *BGB* oder sonst ein Reichs- oder Landesgesetz Bestimmung trifft, dürfen in das Grundbuch nicht eingetragen werden, selbst wenn ihre Eintragung unter der Herrschaft des früheren Rechts zulässig war (*RG* 48, 63; 51, 86; 54, 235; 55, 273; 56, 14; 57, 333; 117, 294; *ZB* 1903 Beil 116; *RZM* 1, 25; *RGZ* 21 A 133; *DLG* 8 S. 123, 126).

Nicht eintragungsfähig sind daher Rechte und Verpflichtungen rein persönlicher (Schuldrechtlicher) Natur, auch wenn ihre Eintragung ausdrücklich vereinbart worden ist, wie z. B.: das Miet- oder Pachtrecht (*RG* 54, 233; *Gruch* 67, 78; *RGZ* 24 A 121; 33 A 221; *DLG* 17, 30); das Zurückbehaltungsrecht (*RG* 51, 83; 66, 24; 68, 278); der Anspruch aus dem Kauf von Holz auf dem Stamm (*RG* 60, 317); das persönliche Wiederkaufsrecht nach den §§ 497 ff. (*DLG* 2, 489; *RZM* 3, 322; ebenso für ein im Gebiet des gemeinen Rechts begründetes persönliches Wiederkaufsrecht *ZFG* 18, 257); das Recht auf den Ankauf eines Grundstücks für einen bestimmten Preis (*RGZ* 29 A 173; *DLG* 10, 120; *ZFG* 3, 315; in der Bewilligung der Eintragung des Rechts kann aber unter Umständen die Bewilligung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung

gefunden werden: **RG** Bruch 67, 80; **ZZG** 3, 318); das Recht auf Ersatz von Verwendungen in das Grundstück nach den §§ 994 ff. (**RG** 71, 430); das den Gläubigern des Bestellers eines Nießbrauchs an einem Vermögen zustehende Befriedigungsrecht (**RG** 70, 348); der Anspruch auf den Ausbau einer Straße (**RG** 57, 330); die aus einem Vertrag über Anlegung eines Anschlußgleises erwachsenden Verpflichtungen einer Eisenbahn (**RG** 58, 264); der Verzicht des Eigentümers auf Ersatz des dem Grundstück durch Unternehmungen eines andern (z. B. durch den Betrieb einer Eisenbahn oder eines Bergwerks) erwachsenden Schadens (**RGZ** 21 A 310; 22 A 152; 25 A 147; 49, 196; **DVG** 3, 291; vgl. hierzu aber **RG** 119, 211; 130, 350 und § 1018 A 4). Eine dingliche Sicherung kann hier nur durch die Bestellung einer Sicherheitshypothek (§§ 1184 ff., 1189, 1190) für die Forderung auf Schadenserzatz wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit bewirkt werden (**RG** 55, 273). Die Frage, ob die Verpfändung oder Pfändung (§§ 829, 857 **BPO**) des Rechts auf Ausübung eines auf einem Grundstück eingetragenen Nießbrauchs eintragungsfähig sei, wird in § 1059 A 1, 2 näher behandelt. **Nicht** eintragungsfähig sind ferner solche Rechte, die sich den dinglichen Rechten, die das **BGB** zuläßt, nicht anpassen lassen, z. B.: das Recht einer Stadtgemeinde auf Beseitigung von Bauwerken bei der Freilegung einer Straße (**RGZ** 26 A 274); die Verpflichtung des Eigentümers, in seinem Gastwirtschaftsbetrieb auf dem Grundstück nur Biere einer bestimmten Brauerei auszuschenken (**RZM** 3, 148; **DVG** 15, 371); in Preußen das Recht der Anlieger an öffentlichen Straßen in Dörfern (**RG** 70, 77). Für das Nutzungspfandrecht vgl. § 873 A 6. Aus dem Grundsatz des Grundbuchsrechts, daß Eintragungen unzulässig sind, deren Zulässigkeit nicht besonders bestimmt ist und an die sich nicht eine bestimmte rechtliche Wirkung knüpft, folgt weiter, daß auch nicht eintragungsfähig sind **Verhältnisse, Rechte oder Beschränkungen**, die nach dem Gesetz ohne weiteres rechtliche Wirkungen haben, an denen durch eine Eintragung (insbesondere beim Rechtsenerwerb in gutem Glauben) nichts geändert werden könnte oder über die das Grundbuch Auskunft zu geben nicht bestimmt ist. Hierher gehören z. B.: persönliche Eigenschaften der Berechtigten (z. B. Familienstand); Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit (**RG** 69, 268; **DVG** 18, 110; **RZM** 14, 246); Umfang der Verfügungsmacht von Vertretern eingetragener Berechtigter (**DVG** 1, 116); ehemännliches oder ersterliches Verwaltungs- und Nutzungsrecht sowie Ausschluß des Rechts des Ehemanns oder der Eltern (**RZM** 3, 161; 4, 261; 14, 246; **RGZ** 38 A 210; 49, 211); Besitzverhältnisse an Grundstücken (**RG** 61, 378); aus den Vorschriften des Nachbarrechts entspringende Beschränkungen (**DVG** 1, 380); das gesetzlich begründete Recht einer Gemeinde auf Entziehung des Grundeigentums gemäß dem Fluchtlinienplan (**RGZ** 25 A 147); Verpflichtungen, die den Straßenanliegern gegenüber der Gemeinde wegen der Kosten der Herstellung einer Straße als öffentliche Lasten obliegen (**DVG** 1, 203; vgl. jetzt aber das Gesetz über die Zahlung und Sicherung von Anliegerbeiträgen v. 30. 9. 1936 **RGBl** I 854); gesetzliche Veräußerungs- und Belastungsverbote und die auf Grund des öffentlichen Rechts bestehenden Verfügungsbeschränkungen (**RG** **StM** 1932 Nr 618; **DVG** 6, 490; 22, 137; **Seuffl** 57 Nr 219; **RZM** 14 S. 245, 247; **RGZ** 50, 168). Im Entschuldigungsverfahren nach dem **RGes** v. 1. 6. 1933 wird zwar fast besonderer Gesetzesvorschrift der Entschuldungsbeschränkung, der ein allgemein wirkendes gesetzliches Verfügungsverbot im Sinne des § 134 **BGB** darstellt, entgegen der Regel, die der Eintragung solcher Beschränkungen zuwiderläuft, in das Grundbuch eingetragen; die Mündelheitsgrenze und der Betriehswert des entschuldeten Grundstücks sind aber von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen (**ZZG** 15, 207). Nicht eintragungsfähig sind auch die Überbau- und Notwegrenten nach den §§ 914, 917 sowie die unter Art 114 **GG** fallenden Rechte, die landesgesetzlich von der Eintragung ausgenommen sind (**RG** 110, 74), ferner das ein Wassergrundstück belastende selbständige Fischereirecht nach § 18 preuß. FischG v. 11. 5. 1916. Ausgeschlossen von der Eintragung sind, weil § 137 der dinglichen Geltung entgegensteht, die auf **Rechtsgeschäft beruhenden Beschränkungen der Befugnis zur Verfügung** über ein veräußerliches Recht an einem Grundstück (**RG** 73, 18; **RGZ** 20 A 292; 21 A 133; 45, 222; **DVG** 8, 132; 11, 1; **RZM** 9, 271). Über die ausnahmsweise zugelassene Eintragung gewisser rechtsgeschäftlicher Verfügungsbeschränkungen zugunsten einer bestimmten Person (Testamentsvollstreckerschaft, Nachbennrecht) vgl. § 892 A 11 Abs 2, über die begrenzte Eintragungsfähigkeit einer gemäß § 938 Abs 2 **BPO** angeordneten Sequestration; § 892 A 11 Abs 3. Endlich können nur Rechte an Grundstücken durch Eintragung gesichert werden, **nicht Rechte an beweglichen Sachen**, mögen sie auch zu einem Grundstück in rechtlicher Beziehung stehen, z. B. nicht: der Vorbehalt des Eigentums an Zubehörsstücken; die bei der Veräußerung eines Grundstücks getroffene Abrede, wodurch der Veräußerer sich Eigentumsrechte an einem Schatz vorbehält (**RZM** 3, 136). Die **Einschreibung von Vermerkten**, die sich aus vorhandenen Eintragungen nach dem Gesetz von selbst ergeben, ist vom Grundbuchrichter **abzulehnen**, weil das Grundbuch übersichtlich sein und nicht mit Überflüssigem belastet werden soll (**RGZ** 35 A 326; 49, 230), so z. B.: bei einer Hypothek die Haftung für die im § 1118 bezeichneten Kosten (**RZM** 1, 81); bei einer Zwangshypothek (§ 867 **BPO**) die Haftung für die Eintragungskosten (**RZM** 2, 246; **RGZ** 35 A 325); der Vorrang der Resthypothek des Gläubigers vor der Eigentümerlehnhypothek auf Grund des § 1176 (**RGZ** 21 A 165; 28 A 139); die Verpflichtung des Hypothekengläubigers zur Lösungsbewilligung nach Erlöschen der Hypothekenforderung (**RGZ** 29 A 244); vgl. auch **RGZ** 28 A 145 (Wiederholung einer klaren Eintragung). — Da

der im Gesetz bestimmte Inhalt dinglicher Rechte nicht durch Parteivereinbarung geändert werden kann, so können auch die dinglichen Rechte an Grundstücken nicht auf Grund einer Parteivereinbarung mit einem andern Inhalt als dem gesetzlich geregelten eingetragen werden; auf dem Gebiet des Sachenrechts gilt nicht, wie auf dem Gebiet des Rechts der Schuldverhältnisse, der Grundsatz der Vertragsfreiheit (RG 88, 162; RGZ 20 A 91, 206, 308; 21 A 311; 22 A 152; 25 A 290; 29 A 175; 51, 245). Deshalb können dingliche Rechte an Grundstücken auch nur dann als subjektiv-dingliche Rechte (d. h. zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks) eingetragen werden, wenn es sich um Rechte handelt, die vom Gesetz ausdrücklich als subjektiv-dingliche Rechte zugelassen sind (RN 4, 257; RGZ 28 A 322), z. B. Grundrentenbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten (§§ 1018, 1094 Abs 2, 1105 Abs 2). — Über öffentlich-rechtliche Lasten vgl. § 873 A 5. Rentenbankrenten, die aus Anlaß der Bildung eines Rentenguts in Preußen entstanden sind, genießen nach § 6 des Ges. v. 7. 7. 1891 die Vorzugsrechte der Staatssteuern mit Vorrang vor allen privatrechtlichen Belastungen des Grundstücks, bedürfen zur Begründung der Dinglichkeit nicht der Eintragung, sind aber eintragungsfähig (DVG 46, 68). Nach Art 167 GG können in Preußen landschaftliche Kreditinstitute in Verbindung mit ihren Pfandbriefgesellschaften auch andere Rechte an Grundstücken als die im BGB geregelten durch ihre Satzungen zur Geltung bringen (RGZ 51, 297). Dasselbe gilt nach Art 62 GG in Preußen bei Rentengütern auf Grund der Rentengutzgesetzgebung (RGZ 39 A 205; 45, 223; 51, 232; 52, 171). Unzulässig ist die Eintragung von Freikufen in das Grundbuch über ein Bergwerk (RGZ 23 A 227; 52, 222). — Ist eine ihrem Inhalt nach unzulässige Eintragung irrtümlicherweise bewirkt worden, so ist sie gemäß § 53 (§ 54) Abs 1 Satz 2 GBD von Amts wegen zu löschen (RG 88, 83; DVG 6, 203; 23, 346; RGZ 49, 211; 52 S. 125, 219, 228).

3. Leitende Grundsätze des Grundbuchsrechts: a) **Öffentlichkeitsgrundsatz.** Dieser Grundsatz äußert sich — gemäß dem Zweck der Grundbucheinrichtung, die Grundstücke und die daran bestehenden Rechte erkennbar zu machen, — nach der formellrechtlichen Seite dahin, daß jeder, der ein berechtigtes Interesse darlegt, zur Einsicht des Grundbuchs berechtigt ist (§ 12 GBD), und nach der materielrechtlichen Seite in dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, wonach der Inhalt des Grundbuchs zugunsten desjenigen, der bei Rechtshandlungen auf ihn vertraut, nach Maßgabe der §§ 892f. als richtig gilt. — b) **Einigungsgrundsatz.** In materielrechtlicher Hinsicht ist nach diesem Grundsatz zu rechtsgeschäftlichen Änderungen des Rechtsstandes eines Grundstücks eine Einigung zwischen dem verfügenden Berechtigten (sog. Passivbeteiligten) und dem andern Teil (sog. Aktivbeteiligten) erforderlich (§§ 873, 877, 880 Abs 2) und im Falle der Aufhebung, Inhaltsänderung oder Rangverschlechterung eines Rechts, das mit dem Recht eines Dritten belastet ist, die Zustimmungserklärung des Dritten (§§ 876, 877, 880 Abs 3). Ausnahmen von dem Einigungsgrundsatz gelten aber in den Fällen der §§ 875 (Aufhebung von Rechten an Grundstücken), 928 (Aufgabe des Grundstücks Eigentums), 1188 (Bestellung einer Hypothek für eine Schulderschreibung auf den Inhaber), 1195 (Bestellung einer Grundschuld auf den Inhaber), 1196 (Bestellung einer Eigentümergrundschuld); in diesen Fällen genügt die einseitige Erklärung des Passivbeteiligten. Nach formellem Grundbuchsrecht ist aber zur Eintragung einer Rechtsänderung der Nachweis der Einigung in der Regel nicht erforderlich. Zur Erleichterung des Grundbuchverkehrs ist vielmehr im § 19 GBD grundsätzlich zur Begründung des Antrags auf Eintragung die einseitige Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten (desjenigen, dessen Recht durch die Eintragung betroffen wird) für genügend erklärt. Nur bei der Auflassung bedarf es nach § 20 GBD ausnahmsweise des Nachweises der von beiden Teilen erklärten Einigung; auch die §§ 21—27 GBD enthalten Abweichungen von dem Regelsatz des § 19. Andererseits gilt nach formellem Grundbuchsrecht der Antragsgrundsatz. Das Grundbuchamt darf nach den §§ 13ff. GBD eine Einschreibung nicht ohne Betreiben der Beteiligten vornehmen, hat auch die Interessen der Beteiligten an Grundbucheintragungen nicht von Amts wegen zu wahren. Ausnahmen von diesem Grundsatz enthalten die §§ 4—9, 18, 23, 24, 45, 48, 51—53, 76 GBD). In gewissen Fällen wird der Antrag durch Ersuchen von Behörden ersetzt (§ 38 GBD). Der Antrag ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung materiellrechtlicher Natur, sondern nur eine verfahrensrechtliche Handlung, durch welche die Tätigkeit des Grundbuchamts in Anregung gebracht wird. Er bedarf nach § 30 GBD keiner Form. Nach § 13 Abs 2 GBD ist sowohl der Aktivbeteiligte (derjenige, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll) als auch der Passivbeteiligte antragsberechtigt. Mit dem formellen Bewilligungsgrundsatz und dem Antragsgrundsatz steht im Zusammenhang der Legalitätsgrundsatz. Danach hat das Grundbuchamt zu prüfen, ob das Rechtsverhältnis, dessen Eintragung begehrt wird, nach dem Liegenschaftsrecht des BGB eintragungsfähig ist und ob die nach formellem Grundbuchsrecht zur Begründung des Eintragungsantrags erforderlichen Rechtsakte und Nachweise vorhanden und rechtsbeständig sind (z. B. Identität der Beteiligten, Geschäftsfähigkeit, Eigenschaft eines Weibes als Ehefrau, Legitimation der erklärenden Personen, Befugnis zur Verfügung über das Recht: RGZ 20 A 282; 25 A 117; DVG 8 S. 304, 305; 12, 309). Dagegen braucht das Grundbuchamt die Rechtsbeständigkeit des der Eintragungsbewilligung grunde zu liegenden schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts nicht zu prüfen, da der Eintragungsantrag gerechtfertigt ist, wenn die Eintragungsbewilligung rechts-

beständig und formgerecht (§ 29 GBD) ist und die sonstigen nach Lage des Falles in Betracht kommenden Erfordernisse des formellen Grundbuchsrechts erfüllt sind (RG 7 S. 56, 278; DKG 8, 303; 12, 309; 18, 212; RGZ 51, 178). Aus demselben Grunde braucht das Grundbuchamt regelmäßig (Ausnahmefall § 20 GBD) in Fällen, in denen die Eintragung zur materiellen Rechtswirksamkeit einer Einigung bedarf, nicht zu prüfen, ob eine solche Einigung vorliegt, zumal die ohne sie erfolgte Eintragung noch durch nachträgliche Einigung wirksam werden kann (RGZ 21 A 309; 28 A 267; DKG 25, 374; § 873 A 7 „Form der Einigung“). — c) **Eintragungsgrundsatz.** Jede Rechtsänderung, die auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruht, bedarf regelmäßig der Eintragung in das Grundbuch, mag sie auf Begründung oder auf Übertragung, Belastung, Aufhebung, Inhalts- oder Rangänderung eines Rechts an einem Grundstück gerichtet sein (§§ 873, 875, 877, 880 Abs 2). Die Eintragung hat aber keine formelle Rechtskraft in dem Sinne, daß das Eingetragene unbedingt als wirklich zu Recht bestehend gilt; vielmehr begründet sie nur eine widerlegbare Vermutung für die Richtigkeit des eingetragenen Rechtszustandes (§ 891). Zu ihrer materiellen Gültigkeit ist erforderlich, daß ihr eine auf die eingetragene Rechtsänderung gerichtete rechtswirksame rechtsgeschäftliche Erklärung der Beteiligten, insbesondere eine Einigung zugrunde liegt. Erst beim Zusammentreffen dieser Grundlage mit der Eintragung tritt die Rechtsänderung ein (den Fall der Nichtübereinstimmung zwischen Einigung und Eintragung behandelte § 873 A 10). Nach dieser Richtung hat die Eintragung rechtsbegründende (konstitutive) Wirkung. Eine andere Bedeutung hat die Eintragung einer Rechtsänderung, die sich außerhalb des Grundbuchs vollzogen hat. Hier wirkt die Eintragung nur feststellend (deklarativ); sie soll durch Veröffentlichung der eingetragenen Rechtsänderung Schutz gegen Nachteile gewähren, die dem Berechtigten sonst durch den Rechtserwerb eines Dritten im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs (§§ 892f.) entstehen könnten. Eintragungen mit dieser Wirkung ergeben sich aus den §§ 894, 895, 901, 1075 Abs 1, 1154 Abs 2, 1163 ff., 1287 Satz 1, 1438 Abs 3, 1485 Abs 3, 1519 Abs 2, auch ZPO § 848 Abs 2. In solchen Fällen beruht aber die Rechtsänderung regelmäßig nicht auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, sondern auf anderem Rechtsgrunde (z. B. Erbfolge, Eintritt ehelicher Gütergemeinschaft, Zuschlag in der Zwangsversteigerung, Enteignung, Pfändung eines Anspruchs auf das Grundstück). Nur bei der Briefhypothek und Briefgrundschuld vollzieht sich die Übertragung, Nießbrauchbestellung, Pfandrechtsbestellung ohne Eintragung außerhalb des Grundbuchs, auch wenn es sich um Rechtsänderungen auf rechtsgeschäftlicher Grundlage handelt (§§ 1154 Abs 1, 1069, 1274, 1192); insofern bestehen also Ausnahmen von dem Eintragungsgrundsatz bei rechtsgeschäftlichen Rechtsänderungen. Ferner ist die Eintragung nicht erforderlich für die besonders bergrechtlichen Gebrauchs- und Nutzungsrechte (z. B. Schürfs- und Bohrrechte), die nach § 8 PrAllgBergG im Wege des Zwangsverfahrens erworben werden können und gemäß Art 22 Nr 2 PrAllgBergG zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen, und zwar auch dann nicht, wenn sie im Einzelfall gemäß § 5 PrAllgBergG durch freiwillige Gestattung des Grundeigentümers erworben sind (RG 97, 38). Andererseits gilt der Eintragungsgrundsatz in bestimmten Fällen auch für nicht auf Rechtsgeschäft beruhende Rechtsänderungen, so daß die Eintragung auch hier Voraussetzung der Rechtsänderung ist (z. B. Tabularerziehung nach § 900; wegen der übrigen Fälle § 873 A 1). Hat sich, abgesehen von diesen Fällen, eine nicht auf Rechtsgeschäft beruhende Rechtsänderung außerhalb des Grundbuchs vollzogen oder ist die Eintragung einer rechtsgeschäftlichen Rechtsänderung nicht, weil ihr eine rechtswirksame rechtsgeschäftliche Grundlage fehlt, so kann nach Maßgabe der §§ 894 ff. Berichtigung des Grundbuchs verlangt werden, soweit nicht ein inzwischen erfolgter Rechtserwerb im guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs nach §§ 892, 893 entgegensteht. — d) **Bestimmtheitsgrundsatz.** Nur ein bestimmt bezichtigtes Grundstück kann in das Grundbuch eingetragen und sachenrechtlich belastet werden, da nur einzelne bestimmte Sachen Gegenstand des Sachenrechts sind (§ 90). Die Belastung eines Vermögensbegriffs kann nur in der Weise erfolgen, daß die einzelnen Sachen belastet werden (vgl. § 1085). Der Bruchteil eines Grundstücks kann nur dann belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht (§§ 1066, 1095, 1106, 1114, 1192). Die Belastung des Grundstücks muß inhaltlich bestimmt sein; mindestens muß sich ihr Höchstbetrag aus dem Grundbuch ergeben (§§ 882, 1115, 1190, 1199 Abs 2; ZWO §§ 45, 46, 92, 121; § 28 GBD). Im übrigen bedeutet der Grundsatz: für das materielle Recht, daß das einzelne Grundstücksrecht nach Person, sachlichem Inhalt und Umfang bestimmt festgelegt sein muß; für das formelle Recht, daß in der einzelnen Eintragung die sachliche Bestimmtheit grundbuchmäßig klar zum Ausdruck gelangen muß (RG 108, 296; Gruch 58, 1018; Warn 1927 Nr 143). Soll z. B. eine Wegegerechtigkeit zwar das ganze Grundstück belasten, der Ausübung nach aber auf einen Teil des Grundstücks beschränkt sein, so muß die Ausübungsstelle genau bezeichnet werden (§ 1018 A 5 Abs 1). Eine Vormerkung auf Auflassung eines nicht näher bezeichneten Trennstücks, das zum Eisenbahnbau erforderlich wird, ist wegen Unbestimmtheit des von ihr betroffenen Gegenstandes nicht eintragbar (DKG 34, 228). Der Bestimmtheitsgrundsatz ist für das Grundbuchwesen von ausschlaggebender Bedeutung, weil nur bei seiner Beachtung der Zweck des Grundbuchs erreicht wird, klare Rechtsverhältnisse bezüglich der Grundstücke zu schaffen; dieser Grundsatz muß jedem Rechtswahrer allezeit geläufig sein (RG ZB 1938, 457¹⁴). **Ausnahmsweise** wurde bei der Be-

lastung von Grundstücken mit Geldleistungen zu bestimmten ziffernmäßigen, in alter Reichswährung ausgedrückten Summen der Bestimmtheitsgrundsatz durchbrochen, als infolge außerordentlicher Gelbentwertung durch den Währungsverfall der Wert des eingetragenen Betrags derart gesunken war, daß er in ungewöhnlich großem Mißverhältnis zum Wert zur Zeit der Eintragung stand; damals wurde an die Stelle des eingetragenen Betrags ein nach den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen dem früheren Wert entsprechender Betrag gesetzt, so daß in Wahrheit eine Erhöhung der Belastung des Grundstücks sich nicht ergab (RG 108, 296). Von ähnlichen Gesichtspunkten aus brachten Durchbrechungen des Bestimmtheitsgrundsatzes das RGes v. 23. 6. 1923 über die Eintragung wertbeständiger Hypotheken (§ 1113 A 4), das RGes vom 18. 8. 1923 über die Aufwertung und Umwandlung von Geldbezügen aus Altenteilsverträgen sowie die bald darauf einsetzende Gesetzgebung über die Aufwertung von Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden, Reallasten (Vorbem 7 vor § 1113). Soweit aber solche Ausnahmen nicht ausdrücklich gesetzlich zugelassen sind, ist an dem Bestimmtheitsgrundsatz unbedingt festzuhalten (RG 143, 426; Warn 1934 Nr 10), zumal er auch wesentlich dem Zweck dient, das Rangverhältnis der eingetragenen Rechte sicherzustellen (RG 143, 428). — e) **Vorrangsgrundsatz.** Das Rangverhältnis der das Grundstück belastenden eingetragenen Rechte bestimmt sich nicht nach dem Alter ihrer Begründung, das vielfach aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sein wird, sondern dem Eintragungsgrundsatz gemäß nach der Reihenfolge der Eintragungen, sofern nicht etwa eine abweichende Bestimmung eingetragen ist; dabei ist unerheblich, ob die nach § 873 erforderliche Einigung vor oder nach der Eintragung erfolgt ist. Nur wenn die Rechte in verschiedenen Abteilungen des Grundbuchs eingetragen sind, hat das unter einer früheren Zeitangabe eingetragene Recht den Vorrang, während bei gleicher Zeitangabe die Rechte gleichen Rang haben (§ 879).

4. **Den Grundstücken gleichgestellt** sind außer dem Anteil des Miteigentümers (§§ 1008, 1066, 1095, 1106, 1114, 1192) das Erbbaurecht und die in den Artt 63, 68, 196 GG der landesgesetzlichen Regelung vorbehaltenen Rechte mit Grundstückseigenschaft (Erbpachtrecht, Abbaurecht usw.). Grundständige Ausführungen über solche grundstücksgleichen selbständigen Berechtigungen des früheren preussischen Rechts finden sich z. B. in HR 1934 Nr 571; vgl. auch über den Umfang der Immobiliarmasse bei preussischen selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeiten RG 61, 190; Gruch 61, 322. Die Behandlung dieser Rechte in formellrechtlicher Hinsicht ergibt sich aus den §§ 8, 118 GWB. Die Abbaugerechtigkeit, bei der der Berechtigte die vorkommende Kohle mit ihrer Gewinnung zu Eigentum erwirbt, kann ebenso wie das Erbbaurecht (§ 26 BW) und das auf Verleihung beruhende Bergwerkseigentum (§ 161 PrABergG) aufgehoben werden, und zwar durch rechtsgeschäftlichen Verzicht nach Maßgabe des § 875; Folge der Aufhebung ist, daß die als selbständige Befugnis erlöschende Abbaubefugnis wieder zur Befugnis des Eigentums wird (DLG 45, 219). Eine selbständige Abbaugerechtigkeit, die ein besonderes Grundbuchblatt hat, kann auch mit einer Grunddienstbarkeit (z. B. einem Wegerecht) belastet werden (DLG 45, 221).

§ 873

1) Zur Übertragung 2) des Eigentums 3) an einem Grundstücke 4), zur Belastung 5) eines Grundstücks 4) mit einem Rechte 6) sowie zur Übertragung 2) oder Belastung 5) eines solchen Rechtes 6) ist die Einigung 7) des Berechtigten 8) und des anderen Teiles 9) über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung 10) in das Grundbuch 11) erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt 12).

Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden 13), wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet 14) oder vor dem Grundbuchamt abgegeben 15) oder bei diesem eingereicht sind 16) oder wenn der Berechtigte dem anderen Teile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat 17).

© I 828 II 794; R 3 158ff.; B 3 52ff., 177ff., 4 725.

1. § 873 behandelt nur rechtsgeschäftliche Verfügungen über Rechte an Grundstücken und unterwirft die auf dieser Grundlage beruhenden Rechtsänderungen dem materiellen Einigungs- und Eintragungsgrundsatz (Vorbem 3b, c vor § 873). Rechtsänderungen, die eine andere Grundlage haben, gehören nicht hierher; für sie ist § 873 nicht maßgebend. Sie scheiden sich in solche, die ohne Einigung und Eintragung eintreten, also weder dem Einigungs- noch dem Eintragungsgrundsatz unterliegen, und in solche, die zwar keine Einigung, wohl aber die Eintragung zur Voraussetzung haben. Fälle von Rechtsänderungen ohne Einigung und Eintragung nach BGB sind: Übergang des Vermögens einer aufgelösten juristischen Person auf den Fiskus (§§ 45, 88); Rückfall zufolge Anfechtung eines anfechtbaren dinglichen Rechtsgeschäfts (§ 142); Eintritt einer auflösenden Bedingung, eines Endtermins, des Todes eines auf Lebenszeit Berechtigten, z. B.

des Nießbrauchers (§§ 158, 163, 1061; BGB §§ 23 f.); Übergang des Anteils eines ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen auf die verbleibenden Gesellschafter (§ 728; BGB § 142; § 925 A 4); Begründung der für einen Überbau oder einen Notweg zu entrichtenden Rente (§ 912 Abs 2, §§ 913 f., § 917 Abs 2); Entstehung des Nießbrauchs und der Sicherungshypothek kraft Gesetzes gemäß §§ 1075 Abs 1, 1287 Satz 1 (vgl. auch § 848 Abs 2 ZPO u. RG 60, 224); Übergang eines Grundstücksrechts, insbesondere einer Hypothek, auf den Eigentümer, den persönlichen Schuldner usw. kraft Gesetzes zufolge Vereinigung oder Befriedigung (§§ 889, 1143, 1150, 1163 f., 1170—1177, 1182, 1192, 1200; ZPO § 868, ZBG § 128); Rechtsübergang zufolge Eintritts der ehelichen Gütergemeinschaft und der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1438, 1483, 1485, 1519, 1549); Übergang des Anteils eines Abkömmlings am Gesamtkapital der fortgesetzten Gütergemeinschaft in den Fällen der §§ 1490 f.; Entstehung der dem Ehegatten oder dem Inhaber der elterlichen Gewalt zustehenden nießbrauchähnlichen Rechte am eingebrachten Ehegut oder am nicht freien Kindesvermögen (§§ 1363, 1649, 1686); Erwerb durch Erbschaft (§§ 1922, 1942, 2096, 2100), Nacherfolge (§§ 2016, 2139), Übertragung des Anteils eines Miterben am Nachlasse (§ 2033; DRG 4, 189; 5, 426); dagegen gehören nicht hierher der Erwerb auf Grund eines Vermächtnisses (§ 2174), eines Vorausvermächtnisses (§ 2150), eines Erbschaftskaufs von dem Alleinerben (§ 2374) sowie auf Grund einer Teilungsanordnung (§ 2048). Fälle von einigungs- und eintragungsgelosen Rechtsänderungen nach Reichsrecht außerhalb des BGB: Rechtsserwerb durch Pfändung und durch Überweisung einer Briefhypothek oder Briefgrundschuld an Zahlungs Statt (§§ 830, 837, 857 Abs 6 ZPO); Erwerb eines Grundstücks durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung (§§ 90, 130 ZBG, § 870 ZPO); Eintragung des verstorbenen Erstehers: RW 1933, 705^b). Fälle solcher Rechtsänderungen nach Landesrecht gemäß den Vorbehalten für die Landesgesetzgebung im GG: Art 59 (Fideikommiß-, Lehnsfolge); 62 (Rentengüter; vgl. RGZ 47, 162; die Rentengutzbildung nebst Übernahme einer Rentenbankrente nach der preussischen Rentengesetzgebung hat dingliche Wirkung auch gegenüber dem Besitznachfolger); 64 (Erwerb auf Grund Anerbtenrechts); 65 (Erwerb von Anlandungen, Inseln, Flußbetten); 67 (Grundabtretung für Bergbau); 109 (Enteignung); 112 (Veräußerung und Belastung von Privat- und Kleinbahnen); 113 (Zusammenlegung bei Gemeinheitsteilungen); 126 (Übertragung von Grundeigentum des Staates, eines Kommunalverbandes); 127 (buchungsfreie Grundstücke). — Im BGB vorgesehene Fälle von **nicht auf Rechtsgeschäft beruhenden Rechtsänderungen, die der Eintragung bedürfen**, sind: Tabularerziehung (§ 900); Eigentumserwerb des Eigenbesizers nach der im Aufgebotsverfahren erfolgten Ausschließung des eingetragenen Eigentümers (§ 927); Erwerb des Eigentums an einem vom Eigentümer abgegebenen Grundstück durch den Anfallberechtigten (§ 928; GG Art 129; RW 15, 112); Entstehung von Sicherungshypotheken an Grundstücken des Vormundes, Pflegers oder Beistandes auf Eintragungsersuchen des Vormundschaftrichters (§§ 1844, 1915, 1693; BGB § 54). Solche Fälle nach Reichsrecht außerhalb des BGB: Entstehung der Zwangs- und Arresthypotheken (ZPO §§ 866 f., 932); Rechtsserwerb durch Pfändung und durch Überweisung einer Buchhypothek, einer Buchgrundschuld, einer Reallast an Zahlungs Statt (ZPO § 830 Abs 1 Satz 3, § 837 Abs 1 Satz 2, Abs 2, § 857 Abs 6); Erteilung der Willenserklärung des Berechtigten durch Urteil (ZPO §§ 894 ff.); Entstehung der auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts einzutragenden Sicherungshypotheken für die Forderungen der Realberechtigten gegen den Ersteher eines zwangsversteigerten Grundstücks (ZBG § 128 Abs 3). Ein Fall nach Landesrecht gemäß einem Vorbehalt für die Landesgesetzgebung im GG: Entstehung einer Sicherungshypothek für den Fiskus, eine Körperschaft usw. an Grundstücken des Schuldners auf behördliches Ersuchen (Art 91 GG). — Von den rechtsgeschäftlichen Verfügungen behandelt § 873 nur die Neubegründung und die Übertragung von Rechten an Grundstücken und von Rechten an solchen Rechten. Die Aufhebung und die Änderung des Inhalts solcher Rechte regeln die §§ 875—877, die Änderung des Ranges § 880.

2. Der Ausdruck **Übertragung** ist nicht ganz zutreffend gewählt. Nach dem Sprachgebrauch des BGB braucht die Übertragung nicht immer eine rechtsgeschäftliche zu sein. Bei Forderungen und andern Rechten unterscheidet das BGB zwischen Übertragung durch Vertrag (§§ 398, 413) und Übertragung kraft Gesetzes (§ 412), und Art 126 GG enthält einen Vorbehalt für die Übertragung von Grundeigentum „durch Landesgesetz“. Im § 873 ist jedoch unter „Übertragung“ nur eine **rechtsgeschäftliche Übertragung** zu verstehen. Das ergibt sich von selbst aus dem für die Übertragung aufgestellten Erfordernis der Einigung. Danach scheiden von der Anwendung des § 873 aus Übertragungen des Eigentums oder eines sonstigen Rechts an einem Grundstück, die auf einer nicht rechtsgeschäftlichen Grundlage, insbesondere kraft Gesetzes, erfolgen. Die einzelnen Fälle solcher Übertragungen sind bereits in A 1 zusammengestellt. Andererseits findet § 873 aber auch Anwendung auf solche Fälle, in denen das Gesetz einen (schuldrechtlichen) Anspruch auf Übertragung gewährt; die Veräußerung ist dann zwar keine freiwillige, doch findet auch kein unmittelbarer Rechtsübergang kraft Gesetzes statt. Solche Fälle gesetzlicher Ansprüche auf Rechtsübertragung sind gegeben: bei der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft, einer Gesellschaft, einer ehelichen Gütergemeinschaft, einer Erben-gemeinschaft (§§ 752 ff.; § 731; §§ 1477 Abs 1, 1498, 1546; § 2042); beim Grenzüberbau (§ 915);

bei der Behebung einer Grenzverwirrung (§ 920); beim Vermächtnis oder Vorausvermächtnis (§§ 2174, 2150). Auch in diesen Fällen vollzieht sich also die Rechtsübertragung selbst erst und nur durch Einigung und Eintragung, wobei zur Übertragung von Eigentum an Grundstücken die Einigung in der Form der Auflassung erforderlich ist (§ 925 A 2). — Voraussetzung für die Übertragung ist die Übertragbarkeit. Von den Rechten an einem Grundstück sind nicht übertragbar: die Grunddienstbarkeit (§ 1018); das Vorkaufrecht und die Reallast, sofern sie als subjektiv-dingliche Rechte bestellt sind (§§ 1094 Abs 2, 1103 Abs 1, 1105 Abs 2, 1110), da sie ihrer Natur nach nicht von dem berechtigten Grundstück getrennt werden können; ferner nach ausdrücklicher Vorschrift: der Nießbrauch (§ 1059 Satz 1), die beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1092 Satz 1), das subjektiv-persönliche Vorkaufrecht, sofern nicht ein anderes bestimmt ist (§§ 514, 1098). Wegen der Zulässigkeit einer Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit vgl. § 1059 Satz 2, § 1092 Satz 2 und wegen der beschränkten Übertragbarkeit der subjektiv-persönlichen Reallast § 1111 Abs 2. Bei Hypotheken und Grundschulden kann gemäß den §§ 399, 413 die Übertragbarkeit vertraglich ausgeschlossen werden (§ 1153 A 1 a. E.).

3. Den Begriff des **Eigentums** erläutert § 903 A 1. Die zur Übertragung erforderliche Einigung muß, wenn sie Grundeigentum betrifft, in der Form der Auflassung (§ 925) erfolgen. Das Eigentum an einer Sache kann mehreren zustehen, und zwar entweder als Miteigentum nach Bruchteilen (§§ 1008—1011) oder als Eigentum zur gesamten Hand, wie bei der Gesellschaft, der ehelichen Gütergemeinschaft, der Erbengemeinschaft. Im ersten Falle kann jeder Miteigentümer nach § 747 über seinen Anteil verfügen, während in den Fällen des Gesamthand Eigentums nach den §§ 719, 1442, 2033 Einzelverfügungen der Teilhaber rechtlich unwirksam sind.

4. Eine Begriffsbestimmung für **Grundstück** enthält das BGB nicht. Die GBD bestimmt im § 2 Abs 2, daß die Bezeichnung der Grundstücke nach einem amtlichen Verzeichnis erfolgt, dessen Einrichtung der Reichsminister der Justiz bestimmt, im § 3, daß jedes Grundstück ein besonderes Grundbuchblatt erhält, im § 4, daß über mehrere Grundstücke desselben Eigentümers unter gewissen Voraussetzungen ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt geführt werden kann, und im § 7, daß im Falle der besonderen Belastung eines Grundstücks teils dieser von dem Grundstück abgeschrieben und als selbständiges Grundstück eingetragen werden soll. Daraus ist zu folgern, daß als ein einheitliches selbständiges Grundstück im Sinne des BGB ein gegen andere Teile räumlich abgegrenzter Teil der Erdoberfläche anzusehen ist, der im Grundbuch eine besondere Stelle hat und dort als selbständiges Grundstück gebucht ist, sei es für sich allein auf einem besonderen Grundbuchblatt, sei es auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt unter einer besonderen Nummer im Verzeichnis der Grundstücke (RG 84, 270; JW 1910, 601; DLG 21, 404; RZA 11, 233; RGZ 37 A 209; 49, 233; ZZG 8, 207; vgl. RG 68, 25). Dagegen stellt nicht etwa grundsätzlich jede Fläche, die im Kataster, d. i. in dem durch § 2 Abs 2 GBD vorgeschriebenen amtlichen Verzeichnis, unter einer besonderen Nummer eingetragen ist, auch schon „ein Grundstück“ im Sinne des materiellen Liegenschaftsrechts dar. Ein Grundstück kann vielmehr aus mehreren solchen Flächen (Parzellen) zusammengesetzt sein; es kann aber auch aus nur einer solchen Fläche (Parzelle) bestehen. Im ersten Falle müssen die mehreren Flächen im Grundbuch zu einem Grundstück zusammengefaßt sein (DLG 21, 405); im zweiten Falle muß die einzelne Fläche durch Zuweisung einer gesonderten Stelle im Grundbuch sich als ein für sich allein bestehendes Grundstück darstellen. Andererseits sind mehrere Grundflächen, die zwar auf demselben Grundbuchblatt eingetragen, aber im Bestandsverzeichnis unter besonderen Nummern gebucht und mit einem Kennzeichen der Selbständigkeit versehen sind, als mehrere selbständige Grundstücke zu erachten; wie auch mehrere Grundstücke durch Eintragung auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt ihre Selbständigkeit nicht verlieren, sofern sie nicht gemäß § 890 miteinander vereinigt werden oder das eine dem andern (als Bestandteil) zugeschrieben wird (RGZ 23 A 221; 49, 235; DLG 8, 300). Für die Frage, ob mehrere auf einem Grundbuchblatt eingetragene Grundflächen rechtlich ein einheitliches Grundstück oder mehrere selbständige Grundstücke bilden, ist auch weder maßgebend, ob sie wirtschaftlich ein Ganzes bilden oder sie für sich bestehen, noch entscheidend, ob sie räumlich voneinander getrennt sind oder in räumlichem Zusammenhang miteinander stehen (DLG 21, 405; RGZ 49, 234). — Sind Flächen im Grundbuch nicht eingetragen, so wird die Frage, ob und inwieweit sie zusammen als ein einheitliches Grundstück oder sie für sich als selbständige Grundstücke anzusehen sind, aus der natürlichen Lage, dem wirtschaftlichen Zusammenhang und der Zugehörigkeit von alters her zu entscheiden sein. — Wegen der Rechte, die den Grundstücken hinsichtlich der Verfügung darüber gleichgestellt sind, vgl. § 903 A 2.

Grundstücksbestandteile teilen bei Verfügungen, insbesondere auch bei der Eigentumsübertragung und der Belastung, das rechtliche Schicksal des ganzen Grundstücks, und zwar die wesentlichen (§ 93) unbedingt, die nicht wesentlichen immer dann, wenn sie nicht von der Verfügung ausgenommen worden sind (§ 926 A 3). Als wesentliche Bestandteile des Grundstücks kommen hier besonders in Betracht die mit dem Grund und Boden fest und dauernd verbundenen Gebäude sowie die Erzeugnisse, solange sie mit dem Boden zusammenhängen (§ 94 Abs 1 Satz 1, § 95). Da sie nach § 93 nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, unterliegen sie der Verfügung nur zusammen mit dem Grundstück. Daher kann z. B. weder das Eigentum an einem

solchen Gebäude oder an einem Walde für sich allein ohne das Grundstück übertragen noch ein dingliches Recht daran besonders bestellt werden (§ 93 A 7). Voraussetzung für die Bestandtheilseigenschaft ist aber (abgesehen von dem Fall des § 95: dort A 1), daß die Gegenstände auf einer Fläche stehen, die Teil des Grundstücks ist. Greift ein Gebäude auf ein anderes Grundstück hin über, so ist der hinüberreichende Teil nicht Bestandteil des diesseitigen Grundstücks (§ 94 A 3, § 921 A 1). Ein einzelner (realer) Grundstücksanteil ist nicht wesentlicher Bestandteil des ganzen Grundstücks, da er von diesem getrennt werden kann, ohne daß der eine oder der andere Teil in seinem Wesen als Teil der Erdoberfläche verändert wird (§ 93). Daher kann ein solcher Flächenteil des Grundstücks für sich allein veräußert und besonders belastet werden (§ 93 A 6). Über die Buchung in diesen Fällen vgl. die §§ 3, 4, 7, 48 GBD. Ein (ideeller) Bruchteil eines Grundstücks kann kein besonderes Grundbuchblatt erhalten, weil er nicht für sich ein Grundstück, eine Bodenfläche ist (RN 4, 231). Da nach BGB das Anteilrecht des Miteigentümers einer Sache auch Sacheigentum ist, erfolgt die Veräußerung und Belastung eines Grundstücksbruchteils nach den für Grundstücke geltenden Vorschriften (§ 925 A 4). Mit Vorkaufrecht, Realkauf und hypothekarischen Rechten kann er aber nicht belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht (§§ 1095, 1106, 1114, 1192, 1199).

Zubehör eines Grundstücks können nach § 97 Abs 1 Satz 1 nur bewegliche Sachen sein, nicht Grundstücke. Daher kann ein Grundstück nicht einem andern als Zubehör zugeschrieben werden (RG JW 1910, 60¹); vielmehr ist nur die Zuschreibung als Bestandteil zulässig (§ 890). Über die Rechtsstellung des Zubehörs zum Grundstück im Falle der Verfügung enthält das BGB keine allgemeine Vorschrift. Sonderbestimmungen hierüber geben die §§ 926, 1031, 1093, 1096, 1120.

5. Belastung eines Grundstücks. Belastung ist nach dem Sprachgebrauch des BGB die Begründung eines (im Verhältnis zum Eigentumsrecht beschränkten) dinglichen Rechts an einem fremden Gegenstand. Die Begründung kann durch Gesetz oder durch Rechtsgeschäft erfolgen. Im § 873 ist aber unter „Belastung“, ebenso wie unter „Übertragung“ (A 2), nur eine **auf Rechtsgeschäft beruhende** Begründung zu verstehen; dies ergibt sich daraus, daß zur Entstehung der Belastung eine Einigung erforderlich wird. Die auf Gesetz beruhenden Belastungen bedürfen zur Entstehung einer Einigung nicht; sie sind in A 1 unter den nicht rechtsgeschäftlichen Rechtsänderungen aufgeführt (§§ 912ff., 917, 1075, 1287, 1363, 1649, 1686 BGB; §§ 830, 875 Abs 6, 867, 932 ZPO; § 128 ZVG; Art 91 GG) und scheiden daher hier aus. Ferner kommen hier nicht in Betracht die gesetzlichen Nachbarrechte (§§ 906—909; Art 124 GG), da sie nicht Belastungen im Sinne des BGB, sondern gesetzliche Einschränkungen des Eigentumsrechts darstellen (DVG 1, 380, Vorbem 2).— Die Rechtsverhältnisse der auf öffentlich-rechtlichen Titeln beruhenden Lasten (Grundsteuer, gemeine Lasten, Kommunalabgaben usw.) bestimmen sich nach Landesrecht, da das öffentliche Recht vom BGB überhaupt nicht berührt wird. Die auf einem Grundstück ruhenden öffentlichen Lasten als solche sind von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen, es sei denn, daß ihre Eintragung gesetzlich besonders zugelassen oder angeordnet ist (§ 54 GBD). Das gilt ohne Rücksicht darauf, ob eine öffentliche Last zu den gemeinen oder zu den besonderen Lasten zu rechnen ist (JW 1937, 893^{2a}). Soweit aber eine öffentliche Last am 1. 4. 1936 eingetragen war, behält es dabei sein Bewenden; doch darf sie, einmal gelöscht, nicht wieder eingetragen werden, gleichviel ob die Löschung zu Recht oder zu Unrecht erfolgte (JZG 15, 95). In JZG 4, 373 ist anerkannt die Eintragungsfähigkeit der nach § 121 Pr. WasserG v. 7. 4. 1913 vom Uferanlieger mit wasserpolizeilicher Genehmigung übernommenen Verpflichtung zur Unterhaltung eines Ufergrundstücks. Dagegen fallen unter § 873 (auch hier wie bei der Übertragung: A 2) die Fälle, in denen eine Belastung nicht unmittelbar kraft Gesetzes entsteht, sondern das Gesetz nur einen (schulrechtlichen) Anspruch auf Bestellung des Rechts am Grundstück gibt, z. B. der Fall des § 648, wonach der Bauunternehmer die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen kann. Zur Rechtsbegründung selbst ist in solchen Fällen also Einigung und Eintragung nötig. Wird daher durch letztwillige Anordnung dem Erben eine Belastung (an einem Nachlassgrundstück oder an einem zum Nachlaß gehörigen Recht an einem Grundstück) zugunsten eines Vermächtnisnehmers auferlegt, so ist zur Begründung des vermachten Rechts nach § 873 Einigung zwischen dem Erben und Vermächtnisnehmer über die Bestellung des Rechts und Eintragung erforderlich; denn dem Vermächtnisnehmer steht nur ein Anspruch auf Bestellung des Rechts (z. B. des Nießbrauchs) zu (§§ 2174, 2150).— § 873 umfaßt neben dem Fall der Belastung des Grundstücks selbst auch den Fall der **Belastung eines Rechts an einem Grundstück** (der Belastung einer Belastung). In dieser Hinsicht ist zur Belastung die Übertragbarkeit des zu belastenden Rechts erforderlich (A 2 a. E.). Deshalb können als belastungsfähige Rechte an Grundstücken im wesentlichen nur die Realkasten, Hypotheken und Grundschulden in Betracht kommen. Als zulässige Belastungen eines Rechts sind im BGB nur Nießbrauch und Pfandrecht anerkannt. Diese werden gemäß §§ 1069, 1080, 1274, 1291 nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften rechtsgeschäftlich bestellt. Das Erbbaurecht (früher §§ 1012—1017, jetzt B v. 15. 1. 1919) und die übrigen den Grundstücken gleichgestellten Rechte (§ 903 A 2) können aber ebenso wie die Grundstücke selbst belastet werden; an ihnen können also nicht nur

ein Nießbrauch, sondern auch die andern nach BGB zulässigen (A 6) Grundstücksbelastungen bestellt werden, insbesondere Grunddienstbarkeiten und Hypotheken.

6. Der Kreis der dinglichen Rechte, mit denen ein Grundstück belastet werden kann, ist ein geschlossener. Andere als die vom BGB zugelassenen dinglichen Rechte können, selbst wenn sie nach früherem Rechte zulässig waren, unter der Herrschaft des BGB durch Eintragung und Eintragung an einem Grundstück nicht rechtswirksam begründet werden. Ebenjowenig können die zugelassenen dinglichen Rechte mit einem andern Inhalt bestellt und in das Grundbuch eingetragen werden als mit dem Inhalt, der im Gesetz bestimmt ist (Vorbem 2). Die zugelassenen Rechte sind: Erbbaurecht (A 5), Dienstbarkeiten (§§ 1018, 1030, 1090), Vorkaufsrecht (§ 1094), Reallast (§ 1105), Hypothek, Grund-, Rentenschuld (§§ 1113, 1191, 1199). Über nicht zugelassene und daher auch nicht eintragungsfähige Rechte vgl. Vorbem 2. Hinzuzufügen ist, daß auch die Bestellung eines Besitz- und Nutzungspfandrechts (Antichrese) an Grundstücken mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen ist, da das BGB ein solches Recht an Grundstücken (für bewegliche Sachen vgl. §§ 1213, 1214) nicht erwähnt (RG 48, 63; DLG 1, 261; RZA 3, 216). Der Zweck des Nutzungspfandrechts kann aber im wesentlichen durch Bestellung eines Nießbrauchs erreicht werden (RG 68, 10; RZA 3, 216); doch darf der Nießbrauch nicht mit dem Wesen dieses Rechts nach BGB widerstreitenden Merkmalen des Nutzungspfandrechts ausgestattet werden (RZA 3, 216). Zulässig ist dagegen, daß zwischen den Vertragsschließenden Rechte und Pflichten, wie sie dem Nutzungspfandrecht entsprechen, mit schuldrechtlicher Bindung festgesetzt werden, da auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse Vertragssfreiheit besteht. Ein schon vor Inkrafttreten des BGB rechtswirksam begründetes Nutzungspfandrecht bleibt nach Art 184 EG auch nach diesem Zeitpunkt bestehen, da es ein aus Pfandrecht und beschränktem Nutzungsrecht zusammengesetztes Recht an fremder Sache ist (RG 47, 56; DLG 1, 261). Auch sonstige Rechte an einem Grundstück, die unter der Herrschaft des BGB nicht mehr begründet werden können, bleiben nach Art 184 EG bestehen, wenn sie schon vor Inkrafttreten des BGB als dingliche Rechte begründet worden sind. Ferner haben Rechte, die nach früherem Recht ohne Eintragung mit Wirkung gegen Dritte begründet werden konnten und nicht eingetragen worden sind, insbesondere solche, die sich auf die den Landesrechten vorbehaltenen Rechtsgebiete beziehen (Artt 62, 64, 65, 67—69, 73, 74, 196 EG), durch das Inkrafttreten des die Eintragung erfordernden BGB ihre Geltung nicht verloren (RG 55, 315; 56, 13; 63, 6; 66, 30). Handelt es sich aber um Rechte, die zwar ohne Eintragung dinglich waren, aber schon nach früherem Recht (z. B. nach § 12 Abs 1 PrEG v. 5. 5. 1872) zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedurften, so müssen sie unter der Herrschaft des BGB zur Eintragung gebracht werden, wenn sie Wirksamkeit gegen dritte Erwerber haben sollen (RG 66, 28; 87, 171; JW 1904, 228; § 892 A 3). Die Übertragbarkeit und Belastbarkeit solcher Rechte gehören zu ihrem Inhalt. Daher richten sie sich nach bisherigem Recht (Art 184 EG), soweit die Rechte nicht ohnehin den vorbehaltenen Landesrechten angehören. Dagegen ist für die Übertragung und die Belastung selbst (abgesehen von Rechten, die den vorbehaltenen landesrechtlichen Rechtsgebieten angehören), das BGB, also auch § 873, maßgebend (RG 59, 292). Ist eine Grunddienstbarkeit, die nach früherem Recht ohne Eintragung begründet werden konnte, seinerzeit außerhalb des Grundbuchs wirksam entstanden und jetzt im Grundbuch noch nicht eingetragen, so kann nach Art 187 Abs 1 EG ihre Eintragung verlangt werden.

7. Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung. Sie ist das erste Erfordernis für die rechtsgeschäftliche Änderung der Rechte an Grundstücken, insbesondere also für die Übertragung des Eigentums und die Bestellung, Übertragung und Belastung beschränkter dinglicher Rechte. Ist sie unter den Beteiligten nicht zustande gekommen, so tritt die Rechtsänderung nicht ein. Auch bei beweglichen Sachen wird eine Einigung erfordert im § 929 für die Übertragung des Eigentums, im § 1032 für die Bestellung eines Nießbrauchs, im § 1205 für die Bestellung eines Pfandrechts. Ferner spielt die Einigung eine Rolle im § 1260 für die Bestellung des Pfandrechts an einem Schiff und im § 854 Abs 2 für den Besitzerwerb. Überall ist die Einigung ein selbständiger abstrakter Vertrag, der lediglich die unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsänderung an einer Sache zum Gegenstand hat (sog. dinglicher Vertrag: R 3, 172; RG 48, 135; 50, 82; 52, 114; 66, 99; 89, 371; 99, 68). Vertragsnatur hat sie deswegen, weil die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der als Verkäuferer und Erwerber sich gegenüberstehenden Beteiligten auf Erreichung eines gemeinsamen rechtlichen Zwecks gerichtet sind und derart in Wechselbeziehung zueinander stehen, daß sie sich gegenseitig bedingen (RG 50, 82; 63, 184; 66, 389; 68, 99; 89, 371; 99, 68; RZA 2, 85; 3, 263; BGB 37 A 284). Allerdings unterscheidet sich dieser dingliche Vertrag von den Verträgen auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse darin, daß er nicht auf die Erzeugung einer Verpflichtung, eines Anspruchs, sondern unmittelbar auf Begründung oder Änderung eines dinglichen Rechts gerichtet ist. Indessen gehört es nach dem BGB nicht zum Begriff eines Vertrags, daß er die Begründung einer Verpflichtung zum Inhalt hat; nur für die gemäß § 305 durch Vertrag zu begründenden Schuldverhältnisse gibt das BGB im § 241 die Begriffsbestimmung, daß sie einen Anspruch auf Leistung gewähren. Der Vertragsbegriff als solcher ist aber nicht auf das Gebiet der Schuldverhältnisse beschränkt; gibt es doch z. B. auch familienrechtliche, erbrechtliche Verträge.

Nur das ist zum Begriff des Vertrags zu erfordern, daß die Willenserklärungen der Beteiligten sich auf die Bewirkung eines rechtlichen Erfolgs vereinigen. Dies ist aber auch bei der (dinglichen) Einigung der Fall. Und wie im Gebiet der Schuldverhältnisse z. B. das Schuldversprechen, das Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781), die Übertragung einer Forderung, der Erlaß, die Schuldübernahme, die Ausstellung eines Wechsels abstrakt sind, so ist auch die Einigung abstrakt, weil sie grundsätzlich auf sich selbst gestellt ist und rechtliches Dasein hat unabhängig vom dem Rechtsgeschäft, das den ihre Vornahme veranlassenden Rechtsgrund bildet.

a) Aus der **Vertragsnatur der Einigung** folgt, daß grundsätzlich die Vorschriften des Abschnitts I des Allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte, auch die über den Vertrag (§§ 145 ff.), auf die Einigung Anwendung finden (**RG** 66, 99; **Warn** 1936 Nr 79; **RGZ** 51, 152). Dies gilt jedoch nur insoweit, als sich nicht aus den besonderen Bestimmungen über die Einigung etwas Abweichendes ergibt. Eine Sonderbestimmung enthält z. B. § 873 Abs 2, wonach die Beteiligten vor der Eintragung nur unter bestimmten Voraussetzungen an die Einigung gebunden sind. Mithin sind die Vorschriften der §§ 145—152 über den Vertragsantrag und die Annahmeerklärung insoweit nicht anwendbar, als sie bezüglich der Gebundenheit etwas anderes als § 873 Abs 2 bestimmen (**A** 13 unter „Einigungserklärungen beider Teile“). Im übrigen ist zur **Anwendung der allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte** folgendes hervorzuheben: Im Falle der Geschäftsunfähigkeit ist auch nur eines Beteiligten ist die Einigung nichtig (§§ 104, 105; **RG** 72, 65; **RG** **Warn** 1930 Nr 161). Desgleichen, wenn die Einigung nur zum Schein oder nicht ernstlich erklärt wird (§§ 116 Satz 2, 117, 118; **RG** 78, 371; **JW** 1902 Weil 202; **DW** 23, 323). Die Einigung kann wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung anfechtbar und infolge der Anfechtung nichtig sein (§§ 119, 123, 142; **RG** 66, 389; 69, 13; 70, 55; 89, 32; 89, 157; **Gruch** 59, 901). Besonders wichtig ist in dieser Hinsicht der Irrtum über den Gegenstand der Einigung, namentlich bei der Auflassung (§ 925 A 6). Dagegen wird die Einigung ihrer Natur nach im allgemeinen nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs 1) nichtig sein, da sie lediglich eine Rechtsänderung zum Gegenstand hat und dieser Inhalt eines Rechtsgeschäfts regelmäßig nicht sittenwidrig erscheinen wird. Denn unter einem nach § 138 Abs 1 nichtigen Rechtsgeschäft ist nur ein solches zu verstehen, das nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck sich ergebenden Gesamtcharakter den guten Sitten zuwiderläuft, nicht schon ein solches, das nur aus einem gegen die guten Sitten verstoßenden Grunde oder zu einem gegen die guten Sitten verstoßenden Zweck getätigt wird. Daher verstoßen dingliche Erfüllungsgeschäfte, wie Eigentumsübertragung, Hypothekbestellung, Hypothekabtretung, regelmäßig nicht schon deswegen gegen die guten Sitten, weil das schuldrechtliche Grundgeschäft, zu dessen Erfüllung sie getätigt werden, gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 A 1). Die Richtigkeit dieses Grundgeschäftes wird bestätigt durch § 817. Verstößt das Grundgeschäft gegen die guten Sitten, so ist damit auch der Zweck der Leistung, also des in Erfüllung des Grundgeschäftes vorgenommenen abstrakten Rechtsgeschäftes der Einigung, in der Weise bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen die guten Sitten verstößt. Dies begründet aber nach § 817 Satz 1 nicht die Richtigkeit des abstrakten Rechtsgeschäftes, sondern nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Empfängers der Leistung zu ihrer Herausgabe, eine Verpflichtung, die nach § 817 Satz 2 überdies wegfällt, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, was bei der Leistung zur Erfüllung eines gegen die guten Sitten verstoßenden Grundgeschäftes regelmäßig ebenfalls zutrifft (**RG** 75, 74; 78, 285; **JW** 1911, 317²; 1912, 853⁴; 1913, 682¹; **Warn** 1912 Nr 243; 1920 Nr 147; **Gruch** 59, 901; **RGSt** 46, 240; **JW** 1907, 548¹; a. M. **DW** 11, 303; 13, 321). Wenn in **RG** **Gruch** 57, 917 angenommen ist, auch ein abstraktes Rechtsgeschäft könne im einzelnen Falle wegen Unfittlichkeit nichtig sein insoweit der von den Parteien vereinbarten Bedingung, daß die Gültigkeit des Erfüllungsgeschäftes von der Rechtswirklichkeit des unfittlichen Grundrechtsgeschäftes abhängig sein solle, so ist dabei übersehen, daß in diesem Fall die Hinfälligkeit des Erfüllungsgeschäftes nicht aus seiner Unfittlichkeit (§ 138 Abs 1), sondern aus dem Eintritt der Bedingung (§ 158) folgt. Ausnahmsweise kann aber die Unfittlichkeit auch gerade dem dinglichen Erfüllungsgeschäft anhaften, so z. B. einer Auflassung, die zur Erleichterung der Ehescheidung erklärt wird. In solchen Ausnahmefällen ist auch die dingliche Einigung nichtig (**RG** 145, 152; § 138 A 1). Ihre Nichtigkeit beim Wucher (§ 138 Abs 2) sowie die Möglichkeit und die Folgen einer in der Einigung liegenden Leistung zu einem sittenwidrigen Zweck (§ 817) behandeln die Ausführungen zur Auflassung in § 925 A 6, die in gleicher Weise auch für andere Gegenstände der Einigung gelten (vgl. zur wucherischen Hypothekbestellung **RG** **JW** 1906, 736³; 1913, 540³; zur Anwendung des § 817 bei der Hypothekabtretung **RG** **JW** 1913, 682¹). — Ist die Einigung nichtig, so tritt die gewollte Rechtsänderung nicht ein, mag auch der weiter erforderliche Tatbestand der Eintragung (in das Grundbuch oder in das Schiffsregister) oder der Übergabe hinzutreten sein (**RG** 70, 356; 78, 371; 80, 317; 89, 157; 106, 139; **JW** 1912, 296¹⁵; **RGZ** 51, 153; **DW** 45, 193). Der Passivbeteiligte ist Rechtsinhaber geblieben und kann mit der Eigentumsklage die übertragene Sache auch von einem Dritten herausverlangen und mit der dinglichen Klage aus § 894 die Berichtigung des Grundbuchs verfolgen (**RG** **JW** 1912, 296¹⁵), es sei denn, daß der Dritte, gegen den die Ansprüche erhoben werden, sich auf einen Rechtsenerwerb im guten Glauben (§§ 892, 932) berufen kann. Ist inzwischen über das Vermögen des Aktiv-

beteiligten der Konkurs eröffnet worden, so kann der Passivbeteiligte im Falle der Eigentumsübertragung Aussonderung (§ 43 KO) verlangen (RG 66, 389). Ferner können nicht nur die Beteiligten, sondern auch Dritte geltend machen, daß die Rechtsänderung nicht eingetretten sei, und im Falle der Eintragung ebenfalls Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 verlangen, wenn sie durch die eingetragene Unrichtigkeit beeinträchtigt werden. Gegen gutgläubigen Erwerb Dritter gewährt in den Fällen der Rechtsänderung nach § 873 die Eintragung eines Widerspruchs in das Grundbuch (§ 899) Schutz. Ist die Einigung nur anfechtbar, so setzt die Eintragung des Widerspruchs die geschehene Aufsechtung voraus, da bis dahin die Einigung noch nicht richtig, das Grundbuch also durch die Eintragung noch nicht unrichtig geworden ist. — Aus der Anwendung des § 130 ergibt sich, daß die erfolgte Einigung nicht unwirksam wird, wenn einer der Beteiligten nach Abgabe seiner Erklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird. Trotz des Eintritts dieser Tatsachen ist also auf Antrag die Rechtsänderung einzutragen und ist dann rechtswirksam vollzogen. Wenn allerdings die Einigung nicht in der nach § 873 Abs 2 zur Bindung erforderlichen Form abgeschlossen war, kann sie noch von den Erben des verstorbenen oder dem gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähig gewordenen Beteiligten widerrufen werden. Den Eintritt dieser Tatsachen zwischen Auflassung und Eintragung behandelt § 925 A 5, den Fall, daß der Passivbeteiligte in der Zeit zwischen Einigung und Eintragung in der Verfügung beschränkt wird, § 878 und § 925 A 5. — Die Einigung kann auch unter einer Bedingung (z. B. Vorrangseinräumung, Abtretung einer Hypothek, Bestellung eines Nießbrauchs unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung) oder einer Zeitbestimmung (z. B. daß eine Hypothek zunächst dem einen und dann von einem gewissen Zeitpunkt ab dem andern Gläubiger zuzusetzen soll; Bestellung eines Nießbrauchs, den der Berechtigte erst nach dem Tode des Bestellers erlangen soll) erfolgen (§§ 158, 163; RG 70, 248; 75, 248; 76, 90; 106, 111; JRB 1907, 747¹⁰; OJG 39, 238; § 880 A 3). Eine Ausnahme besteht aber nach § 925 Abs 2 für die Auflassung (§ 925 A 14). Ist das Recht des Passivbeteiligten zeitlich beschränkt, so wird in dem Zeitpunkt, in dem sein Recht aufhört, auch die von ihm bewilligte Rechtsänderung hinfällig (§§ 158 Abs 2, 161 Abs 2, 163) und damit das Grundbuch hinsichtlich der eingetragenen Rechtsänderung unrichtig; steht z. B. das Eigentum an dem Grundstück dem eine Hypothek bestellenden Eigentümer nur als Vorerben bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu, so hat der Eintritt des Nacherbenfalles (nach § 2113) die Folge, daß mit dem Eigentum des Hypothekbestellers auch die Hypothek erlischt, es sei denn, daß die Nacherben in die Hypothekbestellung eingewilligt haben (RG Warn 1914 Nr 126). — Die Beteiligten können sich bei der Abgabe ihrer Einigungserklärungen durch Bevollmächtigte vertreten lassen (§§ 164 ff.). Über den Nachweis der Bevollmächtigung dem Grundbuchamt gegenüber vgl. § 925 A 11. Hat ein Vertreter die Erklärung ohne Vertretungsmacht abgegeben, so hängt die Wirksamkeit der Erklärung von der Genehmigung des Vertretenen ab (§ 177 Abs 1). Die Genehmigung kann nach § 182 Abs 1 gegenüber dem Vertreter oder dem andern Teil, wenn dieser aber eine Auforderung nach § 177 Abs 2 erlassen hat, nur ihm gegenüber erfolgen (RG 89, 382); eine dem Grundbuchamt gegenüber erklärte Genehmigung genügt nicht (RJA 2 S. 86, 189; RGZ 34 A 253; 36 A 199; a. M. RJA 4, 132). Die Genehmigung bedarf zur materiellen Wirksamkeit keiner Form, muß jedoch nach formellem Grundbuchsrecht dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBD nachgewiesen werden. Nähere Ausführungen zur Auflassung finden sich in § 925 A 7, 11; dort wird auch das Abschließen des Protokolls mit sich selbst (§ 181) erörtert. Im übrigen ergibt sich aus § 181 und daraus, daß die Einigung begrifflich das Zusammenwirken mindestens zweier Personen voraussetzt, die Unzulässigkeit einer vom Passivbeteiligten oder von dessen gewillkürtem oder gesetzlichem Vertreter mit sich selbst als Aktivbeteiligten erklärten Einigung. Daher kann z. B. der Vertreter des Grundstückseigentümers nicht in dessen Namen für sich selbst eine Hypothek oder Grundschuld an dem Grundstück bestellen (RG 89, 371; RGZ 37 A 284; 47, 148); der Eigentümer oder Berechtigte nicht an eigener Sache oder eigenem Recht für sich selbst einen Nießbrauch bestellen (RGZ 51, 291), auch nicht an eigener verzinslicher Hypothek bei der Abtretung der Hypothek an einen andern (§ 1158 A 3); der Vater die Auflassung seines Grundstücks an sein minderjähriges Kind nicht zugleich als gesetzlicher Vertreter des Kindes entgegennehmen (es bedarf hier vielmehr der Bestellung eines Pflegers, auch wenn die Auflassung schenkungsweise erfolgt: RGZ 45, 237); der Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H. nicht die Bewilligung der Löschung einer für die Gesellschaft auf seinem Grundstück eingetragenen Hypothek gegenüber sich selbst erklären (RGZ 1, 377; die hier vom Kammergericht vertretene Ansicht, daß der Geschäftsführer eine solche Erklärung auch dem Grundbuchamt gegenüber nicht abgeben könne, ist mit der neuen Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht vereinbar: RG 157, 24). Ob ein Eigentümer zweier Grundstücke eine Grunddienstbarkeit an einem Grundstück zugunsten des andern bestellen kann, ist in § 1018 A 5 erörtert; ob eine Rangänderung zwischen zwei Rechten, die demselben Berechtigten zustehen, durch einseitige Bestimmung des Berechtigten erfolgen kann, ist in § 880 A 3. Kraft ausdrücklicher Vorschrift kann aber ein Grundstückseigentümer an seinem Grundstück für sich selbst eine Grundschuld bestellen (§ 1196) und eine gemeinschaftliche Sache zugunsten eines Miteigentümers belastet werden (§ 1009). Die gesetzliche Vertretung und den Nachweis der gesetzlichen Vertretungsmacht behandeln die Ausführungen zur Auflassung in § 925 A 11; sie gelten in gleicher

Weise auch für alle übrigen Fälle, in denen auf Grund einer Einigung eine Rechtsänderung einzutragen ist. Hat bei der Einigung ein Nichtberechtigter die verfügende Erklärung als Passivbeteiligter abgegeben, so kann die Einigung unter den Voraussetzungen des § 185 Abs 2 wirksam werden (unten A 8). — Was die Anwendung der **Auslegungsregeln** der §§ 133, 157 betrifft, so kann hier der Grundsatz, daß der Vertragswille der Beteiligten für den Inhalt eines Rechtsgeschäfts maßgebend ist, nicht unbeschränkt gelten, da eine unbestimmte Reihe späterer Sondernachfolger gebunden werden soll. Der Begründungsakt ist vielmehr grundsätzlich streng nach dem Wortlaut so auszulegen, wie er von jedem der dinglich Berechtigten und Verpflichteten verstanden werden muß (RG Bruch 68, 532; JW 1933, 6057). Für die unter der Herrschaft des Pr. Allg. Landrechts begründeten Grunddienstbarkeiten, die keiner Eintragung im Grundbuch zu ihrer Wirksamkeit bedurften, gelten nach RG 131, 158 (auch RG HR 1932 Nr 2161) besondere Auslegungsregeln. Im übrigen ist es aber nicht unzulässig, bei Grundstücksbelastungen die ihnen zugrunde liegenden Eintragungserklärungen der Beteiligten auch unter Heranziehung des § 133 auszulegen (RG 64, 167). Auch Grundbucheintragungen sind einer dem Parteiwillen entsprechenden Auslegung nicht verschlossen, wenn sie mit den Parteierklärungen übereinstimmen oder auf sie Bezug nehmen (RG 121, 43; 139, 130; JW 1926, 2547^a). So wird z. B. in RG 136, 80 die auf zwei Grundstücks hälften eines Ehepaars vorgenommene Eintragung einer „Sicherungshypothek zum Höchstbetrag von 15 000 RM für A“ der Auslegung dahin für zugänglich erklärt, daß beide Grundstücks hälften für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen des A gegen den Ehemann bis zu 15 000 RM haften sollen. Bei der Auslegung der Eintragungen ist der Revisionsrichter frei; doch darf bei ihr nichts verwertet werden, was außerhalb der Eintragungen liegt und nicht allgemein bekannt sein kann (RG 136, 234; JW 1934, 2612^a). Bei der Ermittlung des Sinnes der Eintragung ist zu berücksichtigen, was sich der unbefangenen Auffassung jedes Betrachters als nächstliegende Bedeutung der Eintragung darstellt (JW 1938, 472^a). An Umständen, die sich aus den besonderen, für jedermann ersichtlichen Verhältnissen des Einzelfalles ergeben, darf die Auslegung nicht vorübergehen. Deshalb erschien es z. B. gelegentlich möglich, die an sich unzulängliche bloße Eintragung eines „Wohnungsrechts“ auf einem Grundstück, auf dem Fabrikgebäude und Wohnräume sich befanden, doch noch im Wege der Auslegung als rechtsbeständige Eintragung eines dinglichen Wohnungsrechts nach § 1093 an allen dort befindlichen Wohnräumen anzusehen (RG Bruch 73, 217). Mit der Auslegung eines solchen für mehrere Personen eingetragenen Wohnungsrechts beschäftigt sich auch RG SeuffA 88 Nr 11. Wechselnde Eintragungen des Eigentums mehrerer Gesamthandsberechtigter werden ausgelegt in RG SeuffA 91 Nr 104. Einer Auslegung nach den hier entwickelten Grundsätzen kann aber unter besonderen Umständen der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (Arglist) entgegenstehen (HR 1938 Nr 1592). — Den Vorschriften über Verträge auf dem Gebiete des Rechts der Schuldverhältnisse unterliegt der dingliche Vertrag nicht, soweit nicht im dritten Buch des BGB besonders auf sie Bezug genommen ist. Deshalb finden z. B. die §§ 323 ff. über Unmöglichkeit der Leistung und die §§ 328 ff. über Verträge zugunsten Dritter (mit der Wirkung eines unmittelbaren Rechtserwerbs des Dritten) auf den dinglichen Vertrag keine Anwendung (RG 66, 99; Warn 1910 Nr 271; JW 1922, 1513^a; 27. 2. 1935 V 298/34; RGZ 43, 229; DLG 14, 102).

b) Aus der abstrakten Natur der Einigung folgt, daß ihr rechtlicher Bestand an sich unabhängig ist von dem Bestande des sie veranlassenden Grundrechtsgeschäfts. Obwohl die Einigung das Erfüllungsgeschäft für das Grundrechtsgeschäft ist (RG 57, 96; 104, 103; JW 1902 Weil 194; 1908, 270^a; Bruch 51, 987), bewirkt die Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts nicht ohne weiteres auch die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts (RG 54, 340; 57, 96; 63, 185; 68, 100; 72, 64; 75, 74; 78, 44; 104 S. 103, 298; 111, 246; JW 1906, 736^a; 1911, 317^a; 1912, 853^a; 1913, 682^a; Warn 1910 Nr 102; Bruch 60, 325; RGSt JW 1907, 548^a; RZM 7 S. 56, 278; RGZ 51, 178; DLG 45, 193). So kann z. B. das Grundrechtsgeschäft nichtig sein, weil es der für den schuldrechtlichen Vertrag vorgeschriebenen Form entbehrt, während die Einigung, für die besondere Formregeln gelten (unten c), gültig ist, weil ihr ein Formmangel nicht anhaftet (RG 50, 82; 78, 44; 104, 102; JW 1911, 653^{2a}). Oder das Grundrechtsgeschäft kann wegen Geschäftsunfähigkeit eines Vertragsteils nichtig, die Einigung aber gültig sein, weil der Beteiligte inzwischen geschäftsfähig geworden ist (RG 72, 64). Ferner kann der vom Inhaber der elterlichen Gewalt für das Kind geschlossene schuldrechtliche Vertrag auf Erwerb eines Grundstücks wegen Fehlens der erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nichtig sein, während die Entgegennahme der Auflassung keiner Genehmigung bedarf, die Auflassung also gültig ist (RGZ 51, 177). Schließlich macht auch der Umstand, daß das Grundrechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) oder gegen die guten Sitten verstößt (§ 138), die Einigung regelmäßig nicht von selbst nichtig (JFG 1, 374; oben unter a). Es macht für die selbständige Wirksamkeit der Einigung aber auch keinen Unterschied, ob das Grundrechtsgeschäft von vornherein nichtig war oder ob es durch Anfechtung, z. B. wegen Irrtums, arglistiger Täuschung, Drohung (§§ 119, 123, 142), nichtig geworden ist. Denn die Anfechtung des Grundrechtsgeschäfts ergreift nicht unbedingt von selbst auch die Einigung (RG 66, 389; 69, 16; 70, 57; JW 1909, 308^a). Ist daher in solchen Fällen zwar das

Grundrechtsgeschäft nichtig, die Einigung aber rechtswirksam, so ist trotz der Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts die Rechtsänderung eingetreten (z. B. das Eigentum übergegangen, der Nießbrauch bestellt, die Hypothek übertragen, ein Pfandrecht entstanden). Der Passivbeteiligte hat dann gegen den Aktivbeteiligten nur einen persönlichen Anspruch wegen grundloser Bereicherung auf Rückgängigmachung der Rechtsänderung nach Maßgabe der §§ 812 ff., z. B. auf Rückübertragung des Eigentums, Bewilligung der Wiedereintragung des Passivbeteiligten (RG 51, 422; 63, 185; 66, 389; 104, 103; 108, 329; 117, 287; JW 1913, 682; Gruch 68 S. 317, 536; RM 7, 278; ZFG 1, 376). Ist die zur Rechtsänderung erforderliche Eintragung noch nicht erfolgt, so geht der Bereicherungsanspruch auf Einwilligung in die Aufhebung der Einigung oder auf Verzicht auf die Rechte aus der Einigung (RG 108, 336; 111, 101; 119, 163; Gruch 68, 317). Ein solcher Anspruch kann aber ausgeschlossen sein: wenn der Passivbeteiligte wußte, daß das Grundrechtsgeschäft nichtig und er deshalb nicht zur Leistung verpflichtet war (§ 814; RG 108, 333; 117, 296; 119, 187; Gruch 68, 318); wenn dem Bereicherungsgläubiger der Einwand der Arglist (der unzulässigen Rechtsausübung) entgegensteht, weil er den Erwerber wissenschaftlich in den falschen Glauben versetzt hat, der Umstand, der die Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts ergibt (z. B. Formmangel), stehe dessen Gültigkeit nicht entgegen (RG 107 S. 180, 357; 108, 110; 115, 41; 117, 295; 153, 59); wenn beide Teile gegen die guten Sitten verstoßen haben (§ 817; § 925 A 6). Ist der Konkurs über das Vermögen des Aktivbeteiligten eröffnet, so kann der Passivbeteiligte einen Anspruch aus der Bereicherung nur als Konkursgläubiger gegen die Konkursmasse geltend machen (§§ 2, 69 KO). Bei der Bestellung einer Hypothek besteht jedoch infolgedessen eine Ausnahme, als im Falle der Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts die für eine Forderung aus diesem Rechtsgeschäft bestellte Hypothek zwar an sich rechtmäßig ist, aber nicht für den Aktivbeteiligten entsteht, sondern wegen Nichtigkeit der Forderung gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 kraft Gesetzes Grundschuld des bestellenden Eigentümers ist (RG 63, 189; 66, 101). Dies gilt auch dann, wenn die Forderung wegen Unfälligkeit des Grundrechtsgeschäfts (z. B. beim Verkauf zum Vorstellbetrieb: RG 63 S. 179, 346, 367; 64, 146; 68, 97; 71, 433; 75, 70; 78, 282; JW 1906 S. 226¹⁰, 763³; 1911, 317²; 1912, 853⁴; Warn 1912 Nr 243; Gruch 50, 927; 52, 1064) nichtig ist (RG 71, 435; JW 1911, 317²; 1912, 853⁴; 1913, 540³; Warn 1912 Nr 243). Der Aktivbeteiligte kann in diesem Fall die für ihn eingetragene Hypothek nicht im Klagewege geltend machen, da die Hypothek nicht ihm, sondern dem Eigentümer zusteht (RG 68, 97). Ausnahmen von dem Grundsatz, daß die Einigung von dem Bestand des Grundrechtsgeschäfts unabhängig ist, sind nur dann zuzulassen, wenn sie durch besondere Umstände des Sachverhalts (oben a) oder durch den Inhalt der anzuwendenden besonderen gesetzlichen Bestimmungen gerechtfertigt werden (RG 111, 246), namentlich beim Bucher (§ 138 Abs 2; RG 57, 97; 75, 76; DVG 44, 138). Ist das Grundrechtsgeschäft nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, so kann die vor seiner Anfechtung erklärte Einigung eine das Geschäft unanfechtbar machende Bestätigung im Sinne des § 144 enthalten (A 13 „flagranter Anspruch aus der Einigung“). Tritt ein Vertragsteil von dem schuldrechtlichen Grundvertrag zurück mit der Folge, daß das Schuldverhältnis aufgehoben wird, so verliert die zur Erfüllung des Vertrags vorgenommene Einigung über eine Rechtsänderung nicht ihre Wirksamkeit. Daher wird z. B. im Falle des Rücktritts von einem Kaufvertrag über ein Grundstück die vertragsgemäß erfolgte Auflassung nicht mit dinglicher Wirkung hinfällig. Vielmehr kann die Rechtsänderung nur nach §§ 346 ff. rückgängig gemacht werden (DVG 26, 37). Andererseits ist jedoch zu beachten, daß dieselben Umstände, aus denen sich die Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts ergibt, auch der Wirksamkeit der Einigung entgegenstehen können. Ist dies der Fall, so ist sowohl das Grundrechtsgeschäft als auch die Einigung nichtig. Solche Fälle sind z. B. gegeben: wenn ein Beteiligter nicht nur beim Abschluß des Grundrechtsgeschäfts, sondern auch noch bei der Einigung geschäftsunfähig ist (RG 72, 64); wenn Irrtum, Arglist, widerrechtlicher Zwang auch bei der Einigung obwaltet, was besonders dann vorliegen wird, wenn das Grundrechtsgeschäft und die Einigung gleichzeitig vollzogen sind (RG 66, 390; 69, 16; 70, 55; 89, 154). Die Selbständigkeit der Einigung zeigt sich aber auch darin, daß sie selbst dann nicht ohne weiteres ungültig ist, wenn sie mit dem Grundrechtsgeschäft in der zu bewirkenden Rechtsänderung nicht übereinstimmt, insbesondere wenn sie im Umfang der Rechtsänderung (z. B. Höhe der einzutragenden Darlehnhypothek) über das Grundrechtsgeschäft hinausgeht (RG 52, 114). Soweit in einem solchen Falle nicht eine Anfechtung wegen Irrtums usw. Platz greift, wird nur die Geltendmachung eines persönlichen Anspruchs auf Rückgängigmachung der zu Unrecht vollzogenen Rechtsänderung gegeben sein. Auch wenn das Grundrechtsgeschäft und die dingliche Einigung in ein und demselben Rechtsakt getätigt, z. B. der Kaufvertrag über ein Grundstück und die Auflassung des verkauften Grundstücks (§ 925 A 10) in derselben Urkunde erklärt sind, ist die Einigung gegenüber dem Grundrechtsgeschäft rechtlich als selbständiges Rechtsgeschäft zu beurteilen; ihr Bestand ist auch hier grundsätzlich unabhängig davon, ob das Grundrechtsgeschäft zu Recht besteht oder nicht (RG 57, 96; 78, 44; JW 1911, 653^{2b}; Warn 1920 Nr 147; ZFG 1, 374). Insbesondere findet § 139, wonach regelmäßig das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig ist, im Falle der Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts (z. B. wegen falscher Beurkundung des Kaufpreises für ein Grundstück: § 313 Satz 1) nicht dahin Anwendung, daß auch

das gleichzeitig vorgenommene (beurkundete) dingliche Erfüllungsgeschäft (die Auflassung) von der Nichtigkeit ergriffen würde; denn die dingliche Einigung, die unmittelbar eine Rechtsänderung zum Gegenstand hat, ist nicht ein Teil des schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäfts, sondern ein anderes selbständiges Rechtsgeschäft (RG 104 S. 104, 298; JW 1911, 653²⁵; 1926, 1029⁷). Mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit kann aber auch die Einigung, sofern es sich nicht um eine Auflassung handelt (§ 925 Abs 2), an die Bedingung geknüpft werden, daß das Grundrechtsgeschäft rechtsgültig ist. Erweist sich dann das Grundrechtsgeschäft als nichtig, so ist auch die Einigung wegen des Ausfalls der Bedingung hinfällig (Str.; JZ 1, 374; RG 54, 340: Ausübung des vertragsmäßig vorbehaltenen Rücktritts von einem Kaufvertrag über bewegliche Sachen, bei dem Käufer bereits übereignet worden sind; Gruch 57, 917, wo allerdings die Nichtigkeit der Einigung auf die bedenkliche Annahme gegründet wird, daß stets für den Fall der Nichtigkeit des Grundgeschäfts auch die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts gewollt sei; ein solcher Wille wird nur dann vorliegen, wenn er durch Setzung einer Bedingung zum Ausdruck gelangt: JZ 1, 374). Ist das Grundrechtsgeschäft rechtsgültig, aber die Einigung nichtig (z. B. weil der Passivbeteiligte inzwischen wegen Geisteskrankheit entmündigt war; nur die Einigung wegen Arglist angefochten ist; eine Einigung wegen fehlender Willensübereinstimmung nicht zustande gekommen ist; die freihändige Pfandübertragung gegen das Verbot des § 1245 Abs 2 verstößt), so tritt die gewollte Rechtsänderung nicht ein (RG 70, 356; 72, 63; 78, 371; 80, 317; Warn 1926 Nr 40). Die Nichtigkeit der dinglichen Einigung macht aber das Grundrechtsgeschäft nicht von selbst nichtig, und zwar auch dann nicht, wenn beide Rechtsgeschäfte in ein und demselben Rechtsakt getätigt sind; § 139 findet auch hier keine Anwendung (RG Warn 1926 Nr 40). Der Aktivbeteiligte kann daher auf Grund des Grundrechtsgeschäfts verlangen, daß die Einigungserklärung von dem andern Teil rechtswirksam wiederholt wird (RG 78, 377). Dieser Anspruch entfällt aber, wenn zwischen den Beteiligten vereinbart ist, das schuldrechtliche Grundgeschäft solle nichtig sein, wenn die dingliche Einigung nichtig sei (RG Warn 1926 Nr 40). Ein bedingtes Grundrechtsgeschäft wird durch ein vorzeitiges, unbedingtes Erfüllungsgeschäft, z. B. Auflassung, nicht ohne weiteres zu einem unbedingten (RG JW 1908, 270⁹).

c) Was die Form der Einigung einerseits und des Grundrechtsgeschäfts andererseits anlangt, so folgen beide, wie sie im Verhältnis zueinander selbständige Verträge sind, auch insoweit eigenen Regeln. Nur insofern stimmen diese Regeln überein, als grundsätzlich für beide Rechtsgeschäfte Formfreiheit besteht (RG 48, 135; 50, 82; 54, 179; 120, 255; Gruch 46, 901; 51, 987; Ceuffl 59 Nr 183). So ist z. B. das schuldrechtliche Versprechen des Grundstückseigentümers, eine Hypothek zu bestellen, regelmäßig formfrei (§ 1113 A 5). Für manche Grundrechtsgeschäfte gelten aber Ausnahmen (z. B. §§ 311, 313, 518, 761, 780, 781). Hat insbesondere das Grundrechtsgeschäft die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück zum Gegenstand, so bedarf es der im § 313 Satz 1 vorgeschriebenen Form. Betrifft die Einigung eine solche Eigentumsübertragung, so muß sie nach § 925 in der Form der Auflassung erklärt werden. Dabei gilt nach § 313 Satz 2 die Besonderheit, daß ein ohne die Beobachtung der Form des Satz 1 geschlossenes Grundrechtsgeschäft durch Auflassung und Eintragung gültig wird. Die heilende Kraft der Auflassung und Eintragung bezieht sich an sich zwar nur auf die Vereinbarungen, welche die Hauptbeteiligten in dem formlosen Veräußerungsvertrag über Leistung und Gegenleistung getroffen haben; da aber die in dem Vertrag dem Erwerber auferlegte Zahlungspflicht von vornherein eine durch Auflassung und Eintragung bedingte war, so wird mit der Heilung des Vertrags nach § 313 Satz 2 auch die in dem Vertrag übernommene Bürgschaft eines Dritten für den Kaufpreis rechtswirksam (RG 134, 243). Die Frage, ob das Grundrechtsgeschäft über die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts an einem Grundstück der Form des § 313 Satz 1 bedarf und ob das Fehlen dieser Form durch Einigung und Eintragung des Vorkaufsrechts geheilt wird, ist in § 1094 A 3 behandelt. Im übrigen gilt bei der auf Änderungen der Rechtsverhältnisse an Grundstücken gerichteten Einigung des § 873 Abs 1 nur noch die Sonderbestimmung des Abs 2, wonach die formlose Einigung so lange widerufen werden kann, als nicht die Eintragung erfolgt (RG 60, 262) oder eine von den dort aufgeführten, die Bindung bewirkenden Formen beobachtet ist (A 13). Daraus ist aber nicht zu folgern, daß ein „Vorvertrag“, der die Verpflichtung zur Herbeiführung der Rechtsänderung begründen soll, einer dieser Formen bedürfe. Ein Vorvertrag zu der Einigung im Sinne einer Vereinbarung wäre, wenn er überhaupt über eine rechtlich bedeutungslose Vorbesprechung hinaus gehen sollte, in Wirklichkeit die Einigung selbst. Tatsächlich ist ein Vorvertrag, wenn er auf die Verpflichtung zur Herbeiführung der Rechtsänderung gerichtet ist und somit die Verpflichtung zu einer künftigen Einigung in sich schließt, nichts anderes als das schuldrechtliche Grundrechtsgeschäft, das die Bewirkung der Rechtsänderung zum Gegenstand hat (RG 68, 36; 86, 33; über die Erfordernisse eines wirklichen Vorvertrags auf schuldrechtlichem Gebiet RG 124, 83). Die Bestimmung im Abs 2 § 873 bezieht sich lediglich auf die dingliche Einigung des Abs 1 und kommt für das Grundrechtsgeschäft nicht in Betracht; sie enthält überhaupt keine Formvorschrift, sondern betrifft nur die Frage der Bindung (der Unwiderruflichkeit: § 130) vor erfolgter Eintragung (A 13; RG 48, 133; 50, 82; Gruch 46, 901; RG 11. 10. 1906 VI 41/06; DLZ 2 S. 50, 315; 22, 196; 23, 317). Allerdings kann der Passivbeteiligte die nicht in den Formen des Abs 2

erklärte Einigung vor der Eintragung auch dann widerrufen, wenn er durch das Grundrechtsgeschäft zur Bewirkung der Rechtsänderung verpflichtet ist. Ein solcher Widerruf nützt ihm aber nichts. Denn seine Verpflichtung aus dem Grundrechtsgeschäft bleibt bestehen; er kann im Rechtswege zur Erfüllung angehalten werden (**RG** 11. 10. 1906 VI 41/06). Andererseits wird das Grundrechtsgeschäft, wenn die hierfür vorgeschriebene Form fehlt, nicht dadurch gültig, daß eine der Formen des **Abf 2 § 873** eingehalten wird, sofern nicht diese Form zugleich die für das Grundrechtsgeschäft vorgeschriebene Form erfüllt (z. B. im Falle der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung eines Schenkungsversprechens: §§ 873 **Abf 2**, 518 **Abf 1** **Satz 1**). — Nach § 1260 **Abf 1** **Satz 2** findet der **Abf 2 § 873** auch auf die Bestellung eines Pfandrechts an einem Schiff Anwendung. In den übrigen Fällen der dinglichen Einigung (bei beweglichen Sachen: Eigentumsübertragung, Bestellung eines Nießbrauchs, eines Pfandrechts nach den §§ 929, 1032, 1205; Besitzerräumung nach § 854 **Abf 2**) kommt die Wahrung einer Form überhaupt nicht in Frage. Aber auch in den Fällen der §§ 873, 1260 bedarf die Einigung zur Wirksamkeit an sich keiner Form (**RG** 89 S. 32, 373; 108, 148; **Wam** 1936 Nr 79). Ausnahmen gelten nur für die Übertragung des Eigentums an Grundstücken (§ 925) und für die Bestellung und Übertragung des Erbbaurechts (früher §§ 1015, 1017, jetzt **BO v. 15. 1. 1919**) und der andern den Landesgesetzen zur Regelung vorbehaltenen Rechte mit Grundstücksnatur (**Artt** 63, 68, 196 **GG**). Bei ihnen muß die erforderliche Einigung unter gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt (oder einer sonst zugelassenen Amtsstelle) erklärt werden. Tritt außerhalb dieser Ausnahmefälle zu der Einigung das andere Erfordernis für die Rechtsänderung, die Eintragung in das Grundbuch (oder in das Schiffsregister: § 1260 **Abf 1** **Satz 1**), hinzu, so ist die Einigung, auch wenn sie formlos erklärt worden ist, unwiderruflich und die Rechtsänderung rechtswirksam vollzogen (**RG** 60, 263; **Wam** 1911 Nr 83). Daß die Einigung, solange sie nicht in den Formen des **Abf 2 § 873** erklärt war, bis zu der Eintragung hätte widerrufen werden können, ändert hieran nichts, wenn sie tatsächlich nicht widerrufen worden ist. — Das Gesetz verlangt nicht, daß die Einigung der Eintragung vorangehen muß, um die Rechtsänderung sachlich wirksam herbeizuführen. Einigung und Eintragung sind im § 873 **Abf 1** (auch im § 1260) als gleichwertige Erfordernisse für die Rechtsänderung aufgestellt; sie stehen nur insofern zueinander in Beziehung, als erst bei ihrem Zusammentreffen die Rechtsänderung wirksam vollzogen ist (**A 10**). Danach kann die Einigung der Eintragung auch nachfolgen (§ 879 **Abf 2**; **RG** 84, 105; 89 S. 32, 374; 106, 139; 108, 148; 139, 129; **Wam** 1905, 290¹⁵; 1912, 296¹⁵; **RGZ** 21 A 309; **WZ** 4, 329). — Nach formellem Grundbuchrecht ist die Beobachtung der Formen des § 29 **GBD** erforderlich, um den Antrag auf Eintragung zu begründen. Diese Formen sind aber einerseits nicht dieselben wie im **Abf 2 § 873**, sondern es genügt auch eine öffentlich beglaubigte Urkunde; andererseits handelt es sich im § 29 **GBD** nur um eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung auf die sachliche Wirksamkeit keinen Einfluß hat. Dem Grundbuchamt braucht die Einigung als solche nicht nachgewiesen zu werden; vielmehr genügt nach § 19 **GBD** regelmäßig (Ausnahme für die Aufassung im § 20; Abweichungen in den §§ 21—27 **GBD**) die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten allein zur Rechtfertigung des Eintragungsantrags (Vorbem 3b). Der Antrag kann nach § 13 **Abf 2** **GBD** von dem Passivbeteiligten selbst gestellt werden, so daß es zur Herbeiführung der Eintragung einer Aushändigung der Eintragungsbewilligung an den Aktivbeteiligten und eines Antrags von seiner Seite nicht bedarf. Liegt der Eintragungsbewilligung aber tatsächlich keine Einigung zugrunde und folgt die Einigung der Eintragung auch nicht nach, so ist die Eintragung nichtig. Es besteht also z. B. kein wirksames Grundstücksrecht, wenn der Eigentümer eine Darlehenshypothek hat eintragen lassen in der Annahme, er werde sich demnächst mit dem als Hypothekengläubiger Bezeichneten über die Hergabe des Darlehns und die Bestellung der Hypothek einigen, wenn diese Einigung aber nachträglich in Wirklichkeit nicht zustande kommt. Ist die Eintragungsbewilligung, die von der Einigung begrifflich zu scheiden ist (**A 7d**), von dem Aktivbeteiligten dem Grundbuchamt eingereicht, so kann sie gemäß § 130 von dem Passivbeteiligten nicht mehr einseitig widerrufen werden (**WZ** 2, 337; **DW** 44, 142).

d) Ein bestimmter **Inhalt der Einigung** ist im **GBD** nicht vorgeschrieben. Es genügen Erklärungen, aus denen sich der übereinstimmende Wille der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung ergibt (**RG** 54, 381; 62, 378; 89, 32; 108, 148; **Wam** 1903 Beil 91). Zur Feststellung dieses Willens der Beteiligten ist gegebenenfalls die Auslegungsregel des § 133 anzuwenden (**RG** 52, 416; **Gruch** 54, 887; **DW** 15, 330; **RGZ** 21 A 281). So kann z. B., wenn der Grundstücksveräußerer bewilligt, daß der Erwerber als neuer Eigentümer eingetragen werde, und der Erwerber seine Eintragung beantragt, daraus die Einigung über den Eigentumsübergang (Auflassung: § 925) entnommen werden (**RG** 54, 381; 129, 7). Geht die Einigung, wie es regelmäßig der Fall sein wird, der Eintragung voraus, so genügt die Erklärung des Passivbeteiligten, daß er die Eintragung der Rechtsänderung bewilligt, und die Erklärung des Aktivbeteiligten, daß er damit einverstanden sei (**RG** 62, 378). Andererseits ist nicht notwendig, daß neben der Einigung über die Rechtsänderung noch ausdrücklich eine Vereinbarung über die Eintragung erklärt wird. Ebenso wenig brauchen in den Einigungserklärungen die Worte „Bewilligung“ und „Antrag“ (auf Eintragung) vorzukommen (**RG** 54, 383; 62, 378; 89, 32; **WZ** 3, 143). In formellrechtlicher Hinsicht wird allerdings als Voraussetzung für die Vornahme der Eintragung im § 19 **GBD** die „Be-

willigung“ des Passivbeteiligten und im § 13 GBD ein „Antrag auf Eintragung“ erfordert. Die formellrechtliche Eintragungsbewilligung und der Antrag sind aber begrifflich nicht dasselbe wie die Einigung oder ein Teil von ihr (RG 129, 8); sie stellen vielmehr rechtsgrundfähig selbständige, von den materiellen Einigungserklärungen zu unterscheidende formale Rechtsgeschäfte dar. Das hindert allerdings nicht, daß im einzelnen Falle die materiellen Erklärungen der Einigung und die formalen Grundbucheintragungen zu der Eintragung sich decken können (RG 54, 384; 89 S. 32, 371; JFG 2, 338; über Unzulässigkeit des Widerrufs A 7 c a. E.). Weiter ist zu beachten, daß § 19 GBD zur Verehrerleichterung die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten allein als Grundlage für die Eintragung genügen läßt. Um so mehr werden dem Grundbuchamt, wenn ihm in den Formen des § 29 Abs 1 GBD Erklärungen beider Teile vorgelegt werden, aus denen sich zweifelsfrei die Einigung über die Rechtsänderung ergibt, diese Erklärungen zur Eintragung genügen müssen, selbst wenn von einer „Bewilligung der Eintragung“ darin nicht ausdrücklich die Rede ist. Verlangt doch auch § 20 GBD in dem besonders wichtigen Falle der Auflassung nicht die Erklärung beider Teile über die „Eintragung“, sondern nur die beiderseitige Erklärung der „Einigung“ (§ 925 A 13). Aus dem Wortlaut des § 19 GBD folgt nicht, daß die Eintragung nur beim Gebrauch des Wortes „Eintragungsbewilligung“ vorzunehmen sei (RG 54, 383; 141, 374). Jedenfalls wird im Wege der Auslegung (§ 133) regelmäßig in den Erklärungen der Einigung zugleich die Bewilligung der Eintragung zu finden sein (RGZ 21 A 281). Andererseits muß aber die Eintragungsbewilligung den Rechtsvorgang, durch den die Rechtsänderung herbeigeführt wird, gemäß dem materiellen Recht (z. B. Abtretung, richterliche Überweisung) angeben, damit die Art der Rechtsänderung genügend zum grundbuchmäßigen Ausdruck gebracht werden kann. Deshalb genügt z. B. im Falle der Übertragung einer Hypothek nicht die bloße Bewilligung der „Umschreibung“ (RGZ 40 A 268; DKG 25, 374). Für die Eintragungsbewilligung gilt ebenso wie für die Einigung (A 7a) die Vorschrift des § 181; liegt keiner der dort vorgeesehenen Ausnahmefälle vor, so darf mithin der Passivbeteiligte oder dessen gewillfürter oder gesetzlicher Vertreter nicht die Eintragung einer Rechtsänderung zu seinen eigenen Gunsten bewilligen (RGZ 37 A 283; 41, 168; 47, 148). Die Eintragungsbewilligung muß deutlich und unmittelbar verständlich sein. Der Grundbuchrichter braucht sich grundsätzlich auf Deutung unklarer Bewilligungsurkunden nicht einzulassen (DKG 18, 233; 21, 4; RGZ 53, 207), obwohl an sich auch sie ebenso wie die sachlichrechtlichen Einigungserklärungen (A 7a) der Auslegungsvorschrift des § 133 unterliegen (JFG 1 S. 281, 284). Zulässig ist es, daß in der Eintragungsbewilligung verwiesen wird auf andere den Formvorschriften des § 29 GBD entsprechende Urkunden oder auf solche Schriftstücke, die durch körperliche Verbindung gemäß § 176 Abs 2 JGG zu Anlagen gemacht sind; denn auch in diesem Falle handelt es sich tatsächlich nur um eine einheitliche Eintragungsbewilligung (RGZ 48, 175; 53, 207; JFG 1, 281). — Gegenüber dem Grundrechtsgeschäft ist eine mögliche oder (in einer Urkunde) räumliche Sonderung der Einigungserklärungen nicht erforderlich; beide Akte können äußerlich vereint erscheinen (M 1 128; RG Gruch 58, 1015). Namentlich bei beweglichen Sachen, bei denen die Selbständigkeit der Einigung als eines besonderen dinglichen Vertrags weniger hervortritt als im Falle des § 873 und namentlich des § 925, werden häufig Grundrechtsgeschäft und Einigung (Erfüllungsgeschäft) zusammenfallen; die Einigung auf der Grundlage des Grundrechtsgeschäfts wird hier meist sofort stillschweigend vollzogen (z. B. bei den Kaufgeschäften des täglichen Lebens). Aber auch im Falle des § 873 wird (abgesehen von der Auflassung) die Einigung sich unter Umständen schon aus dem beim Abschluß des Grundrechtsgeschäfts abgegebenen Erklärungen ohne weiteres ergeben können.

e) Wenn ein zur Mitwirkung bei der Rechtsänderung auf Grund des Grundrechtsgeschäfts Verpflichteter — sei es der Passivbeteiligte, sei es (z. B. bei der Auflassung) der Aktivbeteiligte — sich weigert, seiner Verpflichtung freiwillig nachzukommen, so kann ein **Ersatz der Einigung durch rechtskräftige Beurteilung zur Abgabe der Einigungserklärung** gemäß § 894 Abs 1 ZPO herbeigeführt werden. Ein derartiger Ersatz findet besonders häufig bei der Abgabe einer Auflassungserklärung statt. In dieser Hinsicht wird auf die Ausführungen in § 925 A 11, 13 verwiesen, die entsprechend auch für andere Rechtsänderungen gelten. In den übrigen Fällen der Einigung des § 873, bei denen die Abgabe der Einigungserklärungen beider Teile vor dem Grundbuchamt nicht erforderlich ist, gilt mit der Rechtskraft des Urteils gegen den einen Teil die Einigung ohne weiteres als vollzogen, da die Einigungserklärung des andern Teils bereits in der Klage enthalten ist. Daß der Beurteilte an die durch das Urteil ersetzte Erklärung gebunden ist und ein Widerruf nicht stattfindet, folgt aus dem Wesen eines rechtskräftigen Urteils (M 3, 197). Soll in diesen Fällen eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen, so genügt formellrechtlich zur Vornahme der Eintragung die Beurteilung des Passivbeteiligten zur Bewilligung der Eintragung im Sinne des § 19 GBD. Dabei braucht die Urteilsformel nicht notwendig die Worte „Bewilligung der Eintragung“ zu enthalten. Es genügt, wenn aus dem Urteil als Ganzem im Wege der Auslegung (§ 133) zweifelsfrei zu ersehen ist, daß und hinsichtlich welcher Rechtsänderung die Beurteilung zur Eintragungsbewilligung ausgesprochen sein soll (RG 48, 400; RGZ 21 A 281). Das Urteil ersetzt auch die für die Eintragungsbewilligung im § 29 Abs 1 GBD vorgeschriebene Form. Der Aktivbeteiligte kann unter Vorlegung des mit Rechtskraftzeugnis versehenen Urteils

durch formlosen Antrag (§§ 13, 30 BGB) die Eintragung herbeiführen. Er muß aber selbstverständlich die auch im Falle der freiwilligen Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten sonst etwa noch zur Eintragung erforderlichen Nachweise erbringen. Der Grundbuchrichter hat die sachliche Richtigkeit des Urteils nicht nachzuprüfen. Ihm liegt aber trotz des Urteils ob zu prüfen, ob der zur Bewilligung der Eintragung Verurteilte berechtigt ist, über das Recht, das geändert werden soll, zu verfügen; denn das Urteil erfaßt nur die Abgabe der Willenserklärung (RGZ 51, 194; DLG 39, 210). Wegen der Genehmigung von Behörden und von dritten Personen s. § 925 A 11. Soll die Eintragung gegen einen andern als den Verurteilten erfolgen, so muß eine gegen den andern erteilte Vollstreckungsklausel (§§ 727 bis 730 ZPO) beigebracht werden, soweit nach den Vorschriften der ZPO überhaupt ein Urteil gegen einen andern als den Schuldner wirksam und eine Zwangsvollstreckung zulässig ist (z. B. gegen einen Rechtsnachfolger, einen Miterben, einen Erben im Verhältnis zum Testamentsvollstrecker nach Maßgabe der §§ 325 bis 327 ZPO). Den Fall der Abhängigkeit der Urteilsvollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Gegenleistung (§ 726 Abs 2 ZPO) erörtert § 925 A 11.

8. Der Berechtigte im Sinne des § 873 ist der Passivbeteiligte, also derjenige, der das Grundeigentum überträgt oder mit einem Recht belastet oder ein solches Recht überträgt oder belastet. Er ist derselbe wie der, dessen Recht im Sinne des § 19 BGB von der Eintragung der Rechtsänderung betroffen wird (RGZ 37 A 287; 43, 229; RZM 12, 162). Regelmäßig ist er der Inhaber des Rechts; ausnahmsweise der Inhaber der Verfügungsmacht, nämlich dann, wenn die Verfügungsmacht einem andern als dem Inhaber des Rechts zusteht (RGZ 37 A 286; 43, 256; JZG 1, 340). Berechtigte der letzteren Art sind z. B. Testamentsvollstrecker, Nachlassverwalter, Konkursverwalter, welche die Verwaltung über Sondermassen kraft Amtes ausüben (RGZ 33 A 164; 40, 278; JZG 1, 340), aber auch der Ehemann und der überlebende Ehegatte im Güterstand der Gütergemeinschaft, da sie aus eigenem Recht und in eigenem Namen über das gemeinschaftliche Vermögen zur gesamten Hand für die Gemeinschaften verfügen dürfen (RGZ 22 A 134; JZG 1, 340). Damit die Einigungserklärung des Berechtigten in Verbindung mit der Erklärung des andern Teils und der Eintragung die Rechtsänderung herbeiführt, muß der Berechtigte befugt sein, über das Grundstück oder das Recht am Grundstück zu verfügen (RG 54, 364; 106, 139; RZM 9, 274). Denn die Einigung ist eine Verfügung (RZM 9, 275; 12, 162). Hierunter versteht das BGB in den zahlreichen Vorschriften (z. B. §§ 135, 137, 161, 184, 185, 883, 892, 893, 1048, 1074, 1124, 1126, 1165, 1189, 1282, 2033 und verschiedentlich auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts), in denen es von einer „rechtsgeschäftlichen Verfügung“ spricht, im Gegensatz zu dem eine Verpflichtung zur Verfügung begründenden (schuldrechtlichen) Rechtsgeschäft einen Vertrag oder ein einseitiges Rechtsgeschäft, wodurch unmittelbar das Eigentum oder ein Recht an einer Sache oder auch sonst ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben werden soll (RG 49, 416; RZM 2, 250; 9, 276; RGZ 23 A 136; DLG 5, 418; 7, 8). Ein solcher Vertrag ist die Einigung des § 873, wie überhaupt der dingliche Vertrag, auch bei beweglichen Sachen (A 7), während z. B. die Rechtsaufhebungserklärung des Berechtigten im § 875 eine einseitige rechtsgeschäftliche Verfügung ist (RZM 9, 275). Allerdings muß zur Vollendung der Rechtsänderung noch ein anderer Tatumsstand, die Eintragung (bei beweglichen Sachen die Übergabe), hinzutreten. Dieser Tatumsstand ist aber nicht rechtsgeschäftlicher Natur und kann daher nicht zu den Begriffsmerkmalen der rechtsgeschäftlichen Verfügung gehören. Wenn diese auch ohne Zutritt der Eintragung (der Übergabe) den verfolgten Zweck nicht erreicht, so bleibt sie deshalb doch immer eine Verfügung, die nicht wirkungslos ist. Im Sinne des § 873 ist daher bereits die Einigungserklärung des Berechtigten in Verbindung mit der des andern Teils eine Verfügung; eine solche liegt nicht etwa erst dann vor, wenn auf Grund der Einigung die Eintragung der Rechtsänderung erfolgt ist (RZM 9, 276; DLG 7, 50; JZG 2, 412). Das ist wichtig für den Fall, daß ein Nichtberechtigter die verfügende Einigungserklärung abgibt. Diese Erklärung kann gemäß § 185 Abs. 2 durch Genehmigung des Berechtigten schon vor der Eintragung wirksamkeit erlangen (RG 54, 362; RZM 1911, 9768; RZM 2, 250; JZG 16, 149; RGZ 21 A 150; 26 A 145; DLG 5 S. 418, 419; SeuffA 57 Nr 10). Über die Erteilung der Genehmigung des Berechtigten zur Auflassung eines Nichtberechtigten und über die erforderliche Zustimmung Dritter zur Auflassungserklärung vgl. § 925 A 7, 11. Solange der Berechtigte die Genehmigung nicht erteilt hat, ist die verfügende Einigungserklärung des Nichtberechtigten und die auf Grund der Einigung etwa erfolgte Eintragung unwirksam (RG 54, 365; 106, 139; DLG 8, 188). Bestellt ein Nichtberechtigter (z. B. der Käufer vor der Auflassung) ein Recht am Grundstück, so wird die Einigung zwischen ihm und dem andern Teil durch den späteren Erwerb des Grundstücks (Eintragung seines Eigentums) gemäß § 185 Abs. 2 wirksam (RG 77, 87; DLG 5, 418). Abgesehen hiervon müssen aber das Recht und die Verfügungsmacht des Berechtigten bis zur Vollendung der Rechtsänderung fortdauern; sie müssen also, wenn zur Rechtsänderung die Eintragung erforderlich ist, noch zur Zeit der Eintragung, bei der Abtretung einer Pfandhypothek (§ 1154 Abs. 1) noch zur Zeit der Briefübergabe vorhanden sein (RGZ 37 A 289; 40, 278; JZG 1, 341). Dies gilt auch für solche Verfügende, denen die Verfügungsmacht kraft Amtes zusteht, ohne daß sie selbst Inhaber des Rechts sind. Wenn also z. B. nach der Eintragungsbewilligung des Kon-

kursverwalters der Konkurs aufgehoben wird, so ist zur Vornahme der Eintragung eine neue Bewilligung des Gemeinschaftners als des nunmehr Berechtigten erforderlich (DVG 26, 4; RM 12, 158; ZFG 1, 341). Daß gleiches aber auch für verfügungsberechtigte Verwalter von ehelichem Gesamtgut zu gelten hätte, ist wenigstens dann nicht anzunehmen, wenn das Recht der andern, von den Verfügenden zugleich vertretenen Gemeinschaftler bis zur Vollendung der Rechtsänderung fortbesteht; daher ist es z. B. unschädlich, wenn ein solcher Verfügender nach der von ihm erklärten Eintragungsbewilligung stirbt (ZFG 1, 338). Eine nachträgliche Beschränkung des Berechtigten in der Verfügung berührt die Wirksamkeit einer bereits bindend gewordenen und zum Grundbuchamt eingereichten Verfügungserklärung nicht mehr (§ 878). Verfügt ein Miterbe über ein zum Nachlaß gehöriges Grundstücksrecht, so kann seine Verfügungserklärung nach § 873 Abs 2 bindend und nach § 878 dem Eingreifen einer nachträglichen Verfügungsbeschränkung entzogen sein, obwohl die Mitwirkung der übrigen Miterben noch aussteht; die Bindung des verfügenden Miterben entfällt erst dann, wenn eine wirksame Mitwirkung der übrigen Miterben ausgeschlossen ist (ZFG 13, 92). — Der Passivbeteiligte kann auch dann Berechtigter sein, wenn er im Grundbuch als solcher nicht eingetragen ist. So ist z. B. Berechtigter: der nicht eingetragene Erbe (§ 1922) des als Inhaber des Rechts noch im Grundbuch eingetragenen Erblassers; der als Hypothekengläubiger nicht eingetragene Eigentümer oder persönliche Schuldner, auf den eine Hypothek kraft Gesetzes übergegangen ist (§§ 1143, 1163, 1164, 1168 usw.; vgl. dazu RG 52, 258; DVG 8, 188). Ein solcher Berechtigter kann materiell wirksam verfügen, ohne sich zuvor als Berechtigter eintragen zu lassen. Denn § 873 macht die Wirksamkeit der Einigung nicht von der Eintragung des Passivbeteiligten abhängig, sondern erfordert nur, daß der Passivbeteiligte wirklich Berechtigter ist (Prot 3, 54; RG 54, 364; DVG 8, 189). Die Wirkungen einer Erklärung, die der in Wirklichkeit allein Passivbeteiligte als vermeintlich nur Mitberechtigter abgibt, behandelt RG 125, 131. Nun soll freilich nach § 39 Abs 1 GBD (Ausnahmefälle: §§ 39 Abs 2, 40) eine Eintragung nur erfolgen, wenn der Passivbeteiligte als Berechtigter eingetragen ist. Dies ist jedoch nur eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung auf die Wirksamkeit der Eintragung oder gar der Einigung keinen Einfluß ausübt. Immerhin sind die Fälle, in denen der Passivbeteiligte ohne Eintragung Berechtigter ist, Ausnahmefälle. In der Regel kann der Passivbeteiligte nicht anders Berechtigter geworden sein als durch rechtsgeschäftlichen Erwerb nach Maßgabe des § 873; dann muß er als Inhaber des Rechts auch eingetragen sein. Daher ist in solchen Regelfällen der Passivbeteiligte vor seiner Eintragung auch dann noch Nichtberechtigter, wenn er sich schon mit dem Inhaber des Rechts über die Rechtsänderung zu seinen Gunsten geeinigt hat, wenn er z. B. von dem eingetragenen Gläubiger eine Buchhypothek übertragen erhalten hat (§§ 1154 Abs 3, 873; RG 54, 365). Die aus dem Mangel der Eintragung folgende Nichtberechtigung kann aber durch die vorherige Einwilligung oder die nachträgliche Genehmigung des Berechtigten geheilt werden. Der Passivbeteiligte wird hierdurch zwar nicht Berechtigter, seine Verfügung erlangt aber nach § 185 Abs 1, 2 in der Weise Wirksamkeit, wie wenn sie von vornherein von dem Berechtigten selbst vorgenommen worden wäre (RG 54, 366; SeuffA 57 Nr 7; RM 2, 250; 3, 263; DVG 5 C. 418, 420; 7, 49; RGZ 47, 158). Hat z. B. der Erwerber eines Grundstücks nach der ihm von dem Eigentümer erteilten Auflassung das Grundstück an einen weiteren Erwerber aufgelassen, so kann der Zweiterwerber ohne Eintragung des Ersterwerbers als Eigentümer eingetragen werden, sofern der Erstveräußerer zu der Auflassung an den Zweiterwerber seine Einwilligung oder Genehmigung erteilt hat (RGZ 47, 158). Sofern nicht besondere Umstände für das Gegenteil sprechen, wird die Einwilligung des Erstveräußerers ohne weiteres in der dem Ersterwerber erteilten Auflassung zu finden sein (§ 925 A 7). Das Grundbuchamt hat die Verfügungsbefugnis des Passivbeteiligten zu prüfen (Vorbem 3b und A 7e). — Wird die Einigungserklärung des Passivbeteiligten gemäß § 894 ZPD durch Urteil ersetzt (A 7e), ist aber sein Recht nicht im Grundbuch eingetragen oder fehlen Urkunden zum Nachweis seines Rechts, so werden dem Aktivbeteiligten Hilfsmittel gegeben durch § 14 GBD zur Herbeiführung der Eintragung und durch §§ 792, 896 ZPD zur Beschaffung der Urkunden (z. B. eines Erbscheins). Hat der Aktivbeteiligte einen vollstreckbaren Titel gegen den Passivbeteiligten und steht diesem ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) gegen einen zu Unrecht als Rechtsinhaber eingetragenen Dritten zu, so kann jener sich den Anspruch überweisen lassen und dann gegen den Dritten auf Bewilligung der Eintragung des Passivbeteiligten klagen (RG 59, 293; 64, 165; DVG 2, 152; 7, 315; 10, 388; 13, 12; 14, 185).

9. Der andere Teil, der bei der Einigung mitwirken muß, ist derjenige, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung herbeigeführt werden soll, der Aktivbeteiligte. Er ist nach § 13 Abs 2 GBD auch zum Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung berechtigt. Da die Einigung ein (zweiseitiger) Vertrag ist, kann nicht dieselbe Person zugleich Passivbeteiligter und Aktivbeteiligter sein. Nähere Ausführungen hierzu finden sich in A 7a und § 925 A 11. Ist ein Vertreter für einen tatsächlich nicht vorhandenen Aktivbeteiligten aufgetreten, hat z. B. der Grundstückseigentümer mit dem vermeintlichen Vertreter einer nicht zur Entstehung gelangten Gesellschaft m. b. H. die Eintragung einer Hypothek für die Gesellschaft vereinbart, so ist die Einigung nichtig (ZFG 2, 340). Dasselbe gilt, wenn der als Vertreter Aufgetretene (z. B. die Handelsvertretung eines ausländischen Staates) keine Rechtspersönlichkeit besitzt (DVG 43, 211). — Soll eine Hypothek

und zugleich ein Nießbrauch an der Hypothek (z. B. durch Zuweisung des Zinsgenußrechts) bestellt werden, so müssen materiellrechtlich der Eigentümer, der Hypothekengläubiger und der Nießbraucher bei der Einigung mitwirken (RG Warn 1913 Nr 260). Formellrechtlich genügt aber die Eintragungsbewilligung des Eigentümers allein, wenn gleichzeitig ein Recht am Grundstück (Hypothek, Grundschuld) und eine Beschränkung dieses Rechts (z. B. durch Nießbrauch oder Vormerkung) eingetragen werden soll (RGZ 43, 227; JZG 11, 268). — Den Fall der Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Bergwerk auf eine zugleich zu begründende Gewerkschaft behandelt RGZ 30 A 180.

10. Außer der Einigung ist zur Herbeiführung der Rechtsänderungen, die unter § 873 fallen, die **Eintragung der Rechtsänderung** notwendig. Fehlt eines der beiden Erfordernisse, so tritt die Rechtsänderung nicht ein; insbesondere hat die Eintragung keine Wirkung, wenn ihr nicht eine Einigung vorangegangen ist oder nachfolgt (RG 70, 356; RGZ 21 A 157; JZG 4, 321). Die Eintragung begründet dann zwar gemäß § 891 eine Vermutung für das Bestehen des eingetragenen Rechts; die Vermutung wird aber durch den Nachweis des Fehlens der Einigung widerlegt; damit erweist sich die Eintragung als nichtig. Der durch sie Verletzte hat gegen den Aktivbeteiligten nicht etwa bloß einen persönlichen Anspruch auf Beseitigung der Eintragung, wie wenn diese an sich zu Recht bestände, sondern den dinglichen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894, soweit nicht ein inzwischen erfolgter Rechtserwerb eines Dritten im Vertrauen auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892) entgegensteht (RG 70, 356). Andererseits verbleibt dem Passivbeteiligten auch nach der Einigung noch die Verfügungsbefugnis, solange die Eintragung nicht bewirkt ist (A 13). Ist die Einigung wegen Fehlens der erforderlichen behördlichen Genehmigung unwirksam und wird die trotzdem erfolgte Eintragung im Wege der Grundbuchberichtigung wieder beseitigt, so hat die späterhin erteilte behördliche Genehmigung zwar zur Folge, daß die (noch nicht zurückgeforderte und zurückgelangte) Einigung rückwirkend rechtswirksam wird; zum Rechtsübergang ist aber eine neue Eintragung erforderlich, da bis dahin niemals eine wirksame Einigung und eine wirksame Eintragung zeitlich zusammengetroffen sind (RG 131, 97). Erfolgt die Einigung erst nach der Eintragung (A 7c), so ist die Rechtsänderung erst mit diesem Zeitpunkt wirksam vollzogen (RG 139, 129). Wenn jedoch durch die Eintragung das Grundstück zugunsten des Aktivbeteiligten mit einem Recht belastet worden ist, gilt nach § 879 Abs 2 hinsichtlich des Ranges dieses Rechts insofern eine Ausnahme, als für das Rangverhältnis die Eintragung auch dann maßgebend ist, wenn die Einigung erst nach der Eintragung zustande gekommen ist. — Die Eintragung muß mit der Einigung in innerem Zusammenhang stehen. Beide müssen dieselbe Rechtsänderung zum Gegenstand haben. Denn § 873 erfordert zur Vollziehung der Rechtsänderung Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung und Eintragung gerade dieser Rechtsänderung. Einigung und Eintragung müssen sich also im Inhalt der Rechtsänderung decken (RG 139, 130; RGZ 51, 190; JW 1925, 2617*; RG JZdsch 1926 Nr 804). Wenn somit zur Zeit der Einigung über eine Rechtsänderung zwar eine Eintragung gleichen Inhalts bereits vorhanden, aber aus anderer rechtlicher Veranlassung erfolgt ist, so ist zu der Rechtsänderung eine neue Eintragung erforderlich; durch die Einigung ohne neue Eintragung ist die Rechtsänderung nicht vollzogen (RGZ 51, 190; DW 45, 186; vgl. wegen der Auflassung das Beispiel in § 925 A 5). Das gilt namentlich dann, wenn ein im Grundbuch eingetragenes Recht erloschen ist, ohne daß die Löschung erfolgt ist; die noch vorhandene Eintragung kann also nicht zur Begründung eines neuen dinglichen Rechts verwendet werden; dazu bedarf es vielmehr außer der Einigung einer neuen Eintragung im Grundbuch (RG SeuffA 91 Nr 56). Stimmt die Eintragung nicht mit dem Inhalt der Einigung überein, so ist das eingetragene Recht nicht zur Entstehung gelangt; das Grundbuch ist unrichtig (RG 108, 149; RGZ 53, 174), sofern nicht der Eintragung eine Einigung folgt oder dem Verhalten der Beteiligten zu entnehmen ist, daß das vermerkte Recht so, wie es eingetragen steht, Bestand haben soll (RG 108, 148), oder im Sinne einer Umgestaltung nach den §§ 139, 140 anzunehmen ist, die Beteiligten würden bei Kenntnis der Richtigkeit das Recht auch ohne den nicht eingetragenen Teil (z. B. bei einer Hypothek ohne die vereinbarte, aber nicht eingetragene Rindigungsbestimmung oder Goldklausel: § 115 A 8) haben begründen wollen (RG 108, 149; RGZ 42, 260; 53, 175; § 874 A 2). Ist jedoch — abgesehen von den Fällen der Übertragung des Eigentums (§ 925 Abs 2) und des Erbbaurechts (Bd v. 15. 1. 1919 § 11) — eine dem dinglichen Recht gesetzte Bedingung oder Befristung nicht eingetragen oder wegen unzulässiger Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung als nicht eingetragen anzusehen (§ 874 A 2, 4), so ist das Recht trotzdem als bedingtes oder befristetes entstanden, da nur insoweit die erforderliche Einigung vorliegt und die Eintragung weitergehend ein unbeschränktes Recht enthält; die Nichteintragung der Bedingung oder Befristung hat nur die Folge, daß diese Beschränkung nach §§ 892 ff. gegenüber gutgläubigen Dritten ohne Wirkung ist (str.; RG 106, 113). Ebenso ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn bei der Einigung über die Bestellung einer verzinslichen Grundschuld ausgemacht war, das Zinsrecht solle für bestimmte Zeit nicht dem Grundschuldgläubiger, sondern einem Dritten zustehen, und wenn diese Abrede nicht in das Grundbuch aufgenommen worden ist. In diesem Falle hat zwar der Dritte kein dingliches Recht auf die Zinsen erlangt; der Grundschuldgläubiger hat aber nur eine Grundschuld ohne Zinsbezugrecht erworben (RG

Warn 1938 Nr 47). Ist die Eintragung einer Verkehrshypothek bewilligt, versehentlich aber nur eine Sicherungshypothek (§ 1184) eingetragen worden, so ist die Sicherungshypothek als das mindere Recht (§ 1185) gegenüber dem gewollten Vollrecht der gewöhnlichen Verkehrshypothek (§§ 1113, 1138, 1141, 1156) wirksam begründet; denn die Beteiligten waren für alle Fälle über den jeder Hypothek eigenen Inhalt nach § 1113 Abs 1 einig (RG 123, 169). Ist bei der Auflassung das Grundstück irrtig bezeichnet worden und stimmt daher die daraufhin erfolgte Eintragung des Eigentumsübergangs mit dem wirklichen Willen aller Beteiligten nicht überein (sind z. B. bei der Auflassung von zwei Parzellen eines Grundstücks an A und B die Parzellennummern verwechselt und daraufhin A als Eigentümer der für B bestimmten und B als Eigentümer der für A bestimmten Parzelle eingetragen worden), so ist die Auflassung nicht nichtig (§ 925 A 6), wohl aber die Eintragung; wird die unrichtige Bezeichnung durch übereinstimmende Erklärungen der Beteiligten oder durch Urteil festgestellt, so kann die erfolgte Eintragung im Wege der Berichtigung des Grundbuchs (§ 22 GBD) beseitigt und die Eintragung des Erwerbers auf dem richtigen Grundstück vorgenommen werden (RG 60, 340; OLG 40, 260). Jedoch soll nach § 39 (§ 40) Abs 1 GBD vor der Berichtigung auf den Erwerber zunächst noch einmal der Verkäufer als Eigentümer eingetragen werden (RG 133, 279). — Über die Voraussetzungen, unter denen eine Eintragung vom Grundbuchamt vorgenommen werden darf, trifft nicht das BGB, sondern die GBD Bestimmungen, die nur als Ordnungsvorschriften gelten. Insbesondere kommen in Betracht: § 19 (Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten) nebst der Ausnahme für die Auflassung im § 20 und den Abweichungen in den §§ 21—27; § 13 (Antrag des Passivbeteiligten oder des Aktivbeteiligten auf Eintragung); § 39 Abs 1 (vorherige Eintragung des Passivbeteiligten) nebst den Ausnahmen in §§ 39 Abs 2, 40; § 29 (Form der Eintragungsbewilligung und der sonstigen Voraussetzungen für die Eintragungen). Reicht ein Notar, der nach § 15 GBD als bevollmächtigt gilt, dem Grundbuchamt Eintragungsurkunden ein, in denen von den Beteiligten Anträge auf Eintragung von Rechtsänderungen gestellt sind, so darf er in seinem an das Grundbuchamt gerichteten Eintragungsantrag von den Anträgen der Beteiligten nicht abweichen (RGZ 22 A 296; 25 A 301; OLG 5, 293; 7, 190; 8, 303; 10, 421; 21, 346), auch nicht in der Weise, daß er seinerseits von den mehreren in derselben Urkunde enthaltenen, miteinander zusammenhängenden Eintragungsanträgen der Beteiligten nur den einen oder den andern stellt (RG Warn 1916 Nr 279). Das Grundbuchamt hat auch im letzteren Falle den Antrag des Notars abzulehnen, es sei denn, daß die besondere Sachlage die Annahme rechtfertigt, daß auch nach dem Willen der Beteiligten vorderhand nur die Eintragung der einen Rechtsänderung herbeigeführt werden sollte (RG Warn 1916 Nr 279). — Die Einrichtung der Grundbücher und damit auch die Stelle, an der die einzelnen Eintragungen ihren Platz erhalten, ist durch § 1 Abs 3 GBD der Bestimmung des Reichsministers der Justiz überlassen. Die demgemäß gegebenen Vorschriften darüber, welche Eintragungen in die einzelnen Abteilungen gehören, sind aber nur Ordnungsvorschriften. Ein Verstoß dagegen macht die Eintragung nicht unwirksam (RG 54, 248; 55, 343; 94, 7; JW 1907, 291⁵³); das gilt selbst dann, wenn zugleich das Recht vom Grundbuchrichter unrichtig bezeichnet ist, sofern nur der Inhalt des Rechts aus dem Eintragungsvermerk erkennbar ist (z. B. wenn ein Recht, das nach der Eintragungsbewilligung und dem Eintragungsbemerk alle Kennzeichen einer Hypothek trägt, in die zweite statt in die dritte Abteilung des Grundbuchs eingetragen ist: RG 94, 8). In solchen Fällen kann die Eintragung dadurch richtiggestellt werden, daß das Recht mit seinem bisherigen Rang in die richtige Abteilung und mit der richtigen Bezeichnung eingetragen wird (RG 94, 9). — Der Inhalt der bewirkten Eintragung, des Eintragungsbemerkts, muß, um die Rechtsänderung materiell wirksam zu vollziehen, so vollständig und bestimmt sein, daß die Rechtsänderung für jedermann zweifelsfrei erkennbar ist (OLG 21, 42; 22, 380; 23 S. 231, 345; auch RG 113, 230). Ist die Eintragung in einem wesentlichen Punkt so unklar, daß nicht ersehen werden kann, was eigentlich eingetragen ist, so kann sie sogar ihrem Inhalt nach unzulässig im Sinne des § 53 (§ 54) Abs 1 Satz 2 GBD sein (RG 113, 231). Andererseits aber unterliegt auch die Eintragung der Auslegung gemäß § 133 BGB (A 7a gegen Ende). Handelt es sich um die Eintragung der Übertragung eines eingetragenen Rechts am Grundstück (z. B. einer Hypothek), so wird dem Erfordernis der Klarheit und Bestimmtheit nicht genügt durch Hinzufügung eines einfachen „Übertragungs“vermerkts auf den neuen Erwerber; vielmehr ist der bestimmte sachlichrechtliche Übertragungsvorgang (Abtretung, richterliche Überweisung, Gefeß) anzugeben (RGZ 40 A 270; anders bei der Böschung: JW 1934, 1056⁵⁴). Im Falle der Belastung des Grundstücks oder eines Rechts an diesem muß rechtsgrundbäplich der gesamte Inhalt und Umfang der Belastung im Grundbuch zum Ausdruck gebracht werden. Enthält aber die vereinbarte Belastung nichts Weiteres als die im BGB getroffene Regelung, so genügt die einfache Benennung des Rechts nach dem Gefeß (z. B. Nießbrauch, Vorkaufsrecht: RGZ 26 A 273). Zur Entlastung des Grundbuchs ist ferner im § 874 für die Belastung des Grundstücks im allgemeinen, im § 1115 für die Belastung mit einer Hypothek und im § 885 Abs 2 für die Eintragung einer Vormerkung nachgelassen, daß die Eintragung in gewissem Umfang durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung oder die einseitige Verfügung bewirkt wird. Andererseits hat natürlich das Grundbuchamt die in den §§ 44, 47—50 GBD für den Inhalt der Eintragungsbemerkte gegebenen Ordnungsvorschriften auch

insoweit zu beachten, als sie über die materiellrechtlich zu stellenden Erfordernisse hinausgehen (RG 94, 7). Wenn für eine Forderung, für die bereits eine Hypothek an einem Grundstück besteht, noch eine Hypothek an einem zweiten Grundstück bestellt werden, also eine Gesamthypothek entstehen soll, so richtet sich die Art der Eintragung danach, ob das zweite Grundstück ein eigenes Grundbuchblatt hat oder mit dem ersten als selbständiges Grundstück auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt verzeichnet ist (§ 1132 Nr. 4). — Wer als Berechtigter eingetragen werden kann und in welcher Weise der Berechtigte bei der Eintragung zu bezeichnen ist, folgt aus den Ausführungen, die in § 1115 Nr. 3 für den Hypothekengläubiger gemacht sind. Da die Rechtsfähigkeit des Menschen mit dem Tode endigt, kann ein Verstorbener als Berechtigter nicht eingetragen werden. Das gilt auch dann, wenn der Tod erst nach Einreichung der Eintragungsbewilligung und Stellung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt eingetreten ist. Das Grundbuchamt hat also eine solche Eintragung grundsätzlich abzulehnen (RG 10, 212). Wenn es aber in Unkenntnis des Todes die Eintragung des Verstorbenen bewirkt hat, so ist die Eintragung nicht unwirksam. Vielmehr gilt dann das eingetragene Recht für den Erben des Verstorbenen, da er in die Rechtsstellung des Verstorbenen, die sich aus der eingegangenen Eintragungsbewilligung und dem Eintragungsantrag ergab, eingetreten ist und der Vermerk des Verstorbenen in Wahrheit den Erben, nur unter einer nicht zutreffenden Bezeichnung, begreift (str.; RG JW 1926, 1955^a; ähnlich für den Fall einer Gesellschaftsauflösung vor Eintragung einer Hypothek für die Gesellschaft HR 1936 Nr. 1276). Die Eintragung des verstorbenen Erstehers in der Zwangsversteigerung ist zugelassen in JW 1933, 705^b. — Eine Änderung der von den Grundbuchbeamten abschließend vollzogenen und den Beteiligten bekannt gegebenen Eintragung ist unzulässig (RG 57, 284; RG 21. 2. 1931 V 72/30; noch enger JW 1932, 1228^a). Hat das Grundbuchamt die Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen und ist dadurch das Grundbuch unrichtig geworden, so ist nach § 53 (§ 54) Abs. 1 Satz 1 GBD von Amts wegen ein Widerspruch einzutragen. Diese Regelung schließt aber nicht aus, daß das Grundbuchamt zur Berichtigung einer unrichtigen Eintragung auch eine Ergänzung eines Eintragungsvermerks auf Grund eines nachträglichen Rechtsakts vornehmen darf. Indessen hat es eine solche Ergänzung abzulehnen, wenn der mangelhafte Eintragungsvermerk wegen Fehlens einer wesentlichen Angabe inhaltlich unzulässig ist, da dann nach § 53 (§ 54) Abs. 1 Satz 2 GBD die Eintragung von Amts wegen zu löschen ist (RGJ 44, 182; 46, 204). Hat das Grundbuchamt aber die Ergänzung trotzdem vorgenommen und ergibt sich nunmehr aus dem Zusammenhalt beider Eintragungen eine inhaltlich zulässige Rechteintragung, so ist die Eintragung der Rechtsänderung als wirksam erfolgt zu erachten (RGJ 46, 205), wenn nicht der einheitlichen Rejung der beiden Vermerke der Mangel des örtlichen Zusammenhangs entgegensteht (RG 9, 194). — Die Unzulässigkeit der Eintragung von Rechten, die nicht in den geschlossenen Kreis der eintragungsfähigen Rechte fallen, ist bereits in Vorbem. 2 behandelt.

11. Bezüglich des **Grundbuchs** vgl. Vorbem. 1 „Einrichtung der Grundbücher“. Das Grundbuchblatt, das nach § 3 GBD für das Grundstück als das Grundbuch im Sinne des GBD anzusehen ist, ist das Grundbuchblatt über dasjenige Grundstück, das von der Rechtsänderung betroffen wird. Dies ist besonders bedeutsam für subjektiv-dingliche Rechte, d. h. für Rechte zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks (§§ 1018, 1094, 1105; Grunddienstbarkeit, Vorfaufrecht, Realast), aber auch für alle sonstigen Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind und nach § 96 als Bestandteile des Grundstücks gelten (§ 96 Nr. 1). Sind solche Rechte zugleich objektiv-dingliche Rechte an einem Grundstück, d. h. belasten sie ein anderes Grundstück (wie z. B. die Rechte der §§ 1018, 1094, 1105), so ist für die Frage ihres Bestehens und für ihren Inhalt das Grundbuchblatt über dieses Grundstück maßgebend (RG 104, 319). Zwar sind nach § 9 GBD solche Rechte auf Antrag auch auf dem Blatt über das berechnete Grundstück zu vermerken, und die Vermerke sind von Amts wegen zu berichtigen, wenn die Rechte geändert oder aufgehoben werden. Jedoch haben die Vermerke nur nachrichtliche Bedeutung; sie stehen nicht unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs; bei Verschiedenheit ihres Inhalts von dem der Eintragung auf dem belasteten Grundstück ist diese Eintragung entscheidend (RG 19. 11. 1928 VI 50/28). Daher muß die zu ihrer Begründung oder zur Änderung ihres Inhalts erforderliche Eintragung auf dem Blatt über das zu belastende oder bereits belastete Grundstück erfolgen, während es für den Eintritt der Rechtsänderung einflußlos ist, wenn die Begründung oder die Inhaltsänderung auf dem Blatt über das herrschende Grundstück nicht vermerkt wird.

12. Etwas anderes als im § 873 Abs. 1 wird bei rechtsgeschäftlichen (Nr. 1) Rechtsänderungen, die an sich unter § 873 fallen, vom Gesetz vorgeschrieben für das Erfordernis der Einigung: bei der Bestellung einer Hypothek für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 1188), einer Grundschuld auf den Inhaber (§§ 1192, 1195), einer Grundschuld für den Eigentümer (§ 1196). In diesen Fällen genügt auch materiell-rechtlich die einseitige Erklärung des Eigentümers, also des Passivbeteiligten, gegenüber dem Grundbuchamt, daß er die Hypothek, die Grundschuld bestelle oder daß die Grundschuld für ihn eingetragen werden solle. Ferner bestimmt das Gesetz Abweichendes für das Erfordernis der Eintragung: bei der Übertragung einer Pfandhypothek und einer Briefgrundschuld (§§ 1154 Abs. 1, 1192; RG 69, 279), bei der Belastung dieser Rechte mit einem

Nießbrauch (§ 1069) oder mit einem Pfandrecht (§§ 1274, 1291), bei der Übertragung und Belastung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder aus einem begebaren Papier und einer Grundschuld für den Inhaber des Briefes (§§ 793, 1069, § 1187 Satz 3, §§ 1195, 1274, Wechsel Art 11 ff., HGB §§ 363—365). Zum Eintritt dieser Rechtsänderungen bedarf es der Eintragung nicht. Hier ist auch zu erwähnen der Fall, daß ein subjektiv- und objektiv-dingliches Recht (§§ 1018, 1094, 1105) bei einem rechtsgeschäftlichen Erwerb des Eigentums am herrschenden Grundstück nach § 96 als Bestandteil dieses Grundstücks auf den Erwerber mit übergeht. Eine Eintragung auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks, die erforderlich wäre, wenn das Recht geändert oder aufgehoben würde (A 11), findet in diesem Falle nicht statt, da von vornherein der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks als der Berechtigte gilt, insoweit also eine Rechtsänderung nicht erfolgt (RG 104, 319). Ferner ist die Eintragung nicht erforderlich für die besonderen bergrechtlichen Gebrauchs- und Nutzungsrechte (z. B. Schürf- und Bohrrechte), die nach § 8 PrAllgBergG im Wege des Zwangsverfahrens erworben werden können und nach Art 22 Nr 2 PrAllgBergG zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen, und zwar auch dann nicht, wenn sie im Einzelfall gemäß § 5 AllgBergG durch freiwillige Gestattung des Grundeigentümers erworben sind (RG 97, 38).

13. Die Beteiligten sind an die Einigung gebunden, wenn die Eintragung, sei es nachher sei es vorher, bewirkt ist (A 7c) oder wenn die Einigung in einer der im Abs 2 bezeichneten Formen stattgefunden hat. Der gesetzgeberische Grund für die Bestimmung des Abs 2 ist der: Einerseits sollte nach erfolgter Eintragung ein Widerruf der Einigung als wider Treu und Glauben verstößend ausgeschlossen, andererseits durch eine Vorschrift, die die Unwiderruflichkeit vor der Eintragung von der Beobachtung gewisser Formen abhängig machte, übereilten und leichtfertigen Verfügungen über Rechte an Grundstücken vorgebeugt werden (A 3, 175; Prot 3, 60 ff.). Abs 2 enthält keine Formvorschrift. Die Einigung ist also nicht etwa nach § 125 nichtig, wenn sie in keiner der Formen des Abs 2 vollzogen ist; vielmehr führt auch die formlose Einigung zur wirksamen Rechtsänderung, sofern die Eintragung hinzutritt, und andererseits bedarf auch die von vornherein bindende Einigung des Hinzutretens der Eintragung, um die Rechtsänderung zu bewirken. In der Unwiderruflichkeit der Einigung vor erfolgter Eintragung erschöpft sich nicht die Bedeutung der Vorschrift des § 873 Abs 2 (A 7c). Die in der Form des Abs 2 erklärte Einigung hat aber auch nicht die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung. Durch die Beobachtung der Form ist die Einigung zwar bindend geworden, aber mit keiner andern Wirkung, als sie sonst einem bindenden Vertrage zukommt (RG 55, 352; 113, 407). Trotz der bindenden Einigung bleibt der Passivbeteiligte Inhaber des Rechts, solange noch nicht die Eintragung bewirkt ist; er ist nach wie vor materiellrechtlich Dritten gegenüber zur anderweiten Verfügung über das Recht befugt; die Bindung gegenüber dem andern Teil, die für sich allein keine Rechtsänderung herbeiführt, hindert ihn daran nicht (RG 55, 342; 66, 288; 73, 53; RGZ 38 A 276; 49, 152; DLG 29, 321; JFG 2, 342). Daher kann er z. B.: wenn er die Bestellung einer Hypothek auf seinem Grundstück bindend mit dem Aktivbeteiligten vereinbart hat, eine Hypothek für einen andern Gläubiger eintragen lassen; eine unter bindender Einigung abgetretene Buchhypothek an einen andern übertragen und diese Übertragung durch Eintragung vollziehen lassen. Unter Umständen begründet eine solche Verfügung allerdings einen Schadenersatzanspruch des Aktivbeteiligten nicht nur gegen den Passivbeteiligten, sondern auch gegen den Dritten, der gegen die guten Sitten verstößt (§ 826; RG 62, 137; 111, 102). Hat der Aktivbeteiligte auf Grund der bindenden Einigung bereits den Eintragungsantrag (§ 13 GBD) gestellt, so darf nach formellem Grundbuchrecht das Grundbuchamt einem auf Grund anderweiter Verfügung des Passivbeteiligten über das Recht gestellten Eintragungsantrag nicht mehr stattgeben. Nach § 17 GBD hat es vielmehr zunächst den ersten Antrag zu erledigen, und dann ist kraft der bewirkten Eintragung der Passivbeteiligte nicht mehr Berechtigter. Gibt aber das Grundbuchamt versehentlich doch dem zweiten Antrag statt, so ist damit materiellrechtlich die Rechtsänderung gemäß diesem Antrag wirksam vollzogen, und zwar gleichviel, ob der zweite Aktivbeteiligte in gutem Glauben war oder nicht, da nach dem maßgebenden Grundbuch der Passivbeteiligte zur Zeit der Eintragung noch Berechtigter war (RG 73, 53). Hat der Passivbeteiligte selbst den ersten Antrag gestellt (§ 13 GBD), so kann er ihn in der Form der §§ 31, 29 Satz 1 GBD zurücknehmen; dann steht auch formellrechtlich nichts entgegen, die Eintragung gemäß dem zweiten Antrag vorzunehmen. Auf die Wirksamkeit der bindenden Einigung hat aber die einseitige Zurücknahme des Eintragungsantrags keinen Einfluß (RG Warn 1911 Nr 83; JFG 2, 339). Vgl. ferner § 925 A 5: über den nach der Auflassung, aber vor der Eintragung des Eigentumsübergangs gestellten Antrag auf Eintragung einer Belastung; über die regelmäßig in der Auflassung liegende unwiderrufliche Einwilligung des Auflassenden in die Verfügung des Auflassungsempfängers, der schon vor seiner Eintragung das Grundstück weiter an einen Dritten aufläßt; über die Rückforderung der Auflassungserklärung vor der Eintragung wegen Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts (dasselbe gilt entsprechend auch für die Rückforderung anderer nach § 873 Abs 2 bindend gewordener Einigungserklärungen). Ist auf Grund eines Grundstückskaufvertrags die Auflassung des Grundstücks erteilt, die Eintragung der Eigentumsänderung aber noch nicht er-

folgt, so bedarf ein Vertrag, durch den der Kaufvertrag rückgängig gemacht wird, keiner Form, insbesondere nicht der Form des § 313, da er nicht die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums zum Inhalt hat und die durch die Auflassung eingetretene Bindung der Beteiligten mangels einer Formvorschrift auch durch formlose Vereinbarung aufgehoben werden kann (RG Warn 1926 Nr 43). — Ist die Übertragung des Eigentums oder eines andern übertragbaren (A 2 a. E.) Rechts am Grundstück durch eine bindende Einigung erklärt, so hat der noch nicht eingetragene, zum Rechtsserwerb aber regelmäßig (Ausnahmen A 12) der Eintragung bedürftige Aktbeteiligte trotz der Bindung keinen Aussonderungsanspruch gemäß § 43 RD, wenn über das Vermögen des Passivbeteiligten der Konkurs eröffnet wird; ebenso wenig hat er, wenn ein Dritter die Zwangsvollstreckung in das Recht betreibt, ein Widerspruchsrecht gemäß § 771 ZPO, da ihm kein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne dieser Vorschrift zusteht (RG 81, 64; RGSt 62, 152; DLG 6, 261; a. M. DLG 4, 38). Der Tod oder der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten nach eingetretener Bindung ist auf die Wirksamkeit der Einigungserklärungen ohne Einfluß (A 7a; § 925 A 5). — Streitig ist, ob durch die bindend gewordene Einigung als solche ein klagbarer Anspruch begründet wird. Dies ist zu verneinen. Die Einigung ist nicht darauf gerichtet, irgendwelche Verpflichtungen zu Leistungen zu begründen, sondern sie hat selbst Leistungsinhalt. Sie ist eine Verfügung, die beim Eintreten eines andern, nicht rechtsgeschäftlichen Zustandes (Eintragung in den Fällen des § 873, Übergabe bei beweglichen Sachen) die aus einem Grundrechtsgeschäft bestehende Verpflichtung zu einer Leistung erfüllt (A 7, 8; RG Gruch 68, 317; DLG 26, 37; 29, 320; RGSt 46, 175). Daher kann aus der Einigung des § 873, auch wenn sie in einer der Formen des Abs 2 geschlossen ist, weder auf Beschaffung dessen geklagt werden, was etwa zur Vollziehung der Rechtsänderung durch Eintragung noch fehlt (RG 115, 39; DLG 45, 188), noch auf Beseitigung von Hindernissen, die der Vollziehung entgegenstehen (RG Gruch 58, 1013: aus der dinglichen Einigung über die Bestellung des Pfandrechts an einer Hypothek kann nicht auf Eintragung der Verpfändung geklagt werden, da in dem dinglichen Vertrag für sich allein nicht ohne weiteres auch die schuldrechtliche Verpflichtung zur Pfandbestellung zu finden ist, z. B. dann nicht, wenn die Verpfändung für eine fremde Schuld erfolgt ist; Senff 65 Nr 15; DLG 5, 157; 29, 320). Vielmehr kann die Grundlage für einen solchen Anspruch nur das die Verpflichtung zu der Leistung begründende Grundrechtsgeschäft bieten (RG 115, 39; Gruch 58, 1013; DLG 45, 188). Ist das Grundrechtsgeschäft nichtig, so ist ein solcher Anspruch ausgeschlossen (RG 115, 39; Warn 1928 Nr 128). Ebenso fehlt er, wenn das Grundrechtsgeschäft mit einem andern als dem aus der dinglichen Einigung Berechtigten geschlossen ist (RG Gruch 58, 1015: Verpfändung einer Hypothek für die Schuld eines andern; schuldrechtlicher Vertrag über Pfandbestellung nur zwischen diesem und dem Verpfänder, nicht auch zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder). Auch die in den Formen des § 873 Abs 2 geschlossene Einigung kann nicht auf dem Wege über § 141 (Bestätigung) dem nichtigen Grundrechtsgeschäft Kraft verleihen und so zur Begründung eines Anspruchs aus ihm führen (DLG 45, 188; nur wird ausnahmsweise ein Vertrag über die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, der lediglich der Form des § 313 Satz 1 ermangelt, durch rechtswirksame Auflassung und Eintragung gemäß § 313 Satz 2 gültig). Ist jedoch das Grundrechtsgeschäft nur anfechtbar (z. B. wegen Irrtums, Betrugs), so kann in der Einigungserklärung des zur Anfechtung Berechtigten eine Bestätigung des Grundrechtsgeschäfts gemäß § 144 liegen (RG 56, 51; 63, 113; DLG 5, 157; 29, 321). Ohne Bedeutung ist § 873 Abs 2 für die Frage, ob ein auf eine Eintragung gerichteter schuldrechtlicher Vertrag rechtswirksam und für die Vertragsschließenden bindend ist. So wird z. B. ein nicht in der Form des § 313, sondern nur privatschriftlich geschlossener Vertrag über die Veräußerung eines Grundstücks nicht schon dadurch für die Vertragsschließenden bindend, daß er dem Grundbuchamt eingereicht wird (RG 85, 411). Ferner bietet die dingliche Einigung (z. B. eine Auflassung) für sich allein noch keine Rechtsgrundlage für eine Vormerkung, da diese einen schuldrechtlichen Anspruch zur Voraussetzung hat (RG Warn 1928 Nr 128; § 883 A 2 Abs 3). Ebenso wenig läßt sich die Rechtsstellung, die sich aus der dinglichen Einigung nach § 873 ergibt, gemäß § 398 auf einen andern übertragen (HR 1933 Nr 1491). — Um eine bindende Einigung im Sinne des Abs 2 § 873 herbeizuführen, müssen die Einigungserklärungen beider Teile in einer der Formen des Abs 2 abgegeben sein. Hat zwar der Passivbeteiligte eine Erklärung formgerecht abgegeben, der Aktbeteiligte sie aber nicht formgerecht angenommen, so kann jener seine Erklärung vor erfolgter Eintragung ebenso wie eine formlos abgegebene widerrufen. Insofern gilt also Abweichendes von den in den §§ 145 ff. für den Vertragsantrag und seine Annahme gegebenen Vorschriften. Daraus ist aber nicht zu folgern, daß die zur Bindung führenden Erklärungen stets bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile abgegeben werden müssen. Dies ist nur ausnahmsweise in den Fällen der §§ 925, 1015, 1017 (jetzt § 11 ZPO v. 15. 1. 1919), insbesondere für die Auflassung, vorgeschrieben. Abgesehen von diesen Ausnahmefällen kommen auch hier, soweit es sich um gerichtliche oder notarielle Beurkundung der beiderseitigen Einigungserklärungen handelt, die §§ 128, 152 zur Anwendung (RG JW 1901, 865). — Die Verschiedenheit der formrechtlichen Voraussetzungen für die Eintragung und der materiellrechtlichen Erfordernisse für die Bindung nach Abs 2 § 873 ist schon in A 7c erörtert.

14. Über gerichtliche und notarielle Beurkundung vgl. §§ 167 Abs 1, 168—182 FGG sowie die Artt 141—143 GG (Vorbehalte für die Landesgesetzgebung). — Ist eine Eintragungsbewilligung oder eine sonstige zu der Eintragung erforderliche Erklärung (z. B. Vollmacht) in einer fremdsprachigen öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde enthalten, so darf der Grundbuchrichter die Eintragung von der Vorbringung einer von einem beeidigten Dolmetscher gefertigten Übersetzung der Urkunde und von der Beglaubigung der Unterschrift des Übersetzers abhängig machen (FGG 7, 243).

15. Vor dem Grundbuchamt abgegeben sind die zur Bindung erforderlichen Einigungserklärungen beider Teile (A 13) schon dann, wenn sie in mündlicher Form erfolgt sind. Der Aufnahme zu Protokoll bedarf es zu ihrer materiellen Wirksamkeit, insbesondere zur Herbeiführung der Bindung, nicht. Dafür spricht wesentlich die Gegenüberstellung der gerichtlich oder notariell beurkundeten und der vor dem Grundbuchamt abgegebenen Erklärungen im § 873 Abs 2. Näheres über diese streitige Frage bringen die Ausführungen zur Auflassung in § 925 A 13 „Protokoll“, die ebenso auch für die andern, unter § 873 fallenden Gegenstände der Einigung gelten (a. M. RGZ 51, 151 unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte, die aber keineswegs so gestaltet ist, daß sie gegenüber dem Wortlaut des § 873 Abs 2 maßgebend wäre, und auf RG 50, 83, aus dessen beiläufiger Bemerkung jedoch eine Bestätigung der Ansicht nicht entnommen werden kann). Formellrechtlich ist aber zur Begründung des Eintragungsantrags (§ 13 GBD) erforderlich, daß — abgesehen von der im § 20 GBD besonders geregelten Auflassung — mindestens die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten (§ 19 GBD) zu Protokoll genommen wird, da nur dann die für die Eintragung nach § 29 Satz 1 GBD erforderliche Form erfüllt ist. Daß die Erklärungen gleichzeitig von beiden Teilen vor dem Grundbuchamt abgegeben werden, ist nur in den Ausnahmefällen der §§ 925, 1015, 1017 (jetzt § 11 B v. 15. 1. 1919) vorgeschrieben. „Grundbuchamt“ ist das Amtsgericht (§ 1 Abs 1 GBD).

16. Daß die bei dem Grundbuchamt eingereichten Einigungserklärungen beider Teile einer Form bedürfen, um die materielle Bindung zu bewirken, ist im Gesetz nicht vorgeschrieben; nur bei der letzten Bindungsform des Abs 2 (A 17) wird eine „den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende“ Eintragungsbewilligung erfordert. Die „Erklärungen“ sind daher „bei dem Grundbuchamt“ eingereicht, auch wenn nur privatschriftliche Urkunden, in denen sie enthalten sind, eingereicht worden sind (str.); ein Widerruf findet dann nicht mehr statt. Die Erklärungen müssen aber von den Beteiligten oder doch mit ihrem Willen dem Grundbuchamt eingereicht sein; denn erst durch eine solche Einreichung werden die zur Bindung führenden Erklärungen vollendet. Formellrechtlich bedarf es zur Begründung des Eintragungsantrags (§ 13 GBD) der Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten (§ 19 GBD) in einer der im § 29 Satz 1 GBD vorgeschriebenen Formen. „Grundbuchamt“ ist das Amtsgericht (§ 1 Abs 1 GBD).

17. Eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung des Berechtigten, deren Aushändigung an den andern Teil die Bindung herbeiführt, ist die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten im Sinne des § 19 GBD, die der Form nach die Vorschrift des § 29 Satz 1 und dem Inhalt nach die Vorschrift des § 28 GBD erfüllt (A 7 d). Einer körperlichen Aushändigung der Eintragungsbewilligung bedarf es nicht unbedingt. Ist z. B. die Bewilligung in einem zwischen dem Bewilligenden und dem andern Teil geschlossenen notariellen Vertrag enthalten, so muß sie schon mit dem Abschluß der notariellen Verhandlung als dem andern Teil zugegangen gelten, ohne daß es erst noch der Aushändigung einer Ausfertigung der Verhandlung bedarf, die sich der andere Teil ohnedies jederzeit selbst beschaffen kann (RGZ 49, 155).

§ 874

Bei der Eintragung eines Rechtes, mit dem ein Grundstück belastet wird¹⁾, kann²⁾ zur näheren Bezeichnung³⁾ des Inhalts des Rechtes⁴⁾ auf die Eintragungsbewilligung⁵⁾ Bezug genommen werden⁶⁾, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt⁷⁾.

§ I 962, 969, 982, 1048, 1054 II 705; III 3 472, 483, 495, 586f.; P 3 283f., 310f., 384, 437, 735, 702; 4 586.

1. § 874 findet nach seinem klaren Wortlaut nur Anwendung auf die Eintragung eines ein Grundstück belastenden Rechtes, also auf die Eintragung eines Erbbaurechts (§ 1012, § 11 B v. 15. 1. 1919), einer Dienstbarkeit (§§ 1018, 1030, 1090), eines Vorkaufsrechts (§ 1094), einer Reallast (§ 1105); für die Eintragung einer Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld bestehen besondere Vorschriften (A 7). Die Eintragung des Eigentumsübergangs, wodurch das Grundstück nicht „belastet“ wird, fällt nicht unter § 874 (RG SeuffA 91 Nr 104). Aber auch nicht die Eintragung eines Rechtes an einem Grundstücksrechte, also der Belastung einer Belastung; denn dadurch wird nicht das „Grundstück“ belastet. Daß dies der Wille des Gesetzes ist, erhellt auch daraus, daß im § 874 nicht, wie im vorangehenden § 873, neben der Belastung des Grundstücks auch die Belastung der Belastung genannt wird und daß im nachfolgenden § 877 die Anwendung

des § 874 nur auf die „Änderung des Inhalts“ einer Grundstücksbelastung vorgeschrieben ist. Daher können die als zulässige Belastungen von Grundstücksbelastungen in Betracht kommenden (§ 873 A 5) Nießbrauchsrechte und Pfandrechte an Realkasten, Hypotheken, Grundschulden nicht durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur materiell wirksamen Eintragung gebracht werden (str.; a. M. RZM 7, 273; RGZ 48, 181). Auch Vormerkungen gehören nicht hierher, da sie keine das Grundstück belastenden „Rechte“ sind (§ 883 A 8). Für sie trifft § 885 Abs 2 besondere Bestimmung. Ferner findet § 874 auf Verfügungsbeschränkungen keine Anwendung, auch soweit sie sich nicht auf Grundstücksbelastungen, sondern auf das Grundstück selbst beziehen. Denn sie gewähren kein Recht „am“ Grundstück, und dieses wird nicht „mit“ ihnen belastet; vielmehr schränken sie nur das Eigentumsrecht ein (str.; RG 89, 159; RGZ 45, 255; A 4). Jedenfalls muß bei Verfügungsbeschränkungen (Veräußerungsverboten) zugunsten einer bestimmten Person die begünstigte Person im Eintragungsvermerk selbst genannt werden (RG ZW 1900, 572²¹; RGZ 45, 254; A 4). Eine Ausnahme hiervon macht kraft besonderer gesetzlicher Bestimmungen die Eintragung der (nach §§ 20, 23 ZBW als Veräußerungsverbot zugunsten des betreibenden Gläubigers wirkenden) Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung und der Grundbuchvermerk über die Eröffnung des Konkursverfahrens (RG ZW 1900, 572²¹; RGZ 45, 256). Zulässig ist auch eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bei Rangänderungen (§ 880 A 4) und bei der Eintragung eines Erbbaurechts (B D v. 15. 1. 1919 § 14 Abs 1 Satz 2).

2. Es kann Bezug genommen werden. Im Ermessen des Grundbuchamts steht also, ob und inwiefern es von dieser Befugnis Gebrauch machen, was es in den Vermerk selbst aufnehmen und was es durch Bezugnahme mittelbar zur Eintragung bringen will; an Anträge der Beteiligten ist es in dieser Hinsicht gebunden (RG 50, 153; RGZ 24 A 127; 32 A 252; RZM 4, 42; DVG 4, 198). Da aber die Vorschrift den Zweck hat, die Überlastung und Unübersichtlichkeit des Grundbuchs zu verhüten, wird von dem Eintragungsvermerk alles fernzuhalten sein, was durch Bezugnahme als eingetragen gelten kann (RG 50, 153; 54, 88; ZG 2, 308). Andererseits ist, da die Vorschrift des § 874 eine materiellrechtliche ist, die Eintragung unwirksam und das eingetragene Recht nicht zur Entstehung gelangt, wenn die Grenze der zugelassenen Bezugnahme überschritten ist und der Eintragungsvermerk nicht das enthält, was in ihn selbst (A 3) aufgenommen werden muß (RG 108, 149; RGZ 49, 170; DVG 39, 245). In solchen Fällen kann das eingetragene Recht nur dann Bestand haben, wenn der Eintragung eine Einigung dahin folgt oder sonst aus dem Verhalten der Beteiligten zu entnehmen ist, daß das vermerkte Recht so, wie es bei Nichtberücksichtigung der Bezugnahme eingetragen steht, Bestand haben soll (RG 108, 148), oder wenn im Sinne des § 140 (Umgestaltung) anzunehmen ist, die Beteiligten würden bei Kenntnis der Nichtigkeit das Recht auch ohne den zufolge der unzulässigen Bezugnahme als nicht eingetragen geltenden Teil des Rechtsinhalts haben begründen wollen (RG 108, 149; § 873 A 10). Der Sonderfall, daß wegen einer dem dinglichen Recht gesetzten Bedingung oder Befristung unzulässigerweise (A 4) auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen ist, wurde bereits in § 873 A 10 näher behandelt. Ist im Eintragungsvermerk nicht einmal die allgemeine Natur des Rechts angegeben und läßt sich aus dem Vermerk selbst das Fehlen dieser Kennzeichnung ohne weiteres ersehen, so ist die Eintragung ihrem Inhalt nach unzulässig (§ 873 A 10) und deshalb nach § 53 (§ 54) Abs 1 Satz 2 GBD von Amts wegen zu löschen (so z. B. wenn es sich um eine Realkast handeln soll, die Bezeichnung Realkast aber fehlt und der Eintragungsvermerk sich derart über die Verpflichtung verhält, daß die Möglichkeit einer nur einmaligen Leistung offen bleibt: DVG 39, 245).

3. Nur zur näheren Bezeichnung des Rechtsinhalts kann Bezug genommen werden. Daraus folgt, daß das Recht und sein Inhalt in dem Eintragungsvermerk dargestellt werden müssen, soweit das zur Kennzeichnung des Rechts nach seiner allgemeinen rechtlichen Natur und seiner besonderen Art erforderlich ist (RG 89, 159; RGZ 23 A 134; 49, 169; DVG 39, 244). Bei Rechten, die im BGB erschöpfend geregelt sind, genügt die Benennung nach dem Gesetz (z. B. Nießbrauch, Vorkaufsrecht: RGZ 26 A 273). Ist vom Gesetz Abweichendes vereinbart, so kann hierauf „zur näheren Bezeichnung des Inhalts“ Bezug genommen werden. Bei andern Belastungen, abgesehen von den hypothekarischen (A 7), stellt der gesetzliche Name für sich allein noch nicht den Inhalt dar (z. B. Grunddienstbarkeit, beschränkte persönliche Dienstbarkeit, Realkast). Hier muß im Eintragungsvermerk selbst der Inhalt enger umgrenzt und genauer beschrieben werden (z. B. Wegerecht, Wohnungsrecht, Umfang der Belastung bei der Realkast; nur im übrigen ist eine Bezugnahme gestattet (RZM 2, 193; RGZ 51, 272; DVG 8, 301; 39, 244; ZW 1936, 3477²²). Nach § 49 GBD bedarf es aber bei der Eintragung eines Leibgedinges (Miteils, Auszugs) nicht der Bezeichnung der einzelnen Rechte. Gleiches bestimmt § 118 GBD für die in den Artt 63, 68 GB bezeichneten Rechte (Erbpachtrecht, Abbaurecht usw.).

4. Nur wegen des Inhalts des Rechtes, d. h. der Gesamtheit der aus der Rechtsbegründung sich ergebenden Befugnisse des Berechtigten (RGZ 49, 189; 50, 185), ist die Bezugnahme gestattet. Daher bedürfen der Aufnahme in den Eintragungsvermerk selbst z. B.: die Bezeichnung des

Berechtigten (RG 89, 159; JW 1900, 572²¹; RGZ 23 A 134; 45, 256), bei der aber Ungenauigkeiten sich im Wege der Auslegung beseitigen lassen (JW 1935, 144¹⁹; § 873 A 7 a gegen Ende; § 1115 A 3); eine Bedingung oder Befristung, von welcher der Bestand des Rechtes selbst abhängig gemacht ist (str.; RGZ 48, 182; 49, 189; 50, 188; JZ 13, 75; auch RG 106, 113; dagegen RG 108, 356, wo ohne Begründung bei der Eintragung eines Vorkaufsrechtes die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung wegen einer das Vorkaufsrecht zeitlich begrenzenden Bestimmung für zulässig erklärt ist); Bestimmungen über das Rangverhältnis (§ 879 Abs 3; RG 3. 3. 1908 II 491/07); der Rangvorbehalt (§ 881; dort A 6); der Höchstertrag für den Fall der Zwangsversteigerung nach § 882. Gält man entgegen der hier (A 1) vertretenen Ansicht den § 874 für anwendbar auf sog. relative Veräußerungsverbote im Sinne des § 135, die sich als Verfügungsbeschränkungen darstellen (§ 878 A 3), so müssen bei ihrer Eintragung jedenfalls die Personen, deren Schutz sie bezwecken, im Eintragungsvermerk selbst bezeichnet werden; denn die geschützten Personen gehören nicht zum „Inhalt“ des Verbots, sondern sind dessen Wesensbestandteil und geben erst das notwendige Kennzeichen für die Art des erlassenen Verbots (RG 89, 159; JW 1900, 572²¹). — Soll einem Recht (z. B. einer Grunddienstbarkeit) in den nach BGB zulässigen Grenzen ein Inhalt gegeben werden, wie er dem früheren Recht eigentümlich war, so genügt nicht die Bezeichnung des Rechtes nach den nicht mehr geltenden Vorschriften; vielmehr muß entweder das Recht mit seinem gesamten Inhalt eingetragen werden oder die Eintragungsbewilligung, auf die Bezug genommen wird, den gesamten Rechtsinhalt enthalten (RGZ 26 A 271).

5. Die **Eintragungsbewilligung** ist die Bewilligung des Passivbeteiligten nach § 19 GBD. Daß die Urkunde, auf die Bezug genommen wird, im Eintragungsvermerk ausdrücklich als „Eintragungsbewilligung“ bezeichnet wird, ist im § 874 nicht vorgeschrieben. Es genügt materiellrechtlich daß die Urkunde tatsächlich die Eintragungsbewilligung enthält (str.; DLG 16, 183). Die ausdrückliche Bezeichnung als solche ist aber zweckmäßig, um Zweifel zu vermeiden (RGZ 21 A 142). Daß die Eintragungsbewilligung „eine den Vorschriften der GBD entsprechende“ ist, schreibt § 874 — insoweit abweichend von § 873 Abs 2 — nicht vor. Daher ist die Bezugnahme materiellrechtlich auch dann wirksam, wenn die Eintragungsbewilligung nicht in der Form des § 29 GBD erklärt ist. Ist eine das Recht näher beschreibende Urkunde bereits zu den Grundakten eingereicht oder der Eintragungsbewilligung beigelegt und in der Bewilligung auf die Urkunde verwiesen, so ist die Urkunde als Teil der Eintragungsbewilligung anzusehen und daher eine (mittelbare) Bezugnahme auch auf sie gestattet (RG HR 1933 Nr 1643; DLG 4, 81; 8, 301; RGZ 48, 175). Formellrechtlich ist in solchen Fällen bei der zu notariellem Protokoll erklärten Eintragungsbewilligung nicht erforderlich, daß die Urkunde eine Anlage des Protokolls (§ 176 Abs 2 FGG) bildet, sofern sie nur unzweideutig bezeichnet und zu den Grundakten vorgelegt ist (RGZ 48, 175). Ist die Eintragungsbewilligung nur öffentlich beglaubigt und die Verbindung mit der Urkunde keine körperliche, so hat der Grundbuchrichter der Beweisicherung halber zur Vornahme der Eintragung zu fordern, daß die Urkunde gleichfalls eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde und so genau bezeichnet ist, daß kein Zweifel darüber bestehen kann, welches die in Bezug genommene Urkunde ist (RGZ 48, 178). Auch auf Karten und Zeichnungen kann die Eintragungsbewilligung (z. B. bei der Bestellung einer Grunddienstbarkeit, deren Ausübung auf einen bestimmten Teil des dienenden Grundstücks beschränkt sein soll) zur näheren Beschreibung und Verdeutlichung des Erklärungsinhalts Bezug nehmen; doch ist zu fordern, daß die Karten und Zeichnungen öffentliche Urkunden im Sinne des § 415 BGD, also von einer öffentlichen Behörde innerhalb ihrer Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form ausgestellt sind (RGZ 50, 131). — Ein Urteil, das den Passivbeteiligten zur Bewilligung der Eintragung nach § 894 BGD verurteilt, steht auch für die Bezugnahme der freiwilligen Eintragungsbewilligung gleich (DLG 26, 4). Dasselbe gilt für Eintragungsersuchen von Behörden nach § 38 GBD, die ebenfalls die Eintragungsbewilligung ersehen (DLG 8, 301). Einstweilige Verfügungen kommen für § 874 nicht in Betracht, da sie nicht zur Eintragung, „belastender Rechte“ führen (§ 885 Abs 2); ebensowenig Arrestbefehle und vollstreckbare Schuldtitel wegen Geldforderungen, da für die auf ihrer Grundlage einzutragenden Sicherungshypotheken (§§ 867, 932 BGD) die besonderen Vorschriften über die Hypothek (A 7) gelten.

6. Durch die zulässig vorgenommene **Bezugnahme** gilt der Inhalt der Eintragungsbewilligung als eingetragen mit der Wirkung, daß er unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892) steht (RG 57, 284). Die Bezugnahme macht alles das zum Gegenstand der Eintragung, was in der angezogenen Urkunde bei einer dem § 133 entsprechenden Auslegung zum Inhalt des Rechts gemacht werden sollte (JZ 1, 284). Dem entsprechen die §§ 10, 12 GBD, wonach die Eintragungsbewilligung vom Grundbuchamt aufzubewahren ist und von jedem eingesehen werden kann, der ein berechtigtes Interesse darlegt. Dagegen stehen der Eintragungsbewilligung bezüglich der Wirkungen einer eingetragenen Bezugnahme nicht gleich noch nicht erledigte Eintragungsanträge, wiewohl sie im § 12 GBD für die Einsicht des Grundbuchs den in Bezug genommenen Urkunden gleichgestellt sind (RG 57, 284). Die Fassung des Bezugnahmevermerks behandelt JZ 8, 232. Durch die Bezugnahme wird die bei den Grundakten befindliche Urkunde für den Inhalt des Grundbuchs maßgebend. Weicht diese Urkunde inhaltlich von der Urschrift ab, so ist das Grund-

buch unrichtig und ist dann unter denselben Voraussetzungen und in der gleichen Art zu berichtigen, als wenn der Eintragungsbemerkel selbst fehlerhaft wäre (§ 874 Abs. 1).

7. Etwas anderes schreibt das Gesetz vor bei der Hypothek, der Grundschuld und der Rentenschuld in den §§ 1115, 1116 Abs. 2, 1184 Abs. 2, 1189 Abs. 1, 1192, 1195, 1199. Vgl. auch § 800 ZPO für die Zwangsvollstreckungsklausel (RZ 4, 270; RGZ 45, 261: keine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung; im Falle der Zinserhöhung nochmalige Eintragung). Ist in Fällen, wo nach § 874 oder nach anderen Vorschriften eine Bezugnahme unzulässig ist, trotzdem eine solche erfolgt oder ist in Fällen, wo eine Bezugnahme nach § 874 an sich zulässig ist, über die „nähere Bezeichnung des Inhalts des Rechtes“ hinaus (A 3, 4) Wesentliches nur durch Bezugnahme, nicht durch Aufnahme in den Eintragungsbemerkel selbst zur Eintragung gebracht, so ist die Eintragung rechtsunwirksam (RG 89, 159; ZW 1900, 572²¹) und im Sinne des § 53 (§ 54) Abs. 1 Satz 2 ZPO inhaltlich unzulässig (RGZ 45 S. 231, 256).

§ 875

Zur Aufhebung¹⁾ eines Rechtes an einem Grundstück²⁾ ist, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt³⁾, die Erklärung⁴⁾ des Berechtigten⁵⁾, daß er das Recht aufgebe, und die Löschung⁶⁾ des Rechtes im Grundbuch erforderlich. Die Erklärung ist dem Grundbuchamt⁷⁾ oder demjenigen gegenüber abzugeben, zu dessen Gunsten sie erfolgt⁸⁾.

Vor der Löschung ist der Berechtigte an seine Erklärung nur gebunden⁹⁾, wenn er sie dem Grundbuchamt gegenüber¹⁰⁾ abgegeben oder demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Löschungsbewilligung¹¹⁾ ausgehändigt hat¹²⁾.

§ 1 834, 960, 965, 977, 1015, 1048, 1061 II 796; III 3 200f., 460ff., 474, 489, 531, 568, 593; § 3 89ff.; 6 232f.

1. Nur die Aufhebung durch Rechtsgeschäft ist Gegenstand des § 875. Das folgt daraus, daß eine Erklärung des Berechtigten erfordert wird (§ 873 A 1, 2). Eine Aufhebung von Rechten an Grundstücken auf anderer Grundlage ergibt sich z. B. aus den §§ 158, 163 (auflösende Bedingung, Endtermin; § 24 ZPO), §§ 901 f. (Verjährung gelöschter und eingetragener Rechte), 927 (Ausschluß des Eigentümers), 1025 ff., 1028 (Erlöschen der Grunddienstbarkeit), 1061, 1090 (Tod des Berechtigten beim Nießbrauch, bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit; § 23 ZPO), 1104, 1112 (Ausschluß des unbekanntenen Berechtigten beim Vorkaufsrecht, bei der Reallast), 1173 ff., 1181 f., 1192, 1200 (Erlöschen von Gesamt-Hypotheken- und Grundschuldrechten, Erlöschen von hypothekarischen Rechten durch Vollstreckungsbefriedigung); ferner GG Art 109 (Enteignung), 113 (Zusammenlegung), 120 (Unschädlichkeitszeugnis) und §§ 52, 91, 158 ZPO (Erlöschen von Rechten infolge Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung). Vgl. auch § 46 Abs. 2 ZPO (Erlöschen eines auf ein anderes Grundbuchblatt nicht mit übertragenen Rechtes). — Auch bei der sog. Pfandauswechslung, bei der an die Stelle des für die Hypothek haltenden Grundstücks ein anderes Grundstück desselben Eigentümers oder eines Dritten gesetzt wird, findet die Aufhebung eines Rechtes statt, indem die Hypothek auf dem ursprünglich belasteten Grundstück nach § 875 aufgehoben und an dem anderen Grundstück nach §§ 873, 1113 ff. neu begründet wird (DVG 45, 283; ZW 1927, 803).

2. Allgemeines über Grundstücke und die Rechte daran bringt § 873 A 4, 6. Auch die Eigentümergrundschuld ist ein Recht an Grundstück im Sinne des § 875. Zu ihrer Aufhebung bedarf es der Aufgabenerklärung des Eigentümers (RG 66, 288; 73, 174; RZ 11, 63). — Die Aufhebung von Rechten an den ein Grundstück belastenden Rechten betrifft § 875 nicht. In Betracht kommen in dieser Hinsicht Nießbrauch und Pfandrecht an Reallasten, Hypotheken und Grundschulden (§ 873 A 5). Ihre Aufhebung erfolgt nach den für die Aufhebung solcher Rechte an beweglichen Sachen geltenden Vorschriften; einer Eintragung bedarf es zu ihrer Aufhebung nicht (§§ 1063, 1064, 1072 und 1252, 1255, 1256, 1273; vgl. § 27 Abs. 2 ZPO). Ferner findet § 875 keine Anwendung auf Eintragungen, die sich nicht als das Grundstück belastende Rechte (§ 874 A 1) darstellen, wie Vormerkungen, Widersprüche, Verfügungsbeschränkungen (§ 25 ZPO); auch nicht auf Rechtsverhältnisse, die nicht eintragungsfähig sind (Vorbem. 2 vor § 873). — Das Erbbaurecht ist ein Recht an Grundstück. Daher findet § 875 zunächst insoweit Anwendung, als das Recht selbst aufgegeben werden soll (RZ 8, 280). Da das Recht aber nach § 1017 Abs. 1, jetzt ZPO v. 15. 1. 1919 § 11, den Grundstücken gleichsteht, ist § 875 auch für die Aufhebung der das Erbbaurecht belastenden Rechte maßgebend. Über die Anwendung des § 875 auf die der landesgesetzlichen Regelung vorbehaltenen Erbpachtrechte und Abbaurechte vgl. GG Artt 63, 68 und RZ 8, 278; ZPO 4, 354.

3. Ein anderes schreibt das Gesetz vor: für die Aufgabe des Eigentums (§ 928, eine Vorschrift, die beim Verzicht auf das Erbbaurecht und auf das Erbpachtrecht nicht Platz greift: A 2; ZPO v.

15. 1. 1919 § 11; *GG* Art 63); für den Verzicht auf hypothekarische Rechte und für die Aufhebung solcher Rechte (§§ 1168 Abs 2, 1178 Abs 2, 1183, 1192: Eintragung des Verzichts, Zustimmung des Eigentümers). Dabei ist indessen hervorzuheben, daß der Verzicht auf hypothekarische Rechte überhaupt nicht zur Aufhebung der Rechte führt. Vielmehr erwirbt nach § 1168 Abs 1 der Eigentümer die Hypothek. Die davon verschiedene Aufhebung (*ZfZ* 4, 437) ist allerdings auf Weisung der Hypothek durch Löschung gerichtet. Sie hat die Besonderheit, daß der Eigentümer, der durch die Aufhebung das Recht auf den Erwerb der Hypothek verliert, seine Zustimmung zu der Aufhebung nach § 1183 (vgl. auch § 27 *WBO*) erteilen muß; das gilt auch bei der Entpfändung eines Grundstücksreils (*RGZ* 25 A 315; *RZM* 11, 155; § 1175 A 3, § 1183 A 1). Aufhebungserklärung (Löschungsbewilligung) und Zustimmung schließen sich nicht etwa zu einem Vertrag zusammen, sondern jede der beiden Erklärungen ist ein einseitiges Rechtsgeschäft für sich (*RZM* 10, 240; *RGZ* 24 A 218; 25 A 274; 27 A 48). Die löschungsfähige Quittung des Hypothekengläubigers enthält regelmäßig keine Aufgabenerklärung im Sinne von § 875 (A 1 zu § 1168). Ist die Löschung einer Gesamthypothek nur für eines der gesamtbelasteten Grundstücke bewilligt und beantragt, so darf die Hypothek nur auf diesem Grundstück gelöscht werden, da sie nach § 1175 Abs 1 Satz 2 an den übrigen Grundstücken Bestand behalten kann (*RGZ* 21 A 169; 45, 251; a. M. *RZM* 11, 246). Ist das aufzuhebende Recht mit dem Recht eines Dritten belastet, so bedarf es zur Aufhebung gemäß § 876 der Zustimmung des Dritten (A 9). Die Zinsherabsetzung bei einer Hypothek behandelt § 1119 A 3. Die Aufhebung der nach früherem Recht begründeten, nicht eingetragenen Grundstücksbelastungen regelt Art 189 Abs 1, 3 *GG*.

4. Die einseitige Erklärung, das Recht aufzugeben, genügt beim Einzutreten der Löschung zur Aufhebung des Rechts. Einer zweiseitigen Einigung, wie sie § 873 für die Begründung eines Rechts an einem Grundstück erfordert, bedarf es hier aus Gründen der Verkehrserleichterung nicht. Die Aufgabenerklärung ist aber ebenso wie die Einigung ein abstraktes Rechtsgeschäft; nur ist sie nicht wie diese ein Vertrag (§ 873 A 7), sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft (*RZM* 10, 240; *RGZ* 24 A 218; 25 A 273; 27 B 48; *ZfZ* 1, 377; *DLZ* 4, 492; 7, 49). Aus der Rechtsgeschäftsart folgt, daß auf sie die Vorschriften des Allgemeinen Leihes über Rechtsgeschäfte (§§ 104 ff.), mit Ausnahme derjenigen über Verträge (§§ 145—157), Anwendung finden. Insofern kann im allgemeinen verwiesen werden auf die Ausführungen zur Einigung in § 873 A 7a, die entsprechend auch auf die Aufgabenerklärung zutreffen. Den Sonderfall der Anfechtbarkeit einer Aufgabenerklärung wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung behandelt *RG* 88, 286. Weiter folgt aus der abstrakten Natur der Erklärung: Ihr rechtlicher Bestand ist grundsätzlich unabhängig von dem schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäft, zu dessen Erfüllung sie bewirkt wird. Insbesondere erstrecken sich die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Grundrechtsgeschäfts nicht ohne weiteres auch auf die Aufgabenerklärung, sondern geben dem Aufgebenden, wenn nicht etwa die Erklärung selbst unwirksam ist, nur einen persönlichen Anspruch gegen den durch die Aufhebung des Rechts Begünstigten auf Rückgängigmachung der Aufhebung, also auf Wiedereintragung des gelöschten Rechts. Umgekehrt kann der Begünstigte, wenn die Aufgabenerklärung nichtig, das Grundrechtsgeschäft aber gültig ist, auf Grund des letzteren von dem Aufgebenden die Abgabe einer neuen rechtsgültigen Aufgabenerklärung fordern. Insofern gelten für die Aufgabenerklärung entsprechend die Ausführungen zur Einigung in § 873 A 7b. Auch hinsichtlich der Form folgen (ebenso wie bei der Einigung: § 873 A 7c) die Aufgabenerklärung und das Grundrechtsgeschäft besonderen Regeln. Das Grundrechtsgeschäft, also die vertragsmäßige Übernahme der Verpflichtung zur Aufgabe eines Rechts an einem Grundstück, bedarf regelmäßig keiner Form (*RG* *JW* 1904, 74; jedoch für den Fall der schenkungsweisen Verpflichtung zur Löschung *RG* *JW* 1911, 371⁷). Auf Grund eines solchen in der Regel formlos bindenden Grundrechtsgeschäfts kann nicht nur die Erfüllung der Verpflichtung durch Abgabe der Aufgabenerklärung und Einwilligung in die Löschung verlangt, sondern auch einer klageweisen Geltendmachung des Rechts einredeweise widersprochen werden (*RG* *Gruch* 48, 350). Auch die dingliche Aufgabenerklärung selbst bedarf materiellrechtlich keiner Form. Wenn sie formlos abgegeben ist und die Löschung hinzutritt, so ist die Aufhebung des Rechts wirksam vollzogen. Unter Umständen kann aber die Wirksamkeit der Aufgabenerklärung kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift an besondere Voraussetzungen, z. B. an eine behördliche Zustimmung, geknüpft sein. Ist mangels Erfüllung solcher Voraussetzungen die Erklärung nichtig, so bleibt das Recht trotz seiner Löschung außerhalb des Grundbuchs bestehen (*RG* 82, 22; A 6). — Die Erklärung braucht nicht das Wort „aufgeben“ zu enthalten. Der „Aufgabe“erklärung steht im allgemeinen gleich eine Erklärung dahin, daß auf das Recht verzichtet werde (*Prot* 3, 616; *RG* 78, 69); auch die Bewilligung der Löschung des Rechts enthält regelmäßig eine Aufgabenerklärung (*RG* 101, 234; *RZM* 10, 238; *RGZ* 38 A 275; 43, 147). Ausnahmen bestehen insofern aber bei der Hypothek (Verzicht: A 3, § 1168 A 1; Löschungsbewilligung und löschungsfähige Quittung: A 3, § 1163 A 3, § 1168 A 1). Bei der Entscheidung der Frage, ob eine Willensäußerung, insbesondere auf Grund des schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäfts, als Aufgabenerklärung zu deuten ist, finden die Auslegungsvorschriften der §§ 133, 157 Anwendung (*RG* *Gruch* 54, 887). — Über die zeitliche Aufeinanderfolge der beiden Erfordernisse für die Aufhebung, Aufgabenerklärung und Löschung, bestimmt das Gesetz nichts. Daher kann die Er-

klärung auch noch nach der Löschung wirksam abgegeben werden. Jedoch besteht, je nachdem die Erklärung oder die Löschung vorangeht, insofern eine Verschiedenheit in der Wirkung, als eine formlose Erklärung nicht schon als solche, sondern nur im Falle nachfolgender oder bereits vorausgegangener Löschung unwiderrüflich ist. Soll die Erklärung vor bewirkter Löschung bindend sein, so muß sie in einer der beiden Formen des Abs 2 § 875 abgegeben werden. Andererseits wird das Grundrechtsgeschäft, wenn es ausnahmsweise einer Form bedarf und dieser Form entbehrt, nicht dadurch gültig, daß es die für die Bindung der Aufgabenerklärung vorgeschriebene Form erfüllt. In allen diesen Beziehungen gelten auch hier sinngemäß die Ausführungen zur Einigung in § 873 A 7 c. — Formellrechtlich ist zur Vornahme der Löschung nach den §§ 19, 29 GBD die in den Formen des § 29 Satz 1 erklärte Löschungsbewilligung des Passivbeteiligten, der das Recht aufgibt, erforderlich. Verweigert er die Erklärung, obwohl er nach dem schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäft zu ihr verpflichtet ist, so kann sie gemäß §§ 894 ff. ZPD durch Urteil ersetzt werden (RG 101, 234). Alles Nähere hierzu bringen die entsprechend zur Anwendung kommenden Ausführungen über die Einigungserklärung in § 873 A 7 c. — Einen eigentümlichen Anspruch auf Verzicht bei einer Hypothek gewährt § 1169.

5. Der Berechtigte ist regelmäßig der Inhaber des Rechtes, das aufgegeben werden soll (z. B. im Falle der Aufhebung einer Eigentümergrundschuld der Eigentümer: § 1163 A 3), ausnahmsweise, nämlich dann, wenn die Verfügungsmacht einem andern als dem Inhaber des Rechtes zusteht, der Inhaber der Verfügungsmacht (§ 873 A 8). Er muß nicht nur geschäftsfähig sein, sondern auch befugt, über das Recht zu verfügen. Ist eine Hypothek für Eheleute „als Gesamtläubiger“ eingetragen, so kann die Aufhebungserklärung gemäß § 875 von jedem Ehegatten allein ohne Mitwirkung des andern wirksam abgegeben werden (ZB 1937, 3158^{1a}). Die Aufgabenerklärung ist schon für sich allein eine Verfügung, und zwar durch einseitiges Rechtsgeschäft; eine Befugung liegt also nicht erst dann vor, wenn zu der Erklärung die nichtrechtsgeschäftliche Löschungseintragung hinzutreten ist (OLG 4, 492; 7, 50; RGZ 24 A 218; 25 A 276; NZA 9, 276). Das Nähere hierüber findet sich in § 873 A 8. Auf die Form der Erklärung kommt es dabei nicht an, insbesondere nicht darauf, daß die Erklärung in einer der im Abs 2 für die Bindung vorgeschriebenen Formen abgegeben ist. Auch die formlose Erklärung enthält eine Verfügung, wenn sie gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Begünstigten abgegeben und diesem (mit dem Willen des Erklärenden: A 7) zugegangen ist. Denn sie ist dann gemäß §§ 130, 875 Abs 1 Satz 2 wirksam und, falls sie erst nach der Löschung abgegeben worden ist, auch unwiderrüflich. Sie trägt aber auch dann Verfügungscharakter, wenn sie vor der Löschung abgegeben ist. Denn auch in diesem Falle führt sie, sofern sie nicht noch widerrufen wird, bei Eintritt der Löschung zur rechtsgültigen Aufhebung des Rechtes. In RGZ 25 A 276; OLG 7, 50 wird allerdings entgegen der hier vertretenen Ansicht angenommen, daß nur die in bindender Form abgegebene Erklärung eine Verfügung enthalte. — Ist derjenige, der die Aufgabe erklärt, in Wirklichkeit nicht Inhaber des Rechtes, so hängt die Rechtsgültigkeit der Erklärung nach § 185 von der vorherigen Zustimmung (Einwilligung: § 183) oder der nachträglichen Zustimmung (Genehmigung: § 184) des Berechtigten ab. Fehlt diese Zustimmung, so ist auch die auf Grund der unwirksamen Erklärung etwa erfolgte Löschungseintragung nichtig. Das gelöschte Recht ist materiell bestehen geblieben. Der Berechtigte kann nach § 894 die Berichtigung des durch die Löschung unrichtig gewordenen Grundbuchs verlangen, also die Wiedereintragung des Rechtes in dem früheren Rechtszustande, insbesondere mit dem früheren Rang (RGZ 33 A 278). Ist der Aufgebende zwar Berechtigter, bedarf er aber zur Wirksamkeit einer Verfügung über das Recht durch einseitiges Rechtsgeschäft der vorherigen Zustimmung (Einwilligung) eines Dritten (wie z. B. eine Ehefrau nach §§ 1395, 1398 der Einwilligung des Mannes oder ein Vorerbe nach § 2113 Abs 1 der Einwilligung des Nacherben: RG 102, 337), so muß die Zustimmung des Dritten, wenn die Aufgabenerklärung rechtsgültig sein soll, vor dem Zugehen der Erklärung an das Grundbuchamt oder an den Begünstigten erfolgt sein. Dasselbe gilt, wenn der Aufgebende minderjährig ist, für die zur Wirksamkeit der Erklärung nach § 111 erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Eine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) macht in diesen Fällen die Erklärung nicht gültig, da nach § 141 nichtige Rechtsgeschäfte überhaupt nicht durch Genehmigung geheilt werden können (RGZ 25 A 277; OLG 7, 51). Der Nachweis der Einwilligung als Voraussetzung für die vom Grundbuchamt vorzunehmende Löschungseintragung wird aber regelmäßig auch dann als erbracht anzusehen sein, wenn in einer die Formvorschrift des § 29 Satz 1 GBD erfüllenden Urkunde zunächst die Aufgabe und dann die Genehmigung dazu erklärt wird; denn einer solchen Urkunde wird in der Regel entnommen werden können, daß die Einwilligung schon vor der Aufgabe erklärt worden ist (OLG 4, 492). Wenn dies aber nach der besonderen Lage des Falles abzulehnen sein sollte, wird doch in der Genehmigungserklärung wenigstens dann eine Einwilligung zu finden sein, wenn der Aufgebende seine Erklärung erst nach der Genehmigungserklärung dem Grundbuchamt zur Eintragung der Aufhebung des Rechtes einreicht, da dann eine nach § 182 Abs 1 erklärte und in der Form des § 29 Satz 1 GBD abgegebene Zustimmung vor dem Wirksamwerden der Aufgabenerklärung vorliegt (RGZ 25 A 277; OLG 7, 51). Ist der Berechtigte bevormundet und bedarf der Vormund zur Aufgabe des Rechtes (z. B.

einer Hypothek gemäß § 1822 Nr 13) der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, so muß diese Genehmigung nach § 1831 ebenfalls vor der Aufgabeerklärung erteilt sein (RGZ 21 A 198; 24 A 218; 27 A 170). Auch hier ist aber ebenso wie in den bereits erörterten Fällen eine vorhergehende Genehmigung anzunehmen, wenn sie zwar erst nach der Aufgabeerklärung des Vormunds erteilt ist, diese Erklärung aber erst später dem Grundbuchamt (oder auch dem bei der Erklärung nicht zugegen gewesenen Begünstigten) durch den Vormund zugeht (RGZ 24 A 219). — Daß der Berechtigte als solcher eingetragen ist, erfordert das Gesetz zur rechtsgültigen Aufhebung nicht. Wenn er wirklich Berechtigter ist, braucht er nicht eingetragen zu sein. Nach der Ordnungsvorschrift des § 39 Abs 1 GBD soll allerdings, wenn nicht einer der Ausnahmefälle der §§ 39 Abs 2, 40 GBD vorliegt, eine Eintragung, also auch eine Löschung, nur erfolgen, wenn der durch die Eintragung Betroffene als der Berechtigte eingetragen ist. Eine unter Verletzung dieser formellen Vorschrift vorgenommene Löschung ist darum aber nicht unwirksam. Immerhin sind auch materiellrechtlich die Fälle, in denen eine Berechtigung ohne Eintragung besteht, nur Ausnahmefälle. In der Regel ist zur Erlangung der Berechtigung die Eintragung notwendig (§ 873 A 8). — Ist eine Hypothek gepfändet und dem Pfändungsgläubiger zur Einziehung überwiesen (§§ 830, 835 Abs 1, 837 ZPO), so ist der Pfändungsgläubiger zwar nicht (wie bei der Überweisung an Zahlungs Statt: § 835 Abs 2 ZPO) Hypothekengläubiger, also auch nicht Berechtigter im Sinne des § 875; da er aber ermächtigt ist, in Höhe des überwiesenen Betrags Zahlung von dem Drittschuldner mit bestreiter Wirkung entgegenzunehmen und an Stelle des Hypothekengläubigers über den Empfang zu quittieren, so wird durch seine Quittung nachgewiesen, daß die Hypothek gemäß den §§ 1163 Abs 1, 1177 auf den Eigentümers übergegangen ist. Die in der Form des § 29 GBD erteilte Quittung genügt mithin, um auf den in derselben Form gestellten Antrag des Eigentümers, der zugleich die nach § 19 GBD erforderliche Bewilligung und die nach § 27 GBD erforderliche Zustimmung enthält, die Löschung der Hypothek vorzunehmen (RGZ 52, 205). Dagegen ist der Pfändungsgläubiger zur Erteilung einer Aufgabeerklärung (Unterstützung durch Quittung: A 3; § 1168 A 1) nicht befugt, da diese eine Verfügung über die ihm an sich nicht gehörende Hypothek (auch für den Fall des Nichterlösens der Forderung durch Befriedigung) enthält (RGZ 23 A 147; 34 A 309; 52, 206; DVG 8, 209). Dies gilt auch dann, wenn die Hypothek für den Hypothekenschuldner selbst gepfändet worden ist. Da der Hypothekenschuldner als Pfändungsgläubiger nicht Gläubigerrechte an der Hypothek erlangt hat, so kann er nicht durch seine Löschungsbevollmächtigung über die Hypothek verfügen; die Forderung ist auch nicht durch Vereinigung von Forderung und Schuld in seiner Person erloschen (RGZ 52, 206). Formellrechtlich kann aber die Löschung der Hypothek dadurch herbeigeführt werden, daß der Hypothekenschuldner als Pfändungsgläubiger sich im Wege der Verrechnung für befriedigt erklärt (RGZ 52, 206). Ist eine Hypothek für die Forderung eines Dritten verpfändet, so kann der Pfandgläubiger, wenn seine Forderung fällig geworden ist, die Löschung der Hypothek bewilligen, da er dann nach § 1282 zur Einziehung der Hypothekenforderung berechtigt ist, während dem Hypothekengläubiger selbst die Befugnis zur Einziehung und Löschungsbevollmächtigung nicht zusteht (DVG 46, 17; § 1282 A 1).

6. Aufgabeerklärung und Löschung des Rechts müssen zusammenreffen, um die Aufhebung des Rechts herbeizuführen (RGZ 23 A 244; 38 A 275; 43, 151). Solange die Löschung nicht bewirkt ist, bleibt trotz einer, sei es auch nach Abs 2 bindenden, Aufgabeerklärung das Recht bestehen und der Aufgebende Berechtigter. Er wird im Verhältnis zu Dritten durch seine Erklärung in der Verfügung über das Recht nicht beschränkt (RG 66, 288; RGZ 38 A 276; 49, 152). Die Entlassung eines Grundstücks aus der Pfandhaft für eine Hypothek hat daher keine dingliche Wirkung, wenn die Hypothek nicht gelöscht wird. Dies gilt, sofern die Hypothek in der Zwangsversteigerung durch den Zuschlag des Grundstücks erlischt (§ 91 ZVG), auch für das an ihre Stelle tretende Recht auf den Versteigerungserlös. Das Recht auf den Erlös steht also sachenrechtlich dem Gläubiger zu, der die Pfandenlassung erklärt hat. Schuldrechtlich kann er allerdings verpflichtet sein, sein Pfandrecht an dem Grundstück nicht mehr geltend zu machen und folglich auch aus dem Versteigerungserlös keine Befriedigung zu suchen (RG 101, 120). Ist aber der Antrag auf Löschung (§ 13 GBD) mit der Aufgabeerklärung bereits beim Grundbuchamt eingegangen und geht alsdann ein weiterer Eintragungsantrag ein, der eine andere Verfügung über das Recht betrifft, so hat das Grundbuchamt nach § 17 GBD zunächst den ersten Antrag durch Bewirkung der Löschung zu erledigen und dann den zweiten Antrag, der nun nicht mehr begründet ist, zurückzuweisen (§ 873 A 13). Liegt einer bewirkten Löschung eine Aufgabeerklärung nicht zugrunde oder ist diese Erklärung nichtig oder mit Erfolg angefochten, so ist auch die Löschung nichtig; dann bleibt das Recht außerhalb des Grundbuchs bestehen (RG 73, 174; 82, 22). Die Löschung kann aber dadurch gültig werden, daß die Aufgabeerklärung nachgeholt oder rechtswirksam wiederholt wird (A 4). Die Aufhebung des Rechts tritt dann mit dem Zeitpunkt der nachträglichen Erklärung ein. Unterbleibt eine solche Erklärung, so kann der Berechtigte im Wege der Grundbuchberichtigung nach § 894 die Wiebereintragung des Rechts herbeiführen, gegebenenfalls auch mit einer Schuldbilge aus der persönlichen Verpflichtung, die der gelöschten Eintragung zugrunde lag, oder mit der Klage aus grundloser Bereicherung zu demselben Ziel gelangen (RG 82, 24). Die Löschungsbevollmächtigung ist aber auch sonst für sich allein nicht

ohne Rechtswirkung. Sie begründet nach § 891 Abs 2 die Vermutung für das Nichtbestehen des Rechts; der Berechtigte hat also nicht mehr die Vermutung aus § 891 Abs 1 für sich, sondern muß das Fortbestehen seines Rechts beweisen. Auch kann das Recht durch gutgläubigen Erwerb nach § 892 verlorengehen oder beschränkt werden. Es unterliegt schließlich nach § 901 der Verjährung (RG JW 1906, 17^o). — Über die Voraussetzungen, unter denen das Grundbuchamt die Löschung vorzunehmen hat, trifft nicht das BGB, sondern die GBD Bestimmung. Die hauptsächlich in Betracht kommenden Vorschriften der GBD sind in § 873 A 10 besprochen. Gibt der Ersteher eines Grundstücks eine diesem Grundstück zustehende Grunddienbarkeit auf, so kann die Dienbarkeit auf dem belasteten Grundstück erst gelöscht werden, wenn der Ersteher auf dem berechtigten Grundstück als Eigentümer eingetragen ist (HR 1933 Nr 192). — Über den Inhalt der Eintragung bestimmt § 46 Abs 1 GBD, daß die Löschung eines Rechts durch Eintragung eines Lösungsvermerks zu erfolgen hat. Die Eintragung eines solchen Vermerks setzt begrifflich das Eintragungsein des zu löschenden Rechts voraus (JW 10, 306). Soll das Recht nur an einem Teil des belasteten Grundstücks durch Löschung aufgehoben werden, so bedarf es nach § 7 (§ 6) GBD der Abschreibung des befreiten Teils, weil eine größere und infolgedessen neue Belastung des andern Teils eintritt (RGZ 21 A 112). Doch handelt es sich dabei nur um eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbefolgung nicht die Unwirksamkeit der Löschung zur Folge hat. Daher treten die Wirkungen der Pfandentlassung einer Parzelle auch ohne deren Abschreibung ein, wenn die das ganze Grundstück belastende Hypothek nur auf dieser Parzelle gelöscht wird (RG 101, 120). Wird bei der Übertragung eines Grundstücks oder eines Grundstücksteils auf ein anderes Grundbuchblatt ein eingetragenes Recht nicht mit übertragen, so gilt es nach § 46 Abs 2 GBD in Ansehung des Grundstücks oder des Teiles als gelöscht. Doch folgt hieraus nicht ohne weiteres, daß das Recht materiell erloschen ist; es ist nur nicht mehr gebucht. Ist die Mitübertragung sachlich zu Unrecht unterblieben, liegt der Nichtübertragung insbesondere keine Erklärung des Berechtigten nach § 875 (Entpfändung des Grundstücks oder Grundstücksteils) zugrunde, so besteht das Recht außerhalb des Grundbuchs weiter und kann im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 894) wieder zum grundbuchmäßigen Dasein gelangen, soweit nicht etwa ein inzwischen erfolgter Erwerb unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892) entgegensteht (RGZ 27 A 116; 46, 211; DRG 40, 57; § 894 A 1a).

7. Damit die Aufgabenerklärung, die materiellrechtlich zwar keiner Form bedarf (A 4), aber eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist (RGZ 24 A 218; 37 A 223; 43, 148), Rechtswirkung hat, muß sie gegenüber einem der in Abs 1 Satz 2 genannten Empfangsberechtigten abgegeben sein. Die Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt kann dadurch erfolgen, daß sie mündlich vor dem Grundbuchamt abgegeben oder schriftlich dem Grundbuchamt eingereicht wird (RGZ 26 A 277). Zur materiellen Wirksamkeit genügt im ersten Falle die mündliche Erklärung vor dem Grundbuchamt ohne Rückzicht auf die Aufnahme eines Protokolls (A 10), im zweiten Falle auch eine privatschriftliche Eingabe. Formellrechtlich ist allerdings zur Vornahme der Eintragung die Beobachtung der in § 29 Satz 1 GBD vorgeschriebenen Form erforderlich. Danach hängt die Löschung davon ab, daß die vor dem Grundbuchamt abgegebene Erklärung zu Protokoll genommen ist und die schriftliche Erklärung die genannte Formvorschrift erfüllt. Laßt das Grundbuchamt aber diese Ordnungsvorschrift außer acht und nimmt trotz formloser Erklärung die Löschung vor, so ist die Aufhebung des Rechts gültig vollzogen. — Nach § 130 Abs 1, 2 wird die Erklärung mit dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Grundbuchamt zugeht. Dann ist auch die formlos abgegebene Erklärung unwiderstlich (A 10). Die Erklärung vor dem Grundbuchamt und die Einreichung bei dem Grundbuchamt können auch durch einen Vertreter erfolgen. Über die Vertretung des Aufgebenden bei der Einreichung durch den mitwirkenden Notar vgl. RZM 2, 38; RGZ 24 A 216; 25 A 273, 315; DRG 7, 49. Da eine empfangsbedürftige Willenserklärung nur dann wirksam abgegeben ist, wenn sie dem Empfangsberechtigten mit dem Willen des Erklärenden zugeht, kann die Aufgabenerklärung nicht als abgegeben gelten, wenn sie ohne den Willen des Erklärenden dem Grundbuchamt (oder dem Begünstigten: A 8) zugegangen ist (RGZ 48, 187). — „Grundbuchamt“ ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk das belastete Grundstück liegt (GBD § 1).

8. Der durch die Erklärung Begünstigte, dem gegenüber die Erklärung wirksam abgegeben werden kann, ist in erster Linie der Eigentümer des mit dem Recht belasteten Grundstücks (RGZ 37 A 235; 43, 149). Aber auch der Inhaber eines dem aufzuhebenden Recht im Range nachstehenden oder gleichstehenden Rechts oder einer entsprechenden Vormerkung ist eine Person, zu deren Gunsten die Erklärung erfolgt (RGZ 48, 187). Für die Form der Erklärung gilt das in A 7 Gesagte. Wirksam wird die Erklärung gemäß § 130 Abs 1 Satz 1 mit dem Zeitpunkt, in dem sie dem Begünstigten zugeht (JW 1926, 2699^o). Doch kann die nicht in der Form des Abs 2 § 875 abgegebene Erklärung so lange widerrufen werden, bis die Erklärung (schriftlich) dem Grundbuchamt eingereicht (A 7) oder die Löschung erfolgt ist. Wenn die Erklärung von einem rechtsgeschäftlichen oder einem gesetzlichen Vertreter abgegeben ist und der Erklärende, bevor sie wirksam geworden ist, die Vertretungsmacht verliert (wenn z. B. der vertretene Minderjährige inzwischen

volljährig geworden ist), so wird die Erklärung nicht dadurch wirksam, daß sie demnächst dem Empfangsberechtigten zugeht, es sei denn, daß der Vertretene sie genehmigt (RdZ 43, 151).

9. Gebunden ist der Aufgebende an seine, sei es auch formlose Erklärung, wenn ihr die Löschung gefolgt oder wenn sie erst nach der Löschung abgegeben ist; dabei ist vorausgesetzt, daß sie gegenüber einem der in Abs 1 Satz 2 genannten Empfangsberechtigten abgegeben und diesem zugegangen ist (A 7, 8). Ferner ist der Aufgebende auch schon vor der Löschung gebunden, wenn er die Erklärung in einer der beiden Arten des Abs 2 abgegeben hat. — Die Wirkung der Bindung ist, daß die Erklärung nicht widerrufen werden kann. Ist die Erklärung nach § 130 wirksam geworden (A 7, 8), so ist es nach § 130 Abs 2 auf ihre Wirksamkeit ohne Einfluß, wenn der Erklärende stirbt oder geschäftsunfähig wird (RG JW 1926, 1955⁶). Die Erben oder der gesetzliche Vertreter können aber die Erklärung widerrufen, wenn sie nicht von vornherein bindend war oder inzwischen bindend geworden ist. Ferner wird die bindende Erklärung, auf deren Grundlage der Antrag auf Löschung beim Grundbuchamt gestellt worden ist, nach § 878 nicht dadurch unwirksam, daß der Erklärende nachträglich in der Verfügung beschränkt wird (RdZ 9, 276). Dagegen bewirkt die Bindung an die Erklärung für sich allein noch keine Beschränkung des Berechtigten in der Verfügung über das Recht (A 6). Auch folgt daraus nicht ein Anspruch auf Herbeischaffung oder Nachholung des etwa zur Löschung noch Fehlenden. Vielmehr kann der Begünstigte einen solchen Anspruch nur auf Grund des schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäfts geltend machen (RG Warn 1935 Nr 100). Ist dieses nichtig, so wird es nicht durch die bindende Erklärung geheilt. Im Falle der Anfechtbarkeit kann aber in der bindenden Erklärung eine Bestätigung des auf die Aufhebung des Rechts gerichteten Grundrechtsgeschäfts nach § 144 Abs 1 gefunden werden (§ 873 A 13). Hat der Aufgebende den Löschantrag (§ 13 GBD) selbst gestellt, was namentlich dann vorkommen kann, wenn er ohne Zuziehung des Eigentümers das Recht durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt zur Aufhebung bringen will, so kann er noch den Antrag gemäß §§ 31, 29 Satz 1 GBD zurücknehmen und dadurch die Löschung verhindern. Sein Widerruf ist aber vom Grundbuchamt in keinem Falle dann zu beachten, wenn der Antrag vom Begünstigten (A 11) gestellt ist (RdZ 25 A 273; DVG 6, 207). Im Falle des § 876 hindert das Fehlen der Zustimmung des an dem Grundstückrecht berechtigten Dritten zwar die Aufhebung des Rechts, aber nicht die Bindung an die Aufgabenerklärung.

10. Die gegenüber dem Grundbuchamt abgegebene Erklärung (A 7) ist auch dann **bindend** und damit unwiderruflich (A 9), wenn sie formlos abgegeben ist. Denn eine Form ist in dieser Hinsicht nicht vorgeschrieben. Insbesondere ist auch eine mündlich vor dem Grundbuchamt abgegebene Erklärung bindend. Der Aufnahme der Erklärung zu Protokoll bedarf es weder zur Wirksamkeit noch zur Bindung (§ 873 A 15, § 925 A 13).

11. Die den Vorschriften der GBD entsprechende Löschantragbewilligung, durch deren **Aushändigung an den Begünstigten** die Erklärung bindend und damit unwiderruflich (A 9) wird, ist die vor dem Grundbuchamt zu Protokoll gegebene oder in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde abgegebene Löschantragbewilligung des durch die Aufhebung des Rechts Betroffenen im Sinne der §§ 19, 29 Satz 1 GBD, also dieselbe Erklärung, die auch die formell-rechtliche Voraussetzung für die Vornahme der Löschung bildet. Durch die Aushändigung der Löschantragbewilligung wird der Begünstigte in den Stand gesetzt, unter Einreichung der Bewilligung den Antrag auf Löschung (§ 13 GBD) zu stellen, der nach § 30 GBD keiner Form bedarf. Die Aushändigung kann auch durch einen Vertreter erfolgen. Wenn der Gläubiger einer fälligen Hypothek eine den Vorschriften der GBD entsprechende Löschantragbewilligung einem Notar übersendet mit der Weisung, von der Urkunde nach Zahlung des Hypothekensbetrags Gebrauch zu machen, so gilt der Notar als ermächtigt, die Urkunde dem zahlenden Eigentümer auszuhandigen (RG Gruch 52, 957). Einer körperlichen Aushändigung der Löschantragbewilligung bedarf es nicht unbedingt. Wenn z. B. die Bewilligung in einem zwischen dem Bewilligenden und dem Begünstigten geschlossenen notariellen Vertrag enthalten ist, so ist sie schon mit dem Abschluß der notariellen Verhandlung als dem Begünstigten zugegangen anzusehen, ohne daß es noch erst der Aushändigung einer Ausfertigung der Verhandlung bedarf, die sich der Begünstigte ja ohnehin jederzeit verschaffen kann (RdZ 49, 155).

12. Entsprechende Anwendung findet § 875 im Falle des § 1132 Abs 2 (Verteilung einer Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke) und Abs 2 § 875 in den Fällen der §§ 1168 Abs 2 (Verzicht auf eine Hypothek), 1180 Abs 2 (Wechsel der Forderung bei einer Hypothek).

§ 876

Ist ein Recht an einem Grundstücke mit dem Rechte eines Dritten belastet ¹⁾, so ist zur Aufhebung des belasteten Rechtes ²⁾ die Zustimmung ³⁾ des Dritten erforderlich ⁴⁾. Steht das aufhebende Recht dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zu ¹⁾, so ist, wenn dieses Grundstück mit dem Rechte eines Dritten belastet ist ¹⁾, die Zustimmung ³⁾ des Dritten erforderlich ⁴⁾,

es sei denn, daß dessen Recht durch die Aufhebung nicht berührt wird⁵⁾. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt⁶⁾ oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt⁷⁾; sie ist unwiderruflich⁸⁾.

§ 1 980, 985, 977, 1015, 1048, 1061 II 797; M 3 463 ff., 474, 480, 551, 569, 594; B 3 69 ff.; 6 221.

1. Als unmittelbare Belastungen eines Grundstücksrechts mit dem Rechte eines Dritten kommen in Betracht: Nießbrauch und Pfandrecht an Reallasten, Hypotheken und Grundschulden (§ 873 A 5). Wenn das betroffene Recht Grundstücksnatur hat (Erbbaurecht, Erbpachtrecht, Abbaurecht: B D v. 15. I. 1919 § 11, GG Artt 63, 68), kommen weiterhin in Betracht alle Belastungen, die auf einem Grundstück ruhen können (§ 873 A 6). Mittelbar können subjektiv-dingliche Rechte, nämlich Grunddienbarkeit (§ 1018), Vorkaufsrecht (§ 1094 Abs 2), Reallast (§ 1105 Abs 2), mit dem Recht eines Dritten dadurch belastet sein, daß dieses Recht (z. B. eine Hypothek, ein Nießbrauch) das aus jenen Rechten berechtigte Grundstück belastet und dabei jene Rechte als Bestandteile des Grundstücks mitergreift. Auf eine unmittelbare Belastung findet Satz 1 § 876, auf eine mittelbare Satz 2 Anwendung; Satz 3 gilt für beide Belastungen. — Wird eine Hypothek unter Vorbehalt des Zinsgenusses so abgetreten, daß die Bestellung eines Nießbrauchs an ihr anzunehmen ist, so ist fortan § 876 auf sie anzuwenden (§ 1158 A 3). Die Anwendung des § 876 bei der rechtsgeschäftlichen Aufhebung einer Salzabbaugerechtigkeit behandelt FFG 14, 395.

2. Unter der Aufhebung des belasteten Rechtes ist hier ebenso wie im § 875 nur eine Aufhebung durch Rechtsgeschäft gemeint, da eine Zustimmung, also eine rechtsgeschäftliche Erklärung, erfordert wird. Erlischt das belastete Recht aus einem Grunde, der nicht auf Rechtsgeschäft beruht (Fälle in § 875 A 1), so erlischt ohne weiteres auch das belastende Recht, soweit es sich auf das belastete Recht bezieht; die Zustimmung des Drittberechtigten ist dann nicht erforderlich. Die Aufhebung des ein Grundstücksrecht (ohne Grundstücksnatur) unmittelbar belastenden Rechtes (A 1) für sich allein behandelt § 875 A 2. Entsprechende Anwendung findet § 876 in den Fällen der §§ 877, 880, 1109 Abs 2, 1116, 1132 Abs 2, 1172 Abs 2, 1168 Abs 2, 1180 und die Vorschrift des Satz 3 in den Fällen der §§ 1071, 1276. Auf andere Verfügungen über das belastete Recht (z. B. auf die Übertragung, eine weitere Belastung) bezieht sich § 876 nicht. Sie lassen das Recht des Dritten unberührt und bedürfen daher der Zustimmung des Dritten nicht (M 3, 463; RG 47, 161).

3. Die Zustimmung des Drittberechtigten führt in Verbindung mit den übrigen im § 875 für die Aufhebung einer Grundstücksbelastung erforderlichen Voraussetzungen, nämlich der Aufgabenerklärung des Berechtigten und der Löschung, nicht nur zur Aufhebung der Grundstücksbelastung, sondern auch zur Aufhebung der Rechtsbelastung selbst: in den Fällen der unmittelbaren Belastung (Satz 1) zur Aufhebung der Rechtsbelastung im ganzen; in den Fällen der mittelbaren Belastung (Satz 2) zur Aufhebung des Belastungsrechtes des Drittberechtigten insoweit, als dieses durch die Belastung des berechtigten Grundstücks die aufzuhebende Grundstücksbelastung mit ergriffen hatte, während hier im übrigen das Recht des Dritten an dem Grundstück unberührt bleibt. — Die Zustimmung ist ein besonderes Rechtsgeschäft für sich. Da eine bestimmte Zeit für sie nicht vorgeschrieben ist, so kann sie von dem „Drittberechtigten“ (Inhaber der Rechtsbelastung) nicht nur nach der Aufgabenerklärung des „Berechtigten“ (Inhaber des belasteten Rechts), sondern auch schon vorher, und nicht nur vor der Löschung, sondern auch noch nachher wirksam erteilt werden. Sie ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Daher finden auf sie die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte Anwendung mit Ausnahme der Vorschriften über den Vertrag (§§ 145—157), also die §§ 104—144, 158—181, 184, 185 (nicht auch §§ 182, 183: A 8). Empfangsberechtigt sind die in Satz 3 § 876 genannten Stellen. Die Zustimmung ist ein abstraktes Rechtsgeschäft; sie ist also von dem (grundsätzlich formlos gültigen) Grundrechtsgeschäft, das die Verpflichtung zur Erteilung der Zustimmung begründet, losgelöst und namentlich in den Fragen der Form, der Nichtigkeit, der Anfechtbarkeit als selbständiges Rechtsgebilde zu behandeln. Sie kann ersetzt werden durch ein auf Grund des Grundrechtsgeschäfts erstrittenes rechtskräftiges Urteil gegen den Zustimmungspflichtigen nach § 894 B D. Wenn zwar die Zustimmungserklärung abgegeben ist, zur Herbeiführung der Löschung aber noch etwas fehlt, was von dem Zustimmungspflichtigen beizubringen ist, so kann aus dem Grundrechtsgeschäft, aber nicht aus der Zustimmung als solcher auf Nachbringung des Fehlenden geklagt werden. In allen diesen Beziehungen gilt dasselbe wie für die vom Berechtigten abzugebende Einigungserklärung des § 873 und die Aufgabenerklärung des § 875. Insoweit kann daher verwiesen werden auf § 873 A 7, 13, § 875 A 4, 9. — Fehlt die Zustimmung des „Drittberechtigten“ oder ist sie von vornherein nichtig oder durch Anfechtung nichtig geworden, so ist die etwa nur auf Grund der Aufgabenerklärung des „Berechtigten“ vorgenommene Löschung unwirksam; weder die Rechtsbelastung noch das belastete Recht selbst ist materiell aufgehoben. Sowohl der „Drittberechtigte“ als auch der „Berechtigte“ hat dann gemäß § 894 einen dinglichen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs, also auf Wiedereintragung des belasteten Rechts in dem früheren Rechtszustande, insbesondere einerseits mit der Belastung, andererseits in dem früheren Rang, soweit nicht ein inzwischen erfolgter Rechtserwerb unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892) entgegensteht

(§ 875 A 5, 6). Wird aber die Zustimmung nachträglich erteilt, so gilt nach § 184 die Löschung und damit auch die Aufhebung als von vornherein rechtsgültig erfolgt. Auf die Wirksamkeit der Aufgabenerklärung als solcher, namentlich wenn sie gemäß § 875 Abs 2 bindend abgegeben worden ist, hat das Fehlen der Zustimmung keinen Einfluß. — Eine Form ist für die materielle Gültigkeit der Zustimmung nicht vorgeschrieben. Nach formellem Recht (§§ 19, 29 GBD) darf aber das Grundbuchamt die Löschung nur vornehmen, wenn nicht nur die Aufgabenerklärung des „Berechtigten“, sondern auch die Zustimmungserklärung des „Drittberechtigten“ in einer der Formen des § 29 Satz 1 GBD abgegeben ist. Eine Verletzung dieser Ordnungsvorschriften, also auch eine Löschung auf Grund einer nur formlosen Zustimmung, macht indessen die Rechtsaufhebung nicht rechtsungültig. — Die Zustimmung kann in den Fällen der unmittelbaren Rechtsbelastung durch Nießbrauch oder Pfandrecht (A 1) nach Lage der Umstände und der Art der Erklärung einen unbedingten, von der Löschung des belasteten Rechts unabhängigen Verzicht auf das belastende Recht enthalten, da dieser Verzicht nach den §§ 1064, 1072, 1255, 1273 nur einer einseitigen Erklärung bedarf.

4. Der „Drittberechtigte“ muß nicht nur geschäftsfähig sein, sondern auch die Befugnis haben, über das belastende Recht zu verfügen. Die Zustimmung zur Aufhebung des belasteten Rechts ist eine Verfügung über das belastende Recht, da sie auch dessen Aufhebung zur Folge hat (A 3). Daher gilt in dieser Hinsicht dasselbe wie für die Befugnis des „Berechtigten“ zur Verfügung über das belastete Recht (§ 875 A 5).

5. Nicht berührt durch die Aufhebung des belasteten Rechtes wird das Recht des Dritten in den nach Satz 2 allein in Betracht kommenden Fällen der mittelbaren Belastung (A 1), wenn also z. B. das belastende Recht des Dritten ein Nießbrauch oder eine Grunddienstbarkeit und das mit dem hierdurch belasteten Grundstück verbundene, als Bestandteil des Grundstücks mitbelastete Recht ein Vorkaufrecht an einem andern Grundstück ist. Die Aufhebung des mitbelasteten Rechts läßt das belastende Recht unberührt, wenn dieses Recht in seiner Ausübung und Durchführung durch die Entziehung des belasteten Rechts als eines seiner Belastungsgegenstände keinerlei Einbuße erleidet. Dabei hat aber die Möglichkeit außer Betracht zu bleiben, daß das Recht des „Drittberechtigten“ im Falle der Zwangsversteigerung des damit belasteten Grundstücks sich in einen Anspruch auf den Versteigerungserlös umwandeln und daß dann für die Höhe dieses Anspruchs das Fortbestehen des belasteten Rechts von Bedeutung sein kann. Denn für die hier erörterte Frage kommt nur in Betracht das Berührtwerden des Rechtes selbst, wenn und solange es als solches besteht (M 3, 464f.). Wird das belastende Recht nicht berührt, so bedarf es der Zustimmung des „Drittberechtigten“ nicht. Dem Grundbuchamt muß freilich das Vorliegen dieser Voraussetzung nachgewiesen werden, wenn die Löschung ohne die Zustimmungserklärung beantragt wird. Nach formellem Grundbuchrecht (§ 21 GBD) ist aber ohne Rücksicht darauf, ob der Nachweis erbracht wird oder nicht, eine Zustimmungserklärung zur Vornahme der Löschung überhaupt nicht erforderlich, wenn das belastete (subjektiv-dingliche) Recht auf dem Grundbuchblatt des berechtigten Grundstücks nicht vermerkt ist (§ 9 GBD). — Einen Ersatz für die Zustimmungserklärung kann die Landesgesetzgebung schaffen durch ein Unschädlichkeitszeugnis auf Grund des Vorbehalts in Art 120 Abs 2 Ziff 2 GG.

6. Für die Zustimmungserklärung „gegenüber dem Grundbuchamt“, das einer der beiden im Satz 3 bestimmten Empfangsberechtigten ist, gelten entsprechend die Ausführungen zur Aufgabenerklärung in § 875 A 7, 10.

7. Der durch die Zustimmung Begünstigte, der empfangsberechtigt ist, kann der Eigentümer, ein Miteigentümer, der „Berechtigte“ (A 3) oder der Inhaber eines andern im Range gleichstehenden oder nachstehenden Rechtes sein. Im übrigen kann verwiesen werden auf die entsprechend anzuwendenden Ausführungen in § 875 A 8.

8. Die Zustimmung ist stets unwiderruflich, wenn sie gegenüber einem der in Satz 3 genannten Empfangsberechtigten abgegeben ist. Die §§ 182, 183 finden hier keine Anwendung. Auch wenn die Zustimmung vor der Abgabe der Aufgabenerklärung des § 875 erteilt wird, ist sie unwiderruflich. Die Unwiderruflichkeit hängt auch nicht wie die Unwiderruflichkeit der Aufgabenerklärung nach § 875 Abs 2 von der Einhaltung einer Form ab. Auch die gegenüber einem Empfangsberechtigten formlos erklärte Zustimmung ist bindend. — Verfügt der „Drittberechtigte“ nach Abgabe der unwiderruflichen Zustimmung anderweit über sein belastendes Recht (z. B. über eine Hypothek, die eine mit dem belasteten Grundstück verbundene Reallast ergreift), so muß der Erwerber die Zustimmung gegen sich gelten lassen; seiner eigenen Zustimmung zur Aufhebung bedarf es nur, wenn er sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen kann (§§ 404, 413, 892; Prot 3, 72f.). — Tritt eine Verfügungsbeschränkung des „Drittberechtigten“ nach der Abgabe seiner Zustimmungserklärung ein, so findet § 878 keine Anwendung, da er sich nur auf „eine in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebene Erklärung“ bezieht (RG 52, 416). Da aber die Zustimmung sofort unwiderruflich und ein in sich vollendetes Rechtsgeschäft ist, so ergibt sich von selbst, daß eine nachträgliche Verfügungsbeschränkung (z. B. die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des „Drittberechtigten“) keinen Einfluß auf die Wirksamkeit der Zustimmung hat; das gilt selbst dann, wenn noch nicht einmal alle Voraussetzungen des § 878 (z. B. nicht ein beim Grundbuchamt gestellter Eintragungsantrag) vorliegen (RG 52, 416).

§ 877

Die Vorschriften der §§ 873¹⁾, 874²⁾, 876³⁾ finden auch auf Änderungen des Inhalts eines Rechtes⁴⁾ an einem Grundstück⁵⁾ Anwendung⁶⁾.

§ 1 1134, 1144 II 798; III 3 770, 795f.; IV 3 692ff.; 4 586f.

1. Aus der Anwendung des § 873 folgt, daß zur Rechtsänderung (z. B. zur Abänderung einer eingetragenen Wegerechtigkeit: RGZ 48, 177) die (formlose) Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber des Rechtes und die Eintragung der Änderung erforderlich ist (§ 873 Abs 1; RGZ 48, 177). Ob die Änderung auf eine Erweiterung oder auf eine Einschränkung der Befugnisse des Berechtigten (z. B. die Aufhebung der Übertragbarkeit des Rechts) hinausläuft, macht hierbei grundsätzlich keinen Unterschied (RG JW 1904, 282¹⁾). Handelt es sich aber lediglich um eine teilweise Aufhebung des Rechts, die auch nicht etwa mit einer Erweiterung des Rechts nach einer andern Richtung verbunden ist, so kommt nicht § 877, sondern nur § 875 zur Anwendung. Dann genügt die einseitige Erklärung des Berechtigten, daß er den Teil des Rechtes aufgabe, und die hinzutretende Lösung des Rechtssteils. Ist die Einigung nach § 873 Abs 2 bindend erklärt und der Antrag auf Eintragung der Änderung beim Grundbuchamt gestellt, so gilt für die Einflußlosigkeit des Eintritts einer Verfügungsbeschränkung des Eigentümers oder des Rechtsinhabers der § 878. Formellrechtlich bedarf es zur Vornahme der Änderungseintragung nicht des Nachweises der Einigung, sondern nur der in den Formen des § 29 Satz 1 GBD erklärten Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten (§ 19 GBD) und eines (formlosen: § 30 GBD) Eintragungsantrags des Aktivbeteiligten oder des Passivbeteiligten (§ 13 Abs 1, 2 GBD). Im übrigen kann verwiesen werden auf die Bemerkungen zu § 873.

2. Nach dem anzuwendenden § 874 kann ebenso wie bei der Eintragung eines Rechtes auch bei der Eintragung der Änderung zur näheren Bezeichnung des Inhalts der Rechtsänderung auf die Eintragungsbewilligung und auf Urkunden, auf welche diese verweist (§ 874 A 5), Bezug genommen werden (RGZ 48, 178).

3. Die Anwendung des § 876 findet statt, wenn das zu ändernde Recht mit dem Recht eines Dritten belastet ist. Dann bedarf es zur Änderung des Inhalts des belasteten Rechtes der Zustimmung des Drittberechtigten (§ 876 Satz 1). In den Fällen der mittelbaren Rechtsbelastung (§ 876 A 1) ist die Zustimmung des „Drittberechtigten“ nicht erforderlich, wenn durch die Änderung das mittelbar belasteten Rechtes das belastende Recht nicht berührt wird (§ 876 Satz 2). Daher bedarf es z. B. der Zustimmung der Hypothekengläubiger des herrschenden Grundstücks nicht, wenn eine durch die Hypotheken mittelbar belastete Wegerechtigkeit, die nur auf einem Teil des dienenden Grundstücks ruht, auf einen andern Teil verlegt werden soll (str.; A 4). Im übrigen gelten die entsprechend anzuwendenden Bemerkungen zu § 876.

Die Zustimmung eines Drittberechtigten kann auch nach anderen Vorschriften als § 877 (in Verbindung mit § 876) zur Änderung des Inhalts eines Grundstücksrechts erforderlich sein. Wird z. B. das Recht erweitert, so ist die Zustimmung der Inhaber gleich- oder nachstehender Rechte erforderlich, da die Erweiterungen sich als Neubelastungen darstellen, die den genannten Rechten nach § 879 nachstehen müßten (RGZ 52, 200; JFG 11, 234; über die Änderung des Inhalts einer Hypothek durch nachträgliche Vereinbarung der Goldklausel: § 1119 A 5; über die nachträgliche Eintragung der Verzinsungsklausel bei einer Pfandbriefhypothek: § 1115 A 4 a. E.; über die Umwandlung eines bedingten oder befristeten Rechts in ein unbedingtes oder unbefristetes: unten A 4). Eine Ausnahme enthält § 1119 Abs 2 für die Erweiterung gewisser Nebenleistungen bei der Hypothek (RPA 7, 260; RGZ 52, 201). Hieraus darf aber nicht folgert werden, daß es zu jeder Inhaltsänderung der Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten bedürfe. Wenn dies als Regel gelten sollte, hätte es im § 877 bestimmt werden müssen. Aus den Sonderbestimmungen in den §§ 1119 Abs 2, 1186, 1198, 1203 läßt sich indessen eher eine Regel im Sinne des Richterfordernisses der Zustimmung entnehmen. Es fehlt auch ein gesetzgeberischer Grund dafür, die Zustimmung auch dann zu fordern, wenn die Rechtsstellung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten durch die Inhaltsänderung nicht verschlechtert wird (RGZ 52, 200; JW 1936, 2343²⁾). Eine Verschlechterung ist z. B. nicht gegeben, wenn bei einer Höchstbetragshypothek die nur dem Höchstbetrag nach bezeichneten ungewissen Ansprüche des Gläubigers durch eine bestimmte Forderung ersetzt werden, oder wenn bei einer gewöhnlichen Sicherungshypothek oder bei einer Verkehrshypothek an die Stelle der zugrunde liegenden aufschiebend bedingten Forderung eine unbedingte gesetzt wird. Denn bis dahin bestand eine (vorläufige) Eigentümergrundschuld (§§ 1113 A 7; 1190 A 1), welche das Ausruhen der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten verhinderte (RGZ 52, 202; vgl. aber auch RG Warn 1909 Nr 360, wo freilich die nachstehenden Hypothekengläubiger, deren Zustimmung zur Umwandlung der für eine bedingte Forderung bestellten Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek erfordert ist, nur mit Rücksicht auf die Bedingtheit der Forderung den Vorrang vor ihren Hypotheken eingeräumt hatten). Ebenso wenig wird die Lage gleich- oder nachstehender Berechtigter verschlechtert, wenn bei einer Hypothek von gleichem oder besserem Rang für sog. Strafzinsen nicht deren Betrag erhöht wird,

RGZ, Kommentar von Reichsgerichtsräten. 9. Aufl. III. Bb. (Weslau.)

sondern nur die Bedingungen für ihren Verfall innerhalb des bisher für die Nebenleistungen eingetragenen Gesamtzinsfußes verschärft oder erweitert werden (RGZ 52, 197). Überhaupt tritt eine Verschlechterung der Rechtsstellung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten infolge einer Änderung von Nebenleistungen nur dann ein, wenn dadurch der Umfang des Rechts derart erweitert wird, daß die Änderung einer Neubelastung gleichkommt (RGZ 24 A 130; 26 A 290; 33 A 250; 52, 201; RZM 15, 243). Daher kann auch die Erhöhung des Satzes der laufenden Zinsen einer Hypothek ohne Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Gläubiger in das Grundbuch eingetragen werden, wenn infolge der gleichzeitig eintretenden Herabsetzung des Satzes der ausbedingenen Strafzinsen für den Säumnisfall die Gesamtbelastung des Grundstücks nicht vergrößert wird (ZFG 9, 255).

4. Inhalt eines Rechtes bedeutet hier ebenso wie im § 874 die Gesamtheit der aus der Rechtsbegründung sich ergebenden Befugnisse des Berechtigten. Eine Neugestaltung, die den Inhalt des Rechts in diesem Sinne nicht zum Gegenstand hat, fällt nicht unter § 877 und kann daher auch grundbuchmäßig nicht als Inhaltsänderung zum Ausdruck gebracht werden. Immerhin läßt sich die Umwandlung eines bedingten Rechts in ein unbedingtes oder eines befristeten Rechts in ein unbefristetes noch unter § 877 bringen; mit Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten kann daher eine solche Umwandlung in der Veränderungsspalte eingetragen werden (ZFG 13, 75 unter Preisgabe des gegenteiligen Grundsatzes in RGZ 50, 188). Dasselbe gilt natürlich auch für die Eintragung der Änderung der Bedingungen bei einer bedingten Hypothek (HRM 1933 Nr 1929). Dagegen handelt es sich nicht mehr um eine Änderung des Rechtsinhalts, wenn an die Stelle einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090) eine Grunddienstbarkeit (§ 1018) treten soll. Denn zu den wesentlichen Begriffsmertmalen der persönlichen Dienstbarkeit gehört, daß die Berechtigung an eine natürliche oder juristische Person, nicht, wie das Recht aus der Grunddienstbarkeit, an den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks geknüpft ist. Die Ersetzung kann daher nur in der Weise erfolgen, daß die beschränkte persönliche Dienstbarkeit gelöscht und die Grunddienstbarkeit neu eingetragen wird (ZFG 1, 414). Ausnahmeweise mag bei einem Altenteil (Auszug, Leibgebirge, Leibzucht) die Umwandlung eines als beschränkte persönliche Dienstbarkeit anzusehenden Rechts in eine Reallaftberechtigung ohne Löschung und Neueintragung zulässig sein (§ 1093 A 1). Die Erhöhung des Kapitals einer Hypothek und die Herabsetzung des Kapitals und des Zinssatzes einer Hypothek werden in A 6 behandelt. Wenn eine gewöhnliche Hypothek in eine wertbeständige Hypothek (§ 1113 A 4) umgewandelt werden soll, so muß für den etwaigen Mehrbetrag des Kapitals ein neues Recht eingetragen werden (DVG 43, 218). Die allgemeine „Umwandlung“ einer Aufwertungshypothek in eine nicht aufgewertete Hypothek ist nicht eintragbar (ZFG 1936, 2343^{aa}). — Unter **Inhaltsänderungen** sind im § 877, wie sich aus der Bezugnahme auf die §§ 873, 876 ergibt, nur die auf Rechtsgeschäft beruhenden, nicht auch die kraft Gesetzes eintretenden Änderungen zu verstehen. Daher gehören z. B. nicht hierher Änderungen, die eintreten: bei der Grunddienstbarkeit nach §§ 1025, 1026; bei der Hypothek nach § 1177, nach §§ 1164, 1174 und nach §§ 1173 Abs 2, 1182; bei der Zusammenlegung von Grundstücken im Umlegungsverfahren. Eine Änderung des Inhalts liegt zunächst vor, wenn die Grundstücksbelastung in eine anders geartete umgewandelt wird: z. B. eine Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek (§ 1186); eine Hypothek in eine Grundschuld oder umgekehrt (§ 1198; RGZ 25 A 300; DVG 45, 272); eine Rentenschuld in eine gewöhnliche Grundschuld (§ 1203). Sie liegt aber auch dann vor, wenn beim Bestehenbleiben der Berechtigung in ihrer bisherigen Gesamtart ihr Umfang und ihre Gestaltung nur im einzelnen verändert wird (RZM 2, 36; RGZ 52, 200). Daher findet § 877 z. B. in folgenden Fällen Anwendung: wenn aus mehreren im Range unmittelbar aufeinanderfolgenden Hypotheken desselben Gläubigers eine Einheitshypothek gebildet werden soll (RG 145, 47); wenn ein Hypothekenrecht in den Nebenleistungen erweitert werden soll (§ 1119 A 3; RG 72, 366; RZM 7, 259; 8, 45; RGZ 40 A 283; 52, 200); wenn unter Aufhebung der Ausschließung eines Hypothekenbrießes eine Briefhypothek begründet werden soll (§ 1116 Abs 3), da hierdurch die Verkehrsfähigkeit der bisherigen Buchhypothek verändert wird (RZM 2, 36); wenn die Übertragbarkeit eines Rechts (§§ 399, 413) aufgehoben werden soll (RG ZM 1904, 282 1); wenn der Eigentümer sich dem Hypothekengläubiger gegenüber nachträglich der Zwangsvollstreckung gemäß § 800 ZPO unterwirft, da der Gläubiger dadurch einen schnelleren Zugriff für sein Recht erlangt und dies auf die Rechtslage nachstehender Berechtigter von Einfluß sein kann (DVG 14, 136; a. M. 45, 99); wenn der Rang zweier Rechte geändert werden soll und § 880 Abs 2 nicht zutrifft (z. B. im Falle der Vereinbarung der Rangänderung zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber beider Rechte), da hierdurch die Sicherung der Durchführung und auch die Werthschätzung bei dem einen Recht vermindert, bei dem andern vermehrt wird (RZM 9, 268; RGZ 39 A 195; § 880 A 1); wenn dem Eigentümer von dem Inhaber eines Rechts die Befugnis eingeräumt wird, ein anderes Recht mit Vorrang einzutragen zu lassen, da dadurch das betroffene Recht, dessen Rang sich bisher nach § 879 richtete, umgewandelt wird in ein Recht, das einem künftigen Recht im Range nachstehen soll (§ 881 A 3; RZM 9, 54); wenn eine Grunddienstbarkeit nicht nur der Ausübung nach gemäß § 1023 eine (nicht in das Grundbuch gehörende) Änderung erfahren, sondern von einem Grundstücksanteil, auf dem allein sie eingetragen ist (vgl. § 7 WRD), auf einen andern Teil des be-

letzten Grundstücks verlegt werden soll (A 3), da in einem solchen Fall die Dienstbarkeit hinsichtlich des Belastungsgegenstandes eine andere Gestaltung gewinnt (str.). Dagegen fällt nicht unter § 877 die Änderung der Person des Berechtigten bei der Übertragung des Rechts, da der Inhalt des Rechts dadurch nicht geändert wird. Das gilt auch von der Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs an einem Grundstück nach § 1059 Satz 2, wodurch der Inhalt des dinglichen Rechts nicht berührt wird (RG 1, 412; § 1059 A 2).

5. Den Begriff des Grundstücks und den Kreis der Rechte daran erläutern die A 4, 6 zu § 873. Die Änderung des Inhalts von Rechten, die Rechte an Grundstücken belasten, fällt nicht unter § 877 (RG 29, 379).

6. Die Anwendung findet nur statt, soweit nicht das Gesetz für einzelne Rechtsänderungen etwas anderes bestimmt. Insofern sei verwiesen z. B. auf die §§ 880, 1151 (Rangänderung), 1109 (Teilung des herrschenden Grundstücks im Falle einer subjektiv-dinglichen Realkaft), 1116 Abs 2 (Ausschließung der Erteilung des Hypothekenbriefs), 1132 Abs 2 (Verteilung einer Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke), 1180 (Ersatz einer Hypothekenforderung durch eine andere). Vgl. auch die Übergangsbestimmung des Art 189 Abs 1 Satz 2 GG. — Unzulässig ist die Änderung einer Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) durch Erhöhung der Kapitalsumme, da der wesentliche Inhalt eines solchen Rechts nach den §§ 1113, 1191, 1199 gerade in der Sicherung der Zahlung einer ziffernmäßig fest begrenzten Geldsumme besteht. Für den erhöhten Kapitalbetrag kann daher nur ein neues hypothekarisches Recht eingetragen werden (§ 1119 A 4 a. E.). Die Herabsetzung des Zinsfußes einer Hypothek ist ebenso wie die Herabsetzung des Kapitals keine Inhaltsänderung, sondern eine teilweise Aufhebung der Hypothek im Sinne der §§ 875, 1183 (RG 72, 366).

§ 878

Eine von dem Berechtigten in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebene Erklärung¹⁾ wird nicht dadurch unwirksam²⁾, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird³⁾, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden⁴⁾ und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist⁵⁾.

© I 831, 834, 1134, 1144 II 790; M 3 190 ff., 200 ff., 779, 795 ff.; P 3 65 ff.; 4 580.

1. Die Erklärung muß von dem Berechtigten abgegeben sein. Der Begriff des Berechtigten im Sinne der §§ 873, 875, 877 ist erläutert in § 873 A 8. Ist der Erklärende nicht Berechtigter in Ansehung des Grundstücks oder des Rechts, über das er durch die Erklärung verfügt, so ist die Erklärung von vornherein unwirksam. Mithin kann nicht in Frage kommen, daß sie noch durch den nachträglichen Eintritt einer Verfügungsbeschränkung unwirksam wird. Für einen solchen Fall hat also § 878 keine Bedeutung (RG 99, 156). Bewilligt z. B. der Käufer eines Grundstücks, bevor er die Auflassung erhalten hat, die Eintragung einer Hypothek und wird dann gegen ihn ein Veräußerungsverbot erlassen, so findet § 878 keine Anwendung, da der Käufer noch nicht Eigentümer, also nicht zu der Eintragungsbewilligung berechtigt war. Ergibt das Veräußerungsverbot, nachdem ihm das Grundstück aufgelassen, bevor er aber als Eigentümer eingetragen ist, so kann allerdings unter Umständen in der Auflassung zugleich die Einwilligung des Verkäufers als des eingetragenen Berechtigten in die Verfügung des Käufers über das Grundstück zu finden sein. Trotzdem ist auch in diesem Falle § 878 nicht anwendbar, selbst wenn der Käufer demnachst als Eigentümer eingetragen und so die Bewilligung der Hypothekeneintragung an sich wirksam wird (§ 185 Abs 2). Denn der nachträgliche Erwerb des Gegenstandes, über den der Käufer als Nichtberechtigter verfügt hat, hat nicht wie die Genehmigung des Berechtigten nach § 184 Abs 1 rückwirkende Kraft. Daher verbleibt es trotz des nachträglichen Eigentümergeverbes des Käufers dabei, daß seine Bewilligung der Hypothekeneintragung zur Zeit des Erlasses des Veräußerungsverbots die eines Nichtberechtigten war (RG 89, 158; 135, 382). — Ferner werden nur die in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebenen Erklärungen von § 878 betroffen, also die dinglichen Rechtsgeschäfte, die zum Gegenstande haben: die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, die Belastung eines Grundstücks mit einem Recht, die Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts (§ 873); die Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück (§ 875); die Änderung des Inhalts eines Rechts an einem Grundstück (§ 877). Auf die zu solchen Rechtsgeschäften in den Fällen der §§ 876, 880 Abs 2, 1183 erforderliche Zustimmung anderer Personen bezieht sich § 878 nicht (RG 52, 416). Diese Zustimmungserklärungen werden aber aus anderem Grunde durch eine nachträglich eintretende Verfügungsbeschränkung in ihrer Wirksamkeit ebenfalls nicht berührt, und zwar selbst dann nicht, wenn nicht alle Voraussetzungen des § 878 vorliegen (§ 876 A 8). Das Erlöschen der Vollmacht, auf Grund deren eine Erklärung abgegeben ist, gehört gleichfalls nicht hierher. Tritt das Erlöschen nach Stellung des Eintragungsantrags ein (z. B. wenn die vom Konkursverwalter erteilte Auflassungsvollmacht nach erklärter

Auflassung infolge Aufhebung des Konkurses erlischt), so kann die Eintragung nicht mehr erfolgen, da das Verfügungsrecht des Vollmachtgebers, in dessen Namen erklärt worden ist, auch noch zu der Zeit der Eintragung fortbestehen muß (DZ 26, 4; ZZG 1, 341). Ferner fällt nicht unter § 878 die Bewilligung einer Vormerkungseintragung, da durch die Vormerkung kein dingliches Recht begründet wird (§ 885 A 2). Das Kammergericht will allerdings bei der bewilligten Vormerkung den § 878 entsprechend anwenden (ZZG 4, 336; JW 1932, 2441³) und nur bei der auf Grund einer einstweiligen Verfügung angeordneten Vormerkung die entsprechende Anwendung nicht zulassen (HRK 1934 Nr 167). Aus der Begründung dieser Ansicht ist sicher richtig, daß sich § 878 nur auf solche Eintragungen bezieht, die auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhen. Deshalb gehört auch nicht hierher der gegen einen demnächst in der Verfügung beschränkten Schuldner gestellte Antrag des Gläubigers auf Eintragung einer Zwangshypothek (§ 867 ZPO; RG 84, 280; RZ 10, 232). Dagegen findet § 878 Anwendung in den Fällen der §§ 880 Abs 2, 1109 Abs 2, 1116 Abs 2, 1132 Abs 2, 1154 Abs 3, 1168 Abs 2, 1180 Abs 1, 1195 Abs 2, 1260 Abs 1. — Die durch rechtskräftiges Urteil nach § 894 ZPO ersetzte Erklärung des Berechtigten steht auch hinsichtlich des § 878 der freiwilligen Erklärung gleich (§ 873 A 7b).

2. **Nicht unwirksam** wird die Erklärung durch die Verfügungsbeschränkung nur dann, wenn beide Erfordernisse des § 878, die Unwiderruflichkeit der Erklärung und die Antragstellung, bereits zu der Zeit vorliegen, in der die Verfügungsbeschränkung eintritt. Geht also z. B. vor Erledigung eines auf Grund einer Auflassung gestellten Antrags auf Umschreibung des Eigentums ein Ersuchen des Vollstreckungsgerichts zu den Grundakten ein, auf Grund der gegen den auflassenden Eigentümer angeordneten Zwangsversteigerung den Zwangsversteigerungsvermerk einzutragen, so steht die mit dem Eingang des Ersuchens wirksam gewordene Verfügungsbeschränkung (Beschlagnahme des Grundstücks zugunsten des betreibenden Gläubigers: A 3 Abs 2) der Eintragung des Eigentumsübergangs auf Grund der Auflassung nicht entgegen (ZZG 1, 312). Ebenso wird, wenn eine bindende Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger über die Bestellung einer Hypothek erfolgt und der Antrag auf Eintragung der Hypothek beim Grundbuchamt gestellt ist, die Eintragung der Hypothek nicht dadurch unzulässig, daß über das Vermögen des Eigentümers der Konkurs eröffnet wird (DZ 45, 189); allerdings genügt dazu nicht allein die (formgerechte) Eintragungsbewilligung des Eigentümers (DZ 45, 190; HRK 1932 Nr 1656). Eine bestimmte zeitliche Aufeinanderfolge der beiden Erfordernisse ist nicht vorgeschrieben. Insbesondere sind die Voraussetzungen des § 878 auch dann gegeben, wenn die Unwiderruflichkeit der Erklärung erst nach dem Antrag eingetreten ist, sofern sie nur vor der Verfügungsbeschränkung liegt (DZ 15, 231). Ist die Erklärung von dem Berechtigten noch nicht unwiderruflich abgegeben, so übt die Verfügungsbeschränkung ihre Wirkung ohne weiteres aus. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn der Passivbeteiligte (Übertragende, Belastende, Aufgebende) die „Eintragungsbewilligung“ des § 873 Abs 2 oder die „Löschungsbewilligung“ des § 875 Abs 2 nicht in einer der Formen des § 29 Satz 1 GBD erklärt oder wenn er seine Erklärung dem Aktivbeteiligten (Begünstigten) noch nicht ausgehändigt hat. Auch wenn der Passivbeteiligte selbst in solchen Fällen bereits den Antrag auf Eintragung oder Löschung gestellt hat (§ 13 Abs 2 GBD), wirkt eine nachträglich gegen ihn gerichtete Verfügungsbeschränkung noch, sofern sie vor der Eintragung oder Löschung eintritt. Denn der Passivbeteiligte kann zu dieser Zeit noch seine Erklärung widerrufen und den Antrag zurücknehmen (§ 31 GBD). Ob die Erklärung tatsächlich widerrufen und der Antrag zurückgenommen wird, darauf kommt es nicht an. Ist aber die Erklärung in bindender Form abgegeben, so wirkt die nachträglich eintretende Verfügungsbeschränkung nur, wenn sie zu einer Zeit eintritt, in der ein Eintragungsantrag noch nicht gestellt ist. Die Wirkung der Verfügungsbeschränkung besteht dann darin, daß die Einigung über die Eintragung oder Löschung (in andern gleichliegenden Fällen sonstige Erklärungen, wie Übertragungs-, Belastungs-, Aufgabenerklärungen) unwirksam ist gegenüber dem, zu dessen Schutz die Verfügungsbeschränkung besteht, und daß die etwa auf ihrer Grundlage erfolgte Eintragung (Löschung) der Anfechtung unterliegt. Wirkt die Verfügungsbeschränkung (der Ausschluß der Verfügungsbefugnis) allgemein (absolut), so ist die ihr zuwiderlaufende Eintragung nichtig (A 3). In solchen Fällen muß das Grundbuchamt die beantragte Eintragung ablehnen, weil die Grundlage für die Eintragung, das dingliche Rechtsgeschäft, nichtig ist. Wenn dagegen eine aus dem Grundbuch ersichtliche Verfügungsbeschränkung nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, darf das Grundbuchamt (auch wenn die Voraussetzungen des § 878 nicht vorliegen) die Eintragung nicht ablehnen. Denn der Passivbeteiligte ist trotz der Verfügungsbeschränkung an sich zur Verfügung befugt; seine Verfügung ist wirksam für den Aktivbeteiligten (Erwerber des Rechts) und gegenüber dritten Personen, die nicht zu den geschützten gehören; den geschützten Personen gegenüber kann der Mangel der Verfügungsbefugnis (z. B. durch Genehmigung, Aufhebung der Verfügungsbeschränkung) wegfallen (RG 105, 76; RZ 52, 130; HRK 1934 Nr 1095). Ausnahmen gelten für den Konkurs und die Nachlaßverwaltung (A 3). Abgesehen von diesen Ausnahmen hat daher § 878 für das Grundbuchverfahren (die Bornahme der Eintragung) nur Bedeutung in den Fällen absolut wirkender Verfügungsbeschränkungen oder solcher nur relativ wirkender Verfügungsbeschränkungen, die dem Grundbuchamt bekannt, aber noch nicht in das Grundbuch einge-

tragen sind (SRR 1934 Nr 1095; JW 1938, 3122^a). Vgl. aber wegen der Lösungs-eintragungen mit Rücksicht auf die erforderliche Sicherung der geschützten Personen gegen die Wirkung des Rechts-erwerbs in gutem Glauben RZA 3, 48; 4, 69; RGZ 22 A 315; 23 A 242; 25 A 278; 30 A 286. — Die Vorschrift des § 878, daß die Erklärung durch eine nach Bindung und Antrag eintretende Ver-fügungsbeschränkung nicht unwirksam gemacht wird, hat nur die Bedeutung, daß die Verfügungs-beschränkung (z. B. die Konkursöffnung) der Rechtsgültigkeit der eingetragenen Rechtsänderung keinen Abbruch tut, daß vielmehr die Rechtsänderung auch gegenüber dem, zu dessen Schutz die Verfügungsbeschränkung dienen soll (z. B. den Konkursgläubigern), an sich als gültig vollzogen gilt. Dies schließt nicht aus, daß die eingetragene Rechtsänderung aus anderem Grunde nichtig oder anfechtbar ist. Ein solcher Grund ist z. B. die Anfechtung nach §§ 29 ff. RD, wenn (nach Bindung und Antrag, aber) vor der Eintragung der Konkurs über das Vermögen des Passiv-beteiligten eröffnet war (RG 51, 284; 81, 424; DLG 15 S. 230, 233).

2. Die Beschränkung des Berechtigten in der Verfügung im Sinne des § 878 umfaßt alle rechtlichen Behinderungen oder Beeinträchtigungen des Berechtigten oder seines Vertreters in der Befugnis, über das Recht durch Rechtsgeschäft zu verfügen, d. h. eine Umde-ckung an dem Recht (Übertragung, Belastung, Aufhebung, Inhaltsveränderung) unmittelbar (im Gegensatz zur Übernahme von Verpflichtungen zu Leistungen) durch eigene Machtvollkommen-heit herbeizuführen (RGZ 51, 298). Gleichgültig ist dabei, ob die Beschränkungen auf Rechts-geschäft (z. B. letztwilliger Verfügung), behördlicher Anordnung oder unmittelbar auf (Reichs- oder Landes-) Gesetz beruhen (RZA 13, 250). Nach diesem Begriff der Verfügung ist z. B. keine Verfügungsbeschränkung die Beschränkung des Eigentümers in der Befugnis zur Verpachtung seines Grundstücks, da mit dem Abschluß eines Pachtvertrags nur schuldrechtliche Beziehungen begründet werden (RGZ 51, 298). Die Verfügungsbeschränkung ist auch zu unterscheiden von Beschränkungen der Erwerbs- und Verpflichtungsfähigkeit, also der Fähig-keit, zu erwerben und sich persönlich zu verpflichten, und von Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit, wodurch nicht die Befugnis, sondern die Fähigkeit zu einer wirksamen Verfügung beschränkt wird (§§ 104 ff.; RZA 9, 277). In letzterer Hinsicht enthält bereits § 130 Abs 2 die all-gemeine Vorschrift, daß eine Willenserklärung, die mit § 130 Abs 1, 3 wirksam geworden ist, durch den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit ebensowenig unwirksam wird wie durch den Tod des Erklärenden (Beispielsfall JW 1936, 608⁴⁷). § 878 hat die Bedeutung einer Ausnahme von dem Grundsatz, daß die Verfügungsbefugnis des Berechtigten bis zur Vollendung der Rechtsänderung vorhanden sein muß; diese Ausnahme gilt aber nur unter den vom Gesetz bestimmten Voraus-setzungen, insbesondere also nur für eine den Berechtigten treffende Verfügungsbeschränkung (DLG 45, 189). Auf nachträglich eintretende Erwerbsbeschränkungen oder sonstige Erwerbshinder-nisse (z. B. ein nach gestelltem Antrag auf Umschreibung des Eigentums an einem aufgelassenen Grundstück durch einseitige Verfügung erlassenes Verbot an den Erwerber, sich das Eigentum durch Eintragung zu verschaffen) bezieht sich § 878 nicht; solche Hindernisse können also den Erwerb auch in den Fällen des § 878 hindern (RG 120, 120; § 925 A 5; JZG 1 S. 379, 383).

Unter § 878 fallen nicht solche Verfügungsbeschränkungen, die erst mit der Ein-tragung in das Grundbuch wirksam werden, also z. B. nicht die Veräußerungs- und Belastungsbeschränkung des § 77 Reichsverbahrungsgesetz v. 22. 12. 1927 vor ihrer Eintragung (JW 1932, 2443⁴). Auch die Verfügungsbeschränkungen, die das Reichserbhofgesetz v. 29. 9. 1933 dem Bauern auferlegt, gehören nicht hierher (JW 1934, 618¹; JZG 14, 185); sie werden in § 903 A 3 letzter Absatz behandelt. Im übrigen aber betrifft § 878 zunächst alle Arten teilweiser oder gänzlicher Entziehung der Verfügungs- und Vertretungsmacht, die in den persönlichen Verhältnissen und Beziehungen des Erklärenden ihre Grundlage haben, z. B. nach §§ 26 Abs 2, 64, 70 (Vertretungsmacht des Vereinsvorstandes), § 710 (Vertretung der Gesellschaft), §§ 1357, 1394 ff., 1442 ff., 1516 (Vertretungsmacht nach Eherecht, Einfluß nachträglichen Geschlusses nach Maßgabe des Güterstandes; vgl. RZA 9, 276), §§ 1630, 1641, 1643 ff., 1670, 1804 ff. (Vertretung nach Maßgabe der Vorschriften über die elterliche Gewalt und des Vormundschaftsrechts), §§ 2113 ff., 2121 (Vorerbe), §§ 2306, 2308, 2338 (mit Beschränkung als Erbe berufener Pflichtteils-berechtigter), § 2365 (Bermutung für die Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers). Ebenso gehören hierher die Konkursöffnung (§§ 6, 7, 15 RD) und die ihr in den Wirkungen ähnliche Anordnung der Nachlassverwaltung nach §§ 1975 ff. BGB; Näheres hierüber unten in Absatz 5. Ferner fallen unter § 878 der Ausschluß und die Einschränkungen der Verfügungsmacht (insbesondere der Übertragungsmacht), die aus sachlichen Gründen hinsichtlich eines Rechtes erfolgen. Von diesen Beschränkungen kommen für § 878 namentlich in Betracht die Veräuße-rungsverbote der §§ 134—136. Diese beruhen auf Gesetz (§§ 134, 135) oder auf Anordnung der Gerichte oder anderer Behörden (§ 136). Zu den gesetzlichen Veräußerungsverboten gehören z. B.: die Vorschriften des Dringengesetzes, mindestens insoweit, als sie den Berechtigten wegen eines in seiner Person liegenden Grundes bei der Verfügung an die Genehmigung der Debitorstelle binden (RG 17, 165); die Beschlagnahme des Vermögens Schuldiger nach § 93 CGB und §§ 290 ff., 433 EtRD (RG Bruch 33, 1092); die Verfügungsverbote in den §§ 7, 8, 11 ff., 14 der RD über den Einfaß des jüdischen Vermögens v. 8. 12. 1938. Hat eine Klage gegen den Be-

rechtigten oder den als solchen Eingetragenen ein eingetragenes Recht zum Gegenstande oder zur Voraussetzung, so ist mit der Rechtshängigkeit nach §§ 265 Abs 1, 325 ZPO ein gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 878 insofern verbunden, als das ergehende Urteil, wenn es einen Anspruch aus einer Realkauf oder einem hypothetischen Recht betrifft, unbedingt (§ 325 Abs 3 ZPO), andernfalls bei Kenntnis der Rechtshängigkeit (§ 325 Abs 1, 2 ZPO, § 892 BGB) auch gegen den Erwerber des belasteten Grundstücks wirkt (RG 49, 366; 79, 165). Veräußerungsverbote der Gerichte oder anderer Behörden (§ 136), die für § 878 Bedeutung haben können, sind z. B.: die gerichtlich angeordnete Beschlagnahme nach § 140 Abs 3 StGB, §§ 283, 284 StPO; die Rechtsfindung nebst dem Verfügungsverbot nach §§ 829, 857 ZPO (RZA 3, 154; 6, 239); die einstweilige Verfügung nach § 938 ZPO (RG 67, 42; 106, 139; JW 1903 Weil 75; WGS 30 A 240; DLG 4, 179; Eintragungsfähigkeit einer Sequestration: § 892 A 11 Abs 3); die Beschlagnahme eines Grundstücks in der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung nach §§ 23, 146 ZVG (RG 84, 279; JZG 1, 312; DLG 17, 352); das vom Konkursgericht erlassene allgemeine Veräußerungsverbot nach § 106 KO. Die Frage, ob und inwieweit bei Rentengütern (Art 62 GG) nach der preussischen Rentengesetzgebung eine Veräußerungsbeschränkung insofern besteht, als die Genehmigung der Generalkommission erforderlich ist, erörtert RGZ 47, 155.

Die Verfügungsbeschränkungen können entweder im öffentlichen Interesse bestehen und wirken dann allgemein und unbedingt (absolut); oder sie können (so insbesondere die Veräußerungsverbote der §§ 135, 136) nur den **Schutz bestimmter Personen** bezwecken und wirken dann (relativ) nur zugunsten dieser Personen, und zwar bei Grundstücksrechten auch noch mit der Einschränkung, daß sie dem rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Dritten nicht entgegenstehen, wenn sie weder aus dem Grundbuch ersichtlich noch dem Dritten bekannt sind (§§ 135 Abs 2, 892 Abs 1 Satz 2). Nur relative Wirkung wird z. B. beigelegt einer Vermögensbeschlagnahme auf Grund devisenrechtlicher Vorschriften (JW 1937, 2452¹²; 1938, 3122²⁸). In den Fällen der absoluten Verfügungsbeschränkungen ist, soweit nicht § 878 Anwendung findet (A 2), die entgegenstehende Verfügung nichtig (§ 134). Solche Verfügungsbeschränkungen sind z. B. verbunden mit: der Erfassung des jüdischen Vermögens durch die WD v. 3. 12. 1938; der Beschlagnahme des Vermögens angeschuldiger nach §§ 290 ff. StPO (M 3, 216; RZA 5, 260); forst- und baupolizeilichen Eigentumsbeschränkungen (DLG 6, 490; nach JZG 18, 54 fallen aber die in Baupolizeiverordnungen enthaltenen Verbote über die Bebauung von Grundstücken und die Veränderung baulicher Anlagen grundsätzlich nicht unter § 134); dem Recht der Gemeinde auf Entziehung des Grundeigentums gemäß dem Fluchtlinienplan (RGZ 25 A 147); dem auf Grund des § 6 des Kapitalabfindungsgesetzes v. 3. 7. 1916 eingetragenen Verbot der Weiterveräußerung und Belastung des Grundstücks (RG 105, 73; RGZ 52, 125); der Belastungsbeschränkung nach §§ 8, 91 des Schuldenregelungsgesetzes vom 1. 6. 1933 (RG 156, 93); den Veräußerungsverboten nach § 4 des preuß. Gesetzes, betreffend die Beförderung von Rentengütern, v. 7. 7. 1891 und § 7 des preuß. Gesetzes, betreffend das Auerbentrecht bei Renten- und Ansiedlungsgütern, v. 8. 6. 1896 (RGZ 52, 127). Absolute Wirkung haben zum Teil auch die Verfügungsbeschränkungen und Verfügungsentziehungen auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts (§§ 1395 ff., 1404; § 892 A 11).

Was die auf **Rechtsgeschäft beruhenden Verfügungsbeschränkungen** anlangt, so bestimmt § 137 Satz 1 zwar grundsätzlich, daß die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen oder beschränkt werden kann (Gegensatz Satz 2: die Übernahme der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Nichtverfügung ist zulässig). Dies gilt aber nur, soweit nicht das Gesetz im einzelnen etwas anderes bestimmt. Vom Gesetz zugelassene rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen sind z. B. die der §§ 719 (Gesellschaftsanteil), 1442 (Anteil am Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft), 2113 ff. (Nacherbe; § 894 A 1 d), 2211 (Testamentsvollstrecker; RGZ 52 S. 116, 129). Auch die Beschränkungen durch Bedingungen oder Zeitbestimmungen (§§ 161, 163) gehören hierher (str.; § 892 A 11 Abs 2). Ist z. B. ein Recht an einem Grundstück nur bedingt eingeräumt und tritt die diese Verfügung aufhebende oder beschränkende Bedingung erst nach Stellung des Eintragungsantrags ein, so hat ihr Eintritt keine Wirkung. Keine (rechtsgeschäftlichen) Verfügungsbeschränkungen sind die dinglichen Rechte an fremder Sache. Zwar können sich auch aus ihnen Einschränkungen der Befugnis, über die belasteten Sachen zu verfügen, ergeben. Bei der Verfügungsbeschränkung ist aber der Betroffene behindert, ein Recht, das ihm an sich unbegrenzt zusteht, im Wege der Verfügung auszuüben; dagegen ist beim Bestehen eines dinglichen Rechts an fremder Sache das Recht des Belasteten als solches unvermindert, die freie Verfügung über das so verminderte Recht dem Rechtsinhaber aber nicht verwehrt (RG 90, 237).

Für die Anwendung des § 878 ist neben den Veräußerungsverboten des § 136 besonders wichtig die **Konkursöffnung**. Die im § 878 genannten Erklärungen sind Rechtsfindungen im Sinne der §§ 7, 15 KO; sie sind auch schon für sich allein Verfügungen, obgleich zur Vollendung der Rechtsänderung noch die Eintragung hinzukommen muß (§ 873 A 8; § 875 A 5). Nach § 6 KO verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen; die Verfügungsbefugnis wird durch den Konkursverwalter ausgeübt. Danach ist während des Konkursverfahrens nur der Konkursverwalter verfügungsberechtigt. Daraus folgt zunächst, daß

das Grundbuchamt auf eine von dem Gemeinschuldner nach der Konkursöffnung abgegebene Erklärung eine Eintragung nicht vornehmen darf, wenn der Konkursvermerk eingetragen oder die Konkursöffnung dem Grundbuchamt bekannt ist. Zwar ist die dennoch erfolgte Eintragung und die ihr zugrundeliegende Verfügung des Gemeinschuldners nach § 7 nur den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Diese beschränkte Wirkung ändert aber nichts an der Tatsache, daß der Gemeinschuldner die Verfügungsbefugnis verloren hat. Diese Tatsache darf das Grundbuchamt nicht unberücksichtigt lassen. Ihm gegenüber ist nur der Konkursverwalter verfügungsberechtigt. Ob und welche Wirkung eine unberechtigte Verfügung des Gemeinschuldners materiellrechtlich hat, kommt für das Grundbuchverfahren nicht in Betracht. Insofern tritt mithin eine Sperre des Grundbuchs ein. Die Rechtslage nach § 6 RD ist also eine andere (A 2) als sonst bei Verfügungsbeschränkungen, die nur zugunsten bestimmter Personen wirken (str.; RG 71, 38; RZM 3, 46 gegen 2, 139; RGZ 30 A 268; DZB 19, 204; vgl. jetzt aber RGZ 40 A 279; 52, 130). Dasselbe gilt auch dann, wenn die verfügende Erklärung des Gemeinschuldners zwar vor der Konkursöffnung abgegeben, die Konkursöffnung aber eingetreten ist, bevor der Eintragungsantrag gestellt worden ist. Die Verfügungsbefugnis des Passivbeteiligten muß grundsätzlich nicht nur zur Zeit der Abgabe der Erklärung, sondern auch zur Zeit der Eintragung vorliegen (oben Abs 1). Denn wenn auch die Erklärung schon eine Verfügung ist, wird doch die Rechtsänderung erst durch die Eintragung vollzogen. Dies wird auch durch § 878 bestätigt, da hiernach nur die erst nach Stellung des Eintragungsantrags eintretende Verfügungsbeschränkung keine Wirkung hat (RZM 3, 47; 9, 276). Das Grundbuchamt darf daher auch in diesem Falle einem Eintragungsantrag nicht stattgeben, weil der passiv beteiligte Gemeinschuldner nicht mehr verfügungsberechtigt ist. Es kann die Vornahme der Eintragung nicht auf die Erwägung stützen, daß der durch sie eintretende Erwerb des Aktivbeteiligten nach § 15 Satz 1 RD nur den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam wäre (str.; RZM 3, 47). Nur dann hat nach § 878, dessen Vorschrift im § 15 Satz 2 RD als unberührt bleibend erklärt ist, die Konkursöffnung keinen Einfluß, wenn sie erst nach der Stellung des Eintragungsantrags eingetreten ist; in diesem Falle ist trotz des Konkurses dem Eintragungsantrag stattzugeben (RG 51, 286; DZB 19, 204). Hat also z. B. der Grundstückseigentümer A seinem Gläubiger G eine dem § 29 GBD entsprechende Eintragungsbewilligung für eine Hypothek ausgehändigt und G daraufhin die Eintragung der Hypothek beim Grundbuchamt beantragt, so ist die später eintretende Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des A ohne Einfluß auf die Rechtswirksamkeit der Begründung des Hypothekenrechts für G, selbst wenn sowohl die Eintragung des A als Eigentümer (Ersther in der Zwangsversteigerung) als auch die Eintragung der Hypothek für G erst nach der Konkursöffnung erfolgt ist; dem Konkursverwalter bleibt dann nur die Anfechtung nach §§ 29 ff. RD übrig (RG Warn 1933 Nr 198). Hat sich kraft einer vom Gemeinschuldner in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebenen Erklärung die Rechtsänderung bereits vor der Konkursöffnung außerhalb des Grundbuchs vollzogen, handelt es sich also bei dem nach der Konkursöffnung gestellten Antrag auf Eintragung nur noch um die Berichtigung des Grundbuchs (z. B. wenn eine vom Gemeinschuldner vor dem Konkurs schriftlich erklärte, durch Übergabe des Briefs vollzogene Abtretung einer Briefhypothek nach der Konkursöffnung in das Grundbuch eingetragen werden soll), so steht die Konkursöffnung der Eintragung nicht entgegen, da die Rechtsänderung zugunsten des Aktivbeteiligten schon vor der Konkursöffnung eingetreten war (RGZ 40 A 278). In allen diesen Beziehungen gilt nach § 1984 Entsprechendes für die Anordnung der **Nachlassverwaltung** (RGZ 52, 129). — Durch die Anordnung der Geschäftsaufsicht nach der früher geltenden BD v. 8. 8. 1914/8. 6. 1924 wurde der Schuldner, auch soweit ihm zur Pflicht gemacht war, nur mit Zustimmung der Aufsichtsperson zu verfügen, nach außen hin in der Verfügungsmacht nicht beschränkt; die Verletzung der Pflicht machte die Verfügung nicht ungültig (RGZ 47, 141). Dagegen waren Zwangsversicherungshypotheken (§ 867 ZBD), die dem (§ 14 Abs 1 RD entsprechenden) § 5 Abs 2 jener BD. zuwider eingetragen waren, nichtig (RGZ 50, 223). Jetzt gelten die §§ 12, 56 ff. der (die GeschäftsaufsichtsBD ersetzenden) VerglD vom 26. 2. 1935 (Verfügungsbeschränkungen können dem Schuldner im Vergleichsverfahren vom Gericht auferlegt werden).

Vormerkungen und Widersprüche sind keine Verfügungsbeschränkungen, da sie sich nicht gegen die Befugnis zur Verfügung richten, sondern nur die vorläufige Sicherung eines persönlichen Anspruchs oder eines dinglichen Rechtes zum Gegenstand haben (§ 883 A 8, 11). Wenn daher entgegen einer Auflassungsvormerkung für A das Eigentum nach Auflassung und Stellung des Eintragungsantrags auf B umgeschrieben wird, so ist diese Umschreibung gegenüber A nach § 883 Abs 2 auch dann unwirksam, wenn die Vormerkung erst in der Zeit zwischen der Stellung des Eintragungsantrags und der Eigentumsumschreibung auf B für A eingetragen worden ist (RG 113, 408). Wettstreit eine Auflassungsvormerkung mit einer Verfügungsbeschränkung (z. B. einem Veräußerungsverbot), so ist die Frage, welche von diesen Beschränkungen stärker ist, aus dem Zeitpunkt ihrer Entstehung (nur ungenau als Rangverhältnis bezeichnet: § 879 A 3) zu entscheiden. Geht die Auflassungsvormerkung zeitlich voran, so ist die Verfügungsbeschränkung dem Vormerkungsberechtigten gegenüber wirkungslos. Geht das Veräußerungsverbot zeitlich voran, so kann der durch das Verbot Geschützte vom Vormerkungsberechtigten, der das Eigen-

tum erworben hat, nach § 888 Abs 2 die Zustimmung zu dessen Löschung verlangen (RG 4, 337). Nicht anders verhält es sich auch, wenn nicht eine durch einstweilige Verfügung angeordnete, sondern eine bewilligte Vormerkung vorliegt und das Veräußerungsverbot zwar außerhalb des Grundbuchs schon vorher rechtswirksam geworden, aber erst nach der Stellung des Antrags auf Eintragung der Vormerkung dem Grundbuchamt zugegangen ist. Die Anwendung des § 878 ist hier allerdings nicht statthaft, weil die einseitige (§ 885 A 2) Bewilligung der Vormerkung keine bindende Einigung im Sinne des § 878 enthält; es bedarf aber auch des § 878 nicht, da aus dem späteren Eingang des Verbots seine Wirkungslosigkeit gegenüber der Vormerkung sich ergibt (a. R. RG 4, 336; JW 1932, 2441³; HR 1934 Nr 167 insofern, als § 878 für entsprechend anwendbar erklärt wird: A 1).

4. Wann und unter welchen Voraussetzungen die Einigungserklärung des § 873, die Aufgabenerklärung des § 875, die Änderungserklärung des § 877 für den Berechtigten (Passivbeteiligten) bindend wird, behandeln § 873 A 13, § 875 A 9 und für die Auflassung § 925 A 5, 13. Eine durch rechtskräftiges Urteil nach § 894 Abs 1 ZPO ersekte Erklärung steht auch hier (§ 873 Abs 7e) der rechtsgeschäftlichen Erklärung gleich (OLG 19, 204).

5. Der Antrag auf Eintragung, der nach § 30 GBD keiner Form bedarf und sonst nach § 13 GBD nur eine formellrechtliche Voraussetzung für die Eintragung ist, hat hier für den Einfluß einer nachträglichen Verfügungsbeschränkung zugleich materiellrechtliche Bedeutung. In dieser Beziehung erfordert das Gesetz nur, daß der „Antrag“ bei dem Grundbuchamt „gestellt“, daß er also dort eingegangen ist (RG 53, 88). Auf seine Begründung kommt es materiellrechtlich nicht an. Hat das Grundbuchamt die Eintragung vorgenommen, so hat die nach dem Eingang des Antrags ergetrene Verfügungsbeschränkung auch dann keine Wirkung, wenn das Grundbuchamt den Antrag bei sachgemäßer Behandlung wegen Fehlens von (formellrechtlichen) Voraussetzungen hätte zurückweisen sollen. Dabei ist vorausgesetzt, daß das andere Erfordernis des § 878, die Unwiderruflichkeit der (sei es auch nicht zu den Grunddaten eingegangenen) Erklärung schon zur Zeit der Antragstellung gegeben war oder doch noch bis zum Eintritt der Verfügungsbeschränkung (A 2) nachgeholt wird. Anders verhält es sich freilich, wenn der Antrag vorher zurückgenommen (§ 31 GBD; RGZ 28 A 91) oder abgelehnt und die etwa erhobene Beschwerde zurückgewiesen ist. Dann liegt ein Antrag nicht mehr vor. Setzt das Grundbuchamt gemäß § 18 Abs 1 Satz 1 GBD zur Hebung eines dem Antrag entgegenstehenden Hindernisses eine Frist, so besteht der Antrag auch im Sinne des § 878 fort, bis er nach § 18 Abs 1 Satz 2 GBD zurückgewiesen wird (OLG 17, 353). Dasselbe gilt, wenn das Grundbuchamt beim Eingang eines andern daselbe Recht betreffenden Eintragungsantrags eine Vormerkung oder einen Widerspruch nach § 18 Abs 2 GBD einträgt. Denn auch hier ist allein entscheidend, ob der Antrag noch fortbesteht oder bereits hinfällig geworden ist. Die Vorschrift des § 24 RD über die Wirkung von Vormerkungen kommt hier auch in den Fällen der Konkursöffnung mit Rücksicht auf § 15 RD nicht in Betracht; überdies bezieht sich die Vorschrift, wie ihr Wortlaut ergibt, nur auf Vormerkungen zur Sicherung eines Anspruchs im Sinne des § 883 (str.; RZM 10, 233). — Die Aushändigung der Eintragungsbewilligung an den Aktivbeteiligten steht für sich allein einem Eintragungsantrag nicht gleich (RZM 3, 47).

§ 879

Das Rangverhältnis unter mehreren Rechten ¹⁾, mit denen ein Grundstück ²⁾ belastet ³⁾ ist, bestimmt sich ⁴⁾, wenn die Rechte in derselben Abteilung des Grundbuchs eingetragen sind, nach der Reihenfolge ⁵⁾ der Eintragungen ⁶⁾. Sind die Rechte in verschiedenen Abteilungen eingetragen, so hat das unter Angabe ⁶⁾ eines früheren Tages ⁴⁾ eingetragene Recht den Vorrang; Rechte, die unter Angabe desselben Tages ⁴⁾ eingetragen sind, haben gleichen Rang.

Die Eintragung ist für das Rangverhältnis auch dann maßgebend, wenn die nach § 873 zum Erwerbe des Rechtes erforderliche Einigung erst nach der Eintragung zustande gekommen ist ⁷⁾.

Eine abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses ⁸⁾ bedarf der Eintragung in das Grundbuch.

§ I 840 II 800; M 3 225ff.; P 3 88ff.; 6 221.

1. Der Rang eines Rechts bildet ein selbständiges wirtschaftliches Gut; er kann daher z. B. auch Gegenstand eines besonderen Treuhandverhältnisses sein (JW 1934, 1510⁶). Man kann den Rang auch als eine rechtliche Eigenschaft des Rechts bezeichnen (RG HR 1934 Nr 1009). Rang und Recht sind rechtlich so verknüpft, daß jener sich nicht losgelöst von diesem abtrennen läßt (§ 880 A 2 Abs 2 a. E.). Die Bedeutung des Rangverhältnisses unter mehreren Rechten äußert sich besonders in der Zwangsversteigerung bei der Feststellung des geringsten Gebots (§§ 44ff.

386) und bei der Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse (§§ 10—14, 109, 112 ff. 386), in der Zwangsverwaltung bei der Verteilung der Verwaltungsverträge (§§ 155 ff. 386). Der Inhaber eines vorgehenden Rechtes kann verlangen, daß er aus dem Versteigerungserlöse vor dem Inhaber eines nachstehenden Rechtes befriedigt werde. Gegen eine abweichende Verteilung des Erlöses kann er Widerspruch erheben und gemäß § 115 386, §§ 876 ff. 386 klagen. Auch hat er im Falle unrichtiger Auszahlung des Erlöses an einen nachstehenden Rechtsinhaber den Bereicherungsanspruch nach § 812 (RG 39, 379; 40, 292; 76, 381; 38 1904, 7244). Andererseits belastet jedes Recht das ganze Grundstück, nicht etwa nur eine feinem Rang entsprechende Wertparzelle (Wertparzellentheorie). Es ergreift mit seinem Befriedigungsanspruch daher auch den ganzen Versteigerungserlös und braucht den voreingetragenen Rechten nur insoweit zu weichen, als sie materiellen Bestand haben (RG 60, 254). Die Annahme eines Rangverhältnisses unter mehreren Rechten erfordert nicht, daß das nachfolgende oder vorgehende Recht durch das andere Recht in seinem Bestande berührt wird (38 1926, 1016*).

2. Nur auf Belastungen eines Grundstücks bezieht sich § 879. Auf Belastungen von Rechten an Grundstücken findet er keine Anwendung. Über das Rangverhältnis mehrerer solcher Belastungen an demselben Recht (z. B. eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts und eines Pfändungsrechts an derselben Hypothek) enthält das BGB keine Bestimmung (RGZ 39 A 250). Da nun aber die Belastung unter den Begriff Veräußerung fällt und niemand mehr Rechte auf einen andern übertragen kann, als er ursprünglich hatte oder zur Zeit noch hat, so muß die ältere Belastung der jüngeren vorgehen. Für das Rangverhältnis mehrerer Rechtsbelastungen ist also der Zeitpunkt ihrer Entstehung maßgebend. Auf demselben Grundgedanken beruhen auch die Bestimmungen des § 879 Abs 1: bei eintragungsbefürhtigen Belastungen wird die in derselben Abteilung eingetragene und entstandene sein. Diese Regel wird zum gesetzlichen Grundsatze aber nur erhoben für Grundstücksbelastungen (Prot 3, 225). Für Rechtsbelastungen paßt sie nach der Art ihrer Eintragung nicht. Deshalb erscheint eine auch nur entsprechende Anwendung des Grundsatzes auf sie ausgeschlossen. Nur für den Nachweis des Zeitpunktes der Einschreibung und damit der Entstehung einer eintragungsbefürhtigen Rechtsbelastung kann die (räumliche) Reihenfolge Bedeutung sein (str.; wie hier DLG 6, 202; a. M. RGZ 39 A 252, wonach bei mehreren eingetragenen Rechten an einem Grundstücksrecht für die Feststellung des Ranges nicht der Zeitpunkt der Entstehung, sondern die Art und Weise, wie die Rechte in das Grundbuch eingetragen sind, maßgebend sein soll; 38 3, 441 für den Fall, daß eine Buchhypothek für mehrere Gläubiger gepfändet und zugleich für einen dieser Gläubiger nach § 845 386 vorgepfändet ist; hier wird indessen doch für den Rang der Pfändungen der nicht aus dem Grundbuch ersichtliche Zeitpunkt der Verpfändung gegenüber der Reihenfolge der Eintragungen für maßgebend erklärt). — Nach §§ 1066, 1095, 1106, 1114, 1192, 1199 kann der Anteil eines Miteigentümers an einem Grundstück mit einem Nießbrauch, Vorkaufrecht, einer Realoffte, Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld belastet werden. Belasten solche Rechte nur die Anteile einzelner jeweils verschiedener Miteigentümer, so besteht zwischen ihnen kein Rangverhältnis. Das ist z. B. nach § 57 BGB für die Erteilung von Hypothekenbriefen über Hypotheken, welche Bruchteile eines Grundstücks belasten, und nach § 864 Abs 2 386 für die Zwangsversteigerung von Bedeutung. Denn der Anteil eines Miteigentümers ist für solche Belastungen einem selbständigen Grundstück vom Gesetz gleichgestellt (RGZ 52, 217).

3. Ein Grundstück ist im Sinne des § 879 mit mehreren Rechten belastet nur dann, wenn die Rechte eingetragen sind. Denn nur bei eingetragenen Rechten kann von einer Reihenfolge und einer Datierung der Eintragungen die Rede sein. Bei uneingetragenen Rechten, die trotz ihrer Nichteintragung als dingliche Grundstücksbelastungen bestehen (§ 873 A 1: Nießbrauch und Sicherungshypothek nach §§ 1075 Abs 1, 1287 Satz 1 BGB, § 848 386, sowie Artt 184, 187 GG), bestimmt sich ihr Rang untereinander nach dem Zeitpunkt ihrer Entstehung (A 2). Aber auch für ihr Rangverhältnis zu eingetragenen Rechten ist dieser Zeitpunkt maßgebend, und zwar gilt dies dann auch für die eingetragenen Rechte. Die Reihenfolge und die Datierung der Eintragungen sind hier nur als Beweismittel für den Zeitpunkt der Entstehung von Bedeutung. § 879 ist insoweit nicht anwendbar. Denn er regelt lediglich das Rangverhältnis unter mehreren eingetragenen Rechten. Die uneingetragenen Rechte, auch soweit sie eintragungsfähig sind, haben also nicht etwa mit Rücksicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs den Rang erst hinter allen eingetragenen Rechten. In dieser Hinsicht gelten vielmehr, im allgemeinen wenigstens, die nicht eingetragenen, der Eintragung nicht bedürftigen Rechte als eingetragene (str.; Prot 3, 77; RG 62, 99; 38 3, 442). Gegenüber den nach §§ 1075 Abs 1, 1287 Satz 1 BGB, § 848 386 entstandenen Rechten ist allerdings ausnahmsweise der gutgläubige Erwerb nach § 892 wirksam, weil durch ihre Entstehung das Grundbuch im Sinne des § 894 unrichtig wird. Haben aber die Inhaber der eingetragenen Rechte das Bestehen solcher Rechte gekannt, so müssen sie auch das Rangverhältnis nach Maßgabe des Entstehungszeitpunktes gelten lassen. Wird abgesehen hiervon ein nicht eingetragenes Recht, dessen Eintragung zulässig ist (§ 873 A 5), zur Eintragung gebracht (vgl. Art 187 Abs 1 GG), so ist es mit dem aus seiner Entstehungszeit sich ergebenden Range einzutragen, widrigenfalls ein Berichtigungs-

anspruch nach § 894 gegeben ist. Besondere Vorrangsrechte sind in §§ 914 Abs 1 Satz 1, 917 Abs 2 Satz 2 den Überbau- und Notwegrenten gewährt. Ähnliche Vorschriften finden sich auch in § 10 Nr 1—3 ZBG, Art 118 GG. Solche Rechte, die kraft Gesetzes ohne Rücksicht auf Art und Zeit ihrer Eintragung allen anderen Grundstücksrechten vorgehen (z. B. die „Entschuldungsrente“), haben keinen „Rang“ im Sinne der Vorschriften des BGB und der GBD und sind deshalb auch ohne Rangvermerk in einen Hypothekenbrief aufzunehmen (ZFG 14, 435; 15, 158). — Ein unter einer aufschiebenden Bedingung oder einem Anfangstermin eingetragenes Recht (§ 873 A 7a) hat den Rang eines endgültigen Rechts. Das folgt aus der Wirkung des Eintrags der Bedingung oder des Terms nach §§ 161, 163 (Prot 3, 91; vgl. auch §§ 48, 50f., 119f. ZBG). — Ein eingetragenes Vorkaufsrecht steht, da es nach § 1094 Abs 1 ein das Grundstück belastendes Recht ist, auch in einem Rangverhältnis zu anderen das Grundstück belastenden eingetragenen Rechten (ZB 1926, 1016²; über Änderung dieses Rangverhältnisses § 880 A 1). Dagegen fallen Widersprüche nicht unter § 879. Der Widerspruch hat keinen selbständigen Rang, sondern erhält nur einen Rang, der dem gesicherten dinglichen Recht nach den zeitigen Rechtsverhältnissen zukommt. Die Wirkungen eines nach der Bestellung einer Hypothek eingetragenen, begründeten Widerspruchs gegen das Grundstückseigentum des Hypothekbestellers auf den Rechts-erwerb eines Abtretungsempfängers an der Hypothek erörtert § 899 A 1 Abs 1, die rangsichernde Wirkung eines Widerspruchs zugunsten eines gelöschten, aber aufzuwertenden Rechts RG Warn 1931 Nr. 106. Auf Vormerkungen ist § 879 wegen der Sondervorschrift des § 883 Abs 3 (A 14 dort) wenigstens entsprechend anzuwenden (RG 124, 202; 142, 331; Warn 1928 Nr 135; ZFG 6, 362). Wegen der Änderung des Ranges von Vormerkungen vgl. § 880 A 2 Abs 4. Verfügungsbeschränkungen scheiden für § 879 aus, weil sie nicht das Grundstück „belasten“, sondern nur das Eigentumsrecht einschränken (RG 135, 384; RGZ 51, 298; § 880 A 2 Abs 4; a. M. ZFG 4, 337). Deshalb besteht auch kein Rangverhältnis zwischen einer auf Bewilligung beruhenden Auflassungsvormerkung und einem eingetragenen Veräußerungsverbot. Der Vormerkungsberechtigte, dessen Vormerkung unter Verletzung der §§ 17, 18 Abs 2 GBD nicht früher, sondern später als das Veräußerungsverbot eingetragen worden ist, hat keinen Verrichtungsanspruch (ZB 1932, 2441²; § 878 A 3 a. E.). Auch zwischen dem Zwangsversteigerungsvermerk und eingetragenen Grundstücksrechten besteht kein Rangverhältnis im Sinne des § 879; vielmehr handelt es sich insoweit nur um die Frage, ob diese Rechte jenem Vermerk gegenüber wirksam sind, eine Frage, die lediglich nach den §§ 878, 892, 893 zu beurteilen ist. Ist der Vermerk später eingetragen als die Rechte und ist gleichwohl die Beschlagnahme den Rechten gegenüber wirksam, so kommt weder die Eintragung eines Vorrangsvermerks noch die Eintragung eines Vermerks der Wirksamkeit der Beschlagnahme gegenüber den Rechten in Betracht. Wer nach der Eintragung des Versteigerungsvermerks ein vor diesem eingetragenes Recht erwirbt, kann sich nicht darauf verlassen, daß der Versteigerungsvermerk dem erworbenen Recht gegenüber wirkungslos sei (ZFG 12, 295). Ist als Grundstückeigentümer ein Vorerbe unter Vermerk des Nacherbenrechts eingetragen und demnächst eine Hypothek von ihm bestellt worden, so besteht zwischen diesen Grundbucheinträgen zwar kein Rangverhältnis nach § 879; doch kann im Grundbuch durch einen entsprechenden Vermerk kenntlich gemacht werden, daß die Hypothek dem Nacherbenrecht gegenüber wirksam ist; eine solche Eintragung hat dann die rechtliche Bedeutung einer Teillösung der durch das Nacherbenrecht ausgedrückten Verfügungsbeschränkung (ZB 1933, 2708³; 1935, 3560³⁷). Wird die Hypothek auf Bewilligung des Vorerben schon vor der Eintragung des Nacherbenvermerks in das Grundbuch eingetragen, so bestimmt sich die Wirkung der beiden Eintragungen zueinander ebenfalls nicht nach § 879, sondern lediglich nach §§ 892, 2113, 2136 (ZFG 16, 234). — Ist die Eintragung eines Rechtes wegen Verletzung zwingender materiellrechtlicher Vorschriften über den Inhalt der Eintragung nichtig (z. B. weil eine Höchstbetragshypothek entgegen § 1190 ohne Angabe eines Höchstbetrags eingetragen oder bei einer Hypothek ein Erfordernis des § 1115 Abs 1 in den Eintragungsvermerk nicht aufgenommen ist), so bleibt sie für die Rangverhältnisse außer Betracht. Wird der Mangel nachträglich behoben, so gilt dies nach dem Grundsatz des § 141 als eine neue Eintragung des Rechts, die den rechtsgültigen eingetragenen Rechten nachsteht muß. Daher ist bei einer solchen Nachholung die Eintragung so zu bewirken, daß dieses Rangverhältnis aus dem Grundbuch ersichtlich ist (Löschung der alten Eintragung nach § 53 Abs 1 Satz 2 GBD und Neueintragung des Rechts; Vermerk in Spalte Veränderungen und bei den Zwischenrechten Vermerk des Vorrangs). Anders verhält es sich, wenn wegen Fehlens einer rechtswirksamen Einigung das eingetragene Recht durch die Eintragung zunächst nicht rechtsgültig begründet ist, die rechtswirksame Einigung demnächst aber nachgeholt wird (A 7). Ist ein Recht zu Unrecht gelöscht, so bleibt es materiellrechtlich bestehen, und zwar an sich mit dem bisherigen Rang (RG 73, 174). Sind aber in der Zwischenzeit bis zu der vom Berechtigten gemäß § 894 veranlaßten Wiedereintragung neue Rechte unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs eingetragen, so kann die Wiedereintragung nur mit dem Rang nach diesen Rechten erfolgen (§ 875 A 5, 6). — Mehrere Ansprüche aus demselben Recht sind nicht „mehrere Rechte“ im Sinne des § 879. Ihre Rangordnung bestimmt sich nach §§ 12, 10 Abs 1 Nr 4 und Abs 2, 13 ZBG, also (entsprechend dem § 367 BGB) namentlich dahin, daß Kosten und Zinsen dem Haupt-

anspruch vorangehen. Für die einzelnen Teile des Hauptanspruchs, die in der Regel gleichen Rang haben, gelten einige Sonderbestimmungen, insbesondere in den Fällen des teilweisen Übergangs einer Hypothek auf einen andern als den bisherigen Alleingläubiger, z. B. §§ 1143, 774 Abs 1, 1150, 268 Abs 3, 1164, 1176 (OLG 6, 202).

4. Die Rangordnung bestimmt sich nach Abs 1, soweit nicht gemäß Abs 3 Abweichendes eingetragen ist oder Sondervorschriften gegeben sind. Solche Sondervorschriften enthalten: § 900 Abs 2 Satz 2 (Rang eines durch Tabularerwerb erworbenen Rechts), § 1119 Abs 1 (Erhöhung der Zinsen einer Hypothek bis zu 5 Prozent mit dem bisherigen Rang der Hypothek) § 1131 Satz 2 (im Falle der Zuschreibung eines Grundstücks gehen die an diesem bestehenden Rechte der Hypothek an dem Hauptgrundstück im Range vor). Vgl. auch Art 118 GG (Vorbehalt für die Landesgesetzgebung bezüglich des Vorrangs von Meliorationsdarlehen, Landeskulturrenten vor andern Belastungen). Eine Übergangsbestimmung für die nach früheren Gesetzen begründeten Rechte gibt Art 181 GG. — Bei der Eintragung mehrerer Rechte auf dasselbe Grundstück hat das Grundbuchamt nach den §§ 44, 45 GBD zu verfahren. Ist von den Antragstellern über die Folgeordnung eine besondere Bestimmung getroffen, so sind die Eintragungen so zu gestalten, daß diese Folgeordnung im Grundbuch zum Ausdruck gelangt (§ 45 Abs 3; RzA 9, 200). Beim Mangel einer besonderen Bestimmung gilt der Grundsatz, daß die Zeitfolge des Eingangs der Anträge (Eingangsvermerk: § 13 Abs 1 Satz 2 GBD) für das Rangverhältnis maßgebend ist, bei gleichzeitig eingegangenen Anträgen aber die mehreren Eintragungen den gleichen Rang erhalten (RGZ 50, 155). Daher sind die mehreren Eintragungen, wenn sie in derselben Abteilung des Grundbuchblattes zu bewirken sind, in der Reihenfolge vorzunehmen, die der Zeitfolge der Anträge entspricht, während bei gleichzeitig gestellten Anträgen im Grundbuch zu vermerken ist, daß die Eintragungen gleichen Rang haben (§ 45 Abs 1). Immerhin können sich bei gleichzeitig gestellten Anträgen aus ihrer Natur auch Zweifel darüber ergeben, ob die einzutragenden Rechte wirklich gleichen Rang haben sollen; solchen Zweifeln muß das Grundbuchamt nachgehen, ehe es die Rechte als gleichrangig einträgt. Es darf also z. B. bei gleichzeitigem Eingang der Eintragungsanträge nicht ohne weiteres mit gleichem Range eintragen eine vom Grundstückskäufer im Kaufvertrag bestellte Restkaufgeldhypothek für den Verkäufer und eine an denselben Tage vom Käufer bestellte weitere Hypothek für einen Dritten (FfB 1936, 1475⁴⁰). Jedes selbständige Recht ist unter einer besonderen Nummer einzutragen. Eine gemeinsame Eintragung mehrerer Rechte unter einer Nummer ist unstatthaft (RGZ 20 A 101). Sind die mehreren Eintragungen in verschiedenen Abteilungen zu bewirken und sind die Anträge zu gleicher Zeit eingegangen, so sind sie — sofern keine Zweifel darüber bestehen, daß die einzutragenden Rechte gleichen Rang erhalten sollen — lediglich unter Angabe desselben Tages (§ 44 GBD) einzutragen, woraus sich dann nach § 879 Abs 1 Satz 2 Halbs 2 BGB ihr gleicher Rang von selbst ergibt. Sind die Anträge zu verschiedenen Zeiten eingegangen, so ist verschieden zu verfahren, je nachdem die Anträge unter Beobachtung der Vorschrift des § 17 GBD (Erledigung zunächst des früher gestellten Antrags) an verschiedenen Tagen oder an demselben Tage zur Erledigung gebracht werden. Im ersten Falle müssen die Datierungen (§ 44 GBD) der Zeitfolge der Anträge entsprechen; dann wird ohne weiteres durch die Verschiedenheit der Datierung das Rangverhältnis gemäß § 879 Abs 1 Satz 2 Halbs 1 BGB zum Ausdruck gebracht. Im zweiten Falle, also wenn die Eintragungen unter Angabe desselben Tages bewirkt werden, ist zu vermerken, daß die später beantragte Eintragung der früher beantragten im Range nachsteht (§ 45 Abs 2 GBD). Wird wegen eines leicht behebbaren Hindernisses, das einem Eintragungsantrag entgegensteht, eine befristete Zwischenverfügung nach § 18 Abs 1 GBD erlassen, so bleibt dem Antrag der Rang im Sinne der zeitlichen Reihenfolge (§ 45) bis spätestens zum Ablauf der gesetzten Frist gewahrt gegenüber einem später eingehenden, sofort erledigungsfähigen, dasselbe Recht betreffenden Antrag, der die antragsgemäße Erledigung des ersten Antrags bereitet oder beeinträchtigt (FfB 1, 302). Wird das Hindernis bis zum Ablauf der Frist behoben und ist auf den späteren Antrag noch nicht verfügt, so sind die Eintragungen nunmehr so zu bewirken, daß die Eintragung auf Grund des ersten Antrags der Eintragung auf Grund des späteren Antrags im Range vorgeht. Ist aber bei sofortiger Erledigung des späteren Antrags nach § 18 Abs 2 GBD eine Vormerkung zugunsten des ersten Antrags von Amts wegen eingetragen worden, so ist nunmehr an die Stelle der Vormerkung die endgültige Eintragung auf Grund des ersten Antrags mit dem Range vor der Eintragung auf Grund des späteren Antrags zu setzen. Anders verhält es sich allerdings, wenn der spätere Antrag unzulässig ist, sobald dem ersten Antrag stattgegeben ist, also z. B. dann, wenn der erste Antrag die Eintragung des Eigentums des Auflassungsempfängers, der spätere Antrag die Eintragung einer Zwangshypothek gegen den auflassenden bisherigen Eigentümer zum Gegenstand hat. Hier ist im ersten Falle (Einausschiebung der Eintragungen auf beide Anträge) der spätere Antrag nunmehr zurückzuweisen, im zweiten Falle (Eintragung einer Vormerkung nach § 18 Abs 2 GBD) die auf Grund des späteren Antrags bewirkte Eintragung zu löschen (RGZ 53, 109; FfB 1 S. 309, 321; 2, 445). Diese Vorschriften sind jedoch nur Ordnungsvorschriften. Bewirkt das Grundbuchamt die Eintragungen in anderer Reihenfolge oder mit anderer Datierung, als es nach der Zeitfolge der Anträge hätte geschehen sollen (z. B. infolge irrümlicher

Auffassung über den Zeitpunkt des Antragseingangs), so bestimmt sich trotz des falschen Verfahrens das Rangverhältnis materiell gemäß *Abf 1* § 879 nach der Reihenfolge oder der Datierung der Eintragungen im Grundbuch (*RG* 57, 280; 113, 403; *Wam* 1928 Nr 33; *HR* 1932 Nr 1658; *RGZ* 34 A 290; *DZG* 36, 148; 38, 9; 45, 86). Gleiche Wirkung hat auch ein ausdrücklicher Rangvermerk des Grundbuchamts, der der Zeitfolge der Anträge nicht entspricht (*DZG* 36, 148). Ein Berichtigungsanspruch nach § 894 gegen die Rechtsinhaber, deren Rechte bei richtigem Verfahren mit nachstehendem Rang hätten eingetragen werden sollen, ist dem Benachteiligten nicht gegeben, da für ihn allein durch seinen Eintragungsantrag noch kein dingliches Recht außerhalb des Grundbuchs begründet war, wodurch der Inhalt des Grundbuchs unrichtig geworden wäre (*RG* 57, 282; *RG HR* 1932 Nr 1658; *RGZ* 34 A 291; *DZG* 6, 263; 36, 148). Auch ein Bereicherungsanspruch (§ 812) besteht für den Benachteiligten nicht. Denn die begünstigten Rechtsinhaber haben ihre Voreintragung nicht ohne rechtlichen Grund erlangt; sie haben auch keinen Vorteil auf Kosten des Benachteiligten erlangt, da für diesen durch den früheren Eingang seines Antrags allein noch kein Vermögensrecht entstanden ist (*RG* 57, 283; 73, 175; *DZG* 6, 263). Höchstens könnte ein Anspruch aus einem persönlichen Schuldverhältnis zwischen dem Benachteiligten und den begünstigten Rechtsinhabern oder aus einer unerlaubten Handlung in Frage kommen (*RG* 57, 282; *DZG* 6, 263). Sind die falschen Eintragungen noch nicht nach außen kundgegeben, so kann das Grundbuchamt sie noch ändern (*RG* 57, 284; a. M. *ZW* 1932, 1228³; § 873 A 10). Ist aber den Beteiligten von den Eintragungen bereits Kenntnis gegeben, so ist auch für die Eintragung eines Widerspruches nach § 53 (54) *GBD* kein Raum, da das Grundbuch nicht unrichtig ist (*RGZ* 34 A 291; *DZG* 6, 263; 36, 148; 38, 9). Ebenjowenig kann durch eine Beschwerde, die überdies nach § 71 *Abf 2* *GBD* unzulässig wäre, eine Änderung der Einschreibungen herbeigeführt werden, weil dadurch in erworbene materielle Rechte eingegriffen werden würde. Der Benachteiligte hat nur einen Anspruch auf Schadensersatz gegen das Deutsche Reich, wenn ein Grundbuchbeamter vorsätzlich oder fahrlässig von den genannten Ordnungsvorschriften zu seinem Nachteil abgewichen ist (§ 839 A 4c). Anders verhält es sich, wenn ein nicht eintragungsbedürftiges Recht mit unrichtigem Rang eingetragen worden ist (*Abf 3*) und wenn im Falle einer Einigung der Beteiligten über das Rangverhältnis die Eintragungen nicht der Einigung entsprechen (*Abf 3*). — Ist ein Recht in eine unrichtige Stelle (unrichtige Abteilung) des Grundbuchs eingetragen, so kann die Eintragung dadurch richtiggestellt werden, daß das Recht mit dem aus seiner bisherigen Eintragung sich ergebenden Rang in die richtige Stelle (richtige Abteilung) eingetragen wird (*RG* 94, 9; § 873 A 10).

5. Die Reihenfolge ist in dem Falle des Satz 1 (Eintragung mehrerer Rechte in derselben Abteilung) auch dann maßgebend, wenn eine Eintragung nicht datiert ist, ja selbst dann, wenn eine räumlich vorangehende Eintragung ein späteres Datum trägt als die räumlich nachfolgende (sog. *Locusprinzip*). Bei der Aufteilung einer Grundbuchabteilung in Haupt- und Nebenspalten ist aber davon auszugehen, daß die in der Nebenspalte eingetragenen Vermerke mit der Eintragung in der Hauptspalte, auf die sie sich beziehen, eine einheitliche Eintragung darstellen, also mit ihr die räumliche Stellung in der Grundbuchabteilung teilen. Folglich haben die Vermerke in der Nebenspalte (z. B. Zinserhöhung auch über 5% hinaus) im Verhältnis zu anderen Rechten denselben Rang wie das in der Hauptspalte eingetragene Hauptrecht, falls nicht nach § 879 *Abf 3* ein abweichender Rang vermerkt ist. Bei nachträglichen Eintragungen in der Nebenspalte „Veränderungen“ bedarf es also keines besonderen Rangvermerks, wenn diese Eintragungen am Rang des in der Hauptspalte eingetragenen Rechts teilnehmen sollen (*RG* 132, 106; § 1119 A 4). Ist aber eine Einschreibung in einem zufällig leeren Raum zwischen zwei bereits vorhandenen Eintragungen tatsächlich erst später erfolgt, so behalten diese Eintragungen (soweit nicht demnächst ein Erwerb unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs stattfindet) ihren Vorrang (*RG HR* 1935 Nr 1016). Denn unter der Reihenfolge ist diejenige Aufeinanderfolge zu verstehen, die aus zeitlich nacheinander erfolgenden Einschreibungen sich ergibt (*RGZ* 41 A 224). Daraus folgt z. B., daß ein Recht, das unzulässigerweise noch an der Stelle einer bereits erloschenen Vormerkung (§ 886 A 3) endgültig eingetragen wird, nicht den Rang hat, der sich nach § 883 *Abf 3* aus der Vormerkungseintragung ergeben würde; es steht vielmehr den nach der Vormerkung inzwischen eingetragenen Rechten im Range nach (*RGZ* 41, 225).

6. Enthält eine Eintragung (versehentlich: § 44 *GBD*) überhaupt nicht die Angabe eines Tages, so ist sie nicht unwirksam (*Abf 3*). Es ist dann zu unterscheiden, ob sie in ihrer Abteilung an letzter Stelle steht oder ob dort noch weitere Eintragungen folgen. Im ersten Falle steht sie allen datierten Eintragungen in der andern Abteilung im Range nach, weil sie nicht gemäß *Abf 1* Satz 2 § 879 „unter Angabe eines früheren oder eines gleichen Tages eingetragen“ steht. Im zweiten Falle hat sie, da sie nach der Reihenfolge (*Abf 5*) den in ihrer Abteilung nachstehenden Rechten im Range vorgeht, naturgemäß auch den Vorrang vor Eintragungen in der andern Abteilung, die diesen Rechten nachstehen (str.). Sind mehrere Eintragungen in verschiedenen Abteilungen undatiert, so haben sie, wenn sie beide in ihren Abteilungen an letzter Stelle stehen, untereinander gleichen Rang. Steht nur eine der Eintragungen an letzter Stelle oder folgen beiden undatierten Eintragungen andere Eintragungen nach, so sind die oben dargelegten Grundsätze maßgebend (str.).

7. Kommt eine Einigung erst nach der Eintragung zustande, so wird die Eintragung, gleichviel ob ihr eine Einigung im Sinne des § 873 überhaupt nicht zugrunde lag oder die etwa erklärte Einigung nichtig war, an sich erst mit der nachträglichen rechtsgültigen Einigung wirksam; erst mit diesem Zeitpunkt entsteht das eingetragene Recht (§ 873 A 7 c, 10). Nach Abs 2 § 879 hat aber das so entstandene Recht den Rang, der sich aus seiner zunächst unwirksamen Eintragung ergibt, auch wenn vor der wirksam zustande gekommenen Einigung ein anderes Recht eingetragen worden ist (Prot 3, 91). Dies ist allerdings für den Fall der Nichtigkeit der früheren Einigung bestritten. Jedoch ist eine nichtige Einigung einer zur Zeit der Eintragung überhaupt noch nicht erfolgten Einigung gleichzuachten (StR 1932 Nr 1823).

8. Eine abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses ist, wie aus dem Zusammenhang des Abs 3 mit Abs 1 zu entnehmen ist, eine Bestimmung, aus der folgt, daß das Rangverhältnis nicht so sein soll, wie es sich aus der Reihenfolge oder der Daterung der Eintragungen bei Anwendung der Grundsätze des Abs 1 ergeben würde. Abs 3 will nichts weiter besagen, als daß eine solche Bestimmung eingetragen sein muß, wenn nicht das Rangverhältnis nach Maßgabe des Abs 1 gelten soll. Das Rangverhältnis soll also lediglich aus den Einschreibungen entnommen werden, und zwar entweder nach Abs 1 aus der Reihenfolge oder der Daterung oder nach Abs 3 aus der eingetragenen abweichenden Bestimmung. Durch welche Rechts-handlungen diese Bestimmung zu erfolgen hat, darüber verhält sich Abs 3 nicht. Nur so viel ist aus der Gesetzesfassung zu entnehmen, daß eine materiell rechtswirksame Bestimmung vorliegen muß. Dafür spricht auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes (Prot 6, 221). Was zu einer rechtsgültigen Rangbestimmung erforderlich ist, bestimmt sich nach Lage des einzelnen Falles. Der Regelfall wird sein, daß die mehreren Rechte sämtlich erst eingetragen werden sollen. Dann kommt für alle diese Rechte § 873 zur Anwendung, da der Rang eines einzutragenden Rechts einen Teil seines Inhalts bildet. Danach erfordert die Rangbestimmung in diesem Falle nach § 873 Abs 1 eine rechtsgültige Einigung zwischen dem Eigentümer und den Erwerbern der Rechte über die Rangverhältnisse. Formellrechtlich ist jedoch nach § 45 Abs 3 GBD zur Vornahme der Eintragung genügend, daß das Rangverhältnis von den Antragstellern (§§ 13 ff.; wegen des mitwirkenden Notars vgl. RÖZ 26 A 83) oder, falls nur einer von den Beteiligten den Antrag stellt (z. B. wenn der Eigentümer mehrere Rechte zugleich eintragen läßt), von diesem bestimmt wird. Andererseits bedarf die Bestimmung, da sie eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung enthält, formellrechtlich der im § 29 Satz 1 GBD vorgeschriebenen Form (RÖZ 26 A 84), während materiellrechtlich auch die formlose Einigung wirksam ist. Steht die vom Grundbuchamt vorgenommene Eintragung des Rangverhältnisses mit der Einigung im Widerspruch, so ist die Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften erfolgt und hat das Grundbuch unrichtig gemacht. Die Folge davon ist, daß zwar nach außen hin zunächst das gesetzliche Rangverhältnis eintritt, daß also nach Abs 1 § 879 die Reihenfolge (Satz 1) oder die Daterung (Satz 2) maßgebend ist. Das Grundbuchamt hat aber, solange nicht ein Erwerb dazwischengekommen ist, der unter dem Schutz des § 892 steht, einen Amtswiderspruch nach § 53 Abs 1 Satz 1 GBD einzutragen (StR 1935 Nr 114). Auch kann hier ein Berichtigungsanspruch nach § 894 in Frage kommen. Ferner kann auf Grund des schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäfts (RÖZ 26 A 290; DW 6, 269) ein persönlicher Anspruch auf Herbeiführung einer der Einigung entsprechenden Änderung der Rängeintragung gegeben sein (str.). — Hat die Einigung zum Inhalt, daß die Eintragung „zur bereitsten Stelle“ erfolgen soll, so hat dies die Bedeutung, daß das einzutragende Recht die ihm bei Berücksichtigung der bisher eingetragenen Belastungen nach dem Gesetz zukommende Rangstelle erhalten soll (RÖZ 26 A 290; 52, 202). — Eine einseitige Bestimmung des Rangverhältnisses ist in den Fällen der Eintragungsbewilligungen nach §§ 885 (Vormerkung), 899 Abs 2 (Widerspruch), 1188 (Inhaberp hypothek), 1195 (Inhabergrundschuld), 1196 (Eigentümergrundschuld) möglich. — Über den Fall, daß ein neu einzutragendes Recht den Vorrang vor einem bereits eingetragenen Recht erhalten soll, vgl. § 880 A 1, 5. — Abs 3 findet auch dann Anwendung, wenn auf Grund eines Rangvorbehalts (§ 881) ein Recht mit dem Range vor einem bereits eingetragenen Recht eingetragen werden soll (§ 881 A 5).

§ 880

Das Rangverhältnis kann nachträglich¹⁾ geändert werden²⁾.

Zu der Rangänderung ist die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten³⁾ und die Eintragung der Änderung in das Grundbuch erforderlich⁴⁾; die Vorschriften des § 873 Abs 2 und des § 878 finden Anwendung⁵⁾. Soll eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld zurücktreten, so ist außerdem die Zustimmung des Eigentümers erforderlich⁶⁾. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder einem der Beteiligten gegenüber zu erklären; sie ist unwiderruflich⁶⁾.

Ist das zurüctretende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften des § 876 entsprechende Anwendung 7).

Der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang geht nicht dadurch verloren, daß das zurüctretende Recht durch Rechtsgeſchäft aufgehoben wird 8).

Rechte, die den Rang zwischen dem zurüctretenden und dem vortretenden Rechte haben, werden durch die Rangänderung nicht berührt 9).

§ I 841 II 801; W 3 228ff.; B 3 91ff.

1. **Nachträglich** im Sinne des § 880 ist eine Rangänderung, durch die ein bestehendes Rangverhältnis geändert wird. Gemeint ist ein Rangverhältnis, über das § 879 Bestimmung trifft. Denn § 880 schließt sich mit den Eingangsworten „Das Rangverhältnis“ unmittelbar an § 879 an. § 880 betrifft also nur die Änderung des Rangverhältnisses zwischen eingetragenen Rechten. Welche Rechte im Rangverhältnis zueinander stehen, sagt § 879 A 2. Da auch ein eingetragenes Vorkaufrecht im Rangverhältnis zu anderen das Grundstück belastenden Rechten steht, kann dieses Verhältnis nachträglich geändert, also z. B. einer Hypothek der Vorrang vor dem Vorkaufrecht eingeräumt werden (ZFG 1, 422). Sollen mehrere Rechte erst eingetragen und dabei das Rangverhältnis festgesetzt werden, so handelt es sich um eine abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses bei der Bestellung im Sinne des § 879 Abs 3 (dort A 8), nicht um eine „nachträgliche“ Änderung des Rangverhältnisses (RN 9, 53; RGZ 40 A 243). Dagegen umfaßt § 880 auch den Fall, daß ein bereits bestehendes eingetragenes Recht zurüctreten soll hinter ein gleichzeitig einzutragendes neues Recht (RG 69, 327; 157, 24; ZFG 12, 286).

2. Gemeint ist im § 880 nur eine **Änderung des Rangverhältnisses** durch Rechtsgeſchäft, wie sich aus dem Erfordernis der Einigung im Abs 2 ergibt. Daher gehören nicht hierher Rangänderungen, die nachträglich auf anderer Grundlage, insbesondere kraft Gesetzes eintreten, z. B. die Rangänderung der einzelnen Teile einer Hypothek im Falle des Übergangs eines Teiles auf einen andern als den bisherigen Gläubiger (§§ 1143, 774 Abs 1, 1150, 268 Abs 3, 1164, 1176) oder das Rangverhältnis der für die Forderungen gegen den Ersteher des zwangsversteigerten Grundstücks einzutragenden Sicherungshypotheken (§§ 128, 129, 131 ZVG). Eine Rangänderung im Sinne des § 880 ist es aber auch, wenn einer nachstehenden Post der gleiche Rang mit einer vorstehenden Post eingeräumt wird; denn diese tritt dadurch teilweise zurück, jene teilweise vor (RGZ 40 A 243).

Das **Wesen der Rangänderung** im Sinne des § 880 ist dahin zu bestimmen, daß durch ein sachenrechtliches Rechtsgeſchäft der Inhalt der in Betracht kommenden Rechte hinsichtlich des Rangverhältnisses mit dinglicher Wirkung geändert und zugleich eine Wechselbeziehung zwischen diesen Inhaltsänderungen festgesetzt wird. Gegenstand der Inhaltsänderung (A 1) ist, daß sowohl in der Pflicht, die Verdrängung durch vorgehende Rechte zu dulden, als auch in der Befugnis, nachstehende Rechte verdrängen zu dürfen, das zurüctretende Recht den Rang des vortretenden Rechts und dieses den Rang des zurüctretenden erhalten soll, und zwar so, als ob von vornherein das eine Recht den Rang des andern gehabt hätte (RN 1, 129; 9, 54; 9, 268; RGZ 39 A 254; 40 A 245). Die Wechselbeziehung besteht darin, daß nach Maßgabe der beiderseitigen Inhaltsänderungen das vortretende Recht gegenüber dem zurüctretenden berechtigt, dieses zugunsten jenes belastet ist: der Inhaber des zurüctretenden Rechts muß dulden, daß die aus dem Recht fließende Befugnis, im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks den Versteigerungserlös unmittelbar nach den ihm vorgehenden Rechten in Anspruch zu nehmen, von dem Inhaber des vortretenden Rechts im eigenen Interesse ausgeübt wird und daß ihn, den Zurüctretenden, die dem vortretenden Recht vorgehenden Rechte (die Zwischenrechte) verdrängen. Aus diesem Wesen der Rangänderung folgt, daß sie hinfällig ist, wenn das vortretende Recht tatsächlich nicht besteht. Denn durch die Rangänderung wird nicht eine persönliche Befugnis für den Inhaber des begünstigten Rechts begründet, sondern die Befugnis ist mit dem Recht als Teil seines Inhalts verbunden; wenn das Recht nicht besteht, kann ihm auch nicht die Befugnis erteilt werden. Wenn allerdings ein Dritter nach der ins Grundbuch eingetragenen Rangänderung das vortretende, in Wirklichkeit nicht bestehende Recht unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs erwirbt, so wird nach § 892 mit dem Rechte auch die Rangänderung für den Erwerber wirksam. Wird das zunächst wirksam bestehende vortretende Recht später aufgehoben, sei es kraft Gesetzes, sei es durch Rechtsgeſchäft, so wird die Rangänderung hinfällig; denn die Belastung des zurüctretenden Rechts hört wegen Fehlens eines Berechtigten auf, wie dies auch sonst bei Belastungen der Fall ist (ZFG 8, 298). Besteht das zurüctretende Recht trotz der Eintragung zur Zeit der Rangänderung nicht, so ist diese ohne Wirkung. Denn wenn das belastete Recht nicht besteht, kann aus der Belastung, die eine Veräußerung des Rechts im weiteren Sinne ist (§ 879 A 2), auch eine Befugnis nicht erwachsen. Dies gilt sowohl dann, wenn die Eintragung selbst wegen Nichtbeachtung zwingender Einschreibenvorschriften nichtig ist (§ 879 A 3) und deshalb nicht zur Entstehung des Rechts geführt hat, als auch dann, wenn der Eintragung keine Einigung zugrunde liegt oder die Einigung nichtig oder mit Erfolg angefochten ist (§ 873 A 7, 10).

Die Berufung auf einen Rechtszserwerb unter dem Schutze des § 892 kommt hier für den durch die Rangänderung Begünstigten nicht in Frage, da nach der Vorschrift des § 880 Abs 5, die insoweit eine Einschränkung des § 892 enthält, die Zwischenrechte durch die Rangänderung unberührt bleiben und das vortretende Recht auch ohne Rangänderung an die Stelle des nicht bestehenden Rechtes rückt, wenn keine Zwischenrechte vorhanden sind (str.). Wird das zunächst wirksam bestehende zurücktretende Recht später durch Rechtsgeschäft aufgehoben, so geht nach der Vorschrift des Abs 4 dem vortretenden Recht der ihm eingeräumte Rang nicht verloren. Daraus folgt aber, daß die Rangänderung ihre Wirkung verliert, wenn das zurücktretende Recht auf anderer Grundlage, insbesondere kraft Gesetzes, aufgehoben wird (RN 11, 153). Deshalb kann man indessen noch nicht davon sprechen, daß die Rangänderung eine auflösend bedingte Rangabtretung sei. Ein Rang kann nicht losgelöst von dem Recht abgetreten werden (M 3, 231). Bei der Rangänderung wird auch nichts abgetreten, sondern der Inhalt der beiden Rechte wird geändert und das eine Recht zugunsten des andern belastet. Die Rangänderung wird durch die (nicht rechtsgeschäftliche) Aufhebung des zurücktretenden Rechts nicht deshalb hinfällig, weil sie (rechtsgeschäftlich) bedingt wäre, sondern deshalb, weil das belastete Recht von vornherein mit der aus dem Aufhebungsgrunde sich ergebenden Einschränkung (Rechtsbedingung) belastet war (str.).

Aus dem dargestellten Wesen ergibt sich die Wirkung der durch Einigung und Eintragung nach Abs 2 vollzogenen Rangänderung von selbst dahin, daß sie regelmäßig nicht bloß zwischen den an ihr Beteiligten, sondern auch gegenüber Dritten dinglich wirksam ist. Ausgenommen sind nach Abs 5 die Zwischenberechtigten (M 3, 232; Prot 3, 92; RN 1, 129; 8, 72; RGZ 53, 179). Sind zwischen den an der Rangänderung beteiligten Rechten zwar keine Zwischenrechte eingetragen, geht aber das vortretende Recht kraft der relativen Wirkung der Rangbefugnis gemäß § 7 AufwG und § 17 GrVerG (§ 881 A 3 Abs 2) Rechten im Range vor, denen das zurücktretende Recht im Range nachsteht, so bewirkt die Vorrangseinräumung keinen absoluten Stellentausch mit nachteiligen Wirkungen für oder gegen die erwähnten, an ihr unbeteiligten Rechte. Denn rechtsgeschäftlich darf sich die Rangänderung nach § 880 weder zum Nachteil noch zum Vorteil solcher Rechte auswirken, die nicht an ihr beteiligt sind (RG 141, 235). Gegenständlich erstreckt sich die Rangänderung auch auf alle Nebenrechte des zurücktretenden Rechts, und zwar selbst dann, wenn die Nebenrechte erweitert werden; denn die Rangänderung enthält eine Belastung des Rechts, und die erweiterten Nebenrechte werden Bestandteile des Rechts (RGZ 26 A 140). Eine neue Rangänderung liegt in der Erweiterung nicht, selbst wenn dadurch eine Rangverschlechterung der nachstehenden Rechte eintritt. Deshalb bedarf es im Falle der Erweiterung der zurücktretenden Hypothek, z. B. hinsichtlich der Zinsen gemäß § 1119, nicht nach Abs 2 Satz 2 der Zustimmung des Eigentümers (RGZ 26 A 140). Ist der Vorrang nur an einem von mehreren haftenden Grundstücken oder nur an einem realen Teil eines Grundstücks (§ 7 GrVerG) eingeräumt, so kann der Inhaber des vortretenden Rechts in der Zwangsversteigerung bevorrechtigte Befriedigung nur aus dem Erlöse des einen Grundstücks oder Grundstücksteils verlangen (RG 14, 85). — An dem Inhalt der beiden Rechte wird, abgesehen von dem Rangverhältnis, nichts geändert. Der Inhaber des zurücktretenden Rechts ist daher insbesondere nach wie vor berechtigt, über sein Recht zu verfügen. Er kann es übertragen, die Ansprüche daraus einziehen, auch darauf verzichten, Lösungsbewilligung erteilen usw., ohne daß er einer Zustimmung des Inhabers des vortretenden Rechts bedarf. Doch kann dies, wie auch sonst bei Belastungen, nur unbeschadet der aus der Rangänderung sich ergebenden Befugnisse geschehen. Insbesondere wird durch eine Verfügung, die eine rechtsgeschäftliche Aufhebung enthält, nach Abs 4 der dem vortretenden Recht eingeräumte Rang nicht berührt. — Besonders äußert sich die Wirkung der Rangänderung im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks. Ist der Inhaber des zurücktretenden Rechts der betreibende Gläubiger, so ist das vortretende Recht in das geringste Gebot aufzunehmen, da es dem betreibenden Gläubiger vorgeht (§ 44 ZVG). Ist der Inhaber des vortretenden Rechts betreibender Gläubiger, so bleibt das zurücktretende Recht bei der Feststellung des geringsten Gebots unberücksichtigt. Dies gilt auch dann, wenn Zwischenrechte vorhanden sind. Denn ihnen gegenüber (Abs 5) sind die beiden Rechte als im Range gegeneinander ausgetauscht anzusehen. Die Zwischenrechte werden also im ersten Falle in das geringste Gebot mitaufgenommen, im zweiten Falle nicht. Ist der Inhaber eines Zwischenrechts betreibender Gläubiger, so ist nur das vortretende Recht im geringsten Gebot zu berücksichtigen. Enthält der Inhaber des vortretenden Rechts in der ihm eingeräumten besseren Rangstelle eine Zahlung aus dem Barerlös, so wird nicht etwa das zurücktretende, sondern das vortretende Recht befriedigt. Denn der Erlösesempfänger übt den Anspruch auf den Erlös, der ohne die Rangänderung nicht ihm, sondern dem zurücktretenden Recht zugestanden hätte, nunmehr nach der Rangänderung doch für sein eigenes vortretendes Recht aus; er ist also Zahlungsempfänger aus eigenem Recht. Daher tritt z. B., wenn das zurücktretende Recht eine Gesamthypothek ist, durch die Zahlung nicht nach § 1181 ein Erlöschen der Hypothek auf dem mithaftenden Grundstück ein (RG 16, 249).

Gegenstand der Rangänderung können alle Rechte sein, die ein Grundstück zulässigerweise belasten (§ 873 A 6), also nicht nur hypothekarische Rechte, sondern z. B. auch ein Nießbrauch, eine

Realkauf, ein Vorkaufsrecht (A 1). Für hypothekarische Rechte besteht nur die Sondervorschrift des Abs 2 Satz 2, 3. Auch reelle Teile eines Rechts können unter ihrer bestimmten Bezeichnung sowohl im Verhältnis zueinander (§ 1151) als auch im Verhältnis zu andern Rechten im Range geändert werden (RGZ 26 A 145; RZM 8, 70; unzulässig erscheint allerdings bei der Hypothek eine dingliche Rangänderung für Zinsrückstände: § 1159 A 2). Für Bruchtheilsrechte vgl. A 3. Auch eine Vormerkung kann Gegenstand der Rangänderung sein. Sie ist zwar kein dingliches Recht am Grundstück, sondern sichert nur einen Anspruch (§ 883 A 8). Nach § 883 Abs 3 bestimmt sich aber der Rang des Rechts, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, nach ihrer Eintragung. Sie wirkt also insoweit gleich einer endgültigen Belastung (vgl. § 48 ZWG). Daher wird § 880 auf sie entsprechend angewendet (RG 55, 270; RZM 2, 145; WZJ 39 A 197, 200; ZFG 6, 362; 10, 226). Das gilt insbesondere auch für die Auflassungsvormerkung. Ist einer Hypothek der Vorrang vor einer Auflassungsvormerkung eingeräumt worden, so wird dadurch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, der Hypothek später auch noch den Vorrang einzuräumen vor einer zweiten Auflassungsvormerkung, die der ersten im Range nachsteht (ZFG 10, 224). Ist eine Lösungsvormerkung (§ 1179) zugunsten einer Hypothek eingetragen, so nimmt sie, wenn der Rang der Hypothek geändert wird, als Nebenrecht ohne weiteres an der Rangänderung teil (RZM 11, 146). Dagegen kann eine eingetragene, gegen den Grundstückseigentümer gerichtete Verfügungsbeschränkung nicht Gegenstand der Rangänderung sein, da zwischen einem Recht am Grundstück und einer solchen Verfügungsbeschränkung, die sich nicht als eine Belastung des Grundstücks darstellt, überhaupt kein Rangverhältnis besteht (§ 879 A 3).

Wird durch die Rangänderung das Rangverhältnis derart bestimmt, daß ein Recht hinter mehrere Rechte zurücktreten soll, so gilt folgendes: Räumt der zurücktretende Berechtigte C zunächst dem nachgehenden Berechtigten A und dann erst dem nachgehenden Berechtigten B den Vorrang ein und werden die beiden Rangänderungen auch in dieser zeitlichen Reihenfolge nacheinander eingetragen, so erhält C den Rang hinter A und B und A den Rang vor B, auch wenn früher vor den beiden Vorrangseinräumungen B den Rang vor A hatte. Werden aber die beiden Vorrangseinräumungen gleichzeitig vorgenommen und eingetragen, so behalten A und B untereinander (vor C) den Rang, den sie früher hatten. Werden die beiden Vorrangseinräumungen zwar gleichzeitig vereinbart, bewilligt und beantragt, aber zeitlich nacheinander eingetragen, so erlangt der durch die erste Eintragung begünstigte A den Vorrang vor dem erst durch die zweite Eintragung begünstigten B auch dann, wenn früher B dem A vorging und in den an das Grundbuchamt gerichteten Bewilligungen und Anträgen nichts über den künftigen Rang zwischen A und B gesagt war (RGZ 47, 189; DLG 29, 323; ZFG 8, 306). — Wird einem Recht der Vorrang vor mehreren Rechten eingeräumt, so tritt es ohne Einschränkung vor diese, während sich an der Rangordnung der zurücktretenden Rechte untereinander nichts ändert (RG 64, 105; 79, 174; DLG 12, 278; 29, 322; RZM 11, 297; A 9). Die zurücktretenden Rechte haben mangels besonderer Vereinbarung auch dann nicht gleichen Rang, wenn die Vorrangseinräumungen gleichzeitig bewilligt und eingetragen worden sind (RZM 11, 297; DLG 29, 322; RGZ 53, 179). In RGZ 53, 178 ist allerdings dahingestellt gelassen, ob diese Ansicht in ihrer Allgemeinheit zutreffend sei, soweit nach ihr das Rangverhältnis der zurücktretenden Rechte untereinander stets dasselbe bleibt, gleichviel, ob die Vorrangseinräumungen gleichzeitig erfolgen oder nicht, und ohne Rücksicht darauf, in welcher Reihenfolge im letzteren Falle die einzelnen Vorrangseinräumungen vor sich gehen. Auch dort ist aber angenommen, daß das Rangverhältnis zwischen zwei im Range nicht gleichen zurücktretenden Berechtigten sich auch dann nicht ändert, wenn sie einem nachstehenden Recht zwar nicht gleichzeitig den Vorrang einräumen, wenn aber die Vorrangseinräumung des an zweiter Stelle stehenden Berechtigten der Vorrangseinräumung des an erster Stelle stehenden vorangeht. Dies wird damit begründet, der zuletzt Zurücktretende wolle durch die Vorrangseinräumung nur dem vorrückenden Recht einen Vorteil verschaffen und sich von diesem Recht nur bis zu derjenigen Rangstelle zurückdrängen lassen, die es infolge der früheren Vorrangseinräumung des zweitstelligen Berechtigten innehatte. Zu demselben Ergebnis gelangt man durch die Erwägung, daß der Erststellige vor wie nach der ersten Vorrangseinräumung den Vorrang vor dem Zweitstelligen hatte und daß sich hieran nichts dadurch geändert haben kann, daß der Vorgerückte demnach auch mit dem Erststelligem ein weiteres Vorrücken vor diesen vereinbarte.

Eine **Aufhebung der Rangänderung** stellt sich als neue Rangänderung dar. Deshalb genügt dazu nicht die einseitige Aufgabenerklärung des Berechtigten; vielmehr müssen die Erfordernisse des Abs 2 Satz 1 (Einigung und Eintragung) vorliegen. Der die Aufhebung von Grundstücksbelastungen betreffende § 875 ist hier nicht anwendbar. Nach Abs 2 Satz 2 bedarf es bei hypothekarischen Rechten auch der Zustimmung des Eigentümers (str.).

3. Von der Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten, die zusammen mit der Eintragung die Rangänderung herbeiführt, gilt dasselbe wie von der Einigung des § 873. Der „Berechtigte“ (Passivbeteiligte) ist hier der Inhaber des zurücktretenden Rechts. Er muß geschäftsfähig und verfügungsbefugt sein, braucht aber zur materiellen Wirksamkeit der Einigung nicht als Inhaber des Rechts eingetragen zu sein, wenn er nur, was in Ausnahmefällen möglich

ist, ohne Eintragung wirklich Inhaber ist. Nach formellem Recht (§ 39 Abs 1 GBD) muß er allerdings sich zuvor eintragen lassen, sofern nicht einer der Ausnahmefälle der §§ 39 Abs 2, 40 GBD vorliegt. Der „andere Teil“ (Mitbeteiligte) ist der Inhaber des vortretenden Rechts. Der Passivbeteiligte muß zur Zeit der Einigung über den Rücktritt die Befugnis zur Verfügung über das zurücktretende Recht haben. Deshalb ist z. B. der Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht befugt, einem Recht den Vorrang vor einer Hypothek einzuräumen für den Fall, daß diese oder der jeweils abgetragene Teil ihm künftig als Eigentümergrundschuld zufallen sollte. Denn zur Zeit dieser Erklärung ist nicht er, sondern ein anderer der allein verfügungsberechtigte Gläubiger der Hypothek (RG 84, 80; RM 4, 244; 8, 73). Steht das zurücktretende Recht mehreren Berechtigten zu Bruchteilen zu, so kann nicht jeder einzelne Mitberechtigte für seinen Bruchteil, sondern nur alle gemeinsam für das ganze Recht einem andern Recht den Vorrang einräumen (JW 1934, 2485¹). — Die Einigung hat Vertragsnatur, so daß sämtliche Vorschriften des allgemeinen Teiles über Rechtsgeschäfte, auch die §§ 145 ff., Anwendung finden, soweit nicht Ausnahmen aus dem im Abs 2 Satz 1 für anwendbar erklärten § 873 Abs 2 sich ergeben. Insbesondere kann die Einigung auch eine bedingte oder befristete (§§ 158, 163) sein, z. B. dadurch bedingt, daß gewisse schuldrechtliche Verpflichtungen erfüllt werden (HR 1933 Nr 1585). Die Bedingung oder Zeitbestimmung kann an sich auch stillschweigend vereinbart sein, muß aber für den Erwerb des Vorrechts eingetragen werden, wenn sie dritten rechtsgeschäftlichen Erwerbern des vortretenden Rechtes gegenüber wirksam sein soll (RG 59, 315; 61, 42; 76, 373; 122, 64; JW 1906, 353¹⁴; Gruch 52, 1060; Worn 1909 Nr 408; 1911 Nr 83). Die Bewilligung zur Eintragung der bedingt vereinbarten Rangänderung darf aber nach § 16 GBD nicht an einen Vorbehalt geknüpft sein; eine von einer Bedingung abhängig gemachte Eintragungsbewilligung ist für den Grundbuchverkehr nicht zu brauchen (RG Worn 1934 Nr 9; HR 1933 Nr 1585). Ist die vortretende Hypothek eine Baugelderhypothek und hat der Vortretende keinen Anspruch auf bedingungslose Vorrangseinträumung, so ist im allgemeinen, wenn nicht besondere Umstände für eine andere Willensmeinung sprechen, als stillschweigend vereinbart anzusehen, daß der vortretenden Hypothek das Vorrecht nur insoweit zustehen soll, als ihre Forderung durch Zahlungen an den Eigentümer gemäß dem Baugeldervertrag je nach Fortschreiten des Baues zur Entfaltung gebracht ist (RG 76, 375; 122, 64). Jedoch ist der stillschweigenden Vereinbarung nicht der Inhalt beizulegen, daß die Baugelderhypothek in Höhe der vom Baugeldgeber an den Grundstückseigentümer gezahlten Teilbeträge immer nur dann den Vorrang vor der zurücktretenden Hypothek haben soll, wenn feststeht, daß der Bau bis zu dem Abschnitt, dessen Herstellung nach dem Baugeldervertrag die Teilbeträge fällig machen sollte, restlos und mangelfrei hergestellt ist. Hat der Baugeldgeber ohne Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt Teilbeträge auf die Hypothek in dem Glauben gewährt, daß die Bauabschnitte fertiggestellt seien, deren Herstellung nach dem Baugeldervertrag die Fälligkeit der Teilbeträge herbeiführen sollte, so ist, falls nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, anzunehmen, daß der Hypothek des Baugeldgebers in Höhe der gezahlten Teilbeträge der Vorrang vor der zurücktretenden Hypothek auch dann zusteht, wenn tatsächlich an den Bauabschnitten noch Bauarbeiten fehlen oder die Bauausführung Mängel aufweist (RG 83, 125; 86, 223). Hat der Verkäufer eines unbebauten Grundstücks sich in dem Kaufvertrag dem Käufer gegenüber verpflichtet, mit seiner Kaufgeldhypothek hinter eine vom Käufer zu einem bestimmten Betrag aufzunehmende Baugelderhypothek zurückzutreten, so ist dies dahin aufzufassen, daß der Verkäufer zur Vorrangseinträumung dann verpflichtet sein soll, wenn die demnächst vom Käufer bestellte Hypothek eine solche ist, deren Forderung in der vorbezeichneten Weise durch Zahlung von Teilbeträgen nach Maßgabe eines zwischen dem Käufer und dem Baugeldgeber geschlossenen Baugeldertrags zur Entstehung gebracht werden soll (RG 86, 223; 92, 215). Daher kann der Käufer von dem Verkäufer die Erfüllung der Verpflichtung zur Vorrangseinträumung nur dann verlangen, wenn dem Verkäufer dargetan ist, daß der Hypothekbestellung ein Baugeldervertrag zugrundeliegt, wonach das Baugeld in bestimmten Teilbeträgen je nach Fertigstellung der einzelnen Bauabschnitte zur Auszahlung gelangen soll, und zwar, wenn die Vertragsschließenden nicht besondere Bedingungen vereinbart haben, ein Baugeldervertrag, dessen Bedingungen im großen und ganzen nicht wesentlich von den im Baugeldverkehr bei Berücksichtigung der Art des zu errichtenden Neubaus üblichen abweichen (RG 86, 223). Den Fall der Verbindung einer bedingten Vorrangseinträumung mit einer Pfändungsvormerkung zugunsten einer zurücktretenden Hypothek gegenüber einer vortretenden Hypothek (Baugelderhypothek) behandelt § 1179 Nr 7. — Die Einigung ist nicht darauf gerichtet, Verpflichtungen in irgendeiner Art zu begründen, sondern sie ist rein dinglicher (abstrakter) Natur (JW 11, 192), so daß sie losgelöst ist von dem (schuldrechtlichen) Grundrechtsgeschäft und namentlich hinsichtlich der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit ein selbständiges Dasein führt (RG 48, 133). Das Grundrechtsgeschäft bedarf nur ausnahmsweise einer Form (z. B. wenn die Vorrangseinträumung schenkungsweise versprochen ist: § 518; RG 48, 135). Die Einigung bedarf zur materiellen Wirksamkeit keiner Form. Nach formellem Recht ist zur Vornahme der Eintragung die Beobachtung der im § 29 Satz 1 GBD vorgesehenen Form notwendig. Zur Begründung des

nach § 13 GBD erforderlichen, formlosen (§ 30 GBD) Eintragungsantrags eines der Beteiligten (RGZ 28 A 268) genügt nach § 19 GBD die einseitige Bewilligung der Eintragung durch den Inhaber des zurücktretenden Rechts als den in seinem Recht durch die Eintragung Betroffenen; die Einigung braucht dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen zu werden (RGZ 21 A 309; 28 A 267; DLG 16, 151). Antragsberechtigt nach § 13 GBD ist beim Rangrücktritt einer Hypothek auch der Grundstückseigentümer (str.; JZG 15, 362). — Die Einigung kann materiellrechtlich auch erst nach der Eintragung erfolgen; sie ist auch dann formlos wirksam (RZA 1, 128; RGZ 21 A 309). Mit ihrem nachträglichen Zustandekommen wird die bisher unwirksame Eintragung rechtsgültig und die Rangänderung vollzogen. Der Vorrang des vortretenden Rechts gilt aber nach § 879 Abs 2 schon von der Eintragung ab. Bindend (unwiderruflich) ist die Einigung, wenn sie, sei es auch formlos, nach der Eintragung erklärt ist. Vor der Eintragung ist sie nur dann bindend, wenn die Einigungserklärungen in einer der im § 873 Abs 2 vorgeschriebenen Formen abgegeben sind (RG Warn 1911 Nr 83). Ist dies der Fall und ist bereits der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt, so wird nach dem im Abs 2 Satz 1 für anwendbar erklärten § 878 die Einigungserklärung des Zurücktretenden nicht dadurch unwirksam, daß er in der Verfügung (z. B. durch Konkursöffnung) beschränkt wird. Die Einigungserklärung kann nach § 894 ZPO durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden. Das Urteil steht in jeder Hinsicht, also auch in der Anwendbarkeit des § 878, der freiwilligen bindenden Erklärung gleich. Alles Nähere zu diesen Fragen findet sich in § 873 A 7—10, 13—17 und § 878 A 1—3. — Da die Einigung ein Vertrag ist, erfordert sie begrifflich den Abschluß zwischen zwei verschiedenen Personen (RG 47, 209; § 873 A 7, 9). Deshalb kann der Inhaber zweier Rechte an demselben Grundstück nicht mit sich selbst eine Einigung über eine Änderung des Ranges der beiden Rechte erklären. Ebensowenig kann der Inhaber eines Rechts durch sich selbst einem Teil des Rechts vor dem andern den Vorrang geben. Auch im Falle der Übertragung des einen von zwei Rechten oder eines Rechtsteils kann der bisherige Alleininhaber die Rangänderung nur so bewirken, daß er als Inhaber des ihm verbleibenden Rechts oder Rechtsteils sich mit dem Erwerber über die Rangänderung einigt (A 5; RZA 8, 74; a. M. RZA 2, 50; RGZ 26 A 148; 40 A 241; 43, 236, aufgenommen von RG 142, 237). Jedoch kann der Inhaber zweier Rechte mit dem Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Einigung dahin eingehen, daß das eine Recht den Rang des andern erhalten soll. Es handelt sich dann aber nicht um eine Rangänderung durch Einigung zwischen dem Zurücktretenden und dem Vortretenden, sondern um eine Änderung des Inhalts der beiden Rechte im Sinne des § 877 (RZA 9, 54; 9, 268). Von diesem Gesichtspunkt aus sind die Entscheidungen in RZA 2, 50; RGZ 26 A 148; 40 A 241; 43, 236 im Ergebnis zu billigen, da in jenen Fällen der Eigentümer seine Zustimmung zu der Rangänderungserklärung des Gläubigers gegeben hatte und hierin eine Einigung nach §§ 877, 873 zu finden war. — Auf Grund des Grundrechtsgeschäfts kann nach § 883 auch eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Rangänderung eingetragen werden (RZA 9, 53).

4. Die formellrechtlichen Voraussetzungen für die Eintragung der Änderung in das Grundbuch sind schon behandelt in A 3. Sind die beteiligten Rechte verbriefte hypothekarische Rechte, so tritt als weitere Voraussetzung nach §§ 41, 42 GBD die Vorlegung der Briefe hinzu (RZA 4, 245; 8, 54; DLG 8, 319). Die Anwendung des Eintragungsgrundsatzes auf die Rangänderung setzt voraus, daß das Recht, dessen Rang geändert werden soll, durch das Grundbuch nachgewiesen ist (RG 88, 163). Wird für ein in bestimmter Höhe einzutragendes hypothekarisches Recht der Vorrang eingeräumt, dann aber das hypothekarische Recht zu einem geringeren Betrage eingetragen, so wirkt die Vorrangseinkäumung auch für diesen Betrag, da die Bewilligung des Vorrangs für den ganzen Betrag auch jeden Teil umfaßt. Dies gilt selbst dann, wenn die Zinsen für den Teilbetrag erhöht werden, sofern nur bei Hinzurechnung der erhöhten Zinsen der ganze Betrag nicht überfliegen wird. Auch kann der Berechtigte das hypothekarische Recht in Teilbeträgen nacheinander mit Vorrang eintragen lassen (RG Warn 1911 Nr 83). — Der Eintragungsvermerk über die Rangänderung muß, da die Rangänderung außer der Belastung des zurücktretenden Rechts auch eine Änderung des Inhalts der beiden Rechte enthält (A 2; RZA 9, 268), nicht nur bei dem zurücktretenden, sondern auch bei dem vortretenden Recht eingeschrieben werden, wenn die Rangänderung rechtsgültig vollzogen sein soll (RGZ 44, 256; 45, 293). Dies gilt um so mehr, als sonst in Fällen, in denen die auch den Rangvermerk umfassende Lösung des zurücktretenden Rechts nicht die Aufhebung der Rangänderung zur Folge hat (A 8), die Rangänderung aus dem Grundbuch nicht mehr ersichtlich wäre (str.; Prot 3, 99). Der Vermerk wird so zu gestalten sein, daß die Rangänderung und ihr Umfang, auch eine etwaige Bedingtheit des Vorrangs des vortretenden Rechts (A 3), aus dem Grundbuch bei beiden Rechten deutlich erkennbar ist. Da die Rangänderung eine Inhaltsänderung enthält, ist bei der Eintragung eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nach §§ 874, 877 nicht ausgeschlossen (str.). Ist das vortretende Recht eine Briefhypothek, so ist die Rangänderung gemäß § 62 Abs 1 GBD auf dem Hypothekenbrief zu vermerken, und zwar: auf dem Brief über die zurücktretende Hypothek der Rangrücktritt und auf dem Brief über die vortretende Hypothek der Rangvortritt; außerdem ist im Rangvortrittvermerk der bei der

zurücktretenden Hypothek eingetragene Rücktrittsvermerk wiederzugeben (RGZ 45, 291). Über die Ergänzung des mit dem Brief verbundenen Grundbuchauszugs (§ 57 Abs 3 GBD) durch Angabe des Rangverhältnisses zu den übrigen Hypotheken im Falle des Vorhandenseins von Zwischenhypotheken: RM 11, 152. Sollte eine Hypothek auf Grund des § 36 des Reichsnotopfergesetzes v. 31. 12. 1919 eingetragen werden, so war die Vorlegung der Hypothekenbriefe über bereits eingetragene Hypotheken zum Vermerk der Rangänderung darauf (§§ 42, 62 GBD) nicht nötig, da die Reichsnotopferhypothek kraft Gesetzes den Vorrang vor den bereits bestehenden Grundstücksbelastungen hat und daher die genannten formellrechtlichen Vorschriften ebensoviele Anwendung finden wie die materiellrechtlichen Bestimmungen des § 880 Abs 2 (RGZ 53, 208).

5. Außer der Einigung (A 3) und der Eintragung der Rechtsänderung (A 4) bedarf es ausnahmsweise auch noch der Zustimmung des Eigentümers, wenn das zurücktretende Recht ein hypothetarisches Recht (§§ 1113, 1191, 1199) ist. Diese Vorschrift beruht auf der Erwägung, daß ein hypothetarisches Recht nach Maßgabe der §§ 1143, 1163f., 1168, 1170ff., 1192, 1200 auf den Eigentümer übergehen kann und daß daher die Rangänderung auch in dessen Rechtskreis eingreift (Prot 3, 94; RG 88, 164; DLG 18, 108). Auf die rechtliche Natur des vortretenden Rechtes kommt es nicht an. Auch wenn dieses ein hypothetarisches Recht ist, bedarf es der Zustimmung des Eigentümers nicht, falls das zurücktretende Recht kein hypothetarisches ist (DLG 8, 106). Eine Ausnahme von der Ausnahmerebestimmung enthält § 1151 (vgl. §§ 1192, 1200), wonach die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich ist, wenn bei der Teilung eines hypothetarischen Rechts das Rangverhältnis der Teile untereinander geändert wird. Die Änderung des Rangverhältnisses der Teile kann aber erst bei der Abtretung eines Teils durch Einigung des bisherigen Gläubigers mit dem Abtretungsempfänger erfolgen; der alte Gläubiger kann für sich allein den Rang der Teile nicht ändern (str.; A 3). Soll eine Hypothekvormerkung zurücktreten (A 2), so bedarf es der Zustimmung nicht, weil die Vormerkung kein hypothetarisches Recht ist und die Vorschriften über die Eigentümerhypothek auf sie keine Anwendung finden (str.; ZFG 13, 418). Der Zustimmung des persönlichen Schuldners, der nicht zugleich der Eigentümer ist, bedarf es nicht, obwohl die Hypothek nach §§ 1164, 1174 unter Umständen auch auf ihn übergeht; sein Interesse wird durch § 1165 gewahrt. Zu nicht rechtsgeschäftlichen Rangänderungen, auf die sich § 880 überhaupt nicht bezieht (A 2), bedarf es einer Zustimmung nicht, also z. B. nicht zur Eintragung eines Vorrangs auf Grund der §§ 128, 130f. ZVG (A 2) oder zur Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich des Rangverhältnisses nach § 894 (DLG 6, 258; 8, 307; RGZ 49, 202). Indessen liegt kein Fall der Grundbuchberichtigung hinsichtlich des Ranges vor, wenn eine Hypothek von einem nachstehenden Hypothekengläubiger auf Grund des Anfechtungsgesetzes mit Erfolg angefochten ist (RGZ 49, 202; auch RG 71, 179; a. M. DLG 8, 307; 21, 409). Denn die Anfechtung hat keine dingliche Wirkung, sondern gewährt nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das vom Schuldner veräußerte Vermögensstück (RG 47, 216; 56, 165; 70, 113; 71, 176). Eine Zwangshypothek (§§ 866, 867 ZPD) kann ohne Zustimmung des Vollstreckungsschuldners an seinem Grundstück mit dem Vorrang vor einer bereits bestehenden Hypothek eingetragen werden, wenn nur der Gläubiger dieses Rechts die Eintragung bewilligt hat oder dazu rechtskräftig gerurteilt ist; unter denselben Voraussetzungen bedarf es der Zustimmung des Eigentümers auch nicht zu einer nachträglichen Rangänderung der beiden Rechte; diese Grundfälle gelten entsprechend für den Fall, daß eine Zwangshypothek gemäß § 848 ZPD kraft Gesetzes entsteht oder entstanden ist (ZFG 12, 304). — Bei der Zustimmung des Eigentümers (Bewilligung der Eintragung genügt: RGZ 26 A 140) gilt für ihre rechtliche Natur, die Erfordernisse ihrer Gültigkeit und ihre Wirkung dasselbe wie bei der Zustimmung des Dritten im § 876. Das Nähere hierüber bringt § 876 A 3. Nur soviel sei an dieser Stelle hervorgehoben: Die Zustimmung bedarf zur materiellen Gültigkeit keiner Form. Formellrechtlich ist aber nach §§ 19, 29 GBD zur Eintragung der Rangänderung die Vorbringung der Zustimmung in der Form des § 29 GBD erforderlich (DLG 18, 108). Auf die Wirksamkeit und Unwiderruflichkeit der Einigung zwischen dem Zurücktretenden und dem Vortretenden hat es keinen Einfluß, ob der Eigentümer zustimmt oder nicht. Eine rechtswirksame Rangänderung kommt aber beim Fehlen der Zustimmung nicht zustande, auch wenn die Rangänderung (versehentlich) eingetragen ist (RGZ 37 A 214).

6. Die Erklärung „gegenüber dem Grundbuchamt“ ist erläutert in § 875 A 7, 10, die „Unwiderruflichkeit“ der Zustimmungserklärung in § 876 A 8. Wird die Zustimmung dem Grundbuchamt gegenüber erklärt, so kann § 181 auf sie keine Anwendung finden (RG 157, 24).

7. Ist das zurücktretende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so bedarf es zur Rangänderung nach dem entsprechend anzuwendenden § 876 der Zustimmung des Drittberechtigten, z. B. des Nießbrauchers, des Pfandgläubigers (RGZ 37 A 213; DLG 20, 400). Beim Fehlen der Zustimmung kommt eine Rangänderung, auch wenn sie (versehentlich) eingetragen ist, nicht rechtswirksam zustande, da die Zustimmung zwingend vorgeschrieben ist (RGZ 37 A 217). Unzulässig ist auch eine Rangänderung mit der Einschränkung, daß die das zurücktretende Recht belastenden Rechte Dritter unberührt bleiben, also ihren Vorrang behalten sollen (RGZ 37 A 213). Im Falle der mittelbaren Belastung ist nach § 876 Satz 2 die Zustimmung des Drittberechtigten

nicht erforderlich, wenn sein Recht durch die Rangänderung nicht berührt wird (§ 876 A 5). Die Zustimmung ist gegenüber dem Grundbuchamt (§ 875 A 7, 10) oder dem durch die Rangänderung Begünstigten zu erklären. Letzterer ist in der Regel der Inhaber des vortretenden Rechts. Unter Umständen kann aber auch der Eigentümer durch die Rangänderung begünstigt sein.

8. Eine **rechtsgeschäftliche Aufhebung des zurücktretenden Rechtes, wodurch dem vortretenden Rechte der eingeräumte Rang nicht verloren geht**, ist z. B. der Verzicht des Inhabers auf das Recht, die Empfangnahme der Befriedigung, die Löschungsbewilligung. Auch wenn der Eigentümer das zurücktretende Recht auf Grund einer Löschungsbewilligung des Berechtigten löschen läßt, bleibt dem vortretenden Recht der Rang erhalten; Zwischenrechte rücken nicht vor. Dabei ist zu bemerken, daß eine Hypothek durch Befriedigung, Verzicht usw. überhaupt noch nicht aufgehoben wird, sondern nach §§ 1163, 1177 sich nur zu einer Eigentümergrundschuld umwandelt (§ 875 A 3, 4); für diese gilt die Rangänderung weiter. — Wird das zurücktretende Recht auf anderem Wege, insbesondere kraft Gesetzes, aufgehoben, so wird auch die Rangänderung hinfällig (A 2); das vortretende Recht tritt wieder in seine frühere Stelle zurück, während die Zwischenrechte vorrücken. Der Grund hierfür ist, daß die beschränkte Wirksamkeit und die Möglichkeit des Wegfalls dem zurücktretenden Recht und damit auch dem gewährten Vorrang von vornherein anhaftete. Derartige Aufhebungsgründe sind z. B. der Eintritt der auflösenden Bedingung oder des Endtermins bei bedingten oder besetzten Rechten (§§ 158, 163), der Tod des Berechtigten bei Nießbrauch, beschränkter persönlicher Dienstbarkeit, Altenteil (§§ 1061, 1090 BGB; Art 96 EG). Eine Gesamthypothek erlischt als zurücktretendes Recht auf dem einen Grundstück, wenn und soweit sie aus dem anderen mithaftenden Grundstück (§ 1182 Abs 2) oder durch dessen Eigentümer befriedigt wird, ohne daß diesem ein Ersatzanspruch zusteht (§ 1173 Abs 1, 2). Damit wird die Rangänderung (ganz oder zum Teil) hinfällig. Ist die Beschränktheit des zurücktretenden Rechts aus dem Grundbuch nicht ersichtlich (z. B. wenn bei einem bedingten Recht die Bedingung nicht eingetragen ist) und hat der Vortretende sie auch nicht gefasst, so wirkt nach § 892 der Eintritt des Aufhebungsgrundes gegen den Vortretenden nicht.

9. Die **Zwischenrechte rücken**, da sie durch die Rangänderung nicht berührt werden sollen, im Falle der Nichtigkeit des zurücktretenden Rechtes ebenso vor, wie wenn die Rangänderung überhaupt nicht stattgefunden hätte. Sie bleiben andererseits auf ihrer Stelle, wenn das vortretende Recht nichtig ist oder aufgehoben wird und infolgedessen das zurücktretende Recht in seine frühere Rangstelle zurücktritt (A 2). Im Falle der Nichtigkeit des zurücktretenden Rechts kann sich der Vortretende auch nicht auf einen Rechtserwerb im Schutz des § 892 berufen, da § 880 Abs 5 eine Einschränkung der Wirkung eines solchen Rechtserwerbs enthält (A 2). Die Inhaber der Zwischenrechte können im Falle der Nichtigkeit (nicht auch der Unschicklichkeit: § 143) des zurücktretenden Rechts Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des Rechts gemäß § 894 verlangen. Wird das zurücktretende Recht aufgehoben, so rücken sie nicht vor, wenn die Aufhebung durch Rechtsgeschäft erfolgt, wohl aber, wenn sie auf anderer Grundlage eintritt (A 8). — Die Rangänderung wirkt hinsichtlich der Zwischenrechte nur so weit, als sich der Umfang der beiden Rechte deckt (RZA 11, 153; RÖZ 53, 179). Hat das zurücktretende Recht größeren Umfang, so behält es mit dem überschießenden Umfang seinen Rang. Hat das vortretende Recht einen größeren Umfang, so gebührt ihm der Vorrang vor den Zwischenrechten nur in Höhe des zurücktretenden Rechts; mit dem überschießenden Umfang steht es den Zwischenrechten nach; insoweit geht es nur dem zurücktretenden Recht vor (RG 79, 173; RÖZ 53, 179). Wenn z. B. vor der Hypothek 2 von 20000 RM, die zufolge Vorrangseinräumung den Rang vor der Hypothek 1 von 30000 RM hat, der Vorrang für die Hypothek 3 von 100000 RM eingeräumt wird und dann die Hypothek 3 bis auf 10000 RM in Wegfall kommt, so gehen 10000 RM aus der Hypothek 3 und 10000 RM aus der Hypothek 2 der Hypothek 1 im Range vor (RG 79, 173, wo angenommen ist, eine Hypothek, hier Hypothek 3 in Höhe von 90000 RM, komme insoweit in Wegfall, als der Gläubiger im Verteilungstermin den baren Versteigerungserlös nicht in Anspruch nehme; dazu § 1168 A 1). Ist der Hypothek 3 auch vor der Hypothek 1 der Vorrang eingeräumt, so gehen der letzteren Hypothek 10000 RM aus der Hypothek 3 und 20000 RM aus der Hypothek 2 im Range vor, da die Rangänderung zwischen den Hypotheken 2 und 3 der Hypothek 1 nicht zum Vorteil gereicht und eine Hypothek, der vor mehreren vorgehenden Hypotheken der Vorrang eingeräumt wird, vor diesen den Rang an erster Stelle hat, während das Rangverhältnis zwischen den zurücktretenden Hypotheken nicht geändert wird (RG 79, 174; vgl. A 2 Abs 5). In RG Gruch 58, 426 (ZB 1913, 1147²) ist ausgeführt: Wenn für A eine Hypothek 1 und eine Hypothek 3 und für B ein im Range zwischen diesen Hypotheken stehendes Recht (z. B. ein Durchgangrecht) eingetragen ist, so braucht der die Hypothek 1 gemäß §§ 1150, 268 ablösende B eine nach der Eintragung seines Rechts ohne seine Zustimmung erfolgte Verschlechterung des Ranges der auf ihn übergehenden Hypothek 1 zugunsten der Hypothek 3 (z. B. durch Einräumung des gleichen Ranges) nicht gelten zu lassen. Denn vor der Rangänderung hätte er als Inhaber seines Rechts die Möglichkeit gehabt, die Hypothek 1, wenn A ihre wegen Befriedigung aus dem Grundstück gesucht hätte, durch Befriedigung des A mit dem Vorrang vor der seinem Recht nachstehen-

den Hypothek 3 zu erwerben, während er nach der Rangänderung die Hypothek 1 nur mit der Wirkung einlösen könnte, daß die Hypothek mit dem verschlechterten Rang auf ihn überginge. Er würde also durch die Rangänderung tatsächlich schlechter gestellt sein. Dem ist auf Grund der Bestimmung des Abs 5, daß Zwischenrechte durch die Rangänderung nicht berührt werden, von dem Gesichtspunkt aus beizustimmen, daß B durch die Eintragung seines Rechts die Anwartschaft erlangt hat, die Hypothek 1, falls A ihretwegen Befriedigung aus dem belasteten Grundstück verlangen werde, zur Abwendung der Gefahr des Verlustes seines Rechts im Wege der Ablösung im bisherigen Rechtszustande zu erwerben, und daß ihm diese Anwartschaft nicht durch Verschlechterung des Ranges der Hypothek beeinträchtigt werden kann. A kann auch nicht etwa wegen der Hypothek 3 die Ablösung der Hypothek 1 verweigern oder diese Ablösung von der Befriedigung wegen der Hypothek 3 abhängig machen (§ 1150 A 2).

§ 881

Der Eigentümer kann sich bei der Belastung ¹⁾ des Grundstücks mit einem Rechte ²⁾ die Befugnis vorbehalten ³⁾, ein anderes, dem Umfange nach bestimmtes ⁴⁾ Recht ⁵⁾ mit dem Range vor jenem Rechte eintragen zu lassen ⁶⁾.

Der Vorbehalt bedarf der Eintragung in das Grundbuch; die Eintragung muß bei dem Rechte erfolgen, das zurücktreten soll ⁷⁾.

Wird das Grundstück veräußert, so geht die vorbehaltene Befugnis auf den Erwerber über ⁷⁾.

Ist das Grundstück vor der Eintragung des Rechtes, dem der Vorrang beigelegt ist, mit einem Rechte ohne einen entsprechenden Vorbehalt belastet worden, so hat der Vorrang insoweit keine Wirkung, als das mit dem Vorbehalt eingetragene Recht infolge der inzwischen eingetretenen Belastung eine über den Vorbehalt hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde ⁸⁾.

§ I 842 II 802; W 3 233f.; P 3 90 ff.

1. Aus den Worten „bei der Belastung“ ist nicht zu schließen, daß ein Vorbehalt nur gleichzeitig mit einer ursprünglichen Belastung gemacht werden könne. Abs 1 will weiter nichts besagen, als daß ein Vorbehalt überhaupt statthaft sei, daß der Eigentümer den Vorbehalt zum Inhalt der Belastung machen dürfe. Der Sinn der Worte „kann sich bei der Belastung . . . vorbehalten“ läßt sich zwanglos dahin auflösen: „wenn der Eigentümer sein Grundstück belastet, kann er die Bedingung setzen, daß künftig einzutragende Rechte den Vorrang haben sollen“. Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb die Belastung und die Bestimmung des Vorbehalts unbedingt zeitlich zusammenfallen müßten. Die gegenteilige Meinung (RGZ 21 A 306; RZA 7, 252; 9, 54) übersieht, daß das Rangverhältnis zu anderen gegenwärtig oder künftig wetteifernden Rechten einen Teil des Inhalts, eine für die Durchführung und die Wertschätzung wesentliche Eigenschaft des Rechts bildet (§ 879 A 1; § 880 A 2) und daß daher der Rangvorbehalt den Inhalt des Rechts selbst betrifft. Auf die Festsetzung dieses Inhalts findet, nachdem Abs 1 § 881 den Vorbehalt für zulässig erklärt hat, ebenso wie auf die Begründung des Rechts im ganzen § 873 Anwendung. Dies ist die Rechtslage, wenn der Vorbehalt von vornherein bei Aufnahme der Belastung vereinbart wird. Wie aber der Inhalt eines Rechts nachträglich überhaupt geändert werden kann, so muß er, da ein Vorbehalt zulässig ist, auch dahin geändert werden können, daß dem Recht nachträglich der eine Einschränkung enthaltende Vorbehalt hinzugefügt wird. Auf diese Inhaltsänderung findet dann § 877 Anwendung, der wiederum auf § 873 verweist (RZA 9, 54; RGZ 39 A 195). Hiernach kann der Rangvorbehalt auch noch nach der Eintragung des Vorrangsrechts eingetragen werden, so daß also die vorbehaltene Rangbefugnis durch Eintragung eines schon vor der Begründung des Rangvorbehalts gebuchten Rechts in die vorbehaltene Rangstelle ausgeübt werden kann (JFG 8, 287).

2. Bei jedem Rechte (d. h. zu Lasten eines jeden Rechtes), mit dem ein Grundstück zulässigerweise rechtsgeschäftlich belastet werden kann (§ 873 A 5), nicht allein bei Hypotheken, und anderseits für jedes Recht (d. h. zugunsten eines jeden Rechtes) dieser Art kann der Vorbehalt gemacht werden, z. B. bei einem hypothekarischen Recht (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld) für einen Nießbrauch, bei einer Realkauf für eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, bei einem Miteil für eine Hypothek. Auch eine Vormerkung kann aktiv und passiv Gegenstand eines Vorbehalts sein; sie ist zwar kein „Recht“ am Grundstück, aber mit Rücksicht auf § 883 Abs 3 für die Festsetzung und Änderung der Rangverhältnisse den endgültigen Rechten gleichzustellen (§ 880 A 2 Abs 4; RZA 2, 145; JWB 1926, 2546; 1927, 1010 ⁴³⁾; OLG 45 S. 306, 307). Jedoch kommt ein Rangvorbehalt bei der Vormerkung nicht in Betracht, wenn ihre Eintragung auf Grund einer einseitigen Verfügung (§ 885) erfolgt. Denn nur bei einer rechtsgeschäftlichen Belastung kann die Festsetzung eines Vorbehalts in Frage kommen. Daher scheidet auch die Belastung im Wege

der Zwangsvollstreckung (z. B. durch Eintragung einer Zwangshypothek: §§ 866, 867 ZPO) für die Frage des Vorbehalts aus.

3. Der Rangvorbehalt bedarf zur materiellen Rechtswirksamkeit der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber des durch den Vorbehalt einzuschränkenen Rechts (RG Warn 1913 Nr 324). Aus den Worten „der Eigentümer kann sich vorbehalten“ ist nicht zu folgern, daß eine einseitige Erklärung des Eigentümers genügt, daß also z. B. der Eigentümer nach vorbehaltsloser Einigung mit dem Berechtigten über die Belastung bei der Stellung des Antrags auf Eintragung des Rechts einseitig den Vorbehalt rechtmäßig erklären könnte und es dann dem Berechtigten überlassen bleiben müßte, auf Grund des (schuldrechtlichen) Grundrechtsgeschäfts die Beseitigung des vertragswidrigen Vorbehalts herbeizuführen (a. M. RM 9, 54). Abs 1 § 881 bestimmt nicht, unter welchen Voraussetzungen ein Rangvorbehalt festgesetzt, sondern nur, daß überhaupt die Bedingung des Vorrangs anderer Rechte zum Inhalt des belastenden Rechts gemacht werden könne (A 1). Die Voraussetzungen ergeben sich, abgesehen von der Eintragung, über die Abs 2 § 881 besondere Bestimmung trifft, im Falle der Festsetzung bei der ursprünglichen Belastung aus § 873 und im Falle der nachträglichen Festsetzung aus § 877 in Verbindung mit § 873. Danach ist in beiden Fällen die Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten wie über den Inhalt der Belastung und dessen Veränderung so auch über den Rangvorbehalt erforderlich; in beiden Fällen hat der Rangvorbehalt die Wirkungen des § 881. Von dieser Einigung gilt also auch überall daselbe wie von der Einigung des § 873 und des § 877 (§ 873 A 7—10, 13—17; § 877 A 4). Im einzelnen ist folgendes hervorzuheben: Der Rangvorbehalt kann auch bedingt sein, z. B. durch die Bestimmung, daß das begünstigte Recht eine Restkaufgeld- oder wenigstens eine Fremdhypothek bleiben muß (RG ZB 1933, 6057); durch Verwendung der vollen Valuta einer künftigen Baugelderhypothek zu einem Neubau auf dem belasteten Grundstück (§ 880 A 3; RM 7, 62); durch Löschung voreingetragener Rechte (RM 7, 251; vgl. aber auch RGZ 48, 183, wo eine solche Löschung nicht aufgefaßt ist als Bedingung, von der die Wirkung der auf die Begründung des Rangvorbehalts abzuleitenden Einigung abhängig gemacht wäre, sondern nur als nähere Bezeichnung der Art des Rechts, für welches der Vorrang vorbehalten sein sollte). Der Vorbehalt kann dann nach dem Eintritt der Bedingung vollzogen werden. Zulässig ist auch ein inhaltlich beschränkter Vorbehalt dahin, daß nur eine solche Vorrangshypothek eingetragen werden darf, bei welcher zugleich eine Löschungsvormerkung nach § 1179 zugunsten des zurücktretenden Rechts für den Fall der Vereinigung des vorbehaltenen Rechts mit dem Eigentum eingetragen wird (ZFG 18, 40). Es sind auch mehrere Rangvorbehalte nebeneinander zugunsten desselben Eigentümers und zulasten desselben Vorbehaltsrechts möglich; sie können auch wechselseitig auflösend bedingt sein (ZFG 8, 305). Der „Berechtigte“ im Sinne des § 873 oder § 877 (der in seinem Recht betroffene Passivbeteiligte im Sinne des § 19 GBD) ist: wenn der Vorbehalt bei der ursprünglichen Belastung festgesetzt wird, der Eigentümer, der dem auf sein Grundstück einzutragenden Recht im Wege der Einigung mit dem Aktivbeteiligten den (hier eingeschränkten) Inhalt gibt; wenn aber der Vorbehalt erst nachträglich festgesetzt wird, der Inhaber des zurücktretenden Rechts, der seine Befugnisse zum Teil beschränkt (RM 7, 252). Dieser Berechtigte muß geschäftsfähig sein und die Befugnis haben, über das Grundeigentum oder das zurücktretende Recht zu verfügen. Daher ist z. B. der Eigentümer nicht befugt, zu Lasten der aus einer Hypothek künftig etwa für ihn entstehenden Eigentümergrundschuld einen Vorbehalt zugunsten eines anderen Rechts zu machen; denn er ist gegenwärtig noch nicht Gläubiger der Hypothek (§ 880 A 3). Ist der Vorbehalt eingetragen, obwohl die Einigung über die Belastung sich nicht auf ihn erstreckt hat, oder ist die erklärte Einigung nichtig, so ist die VorbehaltsEintragung unwirksam. Dem dadurch Verletzten steht der dingliche Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 zu (str.). Doch kann die Eintragung noch durch nachträgliche rechtmäßige Einigung wirksam werden. Ist umgekehrt der Vorbehalt nicht eingetragen, obwohl er vereinbart war, so hat der andere Vertragsteil nur einen persönlichen Anspruch auf Herbeiführung der VorbehaltsEintragung auf Grund des Grundrechtsgeschäfts, nicht einen dinglichen Berichtigungsanspruch; denn der Vorbehalt ist mangels Eintragung nicht begründet worden, das Grundbuch also nicht unrichtig (RM 7, 252; ZFG 8 S. 289, 299).

Das Wesen des Vorbehalts ist in Anbetracht der Vorschriften in Abs 1, 3, 4 von zwei Gesichtspunkten aus zu bestimmen. Vom Standpunkt des Eigentümers aus wird ihm durch den Vorbehalt die auf Grund des Eigentums (§ 903) von vornherein gegebene Befugnis, ein Recht an erster Stelle einzutragen zu lassen, trotz der bewirkten, an sich die Befugnis ausschließenden Eintragung erhalten oder bei nachträglichem Vorbehalt zurückgegeben. Der Eigentümer behält sich daher durch den Rangvorbehalt eine ihm auf Grund seines Eigentums zustehende Befugnis vor (RM 11, 67; RGZ 48, 181). Vom Standpunkt des Inhabers des zurücktretenden Rechts aus handelt es sich um eine bedingte Vorrangseinräumung: Falls der jeweilige Eigentümer ein vorbehaltenes Recht einzutragen läßt, soll dieses Recht innerhalb des bestimmten Umfangs den Vorrang haben (RM 11, 67; RM 1937 Nr 1673 mit Schlussfolgerungen für § 38 KostD), und zwar unbeschränkt — insbesondere auch für die Inanspruchnahme des Erlöses in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks — dann, wenn das Recht in der Rangstelle sich unmittelbar an das zurück-

getretene Recht anschließt oder auf nicht vorbehaltenen Zwischenrechten nichts von dem Versteigerungserlöse entfallen kann, andernfalls unter Abzug der Zwischenrechtsbeträge (A 8). — Da das Recht aus dem Vorbehalt eine mit dem Eigentum verbundene, einen Teil des Eigentumsrechts darstellende Befugnis ist, kann es nicht selbständig Gegenstand einer Verfügung oder der Zwangsvollstreckung (z. B. Pfändung) sein (RG 117, 431; RM 8, 53; 11, 69; 14, 308; RGZ 40, 234; 48, 182; DVB 17, 341). Der Gläubiger des Eigentümers ist auch nicht berechtigt, auf Grund eines vollstreckbaren Titels eine Zwangshypothek (§§ 866, 867 ZPO) dahin eintragen zu lassen, daß diese Hypothek den Vorrang vor einer mit dem Rangvorbehalt belasteten Hypothek erlangt (str.). Nur durch ein den Eigentümer zur Bewilligung der Eintragung mit dem Vorrang verurteilendes rechtskräftiges Urteil (§ 894 ZPO) könnte die Eintragung einer Hypothek mit einem dem Vorbehalt entsprechenden Range erzielt werden. — Im § 7 AufwG war dem Eigentümer die als Rangvorbehalt bezeichnete Befugnis gewährt, im Range nach einem aufgewerteten Recht und vor den diesem nachgehenden Rechten eine Hypothek oder Grundschuld bis zu einer bestimmten Höhe eintragen zu lassen. Abschließend geregelt wurde dieser Vorbehalt durch die §§ 13 ff. des GrVBes v. 18. 7. 1930. Auf Einzelheiten dieser Sondergesetzgebung und ihre Berührungspunkte mit § 881 BGB braucht nicht, nachdem das Aufwertungsrecht im großen und ganzen zur Ruhe gekommen ist, an dieser Stelle mehr eingegangen zu werden. Es sei insoweit auf die früheren Auflagen und auf das umfangreiche Sonderchrifttum verwiesen.

Der Vorbehalt wirkt dinglich gegen jeden Dritten, jedoch mit der aus Abs 4 sich ergebenden Einschränkung bezüglich der Zwischenrechte. Die Wirkung entspricht grundsätzlich der des § 880 (RG 8, 298). Läßt der jeweilige Eigentümer ein vorbehaltenes Recht eintragen, so ist die Vorrangsetzträumung endgültig vollzogen. Der Rang des vorbehaltenen Rechts ist dann von dem Bestand des zurücktretenden Rechts infolgedessen nicht abhängig, als eine Aufhebung durch Rechtsgeschäft keinen Einfluß hat; denn die Verfügung über das zurücktretende Recht kann die erworbenen Rangrechte des Erwerbers des vorbehaltenen Rechts nicht beeinträchtigen. Erfolgt dagegen die Aufhebung auf anderer Grundlage, insbesondere kraft Gesetzes (z. B. im Falle eines zurücktretenden Nießbrauchsrechts durch den Tod des Berechtigten), so wird auch der Vorrang für das vorbehaltene Recht hinfällig, weil das zurücktretende Recht und damit auch der Rangvorbehalt als Bestandteil des Rechts von vornherein mit der Einschränkung belastet war. Hier gilt also im Ergebnis daselbe wie nach § 880 Abs 3 von der Aufhebung des zurücktretenden Rechts bei der Rangänderung (§ 880 A 8). Besteht das zurücktretende Recht trotz seiner Eintragung nicht (z. B. weil die Einigung fehlt oder nichtig ist) oder wird es, sei es rechtsgeschäftlich sei es auf anderer Grundlage, aufgehoben, bevor der Eigentümer die vorbehaltene Befugnis ausgeübt hat, so ist oder wird auch der Vorbehalt hinfällig, weil er selbst ein Bestandteil des Rechts ist und ein Rechtserwerb auf Grund des Vorbehalts nicht stattfinden kann. — Die Frage, ob der Rangvorbehalt mit einmaliger Ausübung erlischt, ist streitig. Das Kammergericht (RGZ 40, 234; RGZ 5, 333; 6, 315; 8, 298) nimmt an, daß der Eigentümer, wenn nach Vollziehung des Vorbehalts das eingetragene Vorrangsrecht gelöscht wird, auf Grund des Vorbehalts von neuem ein gleichartiges Recht mit Vorrang eintragen lassen dürfe, es sei denn, daß der Vorbehalt auf einen einzelnen Fall bestimmter Art beschränkt und dies im Grundbuch eingetragen sei. Dieser Ansicht kann in ihrer Allgemeinheit nicht beigetreten werden. Das Gesetz geht, wie seine Fassung zeigt, davon aus, daß der Eigentümer sich regelmäßig nur für ein einziges, dem Umfang nach zu bestimmendes und auch sonst zu kennzeichnendes (A 4) Recht, nicht für mehrere Rechte nacheinander die Rangänderung vorbehält. Läßt also der Eigentümer ein solches Recht mit der Erklärung eintragen, daß es das vorbehaltene Recht sein solle, so ist damit die vorbehaltene Rangänderung vollzogen und der Vorbehalt erledigt. Kommt demnach das Vorrangsrecht in Wegfall und erlangt daher das zurückgetretene Recht den früheren Rang, so kann der Eigentümer nicht noch einmal für ein weiteres, sei es auch gleichartiges Recht eine Rangänderung auf Grund des Vorbehalts herbeiführen. Nur dann kann ihm diese Befugnis zugestanden werden, wenn der Vorbehalt sich seinem Inhalt nach von vornherein ausdrücklich auf mehrere Fälle nacheinander erstreckt. — Durch den Vorbehalt wird der Eigentümer nicht gehindert, Eintragungen ohne Weilegung des vorbehaltenen Vorrangs zu bewilligen. Auch können im Wege der Zwangsvollstreckung gegen ihn solche Eintragungen (z. B. von Zwangshypotheken) bewirkt werden (RM 8, 55). Sie sind, wenn der Eigentümer demnach das vorbehaltene Recht eintragen läßt, Zwischeneintragungen im Sinne des Abs 4 (A 8).

Die Aufhebung des Vorbehalts erfordert auch vor seiner Ausübung materiellrechtlich eine Einigung zwischen Eigentümer und Rechtsinhaber. Denn sie enthält nicht eine teilweise Aufhebung des zurücktretenden Rechts, das in vollem Umfang bestehen bleibt, sondern eine Inhaltsänderung. Deshalb kommt nicht § 875, wonach (außer der Löschung) eine einseitige Verzichtserklärung des Eigentümers genügen würde, sondern § 877 zur Anwendung (str.). Formellrechtlich genügt aber auch hier zur Löschung nach §§ 19, 29 GPO die formgerechte Lösungsbewilligung des Eigentümers. Gilt das mit dem Vorbehalt belastete Recht (z. B. durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung des Grundstücks), bevor der Vorbehalt ausgelöst ist, so erlischt auch der Vorbehalt (A 7).

4. Das vorbehaltene Recht ist dem **Umfange nach bestimmt**, wenn sich aus dem Grundbuch klar ergibt, bis zu welchem Höchstbetrage es den Vorrang haben soll (RG Warn 1908 Nr 319; JZG 8, 302). Im Falle des Vorbehalts einer Hypothek zu einem bestimmten Betrage ist diesem Erfordernis auch dann genügt, wenn der Hypothek der Vorrang nur insoweit zustehen soll, als die durch sie gesicherte Forderung (z. B. Haugelddarlehn) zur Entfaltung gelangt; denn bei einer solchen Regelung ist der aus dem Vorbehalt ausscheidende Teil der Hypothek jederzeit bestimmbar (RZM 4, 250; 7, 62; RG JW 1905, 434⁴). Auch die wertbeständige Hypothek (RGes v. 23. 6. 1923; § 1113 A 4) ist ein dem Umfange nach bestimmtes Recht im Sinne des § 881 (RG 135, 194). Der in dem Vorbehalt angegebene Wertmesser muß aber genau übereinstimmen mit dem Wertmesser, der bei dem Recht vorgesehen ist, das in den Vorbehalt einzutragen soll; andernfalls ist die Eintragung dieses Rechts in dem Vorbehalt abzulehnen (HRM 1932 Nr 616). Ist unter Verletzung dieses Grundsatzes eine Eintragung vorgenommen, also z. B. an der für eine Roggenhypothek vorbehaltenen Rangstelle eine Goldmarkhypothek ohne Zustimmung des Inhabers des mit dem Rangvorbehalt belasteten Rechts eingetragen worden, so ist diese Eintragung nicht ihrem Inhalt nach unzulässig (§ 53 Abs 1 S. 2 GBD); die eingetragene Hypothek erlangt vielmehr den vorbehaltenen Rang insoweit, als sie nicht über den Umfang des eingetragenen Rangvorbehalts hinausgeht (RG 135, 195). — Soll eine vorbehaltene Hypothek verzinslich sein, so muß regelmäßig der Zinsfuß oder der Höchstbetrag, bis zu dem auch die Zinsen den Vorrang haben sollen, angegeben sein (RZM 4, 247). Die Verzinslichkeit kann sich aber auch ohne ausdrückliche Hervorhebung in der Eintragung aus der Natur der Sache ergeben (z. B. bei einem landwirtschaftlichen Pfandbriefdarlehn); dann darf (in entsprechender Anwendung des § 1119 Abs 1) die Hypothek, für die der Rang vorbehalten ist, ohne Zustimmung der mit dem Vorbehalt belasteten Rechte als verzinsliche mit einem Zinssatz bis zu 5%, in den Vorbehalt eingetragen werden (RG 135, 196). Ist aber die Hypothek als eine unverzinsliche vorbehalten, so erhalten hinzugefügte Zinsen, auch wenn sie den Zinssatz von 5% nicht überschreiten, den Vorrang nicht; § 1119 kommt dann nicht zur Anwendung, da durch die Vorbehaltseinigung die Zinsen von der Erlangung des Vorrangs ausgeschlossen sind. — Abgesehen von seinem Umfang muß auch das vorbehaltene Recht selbst in dem Vorbehalt so deutlich bezeichnet sein, daß später sein Gleichsein mit dem in den Vorbehalt einzutragenden Recht unzweifelhaft ist. Die Bezeichnung der Person, der das vorbehaltene Recht zustehen soll, ist nicht erforderlich.

5. Ein Recht erlangt den **Rang vor einem andern Recht** auch dann, wenn es gleichen Rang mit diesem Recht erhält. Denn damit tritt es teilweise dem anderen Rechte vor (§ 880 A 2). Daher ist auch ein Vorbehalt der Eintragung eines Rechts mit gleichem Range zulässig (a. M. RGZ 39 A 194). — Bei der **Eintragung des vorbehaltenen Rechtes** muß durch einen besonderen Vermerk ersichtlich gemacht werden, daß dieses Recht das kraft des Vorbehalts mit Vorrang verlehene Recht ist (RZM 9, 200). Einer Eintragung des Vorrangs bei dem zurücktretenden Recht bedarf es zur materiellen Wirksamkeit nicht, da der Vorrang bereits aus dem eingetragenen Vorbehalt erkennbar ist (RZM 9, 202). Formellrechtlich ist aber ein Rangvermerk auch bei dem zurücktretenden Recht vorgeschrieben (§ 18 Grundb. Verf. v. 8. 8. 1935 mit Muster der Anlage 1 Abt. III Nr 3, 4). Die Zustimmung des Inhabers des zurücktretenden Rechts zu der Eintragung des vorbehaltenen Rechts ist weder materiellrechtlich noch formellrechtlich erforderlich, da der Vorrang schon im voraus bewilligt ist (A 3 Abs 2) und das durch den Vorbehalt ohnehin inhaltlich eingeschränkte Recht durch die Ausübung des Vorbehalts nicht mehr im Sinne des § 19 GBD betroffen wird (RZM 9 S. 67, 201). Daher genügt formellrechtlich zur Eintragung die einseitige Eintragungsbewilligung des Eigentümers. Bei der Eintragung hat das Grundbuchamt hinsichtlich des Umfangs nur zu prüfen, ob das einzutragende Recht für sich die Grenzen des Vorbehalts innehält, dagegen nicht, ob und inwieweit durch etwa in der Zwischenzeit erfolgte Eintragungen ohne Vorbehaltrecht (z. B. durch Zwangshypotheken) der Vorbehalt bereits erschöpft ist; denn der Einfluß, den solche Zwischeneintragungen auf die Rangverhältnisse des vorbehaltenen Rechts haben, läßt sich erst in der Zwangsversteigerung feststellen (A 8). Zulässig ist auch eine mehrfache Eintragung von Vorrangsrechten insofern, als die vorbehaltene Rangstelle durch mehrere gleichartige Rechte ausgefüllt werden kann, die erst in ihrer Gesamtheit den Umfang des Rangvorbehalts erreichen oder hinter ihm zurückbleiben (RZM 11, 66). Ein bereits eingetragenes, dem Vorbehalt entsprechendes Recht, dem bei der Eintragung das Vorrecht nicht beigelegt worden ist, kann nachträglich gemäß § 877 als dasjenige Recht bestimmt werden, das den vorbehaltenen Rang einnehmen soll (RZM 11, 70; A 1 a. E.).

6. Erst durch die **Eintragung des Vorbehalts** bei dem zurücktretenden Recht tritt der Vorbehalt in Wirksamkeit. Ist die vereinbarte Eintragung des Vorbehalts unterblieben, so bestimmt sich der Rang eines später ohne Rangbegünstigungsvermerk eingetragenen Rechts gemäß § 879 nach der Eintragungsfolge; eine Rangänderung im Sinne des Vorbehalts kann dann nur noch nach § 880 erfolgen (JZG 12, 290). Das Grundbuch ist in Ansehung eines vereinbarten, aber nicht eingetragenen Vorbehalts auch nicht etwa unrichtig; bei einem Erwerb des Rechts, das mit dem Vorbehalt beschwert werden sollte, aber nicht beschwert worden ist, kann also gegen den Erwerber, der die Vorbehaltvereinbarung kannte, § 892 nicht angewendet werden; die nachträgliche Ein-

tragung des Vorbehalts kann vielmehr nur noch mit Zustimmung des Erwerbers erfolgen (§ 8, 301). Sollen mehrere Rechte im Rang zurücktreten, wird aber der Vorbehalt nur bei einem von ihnen eingetragen, so entsteht er nur mit Wirkung gegenüber diesem einen Recht, nicht mit Wirkung gegenüber den anderen Rechten, bei denen die Eintragung unterblieben ist (§ 8, 299). Die erforderliche Einigung (§ 3 Abs 1) kann auch noch nach der Eintragung erfolgen. Dann tritt die Wirksamkeit des eingetragenen Vorbehalts erst im Zeitpunkt der Einigung ein. Der Eintragungsvermerk muß das vorbehaltenene Recht und dessen Umfang entsprechend der Einigung bestimmen hezeichnen. Nicht unzulässig ist ein Vorbehalt dahin, daß eine Reichsmarkhypothek von bestimmtem Nennbetrag oder eine Goldmarkhypothek von gleichem Nennbetrag den Vorrang haben solle (§ 8, 302). Die Ausnahme des Vorbehalts in den Eintragungsvermerk kann nicht durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung völlig ersetzt werden, da ausdrücklich die Eintragung des Vorbehalts vorgeschrieben ist (RG Warn 1908 Nr 319; RGZ 46, 202; 48, 181). Sind aber nähere Bestimmungen über die Art des Rechts gegeben, für welches der Vorrang vorbehalten sein soll, so ist § 874 entsprechend anzuwenden. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur näheren Bezeichnung des Inhalts der Bestimmungen ist also insoweit zulässig, als bei der Eintragung des vorbehaltenen Rechts selbst eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig wäre (str.; in RGZ 48, 182 wird der Rangvorbehalt einer Grundstücksbelastung gleichgestellt und allgemein wie bei dieser die Bezugnahme zur näheren Bezeichnung des Inhalts der Rangvorbehaltungsbestimmungen für zulässig erachtet).

7. Die vorbehaltenene Verfügung geht auf den Erwerber des Grundstücks über, gleichviel, ob die Veräußerung freiwillig oder im Wege der Zwangsversteigerung erfolgt (Prot 3, 102; RM 11, 68). Im letzteren Falle gilt dies aber nicht, wenn das zurücktretende Recht durch den Zuschlag nach §§ 52 Abs 1 Satz 2, 91 Abs 1 BGB erlischt. Dann erlischt mit dem Recht auch der Vorbehalt, weil er mit zum Inhalt des Rechts gehört (RG ZB 1907, 703*).

8. Werden nach der Eintragung des vorbehaltenen Rechts weitere Rechte eingetragen, so hat jenes Recht den Vorrang vor dem mit dem Rangvorbehalt belasteten Recht, und dieses Recht hat den Vorrang vor den später eingetragenen vorbehaltlosen Rechten. Wenn dagegen nach der Eintragung des mit dem Rangvorbehalt belasteten Rechts an dem Rangvorbehalt unbeteiligte Rechte, sei es im Wege der freiwilligen Bestellung, sei es im Wege der Zwangsvollstreckung, eingetragen werden (über die Berechtigung des Eigentümers zu solchen Eintragungen § 3 Abs 2, 3) und dann erst der Rangvorbehalt durch Eintragung des vorbehaltenen Rechts ausgefüllt wird, so soll nach Abs 4 das vorbehaltene, nach den Zwischeneintragungen eingetragene Recht insoweit nicht kraft des Vorbehalts vor dem mit dem Rangvorbehalt belasteten Recht vorrücken, als das mit dem Rangvorbehalt belastete (zurücktretende) Recht infolge der Eintragung der Zwischenrechte eine über den Umfang des Vorbehalts hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde; der Betrag der Zwischenrechte soll also von dem Betrag des vorbehaltenen, nachträglich eingetragenen Rechts abgerechnet werden, und nur wegen des Überschusses soll das vorbehaltene und eingetragene Recht den Vorrang vor dem mit dem Rangvorbehalt belasteten Recht haben. Wie das Wort „inzwischen“ klar ergibt, kommt als ein Zwischenrecht im § 881 Abs 4 nur in Betracht ein solches Recht, das in der Zeit zwischen der Eintragung des Vorbehalts und der Eintragung des mit dem vorbehaltenen Vorrang ausgestatteten Rechts entstanden ist (str.; RG 131, 203). Eine Beeinträchtigung durch solche Zwischeneintragungen über den Vorbehalt hinaus kann aber für das mit dem Rangvorbehalt belastete, zurücktretende Recht nur dann in Frage kommen, wenn bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks der Versteigerungserlös nicht ausreicht, um die bei dem Rangvorbehalt beteiligten Rechte und die Zwischeneintragungen zu decken, und ein Teil des Erlöses auf die letzteren entfällt. Wenn der Erlös nicht den Betrag übersteigt, der zur Deckung des zurücktretenden Rechts erforderlich ist, tritt das vorbehaltene Recht im Umfang des Vorbehalts für den Anspruch auf den Erlös an die Stelle des zurücktretenden Rechts trotz der Zwischeneintragungen, da diese vom Erlöse nichts erhalten, also ihr Bestehen die Rangstellung des zurücktretenden Rechts bei der Verteilung nicht verschlechtert. Geht dagegen der nicht ausreichende Erlös über den zur Deckung des zurücktretenden Rechts erforderlichen Betrag hinaus, so mindert sich die Vorrangstellung des vorbehaltenen Rechts um den Betrag, der auf die Zwischeneintragungen entfällt. Denn das zurücktretende Recht wäre, wenn in diesem Falle das vorbehaltene Recht für den Anspruch auf den Erlös unverkürzt an die Stelle des zurücktretenden Rechts treten würde, nicht unmittelbar nach dem vorbehaltenen Recht hebungsberechtigt, würde also in Höhe des auf die Zwischeneintragungen entfallenden Betrags durch die Zwischeneintragungen beeinträchtigt sein. Sind z. B. an Hypotheken eingetragen für A 10000 RM mit dem Vorbehalt, für B vorbehaltlos zwischeneingetragene 100 RM und für C vorbehaltene 10000 RM, so erhält, wenn der Erlös 10000 RM beträgt, C diese 10000 RM, während A und B ausfallen (irrtümlich Prot 3, 101, wonach C nur 9900 und B 100 RM erhalten soll); wenn der Erlös 11000 RM beträgt, erhält A 1000, B 100 und C 9900 RM; wenn der Erlös 10050 RM beträgt, erhält A 50, B 50 und C 9950 RM. Bei der Feststellung des geringsten Gebots (§§ 44 ff. BGB) ist im Falle von Zwischeneintragungen das vorbehaltene Recht nur insoweit mit einem Range vor dem zurücktretenden Recht zu berücksichtigen, als nach Abzug der Beträge der Zwischeneintragungen von dem Betrag des vor-

behaltenen Rechts ein überschießender Betrag dieses Rechts verbleibt. — Für den dem Rangvorbehalt des § 881 rechtzähnlichen Rangvorbehalt nach § 7 AufwG (N 3 Abs 2 a. E.) war § 881 Abs 4 entsprechend anzuwenden (RG Warn 1935 Nr 116). Praktisch wurde diese Anwendung z. B. dann, wenn nach Inkrafttreten des AufwG eine Hypothek neu eingetragen und demnächst der Rangvorbehalt durch Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld ausgefüllt war (RZ 1927, 1021^a). Entfiel in der Zwangsversteigerung ein Teil des Erlöses auf eine Post, die nach dem Inkrafttreten des AufwG, aber vor der Ausfüllung des Rangvorbehalts eingetragen war, so wurde das hinter den Vorbehalt zurücktretende Recht dann nicht beeinträchtigt und fand deshalb eine Kürzung des bevorzugten Rechts zugunsten des zurücktretenden Rechts nicht statt, wenn das zurücktretende Recht ohne die Eintragung des Zwischenrechts wegen der Höhe des Vorbehalts auch nicht zum Zuge gelangt wäre (RG Warn 1935 Nr 116).

§ 882

Wird ein Grundstück mit einem Rechte belastet, für welches nach den für die Zwangsversteigerung geltenden Vorschriften dem Berechtigten im Falle des Erlöschens durch den Zuschlag der Wert aus dem Erlöse zu ersetzen ist ¹⁾, so kann der Höchstbetrag des Ersatzes bestimmt werden ²⁾. Die Bestimmung bedarf der Eintragung in das Grundbuch ³⁾.

§ II 867; N 6 242.

1. Rechte, deren Wert aus dem Erlöse zu ersetzen ist, sind diejenigen, an deren Stelle im Falle ihres Erlöschens durch den Zuschlag (§§ 52 Abs 1, 91 Abs 1 ZVG) gemäß § 92 Abs 1 ZVG der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse tritt, die also nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet sind. Daher betrifft § 882 nicht Hypotheken und Grundschulden. Ferner bestimmt sich bei ablösbaren Rechten der Betrag der Ersatzleistung gemäß § 92 Abs 3 ZVG nicht durch den Wert, sondern durch die Ablösungssumme. Deshalb scheiden hier auch aus die Rentenschuld (§ 1199 Abs 2) und die übrigen ablösbaren Rechte nach den durch Art 113 GG aufrecht erhaltenen Landesgesetzen. Mithin kommen für § 882 nur vor dem 22. 1. 1919 bestellte (jetzt § 25 BvD v. 15. 1. 1919) Erbbaurechte sowie Dienstbarkeiten und Reallasten in Betracht (RG 39, 243). Bei Vorkaufsrechten kann § 882 nach §§ 1098, 512 nur dann in Frage kommen, wenn sie gemäß § 1097 Abs 1 Halbs 2 für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt sind.

2. Durch den eingetragenen Höchstbetrag des Ersatzes wird der Ersatzanspruch nur nach oben hin begrenzt. Der Berechtigte kann im Falle der Zwangsversteigerung den Betrag nicht ohne weiteres als den Wert seines Rechts beanspruchen. Vielmehr bestimmt sich die Höhe des Ersatzanspruchs innerhalb der Grenze nach §§ 92, 121 ZVG. Allerdings wird der Höchstbetrag gemäß § 114 Abs 1 ZVG in den Teilungsplan aufgenommen. Die gleich- oder nacheingetragenen Berechtigten können aber unter Erhebung des Widerspruchs nach § 115 ZVG die Herabsetzung des Ersatzanspruchs auf den wirklichen Wert verlangen.

3. Die Bestimmung des Höchstbetrags betrifft den Inhalt des Rechts und bedarf daher, wie das Recht selbst, zur materiellen Wirksamkeit neben der Eintragung in das Grundbuch (RG 39, 243) der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten gemäß § 873 oder, wenn die Bestimmung erst nach der Eintragung des Rechts erfolgt, gemäß § 877. Formellrechtlich genügt zur Vornahme der Eintragung nach § 19 GbD die Eintragungsbewilligung, und zwar im ersten Falle (§ 873) des Eigentümers, im zweiten Falle (§ 877) des Berechtigten, der durch die sein Recht einschränkende Eintragung der Bestimmung betroffen wird. Die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist im zweiten Falle nicht erforderlich, weil diese Berechtigten durch die Eintragung des Höchstbetrags nicht benachteiligt werden.

§ 883

Zur Sicherung ¹⁾ des Anspruchs ²⁾ auf Einräumung ³⁾ oder Aufhebung ⁴⁾ eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte ⁵⁾ oder auf Änderung des Inhalts ⁶⁾ oder des Ranges ⁷⁾ eines solchen Rechtes kann eine Vormerkung ⁸⁾ in das Grundbuch eingetragen werden ⁹⁾. Die Eintragung einer Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig ¹⁰⁾.

Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde ¹¹⁾. Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung ¹²⁾ oder durch den Konkursverwalter erfolgt ¹³⁾.

Der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung¹⁴⁾.

§ II 803; B 3 107ff., 181ff., 740ff.; 6 222

1. Als vorläufige Eintragungen zur Sicherung gegen die Gefahren, die mit dem Grundfaß des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs und mit dem Eintragungsgrundfaß verbunden sind, läßt das BGB die Vormerkung und den Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs zu. Die Vormerkung (§ 883) dient zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs auf Änderung der Grundstücksrechtsverhältnisse, der Widerspruch (§ 899) zur Sicherung eines außerhalb des Grundbuchs bestehenden dinglichen Rechts. Beide Rechtsbehelfe sind grundsätzlich scharf zu trennen. Dennoch kann unter besonderen Umständen ihre Verwechslung für den Gesicherten unschädlich sein. Ist z. B. zugunsten des wahren Grundstückseigentümers eine Auflassungsvormerkung statt eines Widerspruchs eingetragen, so hat die Vormerkung dennoch die Wirkungen der §§ 883, 888 (RG 139, 355). Denn der Berichtigungsanspruch des wahren Eigentümers gegen den Bucheigentümer aus § 894, den der Widerspruch gesichert hätte, kann auch in der Form des jetzt durch die Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruchs geltend gemacht werden (§ 894 Abs. 3). — Durch die Vormerkung wird der Anspruch nur gesichert, nicht erfüllt. Er wird auch nicht geschaffen, sondern nur erhalten. Das dingliche Recht, auf das der Anspruch gerichtet ist, wird durch die Vormerkung weder begründet noch umgewandelt; die Begründung wird nur vorbereitet. Der Anspruch wird durch die Vormerkung nicht verändert; insbesondere wird seinem Bestande dadurch keine größere Kraft als bisher verliehen (RG 78, 408). Vielmehr bleiben die ihm etwa anhaftenden Mängel und Einreden bestehen. Wer den vorgemerkten Anspruch geltend macht, muß sein Bestehen nach wie vor beweisen. Die Eintragung beweist nur bis zum Beweise des Gegenteils, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für die Vormerkungseintragung (§ 885) vorliegen und daß die Vormerkung den in dem Eintragungsvermerk angegebenen Inhalt und Umfang hat (Abs. 8). — Die Vorschriften des AufwG über die Aufwertung von Hypotheken sind auf Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek entsprechend anwendbar (ZfZ 9, 223). Auch das Gesetz über die Vereinigung der Grundbücher vom 18. 7. 1930 (Vorbem 7 am Schluß vor § 1113) findet auf Hypothekenvormerkungen Anwendung (ZB 1932, 61).

2. Nur die im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche können durch Vormerkung gesichert werden, also nur Ansprüche, die auf Begründung einer eintragungsfähigen, ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück betreffenden Rechtsänderung gerichtet sind und durch die endgültige Eintragung der Rechtsänderung erfüllt werden können (RG 48, 64; 55, 273; 56, 14; 60, 319; 60, 425; RM 3, 136; 5, 215; RGZ 20 A 94; 22 A 154; 40 A 126). Es sind dies Ansprüche auf diejenigen Rechtsänderungen, über deren Begründung die §§ 873 (Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, Einräumung eines begrenzten Rechts an einem Grundstück, Übertragung eines solchen Rechts, Einräumung eines Rechts an einem solchen Recht), 875 (Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück), 876 (Zustimmung des Drittberechtigten zur Aufhebung eines mit einem Recht belasteten Rechts an einem Grundstück), 877 (Änderung des Inhalts eines Rechts an einem Grundstück), 880 (Rangänderung) Bestimmung treffen, und ferner Ansprüche auf Aufhebung von Rechten, die ein Recht an einem Grundstück belasten. Alle anderen Ansprüche sind von der Sicherung durch Vormerkung ausgeschlossen. Unzulässig sind daher z. B. Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs aus der vom Verkäufer eines Grundstücksteils übernommenen Verpflichtung, den Teil von den auf ihm haftenden Schulden und Lasten zu befreien (RG 55, 270), oder zur Sicherung von Ansprüchen auf Begründung solcher Rechte und Rechtsverhältnisse, deren Eintragung in das Grundbuch nicht zulässig ist (vgl. § 886 Abs. 3 a. E. und die in Vorbem 2 vor § 873 angeführten Beispiele für nicht eintragungsfähige Rechte). Ist ein Anspruch auf Eintragung solcher Rechte vorgemerkt, so ist die Vormerkung unwirksam (RG 48, 61; 53, 415; 55, 271; ZB 1903 Weil 116; § 886 Abs. 3 a. E.). Aus schuldrechtlichen Rechtsverhältnissen, die selbst nicht eintragungsfähig sind, kann sich aber ein Anspruch auf Einräumung eines Rechts ergeben, dessen Sicherung durch Vormerkung zulässig ist, z. B. ein vormerkungsfähiger Anspruch auf Übertragung von Grundeigentum (Auflassung): aus der vom Eigentümer bewilligten Eintragung eines Ankaufsrechts (RG Gruch 67, 80; DLG 45, 202); aus der vom Eigentümer übernommenen Verpflichtung, einer Gemeinde eine Grundfläche gegen eine vereinbarte Entschädigung zum Straßenlande abzutreten (RGZ 25 A 149); aus der vom Verpächter in einem Pachtvertrage übernommenen Verpflichtung, das Pachtgrundstück nach Beendigung der Pacht dem Pächter zu einem bestimmten Kaufpreise zu überlassen (DLG 6, 122; RGZ 20 A 77). Ansprüche, die an sich nach ihrer allgemeinen Natur vorgemerkt werden können, müssen für die Eintragung der Vormerkung in der Darstellung der Merkmale des vorzumerkenden Rechts dieselben Anforderungen erfüllen, die zur Bornahme der Eintragung des Rechts selbst zu stellen sind. Insbesondere muß also der vorzumerkende Anspruch auf Einräumung eines Grundstücksrechts dieses Recht in eindeutiger eintragungsfähiger Weise bezeichnen. Daher kann z. B. nicht durch Vormerkung gesichert werden die schuldrechtliche Verpflichtung des Eigentümers,

im Falle einer geplanten Belastung des Grundstücks für jemand, der dieser Belastung nicht zustimmen werde, eine gleich hohe Belastung mit dem Vorrang vor der in Aussicht genommenen Last zu bestellen (§ 15, 251). Ebensovienig kann der Grundbuchrichter eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Reallast eintragen, wenn die Höhe der Reallastleistungen unbestimmbar ist (§ 1, 429). — Im Falle der Anfechtung einer Veräußerung durch den Konkursverwalter (§§ 29 ff. KO) muß nach § 37 KO das durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners Veräußerte zur Konkursmasse zurückgewährt werden. Die Anfechtung gibt dem Verwalter nur einen schuldrechtlichen, keinen dinglichen Anspruch auf Rückgewähr (str.; RG 47, 220; 48, 149; 50, 134; 52, 341; 56, 14). Deshalb kommt als Sicherungsmittel die Eintragung eines Widerspruchs nicht in Frage. Wohl aber kann der Verwalter im Falle der Veräußerung eines Grundstücks seinen Anspruch auf Rückübertragung (Auflassung) des Grundeigentums gegen den Erwerber durch Vormerkung sichern lassen. Wird dagegen eine Veräußerung auf Grund des Aufß von einem Gläubiger angefochten, so kann nach § 7 aO. der Gläubiger, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, nur verlangen, daß der veräußerte Gegenstand als noch zum Vermögen des Schuldners gehörig vom Empfänger zurückgewährt wird. Das bedeutet, daß der Empfänger sich die Zwangsvollstreckung für den Gläubiger in das empfangene Vermögensstück gefallen lassen muß, gleich als ob dieses noch zum Vermögen des Schuldners gehörte (RG 56, 195; 60, 425; 67, 40; JW 1902, 221³⁰; 1903, 159²⁴). Danach steht dem Gläubiger im Falle der Veräußerung eines Grundstücks weder ein Anspruch auf Rückübertragung des Grundeigentums an ihn oder an den Schuldner zu noch ein Anspruch auf Bewilligung der Eintragung einer Hypothek für seine Forderung; für die Eintragung einer Vormerkung ist daher hier kein Raum (RG 60, 425; 67, 41; 71, 178; Warn 1909 Nr 104; RM 5, 215). Zum Schutz gegen die Vereitelung des Anfechtungsrechts durch Weiterveräußerung des Empfangenen kann der Gläubiger nur ein Veräußerungsverbot im Wege der einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935, 938 Abs 2 ZPO erwirken (RG 67, 42; Warn 1909 Nr 104; DLG 4, 179). Derartige Veräußerungsverbote oder sonstige im Wege der einstweiligen Verfügung erlassene Verbote der Verfügung sind aber nicht auf Eintragung von Vormerkungen gerichtet, sondern enthalten Verfügungsbeschränkungen im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 2 (RGZ 30 A 242).

Der Anspruch (§ 194 Abs 1) muß ferner, wie sich aus der Stellung der Vorschrift des § 883 im BGB ergibt, ein **privatrechtlicher** sein (RG 56, 14; 60, 425; Warn 1909 Nr 104; RGZ 50, 197). Der Gläubiger einer vollstreckbaren Forderung hat keinen privatrechtlichen Anspruch auf Bestellung eines dinglichen Rechts an einem dem Schuldner gehörigen Grundstück oder Grundstücksrecht, es sei denn, daß durch besondere gesetzliche Bestimmung (z. B. § 648 BGB) oder durch ein auf die Bestellung gerichtetes Rechtsgeschäft die Verpflichtung hierzu begründet ist. Aus §§ 866, 867 ZPO, wonach der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung ohne Einwilligung des Schuldners eine Sicherungshypothek eintragen lassen darf, folgt kein privatrechtlicher Anspruch auf Bewilligung der Eintragung einer solchen Hypothek (RG 60, 426; Warn 1909 Nr 104; RM 2, 93; RGZ 33 A 273; 47, 255). Ebensovienig ergibt sich aus der dem öffentlichen Recht entstpringenden Befugnis zur Pfändung nach § 830 ZPO, daß der Gläubiger einen privatrechtlichen Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts an einer dem Schuldner gehörigen Hypothek hätte (RG 56, 15; DLG 6, 404; RGZ 33 A 273). In diesen Fällen ist also für eine Vormerkung kein Raum. Ferner ist die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Zahlung von Steuern unzulässig, auch wenn die Staatskasse nach den einschlägigen Bestimmungen für einen solchen Anspruch eine Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung eintragen lassen kann (JW 1922, 911¹).

Der Anspruch muß weiter ein **schuldrechtlicher** sein. Daher ist für einen dinglichen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 (z. B. auf Eintragung einer vor Inkrafttreten des BGB außerhalb des Grundbuchs entstandenen Grunddienstbarkeit) nicht eine Vormerkung als Sicherungsmittel gegeben, sondern die Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 899 (DLG 4, 292; A 1). Aus einer bindenden dinglichen Einigung folgt kein schuldrechtlicher Anspruch (§ 873 A 13). Deshalb gibt eine solche Einigung für sich allein auch keine Rechtsgrundlage ab für die Eintragung einer Vormerkung (RG 108, 331; Warn 1928 Nr 128; Seuffl 65 Nr 15).

Sodann muß der Anspruch **gerichtet sein gegen denjenigen, dessen Grundstück oder belastendes Recht von der Vormerkung betroffen** werden würde, also gegen den gegenwärtigen Grundstückseigentümer oder Rechtsinhaber, dessen Recht geändert werden soll (RG 20, 244; 84, 81; RM 4, 255; 13, 152; DLG 3 S. 98, 387; 8, 106; 15, 333; 26, 10). Das gilt auch dann, wenn es sich um die Sicherung eines Anspruchs auf ein durch Testament begründetes persönliches Vorkaufsrecht (A 10) handelt (DLG 42, 273). Daher ist nicht vormerkungsfähig z. B. ein Anspruch auf Auflassung gegen einen Dritten, dem gegenüber der Eigentümer sich zur Auflassung verpflichtet hat (RG 20, 244); des Wiederkaufsberechtigten auf Rückübertragung des Eigentums auch gegenüber einem dritten Erwerber (DLG 14, 71) oder gar gegenüber dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks (HR 1935 Nr 788). Dagegen ist sicherungsfähig der Anspruch: auf Rückübertragung gegen den Käufer (RG 69, 282; 72, 392); auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit gegen den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks (RGZ 40 A 129), und zwar auch für den Fall der realen

Teilung des Grundstücks (HM 1932 Nr 1659); des Grundstückskäufers gegen den Verkäufer auf Löschung einer nicht übernommenen, für den Verkäufer früher eingetragen gewesenen, demnächst aber auf einen andern übertragenen Hypothek (OLG 3, 98); eines Hypothekengläubigers gegen den Eigentümer auf Herbeiführung der Löschung vorgehender Hypotheken, falls sie einem Dritten zufallen sollten (OLG 3, 387); aus einem Erbvertrage auf Übertragung von Grundeigentum, falls der Berechtigte den Grundstücks Eigentümer überleben sollte (OLG 8, 106); gegen einen Miterben auf Feststellung einer Hypothek an dem künftig etwa ihm zufallenden Anteil an dem Nachlassgrundstück (RM 4, 253); auf Abtretung einer für den Verpflichteten etwa künftig entstehenden Hypothek (OLG 15, 334); des Hypothekengläubigers gegen den Eigentümer auf Löschung einer künftig etwa entstehenden und dann dem Eigentümer als Eigentümerhypothek zufallenden Hypothek (RGZ 23 A 154) oder auf Löschung einer vorgehenden Hypothek, auch wenn sie sich nicht mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, also nicht der Sonderfall des § 1179 vorliegt (OLG 6, 124; 10, 425). Die Vorschrift des § 1179 enthält eine Ausnahme von dem vorgenannten Grundsatz. Danach kann der Anspruch gegen den Eigentümer auf Löschung einer Hypothek, falls sie zur Eigentümergrundschuld werden sollte, durch Vormerkung gesichert werden, obwohl der Eigentümer noch nicht Inhaber der Hypothek ist (RM 3, 130). Nicht zutreffend ist die in RGZ 33 A 284 vertretene Ansicht, daß die Vormerkung nach § 1179 bereits unter § 883 falle, weil § 883 Abs 1 Satz 2 eine Vormerkung auch zur Sicherung von künftigen oder bedingten Ansprüchen zulasse und ein Anspruch auch dann ein künftiger oder bedingter sei, wenn der sich Verpflichtende ein Recht am Grundstück erst künftig oder bedingt erlangen solle. Der Eigentümer ist nicht gegenwärtiger Inhaber der Hypothek und wird es möglicherweise, z. B. wenn er das Grundstück veräußert, auch niemals werden. Deshalb könnte nach dem oben dargelegten Grundsatz der Anspruch auf Löschung gegen ihn nicht auf Grund des § 883 vorgemerkt werden; nur durch die Ausnahmebestimmung des § 1179 ist dies zulässig geworden (str.; RG 72, 277; 84, 81; 145, 354; RM 13, 153; jetzt auch RGZ 45, 270 unter Aufgabe von RGZ 33 A 284). Aus demselben Grunde ist auch nicht zutreffend die Annahme in jener Entscheidung, daß ein Anspruch auf Feststellung eines Pfandrechts oder eines Nießbrauchs an einer künftigen Eigentümerhypothek vorgemerkt werden könne (str.; RGZ 22 A 163; 26 A 46; 28 A 141; 30 A 244). Ferner kann bei einer Hypothek nicht ein Anspruch darauf vorgemerkt werden, daß der Eigentümer die Hypothek, falls sie zur Eigentümerhypothek werde, in eine Hypothek für eine andere Forderung des Gläubigers umwandle. Denn soweit der Anspruch auf Übertragung der künftigen Eigentümerhypothek gerichtet ist, scheitert die Zulässigkeit der Vormerkung daran, daß der Verpflichtete nicht gegenwärtiger Inhaber der Hypothek ist (so jetzt auch RGZ 45, 268; vgl. RG 72, 275). Soweit aber der Anspruch gegen den Eigentümer als solchen gerichtet ist, könnte nur eine Vormerkung für eine künftige neue Belastung an der zunächst offenen Stelle in Frage kommen (str.; a. M. RGZ 25 A 166). Weiter ist aus dem hier erörterten Grunde unzulässig eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung des Vorrangs vor einer künftig möglicherweise entstehenden Eigentümergrundschuld (RG 84, 78). Dies gilt auch dann, wenn es sich um den Anspruch eines nachstehenden Hypothekengläubigers handelt; aus der für die Löschungsvormerkung in § 1179 gegebenen Ausnahmebestimmung ist für die Zulässigkeit einer solchen Rangrücktrittsvormerkung nichts zu entnehmen (RG 84, 81; a. M. RM 13, 152; vgl. § 1179 A 5). Unzulässig ist schließlich auch eine Vormerkung auf zukünftige Abtretung einer durch Abzahlung einer Fremdhypothek erwarteten, zur Zeit der Eintragung der Vormerkung aber noch nicht entstandenen Eigentümergrundschuld (RG 145, 352).

Nur der Anspruch einer bestimmten Person, der das Gläubigerrecht zusteht, kann durch Vormerkung gesichert werden. Grundsätzlich kann jede natürliche oder juristische Person Gläubiger und Vormerkungsberechtigter sein, dagegen nicht eine Behörde ohne eigene Rechtspersönlichkeit (z. B. Polizeibehörde: RGZ 39 A 210; Fideikommissaufsichtsbehörde: RGZ 50, 196). Im übrigen bestimmt sich, da der zu sichernde Anspruch ein schuldrechtlicher ist, nach dem Recht der Schuldverhältnisse, wer Gläubiger sein kann. Deshalb braucht der durch Vormerkung gesicherte Gläubiger nicht immer der Vertragsgenosse des Verpflichteten zu sein. Ist z. B. durch Vertrag ein Anspruch auf Einräumung eines Rechts zugunsten eines Dritten (§§ 328 ff.) begründet, so kann für diesen Dritten eine Vormerkung eingetragen werden. Daneben oder auch selbständig kann für den Verpflichteten ein Anspruch auf Einräumung eines Rechts zugunsten eines Dritten (§§ 328 ff.) begründet, so kann für diesen Dritten eine Vormerkung eingetragen werden (FZG 9, 207). Für eine noch unerzeugte Nachkommenschaft, die nach § 331 jedenfalls dann, wenn sie als Dritte in einem Vertrage bedacht worden ist, vorgestellte (fingierte) Rechtspersönlichkeit hat, kann eine Vormerkung (z. B. zur Sicherung des für sie begründeten Anspruchs auf Feststellung einer Hypothek) eingetragen werden (RG 61, 356; 65, 277; RGZ 25 A 151; 32 A 217; OLG 10, 74). Ferner braucht der Gläubiger des zu sichernden Anspruchs nicht von vornherein der Person nach festzustehen; vielmehr kann nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit im Gebiet der Schuldverhältnisse bestimmt werden, daß sich das Gläubigerrecht aus dem Eintritt einer Tatsache, aus dem Vorliegen eines sachlichen Merkmals, sei es auch bedingt oder zukünftig, ergeben soll (RG 128, 249; RM 7, 145; 9, 265). Danach ist die Frage, ob für einen durch die jeweilige Inhaberschaft eines Rechts bestimmten Gläubiger eines vormerkungsfähigen Anspruchs eine Vormerkung eingetragen werden kann, zu bejahen. Dem kann nicht ent-

gegengehalten werden, daß so das Gläubigerrecht verdinglicht werde, während der Kreis der dinglichen Rechte im BGB ein beschränkter sei. Es kommt hier eben nicht Sachenrecht, sondern Schuldrecht zur Anwendung (RG 128, 246; HR 1935 Nr 788; a. M. RZ 7, 67; DLG 40, 35). Zulässig ist also z. B.: bei dem Verkauf eines von zwei demselben Eigentümer gehörigen Grundstücken eine Grunddienstbarkeit (z. B. ein Fensterrecht) vorzumerken zugunsten künftiger Erwerber des anderen Grundstücks, mithin zugunsten noch ungewisser, aber durch den Eintritt der Tatsache des Grundstückserwerbs bestimmter Personen (RG Seuff 67, 174; a. M. RGZ 40 A 126); zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit oder auf Auflassung eines Grundstücks eine Vormerkung einzutragen zugunsten des jeweiligen Eigentümers des herrschenden Grundstücks oder eines andern Grundstücks (RG 128, 246; a. M. RZ 7, 67; DLG 40, 35); eine Vormerkung für den Anspruch auf Grund eines Wiederkaufrischt zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks (RZ 9, 265; RGZ 40 A 128; HR 1935 Nr 788) sowie eine gleiche Vormerkung zugunsten des jeweiligen Besitzers eines Familienfideikommisses (RGZ 53, 154); eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Inhabers eines unter einer bestimmten Firma betriebenen Geschäfts (RZ 1937, 1023⁴⁰). Solche Vormerkungen fallen aber nicht unter § 9 (§ 8) GBD (RZ 9, 207). Dagegen ist die Eintragung einer Vormerkung mit der Maßgabe, daß der gesicherte Anspruch auch dem Rechtsnachfolger des eingetragenen Anspruchsberechtigten zustehen soll, als gegenstandslos unzulässig, da die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit des Anspruchs sich nach Schuldrecht bestimmt und daher ein Vermerk dieser Art nicht in das Grundbuch gehört (DLG 10, 433; RZ 7, 145). Wegen der Löschungs Vormerkung für den jeweiligen Inhaber einer nachstehenden Hypothek: § 1179 A 3.

Der Anspruch muß rechtsbefähigt sein (RG 67, 48; Warn 1928 Nr 128; Gruch 67, 80). Die Vormerkung kann ihn weder schaffen noch erweitern (RG 139, 356). Ein nur gedachter, als möglich angenommener, in Wirklichkeit aber nicht bestehender Anspruch ist nicht vormerkungsfähig; ein Anspruch, der nur in der Vorstellung des Vormerkungsgeicherten vorhanden ist, dem aber in der Welt der Wirklichkeit jede Grundlage fehlt, genügt dem § 883 nicht (RG Warn 1937 Nr 100). Die Vormerkung ist nichtig, wenn der Anspruch von vornherein nicht rechtsbefähigt ist (z. B. wegen Verstoßes gegen die guten Sitten: RGZ 42, 212; bei Aufsetzung wegen arglistiger Täuschung; wenn im Falle eines Anspruchs aus einem Kaufvorvertrage dieser nicht den für einen solchen Vorvertrag erforderlichen Inhalt hat: RG 124, 84; bei einem Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Grundstück wegen Mangels der für die Übernahme der Verpflichtung im § 313 vorgeschriebenen Form: DLG 26, 5). Die Vormerkung verliert ihre Wirksamkeit, wenn der Anspruch nachträglich (z. B. durch Erfüllung, Erlaß, Eintritt auflösender Bedingung, Vereinigung von Forderung und Schuld) erloschen ist (RZ 1922, 1349⁷; RG 113, 405, wo bei einer Auflassungsvormerkung für den Grundstückskäufer dessen gesicherter Anspruch durch Erteilung der Auflassung und Stellung des Antrags auf Umschreibung des Eigentums noch nicht für erfüllt erachtet ist, wenn der Umschreibung Hindernisse entgegenstehen, z. B. wenn der Verkäufer nicht oder nicht mehr als Eigentümer eingetragen ist). Dies gilt, gleichviel ob die Vormerkung auf Grund einer Bewilligung oder eines vorläufig vollstreckbaren Urteils gemäß § 895 GBD oder einer einstweiligen Verfügung eingetragen ist (RG 65, 261; 77, 404; 81, 288; Warn 1910 Nr 239; 1937 Nr 100; RGZ 32 B 16; 43, 213; RZ 11, 61; 12, 74; DLG 6, 124; 14, 70). Die unwirksame Vormerkung wird auch dadurch nicht wirksam, daß die Beteiligten in der irrigen Meinung, die Vormerkung setze das Bestehen des vorgemerkten Anspruchs nicht voraus, vergleichsweise sich zwar zu der Vormerkung, aber nicht zu dem vorgemerkten Anspruch bekennen. Ein solcher Vergleich ist unwirksam, wenn ihm nicht im Wege der Auslegung das Bekenntnis auch zu dem vorgemerkten Anspruch entnommen werden kann (RG Warn 1937 Nr 100). Der von der unwirksamen Vormerkung Betroffene kann auf Beseitigung ihrer Eintragung klagen (§ 886 A 2). Der Beseitigungsanspruch besteht bei einer auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragenen Vormerkung auch dann, wenn die Verfügung noch nicht aufgehoben ist (§ 885 A 1). Einen zweiten Weg zur Beseitigung der unwirksamen Vormerkung eröffnet in diesem Falle § 25 GBD (RG HR 1932 Nr 1837). Im übrigen kann auch formellrechtlich die Löschung (abgesehen von der Bewilligung des Vormerkungsberechtigten gemäß §§ 19, 29 GBD) durch den Nachweis des Nichtbestehens des Anspruchs gemäß § 22 GBD herbeigeführt werden. Denn diese Vorschrift betrifft zwar an sich nur dingliche Rechte, ist aber auf die schwächere Vormerkungsberechtigung entsprechend anzuwenden (RGZ 32 B 18; 40 B 354; 43, 213; 52, 164; RZ 11, 60). Der schuldrechtliche Vertrag, der dem Anspruch auf Bewirkung der Rechtsänderung zugrunde liegt, bedarf regelmäßig keiner Form (§ 873 A 7c). Eine Ausnahme bildet aber z. B. nach § 313 Satz 1 der einen Anspruch auf Auflassung begründende Vertrag; der Mangel der dort vorgeschriebenen Form wird durch Eintragung der Auflassungsvormerkung nicht gemäß § 313 Satz 2 geheilt (RG 54, 76; 55, 343; 67, 48; DLG 26, 5). — Nach § 77 des Reichsverordnungsgesetzes v. 22. 12. 1927 kann angeordnet werden, daß die Veräußerung und Belastung des mit der Kapitalabfindung erworbenen Grundstücks innerhalb (höchstens) 5 Jahren nur mit Genehmigung des Hauptverordnungsamts zulässig ist. Diese Anordnung wird mit der Eintragung im Grundbuch wirksam. Nach ihrer Eintragung ist auch eine Vormerkung auf Einräumung einer Hypothek

nur mit Genehmigung der genannten Behörde eintragungsfähig, mag es sich auch um eine durch einstweilige Verfügung angeordnete Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung einer Hypothek für Forderungen aus der Bebauung des Grundstücks des Versorgungsempfängers im Sinne des § 648 handeln (RG 134, 182).

Der **Rechtsgrund** für den Anspruch kann nicht nur ein Vertrag, sondern auch ein einseitiges Rechtsgeschäft (z. B. ein Vermächtnis: § 2174; RG Warn 1914 Nr 50; DLG 8, 106) sein oder sich aus besonderer Gesetzesvorschrift ergeben. Ein solcher gesetzlicher vormerkungsfähiger Anspruch ist z. B.: der Wandlungsanspruch (§ 462) auf Rückgewähr eines verkauften Grundstücks; der Anspruch des Bauunternehmers auf Einräumung einer Sicherungshypothek (§ 648; DLG 7, 367); der Anspruch des Nacherben nach dem Eintritt der Nacherfolge auf Herausgabe der Erbschaft (§ 2130). Auch auf ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff.) kann ein vormerkungsfähiger Anspruch (z. B. auf Auflassung, auf Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück) gegründet sein. Wenn jedoch das Gesetz ein dingliches Recht selbst, nicht bloß einen Anspruch auf Einräumung eines Rechts an Grundstück gewährt, dient als Schutzmittel nicht die Vormerkung, sondern der Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs (A 1). Das gilt z. B. beim Erwerb: des Mißbrauchs an einem Grundstück im Falle des § 1075 Abs 1; einer Sicherungshypothek nach Maßgabe des § 1287. Das Recht auf die Überbau- und die Notwegrente, das kraft Gesetzes entflieht (§§ 914, 917 Abs 2), wird nicht eingetragen (§ 914 A 3) und kann daher auch nicht vorgemerkt werden. Wenn aber durch Vertrag auf das Recht verzichtet oder die Höhe der Rente festgesetzt wird, kann der aus dem Vertrag sich ergebende Anspruch auf Eintragung des Verzichts oder der Höhe der festgesetzten Rente durch Vormerkung gesichert werden (§ 914 A 4, 5).

Die nicht auf Parteibetrieb, sondern von Amts wegen einzutragenden **Vormerkungen nach §§ 18 Abs 2, 76 GWD** folgen ihren eigenen Regeln (§ 892 A 6 Abs 3). Die Vorschriften der §§ 883 ff. sind auf sie nicht anwendbar. Sie dienen insbesondere nicht zur Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche, sondern zur Sicherung von Rechten, zu deren Dinglichkeit, abgesehen von den diese Vormerkungen veranlassenden Hindernissen, nur noch die Eintragung fehlt (RG 55, 342; 62, 377; 110, 207; RGZ 53, 111; JFG 1, 308; DLG 25, 389; 42, 158; RM 10, 233; 13, 247). — Die besonders gearteten Vormerkungen über die Einleitung eines Enteignungsverfahrens nach § 24 Abs 4 des PrEnteignG v. 11. 6. 1874 und § 6 PrWG-SiedbG v. 15. 12. 1919 werden behandelt in RGZ 35 A 261; 40 A 130; 50, 174; DLG 44, 157. Sie sind keine Vormerkungen im Sinne des § 883, sondern nur tatsächliche Kundmachungsvermerke, welche die Verfügungs-macht am Grundstück nicht beschränken (DLG 44, 157).

3. Vormerkungsfähige Ansprüche auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstück sind z. B.: die in A 2 bezeichneten Ansprüche auf Auflassung aus vereinbarter Abtretung von Grundeigentum zum Straßenlande oder aus der in einem Pachtvertrag getroffenen Vereinbarung auf Übertragung des Pachtgrundstücks nach Beendigung der Pacht; der Anspruch auf Einräumung einer Hypothek, der aber nach § 1115 Abs 1 auf einen bestimmten Betrag gerichtet sein muß (DLG 3, 3); der Anspruch des Unternehmers eines Bauwerks auf Einräumung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 (DLG 26, 10); der Anspruch desjenigen, für den zwar eine Pfandhypothek eingetragen ist, der aber den Brief noch nicht erhalten hat, auf Erwerb der Hypothek (durch Übergabe des Briefes) gemäß §§ 1117, 1163 Abs 2, 1177 Abs 1 (DLG 7, 369). Vormerkungsfähig ist auch der Anspruch eines Ausgebers von Reichsheimstätten gegen eine Siedlungsgenossenschaft auf künftige Umwandlung des besiedelten Grundbesitzes in Heimstätten (JFG 12, 314). Der Anspruch eines Hypothekengläubigers gegen den Eigentümer darauf, daß er nicht in die Umwandlung einer voreingetragenen Hypothekvormerkung in eine endgültige Hypothek willige, kann nicht vorgemerkt werden. Denn die Bewilligung zur Umwandlung ist eine Verfügung, und die Beschränkung des Eigentümers in der Verfügung zur Verfügung kann nach § 137 überhaupt nicht (Vorbem 2 vor § 873) eingetragen werden (DLG 6, 123). — Für eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung eines Grundstücks teils genügt es, daß der Teil bestimmbar ist (RG Gruch 58, 1016). Ist aber die Bezeichnung des Teiles derart unvollkommen, daß er weder aus dem Eintragungsvermerk noch aus der gemäß § 885 Abs 2 in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung bestimmbar ist (s. den Fall in § 885 A 2), so ist die Vormerkung nichtig (RG Gruch 62, 117).

4. Auf Aufhebung eines belastenden Rechtes ist gerichtet z. B.: der Anspruch des Eigentümers gegen einen Hypothekengläubiger auf Entlassung eines Grundstücks teils aus der Mitlast für eine Hypothek, da durch die Entlassung die Hypothek teilweise aufgehoben wird (RGZ 23 A 154; 33 A 259); der Anspruch des Begründers eines Erbbaurechts aus der vom Berechtigten übernommenen Verpflichtung, das Recht aufzugeben, wenn er es veräußert (DLG 18, 145). Vgl. auch die Sonderbestimmung des § 1179 A 2 Abs 4; DLG 6, 124).

5. Ein Recht an einer Grundstücksbelastung ist Gegenstand des Anspruchs auf Einräumung z. B.: wenn gegenüber dem Gläubiger einer Hypothek unter gewissen Voraussetzungen ein Anspruch auf Übertragung der Hypothek (RGZ 25 A 167) oder auf Bestellung eines Pfandrechts daran besteht (RGZ 33 A 280; DLG 26, 197). Im übrigen ist auch hier auf die Ausführungen in A 2 Abs 4 zu verweisen.

6. Vormerkungsfähige Ansprüche auf Änderung des Inhalts eines Rechtes sind z. B.: der Anspruch auf Erweiterung einer Grunddienstbarkeit; der Anspruch auf Änderung der Zahlungsbedingungen bei einer Hypothek; der Anspruch des Gläubigers einer Höchstbetragshypothek gegen den Eigentümer auf Umwandlung der Hypothek in eine gewöhnliche Hypothek zu einem bestimmten Betrage mit der Klausel aus § 800 ZPO, daß die sofortige Zwangsvollstreckung zulässig sei (DVG 13, 196; 14, 135; RZA 2, 38); der Anspruch gegen den Eigentümer auf Umwandlung einer Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für einen neuen Gläubiger (ROZ 25 A 166). Im letzten Falle ist aber die Vormerkung nur dann zulässig, wenn der Eigentümer die Eigentümergrundschuld bereits erlangt hat (M 2 Abs 4).

7. Die Änderung des Ranges ist Gegenstand eines vormerkungsfähigen Anspruchs z. B.: wenn gegen den Gläubiger einer Hypothek der Anspruch des Eigentümers auf Einräumung des Vorrangs für eine später einzutragende Hypothek besteht (RZA 7, 62; ROZ 46, 202). Die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek an erster Stelle ist nicht deshalb unzulässig, weil andere Rechte voreingetragen stehen. Denn der verpflichtete Eigentümer kann den Anspruch dadurch erfüllen, daß er die vorgehenden Rechte löschen läßt oder Rangänderungen herbeiführt (DVG 42, 274).

8. Das Wesen der Vormerkung besteht darin, daß sie einem an sich persönlichen Anspruch, der die Änderung des Rechtsstandes eines Grundstücks zum Gegenstande hat, Wirkungen beilegt, die denen eines dinglichen Rechts ähnlich sind. Zugleich hat sie die Kraft eines Veräußerungsverbots von besonderer Art, schränkt die Möglichkeit, frei zu verfügen, tatsächlich ein und sichert so die Erfüllung des Anspruchs (str.; Prot 3 S. 112, 740 ff.; RZA 4, 67; ROZ 21 A 289; 28 A 54; 29 A 171; 31 A 325; 40 A 124; DVG 4, 237; 14, 69; 39, 210). Ihre Aufgabe ist nach der negativen Seite, den Erwerb eines dem gesicherten Anspruch entgegenstehenden Rechts zu hindern (§ 883 Abs 2), und nach der positiven Seite (§ 883 Abs 1, 3), die Verwirklichung des gesicherten Anspruchs in die Wege zu leiten, ihm den Rang des Rechts zu wahren, die künftige Eintragung vorzubereiten (RG 113, 409; 116, 239). Die wesentliche Grundlage und zugleich der hauptsächlichste Inhalt der Vormerkung ist und bleibt der gesicherte persönliche Anspruch. Besteht der Anspruch nicht, so ist auch die Vormerkung hinfällig (M 2 „rechtsbeständig“). Daß der Anspruch auch den hauptsächlichsten Inhalt der Vormerkung bildet, ergibt sich besonders daraus, daß nach § 883 Abs 1 Satz 1 Zweck der Vormerkung die Sicherung der dort bezeichneten Ansprüche ist, daß nach § 886 auf Grund von Einreden gegen den Anspruch die Beseitigung der Vormerkung verlangt werden kann und daß nach § 888 Abs 1 auch im Falle des Erwerbs eines entgegenstehenden Rechts durch einen Dritten der vorgemerkte Anspruch an sich immer noch gegen den ursprünglich Verpflichteten geltend gemacht werden muß und von dem Dritten lediglich die Zustimmung zur Verwirklichung des Anspruchs verlangt werden kann. Daß andererseits dem Anspruch durch die Vormerkung ein Veräußerungsverbot besonderer Art mit tatsächlicher Einschränkung der Möglichkeit freier Verfügung beigegeben wird (nicht eine rechtliche Verfügungsbeschränkung), folgt besonders aus § 883 Abs 2, wonach eine Verfügung insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, und aus § 888 Abs 1, 2, wonach im Falle des Erwerbs eines entgegenstehenden Rechts ein den Anspruch sicherndes Veräußerungsverbot der Vormerkung gleichgestellt ist hinsichtlich der Verpflichtung des dritten Erwerbers, seine Zustimmung zur Verwirklichung des Anspruchs zu erteilen (Weiteres hierüber M 11). Die in gewisser Beziehung einer dinglichen ähnliche Wirkung zeigt sich besonders: in § 884, wonach sich der Erbe des Verpflichteten gegenüber dem gesicherten Anspruch nicht auf die Beschränkung der Haftung berufen kann; in § 439 Abs 2, wonach beim Kauf für die Beseitigung von Mängeln im Recht die Vormerkung der hypothekarischen Rechte und dem Pfandrecht gleichgestellt ist; in § 1098, wonach das dingliche Vorkaufrecht in der Wirkung gegenüber Dritten der Vormerkung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums gleichgestellt ist; in §§ 1971, 1974 Abs 3, 2016, wonach der Vormerkungsgläubiger für das Aufgebot der Nachlassgläubiger und für die dem Erben zustehenden aufschiebenden Einreden den Pfandgläubigern gleichgestellt ist; ferner in §§ 24, 47 KO, wonach der Gläubiger eines durch Vormerkung gesicherten Anspruchs Befriedigung aus der Konkursmasse verlangen kann und ein Recht auf Absonderung hat; in § 193 KO, wonach die Rechte aus einer Vormerkung durch einen Zwangsvergleich unberührt bleiben; in § 48 ZVG, wonach Rechte, die durch Vormerkung gesichert sind, bei Feststellung des geringsten Gebots wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen sind. Der Schutz, den die Vormerkung dem Anspruch gegen Einreden gewährt, die sich seiner Erfüllung entgegensetzen, ergibt sich hieraus von selbst. Außerdem bestimmt § 883 Abs 3, daß das Recht, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, den Rang der Vormerkung erhält. Danach ist die Vormerkung zwar kein dingliches Recht an einem Grundstück oder an einem ein Grundstück belastenden Rechte und keine dingliche Belastung im eigentlichen Sinne (str.; RG 65, 261; 81, 288; 83, 437; 116, 239; 129, 185 nebst Zitate; Warn 1911 Nr 184; RZA 4, 67; ROZ 21 A 289; 31 A 325; 39 A 200; 40 A 125; 50, 173; DVG 14, 69; 20, 419). Sie ist aber auch nicht ein ausschließlich auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse liegendes Rechtsgebilde. Vielmehr ist sie ein besonders geartetes Sicherungsmittel, das dem geschützten Anspruch in gewissem Umfange schon für die Gegenwart, nicht erst für die Zukunft (RG Seuffl

87 Nr 175) dingliche Wirkungen verleiht (RG 113, 409; 124, 202; 129, 186) und deshalb als eine Belastung im weiteren Sinne erscheint (RG 134, 182). Man kann sie also als ein teils dem Recht der Schuldverhältnisse, teils dem Sachenrecht angehörendes Rechtsverhältnis bezeichnen. Überwiegend weist ihre rechtliche Natur aber in die erste Richtung. Sie untersteht daher im allgemeinen dem Recht der Schuldverhältnisse (RZM 7, 143; 9, 272). Nur soweit das Gesetz sie durch besondere Bestimmungen in einzelnen Beziehungen einem dinglichen Rechte gleichstellt, finden die entsprechenden Vorschriften aus dem Gebiet des Sachenrechts Anwendung. Mangels einer solchen Sondervorschrift hat z. B. eine Auflassungsvormerkung bei einem der Form des § 313 Satz 1 ermangelnden Vertrag nicht die heilende Wirkung der Auflassung und Eintragung nach § 313 Satz 2 (RG Warn 1928 Nr 128).

Ausgeschlossen ist daher bei der Begründung der Vormerkung die Anwendung des § 873. In dieser Hinsicht trifft § 885 besondere Bestimmung (§ 885 A 1, 2, 3). Bei der Aufhebung sind die §§ 875, 876 nicht anwendbar (str.). Da eine besondere Bestimmung für die Aufhebung nicht gegeben ist, sind die §§ 362 ff. über das Erlöschen der Schuldverhältnisse anzuwenden. Doch wird zur Aufhebung nicht ein Erlaßvertrag (§ 397) zu fordern, sondern eine einseitige Erklärung des Vormerkungsberechtigten gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Begünstigten für genügend zu erachten sein, weil eine solche Erklärung zur Aufgabe eines Rechts nach § 875 genügt und die Vormerkung nur eine mindere Befugnis gewährt. Andererseits ist anzunehmen, daß das sachlich-rechtliche Erlöschen schon mit der Verzichtserklärung eintritt, daß es dazu also der grundbuchmäßigen Löschung der Vormerkung nicht bedarf (str.). Auf Grund des Erlöschens kann aber die Beseitigung der tatsächlich beeinträchtigenden Vormerkungseintragung verlangt werden (§ 886 A 2). Über Erlöschen der Vormerkung infolge Aufhebung der zugrunde liegenden einstweiligen Verfügung vgl. oben A 2 „rechtsbeständig“ und § 885 A 1. Wird die Vormerkung im Grundbuch gelöscht, so erlischt sie auch sachlich-rechtlich (§ 886 A 3; § 894 A 1 Abs 2). Ist der vorgemerkte Anspruch erloschen, so ist auch die Vormerkung hinfällig geworden (A 2 „rechtsbeständig“). Dies gilt auch dann, wenn Schuld und Anspruch sich in einer Person vereinigen, da der Anspruch dadurch erlischt und damit auch die Vormerkung (str.; DLG 6, 124). Auch in diesen Fällen kann also Beseitigung der Vormerkungseintragung verlangt werden (§ 886 A 2, 3). Daraus folgt zugleich, daß § 889 auf die Vormerkung keine Anwendung findet. Ausnahmsweise wird aber die Vormerkung dadurch, daß der vorgemerkte Anspruch erfüllt, also die Rechtsänderung, deren Herbeiführung gesichert werden sollte, bewirkt wird, dann noch nicht hinfällig und Lösungsreif, wenn inzwischen Verfügungen (z. B. im Falle einer Auflassungsvormerkung Hypothekeneintragungen) erfolgt sind, die dem Vormerkungsberechtigten gegenüber nach § 883 Abs 2 unwirksam sind. Denn dann behält die Vormerkung noch Bedeutung für die Weltendmachung der Unwirksamkeit (RG 129, 186; RGZ 50, 173). Im übrigen ist eine Vormerkung, deren Anspruch erfüllt ist (z. B. eine Auflassungsvormerkung nach Erteilung der Auflassung), nicht etwa von Amts wegen zu löschen. Der § 53 Abs 1 Satz 2 GWD greift nicht Platz, da er eine vom Grundbuch überhaupt ausgeschlossene Eintragung voraussetzt. Die Löschung hat daher, nachdem durch die Erledigung der Vormerkung das Grundbuch unrichtig geworden ist, im Wege des Berichtigungsverfahrens nach §§ 13, 22 GWD nur auf Antrag zu erfolgen (RGZ 52, 231).

Bei der Vormerkung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek sind die Sondervorschriften der §§ 1163, 1177 über die Umwandlung einer Hypothek in eine Eigentümerhypothek nicht anwendbar, wenn der vorgemerkte Anspruch nicht zur Entstehung gelangt ist oder erlischt. Vielmehr besteht dann auch die Vormerkung nicht (RG 65, 261; DLG 45, 307). Die sonstigen Vorschriften über die Eigentümerhypothek (§§ 1143, 1168, 1170, 1171, 1172, 1173, 1175) sind auf die Hypothekvormerkung nicht anzuwenden, weil diese kein hypothekarisches Recht ist und das Gesetz die für die Hypothek geltenden Vorschriften auf die Vormerkung nicht für anwendbar erklärt hat (RG 65, 260; RZM 3, 158; DLG 6, 124; 11, 121; 14, 69; 20, 419). Aus demselben Grunde ist auch die Vorschrift des § 1179 über die Eintragung einer Lösungs Vormerkung bei einer Hypothek auf die Hypothekvormerkung nicht anwendbar (str.; DLG 6, 123). Ferner kann bei der Eintragung der (endgültigen) Hypothek nicht gemäß § 1180 an die Stelle des vorgemerkten Anspruchs eine andere Forderung gesetzt werden (DLG 20, 419). Wohl aber kann eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Höchstbetragshypothek (§ 1190) durch eine den Höchstbetrag nicht übersteigende Grundschuld ausgefüllt werden (§ 1198; HR 1935 Nr 115). — Dem Vormerkungsgläubiger steht nicht die dingliche Klage oder die Gefährdungsklage des Hypothekengläubigers nach § 1133 zu. Er hat nur die persönliche Klage gegen den schuldrechtlich Verpflichteten, insbesondere auf Einräumung der Hypothek (DLG 4, 237). Auch durch Beibringung eines rechtskräftigen Urteils gegen den persönlichen Schuldner des vorgemerkten Anspruchs wird die dingliche Klage noch nicht gerechtfertigt. Vielmehr erlangt der Gläubiger das Recht zur hypothekarischen Klage erst durch die Umschreibung der Vormerkung in eine Hypothek auf Grund des Urteils; denn erst damit entsteht nach § 873 die Hypothek (str.). Wegen Gefährdungen im Sinne der §§ 1133—1135 kann sich der Vormerkungsgläubiger nur durch Ausbringung von einstweiligen Verfügungen schützen.

Die **Übertragung** des vorgemerkten Anspruchs bestimmt sich mangels anderer Vorschriften nach den §§ 398 ff., da durch Hinzutreten der Vormerkungseintragung der Anspruch zwar zu einem besonders gearteten Rechtsverhältnis geworden, der Anspruch als solcher aber der Hauptteil dieses Rechtsverhältnisses geblieben ist (OLG 10, 434; 42, 275; RZM 7 S. 68, 145). Einer Form bedarf die Übertragung nicht; ebensowenig ist die Eintragung erforderlich. Da aber die Begründung der Vormerkung eingetragen wird, ist auch die Eintragung des Wechsels des aus der Vormerkung Berechtigten zulässig. Die Übertragbarkeit richtet sich danach, ob der Anspruch übertragbar ist. Bei einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf ein persönliches Vorkaufrecht (A 10) ist also zu beachten, daß nach § 514 das persönliche Vorkaufrecht nicht übertragbar ist, wenn nicht ein anderes bestimmt ist (OLG 42, 275). Für sich allein kann die Rechtsstellung aus der Vormerkung nicht übertragen werden, da sie ein unselbständiger Teil des aus Anspruch und Vormerkung zusammengesetzten Rechtsverhältnisses ist (OLG 10, 434; RZM 7, 145). Mit der Übertragung des Anspruchs geht, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, die Vormerkung ohne weiteres mit über, weil sie ein Nebenrecht im Sinne des § 401 ist (RG Warn 1927 Nr 92; RGZ 43, 209; vgl. RG 52, 11; 60, 371; 65, 169; 83, 438). Ist für den Veräußerer eines Grundstücks eine Auflassungsvormerkung eingetragen, so geht die daraus sich ergebende Rechtsstellung auch auf den Erwerber über (RG 142, 333). Soll bei der Übertragung des Anspruchs die Rechtsstellung aus der Vormerkung nicht mitübertragen werden, so erlischt die Vormerkung, da sie ohne einen Anspruch des Vormerkungsberechtigten nicht bestehen kann. Soweit der vorgemerkte Anspruch pfändbar ist, kann seine Pfändung und damit auch die Pfändung der Rechtsstellung aus der Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden; dazu bedarf es nicht des Nachweises, daß der Anspruch besteht (RZM 1937, 249³⁸).

Die **Vermutung für die Richtigkeit** aus § 891 steht der Vormerkung nicht zur Seite, da sie kein „Recht“ im Sinne dieser Vorschrift ist. Die Vormerkungseintragung begründet nur als öffentliche Beurkundung nach § 418 Abs 1 ZPO einen Beweis dafür, daß die Vormerkung unter den gesetzlichen Voraussetzungen (§ 885) eingetragen worden ist und den aus dem Eintragungsbekanntmachungserhaltlichen Inhalt und Umfang hat (§ 891 A 3 a. E.). Für das Bestehen des gesicherten Anspruchs aber liefert die Eintragung einen solchen Beweis nicht, da das Grundbuch nicht dazu bestimmt ist, über das Bestehen des lediglich schuldrechtlichen Anspruchs Auskunft zu geben. Was der Vormerkungsgläubiger durch die Eintragung der Vormerkung erlangt hat, steht auch nicht unter dem Schutz des **öffentlichen Glaubens des Grundbuchs**. Zunächst könnte ein rechtsgeschäftlicher Erwerb im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 1 nur bei der Eintragung einer Vormerkung auf Grund einer Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten in Frage kommen, aber nicht dann, wenn die Vormerkung auf Grund einer einseitigen Verfügung eingetragen worden ist. Sodann ist aber die unmittelbare Anwendung des § 892 überhaupt deswegen ausgeschlossen, weil der Gläubiger durch die Eintragung der Vormerkung nicht ein Recht am Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte erlangt (RG 116, 238; 118, 233; 120, 13; 124, 202; RG Warn 1911 Nr 184; 1928 Nr 106; RZM 4, 67; ZFG 2, 410). Auch derjenige, der den vorgemerkten Anspruch durch Übertragung erwirbt, muß sich ohne Rücksicht auf seinen guten Glauben alle Einreden entgegenhalten lassen, die dem ursprünglichen Gläubiger entgegenstanden. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein vorgemerkter Anspruch auf Hypothekeneinräumung abgetreten ist; die nur für Hypotheken geltende Vorschrift des § 1138 findet auf die Hypothekenvormerkung keine Anwendung. Was die Anwendbarkeit des § 893 Halbs 2 anlangt, so scheidet zwar auch hier die auf Grund einer einseitigen Verfügung eingetragene Vormerkung von vornherein aus, weil sie nicht auf Rechtsgeschäft beruht. Dagegen ist davon auszugehen, daß ein eingetragener Berechtigter, der in Ansehung seines Rechts eine Vormerkung für einen andern bewilligt (z. B. der Bucheigentümer eine Auflassungsvormerkung für den Erwerber), dadurch im Sinne des § 893 Halbs 2 ein Rechtsgeschäft vornimmt, das eine Verfügung über das Recht enthält, sobald die Vormerkung eingetragen wird. Das ist jetzt herrschende Meinung (ZFG 2, 409; RZM 1925, 1415¹; 1926, 2870¹) und feste Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG 116, 241; 118, 234; 120, 14; 121, 46; § 893 A 4). Die Vorschrift des § 893 Halbs 1 aber ist keinesfalls auf eine Vormerkung anwendbar. Ist z. B. versehentlich ein anderer als der wirklich Berechtigte im Grundbuch als Vormerkungsberechtigter eingetragen, so wird derjenige, der den vorgemerkten Anspruch an den als Berechtigten Eingetragenen erfüllt, nicht befreit, auch wenn er sich in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs befunden hat. Mit der Frage, ob sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auf den vorgemerkten Anspruch erstreckt, steht die Frage im Zusammenhang, ob **gegen eine Vormerkung ein Widerspruch** (§§ 894, 899) eingetragen werden kann. Dies ist zu verneinen (str.; § 899 A 1; RGZ 20 A 219; 21 A 148, 286; 26 A 77; 46, 205; RZM 4, 48; 12, 75; OLG 2, 243). Denn der Widerspruch richtet sich gegen ein Recht an einem Grundstück oder gegen ein Recht an einem solchen Rechte, er dient als vorläufige Eintragung zum Schutz gegen einen Erwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. Die Vormerkung ist aber weder ein Recht noch unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gestellt. Sie ist daher auch keine Eintragung im Sinne des § 71 Abs 2 GBD, so daß eine Beschwerde gegen ihre Einschreibung zulässig ist (RZM 4 S. 48, 66; RGZ 31 A 325). Die Frage, welche Bedeutung einem von Amts

wegen gegen die zu Unrecht erfolgte Löschung einer Vormerkung eingetragenen Widerspruch bezumessen ist, erörtert § 886 A 3 Abs 2.

Die **Wirkungen** der Vormerkung sind im § 883 Abs 2, 3 und im § 888 Abs 1 bestimmt. Sie werden erläutert unten in den A 11, 12, 13 und in § 888 A 1, 2.

Das **Vorgemerkte** unterliegt der **Verjährung**. Die Vorschrift des § 902 findet auf Vormerkungen keine Anwendung, da sie keine Rechte am Grundstück sind (§ 902 A 1). Ist der vorgemerkte Anspruch, der trotz der Vormerkung ein persönlicher bleibt, nach § 194 ff. verjährt, so ist die Vormerkung erloschen (Prot 3 S. 118, 751). Die Verjährung des persönlichen Anspruchs wird durch die Eintragung einer Vormerkung nicht unterbrochen, da die §§ 208, 209 eine solche Unterbrechung nicht kennen, der sich nur auf Hypotheken beziehende § 223 für eine Hypothekenvormerkung nicht in Betracht kommt, maßgebend vielmehr § 886 ist (RG JW 1908, 235^o, auch RG 81, 288). Die Verjährungsfrist für den Anspruch beträgt nach § 195 dreißig Jahre, und zwar auch dann, wenn für eine der kurzen Verjährung nach § 196 unterliegende Forderung Hypothek bestellt werden soll. Denn es handelt sich hier nicht um die Verjährung der Forderung, sondern um die Verjährung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek. Im Gegensatz zum heutigen Recht entzog die Auflassungsvormerkung nach § 8 des preuß. EigentG v. 5. 5. 1872 den gesicherten Anspruch der Verjährung (§ 902 A 1 Abs 1 a. E.).

Für die Übergangszeit vgl. Art 192 EG; RG 49, 106; 52, 40; RGZ 22 A 178; OLG 4, 197; 6, 404.

9. Die Vormerkung tritt in Wirkung erst mit der **Eintragung in das Grundbuch** (RG 116, 240). Vorher besteht sie auch dann nicht, wenn die Eintragung bewilligt oder eine einstweilige Verfügung auf ihre Eintragung erlassen ist. Selbst wenn diese Tatsachen den Beteiligten bekannt sind, ist weder der Eigentümer (Berechtigte) in der Verfügung über sein Grundstück (Recht) beschränkt noch der Erwerb eines Rechtes seitens eines Dritten gehindert (RG 73, 53). Die Eintragung unterliegt wie alle übrigen Grundbuchsvermerke dem Bestimmtheitsgrundsatz (Vorber 3d vor § 873; RG JW 1938, 457^{1a}). Sie muß also so bewirkt werden, daß sich die Art und der Umfang des gesicherten Anspruchs aus dem Eintragungsvermerk oder der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung (einstweiligen Verfügung) für jeden Dritten erkennbar ergibt. Ist der Anspruch in geringerem Umfang eingetragen, als er in Wirklichkeit zwischen dem Vormerkungsberechtigten und dem Vormerkungsverpflichteten besteht, so fehlen der Vormerkung für den weiteren Umfang des Anspruchs die Sicherungswirkungen der §§ 883 Abs 2, 888 gegenüber dritten rechtsgeschäftlichen Erwerbern selbst dann, wenn die Erwerber das Bestehen des Anspruchs in weiterem Umfang gekannt haben (RG Warn 1914 Nr 321). Für die Entstehung der Vormerkung ist nicht unbedingt erforderlich, daß in den Eintragungsvermerk das Wort „Vormerkung“ aufgenommen wird; es genügt, wenn nach dem ganzen Inhalt des Vermerks kein Zweifel darüber besteht, daß ein Anspruch vorgemerkt werden sollte (RG 82, 24; JW 1891, 131^o; Gruch 67, 80; RZA 7, 66). Dies kann auch dann gelten, wenn irrtümlich statt „Vormerkung“ das Wort „Widerspruch“ gebraucht worden ist (RG 55, 343). Der Eintragungsvermerk ist im übrigen hier ebenso wie sonst (§ 873 A 7a gegen Ende) der Auslegung zugänglich (Beispielsfälle: RG JW 1934, 2612^o; SeuffW 90 Nr 142). Über die Zulässigkeit der Bezugnahme auf die Grundlagen der Eintragung vgl. § 885 Abs 2 und A 3 dort. Betrifft die Vormerkung (z. B. zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung) nur einen Grundstücksanteil, so bedarf es zur Eintragung nicht der Abschreibung des Teiles nach § 7 Abs 1 (§ 6 Satz 1) GBD, da die Vormerkungseintragung keine Belastung mit einem Rechte ist (RG HR 1934 Nr 1222; RGZ 20 A 77; 29 A 135; RZA 1, 158; vgl. auch RG 55, 273). Ist das von der Vormerkung zu ergreifende Trennstück noch nicht verneffen, so braucht es bei der Eintragung der Vormerkung weder nach der Katasterkarte bezeichnet noch mit einer ausdrücklichen Größenangabe versehen zu werden; erforderlich ist aber eine so genaue Beschreibung der Fläche, daß sich daraus Lage und Größe in einer dem Verkehrsbedürfnis entsprechenden Weise ergeben (JW 1937, 110^{2a}). Bei buchungsfreien Grundstücken bedarf es ebenso wie sonst zur Begründung der Vormerkung der Eintragung in das Grundbuch, das zuvor anzulegen ist (Art 127 EG; Art 27 BrWG; RGZ 26 A 115). Soll bei einer Briefhypothek eine Vormerkung eingetragen werden, so bedarf es nach § 41 (§ 42) GBD der Vorlegung des Hypothekenbriefes. Doch ist bei Nichtbeachtung dieser Ordnungsvorschrift die erfolgte Eintragung nicht unwirksam (RG 73, 52).

10. Die **Zulässigkeit der Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche** ist für die Auflassungsvormerkung von besonderer Bedeutung, weil die Auflassung selbst nach § 925 Abs 2 nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen kann. Soll die Eigentumsübertragung gleichwohl bedingt oder betagt werden, so kann eine Sicherung für den Fall des Eintritts der Bedingung oder des Anfangs- oder Endtermins durch eine Auflassungsvormerkung herbeigeführt werden. Wenn z. B. die Eigentumsübertragung durch Zahlung eines Kaufpreises aufschiebend bedingt sein soll, so kann für den Käufer eine Vormerkung dahin eingetragen werden, daß dem Verkäufer die Verpflichtung zur Auflassung obliegt, falls die Bedingung erfüllt ist. Wenn die Eigentumsübertragung durch Zahlung des Kaufpreises zu einem bestimmten Termin auflösend bedingt sein soll, so kann unter unbedingter Erteilung der Auflassung eine Vor-

merkung für den Verkäufer dahin eingetragen werden, daß der Käufer zur Rückauflassung verpflichtet ist, wenn die Zahlung des Kaufpreises nicht erfolgt. Ein bedingter Anspruch auf Auflassung, der durch Vormerkung gesichert werden kann, liegt auch dann vor, wenn Gegenstand des Anspruchs ein Grundstücksstück ist und die Bestimmung des Umfangs des Teiles noch von der Entscheidung einer Behörde (z. B. wegen Anschlusses an eine Staatsbahn) abhängt (**RG** Gruch 58, 1017). Dasselbe gilt, wenn der den Anspruch begründende Kaufvertrag noch einer behördlichen Genehmigung bedarf und daher bis zur Erteilung dieser Genehmigung ein Schwebezustand besteht (**RG** 108, 94). Im übrigen sind vormerkungsfähige bedingte Ansprüche z. B.: der Anspruch gegen einen Hypothekengläubiger auf Entpändung eines Grundstücksstücks unter einer Bedingung (**RGZ** 23 A 152); der Anspruch einer Gemeinde auf Abtretung von Grundeigentum zu Straßenland gegen festgesetzte Entschädigung für den Fall der Anlage der Straße (**RGZ** 25 A 147); der Anspruch des Eigentümers auf Aufhebung des Erbbaurechts für den Fall, daß das Recht ohne seine Genehmigung veräußert oder der Erbbauzins nicht pünktlich gezahlt werden sollte (**RZM** 9, 271). Auch ein Anspruch, der sich aus der Begründung eines persönlichen Vorkaufrechts (§§ 504 ff.), aus der Festsetzung eines Wiederkaufsrechts in einem Kaufvertrage (§§ 497 ff.) und aus der Vereinbarung eines Ankaufsrechts — Abgrenzung dieser Rechte gegeneinander: **RG** 154, 355 — ergibt, kann durch Vormerkung gesichert werden, und zwar schon bevor die Erklärung abgegeben worden ist, daß das Vorkaufrecht, das Wiederkaufsrecht oder das Ankaufsrecht ausgeübt werde. Denn beim Vorkaufrecht und beim Ankaufsrecht wird bereits durch den Begründungsvertrag, beim Wiederkaufsrecht durch den (ersten) Kaufvertrag die Verpflichtung zur Übertragung oder Rückübertragung des Eigentums unter der Bedingung begründet, daß das gewährte Recht von dem Vorkaufs-, Ankaufs- oder Wiederkaufsberechtigten ausgeübt wird. Diesem steht also, sofern der Begründungsvertrag rechtsbeständig, insbesondere formgerecht geschlossen ist (§ 313; **RG** 72, 385), ein bedingter Anspruch auf Übertragung oder Rückübertragung des Eigentums zu, der durch Vormerkung gesichert werden kann (**RG** 67, 48; 69, 282; 72, 392; 104, 123; 125, 247; 144, 282; 154, 366; Warn 1914 Nr 50; Gruch 67, 80; Seuffl 69 Nr 127; **RGZ** 42, 211; 53, 152; **JFG** 3 S. 318, 321; **DLG** 42, 274; 45 S. 146, 202; **RZM** 9, 265). Auch ein persönliches Vorkaufrecht mit festbestimmtem Preise kann durch Vormerkung gesichert werden, obwohl ein dingliches Vorkaufrecht mit festbestimmtem Preise nicht bestellt werden kann (§ 1098 U 2). Denn beim persönlichen Vorkaufrecht ist angesichts der Vertragsfreiheit auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse eine Preisfestsetzung zulässig, und auch bei ihm handelt es sich um einen bedingten Anspruch auf Einräumung des Eigentums an dem Grundstück (**RG** Warn 1914 Nr 50; **DLG** 42, 275). Dasselbe gilt von einer Vormerkung für den Anspruch des Verkäufers auf Rückauflassung, wenn ihm im Kaufvertrag für den Fall des Eintritts einer Bedingung ein Wiederkaufsrecht zu einem bestimmten Preise eingeräumt ist. Diese Vormerkung hat aber nicht die Bedeutung, daß nun das Wiederkaufsrecht gegen jeden weiteren Erwerber des belasteten Grundstücks oder zeitlich unbeschränkt ausgeübt werden könnte. Vielmehr ist allein der ursprüngliche Käufer zur Rückauflassung verpflichtet; dabei greift, wenn nicht ein anderes vereinbart ist, die zeitliche Beschränkung nach § 503 ein; weitere Erwerber sind nur gemäß § 888 zur Erteilung der Zustimmung zur Rückauflassung verpflichtet (**RGZ** 53, 153). Eine Vormerkung für einen bedingten Anspruch ist auch dann nicht unzulässig, wenn der Eintritt der Bedingung im freien Willen des Berechtigten steht, sofern nur die Ausübung des Willens als Verpflichtungsbedingung vertragsmäßig festgelegt ist (**RG** 67, 45; 69, 283; aber auch **DLG** 15, 333). — Ein künftiger Anspruch liegt zunächst nur dann vor, wenn sein Inhalt und Gegenstand genügend bestimmt oder bestimmbar ist (**RG** 151, 75). Weiter ist aber auch zu verlangen, daß für die künftige Entstehung des Anspruchs nicht lediglich eine bloße mehr oder weniger aussichtsreiche tatsächliche Möglichkeit besteht, sondern daß bereits ein festes Rechtsverhältnis vorliegt, aus dem der künftige Anspruch erwachsen kann (**RG** Warn 1937 Nr 100). Ein solches Rechtsverhältnis wird z. B. schon durch den bindenden, formgerecht beurkundeten (§ 313) Antrag auf Abschluß eines Grundstückskaufs begründet; aus ihm entsteht bereits vor der Annahme ein künftiger, vormerkungsfähiger Auflassungsanspruch (**RG** 151, 77; **JWB** 1936, 647^s; Warn 1927 Nr 92; **RGZ** 37 A 280; **JRM** 1933 Nr 1849). Dagegen erwächst aus einem formnichtigen Grundstückskauf für den Käufer selbst dann noch kein künftiger Auflassungsanspruch, wenn die Auflassung vollzogen wird; aus einem solchen Vertrag kann daher auch keine Vormerkung nach § 883 Abs 1 Satz 2 eingetragen werden (**RG** 151, 75). Ebenso sind nicht vormerkungsfähig: ein Anspruch auf Eigentumsübertragung, der erst durch eine in Aussicht stehende Übertragung von dem zur Zeit Berechtigten erworben werden soll (**RG** 74, 158); ein Anspruch auf Auflassung eines Grundstücks für den (angeblichen) gesetzlichen oder testamentarischen Erben des Eigentümers vor dessen Tode, da vor dem Erbfall keinerlei Rechte des vermeintlichen Erben auf das Grundstück bestehen (**RGZ** 48, 191); ein Auflassungsanspruch für den (angeblich) in einem Testament des Eigentümers als Vermächtnisnehmer mit dem Grundstück Bedachten, da nur ein zukünftiger und zugleich durch den früheren Tod des Erblassers bedingter, auch von dessen freier Willkür abhängiger Anspruch gegen die künftigen Erben in Betracht kommen kann (**RGZ** 48, 192). Dagegen ist vormerkungsfähig z. B. auch der Anspruch einer Siedlungs-

gemeinschaft gegen einen Siedler auf Bestellung einer Sicherungshypothek für einen künftigen entstehenden Schaden aus der Weigerung des Siedlers, den Anordnungen des Gemeinschaftsführers nachzukommen (HR 1938 Nr 278). Schließlich könnte von dem Gesichtspunkt der Sicherung eines künftigen Anspruchs aus vielleicht auch vorgemerkt werden ein Anspruch gegen den Eigentümer auf Übertragung einer Hypothek, die ihm bei der Veräußerung des Grundstücks von dem Käufer für das Kaufgeld bestellt werden soll (a. M. DRG 15, 334). Der Eintragung dieser Vormerkung steht aber entgegen, daß der Eigentümer nicht gegenwärtiger Inhaber der noch gar nicht bestehenden Hypothek ist (M 2). — Der vormerkungsfähige künftige oder bedingte Anspruch kann auch von einer Gegenleistung abhängig sein (RG Bruch 34, 1091; JW 1889, 320¹; 1897, 100⁶⁶; DRG 13, 6). Werden die Voraussetzungen für die Entstehung des vorgemerkten Anspruchs nachträglich geändert, so kann die Änderung bei der Vormerkung eingetragen werden, jedoch grundsätzlich nur mit Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten (HR 1849).

11. Eine den Anspruch vereitelnde oder beeinträchtigende Verfügung ist unwirksam nur gegenüber dem durch die Vormerkung Berechtigten. Eine Sperre des Grundbuchs wird durch die Vormerkung nicht herbeigeführt. Der Verpflichtete bleibt zu Verfügungen über sein Recht befugt, auch wenn sie mit dem vorgemerkten Anspruch in Widerspruch stehen (RZA 11, 242). Eine rechtliche Beschränkung der Befugnis zur Verfügung, eine Verfügungsbefchränkung im Sinne der §§ 878, 892 Abs 1 Satz 2 enthält daher die Vormerkung nicht (Str.; RG 113, 408; RG 11. 4. 31 V 248/30; a. M. RGZ 52 S. 128, 164). Zum Beispiel wird der Eigentümer durch eine Hypothekvormerkung nicht an einer weiteren Belastung des Grundstücks, durch eine Auflassungsvormerkung nicht an einer anderweiten Veräußerung gehindert (RG Bruch 48, 934). Die Verfügungen sind auch voll wirksam, wenn die Vormerkung etwa in Wegfall kommt oder der Vormerkungsberechtigte seine Genehmigung dazu erteilt (RZA 8, 157). Stimmt also z. B. der aus einer Auflassungsvormerkung Berechtigte der später erfolgten Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld zu, so ist ihm gegenüber die Hypothek (Grundschuld) voll wirksam und § 883 Abs 2 ausgeschaltet. Auf die Zustimmung sind die §§ 182 ff. anwendbar. Die Zustimmung kann auch durch schlüssige Handlungen stillschweigend erklärt werden. Sie wirkt auch zugunsten eines späteren Inhabers derselben Hypothek (Grundschuld), der sie nach ihrem Übergang auf den Eigentümer als Grundschuld unter Wiederumwandlung in eine Hypothek für eine neue Forderung erworben hat (RG 154, 355). Weil solche den § 883 Abs 2 ausschaltenden Möglichkeiten stets in Rechnung zu stellen sind, darf das Grundbuchamt die Entgegennahme und Ausführung von Eintragungsanträgen nicht deshalb ablehnen, weil die beantragten Eintragungen mit einer Vormerkung in Widerspruch treten können (RZA 8, 157; 11, 242). Die Verfügungsfreiheit des Verpflichteten findet aber ihre Grenze darin, daß die Verfügung nicht die Beseitigung der Vormerkung selbst herbeiführen darf. Soweit eine Verfügung mit Notwendigkeit die Aufhebung der Vormerkung zur Folge hat, greift sie unberechtigt in die Rechte des Vormerkungsberechtigten unmitttelbar ein. Deshalb ist der Verpflichtete ohne Zustimmung des Vormerkungsberechtigten z. B. nicht befugt, ein Recht, auf das die Vormerkung sich richtet, zur Löschung zu bringen. Denn mit der Löschung des Rechts müßte auch die Vormerkung zur Löschung gelangen (Str.; JFG 9, 218). Wenn der vorgemerkte Anspruch zur endgültigen Feststellung gebracht wird, sind die nach der Vormerkung erfolgten Eintragungen dem Vormerkungsgläubiger gegenüber insofern unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beschränken. Die Vormerkung bewirkt also insofern eine tatsächliche Beschränkung der Freiheit des Verfügenden, als der Verfügende sich vor Augen halten muß, daß seine Verfügung nur dann voll wirksam werden kann, wenn die Vormerkung wegfällt. Diese Wirkung hat die Vormerkung gemein mit einem Veräußerungsverbot zugunsten einer bestimmten Person nach §§ 135, 136. Inwieweit steht sie einem solchen Veräußerungsverbot gleich. Im übrigen aber unterscheiden sich beide nach Voraussetzungen und Folgen. Das Veräußerungsverbot kann auch zum Schutze eines dinglichen Rechts, die Vormerkung nur zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs dienen. Das Veräußerungsverbot ist zwar eintragungsfähig, jedoch nicht eintragungsbedürftig, wirkt vielmehr auch ohne Eintragung, wenigstens gegen jeden, der es kennt (§ 135 Abs 2, § 892 Abs 1 Satz 2); die Vormerkung bedarf zur Wirksamkeit der Eintragung. Das Veräußerungsverbot kann nicht wie die Vormerkung zu einem dinglichen Recht werden, sondern erschöpft sich, abgesehen von dem Anspruch auf Zustimmung nach § 888, in der negativen Wirkung des Nichtbüßens. Ferner bestehen Unterschiede zwischen beiden in ihren Wirkungen gegenüber Zwangsvollstreckungsakten und im Konfuzje (M 12, 13). Endlich kann das Veräußerungsverbot nach § 137 Satz 1 nicht durch Rechtsgeschäft (Bevollmächtigung) dinglich wirkend begründet werden. Die Vormerkung ist daher kein Veräußerungsverbot im eigentlichen Sinne. Das ergibt sich übrigens auch schon aus der Fassung des § 888 Abs 2 (RG 113, 408; RGZ 40 A 123). Die Vormerkung wirkt nur nach gewissen Richtungen wie ein Veräußerungsverbot. Deshalb kann man sagen, daß ein Veräußerungsverbot besonderer Art mit ihr verbunden ist (M 8). Unzulässig wäre freilich die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung der persönlichen Verpflichtung, über ein Recht nicht zu verfügen. Denn hier kommt kein Anspruch in Betracht, dessen Sicherung durch Vormerkung im § 883 Abs 1 zuge-

lassen ist (RGZ 40 A 126). — Vereitelt wird z. B. eine Auflassungsvormerkung durch anderweite Veräußerung (RG Warn 1919 Nr 95); beschränkt wird sie z. B. durch Eintragung von Hypotheken (RG Gruch 48, 934; RGZ 43, 213; DLG 13, 7). Für die Unwirksamkeit der Verfügung kommt es nicht darauf an, ob derjenige, der durch die Verfügung Rechte erworben hat, in gutem oder in bösem Glauben über das Bestehen der Vormerkung gewesen ist. Auch wenn er geglaubt hat, der vorgemerkte Anspruch bestehe nicht, oder wenn er von der Vormerkungseintragung keine Kenntnis gehabt hat, wirkt gegen ihn allein die Tatsache, daß die Vormerkung im Grundbuch eingetragen steht; er muß die Unwirksamkeit der Verfügung gegen sich gelten lassen (RG 93, 118; Gruch 52, 1070; FZB 1908, 275¹¹; Warn 1911 Nr 124, 379). Geschützt ist der Vormerkungsberechtigte jedoch unbedingt nur gegen solche Verfügungen, die von demjenigen ausgehen, gegen den sich der Anspruch richtet, nicht gegen Verfügungen eines anderen, für den nur tatsächlich die Verfügungsmöglichkeit gegeben war (vgl. hierzu die Ausführungen über die Löschungsvormerkung in § 1179 A 7). Die Wirkung der Vormerkung gegenüber einer den Anspruch vereitelnden oder beeinträchtigenden Verfügung tritt erst dadurch zutage, daß der Vormerkungsberechtigte, dessen vorgemerktter Anspruch festgestellt ist, die Unwirksamkeit der Verfügung geltend macht. Denn die Verfügung ist nicht allgemein (absolut), sondern nur dem Vormerkungsberechtigten gegenüber (relativ) unwirksam. Ein Dritter (z. B. bei Eintragung einer Hypothek nach einer Auflassungsvormerkung ein nachstehender Hypothekengläubiger) ist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit nicht befugt. Noch weniger kann der Verfügende selbst die Unwirksamkeit der Verfügung gegenüber seinem Vertragsgenossen geltend machen (DLG 8, 433). Betrifft die Vormerkung das Grundstück selbst (z. B. Auflassungsvormerkung oder Hypothekenvormerkung) und erstreckt sich der vorgemerkte Anspruch auch auf das zur Zeit der Eintragung der Vormerkung vorhandene Zubehör (z. B. nach § 314, wenn der Eigentümer sich zur Veräußerung des Grundstücks oder zu dessen Belastung mit einer Hypothek verpflichtet hat), so untersteht auch das Zubehör dem Schutze des § 883 Abs 2. Dann sind Verfügungen des Eigentümers über das Zubehör, die den Gegenstand des Anspruchs ergreifen und dadurch den Anspruch vereiteln oder beschränken, ebenso unwirksam wie Verfügungen über das Grundstück (Prot 3, 747). Ist das Grundstück versichert und zur Zeit des Versicherungsfalles eine Vormerkung für den Anspruch auf Eintragung einer Hypothek im Grundbuch eingetragen, so erstrecken sich die Wirkungen der Vormerkung auch auf die Versicherungsforderung (RG 151, 391). Ist die Vormerkung zwar auf dem Blatte des ganzen ungeteilten Grundstücks eingetragen, nach dem Inhalt des Eintragungsvermerks aber nur auf einen Teil des Grundstücks beschränkt, so erstreckt sich ihre Wirksamkeit nur auf diesen Teil (RG 55, 273; A 9). — Den Begriff der Verfügung erörtern § 873 A 8, § 893 A 4. Dort ist dargelegt, daß an sich zwar schon die dingliche Einigung über eine Rechtsänderung für sich allein eine rechtsgeschäftliche Verfügung ist, obwohl zur Vollendung der Rechtsänderung noch ein weiterer Tatbestand, nämlich die Eintragung, hinzutreten muß. Hier ist aber zu beachten, daß § 883 Abs 2 eine Verfügung voraussetzt, die geeignet ist, den vorgemerkten Anspruch zu vereiteln oder zu beeinträchtigen. Die dingliche Einigung für sich allein hat diese Wirkung noch nicht; erst die durch Hinzutritt der Eintragung vollendete Rechtsänderung könnte den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen. Deshalb ist erst die auf Grund dinglicher Einigung durch Eintragung vollzogene Rechtsänderung als Verfügung im Sinne des § 883 Abs 2 zu erachten (RG 113, 406; Warn 1927 Nr 92). Dem § 883 Abs 2 ist auch dann noch nicht genügt, wenn auf Grund der dinglichen Einigung bereits der Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung beim Grundbuchamt gestellt ist. Denn die dadurch etwa gemäß § 873 Abs 2 erzeugte Gebundenheit der Beteiligten enthält weder eine Verfügungsbeschränkung (§ 873 A 13) noch eine Änderung der Rechtslage (RG 113, 407; Warn 1927 Nr 92). Daher ist z. B. eine nach Stellung eines solchen Eintragungsantrags eingetragene Vormerkung selbst dann rechtswirksam, wenn § 17 GBD bei ihrer Eintragung vom Grundbuchrichter verletzt worden ist. Wird demnächst auf jenen Eintragungsantrag die Eintragung der Rechtsänderung vollzogen, so greift die Vorschrift des § 883 Abs 2 über die Unwirksamkeit der vereitelnden oder beeinträchtigenden Verfügung Platz (RG 113, 407). Vermietung und Verpachtung des Grundstücks sind nach der obigen Begriffsbestimmung auch in Verbindung mit Gebrauchsüberlassung keine Verfügungen, wie auch die §§ 1375, 1423, 1821 Nr 1, 1822 Nr 4 und 5, 2113, 2135 bestätigen, in denen zwischen Vermietung (Verpachtung) und Verfügung unterschieden wird (RG 106, 111). Jedoch ist § 883 Abs 2 hier entsprechend anzuwenden, weil die Vermietung (Verpachtung) in Verbindung mit der Gebrauchsüberlassung das Eigentum am Grundstück beschränkt (§§ 571, 577) und im Vergleich zu einer beeinträchtigenden Verfügung als ein minderes beeinträchtigendes Ereignis zu erachten ist (str.; RG 106, 112). Der Berechtigte, der einen durch Vormerkung geschützten, festgestellten Anspruch auf Auflassung oder Nießbrauchsbestellung hat, ist somit an einen nach der Eintragung der Vormerkung von dem Eigentümer geschlossenen und durch Gebrauchsüberlassung vollzogenen Mietvertrag (Pachtvertrag) nicht gebunden. Auch ein kraft Gesetzes sich vollziehender Rechtsverkehr, durch den das Recht des Vormerkungsberechtigten beeinträchtigt würde (z. B. Bucherführung nach § 900 gegenüber einer Auflassungsvormerkung), ist einer Verfügung gleichzustellen (str.).

12. In den Wirkungen gegenüber Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung weist die Vormerkung gegenüber den Veräußerungsverboten der §§ 135, 136, bei denen die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgenden Verfügungen im § 135 Abs 1 Satz 2 einer rechtsgeschäftlichen Verfügung des Schuldners ebenfalls gleichgestellt sind, insofern einen Unterschied auf, als die Vorschrift des § 772 ZPO, wonach der Gegenstand, auf den sich ein Veräußerungsverbot bezieht, nicht im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert werden darf, auf die Vormerkung keine Anwendung findet. In der Zwangsversteigerung des Grundstücks, auf dem die Vormerkung oder ein von einer Vormerkung betroffenes Recht eingetragen ist, ist der Vormerkungsberechtigte nach §§ 9 Nr 1, 48 ZPO Beteiligter. Sein vorgemerkter Anspruch wird gleich einem bedingten Recht bei der Feststellung des geringsten Gebots wie ein endgültig eingetragenes Recht berücksichtigt. Auf den vorgemerkten Anspruch finden daher die für bedingte Rechte geltenden Vorschriften Anwendung, insbesondere hinsichtlich der Folgen des Wegfalls eines Rechts, der Aufnahme in den Teilungsplan, der Behandlung bei der Verteilung des Versteigerungserlöses (§§ 50, 51, 114, 119, 124, 125 ZPO). Die Zwangsversteigerung wird durch die Vormerkung ebensowenig verhindert wie eine rechtsgeschäftliche Verfügung über das Grundstück (str.; RG 125, 251; JW 1910, 489³⁷). Auch die Vormerkung auf Einräumung des Eigentums (Auflassung) ist kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne der §§ 28, 37 Nr 5 ZPO (str.). Ist die Auflassungsvormerkung vor dem Recht des betreibenden Gläubigers eingetragen und daher in das geringste Gebot aufgenommen, so bleibt sie bestehen und ist auch gegenüber dem Ersterher wirksam. Dieser muß also nach §§ 883 Abs 2, 888 das Grundstück herausgeben, wenn der vorgemerkte Anspruch endgültig festgestellt wird (RG 7, 177; 15, 269; 27, 238). Ist die Vormerkung erst nach dem betreibenden Gläubiger eingetragen, so erlischt sie gemäß §§ 44, 45, 52 Satz 2, 91 ZPO durch den Zuschlag. Der Vorgemerkte kann dann nur einen Anspruch auf den Versteigerungserlös nach Maßgabe des § 92 ZPO geltend machen (str.; RG Warn 1908 Nr 307; JW 1910, 489³⁷; DRG 13, 6). Dieser Anspruch braucht nicht schon vor dem Zuschlag (JW 1936, 2358³¹), muß aber spätestens im Verteilungstermin (§ 105 ZPO) geltend gemacht werden. Er richtet sich nicht etwa nur auf denjenigen Teil des Versteigerungserlöses, der dem wirtschaftlichen Wert entspricht, welchen die Auflassungsvormerkung für den Berechtigten in seinem Verhältnis zum Verpflichteten hatte. Vielmehr kann der Berechtigte ohne Rücksicht auf nachstehende Rechte den ganzen Versteigerungserlös für sich in Anspruch nehmen, der nach Befriedigung der ihm vorgehenden Rechte vorhanden ist. Diesen Erlös braucht er mit Nachberechtigten deshalb nicht zu teilen, weil einerseits die nacheingetragenen Rechte dem vorgemerkten, als wirksam festgestellten und geltend gemachten Auflassungsanspruch gegenüber nach §§ 883, 888 unwirksam sind und andererseits im Zwangsversteigerungsverfahren der Versteigerungserlös an Stelle des Grundstücks in die Haftung für die durch den Zuschlag erlöschende Vormerkung eingetreten ist. Die Nachberechtigten können einer solchen Zuteilung des Erlöses auf die Vormerkung auch nicht mit der Einrede begegnen, der Vormerkungsberechtigte habe seine Gegenleistung für die Auflassung noch nicht entrichtet. Einen Widerspruch gegen die Zuteilung des Versteigerungserlöses an den Vormerkungsberechtigten können sie vielmehr nur auf solche Einwendungen stützen, die sich gegen die Rechtsbeständigkeit des vorgemerkten Auflassungsanspruchs oder der Vormerkung richten (RG 144, 281; GRN 1935 Nr 736; 1936 Nr 1539). Bezieht sich der vorgemerkte Auflassungsanspruch nur auf einen Teil des versteigerten Grundstücks, so kann der Vormerkungsberechtigte nur denjenigen Teil des Versteigerungserlöses für sich beanspruchen, der auf den bisher vormerkungsbelasteten Grundstücksanteil entfallen ist und nicht für vorgehende Rechte benötigt wird. Dieser Anspruch geht ihm auch dadurch nicht verloren, daß der Ersterher ihm nachträglich auf Grund eines neuen Vertrags den ehemals vormerkungsbelasteten Grundstücksanteil übereignet. War dieser Grundstücksanteil bebaut und belastet, ging aber der vorgemerkte Auflassungsanspruch auf Übertragung des unbebauten und unbelasteten Eigentums, so kommt für die Berechnung des Anteils, der dem Vormerkungsberechtigten vom Versteigerungserlöse gebührt, nur der nackte Grund und Boden des Grundstücks in Betracht. Denn der vorgemerkte Auflassungsanspruch und folglich auch die Vormerkung erfaßten nur das gebäudefreie Gelände. Die Freilegungs- und die Entpflanzungspflicht des Auflassungsschuldners müssen bei der Berechnung des Anteils, der dem Vormerkungsberechtigten vom Versteigerungserlöse zuzuteilen ist, unberücksichtigt bleiben, weil diese Pflichten außerhalb des Schutzes der Vormerkung standen (RG 55, 270; GRN 1935 Nr. 736).

13. Dadurch, daß die den vorgemerkten Anspruch vermittelnden oder beschränkenden Verfügungen des Konkursverwalters unwirksam sind (RG JW 1906, 424 ⁹), unterscheidet sich die Vormerkung ebenfalls (§ 12) von den Veräußerungsverboten der §§ 135, 136. Diese sind nach § 13 KO den Konkursgläubigern gegenüber überhaupt unwirksam. Dagegen kann nach § 24 KO der Vormerkungsberechtigte von dem Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruchs verlangen. Das bedeutet, daß der vorgemerkte Anspruch, wenn er besteht, in vollem Umfang aus der Konkursmasse zu befriedigen, der Vormerkungsberechtigte also nicht auf die Rechtsstellung eines auf anteilige Befriedigung aus der Konkursmasse beschränkten Konkursgläubigers zu verweisen ist. Die Befriedigung geschieht, wenn die Vormerkung auf Auflassung

gerichtet ist, nach Feststellung des vorgemerkten Anspruchs durch endgültige Einräumung des Eigentums. Das Wahlrecht des Konkursverwalters zwischen Erfüllung und Rücktritt aus § 17 wird hier wie auch sonst bei vorgemerkten Ansprüchen aus zweiseitigen Verträgen durch § 24 RD ausgeschlossen (str.). Die Hypothekvormerkung gewährt nach § 47 RD ein Absonderungsrecht. Sie bleibt nach § 193 RD durch einen Zwangsvergleich unberührt. Diese Wirkungen der Vormerkung bestehen, gleichviel, ob die Vormerkung auf Grund einer Bewilligung des Passivbeteiligten oder auf Grund einer einseitigen Verfügung eingetragen worden ist. Nach §§ 221 Abs 2, 236 RD gilt aber für den Konkurs über einen Nachlaß und das Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft die Ausnahme, daß eine nach dem Eintritt des Erbfalles und der fortgesetzten Gütergemeinschaft im Wege der einseitigen Verfügung erlangte Vormerkung unwirksam ist. — Eine Vormerkung gemäß § 18 Abs 2 BGB hat die Wirkungen der §§ 883 Abs 2, 888 BGB nicht. Denn sie dient nicht zur Sicherung eines Anspruchs im Sinne des § 883, sondern hat nur den Zweck, der vorbereiteten Eintragung für den Fall der Beseitigung des Hindernisses den Rang zu wahren (str.; A 2 „Rechtsgrund“; § 878 A 5; RZM 10, 233).

14. Der Rang des durch die Vormerkungseintragung gesicherten Rechtes bestimmt sich bei der endgültigen Eintragung, wenn das Recht das Grundstück belastet, nach § 879 (RZM 41, 224). Treffen mehrere Vormerkungen (z. B. mehrere Hypothekvormerkungen oder eine Auflassungsvormerkung und eine Hypothekvormerkung) zusammen und haben sich bei ihnen die vorgemerkten Ansprüche zu dinglichen Rechten entwickelt, so bestimmt sich der Rang der Rechte nach der Reihenfolge (in derselben Abteilung) oder nach dem Datum (in verschiedenen Abteilungen) der Vormerkungseintragungen auch dann, wenn die Umwandlung der Vormerkungen in die Rechte in einem anderen Zeitverhältnis erfolgt ist, als es der Reihenfolge oder dem Datum der Vormerkungseintragungen entsprechen würde. Das Rangverhältnis von Rechten an Grundstücksrechten, auf die § 879 keine Anwendung findet, ist erläutert in § 879 A 2. Über die Zulässigkeit der Rangänderung nach § 880 vor der endgültigen Eintragung des dem vorgemerkten Anspruch entsprechenden Rechtes: § 880 A 2 „Gegenstand“. Auf die (eine Belastung des Grundstücks betreffenden) Vormerkungen selbst findet, solange sie noch nicht zu endgültigen Rechten geworden sind, § 879 bezüglich des Rangverhältnisses zu anderen Eintragungen keine Anwendung (str.; § 879 A 3). Ist die Vormerkung auf Grund einer einseitigen Verfügung eingetragen (§ 885) und wird diese Verfügung aufgehoben, so erlischt die Vormerkung mit der Erlassung der aufhebenden Entscheidung. Daher kann nicht mehr an ihrer Stelle das gesicherte Recht mit dem aus § 883 Abs 2 sich ergebenden Range endgültig eingetragen werden (§ 886 A 3; § 879 A 5). Auf Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines Rechts bezieht sich Abs 3 seinem Wortlaut nach nicht; diese Ansprüche stehen auch zu dem Range anderer Rechte in keiner Beziehung. Soll jedoch durch die Inhaltsänderung das Recht erweitert werden (z. B. Zinserhöhung), so findet auch hier Abs 3 Anwendung, da die Erweiterung der Einräumung eines neuen Rechtes gleichsteht. Da ein Rangverhältnis nur zwischen den das Grundstück belastenden Rechten unter einander, aber nicht zwischen diesen Rechten und dem Eigentum am Grundstück besteht, so hat die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung des Grundstückseigentums an sich auch keine Rangwirkung im Sinne von § 883 Abs 3. Deshalb kann ein Pfändungsgläubiger, der den vorgemerkten Anspruch auf Übertragung des Eigentums gepfändet hat, nach dem Eigentumserwerb des Schuldners von den Inhabern der nach der Eintragung der Vormerkung eingetragenen Rechte zwar nach §§ 883 Abs 2, 888 BGB die Zustimmung dazu verlangen, daß seine kraft Gesetzes (§ 848 Abs 2 BPD) entstandene Sicherungshypothek den Vorrang vor jenen Rechten erhält; er kann aber nicht ohne diese Zustimmung die Eintragung des Vorrangs seiner Sicherungshypothek erreichen (RZM 8, 318).

§ 884

Soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist¹⁾, kann sich der Erbe des Verpflichteten²⁾ nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen³⁾.

§ II 804; § 5 779 f.

1. Nur soweit der Anspruch vorgemerkt ist, gilt § 884. Geht der Anspruch (auf Einräumung, Aufhebung oder Änderung eines Rechts an einem zum Nachlaß gehörigen Grundstück oder an einem zum Nachlaß gehörigen, ein Grundstück belastenden Recht) über die Vormerkungseintragung hinaus, ist z. B. vor der Eintragung einer Auflassungsvormerkung von dem Verpflichteten eine Hypothek bestellt worden, auf deren Beseitigung der Berechtigte nach dem ihn berechtigenden Rechtsgeschäft einen Anspruch hat, so steht dem Erben des Verpflichteten gegenüber diesem Anspruch die Einrede der beschränkten Haftung zu (Prot 5, 780).

2. Der Verpflichtete, dessen Erbe sich nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen kann, ist derjenige, gegen den der durch die Vormerkung gesicherte persönliche Anspruch entstanden und ursprünglich gerichtet war. Auf denjenigen, dessen Zustimmung gemäß § 888 erforderlich ist,

wenn nach der Eintragung der Vormerkung zu seinen Gunsten verfügt worden ist, findet § 884 keine Anwendung. Ist die Vormerkung erst nach dem Tode des Verpflichteten (auf dem zum Nachlaß gehörigen Grundstück oder Grundstücksrecht) eingetragen worden, so ist zu unterscheiden, ob die Eintragung auf Bewilligung des Erben oder auf Grund einstweiliger Verfügung erfolgt ist. Im ersten Falle steht die Vormerkung einer vor dem Erbfall eingetragenen gleich. Im zweiten Falle ist die Vormerkung nach § 221 Abs 2 *AB* unwirksam, wenn über den Nachlaß Konkurs eröffnet wird; dem Erben stehen dann nach §§ 1990 Abs 2, 2016 Abs 2 die Abzugseinrede aus § 1990 Abs 1 und die aufschiebenden Eintreden aus §§ 2014, 2015 zu, die dem unbeschränkt haftenden Erben nach §§ 2013, 2016 Abs 1 sonst nicht gegeben sind.

3. Die Beschränkung der Haftung, auf die sich der Erbe des Verpflichteten nicht berufen kann, regeln die §§ 1973, 1975ff., 1989, 1994, 2000, 2013. Die Vorschrift des § 884 findet Ergänzungen in §§ 1971, 1974 Abs 3, 2016 Abs 2, wonach Vormerkungsberechtigte durch das Aufgebot der Nachlaßgläubiger und durch die im § 1974 bestimmte Ausschlussfrist nicht betroffen werden und dem Erben ihnen gegenüber, abgesehen von dem in A 2 erörterten Ausnahmefall, nicht die aufschiebenden Eintreden aus §§ 2014, 2015 zustehen.

§ 885

Die Eintragung einer Vormerkung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung¹⁾ oder auf Grund der Bewilligung desjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird²⁾. Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs glaubhaft gemacht wird¹⁾.

Bei der Eintragung kann zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs auf die einstweilige Verfügung oder die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden³⁾.

§ II 804; B 3 108 ff., 115 f.; 4 580.

1. Eine die Eintragung einer Vormerkung anordnende einstweilige Verfügung wird erlassen nach den §§ 935 ff. in Verbindung mit §§ 916 ff. *BP*. Jedoch bedarf es nach § 885 Abs 1 Satz 2 *BGB*, abweichend von §§ 917, 920 Abs 2 *BP*, nicht der Glaubhaftmachung (§ 294 *BP*), daß der zu sichernde Anspruch gefährdet sei. Der gesetzgeberische Grund für diese Abweichung ist, daß in allen hier in Betracht kommenden Fällen eine Gefährdung schon durch die Einrichtung des Grundbuchs gegeben ist, die es dem Schuldner ermöglicht, die Verwirklichung des Anspruchs durch Veräußerung des Grundstücks oder des Rechtes auszuschließen. Der Nachweis einer weiteren besonderen Gefahr ist dem Gläubiger nicht zuzumuten (Prot 3, 115; SeuffA 63 Nr 44). Dagegen ist der Anspruch glaubhaft zu machen. Die Glaubhaftmachung kann aber durch Sicherheitsleistung ersetzt, andererseits kann trotz Glaubhaftmachung des Anspruchs Sicherheitsleistung gefordert werden (§§ 921 Abs 2, 936 *BP*). Gründet sich der Anspruch auf ein Rechtsgeschäft, so muß glaubhaft gemacht werden, daß das Rechtsgeschäft gültig, insbesondere in der etwa vorgeschriebenen Form geschlossen ist. Über andere Rechtsgründe für den Anspruch vgl. § 883 A 2 „Rechtsgrund“. Der Anspruch braucht nicht fällig zu sein. Er kann bedingt oder von einer Gegenleistung abhängig sein (§ 883 A 10). Er muß aber im Klagewege verfolgbar sein. Zur Sicherung eines erst künftig zu erwerbenden Anspruchs auf Eigentumsübertragung kann überhaupt keine einstweilige Verfügung erlassen werden (§§ 926, 936 *BP*), also auch nicht eine solche auf Eintragung einer Vormerkung (*RG* 74, 158; § 883 A 10 a. E.). — Zuständig für die Erlassung ist sowohl das Gericht der Hauptsache als auch das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Grundstück liegt, auf dem die Vormerkung eingetragen werden soll. Das Gericht der belegenden Sache ist auch in nicht dringenden Fällen zuständig (§§ 919, 942 Abs 1, 2 *BP*). Gericht der Hauptsache (§ 943 Abs 1 *BP*) ist dasjenige Gericht erster oder zweiter Instanz, bei dem der Rechtsstreit über den durch die Vormerkung zu sichernden Anspruch auf Einräumung, Aufhebung oder Änderung eines Rechts an einem Grundstück oder eines Rechts an einem solchen Recht anhängig ist oder anhängig gemacht werden kann (*RG* 4, 407; 30, 351; 31, 372). — Passiv legitimiert für die Klage und demgemäß auch für die einstweilige Verfügung ist derjenige, der aus einem der in § 883 A 2 Abs 7 genannten Rechtsgründe persönlich verpflichtet ist, die durch die Vormerkung zu sichernde Änderung des Rechtsstandes eines Grundstücks herbeizuführen (z. B. auch derjenige, der verpflichtet ist, eine ihm abgetretene Hypothek unter gewissen Voraussetzungen zurückübertragen: *DLG* 8, 306). Ist der zu sichernde Anspruch auf Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück (z. B. einer Hypothek, die vom Käufer im Kaufvertrag nicht übernommen worden ist) gerichtet, so ist ein Dritter, dem ein Recht an dem aufzuhebenden Recht zusteht (dem z. B. die Hypothek verpfändet ist), nicht passiv legitimiert, auch wenn zur Aufhebung des Rechts seine Mitwirkung erforderlich ist (*DLG* 3, 99). Hat der Grundstückseigentümer sich zur Eintragung eines Rechts verpflichtet, demnächst aber das Grundstück an einen Dritten veräußert,

so ist der Dritte als Antragsgegner einer einstweiligen Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung des Rechts nicht passiv legitimiert, da gegen ihn überhaupt kein Anspruch auf Einräumung des Rechts besteht (OLG 26, 7). — Die einstweilige Verfügung muß binnen der Frist von einem Monat vollzogen werden (§ 929 Abs 2 ZPO). Als Vollziehung gilt nach §§ 932 Abs 3, 936 ZPO der Antrag auf Eintragung (§§ 13, 30 GPO), der vom Gläubiger gestellt werden kann (RGZ 41, 222). Wenn das Gericht gemäß § 941 ZPO um Eintragung ersucht, gilt als Vollziehung nach § 38 (§ 39 GPO) der Eingang des Ersuchens beim Grundbuchamt (RG 67, 165; RZM 7, 69). Gemäß § 929 Abs 3 ZPO muß aber die Zustellung an den Antragsgegner, falls sie noch nicht geschehen ist, innerhalb einer Woche nach der Vollziehung und vor Ablauf der Vollziehungsfrist erfolgen (RG 67, 164; 81, 288; RGZ 52, 164). Sind die Fristen nicht eingehalten, so ist die vorgenommene Eintragung der Vormerkung unwirksam. Denn sie ist eine Vollziehungsmäßregel; das Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse für die Vollziehung der einstweiligen Verfügung ist also — un verzichtbare (RG 151, 155) — Voraussetzung für ihre Wirksamkeit (RG 67, 165; 81, 288; OLG 10, 399; 23, 348). Jeder Inhaber des durch die nichtige Vormerkungseintragung beeinträchtigten Grundeigentums oder Rechts am Grundstück kann ebenso, wie wenn eine einstweilige Verfügung überhaupt nicht erlassen wäre, von dem als Berechtigten Eingetragenen die Beseitigung der Eintragung verlangen. Dieser Anspruch rechtfertigt sich zwar nicht nach § 894, da die Vormerkung nicht ein „Recht“ im Sinne dieser Vorschrift ist (§ 883 A 8), wohl aber nach dem unmittelbar oder entsprechend anzuwendenden (§ 886 A 2) § 1004 (str.; § 883 A 2 „rechtsbeständig“; § 886 A 2; RG 26, 399; 56, 252; 81, 288; Gruch 67, 79; offen gelassen in RG 151, 159; HR 1932 Nr 1837; a. M. RGZ 52, 164 insofern, als § 894 für entsprechend anwendbar erachtet wird und ebenso § 22 GPO, weil die Vormerkung nach § 883 Abs 2 wie eine Verfügungsbeschränkung wirke). Der Beseitigungsanspruch besteht bei dem vorausgesetzten Tatbestand auch dann, wenn der gesicherte Anspruch rechtsbeständig und die einstweilige Verfügung nicht (auf Widerspruch des Vormerkungsverpflichteten gemäß § 924 ZPO) aufgehoben ist (§ 886 A 3); denn die Vormerkungseintragung ist als solche nichtig (RG 81, 288). Wegen dieser Nichtigkeit kann, selbst wenn der Anspruch rechtskräftig festgestellt wird, nicht die Umschreibung der Vormerkung in das endgültige Recht erfolgen (RG 81, 288). Ebenso wenig kann die nichtige Vormerkungseintragung dadurch aufrechterhalten werden, daß eine neue einstweilige Verfügung ausgebracht und rechtzeitig vollzogen wird; vielmehr kann auf Grund der neuen einstweiligen Verfügung nur eine neue Vormerkung an anderer Stelle des Grundbuchblatts eingetragen werden (RG 81, 288). — Während der Dauer des Konkursverfahrens über das Vermögen des Verpflichteten darf nach § 14 Abs 2 KO eine Vormerkung auf ein zur Konkursmasse gehöriges Grundstück oder Recht an einem Grundstück zugunsten einzelner Konkursgläubiger auf Grund einstweiliger Verfügung nicht eingetragen werden. Die etwa vorgenommene Eintragung ist nichtig. Der Konkursverwalter kann ihre Beseitigung verlangen wie in dem oben erörterten Falle der Nichtigkeit. Wird dagegen auf Grund der Bewilligung des Gemeinschuldners eine Vormerkung eingetragen, so ist sie nur den Konkursgläubigern gegenüber nach Maßgabe des § 7 KO unwirksam.

2. Die **Eintragungsbewilligung des Betroffenen** für sich allein genügt, abgesehen von der Eintragung, zur rechtswirksamen Begründung der Vormerkung. Einer Einigung zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten nach §§ 873, 877 bedarf es nicht, da nicht ein Recht eingeräumt oder geändert, sondern nur ein persönlicher (schuldrechtlicher) Anspruch auf die Einräumung oder die Änderung gesichert wird. Die M 3, 244 bemerken zwar, es sei nicht zweifelhaft, daß ein Vertrag zwischen den Beteiligten vorausgesetzt werde. Diese Ansicht hat aber im Gesetz keinen Ausdruck gefunden (str.; RG Gruch 62, 119, wo eine etwa vorhandene Einigung zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten für die Heilung eines wesentlichen Mangels in der Eintragungsbewilligung als belanglos erklärt wird; RG JW 1926, 1955^o; RGZ 46, 207; OLG 45, 198; JFG 4, 338). Für einen unstreitigen Anspruch wird eine Vormerkung namentlich dann freiwillig gewährt werden, wenn bei einem Geschäft, dessen Entwicklung sich je nach den Umständen verschieden gestalten kann, dem Verpflichteten nicht zuzumuten ist, dem Gläubiger sofort ein bestimmtes dingliches Recht einzuräumen (Prot 3, 115). Ist die Bewilligung rechtsunwirksam (z. B. weil sie nur zum Schein erklärt oder wegen Irrtums oder Betrugs erfolgreich angefochten ist), so ist die Vormerkung nichtig. Dann kann ihre Beseitigung ebenso wie in den in A I erwähnten Fällen der Nichtigkeit verlangt werden. Dies gilt auch, wenn der Gegenstand der Vormerkung in der Eintragungsbewilligung derart unvollkommen angegeben ist, daß er nicht einmal bestimmbar ist (z. B. wenn als Gegenstand einer Auflassungsvormerkung angegeben ist „mein Restgut von zirka 400 Morgen“: RG Gruch 62, 117).

Der Passivbeteiligte, der die Bewilligung erklären muß, ist der Eigentümer des Grundstücks oder der Inhaber des Grundstückrechts, an dem die Vormerkung eingetragen werden soll (z. B. derjenige, der eine ihm abgetretene Hypothek unter gewissen Voraussetzungen zurückübertragen muß: OLG 8, 306). Sind Eigentümer des von der Vormerkung betroffenen Grundstücks mehrere Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft, so bedarf es zur Eintragung der Vormerkung der Bewilligung sämtlicher Erben; die Bewilligung eines einzelnen Miterben genügt

nicht, auch nicht für seinen Anteil, da vor der Erbanseinersehung das Grundstück als ein Stück des Nachlasses lediglich den Erben insgesamt gehört (RN 4, 255). — In der Bewilligung, der die Eintragung der Vormerkung folgt, liegt eine Verfügung (§ 883 A 8 „öffentlicher Glaube des Grundbuchs“). Daraus folgt, daß im gesetzlichen Güterstande der Ehemann nicht ohne Zustimmung der Frau, die Frau nicht ohne Einwilligung des Mannes eine Vormerkung in bezug auf das eingebrachte Gut bewilligen kann (§§ 1375, 1395, 1398). Bei gütergemeinschaftlicher Ehe kann der Mann die Eintragung einer Vormerkung, die sich auf ein zum Gesamtgut gehöriges Recht an einem Grundstück bezieht, ohne Zustimmung der Frau bewilligen (§ 1443), sofern nicht eine Schenkung vorliegt (§ 1446). Dagegen bedarf er der Einwilligung der Frau zur Bewilligung einer Vormerkung, die sich auf ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück bezieht (§ 1445; RN 5, 195). Immer ist aber zu beachten, daß die Vormerkung überhaupt nur dann Rechtswirksamkeit hat, wenn der Anspruch rechtsgültig begründet worden ist (§ 883 A 2 „rechtsbeständig“) und daß die Verpflichtung zur Eintragung des endgültigen Rechts stets eine Verpflichtung zu einer Verfügung ist. Daher ist nach § 1375 eine Vormerkung in Ansehung des eingebrachten Gutes und nach § 1445 eine Vormerkung in Ansehung eines zum Gesamtgut gehörigen Grundstücks immer nur dann wirksam, wenn die Frau zur Begründung des Anspruchs ihre Einwilligung erteilt hat. Das Grundbuchamt hat aber nicht zu prüfen, ob ein rechtsbeständiger Anspruch der Eintragungsbewilligung zugrunde liegt. Zur Vornahme der Eintragung genügt die (rechtsgültige) Eintragungsbewilligung des Legitimierten.

Die Vorschrift des § 878 über die Einflußlosigkeit des nachträglichen Eintritts einer Verfügungsbeschränkung findet keine Anwendung, da sie lediglich die nach den §§ 873, 875, 877 abgegebenen Erklärungen betrifft, die Bewilligung der Vormerkungseintragung aber nicht darunter fällt (str.; § 878 A 1). Daher macht die Verfügungsbeschränkung des Bewilligenden, auch wenn sie erst nach Stellung des Antrags auf Eintragung der Vormerkung beim Grundbuchamt eintritt, die Bewilligung unwirksam (str.; a. M. ZFG 4, 336). — Der Zustimmung derjenigen Personen, die als gegenwärtige Drittberechtigte (z. B. bei Aufhebung oder Änderung des Inhalts oder Ranges eines belasteten Rechts gemäß §§ 876, 877, 880 Abs 3) oder als künftige Berechtigte (z. B. als künftige Eigentümerhypothekare bei Aufhebung oder Änderung des Ranges hypothekarischer Rechte gemäß §§ 880 Abs 2 Satz 2, 1183 BGB; § 27 GBD) der endgültigen Aufhebung oder Änderung eines Rechts am Grundstück oder eines Rechts an einem solchen Rechte zustimmen müssen, bedarf es hier nicht, da durch die Vormerkung eine Aufhebung oder Änderung des Rechts nicht herbeigeführt und folglich die Rechtsstellung dieser Personen nicht berührt wird.

Eine Form ist zur Wirksamkeit der Bewilligung nicht vorgeschrieben. § 885 spricht nicht, wie § 873 Abs 2, § 875 Abs 2 von „einer den Vorschriften der GBD entsprechenden“ Eintragungsbewilligung. Sie kann daher (mit materiellrechtlicher Wirksamkeit) formlos, auch mündlich, erteilt werden (RGZ 46, 208). Ebensovienig ist für die Bindung (§ 130) eine Form vorgeschrieben. Da sie einseitig auf Herbeiführung einer Eintragung gerichtet ist, hat sie dem Grundbuchamt gegenüber (§ 875 A 10) zu erfolgen. Wenn auch eine Bewilligung gegenüber dem Berechtigten hätte genügen sollen, hätte das im Gesetz gesagt werden müssen (str.; a. M. RGZ 46, 208, wo die Bewilligung ohne Begründung gleichgestellt wird einer Aufgabenerklärung nach § 875). Da die Eintragung der Vormerkung „auf Grund“ der Eintragungsbewilligung erfolgen soll, muß hier die Bewilligung der Eintragung vorausgehen; eine nachträgliche Bewilligung macht die Eintragung nicht wirksam (RGZ 46, 208). Formellrechtlich ist nach §§ 19, 29 Satz 1 GBD zur Vornahme der Eintragung die Erklärung der Bewilligung in einer der Formen des § 29 Satz 1 GBD erforderlich. Hat aber das Grundbuchamt diese Ordnungsvorschrift außer acht gelassen, so ist die Eintragung um deswillen nicht unwirksam. Der Inhalt der Bewilligung braucht nicht notwendig das Wort „Vormerkung“ zu enthalten; es genügt, wenn ersichtlich ist, daß einem sicherungsfähigen Anspruch vorläufige Sicherung verschafft werden soll (RG Bruch 67, 81; RGZ 23 A 154). Ist die Eintragung einer endgültigen Rechtsänderung bewilligt, so kann darin in der Regel nicht die Bewilligung der Eintragung einer entsprechenden Vormerkung gefunden werden, da durch diese nur ein schuldrechtlicher Anspruch gesichert werden soll (str.). Wäre aber in einem solchen Falle ausnahmsweise die Eintragung der endgültigen Rechtsänderung nicht zulässig, so könnte die Bewilligung in die der Eintragung einer etwa zulässigen Vormerkung umgedeutet werden (RG Bruch 67, 81). Die Eintragungsbewilligung kann ersetzt werden durch ein Urteil gegen den Passivbeteiligten nach §§ 894, 895 ZPO. Für die Klage ist, da es sich lediglich um einen persönlichen Anspruch handelt, der von dem persönlich Verpflichteten zu erfüllen ist, weder der ausschließliche dingliche Gerichtsstand aus § 24 noch der wählbare des § 26 ZPO gegeben (RG 52, 40). Lautet das Urteil auf Bewilligung einer endgültigen Eintragung, so gilt nach § 895 ZPO die Eintragung einer Vormerkung als bewilligt, wenn das Urteil vorläufig vollstreckbar ist. Über die nach §§ 18 Abs 2, 76 GBD von Amts wegen einzutragenden Vormerkungen vgl. § 883 A 2 „Rechtsgrund“.

B. Die Notwendigkeit der Eintragung zur Begründung der Vormerkung, die Form der Eintragung und auch die Unschädlichkeit einer (irrtümlichen) Bezeichnung der Vormerkung als Widerspruch sind bereits behandelt in § 883 A 9. Ob die Eintragung einer Vormerkung für einen jeweiligen Berechtigten oder für den Berechtigten und dessen Rechtsnachfolger zu

lässig ist, wurde in § 883 A 2 „Anspruch einer bestimmten Person“ dargelegt. — Nach Abs 2 kann bei der Eintragung auf die einstweilige Verfügung (A 1) oder auf die Eintragungsbewilligung, also auch auf das diese erziehende Urteil (A 2), zur näheren Bezeichnung des Anspruchs Bezug genommen werden. Die Bestimmung entspricht dem § 874 (vgl. dort A 2—6). Eine besondere Vorschrift neben § 874 war geboten, weil die Vormerkung kein „Recht“ am Grundstück im Sinne des § 874 ist (§ 874 A 1). Außer dem Gegenstand des Anspruchs (z. B. Änderung, Aufhebung des Rechts) muß im Grundbuch, sei es durch Aufnahme in den Eintragungsvermerk, sei es durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, der Umfang des Anspruchs (§ 883 A 9) angegeben werden. Um den Anspruch gehörig zu kennzeichnen und die grundbuchlichen Verhältnisse klarzulegen, ist in derselben Weise auch der Grund des Anspruchs anzugeben, also der Tatbestand, aus dem der zu sichernde Anspruch entstanden ist oder entstehen soll. Diese Angabe ist so zu fassen, daß der Anspruch von anderen inhaltsgleichen Ansprüchen desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner unterschieden werden kann (RG JW 1911, 587³²; Warn 1928 Nr 33; NZM 7, 146; RGZ 37 A 280; 48, 190; 51, 251). Wenn die Angabe des Schuldgrundes fehlt, so ist deswegen die erfolgte Eintragung noch nicht nichtig, sofern nur sonst die Identität des Anspruchs festgestellt werden kann, namentlich wenn nach der Sachlage nur ein einziger Anspruch in Frage kommt und Gefahr der Verwechslung nicht besteht (RG 42, 318; 45, 176; 133, 269; RG JW 1928, 498³⁰; 1934, 2612³; 1937, 111²⁵; ZZG 9, 202). Unter „nähere Bezeichnung des Rechtes“ fällt nicht die Angabe des Vormerkungsberechtigten; dieser muß daher in den Eintragungsvermerk selbst aufgenommen werden (RGZ 47, 212; § 874 A 4). — Die Vorschriften des § 1115 Abs 1 finden auf Hypothek- oder Grundschuldvormerkungen keine Anwendung, da diese keine hypothekarischen Rechte sind. Die Gültigkeit der Vormerkungen hängt daher nicht unbedingt von der Aufnahme der dort vorgeschriebenen Angaben in den Eintragungsvermerk ab. Vielmehr kann über § 1115 Abs 1 hinaus auf die Grundlagen Bezug genommen werden, sofern nur die Bezugnahme die Grenze der „näheren“ Bezeichnung des Anspruchs innehält (str.; ZZG 4, 407; Bezugnahme auf eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung genügt bei der Hypothekvormerkung; a. M. DVG 3, 4). Der Forderungsbeitrag wird aber auch bei einer Hypothekvormerkung in den Eintragungsvermerk selbst aufzunehmen sein, da eine Bezugnahme hierauf über die bloß „nähere“ Bezeichnung hinausgehen würde (DVG 3 S. 3, 364). Das in den Eintragungsvermerk Aufgenommene muß sich mit dem wesentlichen Inhalt der Grundlagen der Eintragung decken. Weicht es hiervon so ab, daß die wirkliche Rechtslage aus dem Eingetragenen überhaupt nicht erkannt werden kann, so ist die Eintragung unwirksam (RG 53, 414). Steht die Bedeutung einer Vormerkung in Frage, so darf auch die über die Begründung des Anspruchs sich verhaltende Urkunde zum Zweck der Auslegung berücksichtigt werden (RG JW 1911, 587³²; 1928, 498³⁰; RG 133, 269). Ist bei einer Hypothek eine Lösungsklausel (§ 1179) eingetragen, so kann mit Rücksicht auf den engen Zusammenhang zwischen Hypothek und Vormerkung bei der Auslegung der Vormerkung auch der Inhalt der Hypothekeneintragung berücksichtigt werden, so z. B. der aus dieser Eintragung ersichtliche Umstand, daß die Hypothek eine Baugeldhypothek ist, deren Forderung erst durch Zahlungen an den Grundstückseigentümer je nach Fortschreiten des Baus zur Entstehung gelangen soll (RG JW 1911, 587³²).

Die formellrechtlichen Voraussetzungen für die Vornahme der Eintragung stimmen, was die Grundlagen der Eintragung anbetrifft, überein mit den materiellrechtlichen Erfordernissen für die Rechtsgültigkeit. Auf Grund einer einstweiligen Verfügung gegen den durch die Eintragung in seinem Recht Betroffenen oder auf Grund seiner Eintragungsbewilligung hat das Grundbuchamt nach § 19 GBD die Eintragung vorzunehmen. Im Falle einer einstweiligen Verfügung ist vom Grundbuchamt zu prüfen, ob die Vollziehungsfrist noch läuft (A 1). Die Eintragungsbewilligung muß die im § 29 Satz 1 GBD vorgeschriebene Form erfüllen (A 2). Wird statt der Eintragungsbewilligung ein Urteil gemäß § 894 ZPO beigebracht, so muß die Ausfertigung mit dem Zeugnis der Rechtskraft versehen sein. Soll auf Grund eines den Betroffenen zur Bewilligung der Eintragung des endgültigen Rechts verurteilenden, vorläufig vollstreckbaren Urteils gemäß § 895 ZPO (sinngemäß anwendbar auf gewisse Feststellungsurteile: ZZG 18, 148) der Anspruch auf das Recht vorgemerkt werden, so muß das Urteil mit Vollstreckungsklausel versehen sein (§§ 724, 725, 750 ZPO). Denn wenn auch die Eintragung ein grundbuchlicher Akt ist, stellt sich das Verfahren doch zugleich als ein Zwangsvollstreckungsakt dar (str.; RG 62, 157; RGZ 26 A 260). Hängt nach dem Urteil die vorläufige Vollstreckbarkeit von einer Sicherheitsleistung ab, so muß auch diese gemäß § 751 Abs 2 ZPO nachgewiesen werden. Ob der zu sichernde Anspruch rechtsgültig besteht, hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen (A 2). Nach § 13 Abs 1 GBD ist ein Eintragungsantrag erforderlich, der nach § 30 GBD keiner Form bedarf. Berechtigt zu dem Antrag ist nach § 13 Abs 2 GBD nicht nur der Gläubiger, sondern auch der Schuldner, sofern nur die sonstigen urkundlichen Erfordernisse, insbesondere eine formgerechte Eintragungsbewilligung, beigebracht werden. Wenn das eine einstweilige Verfügung anordnende Gericht nach § 941 ZPO um Eintragung der Vormerkung ersucht, ersetzt nach § 38 GBD das Ersuchen den Antrag (A 1). Nach DVG 7, 368 darf das Grundbuchamt nicht nachprüfen, ob die den Gegenstand des Ersuchens

bildende Eintragung nach materiellem Recht zulässigerweise angeordnet ist. Sofern nicht einer der Ausnahmefälle des § 40 GBD vorliegt, muß nach § 39 Abs 1 der Betroffene als der Berechtigte (Eigentümer, Inhaber des betroffenen Rechtes) im Grundbuch eingetragen sein. Soll eine Vormerkung auf ein zum Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft gehöriges Grundstück eingetragen werden, so genügt zwar prozessrechtlich zur Eintragung der Vormerkung eine einseitige Verfügung gegen den Ehemann allein (§§ 740, 928 BPD; RZA 5, 196; für den Fall der Eintragungsbewilligung vgl. A 2). Nach der Ordnungsvorschrift des § 39 Abs 1 GBD ist aber neben der Eintragung des Mannes auch die der Frau als Eigentümer erforderlich, da diese ebenfalls in ihrem Miteigentumsrecht durch die Eintragung betroffen wird (RZA 5, 196; 12, 163). Im Falle einer Vormerkung auf Übertragung des Eigentums (Auflassung) gegen den Erben des eingetragenen Eigentümers soll der Erbe als Eigentümer eingetragen sein, bevor die Eintragung der Vormerkung erfolgt. Zwar findet nach § 40 die Vorschrift des § 39 Abs 1 auf den Erben des eingetragenen Berechtigten keine Anwendung, wenn die Übertragung eines Rechtes eingetragen werden soll. Bei der Vormerkung handelt es sich aber nicht um die Übertragung eines Rechtes, sondern um die Sicherung des persönlichen Anspruchs auf Übertragung (RZA 6, 56; a. M. allerdings jetzt ZFG 7, 328, wo indessen einerseits Sicherungszweck und vorbereitende Natur der Vormerkung zu sehr gleichgestellt sind und andererseits der Charakter des § 40 GBD als einer eng auszulegenden Ausnahmevorschrift unterschätzt ist.) Soll eine Vormerkung (z. B. auf Einräumung einer Hypothek) auf den Anteil eines Miteigentümers eingetragen werden, so müssen nach § 47 in Verbindung mit § 39 Abs 1 GBD die Anteile der Miteigentümer im Grundbuch nach Bruchteilen angegeben sein (RZA 5, 262). Über die Eintragung, wenn die Vormerkung nur einen (realen) Grundstücksanteil betrifft: § 883 A 9. Vgl. auch § 14 GBD (Herbeiführung der Eintragung des Berechtigten auf Grund eines vollstreckbaren Titels), §§ 792, 896 BPD (Beschaffung der erforderlichen Legitimationsurkunden). Wenn bei einem hypothekarischen Recht eine Vormerkung eingetragen werden soll, so bedarf es nach den Ordnungsvorschriften (RG 73, 50) der §§ 41 bis 43 GBD der Vorlegung der dort bezeichneten Urkunden, insbesondere bei einer Briefhypothek des Briefes (RZA 4, 68; 6, 165; DLG 7, 369). Gemäß §§ 938, 936, 928, 830 BPD ist erforderlichenfalls dem Schuldner die Herausgabe des Hypothekenbriefes an den Gerichtsvollzieher aufzugeben und die Vorlegung des Briefes bei dem Grundbuchamt anzuordnen (DLG 18, 181). Die nur für die Eintragung eines Widerspruchs gegebene Vorschrift des § 896 BGB ist bei der Eintragung der Vormerkung nicht anwendbar. Ein anderer als der Schuldner (z. B. der Hypothekengläubiger, bei dessen Hypothek eine Löschungsvormerkung nach § 1179 eingetragen werden soll) ist also zur Vorlegung des in seinem Befitz befindlichen Briefes nicht verpflichtet, es sei denn, daß seine Verpflichtung hierzu sich aus einem besonderen Rechtsverhältnis ergibt (DLG 3, 98; 18, 181).

Die Aufhebung der Vormerkung und die Löschung der Vormerkungseintragung werden besprochen in § 886 A 2, 3.

§ 886

Steht demjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird ¹⁾, eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird ²⁾, so kann er von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen ³⁾.

§ II 805; B 3 741 f., 748; 6 222.

1. Der von der Vormerkung Betroffene, der die Beseitigung der Vormerkung auf Grund der Einrede verlangen kann, ist nicht nur derjenige, gegen den die Vormerkung ursprünglich gerichtet war, sondern auch sein Rechtsnachfolger, also z. B. im Falle einer Hypothekenvormerkung derjenige, der von dem ursprünglich Verpflichteten das Grundstück erworben hat (Prot 3, 748). Wenn der Rechtsnachfolger die Beseitigung der Vormerkung verlangt, bedarf es nicht der Zuziehung seines Rechtsvorgängers, des aus dem vorgemerkten Anspruch Verpflichteten. Selbst wenn dieser bereits rechtskräftig zur Bewilligung einer der Vormerkung entsprechenden endgültigen Eintragung verurteilt worden wäre, würde jener durch das Urteil, das nicht ihm gegenüber ergangen ist und daher seine rechtlichen Befugnisse nicht beeinflussen kann, nicht gehindert sein, seinerseits die Beseitigung der Vormerkung auf Grund der dem persönlich Verpflichteten zustehenden Einreden im Klagewege zu verfolgen (RG 53, 33).

2. Einrede im prozessualen Sinne ist jedes Anführen, das, ohne die Richtigkeit der Klage-tatsachen in Frage zu stellen, dem Klagebegehren auf Grund anderweiter Tatsachen entgegentritt. Dazu gehören auch diejenigen Tatsachen, die ergeben, daß der Anspruch, der Richtigkeit der Klage-tatsachen ungeachtet, nicht zur Entstehung gelangt oder daß er zwar entstanden, aber wieder erloschen ist (R 1, 359). Hier aber handelt es sich um eine Einrede im Sinne des materiellen Rechtes. Diese deckt sich nicht mit der prozessualen Einrede. Die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen fallen nicht unter den Begriff der materiellrechtlichen Einreden, da sie

mit und durch ihren Eintritt dem Recht seinen Bestand entziehen (R 1, 359). Wo das BGB vom Entgegenstehen solcher Tatsachen spricht, gebraucht es den Ausdruck „Einwendung“ (§§ 334, 404, 417, 774, 784, 796, 986 Abs 2, 1344, 1435). Erweist sich der Anspruch wegen einer solchen Einwendung oder aus einem andern Grunde als von vornherein nicht entstanden (z. B. weil das den Anspruch begründende Rechtsgeschäft nichtig oder wegen Betrugs, Irrtums mit Erfolg angefochten oder weil eine aufschiebende Bedingung ausgefallen ist) oder als nach der Entstehung erloschen (z. B. durch Erfüllung oder durch Eintritt einer auflösenden Bedingung), so ist auch die Vormerkung trotz der Eintragung hinfällig (§ 883 A 2 „rechtsbeständig“, A 8 „Aufhebung“). Dem durch die Vormerkung Beeinträchtigten ist dann die Klage auf Löschung der Eintragung gegeben. Eine solche Klage bedarf aber nicht der Stütze durch § 886, da die Eintragung wegen Hinfälligkeit des Anspruchs nichtig ist. Auch § 894 findet auf diese Klage keine Anwendung, da die Vormerkung kein Recht an einem Grundstück oder an einem Grundstück belastenden Recht ist (§ 883 A 3). Vielmehr ist die Klage gerichtet auf Beseitigung der Beeinträchtigung des Eigentums oder des Rechts, gegen das sich die Vormerkung richtet (§§ 1004, 1017, 1027, 1065, 1090 Abs 2). Die Sache liegt ebenso, wie wenn die Vormerkungseintragung als solche nichtig ist, etwa weil die ihr zugrunde liegende einstweilige Verfügung unwirksam ist oder die Eintragungsbewilligung nicht zu Recht besteht (§ 885 A 1, 2). Das dingliche Recht erzeugt vermöge seiner absoluten Natur für den Berechtigten gegen jeden, der sich in einem das Recht beeinträchtigenden Zustande befindet, den Anspruch darauf, daß dieser Zustand beseitigt wird und der Beeinträchtigende die zur Beseitigung notwendige Mitwirkung gewährt (R 3, 236). Im § 894 ist nur für den Fall, daß das Grundbuch hinsichtlich eines dinglichen Rechts unrichtig ist, der (negatorische) Anspruch besonders geregelt (R. a. a. D.; § 894 A 5). Allerdings ist § 1004 auf Reallasten und die hypothekarischen Rechte im Gesetz nicht für anwendbar erklärt. Wenn aber ein solches Recht mit einer nichtigen Vormerkung belastet ist (§ 883 A 5), wird meistens auf Grund des schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen dem Inhaber des Rechts und dem Vormerkungsberechtigten ein Anspruch auf Beseitigung der Vormerkungseintragung gegeben sein. Ist dies nicht der Fall (z. B. wegen Wechsels der Inhaberschaft), so wird die allgemeine Bestimmung des § 1004, nicht die Sonderbestimmung des § 894 entsprechend anzuwenden sein, und zwar gleichviel, ob die Eintragung der Vormerkung für den nicht zur Entfaltung gelangten oder demnächst erloschenen Anspruch auf Grund einer Bewilligung oder eines vorläufig vollstreckbaren Urteils (§ 895 B D) oder einer einstweiligen Verfügung erfolgt ist. In den beiden zuletzt genannten Fällen kann die Beseitigung der Vormerkung auch durch Aufhebung des Urteils oder der einstweiligen Verfügung herbeigeführt werden (str.; § 885 A 1; § 886 A 3). Die Rechtsprechung ist allerdings bisher zu keiner Einheitlichkeit und Klarheit in diesen Fragen gelangt. So hat noch RG JW 1933, 1822² die Anwendung des § 894 abgelehnt, während RG 22. 3. 1933 V 47/32, anknüpfend an RG 129, 184 und 132, 419 (A 3 Abs 2), zur entsprechenden Anwendung des § 894 neigt. Mit der hier vertretenen Ansicht stimmen im wesentlichen überein RG 26, 399; 56, 252; 81, 288; Gruch 67, 79. Ihr steht nicht entgegen RG Warn 1910 Nr 239, wo nur allgemein von einem Berichtigungsanspruch als einem Ausfluß des Eigentums gesprochen wird. In RG Warn 1913 Nr 184 ist § 894 für anwendbar erachtet, weil die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung begründe (dazu § 883 A 11; § 892 A 11 Abs 3). In RG Gruch 60, 506 wird zwar zunächst erklärt, es widerspreche dem Standpunkt des Reichsgerichts, wenn § 894 auf eine zu Unrecht eingetragene Vormerkung für unanwendbar erachtet werde; dann wird aber die Klage auf Löschung einer bei einer Hypothek eingetragenen Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung der Hypothek wegen Nichtbestehens dieses Anspruchs aus obigen Gründen für gerechtfertigt erklärt mit dem Beifügen, wenn schon für den Fall des § 886 ein Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung gegeben sei, so müsse dem Vormerkungsverpflichteten der gleiche Anspruch erst recht in dem Falle zustehen, daß der gesicherte Anspruch gar nicht bestehe. In RGZ 52, 164 ist § 894 für entsprechend anwendbar erachtet, weil die Vormerkung zwar kein dingliches Recht und keine Verfügungsbeschränkung sei, aber nach § 883 Abs 2 wie eine Verfügungsbeschränkung wirke. Nach OLG 39, 74 soll die Beseitigung einer Vormerkung, die auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen ist, nur auf dem in den §§ 936, 924, 925, 927 B D gewiesenen Wege durch Aufhebung der Verfügung erreicht werden können, und zwar, soweit die Verfügung mangels Bestehens des gesicherten Anspruchs nicht zu Recht erlassen sei, durch Widerspruch nach §§ 924, 925 B D, soweit aber der gesicherte Anspruch nachher erloschen sei, wegen veränderter Umstände nach § 927 B D. Diese Auffassung ist in RG HRN 1932 Nr 1837 ersichtlich mißbilligt. Folgt man der oben bargelegten Ansicht, so steht die Klage aus § 1004 nicht nur demjenigen zu, gegen dessen Recht ursprünglich der Anspruch vorgemerkt worden ist, sondern auch seinem Rechtsnachfolger sowie demjenigen, dem ein Recht an dem Rechte eingeräumt worden ist, das bei Bestehen der Vormerkung dem Vormerkungsberechtigten gegenüber nach § 883 Abs 2 unwirksam sein würde (z. B. im Falle des vorgemerkten Anspruchs auf Aufhebung einer Hypothek auch demjenigen, dem die Hypothek verpfändet worden ist). Denn auch diese Personen sind durch die Eintragung beeinträchtigt. Andererseits ist die Klage, da sie dinglicher Natur ist, auch gegen den Rechtsnachfolger des Vor-

merkungsberechtigten gegeben, weil er den Anspruch mit der Vormerkung nur so erwirbt, wie er besteht, also mit allen ihm anhaftenden Einwendungen. — Die materielle rechtliche Einrede dagegen gründet sich auf einen Umstand, der einen Anspruch nicht von Rechts wegen in seiner Entstehung hindert oder wieder aufhebt, sondern dem Verpflichteten nur die Möglichkeit gewährt, die Befriedigung des an und für sich begründeten Anspruchs abzulehnen (M 1, 359), sei es auf Zeit (verzögerliche Einreden; dazu RG Warn 1927 Nr 92), sei es für immer (rechtszerstörende Einreden). § 886 gibt nur auf Grund einer die Geltendmachung des vorgemerkten Anspruchs dauernd ausschließenden Einrede (rechtszerstörenden Einrede) die Klage auf Beseitigung der Vormerkung (RG 53, 33; 65, 262; 81, 288; vgl. § 1169). Die Notwendigkeit, den Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung für diesen Fall besonders vorzusehen, ergab sich daraus, daß eine Einrede, durch welche die Geltendmachung eines Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird, den Anspruch an und für sich unberührt läßt (RG Bruch 60, 506). Als solche Einreden kommen hier besonders in Betracht die Einreden der Verjährung (§ 222 Abs 1; RG 81, 288; JW 1908, 235^a), des Eingehens einer Verbindlichkeit ohne Rechtsgrund (§ 821), des Erlangens einer Forderung durch eine unerlaubte Handlung (§ 853) und die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache. Obwohl in allen diesen Fällen der Anspruch an sich bestehen bleibt, wird doch die Klage auf Beseitigung der Vormerkung in § 886 gewährt, weil der mit einer rechtszerstörenden Einrede behaftete Anspruch wirtschaftlich einem nicht bestehenden Anspruch gleichkommt.

3. Die Beseitigung der Vormerkung, die der durch die Eintragung Betroffene verlangen kann (A 2 a. E.), umfaßt alle Maßnahmen, die zur Herbeiführung der Löschung erforderlich sind, also nicht nur die Bewilligung der Löschung (wie im Falle der Berichtigung des Grundbuchs nach § 894), sondern auch die Antragstellung. Ist eine Hypothekvormerkung zu beseitigen, so bedarf es nicht der Zustimmung des Eigentümers nach § 1183 BGB, § 27 GBD, da die Vormerkung nicht zur Eigentümerhypothek wird (§ 883 A 8 „Hypothekvormerkung“; RGZ 25 A 170). Die Klage ist ebenso, wie wenn der Anspruch nicht besteht (A 2), dinglicher Natur und sowohl für als auch gegen den Rechtsnachfolger gegeben. Im Konkurse des bisherigen Gläubigers hat der Anspruch die Natur eines Aussonderungsanspruchs (§ 43 KO), so daß er auch vom Konkursverwalter zu erfüllen ist. — Die Beseitigung der Vormerkung erfolgt, wenn der Vormerkungsberechtigte die Löschungsbewilligung erteilt und demnach die Eintragung gelöscht wird (§ 46 GBD; RGZ 40 B 355). Die Bewilligung wird durch ein rechtskräftiges Urteil auf Bewilligung gemäß § 894 ZPO ersetzt. Ist die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils (§ 895 ZPO) eingetragen, so kann die Löschung auch (A 2) auf Grund einer die einstweilige Verfügung oder das Urteil aufhebenden vollstreckbaren Entscheidung erfolgen (RG 81, 288; DZ 39, 75), und zwar formellrechtlich nach § 25 GBD auf Antrag (§§ 13, 30 GBD) des von der Vormerkungseintragung Betroffenen (RGZ 41, 220; vgl. 20 A 77; 22 A 136). Dem Grundbuchamt muß eine vollstreckbare Ausfertigung der Entscheidung (§§ 724, 725 ZPO) vorgelegt werden, da die Löschung ein Akt der Zwangsvollstreckung ist (DZ 3, 4). Sachlich (materiell) erlischt die Vormerkung, wie aus §§ 868, 928, 932 Abs 2, 936 ZPO und § 25 GBD zu entnehmen ist, bereits mit der Erlassung der Entscheidung (str.; RGZ 41 A 223). Sie kann daher, auch wenn sie noch nicht gelöscht worden ist, nicht mehr in das durch liegenschaftliche Recht umschriebene Recht eingetragen werden (RGZ 41, 220; § 885 A 1). Ist trotzdem (unzulässigerweise) die Umschreibung erfolgt, so erhält das Recht nicht den Rang, der sich sonst nach § 883 Abs 2 aus der Vormerkungseintragung ergeben würde (RGZ 41, 220). Ist eine Ehefrau Vormerkungsberechtigte, so bedarf es beim gesetzlichen Güterstand eines Urteils gegen beide Eheleute nach Maßgabe des § 739 ZPO (DZ 3, 5); beim Güterstand der Gütergemeinschaft ist gemäß § 740 ZPO ein Urteil gegen den Ehemann allein erforderlich und genügend. Wenn in der einstweiligen Verfügung eine Anordnung über Aufhebung gegen Hinterlegung nach §§ 923, 936 ZPO getroffen ist, so kann die Löschung auf Grund eines die einstweilige Verfügung nach Hinterlegung aufhebenden Beschlusses gemäß § 934 ZPO erfolgen. Jedoch ist eine solche Anordnung nach dem Zweck der Vormerkung, Sicherung für den Anspruch auf das endgültige Recht zu gewähren, und im Hinblick darauf, daß § 923 nach § 936 ZPO auf die einstweilige Verfügung nur entsprechend anzuwenden ist, nur dann für zulässig zu erachten, wenn das Recht, auf dessen Erwerb, Aufhebung oder Änderung die Vormerkung gerichtet ist, eine Geldleistung aus dem Grundstück zum Ziele hat (z. B. eine Hypothek ist), nicht dagegen, wenn durch das Recht eine Individualleistung erlangt werden soll (wie z. B. bei der Auflassungsvormerkung), da hier die Hinterlegung von Geld die Sicherung der Leistung nicht ersetzen kann (str.; RG 55, 140).

In den sonstigen, an sich nicht unter § 886 fallenden Fällen, in denen eine Vormerkungseintragung von vornherein nichtig ist oder nichtig wird (A 2; § 885 A 1, 2), ist formellrechtlich § 22 GBD entsprechend anwendbar, obwohl es sich nicht um die Berichtigung des Grundbuchs im Sinne dieser Vorschrift und des § 894 BGB handelt (A 2). Denn der im § 22 GBD bei dinglichen Rechten zugelassene Weg der Eintragungsbeseitigung muß auch auf die schwächer wirkende Vormerkungsberechtigung

anzuwenden sein (RZM 11, 60; RÖZ 32 B 16; 40 B 355; 52, 164). Formellrechtlich kann also durch einen dem Grundbuchamt zu erbringenden gehörigen Nachweis der Richtigkeit die Löschung der Vormerkungseintragung herbeigeführt werden. Über die Aufhebung einer Vormerkung durch Aufgebot trifft § 887 Bestimmung. — Von Amts wegen können die nach §§ 18 Abs 2, 76 GBD eingetragenen Vormerkungen gelöscht werden. Jedoch fallen diese Vormerkungen nicht unter die §§ 883 ff. (§ 883 A 2 „Rechtsgrund“). — Eine dem § 883 entsprechende, also nicht ihrem Inhalt nach unzulässig eingetragene (§ 53 Abs 1 Satz 2 GBD) Vormerkung kann auch dann, wenn die Voraussetzungen für ihr Nichtbestehen oder ihr Nichtigwerden gegeben sind, nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag (§ 13 GBD) gelöscht werden (RG 129, 185). Ist dennoch die Löschung von Amts wegen, aber sachlich zu Recht erfolgt, so verliert die Vormerkung auch außerhalb des Grundbuchs für die Vergangenheit jede Bedeutung. Wird die Vormerkung aber sachlich zu Unrecht durch ein bloßes Versehen oder durch eine widerrechtliche Handlung gelöscht, so fragt es sich, ob sie auch dann, weil sie zu ihrer Entstehung des Eingetragenseins bedarf (§ 885 A 9), gar keine Geltung mehr hat und völlig als erloschen gilt, oder ob trotz der Löschung die Tatsache ihres Eingetragenseins noch fortwirkt, zwar nicht für die Vergangenheit, aber doch für die Zukunft. Die zweite Antwort verdient den Vorzug. Denn es darf eben nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Vormerkung ebenedem rechtmäßig eingetragen war und ohne die unrechtmäßige Löschung die Kraft hatte, nach § 883 Abs 2, § 888 vormerkungswidrige Verfügungen unwirksam zu machen. Daher gebietet der den §§ 894, 899 BGB und dem § 53 GBD zugrunde liegende Zweckgedanke, die Eintragung eines Widerspruches gegen die zu Unrecht erfolgte Löschung zuzulassen, obwohl eine Unrichtigkeit des Grundbuchs im strengen Sinne des § 894 BGB nicht vorliegt. Dieser Widerspruch hat dann die Bedeutung, den Vormerkungsberechtigten gegen die zwischen der Eintragung und der Löschung der Vormerkung getroffenen vormerkungswidrigen Verfügungen so zu schützen, als wenn die Vormerkung noch eingetragen wäre (RG 129, 184; 132, 419; HR 1932 Nr 1045; 1933 Nr 1131). Sind freilich in der Zeit zwischen der Löschung der Vormerkung und der Eintragung des Widerspruches vormerkungswidrige Verfügungen eingetragen, so sind die Erwerber in ihrem Rechtserwerb geschützt. Dasselbe gilt, wenn der Vormerkungsberechtigte etwa, ohne daß es zur Eintragung eines Widerspruches gekommen wäre, die Wiedereintragung der Vormerkung auf Grund des Schuldverhältnisses erst dann erreicht, wenn bereits entgegenstehende Verfügungen eingetragen sind. — Kann das Recht, auf dessen Eintragung der vorgemerkte Anspruch nach früherem Rechte gerichtet war, nach dem jetzt geltenden Rechte nicht mehr eingetragen werden (z. B. eine Antichrese), so wird die Vormerkung gegenstandslos und lösungsbereif (RG 48, 61; 53, 415; JW 1903 Weil 116). — Dem § 886 ähnliche Vorschriften geben die §§ 1169, 1254 für einredebehaftete Hypotheken und Pfandrechte.

§ 887

Ist der Gläubiger, dessen Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, unbekannt ¹⁾, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden ²⁾, wenn die im § 1170 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen ³⁾. Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt die Wirkung der Vormerkung ⁴⁾.

§ II 805; § 3 742, 748.

1. **Unbekannt ist der Gläubiger** zunächst dann, wenn nicht bekannt ist, ob der Eingetragene oder sein bekannter Rechtsnachfolger noch lebt oder wer sein Erbe ist, aber auch dann, wenn der als Gläubiger Auftretende sein Verfügungsrecht nicht in der für das Grundbuchverfahren erforderlichen Form nachweisen kann (M 3, 739; RG 67, 99; RZM 6, 145). Ist lediglich der Aufenthaltort des der Person nach bekannten Gläubigers unbekannt, so ist § 887 nicht anwendbar. Vielmehr ist gegen einen solchen Gläubiger auf Löschung zu klagen, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen; die Klage ist gemäß §§ 203 ff. ZPO öffentlich zuzustellen.

2. Das **Aufgebotsverfahren** erfolgt nach den Vorschriften der ZPO §§ 946 ff., 988, 1024 (allgemeine Vorschriften für alle Aufgebote und besondere Vorschriften für die Vormerkungen). Antragsberechtigt ist der Eigentümer des Grundstücks oder der Inhaber des Grundstücksrechts, bei dem der Anspruch vorgemerkt ist (§§ 988, 984 ZPO), sowie derjenige, der auf Grund eines im Range gleich- oder nachstehenden Rechts Befriedigung aus dem Grundstück verlangen kann, sofern er für seinen Anspruch einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat (§ 988 Abs 2 Satz 1 ZPO).

3. Die im § 1170 bestimmten **Voraussetzungen** sind: 1. Ablauf von zehn Jahren seit der letzten die Vormerkung betreffenden Eintragung, d. h. entweder seit der ursprünglichen Eintragung oder, wenn ihr spätere nachgefolgt sind (z. B. Übertragung des vorgemerkten Anspruchs auf einen neuen Gläubiger), seit der letzten dieser späteren Eintragungen; 2. Nachweis, daß der vorgemerkte Anspruch nicht innerhalb dieser Frist vom Schuldner, sei es auch nur stillschweigend (z. B. durch Abschlagszahlung, Zinszahlung), im Sinne des § 208 dem Berechtigten gegenüber anerkannt

worden ist. Bei Ansprüchen mit kalendermäßig bestimmter Zahlungszeit beginnt nach § 1170 Abs 1 Satz 2 die Frist nicht vor dem Ablauf des Zahlungstags. Ist die Entstehung des Anspruchs an eine aufschiebende Bedingung oder einen Anfangstermin geknüpft (§§ 158 Abs 1, 163), so kann die Frist erst mit dem Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins beginnen, da vorher ein Gläubigerrecht nicht ausgeübt werden kann (str.). Nach einem Anerkenntniße innerhalb der Frist beginnt eine neue Frist.

4. Die Wirkung der Vormerkung erlischt mit der Erlassung des Ausschlußurteils. Der gesicherte Anspruch wird dadurch nicht berührt. Das Urteil muß, wenn es die Grundlage für den Löschungsantrag (§§ 13, 30 GBD) abgeben soll, ohne Vorbehalt erlassen sein. Hat sich jemand als Gläubiger gemeldet und ist ihm gemäß § 953 BGD das angemeldete Recht vorbehalten, so ist er noch nicht ausgeschlossen. Deshalb hat ein solches Urteil für sich allein die Wirkung des Satz 2 nicht. Denn hier ist vorausgesetzt, daß alle diejenigen, die als Gläubiger in Betracht kommen können, ausgeschlossen worden sind. Erst wenn der Vorbehalt vom Antragsteller rechtswirksam beseitigt ist (z. B. durch Verzicht des Anmeldehenden oder durch seine rechtskräftige Beurteilung zur Verzichtserklärung), tritt die Wirkung des Satz 2 ein (RG 67, 95; NZA 6, 145; WZ 33 A 210). Eine Hypothekvormerkung geht nicht, wie nach § 1170 Abs 2 die Hypothek, infolge des Erlöschens auf den Eigentümer über, da die Grundsätze von der Eigentümerhypothek nicht für Hypothekvormerkungen gelten (§ 883 A 8 „Hypothekvormerkung“) und § 1170 im § 887 nur hinsichtlich der Voraussetzungen für die Ausschließung herangezogen ist. Formellrechtlich erfolgt die Löschung gemäß §§ 13, 22 GBD auf einen Löschungsantrag, der sich stützt auf eine Ausfertigung des die Wirkung der Vormerkung beseitigenden Ausschlußurteils (§ 886 A 3 Abs 2). Dem § 887 ähnliche Vorschriften enthalten die §§ 1104, 1112, 1269.

§ 888

Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen¹⁾, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist²⁾.

Das gleiche gilt, wenn der Anspruch durch ein Veräußerungsverbot gesichert ist³⁾.

§ II 806; § 3 743, 740.

1. Inwieweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, das ist in § 883 A 11, 12, 13 behandelt. Die Zustimmung zu der Eintragung oder Löschung, die zur Verwirklichung des gesicherten Anspruchs erforderlich ist, kann der Vormerkungsberechtigte (B) von dem Erwerber (E) verlangen, der nach der Vormerkungseintragung von dem Vormerkungsschuldner (S) das Recht erworben hat, gegen das die Vormerkung gerichtet ist (RG 108, 356). Zustimmung ist nach §§ 183, 184 entweder die vorherige Einwilligung oder die nachträgliche Genehmigung. B kann also nach seiner Wahl den E entweder darauf in Anspruch nehmen, daß er vorher seine Einwilligung, oder darauf, daß er nachträglich seine Genehmigung zu der Eintragung oder der Löschung erteilt. Was sonst zur Vornahme der Eintragung oder der Löschung erforderlich ist, hat S zu verschaffen. Denn er allein ist und bleibt trotz der Veräußerung des Rechts an E zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs durch diejenige endgültige Eintragung oder Löschung, die der Anspruch zum Ziele hatte, persönlich verpflichtet. Durch den Erwerb ist nicht etwa die persönliche Verpflichtung des S auf E übergegangen oder eine neue persönliche Verpflichtung des E neben der des S begründet worden. Vielmehr liegt dem E nur deshalb, weil sein Erwerb nach § 883 Abs 2 dem B gegenüber unwirksam ist, die rein dingliche Verpflichtung ob, der den Anspruch verwirklichenden Eintragung oder Löschung durch Einwilligung oder Genehmigung zuzustimmen (Prot 3, 746; RG 53, 28; 78, 73; 108, 356; Warn 1927 Nr 92; DLG 4, 237; 39, 211). Besteht daher die Veräußerung des S an E darin, daß das eingetragene Recht oder das Recht an einem solchen Rechte völlig auf E übertragen worden ist, so ist S, obwohl er nicht mehr Inhaber des Rechts ist, dennoch allein zur Abgabe der für die Eintragung oder Löschung erforderlichen Erklärungen verpflichtet (RG 108, 356). Er verfügt, wenn er diese Erklärungen abgibt, als ein Nichtberechtigter über das Recht. Erteilt E die ihm obliegende Einwilligung oder Genehmigung, so ist über wird die Verfügung nach § 185 Abs 1, 2 wirksam (RG 51, 196; DLG 39, 210). Besteht die Veräußerung nur darin, daß S das Recht mit einem Rechte zugunsten des E belastet hat, so ist S Inhaber des Rechts geblieben und in der Regel auch noch zur Verfügung über das Recht als solches unbeschränkt befugt (§ 876 A 2). Zur Aufhebung des Rechts (an einem Grundstück) oder zur Änderung des Inhalts bedarf aber S nach §§ 876, 877 der Zustimmung des E. Ist des-

halb die Vormerkung auf Aufhebung oder auf Änderung des Inhalts des Rechts des S gerichtet, so muß zur Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs S die Aufgabeklarung des § 875 oder die Änderungserklärung des § 877 und E die Zustimmungserklärung des § 876 oder des § 877 abgeben. Im übrigen ist zu unterscheiden, ob die Vormerkung des B auf Übertragung oder nur auf Belastung des Rechts des S gerichtet ist. Im ersten Falle kommt eine Zustimmung des E zu der den Anspruch verwirklichenden Eintragung nicht in Frage, wenn für ihn eine Belastung des Rechts des S erfolgt ist. B erlangt vielmehr in diesem Falle die Eintragung als Inhaber des Rechts auf Grund der Übertragungserklärung des noch legitimierten S; B muß aber sein das Recht belastendes Recht zur Löschung bringen, da es dem B gegenüber nach § 883 Abs 2 unwirksam ist; B kann nötigenfalls mit der negatorischen Klage (§§ 1004, 1017, 1027, 1065, 1090 Abs 2) die Verurteilung des E zur Löschung der sein Recht beeinträchtigenden Belastung verfolgen (str.). Ist die Vormerkung des B auf Belastung des Rechts des S gerichtet, so bedarf es der Beseitigung der weiteren Belastung zugunsten des E überhaupt nicht, also auch nicht der Abgabe einer zustimmenden oder sonstigen Erklärung des E. Denn die Eintragung der endgültigen Belastung zugunsten des B hat auf Grund der Eintragungsbewilligung des S als des Inhabers des zu belastenden Rechts zu erfolgen; die so eingetragene endgültige Belastung hat nach § 883 Abs 3 ohne weiteres den Vorrang vor der späteren Belastung zugunsten des E (str.). Danach kommt in diesen Fällen § 888 gar nicht zur Anwendung, weil es einer Zustimmung des E zu der den Anspruch des B verwirklichenden Eintragung überhaupt nicht bedarf (str.).

Das Erörterte mögen folgende Beispiele verdeutlichen:

a) Für B ist auf dem Grundstück des S eine Auflassungsvormerkung eingetragen. S überträgt trotzdem das Grundstück an E. Dann muß S mit B die Einigung über die Übertragung des Eigentums (Auflassung) an B gemäß § 925 erklären; E muß hierzu die vorherige Einwilligung oder die nachträgliche Genehmigung erteilen (RG Warn 1927 Nr 92; RGZ 51, 196; DLG 39, 211). Hierzu ist zu vergleichen: § 925 A 7 über die Entgegennahme der Auflassungserklärung eines Nichtberechtigten und die Zulässigkeit auch nachträglicher Genehmigung des Berechtigten, der bei der Auflassung nicht zugegen zu sein braucht; RG Warn 1919 Nr 95: wegen dieser Wirkung ist der Grundstücksverkäufer dem Käufer gegenüber nach § 433, 434 zur Herbeiführung der Löschung einer eingetragenen Auflassungsvormerkung verpflichtet; RG JW 1922, 576 2: ist ein mit einem Vorkaufrecht belastetes Grundstück von dem Vorkaufsverpflichteten an einen Dritten verkauft und übereignet, so kann der Vorkaufsberechtigte nach § 1098 Abs 2, § 888 Abs 1 beanspruchen, daß der Vorkaufsverpflichtete ihm das Grundstück ausläßt und daß der Dritte zur Eintragung seines, des Vorkaufsberechtigten, Eigentums die Zustimmung erklärt. Ist der Anspruch gegen S auf Auflassung an B oder an einen von diesem zu benennenden Dritten gerichtet und läßt B an den von ihm ausgewählten D auf, so genügt die Zustimmung des E zu dieser Auflassung. Denn die Auflassung von B an D wird durch die Zustimmung des E ohne Mitwirkung des S wirksam. S muß nur dulden, daß auf diese Weise die ihm obliegende Auflassungsverpflichtung erfüllt wird (RGZ 51, 196; DLG 39, 211). Hat in der Zwischenzeit S oder nach der Auflassung an E dieser auch noch eine Hypothek für F bestellt, so ist die Zustimmung des F zu der Auflassung an B nicht erforderlich. B kann aber zunächst auf Grund des Rechtsverhältnisses, aus dem der vorgemerkte Anspruch entspringt, von S Wegschaffung der Hypothek des F verlangen; nicht auch von E, selbst wenn E der Besteller der Hypothek ist, da ein persönlicher Anspruch des B gegen E nicht besteht. B kann aber auch F auf Löschung der Hypothek in Anspruch nehmen, da die Hypothek ihm gegenüber unwirksam ist. Ohne freiwillige oder durch Urteil gemäß § 894 BPD ersekte Löschungsbewilligung des F kann die Löschung nicht erfolgen. Die Hypothek des F ist nicht richtig, sondern sie ist nur dem B gegenüber unwirksam, und B muß die Unwirksamkeit geltend machen. Deshalb ist auch das Grundbuch nicht hinsichtlich der Hypothekeneintragung unrichtig im Sinne des § 894. Lediglich auf Grund der Tatsachen, daß B nunmehr Eigentümer des Grundstücks und die Hypothek des F nach der Auflassungsvormerkung des B eingetragen worden ist, kann also auch nicht die Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 Abs 1 GBD erfolgen. Vielmehr ist die materiellrechtlich ein Anerkenntnis der Unwirksamkeit enthaltende freiwillige oder die im Wege der negatorischen Klage unter Feststellung der Unwirksamkeit erzwungene Löschungsbewilligung des F, der formellrechtlich der Passivbeteiligte im Sinne des § 19 GBD ist, zur Löschung erforderlich (str.; DLG 5, 296). Dabei ist zu bemerken, daß die Hypothek kraft der auf dieser materiellrechtlichen Grundlage erteilten Löschungsbewilligung nicht etwa zu einer Eigentümerhypothek des S oder des E oder des B wird; denn die hypothekarische Eintragung selbst ist unwirksam. Unter Umständen können dem F aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung schuldrechtliche Ansprüche gegen B darauf zustehen, daß dieser die Rechte aus §§ 883, 888 nicht geltend mache. Solche Ansprüche darf aber nur der am Vertrag mit B beteiligte oder von B unerlaubt geschädigte F selbst dem vorgemerkten Recht des B entgegenhalten. Ist die Hypothek des F später zur Eigentümergrundschuld geworden und dann wieder in eine Hypothek für eine Forderung des G umgewandelt worden, so kann G sich die schuldrechtlichen Einwendungen des F gegen die Vormerkung nicht zu eigen machen. G muß vielmehr die Wirkungen der Vormerkung gegen sich gelten lassen, sofern sich B nicht auch ihm gegenüber schuld-

rechtlich verpflichtet hat, Rechte aus der Vormerkung nicht herzuleiten (RG 142, 331). Ebenso ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn S dem F sicherungshalber eine Grundschuld bestellt und B sich dem F gegenüber (ausdrücklich oder stillschweigend) schuldrechtlich verpflichtet hatte, die vorgehende Auflassungsvormerkung nicht geltend zu machen, demnächst aber F die Grundschuld ohne die gesicherten Forderungen an G abtritt und B dem G gegenüber nicht eine schuldrechtliche Verpflichtung eingeht, wie sie dem F gegenüber bestand. Auch hier kann sich G auf das schuldrechtliche Rechtsverhältnis zwischen S und F nicht berufen, sondern muß den Grundbuchstand so gegen sich gelten lassen, wie er ihn zur Zeit der Abtretung vorgefunden hat (RG 143, 159). Zur Rechtsstellung des Gläubigers, der den durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Auflassung gepfändet hat, gegenüber Rechten, die nach der Vormerkung eingetragen sind, vgl. § 883 A 14 a. E.

b) Für B ist eine Hypothekvormerkung auf dem Grundstück des S eingetragen. S veräußert das Grundstück an E. Dann muß S, obwohl ihm das Grundstück nicht mehr gehört, als Nichtberechtigter die Eintragung der endgültigen Hypothek für B bewilligen. E muß als Eigentümer des Grundstücks durch seine Zustimmung zu der Hypothekseintragung die Bewilligung des S wirksam machen (RG 78, 73). Hat S das Grundstück nur weiter belastet, z. B. mit einer Hypothek zugunsten des E, so bedarf es zu der endgültigen Eintragung der Hypothek für B lediglich der Bewilligung des S, nicht auch der Zustimmung des E, da die Hypothek des B ohne weiteres den Rang vor der Hypothek des E hat.

c) Ist die Vormerkung des B auf Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück (z. B. einer Hypothek) gerichtet und hat S trotzdem das Recht auf E übertragen oder zugunsten des E mit einem Recht belastet (z. B. verpfändet), so muß S die Aufgabe gemäß § 875 erklären und E im Falle der Übertragung durch die von ihm als Inhaber des Rechts erteilte Zustimmung die Erklärung des S wirksam machen, im Falle der Belastung seine Zustimmung zu der Aufhebung gemäß § 876 erklären (RG 93, 118).

In den Fällen, in denen E durch seine Zustimmung die Eintragungserklärung des nicht mehr verfügungsberechtigten S wirksam macht, kann E auch selbst die Eintragung des Rechts für B bewilligen (z. B. im Falle der Auflassungsvormerkung dem B die Auflassung erteilen). Denn er ist durch seine Eintragung als Inhaber des Rechts dem Grundbuchamt gegenüber formell legitimiert und erfüllt durch die Herbeiführung der Eintragung des Rechts (z. B. des Eigentums am Grundstück) für B die dem S obliegende Verpflichtung als Dritter gemäß § 267 Abs 1 (str.; RGZ 51, 196; DLG 39, 211). Eine Verpflichtung des E dazu besteht jedoch dem B gegenüber nicht (RGZ 51, 196).

Die Einwilligung oder Genehmigung des E kann ebenso wie die Eintragungsbewilligung oder Aufgabenerklärung des S gemäß § 894 BPD durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden (DLG 39, 209). Der Anspruch gegen S und der gegen E sind selbständige, voneinander unabhängige Ansprüche. Jener beruht auf einem den vorgemerkten Anspruch begründenden Schulverhältnis zwischen B und S; dieser hat zum Rechtsgrund die Tatsache, daß E ein den vorgemerkten Anspruch des B verleitendes oder beeinträchtigendes und daher gegenüber B unwirksames Recht erworben hat. Zur Begründung beider Ansprüche gehört aber, daß der vorgemerkte Anspruch wirklich besteht. Nur unter dieser Voraussetzung ist das Recht des E gegenüber B wirksam. Weil somit beide Ansprüche gemeinsame Voraussetzungen haben und auf die Herbeiführung derselben Eintragung oder Löschung gerichtet sind, können S und E, wenn B die Ansprüche im Klagewege verfolgt, gemäß § 60 BPD als Streitgenossen verklagt werden (str.). B kann aber auch jeden der beiden für sich allein verklagen. Dabei hat er die Wahl, welchen von beiden er zuerst verklagen will. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß er zunächst ein rechtskräftiges Urteil gegen S auf Bewilligung der Eintragung oder Löschung erstreitet und dann erst auf Grund dieses Urteils Klage gegen E auf Genehmigung erhebt. Vielmehr kann B auch schon, bevor er gegen S im Klagewege vorgegangen ist, gegen E auf Einwilligung in die Eintragung oder Löschung klagen (str.; RG 53, 35; 78, 73). Ein Urteil, das den S zur Eintragungsbewilligung oder zur Aufgabenerklärung rechtskräftig verurteilt, ist nicht gegen E wirksam, da es nicht ihm gegenüber ergangen ist (RG 53, 34; 62, 377). Die gegen E erhobene Klage muß selbständig gerechtfertigt, insbesondere muß auch ihm gegenüber das Bestehen des vorgemerkten Anspruchs besonders dargetan werden. Selbst eine von S an B bereits erteilte Eintragungsbewilligung oder Aufgabenerklärung ist nicht unbedingt gegenüber E maßgebend, z. B. dann nicht, wenn sie zum Schein oder in unlauterem Zusammenwirken abgegeben ist (RG 36, 249; JW 1898, 209²¹; a. M. DLG 4, 238). In der Regel wird aber in solchen Erklärungen des S eine Bestätigung des Bestehens des vorgemerkten Anspruchs zu erblicken sein. Auch aus einem rechtskräftigen Urteil gegen S wird regelmäßig zu entnehmen sein, daß der vorgemerkte Anspruch tatsächlich besteht. Im übrigen kann aber natürlich E ebenso wie S alle auf rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen gestützten Einwendungen (§ 886 A 2) geltend machen, aus denen sich ergibt, daß der vorgemerkte Anspruch in Wirklichkeit nicht zur Entstehung gelangt oder daß er zwar entstanden, aber wieder erloschen ist. Aber auch die Geltendmachung der rechtshindernden Einreden des § 886

(§ 886 A 2) steht dem E zu, da er als Rechtsnachfolger des S in dem von ihm erworbenen Recht durch die Vormerkung betroffen wird und daher nach § 886 Beseitigung der Vormerkung verlangen kann (RG 53, 33). Dagegen wird bei einer Auflassungsvormerkung der Anspruch des Vormerkungsberechtigten aus § 888 Abs 1 nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Erwerber des belasteten Grundstücks dieses mit einem Gebäude bebaut oder in sonstiger Weise umgestaltet hat. Denn die in RG 133, 293 zu § 818 Abs 2 entwickelten Grundsätze kommen hier nicht ohne weiteres zur Anwendung. Unter besonderen Umständen könnte in einem solchen Falle vielleicht die Einrede der Arglist dem Vormerkungsberechtigten gegenüber Platz greifen (RG HR 1933 Nr 1850). Gegen den Anspruch aus einer Auflassungsvormerkung, die sich auf einen Kaufvertrag gründet, kann nicht mit Erfolg eingemendet werden, daß der Verkäufer zur Erfüllung des Anspruchs des Käufers seinerseits das Erforderliche (durch Erteilung der Auflassung) noch nicht getan habe. Denn für den Anspruch des vormerkungsberechtigten Käufers auf Zustimmung aus § 888 ist es gleichgültig, ob ihm das Grundstück von dem Verkäufer aufgelassen ist oder nicht (RG 53, 28; Warn 1927 Nr 92). Ist B mit seiner Klage gegen S rechtskräftig abgewiesen, so ist auch die Klage gegen E hinfällig. Denn nunmehr ist für eine Zustimmung des E kein Raum mehr; überdies hat E in diesem Falle eine Einrede nach § 886 (§ 886 A 2). Sonst hat aber ein Urteil gegen S auch dann, wenn zur Zeit der Veräußerung an E der Anspruch gegen S bereits rechtskräftig war (wenn z. B. die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen war und die Hauptsache über den Anspruch auf endgültige Eintragung oder Löschung bereits schwebte), gegenüber E keine Wirksamkeit, da das von der Vormerkung betroffene Grundstück oder Recht in Anbetracht der persönlichen Natur der Klage nicht in Streit befangen ist und folglich die §§ 265, 266, 325, 727 ZPO keine Anwendung finden (str.). Veräußert aber E zu einer Zeit, in der die Klage des B aus § 888 gegen ihn rechtskräftig ist, weiter an F, so wirkt das Urteil auch gegenüber F, wenn die Rechtskräftigkeit ihm bekannt oder im Grundbuch eingetragen war. Denn soweit die Vormerkung eine den vorgemerkten Anspruch vereitelnde oder beeinträchtigende Verfügung unwirksam macht, hat sie und somit auch die Klage aus ihr dingliche Wirkung, so daß hier das von E erworbene Grundstück oder Recht in Streit befangen ist.

Nach allen erörterten Richtungen macht es gemäß § 883 Abs 2 keinen Unterschied, ob der Erwerb des E auf freiwilliger Verfügung des S beruht oder im Wege der Zwangsvollstreckung (z. B. durch Eintragung einer Zwangshypothek; § 883 A 12) oder der Arrestvollziehung oder von dem Verwalter des etwa inzwischen über das Vermögen des S eröffneten Konkurses (§ 883 A 13) erlangt ist.

Eine Aufhebung und Löschung des von der Vormerkung betroffenen Rechts durch S kommt für eine Anwendung des § 888 nicht in Betracht. Zunächst bedarf die Aufhebung der Zustimmung des B (§ 883 A 11 „Verfügungsbeschränkung“). Ist aber die Löschung der Vormerkung, sei es auch wesentlich, ohne Zustimmung des B erfolgt, so ist die Vormerkung erloschen. Ein Erwerb des E, der unwirksam wäre, wenn die Vormerkung bestände, ist nun selbst dann wirksam, wenn E von der Unrechtmäßigkeit der Löschung Kenntnis hatte (§ 886 A 3 „zu Unrecht gelöscht“; dort auch das Nähere über die Möglichkeit und die Wirkungen eines Widerspruchs gegen eine unrechtmäßige Löschung der Vormerkung).

2. Zur Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs hat materiellrechtlich der aus dem Anspruch persönlich Verpflichtete, wenn er noch Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts ist, die zur Rechtsänderung (§§ 873 Abs 1, 877, 880) oder zur Rechtsaufhebung (§ 875) erforderliche Erklärung abzugeben und die endgültige Eintragung des der Vormerkung entsprechenden Rechts für den Vormerkungsberechtigten oder die endgültige Löschung des Rechts, auf dessen Aufhebung die Vormerkung gerichtet ist, zu bewilligen. Formellrechtlich ist zur Vornahme der Einschreibung nach §§ 19, 29 GBD erforderlich, daß die Bewilligung in der Form des § 29 Satz 1 GBD erklärt wird. Die formgerechte Bewilligung wird gemäß § 894 ZPO durch rechtskräftiges Urteil ersetzt, das namentlich dann ergehen wird, wenn die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen ist und demnach die Hauptsache durch ein Urteil auf Herbeiführung der Bestellung oder der Aufhebung des Rechts abgeschlossen wird (RGZ 51, 192 behandelt einen Sonderfall, in dem auf Bewilligung des Eigentümers eine Auflassungsvormerkung eingetragen war, dann der Eigentümer gemäß § 928 auf das Eigentum am Grundstück verzichtet hatte und darauf gegen den nach § 58 ZPO bestellten Pfleger ein Urteil auf Erteilung der Auflassung vom Vormerkungsberechtigten erlitten wurde). Das Urteil muß auf Bewilligung der Eintragung lauten. Deshalb genügt bei einer Hypothekvormerkung eine Verurteilung zur Zahlung nicht (RGZ 36 A 253). Ist bei einer Hypothekvormerkung weder aus dem Eintragungsvermerk noch aus seinen Unterlagen etwas über die Art der zu bestellenden Hypothek zu entnehmen, so kann der Vormerkungsberechtigte die Umschreibung der Vormerkung in eine Verkehrshypothek, und zwar eine Briefhypothek, verlangen. Denn die Verkehrshypothek und die Briefhypothek sind die Regel (§ 1116 A 2), die Buchhypothek und die Sicherungshypothek (§ 1184) die Ausnahme (RG Gruch 58, 1021). Die Eintragung wird auf formlosen (§ 30 GBD) Antrag (§ 13 Abs 1 GBD) eines der Beteiligten (§ 13 Abs 2 GBD) unter Vorlegung der Eintragungsbewilligung oder des mit Rechtskraftzeugnis versehenen Urteils

vorgenommen. Handelt es sich um die Übertragung des Eigentums, so hat Auflassung gemäß § 925 BGB, § 20 GBD zu erfolgen. Auch in den Fällen des § 888 hat der persönlich Verpflichtete die ihm obliegenden Eintragungs- oder Löschungszerklärungen abzugeben (A 1). Die außerdem erforderliche Zustimmung des Erwerbers bedarf materiellrechtlich (§ 182 Abs 2) keiner Form. Sie kann nach § 182 Abs 1 sowohl gegenüber dem persönlich Verpflichteten als auch gegenüber dem Vormerkungsberechtigten erklärt werden. Formellrechtlich bedarf sie aber nach §§ 19, 29 GBD der in § 29 Satz 1 GBD vorgeschriebenen Form. Sie kann durch rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 ZPO ersetzt werden. Auch der Verwalter des Konkurses über das Vermögen des persönlich Verpflichteten muß den vorgemerkten Anspruch erfüllen (§ 883 A 13). — Auf eine nach § 18 Abs 2 GBD eingetragene Vormerkung findet § 888 keine Anwendung. Das Grundbuchamt hat nach Behebung des der beantragten Eintragung entgegenstehenden Hindernisses die Eintragung vorzunehmen, ohne daß es der Einwilligung eines späteren Erwerbers bedarf (RG 62, 375; 110, 207; RGZ 53, 111; § 883 A 2 „Rechtsgrund“). Die Eintragung für den späteren Erwerber erfolgt unter dem Vorbehalt, daß das vorgemerkte Recht nicht durch Behebung des Hindernisses zu einem endgültigen wird (RG 62, 378; 110, 207; RGZ 53, 111). Wird das Hindernis behoben, so ist die Entscheidung auf Eintragung für den späteren Erwerber rückgängig zu machen und diese Eintragung von Amts wegen zu beseitigen (RG 110, 207; RGZ 53, 111). Bei Behebung der Anstände ist also nicht nur dem ersten Antrag durch Ausführung der vorgemerkten Eintragung stattzugeben, sondern auch die auf den späteren Antrag für den Erwerber erfolgte Eintragung zu beseitigen (RGZ 53, 112). Die Vormerkung ist nicht zu löschen, wenn die Vormerkung zu Unrecht gelöst und zugleich die Beseitigung der auf den späteren Antrag erfolgten Eintragung unterblieben, so kann die Beseitigung nicht mehr nachgeholt werden, wenn ein gutgläubiger Erwerb auf Grund dieser Eintragung nach Löschung der Vormerkung in Frage kommt (RGZ 53, 112). Ist dies aber nicht der Fall, so ist die Beseitigung der auf den späteren Antrag erfolgten Eintragung trotz der Löschung der Vormerkung noch zulässig und von Amts wegen nachzuholen. Denn die gegenüber jener Eintragung bereits entstandenen Wirkungen der Vormerkung sind durch ihre Löschung nicht hinfällig geworden (RGZ 53, 112). Wegen einer zu Unrecht gelöschten Vormerkung nach § 883 vgl. § 886 A 3, § 894 A 1 Abs 2. — Der Zustimmungsanspruch aus § 888 ist wie der Anspruch auf Grundbuchberichtigung (§ 894 A 2 Abs 3) nicht selbständig ohne den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch abtretbar mit der Wirkung, daß der Zessionar die Zustimmung zur Bewirkung des Vorgemerkten für sich selbst verlangen könnte (RG Warn 1927 Nr 92). Wird jedoch bei einer auf einen Kaufvertrag gegründeten Auflassungsvormerkung der gesicherte Anspruch des Käufers nebst der Vormerkung an einen Dritten abgetreten und erteilt der Verkäufer berechtigterweise als Eigentümer oder auch auf Grund einer Auflassung des Eigentümers an ihn (§ 925 A 8) dem Dritten die Auflassung, so kann der Dritte die Zustimmung dazu verlangen, daß er selbst (nicht der Bedent) als Eigentümer eingetragen werde (RG Warn 1927 Nr 92).

B. Die gleichartigen Wirkungen, andererseits aber auch die Unterschiede von **Veräußerungsverboten** (§ 878 A 3 Abs 2) und Vormerkungen sind erläutert in § 883 A 11, 12, 13. Auf Grund des § 888 Abs 2 kann der aus einem gesetzlichen oder richterlichen (z. B. durch einstweilige Verfügung angeordneten) Veräußerungsverbot (§§ 135, 136) Berechtigte, wenn das durch das Verbot betroffene Grundstück veräußert wird, ebenso wie bei einer Auflassungsvormerkung (A 1 a) vom Erwerber die Zustimmung zur Auflassung an ihn, den Berechtigten, verlangen (RG 135, 381; DLG 5, 143). Doch steht dem Erwerber der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zu Seite, wenn das Verbot, das an sich ohne Eintragung wirkt (RG 135, 384), nicht eingetragen und ihm auch nicht bekannt gewesen ist (§§ 135 Abs 2, 136, 892 Abs 1 Satz 2). Für rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote (§ 137) gilt die Vorschrift des Abs 2 nicht. Dagegen gilt sie auch für ein durch einstweilige Verfügung erlassenes Erwerbssverbot, das einem nach § 938 ZPO erlassenen Veräußerungsverbot gleichzustellen ist (RG 117, 292; § 925 A 5). Hat also z. B. nach erteilter Auflassung der Veräußerer gegen den Erwerber des Grundstücks eine einstweilige Verfügung ertvirkelt und zugestellt, in der dem Erwerber verboten ist, sich durch einen Umschreibungsantrag das Eigentum zu verschaffen, so braucht der Veräußerer eine trotzdem erfolgte Umschreibung nicht zu dulden. Er kann verlangen, daß diese Umschreibung rückgängig gemacht wird. Er kann auch die Eintragung des Verbots in das Grundbuch herbeiführen und so dessen Wirkung auch Dritten gegenüber nach § 892 Abs 1 Satz 2 sichern (RG 117, 294; das Kammergericht hat neuerdings die Eintragungsfähigkeit des Erwerbssverbots verneint in ZfG 18, 193).

§ 889

Ein Recht an einem fremden Grundstück¹⁾ erlischt nicht dadurch, daß der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt²⁾.

© I 835 II 807; R 3 201 ff.; P 3 73.

1. Nur auf Rechte an fremden Grundstücken, also auf Erbbaurechte, Dienstbarkeiten, Vorkaufrechte, Reallasten, hypothekarische Rechte (§ 873 A 6), findet § 889 Anwendung. Bei hypothekarischen Rechten gelten ferner für das Nichterlöschen durch Vereinigung von Recht und Grundstückeigentum in einer Hand besondere Regeln (§§ 1163, 1177, 1178). Die ein Grundstück betreffenden Vormerkmale fallen nicht unter § 889, weil sie keine Rechte am Grundstück sind (§ 883 A 8 „Aufhebung der Vormerkung“; BGB 6, 123). Ebenfalls gehören hierher Rechte an den genannten Rechten und Rechte an beweglichen Sachen. Diese erlöschen in der Regel bei ihrem Zusammentreffen mit dem Eigentum in einer Person; so der Nießbrauch und das Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten (§§ 1063, 1072, 1256, 1273, 1291). Anders verhält es sich, wenn der Eigentümer eines Grundstücks den Nießbrauch an einer auf dem Grundstück eingetragenen, verzinslichen Hypothek erlangt. Dann erlischt das Zinsrecht nicht deswegen, weil die Verbindlichkeit zur Entrichtung der Zinsen und das Recht auf die Zinsen sich in einer Person vereinigt hat. Denn der Nießbrauch an der Hypothek und das Eigentum am Grundstück stehen sich als gesonderte Rechte gegenüber; der Gegenstand des Nießbrauchs wird durch jene Vereinigung nicht berührt. Das Zinsrecht bleibt vielmehr bestehen. Die Folge der Vereinigung ist nur, daß der Eigentümer (Schuldner), solange er gleichzeitig Nießbraucher ist, Zinsen nicht zu entrichten braucht (RGZ 47, 198). Ebenso bleibt, wenn die im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau des Eigentümers eine auf dem Grundstück eingetragene verzinsliche Hypothek erwirbt, trotz des dem Ehemann zustehenden (§ 1383) Nießnießungsrechts an der Hypothek das Zinsrecht und somit auch die Hypothek für dieses Zinsrecht der Ehefrau erhalten; § 1178 (A 2) trifft hier nicht zu; die Hypothek mit den Zinsen kann also auch im Grundbuch auf die Ehefrau umgeschrieben werden (RGZ 47, 194). Dasselbe gilt, wenn ein Kind, dessen Vermögen der Nießnießung des Vaters unterliegt, eine auf dem Grundstück des Vaters eingetragene verzinsliche Hypothek erwirbt oder wenn der Vater ein Grundstück erwirbt, auf dem für sein Kind eine verzinsliche Hypothek eingetragen steht. Die Frage, ob bei der Neubegründung einer Hypothek für die Darlehnsforderung einer Ehefrau (eines Kindes) am Grundstück des Ehemanns (Vaters) ein Zinsrecht mit Rücksicht auf das Nießnießungsrecht des Ehemanns (Vaters) eingetragen werden kann, gehört nicht hierher (§ 1383 A 4). — Daß das Recht im Grundbuch eingetragen ist, wird für die Anwendung des § 889 nicht erfordert; es genügt, wenn das Recht außerhalb des Grundbuchs besteht (z. B. die Überbau- oder Notwegrechte: §§ 912—918). Über die nach früherem Recht begründeten, nicht eingetragenen Rechte s. A 2.

2. Aus dem Nichterlöschen durch Vereinigung darf nicht gefolgert werden, daß der Eigentümer am eigenen Grundstück ein Recht bestellen könnte. Nach § 181 kann der Eigentümer nicht mit sich selbst die nach § 873 erforderliche Einigung über die Bestellung des Rechtes vornehmen. Ausnahmen zugunsten einer Rechtsbestellung durch einseitige Erklärung finden sich freilich in den §§ 1009, 1196, 1199 (§ 873 A 7 „Vertragsnatur“). Ferner ist aus dem Nichterlöschen im Falle des § 889 nicht zu folgern, daß Rechte an einem fremden Grundstück immer erst dann erlöschen, wenn sie im Grundbuch gelöscht werden. Die formelle Löschung im Grundbuch bildet vielmehr eine unentbehrliche Voraussetzung für das materielle Erlöschen des Rechtes nur bei der Aufhebung durch Rechtsgeschäft nach § 875. Fälle, in denen sonst Rechte auch ohne Löschung außerhalb des Grundbuchs erlöschen, sind in § 875 A 1 besprochen. Aus dem Nichterlöschen eines Rechtes nach § 889 folgt aber, daß nach der Vereinigung der Eigentümer als Rechtsinhaber über das Recht besonders verfügen, es aufheben, belasten, an einen anderen übertragen kann. Insofern unterliegt daher das Recht für sich allein auch der Zwangsvollstreckung. Ferner steht dem Eigentümer wie sonst einem Inhaber der Schutz gegen Beeinträchtigungen zu (§§ 1017, 1027, 1065, 1090 Abs 2). Er darf jedoch wegen einer Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld nach § 1177 Abs 1, 2, § 1197 nicht die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben. Wird sie aber von anderer Seite betrieben, so kann der Eigentümer das Recht bei dieser Zwangsvollstreckung geltend machen. Veräußert der Eigentümer nach der Vereinigung das mit dem Recht belastete Grundstück, so verbleibt ihm das Recht. Ist bei der Vereinigung von Recht und Eigentum das Recht mit dem Recht eines Dritten belastet, so bleibt auch diese Belastung bestehen. Ausnahmen von dem Grundsatze des Nichterlöschens durch die Vereinigung gelten nach § 1178 Abs 1 Satz 1 (Zinsrückstände und Kosten) bei einer Hypothek sowie bei der Reallast und der Rentenschuld nach §§ 1107, 1200 in Verbindung mit § 1178 Abs 1 Satz 1. Ob ein unter der Herrschaft des früheren Rechtes begründetes, nicht eingetragenes, aber zur Wirksamkeit der Eintragung auch nicht bedürftiges Recht (z. B. eine Grundgerechtigkeit nach § 12 Abs 2 PrEGG v. 5. 5. 1872; Art 187 GGWB) durch Vereinigung (z. B. im Falle der Grundgerechtigkeit durch Vereinigung des herschenden und des dienenden Grundstücks in der Hand eines Eigentümers) nach Anlegung des Grundbuchs erlischt, bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen. Denn nach Art 189 Abs 3 GG erfolgt die Aufhebung eines solchen Rechtes, bis es in das Grundbuch eingetragen wird, nach den bisherigen Gesetzen. Unter „Aufhebung“ ist hier aber nicht nur die rechtsgeschäftliche Aufhebung, sondern auch das ohne Rechtsgeschäft eintretende Erlöschen zu verstehen (str.; RG Warn 1916 Nr 19).

§ 890

Mehrere Grundstücke¹⁾ können²⁾ dadurch zu einem Grundstücke vereinigt werden³⁾, daß der Eigentümer⁴⁾ sie als ein Grundstück in das Grundbuch eintragen läßt⁵⁾.

Ein Grundstück¹⁾ kann²⁾ dadurch zum Bestandteil eines anderen Grundstücks gemacht werden⁶⁾, daß der Eigentümer⁴⁾ es diesem im Grundbuche zuschreiben läßt⁷⁾.

§ 1 787 II 808; W 3 56 ff.; B 3 13, 327 f., 550 ff.

1. Über den Begriff des Grundstücks und darüber, wann mehrere selbständige Grundstücke vorliegen, vgl. § 873 A 4, auch RGZ 37 A 209 (Eintragung mehrerer Katasterparzellen unter verschiedenen Nummern des Titelblatts nach früherem Recht). Sowohl für die Vereinigung als auch für die Zuschreibung wird im § 890 vorausgesetzt, daß die mehreren Grundstücke demselben Eigentümer gehören oder doch von ihm gleichzeitig mit der Stellung des Antrags auf Vereinheitlichung erworben werden (RGZ 36 A 193). Keine Voraussetzung ist, daß sie miteinander in räumlichem Zusammenhang stehen (RG 51, 215) oder im Bezirk desselben Grundbuchamts belegen sind (DLG 8, 300; 39, 221; RGZ 43, 291). Ferner ist nicht erforderlich, daß über die mehreren Grundstücke vor ihrer Vereinigung oder Verbindung durch Zuschreibung je ein besonderes Grundbuchblatt geführt worden ist. Auch Grundstücke, die auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt unter verschiedenen Nummern als selbständige Grundstücke gemäß § 4 GBD gebucht sind (§ 873 A 4; DLG 5, 188; 39, 221; RGZ 30 A 195; 31 A 238; 49, 235), können miteinander zu einem Grundstück verbunden werden. Sind mehrere Grundstücke bereits vereinheitlicht worden, so können noch andere Grundstücke zu dieser Einheit hinzutreten, aber nur zu dem Ganzen, nicht zu einem einzelnen Teile, mag dieser früher auch ein selbständiges Grundstück gebildet haben. Sollen die neu hinzutretenden Grundstücke nur mit einem Teil des Ganzen vereinheitlicht werden, so muß zunächst dieser Teil als selbständiges Grundstück auf dem bisherigen Grundbuchblatt gemäß § 4 GBD (unter besonderer Nummer) oder auf einem anderen Blatt gebucht werden (DLG 2, 407; RGZ 43, 292). Rechte, die den Grundstücken gleichgestellt sind (§ 903 A 2), insbesondere Erbbaurechte, können entsprechend mit Grundstücken oder untereinander vereinheitlicht werden. Dagegen kann ein Miteigentumsanteil (ideeller Grundstücksteil) weder mit einem Grundstück vereinigt noch ihm zugeschrieben werden (§ 873 A 4). Besondere gesetzliche Bestimmungen gelten in dieser Hinsicht nach Landesrecht (Artt 67, 112 GG) für das Bergwerkseigentum und für Wahneinheiten. Im Falle der Teilung eines Grundstücks in mehrere selbständige Grundstücke, worüber das BGB keine Bestimmung trifft, wird an dem dinglichen Rechtszustand regelmäßig nichts geändert. Die Belastungen bleiben an den einzelnen Teilen bestehen. Die Realberechtigten brauchen in die Teilung nicht einzuwilligen (W 3 S. 654, 655). Die Übertragung der Belastungen auf die nach einem anderen Grundbuchblatt übertragenen Teile ist geregelt in den §§ 46 Abs 2, 48 GBD. Belastung und Entlastung von realen und ideellen Grundstücksteilen sind erläutert in § 873 A 4. Sondervorschriften über die Wirkung der Teilung bestehen für die Grunddienbarkeit (§§ 1025, 1026), die beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§§ 1090 Abs 2, 1026) und die Reallast (§ 1108 Abs 2). Vgl. ferner GG Art 113 (Zusammenlegung von Grundstücken; dazu RGZ 43, 290), 119 Nr 2 (Verbot der Teilung nach Landesrecht), 120 Abs 1, 2 Nr 1 (lastenfreie Abtretung von kleineren Trennstücken ohne Bewilligung der Realberechtigten auf Grund eines Unschädlichkeitszeugnisses; dazu JZG 17, 266 unter Preisgabe von RGZ 44, 226).

2. Die mehreren Grundstücke können nach Abs 1 oder nach Abs 2 vereinheitlicht werden, wenn nicht durch Landesgesetz gemäß dem Vorbehalt in Art 119 Nr 3 GG die Vereinheitlichung untersagt oder beschränkt ist. Nach den Ordnungsvorschriften der §§ 5, 6 GBD, deren Nichtbeachtung die bewirkte Vereinheitlichung nicht unwirksam macht, soll die Vereinheitlichung nur erfolgen, wenn davon Verwirrung nicht zu besorgen ist. Wann diese Beforgnis gerechtfertigt ist, bestimmt sich nach der Lage des einzelnen Falles. Namentlich wird dabei eine Verschiedenheit der Belastung und die sich daraus ergebende Unübersichtlichkeit des Grundbuchs und Schwierigkeit der Zwangsvollstreckung in Betracht kommen (DLG 6, 259; 8, 300; 18, 196; 20, 401; 39, 222).

3. Werden die mehreren Grundstücke zu einem Grundstücke vereinigt, so wird nicht das eine Grundstück Bestandteil des anderen, sondern jedes wird Bestandteil des nunmehr einheitlichen ganzen Grundstücks (RGZ 30 A 195; DLG 39, 221). Diese Bestandteile können aber, da sie nicht wesentliche sind, je für sich Gegenstand besonderer Rechte sein. Deshalb bleiben die Teile auch weiterhin gesondert so belastet, wie sie es früher als selbständige Grundstücke waren. Die Belastungen des einen Teiles erstrecken sich nicht auch auf den anderen Teil (RN 6, 249; RGZ 30 A 195; DLG 39 S. 221, 223). Eine Gesamthypothek an den beiden bisherigen Grundstücken wird nicht zur Einzelhypothek, vielmehr finden die Vorschriften über die Gesamthypothek (§§ 1132, 1172 ff., 1181 Abs 2, 1182) nach wie vor auf sie Anwendung (RGZ 30 A 195; DLG 39 223). Erst nach der Vereinigung können die Teile einheitlich belastet werden, wobei

sie dann als ein Grundstück gelten (RGZ 30 A 195; DLG 39, 222). Wegen solcher Belastungen, die nur einen Teil betreffen, kann trotz der Vereinigung die Zwangsvollstreckung in den Teil allein betrieben werden (RZA 6, 249; DLG 39, 223). Soll nach der Vereinigung eine neue Belastung oder sonstige Verfügung nur einen der Teile betreffen, so kommen formellrechtlich, insbesondere hinsichtlich der Wiederabschreibung des Teiles, die §§ 3, 7 GBD zur Anwendung (§ 873 A 4).

4. Nur auf Veranlassung des **Eigentümers** kann die Vereinheitlichung der mehreren Grundstücke nach Abs 1 oder nach Abs 2 bewirkt werden, also nicht von Amts wegen (RGZ 31 A 238; 49, 235). Der gegenüber dem Grundbuchamt (§ 875 A 7) zu stellende Antrag des Eigentümers enthält materiellrechtlich eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, weil rechtliche Folgen mit ihm verbunden sind und ein dem Liegenschaftsrecht unterliegender neuer Gegenstand durch ihn geschaffen werden soll. Daher bedarf er als eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung im Sinne des § 29 Satz 1 GBD formellrechtlich der dort vorgeschriebenen Form (RZA 6, 74; RGZ 31 A 238). Der Antrag auf Vereinigung nach § 890 Abs 1 kann jetzt auch von der Vermessungsbehörde (gebührenfrei) öffentlich beurkundet oder beglaubigt werden (Reichsgesetz v. 15. 11. 1937 RGA I 1257). Von der Erklärung des Eigentümers, welche die materiellrechtliche Grundlage für die Vereinheitlichung bildet, ist zu unterscheiden der rein verfahrensrechtliche Eintragungsantrag, der für die Vornahme jeder Eintragung nach § 13 Abs 1 GBD erforderlich ist, dessen Fehlen aber auf die Wirksamkeit der vorgenommenen Eintragung keinen Einfluß hat. Er bedarf nach § 30 GBD keiner Form und kann unter Vorlegung der formgerechten materiellrechtlichen Erklärung des Eigentümers nach § 13 Abs 2 GBD nicht nur von diesem, sondern auch von jedem andern gestellt werden, zu dessen Gunsten die Vereinheitlichung erfolgen soll. So kann z. B. im Falle der Zuschreibung nach § 890 Abs 2 der Gläubiger einer auf beiden Grundstücken haftenden Gesamthypothek den verfahrensrechtlichen Antrag stellen. Denn er wird durch die Zuschreibung insofern begünstigt, als mit ihr die Gesamthypothek gemäß § 1131 zur Einzelhypothek auf einem Grundstück wird (RZA 6, 75). Ist eine Vereinheitlichung ohne die materiellrechtliche Erklärung des Eigentümers bewirkt worden oder ist diese Erklärung nicht rechtsgültig, so ist die Vereinheitlichung unwirksam. Die nach dem Gesetz mit einer Vereinheitlichung verbundenen rechtlichen Folgen treten dann nicht ein (ZB 1933, 1339^b). Das Grundbuchamt kann zwar eine solche ungerechtfertigte Vereinheitlichung nicht nach § 53 Abs 1 Satz 2 GBD von Amts wegen löschen, da das Gesetz die Vereinheitlichung an sich gestattet und daher die zu Unrecht bewirkte Eintragung nicht ihrem Inhalt nach unzulässig ist. Das Grundbuchamt hat aber, da die Zusammenschreibung eine Eintragung im Sinne der §§ 53, 71 GBD ist (RZA 6, 251), gemäß § 53 Abs 1 Satz 1 GBD von Amts wegen einen Widerspruch einzutragen; hierzu kann es nach § 71 Abs 2 GBD im Wege der Beschwerde angehalten werden (RZA 6, 252). — Es steht ohne Rücksicht auf die Größe, Lage und Beschaffenheit der Grundstücke im freien Willen des Eigentümers, zu bestimmen, welche von beiden Arten der Vereinheitlichung stattfinden soll. Er muß aber wegen der verschiedenen rechtlichen Folgen (A 3, 6) mit Bestimmtheit angeben, ob eine Vereinigung oder eine Zuschreibung erfolgen soll (RGZ 30 A 195; DLG 39, 221). Hat das Grundbuchamt entgegen dem auf eine Vereinheitlichung gerichteten Antrag des Eigentümers das eine Grundstück, das mit dem anderen vereinheitlicht werden sollte, als selbständiges Grundstück gebucht, sei es auch gemäß § 4 GBD auf einem beiden Grundstücken gemeinschaftlichen Grundbuchblatt (A 1), so steht dem Eigentümer die Beschwerde zu. Denn die vorgenommene Buchung ist keine auf Parteibetrieb erfolgende, mit besonderen rechtlichen Wirkungen versehene Eintragung im Sinne des § 71 Abs 2 Satz 1 GBD (DLG 5, 188). — Der Zustimmung der Realberechtigten, insbesondere der Hypothekengläubiger, bedarf es weder zur Vereinigung noch zur Zuschreibung, da ihre Rechte nicht beeinträchtigt werden und § 890 nur eine Erklärung des Eigentümers erfordert (RZA 6, 249; 12, 156).

5. Die **Eintragung als ein Grundstück** wird vollzogen nach den Vorschriften in § 6 Abs 6, § 13 der Grundbuchverfügung vom 8. 8. 1935. Die erfolgte Vereinigung kann nur auf Antrag des Eigentümers wieder aufgehoben werden. Dagegen hat bei der Buchung mehrerer Grundstücke auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt das Grundbuchamt nach § 4 GBD von Amts wegen darüber zu befinden, ob das für die mehreren selbständigen Grundstücke angelegte gemeinschaftliche Grundbuchblatt fortzuführen ist; Anträge Beteiligten, auch des Eigentümers, auf Aufhebung der gemeinschaftlichen Buchung haben hier nur die Bedeutung einer Anregung (RGZ 50, 127; DLG 39, 222). Die Beschwerde eines Hypothekengläubigers über die Beseitigung einer bereits bewirkten Vereinigung ist unzulässig (RZA 6, 247).

6. **Wird ein Grundstück zum Bestandteil eines anderen gemacht**, so gilt hinsichtlich der rechtlichen Folgen Abweichendes von der Vereinigung (A 3) für die hypothekarischen Rechte (Hypotheken, Grund- und Rentenschulden). Nach §§ 1131, 1192, 1200 erstrecken sich die auf dem Hauptgrundstück bestehenden hypothekarischen Rechte auf das zugeschriebene Grundstück mit der Maßgabe, daß die auf diesem Grundstück lastenden Rechte im Range vorgehen. Dagegen erstrecken sich die Rechte am zugeschriebenen Grundstück nicht auf das Hauptgrundstück. Die Hypotheken auf dem Hauptgrundstück werden durch die Erstreckung auf das zugeschriebene

Grundstück nicht zu Gesamthypotheken im Sinne des § 1132, da ihnen auch nach der Zuschreibung nur ein Grundstück, zusammengesetzt aus dem Hauptgrundstück und dem zugeschriebenen Grundstück, haftet (str.). Bestand vor der Zuschreibung eine Gesamthypothek an dem Hauptgrundstück und dem zugeschriebenen Grundstück, so wird die Hypothek durch die Zuschreibung zu einer Einzelhypothek, weil die Hypothek an dem Hauptgrundstück sich auf das zugeschriebene Grundstück erstreckt und die beiden Haftungsobjekte dieser Hypothek nunmehr ein einheitliches Grundstück bilden (RM 6, 74). Im übrigen gilt dasselbe wie bei der Vereinigung. Da das zugeschriebene Grundstück kein wesentlicher Bestandteil des Hauptgrundstücks ist, behält jedes Grundstück bei dinglichen Rechten anderer Art (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten) seine besondere Belastung. Diese Rechte bleiben durch die Zuschreibung unberührt und erfahren keine Erweiterung ihrer Belastungsobjekte (ZB 1936, 274⁹¹; DLG 11, 332; 20, 401; 39, 221). Dasselbe gilt von Eigentumsbeschränkungen (z. B. der Fideikommissenschaft: DLG 5, 314). Aus Art 181 GG ist zu folgern, daß ein nach früherem Recht als Zubehör zugeschriebenes Grundstück — diese Art der Zuschreibung ist jetzt nicht mehr zulässig — seit dem Inkrafttreten des BGB als zugeschriebener Bestandteil zu gelten hat (RGZ 57 A 211; 51, 261). Wird beim Bestehen einer Grunddienstbarkeit dem herrschenden Grundstück ein weiteres Grundstück als Bestandteil zugeschrieben, so wirkt die Grunddienstbarkeit nicht ohne weiteres auch zugunsten des zugeschriebenen Grundstücks (ZB 13, 314). Wird das herrschende Grundstück dem dienenden oder das dienende dem herrschenden als Bestandteil zugeschrieben, so ist trotz der Vorschrift des § 889 das Erlöschen der Grunddienstbarkeit anzunehmen. Denn nach § 1018 kann eine Grunddienstbarkeit nur bestehen, wenn ein selbständiges Grundstück als das herrschende einem anderen selbständigen Grundstück als dem dienenden gegenübersteht (RGZ 51, 261; § 1018 A 5 Abs 2).

7. Die Zuschreibung erfolgt nach den Vorschriften in § 6 Abs 6, § 13 der Grundbuchverfügung vom 8. 8. 1935. Über die Ablehnung des von dem Eigentümer gestellten Antrags auf Zuschreibung kann sich auch der Hypothekengläubiger beschweren, dem eine Gesamthypothek an beiden Grundstücken zusteht (RM 6, 73, aber auch 12, 157).

§ 891

Ist im Grundbuche ¹⁾ für jemand ²⁾ ein Recht eingetragen ³⁾, so wird vermutet ⁴⁾, daß ihm das Recht zustehe ⁵⁾.

Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht ³⁾ gelöscht, so wird vermutet, daß das Recht nicht bestehe ⁶⁾.

§ I 820 II 800; M 3 138 ff., 153 ff.; R 3 48 f.

1. Die Vorschriften des § 891 gelten auch für die im Grundbuche (Vorbem vor § 873) nachgewiesenen, schon nach früherem Recht begründeten Rechte (RG 104, 318; 127, 261; ZB 1912 S. 145²², 196¹⁸; Gruch 56, 598; 57, 989). Ob ein Recht nach den früheren Gesetzen zur Begründung der Eintragung bedurft oder außerhalb des Grundbuchs begründet werden konnte, ob also seine Eintragung rechtsbegründende oder nur feststellende Wirkung hatte (Vorbem 3c vor § 873), ist für die Anwendung des § 891 belanglos. Ebenjowenig kommt es darauf an, ob nach den früheren Gesetzen eine dem § 891 ähnliche Vermutung für das Recht galt oder nicht (str.: M des EG 267; RG 62, 100; ZB 1912 S. 145²², 196¹⁸). Allerdings sind für die Frage, ob ein älteres Recht wirklich begründet worden ist und welchen Inhalt es hat, die früheren Gesetze maßgebend, soweit nicht besondere Ausnahmenvorschriften nach dieser Richtung gegeben sind (Artt 181 ff., 184, 192—195 EG). Darum handelt es sich aber im § 891 nicht. Hier wird vielmehr dem Grundbuch eine besondere Beweislast beigelegt. Diese muß für und gegen alle Rechte gelten, auf die sich ein dem Diegenenschaftsrecht des BGB entsprechend angelegtes Grundbuch bezieht. Daher steht ohne Ausnahme auch demjenigen, dessen eingetragenes Recht unter der Herrschaft der früheren Gesetze begründet worden ist, die Vermutung aus Abs 1 § 891 zur Seite und demjenigen, dessen unter der Herrschaft der früheren Gesetze begründetes Recht gelöscht worden ist, die Vermutung aus Abs 2 § 891 entgegen (RG 62, 100; ZB 1912 S. 145²², 196¹⁸; Warn 1912 Nr 258; Gruch 51, 609). Aus dem von der Gegenmeinung herangezogenen Urteil RG ZB 1903 Beil 54 ergibt sich nichts Gegenteiliges. Dort ist nur ausgesprochen, daß für die Anwendung des § 891 der Inhalt des neuen Grundbuchs, nicht der eines nach früherem Recht angelegt gewesenen Grundbuchs maßgebend sei. Handelt es sich um ein subjektiv- und objektiv-dingliches Recht (Grunddienstbarkeit, Vorkaufsrecht, Reallast: §§ 1018, 1094, 1105), so ist der Inhalt seiner Eintragung auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks maßgebend, auch wenn der etwa gemäß § 9 GBD in das Grundbuchblatt des herrschenden Grundstücks aufgenommene Vermerk davon abweicht (§ 873 A 11; § 1018 A 5).

2. Derjenige, für den ein Recht eingetragen ist, muß deutlich bezeichnet sein, wenn die Vermutung aus Abs 1 zu seinen Gunsten ohne weiteres gelten soll. Andernfalls hat er sich als den nach dem Grundbuchvermerk gemeinten Inhaber des Rechts besonders auszuweisen

(**RG JW** 1912, 145²²). Eintragungen eines bereits zur Zeit der Eintragung Verstorbenen, eines Geschäftsunfähigen, eines nicht Rechtspersönlichkeit Besitzenden erörtert A 5. Ist ein Recht für mehrere eingetragen, so muß sich, sofern § 891 Abs 1 auch das Rechtsband zwischen ihnen ergreifen soll, aus dem Grundbuch ergeben, um welche Art von Gemeinschaft es sich handelt, ob eine Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff., z. B. Miteigentum: § 1008) vorliegt oder eine Gemeinschaft zur gesamten Hand (Gesellschaft: §§ 705 ff.; allgemeine und forrgesezte Gütergemeinschaft, Ertrungenschaftsgemeinschaft: §§ 1438, 1442, 1471 Abs 2, 1483, 1519; Erbengemeinschaft: § 2032). Eine Vermutung für die eine oder die andere Art der Gemeinschaft besteht nicht. Nach § 47 GBD soll, wenn ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen wird, in den Eintragungsvermerk entweder die Angabe der Anteile der Berechtigten in Bruchteilen oder die Bezeichnung des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses aufgenommen werden. Wenn diese Ordnungsvorschrift außer acht gelassen ist, muß derjenige, der eine bestimmte Art der Gemeinschaft behauptet und darauf Rechte, insbesondere seine Befugnis zur Verfügung (§§ 719, 747, 1442 ff., 2033) gründet, das Bestehen dieser Gemeinschaft besonders nachweisen (**RG JW** 5, 125; **OLG** 1, 301; 4, 327; 8 S. 304, 305; **RGZ** 20, 304; 21, 120; 27, 143). Ergibt sich jedoch aus dem Grundbuch wenigstens so viel, daß unter den mehreren Berechtigten eine Gemeinschaft nach Bruchteilen besteht, so ist nach §§ 742, 747 im Zweifel anzunehmen, daß den Teilhabern gleiche Anteile zustehen und jeder über seinen Anteil zu verfügen berechtigt ist. Bei Briefhypotheken findet die Vermutung des § 891 Abs 1 ihre Schranke an den für diese Hypotheken geltenden besonderen Vorschriften, namentlich an den §§ 1117 Abs 1 u. 3, 1154, 1155, in denen der Erwerb und die Übertragung der Briefhypothek außerhalb des Grundbuchs zugelassen und geregelt ist (**RG Warn** 1917 Nr 56). Deshalb bedarf es auch nach § 1160 zur Geltendmachung der Hypothek auf Verlangen noch der Vorlegung des Hypothekenbriefs. Ist ein objektiv-dingliches Vorkaufszrecht oder Realkaufrecht für eine bestimmte Person bestellt (§ 1094 Abs 1, § 1105 Abs 1), vom Grundbuchamt aber auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks (A 1; § 873 A 11) irrtümlich zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks (§ 1094 Abs 2, § 1105 Abs 2) eingetragen worden, so wird nach § 891 Abs 1 vermutet, daß das Recht diesem Grundstück als ein subjektiv-dingliches Recht zustehe; doch gilt das nur solange, bis die Vermutung widerlegt und nachgewiesen ist (A 4), daß das Recht tatsächlich nur ein subjektiv-persönliches ist (**RG** 104, 318).

3. § 891 bezieht sich nur auf Rechte an einem Grundstück, also auf das Grundeigentum und die ein Grundstück belastenden, begrenzten dinglichen Rechte (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, dingliches Vorkaufszrecht, Realkauf, hypothekarische Rechte). Verfügungsbeschränkungen sind keine Rechte am Grundstück (§ 874 A 1) und fallen daher nicht unter § 891 (Prot 3, 49; **RGZ** 52, 168); daraus folgt aber noch nicht, daß ihre Eintragung in das Grundbuch ohne jede Beweisraft wäre (unten Abs 3). Dasselbe gilt für Vormerkungen (§ 883 A 1, 8), Widersprüche (**RG JW** 1910, 149¹³) und auch für die nach den §§ 51, 52 GBD von Amts wegen in das Grundbuch aufzunehmenden Vermerke über eine Nacherbschaft und über eine Testamentsvollstreckung (**RGZ** 52, 168 gegen 40 A 196; § 892 A 11 Abs 2; § 894 A 1d). Hat aber der Grundbuchrichter zunächst einmal auf Grund einer Testamentsauslegung jemanden im Grundbuch als Berechtigten ohne Hinzufügung eines Nacherbenvermerks eingetragen, so darf er nicht nachträglich lediglich auf Grund einer abweichenden Testamentsauslegung den Eingetragenen als bloßen Vorerben behandeln, es sei denn, daß besondere Umstände, namentlich neue Tatsachen, eine andere Auslegung rechtfertigen (**JW** 1934, 2931¹). — Nicht eintragungsfähige Rechte (Vorben 2 vor § 873), die trotzdem eingetragen sind, gelten nicht als eingetragene Rechte im Sinne des § 891. Denn diese Einschreibungen sind ihrem Inhalt nach unzulässig (§ 53 Abs 1 Satz 2 GBD); § 891 betrifft aber nur solche Rechte, die ihrem Inhalt nach zulässigerweise eingetragen sind (**RG** 62, 101; 88, 86; **JFG** 1, 499). Auch für öffentliche Rechte (z. B. gemeines Eigentum des preussischen Staates an öffentlichen Flüssen nach dem früher geltenden § 21 ANR II 14; Bezeichnung einer Apotheke im Grundbuch als Hofapotheke), die in das Grundbuch eingetragen worden sind, hat § 891 keine Bedeutung. Denn das Grundbuch ist nur dazu bestimmt, über die privatrechtlichen Verhältnisse eines Grundstücks oder einer ihm gleichstehenden Gerechtigkeit Auskunft zu geben (**RG** 80, 366; **Warn** 1914 Nr 283; **Gruch** 57, 989; 58, 949; **HR** 1935 Nr 1408). Ferner erstreckt sich die Rechtsvermutung des § 891 nicht auf solche im Grundbuch enthaltenen Vermerke, die auf den Inhalt, Umfang oder Gegenstand der eingetragenen Rechte keinen Bezug haben. Ein solcher Vermerk ist z. B. die Angabe über die Höhe des Kaufpreises. Weiter ist aus § 891 keine Vermutung zu entnehmen für eine bestimmte rechtliche Natur der Eintragung und für die Frage, ob das Eingetragene nach seiner rechtlichen Natur etwa kraft späterer Gesetzgebung nicht mehr rechtsbeständig ist (z. B. ein Vorkaufszrecht infolge des PrAblösungsgef v. 2. 3. 1850). Vielmehr sind Inhalt und rechtliche Natur der Eintragung aus dem Eintragungsvermerk und den zugrunde liegenden Urkunden zu bestimmen (**RG JW** 1912, 196¹⁸).

In den Gesetzesvorarbeiten (Prot 3, 49; **M** z. G I GBD 35; **DS** zu § 2 G II GBD) wird mehrfach von „tatsächlichen Umständen“ oder „Angaben tatsächlicher Natur“ gesprochen, auf die weder die Rechtsvermutung des § 891 noch der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892

Anwendung finden soll. Als Beispiele hierfür werden angeführt die Angaben über Lage und Größe des Grundstücks. Diese Bemerkungen haben in der Rechtslehre zu zahlreichen Meinungsverschiedenheiten darüber geführt, ob und inwieweit die auf das Grundstück bezüglichen Bestandsangaben den Vorschriften der §§ 891, 892 unterliegen. Richtig erscheint folgendes: Die Rechtsvermutung und der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstrecken sich nicht nur auf den gesamten Inhalt der eingetragenen Rechte und auf den Umfang der mit ihnen verbundenen Befugnisse, wie sie sich aus den besonderen Eintragungsvermerken für die Rechte ergeben, sondern auch auf den Gegenstand, an dem die Rechte bestehen. Denn gerade dieser Gegenstand gibt ihnen besondere rechtliche Bedeutung (RG 73, 128; Gruch 58, 198; 68, 71; RGZ 27 A 91, jedoch auch RG 61, 193; a. M. DVG 15, 335). Namentlich ist bei dem unbeschränkten Eigentumsrecht der Gegenstand, an dem es besteht, das wesentlichste Merkmal für seine Umgrenzung. Die durch § 891 gewährte Vermutung für das Bestehen des Eigentums kann für den eingetragenen Eigentümer nur dann zur vollen Geltung kommen, wenn sie sich auch darauf erstreckt, was nach dem Inhalt des Grundbuchs das Eigentumsrecht umfaßt. Erst hieraus ergibt sich das Eigentumsrecht in vollem Maße so, wie es im Einzelfalle besteht (RG 68, 24; 73, 129). Auch für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs läßt sich das Eigentumsrecht nicht von seinem Gegenstande trennen. Der Inhalt des Grundbuchs im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 1 umfaßt bezüglich des Eigentums notwendig auch dessen Gegenstand, da nur so das im Einzelfalle bestehende Sondereigentum an einem Teil der Erdoberfläche mit zur Darstellung gebracht wird (RG 68, 24; 73, 129; Gruch 58, 198; 68, 70). Daher sind diejenigen beschreibenden Angaben, aus denen zu entnehmen ist, welche Teile der Erdoberfläche in den Bereich der Herrschaft der im Grundbuch eingetragenen Rechte, namentlich des Eigentumsrechts, fallen, ebenso wenig bloß tatsächliche Angaben wie die für die einzelnen Rechte eingetragenen, ihren Inhalt und Umfang darstellenden Vermerke. Worauf die Angaben beruhen, ob sie insbesondere dem in § 2 Abs 2 GBD vorgeschriebenen amtlichen Verzeichnis entnommen sind oder nicht, ist gleichgültig. Nur der Inhalt des Grundbuchs in der Darstellung der zu dem einzelnen, räumlich begrenzten Eigentum gehörigen Flächen des Grund und Bodens ist maßgebend (RG 73, 129). Als eine solche Darstellung müssen z. B. auch die im Bestandsverzeichnis gemäß § 6 der Grundbuchverordnung v. 8. 8. 1935 aufgeführten, aus dem Kataster entnommenen Nummern der Flächenabschnitte (Parzellenummern) gelten (RG 73, 129; JW 1910, 813²; Gruch 58, 198; 68, 70). Denn auf Grund dieser Nummern sind in der Öffentlichkeit die Grundflächen festzustellen, die von dem Eigentum umfaßt werden. Für diese Grundflächen gilt daher die Vermutung aus § 891 Abs 1, daß sie dem eingetragenen Eigentümer gehören; auf sie erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 (RG 73, 129; JW 1910, 813²; Gruch 58, 198; 68, 70; RGZ 25 A 98, 106; 27 A 92). Wenn im Grundbuch (z. B. gemäß § 6 Abs 4 der Grundbuchverordnung v. 8. 8. 1935) der Bestand des Grundstücks unter einer Gesamtheitsbezeichnung und unter Weglassung der einzelnen Parzellenummern lediglich durch Bezugnahme auf die Artikel der Grundsteuernummerrolle angegeben ist, so erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auf die in den Artikeln der Grundsteuernummerrolle aufgeführten Parzellen (RG JW 1927, 44⁴). Anders verhält es sich aber mit solchen Angaben, die nicht eine Darstellung des räumlichen Umfangs und der Begrenzung des Grundstücks enthalten, sondern dem Grundstück lediglich einen Namen geben oder über besondere Eigenschaften des Grundstücks berichten (z. B. Rittergut, Bauerngut, Kulturart, Reinertrag, Nutzungswert). Solche Angaben sind rein tatsächlicher Natur und unterliegen daher nicht den Vorschriften der §§ 891, 892 (RG 73, 129). Dasselbe gilt von den Angaben über die auf dem Grundstück errichteten Gebäude (RG Warn 1924 Nr 98). Was die Angaben über die Lage und die Größe anlangt, so werden sie sich in der Regel ebenfalls lediglich auf eine Beschaffenheit, eine Eigenschaft des Grundstücks beziehen (z. B. wenn es heißt: „in der Nähe der Stadt N belegen, im Kreise X“, oder wenn auf Grund einer Neuvermessung innerhalb der alten Grenzen eine neue Größenangabe eingeschrieben ist). Dann finden auf diese Angaben die Vorschriften der §§ 891, 892 keine Anwendung (RG 73, 128; RGZ 27 A 91; 30 A 206; DVG 8, 213; aber auch RG 61, 194; Gruch 46, 1157). Grundsätzlich muß man sich davor hüten, die Bestandsangaben des Grundbuchs etwa über den Wortlaut der Eintragung hinaus den §§ 891, 892 zugänglich zu machen (DRZMpr 1934 Nr 141). Unter besonderen Umständen können aber ausnahmsweise die Beschreibungen der Lage und die Größenangaben derartige sein, daß sie den räumlichen Umfang und die Begrenzung des Grundstücks zur Darstellung bringen. Dann sind auch diese Angaben nicht mehr rein tatsächlicher Natur (RG 73, 128). Auch bei den das Grundstück belastenden Rechten kommt es darauf an, ob die hierauf bezüglichen, aus dem Grundbuch ersichtlichen Tatsachen den Inhalt und Umfang des Rechts mitbestimmen oder ob sie nur rein tatsächliche Bedeutung haben und Rechtsfolgen sich mit ihnen nicht verbinden (JW 1926, 2581²; 1927, 274³). — Unter Rechten im § 891 (und § 892) sind **nur Privatrechte** zu verstehen. Handelt es sich um die Frage, ob ein Grundstück (z. B. See, Fluß) eine des Privateigentums fähige Sache oder dem Privatrechtsverlehr entzogen ist, so kann für die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch weder die Vermutung aus § 891 noch der öffentliche Glaube aus § 892 angerufen werden, da das Grundbuch zum Beweise solcher Verhältnisse nicht bestimmt ist (RG 80, 367;

Gruch 55, 1152). Dahin gehört auch die im Grundbuch enthaltene Bezeichnung einer Grundfläche als öffentlicher Weg (RG V 278/03).

Bei Eintragungen, auf die § 891 keine Anwendung findet, weil sie nicht Rechte am Grundstück betreffen, mit deren Inhalt aber doch rechtliche Wirkungen verbunden sind (oben Abs 1), ist aus ihrer Aufnahme in das Grundbuch, also in eine öffentliche Urkunde, gemäß § 418 Abs 1 ZPO im Streitfalle voller Beweis für das tatsächliche Bestehen ihres Inhalts zu entnehmen. Gegen diesen Beweis ist nach § 418 Abs 2 ZPO der Beweis der Unrichtigkeit zulässig. Dies trifft besonders für Verfügungsbeschränkungen, Vormerkungen und Widersprüche zu (Prot 3, 49; str., insbesondere auch, ob die Eintragungen nur als Urkunden über getroffene Entscheidungen einer Behörde im Sinne des § 417 ZPO zu erachten sind).

4. Die Vermutung hinsichtlich des eingetragenen Rechts (Abs 1) wirkt nicht nur für den eingetragenen Berechtigten, sondern auch gegen ihn (RG 95, 164). Die Vermutung hinsichtlich des gelöschten Rechts (Abs 2) wirkt nicht nur gegen, sondern auch für denjenigen, der durch die Löschung betroffen worden ist. Insbesondere ist der als Eigentümer Eingetragene zur Einlassung verpflichtet (passiv legitimiert) auf jeden Anspruch, der gegen ihn als Eigentümer erhoben wird (DVG 8, 186). Demzufolge erklärt denn auch RG 95, 160 für zulässig die grundbuchliche Vollziehung eines Urteils, das der Eigentümer gegen einen als Hypothekengläubiger eingetragenen Scheinzessionar auf Einräumung des Vorrangs vor einer anderen Hypothek nach § 826 erstritten hatte, weil der Scheindezent sich dem Kläger gegenüber verpflichtet hatte, der anderen Hypothek, falls sie eingetragen werde, den Vorrang einzuräumen. Überhaupt kann sich auf die Vermutungen des § 891 nicht wie im § 892 bloß ein dritter Erwerber, sondern jeder berufen, der an dem Bestehen des eingetragenen Rechts oder an dem Nichtbestehen des gelöschten Rechts ein rechtliches Interesse hat (RZA 11, 64). Auch dem Eigentümer und Schuldner, der von dem Inhaber eines eingetragenen Rechts in Anspruch genommen wird, steht sie zur Seite (RG V 243/03). Die kirchenrechtliche Vermutung, daß Friedhöfe im Eigentum der Kirchengemeinde (kirchlichen Anstalt) stehen (§§ 183, 190 II 11 PrWR), greift gegenüber der Vermutung des § 891 nicht durch, wenn ein anderer als Eigentümer eines Friedhofs eingetragen ist (RG JW 1912, 145²²).

Die Vermutungen sind auch für das Grundbuchamt bei Vornahme einer Eintragung maßgebend (RZA 11, 64; RGZ 26 A 150; 29 A 148; 35 A 303; 43, 240; 52, 169; DVG 18, 118; JW 1932, 1562¹; vgl. RG Warn 1913 Nr 199). Insbesondere hat das Grundbuchamt denjenigen, der als Berechtigter des von einer Eintragung betroffenen Rechts eingetragen ist, als den wirklich Berechtigten anzusehen. Das Bestehen einer Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit, daß die Eintragung unrichtig ist, hat für das Grundbuchamt außer Betracht zu bleiben (RZA 5, 125; RGZ 20 A 183; 22 A 198; 29 A 145; 35 A 303; 40 A 199, 296; 43, 237; 52, 170; DVG 18, 118; JW 1932, 1562¹). Nur dann, wenn sich aus den urkundlichen Erklärungen der Beteiligten oder aus den Grundakten mit Sicherheit ergibt, daß die Eintragung unrichtig ist (z. B. daß der Hypothekengläubiger infolge Befriedigung nicht mehr Inhaber des Hypothekenrechts ist oder daß der Güterstand unter Eheleuten tatsächlich ein anderer als der eingetragene ist oder daß eine ins Grundbuch verzeichnete nicht eingetragene Verfügungsbeschränkung besteht), kann wegen der etwa daraus sich ergebenden Anstände die beantragte Eintragung abgelehnt werden (RZA 1, 162; 5, 215; RGZ 20 A 281; 23 A 117; 28 A 92; 29 A 186; 35 A 303; 40 A 294; 43, 240; JFG 16, 150; DVG 8, 305; vgl. RG Warn 1913 Nr 199). Dagegen darf der Grundbuchrichter Tatsachen, die ihm sonst (z. B. als Prozeßrichter), insbesondere aus anderen Akten, bekannt geworden sind, nicht gegen die Vermutung aus § 891 zur Beanstandung eines Eintragungsantrags berücksichtigen, da die Kenntnis außerhalb seiner amtlichen Tätigkeit als Grundbuchrichter liegt (a. M. RGZ 25 A 117; RZA 11, 63). Auch darf das Grundbuchamt die Unrichtigkeit nicht annehmen, wenn die Möglichkeit besteht, daß sie nach Maßgabe der Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 892 f.) erhoben ist (§ 892 A 2 Abs 3; RGZ 31, 271; 41, 225; 52, 145; DVG 6, 198; a. M. RGZ 40, 265). Ferner ist zu beachten, daß eine frühere Eintragung wegen Fehlens lediglich formellrechtlicher Voraussetzungen für ihre Vornahme noch nicht unrichtig ist (RZA 1, 128; unten Abs 3).

Die Vermutungen können nach § 292 ZPO, soweit sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt (vgl. z. B. § 892 Abs 1 Satz 1, § 1141 Abs 1 Satz 2, § 1148; dazu RG 49, 8), durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden (RG 116, 181). Die Widerlegung ist freilich nicht jedermann freigegeben. Vielmehr muß der Widerlegende ein rechtliches Interesse an ihr haben (RG 92, 70; Warn 1910 Nr 64; Gruch 26, 1119; 54, 1001). Jedoch steht ein solches Interesse und somit der Gegenbeweis jedem zu, der ein das eingetragene Recht ausschließendes oder einschränkendes Recht besitzt oder sonst durch die Eintragung in seinem Recht beeinträchtigt wird (RG Warn 1910 Nr 64; 1936 Nr 116; JW 1911, 944¹). Auch der von dem Bueigentümer auf Herausgabe in Anspruch genommene Besitzer einer Parzelle, der selbst sein Eigentum nicht nachzuweisen vermag, kann geltend machen, jedenfalls habe der Eingetragene (z. B. weil nach seinem und seines Rechtsvorgängers übereinstimmenden Willen die Parzelle nicht Gegenstand des Erwerbs sein sollte) Eigentum nicht erworben (RG JW 1911, 944¹⁰). Der Gegenbeweisführer hat die Tatsachen (DVG 15, 109) darzulegen und nachzuweisen, aus denen hervorgehen soll, daß das eingetragene Recht trotz der Eintragung nicht entstanden oder zwar entstanden, dem-

nächst aber erloschen ist (Abs 1), oder daß das gelöschte Recht trotz der Löschung nicht untergegangen ist (Abs 2). Einen solchen Gegenbeweis hat auch der (z. B. auf Grund eines Zeugnisses über 44-jährigen Besitz eingetragene) Eigentümer zu führen, der aus einem eingetragenen begrenzten Recht in Anspruch genommen wird und sein Eigentum oder das Recht bestreitet (RG JW 1903 Beil 91; V 62/02; V 532/03; DLG 8, 186; 15, 109). Der Gegenbeweis kann insbesondere auch darauf gerichtet werden, daß die Einigung über die Begründung des eingetragenen Rechts (§ 873) oder die Aufgabenerklärung des Berechtigten hinsichtlich des gelöschten Rechts (§ 875) gänzlich fehlt oder nichtig ist oder einen anderen Inhalt hat (RG JW 1903 Beil 91; 1910, 149¹⁹; 1911, 944¹⁰; DLG 8, 186; 15, 109). Bei einer Verkehrshypothek kommt nach § 1138 ferner in Betracht der Beweis, daß die eingetragene Forderung nicht entstanden oder erloschen ist (RG 49, 8; 51, 45; JW 1922, 489¹³; RGZ 29 A 186; 35 A 302). Der Gegenbeweis muß dartun, daß das eingetragene Recht wirklich (materiell) nicht besteht. Die Vermutung kann nicht schon durch den Nachweis entkräftet werden, daß die formellen Voraussetzungen für die Eintragung nicht gegeben gewesen seien, daß insbesondere nach den eingereichten Urkunden die Eintragung (z. B. des Eigentums auf Grund eines angeblich widerspruchsvollen Zeugnisses über 44-jährigen Besitz) vom Grundbuchrichter nicht hätte vorgenommen werden sollen. Denn das **Eingetragensein** als solches gewährt die Vermutung für das Bestehen des eingetragenen Rechts ohne Rücksicht darauf, wie es zu der Eintragung gekommen ist. Aus dem Mangel formeller Voraussetzungen allein ergibt sich aber das Nichtbestehen des Rechts und damit die Unrichtigkeit des Grundbuchs noch nicht (RG JW 1912, 145²²; RM 1, 128). Der Gegenbeweis muß jede Möglichkeit ausräumen, daß das eingetragene Recht, sei es auch in anderer Weise, zur Entstehung gelangt ist und daß das gelöschte Recht auf andere Weise erloschen ist. Solange dies nicht geschehen ist, ist sowohl der Grundbuchrichter als auch der Prozeßrichter an die gesetzliche Vermutung gebunden (RG 57, 322; 92, 71; JW 1905, 318⁴; 1906, 181⁷; 1922, 489¹³; Gruch 57, 989). Daber genügt z. B. zur Widerlegung der Vermutung, daß der als Eigentümer Eingetragene Grundstückseigentümer sei, nicht der Nachweis, daß der Rechtsakt nichtig ist, auf Grund dessen die Eigentumseintragung erfolgt ist (z. B. die Auflassung infolge Irrtumsanfechtung oder wegen fehlender Verfügungsbefugnis des Veräußerers). Vielmehr muß dargetan werden, daß das Eigentum des Eingetragenen auch nicht auf andere Weise erworben sein kann (RG 127, 281). Veruft sich der als Eigentümer Eingetragene, nachdem der Gegenbeweis geführt ist, daß derjenige, von dem er sein Eigentum ableitet, nicht Eigentümer war, auf eigene Erßigung (nach früherem Recht), so liegt nicht ihm hierfür die Darlegungs- und Beweispflicht ob, sondern der Gegenbeweiszüherer muß auch diesen Rechtsgrund widerlegen (RG Gruch 57, 989). Klagt der Eigentümer, auf dessen Grundstück auf Grund seines Bekenntnisses in der Schuldburkunde, ein Darlehn erhalten zu haben, eine Hypothek für das Darlehn eingetragen ist, gegen den eingetragenen Gläubiger auf Löschung der Hypothek mit der Behauptung, das Darlehn tatsächlich nicht erhalten zu haben, so liegt ihm, wenn der Gläubiger zugestcht, das Darlehn nicht bar gegeben zu haben, aber behauptet, eine ihm gegen den Eigentümer zustehende andere Forderung sei durch Vereinbarung (§ 607 Abs 2) in eine Darlehnsforderung umgewandelt und der Hypothekbestellung zugrunde gelegt worden, nach § 891, 1138 die Widerlegung dieser Behauptung ob (RG JW 1922, 489¹³; § 894 A 5). Es muß auch dargetan werden, daß die etwa schon bewiesene ursprüngliche Unrichtigkeit der Eintragung nicht nach den Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nachträglich wieder gehoben worden ist (oben Abs 2; RG SeuffA 87 Nr 146). Eine tatsächliche Vermutung für die Unrichtigkeit steht dem Beweise der Widerlegung der Richtigkeit einer Eintragung nicht gleich (RG JW 1922, 489¹³). Der Richter kann aber aus einer solchen Vermutung unter Umständen nach freier Überzeugung (§ 286 ZPO) entnehmen, daß der Beweis der Widerlegung geführt sei. Ist aber der Beweis geführt, daß das im Grundbuch eingetragene Recht gegenwärtig dem eingetragenen Berechtigten nicht zustehe, und ist damit die gesetzliche Vermutung widerlegt, so kann § 891 nicht mehr zur Stütze der Behauptung verwendet werden, daß das Recht früher einmal der Eintragung gemäß gültig entstanden gewesen sei und bestanden habe (RG HRN 1935 Nr 1408).

Die Vermutungen können bei eingetragenen Rechten dann nicht Platz greifen, wenn sich **auf verschiedenen Grundbuchblättern entgegengesetzte Eintragungen** finden. Denn da für die Eintragung auf dem einen Grundbuchblatt die gleiche Vermutung sprechen würde wie für die auf dem anderen Grundbuchblatt, heben sich beide Vermutungen gegenseitig auf (RG 56, 60; Gruch 53, 874). Dies gilt besonders für den Fall, daß im Grundbuch dieselbe Parzelle verschiedenen Eigentümern zugeschrieben (RG 56, 58, auch 11, 278; 13, 248; 29, 205; 39 S. 241, 256; Gruch 33, 1069; JW 1895, 458²³; 1900, 573²²; RGZ 39 A 158) oder für einen Eigentümer auf mehreren Grundbuchblättern eingetragen ist. In dem ersten Falle muß derjenige, der das Eigentum an der Parzelle in Anspruch nimmt, nicht nur gegenüber dem anderen als Eigentümer Eingetragenen, sondern auch gegenüber jedem Dritten nachweisen, daß er nach den Umständen des materiellen Rechts über den Eigentumserwerb wirklich Eigentum an der Parzelle erworben hat (RG 56, 60, auch 39 S. 243, 256; JW 1895, 458²³; Gruch 33, 1069). Ist die Parzelle deswegen doppelt gebucht, weil sie bei der Übertragung des Eigentums auf einen anderen nicht im Grundbuchblatt des Stammgrundstücks gelöscht wor-

den ist, so ist der Erwerber zwar Eigentümer geworden, kann sich aber nicht wegen seiner Eintragung als Eigentümer auf die Vermutung des § 891 berufen, sondern muß seinen Eigentumserwerb nachweisen (vgl. jedoch RG 56, 61). In dem zweiten Falle muß derjenige, der die Parzelle aus einem für ihn auf dem einen Grundbuchblatt eingetragenen Recht als Verbriefungsobjekt in Anspruch nimmt, nachweisen, daß die Parzelle ausschließlich zu dem mit seinem Recht belasteten Grundstück gehört. In diesen Fällen versagt auch die Wirkung eines Rechtserwerbs unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nach § 892. Denn das Grundbuch umfaßt den gesamten Inhalt aller Grundbuchblätter. Daher kann das auf dem einen Grundbuchblatt eingetragene insoweit nicht als richtig gelten, als auf einem anderen Grundbuchblatt Entgegengesetztes eingetragen ist (RG 13, 248; 29, 205; JW 1900, 573²²; 1933, 1339⁶; auch für Doppelbuchung auf demselben Grundbuchblatt; JFG 18, 180). In dem zuerst genannten Falle erlangt also derjenige, dem der als Eigentümer der doppelt gebuchten Parzelle Eingetragene das Eigentum an der Parzelle überträgt oder ein begrenztes dingliches Recht bestellt, nur dann das Eigentum oder das Recht, wenn der Veräußernde wahrer Eigentümer der Parzelle ist. In dem zweiten Falle erwirbt, wenn der Eigentümer die Parzelle unter Ausnutzung der Doppelbuchung nacheinander an verschiedene Erwerber veräußert, derjenige das Eigentum, der das Grundstück erwirbt, zu dem die Parzelle wirklich gehört. Jedoch wird in der Regel anzunehmen sein, daß der Eigentümer die Parzelle dem ersten Erwerber als zu dem an ihn veräußerten Grundstück gehörig mitveräußert hat, auch wenn sie bisher nicht zu diesem Grundstück gehört hat. Wenn das der Fall ist, wird zu folgern sein, daß der erste Erwerber Eigentümer geworden ist. Das Verfahren des Grundbuchamts zur Beseitigung von Doppelbuchungen ist geregelt in § 38 der Grundbuchverordnung v. 8. 8. 1935.

Ein bei einer Eintragung vermerkter Widerspruch beseitigt die Vermutung noch nicht. Denn er ist nur eine vorläufige Eintragung zum Schutz des angeblich außerhalb des Grundbuchs bestehenden Rechts gegen die Wirkung eines gutgläubigen Erwerbs und hat für sich allein keine Beweisraft gegenüber dem Recht, gegen das er sich richtet. Erst bei endgültiger Feststellung des gesicherten Rechts erweist sich die Eintragung als unrichtig (i. r.; RG HRR 1932 Nr 317).

5. Aus der Vermutung, daß das eingetragene Recht dem Eingetragenen zusteht, folgt, daß bis zum Beweise des Gegenteils (A 4) der als Berechtigter Eingetragene als wirklicher Berechtigter und das Recht als materiell bestehend gilt, wie es eingetragen ist (RG 116, 181). Der als Eigentümer Eingetragene kann also alle Eigentumsansprüche geltend machen, insbesondere auch die Herausgabe der auf dem Grundbuchblatt verzeichneten Grundstücke (A 3 Abs 2) verlangen, ohne den Nachweis erbringen zu müssen, daß und auf welche Weise er das Eigentum daran erworben hat. Andererseits kann aber auch ohne weiteren Nachweis gegen ihn als Eigentümer geklagt und die Zwangsvollstreckung (§§ 866, 869 ZPO; § 17 ZVG) in die Grundstücke, die als sein Eigentum eingetragen sind, betrieben werden (OLG 8, 186). Entsprechendes gilt für die eingetragenen begrenzten Rechte (A 4). Auf den Zeitpunkt des Erwerbs am Eintragungstage bezieht sich die Vermutung nicht (RG 141, 382; HRR 1929 Nr 950; 4. 2. 1931 V 350/29; JW 1935, 1505²³; a. M. JFG 11, 281). Die Vermutung setzt nicht voraus, daß zur Entstehung oder zum Erwerb des Rechts die Eintragung notwendig war. Sie gilt also auch dann, wenn das Recht bereits außerhalb des Grundbuchs entstanden oder von dem Eingetragenen erworben war (z. B. das Eigentum nicht durch Auflassung, sondern durch Erbfolge) und das entstandene Recht oder der Erwerb durch die Eintragung nur beurkundet worden ist (A 1; RG 2, 229; 28, 227). Bei begrenzten dinglichen Rechten erstreckt sie sich aber nur auf das Recht selbst, nicht auch auf den persönlichen Anspruch, der etwa damit verbunden ist (RG 60, 249). Eine Ausnahmevorschrift enthält § 1138 für die Verkehrshypothekensforderung (RG 49, 8; 51, 45). Die Vermutung des § 891 einschränkende (A 2) Sonderbestimmungen über den Erwerb und die Geltendmachung einer Hypothek enthalten ferner die §§ 1117, 1141 Abs 1 Satz 2, 1148 (dazu RG 49, 8), 1155, 1160, 1161. Auf eine von vornherein unmögliche Eintragung kann die Vermutung aus § 891 nicht gegründet werden. Dies gilt z. B., wenn der als Berechtigter Eingetragene bereits zur Zeit der Eintragung gestorben war (OLG 41, 25). Ferner erstreckt sich die Vermutung nicht darauf, daß der eingetragene Berechtigte geschäftsfähig oder unbeschränkt verfügungsfähig ist. Denn nur das Bestehen und der Erwerb des Rechts wird vermutet. Wohl aber erstreckt sich die Vermutung auch darauf, daß der Eingetragene Rechtspersönlichkeit besitzt. Das ist z. B. von Bedeutung, wenn es sich fragt, ob eine als Berechtigte eingetragene Stiftung die erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde gefunden und so Rechtspersönlichkeit erlangt hat. Hier greift die Vermutung des § 891 ein, weil beim Fehlen der Rechtspersönlichkeit das Recht nicht hätte eingetragen werden dürfen (RG 88, 88; 127, 263; preussische Kirchengemeinde in vorlandrechtlicher Zeit; OLG 26, 73; 40, 33; altrechtliche Aktiengesellschaft, der die erforderliche staatliche Genehmigung versagt war; 40, 43; der staatlichen Verleihung bedürftendes katholisches Krankenhaus). Ergibt sich aber aus dem Inhalt der Eintragung selbst, daß der Eingetragene keine Rechtspersönlichkeit besitzt (ist z. B. für eine Polizeibehörde eine Baubefchränkung eingetragen), so liegt eine ihrem Inhalt nach unzulässige Eintragung vor, so daß (A 3 Abs 1) die Vermutung nicht Platz greift (RGZ 39 A 210; vgl. RG 88,

88). Der § 891 Abs 1 hat keine Bedeutung für die Frage, ob ein Grundstück (Grundstücksrecht) wegen eines Treuhandverhältnisses zur Konkursmasse eines anderen als des eingetragenen Eigentümers (Rechtsinhabers) zu ziehen ist oder ob es wegen eines solchen Verhältnisses im Konkurs des eingetragenen als materiell und wirtschaftlich einem anderen gehörend zu behandeln ist und dessen Aussonderungsanspruch (§ 43 KO) unterliegt. Dasselbe gilt für die Frage, ob im ersten Falle dem Gläubiger eine Hypothek an dem Grundstück mit Rücksicht auf sein Aussonderungsrecht zufolge der in § 64 KO angeordneten Beschränkung gegen die Konkursmasse nur ein Anspruch auf verhältnismäßige Befriedigung wegen des Ausfalls zusteht (RG 91, 14; § 892 A 2 Abs 1 a. E.). Die Vorschrift des § 891 Abs 1 kann auch nicht dazu verwendet werden, um eine arglistige Täuschung in Ansehung solcher Verhältnisse zu beweisen (RG JW 1929, 2592 ?). — Der zu Unrecht als Berechtigter eingetragene kann nach § 900 durch Tabularerziehung das Recht erwerben.

6. Eine **Löschung** kann erfolgen zur Beseitigung eines nicht entstandenen, unrechtmäßig eingetragenen Rechts, also zur Berichtigung des Grundbuchs (§ 894), ferner zur Beurkundung des bereits außerhalb des Grundbuchs eingetragenen Erlöschens eines eingetragenen Rechts und endlich zur Herbeiführung der Aufhebung des eingetragenen Rechts, wenn dazu die Löschung erforderlich ist (§ 875). In allen diesen Fällen ist die Möglichkeit gegeben, daß trotz der Löschung das Recht bestehengeblieben ist, weil die materiellrechtlichen Grundlagen und Voraussetzungen für die Löschung tatsächlich nicht vorlagen (z. B. wenn der eingetragene Gläubiger einer Hypothek, die durch Zahlung eines früheren Eigentümers zu dessen Eigentümergrundschuld geworden war, dem gegenwärtigen Eigentümer Löschungsbevollmächtigung erteilt hat: RG Warn 1912 Nr 11). Durch eine solche unrechtmäßige Löschung gehen dingliche Rechte (für die Vormerkung § 886 A 3 Abs 2) nicht unter (RG 62, 100; 73, 174; Warn 1912 Nr 11); das Grundbuch wird vielmehr unrichtig; der Berechtigte kann im Wege des Berichtigungsverfahrens (§ 894) die Wiedereintragung verfolgen (RG Warn 1912 Nr 11; 13. 3. 1909 V 470/08). Nach Abs 2 § 891 streitet aber gegen den bisher eingetragenen Berechtigten die Vermutung für das Nichtbestehen des Rechtes, die er widerlegen muß, wenn er das Fortbestehen des Rechts geltend macht (A 4). Ferner kann das zu Unrecht gelöschte Recht gemäß § 901 durch Verjährung erlöschen. Weiter haben gelöschte Vermerkte grundbuchlich kein rechtliches Dasein. Sie schließen einen Rechtserwerb unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs mit der Wirkung des § 892 Abs 1 Satz 1 nicht aus, zumal gerade infolge der Löschung für den Erwerber die Annahme nahe liegt, daß das gelöschte Recht wirklich erloschen ist. Wer ein dem gelöschten Recht entgegenstehendes Recht am Grundstück erwirbt, braucht sich das Fortbestehen des gelöschten Rechts nur dann entgegenhalten zu lassen, wenn er das Bestehen wirklich gekannt hat (RG 62, 100 ff.; Gruch 40, 1135). Dem Berechtigten, der diese Kenntnis des Erwerbers des andern Rechts nicht dartun kann, bleiben nur Schadensersatzansprüche (§§ 823, 251) gegen denjenigen, der die Löschung unrechtmäßig herbeigeführt hat (RG Warn 1912 Nr 11; 16. 3. 1907 V 351/06). Dies gilt jedoch nicht für solche Rechte, deren Eintragung zwar zulässig ist, die aber zum Entstehen und Fortbestehen der Eintragung nicht bedürfen (z. B. für eine Grundgerechtigkeit nach früherem preussischen Rechte: A 1). Denn der öffentliche Glaube des Grundbuchs wirkt nur für und gegen solche Rechte, die zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedürfen (RG 62, 99; JW 1897, 615⁹⁸). Daher müssen auch gutgläubige Erwerber das Fortbestehen solcher zu Unrecht gelöschten Rechte gegen sich gelten lassen. Die Vermutung aus Abs 2 § 891 steht ihnen nicht zur Seite (RG 62, 103). Eine Vermutung dafür, daß das gelöschte Recht bis zur Löschung bestanden habe, ergibt sich aus § 891 nicht. Denn Abs 1 knüpft die Vermutung für das Bestehen eines Rechts lediglich an dessen gegenwärtiges Eingetragensein (JW 1930, 157²), und Abs 2 bestimmt nur eine Vermutung für das Nichtbestehen eines Rechts (RG 121, 318). Ein Widerspruch, der gegen eine Eintragung oder gegen eine Löschung eingetragen ist, steht der Vermutung nicht entgegen, daß das eingetragene Recht besteht (Abs 1) oder daß das gelöschte Recht erloschen ist (Abs 2). Denn er hat nur die Wirkung, daß dem aus ihm Berechtigten die Geltendmachung der etwaigen, erst noch darzutunenden Unrichtigkeit der Eintragung oder der Löschung auch im Falle eines späteren Rechtserwerbs unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§§ 892 f.) erhalten wird (A 4 a. E.).

§ 892

Zugunsten¹⁾ desjenigen²⁾, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte³⁾ durch Rechtsgeschäft⁴⁾ erwirbt²⁾, gilt⁵⁾ der Inhalt des Grundbuchs⁶⁾ als richtig⁷⁾, es sei denn⁸⁾, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen⁹⁾ oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist¹⁰⁾. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt¹¹⁾, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich¹²⁾ oder dem Erwerber bekannt ist¹⁰⁾.

Ist zu dem Erwerbe des Rechtes die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung oder, wenn die nach § 873 erforderliche Einigung erst später zustande kommt, die Zeit der Einigung maßgebend¹³⁾.

§ 1 837, 844 II 810; III 208 ff.; IV 3 75 ff., 214 f., 588 f., 707 f.; 6 222, 380, 398.

1. Nur zugunsten des Erwerbers wirkt der öffentliche Glaube des Grundbuchs, nicht zu seinem Nachteil (Prot 3, 85). Der Erwerber ist also nicht gehindert, gegenüber Dritten, die das erworbene Recht grundbuchmäßig belasten und die er beim Erwerb für bestehend gehalten hat, die aber tatsächlich nicht rechtsbeständig sind, die Rechtsunwirksamkeit der Eintragung und das Nichtbestehen der Rechte geltend zu machen (z. B. kann der Eigentümsrwerber die Beseitigung eines nicht rechtsbeständigen Vorkaufrechts gemäß § 894 verlangen, auch wenn er das Vorkaufrecht als bestehend erachtet hat). Nicht aber hat das Gesezeswort „zugunsten“ die Bedeutung, daß der Inhalt des Grundbuchs nur dann als richtig gelten soll, wenn der Erwerber den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ausdrücklich für sich in Anspruch nimmt. Wird z. B. auf Grund eines Kaufgeschäfts ein Grundstück vom eingetragenen Nichtigentümer oder eine nicht rechtsbeständige Hypothek vom Buchgläubiger auf den gutgläubigen Käufer übertragen, so gilt dieser kraft Gesetzes auch dann als Eigentümer des Grundstücks oder als Gläubiger einer rechtsbeständigen Hypothek und der Verkäufer hat auch dann der ihm nach § 433 Abs 1 obliegenden Pflicht zur Verschaffung des Eigentums oder der Hypothek genügt, wenn der Käufer das Eigentum oder die Hypothek als rechtsbeständig nicht für sich in Anspruch nehmen möchte (RG 81, 266).

2. Die Fiktion der Richtigkeit des Grundbuchinhalts gilt nur zugunsten desjenigen, der im Sinne des § 892 ein Recht erwirbt, nicht zugunsten eines jeden, insbesondere auch nicht zugunsten von Berechtigten, die an dem einzelnen Rechtsrwerb nicht beteiligt sind (II 7). Ist daher ein Recht zu Unrecht gelöscht, so daß es außerhalb des Grundbuchs fortbesteht, so wird das Recht nur demjenigen gegenüber unwirksam, der ein entgegenstehendes Recht ohne Kenntnis des Fortbestehens jenes Rechts erwirbt (§ 891 II 6); anderen gegenüber aber bleibt das gelöschte Recht bestehen. Ist z. B. eine ersttellige Hypothek unrechtmäßig gelöscht, so kann ihre Wiedereintragung nur im Range nach einer Hypothek erfolgen, die inzwischen für einen gutgläubigen Dritten bestellt worden ist, während ein Hypothekengläubiger, dessen Hypothek bereits vor der Löschung eingetragen war, dulden muß, daß die gelöschte Hypothek wieder mit dem Range vor ihm eingetragen wird (§ 875 II 5, 6; § 879 II 3). Wenn aber das erworbene und das andere Recht derart in Widerstreit miteinander stehen, daß dieses beim Bestehen jenes gar kein rechtliches Dasein haben kann, so muß das andere Recht gänzlich untergehen. So geht z. B. eine zu Unrecht gelöschte Hypothek unter im Falle eines gutgläubigen Erwerbs des Grundstücks Eigentums durch einen Dritten. Denn diesem gegenüber kann die gelöschte Hypothek nicht zur Wiedereintragung und gegenüber den anderen Realberechtigten ohne Eintragung nicht zur Geltung gebracht werden (a. M. NZM 6, 243). Für die Frage, ob ein Grundstück wegen eines Treuhandverhältnisses zur Konkursmasse eines anderen als des eingetragenen Eigentümers zu ziehen ist oder ob es im Konkurse des Eingetragenen als materiell und wirtschaftlich einem anderen gehörend zu behandeln ist und dessen Aussonderungsanspruch (§ 43 KO) unterliegt, hat § 892 keine Bedeutung. Dasselbe gilt für die Frage, ob im ersteren Falle dem Gläubiger einer Hypothek an dem Grundstück gegen die Konkursmasse zufolge der im § 64 KO angeordneten Beschränkung wegen seines Aussonderungsrechts nur ein Anspruch auf verhältnismäßige Befriedigung für den Ausfall zusteht. Es kommt im ersten und dritten Falle nur auf die objektive Zugehörigkeit des Grundstücks zu der Konkursmasse, im zweiten Falle nur auf seine Zugehörigkeit zum Vermögen des die Aussonderung Beanspruchenden an. Insbesondere spielt im dritten Falle keine Rolle der gute Glaube des Hypothekengläubigers an die Richtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich des Eigentums des als Eigentümer Eingetragenen, der für ihn die Hypothek bestellt hat (RG 91, 14). Vgl. im übrigen zum Eingreifen des § 892 beim Erwerb durch einen Treuhänder und zum Begriff der Treuhandschaft RG 127, 341; 133, 84.

Erwerber ist, wer das Recht des bisherigen Inhabers oder ein begrenztes Recht aus dem Recht des Inhabers für sich selbst erlangt. Wer lediglich die Verfügungsmacht über das Recht erlangt, ist nicht Erwerber. Daher können z. B. dem Konkursverwalter (§ 6 KO) alle Einreden gegen das Bestehen eines Rechts entgegengehalten werden, die gegenüber dem Gemeinschaftschuldner als Inhaber des Rechts gegeben waren (RG 19, 62; Gruch 52, 1061). Dasselbe gilt, wenn eine Hypothek nur zur Einziehung oder Einklagung abgetreten wird (RG 72, 379). Ferner ist nicht Rechtsrwerber, wer zwar einen persönlichen (schuldrechtlichen) Anspruch auf Bestellung oder Übertragung eines Rechts hat (z. B. infolge Kaufs), wenn aber das Recht noch nicht gemäß § 873 bestellt oder übertragen worden ist (RGZ 26 A 252; 33 A 279; DLG 6, 98; II 10 Abs 2). — Zweck des Gesetzes ist der Schutz eines neu hinzutretenden, dem in Betracht kommenden Grundstücksrecht bisher fernstehenden Erwerbers, dessen Kenntnis von den Rechtsverhältnissen nicht erwartet werden kann, der deshalb auf den Inhalt des Grundbuchs angewiesen ist und zur Wahrung der Sicherheit des Rechtsverkehrs in seinem Vertrauen auf die

Richtigkeit und Zuverlässigkeit des Grundbuchs geschützt werden soll (RG 117, 265; 119, 129; 123, 56; 129, 121; 136, 148). Aus dem Gesetzeszweck ist — zur Bekämpfung unverkennbarer Mißstände, die aus der formalen Ausnutzung des § 892 im Verkehr sich ergeben haben, — in neueren Schrifttum (Epping NZ 1931, 171; Heinsheimer Grund 72, 195; Endemann zu JW 1931, 610²⁹) die Ansicht hergeleitet worden, § 892 sei grundsätzlich auszuschalten, wo nach den Umständen des Einzelfalls der Schutz des Erwerbers mit Recht und Billigkeit nicht vereinbar sei, sondern ein dieses Schutzes nicht bedürftiges und nicht würdiges Geschäft vorliege. Ob diese wirtschaftlich gesunde, nach der Gesetzeslage aber nicht ganz unbedenklische und der gerichtlichen Entscheidung des Einzelfalls erhebliche Schwierigkeiten bereitende Lehre in der Rechtsprechung sich voll durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Ihr Grundgedanke läuft auf die Einfügung des § 242 in das Sogenschaftsrecht hinaus, ein Ergebnis, dem die neueste Rechtsprechung des Reichsgerichts in wachsendem Maße zuzuneigen scheint (§ 242 Nr. 1). Jedenfalls hat die Rechtsprechung dem Zweck des Gesetzes folgenden Grundsatz entnommen: § 892 greift nur dann Platz, wenn ein **eigentliches Verkehrsgeschäft** vorliegt, d. h. wenn der **Erwerber eine vom Veräußerer verschiedene Person** ist. Die Vorschrift kommt daher z. B. nicht zur Anwendung, wenn der Grundstücks-eigentümer für sich selbst ein dingliches Recht (Grundschuld nach § 1196) an dem Grundstück bestellt (JW 1927, 805²; JFG 3, 412; DLG 46, 61 u. 63) oder für sich bei der Veräußerung des Grundstücks vom Erwerber bestellen läßt (JFG 5, 433). Auch ist § 892 nicht anzuwenden auf Fälle, in denen nur wirtschaftlich die Verfügungsmacht über ein Grundstück, aber nicht rechtlich das Eigentum an ihm wechselt, z. B. nicht auf den Fall, wo alle Aktien einer Aktiengesellschaft, die Grundstückseigentümerin ist, in andere Hände übergehen, die Gesellschaft aber Eigentümerin bleibt (RG 118, 385). Aber auch beim Eigentumswechsel im Rechtssinne, der sich in den Formen der §§ 873, 925 vollzogen hat, kann unter Umständen § 892 nicht eingreifen, so z. B. dann, wenn kein neu hinzutretender Erwerber das Grundstück erlangt, sondern trotz des juristischen Übertragungsfalles das Grundstück in Wirklichkeit in der Hand derselben natürlichen Person bleibt, also nur die Rechtsform ihres Eigentums sich wandelt (RG 129, 121). Deshalb findet § 892 keine Anwendung, wenn die an einer Gemeinschaft zur gesamten Hand (z. B. fortgesetzte eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft, offene Handelsgesellschaft) Beteiligten bei der Auseinanderlegung das zum Gesamtvermögen gehörige Grundstück an einen von ihnen oder an mehrere nach Bruchteilen übereignen oder wenn die Gesamthänder das Grundstück einer anderen aus ihnen gebildeten Gemeinschaft zur gesamten Hand (z. B. Kommanditgesellschaft) übertragen (RG 117, 257; 119, 126; 120, 333; 129, 119; Grund 71, 272; Sauffl 85 Nr. 49; JW 1927 S. 805², 1000¹⁹, 1896¹⁵; DLG 46 S. 46, 73; noch weiter gehen JW 1927, 2521⁴; 1928 S. 193⁹, 522²; a. M. JW 1926, 992²; 1927 S. 617, 62⁹; JFG 3, 409). Dasselbe gilt für folgende Fälle: wenn das Grundstück einer Gesellschaft m. b. H. von ihrem Geschäftsführer, nachdem er alle Geschäftsanteile erworben hat, an ihn selbst als natürliche Person aufgelassen wird (RG 126, 46) oder wenn der Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H., der alle Geschäftsanteile besitzt, sein Grundstück an die Gesellschaft aufläßt (RG 143, 207); wenn das Grundstück von einer offenen Handelsgesellschaft an eine Gesellschaft m. b. H. oder von mehreren Bruchteilseigentümern an eine Aktiengesellschaft übereignet wird, sofern zur Zeit der Übereignung dieselben Personen alleinige Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft m. b. H. oder die bisherigen Bruchteilseigentümer zugleich alleinige Aktionäre der Aktiengesellschaft sind (RG 119, 126; JW 1927, 1431⁵; DLG 46, 47). Doch greift in solchen Fällen § 892 wiederum Platz, wenn bei dem Erwerb auf der Erwerbseite außer den veräußernden Personen noch eine oder mehrere andere Personen stehen, die bisher am Grundstückseigentum unbeteiligt waren, z. B. als weitere Gesamthänder oder Gesellschafter der Gesellschaft m. b. H. oder Aktionäre der Aktiengesellschaft (RG 117, 267; 119, 132; Warn 1936 Nr. 171; JW 1930, 3740⁶; 1931, 2731³²; HR 1931 Nr. 591; Recht 1930 Rpr Nr. 1711; noch weiter geht JW 1928, 1827³), es sei denn, daß die bisher grundstücksfremden Miterwerber nur als Strohmänner für die früheren Eigentümer auftreten (RG 130, 390; HR 1931 Nr. 591; 8. 3. 1930 V 143/29). § 892 ist anwendbar, wenn eine Aktiengesellschaft ihr Grundstück an einen einzelnen Aktionär veräußert (RG JW 1929, 1387¹⁹), es sei denn, daß dieser alle Aktien besitzt (RG HR 1931 Nr. 1047). Treten nach außen hin als Veräußerer und Erwerber verschiedene natürliche oder juristische Personen auf, so hat die Beweislast dafür, daß dennoch Personengleichheit auf beiden Seiten besteht und folglich kein eigentliches Verkehrsgeschäft vorliegt, derjenige, der sich darauf beruft (RG 8. 3. 1930 V 143/29). In HR 1937 Nr. 1005 wird § 892 für anwendbar erklärt bei einer Veräußerung, die zwar objektiv betrachtet kein Verkehrsgeschäft darstellte, bei der aber der Erwerber die für den Mangel der Verkehrseigenschaft des Veräußerungsgeschäfts maßgeblichen Umstände nicht kannte. Die für die Grundstücksveräußerung entwickelten Grundsätze gelten auch für die Grundstücksbelastung. Nach ihnen ist z. B., wenn eine Gesellschaft m. b. H. an ihrem Grundstück eine Hypothek für einen ihrer Gesellschafter bestellt, die Frage zu entscheiden, ob der Hypothekengläubiger kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs den Vorrang erhält vor einer zwar gelöschten, aber in Wirklichkeit (teilweise) noch bestehenden anderen Hypothek (RG 130, 341). Belastet der Bevollmächtigte einer Aktiengesellschaft deren Grundstück mit einer Hypothek für eine Gesellschaft m. b. H., deren alleiniger Inhaber

er ist, so liegt nach **RG** 131, 64 Personenverschiedenheit und damit ein Verkehrsgeschäft auch dann vor, wenn der Bevollmächtigte der wirtschaftliche Beherrscher des belasteten Grundstücks ist; es soll daher, wenn ein Dritter geltend macht, er sei der Grundstückseigentümer, die Aktiengesellschaft habe als Nichtberechtigter das Grundstück belastet, für den Hypothekenerwerb der Gesellschaft m. b. H. auf deren guten Glauben an das Grundstückseigentum der Aktiengesellschaft ankommen; das wenig befriedigende Ergebnis hätte sich wohl bei freier Behandlung der Frage nach der Personenverschiedenheit vermeiden lassen.

Die Fiktion gilt auch zugunsten des Rechtsnachfolgers des Erwerbers, da auf ihn das Recht so übergeht, wie es in der Hand des früheren Erwerbers bestand (**Prot** 3, 84; **OLG** 2, 266). Selbst eine Schlichtgläubigkeit hinsichtlich des früheren Erwerbes schadet dem Rechtsnachfolger nicht. Denn kraft der Fiktion gilt das von dem früheren gutgläubigen Erwerber erworbene Recht mit dem buchmäßigen Inhalt und Rang als wirklich bestehend; entgegenstehende Einreden werden hinfällig; Rechte, die sich mit dem Recht des Erwerbers nicht vereinigen lassen, erlöschen; andere entgegenstehende Rechte werden dem Erwerber gegenüber unwirksam (z. B. das Eigentum des wahren Eigentümers gegenüber demjenigen, der vom Bucheigentümer eine Hypothek bestellt erhalten hat). Daher ist das Grundbuch seit dem ersten gutgläubigen Erwerb in Ansehung des erworbenen eingetragenen Rechts nicht unrichtig (**Prot** 3, 84; **RG** 120, 353; 131, 64; 134, 284; **OLG** 2, 266). So wird z. B., wenn A von B eine diesem nicht gehörende Parzelle gutgläubig zum Eigentum erworben hat, derjenige, dem A die Parzelle weiterüberträgt, auch dann Eigentümer, wenn er weiß, daß B nicht Eigentümer war. Denn das Eigentum des B besteht seit dem Erwerb des A nicht mehr; also ist dem Rechtsnachfolger des A nicht etwas bekannt, was das Grundbuch unrichtig machte. Hatte der Bucheigentümer B, der nicht wahrer Grundstückseigentümer war, für den in Ansehung des Eigentums des B gutgläubigen A eine Hypothek bestellt, so ist C, der die von A als Erstgläubiger erworbene Hypothek sich abtreten läßt, auch dann in seinem Erwerb als Zweitgläubiger geschützt, wenn zwischen dem Erwerb des A und der Abtretung an C ein Widerspruch gegen das Eigentum des B eingetragen worden ist (**RG** 129, 128). Unter Heranziehung des § 185 hat das Reichsgericht einen unter dem Schutze des § 892 stehenden Zweiterwerb auch in folgendem Falle angenommen: A, eingetragener Gläubiger einer nichtigen Buchhypothek, hatte die Hypothek an B abgetreten; B hatte vor seiner Eintragung als Gläubiger die Hypothek an C abgetreten; C kannte die Nichtigkeit der Hypothek nicht und wurde als Gläubiger eingetragen; sein Erwerb ist geschützt, weil der öffentliche Glaube des Grundbuchs, das den A als Gläubiger auswies, zu Gunsten des C ersetzt die mangelnde Befugnis des A, in die Weiterabtretung des B an C zu willigen, eine Erklärung, die an sich in der Abtretung des A an B lag (**RG** 6. 2. 1935 V 348/34). Ein weiteres Beispiel: Wenn zunächst für A eine Hypothek bestellt ist, die wegen Nichtigkeit der Forderung (z. B. einer Kaufpreisforderung aus einem Bordellkauf) von A nicht als Hypothek erworben worden ist, demnächst B den A beerbt, die Hypothek an den gutgläubigen C abtritt und dann den C beerbt, so besteht die Hypothek rechtswirksam für B (**RG** Gruch 63, 485). Auch sonst kommt, wenn das veräußerte Recht von dem Erwerber an den Veräußerer zurückübertragen wird, diesem in der Regel der gute Glaube des Erwerbers zugute. So gilt z. B. im Falle der Veräußerung und Rückübertragung einer nichtigen Hypothek, wenn der Erwerber hinsichtlich ihres Bestehens gutgläubig war, die Hypothek für den zurückempfangenden Veräußerer als bestehend, selbst wenn er bei der Veräußerung schlechtgläubig war. Anders liegt die Sache aber, wenn die Rückübertragung ihren rechtlichen Grund schon in dem Veräußerungsgeschäft hat und nur zur Erfüllung der in diesem Geschäft unter bestimmten Voraussetzungen bereits vorgesehenen Rückübertragungspflicht erfolgt, wie dies z. B. bei der Übereignung sicherheits halber der Fall ist. Hier erfolgt durch die Rückübertragung keine neue Veräußerung; vielmehr wird das lediglich in äußerlicher Rechtsform vorgenommene (erste) Veräußerungsgeschäft so rückgängig gemacht, wie wenn es nicht getätigt worden wäre (**ZB** 1922, 788; **HR** 1934 Nr 324; **RG** 15. 3. 1935 III 239/34). — Unter einem Rechtsnachfolger, zu dessen Gunsten der gute Glaube des Erwerbers an die Nichtigkeit des Grundbuchs wirkt, ist nicht nur ein Zweiterwerb desselben Rechts zu verstehen, sondern jeder, der sein dingliches Recht vom Ersterwerber herleitet, da dieser zufolge der gesetzlichen Fiktion als der Verfügungsberechtigte gilt. Hat also z. B. A das Grundstückseigentum im guten Glauben an das Nichtbestehen einer an sich zu Unrecht gelöschten Hypothek erworben und dann für B eine Hypothek bestellt, so erwirbt B seine Hypothek mit dem Range, der sich aus dem Erlöschen der gelöschten Hypothek ergibt, gleichviel ob er selbst bezüglich der gelöschten Hypothek in gutem oder bösem Glauben ist (**RG** 128, 53). Wenn ein Recht an Grundstücken durch einen Vertreter bestellt ist, so erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht darauf, daß der Vertreter auch Vertretungsmacht gehabt hat (**A** 6 Abs. 1, 2). Der Rechtsnachfolger des Ersterwerbers kann sich daher auf den Ersterwerb nur dann berufen, wenn der Vertreter von dem eingetragenen Berechtigten Vertretungsmacht hatte oder wenn der Vertretene nachträglich seine Genehmigung erteilt hat (**RG** 134, 284). Die Genehmigung ist aber nur wirksam, wenn der genehmigende eingetragene Berechtigte auch wirklicher Berechtigter und wenn kein Widerspruch gegen die Berechtigung eingetragen ist (§ 184 Abs. 1). Sonst kann sich der Rechtsnachfolger nicht auf einen gutgläubigen Ersterwerb berufen (**RG** 134, 286).

Daß der Erwerber als Berechtigter eingetragen sein muß, um sich auf seinen gutgläubigen Erwerb berufen zu können, ist vom Gesetz nicht vorgegeschrieben. Ist zum rechtsgeschäftlichen Erwerb des Rechts die Eintragung nicht erforderlich (z. B. im Falle der Übertragung einer Briefhypothek nach § 1154 Abs 1), so ist der Erwerber in seinem gutgläubigen Erwerb ebenfalls geschützt (M 3, 211).

Ob der Erwerber das Recht gegen Entgelt oder unentgeltlich erworben hat, macht für die Wirkung des gutgläubigen Erwerbs keinen Unterschied (M 3, 212; Prot 3, 84). Jedoch ist derjenige, der ein Recht von einem als Berechtigter eingetragenen Nichtberechtigten unentgeltlich erworben hat, nach § 816 Abs 1 zur Herausgabe des erlangten rechtlichen Vorteils an den wahren Berechtigten verpflichtet (Prot 3, 82). Wenn also z. B. der Bucheigentümer A an einem in Wahrheit dem B gehörenden Grundstück für den gutgläubigen C eine Hypothek bestellt, so erwirbt C die Hypothek auch dann, wenn sie schenkungsweise bestellt ist; B hat aber einen persönlichen Anspruch gegen C auf Übertragung oder (wenn B inzwischen als Eigentümer eingetragen worden ist) auf Regresshaftung der Hypothek. Mit diesem Anspruch ist B im Falle des Konkurses des C nur Konkursgläubiger (§ 3 RD); ein Aussonderungsrecht (§ 43 RD) steht ihm nicht zu.

3. Rechte an einem Grundstücke sind das Eigentum und die begrenzten dinglichen Rechte an einem fremden Grundstück (§ 873 A 6). Als Rechte an den ein Grundstück belastenden Rechten kommen Nießbrauch und Pfandrecht an Realkassen, Hypotheken und Grundschulden in Betracht. Unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs stehen mithin z. B. folgende Erwerbssfälle: die Übertragung des Grundstückseigentums durch den Bucheigentümer, wobei der Erwerber sowohl gegenüber dem wahren Eigentümer als auch gegenüber zu Unrecht gelöschten Belastungen geschützt ist (M 1); die Bestellung eines begrenzten dinglichen Rechts (z. B. Dienstbarkeit, Vorkaufsrecht, Realkast, Hypothek) an dem Grundstück durch den Bucheigentümer; die Übertragung eines solchen Rechts durch den Buchberechtigten und Realkastrechten A 4); die Bestellung eines Nießbrauchs oder Pfandrechts an einer Realkast, Hypothek oder Grundschuld durch den grundbuchmäßig ausgewiesenen Inhaber dieser Rechte. Letzteres gilt auch für ein Pfandrecht an einer gemäß § 1196 bestellten Eigentümergrundschuld, obwohl diese selbst sich nicht als Rechtservwerb eines Dritten (A 2) im Sinne des § 892 darstellt. Daher wird bei Gutgläubigkeit des Pfandgläubigers das Pfandrecht an der Grundschuld so erworben, wie diese nach Inhalt und Rang durch das Grundbuch ausgewiesen wird (RG 46, 62). Immer aber muß es sich, wenn § 892 Platz greifen soll, um den Erwerb eines dinglichen Rechts handeln. Deshalb steht dem Mieter oder Pächter (der z. B. mit einem Bucheigentümer oder einem zu Unrecht eingetragenen Nießbraucher den Vertrag abgeschlossen hat) der Schutz aus § 892 nicht zur Seite, da sein Recht nur ein scheinbares ist (RG 106, 111). — Auf das bei ungeteilter Erbengemeinschaft einem Miterben zustehende Anteilrecht findet § 892 keine Anwendung, auch dann nicht, wenn die Erben als Eigentümer im Grundbuch eines Nachlaßgrundstücks eingetragen sind. Denn dieses Anteilrecht besteht nur am ganzen Nachlaß; ein Recht am Grundstück ist es nicht. Wird daher z. B. das Recht mehrmals nach einander abgetreten, so geht der erste Erwerber vor, auch wenn der zweite in gutem Glauben war (RGZ 40A 169). Ebenjowenig greift § 892 ein beim Erwerb an einem Recht, das bereits durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks gemäß § 91 ZVG erloschen ist. Denn das nach § 92 ZVG an die Stelle des erloschenen Rechts tretende Recht auf den Versteigerungserlös ist kein Recht am Grundstück mehr (RG 76, 377). Dies gilt insbesondere im Falle der Abtretung einer Hypothek auch dann, wenn die Hypothek noch nicht gelöscht ist (§ 130 ZVG) und der Erwerber nach dem Zuschlag als Gläubiger eingetragen wird oder bei einer Briefhypothek den Hypothekenbrief übergeben erhält. Der Erwerber kann sich dann z. B. hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit der Hypothek oder des Bestehens der Forderung (§ 1138) nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen, da dieses durch den Versteigerungstermin auf die Möglichkeit des Erlöschens der Hypothek durch den Zuschlag hinweist, auch der Versteigerungstermin öffentlich bekannt gemacht und der Zuschlag verkündet wird (RG 76, 378).

Der Erwerb ist nur dann geschützt, wenn die Rechte, die übertragen oder mit einem Recht für den Erwerber belastet werden, im Grundbuch eingetragen sind. Denn die Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs besteht, abgesehen von der Gewährleistung der Vollständigkeit des Grundbuchs, darin, daß zugunsten des Erwerbers der grundbuchmäßige Inhalt des übertragenen oder belasteten Rechts als richtig gilt (RG 116 S. 354, 361; RG Warn 1930 Nr 163). Beruhen die Rechte auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, so bedürfen sie auch der Eintragung, um zur Entstehung zu gelangen (§ 873 Abs 1). Wird über ein Recht verfügt, bevor es eingetragen ist, und wird daher die Verfügung erst mit der Eintragung des Rechts wirksam — wird z. B. eine bestellte, aber noch nicht eingetragene Briefhypothek (Briefgrundschuld) im Voraus von dem zum ersten Gläubiger Bestimmten gemäß §§ 1154, 1117 an einen andern abgetreten —, so findet § 892 zu Gunsten des Abtretungsempfängers keine Anwendung, wenn nicht der Abtretende mit seinem Recht zunächst ins Grundbuch eingetragen wird. Geht es hier aber, so ist der Abtretungsempfänger fortan durch § 892 in seinem guten Glauben an das für den Abtretenden eingetragene Recht geschützt (RG 140, 35). Ist eine für A eingetragene Briefhypothek in Wirk-

lichkeit Eigentümergrundschuld des B, weil die gesicherte Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist (§ 1163 Abs 1 Satz 1, § 1177 Abs 1), so kann sich C, dem B die Grundschuld unter Übergabe des Hypothekenbriefs verpfändet hat, für die Wirksamkeit der Verpfändung nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen, sofern nicht die Voraussetzungen des § 1155 vorliegen (dort A 5). Denn nur A ist als Hypothekengläubiger, aber nicht der verpfändende B als Grundschuldgläubiger eingetragen (**RG** Warn 1930 Nr 163). Jedoch ergibt sich in diesem Falle, wenn die Bestellung der Hypothek für A und dann die Verpfändung an C mit Bewilligung des B erfolgt sind, schon hieraus die Rechtsbeständigkeit der Eigentümergrundschuld und somit die Wirksamkeit der Verpfändung (Warn aaO. a. E.). — Es gibt aber auch Rechte, die ohne Eintragung als dingliche Grundstücksbelastungen bestehen. Sie können entstehen oder vor dem Inkrafttreten des BGB entstanden sein teils kraft Gesetzes (Reichsgesetz oder Landesgesetz) teils auch kraft Rechtsgeschäfts. Sie scheiden sich in solche, die von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen sind, und in eintragbare (Vorbem 2 vor § 873). Weiter gibt es dingliche Grundstücksbelastungen, die auf nicht rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhen, die aber zur Entstehung der Eintragung bedürfen (§ 873 A 1). Sind solche eintragungsbedürftige Rechte zur Eintragung gelangt, so steht der Erwerb durch ihre Übertragung oder Belastung gleichfalls unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens. In Betracht kommen in dieser Hinsicht: die auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts auf Grundstücke des Vormundes, Pflegers oder Beistandes einzutragende Sicherungshypothek (§§ 1844, 1915, 1693; **FGB** § 51); die Zwangs- und Arresthypothek (§§ 886 f., 932 **BPD**); die auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts einzutragenden Sicherungshypotheken für Forderungen gegen den Erstreher (§ 128 Abs 3 **BWG**). Auf den Erwerb durch Übertragung oder Belastung nicht eintragungsfähiger Rechte findet § 892 aber auch dann keine Anwendung, wenn diese Rechte (versehentlich) eingetragen worden sind. Denn nur die Richtigkeit des zulässigen Inhalts des Grundbuchs kann durch den öffentlichen Glauben gewährleistet werden (**RG** 62, 101). Deshalb scheiden für § 892 aus die gesetzlichen Überbau- und Notwegrenten, die nach §§ 914 Abs 2, 917 Abs 2 nicht eingetragen werden (**RG** 62, 101; § 914 A 3). Dasselbe gilt natürlich auch für nicht eintragungsfähige Rechte rein persönlicher (schuldrechtlicher) Natur (Vorbem 2 Abs 2 vor § 873), z. B. ein im Gebiet des gemeinen Rechts begründetes persönliches Wiederkaufrischt, das entgegen den Vorschriften der **Verfallgesetz** v. 20. 12. 1783 ins Grundbuch eingetragen worden ist (**FGB** 18, 257). Aber auch auf den Erwerb an solchen Rechten, die zur Wirksamkeit überhaupt und insbesondere gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen, aber eingetragen werden können (z. B. früher entstandene Grunddienstbarkeiten nach preussischem Recht: § 12 Abs 1 **PrEG** v. 5. 5. 1872, Art 187 Abs 1 **EG**, dazu **RG** 62, 99; 93, 64; preuß. Rentenbankrenten: Vorbem 2 vor § 873; Rechte, die auf Grund der Vorbehalte in Artt 67, 109, 114 **EG** landesgesetzlich bestehen: **RG** 6, 292; 44, 243; 62, 102; **Gruch** 47, 396), findet § 892 selbst dann keine Anwendung, wenn die Rechte eingetragen sind. Denn der öffentliche Glaube des Grundbuchs wirkt nur für und gegen solche Rechte, die zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedürfen. Durch Unterlassung der nur gestatteten Eintragung von Rechten, die zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte der Eintragung nicht bedürfen, wird das Grundbuch weder unvollständig noch unrichtig (**RG** 62, 99; 93, 65; **Gruch** 64, 621; **DZG** 46, 68; auch **RG** 28, 326; **FZ** 1897, 615³⁹; **RGZ** 27 A 115; § 1018 A 5). Daher gilt ein solches Recht, wenn es nach erfolgter Eintragung versehentlich gelöscht war, trotz der Löschung einem dritten Erwerber des belasteten Grundstücks gegenüber als bestehend, selbst wenn er von ihm keine Kenntnis gehabt hat (**RG** 6, 292; 62, 99; 93, 65; **RGZ** 27 A 115; **DZG** 46, 68). Umgekehrt gilt eine solche Grunddienstbarkeit, wenn sie nach erfolgter Eintragung auf dem herrschenden Grundstück durch den Eintritt eines außerhalb des Grundbuchs liegenden Aufhebungsgrundes erloschen war, dem dritten Erwerber des herrschenden Grundstücks gegenüber auch dann als erloschen, wenn die Löschung nicht erfolgt ist und der Erwerber das Recht noch für bestehend hält (**RG** 93, 65; **FZ** 1897, 615³⁹). Ist eine solche Grunddienstbarkeit vor Inkrafttreten des BGB mit einem unrichtigen oder unvollständigen Inhalt eingetragen worden, so ist sie gegenüber dem dritten Erwerber des dienenden Grundstücks, mag er auch auf den Inhalt des Grundbuchs vertraut haben, doch mit dem richtigen und vollständigen Inhalt nach Maßgabe des Begründungstitels wirksam (**RG** 93, 63). Zu diesem dem Anwendungsgebiet des § 892 entzogenen Rechten gehören aber nicht der Nießbrauch aus § 1075 und die Sicherungshypotheken aus § 1287 Satz 2 und **BPD** § 848 Abs 2. Sie entstehen zwar nicht auf rechtsgeschäftlicher Grundlage und bedürfen zur Entstehung an sich nicht der Eintragung (§ 873 A 1). Sie sind aber der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs durch das Gesetz nicht entzogen, unterliegen daher den Bestimmungen des § 892 und können deshalb, wenn sie nicht eingetragen sind, nur bösgläubigen Erwerbern entgegenstehender Rechte entgegengehalten werden. Demnach wird der Erwerb an solchen Sicherungshypotheken (der Nießbrauch scheidet hier aus, weil er nicht übertragbar und daher auch nicht belastbar ist), wenn sie eingetragen sind, gemäß § 892 geschützt. Dingliche Rechte, die vor Inkrafttreten des BGB zwar an sich entstanden waren, aber zur Wirksamkeit gegen Dritte, gleichviel, ob sie diesen bekannt waren oder nicht, der Eintragung bedurften (vgl. für Preußen § 12 **EGes.**), sind nur in

diesem unvollkommenen Rechtszustande bestehen geblieben und werden gegen den Erwerb eines Dritten erst dann geschützt, wenn sie gemäß Art 184 GG zur Eintragung gebracht sind (RG 66, 28; 87, 178; JW 1904, 282¹; vgl. § 873 A 6; RG 55, 315; 56, 13; 74, 60).

Ist ein eintragungsbefürdigtes Recht zu Unrecht gelöscht, so kann vor seiner Wiedereintragung ein geschützter Erwerb daran nicht in Frage kommen, auch wenn die Wiedereintragung bereits durch einen Widerspruch (§§ 894, 899) gesichert ist. Denn das Recht kann nach § 873 ohne Eintragung nicht rechtsgeschäftlich übertragen oder belastet werden. Durch die Eintragung einer Vormerkung wird weder ein „Recht“ am Grundstück erworben noch der vorgemerkte persönliche Anspruch so umgestaltet, daß an ihm ein „Recht“ im Sinne des § 892 erworben werden könnte. Alles Nähere zu der Frage, inwieweit die §§ 892, 893, 894 bei Vormerkungen eine Rolle spielen, ist dargelegt in § 883 A 8 „öffentlicher Glaube des Grundbuchs“; § 886 A 3 Abs 2; § 893 A 4. Durch die Eintragung von Widersprüchen wird ebenfalls noch kein „Recht“ am Grundstück oder an einer Grundstücksbelastung erworben, da die Widersprüche nur zur vorläufigen Sicherung uneigentlicher dinglicher Rechte dienen (RG 4, 50; § 899 A 1).

4. Das Rechtsgeschäft, wodurch ein geschützter Erwerb bewirkt wird, ist nicht ein Rechtsgeschäft, das einen persönlichen Anspruch auf Einräumung oder Übertragung eines Rechts (z. B. Kauf, Schenkung) begründet, insbesondere nicht das schuldrechtliche Grundrechtsgeschäft im Sinne von § 873 A 7b, sondern die dingliche Einigung über die Änderung des Rechtsstandes eines Grundstücks, die gemäß §§ 873, 877, 925, 1154, 1192, 1200 Abs 1 zur Herbeiführung der Rechtsänderung erforderlich ist (RGZ 33 A 279; DLG 6, 98). Der persönliche (schuldrechtliche) Anspruch auf eine Rechtsänderung steht nicht unter dem Schutze des § 892; auch dann nicht, wenn er durch Vormerkung gesichert ist (A 3 letzter Abs.). Andererseits liegt ein unter § 892 fallender rechtsgeschäftlicher Erwerb auch dann vor, wenn die dingliche Einigung über die Rechtsänderung zur Erfüllung eines schuldrechtlichen Anspruchs erfolgt, also z. B. dann, wenn der Beauftragte oder der Gesellschafter, der ein Grundstück im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers oder der Gesellschaft erworben hat, demnächst das Grundstück dem Auftraggeber oder der Gesellschaft übereignet (RG 127, 346). Andere eine Verfügung über das Recht enthaltende Rechtsgeschäfte, die nach § 893 den Vorschriften des § 892 unterliegen, sind in § 893 A 3, 4 behandelt. Das zum Erwerb erforderliche dingliche Rechtsgeschäft muß rechtswirksam sein, wenn der öffentliche Glaube des Grundbuchs Platz greifen soll. Ist also z. B. auf Grund einer Auflassung der Erwerber als Eigentümer eingetragen worden, obwohl die Auflassung (etwa wegen Fehlens der erforderlichen behördlichen Genehmigung) nichtig ist, so kommt § 892 für diesen (scheinbaren) Erwerb nicht in Betracht (RG Warn 1927 Nr 136). Subjektiv-dingliche Rechte (Grunddienstbarkeit, Vorkaufrecht, Realast: §§ 1018, 1094 Abs 2, 1105 Abs 2) werden beim Erwerb des Eigentums am herrschenden Grundstück als dessen Bestandteile (§ 96) mit übertragen. Daher sind sie, wenn der Erwerb des Eigentums auf Grund eines Rechtsgeschäfts erfolgt, als im Sinne des § 892 durch Rechtsgeschäft erworben anzusehen (RG 104, 319). Wegen des maßgebenden Grundbuchinhalts für ihren auf diese Weise erfolgenden gutgläubigen Erwerb vgl. A 6.

Das Rechtsgeschäft braucht nicht die alleinige Grundlage des Erwerbs zu sein; es genügt, wenn das Rechtsgeschäft eine von mehreren zum Erwerb erforderlichen Grundlagen ist. Tatsächlich muß ja auch stets noch ein anderer rechtswirkender Umstand zu dem Rechtsgeschäft hinzutreten, um den Erwerb zu vollziehen. In der Regel ist dieser Umstand die Eintragung des Erwerbs (§§ 873, 877). Daß ein solcher anderer Umstand hinzutreten muß, steht der rechtsgeschäftlichen Natur des Erwerbs nicht entgegen (RG 128, 278). Dies gilt auch dann, wenn das Gesetz mehrere andere Umstände zur Vollendung des Erwerbs verlangt. Der Erwerb ist deshalb nicht etwa ein solcher kraft Gesetzes (Abs 4). Mithin liegt z. B. auch ein rechtsgeschäftlicher Erwerb des Hypothekengläubigers vor, der die für ihn bewilligte und eingetragene Hypothek erst durch die nachträgliche Entstehung der gesicherten Forderung (§ 1163 Abs 1 Satz 1; dort A 2) erlangt (RG 128, 278). Dagegen steht der Erwerb des Grundstückseigentümers an der vorläufigen, auflösend bedingten Eigentümergegrundschuld, die bei der Höchstbetragshypothek bis zur Entstehung gesicherter Forderungen kraft Gesetzes vorhanden ist (§ 1190 A 1), noch nicht unter dem Schutze des § 892; ein unter den öffentlichen Glauben des Grundbuchs fallender Erwerb kommt hier vielmehr erst dann in Frage, wenn die Höchstbetragshypothek durch Begründung einer gesicherten Forderung Fremdhypothek des eingetragenen Gläubigers geworden ist (RG Warn 1934 Nr 38). In den Ausnahmefällen (§ 873 Abs 1 Schlusssatz und dazu A 12), in denen sich der rechtsgeschäftliche Erwerb ohne Eintragung vollziehen kann, bedarf es zum Schutze des Erwerbs durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht, wenn der andere rechtswirkende Umstand (z. B. bei der Übertragung einer Briefhypothek gemäß § 1154 Abs 1 die Übergabe des Briefs) hinzutreten ist (A 2).

Daß der veräußernde Rechtsinhaber eingetragen sein muß, ist vom materiellen Recht nicht vorgeschrieben (A 3, 211). Daher ist durch § 892 geschützt auch der Erwerb, der sich von einem Nichteingetragenen herleitet, wenn dieser nur der wirklich Berechtigte ist. Allerdings soll der Passivbeteiligte nach § 39 Abs 1 GBG, sofern nicht einer der Ausnahmefälle der §§ 39 Abs 2,

40 GDB vorliegt, eingetragen sein. Die Nichtbeachtung dieser Ordnungsvorschrift hindert aber den Rechtswerb nicht. Jedoch wirkt der öffentliche Glaube des Grundbuchs im Falle fehlender Eintragung in der Regel nicht in gleichem Maße, wie wenn der Passivbeteiligte als Berechtigter eingetragen gewesen wäre. Ist der Passivbeteiligte eingetragen, so gilt zugunsten des Erwerbers das Recht nicht nur als in der Hand des Rechtsvorgängers des Passivbeteiligten mit dem buchmäßigen Inhalt wirklich entstanden, sondern auch als auf den Passivbeteiligten wirksam übertragen. Diese Wirkung tritt bei fehlender Eintragung nicht ein; der angebliche Übergang wird nicht als richtig gewährleistet (R 3, 211). Der Erwerb ist also nur dann wirksam, wenn der nicht eingetragene Passivbeteiligte wirklich Berechtigter oder durch Erbschein (§ 2366) als Erbe des Eingetragenen ausgewiesen ist (RG 129, 285). Andererseits steht dem Erwerber, sofern letzteres der Fall ist, der öffentliche Glaube des Grundbuchs so zur Seite, wie wenn er das Recht von dem eingetragenen Rechtsvorgänger des Passivbeteiligten unmittelbar erworben hätte, also auch dann, wenn der Passivbeteiligte selbst sich auf den öffentlichen Glauben nicht hätte berufen können. Zum Beispiel könnte der als Erbe eingerückte Passivbeteiligte, wenn das Recht seines eingetragenen Erblassers nicht bestände, auch im Falle der Gutgläubigkeit das Recht nicht in Anspruch nehmen, da sein Erwerb nicht auf Rechtsgeschäft beruht und da er nur in die Rechtsstellung des Erblassers eintritt. Dagegen gilt zugunsten des zweiten rechtsgeschäftlichen Erwerbers das Recht des Erblassers als bestehend. Im Falle der rechtsgeschäftlichen Sondernachfolge gilt dieses auch schon zugunsten des Passivbeteiligten, z. B. wenn ihm ein verbrieftes hypothekarisches Recht durch schriftliche Abtretung und Briefübergabe gemäß §§ 1154 Abs 1, 1192, 1200 Abs 1 übertragen worden ist. Ist bei der Übertragung eines solchen Rechts die Abtretungserklärung öffentlich beglaubigt oder liegt der Übertragung eine der in § 1155 Satz 2 bezeichneten Urkunden zugrunde, so besteht nach § 1155 Satz 1 die Besonderheit, daß der Sondernachfolger als eingetragen gilt (vgl. auch § 39 Abs 2 GDB). Daher wird in diesem Falle dem (zweiten) Erwerber auch der Übergang auf den Passivbeteiligten als richtig gewährleistet.

Zugunsten eines Erwerbers, der nicht auf Rechtsgeschäft beruht, wirkt der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht. Daher fällt nicht unter § 892 ein Erwerb, der kraft Gesetzes eintritt. Die Frage, in welchen Fällen ein Erwerb kraft Gesetzes stattfindet, entscheidet sich nach denselben Gesichtspunkten wie die Frage, in welchen Fällen zur Änderung des Rechtsstandes eines Grundstücks, insbesondere zum Übergang des Grundeigentums auf einen anderen, nicht Einigung (Auflassung) und Eintragung erforderlich sind, sondern die Rechtsänderung sich ohne weiteres kraft gesetzlicher Vorschrift vollzieht (§ 873 A 1; § 925 A 1, 2). Als nicht auf Rechtsgeschäft, sondern auf Gesetz beruhende Erwerbsarten nach dem BGB sind hervorzuheben: der Erwerb kraft Anzeignungsrechts (§ 928 A 7), die Erbfolge (§§ 1922, 1937, 1941), die Begründung der ehemännlichen und elterlichen Minderzueignung (§§ 1363, 1649), der Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1438 Abs 2, 1485 Abs 3, 1519 Abs 2), die dem Erbanfall gleichstehenden Fälle des Erwerbs des Fiskus an Vermögen aufgelöster Vereine und Stiftungen (§§ 45 ff., 88). Auch soweit in diesen Fällen dem Erwerb ein Rechtsgeschäft zugrunde liegt, z. B. bei der Erbfolge eine letztwillige Verfügung oder ein Erbvertrag (§§ 1937, 1941), bei der ehelichen Gütergemeinschaft ein Ehevertrag (§ 1437), erfolgt doch der Erwerb nicht „durch“ ein solches Rechtsgeschäft. Denn das Rechtsgeschäft wirkt nicht unmittelbar bei dem Erwerb mit; sein Zweck und Inhalt ist nicht darauf gerichtet, Vermögensgegenstände zu veräußern. Vielmehr ist es nur kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift die Voraussetzung dafür, daß sich ein Erwerb ohne weiteren Übertragungsakt vollzieht. Aus demselben Grunde erfolgt der Erwerb nicht „durch“ Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes in Fällen, in denen eine Forderung oder eine Hypothek aus Anlaß eines Rechtsgeschäfts, wie z. B. der Befriedigung des Gläubigers (§§ 268, 426, 774, 1143, 1163, 1164, 1173, 1174, 1182) oder des Verzichts des Hypothekengläubigers auf die Hypothek (§ 1168), auf einen anderen als den bisherigen Gläubiger übergeht. Gleiches gilt weiter für die Fälle der §§ 1075 Abs 1, 1287 Satz 2, wonach beim Nießbrauch und beim Pfandrecht an einer Forderung der Nießbraucher und der Pfandgläubiger mit der Leistung des Schuldners den Nießbrauch und das Pfandrecht an dem geleisteten Gegenstande erwirbt. Demnach kann in allen diesen Fällen, soweit es sich um den Erwerb des Grundeigentums oder eines begrenzten dinglichen Rechts am Grundstück oder eines Rechts an solchen Rechten handelt, dem Erwerber, auch wenn er gutgläubig ist, das Nichtbestehen des Rechts entgegengehalten werden. Jedoch ergibt sich eine Ausnahme aus § 893 für die Fälle, in denen ein Erwerb kraft Gesetzes zufolge einer Leistung eintritt. Denn hiernach gilt zugunsten des Erwerbers, der gutgläubig die Leistung an den Buchberechtigten (dem im Falle einer Briefhypothek der gemäß § 1155 ausgewiesene Besitzer des Briefs gleichsteht) bewirkt hat, der eingetragene Berechtigte als der wirklich Berechtigte. Hier erfolgt also trotz der Leistung an den Nichtberechtigten der Übergang des Rechts mit Wirksamkeit gegenüber dem wahren Berechtigten. Im übrigen wird aber außerhalb dieser Ausnahmefälle die Rechtslage auch dann nicht geändert, wenn aus Anlaß der den Übergang kraft Gesetzes bewirkenden Tatsache obendrein auch noch ein (zum Übergang nicht erforderlicher) rechtsgeschäftlicher Übertragungsakt (z. B. die Abtretung einer dem

Eigentümer bereits zugefallenen Hypothek) zwischen den Beteiligten vorgekommen wird. Denn ein solches Rechtsgeschäft hat dann nur die Bedeutung einer Bestätigung oder Beurkundung des bereits vollzogenen Erwerbs. Ein einzelner Miterbe kann, weil ihm vor der Teilung nur ein Anteilrecht an dem gesamten Nachlasse zusteht (§ 2033), ein zum Nachlasse gehörendes Recht nur durch rechtsgeschäftliche Übertragung von den anderen Miterben (z. B. das Eigentum an einem Nachlassgrundstück nur durch Auflassung) erwerben (§ 925 A 2). Trotz dieses Übertragungsakts steht ihm aber der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht zur Seite. Denn er erlangt das Recht nicht „ausschließlich durch“ den Übertragungsakt, sondern vor allem aus dem Rechtsgrunde des gesetzlichen Übergangs des Nachlasses an alle Miterben zusammen (RG 22, 340; Gruch 47, 667). Hat dagegen der Erbe bereits zu Lebzeiten des Erblassers von diesem ein Recht gutgläubig durch Rechtsgeschäft erworben, so bleibt er auch dann geschützt, wenn er demnach den Erblasser beerbt. Insbesondere gilt zu seinen Gunsten auch fernerhin das für den Erblasser eingetragene, tatsächlich aber nicht entstandene Recht als wirklich bestehend. Allerdings kann ein dem Verletzten etwa gegen den Erblasser wegen der unrechtmäßigen Eintragung zustehender persönlicher Anspruch gemäß § 1967 auch gegen den Erben (die Miterben) geltend gemacht werden (RG 22, 340; Gruch 32, 1085). Nicht hierher gehören die Verträge, wodurch ein Vermögen übernommen wird (§ 419 BGB; § 25 HGB). Sie unterstehen dem Recht der Schuldverhältnisse und gewähren, wie andere schuldrechtliche Verträge, nur einen persönlichen Anspruch auf Übertragung der einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenstände. Erworben wird durch sie noch nichts; vielmehr bedarf es zum Erwerb, wie sonst, eines rechtsgeschäftlichen Übertragungsakts, einer dinglichen Einigung. Sind auf diesem Wege Grundstücksrechte dem Übernehmer übertragen, so ist er bei Gutgläubigkeit in seinem Erwerb geschützt (RG 123, 55). Allerdings haftet er für die Verbindlichkeiten des Veräußerers. Aus dieser Haftung folgt aber nur, daß im Falle des Nichtbestehens des übertragenen Rechts ein persönlicher Anspruch des Verletzten gegen den Veräußerer (z. B. auf Befreiung der Belastung) auch gegen den Übernehmer geltend gemacht werden kann (RG 123, 56). Die dingliche Rechtsänderung wird aber dadurch nicht berührt. Der Übernehmer bleibt z. B. Eigentümer des ihm aufgelassenen, dem Veräußerer nicht gehörenden Grundstücks oder Inhaber einer für den Veräußerer zu Unrecht eingetragenen Hypothek (str.; a. M. RGZ 22 A 145). Gleiches gilt von dem Erbschaftskäufer gemäß § 2374. Auch der Vermächtnisnehmer hat nach § 2174 nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erben auf Übertragung des Vermächtnis; erst bei Vollziehung des dinglichen Übertragungsakts kann also § 892 zum Schutz des Vermächtnisbedachten eingreifen. Grundsätzlich entbehrt dieses Schutzes der dingliche Erwerb des Grundstücks Eigentums in Ausführung eines Gutsüberlassungsvertrags, durch den sowohl nach der tatsächlichen Gestaltung wie nach dem Willen der Beteiligten nur die künftige Erbfolge vorweggenommen ist und werden sollte. Hier kann der Erwerber sich hinsichtlich des Bestehens des Eigentums des Veräußerers und hinsichtlich des Nichtbestehens zu Unrecht gelöschter Rechte am Grundstück nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen, da er einem Erben des Veräußerers gleichzustellen ist (str.; RG 123, 56). Dieser Grundsatz gilt selbst dann, wenn es sich bei der Gutsüberlassung nicht um eine Verfügung über das ganze Vermögen, sondern nur um die Veräußerung eines einzelnen Grundstücks von Eltern an Kinder handelt, sofern nur das Geschäft nach seiner Gestaltung lediglich die Vorwegnahme eines später zu erwartenden Erbgangs mit nachfolgender Erbauseinandersetzung darstellt (RG 136, 148).

Soweit eine Behörde befugt ist, um eine Eintragung zu ersuchen (§ 38 GBD), kommt nirgends ein Erwerb durch Rechtsgeschäft in Frage (§ 941 ZPO, § 130 ZVG, §§ 1844, 1815, 1693 BGB, § 54 ZOG, Art 91 GG). Wenn vor dem Vollstreckungsgericht eine Änderung des Inhalts eines bestehen bleibenden Rechts oder die Eintragung eines neuen Rechts bewilligt wird und die Urkunden dann dem Grundbuchamt vom Vollstreckungsgericht zugehen, so erfolgt die Eintragung allerdings auf Grund eines Rechtsgeschäfts. Aber das Vollstreckungsgericht übermittelt hier nur die Urkunden; zu einem Ersuchen um die Eintragung der bewilligten Rechtsänderung ist es nicht befugt (RGZ 22 A 157).

Den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs entbehrt ferner ein Erwerb von Rechten an Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung (RG 68, 153; 72, 271; 84, 281; 90, 338; RZA 1, 30; A 11). Beispiele für solche Erwerbsfälle sind insbesondere: der Erwerb, der sich durch Pfändung oder durch Überweisung an Zahlungs Statt an Realkasten und hypothekarischen Rechten (§§ 830, 835—837, 857 Abs 6 ZPO) vollziehen kann (RG 59, 315; 90, 338; ZW 1902 Weil 272); der Erwerb durch Eintragung einer Zwangs- oder Arresthypothek (§§ 866 f., 932 ZPO; RG 54, 105; 84, 281; RZA 1, 30; OVG 15, 232; RGZ 49, 184). Wenn also Miterben vor erfolgter Auseinanderlegung irrtümlich ohne Auflassung (§ 925 A 2) als Miteigentümer nach Bruchteilen eingetragen worden sind und der Gläubiger eines Miterben auf dessen buchmäßigen Bruchteil eine Zwangshypothek hat eintragen lassen, so hat der Gläubiger auch im Falle seiner Gutgläubigkeit kein Recht an dem Grundstück erworben. Wenn aber der Miterbe an seinem buchmäßigen Bruchteil rechtsgeschäftlich eine Hypothek bestellt hat, so ist für den gutgläubigen Erwerber die Hypothek rechtswirksam entstanden und bleibt an dem Bruchteil auch dann bestehen, wenn demnach das Grundbuch durch Eintragung

der Erbengemeinschaft berichtigt wird (RGZ 51, 224). Weiter sind Erwerbssfälle, die nicht unter dem Schutz des § 892 stehen: die Erlangung einer Vormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung (RG 68, 151; RGZ 33 A 279; DLG 15, 232), ein Erwerb, der übrigens schon deshalb von dem öffentlichen Glauben ausgeschlossen ist, weil die Vormerkung kein Recht ist (A 1; RGZ 33 A 279); der Erwerb einer Sicherungshypothek gemäß § 848 Abs 2 ZPO, da hier der mit dem Übergang des Grundeigentums auf den Schuldner sich vollziehende Erwerb eine Fortwirkung von Zwangsvollstreckungsmaßregeln ist. In solchen Fällen, abgesehen von dem Fall der Vormerkung, findet aber nach dem Ersterwerb des Rechts § 892 wieder Anwendung auf einen späteren rechtsgeschäftlichen Erwerb an dem Recht, z. B. auf dessen weitere Übertragung oder Belastung (Prot 3, 79; A 3). Für die Zwangsversteigerung gelten besondere Regeln. Nach §§ 90, 91, 37 Nr 4, 5, §§ 52, 57 ff. ZVG erwirbt der Ersteher durch den Zuschlag das Grundstück frei von allen Belastungen, die nicht nach den gesetzlichen oder vereinbarten Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen. Er erwirbt das Eigentum nach Maßgabe des Zuschlagsbeschlusses selbst dann, wenn das Grundstück einem andern als dem Vollstreckungsschuldner gehört hat und diese Tatsache dem Ersteher bekannt gewesen ist (RG 45, 284; 72, 271; JW 1900 S. 452³⁵, 480⁴; 1911, 211⁵; Warn 1910 Nr 41; Gruch 44, 1006; 55, 1116).

Wird die Einigungserklärung des Passivbeteiligten durch Urteil (§ 894 ZPO) ersetzt, so ist der darauf gegründete Erwerb des anderen Teils nach § 898 ZPO ebenso geschützt wie bei einer freiwilligen Einigung.

5. Der Inhalt des Grundbuchs gilt als richtig. Danach ist im Falle eines gutgläubigen Rechtserwerbs der sonst zulässige Gegenbeweis (§ 891 A 4) gegen die Vermutung, daß ein eingetragenes Recht dem Buchberechtigten zusteht (§ 891 A 5) und daß ein gelöschtes Recht nicht besteht (§ 891 A 6), hier zugunsten des Erwerbers ausgeschlossen (RG 49, 8; 86, 356; 116, 181). Im Wege der Fiktion wird also materielles Recht geschaffen. Wenn das Recht des Übertragenen oder Belastenden nicht besteht, so daß der Erwerber ein Recht an sich nicht erwerben könnte, wird vermöge der Fiktion, daß jenes Recht bestesse, das Veräußerte als ein Recht erworben (z. B. das Eigentum oder eine Hypothek am Grundstück, auch wenn der Veräußernde oder der Hypothekbesteller nicht wahrer Eigentümer war: RG 69, 268; 73, 127; 85, 63; Warn 1922 Nr 14; NZM 6, 241). Wenn dem Recht des Veräußerers ein zu Unrecht gelöschtes, noch bestehendes Recht eines Dritten vorgeht, so daß der Erwerber sein Recht an sich nur mit der Beschränkung durch das Recht des Dritten erwerben könnte, wird vermöge der Fiktion, daß das Recht des Dritten nicht bestesse, das erworbene Recht von der Beschränkung frei (z. B. das erworbene Eigentum frei von einer zu Unrecht gelöschten Hypothek). Die Fiktion gilt nur dann nicht, wenn einer der beiden Ausnahmefälle, eingetragener Widerspruch oder Kenntnis der Unrichtigkeit, vorliegt. Kraft der Fiktion ist derjenige, der von einem im Grundbuch als Berechtigter Eingetragenen, in Wirklichkeit Nichtberechtigten ein Recht am Grundstück oder ein Recht an einem das Grundstück belastenden Recht gutgläubig durch Rechtsgeschäft erworben hat, in diesem das Recht des wirklich Berechtigten beeinträchtigenden Erwerb nicht nur gegen dingliche, sondern auch gegen schuldrechtliche (persönliche) Ansprüche des nicht eingetragenen wahren Berechtigten geschützt (M 3, 225). Insbesondere steht dem wahren Berechtigten, auch wenn der Erwerber aus Fahrlässigkeit über die Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts in Unkenntnis gewesen ist (z. B. aus Fahrlässigkeit nicht gewußt hat, daß der Bucheigentümer, von dem er sich eine Hypothek hat bestellen lassen, nicht wahrer, sondern nur Scheineigentümer sei), ein Schadensersatzanspruch aus § 823 gegen den Erwerber nicht zu (RG 85, 61; 90, 397). Unter besonderen Umständen kann aber dem Erwerber wegen eines unter § 826 fallenden Verhaltens die Berufung auf § 892 verwehrt sein (RG JW 1935, 3220⁴). Auch kann ein Bereicherungsanspruch auf Herausgabe nach Maßgabe des § 816 Abs 1 Satz 2 für den wahren Berechtigten gegen den Erwerber gegeben sein, wenn die Verfügung des Nichtberechtigten unentgeltlich erfolgt ist (Prot 3, 82; RG 85, 64).

6. Unter dem Inhalt des Grundbuchs, der als richtig gelten soll, ist zu verstehen einmal der nach dem Grundbuchsystem zulässige Inhalt, sodann die Gesamtheit der Einschreibungen, die auf den Rechtsstand des Grundstücks Bezug haben, und zwar nicht bloß nach den Eintragungen in der einzelnen Abteilung oder Spalte, sondern nach dem Zusammenhang der Eintragungen in den verschiedenen Abteilungen (RG 31, 311; 54, 248; 88, 27; 98, 219; 116, 180). Ist z. B. bei einer Hypothek im Grundbuch vermerkt, daß sie den Vorrang vor einem anderen Recht habe, und wird dann die Hypothek abgetreten, so gilt, auch wenn der Vorrangsvermerk zu Unrecht eingetragen ist, zugunsten des gutgläubigen Abtretungsempfängers die von ihm erworbene Hypothek als dem anderen Recht im Range vorgehend (RG 130, 66). Der Erwerber des mit Vorrang eingetragenen Rechts ist auch dann durch § 892 geschützt, wenn der Vorrang nur bei dem zurückstehenden, nicht bei dem erworbenen vorgehenden Recht vermerkt ist (RG JRM 1931 Nr 1912). Unter Grundbuch ist nach § 3 GBD das Grundbuchblatt über das betroffene Grundstück zu verstehen (§ 873 A 11). Bei subjektiv- und objektiv-dinglichen Rechten (§§ 1018, 1094 Abs 2, 1105 Abs 2: Grunddienstbarkeit, Vorkaufsrecht, Real-

last) ist für ihr Bestehen und ihren Inhalt das Grundbuchblatt über das belastete Grundstück maßgebend (§ 873 A 11 und hier Abs 5). Wenn solche Rechte beim rechtsgeschäftlichen Erwerb des Eigentums am herrschenden Grundstück als dessen Bestandteile (§ 96) auf den Erwerber mit übergehen und daher im Sinne des § 892 als durch Rechtsgeschäft erworben anzusehen sind (A 4), kommt es also für die Frage des Schutzes des Erwerbers durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchinhalts auf den Inhalt des Grundbuchblatts über das belastete Grundstück an (RG 104, 319). Ist z. B. ein Vorkaufsrecht auf dem belasteten Grundstück als subjektiv-dingliches (zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks) eingetragen, so erwirbt der rechtsgeschäftliche Erwerber des herrschenden Grundstücks, der im Schutz des öffentlichen Glaubens dieses Grundbuchinhalts steht, das Vorkaufsrecht auch dann als subjektiv-dingliches Recht, wenn es in Wirklichkeit nur für eine bestimmte Person (als subjektiv-persönliches) bestellt und irrtümlich als subjektiv-dingliches eingetragen worden ist (RG 104, 319). Rechtliche Vorgänge außerhalb des Grundbuchs bleiben aber für die Frage des Rechtserwerbs im Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs außer Betracht. So gehört z. B. bei einem im Grundbuch eingetragenen bedingten Recht der Eintritt oder Ausfall der Bedingung nicht zum Inhalt des Grundbuchs und stellt daher auch keine Tatsache dar, die unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs stünde. Ist also das bedingte Recht im Grundbuch zu Unrecht als unbedingtes eingetragen, so schützt der öffentliche Glaube zwar einen Rechtserwerber, der das Bestehen der Bedingung nicht kennt, aber nicht einen Erwerber, der die Bedingtheit des Rechts kennt und nur irrig an den Eintritt oder Ausfall der Bedingung glaubt (RG 144, 26). Ebenso erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht auf die Vertretungsmacht eines Bevollmächtigten des eingetragenen Berechtigten (RG 134, 284; Warn 1933 Nr 8). Hat der Gläubiger einer Sicherungshypothek in Erwartung der tatsächlich nicht erfolgten Zahlung dem Grundstückseigentümer im voraus löschungsfähige Quittung erteilt und tritt der Eigentümer dann die angeblieh zur Eigentümergrundschuld gewordene Hypothek unter Umwandlung in eine Verlehrsypothek für ein Darlehn an einen Dritten ab (§ 1198), so kann der Dritte sich nicht auf einen Rechtserwerb in gutem Glauben an die Gläubigerschaft des abtretenden Grundstückseigentümers berufen, wenn dieser nicht im Grundbuch als Gläubiger der aus der Sicherungshypothek angeblieh entstandenen Eigentümergrundschuld eingetragen war (RG 86, 353). Dies gilt auch dann, wenn die Abtretung in das Grundbuch eingetragen und dabei vermerkt ist, die zunächst als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangene Sicherungshypothek sei in eine Hypothek für eine Forderung aus einem Darlehn umgewandelt. Denn hierin ist nicht die Einschreibung des Eigentümers als Gläubiger unter Nennung seines Namens zu erblicken (RG 86, 355). Ist das Grundbuch dadurch unrichtig geworden, daß eine Enteignung des Grundstücks stattgefunden hat, der Enteignungsunternehmer aber noch nicht als Eigentümer eingetragen ist, so kann sich derjenige, der von dem noch eingetragenen früheren Eigentümer ein Recht am Grundstück erwirbt, für den Erwerb des Rechts (z. B. des Eigentums durch Auflassung und Eintragung) nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen, auch wenn die Einleitung des Enteignungsverfahrens aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist. Denn die Enteignung ist ein in Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechts vorgenommener Eingriff in das Eigentumsrecht, der gegen den jeweiligen Eigentümer und gegen jeden späteren Erwerber eines Rechts am Grundstück wirkt (ZFG 1, 388). Was unzulässigerweise eingeschrieben ist, muß rechtlich als im Grundbuch nicht vorhanden gelten und kann daher nicht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs als richtig gewährleistet werden. Dies gilt insbesondere von Eintragungen, die ihrem Inhalt nach sich als unzulässig darstellen und daher nach § 53 Abs 1 Satz 2 GBD vom Grundbuchamt von Amts wegen gelöscht werden können und müssen (RG 88 S. 27, 87; 98, 219; 130, 67; ZFG 1, 500). So kann z. B. der Erwerber einer Hypothek, die entgegen der Vorschrift des § 1114 auf den Anteil eines Miterben an dem der ungeteilten Erbengemeinschaft gehörigen Grundstück eingetragen worden ist (§ 1114 A 1), sich nicht auf seinen guten Glauben an die Rechtsbeständigkeit der Hypothek berufen (RG 88, 27). Ebensonenig kann der Erwerber eines Grundstücks sich auf das Bucheigentum des Veräußerers berufen, wenn zugleich (in Abteilung II) für einen andern noch ein Erbpächterrecht eingetragen steht, das durch § 2 des preuß. Ablösungsgesetzes v. 2. 3. 1850 zu vollem Eigentum an dem Grundstück geworden war. Denn die wahre rechtliche Bedeutung des Grundbuchinhalts ging seit dem genannten Gesetz dahin, daß der als Eigentümer Eingetragene sein Eigentum verloren hatte und der bisherige Erbpächter Eigentümer war. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich aber nicht auf das Nichterkennen der wahren rechtlichen Bedeutung einer Eintragung, die ein kraft gesetzlicher Veränderungen rechtlich unmöglich gewordenes Rechtsverhältnis kundgibt (RG 98, 219). Inhaltlich unzulässige Eintragungen liegen auch dann vor, wenn Eintragungsvermerke (z. B. über das Rangverhältnis zwischen mehreren Rechten am Grundstück) in einem wesentlichen Punkt einander widersprechende Angaben enthalten oder so unklar sind, daß nicht ersehen werden kann, was eigentlich eingetragen ist. Woher Zweifel über den Inhalt einer Eintragung können deren Unzulässigkeit aber nur dann begründet, wenn sie sich nicht im Wege der Auslegung beheben lassen (RG 113, 229; 130, 67). Ist eine Eintragung zwar nicht inhaltlich unzulässig, sondern nur unrichtig, ergibt sich die Unrichtigkeit aber für jeden

Dritten erkennbar aus dem Grundbuch, so kommt ihr gegenüber eine Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gleichfalls nicht in Frage (RG JW 1934, 2612³). Eine Eintragung für mehrere Berechtigte, die lediglich dem § 47 (48) GBD nicht genügt, ist nicht inhaltlich unzulässig und genießt den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (RG Seuffl 91 Nr 104). Aus der Begrenzung des § 892 auf inhaltlich zulässige Eintragungen folgt, daß nicht unter dem öffentlichen Glauben stehen nicht eintragungsfähige und auch gegen Dritte nicht wirkende Rechte (Vorbem 2 vor § 873), wenn sie (versehentlich) eingetragen worden sind. Wegen der Rechte, die zwar nicht eintragungsfähig, aber auch zur Wirkung gegen Dritte nicht eintragungsbefähigt sind, vgl. A 3, 7. Weiter wirkt der Inhalt des Grundbuchs nur für private rechtliche Verhältnisse (RG Gruch 64, 621). Ist ein Teil eines Grundstücks, z. B. als Weg oder Fluß, öffentlich-rechtlicher Natur und somit dem Privatverkehrsverkehr entzogen, so ändert es hieran nichts, daß der Teil als im Privateigentum stehend im Grundbuch eingetragen ist. Der Erwerber kann sich also nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen (RG 80, 367; JW 1901, 858⁵⁴; 14. 4. 1909 V 289/08; § 891 A 3 Abs 2). — Da der Erwerb von Rechten am Grundstück oder an Rechten, die das Grundstück belasten, geschützt werden soll, so muß einerseits alles, was das Grundbuch über das erworbene Recht selbst und über seine rechtlichen Beziehungen zu anderen Rechten aussagt, als unter den Begriff „Inhalt“ fallend erachtet, andererseits alles davon ausgenommen werden, was zwar eingeschrieben werden durfte, aber für die Gestaltung und Wirkung der Rechte ohne Bedeutung ist. Nach der ersten Richtung gehört daher zum Inhalt des Grundbuchs nicht nur das, was bei den einzelnen Rechten in den auf sie bezüglichen besonderen Eintragungsvermerken eingeschrieben ist, sondern auch die sonstigen Einschreibungen, soweit sie Inhalt, Umfang und Rechtswirkung der Grundstücksrechte mitbetreffen, insbesondere also auch die Grundbuchvermerke, die den Gegenstand beschreiben und umgrenzen, auf den sich das Eigentum und die anderen dinglichen Rechte erstrecken. In § 891 A 3 ist näher ausgeführt, inwieweit sog. tatsächliche Angaben, namentlich diejenigen, die auf das vom Eigentum ergriffene und mit Rechten belastete Grundstück Bezug haben, unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs stehen oder davon ausgeschlossen sind. Hervorzuheben ist hier, daß die sog. Parzellenverwechslungen nichts Besonderes an sich haben (DVG 2, 492; 6, 12). Ist eine Parzelle, ein begrenzter Teil der Erdoberfläche, irrtümlich bei der Beschreibung von einem Stammgrundstück oder aus anderem Anlaß, insbesondere auch bei der Zurückführung des Grundbuchblatts auf das Grundsteuerbuch, auf einem andern Grundbuchblatt als dem des wahren Eigentümers eingeschrieben worden, so erhält diese Einschreibung, mag sie durch Angabe einer Parzellennummer des Katasters oder durch eine andere Bezeichnung der Parzelle erfolgt sein, eine Beschreibung und Umgrenzung des von dem Eigentums- und sonstigen Rechten des Grundbuchblatts ergriffenen Grundstücks. Sie steht daher fortan zugunsten eines gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbs ebenso unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs wie die Einschreibungen, die sich auf die Beschreibung und Umgrenzung der etwa sonst noch auf dem Grundbuchblatt vermerkten Grundflächen beziehen. Ob die Beschreibung und Umgrenzung das ganze Grundstück oder nur einzelne Grundflächen betrifft, macht für den öffentlichen Glauben keinen Unterschied. Würden die Bestandsangaben, soweit sie das Grundstück beschreiben und umgrenzen, nicht unter den öffentlichen Glauben zu stellen sein, so müßte folgerichtig angenommen werden, daß auch nach einem gutgläubigen Erwerb des Eigentums oder eines das Grundstück belastenden Rechts eine falsch gebuchte Grundfläche immer noch lediglich auf Grund der Nachweisung des wahren Eigentums eines andern als des Veräußerers ohne Zustimmung des Erwerbers für den andern von dem Grundbuchblatt abgeschrieben werden könnte. Unter Umständen würde sogar das Ergebnis nicht zu vermeiden sein, daß der wahre Eigentümer des ganzen Grundstücks die völlige Beseitigung der ohne seine Zustimmung an dem Grundstück erworbenen Rechte zu verlangen berechtigt wäre. Damit könnte dem Erwerber eines belastenden Rechts der Gegenstand seines Rechts gänzlich entzogen und so das Recht selbst bedeutungslos werden, ein Ergebnis, das mit § 892 schlechterdings unvereinbar wäre (RG Gruch 68, 71). Andererseits kann der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich nur auf einen Gegenstand erstrecken, der von Natur ein Teil der Erdoberfläche ist. Denn nur ein solcher Gegenstand ist nach dem Grundbuchsystem ein Grundstück; nur er trägt auch eine Gewähr für die Dauer in sich. Daher wird alles vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs ausgeschlossen, was nur mit der Erdoberfläche verbunden ist und von ihr wieder entfernt werden kann, mag es auch in gewissen anderen rechtlichen Beziehungen als Bestandteil des Grundstücks gelten. Dies gilt insbesondere von Gebäuden (RG 73, 129; Warn 1924 Nr 98). Die darüber etwa im Grundbuch enthaltenen Angaben gehören nicht zur Beschreibung und Umgrenzung des vom Eigentum erfaßten Teils der Erdoberfläche, sondern betreffen nur die Beschaffenheit dieses Teils. Daher wird den Erwerbern nicht gewährleistet, daß die im Grundbuch vermerkten Gebäude wirklich vorhanden sind und daß den vorhandenen Gebäuden nicht etwa nach § 95 die sich sonst aus § 94 Abs 1 ergebende Bestandteileigenschaft fehlt (RG 61, 193; Warn 1924 Nr 98; Gruch 42, 526). Die Frage, ob die Existenz des Grundstücks gewährleistet wird, kann nicht aufgeworfen werden, da das Eigentum sich in die unbegrenzte Tiefe erstreckt und Veränderungen

der Oberfläche (z. B. durch dauernde Überschwemmungen) nur die Beschaffenheit des Grundstücks betreffen, die nicht unter dem öffentlichen Glauben steht. Deshalb greift § 892 auch dann Platz, wenn Grundstücke veräußert werden, die ehemals Land waren, dann im Wasser versanken, schließlich aber wieder als Neuland auftauchten und nun für einen unrichtigen Eigentümer mit ihrer katasteramtlichen Bezeichnung im Grundbuch eingetragen sind (RG SeuffA 88 Nr 189; JW 1936, 3396¹²; ähnlich HR 1935 Nr 1312). Im Falle der sog. Doppelbuchung, wenn also auf verschiedenen Grundbuchblättern einander widersprechende Einschreibungen, insbesondere über die zugehörigen Grundflächen, enthalten sind, gebührt der öffentliche Glaube keiner der Einschreibungen, soweit sie sich gegenseitig ausschließen (§ 891 A 4). Endlich kommt der Grundsatz, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich auf die Bestandsangaben erstreckt, ohnehin nicht in Betracht, wenn sowohl der Wille des Veräußerers wie der des Erwerbers zur Übertragung und zum Erwerb des Eigentums ein auf dem Grundbuchblatt bemerkte Parzelle nicht mitumfaßte (§ 925 A 6; RG 73, 125; 77, 33).

Zum Inhalt des Grundbuchs gehört noch nicht das Übertragungs- oder Belastungsgeschäft, auf Grund dessen das geschützte Recht erworben wird. Der Rechtserberwerber kann sich zur Begründung seines gutgläubigen Erwerbs auch dann nicht auf die seinen Erwerb verkaufbarende Eintragung berufen, wenn die Einigung der Eintragung erst nachfolgt (RG 128, 280). Das den Rechtserberwerb begründende Geschäft muß nach allgemeinen Grundgesetzen rechtsgültig sein, sonst vollzieht sich der Erwerb überhaupt nicht. Der gute Glaube heilt die Mängel des Rechtsgeschäfts nicht (RG 69, 268; 84, 245; 128, 279). Gab z. B. der Veräußernde oder der ein Grundstücksrecht Bestellende oder der einen Rangrücktritt Erklärende sich fälschlich als den eingetragenen Verfügungsberechtigten aus (M 3, 213; RG 128, 279; Warn 1933 Nr 8), fehlte ihm die Berechtigung zur Veräußerung des für einen andern eingetragenen Rechts (RG 84, 245), besaß er keine Rechtspersönlichkeit (war z. B. die veräußernde juristische Person nicht rechtsfähig; RG 88, 89), war er geschäfts- oder sonst unfähig (RG 69, 268; Warn 1936 Nr 2; NVG 18, 110; die zugunsten einer bestimmten Person beschränkte Verfügungsbefugnis regelt dagegen § 892 Abs 1 Satz 2), mangelte seinem Vertreter die Vertretungsmacht (RG 69, 268; 134, 284; A 2 Abs 3), fehlte die erforderliche Zustimmung einer Behörde oder eines Dritten (RG 125, 53), so ist das Rechtsgeschäft nicht um deswillen gültig, weil der Erwerber geglaubt hat, diese den Erwerb hindernden Mängel lägen nicht vor. Ist aber der Erwerber trotz solcher Mängel (versehentlich oder weil die Mängel nicht bekannt waren) als Berechtigter eingetragen worden, so wirkt zugunsten eines späteren Erwerbers des Rechts wiederum der öffentliche Glaube. So gilt z. B., wenn eine Hypothekbestellung wegen Wuchers nichtig oder wegen Betrugs erfolgreich angefochten war, die Hypothek zugunsten eines gutgläubigen Zessionars als rechtsgültig bestellt (RG 69, 268; 88, 89). Entsprechendes gilt für den späteren Erwerb im guten Glauben an den zunächst unwirksam eingetragenen Rang (RG 128, 279).

Dem Inhalt des Grundbuchs steht gleich der Inhalt der einer Eintragung zugrunde liegenden Eintragungsbewilligung, soweit hierauf in den Eintragungsvermerken zulässigerweise (§§ 874, 877; § 874 A 7) Bezug genommen ist. Denn insoweit gilt der Inhalt der Eintragungsbewilligung als in das Grundbuch eingeschrieben (über Einsicht dieser Urkunden: § 12 Abs 1 Satz 2, Abs 3 GBD; Grundbuchverfügung v. 8. 8. 1935 §§ 43, 46; RGef v. 30. 9. 1936 über die Einsicht in gerichtliche öffentliche Bücher und Register). Auf den sonstigen Inhalt der Grundakten erstreckt sich aber der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch dann nicht, wenn nach § 124 (früher 94) GBD den Beteiligten die Einsicht in die Grundakten gestattet ist (RG 57, 281). Dasselbe gilt von dem Eintragsregister des Grundbuchamts. Daher steht z. B. die Kenntnis des eingetragenen Berechtigten von einem früheren Eintragungsantrag, der bei richtigem Verfahren, insbesondere nach den Ordnungsvorschriften der §§ 17, 45 GBD, zuerst hätte erledigt werden und so zur Eintragung den in Range vorgehenden Rechts hätte führen sollen, dem Erwerbe seines Rechts mit Vorrang nicht entgegen (RG 57, 277; RGJ 39 A 248; Prot 3, 90). Die Verletzung dieser Ordnungsvorschriften hindert materiellrechtlich den Erwerb nicht. Steht dem früher gestellten Antrag ein Hindernis entgegen, so hat allerdings das Grundbuchamt, wenn es den Antrag nicht zurückweist, gemäß § 18 Abs 2 GBD eine Vormerkung zugunsten des Antrags einzutragen, bevor es dem zweiten Antrag stattgibt. Ist dies geschehen, so ist die nach Behebung des Hindernisses bewirkte endgültige Eintragung gegenüber der auf Grund des zweiten Antrags erfolgten Eintragung wirksam. Dabei ist einerlei, ob das Recht aus der Eintragung zum zweiten Antrag ohne jene Vormerkung zugunsten des ersten Antrags das Recht aus der Eintragung zum ersten Antrag ausschließen oder nur beschränken würde und ob das Recht aus der Eintragung zum zweiten Antrag noch in der Hand des ursprünglichen Erwerbers steht oder bereits auf einen Rechtsnachfolger übergegangen ist. Die Vorschriften der §§ 883 ff. finden auf die Vormerkung des § 18 Abs 2 GBD keine Anwendung. Denn jene Vorschriften dienen nur zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs, während es sich hier um die Sicherung des durch den ersten Eintragungsantrag erlangten Rechts auf Eintragung nach Maßgabe des damals vorliegenden Grundbuchinhalts handelt (str.; RG 55, 342; 110, 207; § 883 A 2 „Rechtsgrund“). Es bedarf daher

z. B. weder dann, wenn beide Rechte Belastungen des Grundstücks sind, noch dann, wenn das vorgemerkte Recht eine Belastung ist, das andere Recht aber den Eigentumsübergang betrifft, zur Umschreibung der Vormerkung in das endgültige Recht der Zustimmung des Inhabers des andern Rechts oder seines etwaigen Rechtsnachfolgers, insbesondere nicht nach § 888 **RG** 110, 207). Von diesen Gesichtspunkten aus ist auch die Entscheidung **RG** 62, 375 im Ergebnis richtig. Nicht zu billigen ist aber ihre Begründung dahin, der öffentliche Glaube des Grundbuchs verjage gegenüber schon beantragten Eintragungen, wie sich aus dem § 879 **BGB** und den §§ 17, 46 (jetzt 45) **GBD** ergebe, die durch die §§ 892, 893 nicht berührt würden.

Die **Einschreibung des Rechts an einer andern Stelle** des Grundbuchs als an der durch die Anordnungen des Reichsministers der Justiz (§ 1 Abs 3 **GBD**) bestimmten, z. B. in eine unrichtige Abteilung des Grundbuchblatts, hindert nicht die Entstehung des Rechts (§ 873 **A** 10), entzieht auch nicht dem Recht den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Denn jene Anordnungen enthalten nur Ordnungsvorschriften, deren Verletzung materielle Nachteile für die Beteiligten nicht zur Folge hat (**RG** 31, 311; 55, 343; 94, 7).

Sind **subjektiv dingliche Rechte** (z. B. Grunddienbarkeit: § 1018; Vorkaufrecht nach §§ 1094 Abs 2, 1103 Abs 1; Realkaften nach §§ 1105 Abs 2, 1110) gemäß § 9 **GBD** nicht nur auf dem belasteten, sondern auch auf dem herrschenden Grundstück eingetragen, so ist für den öffentlichen Glauben der Inhalt des Grundbuchblattes des belasteten Grundstücks maßgebend. Denn durch § 892 wird der Inhalt des Grundbuchs nur insoweit als richtig gewährleistet, als er das Grundstück betrifft, an dem (nicht für das) ein Recht erworben wird (§ 873 **A** 11 und oben Abs 1). Dasselbe gilt vom Erbbaurecht und den anderen Rechten an Grundstücken mit Grundstücksnatur (§ 903 **A** 2), die nach §§ 8, 118 **GBD** ein eigenes Grundbuchblatt erhalten. Für die **Hypothek** bestehen mehrere besondere Vorschriften: Für sie — d. h. für das dingliche Recht, nicht für das persönliche Schuldverhältnis (§ 1138 **A** 1) und nach § 1185 Abs 2 nur für die Verkehrshypothek, nicht für die Sicherungshypothek — gilt der öffentliche Glaube des Grundbuchs gemäß § 1138 auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden, ferner gemäß § 1157 Satz 2 in Ansehung der im Falle der Abtretung der Hypothek gegenüber dem neuen Gläubiger nach § 1157 Satz 1 dem Eigentümer zustehenden Einreden. Ausnahmen gelten aber wiederum für Ansprüche auf Zinsen usw. nach Maßgabe der §§ 1158, 1159 Abs 1, 2. Soweit bei einer Briefhypothek die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief hervorgeht, ist nach § 1140 die Berufung auf die Vorschriften der §§ 892, 893 ausgeschlossen. Der gemäß § 1155 ausgewiesene Besitzer des Hypothekenbriefes steht hinsichtlich des öffentlichen Glaubens einem im Grundbuch als Gläubiger eingetragenen Berechtigten gleich. Die bei der Hypothek eingetragene Unterwerfungsklausel nach § 800 **BPD** nimmt am Schutz des § 892 **BGB** nicht teil (**HR** 1931 Nr 1704, 1705; 1937 Nr 1657; **FZG** 15, 259).

Als **Sondervorschriften**, in deren Bereich § 892 eine Rolle spielt, kommen noch in Betracht: § 1028 Abs 2 für die Verjährung von Grunddienstbarkeiten, § 1010 für den Eintragungszwang bei Miteigentum und die Artt 114, 118, 187, 188 **EG** als Vorbehalte für das Landesrecht. Eintragungen in öffentliche Bücher des früheren Grundbuchsrechts stehen von dem Zeitpunkt ab, in dem diese Bücher als Grundbücher im Sinne der Reichsgesetze gelten (Art 186 **EG**; § 119 **GBD**), den unter der Herrschaft des neuen Rechts bewirkten Eintragungen gleich (**RG** 47, 229; **FZ** 1906, 174^s; **Gruch** 51, 609).

7. Als **richtig** gilt der Grundbuchinhalt. Er gilt **daher auch als vollständig**. Denn das Grundbuch gibt den Rechtsstand eines Grundstücks nur dann richtig wieder, wenn alle Rechte, die an dem Grundstück oder an Belastungen des Grundstücks bestehen, mit ihrem Inhalt und Rang in das Grundbuch eingeschrieben sind (**RG** 62, 100; 93, 65; 116, 180). Demnach wird dem gutgläubigen Erwerber nicht nur gewährleistet, daß der eingetragene Berechtigte, von dem er das erworbene Recht ableitet, der wahre Berechtigte ist und daß dessen Recht mit dem grundbuchmäßigen Inhalt und Rang besteht (z. B. daß der ihm eine Hypothek Bestellende Eigentümer des Grundstücks ist oder daß der ihm eine Hypothek Übertragende Gläubiger der Hypothek und diese rechtsgültig bestellt ist: **A** 5, 6; **RG** 69, 268; 116, 180). Vielmehr wird ihm auch gewährleistet, daß gelöschte Rechte wirklich erloschen sind und daß sonst keine Rechte außerhalb des Grundbuchs bestehen, die dem erworbenen Recht entgegenstehen oder es beschränken könnten (z. B. nicht eine ehemals vor der erworbenen eingetragene Hypothek, die zu Unrecht gelöscht ist, die also an sich noch besteht und den Vorrang haben sollte: **A** 2, 5; **RG** 62, 100; 116, 181; **Warn** 1912 Nr 11; **RJN** 16, 149; **DZG** 45, 288; § 891 **A** 6). Was die erste sog. positive Wirkung des öffentlichen Glaubens anlangt, so kann indessen derjenige, der ein nicht eintragungsfähiges oder ein zwar eintragungsfähiges, aber nicht eintragungsbedürftiges Recht erwirbt, sich für das Bestehen des Rechts nicht auf seinen guten Glauben berufen, auch wenn das Recht eingetragen ist. Ausnahmen bilden hier allerdings der Nießbrauch aus § 1075 und die Sicherungshypotheken aus § 1287 Satz 2 und **BPD** § 848 Abs 2. Was die zweite sog. negative Wirkung betrifft, so haben einerseits (versehentlich) eingetragene, aber nicht eintragungsfähige und gegen Dritte nicht wirkende Rechte

gegenüber dem erworbenen Recht trotz der Eintragung keine Kraft. Andererseits sind nicht eintragungsbefürchtete Rechte, gleichviel ob sie eintragungsfähig sind (z. B. preuß. Rentenanrenten: Vorbem 2 vor § 873) oder nicht (z. B. die gesetzlichen Überbau- und Notwegentenen nach §§ 914 Abs 2, 917 Abs 2), dem erworbenen Recht gegenüber auch dann wirksam, wenn sie nicht eingetragen oder nach der Eintragung (versehentlich) wieder gelöscht sind. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob sie dem Erwerber bekannt gewesen sind oder nicht. Ausgenommen sind hier wiederum die Rechte aus den §§ 1075, 1287 Satz 2 BGB und § 848 Abs 2 ZPO, da sie zwar ohne Eintragung entstehen, aber zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte der Eintragung bedürfen. Das Nähere hierüber ist schon in Nr. 6 gesagt. Abgesehen von den Fällen des erweiterten Schutzes des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nach § 893 wirkt der Grundsatz, daß der eingetragene Berechtigte als der wahre Berechtigte gilt, nur zugunsten desjenigen, der ein Recht von diesem Berechtigten (durch Rechtsgeschäft) erwirbt, nicht zugunsten eingetragener Berechtigter, die bei dem Rechtszwerb unbeteiligt sind. Daher verhilft der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auch nicht dazu, daß zugunsten des Grundstückserwerbers derjenige, für den ein begrenztes Recht an dem Grundstück eingetragen ist, als der wirkliche und ausschließliche Berechtigte anzusehen wäre. Der Erwerber muß also z. B. dulden, daß eine abgetretene und auf den neuen Gläubiger aufgeschriebene Hypothek wegen nachträglich festgestellter Nichtigkeit der Abtretung wieder auf den alten Gläubiger umgeschrieben wird. Hier gilt also (außer § 893) nur die widerlegbare Vermutung des § 891 Abs 1, nicht § 892 (RG 116, 182; 126, 181). Kraft besonderer Gesetzesvorschriften wirken gewisse Ansprüche, obwohl sie nicht Rechte am Grundstück sind und in das Grundbuch nicht aufgenommen werden dürfen, doch gegen den Rechtsnachfolger im Eigentum, auch wenn er das Bestehen der Ansprüche nicht gekannt hat. Hierher gehören die Ansprüche: des Besitzers gegen den Eigentümer wegen Verwendungen im Sinne des § 999 Abs 2; des Mieters und des Pächters im Falle der Grundstücksveräußerung nach Maßgabe der §§ 571, 581 (vgl. auch die Übergangsvorschrift des Art 172 GG). Wird bei der Übertragung eines Grundstücks oder eines Grundstücksteils auf ein anderes Grundbuchblatt ein eingetragenes Recht nicht mitübertragen, so gilt es in Ansehung des Grundstücks oder des Teiles als gelöscht (§ 46 Abs 2 BGB; RW 27 A 115; Rz 242).

8. Wie aus den Worten „es sei denn“ folgt, muß derjenige, dessen Recht verlegt wird, wenn der Inhalt des Grundbuchs zugunsten des Erwerbers als richtig gilt, und der sein Recht der gesetzlichen Vermutung zuwider gegenüber dem Erwerber zur Geltung bringen will, das Vorliegen eines der beiden **Ausnahmefälle des Abs 1 Satz 1 Halbs 2 nachweisen**. Der Erwerber braucht keinen Beweis für seinen guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs zu führen, sondern kann sich darauf beschränken, auf den Inhalt des Grundbuchs zu verweisen (Nr. 3, 212). Dies gilt auch im Grundbuchverfahren. Das Grundbuchamt hat daher z. B. einen Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs abzulehnen, wenn der Berichtigung ein inzwischen erfolgter Grundstückskauf entgegensteht und nicht der Nachweis der Bösgläubigkeit des Erwerbers in der Form des § 29 BGB oder durch ein rechtskräftiges Urteil gegen ihn auf Bewilligung der Eintragung erbracht wird (RG 116, 344). Der dem Erwerber gewährte Schutz ist vom Gesetz auch nicht davon abhängig gemacht, daß er vor dem Erwerb das Grundbuch eingesehen hat (Nr. 3, 212; RG 74, 420). Die kraft Gesetzes eintretende Rechtsfolge, daß bei Gutgläubigkeit des Erwerbers der Erwerb eines eingetragenen Rechts sich trotz der Unrichtigkeit des Grundbuchs rechtmäßig vollzieht, steht aber natürlich nicht einer solchen Anfechtung des Erwerbs entgegen, die ihrem Begriffe nach nur gegen an sich rechtmäßige Geschäfte gerichtet werden darf, also namentlich nicht einer Anfechtung nach dem AnstG und der Rdn (§ 42 Rdn; RG 51, 284; 68, 153; JW 1910, 762²³).

9. Ein **gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragener Widerspruch** (§§ 894, 899) ist ein Widerspruch, der sich gegen das Recht richtet, das erworben werden soll. Er kann sich entweder ausschließlich (z. B. wenn eine zu übertragende Hypothek nichtig und das Eigentum davon frei sein soll) oder doch unter anderen auch gegen dieses Recht richten (z. B. wenn das wahre Eigentum einem andern als dem Bucheigentümer zustehen und die von diesem demnächst ausgehenden Belastungen unwirksam sein sollen, oder wenn eine zu Unrecht gelöschte, daher außerhalb des Grundbuchs noch bestehende Hypothek gegen spätere Veräußerungen und Belastungen gesichert werden soll). Durch die Eintragung des Widerspruchs soll ein Recht für den Fall, daß es außerhalb des Grundbuchs besteht und nachgewiesen werden kann, gegen spätere rechtsgeschäftliche Verfügungen gesichert werden (RG 117, 352; 121, 47). Der nach der Bestellung einer Hypothek eingetragene Widerspruch gegen das Grundstückseigentum des Bestellers steht einem gutgläubigen Erwerb der vom Ersterwerber noch nicht erworbenen Hypothek durch einen Abtretungsempfänger entgegen (RG 129, 124; SeuffA 87 Nr 146). § 892 Abs 1 Satz 1 setzt einen sachlich begründeten Widerspruch voraus (RG 128, 55). Die Widerspruchseintragung muß das Recht, das gesichert werden soll (den Berichtigungsanspruch), bezeichnen (z. B. das Eigentum, das von der nichtigen Hypothek frei werden soll; das Eigentum des wahren Eigentümers; die zu Unrecht gelöschte Hypothek). Sie muß ferner den Inhalt des Widerspruchs angeben und den Rechtsinhaber, gegen den sich der Widerspruch richtet, sowie den Berechtigten, zu dessen Gunsten der Widerspruch eingetragen wird, benennen. Andern-

falls ist der eingetragene Widerspruch unwirksam. Denn für seine Eintragung, an deren Stelle demnächst die Eintragung des gesicherten Rechts treten soll, gelten dieselben Erfordernisse wie für die Eintragung des Rechts selbst (RGZ 23 A 133; 36 A 178; DVG 8, 109; 9, 342; 12, 166; RZM 11, 131). Die besonderen Tatsachen, aus denen sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs herleitet, also den Grund für die Entstehung des Berichtigungsanspruchs, braucht die Eintragung aber nicht zu enthalten. Der Widerspruch ist mithin auch dann rechtswirksam, wenn die in der Eintragung gegebene besondere Begründung nicht zutrifft, der Widerspruch sich aber aus einem andern Grund als gerechtfertigt erweist (ZFG 2, 293). Die sonstigen Voraussetzungen für die Eintragung eines Widerspruchs sind im § 899 II 1, 2, 3 erörtert. — Wird in der Zwangsversteigerung gegen eine in das geringste Gebot aufgenommene, in Wahrheit nicht bestehende Hypothek (§ 50 Abs 1 ZVG) Widerspruch erhoben und für die bedingt zugeteilte Forderung des Widersprechenden gegen den Erstreher eine Sicherungshypothek eingetragen (§§ 125, 128 ZVG), so enthält diese Eintragung nicht die Eintragung eines Widerspruchs. Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Widerspruchs nach § 899 Abs 2 liegen hier nicht vor. Die Sicherungshypothek richtet sich überhaupt nicht gegen die im geringsten Gebot berücksichtigte Hypothek, sondern stellt eine selbständige bedingte Hypothek dar (§ 1113 II 2). Ihre Eintragung schließt also nicht aus, daß die im geringsten Gebot stehende Hypothek von einem Dritten mit der Wirkung nach § 892 erworben werden kann und dann trotz ihrer früheren Richtigkeit als rechtsbeständig gilt, wenn der Dritte, dem die Kenntnis von der Eintragung der Sicherungshypothek unschädlich ist, beim Erwerb bezüglich des Bestehens der erworbenen Hypothek gutgläubig war (DVG 39, 212). — Die Eintragung des Widerspruchs muß dem Erwerb des davon betroffenen Rechts vorangegangen oder doch mindestens zugleich mit ihm erfolgt sein. In der Regel vollzieht sich dieser Erwerb ebenfalls durch Eintragung (§ 873 Abs 1). Dann ist entscheidend, welche von den beiden Eintragungen die frühere ist. Sind beide Eintragungen gleichzeitig erfolgt, so fehlen die Voraussetzungen für einen durch § 892 geschützten Erwerb. Ist also z. B. gleichzeitig A als Eigentümer des Grundstücks, für B ein Widerspruch gegen das Eigentum des A und für C eine von A bestellte Hypothek eingetragen worden, so steht der Rechtserwerb des C nicht unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (RG Warn 1933 Nr 150). Auf die Zeit der Stellung der Eintragungsanträge kommt es nicht an (ZFG 2, 292). Ist der Antrag auf Eintragung des Widerspruchs früher zu den Grundakten gelangt als der Antrag auf Eintragung des Rechtserwerbs, wird aber die Eintragung des Rechtserwerbs entgegen den Ordnungsvorschriften der §§ 17, 45 GBD vom Grundbuchamt früher bewirkt als die Eintragung des Widerspruchs, so hat der Widerspruch keine Wirkung gegenüber dem eingetragenen Rechtserwerb. Denn nach dem Gesetze wirkt nur ein (vorher) eingetragener Widerspruch. Die Tatsache des gestellten Eintragungsantrags steht aber wie bei anderen Eintragungen so auch beim Widerspruch der vollzogenen Einschreibung materiellrechtlich nicht gleich (str.; RG 57, 277; II 6 „Eingangeregister“). Der Abs 2 § 892 findet hier keine Anwendung. Denn er bezieht sich nur auf die zweite Ausnahme von der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, auf die Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs (str.; ZFG 2, 292). Selbstverständlich bleibt aber dem Widerspruchsberechtigten, wenn demnächst sein durch den Widerspruch gesichertes Recht festgestellt wird, unbenommen nachzuweisen, daß der Erwerber bereits zur Zeit des (erst nach dem Antrag auf Eintragung des Widerspruchs) gestellten Antrags auf Eintragung seines Erwerbs Kenntnis von dem gesicherten Recht gehabt habe. Auf diesem Wege kann dann der Widerspruchsberechtigte sein Recht gemäß Abs 2 gegenüber dem Erwerber des andern Rechts zur Geltung bringen. Auch wird für das Grundbuchamt beim Vorliegen des Antrags auf Eintragung des Widerspruchs Anlaß gegeben sein können, wegen der Bedenken gegen die Richtigkeit des Grundbuchs den Eintragungsantrag des Erwerbers abzulehnen (RGZ 28 A 93). Ist zum Erwerb außer der Eintragung ausnahmsweise ein anderer rechtswirkender Umstand als die Eintragung erforderlich (z. B. die Übergabe des Hypothekenbriefs bei der Übertragung einer Pfandhypothek: § 1154 Abs 1), so kommt es darauf an, ob der Widerspruch vor Eintritt dieses Umstandes eingetragen war (II 2, 4 „Eintragung“). Vgl. aber § 1139 über die rückwirkende Kraft eines Widerspruchs gegen eine Darlehns-Buchhypothek. — Der Widerspruch hindert die Verfügung über das von ihm betroffene Recht nicht (RG 117, 352). Der Erwerb hat nur gegenüber dem durch den Widerspruch gesicherten Recht, wenn dieses besteht, keine Wirkung (ZFG 2, 294). Hat ein Nichtberechtigter oder ein Vertreter ohne Vertretungsmacht über das Recht trotz des Widerspruchs verfügt, so hindert der Widerspruch zwar nicht, daß die gemäß §§ 177, 185 erfolgende Genehmigung des Berechtigten oder des Vertretenen nach § 184 zurückwirkt. Für die Frage, ob die Voraussetzungen des Gutgläubigkeitschutzes vorliegen, ist aber nicht der Zeitpunkt der Vornahme des genehmigten Rechtsgeschäfts maßgebend, sondern der Zeitpunkt der Genehmigung (RG 134, 286 unter Einschränkung von RG 69, 263).

10. Soll die zweite Ausnahme von der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, die Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit, vorgelegen haben, so muß derjenige, der dies geltend macht, nachweisen (II 8), einmal (nach der objektiven Seite), daß das Grundbuch

in einem bestimmten Punkte unrichtig ist, und sodann (nach der subjektiven Seite), daß dem Erwerber diese Unrichtigkeit bekannt gewesen ist.

Unrichtig in hier in Betracht kommenden Sinne ist das **Grundbuch**, wenn entweder ein eingetragenes Recht des die Unrichtigkeit Behauptenden buchmäßig mit einem (an den Erwerber übertragenen oder zu dessen Gunsten belasteten) Recht belastet ist, das in Wirklichkeit nicht besteht, oder wenn außerhalb des Grundbuchs ein dingliches Recht des Behauptenden besteht, welches das erworbene Recht ausschließt oder doch beschränkt (Beispiele in A 2, 5, 7). Das Grundbuch ist aber nicht schon um deswillen unrichtig, weil dem Behauptenden ein persönlicher (schuldbrechtlicher) Anspruch auf Einräumung eines Rechts am Grundstück zusteht, sondern nur dann, wenn es ein bereits bestehendes dingliches Recht nicht aufweist (**RG** Warn 1928 Nr 128 a. E.). Daher schadet z. B. demjenigen, der das Grundstück oder ein begrenztes Recht am Grundstück von dem eingetragenen Eigentümer erwirbt, nicht die Kenntnis davon, daß dem Behauptenden gegen den Eigentümer ein persönlicher (schuldbrechtlicher) Anspruch auf Übertragung des Eigentums (z. B. aus einem Kaufvertrag) oder auf Einräumung eines begrenzten Rechts Grundstück (z. B. des Nießbrauchs auf Grund eines Schenkungsverprechens oder einer Hypothek auf Grund der übernommenen Bestellungsspflicht) zusteht (**RG** 18, 294; 19, 298; 62, 138; **JW** 1910, 390⁷; **Gruch** 35, 1101; 41, 1030; 51, 989; A 2 Abs 2). Auch dann, wenn der Behauptende sich auf eine mit dem Berechtigten bereits vollzogene (dingliche) Einigung (§ 873) über die Einräumung eines Rechts berufen kann, ohne daß aber der zur Entstehung des Rechts weiter erforderliche rechtswirkende Umstand vorliegt (in der Regel die Eintragung, ausnahmsweise ein anderer Umstand, z. B. bei der Übertragung einer Pfandhypothek gemäß § 1154 Abs 1 die Übergabe des Briefs), ist das Grundbuch zur Zeit des bei dieser Sachlage vollzogenen Erwerbs eines Dritten nicht unrichtig. Dem Erwerber schadet also die Kenntnis von jener Einigung nicht. Denn ein dingliches Recht war für den Behauptenden noch nicht entstanden (**RG** 73, 53; § 873 A 13 „Verfügungsbefchränkung“). Sogar die Kenntnis von einem dem Grundbuchamt früher vorgelegten Antrag auf Eintragung eines Rechts für den Behauptenden steht dem Erwerb eines Rechts, dessen Eintragung erst später beantragt, aber schließlich (§ 17 **GBD**) vor Erledigung des früheren Antrags vom Grundbuchamt vorgenommen worden ist, mit dem dann aus der Eintragung sich ergebenden Ränge nicht entgegen (**RG** 57, 277; **RGZ** 39 A 248; A 6 „Eingangregister“). In allen diesen Fällen kann für den Behauptenden gegen den Erwerber höchstens ein Schadensersatzanspruch aus einem Schuldverhältnis zwischen beiden oder aus unerlaubter Handlung nach Maßgabe des § 826 gegeben sein (**RG** 57, 282; 62, 137; 156, 128; **JW** 1910, 690⁷; **Gruch** 51, 987). — Besteht bei einem buchungsfreien Grundstück zwar nicht die Gewißheit, wohl aber die Möglichkeit, daß ein außerhalb des Grundbuchs vollzogener Übertragungsakt (Einigung nach Art 127 **GGWB**, Art 27 **Preuß. GGWB**) dem daraufhin eingetragenen Erwerber wegen Mangels im Recht des Veräußerers kein Eigentum verschafft hat, so kann durch einen neuen Übertragungsakt nach §§ 873, 925 die Eigentumsfrage dahin geklärt werden, daß nunmehr § 892 zugunsten des Erwerbers Platz greift und ihn schützt gegen Einwendungen, die Dritte gegen sein oder des Veräußerers Eigentum erheben (**RG** 156, 122).

Hat der Behauptende die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen (z. B. der das Eigentum an einer eingetragenen Parzelle Beanspruchende, daß dem Rechtsvorgänger des Erwerbers das Eigentum an der Parzelle nicht zustand: **RG** Warn 1911 Nr 433; der behauptende Eigentümer, daß die an den Erwerber übertragene Hypothek nicht dem übertragenden Gläubiger, sondern gemäß §§ 1163, 1177 ihm als Grundschuld zugestanden hat: **RG** **Gruch** 50 S. 985, 988), so kommt es weiter auf den Beweis an, daß **der Erwerber von dieser Unrichtigkeit Kenntnis gehabt hat**. Wann dieser Beweis als erbracht angesehen werden kann, ist eine Frage der Beweiswürdigung im einzelnen Falle (**RG JW** 1911, 153¹¹; Warn 1912 Nr 392; 1914 Nr 253; **Gruch** 58, 1023). Bestimmte Regeln lassen sich darüber nicht aufstellen. Die Grundsätze über den sog. prima facie-Beweis sind hier nicht anzuwenden (**RG** 130, 359). Auch dürfen die Umstände des Einzelfalls nicht deshalb ungeprüft bleiben, weil eine vermeintliche allgemeine Lebenserfahrung nach Ansicht des Gerichts für den Beweisführer streitet. Es besteht insbesondere kein Erfahrungssatz des Inhalts, ein erfahrener Kaufmann wisse stets, daß bei Nichtzahlung des Darlehns eine Darlehnshypothek nicht entstanden sei (**RG JW** 1936, 804¹⁶). Im allgemeinen wird freilich die Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs anzunehmen sein, wenn bewiesen ist, daß dem Erwerber die Tatsachen bekannt gewesen sind, aus denen sich nach dem Gesetz die Unrichtigkeit des Grundbuchs ohne weiteres ergibt. So wird regelmäßig z. B. genügen: die Kenntnis von der Entmündigung eines Beteiligten an der Einigung über die Bestellung des dem Erwerber übertragenen Rechts, die Kenntnis von der Nichtzahlung des Darlehns auf eine dem Erwerber verpfändete Hypothek, die Kenntnis des Erwerbers einer Hypothek von einer arglistigen Täuschung oder Bewucherung bei der Begründung einer Hypothekensforderung (§ 1138). Insbesondere können im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, die trotz Kenntnis solcher Tatsachen der Möglichkeit eines guten Glaubens Raum geben (**RG** 69, 268; 78, 73; 116, 106; **Gruch** 58, 1023). Insbesondere kann (z. B. bei nicht einfacher Rechtslage oder bei ungewöhnlichen Rechtsverhältnissen) auch ein Rechtsirrtum in Betracht kommen. Denn nach dem Gesetz ist an sich nicht die Kenntnis von Tat-

sachen nachzuweisen, sondern die Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts als solchem, d. h. von der Unrichtigkeit der Eintragungen über ein dingliches Recht (Prot 3, 85 f.; **RG** 116, 106; 117, 187; **JW** 1911, 153¹¹; **Warn** 1912 Nr 392; **Gruch** 50 S. 988, 991; 58, 1023; **DLG** 12, 132; **JW** 1926 S. 65³, 2215³). Bleibt daher die Möglichkeit, daß der Erwerber trotz nachgewiesener Kenntnis der die Unrichtigkeit ergebenden Tatsachen nicht den Schluß auf die Unrichtigkeit des Grundbuchs gezogen (**RG** **HRR** 1934 Nr 806), sondern wegen rechtsirriger Auffassung das Grundbuch bezüglich des fraglichen Rechts für richtig gehalten hat, so ist dem Behauptenden der Nachweis der Kenntnis von der Unrichtigkeit nicht gelungen (**RG** 91, 223; 98, 220; **Gruch** 58, 1023). So liegt die Sache z. B. dann, wenn der Fessionar einer Hypothek trotz Kenntnis der Tatsache, daß die durch die abgetretene Hypothek gesicherte Forderung aus einem Vorbestkauf stammt, die Hypothek als für den Bedenten rechtmäßig begründet erachtet hat (§ 1138; **RG** 81, 266; **Gruch** 50, 987; 58, 1023; **Warn** 1914 Nr 253; 1919 Nr 24; in **Gruch** 63, 483 wird im Ergebnis dieselbe Ansicht vertreten, aber nicht klar zwischen Richtigkeit der Hypothekenforderung und Richtigkeit des Hypothekenrechts unterschieden). Ebenso fehlt der Beweis der Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts beim Erwerber einer Hypothek, wenn er trotz Kenntnis des Nichtvorliegens der zu einem früheren Hypothekenerwerb erforderlichen Zustimmung eines Dritten die Hypothek als für seinen Veräußerer rechtswirksam begründet angesehen hat (**RG** 84, 400). Selbstverständlich ist aber nicht jeder Behauptung des Erwerbers, daß er sich im Rechtsirrtum befunden habe, ohne weiteres zu glauben. Vielmehr ist die Glaubwürdigkeit einer solchen Behauptung nach den Umständen des Einzelfalls vom Gericht zu prüfen (**RG** 91, 223; **Gruch** 58, 1023; **Warn** 1912 Nr 392; **JW** 1926, 2215³). Erkenntnisquellen werden besonders Mitteilungen des Veräußerers sein. Jedoch ist nicht ausgeschlossen, daß auch durch Mitteilungen glaubwürdiger Dritter die Kenntnis erlangt wird (**RG** **JW** 1910, 813¹³). Ein Kennenmüssen, also nach § 122 Abs 2 ein Nichtkennen aus Fahrlässigkeit, steht der wirklichen Kenntnis nicht gleich (**RGZ** 49, 205; anders bei beweglichen Sachen § 932 Abs 2). Auch erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Grundbuchs, die nicht zur Kenntnis der Unrichtigkeit sich verdichten haben, und bloßes Rechnen mit der Möglichkeit der Unrichtigkeit genügen nicht (**RG** 117, 188; 156, 128; **JW** 1929, 581¹⁰; **RJ** 1932, 764⁸; für Grenzfälle **RG** **JW** 1928, 102⁵). Nur unter ganz besonderen Umständen kann das Bewußtsein der Möglichkeit, einem andern durch den Erwerb Nachschade zu zufügen, die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach § 826 ausschließen, wenn nämlich der Erwerb zum eigenen Vorteil auf die Gefahr des Schadens anderer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise vorgenommen wird (**RG** 117, 189; 156, 128; **JW** 1929, 581¹⁰; § 826 A 6). Ein solches sittenwidriges Verhalten beim Erwerb kann z. B. vorliegen, wenn eine Gesellschaft m. b. H. zur Ausschaltung der Folgen des bei ihrem Geschäftsführer vorhandenen bösen Glaubens gerade für das Erwerbsgeschäft einen Geschäftsführerwechsel vornimmt (**RG** **SeuffA** 82 Nr 170). Außerhalb solcher ganz besonderen Umstände kann § 892 nicht durch die Einrede ausgeschaltet werden, daß die Berufung auf ihn arglistig sei (**RG** **HRR** 1934 Nr 866). — Für die Anwendung des § 892 ist es ferner belanglos, ob der Erwerber das Grundbuch eingesehen hat oder nicht (A 8). Es kommt auch nicht darauf an, ob er überhaupt auf das, was im Grundbuch enthalten sein möge, bei seinem Erwerb Rücksicht genommen oder lediglich das für maßgebend erachtet hat, was ihm von anderer Seite, insbesondere von seinem Rechtsurheber, mitgeteilt worden ist. Die Fiktion der Richtigkeit des Grundbuchinhalts schafft ihm auch in diesen Fällen materielles Recht (A 5). Er kann sich selbst dann darauf stützen, wenn ihm kraft der Fiktion weitergehende Rechte zustehen, als er auf Grund der Mitteilungen bei dem Erwerb angenommen hat. Deshalb ist die Ausführung in **RG** 61, 195 nicht zutreffend, der Erwerber könne sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen, wenn er zwar die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht gekannt, aber seinen Erwerb nicht im Vertrauen auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs vollzogen habe, sondern lediglich den Angaben seines Veräußerers gefolgt sei. Davon enthält das Gesetz nichts. Nur die Kenntnis der Unrichtigkeit schließt die Fiktion aus. Die beanstandete Ausführung ist auch bereits in **RG** 86, 356 aufgegeben mit dem Bemerkten, § 892 stelle die einer Widerlegung nicht zugängliche Fiktion der Richtigkeit des Grundbuchinhalts auf und verlege dem rechtsgeschäftlichen Erwerber den Schutz nur dann, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs entweder aus dem Grundbuch selbst erhelle oder nachweislich dem Erwerber bekannt gewesen sei. Die Entscheidung in **RG** 61, 195 war übrigens im Ergebnis deswegen zutreffend, weil auf das Gebäude, das der Beklagte mit dem Grund und Boden erworben haben wollte und das der Kläger auf Grund eines Erwerbs nach früherem Recht seinerseits in Anspruch nahm, der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich überhaupt nicht erstreckte (A 6 „tatsächliche Angaben“). In **RG** 74, 416 ist angenommen, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs demjenigen nicht zur Seite stehe, der nicht im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs erworben haben könne, weil zur Zeit des den Erwerb begründenden Rechtsgeschäfts das vom Erwerb betroffene Recht noch nicht eingetragen war. Hierüber ist das Erforderliche in A 3 Abs 2 gesagt. Ist der Rechtsurheber, von dem der Erwerber seinen Erwerb herleitet, im Grundbuch nicht als Berechtigter eingetragen, obwohl er nur im Falle seiner Eintragung Berechtigter sein

könnte, so kann überhaupt nicht davon die Rede sein, daß der Erwerber hinsichtlich der Berechtigung des Rechtsurhebers in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs gewesen ist. Denn das Grundbuch enthält nichts davon, daß der Rechtsurheber Berechtigter sei. Sein Inhalt umfaßte die Berechtigung des Rechtsurhebers nicht, sondern sprach sogar gegen das Bestehen der Berechtigung (RG 74, 421; 86, 355; 89, 162; 116, 353; 128, 284). Vertiefte die Eintragung einer Hypothek gegen ein nicht eingetragenes Veräußerungsverbot, das gegen den die Hypothek bestellenden Eigentümer erlassen war und eine Verfügungsbeschränkung enthielt (§ 878 A 3), so ergibt sich die Bösgläubigkeit des Dritten, der die Hypothek erwirbt, nicht schon daraus, daß er beim Erwerb der Hypothek Kenntnis von dem Veräußerungsverbot gehabt hat. Vielmehr muß ihm nachgewiesen werden, daß er sich bei dem Erwerb bewußt gewesen ist, sein Rechtsvorgänger habe die Hypothek nicht rechtmäßig erworben (RG 89, 162). Kennt der Erwerber die Anfechtbarkeit der Einigung, die der Bestellung einer ihm übertragenen Hypothek zugrunde liegt, oder der Auflassung an den Bußeigentümer, der für ihn eine Hypothek bestellt, so steht diese Kenntnis nach § 142 Abs 2 der Kenntnis der Richtigkeit jener Einigung oder Auflassung gleich, wenn die Anfechtung erfolgt (RG 89, 157; Warn 1911 Nr 360). Aus einem Böschungsvermerk ist nicht die Schlechtgläubigkeit bezüglich des Vorhandenseins eines zu Unrecht gelöschten Rechts zu entnehmen (§ 891 A 6). Den Zeitpunkt, in dem die Kenntnis vorliegen muß, behandelt A 13. Die Besonderheiten bei der Hypothek sind in A 6 „Hypothek“ und in § 1138 A 3b erörtert. — Ist der Erwerber von einem andern beim Erwerb vertreten worden, so kommt es nach § 166 Abs 1 nicht auf die Kenntnis des Erwerbers, sondern auf die des Vertreters an. Eine Ausnahme bildet der Fall der Vollmachterteilung unter bestimmten Weisungen nach § 166 Abs 2 Satz 1. Findet eine Vertretung durch mehrere Personen (Kollektivvertreter) statt, so genügt es, wenn einem der Vertreter (z. B. einem Vorstandsmitglied der eingetragenen Genossenschaft oder der Aktiengesellschaft, einem Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft, einem Vertreter des Fiskus) die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt ist (RG 9, 143; 59, 408; JW 1893, 429¹⁹; Gruch 29, 703). Diese Kenntnis des einzelnen Vertreters schließt für die juristische Person oder Gesellschaft eine Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs selbst dann aus, wenn jener Vertreter bei dem Erwerbgeschäft, das gerade in Betracht kommt, nicht mitgewirkt hat (RG JW 1935, 2044⁹). Kenntnis des Grundbuchamts gilt nicht als Kenntnis eines Vertreters (RG 89, 162). Wird ein Grundstück in einem Rechtsstreit, der das Nichtbestehen des eingetragenen Eigentums zum Gegenstand hat, nach der Rechtshängigkeit veräußert, so wirkt das ergehende Urteil nach Eintritt der Rechtskraft gemäß § 325 Abs 1, 2 ZPO gegen den Rechtsnachfolger, wenn er zur Zeit des Erwerbs entweder die Rechtshängigkeit oder die Unrichtigkeit des Grundbuchs bezüglich des eingetragenen Eigentums gekannt hat (RG 79, 165; 88, 268; Gruch 60, 509; 61, 145). Daß der gute Glaube sich nicht erstreckt auf das Nichterkennen der wahren rechtlichen Bedeutung einer Eintragung, die ein kraft gesetzlicher Veränderungen rechtlich unmöglich gewordenen Rechtsverhältnis kundgibt, ist bereits in A 6 dargelegt.

11. Den Begriff und die verschiedenen Arten der Verfügungsbeschränkungen behandelt § 878 A 3. Die Vorschrift des § 892 Abs 1 Satz 2 betrifft nur Beschränkungen des Berechtigten in der Verfügung über ein eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person (RG HRR 1932 Nr 618; DVG 18, 110). Daher scheiden die im allgemeinen öffentlichen Interesse bestehenden Verfügungsbeschränkungen (Beispiele in § 878 A 3 und RZM 5, 260; 14, 245; RGZ 25 A 147; DVG 6, 490; 22, 137) hier aus. Sie wirken unbedingt (absolut) gegen jedermann, gleichviel, ob sie dem Betroffenen bekannt sind oder nicht; sie sind auch weder eintragungsbedürftig noch eintragungsfähig (RG 125, 55; 156, 93; RZM 14, 246; RGZ 50, 170; Vorbem 2 vor § 873). Die gegen sie verstößenden Rechtsgeschäfte sind nichtig, sofern sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt (§ 134; RG 105, 73; JW 1903 Weil 75).

Auf Rechtsgeschäft beruhende Verfügungsbeschränkungen kommen für die Anwendung des § 892 Abs 1 Satz 2 regelmäßig nicht in Betracht. Denn nach § 137 Satz 1 kann durch Rechtsgeschäft die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Übernahme der Verpflichtung, nicht zu verfügen, ist allerdings im allgemeinen (§ 137 Satz 2) wirksam; eine Ausnahme enthält § 136 (Nichtigkeit eines zugunsten eines Hypothekengläubigers vereinbarten Veräußerungs- und Belastungsverbots). Aber auch die wirksame Verpflichtung hindert einen Erwerb auf Grund der (vertragswidrigen) Verfügung des Verpflichteten selbst dann nicht, wenn der Erwerber sie gekannt hat. Sie kann auch, weil sie dem Gebiet der Schuldverhältnisse, nicht dem Sachenrecht angehört, nicht eingetragen und so mit dinglichen Wirkungen gegenüber Dritten versehen werden (Vorbem 2 Abs 2 vor § 873; RGZ 20 A 292; 21 A 133; DVG 6, 122; 10, 69; 12, 20; 17, 30; 21, 407). In gewissen Ausnahmefällen sind aber rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen durch besondere gesetzliche Vorschriften mit Wirksamkeit versehen (§ 878 A 3). Diese Beschränkungen sind eintragungsfähig. Auf sie findet die Vorschrift des § 892 Abs 1 Satz 2 Anwendung. Sie sind also gegenüber dem Erwerber eines eingetragenen Rechts nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder ihm bekannt sind. Besonders gehören hierher die durch letztwillige Verfügung

erfolgte Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§ 2211; *GBD* § 52; § 891 *U* 3) oder eines Nacherben (§§ 2113ff.; *GBD* § 51; *RG* 61, 232; 83, 436; *FZB* 1901, 102; *RZM* 4, 69; 6, 69; *RGZ* 22 A 315; 23 A 250; 42, 238; 47, 168; *DVG* 10, 448). Ist das Nacherbenrecht, das veräußert und verpfändet werden kann (*RG* 80, 377; 83, 437; *Gruch* 52, 680), für einen Gläubiger des Nacherben verpfändet oder gemäß § 857 *Abf* 2 *BPD* gepfändet, so besteht nach § 1276 *Abf* 2 *VB* und § 804 *Abf* 2 *BPD* gegen den Vorerben auch zugunsten des Pfandgläubigers oder des Pfändungsgläubigers eine Verfügungsbeschränkung. Solange das Pfandrecht oder Pfändungspfandrecht besteht, kann der Nacherbe seine Befugnisse aus der Verfügungsbeschränkung des Vorerbenrechts (vgl. insbesondere § 2113) nicht mehr für sich ausüben (*RG* 80, 377; 83, 437). Daher kann, wenn das Nacherbenrecht im Grundbuch eingetragen ist, auch seine Abtretung, Verpfändung oder Pfändung auf Bewilligung des Nacherben oder im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 894 *VB*; § 22 *GBD*) in das Grundbuch eingetragen werden, obwohl das Nacherbenrecht kein dingliches Recht an dem zum Nachlaß gehörenden Grundstück oder Grundstücksrecht ist (*RG* 83, 436). Denn andernfalls würde das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang stehen, sondern den Anschein erwecken, als gelte die in dem Nacherbenrecht enthaltene Verfügungsbeschränkung noch ausschließlich zugunsten des Nacherben (*RG* 83, 434; *RGZ* 42 S. 228, 241). Die Frage, ob dem für einen Nacherben eingesetzten Ersatzerben vor dem Wegfall des erstberufenen Nacherben ein eintragungsfähiges Recht zusteht, ist zu verneinen (*RG* 145, 317; *RGZ* 35 A 215; 42, 227). Die aus Bedingungen oder Zeitbestimmungen nach §§ 158, 161, 163 sich ergebenden Verfügungsbeschränkungen des dinglich Berechtigten zugunsten des durch den Eintritt der Bedingung oder den Ablauf der Frist gewinnenden Teils lassen sich gleichfalls unter § 892 *Abf* 1 Satz 2 einreihen (str.; *RGZ* 52, 128; nach a. M. handelt es sich hier um absolut wirkende Begrenzungen des Rechts: *RG* 76, 91; 106, 113; *RGZ* 49, 189). Da in der durch Bedingung oder Befristung eintretenden Beschränkung der Verfügung zugleich ein Verbot der Veräußerung liegt, so werden diese Verfügungsbeschränkungen, soweit sich nicht aus dem Gesetz Sonderbestimmungen für sie ergeben, den gesetzlichen Veräußerungsverboten des § 135 gleichzustellen sein (*M* 3, 216; *Prot* 1, 125; *U* 4 „kraft Gesetzes“). Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich aber bei bedingten Rechten nur auf das Bestehen der Bedingung, nicht auf ihren Eintritt oder Ausfall (*U* 6). Gesetzliche Verfügungsbeschränkungen zugunsten einer bestimmten Person sind an sich auch die auf dem familienrechtlichen Verträge der Eheschließung und auf den vermögensrechtlichen Eheverträgen (§§ 1432ff., 1368, 1508, 1523, 1526, 1553, 1557) beruhenden Beschränkungen in der Verfügungsbefugnis des einen Ehegatten zugunsten des andern. Doch wirken beim gesetzlichen Güterstand, bei der Ertragschaftsgemeinschaft und bei der Fahrnisgemeinschaft die aus dem Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Mannes am eingebrachten Gut sich ergebenden Beschränkungen der Ehefrau absolut, also auch gegen einen Dritten, der die Verfügungsbeschränkung der Frau hinsichtlich des eingebrachten Gutes nicht gekannt hat (§§ 1404, 1525 *Abf* 2, 1550 *Abf* 2; *RG* 83, 241). Daher fallen diese Beschränkungen nicht unter § 892 *Abf* 1 Satz 2. Sie sind überhaupt nicht eintragungsfähig (*M* 4, 319; *RZM* 3, 162). Das gilt auch von den Änderungen der Verfügungsbefugnisse der Ehefrau, die sich daraus ergeben, daß durch Eheverträge beim gesetzlichen Güterstand das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Mannes ausgeschlossen oder bei allen Arten des Güterstandes Vermögen der Frau zum Vorbehaltsgut erklärt wird. Denn dadurch wird an dem betroffenen Vermögen weder eine dingliche Rechtsänderung bewirkt noch eine Verfügungs-„Beschränkung“ begründet (*M* 4 S. 319, 320; *RZM* 3, 161; 4, 261; *RGZ* 38 A 211). Unzulässig ist ferner eine Eintragung auf Grund eines Ehevertrags, durch den bei der allgemeinen Gütergemeinschaft Vermögen der Frau zu Sondergut bestimmt wird. Denn hierauf findet § 1404 Anwendung (§§ 1439 Satz 2, 1525 *Abf* 2). Sind solche Eintragungen trotzdem vorgenommen worden, so sind sie für die Wirkungen eines gutgläubigen Erwerbs bedeutungslos. Denn der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich nicht auf unzulässige Eintragungen. Zur Wirksamkeit des Erwerbs ist also erforderlich, daß der eingetragene Güterstand wirklich besteht oder daß die Voraussetzungen vorliegen, unter denen das Recht bei gesetzlichem Güterstande erworben werden konnte (str.; *U* 6). Wenn dagegen durch Ehevertrag Vermögen der Eheleute zum Gesamtgut einer Gütergemeinschaft bestimmt wird, so ist diese Bestimmung eintragungsfähig und im Sinne des § 892 *Abf* 1 Satz 2 eintragungsbedürftig. Denn dadurch wird das Einzelvermögen kraft Gesetzes (§ 1438) zum Gesamthandsvermögen beider Eheleute. Es wird also eine dingliche Rechtsänderung herbeigeführt, zu deren Wirksamkeit gegenüber gutgläubigen Dritten die Berichtigung des Grundbuchs (§§ 1438 *Abf* 3, 894) erforderlich ist. Wenn daher z. B. der Ehemann als Alleineigentümer eines Grundstücks eingetragen steht, das kraft Ehevertrags zum Gesamtgut der Eheleute gehört, so ist derjenige, der von dem Manne (ohne Einwilligung der Frau) das Grundstück gutgläubig erwirbt, trotz § 1445 in seinem Erwerb so geschützt, wie wenn der Mann Alleineigentümer wäre (*M* 4, 319; *RZM* 5, 125). Dem steht auch nicht etwa die Eintragung der Gütergemeinschaft in das Güterrechtsregister auf Grund des § 1435 entgegen. Denn das Güterrechtsregister beurkundet nur Änderungen in den Güterrechtsverhältnissen, die sich außerhalb des Registers durch Gesetz oder Ehevertrag vollziehen. Es bietet aber keine Gewähr für die Richtigkeit

und Vollständigkeit, schützt insbesondere Dritte nur unter der Voraussetzung, daß die Eintragungen auf rechtsgültigen Grundlagen beruhen, und hat nicht den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (M 4, 319; RÖZ 38 A 211, jedoch RM 3, 162; 4, 262). Für die Frage des guten Glaubens kommt es also in dem Beispielsfalle darauf an, ob der Erwerber Kenntnis davon hatte, daß die Ehefrau kraft der ehelichen Gütergemeinschaft Miteigentümerin des Grundstücks war. Weiß der Erwerber dies, so kann er sich nicht darauf berufen, daß er (z. B. weil der Mann das Grundstück in die Ehe eingebracht habe und die Eheleute in Scheidung lebten) angenommen habe, der Mann sei allein zur Verfügung über das Grundstück befugt. Denn auf die aus dem Mangel der Verfügungsmacht folgende Ungültigkeit des Erwerbsgeschäfts erstreckt sich die Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nicht (A 6 Abs 2). Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, worauf nach Art 61 EG die §§ 892, 893 Anwendung finden (RM 4, 110), können nach Landesrecht bestehen auf Grund der Vorbehalte in Artt 59, 62, 64 EG (Lehn- und Fideikommiß-, Auerbenguts-, Rentenguts-Eigenschaft).

Verfügungsbeschränkungen im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 2 sind die nur dem Schutze bestimmter Personen dienenden **gesetzlichen, behördlichen oder richterlichen Veräußerungsverbote** der §§ 135, 136 und die **Konturseröffnung**. Vgl. über die einzelnen Fälle der ersteren und über die Wirkung der letzteren § 878 A 3, zur Konturseröffnung auch ZW 1933, 6197. Ein gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 ergibt sich auch aus § 110 Abs 2 des RWes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Wauspartassen vom 6. 6. 1931 (früher § 90 Abs 2 PrivVUntG v. 12. 5. 1901: DRW 8, 401). Ebenso gehört der Treuhändervermerk nach §§ 65 ff. des Gesetzes v. 6. 6. 1931 hierher (SMR 1934 Nr 1485). Dasselbe gilt für das durch einstweilige Verfügung (§ 938 ZPO) erlassene Erwerbserbot, z. B. das Verbot an den Grundstückserwerber, der vom Veräußerer bereits die Auflassung erhalten hat, sich durch einen Umschreibungsantrag das Eigentum am Grundstück zu verschaffen (RG 117, 292; § 888 A 3; § 925 A 5). Durch Eintragung in das Grundbuch kann einem solchen Verbot Wirkung gegen Dritte verschafft werden (a. M. neuerdings das Kammergericht in JZG 18, 193). Denn dem § 892 Abs 1 Satz 2 ist der Grundsatz zu entnehmen, daß jeder Dritte Beschränkungen, denen eine Person in bezug auf die Veräußerung oder den Erwerb eines Grundstücks oder Grundstücksrechts unterliegt, im Falle ihrer Verlautbarung im Grundbuch gegen sich gelten lassen muß. Der Eintragung steht nicht der Rechtsgrundsatz entgegen, daß der Kreis der dinglichen Rechte ein geschlossener ist (Vorwm 2 vor § 873). Denn hier handelt es sich nicht um ein dingliches Recht (RG 117, 294). Der Arrestbefehl kommt dagegen als Verfügungsbeschränkung nicht in Betracht. Denn er wird erst wirksam mit der Vollziehung. Sie erfolgt in ein eingetragenes Recht durch Pfändung, in ein Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshypothek (§§ 930, 932, 830 ff., 857 Abs 6, 866 ff. ZPO). Damit hat der Arrestbefehl seine Erledigung gefunden. Sofern also mit dem Arrestbefehl nicht etwa zugleich ein Veräußerungsverbot auf Grund einstweiliger Verfügung (§ 938 Abs 2 ZPO; RG ZW 1903 Beil 75; RÖZ 30 A 240) verbunden ist, schadet demjenigen, der von dem Arrestschuldner dessen Grundstück erwirbt, bevor der Arrestgläubiger zur Vollziehung des Arrestbefehls (§ 932 Abs 3 ZPO) die Eintragung einer Sicherungshypothek beim Grundbuchamt beantragt hat, die Kenntnis von der Anordnung des Arrestes nicht (a. M.: M 3, 218). Eine durch einstweilige Verfügung angeordnete Sequestrierung des Grundstücks (§ 938 Abs 2 ZPO) kann in das Grundbuch nur dann eingetragen werden, wenn und soweit in ihr eine Verfügungsbeschränkung des Eigentümers oder eines Miteigentümers enthalten ist (ZW 1937, 2115¹⁶). Die Frage, ob eine Vormerkung als Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 2 anzusehen sei, ist schon im § 883 A 8 behandelt. Sie ist grundsätzlich zu verneinen. Insbesondere kommt § 892 nicht in Betracht, wenn die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung (§ 885) eingetragen ist (RG 118, 230; Warn 1928 Nr 128 a. E.). Daher kann sich auch ein Grundstückserwerber, der schon die Auflassung erhalten und den Umschreibungsantrag gestellt hat, nicht auf den Schutz des § 892 Abs 2 berufen, wenn noch vor der Umschreibung — sei es sogar unter Verletzung des § 17 GBD — auf Grund einer einstweiligen Verfügung eine Auflassungsvormerkung für einen andern eingetragen worden ist. In diesem Falle ist vielmehr die Umschreibung des Eigentums auf den Erwerber, die der Eintragung der Vormerkung erst gefolgt ist, gemäß § 883 Abs 2 dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam (RG 113, 403 ff.). Dagegen kann § 892 entsprechend zur Anwendung gelangen, wenn es sich um eine rechtsgeschäftlich bestellte Vormerkung handelt und somit § 893 Satz 2 eingreift (§ 883 A 8; § 893 A 4).

Soweit hiernach Verfügungsbeschränkungen unter § 892 Abs 1 Satz 2 fallen, ist ihre **Wirkung gegenüber demjenigen, der durch Rechtsgeschäft ein eingetragenes Recht erwirbt**, davon abhängig, daß sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt sind. Aber auch beim Vorliegen dieser Voraussetzungen machen sie nicht wie die im öffentlichen Interesse bestehenden Verfügungsbeschränkungen die rechtsgeschäftliche Verfügung nichtig. Diese Verfügung ist vielmehr nur demjenigen gegenüber unwirksam, deren Schutz die Verfügungsbeschränkung bezweckt (§ 135 Abs 1 Satz 1; RG 106, 140; ZW 1903 Beil 75), sofern nicht das Gesetz etwas anderes bestimmt (vgl. z. B. für die Bedingung § 161, für die Nachbarschaft § 2113).

Inwieweit die Verfügung dem Geschützten gegenüber unwirksam ist, bestimmt sich nach dem Inhalt der Beschränkung. In den durch den Inhalt gezogenen Grenzen hat der Verletzte gemäß § 894 einen dinglichen Anspruch auf Beseitigung der Rechtsverletzung und Herstellung der Übereinstimmung des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage. Beruht die Wirksamkeit der Verfügungsbeschränkung auf Schlechtläubigkeit des Erwerbers, so kann auch ein Schadenersatzanspruch gemäß §§ 823 ff. gegen ihn gegeben sein. Da aber die Verfügungsbeschränkung die gegen sie verstoßenden Verfügungen, in der Regel wenigstens, nur zugunsten des Geschützten unwirksam macht und da die Verfügungen durch den Wegfall der Beschränkung vollinhaltlich gültig werden können, ist der Berechtigte, soweit diese Regel zutrifft, an der Verfügung über sein eingetragenes Recht auch dann nicht gehindert, wenn die Beschränkung eingetragen ist. Das Grundbuch wird also durch die Eintragung nicht gesperrt; das Grundbuchamt darf die Eintragung für den Erwerber des Rechts nicht wegen der eingetragenen Beschränkung ablehnen (RZA 2, 140; 6, 67; 8, 50; DZG 4, 161; aber auch RZA 3, 154; DZG 5, 144 und für die Lösung des durch die Beschränkung betroffenen Rechts RZA 3, 46; 4, 69; 6 S. 66, 69; RZG 22 A 315; 23 A 250; DZG 10, 448). Dies gilt insbesondere auch von den Veräußerungsverboten der §§ 135, 136. Z. B. hat das Grundbuchamt auch nach der Eintragung des Vermerks über die zugunsten des betreibenden Gläubigers als Beschlagnahme wirkende Einleitung der Zwangsversteigerung (§ 19 Abs 1, §§ 20 ff. ZVG) die Auflassung des Schuldners und Eigentümers oder seine Bewilligung auf Eintragung eines begrenzten Rechts für einen anderen entgegenzunehmen und die entsprechende Eintragung für den Erwerber zu bewirken (DZG 4, 161). Anders verhält es sich aber mit der durch die Konkursöffnung oder die Anordnung einer Nachlassverwaltung verbundenen Verfügungsbeschränkung (§ 878 A 3 „Konkursöffnung“). Die Veräußerungsverbote der §§ 135, 136 haben an sich nach § 135 Abs 1 Satz 2 gegenüber den im Wege der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung erfolgenden Verfügungen dieselben Wirkungen wie gegenüber einer rechtsgeschäftlichen Verfügung. Beim Erwerb eines Rechts an einem Grundstück oder eines Rechts an einem solchen Rechte greift aber § 892 Abs 1 Satz 2 nur Platz, wenn der Erwerb durch Rechtsgeschäft erfolgt. Denn wie sich aus Abs 1 Satz 1 ergibt, ist unter „Erwerber“ nur ein rechtsgeschäftlicher Erwerber zu verstehen, während auf einen Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung § 892 Abs 1 Satz 2 keine Anwendung findet (RG 84, 281; 90, 338; A 4 vorletzter Absatz). Für einen solchen Erwerb ist also die Bestimmung des § 135 Abs 2 über die Anwendung der Vorschriften zum Schutz eines gutgläubigen Rechtserwerbers gegenüber Veräußerungsverboten ohne Bedeutung (RG 90, 339). Ein im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgender Erwerb, der gegen ein Veräußerungsverbot nach §§ 135, 136 verstößt, ist mithin gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten das Verbot besteht, auch dann unwirksam, wenn das Verbot weder im Grundbuch eingetragen noch dem Erwerber zur Zeit des Erwerbs bekannt ist (RG 90, 341). Andererseits wird die Eintragung des erworbenen Rechts (z. B. einer Zwangshypothek auf das zur Zwangsversteigerung stehende Grundstück) an sich nicht dadurch gehindert, daß ein Veräußerungsverbot im Grundbuch eingetragen steht (vgl. auch die Ordnungsvorschrift des § 772 ZVG; RZA 4, 59). Die Veräußerungsverbote sind im Falle des Konkurses über das Vermögen desjenigen, gegen den sie sich richten, nach § 13 RD den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, mit Ausnahme der Beschlagnahme in der Zwangsversteigerung. Wie die Enteignung des Grundstücks wirkt, wenn die Einleitung des Enteignungsverfahrens aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist, wurde bereits in A 6 Abs 1 erörtert.

12. In welcher Weise die Verfügungsbeschränkungen im Grundbuch ersichtlich zu machen sind, bestimmt sich nach den Anordnungen des Reichsministers der Justiz (§ 1 Abs 3 GBD; §§ 10, 11 Grundbuchverordnung v. 8. 8. 1935). Die durch die Verfügungsbeschränkung begünstigte Person muß in der Eintragung genannt werden, sonst ist die Eintragung inhaltlich unzulässig. Die Verfügungsbeschränkung wirkt dann gegenüber dem Erwerber nur, wenn er sie ihrem ganzen Inhalt nach außerhalb des Grundbuchs gekannt hat (RZG 4, 254; DZG 44, 164). Da die Verfügungsbeschränkungen, insbesondere die Veräußerungsverbote der §§ 135, 136, an sich auch außerhalb des Grundbuchs bestehen, so ist das Grundbuch unrichtig, wenn es sie nicht aufweist. Mithin erfolgt die Eintragung im Wege der Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 (vgl. § 22 Abs 1 Satz 2 GBD; RZA 3, 154; 6, 239.) Zur Vornahme der Eintragung beim Grundbuchamt ist regelmäßig erforderlich die Einreichung der Unterlagen, aus denen sich die Verfügungsbeschränkung ergibt (z. B. des Testaments bei der Nacherfolge oder der Testamentsvollstreckung, der einseitigen Verfügung), und ein Eintragungsantrag des aus der Beschränkung Berechtigten (z. B. des Gläubigers bei der einseitigen Verfügung). Nur ausnahmsweise erfolgt die Eintragung von Amts wegen (§§ 51, 52 GBD) oder, wie meistens bei behördlichen Veräußerungsverboten, auf Ersuchen einer dazu befugten Behörde (z. B. bei der Zwangsversteigerung, Konkursöffnung, einseitigen Verfügung; § 19 ZVG, § 113 RD, § 941 ZVG). Bei einer Pfandhypothek ist die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung auf dem Hypothekenbrief gemäß §§ 41, 62 GBD zu vermerken (RZA 2, 204; DZG 12, 168). Durch die Eintragung wird die (an sich außerhalb des Grundbuchs be-

stehende) Verfügungsbeschränkung (z. B. eine einstweilige Verfügung) inhaltlich nicht geändert. Vielmehr wird durch die Eintragung nur die Wirkung dahin verstärkt, daß die Beschränkung nunmehr dem Erwerber des von ihr betroffenen eingetragenen Rechts auch dann entgegensteht, wenn er sie nicht gekannt hat (RG Gruch 47, 904). Solange aber die Beschränkung nicht eingetragen ist, hat ein Erwerber, der sie nicht kennt, kein Recht darauf, daß der Grundbuchrichter, der die Unrichtigkeit (Unvollständigkeit) des Grundbuchs erkannt hat, diesen Mangel unbeachtet lasse, um dem Erwerber zu einem sachlich unberechtigten Erwerb auf Grund des § 892 zu verhelfen (JFG 16, 149).

18. Der Zeitpunkt, bis zu dem der Erwerber von der Unrichtigkeit des Grundbuchs (Abs 1 Satz 1) oder von dem Bestehen der nicht eingetragenen Verfügungsbeschränkung (Abs 1 Satz 2) keine Kenntnis erlangt haben darf, wenn er durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs in seinem Erwerb geschützt sein soll, ist grundsätzlich die Zeit der Vollendung des Erwerbs (RG 89, 160; 116 S. 348, 354, 361; 123, 21; 128, 278; 140, 35). Kommt es überhaupt nicht zur Vollendung des Erwerbs, so ist für die Anwendung des § 892 kein Raum (JFG 11, 228). In den Ausnahmefällen, in denen es zum Erwerb außer der Einigung (§ 873 Abs 1) eines anderen rechtswirkenden Umstandes als der Eintragung bedarf, ist immer der Augenblick maßgebend, in dem beide Erfordernisse für den Erwerb zusammengetroffen sind, mag das eine oder das andere Erfordernis vorausgegangen sein. So entscheidet z. B. bei der Übertragung einer Briefhypothek nach § 1154 Abs 1, 2 der Zeitpunkt der Übergabe des Briefs, wenn zuerst die schriftliche Abtretungserklärung dem Erwerber gegenüber abgegeben oder die Eintragung für ihn erfolgt und demnächst erst der Hypothekenbrief dem Erwerber nach Maßgabe des § 1117 übergeben worden ist. Bei anderer zeitlicher Reihenfolge der Ereignisse kann der Zeitpunkt der Abtretungserklärung oder der Eintragung den Ausschlag geben. Würde nun für den Regelfall (Erforderlichkeit von Einigung und Eintragung zum Erwerb) nicht die Bestimmung des Abs 2 gegeben sein, so würde, wenn die Einigung der Eintragung vorangegangen wäre, der Zeitpunkt der Eintragung, und wenn die Einigung der Eintragung nachgefolgt wäre, der Zeitpunkt der Einigung maßgebend sein. Denn erst mit dem Zusammentreffen beider Erfordernisse vollzieht sich der Erwerb. Das Gesetz hat jedoch im Abs 2 Halbsatz 1 zugunsten des Erwerbers für den ersten (regelmäßigen) Fall, daß der Erwerb nach vorausgegangener Einigung sich durch die Eintragung vollendet, den über die Gutgläubigkeit entscheidenden Zeitpunkt vorangesezt auf die Zeit der Stellung des Eintragungsantrags. Damit ist nicht etwa dieser Zeitpunkt in jeder Hinsicht dem Zeitpunkt des vollendeten Erwerbs gleichgestellt (JFG 11, 227). Vielmehr ist nur verordnet, daß der Erwerber, dessen Erwerb sich vollendet hat, gegen Einwendungen aus der Unrichtigkeit des Grundbuchs auch dann geschützt ist, wenn er in der Zwischenzeit von der Stellung des Antrags bis zur Eintragung nachträglich Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts erlangt (RG 74, 420; 89, 161; 116, 353; 123, 21; DVG 8, 108; 46, 42; der umgekehrte, praktisch seltene Fall, daß der Erwerber zwar zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrags von der Unrichtigkeit des Grundbuchs Kenntnis hatte, in der Zwischenzeit bis zur Eintragung aber zu der Überzeugung gelangt ist, das Grundbuch sei richtig, ist gestreift in RG 116, 349; der Fall, daß das Grundbuch erst in der Zwischenzeit von der Stellung des Eintragungsantrags bis zu der Eintragung unrichtig wird, ist weiter unten behandelt). Diese Vorschrift soll dem Erwerber bei der Unbestimmtheit des sonst maßgebenden Zeitpunkts der Eintragung die Möglichkeit wahren, ohne Gefahr die Valuta an den anderen Teil zu zahlen, sobald die Eintragung beim Grundbuchamt beantragt ist (Prot 3, 80ff.). Sie soll also den Erwerber nicht etwa des Nachweises irgendeiner neben der Eintragung bestehenden Erwerbsvoraussetzung überheben, sondern ihn lediglich gegen die Zufälligkeiten der Erledigung des Eintragungsantrags schützen (RG 141, 383). Der Eintragungsantrag, der nach § 13 Abs 2 GBD sowohl vom Passivbeteiligten als auch vom Erwerber gestellt werden kann und nach § 30 GBD keiner Form bedarf, ist besprochen in § 878 A 5. Hervorzuheben ist hier noch, daß ein Eintragungsantrag nur vorliegt, wenn er beim Grundbuchamt gestellt ist. Auch in denjenigen Fällen, in denen eine Auflassung an anderer Stelle als vor dem Grundbuchamt erfolgt (§ 925 A 12; z. B. vor einem Notar) und dort der Antrag auf Eintragung des Eigentums des Erwerbers beurkundet wird, ist der Eintragungsantrag im Sinne des § 892 Abs 2 erst dann gestellt, wenn die ihn enthaltende Urkunde dem Grundbuchamt zugegangen (DVG 26, 8; vgl. auch RG 53, 88) und wenn bei der Überreichung an das Grundbuchamt das Eintragungsbegehren klar zum Ausdruck gebracht ist. Ein in der notariellen Auflassung enthaltener Antrag auf Umschreibung des Grundstückseigentums kann als nicht gestellt angesehen werden, wenn im Einreichungsschreiben des Notars an das Grundbuchamt nur beantragt wird, einem in der Auflassungsurkunde gleichfalls enthaltenen Antrag auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung stattzugeben (RG JHR 1930 Nr 217). Der Zeitpunkt, in dem der Antrag auf Umschreibung des Grundstückseigentums beim Grundbuchamt eingeht, ist für die Anwendung des § 892 Abs 2 Halbsatz 1 auch dann entscheidend, wenn in diesem Augenblick der Nachweis der Zahlung einer etwa zu entrichtenden Steuer (Wertzuwachssteuer, Grunderwerbsteuer) noch nicht geführt ist (RG JHR 1929 Nr 1370). Ein Antrag, der zurückgenommen (§ 31 GBD) oder wegen bestehender Hindernisse zurück-

gewiesen wird, ist bedeutungslos (§ 11, 228); bei etwaiger Wiederholung des Antrags kommt es auf den Zeitpunkt dieses zweiten Antrags an (RG HR 1929 Nr 384; RN 4, 113; DLG 46, 42). Tritt zwischen der Stellung des Eintragungsantrags und der zum Erwerb führenden Eintragung eine Änderung des Grundbuchinhalts ein, wodurch das Grundbuch unrichtig wird, so könnte dem Erwerber nach Abs 2 die in der Zwischenzeit erlangte bloße Kenntnis dieser Änderung nicht schädlich sein. Indessen ist nach der aus Abs 1 zu entnehmenden Regel für den Erwerber der Grundbuchinhalt zur Zeit der Vollenbung seines Erwerbs maßgebend, gleichviel ob ihm zu dieser Zeit die inzwischen eingetretene Veränderung des Grundbuchinhalts bekannt war. Nur dann steht ihm hinsichtlich der zwischenzeitlich erfolgten, das Grundbuch unrichtig machenden Eintragung der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht zur Seite, wenn ihm nachgewiesen wird, daß er zur Zeit der Vollenbung seines Erwerbs die durch die zwischenzeitlich vorgenommene Eintragung herbeigeführte Unrichtigkeit des Grundbuchs kannte (RG 116 S. 354, 361; 123 S. 21, 64). Ist nach der Stellung des Antrags auf Eintragung des Eigentums des Grundstückserwerbers eine Eintragung oder Löschung eines Rechts am Grundstück beantragt, so hat das Grundbuchamt nach §§ 17, 45 Abs 3 GBD zu verfahren, also zunächst den Eigentumswechsel einzutragen und dann erst den andern Antrag auf Eintragung oder Löschung zu erledigen. Wird so verfahren, dann ist die durch die Erledigung des zweiten Antrags etwa eintretende Unrichtigkeit des Grundbuchs für den Grundstückserwerber ohne Bedeutung, da für ihn der Grundbuchinhalt zur Zeit seiner Eigentumseintragung entscheidend ist. Werden dagegen beide Anträge gleichzeitig erledigt, alle Einschreibungen in derselben Verfügung angeordnet und unter demselben Datum bewirkt, so gelten alle rechtsändernden Eintragungen als mit der Vollziehung der letzten Eintragung einheitlich abgeschlossen. Für den Eigentumserwerber gilt dann also die durch die Erledigung des zweiten Antrags herbeigeführte Eintragung oder Löschung als zur Zeit der Vollenbung seines Eigentumserwerbs schon vorhanden. Er ist, wenn durch diese Erledigung das Grundbuch unrichtig geworden ist, nach Abs 1 gegen die Unrichtigkeit geschützt, es sei denn, daß ihm in diesem Zeitpunkt vorhandene Kenntnis der Unrichtigkeit nachgewiesen wird (RG 116, 362; 123 S. 22, 83). Im übrigen schützt aber auch Abs 2 nicht gegen eine Änderung des Grundbuchstands, die nach der Einreichung des Umschreibungsantrags unter Verletzung der §§ 17, 45 GBD erfolgt ist (RG HR 1931 Nr 1313). — Ist zur Vollenbung des Erwerbs außer der (vorausgegangenen) Eintragung und Eintragung noch ein anderer Rechtsakt erforderlich, der später nachfolgt, so findet § 892 Abs 2 Halbsatz 1 keine Anwendung. Vielmehr ist dann der Zeitpunkt dieses Rechtsakts der für die Kenntnis maßgebende Zeitpunkt (RG 89, 160). Das ist namentlich von Bedeutung beim Erwerb einer Hypothek durch den eingetragenen Hypothekengläubiger. Der Gläubiger erwirbt die Hypothek erst im Augenblick der Entstehung der gesicherten Forderung (§ 1163 Abs 1 Satz 1), wenn er also z. B. das hypothekarisch gesicherte Darlehen erst nach der Eintragung der Hypothek auszahlt, erst im Zeitpunkt seiner Zahlung (RG 128, 278; A 4 Abs 2). In einem solchen Fall ist mithin auch für die Gutgläubigkeit des Erwerbers im Sinne des § 892 nicht schon die Stellung des Eintragungsantrags, sondern erst die Entstehung der hypothekarisch gesicherten Forderung der maßgebende Zeitpunkt (RG 141, 382). Ausnahmen mögen gelten bei der Hypothek für eine künftige Forderung (§ 1113 Abs 2) und bei der Höchstbetragshypothek des § 1190 (RG JW 1935, 2629¹²; JW 11, 284). Zu weit geht aber das Urteil JW 1935, 1195⁹, das bei jeder Buchhypothek zur Anwendung des § 892 den guten Glauben des Erwerbers im Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags genügen lassen will und den bösen Glauben im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung für unschädlich hält. Bei der Briefhypothek vollendet sich der Erwerb des Gläubigers ferner gemäß § 1117 erst mit der Übergabe des Hypothekenbriefs. Deshalb ist auch der Augenblick der Briefübergabe entscheidend für den Schutz des Hypothekenerwerbers durch § 892, also für die Frage, ob er zu der Zeit, als sich sein Erwerb vollendete, Kenntnis davon gehabt hat, daß der die Hypothek bestellende Bucheigentümer nicht wahrer Grundstückseigentümer oder daß gegen den Eigentümer ein (im Grundbuch nicht eingetragenes) Veräußerungsverbot erlassen war (RG 89, 160; 128, 278). Ist aber zwischen dem Hypothekbesteller und dem Gläubiger schon vor der Eintragung der Hypothek eine die Übergabe des Briefs erzielende Vereinbarung gemäß § 1117 Abs 2 getroffen, so greift wiederum § 892 Abs 2 Halbsatz 1 ein. Denn nach § 1117 Abs 2 wird die Übergabe des Briefs ersetzt „durch die Vereinbarung“, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt auszuhändigen zu lassen; diese Vereinbarung kann schon vor der Herstellung des Hypothekenbriefs wirksam getroffen werden; mithin erwirbt der Gläubiger in solchem Falle die Hypothek bereits mit der Eintragung (RG 64, 313; 66, 210; 81, 425); für seine Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts ist also hier nach § 892 Abs 2 die Zeit der Stellung des Eintragungsantrags maßgebend (RG 89, 161). Dies gilt aber nicht, wenn keine Vereinbarung über die Aushändigung des Briefs an den Gläubiger getroffen ist, sondern nur der Hypothekbesteller in der Eintragungsbewilligung das Grundbuchamt ermächtigt hat, den Hypothekenbrief dem Gläubiger unmittelbar auszuhändigen. Denn diese einseitige Bestimmung im Sinne des § 60 Abs 2 GBD enthält noch keine Vereinbarung nach § 1117 Abs 2 (RG 66, 100; 77, 107). Der Gläubiger erwirbt die Hypothek in diesem Falle also erst, sobald ihm der Hypothekenbrief vom Grundbuchamt ausgehändigt ist (RG 89, 160). — Handelt es sich darum,

ob der Rechtsurheber, von dem der Erwerber seinen Erwerb herleitet, nicht der Berechtigte oder ob er zu der Verfügung (z. B. wegen eines gegen ihn erlassenen, im Grundbuch nicht eingetragenen Veräußerungsverbots) nicht befugt war und ob dies dem Erwerber bekannt gewesen ist, so hat die Anwendung des Abs 2 Halbsatz 1 zur Voraussetzung, daß der Rechtsurheber im Grundbuch eingetragen ist. Wenn der Rechtsurheber zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrags als Berechtigter im Grundbuch nicht eingetragen steht, obwohl er nur im Falle seiner Eintragung Berechtigter sein könnte (wenn z. B. der die Eintragung einer Hypothek Bewilligende zwar die Auflassung des Grundstücks erhalten hat, aber noch nicht als Eigentümer eingetragen ist), so kann überhaupt nicht die Rede davon sein, daß der Erwerber zu dieser Zeit hinsichtlich der Berechtigung des Rechtsurhebers unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gestanden haben könnte. Denn das Grundbuch enthält dann nichts davon, daß der Rechtsurheber Berechtigter sei; sein Inhalt umfaßt die Berechtigung des Rechtsurhebers nicht, sondern spricht sogar gegen das Bestehen der Berechtigung (RG 89, 161; 116 S. 353, 361). Auch wenn in solchen Fällen der Rechtsurheber zugleich mit der Eintragung des Rechts des Erwerbers als Berechtigter eingetragen wird und der Erwerber durch seine Eintragung das Recht erwirbt, ist für die Frage der Kenntnis des Erwerbers davon, daß der Rechtsurheber (trotz seiner Eintragung) nicht wahrer Berechtigter oder (wegen einer Verfügungsbeschränkung) nicht zur Verfügung befugt war, nicht der Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags, sondern der Zeitpunkt der Eintragung maßgebend (RG 89, 162). Wird eine Hypothek schon vor ihrer Eintragung (Entstehung) gemäß §§ 1154, 1117 Abs 2 abgetreten, so erwirbt der Abtretungsempfänger sie unter dem Schutz des § 892, wenn er im Zeitpunkt ihrer Eintragung auf den Namen des Abtretenden die Nichtentstehung des Rechts (z. B. wegen Fehlens der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zur Hypothekbestellung) nicht gefannt hat (RG 140, 35; Warn 1935 Nr 58). Der Abtretungsempfänger einer Hypothek, die zugleich mit der Abtretung aus einer Höchstbetragshypothek in eine Verkehrshypothek umgewandelt wird (§§ 1180, 1186), erwirbt die umgewandelte Forderung nur dann unter dem Schutz des § 892, wenn er zur Zeit der Vollendung seines Rechtserwerbs in Ansehung des Bestehens der Hypothek und der gesicherten Forderung gutgläubig ist. Unter dieser Voraussetzung scheidet jener Schutz aber auch nicht daran, daß der Abtretungserwerb zeitlich zusammenfällt mit dem Umwandlungserwerb des abtretenden Erstgläubigers und daß beide Rechtsvorgänge in einem Grundbuchvermerk vollzogen werden (RG 147, 298). — Ist das Grundbuch unrichtig, weil ein Recht außerhalb des Grundbuchs besteht (z. B. weil es zu Unrecht gelöscht ist), oder ist eine bestehende Verfügungsbeschränkung im Grundbuch nicht eingetragen, so kann das Grundbuchamt, wenn es aus dem Grundbuch oder den Grundakten Kenntnis davon erlangt, die Eintragung eines entgegenstehenden Erwerbs, der sich nicht ausnahmsweise außerhalb des Grundbuchs vollzieht (RGZ 28 A 92), ablehnen ohne Rücksicht darauf, daß der Erwerber möglicherweise seinerseits bei Stellung des Eintragungsantrags keine Kenntnis davon hatte. Denn den Erwerber schützt sein guter Glaube erst dann, wenn er das Recht erworben hat. Durch den Eintragungsantrag, der nur im Fall des vollendeten Erwerbs für den Zeitpunkt der Kenntnis maßgebend ist, erwirbt er das Recht aber noch nicht (RG 57, 281; RZ 4, 110; RGZ 28 A 93) und ebensowenig einen Anspruch darauf, daß der Grundbuchrichter, der die Unrichtigkeit (Unvollständigkeit) des Grundbuchs erkannt hat, diesen Mangel unbeachtet lasse, um einen sachlich unberechtigten Erwerb auf Grund des § 892 herbeizuführen (RG 16, 149). — Will der Erwerber den Schutz des § 892 Abs 2 in Anspruch nehmen, so wird immer vorausgesetzt, daß die sonstigen Erfordernisse für einen rechtmäßigen Erwerb vorliegen. Hat jemand als Nichtberechtigter oder als Vertreter ohne Vertretungsmacht zugunsten des Erwerbers verfügt, so wirkt die den Erwerb gemäß §§ 177, 185 gültig machende Genehmigung des Berechtigten oder Vertretenen nach § 184 zurück. Der Erwerber ist geschützt, wenn er zur Zeit der Vornahme des Erwerbsakts, insbesondere im Augenblick der Stellung des später durch Eintragung erledigten Eintragungsantrags, in gutem Glauben war (RG 69, 270 mit der Einschränkung durch RG 134, 283 im Falle der Eintragung eines Widerspruchs; A 9 a. E.). — Die rechtliche Bedeutung der Kenntnis des Zwangsversteigerungsantrags ist im § 23 ZVG geregelt.

§ 893

Die Vorschriften des § 892 finden entsprechende Anwendung¹⁾, wenn an denjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist²⁾, auf Grund dieses Rechtes eine Leistung bewirkt³⁾ oder wenn zwischen ihm und einem anderen in Ansehung dieses Rechtes²⁾ ein nicht unter die Vorschriften des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält⁴⁾.

§ 1 838 II 811; M 3 223; B 3 86 f.

1. In entsprechender Anwendung des § 892 gilt derjenige, an den auf sein eingetragenes Recht eine Leistung bewirkt wird oder der eines der im Halbs 2 bezeichneten Rechtsgeschäfte über dieses Recht vornimmt, zugunsten des anderen Teiles als der wirklich Berechtigte, auch wenn er dies tatsächlich nicht ist (RG JW 1927, 1626; DZ 18, 110). Ebenso gilt er als zur Verfügung über das Recht befugt, auch wenn er in Wirklichkeit wegen einer nicht eingetragenen Verfügungsbeschränkung zu der Annahme der Leistung oder zu dem verfügenden Rechtsgeschäft nicht befugt ist. Beides gilt nur dann nicht, wenn gegen den Leistungsempfänger ein Widerspruch für das Recht des wahren Berechtigten eingetragen oder dem anderen Teile das Bestehen dieses Rechts oder der Verfügungsbeschränkung bekannt ist. Liegen solche die Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ausschließenden Tatsachen nicht vor, so wird der Leistende auch gegenüber dem wahren Berechtigten oder trotz der Verfügungsbeschränkung des Berechtigten befreit (DZ 18, 110). Das verfügende Rechtsgeschäft ist zugunsten des andern Teiles so wirksam, wie wenn der wahre Berechtigte es vorgenommen hätte oder der Berechtigte nicht in der Verfügung beschränkt wäre (RG 116, 181). Wahrer Berechtigter ist nur derjenige, der tatsächlich Inhaber des Rechts ist und statt des Leistungsempfängers oder Verfügenden eingetragen sein sollte, nicht derjenige, der nur einen persönlichen (schuldrechtlichen) Anspruch auf Einräumung des Rechts hat. Ein solcher Anspruch nimmt dem Empfänger oder Verfügenden die Berechtigung nicht; die Kenntnis vom Bestehen des Anspruchs schadet also dem anderen Teile nicht (§ 892 A 10). Der wahre Berechtigte muß sich an den Empfänger oder Verfügenden halten. Er kann insbesondere gemäß § 816 Abs 1 Satz 1, Abs 2 von diesem die Herausgabe der empfangenen Leistung oder das durch die Verfügung Erhaltene verlangen. Nur wenn die Verfügung unentgeltlich erfolgt ist, hat er gemäß § 816 Abs 1 Satz 2 auch gegen den andern Teil einen Anspruch auf Herausgabe des auf Grund der Verfügung erlangten Vorteils. Dagegen steht ihm gegen den andern Teil, auch wenn dieser fahrlässig gehandelt hat, ein Schadensersatzanspruch nach § 823 nicht zu. Denn der andere Teil, der ein Rechtsgeschäft nach § 893 mit oder gegenüber dem Buchberechtigten vorgenommen hat, ist auch gegen persönliche Ansprüche des nicht eingetragenen wahren Berechtigten (abgesehen von dem Bereicherungsanspruch) geschützt, sofern ihm nicht die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt oder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen war (RG 85, 61; 90, 397; § 892 A 5). Der Zeitpunkt, bis zu dem die Kenntnis des anderen Teils nicht vorliegen darf, wenn die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zu seinen Gunsten eintreten sollen, ist grundsätzlich der Augenblick, in dem die Leistung vollendet oder das Rechtsgeschäft wirksam wurde. Wenn zur Wirksamkeit die Eintragung erforderlich ist, entscheidet nach § 892 Abs 2 die Zeit der Stellung des Eintragungsantrags oder, falls das Rechtsgeschäft erst nach der Eintragung zustande kommt, die Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts. Die für die Hypothek geltenden Sondervorschriften sind behandelt in § 892 A 6 „Hypothek“, A 13. Hervorzuheben ist hier, daß der gemäß § 1155 ausgewiesene Besitzer des Briefes als eingetragener Gläubiger gilt. Aus § 893 ergibt sich, daß ein Hypothekenschuldner, der außer vom eingetragenen Gläubiger auch noch von einem andern in Anspruch genommen wird und den Mangel im Recht des eingetragenen Gläubigers nicht kennt, an diesen mit befreiender Wirkung zahlen kann. Das schließt aber nicht aus, daß er auch nach § 372 zur Hinterlegung des geschuldeten Geldbetrags berechtigt ist, wenn er infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Unwissenheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht mit Sicherheit erfüllen kann. Denn § 372 gestattet bei einer solchen Sachlage dem Schuldner die Hinterlegung ausnahmslos. Dem leistenden Hypothekenschuldner ist aber angesichts der von ihm entschuldbar als bestehend angenommenen Gefahr, daß er zweimal auf dieselbe Zahlung belangt werden könnte, das im § 372 vorausgesetzte Interesse an der Hinterlegung zuzugestehen (RG 97, 173).

2. Auf ein eingetragenes Recht, also auf das Eigentum oder ein begrenztes Recht an Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht (§ 873 A 6) muß geleistet sein oder das verfügende Rechtsgeschäft sich bezogen haben, wenn § 893 Anwendung finden soll. Über vorgemerkte Rechte vgl. A 4 und § 883 A 8. Rechte aus Schuldverhältnissen, auch wenn sie zu eingetragenen Rechten in Beziehung stehen, fallen nicht unter § 893. Daher wird z. B. der Mieter, der die Mietzinsen nicht an den aus dem Mietvertrage wirklich Berechtigten, sondern an den zahlt, der zwar als Eigentümer eingetragen, aber tatsächlich nicht Eigentümer ist, nicht befreit, auch wenn er den Eingetragenen für den Berechtigten gehalten, insbesondere etwa angenommen hat, dieser sei gemäß § 571 an die Stelle des Vermieters getreten (str.). Auf (aus Versehen) eingetragene Rechte, die nicht eintragungsfähig sind (Vorbem 2 vor § 873), ist die Anwendung des § 893 ausgeschlossen, da nur der zulässige Grundbuchinhalt unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs steht (§ 892 A 6).

3. Beispielsfälle für Leistungen, die auf Grund eingetragener Rechte bewirkt werden, sind: Kapitalzahlungen des Grundstückseigentümers an den eingetragenen, aber in Wirklichkeit nicht oder nicht allein berechtigten Gläubiger einer Buchhypothek oder Buchgrundschuld (RG A 11, 62; DZ 18, 110); Zinszahlungen des Eigentümers auf hypothetische Rechte, gleichviel ob

diese verbrieft oder unverbrieft sind (§§ 1158, 1159, 1160 Abs 3; RG 56, 415); die Entrichtung der Einzelleistungen aus einer Reallast. Aber auch die Erfüllung eines Vorkaufrechts, die Unterhaltung einer für die Grunddienbarkeit bestimmten Anlage im Falle des § 1021 und die Zahlung der Ablösungssumme für eine Reallast fallen unter § 893. Dagegen nicht Kapitalzahlungen auf Briefhypotheken und Briefgrundschulden. Denn bei diesen Rechten ist der eingetragene Gläubiger als solcher nicht schon durch die Eintragung zur Einziehung des Kapitals legitimiert, sondern gemäß §§ 1144, 1145 Abs 1, 1160 Abs 1 Halbs 1, 1192 erst dann, wenn er den Brief vorlegt (Prot 3, 86; RG 56, 415; 150, 356). Daß die Leistung von bestimmten Personen bewirkt sein müsse, ist im Gesetz nicht vorgeschrieben. Daher muß § 893 auch dann Anwendung finden, wenn nicht der Eigentümer oder sonst ein Verpflichteter, sondern ein Dritter, sei es für jenen oder um das Recht zu erwerben (§§ 1143, 1150, 268), die Leistung bewirkt.

4. Ein nicht unter § 892 fallendes, eine Verfügung enthaltendes Rechtsgeschäft ist einerseits ein solches Rechtsgeschäft, das nicht auf den Erwerb eines Rechts am Grundstück oder an einem Grundstücksrecht (§ 892 A 2) gerichtet ist (RG 56, 415), andererseits aber nur ein solches zweiseitiges oder einseitiges Rechtsgeschäft, das nicht lediglich die Begründung einer persönlichen (schuldrechtlichen) Verpflichtung zur Einräumung eines Rechts (§ 877; Wam 1912 Nr 391), sondern die unmittelbare Herbeiführung einer dinglichen Rechtsänderung (Übertragung, Belastung, Änderung des Inhalts, Aufhebung eines Rechts) zum Gegenstande hat (RG 90, 399; 92, 35; 106, 111; § 873 A 8). Zweiseitige Rechtsgeschäfte dieser Art sind z. B.: die Einigung über die Änderung des Inhalts eines Rechts (§ 877); die Verlegung einer Grunddienbarkeit gemäß § 1023; die Änderungen hypothekarischer Rechte nach Maßgabe der §§ 1119 Abs 2, 1180, 1186, 1198, 1203. Wegen der Rangänderung wird verwiesen auf § 880 A 2. Zu den einseitigen Verfügungsgeschäften gehört besonders die Aufhebung eines Rechts (RG 90, 399). Hierzu ist, wenn es sich um Aufhebung eines ein Recht am Grundstück belastenden Rechts handelt, die Aufgabenerklärung des Inhabers des belastenden Rechts gegenüber (§ 130 Abs 1) dem Inhaber des belasteten Rechts erforderlich und genügend; einer Eintragung bedarf es nicht (§ 875 A 2). Das belastende Recht gilt also zugunsten des Inhabers des belasteten Rechts als wirksam aufgehoben, wenn dieser zur Zeit der Erklärung ihm gegenüber von der Nichtberechtigung des Erklärenden keine Kenntnis hat. Zur Aufhebung eines das Grundstück belastenden Rechts ist nach § 875 Abs 1 Aufgabenerklärung und Löschung erforderlich. Ist die Löschung erfolgt, so gilt das Recht trotz Nichtberechtigung des Erklärenden zugunsten des Eigentümers als wirksam aufgehoben, wenn der Eigentümer zur Zeit der Stellung des Löschantrags (A 1) keine Kenntnis von der Nichtberechtigung hat. Voraussetzung für diese Wirkung ist aber auch hier, daß die Erklärung gegenüber dem Eigentümer abgegeben wird. Zwar genügt zur Aufhebung nach § 875 Abs 2, wenn der Erklärende wirklicher Berechtigter ist, die Abgabe der Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt (str.). Der § 893 Halbs 2 erfordert aber ein „zwischen dem Eingetragenen und einem anderen vorgenommenen“ Rechtsgeschäft. Daß dieser Unterschied bestehen sollte, ist auch bei den Gesetzesarbeiten ausdrücklich hervorgehoben worden. Nur unter der genannten Voraussetzung sollte der Eigentümer geschützt sein, weil er nur dann in seinem nach Lage des Grundbuchs begründeten Vertrauen auf die Wirksamkeit der Aufgabenerklärung getäuscht sei (Prot 3, 87). Ferner gehört zu den einseitigen Verfügungsgeschäften die Kündigung durch den oder an den eingetragenen, tatsächlich nicht berechtigten Inhaber einer Grundstücksbelastung sowie die Kündigung durch den oder an den eingetragenen, tatsächlich nicht berechtigten Eigentümer (RG 90, 399). Sie gilt also zugunsten des anderen gutgläubigen Beteiligten als rechtsbeständig auch dem wahren Berechtigten gegenüber. Jedoch ist die Kündigung einer Hypothek und Grundschuld besonders geregelt (§§ 1141, 1156; auch §§ 1148, 1155, 1158 ff., 1192, 1193, 1202). Auch die Einwilligung und die Genehmigung des Berechtigten zu Verfügungen, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft (§ 185), ist als Verfügung im Sinne des § 893 anzusehen (RG 90, 399; 137, 357). Die Erteilung einer Vollmacht zur Verfügung kann dagegen im allgemeinen nicht als Verfügung gelten. Denn durch die Vollmacht erlangt zwar der Bevollmächtigte die rechtliche Befähigung, mit Wirksamkeit für den Vollmachtgeber über das Recht zu verfügen, solange die Vollmacht nicht widerrufen ist. Die Vollmachtserteilung ist aber nur ein Mittel zur Bewirkung der Verfügung, nicht Verfügung selbst, da sie für sich allein nicht unmittelbar eine Rechtsänderung herbeiführt. Wenn indessen eine Vollmacht zur Verfügung über eine Sache in der Weise erteilt wird, daß sie unwiderruflich ist, und zugleich dem Bevollmächtigten Besitz- und Nutzungsrechte an der Sache eingeräumt werden (z. B. bei der Vollmacht zur Parzellierung eines Grundstücks), so ist eine Verfügung als gegeben zu erachten, da dann das Eigentumsrecht des Vollmachtgebers hinsichtlich der freien Verfügungsmacht und des Besitz und Nutzung umfassenden Inhalts unmittelbar eine Änderung erfährt (RG 90, 400). Die eine Leistung erziehenden Rechtsgeschäfte (Erfüllungsurrogate, wie Aufrechnung, Annahme an Erfüllungsgelt) sind ebenfalls hierzu zu zählen. § 893 kann daher namentlich bei einer Aufrechnung gegenüber einem Treuhänder Bedeutung gewinnen (HR 1934 Nr 851). Rein Verfügungsgeschäft ist dagegen z. B. die dem Gebiet der Schuldverhältnisse angehörende Vermietung und Verpachtung, auch wenn sie durch Besitz- und Gebrauchsüberlassung vollzogen ist. Der wahre

Eigentümer ist also an einen von einem Bucheigentümer oder einem zu Unrecht eingetragenen Nießbraucher geschlossenen Mietvertrag (Pachtvertrag) nicht gebunden (Str.; **RG** 106, 122; **RÖZ** 51, 298). Ebensovienig ist als Verfügungsgeschäft anzusehen die überhaupt nicht als sachenrechtliches Rechtsgeschäft sich darstellende Prozeßführung. Mithin wirkt ein gegen den eingetragenen Nichtberechtigten (z. B. auf Aufhebung des Rechts) erstrittenes Urteil nicht gegen den seine Eintragung erlangenden Berechtigten, der nicht Rechtsnachfolger (§ 325 **BW**) des Nichtberechtigten ist (Str.; **M** 3, 223). — Die Bewilligung der Eintragung der Vormerkung folgt, mit Rücksicht auf die dadurch bewirkte Gebundenheit des betroffenen Rechts als Verfügung über das Recht im Sinne des § 893 anzusehen (**RG** 116, 241; 118, 234; 120, 14; 121, 46; **Warn** 1928 Nr 106). Daher führt die im § 893 bestimmte entsprechende Anwendung des § 892 zunächst dazu, daß der eingetragene Verfügung als Berechtigter gilt, auch wenn er in Wirklichkeit nicht Berechtigter ist (A 1). Mithin wird der Vormerkungsberechtigte in seinem guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs in Ansehung der Eintragung des die Vormerkung bewilligenden Nichtberechtigten geschützt (**RG** 118, 234; **JW** 1926, 2870¹; **Warn** 1928 Nr 106). Durch die Eintragung der bewilligten Vormerkung wird aber auch die dingliche Wirkung des vorgemerkten Anspruchs (§ 883 Abs 1, 2; § 888) vorweggenommen, sofern er zur Entstehung und Erfüllung gelangt. Ist die Vormerkung auf Grund der Bewilligung des Buchberechtigten nach den Regeln des § 892 rechtsgültig entstanden, so ist damit der Grund für die Erfüllung des Anspruchs gelegt. Der Erwerb des Rechts selbst vollzieht sich später unabhängig von der weiteren Entwicklung des Grundbuchinhalts und von dem guten Glauben des Berechtigten. Ist also z. B. von dem fälschlich als Eigentümer eingetragenen A das in Wirklichkeit dem B gehörige Grundstück an C verkauft und auf Bewilligung des A für C eine Auflassungsvormerkung zu einer Zeit eingetragen worden, in der C die Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich der Eigentumseintragung des A nicht kannte, so erwirbt C, wenn demnächst die Auflassung an ihn und seine Eintragung erfolgt, das Eigentum ohne Rücksicht auf seinen nunmehr noch vorhandenen guten oder etwa bereits eingetretenen schlechten Glauben über das Nichteigentum des A (**RG** 121, 46; **OLG** 46, 60; **JFG** 4, 336). Auch wenn nach der Eintragung der Auflassungsvormerkung für C das Eigentum auf B, sei es auf Grund einer Auflassung, sei es durch Berichtigung des Grundbuchs (z. B. im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 894 **BW**), umgeschrieben würde, wäre diese Umschreibung gegenüber dem durch die Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruch des C nach § 883 Abs 2, § 888 unwirksam. Der an sich auf Künftiges deutende Begriff der „Verfügung“ im § 883 Abs. 2 ist dann entsprechend auf die nachträgliche Grundbuchberichtigung anzuwenden (**RG** 121, 47). Daraus ist aber nicht zu folgern, daß auch der übrige Inhalt des Grundbuchs, der zu der Vormerkungs-Verfügung in keiner Beziehung steht, zugunsten des Vormerkungsgläubigers als richtig zu gelten hätte. Die weitere Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs würde nur nach § 892 selbst eintreten, wenn die Vormerkung ein „Recht“ wäre, was zu verneinen ist (§ 883 Abs 1 u 2 Abs 5). Auf diesem Standpunkt stehen ersichtlich auch die (zu Aufwertungsfragen ergangenen) Entscheidungen in **RG** 116, 238; 120 S. 13, 353 (a. M. **JW** 1925, 1415¹, wo § 893 weiter gehend für anwendbar erachtet wird).

§ 894

Steht der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechtes an dem Grundstück, eines Rechtes an einem solchen Rechte oder einer Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs 1 bezeichneten Art mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange¹), so kann derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist²), die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs³) von demjenigen⁴) verlangen⁵), dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird⁴).

§ I 843 II 813; **M** 3 234 ff.; **B** 3 102 f.; 4 589; 6 386.

1. Mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht der Inhalt des Grundbuchs (§ 892 A 6) in Ansehung eines Rechtes an dem Grundstück, eines Rechtes an einem solchen Rechte (§ 873 A 3—6) oder einer Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs 1 bezeichneten Art (§ 892 A 11) im allgemeinen dann, wenn ein dingliches Recht am Grundstück (Eigentum oder begrenztes dingliches Recht, also Erbbaurecht, Dienstbarkeit, Vorkaufsrecht, Realkast, hypothetarisches Recht) oder ein dingliches Recht an einem das Grundstück belastenden Rechte (Nießbrauch oder Pfandrecht an einer Realkast oder an einem hypothetarisches Recht) nicht eingetragen ist, aber außerhalb des Grundbuchs besteht; oder wenn ein solches Recht zwar eingetragen ist, aber nicht mit dem seinem Wesen und seiner Bedeutung entsprechenden Inhalt; oder wenn nach den Grundbucheintragungen das Eigentum mit einem begrenzten dinglichen Recht oder eine Realkast oder

ein hypothekarisches Recht mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrechte belastet ist, die belastenden Rechte aber tatsächlich nicht entstanden sind oder doch nicht mehr bestehen; schließlich wenn eine bestehende Verfügungsbeschränkung bei dem Recht, das sie beschränkt, nicht eingetragen oder eine eingetragene Beschränkung tatsächlich nicht entstanden oder aufgehoben ist.

Als Beispiele sind zu nennen:

a) für das **Bestehen eines nicht eingetragenen Rechtes**: die Fälle, in denen ein eingetragenes Recht nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes ohne Eintragung von einem anderen erworben wird (§ 892 A 4 „kraft Gesetzes“). Vor allem kommt hier in Betracht der Erwerb durch Erbfolge (§§ 1922, 1937, 1941, 1942, 2139). Einzelfälle sind behandelt in RÖZ 25 A 115; RZA 13, 263: als Eigentümer eines zum Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft gehörenden Grundstücks sind nach dem Tode des einen Ehegatten der überlebende Ehegatte und die Erben eingetragen, jedoch ohne den Vermerk, daß der überlebende Ehegatte ebenfalls als Miterbe beteiligt ist; RÖZ 51, 189: der Vorerbe ist noch als Eigentümer eingetragen, während durch den Eintritt der Nacherbsfolge bereits der Nacherbe das Eigentum erlangt hat; DÖG 5, 435; RÖZ 49, 178: hat der Vorerbe durch Auflassung eines Nachlaßgrundstücks an einen Dritten das Recht des Nacherben gemäß § 2113 beeinträchtigt oder vereitelt, so kann der Nacherbe nach Eintritt des Nacherbfalles als Vollerbe Berichtigung des Grundbuchs durch seine Eigentumszeitrtragung verlangen; RÖ 102, 335: ist auf Grund einer Lösungsbevolligung des Vorerben ohne Zustimmung des Nacherben — diese Zustimmung würde die Verfügung des Vorerben gemäß 185 voll wirksam machen (RÖ 61, 232; 70, 33; 102, 337) — eine zum Nachlaß gehörende Hypothek gelöscht und dadurch das Recht des Nacherben beeinträchtigt oder vereitelt worden, so hat der Nacherbe nach Eintritt des Nacherbfalles gemäß § 2113 Abs 1 einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs mit dem Ziel der Wiedereintragung der Hypothek mit dem bisherigen Rang, soweit nicht ein inzwischen eingetretener Erwerb unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ihm entgegensteht. Ferner gehört hierher der Erwerb durch Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1438 Abs 2, 1485 Abs 3, 1519 Abs 2; RÖ 108, 286). Die Frage, ob im Falle des Grundbuchsserwerbs durch den Mann zur Berichtigung des Grundbuchs im Wege der Miteintragung der gütergemeinschaftlichen Frau nach § 22 ÖBD die Zustimmung der Frau erforderlich ist, wird behandelt in RÖ 84, 326; RÖZ 40, 153; 48, 210; RZA 13 S. 160, 163 (vgl. auch RÖ 84, 71; 155, 344); die Frage, ob im Falle der Errungenschaftsgemeinschaft zur Miteintragung des Mannes auf ein von der Frau erworbenes Grundstück die Zustimmung des Mannes erforderlich ist, in RZA 14, 69. Ähnlich liegt die Sache bei der Beendigung der Ehe durch rechtskräftige Scheidung (§§ 1470 ff.; DÖG 9, 331). Fälle der Unrichtigkeit des Grundbuchs infolge gesetzlichen Erwerbs können weiterhin herbeigeführt werden: durch Verstaatlichung einer Aktiengesellschaft unter Ausschluß der Abwicklung (Liquidation) nach § 253 AktG, früher § 304 HGB (RÖZ 47, 121: entsprechend anzuwenden auf die Verschmelzung eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit mit einer öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalt unter Ausschluß der Liquidation); durch Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften unter Ausschluß der Abwicklung (Liquidation) gemäß §§ 233 ff AktG, früher § 306 HGB (RÖZ 46, 190; nicht im Falle der Verschmelzung mit Liquidation nach § 255 AktG, früher § 303 HGB; RÖZ 46, 194); durch Zuschlag des Grundstücks in der Zwangsversteigerung (§ 90 ZVG; RZA 13, 147 darüber, ob das Vollstreckungsgericht beim Ersuchen an das Grundbuchamt nach § 130 ZVG auch um die Eintragung der Erben des Erfinders ersuchen kann). Unstimmigkeiten zwischen Grundbuch und wahrer Rechtslage ergeben sich ferner besonders leicht beim Erwerb der Hypothek, namentlich: wenn die Hypothek nach Befriedigung oder Verzicht des Gläubigers gemäß §§ 1143, 1150, 1163, 1164, 1168, 1170 Abs 2, 1171 Abs 2, 1173, 1174, 1177, 1182, 268 Abs 3, 426 Abs 2, 774 auf einen andern übergeht (RÖ 80, 319; 101, 233; RÖZ 36 A 179; DÖG 18, 198; 25, 376); wenn die nach Beerbung des Hypothekengläubigers durch den Hypothekenschuldner und Eigentümer auf diesen als Grundschuld übergegangene Hypothek (§ 1163 A 5) auf den Eigentümer umgeschrieben und gelöscht ist, dann aber durch Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Hypothekenforderung gemäß § 1976 als nicht erloschen gilt, die Hypothek als solche wieder auflieft und demgemäß (für den Erben) umzuschreiben oder mit dem früheren Range wieder einzutragen ist, soweit nicht ein inzwischen eingetretener Erwerb unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892) entgegensteht (RZA 16, 148); wenn die Übertragung, Pfändung und Überweisung von Briefhypotheken ohne Eintragung erfolgt (§ 1154 BGB; §§ 830, 837 ZPD; RÖZ 49, 206). Zu erwähnen ist auch die Abtretung eines eingetragenen Nacherbentrechts (RÖ 83, 437; § 892 A 11 Abs 2; Verpfändung und Pfändung; unten d). Unrichtigkeitsfälle dieser Art liegen schließlich vor: wenn ein Recht wegen Nichtigkeit der vom Berechtigten erteilten Lösungsbevolligung oder wegen ihres Zugehens an den Empfangsberechtigten ohne Willen des Berechtigten (§ 875 A 7) oder wegen fehlender Verfügungsbefugnis des die Löschung Bewilligenden oder aus sonst einem Grunde zu Unrecht gelöscht ist (RÖ 73, 175; 82, 22; 88, 286; Warn 1912 Nr 11; Gruch 52, 957; RÖZ 34 A 267; 48, 188; ZFG 2, 293; § 891 A 6); wenn beim Abschreiben einer veräußerten Parzelle ein auf dem Hauptgrundstück eingetragenes Recht zu Unrecht auf die Parzelle nicht mitübertragen ist, was einer Löschung des Rechts an der

Parzelle gleichkommt (§ 46 Abs 2 GBD; RÖZ 27 A 116; 46, 211; DZG 40, 57; § 875 U 6); wenn im Falle der Übertragung eines Rechts eine Einigung überhaupt nicht zustande gekommen oder die Einigung nichtig oder anfechtbar und angefochten ist (§ 925 U 6; Auflassung: aus Irrtum RZM 9, 59, bei Betrug RG ZW 1896, 362⁴⁰, ⁴¹, zum Schein RG 79, 165; ZW 1902 Weil 202; Übertragung eines Rechts ohne Vertretungsmacht RG 69, 266; Gruch 52, 957; DZG 18, 110); wenn eine dem A gehörende Grundfläche (Parzelle) auf das Grundbuchblatt des B irrthümlich eingetragen ist (RG 68, 24; RÖZ 26 A 245; § 891 U 3; § 892 U 6 „tatsächliche Angaben“).

b) für das **Nichtbestehen eines eingetragenen Rechtes**: wenn das Recht wegen Fehlens einer Einigung (§ 873) nichtig ist (RG 88, 89; 89, 371; RÖZ 39 A 177); wenn es wegen Unwirksamkeit der ihm zugrunde liegenden Einigung, z. B. der Auflassung beim Fehlen der erforderlichen behördlichen Genehmigung, nicht rechtsbeständig ist (RG 129, 152); wenn ein eingetragenes Recht außerhalb des Grundbuchs (ohne Lösungsinschreibung) durch Rechtsgeschäft erloschen ist, wie z. B. ein Pfandrecht an einer Reallast oder an einem hypothekarischen Recht durch rechtsgeschäftliche Aufhebung (§ 875 U 2); wenn ein Recht (nicht das Eigentum: § 927 Abs 2) durch Ausschlußurteil ohne Lösung erlischt, wie z. B. ein Vorkaufrecht (§ 1104 Abs 1 Satz 2), eine Reallast (§ 1112), ein Pfandrecht an einer Reallast oder an einem hypothekarischen Recht (§§ 1273, 1269); wenn ein Recht durch Vereinigung mit dem belasteten Eigentum oder mit dem belasteten Rechte erlischt, wie die Hypothek, Grundschuld, Reallast nach §§ 1178 (Rückstände von Zinsen usw.), 1107, 1200, der Nießbrauch und das Pfandrecht nach §§ 1063, 1063, 1072, 1256, 1273; wenn eine Grunddienstbarkeit oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach §§ 1028, 1090 Abs 2 durch Verjährung des Anspruchs (zum Teil) erlischt; wenn ein Recht infolge Eintritts eines Ereignisses kraft Gesetzes erlischt, wie der Nießbrauch durch den Tod des Nießbrauchers (§ 1061 BGB; § 23 GBD), eine Grunddienstbarkeit gemäß §§ 1025, 1026 durch Teilung, eine Gesamthypothek auf einem der haftenden Grundstücke in den Fällen der §§ 1173 Abs 1, 1174 Abs 1, 1181 Abs 2 (RG Warn 1912 Nr 259); wenn ein aufstößend-bedingtes oder zeitlich begrenztes Recht infolge Eintritts der Bedingung oder des Endtermins erlischt (§§ 158 Abs 2, 163; RG ZW 1902 Weil 222, 250), also z. B. auch, wenn der Eigentümer, dem das Eigentum am Grundstück nur als Vorerben bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zufließt, eine Hypothek ohne Zustimmung der Nacherben bestellt hat und beim Eintritt des Nacherbenfalls nach §§ 158 Abs 2, 161 Abs 2, 163, 2113 zugleich mit dem Eigentum des Hypothekbestellers auch die Hypothek erloschen ist (RG Warn 1914 Nr 126); wenn Miterben vor erfolgter Auseinandersetzung irrthümlich ohne Auflassung (§ 925 U 2) als Miteigentümer nach Bruchteilen eingetragen worden sind (RÖZ 51, 220); wenn ein Recht durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung gemäß § 91 ZVG, eine Hypothek durch Befriedigung aus dem Grundstück gemäß § 1181 erlischt.

c) für die **nicht richtige oder unvollständige Eintragung** eines Rechts (DZG 45, 288): wenn der mit einem Recht belastete Miteigentumsanteil nicht gemäß § 47 GBD in einem Bruchteil angegeben ist (RG 54, 85; DZG 14, 185; § 895 U 1); wenn Eheleute als Miteigentümer eines Grundstücks eingetragen sind, während dieses zum Gesamgut der zwischen ihnen bestehenden Ehegemeinschaft (§§ 1549, 1438) gehört (RÖZ 50, 151); wenn Miterben als Eigentümer in Erbengemeinschaft eingetragen sind, einer der Miterben aber seinen Anteil an gesamter Nachlasse gemäß §§ 398, 413, 1274, 2033 rechtswirksam einem andern übertragen oder verpfändet hat (RZM 6, 235; 10, 69; RÖZ 26 A 114; 33 A 231; DZG 4, 190; 5, 427; 25, 377); wenn bei einer Hypothek das Schuldverhältnis, auf dem die gesicherte Forderung beruhen soll, oder auch sonst der Inhalt des Rechts, insbesondere in Unbetragt der Eintragungsbewilligung, im Grundbuch nicht richtig eingeschrieben ist (RG 57, 321; ZW 1902, 421¹⁴, Weil 194; 1903 Weil 48; 1906, 18¹⁷); wenn überhaupt die Eintragung mit der zugrunde liegenden Einigung nicht übereinstimmt, insbesondere unvollständig ist (RÖZ 53, 174), es sei denn, daß anzunehmen ist, die Einigung würde auch ohne den nicht eingetragenen Teil des Rechtsinhalts vorgenommen sein (§ 139; RÖZ 42, 260; 53, 175); wenn eine Hypothek statt auf den Namen der Gemeinde auf den Namen der eigene Rechtspersönlichkeit genießenden Gemeindepfarrasse eingetragen ist (unten im Absatz „Richtigstellung der Einschreibung in das Grundbuch“); wenn im Falle der Übertragung eines Teils einer verbrieften Hypothek oder Grundschuld die Übertragung (verehentlich) zu einem geringeren als dem abgetretenen Betrage für den Erwerber eingetragen worden ist; wenn ein Recht (z. B. wegen Nichtigkeit der Einigung über eine Rangänderung) nicht mit dem ihm zustehenden Range eingetragen ist (RG 128 S. 56, 280; § 880 U 3); wenn im Auseinandersehungsverfahren nach preußischem Recht auf Grund eines bestätigten Rezesses oder eines ausgeführten Auseinandersehungsplanes ein Wechsel im Besitzstande eingetreten, insbesondere an die Stelle eines abgefundenen Grundstücks das Abfindungsgrundstück getreten ist (RÖZ 38 A 250; 50, 145).

d) für die Fälle einer **Verfügungsbeschränkung**: wenn eine Bedingung oder Zeitbestimmung, unter die ein eingetragenes Recht gestellt wurde, nicht eingetragen ist (§ 892 U 11); wenn das Recht des Nacherben (§§ 2113 ff.) bei dem Recht des Vorerben nicht eingetragen ist (§ 897 U 3; § 51 GBD; RG Gruch 48, 1022; RÖZ 52, 144; DZG 40, 125); wenn bei einem

eingetragenen Nacherbenrecht dessen Verpfändung oder Pfändung, Rechtsvorgänge, die sich als Verfügungsbeschränkungen darstellen, nicht eingetragen sind (RG 83, 438; RGZ 42 S. 239, 241; 47, 167; § 892 A 11 Abs 2; über die Abtretung oben a). Hierher gehört auch der Fall, daß das Anteilrecht eines Miterben an dem gemäß § 2032 Abs 1 im gemeinschaftlichen Vermögen der Erben stehenden Nachlasse mit einem gemäß §§ 1273, 1274 wirksam bestellten (RG 84, 396; 87, 324) Pfandrechte belastet ist, daß aber dieses Pfandrechte nicht eingetragen ist im Grundbuch über ein Nachlassgrundstück, bei dem die Miterben in ihrer Gesamtheit als Eigentümer eingetragen sind (RG 90, 235). Nach dem Grundbuch könnte hier der Miterbe in Gemeinschaft mit den anderen Miterben unbeschränkt über das Grundstück verfügen, während er nach der wirklichen Rechtslage wegen der Pfandbestellung gemäß § 1276 (RG 84, 399) zur Verfügung der Zustimmung des Pfandgläubigers bedarf. Das Grundbuch ist also insofern unrichtig, als es schweigt über eine bestehende Verfügungsbeschränkung, die keine rechtsgeschäftliche (nicht eintragbare) Beschränkung im Sinne des § 137 ist, sondern sich aus dem dinglichen Recht an fremdem Gegenstand ergibt (RG 90, 237). Weitere Beispielsfälle: wenn ein Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 bezeichneten Art bei dem betroffenen Recht nicht eingetragen ist, ein Fall, in dem allerdings die Zustimmung des durch die Eintragung Betroffenen meistens durch das Eintragungsersuchen einer zuständigen Behörde ersetzt werden wird (MZA 6, 239; § 892 A 12); wenn eine eingetragene Verfügungsbeschränkung tatsächlich nicht entstanden ist (z. B. weil die Einigung über eine Bedingung oder die letztwillige Verfügung mit der Anordnung eines eingetragenen Nacherbenrechts nichtig ist) oder wenn sie zwar entstanden, aber wieder aufgehoben ist (z. B. eine einstweilige Verfügung mit Veräußerungsverbot durch vollstreckbare Entscheidung). Dagegen wird ein dem Schutz des Nacherben dienender Vermerk über sein Nacherbenrecht durch den Eintritt des Nachbisses nicht unrichtig, solange noch die Möglichkeit eines Rechtsverlustes, namentlich durch Verfügungen der Erben des Vorerben, besteht (RGZ 49, 179). Hat der Vorerbe über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder Grundstücksrecht zugunsten eines Dritten verfügt, ohne daß das Nacherbenrecht eingetragen war oder der Nacherbe seine Zustimmung zu der Verfügung erteilt hatte, so steht dem Nacherben, sofern nicht der Verfügende befreiter Vorerbe war und die Verfügung gegen Entgelt erfolgte (§§ 2136, 2113 Abs 2), ein Berichtigungsanspruch auf Zustimmung zur Eintragung des Nacherbenrechts auch noch gegen den Erwerber zu, soweit dieser sich nicht nach § 2113 Abs 3 auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen kann. Dieser Anspruch besteht selbständig neben dem Recht auf Eintragung eines Widerspruchs gegen die Eintragung des Erwerbers nach § 899 oder nach § 53 GBD (RGZ 52, 140; DZ 40, 125). Durch die Eintragung des Nacherbenrechts wird der Nacherbe dagegen geschützt, daß sein Recht, im Falle des Eintritts der Nachbfolge die Anwartschaft der Verfügung geltend zu machen, durch Weiterverfügung des ersten (bösgläubigen) Erwerbers an einen zweiten (gutgläubigen) Erwerber bereittelt wird (RGZ 52, 144). Dies gilt auch dann, wenn noch der Erblasser als Rechtsinhaber eingetragen stand und nun der Vorerbe, der durch die Verfügung zugunsten des Dritten sein Verfügungsrecht verloren hat, nicht mehr als Rechtsinhaber eingetragen werden kann. Der § 51 GBD, der bei der Eintragung des Vorerben die gleichzeitige Eintragung des Nacherbenrechts von Amts wegen vorsieht, kommt hier, wo es sich um die Bewilligung der Eintragung des Nacherbenrechts handelt, nicht in Betracht. Das Nacherbenrecht besteht aber selbständig und unabhängig davon, ob der Vorerbe eingetragen ist oder nicht (RGZ 52, 145).

Die **Vormerkung** (§ 883) und der **Widerspruch** (§ 899) entstehen erst durch Eintragung. Der Inhalt des Grundbuchs ist daher beim Fehlen ihrer Eintragung mit der wirklichen Rechtslage im Einklang, so daß § 894 keine Anwendung findet. Gleiches gilt, wenn eine eingetragene Vormerkung oder ein eingetragener Widerspruch wegen Nichtbestehens des gesicherten Anspruchs oder des gesicherten dinglichen Rechts oder aus sonst einem Grunde hinfällig geworden ist. In diesem Falle ist trotz der Hinfälligkeit der Eintragung das Grundbuch nicht unrichtig im Sinne des § 894, weil die Vormerkung und der Widerspruch keine dinglichen Rechte am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht sind, die „Rechtslage“ des Grundstücks also nicht geändert ist. Die Löschung der hinfälligen Eintragung ist mithin hier auf einem anderen Wege als dem des § 894 herbeizuführen (§ 883 A 2, § 886 A 2, 3). Ist aber eine Vormerkung rechtmäßig eingetragen gewesen und nur aus Versehen oder durch widerrechtliche Handlung gelöscht worden, so hatte die Vormerkung in der Zwischenzeit gegenüber ihr entgegenstehenden Verfügungen nach §§ 883 Abs 2, 888 dingliche Wirkungen erlangt. Diese mit der Vormerkung verknüpfte und einmal entstandene Rechtsstellung konnte nicht durch eine zu Unrecht erfolgte Löschung wieder beseitigt werden. Wie die Rechtsstellung wieder verschafft werden kann, ist in § 886 A 3 Abs 2 erörtert. Die Abtretung, Verpfändung oder Pfändung des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs erstreckt sich auch auf die Vormerkung, wie unter entsprechender Anwendung des § 401 anzunehmen ist (§ 883 A 8 Abs 4). Die Übertragung oder Belastung des vorgemerkten Anspruchs kann im Grundbuch vermerkt werden (RGZ 35 A 314; 43, 210).

Ferner ist das Grundbuch nicht unrichtig, wenn für jemanden lediglich ein **persönlicher** (schulrechtlicher) **Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechtes** am Grundstück oder an einer Grundstücksbelastung oder auf **Aufhebung** eines solchen Rechtes besteht. Denn eine Unrichtigkeit

des Grundbuchs liegt nur dann vor, wenn die Rechtslage hinsichtlich der dinglichen Rechte eine andere ist, als sie nach dem Inhalt des Grundbuchs erscheint (RG 53, 377; 60, 264; 65, 365; Seuffl 61 Nr 272). Bei schuldrechtlichen Ansprüchen kann also nur auf Grund des Schuldverhältnisses mit der persönlichen Klage gegen den Verpflichteten die Herbeiführung der Eintragung oder der Löschung des Rechts verfolgt werden (§ 875 A 4; § 925 A 6). Den Fall einer dem § 45 BGB oder der Vereinbarung der Beteiligten nicht entsprechenden Rängeintragung behandelt § 879 A 4, 8. Ist die einer Eintragung zugrunde liegende (dingliche) Einigung (§ 873 Abs 1) an sich rechtsgründlich und nur das (schuldrechtliche) Grundrechtsgeschäft nichtig oder fehlt sonst ein Rechtsgrund für die Bestellung des Rechts, so ist nicht etwa ein (dinglicher) Berichtigungsanspruch aus § 894 gegeben. Vielmehr kommt nur ein persönlicher Anspruch, namentlich wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812 ff., auf Beseitigung der Eintragung in Frage (RG 51, 422; 63, 185; 66, 389; Gruch 52, 958; NZA 7, 278). Durch eine Ansetzung auf Grund des Anfs oder der §§ 29 ff. RD wird das durch die ansehbare Veräußerung an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht erlangte eingetragene Recht nicht aufgehoben, da die Ansetzung den Rechtszwerb nicht unwirksam macht (unten A 2 Abs 2 und § 883 A 2). Daher wird auch das Grundbuch nicht unrichtig; ein Berichtigungsanspruch ist also auch hier nicht gegeben (RG 71, 178; DVG 10, 203; a. M. DVG 21, 409). Selbstverständlich liegt keine Unrichtigkeit des Grundbuchs vor, wenn der eingetragene Gläubiger einer Briefhypothek wirklicher Gläubiger ist, einem anderen aber ein persönliches Zurückbehaltungsrecht an dem Brief zusteht (RG JW 1901, 130³⁵).

Unter der wirklichen Rechtslage, mit der das Grundbuch nicht in Einklang steht, ist die materielle Rechtslage zu verstehen. Durch das Vorhandensein der **formellrechtlichen Voraussetzungen** für die Eintragung (Eintragungsbewilligung und Antrag) wird der Berichtigungsanspruch nicht ausgeschlossen, wenn zwischen Grundbuch und materieller Rechtslage ein Widerspruch besteht (RG 51, 420). Umgekehrt ist kein Berichtigungsanspruch gegeben, wenn die Eintragung zwar wegen Fehlens der (formellen) Voraussetzungen hätte unterbleiben sollen, aber der materiellen Rechtslage entspricht (DVG 25, 378). — Nicht um eine Berichtigung des Grundbuchs im Sinne des § 894, sondern um **Richtigstellung der Einschreibung in das Grundbuch** handelt es sich, wenn nachrichtliche Vermerke, tatsächliche Angaben im Sinne der A 3 § 891 und ähnliches, was Inhalt, Umfang oder Wirksamkeit der eingetragenen Rechte nicht berührt, der Wirklichkeit entsprechend geändert werden (z. B. Vermerk einer Änderung des Namens, Berufs oder Wohnorts des Berechtigten: JW 1936, 1082⁴⁰; Beseitigung von bloßen Schreibfehlern, versehenlichen Bezeichnungen, unzutreffenden Beschreibungen, Undeutlichkeiten hinsichtlich des Umfangs des Rechts: RG JW 1911, 976⁸; RGZ 25 A 104; 27 A 244; 38 A 237; DVG 7, 197; 8, S. 211, 219, 310; 15, 345; 16 S. 151, 156; 18, 210; Richtigstellung des Erwerbsgrundes: NZA 9, 60). Die Beteiligten haben zwar ein Recht auf die Richtigstellung, weil das Grundbuch nichts Unrichtiges enthalten soll (RG 83, 438). Das Grundbuch wird aber dadurch nicht „mit der wirklichen Rechtslage“ in Einklang gebracht. „Unrichtig“ ist das Grundbuch auch dann nicht, wenn die Eintragung nur unbedeutlich ist und ihr Sinn durch die zugrunde liegende Eintragungsbewilligung festgestellt werden kann (RG 53, 414; JW 1903 Beil 48; Warn 1908 Nr 22; DVG 16, 171). Ferner handelt es sich nicht um Berichtigung des Grundbuchs, wenn eine beantragte Eintragung nicht vollständig bewirkt und daher ein Recht (z. B. ein Zinsrecht) nicht zur Eintragung gelangt ist. Denn ohne Eintragung ist das Recht noch nicht entstanden, das Grundbuch also nicht unrichtig. Hier muß die vollständige Erledigung des Eintragungsantrags, nötigenfalls im Wege der Beschwerde, verfolgt werden (DVG 21, 413). Um einem echten Fall der Grundbuchberichtigung handelt es sich dagegen, wenn eine Hypothek im Grundbuch zu Unrecht auf den Namen einer mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Gemeindsparkasse eingetragen ist, während sie in Wirklichkeit nicht zum Sparkassenvermögen, sondern zum Gemeindevermögen gehört und daher auf den Namen der Gemeinde eingetragen sein muß (JW 1938, 2407⁹).

Wird zu einer Zeit, in der das Grundbuch hinsichtlich eines eingetragenen Rechts unrichtig ist, dieses Recht von einem Dritten durch Rechtsgeschäft gutgläubig erworben (hat z. B. C, nachdem die Hypothek des B durch Befriedigung der Forderung auf den Eigentümer A übergegangen war, die Hypothek von dem noch eingetragenen B durch Übertragungsgeschäft erworben, ohne daß er die Nichtberichtigung des B kannte), so gilt nach § 892 Abs 1 Satz 1 zugunsten des Erwerbers das Recht als wirklich bestehend. Wird zu einer Zeit, in der das Grundbuch unrichtig ist, weil ein außerhalb des Grundbuchs bestehendes dingliches Recht nicht eingetragen steht, ein diesem Recht entgegengesetztes Recht von einem Dritten durch Rechtsgeschäft gutgläubig erworben, so gilt nach § 892 Abs 1 Satz 1 das nicht eingetragene Recht zugunsten des Erwerbers als nicht bestehend. Das trifft z. B. zu, wenn C, nachdem eine dem A gehörende Parzelle irrtümlich auf dem Grundbuchblatt des B als diesem gehörig vermerkt war, von B das Eigentum übertragen oder ein begrenztes dingliches Recht bestellt erhält, ohne davon Kenntnis zu haben, daß die Parzelle dem A gehört. Ebenso greift § 892 Abs 1 Satz 1 ein, wenn auf Grund der Löschungsbevollmächtigung des Vorerben allein eine im Falle des Eintritts der Nacherfolge dem Nacherben gegenüber nach § 2113 Abs 1 unwirksame Löschung einer zum Nachlaß gehörenden Hypothek erfolgt ist und dann für einen andern, der die Unwirksamkeit der Löschung nicht kennt, eine Hypo-

thes an dem Grundstück bestellt wird (RG 102, 335). In allen diesen Fällen steht das Grundbuch, soweit durch seine (ursprüngliche) Unrichtigkeit an sich der Erwerber betroffen werden müßte, kraft der gesetzlichen Fiktion der Richtigkeit mit der wirklichen Rechtslage nicht mehr im Widerspruch. Derjenige, dessen Recht zu Unrecht belastet wurde oder der der wahre Berechtigte war oder dessen Recht außerhalb des Grundbuchs bestand, hat also keinen Berichtigungsanspruch gegen den Erwerber. Entsprechendes gilt nach § 893, wenn ein Dritter gutgläubig an einen eingetragenen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt (z. B. wenn der Eigentümer C eine Buchhypothek an den als Gläubiger eingetragenen B, der von dem ursprünglichen Gläubiger A die Hypothek nicht rechtswirksam übertragen erhalten hat, bezahlt und so die Hypothek erwirbt) oder mit einem eingetragenen Nichtberechtigten ein anderes, eine Verfügung enthaltendes Rechtsgeschäft vornimmt (z. B. wenn der Eigentümer C mit dem nur buchmäßig berechtigten B die Aufhebung eines das Grundstück belastenden Rechts vereinbart, das in Wirklichkeit dem A zusteht). Alles Nähere hierüber findet sich in § 892 A 2, 6, 7; § 893 A 1, 3, 4. Soweit danach das Recht des Berichtigungsberechtigten nicht überhaupt erlosch, kann der Berichtigungsanspruch nur gegenüber anderen, die sich auf einen gutgläubigen Erwerb nicht berufen können, geltend gemacht werden (z. B. im Falle unrechtmäßiger Löschung einer Hypothek gegen diejenigen nachstehenden Gläubiger, deren Hypotheken zur Zeit der Löschung bereits eingetragen standen: § 892 A 2).

Dingliche Rechte, die ohne Eintragung mit voller Wirksamkeit bestehen, aber nicht eintragungsfähig sind (z. B. die Überbau- und die Notwegrente: §§ 912—918), machen durch ihr Bestehen außerhalb des Grundbuchs dieses nicht unrichtig. Denn das Grundbuch soll nur in seinem zulässigen Inhalt vollständig sein. Nicht eintragungsbedürftige, aber eintragungsfähige Rechte können eingetragen werden, weil ein bestehendes dingliches Recht auch den Anspruch auf Eintragung gewährt. Für die vor Inkrafttreten des BGB entstandenen Grunddienstbarkeiten gewährt Art 187 EG ausdrücklich das Recht auf Eintragung (auf Realasten bezieht sich die Vorschrift nicht: DRG 35, 328). Ebenso können berichtigend zur Eintragung gebracht werden Rechte, die zwar ohne Eintragung entstehen, jedoch zur Wirksamkeit gegenüber gutgläubigen Erwerbern der Eintragung bedürfen, wie der Nießbrauch nach § 1075, die Sicherungshypothek aus § 1287 Satz 2 und aus ZPO § 848 Abs 2. Ferner können im Wege der Berichtigung des Grundbuchs Rechte eingetragen werden, die vor Inkrafttreten des BGB zwar ohne Eintragung entstanden sind, aber zur Wirksamkeit gegen Dritte, gleichviel ob sie diesen bekannt waren oder nicht, der Eintragung bedürften (RG 55, 315; 56, 13; 66, 30; JW 1904, 282¹; in Preußen § 12 CEGes. v. 5. 5. 1872 und für vorher begründete dingliche Rechte § 73 GWD v. 5. 5. 1872, dazu RG Gruch 62, 411). Da aber diese Rechte gemäß Art 184 EG nur in ihrem bisherigen unvollkommenen Rechtszustande bestehengeblieben sind (RG 66, 30; DRG 35, 329), so ist die Eintragung nicht mehr zulässig, wenn inzwischen das Eigentum auf einen, sei es auch bösgläubigen, Erwerber übergegangen ist (RG JW 1904, 282¹; RG 74, 60; § 892 A 3).

2. Berichtigungsberechtig sind nur die im § 894 bezeichneten, bei der Unrichtigkeit des Grundbuchs unmittelbar Beteiligten (RG Gruch 62, 384). Steht das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang, weil ein außerhalb des Grundbuchs bestehendes dingliches Recht nicht eingetragen ist (A 1a), so ist berichtigungsberechtig derjenige, dessen dingliches Recht der Eintragung entbehrt (RG Gruch 62, 384). Ein anderer, mag ihm auch sonst ein dingliches Recht am Grundstück zustehen, ist nicht befugt, die Eintragung jenes Rechtes zu betreiben. So kann z. B. der Grundstückseigentümer, wenn eine an sich bestehende Hypothek auf einen andern als den Buchgläubiger übergegangen ist, nicht vom Buchgläubiger die Zustimmung zur Eintragung des andern verlangen; vielmehr steht der Anspruch nur diesem zu (RG 60, 264; Gruch 58, 668). Wohl aber kann der Verwalter im Konkurse des Berichtigungsberechtigten dessen Berichtigungsanspruch verfolgen. Er kann also von dem als Gläubiger einer Briefhypothek auf dem Grundstück des Gemeinschuldners eingetragenen, dem der Brief noch nicht übergeben ist, die Zustimmung dazu verlangen, daß die gemäß §§ 1163 Abs. 2, 1177 Abs. 1 dem Gemeinschuldner als Grundschuld zustehende Hypothek auf den Gemeinschuldner umgeschrieben werde. Das gilt selbst dann, wenn dem Eingetragenen nach Zahlung des Hypothekentrags ein Anspruch auf Verschaffung der Hypothek gegen den Gemeinschuldner zusteht. Wegen dieses persönlichen Anspruchs kann der Eingetragene nur eine Geldforderung gemäß § 69 KO als Konkursforderung geltend machen (RG 77, 100). Sind mehrere als (nicht eingetragene) Miteigentümer eines Grundstücks berichtigungsberechtig, so kann nach § 1011 jeder für sich allein den Berichtigungsanspruch geltend machen, und zwar dahin, daß sämtliche Berechtigte als Miteigentümer eingetragen werden (RG JW 1911, 280¹). Ebenso kann gemäß § 2039 jeder Miterbe auf Grund des allen Miterben zustehenden Gesamthand Eigentums am Grundstück von dem Bucheigentümer die Berichtigung des Grundbuchs auf alle Miterben verlangen, ohne die Zustimmung der anderen Miterben zu ihrer Eintragung darlegen zu müssen (RG JW 1930 Nr 1220). — Ist ein Recht nicht richtig eingetragen (A 1c), so kann nur der Inhaber des Rechts die Berichtigung des Inhalts verlangen. Betrifft jedoch die

unrichtige Eintragung das Eigentum und hat sie zur Folge, daß ein das Grundstück belastendes Recht nicht richtig oder nicht vollkommen eingetragen ist (sind z. B. bei einer Hypothek an einem Miteigentumsanteil die Anteile der Miteigentümer nicht gemäß § 47 GBD in Bruchteilen angegeben), so steht auch dem Inhaber des Rechtes der Anspruch auf Zustimmung zur Richtigstellung der Eigentumseintragung gegen den dadurch Betroffenen zu (RG 54, 85; § 895 U 1). Auf die Berichtigung unrichtiger Eigentumseintragungen kann das Grundbuchamt unter gewissen Umständen auch von Amts wegen hinwirken (§ 82 GBD). Ist der eingetragene Inhaber des zu berichtigenden Rechts nicht der wahre Inhaber, so fehlt ihm die sachliche Befugnis zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs. Da er das Recht überhaupt nicht für sich geltend machen darf, ist er auch nicht befugt, die Richtigstellung des Rechts zu verfolgen (str.). Allerdings kann er sich im Falle der Klagerhebung auf die Vermutung des § 891 für seine Berechtigung berufen. Wird aber die Vermutung durch den Nachweis widerlegt, daß er nicht der wahre Berechtigte ist, so ist die Klage abzuweisen. — Wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs darin besteht, daß ein **eingetragenes Recht** am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht **nicht rechtsbeständig** ist (U 1 b), so steht zunächst dem Eigentümer oder dem Inhaber des belasteten Rechts der Berichtigungsanspruch zu. Denn er wird durch die nicht bestehende Belastung in seinem Rechte beeinträchtigt, zumal die Belastung nach § 891 die Vermutung für ihr Bestehen hat und nach § 892 Abs 1 Satz 1 durch Erwerb eines gutgläubigen Dritten wirksam werden kann (RG Warn 1912 Nr 259). Wenn das Grundstück oder das Recht am Grundstück noch mit anderen Rechten belastet ist (z. B. jenes mit mehreren Hypotheken, dieses mit Pfandrecht und Nießbrauch), so kann die Berichtigung (Zustimmung zur Löschung des belastenden Rechts) auch von den Inhabern derjenigen anderen belastenden Rechte verlangt werden, die dem nicht bestehenden Recht im Range gleich- oder nachstehen (RG 146, 359). Deshalb steht z. B. ein Berichtigungsanspruch zu: dem nachstehenden Hypothekengläubiger gegenüber einer vorgehenden rechtsunwirksamen Eintragung oder gegenüber einer vorgehenden, durch Verzicht gemäß § 1175 Abs 1 Satz 2 an einem der belasteten Grundstücke erloschenen Gesamthypothek (RG 73, 52; OBG 21, 407; RGZ 47, 208; ZFG 11, 211); dem Gläubiger, für den in der Zwangsversteigerung eine Sicherungshypothek gemäß §§ 50 Abs 1, Abs 2 Nr 2, 125, 128 ZVG unter der Bedingung eingetragen worden ist, daß eine bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigte Hypothek nicht besteht (RG Warn 1912 Nr 259); dem Gläubiger eines späteren Pfändungspfandrechts gegenüber einem früher bestellten Pfandrecht an einer Hypothek (RG 65, 365). Denn auch diese Rechtsinhaber werden in ihren Rechten durch die nicht bestehende Belastung beeinträchtigt (RG 146, 359). Erstens hindert sie die Vermutung für das Bestehen dieser Belastung aus § 891 daran, ihre Rechte mit dem Range zur Geltung zu bringen, der ihnen im Falle der Löschung der Belastung zuzutheilen würde; zweitens leidet die Werthschätzung ihrer Rechte im Verkehr; drittens laufen sie nach 892 Abs 1 Satz 1 Gefahr, daß die Belastung durch Erwerb eines gutgläubigen Dritten mit gleichstehendem oder vorgehendem Range rechtsbeständig wird (RG 73, 52; ZW 1908, 275¹¹; Warn 1912 Nr 259). Jeder der hiernach Berichtigungsberechtigten kann den Berichtigungsanspruch selbständig und unabhängig von den anderen Berechtigten geltend machen. Selbstverständliche Voraussetzung dafür ist aber, daß derjenige, der den Anspruch geltend macht, ein rechtsichutzwürdiges Interesse an der begehrten Berichtigung hat; mangels eines solchen Interesses fehlt es an einer Beeinträchtigung seines Rechts (RG 135, 35). Daher kann z. B. ein Treuhänder im Grundstückeigentum nicht im Wege der Grundbuchberichtigung die Löschung einer Hypothek verlangen, die der Treugeber auf Grund einer Generalvollmacht des Treuhänders für ein nicht gegebenes Darlehen einem Dritten bestellt hat. Denn als dinglicher Schuldner hat der Treuhänder mangels eines eigenen sachlichen Rechts am Grundstück an dessen Haftung kein Interesse; als persönlicher Schuldner braucht er eine Gefährdung durch den öffentlichen Glauben des Grundstücks nicht (auch nicht nach § 1138) zu besorgen (RG ZW 1934, 305⁴³). Soll die beeinträchtigende Belastung deswegen nicht rechtsbeständig sein, weil die ihr zugrunde liegende Eintragung über die Bestellung anfechtbar (z. B. wegen Irrtums, Betrugs) sein soll, so muß die Einigung von dem Besteller rechtzeitig angefochten (§§ 121, 124) und dadurch nichtig geworden sein (§ 142 Abs 1), bevor die Inhaber gleich- oder nachstehender Rechte, die zur Anfechtung nicht befugt sind, das Nichtbestehen der Belastung geltend machen können. Ferner sind auch hier überall nur die wahren Rechtsinhaber, nicht die zwar eingetragenen, aber tatsächlich nicht berechtigten Inhaber zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs befugt. Derjenige, für den ein Recht eingetragen ist, kann keinen Berichtigungsanspruch erheben mit der Begründung, daß das Recht in Wirklichkeit nicht bestehe. Daher hat z. B. keinen Berichtigungsanspruch der Bucheigentümer, der behauptet, die Auflassung, auf Grund deren er eingetragen ist, sei nichtig, weil sein Vertreter bei der Auflassung keine Vertretungsmacht gehabt habe. Zwar kann der Buchberechtigte ein Interesse an der Beseitigung des Rechts haben, dessen Bestehen für ihn nach § 891 Abs 1 vermutet wird (z. B. der Bucheigentümer daran, nicht mehr genötigt zu sein, sich auf Klagen, die das Grundstück betreffen, einzulassen). Aber er ist nicht eine Person, „deren Recht nicht oder nicht richtig eingetragen ist“ (OBG 26, 97; RGZ 47, 182; in ZW 1922, 218 U 1 wird auch dem fälschlich Gebuchten bei

wirtschaftlichem und rechtlichem Interesse ein Berichtigungsanspruch zugestanden, jedoch anerkannt, daß dieser Fall im § 894 nicht vorgesehen sei). In solchen Fällen kann aber der Buchberechtigte gegen einen anderen, der zur Beseitigung des Rechts aus dem Grundbuch in der Lage oder dessen Mitwirkung bei der Beseitigung erforderlich ist und der für die erfolgte Eintragung des Rechts aufzukommen hat, einen schuldrechtlichen Anspruch auf Vornahme der geeigneten Maßnahmen und auf Erstattung der zur Beseitigung aufgewandten Kosten haben (OLG 26, 97; DRZMpr 1933 Nr 377). — Ist bei einem Recht **eine von vornherein nicht entstandene oder wieder aufgehobene Verfügungsbeschränkung** (A 1 d) eingetragen, so steht dem Inhaber des Rechts der Berichtigungsanspruch zu. Richtet sich die Verfügungsbeschränkung gegen das Eigentum oder gegen ein begrenztes Recht am Grundstück, so ist auch für die Inhaber von Rechten, die das Eigentum oder das Recht belasten, ein Berichtigungsanspruch gegeben, falls ihre Rechte durch die nicht bestehende, aber eingetragene Beschränkung beeinträchtigt erscheinen. Streitig ist, ob bei einer nicht eingetragenen Verfügungsbeschränkung, die sich nicht, wie etwa eine Bedingung, aus dem Inhalt des Rechtes selbst ergibt, sondern auf einem außerhalb des Rechtes liegenden Rechtsgrunde beruht (z. B. bei Veräußerungsverboten nach §§ 135, 136), dem Geschützten ein Berichtigungsanspruch auf Zustimmung zur Eintragung der Verfügungsbeschränkung gegen den dadurch Betroffenen zusteht. Nach dem Wortlaut des § 894 ist, abgesehen von dem Fall des Eingetragenseins einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung, nur demjenigen ein Berichtigungsanspruch gewährt, dessen „Recht nicht oder nicht richtig“ eingetragen ist. Da aber hier der Inhalt des Grundbuchs „in Ansehung einer Verfügungsbeschränkung mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht“, indem der betroffene Rechtsinhaber nach dem Grundbuchinhalt als unbeschränkt verfügungsbefugt erscheint, während die Verfügungsbeschränkung dem Geschützten seine Rechte wahr, so ist § 894 sinngemäß zur Anwendung zu bringen (RGZ 52, 144). In entsprechender Anwendung des § 894 ist deshalb auch demjenigen, der durch ein relatives Veräußerungsverbot mit dinglicher Kraft gegen Verfügungen des Rechtsinhabers geschützt ist, ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs, nicht bloß ein Anspruch auf Rückverschaffung, zuzubilligen, wenn der Rechtsinhaber das Recht dem Verbot zuwider an einen bösgläubigen Erwerber veräußert hat (RG 132, 149).

Wer nur einen **schuldrechtlichen Anspruch auf Herbeiführung einer Rechtsänderung** hat, dem steht überall ein Berichtigungsanspruch nicht zu. Denn sein Anspruch ist kein Recht am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht (RG 53 S. 377, 410; 73 S. 52, 175; RGZ 26 A 248; OLG 26, 7). So steht z. B. dem Käufer, der vom wahren Eigentümer eine versehentlich auf dem Grundbuchblatt eines andern eingetragene Parzelle gekauft hat, kein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des wahren Eigentümers zu, selbst wenn er vom Verkäufer bereits die Auflassung erhalten hat (RGZ 26 A 245). Ebensovienig kann ein vorgehender Hypothekengläubiger von einem nachstehenden auf Vorrangseinräumung in Anspruch genommen werden, weil der Eigentümer sich dem nach eingetragenen gegenüber verpflichtet hatte, dessen Hypothek mit Vorrang einzutragen (RG 73, 175). Eine Grundbuchberichtigung in Ansehung des Ranges eingetragener Rechte (A 1 c) kommt auch dann nicht in Betracht, wenn ein Hypothekengläubiger eine vorgehende Hypothek auf Grund des Anfechtungsgesetzes mit Erfolg angefochten und ein rechtskräftiges Urteil gegen den vorgehenden Hypothekengläubiger erstritten hat (RG 71, 179; RGZ 49, 202; A 1 Abs 3; a. M. OLG 8, 307; 21, 409). Denn die Anfechtung hat keine dingliche Wirkung, sondern gewährt nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das vom Schuldner veräußerte Vermögensstück (RG 47, 216; 56, 165; 70, 113; 71, 176). Ebensovienig kann ein **Gläubiger** des Schuldners, der mit seinem Recht nicht eingetragen ist, nach § 894 die Eintragung betreiben (OLG 2, 152). Hat das **Recht**, auf Grund dessen ein Berichtigungsanspruch gegeben ist, **früher einem andern gehört**, so ist der frühere Rechtsinhaber zur Geltendmachung des Anspruchs nicht befugt (z. B. der frühere Eigentümer nicht gegenüber einer nicht bestehenden Grundstücksbelastung). Denn nur der durch das andere Recht beeinträchtigte gegenwärtige Rechtsinhaber ist berichtigungsberechtigt (RG 53, 408; Gruch 48, 937; Warn 1910 Nr 239; OLG 26, 8; RGZ 52, 163). Doch kann der frühere Inhaber auf Grund einer Ermächtigung des gegenwärtigen Inhabers den Berichtigungsanspruch für diesen in dessen Namen, aber im eigenen Interesse geltend machen (RG 53, 408; 59, 294; 64, 168; 91, 396; Gruch 48, 937; OLG 8, 186; vgl. hierzu auch den nächsten Absatz dieser A). Die Ermächtigung kann z. B. im Falle der Eigentumsübertragung auf Grund eines Kaufvertrags darin gefunden werden, daß dem Veräußerer die Verpflichtung auferlegt worden ist, ein das Grundstück belastendes nicht bestehendes Recht zur Löschung zu bringen (RG 53, 408; 91, 396; OLG 8, 186; vgl. aber für den Fall der Weiterveräußerung OLG 26, 8). Hat dagegen der Veräußerer sich verpflichtet, eine auf ihn als Eigentümergrundschuld übergegangene, aber noch auf den Namen des Gläubigers eingetragene Hypothek zur Löschung zu bringen, so ist darin nicht die Ermächtigung für den Erwerber zu erblicken, die Umschreibung der Hypothek auf den Veräußerer oder gar die Löschung der Hypothek von dem Buchgläubiger zu verlangen (RG Gruch 58, 669). Ist der Veräußerer eines Grundstücks nicht als Eigentümer einer ihm gehörigen Parzelle eingetragen und geht daher trotz der Veräußerung des Grundstücks das Eigentum an der fälschlich

für einen andern gebuchten Parzelle nicht auf den Erwerber über, so kann nach wie vor grundsätzlich nur der Veräußerer vom Bucheigentümer Berichtigung des Grundbuchs verlangen, und zwar nicht auf den Namen des Erwerbers, sondern nur für sich selbst (**RG JW** 1911, 280¹⁴); unter Umständen kann aber in der Veräußerung eine Ermächtigung des Veräußerers an den Erwerber zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs liegen (nächster Abs dieser A).

Der **Berichtigungsanspruch** ist ein Bestandteil (Ausfluß) des Rechts, auf Grund dessen er geltend gemacht werden kann. Er kann daher nicht für sich allein in dem Sinne veräußert und auf einen andern übertragen werden, daß der Zessionar, ohne Inhaber des begründenden Rechts zu sein, die Berichtigung für sich beanspruchen könnte (**RG** 62, 327; 78, 90; 112, 265; **JW** 1932, 1206⁸; **Gruch** 65, 723; **Warn** 1910 Nr 239; 1922 Nr 15; **RGZ** 47, 173). Ist z. B. A trotz Umschreibung eines Rechts auf B wahrer Inhaber des Rechts geblieben (etwa wegen Nichtigkeit der Auflassung Eigentümer) und tritt A nunmehr seinen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs an C ab, so kann C nicht von B die Zustimmung dazu verlangen, daß er als Inhaber des Rechts (in dem Beispielsfall also als Eigentümer ohne Auflassung) eingetragen werde (**RG** 59, 295; 64, 168; **Gruch** 55, 103; 62, 384; 65, 723; a. M. **DLG** 29, 327). Nun kann aber bei nicht abtretbaren Ansprüchen ein Dritter ermächtigt werden, den Anspruch des Ermächtigenden im eigenen Namen und auf eigene Gefahr und Kosten geltend zu machen, wenn der Ermächtigte ein rechtsschutzwürdiges Interesse an der gerichtlichen Geltendmachung des Rechts im eigenen Namen hat (**RG** 73, 306; 91, 396; **Warn** 1908 Nr 197). Deshalb kann auch der Berichtigungsberechtigte einen andern ermächtigen, den Berichtigungsanspruch in eigenem Namen und Interesse gerichtlich geltend zu machen, sofern nur der Ermächtigte ein rechtsschutzwürdiges eigenes Interesse an der Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs hat, z. B. nach erfolgter Berichtigung von dem Ermächtigenden die Eintragung eines Rechts erlangen kann (**RG** 59, 294; 64, 169; 78, 90; 112, 265; **JW** 1911, 280¹⁰; 1926, 252⁸; **Warn** 1922 Nr 15; 1931 Nr 65; **Gruch** 65, 724). Dieser Voraussetzungen für die Berichtigungsklage bedarf es nicht, wenn der Kläger selbst wirklicher Berichtigungsberechtigter ist und nur ein anderer auch zur Wahrnehmung seiner Belange ihn ermächtigt. Denn hier wird nicht ein fremdes Recht eingeklagt. Eines besonderen Interesses bedarf es also nicht (**RG** 129, 158). In einer „Zession“ des Berichtigungsanspruchs wird eine Ermächtigung zur Geltendmachung des Anspruchs mit dem Ziel auf Eintragung des Rechts des „Bedenten“ gefunden werden können (**RG** 64, 168; **Gruch** 62, 384; 65, 724; **Warn** 1922 Nr 15). Rechtlich liegt dann aber keine Abtretung vor, da diese eine Übertragung des Rechts zum eigentumsgleichen Erwerb erfordert. Hier steckt in der sog. „Zession“ vielmehr nur die über Auftrag oder Bevollmächtigung hinausgehende Erteilung der Befugnis, in eigenem Namen und Interesse das Recht des Ermächtigenden zur Geltung und Durchführung zu bringen (**RG** 73, 307; **Gruch** 62, 384; 65, 724; **RGZ** 47, 174 gegen 36 A 180). Der Ermächtigende, der so die Ausübung seines Berichtigungsanspruchs dem andern überläßt, bleibt der eigentliche Gläubiger des Anspruchs. Er kann den Anspruch nach wie vor gegen den Berichtigungsverpflichteten für sich geltend machen; der Verpflichtete kann die obliegende Leistung (Zustimmung zur Grundbuchberichtigung) mit befreiender Wirkung an ihn bewirken (**RG JW** 1932, 1206⁶). Nur daneben steht dem an der Berichtigung interessierten Ermächtigten die Befugnis zu, den Anspruch geltend zu machen und die Leistung anzunehmen (**RG JW** 1922, 218¹; **RGZ** 47, 174). Auch wenn der Ermächtigende zugunsten des Ermächtigten darauf verzichtet hat, den Berichtigungsanspruch selbst geltend zu machen, bleibt er zur Geltendmachung des Anspruchs für sich befugt. Denn nach § 137 hat der Verzicht nur schuldrechtliche Wirkung zwischen den Vertragsschließenden, befreitigt oder beschränkt aber nicht die Verfügungsbefugnis des Ermächtigenden gegenüber Dritten (**RG JW** 1922, 218¹). Ist eine Parzelle irrtümlich auf ein falsches Grundbuchblatt eingetragen worden und läßt der wahre Eigentümer mit den ihm gehörigen übrigen Grundflächen auch diese Parzelle an einen Dritten auf, so daß die dingliche Einigung (§ 925) ausdrücklich die Parzelle mit umfaßt, so ist der Dritte als ermächtigt anzusehen, vom Bucheigentümer der Parzelle die Zustimmung zur Eintragung des wahren Eigentümers zu verlangen (**RG** 62, 322; 78, 90; 112, 266; **Gruch** 55, 100; **DLG** 29, 327). Wird alsdann die Parzelle auf Grund der freiwilligen oder gemäß § 894 **BGB** durch Urteil erlangten Zustimmung auf das richtige Grundbuchblatt eingetragen, so erlangt der Dritte, wenn demnächst seine Eintragung auf Grund der Auflassung erfolgt, Eigentum wie an den übrigen Grundflächen so auch an der Parzelle. Denn zur Wirksamkeit der Auflassung an dieser Parzelle war die vorherige Eintragung des wahren Eigentümers nicht erforderlich (§ 925 A 7; **RG** 62, 322; **DLG** 15, 340). Ist der Dritte aber schon früher als Eigentümer der übrigen Grundflächen eingetragen worden, so kann er nur die Zustimmung zur Übertragung der Parzelle auf ein neues Grundbuchblatt für den Auflassenden beanspruchen, nicht die Zustimmung zur Übertragung auf sein Blatt. Denn dies käme einer Zustimmung zur Eintragung seines Eigentums gleich. Auch würde einer sofortigen Eintragung des Dritten ohne vorangehende Eintragung des Auflassenden die Ordnungsvorschrift des § 39 (früher § 40) Abs 1 **BGB** entgegenstehen (**RGZ** 26 A 248; a. M. **RG** 62, 324ff.; **DLG** 29, 327). Der Dritte erlangt also in diesem Falle erst nach der Eintragung des Auflassenden durch eine weitere Eintragung auf Grund der Auflassung das Eigentum an der Parzelle (a. M. **DLG** 29, 327). — Von

diesen rechtlichen Gesichtspunkten aus ist auch die Pfändung eines Berichtigungsanspruchs mit folgender Wirkung für zulässig zu erachten. Da der Berichtigungsanspruch nicht übertragbar ist, kann nach § 857 Abs 3 **BPD** Gegenstand der Pfändung nur die Überlassung der Ausübung des Anspruchs sein (**RGZ** 47, 174). Durch diese Pfändung nebst Überweisung zur Einziehung (§§ 857 Abs 1, 829, 835 **BPD**) erlangt der Pfändungsgläubiger die Befugnis, den Anspruch im eigenen Namen und Interesse, aber als einen Anspruch des Schuldners geltend zu machen (**RG** 60, 264; 94, 10; **RGZ** 47, 174; **DVG** 2, 152; 7, 315; 10, 388; 13, 12; 14, 185; 18, 235; für den Fall der Pfändung eines Löschungsanspruchs aber **RG** Warn 1910 Nr 239). Der Pfändungsschuldner bleibt der eigentliche Gläubiger des Berichtigungsanspruchs. Er ist trotz der Pfändung berechtigt, den Anspruch gegen den Berichtigungsverpflichteten gerichtlich geltend zu machen, da die Prozeßführung keine Verfügung ist, die ihm durch die Pfändung verboten wurde. Er behält auch die Befugnis, die dem Berichtigungsverpflichteten obliegende Leistung (Zustimmung zur Grundbuchberichtigung) in Empfang zu nehmen. Nur neben ihm hat der Pfändungsgläubiger die Berechtigung, den Anspruch geltend zu machen und die Leistung des Berichtigungsverpflichteten anzunehmen (**RGZ** 47, 174). Durch die Pfändung des Berichtigungsanspruchs erlangt der Gläubiger, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs darin besteht, daß der Schuldner gegenüber dem eingetragenen Berechtigten der wahre Berechtigte ist, an diesem Recht noch kein Pfandrecht. Dazu ist vielmehr die Pfändung des Rechts selbst gegen den Schuldner als wahren Inhaber und die Eintragung der Pfändung (sofern diese notwendig ist: § 830 Abs 1 Satz 1, 2 **BPD**) bei oder nach der Eintragung des Schuldners als Inhabers erforderlich (**SeuffA** 62 Nr 250; **DVG** 2, 153; 13, 13; 18, 198). Die Eintragung der Pfändung des Berichtigungsanspruchs in das Grundbuch ist nicht zulässig. Denn auch für die Eintragung des Berichtigungsanspruchs selbst, der sich nicht als ein Recht am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht darstellt, bietet das Grundbuch keinen Raum (**DVG** 18, 198; **RGZ** 47, 179). Der Pfändungsgläubiger kann jedoch im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung eines Widerspruchs (§ 899) gegen das Recht des Berichtigungsverpflichteten zugunsten des Pfändungsschuldners erwirken. Denn in der Befugnis, den Berichtigungsanspruch geltend zu machen, ist auch die Befugnis mitenthalten, Maßregeln zum Schutz des dem Pfändungsschuldner zustehenden Rechts selbst zu ergreifen (**DVG** 18, 198). Aber auch dann ist die Eintragung der Pfändung (bei der Widerspruchseintragung) nicht zulässig, da durch die Pfändung eben nur die Befugnis zur Ausübung eines fremden Rechts erlangt und das Grundbuch zur Kundbarmachung einer solchen Befugnis nicht bestimmt ist (**RGZ** 47, 179; a. M. **DVG** 18, 198).

Steht der durch eine Unrichtigkeit des Grundbuchs Benachteiligte mit dem dadurch Begünstigten in einem das betroffene Recht erfassenden Schuldverhältnis, so kann daraus ein **schuldrechtlicher Anspruch** des Benachteiligten gegen den Begünstigten auf **Herstellung des der schuldrechtlichen Verpflichtung entsprechenden dinglichen Rechtszustands** und Grundbuchinhalts erwachsen. So z. B. dann, wenn eine Eintragung nicht so erfolgt ist, wie sie nach dem Grundrechtsgeschäft erfolgen sollte (**RG** Warn 1918 Nr 22). Vgl. auch § 891 A 6 über Schadenersatzansprüche gegen denjenigen, der ein Recht unrechtmäßig zur Löschung gebracht hat. Derartige schuldrechtliche Ansprüche können neben dem dinglichen Berichtigungsanspruch zwischen denselben Beteiligten bestehen. Ist z. B. der Erwerber eines Grundstücks auf Grund eines Kaufvertrags und einer Auflassung, die aus irgendeinem Rechtsgrunde (Geschäftsunfähigkeit, Formmangel, Fehlen einer behördlichen Genehmigung usw.) nichtig sind, als Eigentümer des Grundstücks eingetragen worden oder ist bei der Veräußerung eines Grundstücks eine Parzelle, die nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsschließenden nicht von der Veräußerung umfaßt wurde, insolge ihrer unrichtigen Buchung im Grundbuch mit auf den Erwerber umgeschrieben worden, so hat der Veräußerer zunächst einmal den Berichtigungsanspruch aus § 894, weil mangels rechtswirksamer Einigung über den Übergang des Eigentums die Eintragung des Eigentums des Erwerbers an dem Grundstück oder der Parzelle nichtig ist (**RG** 66, 21; 112, 264; **Gruch** 67, 554; **JW** 1926 S. 1025¹, 2387¹; § 925 A 6). Ferner hat aber der Erwerber, obwohl seine Eigentumseintragung nichtig ist, doch schon dadurch, daß er an Stelle des Veräußerers im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, etwas auf Kosten des Veräußerers ohne rechtlichen Grund im Sinne des § 812 erlangt. Denn die durch die Änderung der Eigentumseintragung dem Veräußerer entzogene und dem Erwerber gebotene Möglichkeit der Veräußerung und Belastung des Grundstücks oder der Parzelle stellt schon für sich allein einen Vermögenswert dar (**RG** 51, 422; 129, 311; **Gruch** 67, 554). Dem Veräußerer ist also auch ein schuldrechtlicher Bereicherungsanspruch auf Wiederbeschaffung des Bucheigentums zuzugerechen, ein Anspruch, der nicht nur auf die Löschung des Bucheigentums des Erwerbers, sondern zur Klarstellung des Grundbuchs auch auf die Bemittlung der Wiedereintragung des Eigentums des Veräußerers sich richten darf (**RG** **Gruch** 67, 554; **JW** 1926, 1025¹). Einen weiteren Fall eines schuldrechtlichen Bereicherungsanspruchs auf Wiederbeschaffung einer Grundbuchstellung erwähnt A 5. Die Geltendmachung eines solchen schuldrechtlichen Anspruchs hat für den Gläubiger gegenüber der Geltendmachung des dinglichen Berichtigungsanspruchs z. B. den Vorteil, daß er nicht gemäß § 897 die Kosten der Wiederherstellung des richtigen Grundbuch-

zustandes zu tragen hat. Weiter aber ist der schuldrechtliche Anspruch auf Herbeiführung der Richtigstellung des Grundbuchs nach allgemeinen Grundätzen unbeschränkt übertragbar. Deshalb kann der Erwerber des Anspruchs (Zessionar) von dem zu Unrecht als Eigentümer Eingetragenen verlangen, daß die Parzelle an ihn statt an den Veräußerer (Zedenten) zurückgewährt wird. Denn in der Abtretung des Anspruchs wird, in der Regel wenigstens, der Ausdruck des Willens des Abtretenden zu finden sein, daß die Rückgewährverpflichtung durch Auflassung an den Abtretungsempfänger erfüllt werden soll. Der als Eigentümer Eingetragene, der buchmäßig zur Verfügung über das Grundstück durch Auflassung an einen Dritten in der Lage ist, wird durch eine solche Auflassung von seiner Verpflichtung gegenüber dem Veräußerer befreit. Die Rechtsverschiedenheit des dinglichen Berichtigungsanspruchs aus § 894 und des schuldrechtlichen Bereicherungsanspruchs aus § 812 zeigt sich insbesondere auch bei der Rechtskraftwirkung von Urteilen, die jenen oder diesen Anspruch für begründet erklären oder abweisen. Ein Urteil, das den Anspruch auf Grundbuchberichtigung nach § 894 (und auf Grundstücksherausgabe nach § 985) rechtskräftig abgewiesen hat, hindert den Kläger nicht, demnächst den Anspruch auf Rückauflassung des Grundstücks wegen ungerechtfertigter Bereicherung geltend zu machen (RG JW 1935, 2269*); dagegen steht es der erneuten Aufrollung der Eigentumsfrage entgegen (RG JW 1936, 3047; RG 158, 43). — Wollten mehrere Personen verschiedene Grundstücksteile von demselben Grundstückseigentümer erwerben, so kann im Falle unrichtiger Buchung des Erwerbs bei den Teilen ein Berichtigungsanspruch schuldrechtlicher Natur auch unmittelbar für einen Erwerber gegen den andern gegeben sein. Waren z. B. A und B übereingekommen, daß A die Parzelle 1, B die Parzelle 2 von C erwerben sollte, und war auch C willens, die Parzelle 1 an A, die Parzelle 2 an B zu veräußern, ist aber infolge einer Verwechslung in der Bezeichnung der Parzellen bei der Auflassung B als Eigentümer der Parzelle 1 eingetragen worden, so ist zwar C Eigentümer der Parzelle 1 geblieben (§ 925 Abs 6), A hat aber auf Grund der Vereinbarung mit B einen schuldrechtlichen Anspruch darauf, daß B ihm durch Zustimmung zu seiner Eigentumseintragung die von den Beteiligten gewollte Rechtsstellung verschafft (RG 112, 267; 137, 336). Aber auch wenn keine besondere Vereinbarung zwischen A und B getroffen ist, wird A gegen B, der auf Kosten des A das Bucheigentum an der Parzelle 1 ohne Rechtsgrund erlangt hat, einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 darauf haben, daß B die zur Eintragung des Bucheigentums des A erforderliche Einwilligung erklärt (RG 112, 268; 137, 336). Bei der formellen Abwicklung der Grundbuchberichtigung ist aber in solchen Fällen dem § 39 (früher § 40) Abs 1 GBD Rechnung zu tragen (RG 133, 279).

3. Die Zustimmung zu der Berichtigung muß in der Weise erfolgen, daß daraufhin die Berichtigung bewirkt werden kann. Gemäß §§ 19, 29 Satz 1 GBD muß sie daher in der Form des § 29 Satz 1 erklärt werden (RZA 9, 204; DZ 3, 225; 9, 332). Ist das Grundbuch unrichtig, weil ein Recht außerhalb des Grundbuchs auf einen neuen Berechtigten übergegangen ist, so ist die Angabe des materiellen Rechtsakts erforderlich, durch den der Übergang sich vollzogen hat (RGZ 40 A 270). Ist zur Berichtigung zunächst die Eintragung des Berichtigungsverpflichteten erforderlich, so gibt § 895 dem Berichtigungsberechtigten auch hierauf einen Anspruch. Ist der Berichtigungsverpflichtete zwar eingetragen, hat er aber das Recht (Briefhypothek) außerhalb des Grundbuchs (§ 1154) abgetreten an einen andern, von dem es der Berichtigungs-berechtigte ebenso erworben hat, so kann dieser mit der Klage aus § 894 aus eigenem Recht vom Berichtigungsverpflichteten im Hinblick auf § 39 GBD auch die Zustimmung zur Vorab eintragung des Zwischenmanns begehren (RG JW 1938, 1255²²). Ferner kann nach § 896 die etwa notwendige Vorlegung der Briefe über hypothekarische Rechte verlangt werden. Ein weiterer Anspruch steht aber dem Berichtigungsberechtigten nicht zu. Insbesondere kann er von einem Berichtigungsverpflichteten, der als Inhaber eines Rechts eingetragen ist, das in Wirklichkeit ihm zusteht, nicht verlangen, daß das Recht an ihn so übertragen wird, wie es für die rechtsgeschäftliche Übertragung eines bestehenden Rechts im Gesetz (§§ 873, 925, 1154) vorgeschrieben ist. Deshalb kann der Berichtigungs-berechtigte z. B. nicht verlangen: die Abtretung einer für den Verpflichteten eingetragenen Hypothek, die durch dessen Befriedigung auf den Berechtigten als Eigentümer oder persönlichen Schuldner kraft Gesetzes (§§ 1163 Abs 1, 1167) übergegangen ist (§§ 1144, 1145, 1167; RG JW 1902 Beil 240, 250); die Rückabtretung einer Hypothek, die unwirksam (z. B. durch den gesetzlichen Vertreter des minderjährigen Gläubigers ohne die erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung) an den Verpflichteten abgetreten war (RG Grund 59, 480); die Rückauflassung eines Grundstücks, das er durch eine nichtige Auflassung dem Verpflichteten übertragen hatte (RG JW 1902 Beil 202). Wird in solchen Fällen der Berichtigungsanspruch im Klagewege geltend gemacht, so ist der Klageantrag dahin zu stellen: den Beklagten zu verurteilen, zu bewilligen (§ 19 GBD; RZA 9, 204), daß an seiner Stelle der Kläger (oder, wenn noch andere, z. B. die gütergemeinschaftliche Ehefrau, mitberechtiget sind, der Kläger und diese anderen: RG JW 1902 Beil 202) als Inhaber des Rechts eingetragen werde (RZA 2, 49). Der Kläger erlangt dann auf Grund des die Zustimmung gemäß § 894 GBD er-

stehenden rechtskräftigen Urteils und eines keiner Form bedürftigen Antrags (§§ 13, 30 GBD) die berichtigende Eintragung. Ist eine Hypothek wegen Nichtentstehens oder Erlöschens der gesicherten Forderung gemäß §§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1 auf den Grundstückseigentümer als Grundschuld übergegangen, so ist der Antrag des Eigentümers darauf zu richten, daß der als Gläubiger Eingetragene die Umschreibung der Hypothek als Grundschuld auf den Namen des Eigentümers bewillige (RG 101, 234). Ein Fall des § 1169 liegt hier nicht vor (§ 1169 A 1). Doch kann der Eigentümer auch die Bewilligung der Löschung der Hypothek verlangen. Denn einerseits kann er über seine Eigentümergrundschuld auch so verfügen, daß er sie zur Löschung bringt, und erklärt dadurch, daß er von dem Buchgläubiger die Löschung verlangt, seine Einwilligung (§ 185 Abs 1) zu der dem Buchgläubiger an sich nicht zustehenden Verfügung über die Hypothek. Andererseits ist der Buchgläubiger als solcher in der Lage, die Löschungsbevolligung zu erklären, und wird auch nicht dadurch beschwert, daß er zur Bewilligung der Löschung statt zur Bewilligung der Umschreibung der Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer verurteilt wird (RG 86, 305; 91, 226; 101, 234; Gruch 58, 670). Dagegen ist derjenige der lediglich die Pfändung und Überweisung des dem Eigentümer zustehenden Löschungsanspruchs erwirkt hat, nicht berechtigt, gegen den als Hypothekengläubiger Eingetragenen auf Bewilligung der Löschung der auf den Eigentümer als Grundschuld übergegangenen Hypothek zu klagen. Denn die Pfändung und Überweisung nur des Löschungsanspruchs gewährt ihm nicht die Befugnis, über die Eigentümergrundschuld, zu der die Hypothek geworden ist, zu verfügen (RG 101, 235). — Wenn im Fall der Eigentumsberichtigung der Berichtigungsberechtigte auf Auflassung statt auf Zustimmung zur Eintragung klagen würde, wäre dadurch in der Regel nur er selbst, nicht der Beklagte benachteiligt. Denn der obliegende Kläger müßte mit dem Urteil vor dem Grundbuchamt erscheinen, um dort seinerseits die Auflassungserklärung abzugeben (§ 925 BGB; § 20 GBD; § 925 A 11), während der Beklagte nach rechtskräftiger Verurteilung nichts Weiteres zur Herbeiführung der Berichtigung zu veranlassen hätte. Daher wird eine statt der Berichtigungsklage erhobene Klage auf Auflassung, wenn der Beklagte nicht besondere ihn benachteiligende Umstände darzulegen vermag, nicht abgewiesen werden dürfen (RG 139, 355; Warn 1929 Nr 44). Andererseits kann eine Verurteilung zur „Bewilligung der Eintragung des Eigentums eines andern“ nicht nur als Verurteilung zur Zustimmung in die Berichtigung des Grundbuchs gedeutet werden, sondern auch als Verurteilung zur Abgabe der Auflassungserklärung, da hierbei der Gebrauch des Wortes Auflassung nicht notwendig ist (§ 925 A 13). Wenn daher der Berichtigungsberechtigte auf Grund eines solchen Urteils ohne Abgabe einer eigenen Auflassungserklärung seine Eintragung herbeiführen will, muß das Urteil (insbesondere für das Grundbuchamt) die Feststellung enthalten, daß es sich um eine Berichtigung, nicht um eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung handelt (§§ 20, 22 GBD). Denn andernfalls würde eine notwendige Auflassung durch Ausnutzung des Prozeßweges umgangen werden können (RG 9, 205). Sachgemäß wird deshalb der Klageantrag dahin zu stellen sein: den Beklagten zu verurteilen, anzuerkennen, daß nicht ihm, sondern dem Kläger das Eigentum zusteht, und demgemäß zu bewilligen, daß der Kläger als Eigentümer eingetragen wird. Schief gefaßte Berichtigungsanträge kann das Prozeßgericht in jeder Lage des Rechtsstreits durch die Faßung des Urteilspruchs richtigstellen (RG Warn 1934 Nr 172). Natürlich ist nicht ausgeschlossen, daß der Berichtigungsverpflichtete im Falle des Einverständnisses des Berechtigten freiwillig durch Auflassung seine Berichtigungspflicht erfüllt. Denn er ist formell zur Abgabe der Auflassungserklärung legitimiert, und die daraufhin erfolgende Eintragung bringt den wirklichen Rechtszustand im Grundbuch zur Darstellung (RG 9, 59). Inwieweit im Falle des Bestehens eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Richtigstellung der Eigentumseintragung Auflassung verlangt werden kann, ist oben in A 2 a. E. erörtert. Ist eine Parzelle, die dem A übereignet werden sollte, infolge irrthümlicher Bezeichnung bei der Auflassung auf den Namen des B eingetragen worden, so kann der Grundstückseigentümer C, der Eigentümer der Parzelle geblieben ist (A 2 Abs 4), von B nur Zustimmung zur Eintragung seines Eigentums, nicht Zustimmung zur Eintragung des A verlangen, da das Grundbuch hinsichtlich der Rechte des A nicht unrichtig ist (RG 112, 266). Ist eine Parzelle irrthümlich auf ein anderes Grundbuchblatt als auf das des Eigentümers eingetragen worden, so ist die Verurteilung auf Bewilligung der Übertragung von jenem auf dieses Blatt zu richten (RG 62, 324). Zur lastenfreien Abschreibung ist dann aber noch die Zustimmung der Realberechtigten erforderlich. Sie brauchen ihre Zustimmung nicht zu geben, wenn sie vom Bucheigentümer unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ein Recht an der Parzelle erworben haben (§ 891 A 2 „tatsächliche Angaben“). — Im Falle des Bestehens eines dinglichen Rechts außerhalb des Grundbuchs (A 1a) ist die Eintragung des Rechts (RG 82, 23; 88, 286; Warn 1912 Nr 11; § 891 A 6), im Falle des Nichtbestehens eines das Grundstück oder ein Recht am Grundstück belastenden eingetragenen Rechts (A 1b) oder einer eingetragenen Verfügungsbeschränkung (A 1d) ist die Löschung der Belastung oder der Beschränkung, im Falle unrichtiger Einschreibung eines Rechts (A 1c) ist die Eintragung des richtigen und vollständigen Inhalts zu bewilligen. In dem zuerst genannten Falle steht es

der Wiedereintragung eines zu Unrecht gelöschten, unter der Herrschaft der früheren Gesetze begründeten Rechts nicht entgegen, daß dem BGB die Rechtsform unbekannt ist, sofern die Übergangsvorschriften des EG (z. B. Artt 179, 184) die weitere Geltung eines derartigen Rechts anerkennen (RG 82, 23).

4. Berichtigungsverpflichtet ist, wer durch die Berichtigung im Falle seiner unrichtigen Eintragung als Eigentümer oder Inhaber einer Grundstücks- oder Rechtsbelastung oder als ein durch Verfügungsbeschränkung Begünstigter aus dem Grundbuch gänzlich ausscheidet, im Falle der Eintragung eines außerhalb des Grundbuchs bestehenden Rechts oder des richtigen Inhalts eines eingetragenen Rechts oder einer außerhalb des Grundbuchs bestehenden Verfügungsbeschränkung eine Schmälerung seiner grundbuchmäßigen Rechtslage erleidet. Auch wenn der Betroffene nicht wahrer Inhaber des Rechts ist, das aus dem Grundbuch ausscheiden oder in seinem buchmäßigen Inhalt beschränkt werden soll (z. B. der Bucheigentümer, wenn eine zu Unrecht gelöschte Hypothek wieder eingetragen werden soll, oder der auf Grund einer nichtigen Übertragung eingetragene Gläubiger einer Hypothek, wenn der Eigentümer ihre Löschung wegen Nichtbestehens und Kenntnis des Buchgläubigers davon verlangt), hat er bei der Berichtigung mitzuwirken und kann die Klage nicht durch die Einrede abwehren, daß er nicht der wahre Berechtigte sei. Denn bei der Berichtigung handelt es sich nur darum, den Grundbuchinhalt (formell) mit der wahren Rechtslage in Einklang zu bringen. Nach dem Grundbuch ist aber der Eingetragene Inhaber des betroffenen Rechts (RG Warn 1927 Nr 136). Deshalb kann auch der Grundstücks-eigentümer, der eine gemäß § 1154 abgetretene Briefhypothek an den Abtretungsempfänger ausgezahlt und damit nach §§ 1163, 1177 als Eigentümergrundschuld erworben hat, den noch im Grundbuch eingetragenen alten Gläubiger auf Grund des § 894 auf Löschung der Hypothek (A 3 Mitte) verklagen (ZB 1936, 401⁴¹). Die Zustimmung des Buchinhabers allein genügt daher auch zur Herbeiführung der Berichtigung, da er gegenüber dem Grundbuchamt formell zur Verfügung über das Recht legitimiert ist, es sei denn, daß aus den Unterlagen für die Eintragung Bedenken gegen seine Legitimation vom Grundbuchamt zu entnehmen sind (RZA 9, 205; RGZ 49, 206). Wird statt des ursprünglich Berichtigungsverpflichteten (z. B. bei der Veräußerung des Grundstücks, als dessen Eigentümer er zu Unrecht eingetragen war) ein anderer als der Berechtigte in das Grundbuch eingetragen, so erlischt der Berichtigungsanspruch gegen jenen (RG Gruch 65, 725). Beruht die Eintragung aber auf einer Veräußerung, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Berichtigungsanspruchs eingetreten ist, so wird der Prozeß nach § 265 Abs 2 ZPO von ihr grundfänglich nicht berührt. Er ist vielmehr so fortzusetzen, als wenn die Veräußerung nicht erfolgt wäre. Für die Entscheidung ist auch in materieller Hinsicht die Rechtslage vor der Veräußerung maßgebend, so daß die Klage gegen den auf Zustimmung zur Berichtigung verklagten ersten Berichtigungsverpflichteten weiter verfolgt werden kann (RG Gruch 65, 725; RG 121, 381). — Wenn mehrere Personen an dem von der Berichtigung betroffenen Recht mitberechtigt sind, müssen sämtliche Berechtigte die Zustimmung erteilen (RZA 1, 121), z. B. sämtliche Miteigentümer, wenn der Gläubiger einer nur an einem Anteil bestehenden Hypothek Nichtigstellung ihrer Anteile verlangt (RG 54, 85; DLG 18, 116), oder sämtliche Miterben, wenn sie auf Antrag eines Miterben als Eigentümer eingetragen werden sollen (§ 22 Abs 2 GBD; RGZ 25 A 114). Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn einem von ihnen allein die Verfügung über das Recht ausschließlich zusteht (wie z. B. dem Manne bei der ehelichen Gütergemeinschaft; vgl. §§ 1443 ff., 1519, 1549 BGB; § 740 ZPO; RZA 2, 89; RGZ 22 A 140; jedoch auch DLG 18, 117). Wird von einem andern als dem Eigentümer, z. B. von einem nachstehenden Hypothekengläubiger, die Löschung einer nicht bestehenden Hypothek im Berichtigungswege verfolgt, so ist nach § 27 GBD auch die Zustimmung des Eigentümers erforderlich (RG 72, 367; RGZ 24 A 135). Verlangt der nacheingetragene Hypothekengläubiger, daß im Wege der Grundbuchberichtigung eine ihm vorgehende, ursprünglich einheitliche, nachträglich aber geteilte Hypothek im Range zurücktrete, so sind die Teilgläubiger der zu Unrecht mit Vorrang eingetragenen Hypothek nicht als Gesamtschuldner, sondern nur als Einzelschuldner, ein jeder für seine Teilhypothek, berichtigungsverpflichtet (RG 141, 385). — Ist über das Vermögen des Verpflichteten der Konkurs eröffnet, so hat nach §§ 6, 43 KO der Konkursverwalter die Zustimmung zu erteilen (SeuffA 62 Nr 175).

5. Die Zustimmung zur Berichtigung, die der Berichtigungsberechtigte **verlangen kann**, stellt sich als Gegenstand eines dinglichen Anspruchs dar, der gleichzustellen ist den Ansprüchen aus dem Eigentum und aus begrenzten dinglichen Rechten wegen Entziehung oder Beeinträchtigung (§§ 985, 1004, 1017 Abs 2, 1027, 1065, 1090 Abs 2, 1227; RG 51, 420; 82, 24; Gruch 48, 937; DLG 18, 116). Macht im Konkurse eines Hypothekengläubigers der Grundstücks-eigentümer geltend, die Hypothekenforderung sei getilgt, und verlangt er vom Konkursverwalter demzufolge die Bewilligung der Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1) oder die Bewilligung der Löschung, so handelt es sich um einen Aussonderungsanspruch gemäß § 43 KO (RG 60, 251; 86, 240). Wenn wegen Nichtigkeit der Auflassung das Eigentum an einem Grundstück nicht auf den

Auflassungsempfänger übergegangen ist, so kann der Auflassende, ebenso wie der Eigentümer mit der Eigentumsklage vom Besitzer die Herausgabe nur eines Teils seines Eigentums beanspruchen darf, auch lediglich für einen Grundstücksanteil die Berichtigung des Grundbuchs verlangen (**RG** 78, 374). Ist der Berichtigungsanspruch gerichtet auf das Eigentum (z. B. gegen den eingetragenen Nießeigentümer auf Bewilligung der Eintragung des wahren Eigentümers), auf das Bestehen einer dinglichen Belastung (z. B. wenn die Eintragung eines außerhalb des Grundbuchs bestehenden Rechts am Grundstück oder wenn die Richtigstellung des Inhalts eines eingetragenen Rechts am Grundstück verlangt wird) oder auf das Nichtbestehen eines eingetragenen Rechts, so ist nach § 24 **ZPO** für die Klage das Gericht der belegenden Sache ausschließlich zuständig (**RG** 82, 24; 88, 61). Dabei kommt es nicht darauf an, von welchem der etwa vorhandenen mehreren Berichtigungsberechtigten (**RG** 15, 386; 20, 403; 23, 339; 25, 384; 35, 365; **ZB** 1892, 477²; 1896, 410⁵; **Gruch** 35, 816; 36, 1201; **DLG** 18, 403) die Klage erhoben wird. Der ausschließliche dingliche Gerichtsstand des § 24 **ZPO** greift auch dann Platz, wenn ein Gläubiger des Eigentümers dessen angeblichen Berichtigungsanspruch gegen einen Hypothekengläubiger auf Bewilligung der Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld (wegen Nichtentziehung der durch die Hypothek gesicherten Forderung) gepfändet hat und nunmehr der Hypothekengläubiger auf Feststellung des Nichtbestehens eines Anspruchs auf Umschreibungsbewilligung klagt. Denn auch bei dieser negativen Feststellungsklage ist im Streit, ob ein Berichtigungsanspruch bezüglich des Bestehens der Hypothek als solcher gegeben ist (**RG** **Gruch** 57, 160). Dagegen kommt mangels der Voraussetzung, daß das Grundstück selbst von der Berichtigungsklage betroffen wird, § 24 **ZPO** nicht zur Anwendung, wenn die Klage eine Belastung oder eine Verfügungsbeschränkung an einem das Grundstück belastenden Recht zum Gegenstande hat. Um einen Berichtigungsanspruch im Sinne des § 894 handelt es sich bei einer Klage auf Wiedereintragung eines zu Unrecht gelöschten Rechts überhaupt nicht, wenn die Klage nur auf die schulrechtliche Verpflichtung, die der ursprünglichen Rechteintragung zugrunde lag, oder auf grundlose Bereicherung gestützt ist (**RG** 82, 24; **A** 2 letzter Abs.). Ein Bereicherungsanspruch kann sich z. B. auch dann ergeben, wenn ein Grundstücksberechtigter dem Berichtigungsverlangen eines nachstehenden Berechtigten stattgegeben hat und sich demnächst herausstellt, daß das Berichtigungsverlangen unbegründet war (**RG** 146, 355). — Bei der Berichtigungsklage des wahren Grundstückseigentümers gegen den Bucheigentümer ist die Stellung des beklagten Bucheigentümers nahe verwandt der Stellung des Sachbesizers gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers. Deshalb finden auch auf den Berichtigungsbeklagten nicht nur die §§ 989, 990 (**RG** 121, 336), sondern auch die §§ 987, 993 entsprechende Anwendung. Er braucht daher grundfähig nur die nach der Rechtshängigkeit des Berichtigungsanspruchs gezogenen Nutzungen (z. B. Pachtzinsen) herauszugeben (§ 101 **Nr** 2, § 993 **Ab** 2; **RG** 133, 285). Andererseits muß der Berichtigungsrechte nach den gleichfalls entsprechend anzuwendenden §§ 994 **Ab** 2, 995 dem Verpflichteten fällige Hypothekenzinsen ersetzen, die dieser nach der Rechtshängigkeit bezahlt hat (**RG** 133, 287). Die prozessuale Wirkung der Rechtshängigkeit des Anspruchs regeln die §§ 265, 266, 325 **ZPO** (**RG** 79, 165; 121, 380; **Warn** 1922 **Nr** 15; oben **A** 4). Der auf Berichtigung in Anspruch genommene Beklagte kann nicht einwenden, daß die Herbeiführung der Grundbuchberichtigung dem Kläger auf anderem Wege (§ 22 **GBD**) möglich sei, und zwar auch dann nicht, wenn er selbst bereits dem Kläger diese Möglichkeit durch Beschaffung der erforderlichen Urkunden gegeben hat. Denn § 894 (anders § 895: dort **A** 1) macht die Gewährung des Rechts auf Zustimmung nicht davon abhängig, daß die Herbeiführung der Berichtigung dem Berichtigungsberechtigten nicht anders möglich sei (**RG** **Warn** 1914 **Nr** 126; **ZB** 1923, 750³; 1925, 1796⁷; **RG** **HR** 1931 **Nr** 1049; **DLG** 7, 27; 14, 124; 18, 405). So kann z. B. der Eigentümer, der den Hypothekengläubiger befriedigt hat, trotz Quittungsempfangs noch die Bewilligung der Umschreibung der Hypothek verlangen, und ebenso kann der Eigentümer, auf dessen Grundstück eine Gesamthypothek gemäß § 1181 **Ab** 2 durch Befriedigung aus einem andern Grundstück erloschen ist, die Bewilligung der Löschung von dem Hypothekengläubiger beanspruchen (**DLG** 14, 124). Auch der Eigentümer, dessen Grundstück mit einer dem Inhalt nach unzulässigen Eintragung belastet ist, kann die Bewilligung der Löschung verlangen, wenngleich die Löschung vielleicht einfacher nach § 53 **Ab** 1 **Satz** 2, § 71 **GBD** herbeigeführt werden könnte (**RG** **ZB** 1923, 750³). Hat der Berichtigungsverpflichtete gegen den Berichtigungsberechtigten aus einem Schuldverhältnis einen persönlichen Anspruch darauf, daß der Grundbuchinhalt wie bisher bestehen bleibt (z. B. wenn auf Grund eines gültigen Kaufvertrags eine wichtige Auflassungserklärung abgegeben oder wenn eine Hypothek so unvollständig eingetragen ist, daß sie nichtig ist, der Gläubiger aber nach dem schuldrechtlichen Hypothekbestellungsvertrag die Eintragung einer gültigen Hypothek verlangen kann, oder wenn auf die Berichtigung verzichtet worden ist), so kann er die Klage mit der Einrede arglistigen Verhaltens (unzulässiger Rechtsausübung) abwehren (**RG** 78, 377; 80, 321; 81, 291; **Gruch** 58, 1037; 29, 966; **DLG** 14, 125). Auch sonst kann diese Einrede gegenüber dem Berichtigungsanspruch durchgreifen, namentlich in Fällen, in denen er sich auf Nichtigkeit eines Vertrags wegen Formmangels gründet (**RG** 115, 42). Sie läßt sich aber nicht schon damit be-

gründen, daß der Berichtigungsberechtigte, als er sein Recht erwarb, von irgendwelchen schuldrechtlichen Ansprüchen des Berichtigungsverpflichteten gegen Dritte Kenntnis gehabt habe (**RG JW** 1938, 1255²²). Die dem Bußeigentümer gegenüber der Berichtigungsflagge des wahren Eigentümers zustehende Einrede des Zurückbehaltungsrechts wegen Verwendungen auf das Grundstück nach § 273 Abs 2 oder wegen anderer Ansprüche nach § 273 Abs 1 ist behandelt in **RG** 114, 266; 115, 46; **Warn** 1911 Nr 391; 1930 Nr 28. Diese Einrede kann dadurch ausgeschlossen sein, daß dem Bußeigentümer eine unerlaubte Handlung zur Last fällt (**RG Warn** 1930 Nr 28). Verlangen Miterben als Grundstückseigentümer vom Hypothekengläubiger die Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung einer Hypothek, die ihr geisteskranker Erblasser für eine fremde Schuld bestellt hatte, so kann der Beklagte zwar ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines gegen alle Miterben gerichteten Schadenserfolgsanspruchs geltend machen, wenn sie alle ihn über den Geisteszustand des Erblassers getäuscht hatten, um den Kredit des Gläubigers zu erlangen. Wegen anderer persönlicher Ansprüche gegen die Miterben oder gar nur gegen einen einzelnen von ihnen kann der berichtigungsverpflichtete Beklagte aber kein Zurückbehaltungsrecht ausüben (**RG** 132, 81). Einen Sonderfall behandelt **RG** 134, 144: A hatte durch einen Bevollmächtigten B sein Grundstück an C verkauft und übereignet; die Vollmacht war ungültig; A erzielte zunächst die Eintragung eines Widerspruchs zu Gunsten des ihm verbliebenen Eigentums und dann seine Wiedereintragung als Eigentümer; C hatte in der Zeit zwischen der Eintragung des Widerspruchs und der Wiedereintragung des A eine Eigentümergrundschuld für sich eintragen lassen. Gegenüber der nunmehr erhobenen Grundbuchberichtigungsflagge des A gegen C auf Einwilligung in die Löschung der Eigentümergrundschuld machte C ein Zurückbehaltungsrecht wegen des seinerzeit an A gezahlten Kaufpreises geltend. Das Zurückbehaltungsrecht wurde ihm versagt, weil zwischen dem Klageanspruch des A und dem von C geltend gemachten Bereicherungsanspruch kein innerer, natürlicher, wirtschaftlicher Zusammenhang bestehe, wie ihn § 273 erfordere, und weil C auch die Grundschuld erst nach der Eintragung des Widerspruchs für A bestellt habe. — Die Beweislast für die Unrichtigkeit des Grundbuchs liegt in der Regel dem Kläger ob nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß der Kläger die Tatsachen beweisen muß, die zur Begründung seines Anspruchs dienen (**RG Warn** 1914 Nr 291). Die Grundsätze des sog. Prima facie-Beweises sind hier nicht anwendbar (**RG** 130, 358). Klagt daher z. B. der Grundstückseigentümer gegen den Gläubiger einer Hypothek mit der Behauptung, die Hypothek bestehe nicht oder siehe wegen Fehlens der gesicherten Forderung nicht dem Gläubiger, sondern ihm als Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1) zu, auf Bewilligung der Löschung oder Umschreibung der Hypothek, so muß er das Nichtbestehen (Richtigkeit) der Hypothek oder die Nichtentstehung oder das Erlöschen der Forderung (§§ 891, 1138) beweisen (**RG** 18, 266; 57, 321; 60, 249; **JW** 1902, 421¹⁴; 1906, 18¹⁷; 1922, 489¹⁸; **Gruch** 58, 833; § 891 A 4 Abs 3). Anders verhält es sich aber, wenn der Grundstückseigentümer die Grundbuchberichtigungsflagge gegen den Gläubiger einer Sicherungshypothek (§ 1184) oder Höchstbetragshypothek (§ 1190) wegen Nichtentstehung der Forderung erhebt. Hier kann der Gläubiger sich nach §§ 1184 Abs 1, 1190 Abs 1 zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen, sondern muß wie bei der negativen Feststellungsflagge über eine Forderung die Entstehung der Forderung beweisen. Klagt also der Grundstückseigentümer gegen den Gläubiger einer Höchstbetragshypothek auf Löschungsbewilligung zum Zweck der Grundbuchberichtigung nach § 894, so liegt der Beweis für die Entstehung und den Umfang der Forderung dem Beklagten ob; das gilt auch dann, wenn der Kläger statt der Berichtigungsflagge aus § 894 die Bereicherungsflagge aus § 812 (§ 894 A 2 Abs 4) wählt (**RG HRK** 1936 Nr 687). Ein hinreichender Beweis kann sich aber schon aus den Eintragungsurkunden ergeben, namentlich wenn die Hypothek für eine künftige Forderung (§ 1113 Abs 2), eine Höchstbetragshypothek für künftige Forderungen, die aus einem Rechtsverhältnis entstehen werden, bestellt ist (**RG Gruch** 58, 833; **Warn** 1914 Nr 76, 291). — Die Berichtigung erfolgt beim Grundbuchamt auf Antrag des Berechtigten (§§ 13, 30 **GBD**) und auf Grund der freiwilligen (§§ 19, 29 **GBD**) oder durch Urteil erstellten (§ 894 **ZPD**) Bewilligung des Verpflichteten, ohne daß (auch bei einer Berichtigung der Eigentumseintragung) ein weiterer Nachweis der Unrichtigkeit erforderlich ist (**RG** 73, 154; **RJN** 9, 203; 11, 239; 12, 72). Die Berichtigungsbewilligung muß den materiellen Rechtsgrund der Berichtigung angeben; das gilt aber nicht für eine auf Grundbuchberichtigung abzielende Löschungsbewilligung (**JW** 1934, 1056²). Der Grundbuchrichter hat die Berichtigung auf Grund einer Berichtigungsbewilligung abzulehnen, wenn sich aus den beigebrachten Urkunden ergibt, daß eine der Bewilligung entsprechende Eintragung das Grundbuch nicht berichtigen, sondern unrichtig machen würde (**RG** 73, 157; **RJN** 11, 239; 12, 73; **HRK** 1934 Nr 1366). An die Rechtskraft eines Urteils auf Einwilligung in die Grundbuchberichtigung ist auch der Grundbuchrichter gebunden (**ZFG** 11, 219). Erkennt er jedoch, daß das Urteil unter Verstoß gegen die guten Sitten (§§ 138, 826), z. B. zur Umgehung des § 37 **RErbhG**, erwirkt ist, so braucht er es nicht als geeignete Unterlage für die Grundbuchberichtigung gelten zu lassen (**ZFG** 18, 267). Nach § 22 **GBD** hat das Grundbuchamt die Berichtigung auch ohne Bewilligung des Betroffenen zu bewirken, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen wird. So kann z. B. nachgewiesen werden: das Erlöschen eines nur für einen Verkaufsfall bestellten und nicht ausgeübten Vorkaufsrechts (§ 1097 A 1) durch Vor-

legung eines notariellen Tauschvertrags seitens des Grundstückserwerbers (RÖG 40 A 133); die Umwandlung einer Hypothek in eine Eigentümergrundschuld (§§ 1163, 1177) durch die beglaubigte Quittung des Gläubigers (RG 56, 327; RÖG 26 A 150; 40 A 136, 294; RZA 11, 63); die Übertragung einer Briefhypothek (§ 1154 Abs 1, § 1117 Abs 3) durch Einreichung von Abtretungs- und Annahmeerklärungen in der Form des § 29 GBD und des Hypothekenbriefs (RÖG 49, 206); die Nichtigkeit einer Hypothekübertragung, weil der Erwerber (z. B. eine Stiftung) keine Rechtspersönlichkeit besitzt, durch den Nachweis des Mangels der Rechtspersönlichkeit (RG 88, 89). An die Führung des Nachweises sind strenge Anforderungen zu stellen (RFG 11, 219). Zur Ausführung der Berichtigung ist zu bemerken: Handelt es sich um die Berichtigung durch Wiedereintragung einer zu Unrecht gelöschten Hypothek, die zur Eigentümergrundschuld geworden war, so erfolgt die Eintragung in der Hauptspalte der Abt. III unter neuer Nummer hinter den später eingetragenen anderen Hypotheken. Dabei ist zum Ausdruck zu bringen, daß das wiedereingetragene Recht eine aus einer früheren Hypothek entstandene Eigentümergrundschuld darstellt; bei ihr und bei den anderen Hypotheken ist der Vorrang des wiedereingetragenen Rechts zu vermerken (RÖG 48, 189). Ist jedoch inzwischen nach erfolgter Löschung ein Recht an Grundstücken durch Erwerb unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892) für einen Dritten begründet worden, so kann die Wiedereintragung nur mit dem Rang nach diesem Recht erfolgen. Dies gilt auch dann, wenn eine Hypothek durch Erbgang vom Hypothekengläubiger auf den Hypothekenschuldner und Eigentümer als Grundschuld (§§ 1163, 1177 Abs 1) übergegangen (§ 1163 A 5) und auf Antrag des Eigentümers gelöscht ist, demnächst durch Anordnung der Nachlassverwaltung oder Eröffnung des Nachlasskonkurses gemäß § 1976 die Hypothekenforderung und damit auch die Hypothek wieder auslebt und der Nachlassverwalter oder der Konkursverwalter ihre Wiedereintragung im Wege der Berichtigung des Grundbuchs beantragt, inzwischen aber ein gutgläubiger Dritter durch Bestellung des Eigentümers eine Hypothek an dem Grundstück erworben hat (RZA 16, 148). Den zur Berichtigung erforderlichen Inhalt einer Urteilsformel erörtert A 3. Ist das Urteil noch nicht rechtskräftig (§ 894 BGD), aber vorläufig vollstreckbar, so kann ein Widerspruch für den Berichtigungsberechtigten nach Maßgabe der im Urteil angenommenen wirklichen Rechtslage eingetragen werden (§ 895 BGD). — Hat der Berichtigungsverpflichtete in der Zwischenzeit bis zur Erhebung der Berichtigungsfrage grundbuchliche Verfügungen vorgenommen, die das Recht des Berichtigungsberechtigten zwar nicht vereiteln, aber beeinträchtigen (hat z. B. der eingetragene Nichteigentümer das Grundstück inzwischen hypothekarisch belastet), so ist der Weg, auf dem die Beseitigung der Beeinträchtigung (Belastung) erzwungen werden kann, nicht der aus § 1004, sondern der aus §§ 989, 990. Denn die beeinträchtigende Verfügung (Belastung) stellt sich als eine Verschlechterung des Grundstücks im Sinne dieser Vorschriften dar (RG JW 1928, 1387⁵²; § 989 A 1), und die Stellung des Berichtigungsverpflichteten zum Berichtigungsberechtigten gleicht, wie bereits dargelegt wurde, der Stellung des Besitzers zum Eigentümer so sehr, daß die entsprechende Anwendung der §§ 989, 990 geboten ist, mit der Maßgabe, daß für die Frage der Rechtshängigkeit der Berichtigungsanspruch (aus § 894) dem Herausgabeanpruch gegen den Besitzer gleichzustellen ist (RG 121, 335).

§ 895

Kann die Berichtigung des Grundbuchs erst erfolgen, nachdem das Recht des nach § 894 Verpflichteten eingetragen worden ist¹⁾, so hat dieser auf Verlangen sein Recht einzutragen zu lassen²⁾.

© I 1826 II 880; W 5 111 f.; B 6 223 ff.

1. Das Recht des nach § 894 Verpflichteten ist das Recht desjenigen, der durch die Berichtigung des Grundbuchs betroffen wird und seine Zustimmung zur Berichtigung erteilen muß. Seine Eintragung im Grundbuch ist nach materiellem Recht zur Wirksamkeit der Zustimmung ebensowenig erforderlich, wie sonst die Eintragung des bei einer dinglichen Rechtsänderung als Verfügungsbeteiligten Berechtigten (§ 873 A 8). Ist also der Verpflichtete trotz fehlender Eintragung wirklicher Inhaber des betroffenen Rechts, so ist seine Zustimmung sachlichrechtlich wirksam. Formellrechtlich soll aber nach § 39 Abs 1 GBD eine Eintragung nur dann erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Obwohl diese Bestimmung nur eine Ordnungsvorschrift ist und ihre Nichtbefolgung auf die materielle Wirksamkeit der Verfügung des wirklich berechtigten Passivbeteiligten keinen Einfluß hat, wird doch durch § 895 gegen den Zustimmungspflichteten ein Anspruch auf Bewirkung seiner Eintragung gegeben, damit das aus der Ordnungsvorschrift für die Grundbuchberichtigung sich ergebende Hindernis behoben wird (Prot 6, 224). Die §§ 39 Abs 2, 40 GBD enthalten aber Ausnahmen von der Vorschrift des § 39 Abs 1, namentlich für den Besitz des Briefs über ein hypothekarisches Recht befindlichen, gemäß § 1155 ausgewiesenen Gläubiger (§ 39 Abs 2) und (in den Fällen der Übertragung und der Aufhebung des Rechts) für den Erben des eingetragenen Berechtigten. Soweit diese

Ausnahmen zutreffen, ist der Anspruch gegen den Verpflichteten aus § 895 nicht gegeben, da dann die Grundbuchberichtigung ohne seine Eintragung erfolgen kann. Eine trotzdem erhobene Klage auf Herbeiführung der Eintragung ist in der Regel abzuweisen, da dem Anspruch die durch § 895 gesetzte materielle Grundlage fehlt (str.). So bedarf es z. B. zur Wiedereintragung einer zu Unrecht gelöschten Hypothek gegenüber dem Erben des verstorbenen Eigentümers oder zur Umschreibung einer vom Eigentümer an den Erben des Gläubigers bezahlten Buchhypothek auf den Eigentümer nur der in der Form des § 29 Satz 1 GBD freiwillig erklärten oder gemäß § 894 ZPO ersetzten Eintragungsbewilligung (Quittung) des Erben. Eine Klage auf Eintragung des Erben wäre in diesen Fällen unzulässig. Indessen ist die Geltendmachung des Anspruchs aus § 895 nicht etwa davon abhängig gemacht, daß die Eintragung „nach Maßgabe der §§ 39, 40 GBD“ erforderlich ist, sondern nur davon, daß die Berichtigung ohne Eintragung nicht „erfolgen kann“. Hierunter ist aber nicht nur ein aus der fehlenden Eintragung nach den §§ 39, 40 GBD sich ergebendes rechtliches, sondern auch ein tatsächliches Hindernis zu verstehen. Reht z. B. das Grundbuchamt die Berichtigung ab in der irrigen Annahme, die Eintragung sei nach § 39 Abs 1 GBD erforderlich, während bei richtiger Beurteilung ein Ausnahmefall der §§ 39 Abs 2, 40 vorliegt, und hat auch die Beschwerde keinen Erfolg, so ist die Klage auf Bewirkung der Eintragung auch dann begründet, wenn der Prozeßrichter anderer Auffassung als das Grundbuchamt ist. Denn tatsächlich ist auch hier die Berichtigung ohne die Eintragung nicht möglich (RG 54, 87). Allerdings kann in derartigen Fällen der Berichtigungsberechtigte, der ein Urteil auf Bewilligung der Berichtigungseintragung erstritten hat, die Eintragung des Verpflichteten gemäß § 14 GBD herbeiführen (RZM 10, 70). Durch die Möglichkeit der Anwendung dieses Mittels wird aber die Anwendung des andern Mittels, der Klage aus § 895, nicht ausgeschlossen. Vielmehr steht einem Gläubiger, bei dem die Voraussetzungen des § 14 GBD erfüllt sind, wahlweise auch das Recht zu, die Berichtigung im Klagewege zu verlangen (ZB 1933, 2779⁴). Ein Anspruch aus § 895 ist auch dann gegeben, wenn der Verpflichtete zwar eingetragen ist, aber nicht so, daß das Recht des Berichtigungsberechtigten nach Inhalt und Gegenstand richtig und vollkommen eingetragen werden könnte. Denn die richtige und vollkommene Eintragung des Rechts, auf die der Berichtigungsberechtigte Anspruch hat, kann erst dann erfolgen, wenn der Verpflichtete in entsprechender Weise eingetragen ist. Daher ist in einem solchen Fall eine Klage auf Herbeiführung der erforderlichen Änderung der Eintragung zulässig (RG 54, 87; RZM 10, 69; RGZ 26 A 80). Soll also z. B. im Wege der Grundbuchberichtigung eine (zu Unrecht gelöschte) Hypothek an der Grundstücks Hälfte eines von zwei Miteigentümern eingetragen werden, sind aber im Grundbuch die Miteigentumsanteile nicht gemäß § 47 GBD in Bruchteilen angegeben, so ist die Klage auf Eintragung des Bruchteils von $\frac{1}{2}$ zuzulassen.

2. Die Eintragung des Berichtigungsverpflichteten verlangen kann nur derjenige, der nach Maßgabe des § 894 die Zustimmung des Verpflichteten zu der Grundbuchberichtigung verlangen kann, also derjenige, dessen bestehendes dingliches Recht nicht oder nicht richtig oder gegen dessen Recht zu Unrecht eine Belastung oder eine Verfügungsbeschränkung eingetragen ist. So kann z. B. der Nacherbe verlangen, daß der Vorerbe sich als Inhaber des Eigentums oder Rechts des Erblassers eintragen läßt, damit das Recht des Nacherben als Verfügungsbeschränkung eingetragen werden kann (§§ 1922, 2113 BGB; § 51 GBD; RG 61, 232). Wer lediglich auf schulrechtlicher Grundlage einen persönlichen Anspruch auf Herbeiführung einer dinglichen Rechtsänderung hat (z. B. einen Anspruch auf Einräumung eines Rechts am Grundstück), dem steht der (dingliche) Anspruch aus § 895 nicht zu. Doch wird er in der Regel aus dem Schuldverhältnis gegen seinen Vertragsgegner die persönliche Klage nicht nur auf Herbeiführung der Rechtsänderung überhaupt, sondern auch auf Bewirkung der dazu etwa erforderlichen Eintragung des Vertragsgegners anstrengen können. So wird z. B. der Verkäufer eines Grundstücks die Klage auf Entgegennahme der Auflassung und Eintragung des Käufers als Eigentümer erheben können, damit für den Kläger eine Restkaufgeldhypothek eingetragen werden kann (DVB 7, 283). Der Inhalt des persönlichen Anspruchs gegen den Vertragsgegner ist dann der gleiche wie der Inhalt des dinglichen Anspruchs aus § 895 gegen den Berichtigungsverpflichteten. In beiden Fällen ist der Anspruch darauf gerichtet, daß sich der Verpflichtete eintragen lasse, also alles bewirke und beschaffe, was zur Eintragung seines Rechts erforderlich ist, damit dann die Eintragung für den persönlich Berechtigten oder für den Berichtigsberechtigten erfolgen kann. Insbesondere hat auch im Falle des § 895 der Berichtigungsverpflichtete nicht etwa nur die Zustimmung zu seiner Eintragung zu erteilen. Das dem Klageanspruch stattgebende Urteil wird in beiden Fällen nach § 888, nicht nach § 887 ZPO vollstreckt. Denn der nach § 13 GBD von dem Verpflichteten zu stellende Eintragungsantrag kann nicht von einem beliebigen Dritten gestellt werden (str.; vgl. jedoch RG 55, 59). Der § 14 GBD (A 1) kommt bei einem solchen Urteil nicht zur Anwendung, da es nicht die Eintragung eines (anderen) Rechts für den Berechtigten zum Gegenstand hat. Wenn aber außerdem der Berichtigungsberechtigte ein Urteil auf Zustimmung zur Berichtigung, also zur Eintragung seines Rechts, und der persönlich Berechtigte ein Urteil auf Bewilligung der Eintragung der Rechtsänderung erstritten

hat, so können beide auf Grund dieses Urteils die Eintragung des Verpflichteten gemäß § 14 GBD selbst beantragen (Senff 56 Nr 142). In dieser Vorschrift ist kein Unterschied gemacht, ob der Gläubiger einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung durch Eintragung seines bereits dinglich bestehenden Rechts oder nur einen persönlichen Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechts im Rechtsfrei durchgesetzt hat. Der Berechtigte kann sich in beiden Fällen auch die zur Eintragung des berichtigungsberechtigten Verpflichteten notwendigen (§ 22 GBD) Unterlagen (z. B. einen Erbschein für den verpflichteten Erben des Bucheigentümers) gemäß §§ 792, 896 BPD beschaffen. Ist der Verpflichtete nicht an die Stelle des Buchberechtigten getreten, liegt der Fall vielmehr so, daß der Verpflichtete wahrer, der Eingetragene nur scheinbarer Berechtigter sein soll (z. B. wegen Nichtigkeit der diesem erteilten Auflassung), so wird der persönlich Berechtigte mit der vorbezeichneten Klage von dem Verpflichteten, der ihm alle zulässigen Mittel zur Erlangung des Rechts an die Hand geben muß, auch die Abtretung des Berichtigungsanspruchs (§ 894 A 2 Abs 3) verlangen können, um daraufhin gegen den Buchberechtigten auf Bewilligung der Eintragung des Verpflichteten klagen zu können. Für den Berichtigungsberechtigten kommt dies nicht in Betracht; er kann auch vom Buchberechtigten die Zustimmung nach § 894 verlangen. Eine Überweisung des Berichtigungsanspruchs könnte nur wegen einer vollstreckbaren Geldforderung (§§ 829, 835, 857 BPD), nicht auf Grund des Urteils auf Herbeiführung der Rechtsänderung erfolgen.

§ 896

Ist zur Berichtigung des Grundbuchs die Vorlegung eines Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldbriefs erforderlich¹⁾, so kann derjenige, zu dessen Gunsten die Berichtigung erfolgen soll²⁾, von dem Besitzer des Briefes³⁾ verlangen, daß der Brief dem Grundbuchamte vorgelegt wird⁴⁾.

§ I 1109 II 1091; III 3 745 f.; B 3 646; 6 386 f.

1. **Erforderlich ist die Vorlegung des Briefs**, damit ein Vermerk gemäß § 62 GBD darauf gesetzt werden kann. Dieses Erfordernis besteht nach §§ 41 Abs 1 Satz 1, 42 GBD regelmäßig, wenn eine Eintragung bei einem verbrieften hypothekarischen Recht (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld) erfolgen, also auch wenn eine Berichtigung des Grundbuchs bei solchen hypothekarischen Rechten bewirkt werden soll. Die genannten Bestimmungen sind zwar nur Ordnungs- vorchriften, deren Nichtbefolgung auf die Wirksamkeit des Eintragungsakts keinen Einfluß hat. Der § 896 gibt aber trotzdem dem Berichtigungsberechtigten einen materiellrechtlichen Anspruch auf Vorlegung, um ihm die Herbeiführung der Berichtigung zu ermöglichen. In gewissen Fällen bedarf es jedoch nach § 41 Abs 2 GBD (Ausschlufsurteil) und nach § 42 Satz 2 (Brief für den Inhaber) der Vorlegung des Briefs zur Eintragung nicht. In solchen Ausnahmefällen besteht auch kein Anspruch auf Vorlegung, da diese dann zur Berichtigung nicht erforderlich ist. § 896 ist auch anzuwenden auf die nach § 43 Abs 1 GBD (Hypothek für Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren) vorzulegende Urkunde, die den Hypothekenbrief vertritt.

2. **Derjenige, zu dessen Gunsten die Berichtigung erfolgen soll**, ist der, dem ein Berichtigungsanspruch aus § 894 zusteht, weil sein hypothekarisches Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder zu Unrecht belastet oder durch eine Verfügungsbeschränkung zu Unrecht beeinträchtigt ist oder weil sein Eigentum zu Unrecht mit dem hypothekarischen Recht belastet ist. Namentlich kommen hier in Betracht die Fälle, in denen eine Hypothek außerhalb des Grundbuchs erloschen (§§ 1173—1175, 1178) oder auf den Eigentümer oder sonst einen andern als den eingetragenen Gläubiger übergegangen ist (§§ 1143, 1150, 1163, 1164, 1168, 1170 Abs 2, 1171 Abs 2, 1173, 1174, 1182, 268 Abs 3, 426 Abs 2, 774, 1922), ferner die Fälle der widerrechtlichen Eintragung oder der Aufhebung einer Verfügungsbeschränkung des Gläubigers. Wenn der Eigentümer oder der Schuldner oder ein Dritter durch volle Befriedigung des Gläubigers die Hypothek gemäß §§ 1143, 1150, 1163, 1164 erwirbt, gilt nach §§ 1144, 1167 die Sonderbestimmung, daß der Erwerber nicht nur die Vorlegung des Hypothekenbriefs an das Grundbuchamt, sondern die Aushändigung des Briefs verlangen kann. Dagegen kann bei nur teilweiser Befriedigung oder bei teilweisem Verzicht nach §§ 1145, 1150, 1167, 1168 Abs 3 (§ 61 Abs 1 GBD) nur die Vorlegung des Briefs an das Grundbuchamt, das Gericht oder den Notar zwecks Bildung eines Teilhypothekenbriefs verlangt werden (RG 69, 42; RZ 2, 83). Wem lediglich auf schulrechtlicher Grundlage ein persönlicher Anspruch auf Herbeiführung einer Rechtsänderung an einem hypothekarischen Recht zusteht, hat keinen Anspruch aus § 896. Doch wird ihm in der Regel aus dem Schuldverhältnis gegen seinen Vertragsgegner ein persönlicher Anspruch auf Vorlegung des Briefs zustehen, wenn die Herbeiführung der Rechtsänderung nicht anders zu ermöglichen ist (§ 895 A 2). Das Grundbuchamt ist zur Anordnung der Vorlegung weder verpflichtet noch berechtigt (RZ 6, 165). Die Vorlegung des Briefs zur Eintragung einer Vormerkung bei einem verbrieften hypothekarischen Recht erörtert § 885 A 3 a. E. Wer eine solche Vor-

merkung (z. B. zur Sicherung seines Anspruchs auf Löschung) eintragen lassen will, hat gegen den dritten Besitzer des Briefs (z. B. einen Pfandgläubiger) keinen Anspruch auf Vorlegung aus § 896, da die Vormerkung kein Recht an der Hypothek ist und erst durch Eintragung entsteht, eine Grundbuchberichtigung also durch ihre Eintragung nicht stattfindet (OLG 3, 98).

3. Von jedem (unmittelbaren oder mittelbaren: § 868) **Besitzer des Briefes** kann die Vorlegung verlangt werden, nicht bloß von demjenigen, der nach § 894 die Zustimmung zu der Berichtigung zu erteilen hat (RG 47, 161; 69, 42). So ist z. B. derjenige, dem eine Briefhypothek verpfändet ist, zur Vorlegung des Briefes verpflichtet, wenn die Hypothek durch Befriedigung auf einen andern als den eingetragenen Gläubiger übergegangen ist (A 2) und die Umschreibung auf diesen andern zur Berichtigung des Grundbuchs erfolgen soll (RG 47 S. 160, 161). Soll im Falle der Abtretung eines Teils einer Briefhypothek unter Übergabe des Teilhypothekenbriefs die an sich außerhalb des Grundbuchs vollzogene Teilübertragung (§§ 1154 Abs 1, 1145, 1152 Abs 1 BGB; § 61 GBD; RG 69, 43) berichtigend im Grundbuch verlaubar werden, so ist der Besitzer des Stammbriefs zur Vorlegung nach § 41 GBD verpflichtet, da die Eintragung der Teilabtretung gemäß § 62 Abs 1 GBD auch auf diesem Brief zu vermerken ist (RG 59, 318; RZL 6, 66). Wird der besitzende Dritte lediglich als Besitzer auf Vorlegung in Anspruch genommen, so muß er noch zur Zeit der Klagerhebung im Besitz des Briefes sein (RG JW 1904, 92¹²). Dies gilt jedoch z. B. nicht, wenn bei einer Pfändung und Überweisung einer Hypothek zugleich der persönliche Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Briefes gegen den Besitzer dem Gläubiger überwiesen ist und dieser daraufhin mit der Klage gegen den Besitzer die Vorlegung des Briefes verlangt, um demnächst das Grundbuch durch Eintragung der Pfändung berichtigen zu können. Denn hier handelt es sich nicht um eine Klage aus dem Recht des Berichtigungsberechtigten gemäß § 896, sondern um die Geltendmachung des persönlichen Anspruchs des Schuldners (RG JW 1904, 92¹²). Hat der dritte Besitzer ein Recht zum Besitz (§ 986), sei es dinglicher Natur und gegen jedermann gerichtet, sei es auf ein schuldrechtliches Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Berichtigungsberechtigten gegründet und deshalb nur persönlich wirkend (z. B. weil er die Hypothek bezahlt hat und dafür Ersatz verlangen kann), so können die daraus herzuleitenden Einwendungen auch gegenüber dem Anspruch aus § 896 mit Erfolg geltend gemacht werden (M 3, 746; JW 1936, 1136¹⁵).

4. Auf Grund des § 896 kann nur die **Vorlegung des Briefes an das Grundbuchamt** verlangt werden, nicht die Aushändigung des Briefes an den Berichtigungsberechtigten (RG 69, 42; Seuffl 91 Nr 128). Die Fälle, in denen kraft Sonderbestimmung die Aushändigung beansprucht werden kann, sind in A 2 erwähnt. Die Vollstreckung eines Urteils auf Vorlegung erfolgt gemäß § 883 Abs 1 ZPO, also durch die vom Gerichtsvollzieher vorzunehmende Wegnahme des Briefes und dessen Vorlegung beim Grundbuchamt. Denn die Vorlegung des Briefes ist eine wenn auch vorübergehende Herausgabe einer Sache im Sinne dieser Vorschrift (RG Gruch 50, 1110). Die Herbeiführung der Vorlegung eines für mehrere Pfandungsgläubiger hinterlegten Briefes behandelt OLG 15, 347.

§ 897

Die Kosten¹⁾ der Berichtigung des Grundbuchs und der dazu erforderlichen Erklärungen hat derjenige zu tragen²⁾, welcher die Berichtigung verlangt, sofern nicht aus einem zwischen ihm und dem Verpflichteten bestehenden Rechtsverhältnisse sich ein anderes ergibt³⁾.

§ 1 843 II 813; M 3 237; P 3 102.

1. Zu diesen **Kosten** gehören namentlich die Kosten der öffentlichen Beurkundung oder Beglaubigung (§ 29 Satz 1 GBD) der vom Berichtigungsverpflichteten gemäß § 894 zu erteilenden Zustimmung. Die Kosten eines Rechtsstreits gehören nicht hierher; insoweit bestimmt sich die Kostenpflicht vielmehr nach §§ 91 ff. ZPO.

2. Zu tragen hat die Berichtigungskosten der **Berichtigungsberechtigte** deswegen, weil die Berichtigung in der Regel in seinem Interesse erfolgt (M 3, 237). Da der Berichtigungsverpflichtete sich auf die Abgabe der Zustimmungserklärung nicht einzulassen braucht, bevor er nicht wegen der Kosten gesichert ist, hat der Berichtigungsberechtigte ihm die erforderlichen Kosten vorzuschießen (vgl. §§ 369 Abs 1, 403 Satz 2, 798 Satz 2, 799 Abs 2 Satz 2, 800 Satz 2, wo die Voranschusspflicht ausdrücklich bestimmt ist).

3. Das ausnahmsweise die Kostenpflicht des Berichtigungsverpflichteten begründende **Rechtsverhältnis** kann auf Vertrag (vgl. für den Kauf §§ 435, 449) oder auf unerlaubter Handlung (z. B. vorsätzlicher Vernichtung von Urkunden) beruhen. Zwischen dem Nacherben und dem Vorerben besteht auf Grund der letztwilligen Verfügung ein solches Rechtsverhältnis nicht. Der Nacherbe muß also die Kosten tragen, wenn er die Eintragung des Vorerben und seines Nacherbenrechts verlangt (str.; die Eintragung von Amts wegen regelt § 51 GBD). Besteht kein

dinglicher Berichtigungsanspruch nach § 894, sondern nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Richtigstellung des Grundbuchs (§ 894 A 2 Abs 2, 4), so greift die Kostenregelung des § 897 nicht Platz.

§ 898

Die in den §§ 894 bis 896 bestimmten Ansprüche unterliegen nicht der Verjährung¹⁾.

§ II 813; B 3 102 ff.; 4 589.

1. Die Unverjährbarkeit ist für die Ansprüche des Berichtigungsberechtigten aus den §§ 894—896 deswegen bestimmt, weil das dingliche Recht selbst nach dem BGB nicht durch Verjährung untergehen kann (§ 901 A 2, § 902 A 1) und weil nach § 902 Abs 1 Satz 1, Abs 2 auch der dingliche Hauptanspruch aus dem Recht auf Herstellung des diesem entsprechenden Zustandes (§ 901 A 3) regelmäßig nicht verjährt, wenn das Recht eingetragen oder ein Widerspruch zu seinen Gunsten im Grundbuch vermerkt ist (Prot 3, 107; 4, 589). Ausnahmefälle finden sich im § 902 Abs 1 Satz 2 und in den §§ 1028, 1090 Abs 2. Weiterhin können das Eigentum und die im § 900 Abs 2 bezeichneten Rechte nach § 900 durch Tabularerziehung erworben und damit die entsprechenden Rechte der wahren Berechtigten zum Erlöschen gebracht werden. Ferner erlöschen Rechte an fremden Grundstücken in den Fällen der §§ 901, 1028, 1090 Abs 2 durch Verjährung des Hauptanspruchs. Soweit danach das nicht eingetragene (wahre) Recht erloschen ist, hat nunmehr das Grundbuch einen richtigen und vollständigen Inhalt. Daher ist ein Berichtigungsanspruch (insbesondere gegenüber dem eingetragenen ursprünglich nicht wirklichen Rechte) nicht mehr gegeben, so daß eine Unverjährbarkeit des Anspruchs überhaupt nicht in Frage kommt (str.; § 901 A 3). Der Hauptanspruch aus nicht eingetragenen (wahren) Eigentum (z. B. gegenüber dem Besitzer des Grundstücks) kann allerdings verjähren, ohne daß das Eigentum erlischt (§ 902 A 1). Dann ist fortdauernd ein Berichtigungsanspruch (z. B. gegen den nicht besitzenden, zwar eingetragenen, aber nicht wirklichen Eigentümer) gegeben, der einer Verjährung nicht unterliegt (str.).

§ 899

In den Fällen des § 894 kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs¹⁾ eingetragen werden²⁾.

Die Eintragung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund einer Bewilligung desjenigen, dessen Recht durch die Berichtigung des Grundbuchs betroffen wird. Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des Rechtes des Widersprechenden glaubhaft gemacht wird³⁾.

§ I 844, 845 II 814; M 3 237 ff., 242 ff.; B 3 107 ff., 116; 6 222 f.

1. Während § 899 Abs 1 bestimmt, daß die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs in den Fällen des § 894 zulässig sei, gibt das BGB weder hier noch sonst eine allgemeine Bestimmung über das Wesen und die Wirkungen eines Widerspruchs. Nur in Einzelbestimmungen (§§ 892 Abs 1 Satz 1, 900 Abs 1 Satz 3, 902 Abs 2, 927 Abs 3) ist vorgeschrieben, welche Wirkung es haben soll, wenn bei einem unter § 894 fallenden Tatbestand ein Widerspruch eingetragen ist. Aus diesen einzeln geregelten Wirkungen ergibt sich, daß der Widerspruch zum Schutz eines überhaupt nicht oder nur beschränkt eingetragenen dinglichen Rechts insofern dient, als die dort bezeichneten rechtswirkenden Tatsachen, solange der Widerspruch eingetragen ist, dem wirklich bestehenden oder unbeschränkt bestehenden Recht in dem gleichen Maße nicht unschädlich sein sollen, wie es der Fall wäre, wenn das Recht eingetragen oder ohne Beschränkung eingeschrieben wäre. Danach ist der Widerspruch kein Recht am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht, sondern eine Schutzeintragung für ein dingliches Recht, die während ihrer Dauer in bestimmten Beziehungen mit der Wirkung der Eintragung oder der unbeschränkten Einschreibung des Rechts versehen ist (RG 117, 352). Daher finden auf den Widerspruch die Vorschriften über eingetragene Rechte im allgemeinen keine Anwendung, insbesondere z. B. nicht die Vorschriften über den Rang unter mehreren eingetragenen Rechten (§ 879 A 3). Nur soweit es sich um die vom Gesetz dem Widerspruch beigelegten einzelnen Wirkungen eingetragener Rechte handelt, wird eine entsprechende Anwendung Platz greifen können. Wo ein Schutzbedürfnis im vorbezeichneten Sinne nicht in Frage kommen kann, ist für die Eintragung eines Widerspruchs kein Raum (so z. B. wenn der Bucheigentümer geltend macht, er sei in Wirklichkeit nicht Eigentümer, weil die Auflassung an ihn nichtig sei: RGZ 47, 184; § 894 A 2 Abs 1). — Der Widerspruch ist aber auch keine Ver-

fügungsbeschränkung im Rechtsinne. Allerdings muß er sich, obwohl er nur das außerhalb des Grundbuchs bestehende dingliche Recht oder die Freiheit des eingetragenen Rechts von einer Beschränkung sichern soll, notwendig immer gegen ein eingetragenes Recht richten. Denn unter der Voraussetzung, daß das durch den Widerspruch gesicherte Recht wirklich besteht oder unbeschränkt besteht, wird von dem Zeitpunkt der Widerspruchseintragung an ein eingetragenes Recht entweder beseitigt oder eingeschränkt. Wird z. B. ein Widerspruch für ein außerhalb des Grundbuchs bestehendes Eigentum eingetragen oder bei einem eingetragenen begrenzten Recht (z. B. einer Hypothek) ein Widerspruch dahin vermerkt, daß das Recht nicht dem Buchberechtigten, sondern dem Widersprechenden zustehe, oder wird durch den Widerspruch das Recht des Eigentümers darauf geschützt, daß sein Eigentum von einer zwar eingetragenen, aber tatsächlich nicht bestehenden Belastung frei sei, so ist der Widerspruch in den ersten beiden Fällen dahin gerichtet, daß das für den Nichtberechtigten eingetragene Eigentum oder begrenztes Recht insofern beseitigt werden soll, als an Stelle des Nichtberechtigten der wahre Berechtigte treten soll, in dem dritten Falle dahin, daß die nicht bestehende Belastung des Eigentums zur Löschung gebracht werden soll. Eine Beschränkung eingetragener Rechte bewirkt der Widerspruch ferner z. B. dann, wenn ein außerhalb des Grundbuchs bestehendes begrenztes Recht am Grundstück (z. B. eine zu Unrecht gelöschte Hypothek: § 891 A 6) gesichert werden soll. Denn dadurch wird einerseits das Eigentum belastet, andererseits erleiden, wenn das gesicherte Recht den Vorrang vor anderen bereits eingetragenen begrenzten Rechten haben soll, auch diese eine Schmälerung in ihrer Wertschätzung und Durchführbarkeit. In der rechtlichen Befugnis, über die betroffenen Rechte zu verfügen, werden die eingetragenen Inhaber aber in keiner Weise beschränkt (RG 117, 352; § 892 A 9 a. E.). Eine Wirkung nach dieser Richtung ist dem Widerspruch vom Gesetz nicht beigelegt. Abgesehen von den Wirkungen bei der Tabularerfüllung, der Anspruchsverjährung und dem Eigentumserwerb auf Grund eines Ausschlußurteils (§§ 900 Abs 1 Satz 3, 902 Abs 2, 927 Abs 3) hat nach § 892 Abs 1 Satz 1 der Widerspruch vielmehr nur die Wirkung, daß im Falle eines seiner Eintragung nachfolgenden (RG 128, 55) rechtsgeschäftlichen Erwerbs an dem betroffenen Recht **das durch den Widerspruch gesicherte Recht**, wenn es wirklich besteht, **als eingetragen gilt** und daher das dem Erwerb entgegenstehende oder ihn beschränkende Recht dem Erwerber gegenüber auch dann wirksam ist, wenn er sein Bestehen nicht gekannt hat (RG 67, 41; 88, 85; 117, 352; RG JW 1901, 130^{ab}; 1926, 65^a; RGZ 36 A 179; 47 S. 177, 213; 49, 182; DLW 17, 77). Hat z. B. der Bucheigentümer A, der nicht wahrer Eigentümer ist, eine Hypothek für B bestellt und hat B dann die Hypothek an C abgetreten, so steht ein in der Zwischenzeit zwischen der Hypothekseintragung und der Abtretung eingetragener Widerspruch gegen das Eigentum des A dem Hypothekenerwerb des C entgegen, auch wenn er das Nichteigentum des A nicht gekannt hat (RG 129, 127). Anders liegt die Sache indessen, wenn schon B in gutem Glauben an das Eigentum des A die Hypothek rechtswirksam erworben hatte (§ 892 A 2 Abs 3). In der dem Widerspruch durch § 892 beigelegten Wirkung liegt mithin zwar eine Beschränkung des betroffenen Rechts insofern, als dem Buchinhaber die Möglichkeit genommen ist, darüber rechtsgeschäftlich so zu verfügen, daß der Erwerber, der das durch Widerspruch gesicherte Recht nicht kennt, das übertragene Recht rechtsgültig oder unbeschränkt erwirbt. Darin liegt aber nur eine Beschränkung der Wirkung der Veräußerung nach einer bestimmten Richtung, also nur eine tatsächliche Verfügungsbeschränkung insofern, als das gesicherte Recht durch die Verfügung nicht beseitigt werden kann. Rechtlich bleibt der Inhaber des betroffenen Rechts nach wie vor zur Verfügung über das Recht befugt. Insofern gilt also beim Widerspruch daselbe wie bei der Vormerkung. Insbesondere darf das Grundbuchamt bei einem eingetragenen Recht die Eintragung eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs und sonstige Eintragungen auf Grund einer Verfügung des eingetragenen Inhabers, z. B. auch eine Löschung, nicht deshalb ablehnen, weil ein Widerspruch gegen das Recht eingetragen ist (RGZ 26 A 253). Die Verfügung erlangt volle Wirkung, wenn die Widerspruchseintragung in Wegfall kommt (§ 883 A 11). Auch steht dem Inhaber des betroffenen Rechts nach wie vor die Vermutung aus § 891 zur Seite (§ 891 A 4).

Ist hiernach der Widerspruch weder ein Recht noch eine Verfügungsbeschränkung, so ergibt sich als Folge, daß die Eintragung eines Widerspruchs gegen einen Widerspruch nicht zulässig ist (RG 117, 352; RGZ 4, 48; RGZ 20 A 217; 21 A 147, 288; 39 A 255; DLW 2 S. 59, 243). Denn nach § 899 Abs 1 kann nur „in den Fällen des § 894“ ein Widerspruch eingetragen werden; § 894 betrifft aber nur die Fälle, in denen „in Ansehung eines Rechtes oder einer Verfügungsbeschränkung“ der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht. Es bedarf auch eines solchen zweiten Widerspruchs zum Schutz gegen den ersten Widerspruch nicht. Denn das Gesetz hat dem Widerspruch nicht die Wirkung beigelegt, daß das gesicherte Recht im Falle eines gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbs an ihm als eingetragen anzusehen ist, daß es also in diesem Falle als bestehend gilt, auch wenn es tatsächlich nicht besteht. Vielmehr entzieht der Widerspruch nur dem betroffenen Recht die sonst zu seinen Gunsten geltende Fiktion. Der Widerspruch hat also nicht zur Folge, daß das gesicherte Recht bei einem rechtsgeschäftlichen Erwerb (§ 892 Abs 1 Satz 1) oder bei einer Leistung des Verpflichteten an dem

tatsächlich nicht berechtigten Widerspruchsbegünstigten (§ 893) unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs steht (RG 117, 352; RGZ 20 A 217; 21 A 288; 26 A 79; DLG 7, 377). Er bewirkt vielmehr nur, daß dem betroffenen Recht nicht mehr dieser Glaube beizuhelfen ist. Wird daher z. B. das für den (angeblich) Nichtberechtigten A eingetragene Recht vom Widerspruchsberechtigten B als sein Recht in Anspruch genommen, so wird die Rechtslage eines Dritten C, der ebenfalls auf das Recht Anspruch erhebt, gegenüber B durch die Widerspruchseintragung als solche nicht beeinträchtigt. Denn es kommt immer darauf an, ob das gesicherte Recht des B wirklich besteht oder nicht, und es macht auch keinen Unterschied, ob das gesicherte Recht in der Hand des Widerspruchsberechtigten bleibt oder, sofern dies überhaupt ohne Eintragung möglich ist, inzwischen von einem andern erworben ist. Dasselbe würde z. B. auch dann, wenn für ein außerhalb des Grundbuchs bestehendes begrenztes Recht am Grundstück (z. B. für eine zu Unrecht gelöschte Hypothek) ein Widerspruch eingetragen wäre, im Verhältnis zwischen dem Widerspruchsberechtigten und demjenigen gelten, der, falls das gesicherte Recht endgültig eingetragen wäre, wegen seiner Beeinträchtigung durch dieses (angeblich) nicht bestehende Recht (z. B. als nachstehender Hypothekengläubiger wegen der Rangverschlechterung: § 894 A 2) einen Widerspruch gegen das Recht eintragen lassen könnte. Im ersten Falle muß der Dritte C, der sein Recht sichern will, gleichfalls gegen das schon durch den Widerspruch des B betroffene Recht für sich einen Widerspruch eintragen lassen. In beiden Fällen muß es dem Beeinträchtigten überlassen bleiben, die Beseitigung der Widerspruchseintragung wegen Nichtbestehens des durch diese Eintragung gesicherten Rechts im Klagewege herbeizuführen. Die Klage ist zwar keine persönliche, sondern eine dingliche; sie ist aber nicht eine Berichtigungsklage aus § 894. Denn auch wenn die Widerspruchseintragung wegen Nichtbestehens des gesicherten Rechts sachlich ungerechtfertigt ist, so ist doch das Grundbuch nicht „in Ansehung eines Rechtes oder einer Verfügungsbeschränkung“ unrichtig. Vielmehr ist die Klage ebenso wie die Klage auf Beseitigung einer das Eigentum oder ein sonstiges Recht am Grundstück beeinträchtigenden Vormerkung als eine Störungsklage im Sinne des § 1004 (und verwandter Gesetzesvorschriften) aufzufassen (§ 883 A 8 „Aufhebung“; § 886 A 2, 3).

Gegen eine Vormerkung ist ein Widerspruch nicht zulässig (§ 883 A 8 „Widerspruch“). Die Vormerkung dient nicht wie der Widerspruch zum Schutz eines dinglichen Rechts, sondern zum Schutz eines persönlichen Anspruchs auf Einräumung, Aufhebung, Aufbebung oder Änderung des Inhalts oder Ranges eines Rechts (§ 883 Abs 1 Satz 1; § 883 A 2, 8). Nimmt also ein anderer als der Vormerkungsbegünstigte die vorgemerkte Forderung (z. B. auf Auflassung oder auf Einräumung einer Hypothek) für sich in Anspruch, so kann von einer Widerspruchseintragung gegen die Vormerkung für diesen Rechtsbewerber schon deshalb keine Rede sein, weil der Widerspruch nur zum Schutz eines dinglichen Rechts am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht dient, das Recht auf einen schulrechtlichen Anspruch also für den Widerspruch ausscheidet. Aber auch dann, wenn ein durch die Vormerkungseintragung Beeinträchtigter (z. B. bei einer Hypothekenvormerkung der Eigentümer oder ein nachstehender Hypothekengläubiger) geltend macht, daß der vorgemerkte Anspruch überhaupt nicht bestehe, ist für eine Widerspruchseintragung zugunsten des Beeinträchtigten kein Raum. Denn wenn auch der vorgemerkte Anspruch nicht besteht, so ist doch das Grundbuch nicht, wie nach § 894 erforderlich ist, „in Ansehung eines Rechtes oder einer Verfügungsbeschränkung“ unrichtig. Denn die Vormerkung ist weder ein Recht noch eine Verfügungsbeschränkung (§ 883 A 8, 11). Der Beeinträchtige bedarf auch keines Schutzes durch einen Widerspruch, der verhindert, daß das von ihm betroffene, zwar eingetragene, aber tatsächlich nicht bestehende Recht bei einem gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerb als bestehend gilt. Denn der Erwerb an einem vorgemerkten Anspruchsgegenstand wird nicht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt (§ 883 A 8 „öffentlicher Glaube des Grundbuchs“). Selbst wenn ein Dritter den vorgemerkten Anspruch inzwischen erworben hat (§ 894 A 1 Abs 6), kommt es immer darauf an, ob der Anspruch tatsächlich besteht oder nicht. Dem Beeinträchtigten muß es auch hier überlassen bleiben, die Vormerkung wegen Nichtbestehens des vorgemerkten Anspruchs im Wege der Störungsklage (§ 886 A 2, 3) zur Löschung zu bringen.

Dagegen ist ein Widerspruch gegen eine Verfügungsbeschränkung zulässig (str.; DLG 12, 167; a. M. RGZ 26 A 77). Denn nach § 899 Abs 1 kann ein Widerspruch in allen Fällen des § 894 eingetragen werden. Zu ihnen gehört auch der Fall, daß der Inhalt des Grundbuchs „in Ansehung einer Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs 1 bezeichneten Art“ mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht. Nach § 22 Abs 1 Satz 2 BGB gilt auch die Vorschrift des Abs 1 Satz 1 über die Berichtigung des Grundbuchs „insbesondere für die Eintragung oder Löschung einer Verfügungsbeschränkung“. So kann z. B. das (angeblich) bestehende, den Vorbehalten beschränkende Recht des Nachbarn (§ 2113) oder das Recht auf Beseitigung einer (angeblich) nicht bestehenden, einem eingetragenen Recht beigelegten Bedingung durch Widerspruch gesichert werden (§ 892 A 11, 12). Soweit freilich Verfügungsbeschränkungen, wie dies bei behördlichen Veräußerungsverboten des § 136 meistens der Fall ist (§ 892 A 12), auf Ersuchen einer Behörde eingetragen sind, wird eine Berichtigung im Sinne des § 894 BGB und des § 22 BGB

kaum in Frage kommen, da die Eintragung wie die Löschung auf das maßgebende Ersuchen hin erfolgt (§§ 19, 20, 130 ZPO; §§ 106, 113, 114 RD).

Die Eintragung des Widerspruchs hat zur Voraussetzung, daß ein Fall des § 894 vorliegt. Diese Voraussetzung ist erst mit der Vornahme der die Unrichtigkeit des Grundbuchs bewirkenden Eintragung gegeben. Immerhin ist nicht ausgeschlossen, daß die Eintragung des Widerspruchs schon vorher beantragt und dann gleichzeitig mit der (unrichtigen) Eintragung der Rechtsänderung vorgenommen wird (RG 26, 7). Das ist besonders von Bedeutung, wenn dem Widersprechenden kein Rechtsbehelf zur Seite steht, die (unrichtige) Eintragung der Rechtsänderung zu verhindern (RG 26, 6). **Hat an dem (angeblich) nicht bestehenden eingetragenen Recht bereits ein rechtsgeschäftlicher Erwerb stattgefunden**, so daß das Recht nuncmehr zugunsten des gutgläubigen Erwerbers gemäß § 892 Abs 1 Satz 1 als bestehend gilt, so fragt es sich, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen die Eintragung eines Widerspruchs noch zulässig ist. Ist das Recht auf den Erwerber vollständig übertragen (z. B. das Eigentum an einer auf dem Grundbuchblatt irrtümlich eingetragenen Parzelle oder eine Hypothek), so kann der Widerspruch nur gegen den Erwerber eingetragen werden, gleichviel ob das zu sichernde Recht ebenfalls jenes Recht im vollen Umfange begreift oder nur auf eine Belastung des Rechts (z. B. auf Belastung des Eigentums durch eine zu Unrecht gelöschte Hypothek oder auf Belastung einer Hypothek durch Pfandrecht) gerichtet ist. Denn der Erwerber ist der gegenwärtige eingetragene Inhaber des Rechts; nur er wird im Sinne des § 894 nach dem Inhalt des Grundbuchs von der mit dem Widerspruch verfolgten Berichtigung des Grundbuchs betroffen. Die Möglichkeit, daß künftig etwa der frühere Inhaber das Recht zurücklangt oder sonst die Berechtigung des Erwerbers fortfällt, muß für die Frage, ob und wie gegenwärtig ein Widerspruch eingetragen werden kann, außer Betracht bleiben (vgl. jedoch RG 65, 101; RM 6, 243; 11, 131). Zu einer solchen Widerspruchseintragung kann aber der zu Schützende, falls der Erwerber nicht freiwillig die Eintragung bewilligt, nach § 899 nur gelangen, wenn er zur Begründung seines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung glaubhaft macht (A 3) oder zur Erlangung eines vollstreckbaren Urteils gemäß § 895 ZPO beweist, daß sein Recht bestand und noch besteht, daß das Recht des früher eingetragenen dagegen nicht bestand oder belastet war und daß endlich der Erwerber zur Zeit des Erwerbs davon Kenntnis hatte (RM 6, 244; 7, 73; 11, 131). Hat der Erwerb nur eine Belastung des Rechts zum Gegenstand und begreift das zu sichernde Recht jenes Recht in vollem Umfange (will z. B. der zu Schützende der wahre Eigentümer gegenüber dem eine Hypothek für den Erwerber bestellenden Miteigentümer sein), oder soll das zu sichernde Recht von jenem Recht frei sein (macht z. B. der zu schützende Eigentümer die Nichtigkeit der Hypothek geltend, an der dem Erwerber ein Pfandrecht bestellt ist), so kann zunächst gegen den noch eingetragenen Inhaber jenes Rechts ein Widerspruch lediglich unter Glaubhaftmachung des Nichtbestehens des eingetragenen Rechts zur Eintragung gebracht werden. Soll aber das zu sichernde Recht auch gegenüber dem Erwerber des belastenden Rechts geschützt sein, so muß auch gegen diesen eine Widerspruchseintragung veranlaßt werden, und zwar unter Glaubhaftmachung auch der den Erwerb beeinträchtigenden Kenntnis des Erwerbers. So wird z. B. in HM 1936 Nr 404 ein sowohl gegen den Hypothekengläubiger wie gegen den Grundstückseigentümer sich richtender Widerspruch zugelassen zugunsten des Nacherben bei einer Hypothek, die der nicht befreite Vorerbe an dem zum Nachlaß gehörigen Grundstück für einen in Ansehung der Nacherbenschaft nicht gutgläubigen Dritten bestellt hatte (§ 2113 Abs 1) zu einer Zeit, wo der Vorerbe entgegen § 51 (52) BGB ohne Nacherbenvermerk als Grundstückseigentümer in das Grundbuch eingetragen war.

Da die Wirkung des Widerspruchs, abgesehen von §§ 900, 902, 927, sich darin erschöpft, daß der rechtsgeschäftliche Erwerber des betroffenen Rechts ohne Rücksicht auf seinen guten Glauben das entgegenstehende oder beschränkende gesicherte Recht, sofern es wirklich besteht, gegen sich gelten lassen muß (RG 117, 352), so ist der Widerspruch als solcher nur von Bedeutung auf der einen Seite für den eingetragenen Inhaber des betroffenen Rechts, der durch eine Verfügung über sein Recht das gesicherte Recht nicht beseitigen oder einschränken kann, und für den Erwerber des betroffenen Rechts, der sich nicht auf § 892 berufen kann, auf der andern Seite für den Inhaber des gesicherten Rechts. **Im übrigen erfährt das gesicherte Recht durch die Widerspruchseintragung keine Verstärkung oder Erweiterung.** Auch dadurch, daß dem Erwerber des betroffenen Rechts das gesicherte Recht bekannt ist, verbessert sich die Rechtslage des Widerspruchsgeschützten nicht (RGZ 26 A 253). **Andere als der Geschützte erlangen durch die Widerspruchseintragung keinerlei Rechte oder Sicherungen.** Hieraus folgt: Der Geschützte muß im Falle des Bestreitens sein Recht nach wie vor beweisen. Er gilt nicht etwa als der eingetragene Berechtigte, der z. B., wenn das gesicherte Recht das Eigentum betrifft, zur Auflassung befugt wäre, oder zur Löschung von Hypotheken nach § 27 BGB seine Zustimmung zu erteilen hätte (RGZ 26 A 250). Auf den für den Geschützten eingetragenen Widerspruch können sich andere eingetragene oder nicht eingetragene Realberechtigte auch dann nicht berufen, wenn ihnen selbst ein das betroffene Recht ausschließendes oder einschränkendes Recht zusteht (str.). Vielmehr müssen sie, wenn sie gegen einen rechtsgeschäftlichen Er-

werb geschützt sein wollen, wegen ihres eigenen Rechts einen besonderen Widerspruch zur Eintragung bringen. So ist z. B. der Eigentümer, der wegen unrechtmäßiger Belastung seines Eigentums durch eine nicht bestehende Hypothek einen Widerspruch gegen diese hat eintragen lassen, nur für seine Person geschützt. Nachstehende Hypothekengläubiger müssen wegen ihrer Rangverschlechterung einen besonderen Widerspruch für ihr Recht auf Befreiung der sie beeinträchtigenden Hypothek eintragen lassen, wenn sie gegen einen rechtsgeschäftlichen Erwerb geschützt sein wollen. Immerhin wird aus der Tatsache, daß bei dem betroffenen Recht ein Widerspruch zugunsten eines von mehreren Beeinträchtigten eingetragen ist, unter Umständen ein Beweis dafür zu entnehmen sein, daß der Erwerber des betroffenen Rechts das Nichtbestehen des Rechts gekannt hat. Insofern kann daher der Widerspruch auch für die anderen Beeinträchtigten von Bedeutung sein. Das durch den Widerspruch gewährte Schutzrecht kann für sich allein weder an einen andern übertragen noch für einen andern gepfändet werden. Es ist nur zugleich mit dem zugrunde liegenden dinglichen Recht übertragbar und pfändbar, da es mit diesem in unlöslichem Zusammenhang steht (RFG 47, 177).

Sat nach Eintragung des Widerspruchs ein anderer als der eingetragene Inhaber durch Rechtsgeschäft oder auf anderem Wege (§ 892 U 4) das betroffene Recht oder ein Recht daran erworben, so kann der Widerspruchsberechtigte unter Nachweis seines Rechts die Herstellung des seinein Recht entsprechenden Inhalts von dem Passivbeteiligten verlangen. Je nach Lage des Falles kann er also begehren: die Befreiung des Rechts aus dem Grundbuch entweder nur vom gegenwärtigen Inhaber (z. B. der nachstehende Hypothekengläubiger die Befreiung einer nicht bestehenden Hypothek von deren Erwerber) oder auch vom ursprünglichen Inhaber und vom Erwerber einer Belastung an dem Recht (z. B. der Eigentümer die Befreiung einer nicht bestehenden Hypothek vom Gläubiger und vom Erwerber eines Pfandrechts daran). Bei anderer Sachlage kann er verlangen: die endgültige unbeschränkte Eintragung seines Rechts entweder nur vom gegenwärtigen Inhaber des betroffenen Rechts (z. B. derjenige, dem in Wirklichkeit eine für einen andern eingetragene Hypothek zusteht, seine Eintragung als Gläubiger vom Erwerber der Hypothek) oder auch vom ursprünglichen Inhaber und vom Erwerber einer Belastung an dem Recht (z. B. der wahre Eigentümer vom Bucheigentümer und von dem, der vom Bucheigentümer eine Hypothek bestellt erhalten hat, die Eintragung seines Eigentums frei von der Hypothek, oder derjenige, dessen Hypothek zu Unrecht gelöscht ist, vom Eigentümer und vom Gläubiger einer nachher eingetragenen Hypothek die Eintragung der gelöschten Hypothek mit dem Range vor der später eingetragenen Hypothek). Hat der Widerspruchsberechtigte wegen seines Rechts zur Zeit des Erwerbs des betroffenen Rechts bereits die Klage gegen dessen Inhaber erhoben, so kommen die Vorschriften der §§ 265, 266, 325 ZPO über die Wirkungen der Rechtshängigkeit gegenüber dem Erwerber zur Anwendung (RG 79, 165). Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Widerspruchsverpflichteten wird das gesicherte Recht des Widerspruchsberechtigten, sofern es besteht, gemäß § 43 KO nicht berührt. Im Falle der Zwangsversteigerung ist das durch Widerspruch gesicherte Recht nach § 48 ZVG bei der Feststellung des geringsten Gebots wie ein eingetragenes Recht zu berücksichtigen. Ein zu Unrecht gelöschtes Recht ist also auch mit dem bisherigen Range anzusetzen, soweit nicht ein in der Zwischenzeit bis zur Eintragung des Widerspruchs erfolgter gutgläubiger Rechtsverwerb Dritter entgegensteht (RFG 47, 214). Auch sonst hat hier der Widerspruch die gleichen Wirkungen wie eine Vormerkung (§ 883 U 12). Insbesondere hindert der Widerspruch für sich allein nicht die Zwangsversteigerung, auch wenn er das Eigentum des zur Zwangsversteigerung stehenden Grundstücks betrifft. Eine solche Wirkung ist ihm, der auch einen rechtsgeschäftlichen Erwerb des betroffenen Rechts nicht hindert, vom Gesetz nicht beigelegt. Ein „aus dem Grundbuch ersichtliches Recht, das der Zwangsversteigerung entgegensteht“ (§ 28 ZVG), ist der auf das Eigentum gerichtete Widerspruch als solcher nicht. Er ist weder selbst ein eingetragenes Recht, noch ist durch das Gesetz bestimmt, daß trotz der Widerspruchseintragung ein nicht eingetragenes Eigentumsrecht mit der Wirkung als eingetragen gelten soll, daß es der Zwangsversteigerung entgegensteht (str.). Der Widerspruchsberechtigte kann also nur auf Grund des gesicherten Rechts, wenn es wirklich besteht, nicht auf Grund des Widerspruchs als solchen, gemäß §§ 771 ff. ZPO die Aufhebung der Zwangsversteigerung herbeiführen. Der Widerspruch ist hier nur insofern von Bedeutung, als daraus zu entnehmen ist, ob das gesicherte Recht dem betreibenden Gläubiger vorgeht oder ihm nachsteht. Denn nur wenn ersteres der Fall ist, kann der Widerspruchsbegünstigte wegen seines Rechts die Klage aus §§ 771 ff. ZPO mit Erfolg erheben.

Eine **Übertragung des gesicherten Rechts** kommt nur in Frage bei solchen Rechten, die zur Eintragung gelangen sollen, nicht bei solchen, die nur auf Befreiung eines eingetragenen Rechts gerichtet sind. Auf die Form und die Voraussetzungen dieser Übertragung hat die Widerspruchseintragung keinen Einfluß. Da nach § 873 zur Übertragung eines Rechts am Grundstück oder eines Rechts an einem solchen Recht außer der Einigung regelmäßig die Eintragung erforderlich ist, wird eine Übertragung in der Regel erst nach oder gleichzeitig mit der endgültigen Eintragung des Rechts möglich sein. Abtretung und Pfändung des Verdictigungsanspruchs sind erörtert in

§ 894 A 2; ihre Erstreckung auf den für das geschützte Recht eingetragenen Widerspruch behandeln RGZ 36 A 178; DKG 2, 153. Die **endgültige Eintragung** eines gesicherten Rechts, das auf Eintragung gerichtet ist, oder die endgültige Löschung des eingetragenen Rechts, dessen Beseitigung das gesicherte Recht zum Ziele hat, erfolgt auf Grund der freiwillig erklärten oder gemäß § 894 ZPO durch rechtskräftiges Urteil erstens Bewilligung des durch die Widerspruchseintragung Betroffenen. Hat das gesicherte Recht das Eigentum zum Gegenstand, so bedarf es einer Auflassung nicht. Denn es handelt sich hier nicht um eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums, sondern um die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des wahren Eigentümers. Ist das Recht auf Eintragung einer Belastung des Grundstücks gesichert, so erfolgt die endgültige Eintragung mit dem Range, der sich aus dem Zeitpunkt seiner Entstehung ergibt, sofern es ein Recht ist, das noch nicht eingetragen war und zur Entstehung der Eintragung auch nicht bedurfte. Das gilt selbst dann, wenn vor der Eintragung des Widerspruches ein Rechtszwerb im guten Glauben stattgefunden hat (§ 879 A 3). War das Recht dagegen eintragungsbedürftig und eingetragen, ist es demnächst aber zu Unrecht gelöscht worden, so behält es an sich zwar auch seinen früheren Rang; doch gehen ihm nach seiner Wiedereintragung diejenigen Rechte am Grundstück, die inzwischen durch Übertragung oder Neubelastung gutgläubig erworben sind, im Range vor, soweit es nicht durch einen Widerspruch (gegenüber dem Eigentum oder gegenüber früheren Belastungen) gegen diesen Erwerb geschützt ist.

Zur Sicherung des gegen ein eingetragenes Recht sich richtenden Anfechtungsanspruchs aus dem Anfechtungsgezet oder aus §§ 29 ff. **RO** kann ein Widerspruch nicht eingetragen werden, da der Anspruch auf Rückgewähr kein dingliches Recht ist (RG 67, 41; § 883 A 2). Bei einer Hypothekeneintragung ist ein Widerspruch auch zulässig in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden (§§ 1138, 1139, 1157). Bei der Briefhypothek kann sich der Widerspruch nicht nur richten gegen den eingetragenen Gläubiger, sondern auch gegen den gemäß § 1155 ausgewiesenen Besitzer des Briefs (§ 1155).

Gegen eine Widerspruchseintragung ist ebenso wie gegen eine Vormerkung eine Beschwerde zulässig, weil sie keine Eintragung im Sinne des § 71 Abs 2 GBD ist (§ 883 A 8 „Beschwerde“; NZM 4, 48; RGZ 23 A 133; DKG 7, 377; ZB 1926, 65^a).

2. Die **Eintragung des Widerspruchs** erfolgt nach Maßgabe des § 12 der Grundbuchverfügung des Reichsministers der Justiz v. 8. 8. 1935. § 7 Satz 1 GBD (Abschreibung im Falle der Belastung eines Grundstücks) findet auf Widersprüche ebensowenig Anwendung wie auf Vormerkungen (§ 883 A 9). Bei der Eintragung des Widerspruchs kann wie bei der Vormerkung zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Rechts auf die Unterlagen (Eintragungsbewilligung, einstweilige Verfügung, vollstreckbares Urteil gemäß § 895 ZPO) Bezug genommen werden (str.). Zwar fehlt in § 899 eine dem § 885 Abs 2 entsprechende ausdrückliche Vorschrift. Das praktische Bedürfnis spricht aber für die gleichmäßige Behandlung beider Fälle. Ihm trägt denn auch die Mustereintragung in Abs. II Nr 2 der Anlage 1 zur Grundbuchverfügung v. 8. 8. 1935 Rechnung. Da der Widerspruch den Inhaber eines dinglichen Rechts gegenüber einem entgegenstehenden oder beschränkenden eingetragenen Recht sichern soll, muß der Widerspruchsbemerk das geschützte dingliche Recht seinem Rechtsgrunde nach bezeichnen, den Namen des Inhabers angeben und auf das betroffene Recht hinweisen (DKG 4, 322; 8, 109; 9, 342; 10, 80; 12, 166; RGZ 23 A 133; 36 A 180; 45, 231; 47, 212; § 892 A 9). Fehlt es an solchen Angaben im Eintragungsbemerk, ist insbesondere der Widerspruchsberechtigte nicht genannt, so ist die Widerspruchseintragung rechtsunwirksam und im Sinne des § 53 Abs 1 Satz 2 GBD inhaltlich unzulässig (RGZ 23 A 133; 45 S. 231, 256; 47, 212; DKG 45, 204). Das Wort „Widerspruch“ braucht in dem Eintragungsbemerk nicht unbedingt enthalten zu sein; auch schadet eine Eintragung an falscher Stelle nicht; ebensowenig die falsche Bezeichnung der Eintragung als „Vormerkung“. Nur muß immer aus dem Bemerk hervorgehen, daß es sich um den Schutz eines bestimmten dinglichen Rechts gegenüber einem eingetragenen Recht handelt (RG 55, 243; ZB 1908, 275¹¹; NZM 11, 131; § 883 A 9). Die Frage, wann eine Widerspruchseintragung als vor einem Erwerb an dem betroffenen Recht bewirkt anzusehen ist, wird in § 892 A 9 behandelt. Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Betroffenen hindert eine Widerspruchseintragung nicht. Denn § 14 **RO** bezieht sich auf den Widerspruch nicht; der Konkursverwalter muß das geschützte dingliche Recht, wenn es besteht, nach § 43 **RO** auch gegenüber der Konkursmasse gelten lassen. Soll der Widerspruch bei einem verbrieften hypothekarischen Recht eingetragen werden, so ist nach §§ 41 Abs 1 Satz 1, 42 Satz 1, 62 GBD der Brief vorzulegen, sofern nicht einer der Ausnahmefälle der §§ 41 Abs 1 Satz 2, 42 Satz 2, 53 Abs 2 GBD gegeben ist (NZM 6, 243; 7, 60; RGZ 31 A 371; DKG 2, 59; 2, 243). Nach § 1140 Satz 2 steht ein aus dem Brief oder einem Bemerk auf dem Brief hervorgehender Widerspruch einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruch gleich. Hiervon abgesehen muß der Widerspruch eingetragen sein, wenn er Wirkung haben soll. Ist der Widerspruch gelöscht, sei es auch zu Unrecht, so verliert er jede Kraft, selbst gegenüber demjenigen, der in Kenntnis von der unrechtmäßigen Löschung ein Recht an dem betroffenen Recht durch Rechtsgeschäft erworben hat. Nur die Kenntnis von dem geschützt gewesenem dinglichen Recht selbst schadet nach

§ 892 Abs 1 Satz 1 dem Erwerber. Da der Widerspruch mit der Löschung erlischt, wird das Grundbuch, auch wenn die Löschung zu Unrecht erfolgt ist, nicht unrichtig im Sinne des § 894. Deshalb kann auch nicht gemäß § 53 Abs 1 Satz 2 GBD ein Widerspruch gegen die unrechtmäßige Löschung des Widerspruchs eingetragen werden (RGZ 49, 181). Damit das Recht wieder geschützt wird, muß der Widerspruch nach Maßgabe des § 899 Abs 2 von neuem eingetragen werden. Hier weicht also die Rechtslage von derjenigen bei der Vormerkung ab (§ 886 A 3 Abs 2 „zu Unrecht gelöschte Vormerkung“, wo insbesondere auch die Frage behandelt ist, welche Bedeutung einem von Amts wegen eingetragenen Widerspruch gegen die zu Unrecht erfolgte Löschung einer Vormerkung beizumessen ist).

3. Wegen der einstweiligen Verfügung und der Eintragungsbewilligung, auf Grund deren die Widerspruchseintragung erfolgt, gelten die Ausführungen zur Vormerkung in § 885 A 1, 2. Jedoch hindert der Konkurs über das Vermögen des Verpflichteten nicht, wie bei der Vormerkung (§ 14 RD), die Eintragung eines Widerspruchs (A 2). Die Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO) der Gefährdung des zu sichernden Rechts ist zur Erlassung der einstweiligen Verfügung nach § 899 Abs 2 Satz 2 nicht erforderlich. Wohl aber muß nach §§ 936, 920 Abs 2 ZPO das Bestehen des Berichtigungsanspruchs glaubhaft gemacht werden (RGZ 41, 211; 45, 214; 47, 185; 48, 195; ZFG 1, 481). Die einstweilige Verfügung ist vom Grundbuchrichter bei der Eintragung des Widerspruchs nicht auf ihre materielle Rechtfertigung nachzuprüfen, sofern sie nicht eine inhaltlich unzulässige Eintragung anordnet (ZFG 3, 422). Doch muß die einstweilige Verfügung gegen einen bestimmten Gegner erlassen sein (A 2; DVG 7, 60; 8 S. 109, 110; RGZ 31 A 371). Werden mehrere Rechte durch die Eintragung des Widerspruchs betroffen, so muß sich die einstweilige Verfügung gegen alle Betroffenen richten (ZFG 3, 421). Die Voraussetzungen, unter denen im Falle eines vor der Eintragung des Widerspruchs vollzogenen Erwerbs an dem betroffenen Recht die Erlassung der einstweiligen Verfügung zulässig ist, sind erörtert in A 1 „nach Eintragung des Widerspruchs erworben“. Nach § 895 ZPO kann ein Widerspruch auch eingetragen werden auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils, wodurch der Inhaber des eingetragenen Rechts, gegen das ein dingliches Recht besteht, zur Bewilligung der dem entgegenstehenden Recht entsprechenden Eintragung oder Löschung verurteilt ist. Auf anderen Grundlagen als den vorbezeichneten (einstweilige Verfügung, Eintragungsbewilligung, vorläufig vollstreckbares Urteil) kann nach dem Wortlaut des § 899 Abs 2 und des § 895 ZPO ein Widerspruch nicht eingetragen werden, insbesondere also regelmäßig auch nicht auf den einseitigen Antrag des Gefährdeten, der die Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich des eingetragenen Rechts, gegen das der Widerspruch sich richten soll, gemäß § 22 GBD nachweist. Es bedarf hier im allgemeinen auch keines Widerspruchs. Denn auf Grund des im Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs enthaltenen Nachweises des zu schützenden dinglichen Rechts kann die diesem entsprechende Eintragung oder Löschung selbst vollzogen werden (str.; DVG 2, 59). Jedoch ergeben Sonderbestimmungen Ausnahmen von der Regel. So genügt z. B. im Falle des § 139 (Widerspruch gegen eine Darlehnsbuchhypothek wegen fehlender Zahlung des Darlehns) zur Eintragung des Widerspruchs der vom Eigentümer an das Grundbuchamt gerichtete Antrag. Nach § 58 Abs 1 Satz 1 GBD ist ein Widerspruch von Amts wegen oder gemäß § 71 Abs 2 Satz 2 GBD auf Verlesung einzutragen, wenn sich ergibt, daß das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine die Unrichtigkeit des Grundbuchs verursachende Eintragung vorgenommen hat. Dieser Widerspruch hat die gleiche Wirkung wie der nach § 899 eingetragene. Der Eintragungsermerker muß ebenfalls den in A 2 bezeichneten Inhalt haben (RGZ 23 A 133; 47, 184; NZA 6, 245; 7, 73; 11, 131). Voraussetzung für seine Einschreibung ist, daß durch die Eintragung, gegen die er sich richtet, das Grundbuch unrichtig geworden ist und daß die Unrichtigkeit mit der Nichtanwendung oder unrichtigen Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift im Zusammenhang steht. Ist der Grundbuchbeamte nach dem zur Zeit der Eintragung ihm vorliegenden Tatbestand richtig verfahren, so kann nicht deswegen ein Widerspruch nach § 53 GBD eingetragen werden, weil der mitgeteilte Tatbestand unrichtig oder unvollständig war und daher das Grundbuch unrichtig geworden ist. Vielmehr muß es bei einem solchen Sachverhalt den Beteiligten überlassen bleiben, nach § 899 GBD die Eintragung eines Widerspruchs herbeizuführen. Andererseits braucht im Bereich des § 53 GBD die Verletzung gesetzlicher Vorschriften nicht auf Vorfall oder Fahrlässigkeit des Grundbuchbeamten zu beruhen (RGZ 40 A 170; 47, 184). Die Voraussetzung für die Eintragung eines Widerspruchs von Amts wegen, daß das Grundbuchamt durch Vornahme einer Eintragung das Gesetz verletzt hat, ist nicht ohne weiteres dann gegeben, wenn eine Verletzung ausländischen Rechts in Betracht kommt. Denn das Grundbuchamt braucht dieses Recht nicht wie inländisches Recht zu kennen. Es ist nur verpflichtet, sich nach Möglichkeit von dem ausländischen Recht Kenntnis zu verschaffen. Nur soweit es diese nach inländischem Recht ihm obliegende Pflicht außer acht läßt, verletzt es das inländische Gesetz und begeht dadurch eine Gesetzesverletzung im Sinne des § 53 GBD (ZFG 7, 250). Von gleicher Wirkung wie die bisher behandelten sind ferner solche Widersprüche, die wegen einer fehlenden Genehmigung zu grundbuchlichen Rechtsakten auf Ersuchen der Genehmigungsbehörde eingetragen werden (DVG 44 S. 167, 169). Weiter sind Widerspruchseintragungen von Amts wegen vorgeschrieben oder ge-

stattet in § 18 Abs 2 (wenn bei mehreren gleichzeitigen Eintragungsanträgen einem Antrag ein vorläufiges Hindernis entgegensteht) und in § 76 GBD (Eintragung auf Grund einstweiliger Anordnung des Beschwerdegerichts). Diese Widersprüche haben aber nach ihrem Sinn und Zweck besondere Wirkungen wie auch die Vormerkungen, die nach denselben Vorschriften eingetragen werden (§ 892 A 6). Der nach §§ 23, 24 GBD von Amts wegen vor der Löschung eines zeitlich beschränkten Rechts einzutragende Widerspruch soll nur verhindern, daß das Grundbuch durch Löschung des Rechts unrichtig wird; er ist daher kein Widerspruch im Sinne des § 899. Die von Amts wegen eingetragenen Widersprüche der §§ 18, 76 werden gemäß §§ 18 Abs 2 Satz 2, 76 Abs 2 GBD von Amts wegen gelöscht. Im übrigen erfolgt die Löschung auf freiwillige oder durch Urteil ersetzte (§ 894 ZPD) Bewilligung des Widerspruchsberechtigten oder auf Grund einer vollstreckbaren Entscheidung, wodurch die der Widerspruchseintragung zugrunde liegende einstweilige Verfügung aufgehoben ist (§ 25 GBD; einen besonderen Aufhebungsgrund enthält § 942 Abs 3 ZPD).

§ 900

1) Wer als Eigentümer²⁾ eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, ohne daß er das Eigentum erlangt hat³⁾, erwirbt das Eigentum⁴⁾, wenn die Eintragung dreißig Jahre bestanden und er während dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitz⁵⁾ gehabt hat. Die dreißigjährige Frist wird in derselben Weise berechnet wie die Frist für die Ersizung einer beweglichen Sache. Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch eingetragen ist⁶⁾.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn für jemand ein ihm nicht zustehendes anderes Recht im Grundbuch eingetragen ist, das zum Besitze des Grundstücks berechtigt oder dessen Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist⁷⁾. Für den Rang des Rechtes ist die Eintragung maßgebend⁸⁾.

§ II 815; § 3 192 ff., 307 f., 384 f., 547 f., 735; 4 588 f.

1. Eine Ersizung gegen den Inhalt des Grundbuchs ist dem BGB unbekannt. Ein Nichteintragener kann also weder das Eigentum noch ein begrenztes dingliches Recht an Grundstücken durch Ersizung erwerben. Nur einen gewissen Ersatz für die Ersizung bietet beim Eigentum (nicht auch bei begrenzten dinglichen Rechten), beim Erbbaurecht (RD v. 15. 1. 1919 § 11) und bei den anderen dem Grundeigentum gleichgestellten Rechten (§ 903 A 2) der Erwerb auf Grund eines Ausschlußurteils gegen den Eigentümer gemäß § 927. Dagegen ist im § 900 zugunsten desjenigen, der als Berechtigter eingetragen, in Wirklichkeit jedoch nicht Berechtigter ist, die Buchersizung (Tabularersizung) des Rechts, und zwar sowohl des Eigentums wie eines der im Abs 2 genannten begrenzten dinglichen Rechte, zugelassen. Für diese Ersizung gelten keine weiteren Erfordernisse als die im Abs 1 aufgeführten. Insbesondere kommt es auf das Vorhandensein eines Erwerbstatts (Titels) ebensowenig an wie auf guten Glauben. Auch wenn der Erwerber von der Unrechtmäßigkeit seiner Eintragung oder seines Besitzes zur Zeit des Eintritts dieser Tatsachen oder später Kenntnis gehabt hat, ist die Ersizung nicht ausgeschlossen. Bis zur Anlegung des Grundbuchs (Art 186 GG) bestimmte sich die Ersizung nach den bisherigen Gesetzen (Art 189 Abs 1 GG). Die bis dahin vollendete Ersizung behält ihre Kraft auch dann, wenn der Zeitpunkt der Vollendung erst nach dem Inkrafttreten des BGB eingetreten ist. Vom Zeitpunkt der Grundbuchanlegung ab kann aber die noch nicht vollendete Ersizung nicht mehr nach den bisherigen Gesetzen fortgesetzt werden. Vielmehr ist die Vollendung gemäß Art 189 Abs 2 nur nach Maßgabe und unter den Voraussetzungen des § 900 und des Art 169 GG möglich (RG Warn 1919 Nr 97). Danach scheiden hier die von § 900 nicht umfaßten begrenzten dinglichen Rechte (A 7) von vornherein aus. Bei den übrigen Rechten müssen in der vorhergehenden Zeit sämtliche Erfordernisse der bisherigen Gesetze (gegebenenfalls auch Titel und guter Glaube), abgesehen von dem Fristablauf, für die Ersizung vorgelegen haben, und ferner muß der Besitzer bei der Grundbuchanlegung (oder in dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist) als der Berechtigte eingetragen sein. Dann setzt sich die Ersizung als Buchersizung fort, und auf die dreißigjährige Frist des § 900 Abs 1 wird die frühere Besitzzeit angerechnet. Wird aber der Besitzer erst später als Berechtigter eingetragen, so findet eine Fortsetzung der Ersizung überhaupt nicht statt; vielmehr kann nur eine neue Buchersizung gemäß § 900 vom Zeitpunkt der Eintragung ab beginnen.

2. Die Buchersizung des Eigentümers gilt entsprechend auch für den eingetragenen Inhaber eines Erbbaurechts (§ 1017, RD v. 15. 1. 1919 § 11) oder eines andern Rechts mit Grund-

stüchnatur (§ 903 A 2). Eine Vormerkung auf Übertragung des Eigentums ist keine Eigentumseintragung. Ebensovienig genügt die Eintragung eines Widerspruchs im Grundbuch, um darauf eine Erziehung nach § 900 zu stützen (HR 1936 Nr 1278). Ist ein Grundstück im Grundbuch auf mehreren Blättern für verschiedene Eigentümer gebucht, so kann keiner von ihnen auf seine Eintragung einen Erziehungserwerb nach § 900 gründen (§ 18, 180).

3. Der Fall, daß der Besitzer trotz der Eintragung **Eigentum nicht erlangt hat**, liegt z. B. vor, wenn die Einigung über die Übertragung des Eigentums an den Besitzer (§§ 873 Abs 1, 925) nichtig (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten) oder erfolgreich angefochten ist oder wenn der Besitzer auf Grund eines rechtsungültigen Testaments des verstorbenen Eigentümers für dessen Erben angesehen wurde.

4. Das **Eigentum** wird so **erworben**, wie wenn die Eintragung rechtmäßig erfolgt wäre. Stimmten Eintragung und Besitz in ihrem Umfang nicht überein, so tritt der Eigentumserwerb nur insoweit ein, als beide sich decken. Denn nur in diesem Umfang treffen die beiden Voraussetzungen für den Erwerb zusammen. Das Eigentum des bisherigen Eigentümers ist beseitigt. Sein Eigentumsanspruch ist gemäß §§ 194, 195 verjährt.

5. Eigenbesitzer ist, wer das Grundstück als ihm gehörend besitzt (§ 872). Auch mittelbarer Besitz (z. B. durch einen Nießbraucher, Pächter: § 868) genügt (RG Bruch 44, 865).

6. Auf die **Berechnung der dreißigjährigen Frist** finden die §§ 938 ff. Anwendung. Die Frage, ob und mit welcher Wirkung die Erziehung gehemmt ist, entscheidet sich nach Abs 1 Satz 3 § 900 (Hemmung durch einen gemäß § 899 eingetragenen Widerspruch bis zu dessen Löschung) und §§ 202—207 in Verbindung mit § 939. Für die Frage der Unterbrechung sind die §§ 940, 941 maßgebend. Nach §§ 943, 944 kommt dem Erziehenden die Erziehungszeit des Rechtsvorgängers zustatten und, wenn er Erbe eines als Eigentümer Eingetragenen ist, die Erziehungszeit eines etwaigen Erbschaftsbesizers (§§ 2018, 2030), gleichviel ob dieser als Eigentümer eingetragen war oder nicht.

7. Als nach Abs 2 **erziehungsfähige andere Rechte** kommen in Betracht hinsichtlich der Berechtigung zum Besitze des Grundstücks: Nießbrauch (§ 1036 Abs 1), Wohnungsrecht (§§ 1093 Abs 1 Satz 2, 1036) und die in Art 63, 68 GG bezeichneten Rechte; hinsichtlich des Schutzes der Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften: Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (§§ 1027, 1029, 1090 Abs 2). Erforderlich ist zur Erziehung, daß während 30 Jahren in den zuerst genannten Fällen das Grundstück besessen, in den zuletzt aufgeführten Fällen die den Besitz ersetzende (§ 1029) Ausübung der Dienstbarkeiten an dem Grundstück stattgefunden hat. Ob letzteres der Fall gewesen ist, Lafrage. Die Erfordernisse für den Besitzzchutz (Ausübung der Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Erörung: § 1029) kommen hier nicht in Betracht; die auf den Besitzzchutz verweisenden Worte in Abs 2 Satz 1 dienen nur zur Bezeichnung der erziehungsfähigen Rechte (str.). § 938 (Vermutung für den Besitz in der Zwischenzeit vom Anfang bis zum Ende der Frist) findet auch hier Anwendung. Die anderen begrenzten Rechte, wie Vorkaufrecht, Reallaft, Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, können nicht eressen werden.

8. Abs 2 Satz 2 entspricht dem § 879 Abs 2. Der danach maßgebende **Rang** der Eintragung bestimmt sich gemäß § 879 Abs 1. Eine durch Bucherziehung erworbene Dienstbarkeit (A 7) geht mithin auch allen Rechten im Range vor, die während des dreißigjährigen Zeitraums eingetragen worden sind.

§ 901

Ist ein Recht an einem fremden Grundstück im Grundbuche mit Unrecht gelöscht¹⁾, so erlischt es²⁾, wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer³⁾ verjährt ist⁴⁾. Das gleiche gilt, wenn ein kraft Gesetzes entstandenes Recht an einem fremden Grundstücke nicht in das Grundbuch eingetragen worden ist⁵⁾.

§ II 816; § 3 327, 412 f., 620, 738; 4 588.

1. Ein begrenztes dingliches Recht an einem fremden Grundstück (für das Eigentum gilt nicht § 901, sondern §§ 900, 927) erlischt noch nicht durch die **unrechtmäßige Löschung**. Dem bisher eingetragenen Berechtigten steht aber eine (widerlegbare) Vermutung für das Nichtbestehen des gelöschten Rechts entgegen (§ 891 Abs 2), und das Bestehen des Rechts trotz der Löschung hat gegenüber dem gutgläubigen Erwerber eines dem gelöschten Recht entgegenstehenden Rechts keine Wirkung (§ 892). Das Nähere hierüber ist gesagt in § 891 A 6.

2. Ausnahmsweise bestimmt § 901, um die Richtigkeit des Grundbuchs herbeizuführen (§ 891 A 6), als rechtliche Folge der Verjährung des dinglichen Anspruchs aus dem dinglichen Recht, daß das **Recht selbst erlischt**. Sonst bewirkt die Verjährung des Anspruchs nach § 222 Abs 1 nicht die Aufhebung des Rechts, sondern gewährt nur eine den Anspruch dauernd ausschließende rechts-

zerstörende: § 886 A 2) Einrede. Denn das gegen alle wirkende dingliche Recht geht hinaus über den aus ihm erwachsenen dinglichen Anspruch. Dieser entsteht nur gegen die bestimmte Person, die das Recht beeinträchtigt (§§ 985, 1004). Sein Erlöschen läßt also regelmäßig das Recht selbst unberührt (§ 902 A 1). Eine fernere Ausnahmebestimmung, die sogar im Falle der grundbuchlichen Eintragung gilt, geben die §§ 1028, 1090 Abs 2, wonach eine Grunddienbarkeit oder eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit erlischt, wenn der Anspruch auf Beseitigung einer die Dienstbarkeit beeinträchtigenden Anlage verjährt ist.

3. Der Anspruch, dessen Verjährung das Erlöschen des Rechts zur Folge hat, ist der dingliche Anspruch (§ 194 Abs 1) des Berechtigten gegen den Eigentümer auf Herstellung des dem Recht entsprechenden Zustandes, also bei Dienstbarkeiten auf Duldung der Benutzung des Grundstücks (§§ 1018, 1027, 1030, 1065, 1090), bei einem Vorkaufrecht auf Anerkennung der Befugnis zur Ausübung des Rechts (§§ 1094, 1098, 505), bei Realkasten und hypothekarischen Rechten auf Leistungen aus dem Grundstück (§§ 1105, 1107, 1113, 1147, 1191, 1192, 1199, 1200). Der aus § 894 hergeleitete Anspruch auf Berichtigung des durch die unrechtmäßige Löschung unrichtig gewordenen Grundbuchs (§ 891 A 6) verjährt nach § 898 an sich nicht. Ist aber das Recht durch Verjährung des Anspruchs erloschen, so ist das Grundbuch nunmehr richtig; ein Berichtigungsanspruch besteht nicht mehr.

4. Die Erfordernisse für die Verjährung des Anspruchs bestimmen sich nach den §§ 194 ff. Die Verjährung beginnt nicht mit der Löschung des Rechts. Denn hieraus entsteht nur ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs (A 3), nicht der hier gemeinte, in A 3 bezeichnete Anspruch. Erst von dem Zeitpunkt der Entstehung dieses Anspruchs, also sobald ein dem Recht nicht entsprechender Zustand verursacht ist (z. B. dem Nießbraucher der Besitz vorenthalten, die Ausübung der Grunddienbarkeit verweigert, bei Realkasten oder hypothekarischen Rechten der Anspruch auf eine Leistung fällig geworden ist), läuft gemäß § 198 die Verjährung. Ist aber der Anspruch bereits zu einer Zeit entstanden, als das Recht noch eingetragen war, so fann der Lauf der Frist gemäß § 902 erst mit der Löschung des Rechts beginnen. Wird das gelöschte Recht wieder eingetragen, so wird eine in Lauf gesetzte Anspruchsverjährung nicht etwa bloß gehemmt oder unterbrochen (§§ 205, 217), sondern rechtlich völlig bedeutungslos, da nach § 902 Abs 1 Ansprüche aus eingetragenen Rechten nicht verjähren. Sollte späterhin das Recht wiederum zu Unrecht gelöscht werden, so könnte nur eine neue Verjährung beginnen (str.). Wird zugunsten des gelöschten Rechts ein Widerspruch (§ 899) eingetragen, so gilt gemäß § 902 Abs 1, 2 von dem Zeitpunkt der Widerspruchseintragung ab dasselbe, wenn demnachst das Recht entsprechend dem Widerspruch endgültig wieder eingetragen wird. Wenn dagegen der Widerspruch gelöscht wird (z. B. wegen Aufhebung der zugrunde liegenden einstweiligen Verfügung), so ist es auch für die Verjährung so anzusehen, als ob der Widerspruch niemals eingetragen gewesen wäre. Die Verjährung ist also in diesem Falle durch die Widerspruchseintragung weder gehemmt noch unterbrochen worden (str.; § 216 Abs 1). Unter Umständen kann aber bei einer auf Grund einer Bewilligung des Anspruchsverpflichteten erfolgten Widerspruchseintragung in der Bewilligung eine die Verjährung nach § 208 unterbrechende Anerkennung des Anspruchs zu finden sein. Wenn eine derartige Bewilligung vorliegt, wird es indessen wohl kaum zu einer Beseitigung des Widerspruchs kommen.

5. Kraft Gesetzes ohne Eintragung entstandene Rechte an einem fremden Grundstücke, die nach Satz 2, 1 ebenfalls erlöschen, wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer (A 3) verjährt ist, sind z. B. der Nießbrauch im Falle des § 1075, die Sicherungshypothek aus § 1287 Satz 2 und aus ZPO § 848 Abs 2 Satz 2 (§ 873 A 2). Vgl. auch Art 114 EG (Landesgesetzliche Ablösungstrenten). Rechte, die nicht eintragungsfähig sind (Vorbem 2 vor § 873), gehören nicht hieher. Denn das Gesetz will nur das, was zulässig im Grundbuch eingetragen ist, mit der wirklichen Rechtslage in Einklang bringen (str.). Daher fallen unter § 901 auch nicht die gesetzlichen Überbau- und Notwegrenten, die nach §§ 914, 917 Abs 2 nicht eingetragen werden (str.). Die Eintragung des Rechts und die Eintragung eines Widerspruchs zugunsten des nicht eingetragenen Rechts haben nach § 902 Abs 1, 2 auf eine vorher in Lauf gesetzte Verjährung des Anspruchs aus dem Recht dieselben Wirkungen wie die Wiedereintragung und die Eintragung eines Widerspruchs bei einem zu Unrecht gelöschten Recht (A 4).

§ 902

Die Ansprüche aus eingetragenen Rechten unterliegen nicht der Verjährung ¹⁾. Dies gilt nicht für Ansprüche, die auf Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadensersatz gerichtet sind ²⁾.

Ein Recht, wegen dessen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist, steht einem eingetragenen Rechte gleich ³⁾.

1. Daß Ansprüche aus eingetragenen Rechten nicht der Verjährung unterliegen, enthält eine Ausnahme von der Regel des § 194, wonach alle Ansprüche auf ein Tun oder Unterlassen, also auch dingliche Ansprüche aus dinglichen Rechten, verjährbar sind. Eine Verjährung des Rechts selbst kommt überhaupt nicht in Frage (vgl. aber HRN 1932 Nr 452, wo für grundbuchlich eingetragene Realgewerbeberechtigungen in Bayern unter Berufung auf Art 74 GG und auf bayerisches Landesrecht eine Ausnahme gemacht wird). Nach dem BGB unterliegen nur die aus den Rechten erwachsenden Ansprüche, nicht die Rechte selbst der Verjährung. Bei den Schuldverhältnissen erschöpft sich allerdings das Recht in dem Anspruch. Bei ihnen entfällt daher mit dem Anspruch auch das Recht. Dagegen werden die gegenüber allen (absolut) wirkenden, insbesondere die dinglichen, familien- und erbrechtlichen Rechte durch Verjährung der aus ihnen erwachsenden Ansprüche in ihrem Fortbestand nicht berührt (Nr 1, 291). Nur ausnahmsweise bewirkt in den Fällen der §§ 901, 1028, 1090 Abs 2 die Verjährung des Anspruchs aus begrenzten dinglichen Rechten das Erlöschen der Rechte (§ 901 A 2). Durch § 902 wird auch die Verjährung von Ansprüchen ausgeschlossen, die aus eingetragenen Rechten erwachsen sind (abgesehen von den Ausnahmen des Abs 1 Satz 2). In diesen Rechten gehören nicht nur die Rechte an fremden Grundstücken, die **begrenzten dinglichen Rechte** (§ 873 A 6, § 901 A 1), sondern auch das **Eigentum**. Während also z. B. bei beweglichen Sachen das Eigentum fortbestehen, der Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache gegen den Besitzer (§ 985) dagegen verjährt sein kann, ist dieses Ergebnis bei dem im Grundbuch eingetragenen Eigentum ausgeschlossen, da hier auch der Anspruch nicht verjährt. Daraus folgt aber nicht die Befugnis des Eigentümers, ohne Rücksicht auf geschlossene Verträge den Besitz einseitig zurückzufordern. Hat also der Eigentümer sein Grundstück verkauft und dem Erwerber übergeben, ohne daß es zur Auflassung und Eintragung des Eigentumswechsels gekommen wäre, so kann der Erwerber der Eigentumslage des Verkäufers auch dann die Einrede des Besitzrechts entgegensetzen, wenn der Auflassungsanspruch aus dem Kaufvertrag bereits verjährt ist (RG 138, 296). Im einzelnen vgl. wegen der aus dem Eigentum erwachsenden Ansprüche §§ 985 ff., wegen der Ansprüche aus begrenzten dinglichen Rechten, soweit sie gegen den Eigentümer gerichtet sind, § 901 A 3 und im übrigen §§ 1017, 1027, 1065, 1090 in Verbindung mit § 1004. Bei der **Hypothek** ist zu unterscheiden zwischen den Ansprüchen aus der Forderung, für die sie bestellt ist, und den Ansprüchen aus dem dinglichen Recht. Jene sind durch § 194 der Verjährung unterworfen; diese sind nach § 902 unverjährbar. Die Hypothekbestellung hindert ebensowenig wie die Bestellung eines Pfandes die Verjährung des Anspruchs aus der Forderung. Erfolgt jedoch die Hypothekbestellung durch den Verpflichteten erst nachträglich, so wird die Verjährung des gesicherten Anspruchs gemäß § 208 unterbrochen. Ist der Anspruch aus der Forderung verjährt, so steht dem Verpflichteten gegenüber einer persönlichen Schuldfrage die Einrede aus § 222 Abs 1 zu, während die dingliche Frage aus dem Hypothekenrecht gemäß § 902 nach wie vor unbeschränkt zulässig ist. Die Einrede aus § 222 Abs 1, das Leistungsverweigerungsrecht, steht dem Verpflichteten aber auch gegenüber der persönlichen Schuldfrage nur insoweit zu, als der Berechtigte wegen der Forderung aus dem Vermögen des Verpflichteten über das mit der Hypothek belastete Grundstück hinaus Befriedigung suchen will. Denn nach § 223 Abs 1 hindert die Verjährung des Anspruchs aus der durch die Hypothek gesicherten Forderung den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen. Insoweit verjährt daher das Leistungsverweigerungsrecht des Verpflichteten aus § 222 Abs 1 (str.). Deshalb kann der Eigentümer auch nicht etwa gemäß § 1169 wegen Verjährung des persönlichen Anspruchs Verzicht auf die Hypothek verlangen. Verlehrshypothek und Sicherheitshypothek stehen in allen diesen Beziehungen gleich. Grundschulden und Rentenschulden kommen hier nicht in Betracht, weil sie keine Forderung voraussetzen (§§ 1192, 1199). Nach § 223 Abs 3 findet § 223 Abs 1 bei persönlichen Ansprüchen auf Rückstände von Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen keine Anwendung. Gegenüber diesen Ansprüchen verbleibt es also im Falle ihrer Verjährung bei dem allgemeinen Leistungsverweigerungsrecht aus § 222 Abs 1. Ob die eingetragenen Rechte zur Entstehung der Eintragung bedurften oder außerhalb des Grundbuchs entstanden sind und durch die Eintragung nur beurkundet sind, ist für die Anwendung des § 902 gleichgültig. Das Gesetz macht hier beim Ausschluß der Verjährung keinen Unterschied zwischen rechtsbegründender und nur beurkundender Eintragung der Rechte (Vorbem 3c vor § 873). Ein vorgemerktter Anspruch (z. B. auf Übertragung des Eigentums, auf Bestellung einer Hypothek) ist durch die Eintragung der Vormerkung der Verjährung nicht entzogen. Das gilt aber nicht für einen durch eine Vormerkung aus § 8 des preuß. EigentümVG v. 5. 1872 gesicherten Anspruch (RG 144, 364; HRN 1933 Nr 1586; a. M. JW 1933, 710^a). Näheres über die Verjährungsfrist und über die Nichtunterbrechung der Verjährung durch eine Vormerkungseintragung nach BGB findet sich in § 883 A 8 „Verjährung“.

Die **Eintragung** kann die Wirkung des Ausschlusses der Anspruchsverjährung nur dann haben, wenn sie **alle wesentlichen Bestandteile des Rechtes** zur Darstellung bringt. Denn andernfalls ist sie nichtig (§ 873 A 10). Deshalb muß der Eintragungsbemerkel insbesondere den Berechtigten aufzuführen. Genügt der Bemerkel diesen Anforderungen, so ist die Eintragung an sich auch dann wirksam, wenn der als Berechtigter Eingetragene in Wirklichkeit kein Recht hat. Ansprüche, die

ihm etwa aus dem für ihn eingetragenen Recht trotz der tatsächlichen Nichtberechtigung erwachsen, unterliegen also der Verjährung nicht. Das Recht des wirklich Berechtigten ist aber in diesem Falle nicht eingetragen. Die aus diesem Recht erwachsenden Ansprüche sind mithin keine Ansprüche aus einem eingetragenen Recht, sondern Ansprüche aus einem nicht eingetragenen Recht. Deshalb unterliegt z. B. ein Anspruch aus dem Eigentum desjenigen, dem zwar, entgegen der Eigentumseintragung für einen andern, das Grundstück eigentümlich gehört, dessen Eigentum aber nicht eingetragen ist, der Verjährung (str.). Unverjährbar ist aber auch in diesem Falle der Berichtigungsanspruch des wahren Eigentümers (§ 898 und XI 1 dort). Ist das eingetragene Recht des eingetragenen wirklichen Berechtigten außerhalb des Grundbuchs durch allgemeine Rechtsnachfolge (z. B. Erbschaft: M 3, 254; Prot 3, 117f.) oder im Wege der Sondernachfolge (z. B. Übertragung einer Briefhypothek: § 1154 Abs 1; Übergang einer Hypothek gemäß §§ 1143, 1163, 1164) wirksam übergegangen, ohne daß der Erwerber sich als neuen Inhaber des Rechts hat eintragen lassen, so steht der Erwerber doch mit seinen Ansprüchen unter dem Schutze des § 902 Abs 1 Satz 1. Denn mit dem eingetragenen Recht ist auch die Befugnis zur Geltendmachung der aus ihm entstandenen oder künftig entstehenden Ansprüche auf den Erwerber übergegangen. Die Ansprüche, die dieser geltend macht, sind mithin Ansprüche des eingetragenen Berechtigten aus dem eingetragenen Recht. Sie unterliegen also trotz der Nichteintragung des Erwerbers nicht der Verjährung.

2. Ansprüche auf Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadenersatz unterliegen nach Abs 1 Satz 2 ausnahmsweise der Verjährung, obwohl das dingliche Recht, aus dem sie erwachsen sind, im Grundbuch eingetragen ist. Solche Ansprüche können sich z. B. ergeben: bei wiederkehrenden Leistungen (rückständige Zinsen einer Hypothek, Leistungen aus einer Realkast, Renten aus einer Rentenschuld usw.) nach §§ 1020—1022, 1090, 1105, 1107, 1115, 1118, 1192, 1200; bei Schadenersatzansprüchen nach §§ 823ff., 904, 989—992, 1057, 1065. Die Verjährungsfristen ergeben sich aus den §§ 195, 197, 852. Zu den wiederkehrenden Leistungen gehören auch die vereinbarten regelmäßigen als Zuschläge zu den Zinsen erscheinenden Tilgungsbeiträge der Hypothekenforderungen (RG 54, 93; RZM 3, 137). Auf das Zinsrecht im ganzen bezieht sich die Vorschrift des § 902 Abs 1 Satz 2 aber nicht; dafür gilt vielmehr Satz 1 (RGZ 42, 254).

3. Nach Abs 2 wird die Verjährung von Ansprüchen aus nicht eingetragenen Rechten, die entweder der Eintragung nicht bedürfen und überhaupt noch nie eingetragen waren oder zwar eingetragen gewesen, aber zu Unrecht gelöscht sind (§ 901), durch Eintragung eines Widerspruchs (§ 899) zugunsten der nicht eingetragenen Rechte gehindert. Die Frage, welchen Einfluß die Widerspruchseintragung auf eine vorher in Lauf gesetzte Verjährung des Anspruchs aus dem nicht eingetragenen Recht hat, ist erörtert in § 901 A 4, 5.

Dritter Abschnitt

Eigentum

Erster Titel

Inhalt des Eigentums

§ 903

Der Eigentümer ¹⁾ einer Sache ²⁾ kann, soweit nicht das Gesetz ³⁾ oder Rechte Dritter ⁴⁾ entgegenstehen ⁵⁾, mit der Sache nach Belieben verfahren ⁶⁾ und andere von jeder Einwirkung ausschließen ⁷⁾.

§ I 848 II 818; M 3 262 ff.; B 3 118 ff.

1. § 903 bestimmt nur die Befugnisse des Eigentümers (positiv: „nach Belieben verfahren“, negativ: „andere von jeder Einwirkung ausschließen“). Das Gesetz gibt aber keine Begriffsbestimmung für das Eigentum. Diese ist dahin zu fassen: Eigentum ist die ausschließliche rechtliche Herrschaft einer Person über eine Sache, nicht Summe einzelner Befugnisse, sondern ein einheitliches Recht, das nicht real geteilt werden kann. Deshalb gibt es kein Ober- und Untereigentum (abgesehen von den durch Artt 59, 62, 63 GG aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften über Lehen, Fideikommiss, Stammgüter, Rentengüter, Erbpachtrechte). Beim Wegfall einer Beschränkung des Eigentums tritt das Vollrecht des Eigentümers von selbst in die Erscheinung. Es gibt nach dem BGB nur drei Arten des Eigentums: Alleineigentum, Miteigentum nach Bruchteilen und Eigentum zur gesamten Hand (Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft). Eine Doppelseitigkeit des Eigentums besteht nicht. Insbesondere ist der im Grund-

buch zu Unrecht als Eigentümer eingetragen (Bucheigentümer) zwar formell zur Veräußerung und Belastung des Grundstücks befugt; wirklicher Eigentümer ist er aber nicht. Die nach Art 113 GG weiter bestehende deutschrechtliche Gesamthandsgemeinschaft an sog. Zweck- oder Interessentengrundstücken, die in einem agrarrechtlichen Gemeinheitsteilungsverfahren ausgeworfen worden sind, ist behandelt in RStZ 48, 199. — Eine Beschränkung der einen Teil der Rechtsfähigkeit (§ 1) bildenden Eigentumsfähigkeit natürlicher oder juristischer Personen, insbesondere der Fähigkeit zum Erwerb des Eigentums, kennt das BGB nicht. Wohl aber gibt es solche Beschränkungen in anderen Gesetzen. So schließt z. B. die Verordnung über den Einfluß des jüdischen Vermögens v. 3. 12. 1938 (mit DurchfVd v. 16. 1. 1939) Juden vom Erwerb von Grundstücken, grundstücksgleichen Rechten und Rechten an Grundstücken aus (§ 7). Gleichzeitig belegt die Verordnung das bisher bestehende jüdische Grundeigentum mit einem Veräußerungszwang (§ 6), unterwirft Verfügungen der Juden über Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte sowie schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäfte zu solchen Verfügungen dem behördlichen Genehmigungszwang (§ 8) und führt für Wertpapiere in jüdischen Händen den Depotzwang (§§ 11 ff.), für Juwelen, Schmuck und Kunstgegenstände ein Erwerbs-, Veräußerungs- und Verpfändungsverbot (§ 14) ein. Weiter schließt das Reichserbhoheitsgesetz juristische Personen und solche natürlichen Personen, die nicht deutsche Staatsangehörige oder nicht deutschen oder stammesgleichen Blutes sind, vom Eigentum an Erbhöfen (Vorbeh. 1 vor § 873) gänzlich aus und bestimmt ferner, daß ein Erbhof nicht zum Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft gehören oder sonst im Eigentum mehrerer natürlicher Personen stehen kann (§§ 12, 13, 17 RErbhG; vgl. aber über Ehegattenerbhöfe §§ 17 ff. ErbRVD). In ähnlicher Richtung bewegen sich gewisse durch reichsrechtliche Vorbehalte aufrechterhaltene landesgesetzliche Vorschriften: GG Artt 84 (Religionsgesellschaften; später aber Art 137 Abs 4 WeimVerf), 68 (juristische Personen), 87 (Religiöse), 88 (Ausländer). Vgl. ferner § 5 Abs 3 HypBankG v. 13. 7. 1899, § 54 PrivVUntG v. 6. 6. 1931. Erwerb und Verlust des Eigentums an einem Grundstück erfolgen bis zur Anlegung des Grundbuchs (Art 186 GG) nach den bisherigen Gesetzen (Art 189 GG). Auf das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehende Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen finden grundsätzlich die Bestimmungen des BGB Anwendung (Art 181 Abs 1 GG); Ausnahmen lassen zu: GG Artt 181 Abs 2 (nicht nach Bruchteilen geteiltes Eigentum mehrerer, Sondereigentum an stehenden Erzeugnissen eines Grundstücks), 182 (Stadtwerkzeugeigentum), 183 (Waldgrundstück), 197 (bäuerliches Nutzungrecht). Die Frage, ob Eigentum zur Zeit des Inkrafttretens des BGB erworben ist, richtet sich nach dem bisherigen Recht (RG 47, 115; JW 1900 S. 763⁴⁰, 777; Gruch 45, 1006).

2. Eigentum gibt es nur an Sachen (§ 90), nicht an Rechten oder anderen unförperlichen Gegenständen, wie z. B. Erzeugnissen der geistigen Arbeit. Auch nicht an einer Sachgesamtheit: § 90 A 1. Die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften gelten aber auch für gewisse Rechte, so nach der VO v. 15. 1. 1919 § 11 für das Erbaurecht. Hierher gehören ferner nach den gemäß Artt 3, 4, 55, 63, 67, 68, 74 GG in Geltung befindlichen Landesgesetzen zunächst das Erbpachtrecht (mit Einschluß des Bäuer- und Häuslerrechts) und das Bergrecht. Letzteres ist aber kein Eigentum an bestimmten körperlichen Sachen, sondern der Inbegriff der Berechtigungen, die dem Zweck der bergmännischen Erzeugung dienen. Die Vorschriften der §§ 903 ff. über den Inhalt des Eigentums finden daher auf das Bergrecht keine Anwendung (RG 87, 400; Gruch 59, 1059). Bei Gewerkschaften alten Rechtes steht das Bergwerk nicht im Eigentum der Gewerkschaft als solcher, sondern im Eigentum der Gewerke; dieses Eigentum ist kein Gesamthandseigentum, sondern Eigentum nach Bruchteilen (Nuzen): RStZ 52, 209. Einen Fall des Widerstritts von Grundeigentum und Bergwerkeigentum behandelt RG 147, 161, den Erwerb von Bergwerkeigentum durch Festbestellung RG 155, 167. Weiter sind als eigentumsähnliche Rechte hier zu erwähnen die selbständigen Berechtigkeiten, wie z. B.: das Apothekerprivileg (RG JW 1902, 40⁴³; JFG 2, 310 über Umwandlung eines mit einem Grundstück verbundenen Apothekerprivilegs in eine selbständige Gerechtigkeit und Anlegung eines Grundbuchblatts dafür); die Fährerechtigkeit; die Fischereigerechtfame; Schiffsmühlengerechtigkeit; Kohlenabbaugerechtigkeit; Salzabbaugerechtigkeit. — Auch für die übrigen in den Artt 57 ff. GG den Landesgesetzen vorbehaltenen Gebiete des Privatrechts gelten die das Eigentum betreffenden, vom BGB abweichenden landesgesetzlichen Vorschriften, so nach Art 65 GG die Vorschriften über das Eigentum an Privatflüssen, Flußufnern, Seen (DVG 26, 11; 26, 12; über den Begriff „See“ RG 140, 49). Für die dem Gemeingebrauch (z. B. öffentliche Flüsse, Straßen, Meeresufer) oder dem Gottesdienst (z. B. Kirchen) dienenden Sachen und für Begräbnisplätze (SeuffA 86 Nr 97) sind aber nach Art 55 GG in erster Linie die öffentlichrechtlichen Bestimmungen der Landesgesetze maßgebend (§ 90 A 1). Nach dem gemeinen Recht war Privateigentum an öffentlichen Flüssen nicht ausgeschlossen (RG 3, 233; 52, 383; 53, 99; 80, 369; Gruch 56, 1178; JW 1909, 509⁴³; SeuffA 62 Nr 222; DVG 26, 12). Nach § 21 11 14 PrAVR standen dagegen die von Natur schiffbaren Ströme ebenso wie die Land- und Meerstraßen, das Ufer des Meeres, die Häfen nicht im Privateigentum, sondern im gemeinen Eigentum des Staates (RG 3, 232; 4, 258; 28, 210; 32, 238; 35, 237; 71, 65; RStZ 35 A 246; 42, 176; DVG 40, 30). Der Eigentumserwerb an Aufschüttungen in öffentlichen Flüssen und an deren

Ufern nach PrALR ist behandelt in **RG** 28, 209; 71, 66; 131, 60; Gruch 55, 1152; 57, 989; 71, 424. Über die Eigentumsverhältnisse einer in der Nordsee an der ostfriesischen Küste unter der Geltung des PrALR neu entstandenen Insel verhält sich **RG** 137, 263; über den Eigentumsverlust am verlassenen Bett öffentlicher Flüsse durch den preußischen Staat **RG** 80, 123; über den Einfluß provinzieller Auenrechte (Aue ist das nicht zu Sondereigentum der Einwohner gewordene Dorfgelände) auf das Eigentum an Flüssen **OLG** 40, 30; **RGZ** 45, 207. Jetzt steht gemäß §§ 7, 8 PrWassG v. 7. 4. 1913 das Eigentum an den Wasserläufen erster Ordnung dem Staat, an den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung den Eigentümern der Ufergrundstücke anteilig zu. Das Eigentum des preußischen Staates ist ein privatrechtliches Eigentum im Sinne des BGB. Es ist mit dem Inkrafttreten des Wassergesetzes entstanden, mag auch das Recht des Staates an dem Strom zuvor eine andere Rechtsnatur gehabt haben, insbesondere gemeinsames Eigentum gewesen sein (**RG** 94, 35). Nach §§ 12, 17, 140, 162 des PrWassG fällt das Eigentum an Anlandungen, die von selbst oder durch Unterhaltungs- oder Ausbauarbeiten am Ufer eines Wasserlaufes sich gebildet haben, den Eigentümern der an den Wasserlauf angrenzenden Grundstücke zu (**RG** 87, 26). Nach § 17 wird der Eigentümer einer im Fluß gelegenen Insel auch Eigentümer einer Anlandung, die durch allmähliche Anspülung entsteht (**RG** 137, 263). Nach gemeinem und rheinisch-französischem Recht gehörten Anlandungen bis zu der Linie, welche der Fluß bei seinem höchsten normalen Wasserstand erreicht, nach dem PrALR bis zur Linie des mittleren Wasserstandes zum Flußbett. Solche Anlandungen waren daher bei öffentlichen Flüssen früher dem Privatrecht entzogene, dem gemeinen Gebrauch dienende Sachen (**RG** 87, 27). Das durch künstliche Anschüttungen am Ufer entstandene Land gehört nach dem PrWassG nicht den Angrenzern, sondern dem Eigentümer des Wasserlaufes (**RG** 87, 30). Der grundsätzliche Unterschied zwischen Anlandungen und Anschüttungen wird erörtert in **RG** SeuffA 88 Nr 189; **JW** 1936, 3396¹² (Röhlbrand-Vertrag). Durch das PrDuellenschutzG v. 14. 5. 1908 sind den Eigentümern von Grundstücken, die in den festzusetzenden Schutzbezirk einer gemeinnützigen Quelle fallen, gewisse Beschränkungen in der Ausübung der ihnen nach den §§ 903 ff. kraft ihres Eigentums zustehenden Rechte auferlegt (**RG** 90, 280). — Das Eigentum an einer Sache umfaßt auch deren wesentliche Bestandteile (§ 93). Daher gibt es nach dem BGB z. B. kein vom Eigentum an der Sache getrenntes Eigentum an deren mit dem Boden noch zusammenhängenden Erzeugnissen (§ 94) und kein Stodwerts- oder Kellereigentum (§ 93 A 6, 7).

B. Gesetz ist jede rechtsgültige bestimmende Regel (Norm) des Privat- oder öffentlichen Rechts (Art 2 GG), auch die von einem zuständigen Staatsgliede (staatlichen Organ) erlassene Vorschrift (z. B. Polizeiverordnung: **RG** JW 1908, 142¹²). Die **Beschränkungen**, denen der Eigentümer in der Ausübung des Eigentums nach Gesetz unterliegen kann, sind daher teils öffentlich-rechtlicher, teils privatrechtlicher Natur. Die wichtigste Beschränkung nach öffentlichem Recht ergibt sich aus dem alles deutsche Recht der Gegenwart und Zukunft beherrschenden Grundsatz „**Meinung geht vor Eigentum**“. Danach kann das Eigentum nicht mehr als eine der freien Willkür des Einzelnen überlassene Angelegenheit, sondern muß rechtsgrundsätzlich als eine sozial gebundene Einrichtung angesehen werden. Die Volksgemeinschaft, die durch ihren Staat dem Einzelnen das Eigentum gewährleistet und schützt, kann und muß fordern, daß der Eigentümer von seinem Recht keinen Gebrauch ohne oder gar gegen die Rücksicht auf das Allgemeinwohl macht, sondern daß er seine Sachherrschaft durchdrungen vom Gefühl der Verantwortung für das Ganze im Geist des allgemeinen Besten ausübt. Anklänge zu einer solchen, von deutsch-rechtlichem Denken beherrschten Eigentumsauffassung finden sich bereits in früheren Gesetzen (z. B. PrALR Einl. §§ 73, 74; WeimVerf v. 11. 8. 1919 Art 153 Abs 3). Erst im nationalsozialistischen Dritten Reich hat sich aber dieses Denken praktisch in Gesetzgebung und Rechtsprechung voll durchgesetzt. Seine Wirkungen auf die Neugestaltung unseres gesamten öffentlichen und privaten Rechts sind auch heute noch nicht abgeschlossen.

Als Beispielsfälle für **reichsgesetzlich** bestimmte Eigentumsbeschränkungen des öffentlichen Rechts mögen hier erwähnt sein:

A. aus älterer Zeit: Die Artt 52 bis 54 GG; Gesetz v. 7. 4. 1869 § 3 (Rinderpest); Gesetze v. 23. 6. 1880 und 1. 5. 1894 §§ 57 ff. (Riesenseuchen); GewD § 51; Postgesetz v. 28. 10. 1871 (dazu **RG** 70, 395; 73, 271); Telegraphenweggesetz v. 18. 12. 1899 § 12 (dazu **RG** 116, 286; 126, 30); Gesetz zur Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten v. 30. 6. 1900 §§ 11 ff., 29 ff.; Sühnstoffgesetz v. 7. 7. 1902 § 11; Reblausgesetz v. 6. 7. 1904 / 13. 11. 1935 § 6; GrundstücksverkehrsWD v. 15. 3. 1918 (Neufassung v. 26. 1. 1937); WD über Denkmalschutz v. 8. 5. 1920.

B. aus neuerer Zeit:

a) Gesetze zum Schutz von Volk und Reich: Gesetze v. 26. 5. und 14. 7. 1933 über die Einziehung kommunistischen und volks- und staatsfeindlichen Vermögens sowie Ausbürgerungsgesetz v. 14. 7. 1933 (dazu EntschädigungsWD v. 9. 12. 1937 mit DurchfWD v. 18. 3. 1938); Schutzbereichgesetz v. 24. 1. 1935 (mit DurchfWD v. 19. 9. 1935); Gesetz über die Landbeschlagerung für Zwecke der Wehrmacht v. 29. 3. 1935 (mit DurchfWDen v. 21. 8. 1935, 13. 2. 1937 und Änderungs-gesetz v. 12. 4. 1938); Luftschutzgesetz v. 26. 6. 1935 § 4 Satz 2; Gesetz über die Sicherung der Reichsgrenze v. 9. 3. 1937 (mit DurchfWD v. 17. 8. 1937; dazu **JfZ** 17, 140); Gesetz über Ein-

ziehung von Erzeugnissen entarteter Kunst v. 31. 5. 1938; Wehrleistungsgesetz v. 13. 7. 1938; **WD** über den Einfluß des jüdischen Vermögens v. 3. 12. 1938 (mit Durchf**WD** v. 16. 1. 1939).

b) Verkehrs-gesetze: Luftverkehrs-gesetz v. 1. 8. 1922 (neue Fassung v. 21. 8. 1936), ge-ändert und ergänzt durch Gesetz v. 27. 9. 1938; Reichsbahngesetz v. 13. 3. 1930 § 38; **WD** über die Reichswasserstraßen v. 18. 3. 1933 (Kap. XVIII Art 2); Gesetz über die Reichsautobahnen v. 27. 6. 1933; Gesetz über den Grunderwerb für die Kanalisierung der Mittelweser v. 8. 3. 1936.

c) Siedlungsgesetze: Reichsheimstätten-gesetz v. 10. 5. 1920 (neue Fassung v. 25. 11. 1937) §§ 9, 11, 12, 17—20 (Grenzen des Belastungsverbot: **FFB** 10, 318); Reichs-siedlungsgesetz v. 11. 8. 1919 (mit Ergänzungs-gesetz v. 4. 1. 1935) §§ 3, 12ff., 22ff.; **WD** v. 13. 2. 1924 über die Förderung der Odländer-schließung; **WDen** über vorstädtische Kleinsiedlung und Kleingärten v. 6. 10. 1931 (Teil 4 Kap II § 22), 23. 12. 1931, 18. 2. 1932, 19. 2. 1935; **WD** über die Land-beschaffung für Kleinsiedlungen v. 17. 10. 1936; Wohnsiedlungsgesetz v. 22. 9. 1933 (dazu § 925 **U** 3; § 6 des Gesetzes wurde neu gefaßt durch Gesetz v. 27. 9. 1938); Gesetz über einstweilige Maßnahmen zur Ordnung des deutschen Siedlungswesens v. 3. 7. 1934 (mit Durchf**WDen** v. 5. 7. 1934, 15. 2. 1936); **WDen** v. 5. 6. 1931 (Teil 6 Kap III), 18. 3. 1933 (Kap XVIII Art 1) und Gesetz v. 29. 3. 1935 über Enteignungen auf dem Gebiet des Städtebaus; **WD** v. 29. 10. 1936 über die Zulässigkeit befristeter Hausperrn; **WD** zur Sicherung der Landbewirtschaftung v. 23. 3. 1937 (mit Durchf**WD** v. 22. 4. 1937); **WD** über den Abbruch von Gebäuden v. 3. 4. 1937; Gesetz über die Neugestaltung deutscher Städte v. 4. 10. 1937.

d) Sonstige Gesetze:

Naturschutz-gesetz v. 26. 6. 1935 / 1. 12. 1936 (mit Änderungs-gesetz v. 20. 1. 1938 und Durchf**WD** v. 31. 10. 1935, ergänzt durch **WD** v. 16. 9. 1938); Jagd-gesetz v. 3. 7. 1934 § 29 (mit Ausf**WD** v. 25. 2. 1935 § 29); das (der vereinfachten Flurbereinigung dienende) Umlegungsgesetz v. 26. 6. 1936 (mit Umlegungs-ordnung v. 16. 6. 1937 nebst Durchf**WD** v. 27. 4. 1938); **WD** zur Verhütung und Bekämpfung von Waldbränden v. 18. 6. 1937;

Energiewirtschafts-gesetz v. 13. 12. 1935 §§ 1, 2, 8, 9, 11; Gesetz zur Erschließung von Boden-schätzen v. 1. 12. 1936 (nebst **WD** v. 25. 3. 1938 über die Zulassung von Bergwerksfeldern); Gesetz über die Regelung des Landbedarfs der öffentlichen Hand v. 29. 3. 1935; **WD** über die Land-beschaffung für Zwecke der Reichswerke **AG** für Erzbergbau und Eisenhütten „Hermann Göring“ v. 20. 12. 1937; **WD** über die Landbeschaffung für Zwecke des Volkswagenwerkes Fallersleben v. 17. 8. 1938;

Wasser-Verband**WD** v. 3. 9. 1937 §§ 22ff., 122ff., 158; **WD** über die Ablieferung außer Kurs gesetzter Goldmünzen v. 16. 7. 1938; **WD** zur verstärkten Deckung von Rohstoffen aus forst-wirtschaftlichen Nebenerzeugnissen v. 31. 1. 1939.

Beispiele für reichsgesetzlich bestimmte Eigentumsbeschränkungen des Privat-rechts: Das **RBG** selbst enthält solche Beschränkungen für alle Sachen in den §§ 226 (Schiffan-vebot), 227ff. (Notwehr, Selbsthilfe), 823ff. (unerlaubte Handlungen, namentlich § 826, z. B. Bordellbetrieb: **RG** 50, 227; 57, 239; Seuff**A** 61 Nr 241), 904 (Notstandsrecht), 962 (Ziemen-schwarm); für Grundstücke in den §§ 867, 1005 (Aufsuchen und Begleichen von Sachen auf fremden Grundstücken), 905—924 (Nachbarrecht). Die Beschränkungen nach dem Reichs-erbhof-gesetz sind bereits oben in **A** 1 gestreift und werden unten noch näher besprochen.

Vorbehalte für die Landes-gesetzgebung zu Eigentumsbeschränkungen im öffentlichen Interesse enthält das **GG** in Ansehung: der Enteignung (Art 109; später WeimVerf Art 153); tatsächlicher Verfügungen (Art 111), z. B. durch Bau-, Straßen-, Forstordnungen, Kulturbeditte.

Als Beispiele für solche landesrechtlichen Vorschriften seien hier nur erwähnt das preussische Flucht-liniengesetz v. 2. 7. 1875 und das preussische Baumschutz-gesetz v. 29. 7. 1922. Ferner sind in **GG** Artt 115, 117, 119 Vorbehalte für die Landes-gesetzgebung enthalten zu Beschränkungen des Eigentümers in rechtlichen Verfügungen (Verbot oder Beschränkung: der Belastung mit gewissen Dienstbarkeiten oder Realkasten; der Belastung über eine bestimmte Wertgrenze hinaus; der Veräußerung, Teilung oder Vereinigung von Grundstücken).

Von größter Bedeutung sind die Verfügungsbeschränkungen, die das Reichs-erbhof-gesetz v. 29. 9. 1933 dem bäuerlichen Grundeigentümer auferlegt. Das Gesetz schützt im Interesse der Volksgesamtheit den bäuerlichen Grundbesitz vor Zersplitterung und Überschuldung. Der Bauer darf seinen Erbhof (Begriff: Vorbem 1 vor § 873) grundsätzlich weder veräußern noch belasten (§ 37 Abs 1 **RErbhG**). Nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes kann das Auerbengericht eine Veräußerung oder Belastung genehmigen (§ 37 Abs 2, 3 **RErbhG**). Diese Regelung macht aber den Erbhof nicht zu einer verkehrs-unfähigen Sache (§ 90 **A** 1 Abs 3), nimmt dem Bauern auch nicht die Stellung eines wirklichen Grundeigentümers und brüdt ihn nicht in eine bloße Nutzbraucherstellung herab (**ZW** 1937, 2151⁶⁵). Das Verhältnis des Erbhofrechts zu den Ver-fügungsbeschränkungen anderer Gesetze, z. B. der **WD** über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken, des Wohnsiedlungsgesetzes usw., ist geregelt in den §§ 34, 35 **ErbhVerfD**, das Ver-hältnis zu den landesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des Auerbenrechts und ähnlicher Rechtsgebiete in den § 60 **RErbhG**, §§ 35, 44ff. **ErbhRB**. Über die Beziehungen des Erbhof-rechts zu den §§ 891, 892, 1138 **BGB** geben Aufschluß **FFB** 14, 382; **ZW** 1937, 2147⁶². — Die

Genehmigungspflicht nach § 37 RFG erstreckt sich, wie jetzt entgegen früherer Rechtsprechung (RG 142, 312; 144, 231; 149, 348 u. a.) durch § 33 Abs 1 ErbHRWD ausdrücklich vorgegeschrieben ist, nicht allein auf die dingliche Verfügung über den Erbhof, sondern auch auf das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft zu einer Veräußerung oder Belastung. Die Genehmigung zum schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft gilt zugleich als Genehmigung zum dinglichen Erfüllungsgeschäft (§ 33 Abs 2 ErbHRWD). Doch deckt die Genehmigung eines Kaufvertrags die Übereignung nicht mehr, wenn der genehmigte Vertrag nachträglich in einem wesentlichen Punkt geändert worden ist (ZFG 16, 11). Die erteilte Genehmigung ist unwiderruflich (ZB 1936, 600³⁹). Das Recht, die Genehmigung zu beantragen, ist geregelt in den §§ 60, 64 ErbHVerfD; das Wirksamwerden der Genehmigung ordnet § 66 ErbHVerfD. — Die **Genehmigung** kann vom Anerbengericht unter aufschiebender Bedingung, Vorbehalt oder Auflage erteilt werden (§ 37 Abs 2 Satz 2 RErbHG; ZB 1935, 608⁴⁰; 1936, 1459²⁸; 1937, 103¹⁶). Die Rechtsnatur einer solchen eingeschränkten Genehmigung beleuchtet RG ZB 1936, 3229¹. Das Grundbuchamt hat die Erfüllung von Auflagen nur dann zu prüfen, wenn der Genehmigungsbescheid klar ergibt, daß die Genehmigung erst mit der Erfüllung der Auflage Geltung erlangen sollte (HRK 1937 Nr 831). — Ob ein **wichtiger Grund** zur Genehmigung einer Veräußerung oder Belastung des Erbhofs vorliegt, richtet sich vornehmlich nach den Belangen des Hofes selbst. **Veräußerungen** an den voraussetzlichen Anerben sollen genehmigt werden, wenn der Übergabevertrag den Erbhof nicht über seine Kräfte belastet (§ 37 Abs 3 RErbHG). Im übrigen werden Veräußerungen nur dann genehmigt, wenn sie die Ziele und Grundgedanken des Erbhofrechts nicht gefährden (ZB 1935 S. 606⁶, 1987¹², 3544¹²; 1936, 586²²; 1937, 1010²⁸). Die Genehmigung wird also grundsätzlich versagt, wenn die Veräußerung den Hof zersplittern oder lebensunfähig machen würde (ZB 1936 S. 113¹⁸, 114¹⁹, 115²⁰, 2325²³, 2332²⁷ u. oft). Dagegen wird die Genehmigung erteilt, wenn eine Veräußerung der Erhaltung des Hofes oder eines mit ihm verbundenen Betriebs, z. B. einer Mühle (ZB 1936, 3255²⁴), dient, wenn sie den nachbarlichen Frieden fördert (ZB 1936, 2722²³) oder wenn sie im öffentlichen Interesse liegt (ZB 1935 S. 2562⁹, 2738²⁴, 2825²², 3226¹⁴; 1936 S. 2332²⁷, 3250¹⁹). Die Veräußerung von Bruchteilseigentum kann überhaupt nicht genehmigt werden, weil sie zum Verlust der Erbhofeigenschaft führen würde (ZB 1936, 3236⁸). Dagegen kann unter ganz besonderen Umständen einmal die reale Teilung eines Erbhofs die Genehmigung finden (§ 27 ErbHRWD; ZB 1936, 3244¹⁴; 1937, 3265²³; 1938, 63⁵⁰; HRK 1937 Nr 181, 524, 1415). Enteignungsbeschlüsse bedürfen keiner Genehmigung (ZFG 16, 191); dasselbe gilt für die Einbeziehung eines Erbhofs in ein Flurbereinigungsverfahren (§ 32 Nr 2 ErbHRWD) und für die Umschreibung des Erbhofeigentums im Wege der Grundbuchberichtigung (ZB 1934, 3213⁸). **Belastungen** werden nur dann genehmigt, wenn sie bei Anlegung eines strengen Maßstabes für den Hof tragbar und förderlich sind oder wenn die Verfassung der Genehmigung eine besonders unbillige Härte für den Gläubiger bedeuten würde (ZB 1935 S. 1161⁷, 1162⁸, 1163⁹, 1164¹⁰, 1419⁹, 1986¹¹, 2205⁸ u. oft). Genehmigungsfrei sind folgende Belastungen: Grunddienstbarkeiten, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, öffentliche Lasten (§ 32 Nr 1 ErbHRWD); Eintragungen für Lasten im Neusiedlungs- oder Anliegeriedlungsverfahren (§ 32 Nr 3 ErbHRWD); Belastungen bei der Entstehung des Erbhofs (§ 32 Nr 4 ErbHRWD; ZFG 11, 19; 14, 451; 16, 11; ZB 1936, 603⁴¹); Eintragung der Sicherungshypothek gegen den Ersteher nach § 128 ZVG (§ 32 Nr 5 ErbHRWD); Entschuldungs- und Betriebsicherungshypotheken im Dörfelgebiet (§ 32 Abs 2 ErbHRWD); Valutierung einer schon vor dem Inkrafttreten des RErbHG eingetragenen Hypothek (§ 26 Abs 2 ErbHRWD); Zuschreibung eines erbhoffremden unbelasteten Grundstücks zu dem mit Hypotheken belasteten Erbhof (ZB 1935, 650²). Dagegen sind genehmigungspflichtig: die Zuschreibung eines bereits zum Erbhof gehörigen unbelasteten Grundstücks als Bestandteil zu einem hypothekbelasteten Erbhofgrundstück (§ 29 ErbHRWD; ZB 1935, 2022⁵⁰); Inhaltsänderungen dinglicher Belastungen mit Ausnahme bloßer Grundbuchberichtigungen (ZB 1936, 2725²⁷; ZFG 14, 382); die Eintragung einer Erbschaftshypothek nach § 4 GrVerfG v. 18. 7. 1930 (ZB 1935, 648¹; a. M. ZB 1935, 2007²²); die Eintragung einer selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeit für einen Dritten (ZB 1935, 3567⁴⁶ gegen ZB 1934, 2241¹). Als eine nur mit Genehmigung des Anerbengerichts zulässige Belastung des Erbhofs gilt auch die Veräußerung oder Belastung einer Eigentümergrundschuld des Bauern (§ 26 Abs 1 ErbHRWD). Dagegen bedarf die Löschung einer Eigentümergrundschuld, wie nunmehr (gegen ZFG 18, 98) vom Gesetzgeber klargestellt ist, nicht der anerbengerichtlichen Genehmigung (§ 26 Abs 1 Satz 2 ErbHRWD, eingefügt durch WD über Erbhofrecht v. 23. 12. 1938). — Der Erbhof, eine Eigentümergrundschuld an ihm (§ 38 ErbHRWD) und die auf ihm gewonnenen landwirtschaftlichen Erzeugnisse sind grundsätzlich einer **Zwangsvollstreckung** wegen einer Geldforderung entzogen (§ 38 RErbHG); Ausnahmen läßt das Gesetz zu in den §§ 39, 59, die ergänzt werden durch die §§ 37 ff. ErbHRWD. Das Vollstreckungsverbot steht aber nicht entgegen der dinglichen oder persönlichen Klage aus einer auf dem Erbhof ruhenden Hypothek oder Grundschuld, auch nicht der Verurteilung des Bauern auf eine solche Klage, sondern erst der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil (ZB 1934 S. 1431⁶, 2933¹; HRK 1935 Nr 1532; a. M. ZB 1935 S. 651², 1347⁹). Das gilt jedenfalls solange, als das Gesetz noch Raum läßt für eine Vollstreckung in gewisse für die Hypothek mithaftende

Gegenstände (RG JW 1935, 1686³; 1936, 1045¹). Der § 38 RErbhG hindert auch nicht die Zwangsversteigerung des Erbhofs zwecks Aufhebung einer Gemeinschaft (JW 1936, 1058⁴), hat aber zur Folge, daß der Erbhof nicht zur Konkursmasse des Bauern gehört (HR 1935 Nr 444). Ein unter Verletzung des § 38 RErbhG erteilter Zuschlag ist zwar nicht nichtig, aber anfechtbar und kann vom Anerbengericht nicht genehmigt werden (JW 1937, 2151⁵). Im übrigen sind zu beachten die §§ 37 ff. ErbRVO, die namentlich auch die Vollstreckung in Forderungen des Bauern aus dem Verkauf von Erzeugnissen des Erbhofs und aus der Vermietung oder Verpachtung von Erbhofgrundstücken sowie die Anfechtung von Rechtshandlungen bei zweifelhafter Erbhofeigenschaft und die Beitreibung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen näher regeln. — Das Erbhof-zubehör und seine Rechtsgestaltung ist behandelt in § 98 A 10.

4. **Rechte Dritter, die den Eigentümer in der Ausübung des Eigentums beschränken**, sind in erster Linie dingliche Rechte an der Sache (JFG 4, 382). Schuldverhältnisse, die dem Eigentümer in Beziehung auf seine Sache persönliche Verpflichtungen auferlegen, berühren das Eigentumsrecht als solches nicht (RG 55, 165). Wenn jedoch der schulrechtlich Berechtigte im Besitz der Sache ist (wie z. B. der Mieter, Pächter), wird er gegenüber einem Eigentumsanspruch nach Maßgabe der §§ 986, 1000 geschützt. Hat ein Künstler auf Bestellung ein Kunstwerk geliefert, so kann der Besteller sein Eigentumsrecht an dem Kunstwerk (z. B. Freskogemälde in dem Treppensflur eines Wohnhauses) nur unbeschadet des Urheberrechts des Künstlers ausüben; z. B. darf er ohne Einwilligung des Künstlers nicht Änderungen daran vornehmen (RG 79, 397). In RG 63, 398 wird aber eine Wirkung von Urheberrechten gegenüber rechtmäßigen Eigentümern von Einzelstücken des Werks verneint. Ein Verstoß des Eigentümers gegen eine Polizeiverordnung (z. B. eine Baupolizeiverordnung) berechtigt einen Dritten zur Klage nur dann, wenn die Verordnung einen privatrechtlichen Anspruch auf Einhaltung ihrer Bestimmungen gewährt (RG JW 1908, 142¹²). Nach Art 124 EG bleiben die Landesgesetze hinsichtlich der Vorschriften unberührt, die das Eigentum zugunsten des Nachbarn über sog. Legalserwituten (§ 1018 A 9) betreffen hauptsächlich (vgl. für preussisches Recht §§ 118 ff. 1 8 ALR) die Einhaltung eines Abstandes beim Bauen oder bei Erniedrigungen oder Erhöhungen des Bodens an der Grenze (DVG 26 S. 13, 14, 17, 21) und das Licht- und Fensterrecht (DVG 26 S. 14, 15; 29, 333). In Preußen besteht also z. B. das Lichtrecht nach ALR I 8 § 142 fort (RG Senff 86 Nr 70; § 907 A 8). Ferner kommen nach Art 65 EG hier die landesgesetzlichen Beschränkungen in der Ausübung des Eigentums an Wasserläufen in Betracht (§ 906 A 5).

5. Aus den Worten „**soweit nicht entgegenstehen**“ ergibt sich eine Vermutung für die Freiheit des Eigentums. Eine Beschränkung hat also derjenige zu beweisen, der sie behauptet, und zwar in dem von ihm behaupteten Umfang. Die Beschränkung geht gerade so weit, als Gesetz oder Rechte Dritter der Ausübung des Eigentums entgegenstehen. Daher ist z. B. eine Stadt als Eigentümerin einer Straße im Gebiet des rheinisch-französischen und des preussischen Rechts durch das Recht der Straßenanlieger nicht an jeder privatwirtschaftlichen Ausnutzung der Straße (z. B. Aufstellung eines Erfrischungszelts) gehindert (RG 62, 87). Andererseits müssen sich z. B. die einer Eisenbahn benachbarten Grundbesitzer wegen der staatlichen Bau- und Betriebserlaubnis alle Einwirkungen gefallen lassen, ohne die der Betrieb nicht ausführbar ist, und alles unterlassen, wodurch die Sicherheit des Bahnverkehrs beeinträchtigt wird; zum Ausgleich dieser Duldungspflicht haben sie einen Anspruch auf Ersatz des durch den Betrieb der Eisenbahn verursachten Schadens (A 7). Wegen der Rechte der Anlieger an öffentlichen Straßen vgl. im übrigen die in § 1018 A 2 angeführten Urteile.

6. **Da der Eigentümer mit seiner Sache nach Belieben verfahren darf**, ist er grundsätzlich auch nicht schadensersatzpflichtig, wenn er in der rechtmäßigen Ausübung seines Eigentums einem anderen Schaden zufügt (RG 50, 227; 70, 205; 98, 16; JW 1909, 161¹⁰). Er darf jedoch nicht nach Willkür verfahren, insbesondere nicht seine Befugnisse mißbrauchen und gegen die Gebote der Sittlichkeit verstoßen (Prot 3, 120). Einem solchen Verfahren stehen die §§ 226, 826 entgegen (RG 50, 227; 57, 239; Warn 1910 Nr 335; vgl. jedoch RG 76, 131). Daher ist er z. B. schadensersatzpflichtig, wenn durch einen, sei es auch polizeilich genehmigten, Bordellbetrieb in seinem Hause der Wert der Nachbargrundstücke beeinträchtigt wird (RG 38, 380; 50, 227; 57, 239). Die Befugnis zum Verfahren nach Belieben schließt in sich die besonders im Besitz und Benutzen sich äußernde tatsächliche Herrschaft über die Sache sowie die rechtliche Herrschaft, die namentlich zur Geltung kommt durch die Verfügungsmacht (§§ 928, 959: Aufgeben des Eigentums; §§ 873, 925, 929: Übertragung auf einen anderen; §§ 1012, 1018, 1030: Belastung der Sache).

7. Das Recht auf **Ausschließung anderer von jeder Einwirkung** wird, soweit es sich nicht um eine Einwirkung handelt, die nach §§ 904, 905, 906 oder nach einem andern Gesetz (A 3) oder wegen eines Rechts des Eintretenden (A 4) zu dulden ist, im allgemeinen durch Klagen auf Unterlassung und Beseitigung der störenden Einwirkungen gemäß § 1004 und in den Sonderfällen der §§ 907, 908 durch Klagen auf Beseitigung des gefährdenden Zustandes geltend gemacht. Im Falle des Verschuldens des Störenden hat der Eigentümer auch Klagen auf Schadensersatz

gemäß §§ 823 ff. Kann nach besonderen Vorschriften, insbesondere des öffentlichen Rechts, die Beseitigung einer Einwirkung, die an sich über das zu duldenbe Maß hinausgeht, nicht verlangt werden, so ist auch ohne Nachweis eines Verschuldens für den verursachten Schaden Ersatz zu leisten (§ 906 A 13; § 907 A 1; § 908 A 7). Um eine Klage auf Unterlassung zu begründen, muß die Einwirkung in sinnlich wahrnehmbarer Weise die Sache selbst ergreifen (RG 50, 228; JW 1902 Beil 240). Deshalb kann z. B. auf Unterlassung eines Bordellbetriebs auf dem Nachbargrundstück nicht (gemäß §§ 903, 906, 1004) geklagt werden, es sei denn, daß die Voraussetzungen des § 826 gegeben sind (RG 57, 239). Im einzelnen sind die unzulässigen Einwirkungen von Nachbargrundstücken aus in den Anmerkungen zu §§ 906 ff. behandelt. Nach diesen Vorschriften unzulässige Einwirkungen braucht der Eigentümer auch dann nicht zu dulden, wenn die Benutzung des Nachbargrundstücks einem Wohlfahrtszweck dient, es sei denn, daß die Duldungspflicht ihm nach besonderer gesetzlicher Bestimmung obliegt (RG 70, 313; Gruch 58, 1026). Die photographische Aufnahme eines Gebäudes oder der inneren Räume enthält eine zur Abwehr nach §§ 903, 1004 berechtigende Einwirkung, wenn der Eigentümer ein Interesse (z. B. mit Rücksicht auf eigene Veranstaltung von Abbildungen) daran hat, daß die Aufnahme unterbleibt (DVG 20, 402). Die Einwirkungen durch Entziehen von Brunnen- und Grundwasser behandeln § 905 A 1, § 906 A 5, § 909 A 2. Der Eigentümer eines Friedhofs kann, soweit nicht ein Herkommen etwas anderes ergibt, den Angehörigen Verstorbener die Ausschmückung der Grabhügel durch einen ihm nicht genehmen Gärtner verbieten (JW 1924, 2054¹⁸). Der Eigentümer kann sich gegebenenfalls, namentlich bei Grundstücken, auch durch die Besitzstörungsklage (§§ 858 ff.) gegen unberechtigte Eingriffe schützen.

[Im internationalen Privatrecht gilt für das Eigentum das Recht des Ortes, an welchem sich die Sache befindet; ausdrücklich ist das zwar im Gesetz nicht ausgesprochen, aber es ergibt sich mittelbar aus Art 11 Abs 2, Art 28 EG. Ausnahmen bestehen für besondere Vermögensmassen, so im ehelichen Güterrecht, beim Kindesvermögen und im Erbrecht (Art 15, 19, 24 ff EG); doch werden auch diese Ausnahmen durch Art 28 EG abgeschwächt. Besonderes gilt auch für das Eigentum an Schiffen und Luftfahrzeugen; es untersteht dem Recht des Staates, dessen Flagge diese Fahrzeuge beflaggt werden. Das anwendbare Recht kann im Sachenrecht nicht durch Parteivereinbarung beliebig bestimmt werden; bedenklich insoweit BayObVG BayZ 1934, 126. Wird eine Sache von einem Land oder Rechtsgebiet in ein anderes gebracht, so wandelt sich damit der Inhalt des Eigentumsrechts. War eine Sache in einem Land nicht Gegenstand des rechtl. Verkehrs, so kann sie es durch Verbringung in ein anderes Land werden (RG 14. 12. 1922 IV 409/21). Im Nachbarrecht kann bei Grenzgrundstücken von dem jenseits der Grenze wohnenden Nachbarn nur das verlangt werden, wozu dieser nach dem Recht des Landes verpflichtet ist, in dem sein Grundstück liegt.]

Diese Grundsätze gelten auch für das Verhältnis des BGB zu dem in Österreich und dem Sudetenland geltenden Recht. Der Inhalt des Eigentumsrechts entspricht dort gemäß §§ 354, 362, 364 ABGB dem § 903 BGB. Das Recht der Abwehr unzulässiger Immissionen entspricht dem § 906 BGB. Doch ist dies Recht gegenüber genehmigten gewerblichen Anlagen gemäß § 364a ABGB noch stärker beschränkt als nach § 26 GewO; die Herstellung schützender Anlagen kann nicht verlangt werden, nur Schadensersatz. Bei Einsturzgefahr eines benachbarten Gebäudes kann nur Sicherheitsleistung verlangt werden (§ 343 ABGB). Das Recht, überhängende Äste abzuschneiden, besteht auch hier (§ 422 ABGB); aber es besteht kein Recht auf überfallende Früchte. Grenzberichtigung und die Rechte an Grenzheden, Mauern usfr. sind ähnlich dem BGB in §§ 850 ff. ABGB geregelt. (Weipke.)]

§ 904

1a) Der Eigentümer ¹⁾ einer Sache ²⁾ ist nicht berechtigt ³⁾, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten ⁴⁾, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr ⁵⁾ notwendig ⁶⁾ und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist ⁷⁾. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens ⁸⁾ verlangen ⁹⁾.

§ II 889; § 6 212 ff.

1a. Der § 228 behandelt den Fall, in dem jemand sich gegen eine Sache wendet, durch welche die Gefahr droht, d. h. welche sie erzeugt hat und ohne Abwehrmaßregel fortwirken lassen würde. Der § 904 behandelt dagegen den Fall, in dem sich jemand einer fremden Sache bedient, um einer nicht von ihr ausgehenden Gefahr zu begegnen (RG 88, 213). § 228 läßt die Interessen des Geschädigten hinter die des Bedrohten weit mehr zurücktreten als § 904. Das hat auch seinen guten Grund. Denn im Falle des § 228 nimmt der Schädiger der „drohenden“ Sache gegenüber eine Verteidigungsstellung, im Falle des § 904 der nicht drohenden Sache gegenüber eine Angriffsstellung ein (RG 88, 214).

1. Da die im § 904 bestimmte Beschränkung in der Ausübung des Eigentums sich gegen den **Eigentümer** der Sache als solchen richtet, also die Sache selbst ergreift, unterliegt ihr auch der Besizer sowie derjenige, dem ein anderes Recht an der Sache zusteht (z. B. der Nießbraucher, auf dessen Früchte eingewirkt wird; Prot 6, 216).

2. **Unbewegliche oder bewegliche Sache** (z. B. ein Kabel: RG 113, 301). Bei Einwirkungen auf andere Rechtsgüter (§ 90 Abs 1, 2) findet § 904 keine Anwendung. Bei ihnen hat der Angreiffene das Recht der Notwehr (§ 227).

3. Die **Nichtberechtigung des Eigentümers zum Verbot** der Einwirkung ist eine Ausnahme von der im § 903 aufgestellten Regel der Berechtigung zur Ausschließung jeder Einwirkung (RG 113, 303). Über die Fälle des Notstandes nach § 228 hinaus soll der Eigentümer der Sache unter den im § 904 bestimmten Voraussetzungen zur Duldung der Eingriffe in sein Eigentum verpflichtet sein (RG 75, 83). Daher muß derjenige, der einen solchen Ausnahmefall geltend macht, die Voraussetzungen des § 904 Satz 1 beweisen. Aus der Nichtberechtigung zum Verbot folgt, daß der Eigentümer weder zur Notwehr (§ 227) noch zur Abwehr nach § 859 (gegen verbotene Eigenmacht) berechtigt ist. Im Gegenteil kann er nach § 823 Abs 2 Schadensersatzpflichtig werden, wenn er die Einwirkung dennoch verbietet. Der Einwirkende handelt nicht widerrechtlich. Er ist nicht nach § 823 Abs 1 schuldnersatzpflichtig, geschweige denn (z. B. wegen Sachbeschädigung) strafbar. Wiberseht sich der Eigentümer, so befindet sich der Einwirkende in der Notwehrlage und kann gemäß § 227 dem rechtswidrigen Angriff mit Gewalt entgegentreten. Ein durch Klage erzwingbares Recht auf die Duldung der Einwirkung steht ihm aber nicht zu (OLG 12, 121).

4. Die **Einwirkung** kann nicht bloß in einem Beschädigen oder Zerstören, wie im Falle des Selbstschutzes gegen fremde Sachen (§ 228), sondern auch in einem Gebrauch der Sache (z. B. Benutzen eines fremden Pferdes, um einen Arzt zum Schwerkranken zu holen) bestehen (OLG 13, 370).

5. **Gegenwärtige Gefahr** ist ein außergewöhnliches Ereignis, durch das die bestehenden Verhältnisse, mit denen man rechnen muß, derartig verändert werden, daß sofortige Abhilfe notwendig wird (RG 57, 191; SeuffM 62 Nr 13; OLG 12, 121). Eine solche Gefahr wird z. B. bestehen können für einen Lustschiffer, der genötigt ist, Ballast auszuwerfen oder auf einem Grundstück zu landen (OLG 29, 334). Ferner für einen Schiffer, der sein Schiff, um es gegen einen Sturm zu schützen, an dem Schiff eines anderen befestigt (RG 88, 215). Dagegen besteht sie z. B. nicht im Falle: der Verhinderung der Ableitung der Grubenwässer aus einem Bergwerk (RG 57, 191); des Eindringens von Feuchtigkeit bei Ausbesserungsarbeiten an einem Nachbarhause (OLG 12, 121). Gefahr für immaterielle Rechtsgüter, wie Leben, Gesundheit, Freiheit, ist nicht erforderlich. Es genügt auch eine Gefahr für das Vermögen (z. B. Einreißen eines Gebäudes bei Feuergefahr; Prot 6, 217). Ferner ist nicht wie im Falle des § 228 erforderlich, daß die Sache, auf die eingewirkt wird, an der Gefährdung beteiligt ist (RG 71, 241; 88, 213; JW 1908, 611¹²⁷). Die Gefahr braucht auch nicht dem Einwirkenden selbst zu drohen. Vielmehr kann, wie aus der allgemeinen Fassung des Gesetzes zu folgern ist, auch eingewirkt werden zugunsten eines Dritten, in dessen Person die Voraussetzungen des § 904 vorliegen (z. B. Benutzung einer fremden Sache zur Rettung eines anderen aus Lebensgefahr: RG Gruch 66, 479; JW 1925, 1535⁵). § 904 findet auch dann Anwendung, wenn die Gefahr durch Verschulden des Einwirkenden oder einer dritten Person herbeigeführt ist. Denn das Gesetz hat keine Einschränkung nach dieser Richtung gemacht (vgl. § 228 Satz 2; SeuffM 62 Nr 13).

6. Die **Einwirkung** muß **objektiv zur Abwendung der Gefahr notwendig** sein, d. h. es müssen andere genügende Abwehrmittel fehlen (RG Gruch 45, 1009). Dagegen ist nicht erforderlich, daß die Einwirkung den Erfolg der Abwendung der Gefahr gehabt hat. Durch ein Mißlingen wird die Einwirkung nicht widerrechtlich.

7. Der **drohende Schaden** muß gegenüber dem Schaden des Eigentümers der Sache **unverhältnismäßig groß** sein (RG 71, 241; 88, 213). Dies wird bei Bedrohung des Lebens oder erheblicher Gefährdung der Gesundheit stets der Fall sein (JW 1925, 1535⁵). Wenn es sich um Vermögensschaden handelt, so sind bei der Prüfung der Frage nach der Widerrechtlichkeit der Einwirkung der Nachteil des Einwirkenden und der Schaden des Eigentümers der fremden Sache in Geldbeträgen zu schätzen und gegeneinander abzuwägen (RG JW 1908, 611¹²⁷). Ist der drohende Schaden nicht unverhältnismäßig groß, so ist der Eigentümer zur Duldung der Einwirkung nicht verpflichtet (RG 113, 303).

8. Der **Einwirkende** muß, anders als im Falle des § 228, auch dann **Schuldnersatz** (§§ 249 ff.) leisten, wenn ihn kein Verschulden trifft (RG 58, 132; 60, 345; 75, 81; 113, 302). So z. B. auch der Lustschiffer, welcher Ballast auswirft oder auf einem fremden Grundstück zu landen genötigt ist (OLG 29, 335; jetzt § 12 Luftverkehrsgesetz v. 21. 8. 1936). Voraussetzung für die Schadensersatzpflicht ist aber eine Einwirkung im Sinne eines in den Eigentumsbereich eingreifenden Tuns (RG 75, 83). Erfolgt eine Beschädigung unter Umständen, die völlig unabhängig von dem Willen des Verursachers sind, so besteht keine Schadensersatzpflicht (RG 113, 302; OLG 20, 404). War der Einwirkende nicht selbst gefährdet, hat er viel-

mehr zugunsten eines Dritten eingewirkt, so ist der Dritte schadensersatzpflichtig, wenn der Einwirkende zu ihm in einem Abhängigkeitsverhältnis stand (§ 855) und auf seine Weisung gehandelt hat (OLG 29, 335; RG 113, 303: Haftung des Reiches für den Schaden, den der Führer eines zur Hilfeleistung in Seenot abgeordneten Kriegsschiffs verursacht hat). Ist der Einwirkende aber selbständig vorgegangen, so trifft ihn die Schadensersatzpflicht. Er kann dann nur nach den Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff.) oder auf Grund der Bereicherung (§§ 812 ff.) von dem Dritten je nach Lage des Falles vollen oder teilweisen Ersatz des Geleiteten verlangen (str.; Prot 6 S. 213, 219). Nimmt ein Zwangslotse bei der Einfahrt in einen Hafen eine Nothilfebehandlung zugunsten eines andern als des von ihm geführten Schiffs vor und beschädigt dabei ein drittes Schiff, so richtet sich der Schadensersatzanspruch des Eigentümers des beschädigten Schiffs gegen die Reederei des von dem Lotsen geführten Schiffs, nicht gegen die Kommune, die den Lotsen angestellt hat (RW 1938, 1205⁷⁰). — Der Schadensersatzanspruch nach § 904 Satz 2 ist auch dann gegeben, wenn die Einwirkung sich nur mittelbar gegen den Geschädigten gerichtet hat (RG 156, 189). Da der Schadensersatzanspruch die Duldungspflicht des § 904 Satz 1 ausgleichen soll, steht er nicht nur dem Eigentümer der geschädigten Sache, sondern jedem Duldungspflichtigen (A 1), z. B. also auch einem Pächter, zu (RG 156, 190). Wer den Schadensersatzanspruch geltend macht, muß den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Einwirkung des andern und seinem Schaden beweisen. Steht aber nach dem wirklichen Geschehensablauf ein solcher Zusammenhang fest, so braucht der Geschädigte nicht auch noch zu beweisen, daß beim Unterbleiben der Einwirkung des andern der Schaden nicht eingetreten wäre. Vielmehr muß der Schädiger, der behauptet, daß bei Unterlassung der Notstandshandlung derselbe Schaden eingetreten wäre, diese Behauptung beweisen, wenn er von der Schadensersatzpflicht freikommen will (RG 156, 191). — Der Anspruch auf Schadensersatz aus § 904 Satz 2 verjährt nach § 195 in 30 Jahren, nicht etwa nach § 852 in drei Jahren, da keine unerlaubte Handlung vorliegt. Liegt ein Verschulden des Einwirkenden vor, so ist ein Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung nach § 823 gegeben (RG 88, 215).

9. Art 109 GG hält die **landesgesetzlichen** Vorschriften über die im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache aufrecht. Vgl. auch § 9 StrandO vom 17. 5. 1874 (Rettung aus Seenot).

§ 905

Das Recht des Eigentümers eines Grundstücks¹⁾ erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche²⁾. Der Eigentümer kann jedoch³⁾ Einwirkungen nicht verbieten, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat⁴⁾.

EG I 849 II 819; W 3 263 f.; P 3 120 ff.

1. Aus der nur auf Grundstücke sich beziehenden Bestimmung des Satz 1 in Verbindung mit dem für alle Sachen geltenden § 903 ergibt sich als Regel **das Recht des Eigentümers eines Grundstücks**, mit seinem Grundeigentum innerhalb des bezeichneten Herrschaftsgebiets nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung darauf auszuschließen. Er kann also regelmäßig unbeschränkt: hoch bauen, in die Tiefe gehen, Bodenbestandteile, auch Wasser aus Flüssen und Quellen entnehmen. Ausnahmeweise können sich aber schon nach § 903 aus Gesetz oder Rechten Dritter in dieser Hinsicht Beschränkungen über die besondere Bestimmung des § 905 Satz 2 hinaus ergeben (§ 903 A 3, 4). An gesetzlichen Beschränkungen kommen insoweit für das Grundeigentum namentlich in Betracht: von den in A 3 § 903 angeführten Reichsgesetzen das Schutzbereichsgesetz v. 24. 1. 1935, das Luftverkehrsgesetz v. 1. 8. 1922/21. 8. 1936 (dazu RG 158, 34; unten A 2 a. E.) und das TeilWG v. 18. 12. 1899 (vgl. zur Auslegung des § 6 RG 57, 364; 63, 88 und des § 12 RG 116, 286; 126, 28). An Landesgesetzen sind hier insbesondere wichtig die Vorschriften auf den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebieten des Wasserrechts und des Bergrechts (EG Artt 65, 67). Aus der Rechtsprechung darüber sind z. B. zu erwähnen die wasserrechtlichen Entscheidungen über Ableitung von Quellwasser (RG 12, 183; 16, 229; 27, 328; Gruch 42, 1009; Warn 1913 Nr 96, 153; SeuffA 33 Nr 2; 34 Nr 92, 267; 40 Nr 181; 47 Nr 261; 52 Nr 6, 145), Entziehung von Grundwasser (RG Warn 1913 Nr 96; V 100/09; OLG 12, 120), Zuleitung von Regenwasser (OLG 10, 116), Ableitung von Abwässern durch Wassergräben (RG 57, 187). Vgl. jetzt zu alledem weiter das PrWassG v. 7. 4. 1913 §§ 40 ff., 196 ff. und für gemeinnützige Quellen das PrQuellenschutz v. 14. 5. 1908. Aus der bergrechtlichen Rechtsprechung sind z. B. zu nennen die Urteile über Abgrenzung des Grundeigentums und der Bergwerksberechtigung (RG 28, 152; 147, 161), über die Nichtanwendbarkeit der Vorschriften in §§ 905 ff. auf das Bergwerkeigentum nach PrAllgBergG, z. B. bei Einwirkungen von einem benachbarten Bergwerk aus (RG 72, 304; 87, 400), über die Rechtsverhältnisse zwischen Eigentümer und Pächter bei Bergwerksgrundstücken (RG 135, 94; 137, 234). — Zu Einwirkungen, die an sich den §§ 903, 905 zuwiderlaufen, kann aus besonderen Gründen eine Berechtigung bestehen und damit die Eigen-

tumsstörungsklage gemäß § 1004 Abs 2 ausgeschlossen sein. So kann z. B. ein Recht zu solchen Einwirkungen als Dienstbarkeit gemäß §§ 1018, 1090 bestellt sein (RZM 10, 74). Auch kann die Vermietung des Grund und Bodens die Benutzung des Raumes über der Oberfläche (z. B. beim Betrieb einer elektrischen Straßenbahn auf einer gemieteten Straße) mit sich bringen (RG 108, 206). Schließlich kann kraft besonderer Gesetzesbestimmung (z. B. § 912: Überbau) eine Duldungspflicht des Eigentümers bestehen (RG 88, 40). — Den Schutz des Eigentümers gegen unberechtigte Einwirkungen erörtert § 903 A 8. Der Anspruch auf Unterlassung unterliegt nach § 902 nicht der Verjährung. Das Verbotungsrecht steht nicht bloß dem Eigentümer, sondern auch dem Erbbau- und Dienstbarkeitsberechtigten, soweit ihr Recht durch die Einwirkung beeinträchtigt wird (§ 11 Bb v. 15. 1. 1919; §§ 1027, 1065, 1090 Abs 2), sowie dem Besitzer des Grundstücks zu. Ob das Eigentum einer Privatperson oder einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft (z. B. einer Stadtgemeinde) zusteht, macht keinen Unterschied (RG 42, 208; Warn 1910 Nr 335; SeuffM 54 Nr 918; DZG 18, 121). Ist jedoch das Grundstück dem öffentlichen Gebrauch gewidmet, so können Einwirkungen, die sich innerhalb der Grenzen des bestimmungsmäßigen Gebrauchs halten, vom Eigentümer nicht gehindert werden (RG 42, 208). Dies gilt insbesondere auch von der Straßensfläche einer Stadtgemeinde. Sie steht im Privateigentum der Stadtgemeinde; das Eigentum ist aber beschränkt durch die Zweckbestimmung der Straße, dem Gemeingebrauch zu dienen. Grundstücke für diesen Gemeingebrauch sind aufgestellt in RG 123 S. 181, 187; 125, 108; 131, 264; 132, 398; JW 1930, 1961²⁰; 1934, 3008¹² (eine zusammenfassende Darstellung jedoch in den Schranken des § 905 Satz 2. Der Straßenanlieger kann den Gemeingebrauch infolge seines räumlichen Verhältnisses zur Straße in ganz besonderer Maße ausüben. Hält er sich im Rahmen des Gemeingebrauchs, so kann die Stadtgemeinde eine Vergütung von ihm nicht verlangen. Denn der Eigentümer kann für eine ihm obliegende Gestattung keine Vergütung fordern. Ob dies der Fall ist, dafür ist eine polizeiliche Gestattung nicht oder doch nicht allein maßgebend, da sie nur besagt, daß die Anlage dem Verkehr in der Straße und andern dort befindlichen Anlagen nicht hinderlich sei. Es muß vielmehr geprüft werden, ob die 4 Metern führende Schutzdach von einem Hotel aus) auch sonst in Städten gemeingebrauchlich ist. Wenn es sich um eine preussische Stadt handelt, kann auch eine Einrichtung vorliegen, deren Anlage dem Hauseigentümer nach den §§ 78 bis 82 I 8 RM gefattet ist. Dann muß die Stadtgemeinde als Straßeneigentümerin aus diesem Grunde sich die gesetzlich begründete Einschränkung ihres Eigentums gefallen lassen, ohne die ihr obliegende Duldung von der Zahlung einer Gebühr abhängig machen zu können (RG 132, 399). Im übrigen wird die Benutzung des Luftraumes über öffentlichen Straßen in A 4 besprochen.

2. Fällen Einwirkungen auf den Raum über der Oberfläche (Luftraum) oder auf den Erdförper unter der Oberfläche nicht unter § 905 Satz 2 oder § 906 und hat der Einwirkende zu ihrer Vornahme auch keine besondere Berechtigung, so kann der Eigentümer gemäß § 1004 oder im Falle eines Verschuldens gemäß §§ 823 ff. (§§ 903 A 7, 906 A 13) einschreiten. **Beispielsfälle:** lästiges Hinüberwehen der Sandmassen von Sandtippen auf dem Nachbargrundstück (RG 60, 140); lästige Überführung von Sand und Wasser durch eine Fehlbahnanlage (DZG 26, 22); Errichtung von Erkern, Balkonen oder sonstigen Vorbauten, die in den Luftraum über einer der Stadtgemeinde gehörigen Straße hineinragen (RG Warn 1910 Nr 335; Gruch 54, 918; DZG 18, 121; 26, 16), sofern nicht nach landesrechtlichen Vorschriften (z. B. §§ 79 ff. I 8 PrALM) oder mit Rücksicht auf den in A 1 a. E., 4 erörterten Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen solche Vorbauten zu dulden sind; nicht lotgerechte Errichtung einer Giebelmauer, die infolgedessen mit den Voraussetzungen eines Überbaus nach § 912 vorliegen und daher eine Duldungspflicht besteht; Anlage eines Tunnels unter einem Wohnhause vom Nachbargrundstück aus (RG JW 1912, 869²⁸); Beschädigung körperlicher Sachen des Eigentümers eines Grundstücks, durch dessen Luftraum die Reichspost in Ausübung ihres Hoheitsrechts (§ 1 TelegrBezG; A 1) eine Fernspreitleitung legt, bei Verschulden von Beamten der Postverwaltung (RG 126, 31). Auch an dem Luftraum, der sich über dem im Privateigentum stehenden Bette eines Wasserlaufs befindet, steht dem Eigentümer das Ausschließungsrecht des § 905 zu, z. B. im Falle einer Überdeckung des Wasserlaufs durch einen hinüberreichenden Bau oder der Leitung elektrischer Drähte über den Wasserlauf (RG 92, 48; Warn 1926 Nr 158). Das gilt auch dann, wenn das Wasser (die fließende Welle) öffentlich ist, hier allerdings nur mit den durch den Gemeingebrauch des Wassers und der darüber befindlichen Luft gebotenen Beschränkungen (RG 92, 48). Dasselbe gilt auch von dem über dem Bette innerhalb der Ufer befindlichen Raum, in dem sich das Flufwasser bewegt. In Preußen stellt sich daher jede in diesem Raum durch unbefugte Dritte erfolgende, vom WassG v. 7. 4. 1913 nicht besonders (§ 903 A 2) Wasserlauf erster Ordnung überschreitende Betätigung als rechtswidrige Störung des Eigentums dar (RG 53, 99; 94, 35; JW 1914, 871⁷). Eine solche Störung liegt insbesondere auch in der Verletzung des dem Eigentümer nach § 7 PrFischereiG v. 11. 5. 1916 zustehenden Fische-

reichts durch Ausübung der Fischerei, sofern nicht der Störende ein Gegentrecht nachweist (RG 94, 35). Wenn im Zuge städtischer Straßen oder öffentlicher Wege Brücken über den Wasserlauf führen, so wird dadurch die Verbindung zwischen dem Wasserlauf und dem Luftraum oberhalb der Brücken nicht unterbrochen. Die Brücken stellen sich vielmehr lediglich als ein in den Luftraum eingeschobenes Bauwerk dar, das die Verbindung zwischen der Luftsäule über und unter ihnen und dem Bett des Wasserlaufs weder tatsächlich noch rechtlich aufhebt (RG Warn 1926 Nr 158). — Die nach § 1004 zu verfolgenden Einwirkungen müssen körperlich, sinnlich wahrnehmbar sein und das Eigentumsgebiet selbst ergreifen; auch wird nur die senkrechte Luftsäule über dem Grundeigentum geschützt. Daher wird z. B. von einem Nachbargrundstück aus nicht (im Sinne des § 1004) widerrechtlich eingewirkt durch: Abhaltung von Licht und Luft (RG 51, 254; JW 1908, 142¹²) oder des Windes für eine Windmühle (RG JW 1909, 161¹⁰); Betrieb eines mit Feuer- und Explosionsgefahr verbundenen Gewerbes (RG 50, 226); Bordellbetrieb (RG 50, 227; 57, 239); schamverleßende Anblicke aus einem Freibad (RG 76, 130). Näheres hierüber findet sich in § 903 A 6, 7; § 906 A 1. Die auf § 905 Satz 1 gestützten Abwehransprüche haben aber nicht zur Voraussetzung, daß die Einwirkungen von einem andern, insbesondere einem benachbarten Grundstück ausgehen. Vielmehr ist nur erforderlich, daß die Einwirkungen, unter denen ein Grundstück leidet, in dem Raum über der Oberfläche oder in dem Erdkörper unter der Oberfläche des Grundstücks selbst vorgenommen werden (RG 97, 27). Deshalb kommt es hier auch nicht, wie bei den Einwirkungen des § 906 von einem Nachbargrundstück aus, entscheidend darauf an, ob die beeinträchtigte Benutzungsart des betroffenen Grundstücks nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnlich ist oder nicht. Freilich können unter Umständen für die Frage, ob ein schutzwürdiges Interesse des Eigentümers an der Abwehr vorliegt (§ 905 Satz 2), nicht nur allgemeine Verkehrsanschauungen über das, was jeder Eigentümer sich an Einwirkungen gefallen lassen muß, sondern auch besondere örtzliche Verhältnisse in Betracht kommen (RG 97, 27). Durch Veränderungen des Erdkörpers, z. B. Umwandlung eines Gewässers in festes Land oder dauernde Überschwemmung, wird an den Eigentumsverhältnissen grundsätzlich nichts geändert (RG 71, 67; § 892 A 6). Kraft der Erstredung des Eigentums auf den Raum über der Oberfläche ist dem Eigentümer ein Schutzrecht nicht nur gegen Einwirkungen zugestehen, die die Erdoberfläche gefährden, sondern auch gegen Einwirkungen, die ihn in der eigenen Benutzung des Luft-raums hindern oder beeinträchtigen. Daher ist regelmäßig der Mieter einer Wohnung nicht berechtigt, eine Lichtreflektant oder auf dem Dach des Miethauses eine Hochantenne für den Rundfunk anzubringen. Sein Mietrecht bezieht sich in der Regel nicht auf diese Teile des Hauses. Er muß also über die Benutzung dieser Hausteile einen besonderen Vertrag mit dem Eigentümer schließen (RG 116, 93; a. M. DVG 45, 206). — Das Luftverkehrs-gesetz v. 1. 8. 1922/21. 8. 1936 hat das Recht des Grundstückseigentümers am Luftraum über seinem Grund und Boden weitgehend eingeschränkt. Im Interesse des Luftverkehrs hat es die Benutzung des Luft-raums durch Luftfahrzeuge (Flugzeuge, Luftschiffe, Segelflugzeuge, Ballone, Drachen und ähnliche für die Bewegung im Luftraum bestimmte Geräte) grundsätzlich freigegeben (§ 1) und als Ausgleich für diese allgemeine Beschränkung des Grundeigentums lediglich die im § 19 angeordnete Schadenersatzpflicht vorgesehen. Angesichts dieser Regelung ist hier für eine entsprechende Anwendung älterer Vorschriften, z. B. des Rechtsgebanten aus § 75 Einl. PrAM, kein Raum mehr. Auch die Entscheidung RG 100, 69 ist insoweit durch das neue Gesetz überholt (RG 158, 36). Werden Tiere infolge ihrer besonderen Empfindlichkeit durch den Anblick und das Geräusch eines in größerer Höhe ruhig dahinschwebenden Flugzeugs beschädigt (Schreckwirkung bei Silberfischen), so ist für solche Schäden der Betrieb des Luftfahrzeugs nicht mehr ursächlich im Rechtssinne (RG 158, 38). Das Luftverkehrsgesetz wurde geändert und ergänzt durch das Gesetz v. 27. 9. 1938, das insbesondere Baubeschränkungen und Entschädigungsfragen regelt.

3. Hat der Eigentümer kein Verbotungsrecht, so bildet dies, wie sich aus dem „jedoch“ ergibt, eine Ausnahme von Satz 1, also von dem Grundsatz der unbeschränkten Herrschaft des Eigentümers. Wer Einwirkungen vornimmt, hat daher zu beweisen, daß er nach Satz 2 zu der Einwirkung berechtigt ist, insbesondere, daß der Eigentümer an der Ausschließung kein Interesse hat (RG 59, 120; Warn 1926 Nr 158; DVG 5, 383; 18, 121).

4. Das Verbotungsrecht versagt immer dann, wenn der Eigentümer an der Ausschließung kein Interesse hat. Bei der Beantwortung der Frage, ob ein schutzwürdiges Interesse vorliegt oder nicht, können allgemeine Verkehrsanschauungen, unter Umständen auch örtliche Verhältnisse in Betracht kommen (A 2). Daß ein Verbieten wie bei der Schikane (§ 226) nur den Zweck haben könnte, dem Einwirkenden Schaden zuzufügen, ist vom Gesetz nicht erfordert (RG 59, 118; DVG 10, 108). Das schutzwürdige Interesse an der Ausschließung der Einwirkung darf aber nicht außer jeder Beziehung zu der Benutzung des Grundstücks stehen. Deshalb darf z. B. das Verbot des Baus eines Eisenbahntunnels unter dem Grundstück nicht lediglich damit begründet werden, daß der Eigentümer an einem Wettbewerbsunternehmen beteiligt sei (RG Warn 1926 Nr 158). Das Interesse braucht aber kein vermögensrechtliches zu sein. Vielmehr genügt jedes des Schutzes würdige Interesse, auch ein Interesse an der Ausschließung solcher Einwirkungen, die dem Eigentümer erst in der Zukunft bei der Ausnutzung seines Eigentums hinderlich werden könnten (RG 59,

117; Gruch 58, 204; DLG 26, 17). Beispielsfälle für geschützte Interessen: erhebliche Beeinträchtigung des Anblicks des freien Himmels über einem Garten durch Hinüberleiten elektrischer Lichtfabel (Prot 3, 122; RG 59, 117; DLG 5, 384); elektrische Lichtfabel in geringer Höhe über dem Dach eines Wohnhauses (DLG 10, 107); Hinüberleiten einer Drahtseilbahn (DLG 18, 121); Ausbauchung einer vom Nachbar auf der Grenze errichteten Mauer, auf die § 912 keine Anwendung findet (dort A 4), auch wenn nur eine geringe Gefahr des Einsturzes besteht (DLG 34, 171). Führt über ein Grundstück ein öffentlicher Weg, so ist der Eigentümer des Grundstücks in seinem Eigentumsrecht nur insoweit beschränkt, als dies aus der Widmung des Grundstücks zum öffentlichen Wege folgt und durch den Zweck des Weges, dem öffentlichen Verkehr zu dienen, erfordert wird. Die Duldungspflicht des Grundstückseigentümers erstreckt sich daher zwar auf die Anlage einer Beleuchtung des Weges, nicht aber auf Überführungen, welche die Versorgung privater Abnehmer mit elektrischem Licht und elektrischer Kraft zum Zwecke haben (RG Warn 1926 Nr 158). Eine bedeutende Rolle spielt § 905 Satz 2 namentlich für die schon in A 1 a. G., 2 gestreifte Benutzung des Luftraums über öffentlichen, insbesondere städtischen Straßen. Hier hat die Rechtsprechung bisher in der Beschränkung des freien Ausschließungsrechts des Straßeneigentümers eine deutlich spürbare Zurückhaltung geübt und folgende Grundsätze aufgestellt: Eine Stadtgemeinde braucht Lichtreklameanlagen eines Straßenanliegers im Luftraum über der städtischen Straße grundsätzlich nicht nach § 905 Satz 2 zu dulden; für polizeilich genehmigte, den Verkehr nicht behindernde Lichtreklamen geringeren Umfanges kann sich die Duldungspflicht der Stadt aber aus der Widmung der Straße für den öffentlichen Verkehr ergeben (RG 123, 181; JW 1930, 1961²⁰). Aus dieser Widmung folgt jedoch nicht ohne weiteres auch schon die Pflicht der Stadt, eine Lichtreklame zu dulden, die von einem weit in die Straße hineinragenden, nicht hoch über dem Erdboden liegenden Vorbach von erheblicher Flächenausdehnung ausgeht (RG 10. 6. 1931 V 54/31). Ebenso wenig besteht eine Duldungspflicht für Schaukästen eines Straßenanliegers in geringer Höhe über dem Bürgersteige (DLG 18, 121). Aus § 905 Satz 2 folgt auch nicht eine Pflicht der Stadt, ein in den Luftraum über der Straße hineinragendes, polizeilich genehmigtes Vorbach vor einem Hauseingang zu dulden; die Duldungspflicht kann sich aber aus Vertrag oder Gemeingebrauch oder Landesgesetz ergeben (RG 132, 398). In dem viel umstrittenen Urteil RG 150, 216 ist — allerdings beschränkt auf den Bereich des thüringischen Wegerechts — der Grundsatz aufgestellt, daß die Straßeneigentümerin die Benutzung des Luftraums über der Straße zum Tanken eines Kraftwagens mittels einer Schlauchleitung, die von dem auf der Straße haltenden Wagen zu einer neben der Straße auf Privateigentum stehenden Zapfsäule führt, nicht unentgeltlich zu gestatten brauche. In RG 123, 187 wird aber für außerthüringisches Gebiet anerkannt, daß ein solches Tanken unter bestimmten örtlichen Verkehrsverhältnissen sich im Rahmen des Gemeingebrauchs an der Straße halten könne. Es wäre zu wünschen, daß dieser Standpunkt sich in Zukunft für das ganze Reichsgebiet durchsetzte. Von diesem Wunsch nach Rechtseinheit aus betrachtet ist auch das Urteil des SächsJWG in JW 1939, 63⁶⁰ zu bedauern, das mit rechtlich nicht zu beanstandender Begründung für das Land Sachsen kraft öffentlichen Rechts Sondergrundsätze für die Benutzung des Straßensraums zu Reklamezwecken und für das Recht der Stadt, in solchen Fällen „Bezeigungsgelder“ als öffentlich-rechtliches Entgelt zu erheben, aufstellt. Gehört die Straße einem Kreis und führen von zwei Elektrizitätswerken die Straße überquerende Leitungen, welche der Kreis widerruflich gebuldet hat, so kann er die Duldung widerrufen und das Elektrizitätswerk auswählen, dem er die Überquerung der Straße gestatten will, selbst wenn er das Werk wählt, das ihm eine erhebliche Vergütung dafür verspricht. Denn er kann die Freiheit seines Eigentums geltend machen, soweit nicht die Duldungspflicht nach § 905 Satz 2 reicht. Daß er sich für die Benutzung des Luftraums über der Straße von dem einen Werk eine Vergütung versprechen läßt, kann ihm ebenso wenig verwehrt werden, wie wenn er zugunsten eigener Leitungen fremde ausschließen wollte (RG Warn 1931 Nr 7). — Für das Vorhandensein des schutzwürdigen Interesses ist nicht bloß die gegenwärtige, sondern jede mögliche Art der Benutzung des Grundstücks von Bedeutung. Dabei ist auch die Möglichkeit einer Änderung der Verhältnisse in der Zukunft nicht außer Betracht zu lassen (RG 123, 182). Der Eigentümer hat also ein Interesse an der Ausschließung nicht bloß solcher Einwirkungen, die gegenwärtig, sondern auch solcher, die in Zukunft der Ausnutzung seines Grundstücks hinderlich sein können (RG 42, 210; 59, 120). Als Interesse im Sinne des Satzes 2 ist dagegen nicht schon anzusehen die für den Eigentümer ohne die Schranke im Satz 2 sich ergebende Möglichkeit, sich von dem in großer Höhe oder Tiefe Einwirkenden für die Gestaltung der Einwirkung Vorteile auszubedingen. Wollte der Eigentümer sein Interesse an dem Verbot lediglich mit dieser Möglichkeit begründen, so würde er in Wahrheit nicht sein Interesse an der unbeschränkten Ausnutzung seines Eigentums, sondern nur ein Interesse am Nichtbestehen der Einschränkung nach § 905 Satz 2 geltend machen (RG 123, 182; Warn 1926 Nr 158; RG Gruch 58, 201). Droht dem Grundstück durch Einwirkungen, deren Abwehr dem Eigentümer nach Satz 2 verweigert ist, eine nach menschlicher Erfahrung gewöhnlich damit verbundene Gefahr der Beschädigung und verwirklicht sich dann die Gefahr, so ist dem Eigentümer (nach § 858 auch dem Besitzer, Mieter; RG 59, 326; 100, 75) unter entsprechender Anwendung der Grundsätze, nach denen wegen Einwirkungen aus behörd-

lich genehmigten Betrieben an Stelle des verfallenen Abwehrenspruchs ein Schadenersatzanspruch zu gewähren ist (§ 906 A 13), ein Anspruch auf Ersatz des zugefügten Schadens zuzugestehen. Dieser Anspruch besteht auch dann, wenn dem Einwirkenden kein Verschulden zur Last zu legen ist (RG 100, 74; Warn 1921 Nr 57). Er entfällt nur, soweit der Einwand der höheren Gewalt zuzulassen ist (RG 100, 75). Die Schadenersatzpflicht nach dem Luftverkehrs-gesetz ist in A 2 a. E. besprochen.

§ 906

1) Der Eigentümer 2) eines Grundstücks kann die Zuführung 3) von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen 4) und ähnliche 5) von einem anderen Grundstück ausgehende 6) Einwirkungen 1) insofern nicht verbieten 7), als 8) die Einwirkung die Benutzung 9) seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt 10) oder durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist 11). Die Zuführung durch eine besondere Leitung 12) ist unzulässig 13).

CI 850 II 820; M 3 264—268; P 3 123—125; 6 225, 226. DS. 186 ff.

1. Nach § 903 in Verbindung mit § 905 würde jede, auch eine unwesentliche Einwirkung auf ein Grundstück und den Raum über dessen Oberfläche unzulässig sein. § 906 schränkt den Grund-satz des § 903 ein, um den Bedürfnissen des Lebens Rechnung zu tragen (RG ZW 1910, 941¹⁸; 1911 S. 587³³, 767³¹). Die Einschränkung bezieht sich auf die Einwirkung durch Zuführung unabhägbarer Stoffe, d. h. auf Arten der mittelbaren oder unmittelbaren Hinüberwirkung von einem Grundstück auf das andere, die darin bestehen, daß die gewöhnlichen Lebens-richtungen und die wirtschaftlichen und gewerblichen Vorgänge dem Luftmeer gasförmige oder sonst in der Luft schwebende Körper überliefern, die der Bewegung des Luftmeeres folgen, und daß die menschliche Tätigkeit von naturgesetzlichen Wirkungen begleitet ist, die sich weiter fortpflanzen, wie Erschütterung, Wärme, Geräusch (M 3, 264). Soweit die Voraussetzungen des § 906 nicht vorliegen, ist jede Einwirkung unzulässig (RG 76, 132). Dabei ist nicht erforderlich, daß die schädlichen Einwirkungen menschlicher Tätigkeit ihre Entstehung verdanken. Die Einwirkungen von dem Nachbargrundstück aus können vielmehr auch in Naturereignissen ihre Ursache haben. Nicht notwendige Voraussetzung für die Berechtigung zur Abwehr ist ferner, daß die Einwirkungen lediglich durch Naturgesetze und unbelebte Naturkräfte vermittelt werden. Vielmehr können auch Einwirkungen durch Wachstum der Pflanzen oder tierische Tätigkeit auf dem Nachbargrundstück zur Abwehr berechtigigen. Beispielsfälle für diese Grundfälle sind in A 6 aufgeführt. Die Begrenzung der im § 906 gemeinten Einwirkungen ist aus den vom Gesetz angeführten Beispielen und aus dem Wort „ähnliche“ zu entnehmen (RG 76, 131). Danach sind unter Einwirkungen zunächst nur sinnlich wahrnehmbare, wenn auch unabhägbar Einwirkungen zu verstehen; nicht immaterielle oder ideale (z. B. nicht die Einwirkung durch den Betrieb eines mit Feuer- und Explosionsgefahr verbundenen Gewerbes oder eines Bordells: RG 50, 227; 57, 239). Ferner ist ein stoffliches Hinüberwirken von dem Nachbargrundstück vorausgesetzt. Nach §§ 903, 905 wird aber nur die senkrechte Luftsäule über dem Grundeigentum gegen Eingriffe geschützt (§ 905 A 2). Daher kommen für die Frage der Zulässigkeit nach § 906 von vornherein nicht in Betracht die sog. negativen Einwirkungen, z. B.: Schattenwerfen, Entziehung von Licht, Luft oder Aussicht durch Bauten auf dem Nachbargrundstück (RG 51, 254; 98, 16; JW 1908, 142¹²; 1937, 2928³⁰; SRR 1931 Nr 939); Abhaltung des Luftzugs, Behinderung des Windes für eine Windmühle (RG JW 1909, 161¹⁹; Gruch 65, 613); durch ein Gebäude verursachte Windstauungen, Wirbel- und Stoßwinde, welche die Leistung einer Windmühle verringern (RG Gruch 65, 612); das durch das bloße Dasein eines Gebäudes auf einem Nachbargrundstück verursachte Abprallen des Windes und des Regens (RG Gruch 58, 1028); Abführungen, Entziehung von Stoffen (RG Gruch 57, 992; A 3). Weiter müssen die Zuführungen entweder auf das Grundstück (sei es auf das ganze, sei es auf Teile desselben: RG Warn 1909 Nr 359; RG 3. 6. 1931 V 265/30) und die dort befindlichen Sachen schädigend einwirken oder die auf dem Grundstück sich aufhaltenden Personen berart belästigen, daß ihr gesundheitliches Wohlbefinden gestört oder ein körperliches Unbehagen bei ihnen hervorgerufen wird (RG 76, 131). Daher ist nicht als Einwirkung zu erachten ein Anblick, der durch Vorgänge auf einem Nachbargrundstück dargeboten wird, mag auch dadurch (z. B. schamloses Verhalten badender Personen) das seelische Empfinden der die Vorgänge erblickenden Personen verletzt werden (RG 76, 130). Gegen Einflüsse, die sich nicht als Einwirkungen im vorbezeichneten Sinne darstellen, gewährt das Gesetz, weil sie zu unwesentlich sind oder sich innerhalb des Herrschaftsgebietes (§§ 903, 905) des Nachbareigentümers halten, überhaupt kein Recht der Abwehr, insbesondere nicht das Recht

der Klage auf Unterlassung gemäß § 1004 (RG 76, 132). Der Eigentümer muß sie sich auch dann gefallen lassen, wenn sie gegen seinen Willen erfolgt sind (RG 131, 336). Nur wenn in solchen Einflüssen der Tatbestand einer unerlaubten Handlung nach §§ 823 ff., insbesondere § 826, zu finden ist, kann neben einem Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens ein Anspruch auf Unterlassung künftiger schädigender Handlungen gegeben sein (z. B. im Falle des Betriebs eines Bordells mit dem Bewußtsein der Entwertung eines in der Nähe befindlichen Wohnhauses oder wenn der Nachbar auf seinem Grundstück fortdauernd Vorgänge, die das Schamgefühl verletzen, offensichtlich duldet: RG 57, 240; 76, 133). — Das Recht des Nachbarn auf Einwirkungen kann, da zwingende Vorschriften nicht entgegenstehen, durch Vereinbarung über § 906 hinaus erweitert werden. Eine solche Vereinbarung kann auch stillschweigend (durch schlüssige Handlungen) erfolgen. Z. B. kann in der Veräußerung eines Grundstücksteils zu einem voraussehbar dem Restbesitz nachteiligen Betriebe oder in dem Erwerb eines Teils eines Fabrikgrundstücks die Vereinbarung gefunden werden, daß die mit dem Fabrikbetrieb notwendig verbundenen, wenn auch wesentlichen, beim Erwerb voraussehbaren Beeinträchtigungen von dem anderen Teil geduldet werden sollen (RG 29, 268; 66, 126; JW 1895 S. 172²⁵, 173³⁷; 1896, 214⁵⁹; 1909, 725²⁰; SeuffA 58 Nr 142). Die Vereinbarung kann auch mit Wirkung zugunsten der Sondernachfolger des Berechtigten gemäß §§ 328 ff. getroffen werden, dagegen nicht mit Wirkung gegen die Sondernachfolger des Verpflichteten. Diese können vielmehr nur durch Bestellung einer Dienstbarkeit (§§ 873, 1018, 1090) gebunden werden (RG 66, 128; JW 1909, 725²⁰). Weiter kann auf Grund des öffentlichen Rechts eine Verpflichtung zur Duldung von Einwirkungen über § 906 hinaus bestehen oder doch der Rechtsweg auf Unterlassung der Einwirkung ausgeschlossen sein. So z. B. im Falle der Zuführung von Geräuschen durch den Reichspostbetrieb (RG 73, 270) oder durch lärmende Häufige auf einer Polizeiwache (RG Warn 1908 Nr 380). Vgl. ferner für Preußen: über landespolizeilich genehmigte Betriebsanlagen RG 59, 70; Gruch 44, 981 ff.; über Läuten mit Kirchenglocken RG 56, 25. Endlich kann trotz übermäßiger Einwirkung durch reichsrechtliche (z. B. § 26 GewO) oder landesgesetzliche Sondervorschriften (z. B. im Bereich der GG Artt 67, 109, 124, 125: Bergbau, Enteignung, nachbarrechtliche Beschränkungen, Eisenbahnen und andere Verkehrsunternehmungen) der Anspruch auf Beseitigung der Störung ausgeschlossen und nur ein Schadenersatzanspruch gegeben sein. Hierüber findet sich das Nähere in A 13. Handelt es sich um Schädigungen, die durch Wasserzustrom infolge einer in einem Flussbett und im Überschwemmungsgebiet angebrachten Anlage verursacht sind, so liegt die Frage nach der rechtlichen Bedeutung und den rechtlichen Folgen des Zuflusses auf dem Gebiet des Wasserrechts (RG Warn 1910 Nr 447; JW 1912, 391¹²), für welches nach Art 65 GG landesrechtliche Vorschriften maßgebend sind. Ist nach diesen Vorschriften die Einwirkung gestattet, so muß der dadurch beeinträchtigte Eigentümer sie auch dulden und kann wegen des Zuflusses keine Entschädigung verlangen (RG 122, 136). Wo aber landesrechtliche Vorschriften fehlen, greifen die Vorschriften des Reichsrechts, insbesondere also die §§ 903 ff. BGB Platz (RG 155, 156). Einzelheiten hierzu bringt A 5.

2. Außer dem Eigentümer des Grundstücks muß die nicht übermäßige Einwirkung des § 906 auch derjenige dulden, der das Grundstück besitzt (z. B. ein Pächter, Mieter, Mißbraucher: RG 105, 216; JW 1932, 2984¹¹).

3. Unter Zuführung ist, wie sich aus der Gegenüberstellung mit „Leitung“ im Satz 2 ergibt, eine von menschlichem Zutun unabhängige (A 1, 6), natürliche Verbreitung der unwägbaren Stoffe über die Grenze hinaus zu verstehen (M 3, 265; Prot 3, 124). Ausführungen, Entziehungen von Stoffen, insbesondere von Luft, Grundwasser u. dgl., fallen nicht unter § 906 (RG 98, 16; JW 1908, 142²; 1909 S. 161¹⁰, 174²⁶; Warn 1913 Nr 96; Gruch 57, 992; A 1 u. A 5, „Wasser“).

4. **Beispielsfälle** aus der Rechtsprechung über die Einwirkungen durch Zuführung von Gasen: RG 63, 374 (Gase aus dem gedrochnen Rohrnetz einer Gasanstalt); JW 1912, 752¹⁷ (Gase aus einer chemischen Fabrik); **Dämpfen, Rauch, Ruß**: RG 58, 130; 63, 376; 65, 70; 70, 155; JW 1905, 131¹; Gruch 49, 1132; Warn 1914 Nr 190; 1915 Nr 284 (Eisenbahnbetrieb); **Geräuschen**: RG 70, 311 (Pumpstation); 155, 316 (Abbederei); JW 1904, 203¹⁵ (von einem Hotel austretende Küchengerüche und Dünste); Warn 1914 Nr 189 (Knochentocherei); 1915 Nr 83 (Dunstgestank aus einer Sägemästerei); 1915 Nr 285 (Bedürfnisanstalt auf städtischer Straße); DLG 18, 122 (Straßenkanäle); **Wärme**: RG JW 1905, 495²¹ (Einwirkung eines Dampffessels auf einen Eiseller); **Geräuschen und Erschütterungen**: RG 70, 311 (Pumpstation); 57, 224; Warn 1910 Nr 118; 1915 Nr 284 (von einem Straßenbahndepot oder einem Eisenbahn-Rangierbahnhof ausgehendes Geräusch); RG 59, 71 (Geräusch von elektrischen Hochbahnen); RG 5. 7. 1933 V 88/33 (Geräusche von einer Straßeneisenbahn); Warn 1936 Nr 172 (Geräusche, die von einer Kraftwagenwerkstätte zu einem benachbarten Hotel herüberdringen); JW 1937, 2116¹⁰ (Geräusche, Gerüche, Lichtreflexe von einer benachbarten Garage aus); JW 1904, 175¹⁸; 1905, 231⁹ (Regeln); 1908, 682¹⁴; 3. 6. 1931 V 265/30 (Schießstand); 1909, 50¹⁵ (lärmende Gesamtwirkung mehrerer Maschinen im Fabrikbetrieb); 1910, 654¹³ (Drausen von Fesseln in Leichenanlagen); Warn 1915 Nr 83; 1917 Nr 244 (Echnattern der Gänge aus einer Sägemästerei); 1915 Nr 141 (Hochofenwerk); 1912 Nr 342; 25. 6. 1910 V 506/09 (Geräusche während der Dauer des Baues eines Kanals, einer Eisenbahn); 1917 Nr 245 (Geräusche

aus dem Küchenbetrieb einer Speisewirtschaft); Gruch 57, 1001; Warn 1916 Nr 138; JW 1927, 45⁹ (Musik und Gesang in einem Speisehaus); 1932, 400⁷ (Musikgeräusche aus einer Vergnügungstätte); Warn 1930 Nr 194 (Musik im Garten einer Gastwirtschaft); Gruch 58, 1024 (Kindergeschrei aus einem Säuglingsheim); DVG 29, 337 (großer Pferdehstall einer Brauerei an der Straße); RG 133, 152 (Erschütterungen durch einen zweistöckigen Omnibuskraftwagen); Warn 1935 Nr 132 (Erschütterungen durch verstärkten Straßenverkehr).

5. **Ähnliche Einwirkungen**, die sinnlich wahrnehmbar sind (A 1) und sich durch die Luft oder sonst auf natürlichem Wege verbreiten, sind z. B.: Staub (RG JW 1910, 654¹²; 1912, 31¹⁵; SeuffA 42 Nr 100; 48 Nr 247; auch RG 60, 140: Sand von Sandtippen); Flugasche (RG 40, 182; JW 1908, 11¹²; 1910, 20²⁰; 1912, 31¹⁵; 1938, 1952⁸; Warn 1919 Nr 172); Flugstaub (RG 156, 314; JW 1938, 1952⁸); Funken (RG 17, 103; 58, 130; JW 1910, 20²⁰; Warn 1913 Nr 226; 1914 Nr 190; 1916 Nr 168; a. M. JW 1910, 619¹³, wonach Funkenauswurf nicht zu den Einwirkungen gehört, die § 906 unter Umständen zuläßt); Abbrennen von Feuerwerk, wobei Rückstände und glimmende Teile der Feuerwerkskörper hinüberfallen (RG JW 1927, 45⁹); künstlich erzeugte starke Kälte (RG VI 77/01); schädliche Ausdünstungen (z. B. von einer Bedürfnisanstalt, einer Duggrube: RG 37, 172; JW 1900 Beil 25; Warn 1925 Nr 83, 285; SeuffA 53 Nr 8). **Dagegen fällt nicht unter § 906**, weil es sich nicht um unwägbare Stoffe handelt, die sich auf natürlichem Wege verbreiten, das **Eindringen von festen Körpern**, z. B. von Tieren, etwa Tauben (RG 76, 132). Wenn die neuere Rechtsprechung unter Hinweis auf den Gesetzeszweck auch den Bienenflug dem § 906 unterstellt (RG 141, 406; DVG 26, 23; HR 1932 Nr 447), so entspricht das wohl mehr einem praktischen Bedürfnis als der Fassung des Gesetzes. Sicher fällt nicht mehr unter § 906 die Zuführung von Steinen aus einem Steinbruch (RG 76, 132; Warn 1918 Nr 55) und von Kugeln aus einem Schießplatz (RG Warn 1911 Nr 330; vgl. jedoch RG Gruch 45, 1016 und § 907 A 7). Ebensovienig fällt unter § 906 das Eindringen von **flüssigkeiten** (z. B. Siderwasser), die nicht in der Luft aufgelöst sind (M 3, 265; RG Warn 1913 Nr 15; SeuffA 76 Nr 90; V 46/11). In diesen Fällen unterliegt also der Eigentümer den Beschränkungen des § 906 nicht, kann vielmehr nach §§ 903, 905, 1004 derartige Einwirkungen grundsätzlich unbedingt verbieten (RG Warn 1918 Nr 55; SeuffA 76 Nr 90). Doch kann ihm auch hier durch sonderrechtliche Bestimmungen eine Duldungspflicht auferlegt sein (A 13). Was den Ab- und Zulauf von **Wasser** anlangt, so bestimmt sich die Zulässigkeit einer solchen Einwirkung gemäß Art 65 GG nach Landesrecht (RG Warn 1913 Nr 15). Das gilt insbesondere auch für: Überschwemmungen bei Hochwasser eines Flusses (RG JW 1912, 391¹²); Einwirkungen von einer mit einem Eisenbahnbetrieb zusammenhängenden Entwässerungsanlage (RG Warn 1910 Nr 447); Einwirkungen von Stauanlagen, insbesondere auf uferanliegende Grundstücke (RG 90 S. 49, 61; 93, 104); Entziehung unterirdischer Wasser (RG Warn 1913 Nr 96; V 100/09; DVG 26 S. 19, 336; 34, 173); Entziehung von Quellen (RG Warn 1913 Nr 153). Wo aber landesrechtliche Vorschriften fehlen, greift das Reichsrecht Platz (A 1 a. E.). Natürlich kann § 906 niemals Platz greifen, wenn Wasser überhaupt nicht die Grenze überschreitet, sondern nur der Wasserablauf des Nachbargrundstücks behindert wird (§ 907 A 4). Für **Preußen** waren früher namentlich zu beachten §§ 99 ff. URN I 8, das Vorflutedikt v. 15. 11. 1811 und das Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse v. 28. 2. 1843. Wegen der Rechtslage, die sich aus diesen Vorschriften ergab, wird auf die früheren Auflagen verwiesen. Gegenwärtig ist in dem Wassergesetz v. 7. 4. 1913 hauptsächlich folgendes bestimmt: Es ist verboten, Erde, Sand, Schlacken, Steine, Holz, feste und schlammige Stoffe sowie tote Tiere in einen Wasserlauf einzubringen (§ 19 Abs 1 Satz 1). Wer Wasser oder andere flüssige Stoffe über den Gemeingebrauch hinaus in einen Wasserlauf einleiten will, hat dies vorher der Wasserpolizeibehörde anzuzeigen, die über die Zulässigkeit entscheidet (§ 23 Abs 1). Für den Schaden, der durch unerlaubte Verunreinigung eines Wasserlaufs entsteht, haftet der Unternehmer der Anlage, von der die Verunreinigung herrührt (§ 24 Abs 1 Satz 1). Jedermann ist gestattet, in die natürlichen Wasserläufe erster, zweiter und dritter Ordnung Wasser sowie die in der Haushaltung und Wirtschaft entstehenden Abwässer einzuleiten, wenn dadurch andere nicht benachteiligt werden (§ 25 Abs 1, 2). Durch den Gemeingebrauch von Wasserläufen erster Ordnung, die im Eigentum des Staates stehen (§§ 7, 8), darf anderen der Gemeingebrauch nicht unmöglich gemacht oder erheblich erschwert werden (§ 37). Die Eigentümer von Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung (die Uferanlieger) dürfen zum Nachteil anderer weder die Vorflut verändern noch das Wasser verunreinigen. Sie dürfen auch den Wasserstand nicht derart verändern, daß andere in der Ausübung ihrer Rechte am Wasserlauf beeinträchtigt oder fremde Grundstücke beschädigt werden (§ 41). Durch Verleihung können weitergehende Rechte erworben werden (§§ 46 ff.). Für Gewässer, die nicht zu den Wasserläufen gehören, ist u. a. bestimmt: Der Eigentümer eines Grundstücks darf den Abfluß des oberirdisch außerhalb eines Wasserlaufs abfließenden Wassers nicht künstlich so verändern, daß die tiefer liegenden Grundstücke belästigt werden (§ 197 Abs 1). Er darf aber solches von einem anderen Grundstück abfließendes Wasser von seinem Grundstück abhalten (§ 198 Abs 1). Das unterirdische Wasser darf er nicht dauernd in weiterem Umfang als für die eigene Haushaltung und Wirtschaft zutage fördern, wenn dadurch der Wassergewinnungsanlage oder der benutzten Quelle eines

anderen das Wasser entzogen oder wesentlich geschmälert oder wenn die bisherige Benutzung eines anderen erheblich beeinträchtigt wird (§ 200 Abs 1).

6. Die Einwirkung muß von einem anderen Grundstück ausgehen. Daher fällt z. B. Lärm durch Ansammlung des Publikums auf der Straße infolge eines Gewerbebetriebes auf dem anderen Grundstück nicht unter § 906 (RG 57, 240). Ebenso wenig die Einwirkung vagabundierender elektrischer Ströme einer elektrischen Straßenbahn auf eine Gasrohranlage, da weder die Anlagen Grundstücke sind noch die Inhaber der Anlagen als Grundeigentümer in Betracht kommen (RG 81, 216). Das andere Grundstück braucht indessen nicht unmittelbar benachbart zu sein (RG 59, 322). Es genügt, wenn es so nahe liegt, daß die Wirkungen der von ihm ausgehenden unwägbarer Stoffe sich auf das leidende Grundstück erstrecken (RG 105, 216; Gruch 66, 478). Das Ausgehen von dem andern Grundstück braucht nicht auf menschlicher Tätigkeit zu beruhen (RG Gruch 54, 1007). Vielmehr können die Einwirkungen auch in Naturereignissen (z. B. Haldeinstürzen bei anhaltenden Regengüssen) ihre Ursache haben (RG 51, 408; JW 1910, 654¹³; Gruch 54, 156; Seuffl 60 Nr 103). Ferner können die Einwirkungen auch auf andere Weise als durch Naturgesetze und unbelebte Naturkräfte vermittelt werden, z. B. durch das Wachstum von Pflanzen (RG JW 1910, 654¹⁴) oder durch Außerungen tierischer Tätigkeit (z. B. Quaken von Fröschen, Schnattern von Gänzen: RG JW 1910, 654¹³; Warn 1915 Nr 83).

7. Nicht verboten bedeutet, daß der Eigentümer wegen der Einwirkungen die Eigentumsfreiheitsklage (§ 1004) nicht anstellen darf. Er kann aber Maßregeln zur Abwehr der Einwirkungen treffen (z. B. Schutzwände errichten: M 3, 268). Dazu verpflichtet ist er nicht (RG JW 1898, 447²⁰). Z. B. braucht der durch Geräusche beeinträchtigte Eigentümer nicht die Fenster ständig geschlossen zu halten (RG Warn 1909 Nr 359). Wegen die Voraussetzungen des § 906 (Unwesentlichkeit der Beeinträchtigung oder Ortsüblichkeit der Grundstücksbenutzung) nicht vor, so braucht der Eigentümer nach dem Grundsatz des § 903 die Einwirkungen von dem Nachbargrundstück auch dann nicht zu dulden, wenn die Benutzung des Nachbargrundstücks einem Wohlfahtszweck dient (RG 70, 313; Warn 1914 Nr 289). Gehen aber die Einwirkungen von Betrieben aus, die für die Volksernährung oder für die Volksgesundheit von besonderer Bedeutung sind, so ist die Rechtslage durch die Reichsgesetze v. 13. 12. 1933 (RGBl I, 1058) und v. 18. 10. 1935 (RGBl I, 1247) besonders geregelt. Näheres hierüber findet sich in A 13 Abs 2.

8. Aus den Worten insoweit . . . als folgt, daß derjenige, der gegenüber der Regel des § 903 die Zulässigkeit der Einwirkung geltend macht, die Voraussetzungen für die Ausnahme der Zulässigkeit nach § 906 Satz 1 nachweisen muß (Prot 3, 125; 6, 225; RG 57, 228; 64, 365; 105, 217; JW 1901, 640; 1902 Weil 202; 1908, 682¹⁴; 1910, 20²⁰; 1911 S. 325²⁰, 326²¹; Warn 1908 Nr 641; 1912 Nr 215; 1915 Nr 141, 284; 1917 Nr 244). Das gilt sowohl für den Beweis der Unwesentlichkeit der Einwirkung als auch für den Beweis der Gewöhnlichkeit der Benutzung des einwirkenden Grundstücks. Ist bei einer Veränderung der Benutzung dieses Grundstücks das ursprüngliche Maß der Benutzung gesteigert worden, so erstreckt sich die Beweispflicht auch auf die Gewöhnlichkeit der gesteigerten Benutzung (RG Warn 1930 Nr 194; JW 1932, 400⁷).

9. Es kommt bei der Frage der Wesentlichkeit einer Beeinträchtigung nicht bloß die regelmäßige oder bisherige, sondern auch jede neue Art der Benutzung des Grundstücks, auf das eingewirkt wird, in Betracht (Prot 3, 125). Z. B. kann für diese Frage erheblich sein, ob das Grundstück nur Ackerland ist, dessen künftige Bebauung in keiner Aussicht steht, oder ob es zwar unbebaut, aber zum Bau land geeignet und bestimmt ist (RG 70, 311). Gleichgültig ist, ob das beeinträchtigte Grundstück durch den Eigentümer oder durch einen andern Besitzer (z. B. einen Pächter, auf dessen Pflanzungen eingewirkt wird) benutzt wird (RG 105, 215).

10. Ob die Benutzung nur unwesentlich beeinträchtigt ist, muß in jedem einzelnen Falle nach einem allgemeingültigen Maßstab bestimmt werden (RG 70, 313; JW 1911, 325²⁰). Dabei ist das Empfinden des normalen Durchschnittsmenschen maßgebend (RG 57, 224; JW 1904 S. 143¹², 203¹⁶, 384⁸; 1932, 400⁷; Warn 1910 Nr 446; Seuffl 45 Nr 396; 52 Nr 269; Gruch 48, 941). Eine besondere Empfindlichkeit (nervöse Veranlagung) einer von den Einwirkungen betroffenen Person muß außer Betracht bleiben (RG SRR 1932 Nr 1578). Dem zeitlichen Wandel der Anschauungen darüber, was wesentlich oder unwesentlich sei, ist namentlich unter Berücksichtigung der Fortschritte des Verkehrs, der Technik und der Denkhweise beteiligter Volksteile Rechnung zu tragen (RG Warn 1936 Nr 172; A 11 e). Im allgemeinen sind einmalige vorübergehende Beeinträchtigungen nicht wesentlich; wohl aber können es regelmäßig wiederkehrende sein (RG Seuffl 48 Nr 394). Dauernde Beeinträchtigung ist zur Annahme der Wesentlichkeit nicht erforderlich (RG 57, 227; JW 1911, 587²³; V 369/03); auch nur zeitweilige und in unregelmäßigen Abständen auftretende Beeinträchtigungen (z. B. Knallgeräusche von Schießständen, die nur gelegentlich benutzt werden) können genügen (RG 15. 1. 1919 V 295/18; 3. 6. 1931 V 265/30). Eine wesentliche Beeinträchtigung kann sich z. B. durch die Benutzung einer Anlage auf dem anderen Grundstück ergeben, wenn die Anlage in unmittelbarer Nähe des beeinträchtigten Grundstücks sich befindet (RG Warn 1911 Nr 187; 1912 Nr 215; A 11 a). Bei dem Betrieb mit zweistöckigen Omnibuskraftwagen ohne Luftbereifung ist zu prüfen, ob die von der Linie berührten Stadtteile sämtlich oder überwiegend ruhige und villenartig bebaute Wohnviertel sind, welchen Umfang

der zu bewältigende Verkehr hat und ob zur Verhütung wesentlicher Erschütterungen nach den Verkehrsbedürfnissen eine Schonung der Straßenanwohner durch Benutzung leichterer Wagen möglich und angebracht ist (RG 133, 152). Die von einem Eisenbahnbetrieb ausgehenden Einwirkungen können, auch wenn sie Beeinträchtigungen in erheblichem Maße bewirken, regelmäßig nur dann als unzulässig erachtet werden, wenn die Erheblichkeit der Beeinträchtigung in einer außergewöhnlichen Art und Weise des Betriebes ihren Grund hat (RG 70, 154; Warn 1909 Nr 217; 1910 Nr 118; A 11 a). Doch kann auch hier eine wesentliche Beeinträchtigung anzunehmen sein, wenn die Eisenbahn in außergewöhnlicher Nähe am beeinträchtigten Grundstück vorüberführt (RG Warn 1914 Nr 190). Geräusche, Auspuffgase und Lichtreflexe aus einer benachbarten Garage für einige Kraftwagen werden regelmäßig als nur unwesentliche Beeinträchtigung anzusehen sein (JW 1937, 2116¹⁹). Geht von demselben Grundstück verschiedene störende Einwirkungen aus, so entscheidet über die Frage ihrer Wesentlichkeit die Gesamtwirkung aller Einwirkungen. Die Frage ist also auch dann zu bejahen, wenn jede einzelne Einwirkung, für sich allein betrachtet, keine wesentliche Beeinträchtigung zur Folge hat (RG JW 1909, 50¹⁵; 22. 11. 1935 V 74/35). Finden bereits von mehreren Grundstücken aus nicht wesentliche und deshalb zu duldenbe Einwirkungen auf das beeinträchtigte Grundstück statt und wird der aus diesen Einwirkungen sich ergebende Gesamtzustand des Grundstücks durch das Hinzutreten weiterer gleichartiger Einwirkungen nicht erheblich verändert, so sind auch diese Einwirkungen nicht wesentlich (RG 99, 180; JW 1910, 149¹⁴). Unter Umständen können jedoch Einwirkungen, die für sich allein unwesentlich beeinträchtigende wären, wesentlich beeinträchtigende werden, wenn durch ihre Vereinigung mit Einwirkungen von andern Grundstücken aus eine das Maß des Zulässigen überschreitende schädliche Gesamtwirkung hervorgerufen wird, an der sie wesentlich beteiligt sind (RG 99, 180).

11. Auch eine wesentliche Beeinträchtigung kann nicht verboten werden, wenn sie durch eine **ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks** herbeigeführt wird.

Voraussetzung für die Duldungspflicht aus diesem Grunde ist:

a) **Gewöhnlichkeit der Benutzung des anderen Grundstücks.** Die einwirkende Benutzung des Nachbargrundstücks muß also eine der Benutzung anderer Grundstücke in der Umgebung gleiche oder doch im wesentlichen gleichartige sein (RG JW 1910, 941¹⁸; Warn 1910 Nr 446; 1912 Nr 215; 1915 Nr 284; 1917 Nr 244; Gruch 53, 1033; 58, 1026; DLG 34, 172). Dabei ist sowohl auf die Art und Weise als auch auf das Maß der Benutzung zu sehen. Beispielsfälle in RG JW 1911 S. 326²¹, 587³³; 1927, 45⁹; Gruch 58, 1026; Warn 1914 Nr 190; 1915 Nr 284, 285; Nachbarbetrieb: RG 57, 224; JW 1902 Weil S. 202; 1927, 45⁹; bei Fabriken Maß des Kohlenverbrauchs und der dadurch bewirkten Rauchentwicklung: RG 105, 217; lange und spät andauernde Musik mit laut tönenden Instrumenten im Freien eines Gartenrestaurants: RG Warn 1930 Nr 194; keine Steigerung der ortsüblichen Einwirkungen verursachenden Benutzung: RG JW 1903 Weil 103; 1910, 941¹⁸; 1911, 326²¹; Warn 1909 Nr 216; 1930 Nr 194; Gruch 47, 952. Bei Einwirkungen von einer Anlage aus kann sich ergeben, daß die Anlage (z. B. eine Bedürfnisanstalt auf städtischer Straße) zwar ebenso eingerichtet ist wie gleiche Anlagen auf anderen Grundstücken dieser Lage, daß aber ihre Benutzung nach Art und Maß eine ungewöhnliche ist (RG Warn 1915 Nr 285). So müssen z. B. die Straßenanwohner das allgemeine ortsübliche Geräusch einer Straßenbahn sich gefallen lassen, dagegen nicht das in der Nähe der Depots bis in die Nacht hinein andauernde Geräusch (RG 57, 224). Dasselbe gilt für einen Eisenbahnbetrieb einerseits in Außenbezirken einer Großstadt, andererseits auf einem Rangierbahnhof (RG 70, 154; Warn 1910 Nr 118) oder in einer außergewöhnlichen Nähe des beeinträchtigten Grundstücks (RG Warn 1914 Nr 190; 1915 Nr 284; A 10). Ferner kann die Einwirkung auf ein Nachbarhaus deshalb ungewöhnlich sein, weil sie durch den Betrieb einer Anlage verursacht wird, die unmittelbar an das Haus anstößt (RG Warn 1911 Nr 187; 1912 Nr 215; A 10). Gleichgültig ist, ob und wie auch von anderen Grundstücken auf das beeinträchtigte Grundstück eingewirkt wird (RG Warn 1910 Nr 446), sofern diese Einwirkungen durch Benutzungen herbeigeführt werden, die andersgeartet sind als die in Frage stehenden (RG Warn 1917 Nr 244). Ebensovienig kommt es darauf an, ob die überwiegende Mehrheit der Einwohner des Ortes Einwirkungen der betreffenden Art erträgt (RG JW 1910, 941¹⁸; unten e). Ferner kommt es bei der Frage der Gewöhnlichkeit (Ortsüblichkeit) nicht auf die Art der Benutzung des leidenden Grundstücks, sondern nur auf die Benutzungsart des einwirkenden Grundstücks an (RG 139, 31; Warn 1911 Nr 187). Ohne Bedeutung sind schließlich auch die Wirkungen, die die Benutzung des schädigenden Grundstücks etwa auf das leidende Grundstück ausübt (RG Gruch 57, 1005).

b) **Nach den örtlichen Verhältnissen** muß die Benutzung gewöhnlich sein. Es kommt also darauf an, ob die örtlichen Verhältnisse sachlich (objektiv) so liegen, daß die Benutzung als eine gewöhnliche zu gelten hat. Die Anschauung der Polizeibehörde über die Ortsüblichkeit ist an sich nicht maßgebend (RG JW 1905, 231⁹). Doch kann die Annahme der Ortsüblichkeit auf eine gutachtliche Äußerung der Polizeibehörde gegründet werden, wenn diese Äußerung der Volksanschauung (unten e) entspricht (RG Warn 1913 Nr 227).

c) Bei Grundstücken muß die fragliche Benutzung gewöhnlich sein. Daher kommt es auf eine gleichartige Benutzung bei einer Mehrheit von Grundstücken an (RG 57, 229; JW 1910, 236¹⁵; Gruch 48, 605). Die Frage, ob mehrere Grundstücke vorliegen, ist hier aber nicht nach der Eintragung im Grundbuch, sondern nach wirtschaftlichen Rücksichten und nach der selbständigen Bedeutung der Grundflächen zu entscheiden (RG 70, 153; JW 1910, 236¹⁵; 1927, 45⁹). Daher kann z. B. eine einheitliche Eisenbahn- oder Straßenbahnanlage in dieser Beziehung einer Mehrheit von Grundstücken gleichgültig werden (RG 70, 154; Warn 1910 Nr 118; 1915 Nr 284). Wenn ein Betrieb auf mehreren Grundstücken stattfindet, die zwar im Grundbuch als selbständige Grundstücke gebucht sind, wirtschaftlich aber eine Einheit bilden, so bleibt der Betrieb auf dem ganzen Gelände für die Frage der Gewöhnlichkeit außer Betracht (RG JW 1927, 45⁹), es sei denn, daß er ausnahmsweise der Gegend einen besonderen Charakter ausdrückt (N 11 d a. E.). Nicht erforderlich ist, daß die Benutzungsart auf allen Grundstücken der fraglichen Gegend stattfindet (z. B. Regeln: RG JW 1905, 231⁹; Gruch 48, 605) oder daß die Benutzungsarten auf den mehreren Grundstücken genau die gleichen sind (RG Gruch 53, 1033; oben a).

d) In der Lage des beeinträchtigenden Grundstücks muß die geübte Benutzung bei Grundstücken gewöhnlich sein. Auf die Lage und Benutzungsart des von den Einwirkungen betroffene Grundstücks kommt es bei der Entscheidung der Frage nach der Ortsüblichkeit nicht an (oben a. E.). Maßgebend sind daher in der Regel die Verhältnisse der Stadt oder des Dorfes, in dem das schädigende Grundstück liegt (RG JW 1910 S. 149¹⁴, 236¹⁵; Seuffl 60 Nr 199). Der Kreis der zum Vergleich in der Benutzungsart heranzuziehenden Grundstücke deckt sich aber nicht stets mit dem Umfang einer Ortschaft (RG JW 1916, 149¹⁴; Warn 1919 Nr 64). Vielmehr ist maßgebend, inwieweit nach allgemeiner Anschauung Grundstücke im Umkreise der beeinträchtigenden Anlage in der hier fraglichen Beziehung als zusammengehörig gelten. Danach wird der Kreis je nach der Lage des Einzelfalles weiter oder enger sein können als der der Ortschaft (RG 70, 154; 105, 217; JW 1910 S. 149¹⁴, 236¹⁵, 941¹⁸; 1916, 149¹⁴; Warn 1910 Nr 446; 1915 Nr 285; 1919 Nr 64; 1930 Nr 194). Unter Umständen kann also auch ein einzelner Bezirk einer Ortschaft bei der Beurteilung der örtlichen Verhältnisse eine selbständige Bedeutung haben (RG 133, 154; 139, 32). Doch darf die Ausschließung einer bestimmten Lage aus dem Ortschaftsgebiet als unzulässig unbeträchtlichem Umfang kann nicht schon deshalb die Bedeutung einer besonderen Lage innerhalb eines Stadtgebietes beigelegt werden, weil die in ihm obwaltenden Bebauungs- und Benutzungsverhältnisse sich nicht völlig mit den entsprechenden Verhältnissen in den angrenzenden Gebieten decken (RG Warn 1919 Nr 64). Vielmehr wird ein Ortsteil nur dann maßgebend sein, wenn er durch seine Bebauungsart (z. B. Villenviertel) oder die Art der dort betriebenen Gewerbe (z. B. Fabrikviertel) ein charakteristisches, von anderen Stadtteilen in erkennbarer Weise unterschiedenes Gepräge trägt (RG 105, 217; 156, 315; JW 1908, 11¹²; 1910, 149¹⁴; 1927, 611¹; Warn 1915 Nr 285; 1930 Nr 194; Gruch 48, 604; DLG 28, 338). Der Eigentümer eines Gartens in einem Fabrikviertel muß sich mithin z. B. wesentliche Beeinträchtigungen durch Ruß gefallen lassen. Der Eigentümer einer Wiese, die er als Bleiche benutzen will, braucht aber nicht den Ruß von einer auf freiem Felde befindlichen einzelnen Fabrik zu dulden (Prot 3, 125). Einwirkungen von einem landwirtschaftlichen Großbetrieb inmitten einer Stadt können ortsüblich sein, wenn in Städten eines fest bestimmten, wenigstens räumlich weit umfassenden Bezirks (z. B. im Gebiete des Harzes) gleichartige Betriebe stattfinden (RG JW 1910, 149¹⁴). Auch ein einziger Fabrikbetrieb kann unter Umständen, wenn er von überwiegender Bedeutung und Ausdehnung ist, der ganzen Gegend den Charakter einer Fabrikgegend ausdrücken (RG Warn 1912 Nr 215; Gruch 55, 105). Dies gilt jedoch nicht, wenn der Betrieb nur von kurzer Zeitdauer ist (RG Warn 1912 Nr 215; Gruch 55, 110; 24. 6. 1911 V 2/11). Auch in einem Industriegebiet ist aber nicht schlechthin jede aus einem dort liegenden industriellen Werk stammende Einwirkung auf die Nachbargrundstücke für zulässig zu erachten (RG Warn 1935 Nr 117). Unzulässig ist namentlich eine Einwirkung, die darauf zurückzuführen ist, daß das Industrieunternehmen nicht die bestmöglichen technischen Einrichtungen zur Schonung der Nachbarn getroffen oder daß es diese Einrichtungen und ihr einwandfreies Arbeiten nicht sorgfältig überwacht hat (RG 154, 167; JW 1938, 1952⁸). Bestehen in einer Gegend Industrie und Landwirtschaft nebeneinander, so ist dort die Grundstücksbenutzung für beide Erwerbszweige gewöhnlich; industrielle Einwirkungen, welche die Lebensbedingungen der Landwirtschaft zerstören müssen, sind in einer solchen Gegend nicht rechtmäßig; aus dem Gedanken des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses heraus ist in solchen Fällen ein gerechter Ausgleich der beiderseitigen Belange dahin geboten, daß das schädigende Industrieunternehmen einen angemessenen Teil des Zuführungsschadens ersehen, der geschädigte Landwirt aber den Rest des Schadens ohne Entschädigung tragen muß (RG 154, 161).

e) Gewöhnlich muß die einwirkende Benutzung sein. Der Begriff der Gewöhnlichkeit (Ortsüblichkeit) ist wesentlich tatsächlicher Natur (RG 105, 217; 156, 315; JW 1903 Beil 86; Gruch 46, 370; Warn 1916 Nr 138). Die rechtliche Nachprüfung in der Revisionsinstanz ist aber nur dann ausgeschlossen, wenn die Begründung des Tatrichters erkennen läßt, daß er von zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen ist (RG 139, 31). Im einzelnen hat die Rechtsprechung

folgende Grundsätze entwickelt: Ein allgemeiner Rechtsanspruch auf Beachtung der Gewohnheit eines Hausbewohners, nachts bei offenem Fenster zu schlafen, kann nicht anerkannt werden; doch kann diese Gewohnheit unter besonderen Umständen ortsüblich sein und deshalb nach § 906 Beachtung verdienen (RG JW 1932, 4007). Bei der Entscheidung der Frage, ob eine gewöhnliche Benutzung vorliegt, kommt auch in Betracht, ob nach allgemeiner Anschauung der Bevölkerung die Benutzung eine ortsübliche ist (RG 105, 217; JW 1905, 231; Warn 1913 Nr 227): Zur Feststellung der Ortsüblichkeit ist aber nicht etwa stets die Ermittlung einer entsprechenden Auffassung der Bevölkerung erforderlich (RG Warn 1916 Nr 139). Ferner ist die Entscheidung über die Ortsüblichkeit der Benutzung nicht darauf abzustellen, ob die Einwirkung nach der Ansicht eines objektiv denkenden Beurteilers den Charakter der Gegend, ihrer Bewohnung und Benutzung verändert hat. Denn einerseits kann eine Einwirkung, die eine solche Änderung nicht herbeiführt, eine ungewöhnliche sein; andererseits kann eine zunächst fremdartige Einwirkung dadurch, daß sie anfangs ohne Widerspruch hingenommen wurde, in allmählicher Entwicklung der Verhältnisse zu einer gewöhnlichen (üblichen) geworden sein (RG Gruch 58, 1025). Diese Entwicklung spielt bei der Anwendung des Gesetzes überhaupt eine große Rolle. § 906 ist keine starre Norm, sondern in seiner die Lebensverhältnisse regelnden Bedeutung wandelbar. Die Antwort auf die Frage, was ortsüblich sei, wird nicht nur nach den örtlichen Verhältnissen verschieden ausfallen, sondern auch dem zeitlichen Wandel der Anschauungen Rechnung tragen müssen, wie er namentlich anknüpft an Fortschritte des Verkehrs oder der Technik oder auch der Denkweise beteiligter Volksteile (RG Warn 1936 Nr 172). Ist die Benutzung eine nicht ordnungsmäßige, sondern eine regelwidrige, so kann die Verneinung der Gewöhnlichkeit (Ortsüblichkeit) gerechtfertigt sein, auch wenn sonst die Benutzung als ortsüblich anzusehen wäre (GRN 1936 Nr 1357). Das kann z. B. der Fall sein, wenn unmittelbar an der Nachbarwand Betriebe stattfinden, ohne daß zur Abwendung von Störungen leicht anzubringende und übliche Vorkehrungen getroffen sind (RG Gruch 57, 1004). Die Entfernung des störenden Betriebs von der Nachbargrenze ist aber auch sonst ein für die Feststellung der Gewöhnlichkeit wesentlicher Umstand (RG GRN 1933 Nr 1648). Die Gewöhnlichkeit der Benutzung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß Nachbarn gegen diese Benutzungsart auf anderen Grundstücken mündlich Widerspruch erhoben haben (RG 105, 217; Gruch 53, 1034). Bei einer großen Verkehrsstraße sind Erschütterungen der anliegenden Häuser durch den Fahrverkehr als gewöhnlich anzusehen (RG Warn 1935 Nr 132). In Wohngebieten mit Reihenhausbauung sind Garagen kleineren Umfangs und die damit verbundenen Geräusche, Gerüche und Lichterscheinungen nicht ungewöhnlich und müssen daher von der Nachbarschaft geduldet werden (JW 1937, 2116¹⁹).

Der Grundsatz des besseren Rechtes wegen früheren Bestehens bleibt im Bereich des § 906 außer Anwendung (RG 57, 229; 70, 152; 156, 317; JW 1905, 495²¹; 1935, 1775⁹; Gruch 45, 1013; Warn 1931 Nr 8). Wie sich aus den Worten „herbeigeführt wird“ und „gewöhnlich ist“ ergibt, ist hier immer der Zeitpunkt der Klagerhebung — oder, falls sich zwischen Klagerhebung und Urteilsfällung die Verhältnisse noch ändern, der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (RG 156, 319) —, nicht eine bereits vergangene Zeit maßgebend (RG 64, 363; JW 1910, 472²¹; 1927, 45⁹; Warn 1911 Nr 243; DW 6, 111; 18, 125; 34, 172). Der Beeinträchtigte braucht daher die Einwirkung nicht schon deshalb zu dulden, weil er sein Grundstück erst später erworben oder bebaut oder sonst verändert hat als der Einwirkende das beeinträchtigende Nachbargrundstück. Unzulässige Einwirkungen sind selbst dann noch nicht gerechtfertigt, wenn das einwirkende und das beeinträchtigte Grundstück jahrelang in unverändertem Zustand unbeanstandet nebeneinander gelegen haben; eine Rechtfertigung unzulässiger Einwirkungen in ihrer Gesamtheit durch „Verschweigen“ gibt es nicht (RG JW 1935, 1775⁹; wegen Verjährung des Einzelanspruchs A 13 Abs 2 Mitte). Auch daraus ist kein Duldungsgrund herzuleiten, daß die Einwirkung erst durch eine Veränderung beeinträchtigend geworden ist (RG 57, 229; 70, 152; 81, 216; JW 1901, 19²⁰; Warn 1911 Nr 243; 1913 Nr 227; 1917 Nr 244; Gruch 45, 1013). Ebenförmig ergibt sich eine Duldungspflicht für den Beeinträchtigten schon daraus, daß der bei der Beeinträchtigung mitwirkende Zustand des schädigenden Grundstücks (z. B. eine dünne Brandmauer) schon früher bestand (RG Gruch 57, 1005). Hat der Einwirkende seinen ursprünglich ortsüblichen Betrieb nachträglich gesteigert, so muß er nachweisen, daß die Einwirkungen des erweiterten Betriebs ebenfalls noch ortsüblich sind (RG 57, 227; JW 1902 Beil S. 202; 1903 Beil S. 86, 103; 1932, 4007; Warn 1910 Nr 386; 1915 Nr 141, 284; Gruch 47, 952). Endlich genügt zur Begründung der Duldungspflicht des Beeinträchtigten nicht eine zwar in früherer Zeit, insbesondere zur Zeit der Errichtung des Betriebs vorhanden gewesene, jetzt aber infolge Veränderung der Verhältnisse (z. B. Ummwandlung einer Fabrikgegend in ein Villenviertel) nicht mehr vorhandene Ortsüblichkeit (RG 64, 363; JW 1910, 472²¹; Gruch 46, 373).

12. Die **Zuführung durch eine besondere Leitung** ist auch dann unzulässig, wenn die Einwirkung das Grundstück nicht wesentlich beeinträchtigt. Durch das Bestehen der Zuleitung schon vor der Besitzzeit des die Beeinträchtigung geltend machenden Eigentümers wird das Verbot der Zuleitung nicht ausgeschlossen (SeuffA 46 Nr 248; 56 Nr 104; A 11 a. E.). Eine „besondere“

Leitung (z. B. bei Geräuschen) setzt voraus, daß die (den Schall) leitenden Gegenstände zur Leitung nicht nur geeignet, sondern auch bestimmt sind (RG HR 1933 Nr 1928).

13. Ansprüche des Eigentümers wegen unzulässiger Einwirkungen. Sind von dem anderen Grundstück Einwirkungen ausgegangen, die nicht im Sinne des Satz 1 unwesentlich oder örtlich sind oder die nach Satz 2 unzulässig sind, so kann der beeinträchtigte Eigentümer gemäß §§ 903, 905, 1004 gegen die Störung Klagen vorgehen (RG 58, 131; JW 1900, 640). Nach §§ 862, 858 hat das Klagerrecht auch der Besitzer, der ohne seinen Willen durch solche unberechtigten Einwirkungen in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt beeinträchtigt wird, z. B. der Pächter, wenn schädigende Einwirkungen auf seine Pflanzungen stattfinden (RG 105, 215; Warn 1936 Nr 172). Näheres über die Klagen findet sich unten in Abs 3. Erforderlich ist, daß eine Beeinträchtigung durch Einwirkungen bereits stattgefunden hat (RG Warn 1911 Nr 330). Eine besondere Häufigkeit und Dauer der Einwirkungen ist aber nicht Voraussetzung der Klage (RG 57, 227; JW 1911, 587³³). Vielmehr genügen z. B. auch Einwirkungen in der Zeit des Baues eines Kanals oder einer Eisenbahn (RG Warn 1912 Nr 342; 25. 6. 1910 V 506/09). Die Klagebefugnis hängt nicht davon ab, daß der Eigentümer durch die Einwirkungen unmittelbar einen Vermögensschaden (z. B. bei einem Hausgrundstück einen Mietinsausfall) erleidet (RG JW 1911, 587³³). Die Klage geht auf Beseitigung der Störung und im Falle der Besorgnis weiterer Störungen auch auf Unterlassung der Einwirkungen, soweit sie das Maß überschreiten, das nur unwesentliche Beeinträchtigungen zur Folge hat oder durch eine gewöhnliche (ortsübliche) Benutzung herbeigeführt wird (RG JW 1902 Beil S. 202; 1906, 749²¹; 1908, 682¹⁴; Warn 1908 Nr 159). Klage und Urteil können allgemein auf Unterlassung übermäßiger Einwirkungen oder auf Herstellung geeigneter Einrichtungen zur Verhinderung solcher Einwirkungen gerichtet sein. Die Bezeichnung einzelner zu diesem Zweck geeigneter Maßnahmen ist nicht erforderlich; die Beschränkung auf bestimmte Maßnahmen ist nicht einmal immer zulässig, weil dem Beklagten die Möglichkeit gegeben werden muß, die ihm selbst geeignet erscheinende Abhilfemittel anzuwenden (RG JW 1900 S. 501, 840⁸; 1901, 849³²; 1902 Beil S. 203; 1903 Beil S. 103; 1906, 749²¹; 1908, 682¹⁴; 1910, 337¹⁹; 1911, 325²⁰; Warn 1910 Nr 337; 1913 Nr 181; 1917 Nr 245; 1919 Nr 172; Gruch 46, 999). Erst in der Zwangsvollstreckung müssen die erforderlichen Maßnahmen im einzelnen angegeben werden, weil sonst eine Grundlage für die Prüfung der Frage fehlen würde, ob die Voraussetzungen des § 887 oder des § 888 ZPO vorliegen und ob der Schuldner alles, was in seinen Kräften steht, zur Erfüllung der ihm gemachten Auflage getan hat (RG 60, 120; JW 1903 Beil S. 77; Gruch 43, 683; 47, 916; Warn 1919 Nr 172; a. M. Seuffl 75 Nr 54). Allerdings setzt diese Verweisung der Einzelanordnungen in die Zwangsvollstreckungsinstanz selbstverständlich die Feststellung im Urteil voraus, in welchem Umfang eine den Klagegrund bildende Einwirkung vorliegt und wesentlich oder ungewöhnlich ist (RG Warn 1930 Nr 194). Die Klage kann, abgesehen von dem Fall des § 907, auch auf Einstellung des Betriebs oder auf Beseitigung der Anlage (z. B. einer Bedürfnisanstalt) gehen, wenn die unzulässige Einwirkung nicht auf andere Weise beseitigt werden kann (RG JW 1900, 640).

Aussonderrechtlichen Bestimmungen ergeben sich **Beschränkungen der Ansprüche.** Am weitesten geht insoweit das **Reichsgesetz vom 13. 12. 1933** (RGBl I 1058) über die Beschränkung der Nachbarrechte gegenüber Betrieben, die für die **Volksverpflichtung** von besonderer Bedeutung sind. Das Gesetz führt den Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ (§ 903 Nr 3) in das Nachbarrecht ein. Es läßt gegenüber den genannten, vom Reichsminister des Innern genehmigten Betrieben die nachbarrechtlichen Ansprüche auf Betriebs-einstellung und auf Herstellung von Abwehreinstellungen gegen nachteilige Einwirkungen nur dann zu, wenn sie entweder auf einen besonderen Rechtstitel (z. B. Vertrag) oder auf eine unerlaubte Handlung (§§ 823 ff.) gestützt werden können. Im übrigen werden diese Ansprüche gänzlich ausgeschlossen. Ein Entschädigungsanspruch wird nur unter der Voraussetzung zugelassen, daß er schon in einer Auflage des Genehmigungsbescheids vorgesehen ist; Höhe und Art der Entschädigung bestimmt alsdann unter Ausschluß des Rechtswegs der Reichsminister des Innern. Das **Reichsgesetz vom 18. 10. 1935** (RGBl I, 1247) hat diese Vorschriften erstreckt auch auf Betriebe, die für die **Volksgesundheits** von besonderer Bedeutung sind. Beispielsfälle für das Anwendungsgebiet dieser beiden Gesetze: RG Warn 1936 Nr 123; HR 1936 Nr 668. — Weniger tiefgreifende Beschränkungen des nachbarrechtlichen Anspruchs bringt § 26 **BewG** für die Fälle, in denen eine die beeinträchtigende Einwirkung verursachende gewerbliche Anlage mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtet ist (§§ 16, 24 BewG; RG 45, 297; 104, 82). Das Verzeichnis der genehmigungsbedürftigen Anlagen im § 16 BewG ist erschöpfend und duldet keine entsprechende Anwendung auf andere Anlagen. Der Schutz des § 26 BewG beschränkt sich auf den genehmigungsbedürftigen Teil und erstreckt sich nicht auf die weitere Anlage. **Beispielsfälle** genehmigungsbedürftiger Anlagen: RG 11, 183; 37, 174; 40, 182; 49, 85; 63, 377; 90 S. 49, 61; 93, 102; 104, 82; 105, 216; JW 1900, 895⁷; Gruch 46, 1097; 54, 640; Seuffl 50 Nr 336; Warn 1908 Nr 521; 1918 Nr 55. Nach der zuletzt erwähnten Entscheidung werden Nebenanlagen, die nicht nur zufällig mit der genehmigten Anlage räumlich verbunden sind, sondern notwendige Bestandteile der Hauptanlage bilden und zur zweckentsprechenden Herstellung der Hauptanlage oder zu deren Betrieb unbedingt notwendig sind, von der Genehmi-

gung des § 16 und dem Schutz des § 26 GewD mitumfaßt. Diesen Schutz genießen auch die vor dem Inkrafttreten der GewD obrigkeitlich genehmigten Anlagen, wenn sie, wie eine Knochenfucherei, zu denjenigen gehören, die nach § 16 GewD der behördlichen Genehmigung bedürfen (RG Warn 1914 Nr 189). Dagegen findet § 26 GewD im Falle eines besonderen privatrechtlichen Titels, wie Vertrag, keine Anwendung (RG 93, 103). Liegt ein Fall des § 26 GewD vor, so kann nicht auf Grund des Eigentums gemäß § 1004 oder des Besitzes gemäß §§ 862, 858 auf Einstellung des Gewerbebetriebs geklagt werden, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Wirkung ausschließen (RG 11, 183; 37, 174; 40, 182; JW 1900, 895⁷; SeuffA 50 Nr 336) oder auf ein erträgliches Maß herabsetzen (RG JW 1896, 210³⁷; 1900, 895⁷; 1902 Weil S. 202; DZG 36, 157). Wenn solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Gewerbebetrieb unvereinbar sind (RG 93, 103; 99, 179; Gruch 42, 137), so hat der beeinträchtigte Eigentümer nur die Klage auf Schadenersatz (RG 47 S. 98, 249; 50, 229; JW 1909, 195¹⁶; Warn 1914 Nr 189). Der Schadenersatzanspruch geht aber nicht auf Ersatz des Schadens, der durch die gesamten Einwirkungen entstanden ist, sondern nur auf Vergütung des Schadens, der durch den über die Grenzen des § 906 hinausgehenden Teil der Einwirkungen verursacht wird (RG 139, 29 unter Preisgabe von Warn 1911 Nr 404). Auf diesen Schadenersatzanspruch finden die §§ 823 ff. nicht, wenigstens nicht unmittelbar Anwendung. Denn der Anspruch beruht nicht auf einer unerlaubten Handlung, sondern tritt an die Stelle des sonst gegebenen Anspruchs auf Einstellung des Betriebs. Insbesondere bedarf es hier also nicht des Nachweises eines Verschuldens (RG 47 S. 98, 249; 58, 134; 59, 74; 63, 376; 70, 153; 90 S. 49, 61; 100, 74; 105, 214; JW 1905, 131¹; 1910 S. 74³²; 580¹⁵, 619¹³; Gruch 45, 1018; 49, 1134; 53, 1037; Warn 1915 Nr 81, 141; 1931 Nr 8). Wenn die Beeinträchtigung durch Einwirkung mehrerer Gewerbebetriebe erfolgt, ist auch die entsprechende Anwendung des § 840 ausgeschlossen; jeder Einwirkende haftet nur für den von ihm verursachten Teil des Schadens, der vom Gericht gemäß § 287 ZPD nach freiem Ermessen zu schätzen ist (RG 36, 276; JW 1901, 260²⁷; Gruch 42, 853). Der Schadenersatzanspruch, der aus § 26 GewD abgeleitet wird, umfaßt nicht nur die nach der Klagerhebung liegenden, sondern auch die früheren über das Maß des § 906 BGB hinausgehenden Schädigungen. Auch für die der Klagerhebung vorausgehenden unzulässigen Einwirkungen kann also ohne Nachweis der Voraussetzungen des § 823, insbesondere ohne Verschuldensnachweis, Ersatz verlangt werden (RG 139, 29 unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung). Wird aber der Schadenersatzanspruch darüber hinaus auch auf ein Verschulden gestützt, so kommen die §§ 823 ff., insbesondere § 840 zur Anwendung. Im übrigen ist für alle vorbezeichneten Ansprüche Voraussetzung, daß die Einwirkungen über die nach § 906 zulässigen Grenzen hinausgehen. Dabei sind die Fragen der Unwesentlichkeit und der Ortsüblichkeit der Zuführungen nicht anders zu beurteilen als sonst (RG Warn 1913 Nr 144). Der Schadenersatzanspruch steht nicht nur dem Eigentümer des beeinträchtigten Grundstücks, sondern nach §§ 858, 862 auch dem geschädigten Besitzer zu (RG 59, 326; 100, 75), z. B. dem Pächter, auf dessen Pflanzungen schädigende Einwirkungen von einem genehmigten Betrieb aus stattfinden (RG 105, 214). Da es sich um Schadenersatz wegen Beschädigung einer Sache handelt, kann der Geschädigte nach § 249 Satz 2 den Geldbetrag verlangen, der erforderlich ist, um den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Einwirkungen nicht stattfinden würden. Grundsätzlich ist danach, insbesondere zur Ausgleichung des Minderwerts, eine Kapitalabfindung zu gewähren. Die Zubilligung einer zeitweise oder fortdauernd zu zahlenden Rente würde regelmäßig das Ziel der Herstellung im Sinne jener Vorschrift nicht erreichen oder überschreiten; sie wird sich daher nur unter ganz besonderen Umständen rechtfertigen lassen (RG 45, 203; Gruch 61, 804; JW 1918, 86⁶; Warn 1915 Nr 141; 1919 Nr 172). Der Ersatzpflichtige kann sich im Falle der Kapitalabfindung dagegen schützen, daß er von einem Besitznachfolger des Ersatzberechtigten noch einmal auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird; er kann daher die Eintragung einer Grunddienstbarkeit auf Duldung der Einwirkungen verlangen (RG Warn 1915 Nr 141; vgl. über eine solche Grunddienstbarkeit § 1018 A 9, 4). Wird eine Kapitalabfindung gewährt, so ist sie nach der Höhe der Wertminderung zur Zeit der Urteilsfällung zu bemessen. Handelt es sich darum, ob das Nachbargrundstück durch die Einwirkungen die Bauplatzeigenschaft verloren hat, so ist dabei zu prüfen, ob der Verlust der Eigenschaft ein dauernder oder ein nur zeitweiliger ist (RG Warn 1931 Nr 8). Finden Einwirkungen von mehreren Nachbargrundstücken aus statt, wird aber der Schaden durch wesentlich beeinträchtigende Einwirkungen von einem der Grundstücke aus verursacht, auf das die Voraussetzungen für die Schadenersatzpflicht zutreffen, während die Einwirkungen von den andern Grundstücken aus auf die Entstehung des Schadens ohne merklichen Einfluß sind, so hat nur der Eigentümer jenes Grundstücks Schadenersatz zu leisten (RG 99, 181; A 10). Zu ersetzen ist lediglich der Schaden, der durch die Einwirkungen zugefügt ist und zugefügt wird. Ein Schaden, der etwa durch schlechte Behandlung des Grundstücks seitens des Geschädigten selbst herbeigeführt ist, scheidet als auf anderer Ursache beruhend aus, ohne daß die Anwendung des § 254 über mitwirkendes Verschulden des Geschädigten in Betracht kommt (RG 105, 218). Für die Verjährung findet § 852 Anwendung (RG JW 1927, 893⁴). Dabei sind Betriebsmaßnahmen, die fortdauernd sich wiederholende Einwirkungen verursachen, nicht als eine einzige Handlung anzusehen, die mit der ersten Einwirkung begonnen hätte, sondern als

selbständige, je für sich neue Beschädigungen verursachende Einzelhandlungen, mögen auch die schädlichen Folgen gleichartige sein und sich zeitlich mehr oder minder unmittelbar aneinander reihen. Durch jede Handlung wird also eine neue dreijährige Verjährung in Lauf gesetzt (**RG** 1912, 31¹⁵; 1935, 1775⁹; Warn 1914 Nr 189). — Gehen **Einwirkungen** von einem Grundstück infolge **Ausübung staatshoheitlicher Rechte** aus (z. B. von einem Polizeihaftraum), so kann der Beeinträchtigte weder Vorkehrungen zur Verhütung der Einwirkungen verlangen noch die Beseitigung der störenden Anlage (**RG** 73, 270; 84, 303; Warn 1908 Nr 380). Für einen solchen Anspruch wäre grundsätzlich schon der Rechtsweg ausgeschlossen. Die Frage, ob ohne Beeinträchtigung des staatshoheitlichen Betriebs Einrichtungen und Vorkehrungen getroffen werden können, die eine Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks herabmindern oder beseitigen, kann nur insoweit im Rechtsweg erörtert werden, als es sich um rein wirtschaftliche Maßnahmen handelt, durch die in den Betrieb selbst nicht eingegriffen wird (**RG** Warn 1916 Nr 248). Auch ein Schadensersatzanspruch kann hier nur nach Maßgabe besonderer Vorschriften (vgl. für Preußen §§ 74, 75 Cml zum **WR**) gegeben sein (**RG** 73, 272; Gruch 60, 860). Beispiele in A 1 „auf Grund öffentlichen Rechts“. Das gleiche gilt von **Betrieben im öffentlichen Interesse, die behördlich genehmigt sind** (z. B. Artilleriewerkstatt, Eisenbahnanlagen, Postbetrieb, Kanalisation, Kanalbauten), mit der Maßgabe, daß Vorkehrungen insoweit beansprucht werden können, als dadurch keine wesentliche Änderung der genehmigten Betriebsanlage herbeigeführt würde (**RG** 44, 227; 59, 70; 62, 131; 73, 270; **FB** 1910, 619¹³; Warn 1909 Nr 409; 1910 Nr 282; 1912 Nr 342; 1913 Nr 181; 13. 11. 1909 V 585/08; vgl. auch **RG** 92, 49; Gruch 54, 635). Die der Volkserziehung und Volksgesundheit dienenden, vom Reichsminister des Innern genehmigten Betriebe sind bereits oben besprochen. — Durch Art 125 **GG** ist der Landesgesetzgebung vorbehalten, die Vorschrift des § 26 **GewD** auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Verkehrsunternehmungen zu erstrecken. Preußen hat von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht. Da aber die **Eisenbahnbetriebe** in Preußen der landespolizeilichen Genehmigung bedürfen, kommen für die Beseitigung von Einwirkungen die vorgenannten Grundsätze zur Anwendung (**RG** 58, 130; 59, 70; Warn 1909 Nr 409; 1910 Nr 118, 208; 1911 Nr 404; 1917 Nr 143; Gruch 54, 1082; für Hamburg: Warn 1915 Nr 284). Was den Anspruch auf Schadensersatz anlangt, so haften nach § 25 des Ges über Eisenbahnunternehmungen v. 3. 11. 1838 die Eisenbahngesellschaften, auch ohne Nachweis eines Verschuldens, für alle „bei der Beförderung auf der Bahn“ verursachten Schäden, mithin insoweit auch für schädigende Einwirkungen auf benachbarte Grundstücke, und zwar selbst dann, wenn die Einwirkungen sonst nach § 906 erlaubt wären (**RG** 133, 342; Warn 1913 Nr 226; 1917 Nr 142; Gruch 71, 426). Soweit die Einwirkungen nicht bei der Beförderung stattgefunden haben oder in Rechtsgebieten, in denen das genannte Gesetz nicht gilt, oder beim Betrieb von Kleinbahnen (Ges v. 28. 7. 1892) erfolgt sind, ist aus den dem § 26 **GewD**, Art 9 der alten preuß. Verfl. (später Art 153 WeimVerf.), § 75 Cml z. **WR**, § 109 **EigentG**, § 12 **TeilWR** v. 18. 12. 1899 zugrunde liegenden rechtlichen Gesichtspunkten einem Eigentümer, dem durch die landespolizeiliche (auch bergbehördliche: **RG** Warn 1913 Nr 226) Genehmigung der Eisenbahnanlage die Möglichkeit entzogen ist, auf Einstellung des Betriebs oder Unterlassung der Einwirkungen zu klagen, wegen solcher Einwirkungen, die über das nach § 906 zulässige Maß hinausgehen, ein Anspruch auf Schadensersatz zuzubilligen, der zur Begründung nicht des Nachweises eines Verschuldens bedarf (**RG** 17, 103; 58, 130; 59, 71; 63, 376; 70, 152; 84, 303; 97, 291; 98, 348; **FB** 1906, 131¹; 1907, 299¹; 1910 S. 580¹⁶, 619¹³; 1912, 869²⁸; Warn 1910 Nr 208, 447; 1911 Nr 404; 1913 Nr 226; auch **RG** 7, 266; 32, 283; 37, 270; 53, 23; 62, 131; 78, 206). Die Schadensersatzpflicht trifft, wenn während des Bahnbaus unzulässige Einwirkungen (z. B. durch Funksflug aus Arbeitszügen) auf ein Nachbargrundstück erfolgen, nicht nur den Eisenbahnunternehmer, sondern auch den von ihm mit dem Bahnbau oder der Erweiterung der Bahnanlage (z. B. Legung eines zweiten Gleises) betrauten Bauunternehmer, insbesondere einen solchen, der sich mit Eisenbahnbauten gewerbemäßig befaßt. Denn diesem fließen infolge der behördlichen Genehmigung der Bahnanlage die Vorteile aus dem Wertvertrag zu, während dem beeinträchtigten Anlieger auch ihm gegenüber die Klage auf Beseitigung oder Unterlassung der Beeinträchtigung verjagt ist (**RG** 97, 292; 98, 347; a. M. **DVG** 39, 213 für Einwirkungen beim Bau einer Kleinbahn). Die Frist des § 852 **BGB** gilt auch für die Verjährung dieser Schadensersatzansprüche (**RG** 70, 150). Im übrigen ist zu ihnen noch zu bemerken: Übermäßige Einwirkungen, welche von Anlagen ausgehen, die dem Eisenbahnbetrieb dienen (z. B. Eisenbahnwerkstätten), führen nur dann zum Ausschluß der Abwehrklage und deren Ersatz durch die Schadensersatzklage, wenn die Anlagen nach Maßgabe eines auf Grund des § 4 **EisenG** aufgestellten Plans ministeriell genehmigt worden sind. Wenn die Anlagen nicht in dieser Weise genehmigt sind, ist die Abwehrklage zulässig, mögen auch die Anlagen sich auf dem Eisenbahnkörper befinden (**RG** 31, 288; 62, 132; Warn 1909 Nr 409; 1910 Nr 282; 1917 Nr 143; **FB** 1914, 937²⁵). Dies gilt auch von solchen Anlagen, die nach Fertigstellung einer Eisenbahnlinie gemäß dem ministeriell genehmigten Plan neu errichtet oder wesentlich erweitert werden. Sie bedürfen, um gegen eine Abwehrklage geschützt zu sein, einer neuen Genehmigung, auch wenn sie dem Betrieb der gemäß der früheren Genehmigung hergestellten Eisenbahnlinie dienen (**RG** 31, 288; 62, 132; **FB** 1914,

937²⁵; Warn 1917 Nr 143). Sind aber die Anlagen genehmigt und durch die Genehmigung für den Eisenbahnbetrieb bestimmt, so ist die Abwehrklage ausgeschlossen und nur die Schadenersatzklage gegeben, ohne daß es der Nachprüfung der Gerichte unterliegt, ob die Anlagen die ihnen von der zuständigen Verwaltungsbehörde gegebene Bestimmung zu erfüllen geeignet und zweckmäßig an der betreffenden Stelle errichtet sind oder besser an einem anderen Ort hätten errichtet werden sollen (RG 31, 288; Warn 1917 Nr 143). Nach § 14 des preuß. Gef v. 3. 11. 1838 hat der Unternehmer im Rahmen der technischen Ausführbarkeit und der Vereinbarkeit mit den Zwecken des Eisenbahnunternehmens auch andere als die von der Verwaltungsbehörde bestimmten Anlagen zu machen, wenn sie sich nachträglich als zum Schutz der Anlieger nötig herausstellen. Unterläßt er das schuldhaft, so haftet er für die Schadenersatzfolgen seiner Unterlassung (RG 122, 137). Die Haftung findet aber ihre Grenze an der wirtschaftlichen Möglichkeit der Aenderung. Wären Einrichtungen, die Abhilfe hätten schaffen können, nur mit einem übermäßig hohen Kostenaufwand möglich gewesen, so haftet der Unternehmer nicht für den aus ihrer Unterlassung entstandenen Einwirkungsschaden. Denn unter solchen Umständen ist die Einwirkung nicht mehr rechtswidrig (RG 122, 138). Diese aus § 14 preuß. Gef v. 3. 11. 1838 abgeleiteten Rechtsgrundsätze sind durch das Reichsbahngesetz vom 30. 8. 1924/23. 3. 1930 nicht beseitigt. Vielmehr enthält § 37 Abs 5 dieses Reichsbahngesetzes eine jenem § 14 preuß. Gef inhaltsgleiche Vorschrift (RG 133, 345). Einen Sonderfall zur Entschädigungspflicht auf der Grundlage des § 37 des Reichsbahngesetzes behandelt auch RG SeuffA 88 Nr 58. Die Rechtslage für den Betrieb der deutschen Reichsbahn beleuchtet besonders eingehend das Urteil RG JW 1938, 2969²⁰. — Handelt es sich nicht um schädliche Einwirkungen im Sinne des § 906, sondern nur um die Entwertung eines Nachbargrundstücks durch Herstellung von Anlagen (z. B. Erweiterung von Festungswerken), so ist ein Schadenersatzanspruch überhaupt nicht gegeben (RG 84, 298). Ebenso stellt bei einem elektrischen Eisenbahnbetrieb, der keine ungewöhnliche oder übermäßige Benutzung des Bahngrundstücks bedeutet, die Entsendung elektrischer Erdströme auf ein Nachbargrundstück noch keine zum Schadenersatz verpflichtende Einwirkung dar, wenn das Nachbargrundstück keine Substanzverletzung erleidet, sondern nur anderweit entwertet wird (RG 133, 342). — Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat aus den erörterten Vorschriften den allgemeinen Rechtsatz hergeleitet, daß für rechtswidrige Einwirkungen auf das Eigentum eines andern, auch ohne daß dem Einwirkenden ein Verschulden zur Last fällt, überall da Schadloshaltung geleistet werden muß, wo infolge einer entgegenstehenden Sonderrechtsnorm, namentlich zur Wahrung öffentlicher Interessen, dem Eigentümer die ihm nach den Grundfäden des ordentlichen Rechtes zustehende Befugnis, wegen des Eingriffs die Abwehrklage zu erheben, entzogen ist (RG 59, 74; 63, 376; 70, 152; 97, 291; 98, 348; 101, 105; JW 1905, 131¹; 1910 S. 580¹⁵, 619¹³; 1925, 2446³; 1926, 364²; Warn 1911 Nr 404; 1913 Nr 226; Gruch 66, 608; § 907 A 1; jedoch auch RG 116, 286). Dabei wird, wie in den Fällen der unmittelbaren Anwendung des § 26 GewO, für das Nichterfordernis eines Verschuldens kein Unterschied gemacht zwischen dem nach der Klagerhebung entstehenden und dem bereits vor der Klagerhebung erwachsenen Schaden (RG 58, 130; 70, 150; 100, 72; 101, 102; 104, 85). Inwieweit ein solcher Anspruch auf Schadloshaltung auch bei Eingriffen in ein eigentumsähnliches Recht (z. B. das Fischereirecht) Platz greifen kann, erörtert das Urteil HRN 1938 Nr 803. Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch ohne Nachweis des Verschuldens ist, daß sonstige Abwehrmittel gegen die Einwirkung fehlen. Besteht diese Voraussetzung nicht, so kann nur ein Schadenersatzanspruch nach allgemeinen Vorschriften (§§ 823 ff. BGB), also bei Nachweis eines Verschuldens in Frage kommen (RG JW 1925, 2446³). Erfahspflichtig ist der, zu dessen Gunsten (z. B. Staat, Gemeinde) der Eingriff erfolgt (RG JW 1925, 2446³). Als Haftungsgrund gilt ferner auch eine das Eigentum Dritter ihrer Natur nach beeinträchtigende, im Gewerbebetrieb erfolgte Betriebshandlung (z. B. Funkenflug verursachende Arbeitszüge eines gewerbmäßigen Eisenbahnbauunternehmers), wenn der Eigentümer nicht auf Einstellung des mit obrigkeitlicher Genehmigung unternommenen Betriebs klagen kann (RG 17, 103; 97, 293). — Die Frage, ob und inwieweit diese Grundsätze über den Ausschluß der Abwehrklage nach §§ 903, 906, 1004 und ihren Erfass durch einen Entschädigungsanspruch auch gegenüber den von einem Bergwerksbetrieb ausgehenden Beeinträchtigungen Platz greifen (besonders mit Rücksicht auf §§ 54, 58, 148 PrAllg-BergG), wird in zahlreichen Entscheidungen behandelt, z. B. in RG 26, 227; 49, 282; 72, 303; 98, 82; 99, 178; 139, 29; 146, 275; 154, 162; JW 1911, 338⁴⁶; 1935, 3221⁶; 1938, 1042²⁸; Warn 1910 Nr 446; 1911 Nr 220; 1915 Nr 161, 193; 1934 Nr 133; Gruch 30, 1008; 55, 1168.

Abgegeben von diesen Fällen kann Schadenersatz nur nach §§ 823 ff., also insbesondere nur unter Nachweis eines Verschuldens verlangt werden (RG 58, 131; 61, 256; 63, 375; 97, 26; DVG 10, 409). Ein Verschulden des Einwirkenden ist aber stets vorhanden, wenn er die unzulässigen Einwirkungen auf das Nachbargrundstück voraussehen konnte (RG 32, 341; Gruch 32, 890; 38, 712; 44, 869; V 25/04). Auch wer die Einwirkung durch einen Dritten schuldhaft veranlaßt hat, haftet auf Schadenersatz (RG 97, 26). — Klageberechtigt aus § 1004 ist nicht nur der beeinträchtigte Eigentümer und Miteigentümer (§ 1011), sondern auch der Erbbauberechtigte (BD v. 15. 1. 1919 § 11), der Nießbraucher (§ 1065), der Dienstbarkeitsberechtigte (§§ 1027, 1090) und nach

Maßgabe des § 1134 auch der Hypothekengläubiger. Mieter und Pächter dagegen können sich mangels eines dinglichen Rechts nur an ihren Vermieter halten (§§ 537ff., 545). Unter Umständen kann ihnen aber eine Besitzstörungenklage (§§ 868, 858, 862) gegen den Störer gegeben sein (RG 59, 327), z. B. dem Pächter bei schädigenden Einwirkungen auf seine Pflanzungen (RG 105, 215; Warn 1936 Nr 172). **Beklagter** ist der Störer. Dies ist zunächst derjenige, der durch seine Benutzung des Nachbargrundstücks die Einwirkungen verursacht. Aber auch derjenige hat als Störer zu gelten, der auf dem Nachbargrundstück einen Zustand schafft oder bestehen läßt, der, wenn auch nur mitwirkend, das beeinträchtigende Walten der Naturkräfte ermöglicht, so daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Beeinträchtigung und seiner Willensbetätigung, die nicht die alleinige Ursache zu sein braucht, festzustellen ist (RG 47, 164; 60, 140; 92, 25; 97, 26; JW 1910, 654¹⁰; 1912, 31; Warn 1917 Nr 245; 1936 Nr 172; Gruch 38, 952; 46, 653; 48, 950; Seuffl 60 Nr 140). Nur auf den Willen eines solchen Dritten, nicht auf sein Verschulden kommt es für die Frage an, ob er als Störer anzusehen ist (RG 155, 316). Regelmäßig wird der Eigentümer des Nachbargrundstücks derjenige sein, der für Überschreitungen des Gebrauchs- und Nutzungsrechts aufzukommen hat (RG 47, 164; Gruch 46, 653; 48, 951; Warn 1917 Nr 245). Doch kann auch ein anderer, sei es allein, sei es zusammen mit dem Eigentümer, als Störer in Anspruch genommen werden, wenn er den die schädlichen Einwirkungen verursachenden Zustand auf dem Nachbargrundstück verursacht hat (RG Gruch 38, 952; Warn 1917 Nr 245). Z. B. kann gegen den Mieter, durch dessen Betrieb die Einwirkung erfolgt, die Klage erhoben werden (RG 45, 297; 97, 26; Warn 1917 Nr 245; 1918 Nr 116; JW 1927, 45⁹). Andererseits kann der Eigentümer auch dann Störer sein, wenn er die beeinträchtigende Handlung nicht selbst vorgenommen, aber trotz des ihm zustehenden Unterjagungsrechts die Handlung eines Dritten (z. B. eines Mieters oder eines sonst zur Benutzung der Anlage von ihm Ermächtigten) gebildet hat. Dann kann er allein oder neben dem Dritten verklagt werden (RG 45, 298; 47, 162; JW 1900, 840⁸; 1901, 52; 1904, 142¹¹; Gruch 38, 952; 45, 1008; 46, 650; 48, 949; 54, 1008; Warn 1913 Nr 227; 1917 Nr 245; Seuffl 57 Nr 17; DKG 2, 315; 3 S. 11, 181; 5, 71; vgl. auch RG 92, 363). Dies gilt auch im Falle der Störung durch einen Mieter (Pächter), wenn der Eigentümer mit dem Mieter einen Vertrag abgeschlossen hat, wonach der Mieter ihm gegenüber berechtigt sein würde, die störenden Handlungen vorzunehmen. Denn auch in diesem Falle können die Störungen auf den Willen des Eigentümers und Verpächters ursächlich zurückgeführt werden (RG Gruch 46, 650; 48, 929; Warn 1913 Nr 227; 1918 Nr 116). Bei einer in fremdem Auftrag verübten Störung ist die Klage in erster Reihe gegen den Auftraggeber zu richten. Der Beauftragte kann nur verklagt werden, wenn er den eingetretenen Zustand der Beeinträchtigung aus eigener Entschließung und im eigenen Interesse aufrecht erhält (RG 97, 293). Ferner muß der mit der Abwehrklage in Anspruch Genommene der gegenwärtig Beeinträchtigende sein, und von seinem maßgebenden Willen muß die Fortdauer der Beeinträchtigung abhängen (RG 92, 26; 103, 176). Daher ist derjenige, von dessen Grundstück während seiner Besitzzeit Einwirkungen auf das Nachbargrundstück ausgegangen sind, nicht der richtige Beklagte, wenn er zur Zeit der Klageerhebung nicht mehr Eigentümer ist und auch sonst keine Verfügungsmacht über das Grundstück hat. Dann kann nur noch ein Schadensersatzanspruch gegen ihn nach § 823, insbesondere unter der Voraussetzung seines Verschuldens, in Frage kommen (RG 103, 176). Zur Begründung der Klage genügt der Nachweis der Beeinträchtigung des Eigentums oder des Rechts an dem Grundstück durch Einwirkungen von dem Grundstück des Beklagten aus. Im Falle der Klage auf Unterlassung tritt hinzu die Beförderung weiterer Störungen, die z. B. dann gegeben ist, wenn die Störung sich trotz Widerspruchs wiederholt (RG JW 1910, 654¹²; Gruch 44, 1095). Zur Begründung der Klage können auch rechtsverlethende Tatsachen, die sich erst im Lauf des Rechtsstreits ereignet haben, ohne Klageänderung herangezogen werden, sofern sie nicht außerhalb des Rahmens des ursprünglichen Klagevortrags fallen (RG 99, 177). Gleichgültig ist, ob der Beklagte die Störung als ein Recht für sich in Anspruch nimmt oder nicht (RG Gruch 44, 1095). Steht die Beeinträchtigung fest, so hat der Beklagte die **Beweiskast**, wenn er einwendet, die Einwirkung sei unwesentlich oder ortszüßlich (A 8). Diesem Einwand kann der Kläger durch die von ihm zu beweisende Replik begegnen, daß die Zuführung durch eine besondere Leitung erfolgt (§ 906 Satz 2). Gegebenenfalls kann er weiter geltend machen, daß er nach besonderer Vereinbarung auch zur Duldung unwesentlicher Einwirkungen nicht verpflichtet sei. Eine solche Vereinbarung hat aber nur dann dingliche Wirkung, wenn sie in das Grundbuch eingetragen ist (§ 873). Andererseits kann der Beklagte einwenden, daß ihm die übermäßige Einwirkung durch Vereinbarung gestattet sei (A 1). Dagegen folgt allein daraus, daß der Kläger bei Errichtung einer Anlage wußte oder voraussehen konnte, die Anlage werde vom Nachbargrundstück eine Beeinträchtigung erfahren, noch kein Verzicht auf den Anspruch aus § 1004 (RG Seuffl 56 Nr 104; JW 1904, 487¹²). Auch kann vom leidenden Eigentümer nicht verlangt werden, daß er sich auf einen Gebrauch beschränkt, bei dem die Einwirkungen nicht als erhebliche empfunden werden (RG JW 1912, 589¹⁰), oder daß er, um der Erheblichkeit vorzubeugen, über gewöhnliche Anforderungen hinausgehende Vorkehrungen trifft (z. B. zur Geräbminderung eindringender Geräusche die Fenster seiner Wohnungen schließt oder eine Hauswand besonders verstärkt: RG JW 1912, 589¹⁰; Warn 1909 Nr 359; 1911 Nr 187; 1913 Nr 227).

Wenn die Einwirkungen aber lediglich deswegen das nach § 906 zu duldennde Maß überschreiten, weil der leidende Eigentümer bei dem Gebrauch seines Grundstücks regelwidrig verfährt oder eine den allgemeinen Anforderungen widersprechende Einrichtung trifft (z. B. eine Trennungswand nach dem Nachbargrundstück herstellt, die nicht die polizeilich vorgeschriebene Stärke hat, oder einen Betrieb unmittelbar an der Nachbarwand einrichtet, ohne zur Abwendung von Störungen geeignete und übliche Vorkehrungen zu treffen), so kann er auch die Beseitigung der an sich übermäßigen Einwirkungen nicht verlangen. Denn in Anbetracht der auf die nachbarlichen Verhältnisse zu nehmenden Rücksicht würde in einem solchen Verlangen ein Mißbrauch der dem Eigentümer nach § 903 zustehenden Rechte (§ 903 A 6) zu finden sein (RG JW 1912, 589¹⁰; Warn 1913 Nr 227; Gruch 34, 476).

Im Falle der **Veräußerung des Grundstücks während des Rechtsstreits** findet § 266 **BPD** Anwendung. Der Rechtsnachfolger ist berechtigt und auf Antrag des Gegners auch verpflichtet, den Rechtsstreit zu übernehmen (RG 40, 333; JW 1912, 471¹⁷). Durch Herstellung **abhelfender Einrichtungen während des Rechtsstreits** wird die Verurteilung des Beklagten an sich noch nicht ausgeschlossen. Denn der Kläger hat ein Recht auf dauernden Schutz, der ihm in der Regel nur durch ein die sofortige Zwangsvollstreckung ermöglichendes Urteil gewährt wird. Allerdings darf der Einwirkende nicht mehr verurteilt werden, wenn er beweist, daß Einrichtungen getroffen sind, die nach menschlicher Voraussicht die schädliche Einwirkung auf ein Maß zurückführen, das nach § 906 ertragen werden muß, und daß eine Beseitigung der Schutzeinrichtungen und die Wiederaufnahme des früheren Betriebs nach Lage der Verhältnisse nicht in Frage kommen kann (RG 36, 178; JW 1896, 210³⁷; 1898, 610⁴¹; 1899, 757³⁸; 1902 S. 70, Beil 203; 1906, 556²⁶; 1910, 654¹²; 1911, 326²¹; 1927, 45⁹; Warn 1912 Nr 215; 1917 Nr 245; 1919 Nr 172; Gruch 44, 866; 54, 1008). Soweit dies dargetan wird, ist der Zustand zur Zeit der Klagerhebung nicht mehr für die Urteilsfindung maßgebend (RG JW 1911, 326²¹). Das gilt anderseits aber auch, wenn **während des Rechtsstreits Verstärkungen** der Einwirkungen (z. B. infolge Ausdehnung des Betriebs auf dem Nachbargrundstück) eintreten. Solche Verstärkungen sind bei der Urteilsfindung zu berücksichtigen; dem Beklagten liegt die Beweislast dafür ob, daß auch diese Einwirkungen noch nach § 906 zu dulden sind (A 8; RG JW 1911, 326²¹). Entscheidend für die Urteilsfindung ist also stets das Gesamtbild der Lage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (RG 156, 319). Die **Einde der Unmöglichkeit**, den Klagenanspruch zu erfüllen, greift nicht durch, weil es sich um einen dinglichen Anspruch auf Beseitigung des das Eigentum beeinträchtigenden Zustandes handelt. Der gesetzmäßige Zustand, der dem Berechtigten die ungestörte Ausübung seines Rechts ermöglicht, muß unter allen Umständen hergestellt werden (RG JW 1910, 754¹⁶). Der Anspruch aus § 1004 ist noch nicht im ganzen verjährt, wenn einzelne Einwirkungen schon während rechtsverjährter Zeit stattgefunden haben. Denn er ist durch die letzte Einwirkung neu entstanden (RG Warn 1931 Nr 8). Der aus dieser Einwirkung entstehende Anspruch unterliegt der ordentlichen Verjährung (§§ 194 Abs 1, 195, 198). § 902 kommt nicht zur Anwendung. Denn es handelt sich nicht um einen Anspruch aus einem eingetragenen Recht im Sinne dieser Vorschrift (str.).

§ 907

1) Der Eigentümer eines Grundstücks²⁾ kann verlangen³⁾, daß auf den Nachbargrundstücken^{3a)} nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden⁴⁾, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist⁵⁾, daß ihr Bestand oder ihre Benutzung⁶⁾ eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat⁷⁾. Genügt eine Anlage den landesgesetzlichen Vorschriften, die einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln vorschreiben, so kann die Beseitigung der Anlage erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung **tatsächlich hervortritt**⁸⁾.

Bäume und Sträucher gehören nicht zu den Anlagen im Sinne dieser Vorschriften⁹⁾.

© I 864 II 821; W 3 292 ff.; B 3 157 ff.

1. § 907 gewährt dem Grundeigentum Schutz vor drohenden künftigen Einwirkungen. Die Eigentumsfreiheitsklage ist danach zunächst in Erweiterung des § 1004 als vorbeugendes Schutzmittel gegenüber einer beabsichtigten, gefahrdrohenden Anlage schon vor dem Eintritt unzulässiger Einwirkungen gegeben (W 3, 294; RG 104, 85). Sie richtet sich auf Unterlassung der Herstellung der Anlage (Prot 3, 159). Ist die Anlage bereits hergestellt und findet von ihr aus eine über § 906 hinausgehende Einwirkung statt, so kann nach §§ 903, 905, 1004 auf Beseitigung der Beeinträchtigung und, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, auf Unterlassung der Störung, also auf Unterlassung der Benutzung der Anlage überhaupt oder in der bisherigen Art geklagt werden (§ 906 A 13). Auch in dieser Hinsicht enthält § 907

eine Erweiterung des Eigentumsanspruchs. Denn der Eigentümer kann, wenn die weitere Benutzung der hergestellten Anlage die Fortdauer unzulässiger Einwirkungen zur notwendigen Folge hat, nicht bloß Unterlassung der Benutzung, sondern auch Beseitigung der Anlage verlangen (Prot 3, 159). Diesen Anspruch hat er selbst dann, wenn die bisherige Einwirkung noch nicht mit einer Schadenszufügung verbunden war (M 3, 295; RG 50, 229). Ein Schadensersatzanspruch kann aber auch hier wie sonst nur nach Maßgabe der §§ 823 ff., insbesondere unter der Voraussetzung eines Verschuldens des die Anlage Herstellenden oder Haltenden geltend gemacht werden (RG 50, 228; JW 1911, 764²³; § 906 A 13). Dabei ist zu beachten, daß § 907 ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs 2 darstellt (§ 823 A 14 III a). Im übrigen besteht auch hier wie für den Anspruch aus § 1004 die Möglichkeit, daß das dem gefährdeten Eigentümer nach § 907 zustehende Recht auf Beseitigung einer Anlage zugunsten eines Nachbarn entzogen ist durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen (§ 26 GewD; Artt 109, 125 GG) oder durch sonstige Normen des objektiven Rechts, die ein Zurückstehen der Ausübung von Privatrechten hinter dem öffentlichen Interesse fordern. Dann kann der von der Entziehung betroffene Eigentümer als Ersatz dafür einen Entschädigungsanspruch gegen den Nachbarn haben, auch ohne daß diesem ein Verschulden zur Last fällt (RG 50, 229; 58, 132; 93, 104; 101, 102; JW 1907, 299¹; 1911, 764²³; Gruch 66, 479; DZ 18 S. 124, 127; § 906 A 1, 13). Hat jemand z. B. während des Krieges auf einem Grundstück eine Sprengstofffabrik betrieben, von der infolge der durch die Kriegsverhältnisse gebotenen äußersten Ausnutzung der Eintritt von Explosionen mit Sicherheit zu erwarten war, so ist er auch ohne Verschulden zum Ersatz des durch Explosionen den Nachbargrundstücken zugefügten Schadens verpflichtet (RG 101, 102; Gruch 66, 479). Dabei ist, ebenso wie in den Fällen des durch § 26 GewD ausgeschlossenen Abwehranspruchs (§ 906 A 13), hinsichtlich des Richterfordernisses eines Verschuldens kein Unterschied zu machen zwischen dem vor und nach der Klagerhebung entstehenden Schaden (RG 104, 86). Soweit aber solche öffentlich-rechtlichen Bestimmungen nicht entgegenstehen, kann einerseits der Anspruch aus § 907 auch gegenüber der Anlage einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft geltend gemacht (z. B. gegenüber Kanalisation, Wegebauten, Bedürfnisanstalten einer Stadtgemeinde, Minenlager des Staates: RG 134, 257; JW 1900, 639; 1901, 52; DZ 2, 345), andererseits ein Schadensersatzanspruch nur unter Nachweis eines Verschuldens erhoben werden (RG JW 1911, 764²³). Für die Beweisfrage in Ansehung des Verschuldens können die Grundfälle über den Beweis nach dem ersten Anschein von Bedeutung sein (RG 145, 115). Die Zulässigkeit des Rechtswegs für einen Anspruch aus § 907 gegenüber einer beabsichtigten gewerblichen Anlage, die nach §§ 16, 24 GewD der behördlichen Genehmigung bedarf und gegen die im Genehmigungsverfahren (§§ 17 ff. GewD) Einwendungen erhoben sind, erörtern RG 13, 55; JW 1908 S. 301^a, 245²⁰. Ist ein Stück von einem Felsenhang zur Herstellung einer Eisenbahnstrecke abgetreten und lösen sich von den Felswänden infolge von Verwitterungen, namentlich beim Betrieb der Eisenbahn, Steine ab, wodurch der Eisenbahnbetrieb gefährdet wird, so kann der Eigentümer des Felsenhangs weder aus § 907 noch aus § 1004 dahin in Anspruch genommen werden, Einrichtungen zu treffen, die das Herabfallen von Steinen in Zukunft verhüten. Denn das Herabfallen der Steine ist weder durch eine von ihm hergestellte Anlage herbeigeführt noch sonst auf seinen Willen zurückzuführen. Es beruht vielmehr lediglich auf der Einwirkung von Naturkräften, für die er keine Vorbedingungen geschaffen hat (RG 134, 230).

2. Anspruchsberechtigte aus § 907 sind außer dem **Eigentümer des Grundstücks** auch der Erbauberechtigte (RD v. 15. 1. 1919 § 11), der Dienstbarkeitsberechtigte (§§ 1027, 1090 Abs 2) und der Nießbraucher (§ 1065). Dagegen steht dem Mieter oder Pächter, deren Recht nur schuldrechtlicher Natur ist, ein solcher Anspruch nicht zu (RG 59, 327). Das Bergwerkseigentum ist kein Sacheigentum, auch kein Recht an einem fremden Grundstück, sondern der Inbegriff der Berechtigungen, die dem Zweck der bergmännischen Erzeugung dienen (RG 87, 400; Gruch 59, 1059). Gemäß Art 67 GG bestimmt sich der Inhalt und Umfang der Berechtigungen in Preußen nach § 54 Allg BergG. Daher ist § 907 für das Bergrecht nicht anwendbar, insbesondere nicht auf das nachbarliche Verhältnis zweier Bergwerke untereinander (RG Gruch 59, 1058).

3. Das Verlangen kann an den Eigentümer des Grundstücks, auf dem sich die Anlage befindet, auch dann gestellt werden, wenn sie von ihm nur hergestellt ist, aber von einem anderen (z. B. dem Pächter) für eigene Rechnung benutzt wird. Andererseits kann der Anspruch auch gegen einen Dritten geltend gemacht werden, der die Anlage auf dem ihm nicht gehörenden Nachbargrundstück errichtet oder hält (§ 906 A 13). Zur Begründung der Klage müssen die Voraussetzungen des Satz 1 dargelegt werden. Der Kläger muß also behaupten und beweisen, daß die Anlage errichtet ist oder hergestellt werden soll und daß von ihr eine unzulässige Einwirkung mit Sicherheit zu erwarten ist. Da jedoch nach § 903 grundsätzlich alle Einwirkungen unzulässig sind, so genügt der Kläger seiner Pflicht, wenn er dargetut, daß mit Sicherheit Einwirkungen überhaupt zu erwarten sind. Sache des Beklagten ist es dann, nachzuweisen, daß die Einwirkungen im gegebenen Falle nach Maßgabe von Ausnahmevorschriften, insbesondere nach § 906, vom Eigentümer geduldet werden müssen, also nicht unzulässig sind (str.; RG JW 1910, 20²⁰). Auch kann der Beklagte sich darauf berufen, daß seine Anlage den in Satz 2 angeführten landesgesetzlichen

Vorschriften genügt (A 8). Zugunsten des Anspruchsberechtigten kann eine einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO (z. B. auf Verbot der Fortsetzung des Baus der Anlage) erlassen werden (OLG 4, 61).

3 a. Unter **Nachbargrundstücken** sind nicht nur unmittelbar angrenzende Grundstücke zu verstehen, sondern auch entfernter liegende Grundstücke, sofern sie sich nur innerhalb des Einwirkungsbereiches der Anlagen befinden (RG JW 1923, 288⁸; § 906 A 6, § 909 A 3, § 917 A 7). Die Frage, ob Einwirkungen „mit Sicherheit vorauszusehen sind“ (A 5), hat mit der Frage der „Nachbarschaft“ als solcher unmittelbar nichts zu tun; es handelt sich vielmehr bei beiden Fragen um selbständige Tatbestandserfordernisse, die nicht derart miteinander verknüpft werden dürfen, daß mangels Voraussehbarkeit von Einwirkungen auch schon die Nachbarschaft der Grundstücke entfielen (RG 18. 12. 1937 V 147/37).

4. Anlagen im Sinne des § 907 sind zunächst solche Einrichtungen, die schon von selbst ohne Zutritt einer weiteren menschlichen Tätigkeit einwirken, deren „Bestand“ also gefährdend sein kann: z. B. Teiche, Gräben und Kanäle (R 3, 295; Prot 3, 160), die übel riechen oder schmutziges Wasser mit sich führen (RG 51, 254) oder Aufenthalt für schädigende Tiere bieten (RG JW 1910, 654¹⁹). Ferner gehören hierher aber auch solche Einrichtungen, die erst dann, wenn sie bestimmungsgemäß verwendet werden, also durch die „Benutzung“ einwirken: z. B. Viehställe (RG 51, 254), Badöfen, Rauchfänge (Prot 3 S. 157, 160), Düngergruben (OLG 4, 59), Leichenhäuser (OLG 4, 61), ein zur Benutzung eines Privatweges des Nachbarn angelegter Straßenanschluß (OLG 2, 345), Aufschüttungen von Erd- und Sandmassen (RG 60, 140), Stauvorrichtungen (RG JW 1908, 301¹⁸), eine Kleinbahnanlage mit ungünstigen Steigungs- und Krümmungsverhältnissen (RG JW 1907, 299¹; OLG 18, 123). Immer muß die Anlage aber so geartet sein, daß sie selbsttätig oder unter menschlicher Mitwirkung durch Hinterbleiben ihrer Bestandteile oder Zuführen greifbarer oder doch sinnlich wahrnehmbarer Stoffe die Grenze überschreitet oder zu überschreiten droht (RG 51, 253). Daher fallen nicht unter § 907 solche Anlagen, die sich streng auf der Grundfläche des sie Errichtenden halten, nicht unmittelbar und positiv in das Gebiet des anderen Grundstücks hinübergreifen, wenn sie vielleicht auch durch negative Einwirkungen (z. B. durch Entziehung früher zugestoffenen Lichts, durch Verdeckung einer bisher vorhandenen Aussicht oder Bequemlichkeit, durch die von einem Gebäude verursachten Windstauungen, Wirbel- und Stoßwinde, welche die Leistung einer Windmühle verringern) das andere Grundstück beeinträchtigen (RG 51, 254; 62, 88; JW 1909, 161¹⁰; Warn 1913 Nr 96; Gruch 58, 1028; 65, 612; HR 1937 Nr 1006; § 906 A 1). So ist z. B. die Erhöhung oder Tieferlegung einer Straße, durch die den Anliegern lediglich Licht und Aussicht beeinträchtigt oder die bisherige Art der Straßenbenutzung entzogen wird, keine Anlage im Sinne des § 907 (RG 51, 253; Warn 1935 Nr 132; OLG 18, 126). Schließlich ist nach allgemeinem Sprachgebrauch unter „Anlage“ nur ein Werk oder eine Einrichtung von gewisser Selbständigkeit und dauerndem Bestande zu verstehen. Daher fallen z. B. nicht unter § 907: eine einzelne in ein Gebäude eingestellte, mit diesem nicht verbundene Maschine; ein einzelner Fabrikraum, der mit Geräten, Werkzeugen und sonstigen Einrichtungen zur Herstellung von Stoffen versehen ist (RG 51, 253; JW 1912, 752¹⁷; Gruch 46, 652).

5. Die unzulässige Einwirkung muß mit **Sicherheit vorauszusehen** sein. Die auf die bloße Möglichkeit sich gründende Besorgnis derartiger Einwirkungen genügt nicht (RG 50, 229; 63, 378; JW 1902 Weil 203; 1910, 20²⁸; HR 1933 Nr 477). Deshalb kann z. B. niemand wegen einer mit Feuer- oder Explosionsgefahr verbundenen Einrichtung auf dem Nachbargrundstück schon deshalb einen Anspruch aus § 907 herleiten, weil durch die Gefährlichkeit dieses Betriebs sein eigenes Grundstück entwertet wird (RG 50, 225; OLG 4, 55; § 906 A 1). Ebenso kann wegen Besorgnis der Einwirkung aus einem benachbarten Minenlager, das aus einem alten Befestigungswerk vom Deutschen Reich ausgebaut ist, weder nach § 907 Abs 1 Satz 1 BGB noch nach § 75 Einl. z. BGR Entschädigung verlangt werden, wenn von dem Minenlager weder mit Sicherheit noch mit höchster Wahrscheinlichkeit eine unzulässige Einwirkung auf das Nachbargrundstück vorauszusehen ist. Denn wenn der Nachbar sich die Anlage nach den allgemeinen Eigentumsvorschriften gefallen lassen muß, so kann bei ihm auch von einem Opfer an besonderen Rechten und Vorteilen, das einen Entschädigungsanspruch nach § 75 aaD. auszulösen geeignet wäre, nicht die Rede sein (RG 134, 255). Aus der Benutzung einer Kraftwagengarage lassen sich regelmäßig keine unzulässigen Einwirkungen auf die Nachbargrundstücke voraussehen; nur unter ganz besonderen Umständen könnte ein Anspruch aus § 907 gegeben sein (JW 1937, 2116¹⁴). Eine mathematische Sicherheit ist nicht zu erfordern. Mit Sicherheit vorauszusehen ist die unzulässige Einwirkung auch dann, wenn sie nach den Lebenserfahrungen mit höchster Wahrscheinlichkeit früher oder später einmal zu erwarten ist (RG Gruch 59, 476; JW 1923, 289⁷; 1924, 1540⁸). Unter besonderen Umständen (ungewöhnliche Gefährlichkeit, großes Ausmaß eines gefährdenden Betriebs, frühere Unglücksfälle in ihm) kann die Feststellung gerechtfertigt sein, daß von einer Anlage aus für die gesamte engere und weitere Nachbarschaft unzulässige Einwirkungen mit Sicherheit vorauszusehen sind (RG 18. 12. 1937 V 147/37). Die Frage der Voraussehbarkeit liegt im allgemeinen auf tatsächlichem Gebiet und ist insoweit einer Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen (RG 101, 105; 104, 82; 134, 255; 18. 12. 1937 V 147/37).

6. Der Bestand oder die Benutzung der Anlage muß die unzulässige Einwirkung hervorbringen (A 4). Dies trifft nicht zu, wenn die Anlage nur an einem die Störung allein verursachenden Mangel leidet, der behoben werden kann (z. B. wenn eine Kloake nicht genügend zementiert ist). Dann kann nur auf Grund des § 1004 die Beseitigung des Mangels verlangt werden (RG 63, 378; Gruch 46, 652; DLG 4, 59).

7. Unzulässige Einwirkungen sind nicht nur die im § 906 erwähnten, durch unwägbare Stoffe verursachten Einwirkungen, die über die im § 906 gestatteten Grenzen hinausgehen (§ 906 A 1, 5), sondern auch alle sonstigen, das Eigentumsrecht (§§ 903, 905) beeinträchtigenden Einwirkungen, die dem Nachbar weder durch Gesetz (§ 906 A 1; § 903 A 3) noch in Ausübung eines besonderen Rechts gestattet sind (RG 50, 228; Gruch 47, 651; JW 1910, 20²⁰). Hierher gehört also auch die Entsendung von festen Körpern, wie Kugeln aus einem Schießstand, Steinen aus einem Steinbruch, Tauben aus Taubenschlägen, Bienen aus Bienenkörben (RG 12, 174; JW 1910, 654¹³; Gruch 45, 1016; vgl. für den Bienenflug § 906 A 5). Wie aus den Worten „Einwirkung auf das Nachbargrundstück“ sich ergibt, muß es sich aber um ein (drohendes) Eindringen auf das Nachbargrundstück unter Überschreitung der Grenze handeln (RG 51, 254; 98, 17; JW 1908, 142¹²; 1909, 161¹; SeuffA 59, 124). Diese Voraussetzung liegt z. B. bei der Vertiefung des Grundstücks nicht vor (DLG 29, 339). Deshalb stellt sich auch das durch das bloße Dasein eines Gebäudes auf dem Nachbargrundstück verursachte Zurückwerfen des Windes und des Regens nicht als unzulässige Einwirkung dar. Denn einerseits darf der Nachbar, soweit er nicht durch ein gesetzliches oder polizeiliches Verbot oder durch ein besonderes Recht Dritter gehindert ist, auf seinem Grundstück beliebig Gebäude errichten (§§ 903, 905). Andererseits beruht das Zurückwerfen des Windes und des Regens auf Naturgesetzen, nicht auf einem Hinüberwirken des Gebäudes auf das andere Grundstück; das Gebäude wirkt vielmehr nur abwehrend dabei mit (RG Warn 1914 Nr 57). Dasselbe gilt von einer Bretterwand, die dem Hause auf einem Nachbargrundstück Licht und Luft entzieht oder beeinträchtigt, und von einer lediglich die Aussicht schädigenden Anlage (RG 98, 17; Gruch 56, 115; JRM 1931 Nr 939). Die Beweislast für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Einwirkung ist behandelt in A 3. — Soweit infolge von Anlagen gefährdende Zuflüsse von Wasser drohen (z. B. bei Hochwasser eines Flusses oder bei einer mit dem Eisenbahnbetrieb zusammenhängenden Entwässerungsanlage), kommt nach Art 65 GG Landesrecht zur Anwendung (RG JW 1912, 391¹²; Warn 1910 Nr 447). Dasselbe gilt, wenn es sich um Entziehung von Wasser (Grundwasser) durch eine Wasserversorgungsanlage oder durch sonstige Anlagen (z. B. den Bau einer Untergrundbahn) handelt (RG Warn 1913 Nr 96; JW 1932, 1046⁹). Für Preußen kommen hier namentlich in Betracht aus dem Wassergesetz v. 7. 4. 1913 § 285 Anlagen im Überschwemmungsgebiet gefährdender Wasserläufe dürfen nur mit behördlicher Genehmigung hergestellt werden, die §§ 41, 200 Abs 1 (dazu § 906 A 5), § 331 Abs 2 (Entwässerungsanlagen ohne Entschädigung für die lediglich durch Veränderung des Grundwasserstandes hervorgerufenen Nachteile). Wo aber landesrechtliche Vorschriften fehlen, greift das Reichsrecht Platz (§ 906 A 1 a. E.). So wird z. B. in RG 155, 154 eine unzulässige Einwirkung im Sinne des § 907 verneint für einen Hamburger Fall, wo durch Anschüttungen auf einem Grundstück das Steigen des Grundwasserspiegels auf dem Nachbargrundstück bewirkt war, ohne daß eine Wasserzuführung von dem einen Grundstück auf das andere stattfand.

8. Die nach Art 124 GG in Geltung befindlichen landesgesetzlichen Vorschriften der im Satz 2 bezeichneten Art (z. B. Licht- und Fensterrecht: §§ 137 ff. PrALR 1 8; RG Warn 1913 Nr 152; SeuffA 86 Nr 70; § 903 A 4) können nicht nur bürgerlich-rechtlicher, sondern auch polizeilicher Natur sein (Prot 3, 159). Dazu gehören z. B.: für Preußen Art 674 Code civil; PrALR 1 8 §§ 125—128, 131 (Schweinefässer, Kloaken und andere den Gebäuden schädliche Anlagen, Rinnen und Kanäle, Brunnen), § 185 (Entfernung vom Nachbargrundstück bei Bodenerhöhung: DLG 18, 128), auch 11 15 § 247 (RG 50, 319); für Bayern Artt 62—66 AB. BGB; §§ 8, 52 ABGB v. 17. 2. 1901; für Württemberg Artt 219 ff. AB. BGB; für Baden Art 18 AB. BGB. Unter den durch Art 124 aufrechterhaltenen landesrechtlichen Beschränkungen des Eigentums, „zugunsten der Nachbarn“ sind auch diejenigen zu verstehen, die den Begriff des Nachbarrechts (A 3 a) nicht auf die unmittelbar angrenzenden Grundstücke einengen (RG 50, 322; Gruch 66, 478). Im Falle des Satzes 2 ist eine bereits hervorgetretene unzulässige Einwirkung (A 7) als Voraussetzung für die Klage bestimmt, weil in der Regel durch die Beobachtung der landesgesetzlichen Vorschriften eine unzulässige Einwirkung verhindert wird (Prot 3, 159). Der Kläger hat daher in diesem Falle gegenüber der Berufung des Beklagten auf die landesgesetzliche Vorschrift (A 3) zu beweisen, daß eine unzulässige Einwirkung (A 7) erfolgt ist. Diese Einwirkung braucht aber nicht gerade sein eigenes, sondern kann auch ein Grundstück in gleicher Lage betroffen haben (RG 18. 12. 1937 V 147/37). Gelingt ihm dieser Beweis, so kann er die Beseitigung der Anlage verlangen, braucht sich also nicht mit der Unterlassung der Benutzung der Anlage zu begnügen (Prot 3, 160). Hat der Nachbar auf seinem Grundstück ein Sprengstofflager angelegt, das polizeilich genehmigt ist (§§ 1 ff. SprengstoffG v. 9. 6. 1884), so ist eine unzulässige Einwirkung solange nicht tatsächlich hervorgetreten, als keine Explosion stattgefunden hat. Bis dahin kann also niemand nach § 907 Abs 1 Satz 2 die Beseitigung der Anlage verlangen, ganz abgesehen davon, daß wohl

mit Rücksicht auf die polizeiliche Genehmigung schon § 26 GewD einem solchen Beseitigungsverlangen entgegenstehen würde (RG Warn 1914 Nr 251). Eine andere Frage ist aber die, ob nicht nach eingetretener Explosion der geschädigte Nachbar auch dann einen Schadenersatzanspruch nach § 26 GewD haben kann, wenn er früher zwar angesichts des § 907 Abs 1 Satz 2 BGB noch keinen Beseitigungsanspruch hatte, wenn aber ein Anspruch auf Schutzvorrichtungen, auf Unterlassung oder auf Einschränkung des Betriebsgebrauchs oder der Betriebsfortführung an sich begründet und lediglich durch § 26 GewD umgewandelt war. Das Reichsgericht hat diese Frage bisher offen gelassen (RG 104, 83; 18. 12. 1937 V 147/37); aus allgemeinen Rechtserwägungen (§ 906 II 13) wie aus Billigkeitsrücksichten wird sie wohl zu bejahen sein.

9. Für Bäume und Sträucher gelten § 910, § 923 und Art 124 GG (in Preußen § 174 ALR I 8; in Bayern Artt 71—75 ABGB). Den Ersatz des Schadens, der durch das Umfallen eines morschen Baums einem Nachbargrundstück zugefügt wird, behandelt RG 52, 373.

§ 908

Droht einem Grundstücke die Gefahr¹⁾, daß es durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen Werkes²⁾, das mit einem Nachbargrundstücke verbunden ist, oder durch die Ablösung von Teilen³⁾ des Gebäudes oder des Werkes beschädigt wird, so kann der Eigentümer⁴⁾ von demjenigen⁵⁾, welcher nach dem § 836 Abs 1 oder den §§ 837, 838 für den eintretenden Schaden verantwortlich sein würde⁶⁾, verlangen⁷⁾, daß er die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Vorkehrung trifft⁸⁾.

§ II 822; § 3 161, 162.

1. Die Gefahr muß drohen, daß das Gebäude oder Werk infolge seines Zustandes ganz oder zum Teil nach allgemeinem Naturgesetz in einer das Nachbargrundstück schädigenden Weise zerfällt (RG 70, 206). § 908 findet daher z. B. keine Anwendung, wenn auf dem Nachbargrundstück ein Gewerbebetrieb stattfindet, der mit der Gefahr einer Explosion verbunden ist, die erst den Einsturz zur Folge haben kann. Ist der Schaden bereits eingetreten, so greifen die §§ 836 ff. Platz (RG 52, 239; JW 1910, 653¹¹; 1911, 580¹⁸; Gruch 57, 973; 58, 192). Zweck der Vorschrift des § 908 ist, zu verhüten, daß der Gefährdete in diesem Falle, wo § 907 Abs 1 nicht anwendbar ist, erst die Schädigung dulden und dann auf Schadenersatz klagen muß (Prot 3, 161).

2. Den Begriff des Gebäudes erläutert § 912 II 4. Ein Werk ist nicht bloß ein eigentliches Bauwerk, sondern jeder einem bestimmten Zweck dienende, nach gewissen Regeln der Kunst oder der Erfahrung hergestellte, mit einem Grundstück verbundene Gegenstand (RG 60, 139; 76, 261; Warn 1909 Nr 23; Gruch 57, 972). Beispielsfälle für ein Werk: Tor (RG Warn 1920 Nr 12; Seuffl 57 Nr 62), Fahrstuhl (RG Gruch 60, 132), Firmenschild (RG JW 1906, 423⁸), Bahndamm (RG JW 1908, 196¹⁹), Drahtzaun (RG JW 1910, 653¹¹; DLG 20, 37), Brunnen, Wasserleitungen, Durchlaß auf einem Bürgersteig (RG 76, 260; JW 1923, 1026⁴), Kanäle, Schleusen (Seuffl 64 Nr 92), Deiche (RG Gruch 58, 192), Telegraphen- und elektrische Stromleitungen (DLG 5, 249; 18, 85), Mauern (DLG 14, 53), Baugerüste (RG JW 1910, 288²¹; Seuffl 76 Nr 116), militärischer Signalmast auf fremdem Grundstück (RG Gruch 57, 972), Drahtseil für eine Drachenwarte (DLG 43, 218), Sichtschacht auf dem Bürgersteig einer städtischen Straße (RG Gruch 58, 1003), Buden und ähnliche zu vorübergehendem Zweck errichtete Baulichkeiten, sofern sie mit dem Grund und Boden verbunden sind (RG JW 1910, 288²¹). Unter Umständen kann auch ein unfertiger Bau (z. B. ein unvollendet gebliebener Rohbau) oder ein wieder in Verfall geratenes Gebäude ein Bauwerk im Sinne des § 908 sein (RG Warn 1912 Nr 78). Gewachsener Fels fällt nicht unter die Begriffe Gebäude oder Werk (RG 149, 210). Ebensovienig gehört hierher ein aufgeschütteter Erdbau, es sei denn, daß er zu einem bestimmten Zweck (z. B. als Böschung) hergestellt ist (RG 60, 140). Im übrigen kann auf § 836 II 2 verwiesen werden.

3. Ablösung kann nur angenommen werden, wenn sie infolge der mangelhaften Beschaffenheit des Gebäudes oder des Werks eintritt (RG Gruch 57, 973; Seuffl 76 Nr 116). Doch wird der Begriff der Ablösung nicht durch jede Mitwirkung menschlicher Kraft ausgeschlossen. In den meisten Fällen wird vielmehr die Ablösung sich in der Weise vollziehen, daß zu der fehlerhaften Beschaffenheit noch die Einwirkung menschlicher Tätigkeit hinzukommt (z. B. Anlehnen an einen ungenügend befestigten, Stützen auf einen nicht tragfähigen, ungewolltes Anstoßen an einen mangelhaft verbundenen Teil). Entscheidend aber ist, ob der Grund des Ablösens wesentlich in der mangelhaften Beschaffenheit zu sehen ist. Beispielsfälle in RG Gruch 57, 974: Herausziehen eines ordnungswidrig lose eingefügten Nagels durch ein Rind, daß die Folgen nicht erkennt; Warn 1919 Nr 169: Herunterfallen eines Ziegelsteins von einem schadhaften Dach bei der Ausbesserung; Warn 1920 Nr 12: Umfallen eines mit einem Wagen angefahrenen, lose in einem Tor hängenden Torflügels; RG 113, 292: allmähliche Lockerung der ein Oberfenster festhaltenden

Riegel durch Erschütterungen. Auch wenn sich das Ablösen schließlich durch die Tätigkeit eines Tieres vollzieht, ist unter jener entscheidenden Voraussetzung eine Ablösung nach § 908 gegeben (RG Gruch 57, 974). Überhaupt kann dies der Fall sein, wenn ein zu der mangelhaften Beschaffenheit hinzutretender, von außen kommender Anstoß das Ablösen mitverursacht (RG Gruch 58, 193: Durchbruch eines Deiches infolge einer Wasserflut). Daher droht eine Ablösung auch dann, wenn zwar die mangelhafte Beschaffenheit des Gebäudes oder des Werks für sich allein noch nicht das Ablösen von Teilen besorgen läßt, wenn aber die mangelhafte Beschaffenheit derart ist, daß beim Hinzutreten eines von außen kommenden nicht ungewöhnlichen Anstoßes, sei es durch menschliche Tätigkeit sei es durch eine andere Bewegung verursachende Kraft, das Ablösen wahrscheinlich ist und im Falle des AblöSENS die mangelhafte Beschaffenheit als die Hauptsache zu erachten wäre. Ablösung ist nicht bloß die vollständige Trennung des Teiles vom Ganzen, sondern umfaßt alle Fälle, in denen ein Teil einstürzt oder zerbricht (RG 52, 238; RG JW 1904, 486⁹; 1912, 242¹⁰; DLG 4, 285: 5, 249; 9, 45). Sie erfordert auch nicht, daß die Aufhebung des Zusammenhangs, wie es beim Abbrechen oder Abreißen der Fall zu sein pflegt, unter teilweiser Zerstörung oder Vernichtung des Gebäudes oder des Werks vor sich geht, sondern nur, daß ein Teil von diesem losgelöst wird (RG Gruch 57, 974; Warn 1920 Nr 12). Teile eines Gebäudes sind alle, nicht bloß die wesentlichen Bestandteile des Gebäudes (DLG 12, 278), mögen sie auch nicht fest verbunden sein, z. B. Fußböden, Decken (DLG 4, 285), Steinfliesen (RG 52, 238; 76, 260), Treppe, Treppengeländer (RG 59, 8; Warn 1913 Nr 13; DLG 18, 86), Brett eines Bodenbelags (RG JW 1912, 242¹¹), Gefsimstücke (RG JW 1903 Weil 115; 1904, 487¹²; DLG 9, 47), Puststücke (RG Warn 1916 Nr 78), morsche Dielen (RG Warn 1916 Nr 223), Dachfenster (RG JW 1907, 45⁴; Warn 1914 Nr 55), Dachaufsätze (RG JW 1904, 91¹⁰), Dachziegel (RG Warn 1919 Nr 169), Fensterläden (RG 60, 421), Kette eines Klappensters, Aufziehhaut einer Jalousie (RG Gruch 57, 975), durch Riegel festgehaltenes Oberfenster (RG 113, 292), Beleuchtungskörper (RG Warn 1915 Nr 233), Fenster Scheiben (DLG 5, 249), Rolladenstücke (DLG 14, 52), Torflügel (RG Warn 1920 Nr 12; DLG 14, 53), Fahnenstangen (DLG 12, 277), Telegraphenstangen (DLG 5, 246), Drähte einer elektrischen Leitung (SeuffA 64 Nr 30). Teil eines Werks ist z. B. das Tragteil eines Fahrstuhls (RG Gruch 60, 132). Für die Anwendung des § 908 können aber nur solche Gegenstände in Betracht kommen, die bereits endgültig in das Gebäude oder Werk verbaut und baumäßige Teile geworden sind, nicht Gegenstände, mit deren Einfügung erst begonnen ist (RG Warn 1912 Nr 78). Soweit es sich um eine einzelne Sache handelt, muß eine nicht bloß äußerliche, mechanische, sondern eine der Bildung und dem Zweck des Ganzen dienende Verbindung vorliegen, bei der die Sache zur Herstellung des Gebäudes oder des Werks eingefügt oder sonstwie Gebäudeteil ein Spiegel, der nicht an einer angepaßten Stelle in die Wand eingelassen, sondern nur an der Wand aufgehängt und unten durch eiserne Klammern gestützt ist (RG 107, 337). Wegen weiterer Einzelheiten wird auf § 836 Abs 3, 4 Bezug genommen.

4. Klageberechtigt ist, da die drohende Gefahr als eine Beeinträchtigung des Eigentumsrechts gilt, außer dem **Eigentümer** der Miteigentümer (§ 1011). Wenn ihr Nutzungsrecht an dem Grundstück gefährdet ist, sind klageberechtigt auch der Erbbauberechtigte (R. v. 15. 1. 1919 § 11), der Dienstbarkeitsberechtigte (§§ 1027, 1090 Abs 2), der Nießbraucher (§ 1065).

5. Der Anspruch richtet sich nicht gegen den Eigentümer des Gebäudes oder Werks als solchen, sondern gegen den **Eigenbesitzer** (unmittelbaren oder mittelbaren: §§ 854, 868) des **Nachbargrundstücks** (§§ 836 Abs 1 u. 3, 872) oder gegen den, der auf fremdem Nachbargrundstück in Ausübung eines eigenen Rechts ein Gebäude oder ein anderes Werk besitzt (§ 837), oder gegen den, der die **Unterhaltung** des Gebäudes oder eines anderen Werks für den Eigentümer übernommen hat oder vermöge eines ihm zustehenden Nutzungsrechts dazu verpflichtet ist (§ 838). Was den ersten Fall (Eigenbesitzer) anlangt, so kann der Eigentümer nicht in Anspruch genommen werden, wenn er nicht den Besitz des Grundstücks hat. Denn er wird dann unter Umständen von dem gefährdenden Zustand des Gebäudes oder Werks keine Kenntnis haben; auch wird ihm die Instandhaltung nicht obliegen. Auch der frühere Besitzer kann nicht belangt werden, obwohl er nach § 836 Abs 2 für den eintretenden Schaden ebenfalls verantwortlich sein würde. Denn der Abs 2 § 836 ist im § 908 nicht angezogen. Im zweiten Falle (§ 837) kommt es an sich nicht darauf an, ob das Recht, in dessen Ausübung das Gebäude oder Werk besessen wird, ein dingliches (z. B. Erbbaurecht) oder ein persönliches (z. B. Pacht) ist (RG Warn 1910 Nr 154; RG St JW 1904, 581¹⁶). Wie sich aus dem Zusammenhang von § 837 mit § 836 ergibt, ist aber erforderlich, daß der auf Grund eines eigenen Rechts an dem Gebäude oder Werk ausgeübte Besitz abge sondert von dem Besitz an dem Grundstück besteht, wie in dem Falle des § 95, in dem in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück ein Gebäude mit diesem verbunden ist, und daß dem Besitzer des Gebäudes oder Werks auch die Sorge für dieses obliegt (z. B. weil er es als Pächter, als Bauunternehmer errichtet hat: RG 59, 8; JW 1910, 653¹¹; Warn 1910 Nr 154). Daher ist nicht Besitzer im Sinne des § 897 z. B.: der Mieter eines dem Grundstückseigentümer gehörenden Hauses; der Pächter eines Grundstücks hinsichtlich eines Werks, das sich bereits zu Beginn der Pacht auf dem Grundstück (vom Eigentümer oder früheren Pächter errichtet) befunden hat (RG 59, 8; JW 1910, 653¹¹;

vgl. jedoch **RGSt** **ZW** 1904, 581¹⁶). In dem dritten Falle (§ 838) kann neben dem Unterhaltungspflichtigen (z. B. Mißbraucher, Wohnungsberechtigten; Prot 2, 657; Grunddienstbarkeitsberechtigten: § 1020, **RG** Gruch 58, 1003; Nutzungsberechtigten Ehemann: §§ 1363, 1373; Vater: §§ 1649, 1654; Mutter: §§ 1684, 1686) auch der Eigenbesitzer des Grundstücks in Anspruch genommen werden, sofern er ebenfalls für den eintretenden Schaden verantwortlich sein würde (**RG** Gruch 58, 1004; Warn 1915 Nr 233).

6. Verantwortlich würden beim Eintritt einer Schädigung die in **U** 5 bezeichneten Personen nach § 836 **Abf** 1 Satz 1, 2 nur dann sein, wenn der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung (**RG** 113, 292; Warn 1913 Nr 13) wäre und wenn von ihnen nicht der Beweis geführt würde, daß sie zur Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet haben (**RG** 113, 296). Nur unter diesen Voraussetzungen kann daher auch die Klage aus § 908 gegen sie durchbringen. Allerdings ist in **RG** Gruch 60, 134 im Anschluß an Warn 1914 Nr 334 bei einem Anspruch auf Schadenersatz auch § 829 für anwendbar erklärt und der verschuldensunfähige (z. B. wegen Geisteskrankheit entmündigte) Eigentümer aus Billigkeitsgründen für haftbar erachtet, gleichviel ob er einen gesetzlichen Vertreter hat oder nicht. Fehlerhafte Errichtung liegt vor, wenn das Gebäude oder Werk infolge der Art und Weise seiner Errichtung den daran zu stellenden Anforderungen nicht genügt, mag auch kein Kunstfehler bei der Errichtung vorgekommen sein (**RG** 76, 260; SeuffA 57 Nr 62). Mangelhafte Unterhaltung wird nicht nur dann anzunehmen sein, wenn nichts gegen einen allmählichen Verfall veranlaßt ist, sondern auch dann, wenn der durch ein plötzlich eintretendes Naturereignis (z. B. Explosion, Erdbeben, Feuer) herbeigeführte gefährdende Zustand nicht alsbald beseitigt wird. Doch wird der Besitzer, der nicht selbst Sachverständiger ist, bei der Errichtung des Gebäudes oder Werks die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt in der Regel beobachtet haben, wenn er einen tüchtigen Sachverständigen zur Herstellung gewählt hat (**RG** 74, 22; 76, 262; Warn 1909 Nr 302; 1920 Nr 12; **ZW** 1932, 1208¹⁰; **DVG** 4, 281; 9, 47). Zur sorgfältigen Unterhaltung gehört, daß die zur Verhütung von Gefahren üblichen Maßnahmen getroffen und regelmäßig Nachprüfungen vorgenommen werden (**RG** **ZW** 1904 S. 91¹⁰, 487¹¹; 1907, 45⁴; **DVG** 3, 27). Die Anstellung eines zur gehörigen Unterhaltung befähigten Sachverständigen genügt nicht. Auch die Ausführung des Antrags muß überwacht werden (**RG** **ZW** 1906, 336¹²; **RG** 113, 297; aber auch **RG** Warn 1910 Nr 333). Alles Nähere ergibt sich aus § 836 **U** 7, 8.

7. Zur Begründung des **Verlangens** muß der Gefährdete dargetun, daß die Gefahr droht und der Beklagte zu den (in **U** 5 bezeichneten) Personen gehört, die im Falle des Eintritts der Schädigung wegen fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung verantwortlich sein würden (**U** 6; **RG** 52, 129; 70, 206; **ZW** 1907, 16¹⁰; Gruch 50, 979; Warn 1920 Nr 12). Dem Beklagten bleibt überlassen, den Einwand aus § 836 **Abf** 1 Satz 2 zu erheben (**RG** **ZW** 1904 S. 91¹⁰, 487¹¹; 1906, 336¹²; 1907, 45⁴; Warn 1913 Nr 13; 1920 Nr 12; Gruch 50, 979; 56, 961). Besteht eine Verantwortlichkeit für den gefährdenden Zustand nicht, so kann für den Gefährdeten ein Recht auf Selbstschutz nach § 228 gegeben sein. Der Anspruch aus § 908 ist nach § 924 unverjährbar.

8. Die **Vorkehrungen**, die der Beklagte treffen soll, brauchen weder in der Klage noch im Urteil einzeln angegeben zu sein. Vielmehr ist die Wahl geeigneter Maßnahmen dem Beklagten zu überlassen (**RG** 37, 174; 40, 184; 65, 76; Gruch 40, 1097). Unter Umständen kann auch ein völliger Abbruch des Gebäudes oder des Werks erforderlich sein (**RG** 65, 76). In Betracht kommen aber immer nur solche Vorkehrungen, die wirklich erforderlich sind, nicht solche, die der Anspruchsberechtigte für erforderlich hält und bei der ihm möglichen und zuzumutenden Sorgfalt für erforderlich halten darf (**RG** 149, 206).

§ 909

Ein Grundstück darf nicht¹⁾ in der Weise vertieft werden²⁾, daß der Boden des Nachbargrundstücks³⁾ die erforderliche Stütze verliert⁴⁾, es sei denn, daß für eine genügende anderweitige Befestigung⁵⁾ gesorgt ist⁶⁾ 6a).

§ I 865 II 823; III 3 295 f.; § 3 102.

1. Die Tragweite der Vorschrift ergibt sich aus zwei Erwägungen: Erstens sind die Worte „darf nicht“ inhaltlich gleichbedeutend mit den Worten „ist unzulässig“ (Prot 3, 162). Zweitens schließt sich § 909 an die §§ 904 ff. an, die Beschränkungen des Eigentums an Grundstücken regeln. Daraus ist zu entnehmen, daß es sich auch hier um ein Verbot handelt, das eine Eigentumsbeschränkung zugunsten des Nachbargrundstücks enthält und dessen Übertretung eine Störung des Rechts des am Nachbargrundstück Berechtigten im Sinne des § 1004 bedeutet (**RG** 103, 175; Gruch 58, 663). Deshalb kann, wenn die Störung durch Vornahme der unzulässigen Vertiefung erfolgt ist, die Beseitigung der Beeinträchtigung, also die Bewirkung von Vorkehrungen verlangt werden, wodurch der nach § 909 als gefährdend und das Recht des Nachbarns beeinträchtigend anzusehende Zustand der Vertiefung behoben wird (**RG** 103, 175). Sind weitere Störungen dieser Art zu besorgen, so kann auf Unterlassung geklagt werden.

Diese Ansprüche sind, wenn die unzulässige Vertiefung bei der Ausführung eines Baues erfolgt, nicht bezwungen ausgeschlossen, weil für den Bau eine baupolizeiliche Erlaubnis erteilt worden ist. Denn dabei wird der Bauplan nur vom baupolizeilichen Standpunkt aus geprüft und genehmigt (RG Warn 1914 Nr 85). Die Ansprüche richten sich nach den für Eigentumsfreiheitsansprüche allgemein geltenden Grundsätzen zunächst gegen den, der die Störung, also die unzulässige Vertiefung, selbst oder durch einen andern vorgenommen hat. Ober der Eigentümer ist aber ein Dritter, dem die Verfügungsmacht über das vertiefte Grundstück zusteht (z. B. Besitzer, Inhaber, Nutzungsberechtigter), ist dabei gleichgültig (RG 103, 176). Sodann richten sich die Ansprüche aber auch gegen denjenigen, der den bereits vorgefundenen gefährdenden Zustand wesentlich bestehen läßt, obwohl er zu seiner Beseitigung rechtlich und tatsächlich in der Lage ist (z. B. gegen den Sondernachfolger des vertiefenden Eigentümers: DVG 4, 62; 18, 129; SeuffA 64 Nr 70). Denn nach der Fassung und dem Sinn des Gesetzes ist auch der durch das Vertiefen geschaffene Zustand unstatthaft; das Bestehenlassen dieses gefährdenden Zustandes bewirkt eine Beeinträchtigung des Eigentums (RG Warn 1909 Nr 143; jedoch auch 1909 Nr 455). Wie jeder Abwehranspruch gegen jemanden, der eine beeinträchtigende Handlung vorgenommen hat, ist aber auch der Anspruch gegen denjenigen, der das Grundstück unzulässig vertieft hat, nur dann gegeben, wenn die Fortdauer der Störung von dem maßgebenden Willen des Störenden abhängig ist; denn der Abwehranspruch setzt eine gegenwärtige Beeinträchtigung voraus (RG 92, 26; 103, 176). Wer während seines Eigentums am Grundstück die unzulässige Vertiefung vorgenommen hat, ist also gegenüber der Abwehrklage nicht der richtige Beklagte, wenn er zur Zeit der Klagerhebung nicht mehr Eigentümer ist und auch sonst keine Verfügungsmacht über das Grundstück hat; dann kann nur noch ein Schadensersatzanspruch gegen ihn in Frage kommen (RG 103, 173; DVG 4, 65; 18, 129). Daran ändert es auch nichts, wenn der gegenwärtige Eigentümer dem vertiefenden früheren Eigentümer erlaubt hat, die zur Beseitigung der unzulässigen Vertiefung erforderlichen Arbeiten auf dem nunmehr ihm gehörigen Grundstück vorzunehmen. Denn zur Rechtsfertigung der Abwehrklage genügt es nicht, daß der Beklagte die tatsächliche Möglichkeit zur Beseitigung der Vertiefung hat; vielmehr ist Voraussetzung, daß ihm die Verfügungsmacht über das Grundstück zusteht (RG 103, 177). Dem Beklagten ist zu überlassen, welche Maßnahmen er treffen, ob er die Vertiefung zuschütten oder sonstige zur Beseitigung der Gefahr geeignete Vorkehrungen veranlassen will (§ 908 A 8). Eine Begrenzung des Anspruchs auf Vornahme von Befestigungsarbeiten oder sonstigen bestimmten Sicherungsmaßregeln würde den Beklagten in der Wahl der Vorkehrungen unzulässig beschränken (§ 906 A 13; a. M. DVG 5, 151). — Ein Schadensersatzanspruch besteht nur nach Maßgabe der §§ 823 ff., insbesondere im Falle des Verschuldens (RG 51, 179; 103, 176; JW 1910, 74²²; 1911, 764²³; Warn 1912 Nr 385; Gruch 50, 680). Das gilt auch dann, wenn die unzulässige Vertiefung bei der Ausführung eines Baues erfolgt, zu dem eine baupolizeiliche Erlaubnis erteilt worden ist (RG Warn 1914 Nr 85). Dabei ist § 909 als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs 2 anzusehen (RG 51, 179; 63, 327; 144, 173; Warn 1912 Nr 385). Diese nachbarrechtliche Regelung geht dem § 823 Abs 1 vor (RG JW 1936, 804¹⁹). Ein ihr genügendes Verschulden kann darin gefunden werden, daß der Vertiefende vorausgesehen hat oder bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte voraussehen müssen, der Boden des Nachbargrundstücks werde die erforderliche Stütze verlieren, daß er aber nicht gehörige Vorkehrungsmaßregeln zur Abwendung der Gefahr getroffen hat (RG 62, 371; Warn 1915 Nr 50). Dies gilt namentlich dann, wenn eingetretene Schäden und Warnungen des Beschädigten während der Vertiefungsarbeiten nicht genügend berücksichtigt werden (RG 132, 59; Warn 1912 Nr 385). Schuldhaft handelt z. B. wer das sogenannte Straußsche Gründungsverfahren anwendet, obwohl er damit rechnen muß, daß damit das Nachbargrundstück die erforderliche Stütze verliert (RG 144, 170). Ist es der Eigentümer eines Nachbargrundstücks, der Vertiefungsarbeiten (z. B. Ausschachtungen zur Ausführung eines Baues) vornehmen läßt, so wird er seiner Pflicht zur Vornahme geeigneter Vorkehrungen nicht dadurch ledig, daß er die Herstellung der Anlage einem Unternehmer überträgt. Vielmehr hat er den Unternehmer darauf hinzuweisen und nach der Übertragung darauf zu achten, daß bei der Ausführung der Arbeit die durch den § 909 angezeigte Rücksicht auf das Nachbargrundstück nicht außer acht gelassen wird (RG JW 1910, 150¹⁵; 1911, 939¹; Warn 1910 Nr 18; vgl. aber auch Warn 1912 Nr 385). Läßt eine Stadtgemeinde durch einen technischen Beamten, der nicht ihr Vertreter ist, Vertiefungsarbeiten auf ihrem Straßengelände vornehmen, so muß sie, um von der Schadensersatzpflicht frei zu sein, dargetun, daß sie bei der Leitung und Beaufsichtigung der Ausführung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe (RG JW 1911, 939¹; Warn 1910 Nr 18; vgl. aber auch Warn 1910 Nr 21). Hiernach ist jedenfalls nicht die allgemeine Regel aufzustellen, daß der Bauherr seiner Verpflichtung genügt, wenn er für die Ausführung und Leitung des Baues tüchtige Vertreter bestellt. Der Bauherr muß vielmehr im Einzelfall durch Verhandlung mit dem Bauunternehmer oder dem Architekten sich vergewissern, daß die ihm obliegende Pflicht aus § 909 durch jene Leute auch wirklich erfüllt wird (RG 132, 59). Auch eine Unterlassung noch während des Baues kann insoweit eine unerlaubte Handlung darstellen (RG 132, 60). Als haftpflichtige Bauherrin beim Bau der Hamburger Hochbahn ist nur die Hochbahn AG., nicht der Staat Hamburg angesehen worden

(SRR 1934 Nr 168). Einzelheiten über den Inhalt des Schadenersatzanspruchs und seine verfahrensrechtliche Gestaltung bringt RG Warn 1937 Nr 141. — Durch Vereinbarung der Beteiligten können die Ansprüche wegen unzulässiger Vertiefung ausgeschlossen werden, wie ja auch die Rechte des Nachbarn bei Einwirkungen über § 906 hinaus vereinbarungsgemäß erweitert werden können (RG JW 1909, 725²⁰; § 906 A 1). Ebenso kann eine dem § 909 entsprechende Verpflichtung vertraglich (z. B. in einem Pachtvertrag) ausdrücklich oder auch stillschweigend begründet werden (RG Warn 1937 Nr 97).

2. Verboten ist nur, daß das Grundstück in der vom Gesetz angegebenen Weise vertieft wird. Alle anderen Vertiefungen sind gestattet, soweit nicht landesgesetzlich (Art 124 GG) weitere Beschränkungen bestimmt sind. Liegt eine Vertiefung im Sinne des § 909 vor, so ist sie auch dann unzulässig, wenn sie sich in dem etwa landesgesetzlich bestimmten Abstand von der Grenze hält. Denn in dieser Hinsicht ist das Reichsrecht maßgebend. Auf die Art der Vertiefung kommt es im übrigen nicht an. Die Vertiefung braucht auch nicht von gewisser Dauer zu sein; eine vorübergehende Vertiefung (z. B. das stückweise Ausheben von Fundamentgruben zu sofortiger Wiederauffüllung) kann genügen (RG 51, 179; 144, 172; SeuffA 64 Nr 70). Das sogenannte Straußsche Gründungsverfahren bewirkt eine Vertiefung des Grundstücks im Sinne des § 909 (RG 144, 170). Der Tatbestand des § 909 ist auch dann gegeben, wenn durch eine zur Ablenkung einer Baugrube vorgenommene Entwässerung dem Boden eines Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze entzogen wird (RG JW 1936, 804¹⁶). Ferner ist § 909 in RG 155, 389 für anwendbar erklärt auf einen Fall, wo infolge der Anlegung eines Brunnens und der Grundwasserentnahme aus ihm auf einem Nachbargrundstück der Pfahlrost, auf dem ein Gebäude ruhte, in Zuckris geraten war. Dagegen ist § 909 nicht anwendbar, wenn durch Ausschüttungen eine Stauung des Grundwasserstroms und dadurch ein Steigen des Grundwasserspiegels herbeigeführt wird und die vermehrt aufsteigende Feuchtigkeit die Standfestigkeit des Baugrunds im Nachbargrundstück beeinträchtigt (RG 155, 160). Aus einer Nichterfüllung der gesetzlichen Pflichten zur Unterhaltung der Wasserläufe und ihrer Ufer (§§ 113 ff. PrWassG) läßt sich die Anwendung des § 909 BGB schon deshalb nicht herleiten, weil die hierüber bestehenden Vorschriften durchweg öffentlich-rechtlicher Natur sind und damit aus dem Rahmen des bürgerlich-rechtlichen Nachbarrechts herausfallen (RG SRR 1935 Nr 1068).

3. Unter Nachbargrundstück ist nicht nur ein Grundstück zu verstehen, das unmittelbar an das andere Grundstück grenzt, sondern nach dem Zweck des § 909 auch ein entfernter gelegenes (z. B. durch einen Weg geschiedenes) Grundstück, sofern nur die Vertiefung des andern Grundstücks ihm die erforderliche Stütze entziehen kann (RG JW 1910, 150¹⁵; 1936, 804¹⁶; Gruch 66, 478).

4. Eine Vertiefung ist nur dann unzulässig, wenn der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert (A 1). Unter „Stütze“ ist nicht nur die vertikale Festigung zu verstehen, welche die benachbarten Grundstücke sich gegenseitig durch das Erdreich gewähren und wodurch das seitliche Abstürzen und Nachstürzen verhütet wird, sondern auch die horizontale Stütze, die ein Grundstück in seinen unteren Bodenschichten findet und die ein Einstürzen, ein Zusammenstürzen verhütet (RG 144, 172; Warn 1914 Nr 20). Andere schädliche Wirkungen (z. B. Sinken des Grundwassers, Versiegen des Brunnenwassers, Erschwerung der Benutzung) machen für sich allein die Vertiefung nicht zu einer unzulässigen (RG 62, 372; Warn 1935 Nr 132; DLG 42, 276). Ihre Unzulässigkeit kann sich aber hinsichtlich der unterirdischen Wasser ergeben aus dem hierfür nach Art 65 GG maßgebenden Landesrecht (§ 905 A 1, § 906 A 5 „Wasser“). In welcher Art dem Boden die erforderliche Stütze entzogen sein muß, wird im § 909 nicht unterschieden. Deshalb kann auch eine Vertiefung durch Entziehung von Grundwasser nach § 909 unzulässig sein, wenn dem Boden dadurch (sei es allein, sei es in Verbindung mit Entziehung einer Fließschicht, z. B. durch starkes Pumpen) die Festigkeit und Tragfähigkeit genommen (RG 62, 372; 155, 391; JW 1910 S. 74²², 150¹⁵, 330³; 1911, 939¹; 1913, 267⁷) oder ein Zusammenstürzen des Bodens (z. B. eines Moorbodens) verursacht wird (RG Gruch 58, 664). Ist auf solche Weise der Tatbestand des § 909 gegeben, so kommt diese Vorschrift stets zur Anwendung, mag die Entziehung von Grundwasser nach landesgesetzlichen wasserrechtlichen Bestimmungen sonst auch zulässig sein (RG Warn 1914 Nr 20).

5. Geordert für anderweitige genügende Befestigung ist schon dann, wenn zwar noch nicht die zur endgültigen Verhütung des Einsturzes erforderlichen Sicherungsmaßnahmen, wohl aber die nach den gegenwärtig obwaltenden Verhältnissen möglichen und nötigen Schutzvorkehrungen (z. B. vorbereitende Maßregeln) getroffen sind. Die Vorkehrungen müssen auf dem Grundstück getroffen werden, das vertieft werden soll. Der Vertiefende hat kein Recht darauf, daß der Eigentümer des Nachbargrundstücks Vorkehrungen auf diesem buldet. Unter Umständen kann aber in der Weigerung des Nachbarn, solche Vorkehrungen zu gestatten, ein Mitverschulden im Sinne des § 254 Abs 2 zu finden sein, das zwar nicht den Unterlassungsanspruch, wohl aber einen Schadenersatzanspruch (A 1) ausschließen oder beschränken kann (RG JW 1910, 330³; 23. 11. 1910 V 641/09). Für die Frage, welche Befestigungen erforderlich sind, um eine an sich nach § 909 verbotene Vertiefung zuzulassen, sind die besonderen Verhältnisse des Nachbargrundstücks zur Zeit der Vornahme der Vertiefung maßgebend. Das Gesetz macht in dieser Hinsicht keine Unterschiede je nach der Art der

Beschaffenheit des Nachbargrundstücks. Daher wird der Anspruch (A 1, 6) auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein durch die Vertiefung betroffenes Haus auf dem Nachbargrundstück in mangelhaftem Zustand sich befindet. Vielmehr müssen in einem solchen Falle zur Verhütung des Einsturzes besonders sorgfältige Vorkehrungen getroffen werden (Str.; RG JW 1910, 330³; 1925, 2238¹²; Warn 1910 Nr 23; 1912 Nr 385). Eine positive gesetzliche Verpflichtung zur anderweitigen Sicherung ergibt sich aus § 909 nicht; vielmehr hat Halbsatz 2 nur die Bedeutung, daß das im Halbsatz 1 ausgesprochene Verbot wegfällt, sobald für jene Sicherheit gesorgt ist (RG 132, 58). Solange für die anderweitige Sicherheit nicht gesorgt ist und folglich das Verbot besteht, ist die Vertiefung für die anderweitige Sicherheit nicht gesorgt und folglich das Verbot besteht, ist die Vertiefung widerrechtlich und verpflichtet bei hinzutretendem Verschulden (A 1) zum Schadenersatz. Steht also von vornherein fest, daß infolge der Vertiefung Schäden auf dem Nachbargrundstück eintreten werden und daß keine technische Möglichkeit vorhanden ist, für die Befestigung seines Bodens anderweitig zu sorgen, so muß die Vertiefung schlechthin unterbleiben oder verpflichtet, falls sie erfolgt, zum Schadenersatz (RG 62, 370; JW 1911, 764²³; Warn 1912 Nr 385). Eine Vorbedingung, wonach bei Vertiefungen eine bestimmte Entfernung von der Grenze des Nachbargrundstücks einzuhalten wäre, ist im BGB für Landesrecht Art 124 GG; § 187 PrAR 1 I 8) nicht gegeben (RG JW 1911, 280¹¹).

6. Wegen der unzulässigen Vertiefung sind **anspruchsberechtigt** außer dem Eigentümer und Miteigentümer des Nachbargrundstücks der Eigenbesitzer (§ 872), Erbbauberechtigte (RD v. 15. 1. 1919 § 11), Dienstbarkeitsberechtigte (§§ 1027, 1090 Abs 2), Nießbraucher (§ 1065). Da § 909 eine Ausnahme von dem nach §§ 903, 905 geltenden Grundsatz der Unbeschränktheit der Befugnisse des Eigentümers ist, muß der Kläger beweisen, daß durch die Vertiefung der Boden die erforderliche Stütze verliert. Der **Beklagte** kann sich durch den Beweis befreien, daß für eine genügende anderweitige, wenn auch von einem Dritten vorgenommene Befestigung gesorgt ist.

6a. Erhöhungen des Grundstücks fallen nicht unter § 909, ebensowenig das Niederreißen eines Gebäudes, sofern keine Vertiefung im Sinne des § 909 damit verbunden ist. Erhöhungen sind nach §§ 903, 905 unbedingt zulässig. Wenn sie sich aber als „Anlagen“ im Sinne des § 907 darstellen und auf das Nachbargrundstück unzulässig einwirken (§ 907 A 4), so findet diese Vorschrift Anwendung. Wegen des durch Niederreißen eines Gebäudes entstandenen Schadens kann ein Ersatzanspruch nach § 823 Abs 2 begründet sein, wenn die erforderlichen Schutzvorkehrungen (§ 367 Nr 14 StGB) unterlassen sind (RG 51, 178; 70, 206; JW 1900, 872³⁹).

§ 910

Der Eigentümer eines Grundstücks kann¹⁾ Wurzeln eines Baumes oder eines Strauches²⁾, die von einem Nachbargrundstück eingedrungen sind, abschneiden und behalten. Das gleiche gilt von herübertagenden Zweigen³⁾, wenn der Eigentümer dem Besitzer⁴⁾ des Nachbargrundstücks eine angemessene Frist⁵⁾ zur Beseitigung bestimmt hat und die Beseitigung nicht innerhalb der Frist erfolgt.

Dem Eigentümer steht dieses Recht nicht zu, wenn die Wurzeln oder die Zweige die Benutzung⁶⁾ des Grundstücks nicht beeinträchtigen⁷⁾.

§ I 861 II 824; R 3 287, 288; P 3 138—148.

1. Für das Verständnis des § 910 ist seine Entstehungsgeschichte wichtig: Der § 861 E I gab dem Grundstücksbesitzer, wenn Zweige oder Wurzeln vom Nachbargrundstück herübertagten, die Eigentumsfreiheitsklage auf Beseitigung des Herübertagenden. Diese Regelung beruhte auf der Erwägung, daß das Hinüberwachsen zwar nur eine mittelbare, nicht auf menschlicher Tätigkeit beruhende Einwirkung sei, aber doch eine Beeinträchtigung des Eigentums enthalte (R 3, 287). Die 2. Kommission, auf deren Beschlüssen § 910 beruht, erachtete aber die Gewährung eines Anspruchs auf Beseitigung für unpraktisch und auch für nicht genügend gerechtfertigt, weil die Bäume und Sträucher aus natürlichen Gründen hinüberwachsen und ein widerrechtlicher Eingriff nicht vorliege. Deshalb sollte dem Eigentümer nur das Selbsthilferecht gegeben sein. Aber auch dieses sollte, um Schutz gegen das zwecklose Beschädigen von Bäumen zu gewähren, ausgeschlossen sein, wenn das Hinübertagen die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtigte. Ferner sollte bei den hinübertagenden Zweigen mit Rücksicht darauf, daß dem Nachbar daran liegen könnte, das Ausfällen selbst vorzunehmen, die aus Abs 1 Satz 2 § 910 ersichtliche weitere Einschränkung gelten, wonach erst nach vergeblicher Aufforderung des Nachbarn das Selbsthilferecht sollte ausgeübt werden dürfen (Prot 3 S. 141—143). Aus dieser Entstehungsgeschichte ergibt sich zunächst: **Der Grundstücksbesitzer kann lediglich das Selbsthilferecht ausüben, und zwar bei hinübertagenden Wurzeln oder Zweigen nur unter der Voraussetzung der beeinträchtigenen Einwirkung (Abs 2), bei Zweigen auch nur unter der aus Abs 1 Satz 2 sich ergebenden weiteren Voraussetzung.** Eine Eigentumsfreiheitsklage auf Beseitigung der Wurzeln oder Zweige aus § 1004 steht ihm

nicht zu (DVG 2, 141). Weiter folgt aus den Eingangserwägungen, daß eine solche Klage auch anderen dinglich Berechtigten (z. B. Erbbauberechtigten, Nießbrauchern, Dienstbarkeitsberechtigten) versagt ist. Denn sie können nicht mehr Rechte als der Eigentümer haben, von dem sie ihre Rechte ableiten. Überdies ist nach dem Willen des Gesetzes das natürliche Hinüberwachsen keine beeinträchtigende Störung im Sinne des § 1004 (str.). Abgesehen von dem Erbbauberechtigten (RD v. 15. 1. 1919 § 11) ist ihnen aber auch die Ausübung der Selbsthilfe aus eigenem Recht zu versagen. Denn das Selbsthilferecht ist als eine ausschließlich mit dem Eigentum verbundene Befugnis gewährt. Der Eigentümer hat allein darüber zu bestimmen, ob die Beseitigung erfolgen soll oder nicht. Die Frage der Beeinträchtigung (Abs. 2) kann auch nur nach der Beschaffenheit des Grundstücks in seiner Gänze beurteilt werden (str.). — Der Eigentümer kann die Beseitigung jederzeit vornehmen, bei Zweigen aber nur nach fruchtloser Frisshetzung (A 4, 5). Verfährt er bei der Beseitigung nicht sorgfältig (z. B. heimlich, so daß der Nachbar keine geeigneten Maßnahmen treffen kann, damit der Baum nach dem Abschneiden der Wurzeln seine Standfestigkeit behält, und fällt der Baum dann um) oder liegen die Voraussetzungen des Abs 1 Satz 2 (für Zweige) oder des Abs 2 (für Wurzeln oder Zweige) nicht vor, so kann er schadensersatzpflichtig werden (§§ 823, 826; DVG 39, 215). Die Schadensersatzpflicht besteht in den zuletzt genannten Fällen, wenn er den Mangel seines Rechts zur Beseitigung gekannt hat oder hätte kennen müssen.

2. § 910 gilt nicht bloß für einzelne **Bäume oder Sträucher** (zu denen auch lebende Hecken gehören: Prot 3, 142), sondern auch für Waldungen (Prot 3, 148). Vgl. für: Obstbäume Art 122 GG; alle Bäume Art 124 GG; Waldungen Art 183 GG.

3. Satz 2 gilt nur von **Zweigen**, nicht von Wurzeln. Ragt der Baumstamm (z. B. infolge schiefen Wachstums) herüber, so findet nicht § 910, sondern § 1004 (Klage auf Beseitigung) Anwendung. Die Rechtslage des Grenzbaums regelt § 923.

4. Die Frist wird dem **Besitzer** gesetzt, weil der nicht besitzende Eigentümer nicht in der Lage ist, die Zweige zu beseitigen. Ist der Besitzer des Nachbargrundstücks eine andere Person als der Besitzer des Baums (Art 181 Abs 2 GG), so ist die Frist dem Besitzer des Baums zu setzen (Prot 3, 142).

5. Die **Frist** muß angemessen sein. Ob sie es ist, bestimmt im Streitfall der Richter nach freiem Ermessen. Unter Umständen ist es angemessen, die Frist so weit auszudehnen, daß die Beseitigung der Zweige nicht in die Zeit des Wachstums der Bäume fällt (Prot 3, 143). Hat der Eigentümer eine zu kurze Frist gesetzt und vor Ablauf der angemessenen Frist die Zweige abgeschnitten, so darf er sie nicht für sich behalten. Dasselbe gilt, wenn er sie ohne Setzung einer Frist abgeschnitten hat.

6. Gemeint ist nicht bloß die gegenwärtige, sondern auch die zukünftige **Benutzung**, insbesondere im Falle der Vornahme von Änderungen (z. B. durch Bauten).

7. Der Eigentümer des Baumes oder Strauches hat im Rechtsstreit z. B. über das Eigentum an den abgechnittenen Holzteilen (A 5) oder wegen Schadensersatzes (A 1) zu beweisen, daß keine **Beeinträchtigung** vorliegt. Denn es handelt sich um eine Einrede (Prot 3, 141).

§ 911

Früchte¹⁾, die von einem Baume oder einem Strauche auf ein Nachbargrundstück²⁾ hinüberfallen³⁾, gelten als Früchte dieses Grundstücks⁴⁾. Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn das Nachbargrundstück²⁾ dem öffentlichen Gebrauche dient⁵⁾.

§ I 862 II 825; M 3 289; B 3 149.

1. Nur **Früchte** im natürlichen Sinne sind hier gemeint; nicht Früchte im Sinne des § 99, z. B. nicht abbrechende Zweige (M 3, 289; anders z. B. im § 923: dort A 3). Die Früchte sind vor der Trennung wesentliche Bestandteile des Grundstücks, auf dem der Baum oder Strauch steht. Sie gehören daher dem Grundstückseigentümer. Er oder der sonst zur Aneignung der Früchte des Grundstücks Berechtigte (§§ 954—957) kann von diesem Grundstück aus auch die auf das Nachbargrundstück überhängenden Früchte abpflücken oder auf andere Weise (z. B. durch Schütteln in einen Korb) abtrennen, falls darin nicht ausnahmsweise eine nach § 905 unzulässige Einwirkung auf das Nachbargrundstück liegen sollte. Trennt er die Früchte dabei so ab, daß sie nicht auf das Nachbargrundstück fallen, so behält oder erwirbt er ihr Eigentum. Doch braucht ihm der Besitzer des Nachbargrundstücks dessen Betreten zum Abtrennen der Früchte nicht zu gestatten.

2. Ein **Nachbargrundstück** ist auch ein benachbarter See, Fluß, Pfah, Weg.

3. Gleichgültig ist, aus welcher Ursache (z. B. Windstoß, Reife, menschliche Einwirkung) auch des Eigentümers des Baums) die Früchte **hinüberfallen** und ob sie vorher hinüberhängen. Trennt aber der Nachbar selbst die hinüberhängenden Früchte (z. B. durch Pflücken oder Schütteln) vom Baum oder Strauch, so gelten sie nicht als Früchte des Nachbargrundstücks. Der zum Abtrennen

nicht befugte Nachbar erwirbt dann kein Eigentum an ihnen, ist vielmehr schadensersatzpflichtig (§ 823).

4. Die hinübergefallenen Früchte gelten als Früchte des Nachbargrundstücks. Sie teilen kraft dieser Fiktion das rechtliche Schicksal der auf dem Grundstück erzeugten Früchte, sind denselben Rechten unterworfen und fallen insbesondere den nach §§ 953—957 zum Bezuge der Früchte dieses Grundstücks Berechtigten zu.

5. Nach der Ausnahmebestimmung des Satzes 2 (über den Grund der Ausnahme Prot 3, 149) gehören die Früchte, die auf ein dem öffentlichen Gebrauche dienendes Nachbargrundstück (z. B. von Obstbäumen neben einem öffentlichen Wege auf diesen) fallen, dem Baum- oder Strauch-eigentümer oder demjenigen, der zum Bezuge der Früchte des Grundstücks, auf dem der Baum oder Strauch steht, nach §§ 954—957 berechtigt ist. Der Berechtigte darf sie sich vom Nachbargrundstück holen.

§ 912

1) Hat der Eigentümer²⁾ eines Grundstücks bei der Errichtung³⁾ eines Gebäudes⁴⁾ über die Grenze⁵⁾ gebaut⁶⁾, ohne daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit⁷⁾ zur Last fällt⁸⁾, so hat der Nachbar⁹⁾ den Überbau zu dulden¹⁰⁾, es sei denn, daß er vor oder sofort¹¹⁾ nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat¹²⁾.

Der Nachbar ist durch eine Geldrente zu entschädigen¹³⁾. Für die Höhe der Rente ist die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend¹⁴⁾.

§ 1 857 II 826; III 3 282; IV 3 133.

1. Der Eigentümer eines Grundstücks, über dessen Grenze gebaut ist, würde beim Mangel besonderer Vorschriften nach den §§ 903, 1004 die Beseitigung des hinüberreichenden Baus verlangen können. Die §§ 912—916 regeln nun im wirtschaftlichen Interesse gesetzlich den Fall der Grenzüberschreitung durch Errichtung eines Gebäudes besonders. Die Beteiligten können aber auch eine andere Regelung vereinbaren, z. B. daß von der Rentenpflicht abgesehen und der überbaute Grundstücksteil sofort an den überbauenden Nachbarn zum Eigentum übertragen oder daß der hinüberzubauende Gebäudeteil Eigentum des Eigentümers des zu überbauenden Grundstücks werden soll (DZB 29, 341; auch RG 109, 110; JZG 4, 387). Durch Vertrag zwischen dem Bauenden und dem Besitzer des Nachbargrundstücks, der sich irtümlich für den Eigentümer hält und dem Bauenden das Nachbargrundstück zur Bebauung überläßt, können aber die zwischen dem Bauenden und dem wirklichen Eigentümer des Nachbargrundstücks aus dem Gesetz sich ergebenden Rechtsverhältnisse in Ansehung des hinübergebauten Gebäudeteils nicht geändert werden (RG 83, 146). — Die §§ 912—916 finden auch auf einen vor dem Inkrafttreten des BGB stattgehabten Überbau Anwendung (Art 181 Abs 1 GG), falls nicht nach den bisherigen Vorschriften der Bauende das Eigentum an der überbauten Fläche erworben hat (RG 46, 143; 47 S. 115, 360; 48, 262; 52, 16; 65, 73; 72, 272).

2. Nicht bloß der Eigentümer, sondern auch der Erbbauberechtigte (RD v. 15. 1. 1919 § 11) und der nach Art 63 GG Berechtigte. Wird der Überbau von anderen Personen ausgeführt, so finden die §§ 166, 185 sinngemäß Anwendung (z. B. wenn der Überbauende später das Eigentum an dem Grundstück erwirbt: III 3, 284). Dies gilt auch von Nießbrauchern und Pächtern. Sie stehen dem Erbbauberechtigten nicht gleich.

3. Bei der Errichtung eines Gebäudes muß die Grenzüberschreitung erfolgt sein. Ausbesserung eines Gebäudes oder Anbau an ein schon vorhandenes Gebäude genügt nicht (DZB 4, 65). Ebensovienig trifft § 912 zu, wenn nach Errichtung des Gebäudes eine Mauer infolge der Beschaffenheit des Bodens nach der Seite des Nachbargrundstücks ausgewichen ist (RG 88, 41; JZB 1906, 3027).

4. Gebäude ist ein Personen und Sachen durch räumliche Umfriedung gegen äußere Einflüsse Schutz gewährendes, den Eintritt von Menschen gestattendes Bauwerk. Daher fallen unter diesen Begriff z. B. nicht: Mauern, Zäune, Hundehütten, Kachöfen, Taubenschläge, Schleusen, Dämme, Brücken. Sie müssen auf Verlangen des Nachbarn beseitigt werden (§§ 903, 905, 1004; Ausbauchung einer Grenzmauer: DZB 34, 171). Die nur zu einem vorübergehenden Zweck errichteten Gebäude (§ 95 Abs 1 Satz 1) sind zwar von der Anwendung des § 912 nicht grundsätzlich ausgenommen; doch wird bei ihnen jedenfalls nach erfüllter Zweckbestimmung das Beseitigungsverlangen des Nachbarn berechtigt sein (str.).

5. Da die Grenze zwischen zwei Grundstücken nicht nur durch eine auf dem Erdboden verlaufende Linie, sondern zugleich durch eine senkrecht auf dieser Linie als errichtet zu denkende Fläche gebildet wird (§ 905; RG 88, 41), so kann auch ein Gebäudeteil unterhalb der Erdoberfläche (z. B. ein Weinkeller) oder oberhalb der Erdoberfläche (z. B. ein Erker) über die Grenze

gebaut sein (**RG** 88, 41; **DZG** 26, 26; vgl. **RG** **FZ** 1906, 3027; Warn 1910 Nr 335; § 905 A 2). Ein Überbau nach § 912 liegt auch dann vor, wenn das errichtete Gebäude außer einer Grundfläche des Bauenden zugleich das ganze Grundstück des Nachbarn überbaut. Das Gesetz macht seine Anwendung nicht davon abhängig, daß der Überbau sich nur auf einen Teil des Nachbargrundstücks erstreckt (**RG** 52, 15; 83, 146). Dagegen baut nicht über die Grenze, wer ein Gebäude lediglich auf des Nachbarn Grundstück errichtet. Ein solcher Bau ist auf Verlangen des Nachbarn zu beseitigen (§§ 903, 1004; **RG** 52, 17). Ferner ist zur Annahme eines Überbaus erforderlich, daß der Bauende nicht bloß seine Eigentumsrechte, sondern eine örtlich bestimmte Grenze überschritten hat. Ein Überbau im Sinne des § 912 liegt also nicht vor, wenn die Errichtung des Gebäudes lediglich das aus einer Grunddienstbarkeit des Nachbarn entspringende Recht verletzt, die Verwendung des dienenden Grundstücks für gewisse Bauten zu verbieten (**RG** 47, 356; 48, 262; 87, 373; **FZ** 1902 Beil 258; § 916 A 2). Weiter liegt kein Überbau vor, wenn beim Bauen der landesgesetzlich (Art 124 GG) vorgeschriebene Abstand von der Grenze nicht innegehalten ist (str.; nach Prot 3, 178 entsprechende Anwendung der §§ 912 ff.). In **RG** 87, 373 ist dahingestellt gelassen, ob diese Ansicht allgemein zu gelten habe; jedoch ist sie gebilligt für den Fall, daß durch das Landesgesetz ein Bauen ohne Wahrung der Abstandsgrenze unbedingt verboten ist. Der Nachbar kann daher, auch wenn er gegen die Nichteinhaltung der Abstandsgrenze beim Bau keinen Widerspruch erhoben hat und der Bauende gutgläubig gewesen ist, gemäß § 1004 Zurückdrängung des Baues und, wenn der Bauende schuldhaft gehandelt hat, nach § 823 Schadensersatz verlangen (**RG** 87, 372).

6. Gebaut muß sein. Daher ist nicht überbaut ein Gebäude, das infolge Alters oder Gebrechlichkeit die Grenze überragt (§§ 905, 908; **DZG** 26, 26).

7. Vorsatz ist vorhanden, wenn der Bauende sich der Grenzüberschreitung bewußt ist. Nicht erforderlich ist die Absicht, den Nachbarn zu schädigen (M 1, 280; SeuffA 56 Nr 126). **Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit** (über letztere **RG** 47, 116; **FZ** 1906, 3027) liegt nicht vor, wenn der Bauende sich über den Verlauf der Grenze oder über den Mangel des Rechts, die Grenze zu überschreiten, im entschuldbaren Irrtum befindet (**RG** 52, 15; 74, 88; 83, 146; 88, 41; Warn 1915 Nr 270; **DZG** 26, 25; a. M. SeuffA 56 Nr 126) oder ohne grobe Fahrlässigkeit annimmt, daß der Nachbar mit dem Überbau einverstanden sei (**DZG** 15, 348). Ist der Überbau nach einer Vereinbarung erfolgt, die dem Erbauer eine rechtliche Befugnis zum Bauen über die Grenze gibt, so findet § 912 keine Anwendung (**RG** Warn 1915 Nr 270). Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit muß der Überbau auch ohne Widerspruch des Nachbarn gemäß § 1004 Abs 1 beseitigt werden, da eine Duldungspflicht des Nachbarn (§ 1004 Abs 2) dann nicht besteht (**RG** 52, 17; 88, 40). Dabei macht es keinen Unterschied, ob die grobe Fahrlässigkeit in der Nichtbeachtung des Grenzzeuges oder in der die Grenzüberschreitung verursachenden (insbesondere fehlerhaften) Art der Bauausführung liegt (**RG** 88, 41).

8. Der Überbauende muß beweisen, daß ihm weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (Prot 3, 131; **RG** 47, 117).

9. Nachbar ist der Eigentümer oder Miteigentümer (§ 1011) des überbauten Grundstücks. Ihm stehen die entschädigungsberechtigten Erbbau- oder Dienstbarkeitsberechtigten (§ 916) gleich. Ob der Nachbar (z. B. die Erben des verstorbenen eingetragenen Eigentümers) der Person und dem Aufenthaltsort nach bekannt ist, ist unerheblich. Das Grundstück darf nur nicht herrenlos (§ 927 A 8; § 928 A 2) sein (**RG** 83, 147; A 11). Wegen Fehlens eines Nachbarverhältnisses findet § 912 keine Anwendung, wenn der Eigentümer eines Grundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes die Grenze eines andern ihm ebenfalls gehörigen Grundstücks überbaut (str.; **RG** 65, 361; 72, 272; 130, 266; 137, 47; Warn 1910 Nr 335; **DZG** 26, 25; a. M. **DZG** 10, 108). Veräußert der Bauende später ein Grundstück, so richtet es sich nach dem Inhalt des Vertrags, was für einen solchen nicht unter § 912 fallenden Überbau gelten soll. Beim Mangel einer vertraglichen Bestimmung ist anzunehmen, daß der Erwerber des überbauten Grundstücks den ihm beim Vertragsschluß bekannten Überbau ohne Entschädigung dulden muß und daß der Erwerber des andern Grundstücks von dem Bauenden, der das überbaute Grundstück behält, die Duldung des Überbaus ohne Entschädigung verlangen kann. Erwirbt dagegen jemand in der Zwangsversteigerung das überbaute Grundstück, so ist er Eigentümer auch des Gebäudes, soweit es auf seinem Grundstück steht (str.; **RG** 53, 311; 65, 363; 70, 201; 72, 269; 130, 266; **Gruch** 45, 1018).

10. Die Pflicht, den Überbau zu dulden, ist eine grunddienstbarkeitsähnliche Beschränkung des Eigentums, das an der überbauten Fläche dem bisherigen Eigentümer verbleibt (**RG** 65, 362; 72, 272). Sie hindert auch den Eigentümer, den Überbau selbst zu beseitigen (**RG** 131, 336). Das Recht auf Duldung wirkt dinglich und ist, weil es auf Gesetz beruht, nicht eintragungsbedürftig (**RG** **FZ** 1906, 17¹⁴). Andererseits ist es auch, selbst auf Grund einer Bewilligung des betroffenen Eigentümers, nicht eintragungsfähig, weil die Duldungspflicht eine dem Eigentum nach dem Gesetz von selbst anhaftende Schranke ist, die den allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken nicht untersteht (str.; **FZ** 3, 329). Soll dagegen auf das Recht verzichtet oder soll es sonst aufgehoben werden, so ist die Eintragung notwendig und auch zulässig, weil es sich dann um

die Bestellung einer Grunddienstbarkeit zu Lasten des Grundstücks des Überbauenden handelt (§§ 1018 Schlusssatz, 873; ZFG 4, 388). Den Verzicht auf Rente und die vertragsmäßige Festsetzung der Höhe der Rente behandeln § 914 A 4, 5. Ferner ist die Eintragung einer Grunddienstbarkeit auf Duldung eines Überbaus zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Nachbargrundstücks auf Grund einer Bewilligung des betroffenen Eigentümers dann zulässig, wenn die Bewilligung nicht lediglich die gesetzliche Verpflichtung zur Duldung eines Überbaus wiedergibt, sondern die Duldungspflicht allgemein ohne Rücksicht auf das Vorhandensein der im § 912 festgesetzten Voraussetzungen bestimmt. Dann muß nur, damit die Grunddienstbarkeit den erforderlichen bestimmten Inhalt hat, die Art und der Umfang des Überbaus genau bezeichnet sein (ZFG 3, 329; DLG 45, 209). — Das Recht des Überbauenden auf Duldung des Überbaus hat entsprechend dem § 95 Abs 1 Satz 2 die Wirkung, daß der hinübergebaute Gebäudeteil nicht (nach §§ 93, 94 Abs 1, 946) Bestandteil des Nachbargrundstücks wird (M 3, 287; RG 72, 272; 83, 147; DLG 29, 341; § 95 A 5 über die Errichtung einer Mauer auf der Grenze mit der Zweckbestimmung, daß die Mauer gemeinschaftliche Giebelmauer der Nachbarn werden soll). Vielmehr ist der Gebäudeteil wesentlicher Bestandteil des Grundstücks des Bauenden. Denn das Gebäude ist ein einheitliches Ganzes, der hinübergebaute Gebäudeteil gemäß § 93 wesentlicher Bestandteil des Gebäudes und der auf dem Grundstück des Bauenden befindliche Gebäudeteil gemäß § 94 Abs 1 wesentlicher Bestandteil dieses Grundstücks (RG 83, 148; DLG 29, 341; JW 1933, 20177; § 94 A 3). Dabei macht es keinen Unterschied, ob der hinübergebaute Teil der geringere Teil oder der Hauptteil des Gebäudes ist. Denn immer ist er wesentlicher Bestandteil des durch den andern Teil mit dem Grund und Boden des Grundstücks des Bauenden fest verbundenen (§ 94 Abs 1) Gebäudeganzen (RG 83, 148). Hieran wird auch dadurch noch nichts geändert, daß der Bauende demnächst das Nachbargrundstück hinzu erwirbt. Damit in solchem Falle der hinübergebaute Teil Bestandteil des Nachbargrundstücks wird (während der andere Teil Bestandteil des andern Grundstücks bleibt; § 94 A 1), ist weiter erforderlich, daß der Bauende im Bewußtsein der ihm nun gebotenen Möglichkeit der Veränderung des bestehenden Zustandes den Willen faßt, den hinübergebauten Gebäudeteil zu einem Bestandteil des Nachbargrundstücks werden zu lassen, und daß er diesen Willen nach außen kundgibt, z. B. dadurch, daß er den Gebäudeteil als Bestandteil auf dem Grundbuchblatt des Nachbargrundstücks vermerken läßt (RG 83, 149). Wie Nachbarn von vornherein vereinbaren können, daß der zu überbauende Gebäudeteil dem Eigentümer des zu überbauenden Grundstücks gehören soll (A 1), so können sie auch nachträglich, wenn der Überbau späterhin für das Gebäude, zu dem er gehört, überflüssig wird und seine ursprüngliche Zweckbestimmung verliert, vereinbaren, daß der Überbau bestehen bleiben (§ 914 Abs 1 Satz 2), aber nunmehr in das Eigentum des Eigentümers des überbauten Grundstücks übergehen und eine Rentenpflicht nicht mehr bestehen soll (§ 914 A 4). Diese Vereinbarung bedarf nicht der Form des § 313, da sie keine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück zum Gegenstand hat. Sie hat zur Folge, daß der überbaute Gebäudeteil nach § 94 Abs 1 Bestandteil des überbauten Grundstücks wird (DLG 29, 342). Wenn aber der Eigentümer des überbauten Grundstücks einen Anbau an den Überbau errichtet, so wird dadurch allein der Überbau weder nach § 94 Abs 1 Bestandteil dieses Grundstücks noch Bestandteil des Anbaus, da die Rentenpflicht bestehen bleibt und an der Zweckbestimmung des Überbaus nichts geändert wird (DLG 29, 341).

11. „Sofort“ bedeutet nicht unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121). Wer also in entschuldigter Unkenntnis von dem Überbau den Widerspruch unterläßt, ist trotzdem zur Duldung des Überbaus verpflichtet. Aus dem Gesetz ergibt sich auch nicht, daß der Eigentümer des Nachbargrundstücks von der Grenzüberschreitung Kenntnis haben oder sonst hiergegen Widerspruch zu erheben in der Lage sein muß, wenn die in § 912 bestimmte Folge des Unterbleibens des Widerspruchs eintreten soll (RG 83, 147; 109, 110; A 9). Da mithin die Unterlassung des Widerspruchs nicht als genehmigende Willenserklärung aufzufassen ist, kann die durch Zwang, Betrug oder Irrtum herbeigeführte Unterlassung des Widerspruchs nicht angefochten werden (Pr.; anders RG 38, 289 für preuß. Recht). Wohl aber kann von dem Zwingenden oder Betrüger Schadensersatz (§§ 823, 826) verlangt werden. Ausschlaggebend für die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs ist, ob er zeitig genug erfolgt ist, um eine irgend erhebliche Zerstörung des Gebauten zu vermeiden (Prot 3, 284; RG 109, 108).

12. Der Widerspruch bedarf keiner Form. Der Widersprechende kann sich dabei eines Bevollmächtigten bedienen (RG 109, 108). Der Widerspruch kann gegenüber dem Bauenden oder demjenigen, der nach Lage der Verhältnisse als dessen Vertreter anzusehen ist (Bauleiter), erklärt werden. Den Beweis, daß ein Widerspruch rechtzeitig (A 11) erhoben ist, hat der Widerspruchsberechtigte zu führen, der die Beseitigung des Baus verlangt (Prot 3, 135). Hat der Nachbar vorher den Überbau genehmigt, so ist sein nachträglicher Widerspruch wirkungslos, weil er wider Treu und Glauben verstößt. Wenn der Nachbar aber die Genehmigung nicht unter Verzicht auf jedes Entgelt erteilt hat, so kann er die Rente nach Abs 2 oder Wertersatz gegen Übertragung des Eigentums an dem überbauten Grundstücks teil gemäß § 915 verlangen (RG 74, 87; DLG 29, 341). Ein, sei es auch aus irrtümlichen Beweggründen, wieder fallen gelassener Widerspruch ist wirkungslos (SeuffA 62 Nr 109). Die im Widerspruch liegende einseitige Willens-

erklärung verträgt auch eine Beschränkung auf einen Teil des Überbaus. Dann besteht ein Recht auf Beseitigung nur des Teils, während im übrigen ein Anspruch auf Überbaurente gegeben ist (RG 109, 110).

13. Die **Geldrente** ist die Entschädigung für die Duldungspflicht. Daneben haftet der Überbauende für jeden schuldhaft durch Eingriffe in sonstige Rechte des Nachbarn verursachten Schaden nach § 823 (RG 65, 73; DLG 26 S. 27, 28). Hat der Nachbar die unbedingte Erlaubnis zu dem Überbau erteilt, so kann ein Schadensersatzanspruch nicht in Frage kommen. Denn dann hat der Überbauende nicht widerrechtlich gehandelt (DLG 26, 27). Ein Anspruch auf Rente kann aber auch bei erlaubttem Überbau bestehen (A 12). Die Rentenpflicht beginnt mit dem Zeitpunkt der Grenzüberschreitung. Der Anspruch auf die Rente überhaupt ist unverjährbar; der Anspruch auf die einzelne fällige Rate verjährt in 4 Jahren (§ 197). Durch die Zwangsversteigerung wird die Rentenpflicht nicht berührt (§ 52 ZVG). Für die Rente gelten nach Art 116 GG nicht die landesgesetzlichen Vorbehalte der Artt 113, 115 GG; ihre Ablösbarkeit, Höhe oder Umwandlung kann landesgesetzlich nicht geregelt werden.

14. Auf die **Höhe** der Rente ist eine nach der Grenzüberschreitung eintretende Wertänderung ohne Bedeutung.

§ 913

Die Rente für den Überbau¹⁾ ist dem jeweiligen Eigentümer²⁾ des Nachbargrundstücks von dem jeweiligen Eigentümer²⁾ des anderen Grundstücks zu entrichten.

Die Rente ist jährlich³⁾ im voraus zu entrichten⁴⁾.

§ 1 857 Abs 2, 858 Abs II 827; M 3 285 f.; P 3 135 f.; 6 229 f.

1. Das Recht auf die **Rente** (im Gegensatz zum einzelnen Rentenbetrag) gilt als Bestandteil des berechtigten Grundstücks (§ 96) und kann vom Eigentum an dem berechtigten Grundstück nicht getrennt (§§ 914 Abs 3, 1110), also auch nicht selbständig für sich allein abgetreten oder gepfändet werden.

2. Da die Rente dem jeweiligen Eigentümer des überbauten vom jeweiligen Eigentümer des andern Grundstücks entrichtet werden muß, ist das Rentenrecht subjektiv und objektiv dinglich. Entschädigungsberechtigt sind außer dem Eigentümer (des überbauten Grundstücks) auch der Erbbau- und Dienstbarkeitsberechtigte (§ 916). Für die anderen Realberechtigten, z. B. die Hypothekengläubiger, wird der Überbau durch die damit verbundene Entschädigung bedeutungslos. Sie haben aber ein Interesse an der Höhe der Entschädigung und können auf deren Festsetzung klagen. Das Urteil macht jedoch nur unter den Parteien Rechtskraft. Auch ein Vertrag über die Höhe der Rente wirkt nur zwischen den an dem Vertrag Beteiligten (M 3, 286).

3. Das **erste Jahr** beginnt mit dem Tage der Grenzüberschreitung.

4. Eine von Abs 2 abweichende Regelung der **Entrichtung** ist zulässig. Sie hat aber Dritten gegenüber nur Wirkung, wenn sie ins Grundbuch eingetragen ist (§ 914 Abs 2). Das Rentenrecht ist unverjährbar. Denn es entsteht mit der Fortdauer der Berechtigung des Überbauers stets neu (§ 198; M 3, 286). Der Anspruch auf die einzelnen fälligen Rentenbeträge verjährt in 4 Jahren (§ 197).

§ 914

Das Recht auf die Rente geht allen Rechten an dem belasteten Grundstück, auch den älteren, vor¹⁾. Es erlischt mit der Beseitigung des Überbaues²⁾.

Das Recht wird nicht in das Grundbuch eingetragen³⁾. Zum Verzicht⁴⁾ auf das Recht sowie zur Feststellung der Höhe der Rente durch Vertrag ist die Eintragung erforderlich⁵⁾.

Im übrigen finden die Vorschriften Anwendung, die für eine zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehende Reallast gelten⁶⁾.

§ 1 858 Abs 1 II 827 Abs 2; M 3 285 f.; P 3 136 f.; 6 229 f.

1. Das Rentenrecht muß **allen, auch den älteren Rechten** vorgehen, wenn es einen ausreichenden Ersatz für die entzogene Benutzung der überbauten Fläche bilden soll (DS 191). Mehrere Erbbau- (oder Notweg-) Renten haben nicht den gleichen Rang. Ihr Rang bestimmt sich vielmehr nach der Zeit ihrer Entstehung, da sie zwar anderen Rechten vorgehen, über ihren Rang untereinander aber nur das Zeitvorrrecht entscheiden kann (str.). Durch eine Zwangsversteigerung wird das Recht auf die Rente nicht berührt (§ 52 Abs 2 ZVG). Die Rangordnung der einzelnen Rentenbeträge im Zwangsversteigerungsverfahren ist geregelt durch § 10 Nr 4, 8, § 11 ZVG.

2. Die Rente **erlischt** kraft Gesetzes mit der **Beseitigung des Überbaues**, weil hierdurch die als Gegenleistung anzusehende Duldungspflicht wegfällt. Die Aufhebung durch Verzicht wird in A 4 erörtert. Die in Art 113—115 GG vorbehaltenen landesgesetzlichen Vorschriften über Auflösung sind nach Art 116 GG unanwendbar.

3. Die **Eintragung** der Rente in ihrer gesetzlichen, d. h. in der zur Zeit der Grenzüberschreitung (§ 912 Abs 2) angemessenen, Höhe ist nicht zulässig. Die §§ 892, 893 finden daher insoweit keine Anwendung. Trotz der Nichteintragung wirkt also das Rentenrecht auch gegen den gutgläubigen Erwerber des rentenpflichtigen Grundstücks (Prot 3, 136; RG 62, 101; § 892 A 2). Anders verhält es sich aber mit einer Rente, deren Höhe vertragsmäßig festgesetzt wird (A 5).

4. Soll der **Verzicht** auf das Recht nicht bloß schuldrechtliche Wirkung unter den Beteiligten, sondern dingliche Wirkung gegen jedermann haben, so ist seine **Eintragung** erforderlich (RZM 1, 28; JZG 4, 387). Sie wird maßgeblich auf dem Blatt nicht des rentenberechtigten, sondern des rentenbelasteten Grundstücks vorzunehmen sein, und zwar in Abt II in Form eines Lösungs- und Vermerks, da es so anzusehen ist, als wäre die Rente auf dem belasteten Grundstück eingetragen (DVG 45, 209; JZG 4, 388). Jedoch ist die Eintragung auf dem Blatt des rentenberechtigten Grundstücks daneben nach § 9 GBD zulässig. Notwendig zum wirksamen Verzicht ist ferner die Einhaltung der Form des § 875 und gemäß § 876 Satz 2 die Zustimmung der Realgläubiger des überbauten Grundstücks, da die Rente ihnen an Stelle der überbauten Fläche haftet (Prot 3, 136).

5. Die **Feststellung der Höhe** der Rente durch Vertrag erlangt gemäß § 873 dingliche Wirkung nur durch **Eintragung** (JZG 4, 387), und zwar auf dem Blatt des rentenbelasteten Grundstücks (DVG 45, 209); auf dem Blatt des berechtigten Grundstücks ist die Eintragung nach § 9 GBD zulässig. Zur Eintragung ist die Zustimmung der Realberechtigten des rentenberechtigten Grundstücks gemäß §§ 876 Satz 2, 877 erforderlich, wenn die vereinbarte Rente niedriger als die gesetzliche (A 3) ist. Denn dann liegt in der Eintragung eine teilweise Aufhebung der den Realberechtigten an Stelle des überbauten Grundstücksteils haftenden gesetzlichen Rente. Dagegen ist die Zustimmung nach §§ 877, 876 Satz 2 nicht erforderlich, wenn die vertraglich festgesetzte Rente ist die Zustimmung nach §§ 877, 876 Satz 2 nicht erforderlich, wenn die vertraglich festgesetzte Rente ebenso hoch oder höher als die gesetzliche ist, weil dann das Recht der Realberechtigten durch die Festsetzung nicht berührt wird (str.). Die Zustimmung der Realberechtigten des rentenpflichtigen Grundstücks ist nur erforderlich, wenn die vertraglich festgesetzte Rente insoweit, als sie die gesetzliche Höhe übersteigt, den Vorrang vor den Realberechtigten erlangen soll (Prot 3, 136). Die Eintragung mit dem Vorrang vor den eingetragenen Berechtigten wird daher der Grundbuchrichter nur dann vornehmen dürfen, wenn entweder die Zustimmung der Berechtigten beigebracht oder gehörig (§ 29 GBD) nachgewiesen wird, daß die vertraglich festgesetzte Rente die gesetzliche Höhe nicht übersteigt.

6. Auf das Rentenrecht finden **Anwendung die Vorschriften** über die subjektiv-dinglichen Reallasten, insbesondere die §§ 1108 Abs 1 (persönliche Haftung des Eigentümers), 1110 (Unabtrennbarkeit); dagegen nicht die §§ 1111, 1112, die nur subjektiv-persönliche Reallasten betreffen. Wird das mit dem Rentenrecht belastete Grundstück geteilt, so bleibt die dingliche Haftung aller Teile bestehen (vgl. aber Art 120 GG). Für die fällig gewordenen Rentenbeträge haften nach § 1108 Abs 2 die Eigentümer aller Teile, nicht bloß der Eigentümer des Teiles, auf dem der andere Gebäudeteil steht, auch persönlich. Denn mit dem Rentenrecht ist das Eigentum am ganzen überbauten Grundstück belastet (str.). Im Falle der Teilung des berechtigten Grundstücks verbleibt nach § 1109 Abs 3 das Rentenrecht bei dem überbauten Grundstücksteil allein, da die Rente als Entschädigung für die Duldungspflicht gewährt wird.

§ 915

Der Rentenberechtigte ¹⁾ kann jederzeit ²⁾ verlangen ³⁾, daß der Rentenpflichtige ihm gegen Übertragung des Eigentums an dem überbauten Teile des Grundstücks den Wert ersetzt, den dieser Teil zur Zeit der Grenzüberschreitung gehabt hat ⁴⁾. Macht er von dieser Befugnis Gebrauch, so bestimmen sich die Rechte und Verpflichtungen beider Teile ⁵⁾ nach den Vorschriften über den Kauf ⁶⁾.

Für die Zeit bis zur Übertragung des Eigentums ist die Rente fortzuentrichten ⁷⁾.

§ I 859 II 828; W 3 287; P 3 138; 4 580.

1. Nur der Rentenberechtigte, nicht der Rentenpflichtige hat das Recht, statt der Rente (§ 912 Abs 2) die Grundabnahme zu wählen. Dieses Recht steht auch nur dem rentenberechtigten Eigentümer zu, nicht dem Erbbauberechtigten, da § 915 in § 916 nicht angeführt ist.

2. Das Recht ist unverjährbar (§ 924).

3. Für das **Verlangen auf Wertersatz** ist eine Form nicht vorgeschrieben. Es wird dem Rentenpflichtigen gegenüber erklärt. § 313 findet keine Anwendung, da im Falle des Verlangens der Rentenpflichtige gesetzlich zur Grundabnahme verpflichtet ist (RG 74, 90). Mit der einseitigen Abgabe der Erklärung (§ 130) wird zwischen den Beteiligten das Rechtsverhältnis eines Kaufes begründet, ohne daß ein förmlicher Kaufvertrag abgeschlossen zu werden braucht. Die Schadenserlassgrundsätze (z. B. §§ 251, 252, 254) finden keine Anwendung, wenn ohne rechtswidrigen Vorfall und ohne Fahrlässigkeit überbaut ist (RG 74, 90).

4. Die **Übertragung des Eigentums an dem überbauten Grundstücksteil** (durch Auflassung, deren Entgegennahme seitens des Rentenpflichtigen gemäß § 894 BPD durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden kann) und der nötigenfalls im Prozeßwege festzusetzende, nach dem **Zeitpunkt der Grenzüberschreitung** zu bemessende Wertersatz finden Zug um Zug statt (§§ 273 Abs 1, 274). Einen ähnlichen Rechtsgedanken hat das Reichsgericht gelegentlich angewendet in einem Falle, wo ein Grundstück wegen Nichtigkeit des Kaufvertrags nach den Grundrissen ungerechtfertigter Bereicherung herausverlangt wurde, die Herausgabe aber mit Rücksicht auf die erfolgte Bebauung des Grundstücks unmöglich erschien (RG 133, 295).

5. Nur für **beide Teile**, nicht für Dritte, gelten die Kaufregeln. Ein Vorkaufsberechtigter kann also z. B. nicht geltend machen, es sei ein Kauf geschlossen, in den er einzutreten berechtigt sei.

6. Die **Vorschriften über den Kauf** (§§ 433 ff.) finden Anwendung. Der Kaufpreis ist der Wert zur Zeit der Grenzüberschreitung. Das Grundstück ist gemäß § 434 frei von Lasten zu übertragen (M 3, 287; Prot 3, 138).

7. Deshalb sind die in der Zwischenzeit vom Verlangen der Grundabnahme bis zur **Übertragung des Eigentums** entrichteten Renten von dem Wertersatzkapital nicht abzurechnen. Wenn aber das Kapital schon vor der Eigentumsübertragung gezahlt oder beigetrieben (§§ 322 Abs 3, 274 Abs 2) wird, ist der Zahlende dem Empfänger gegenüber von weiteren Rentenzahlungen befreit. Denn in der Annahme (Einziehung) des Kapitals liegt die Erklärung der Erledigung der Rechte des Empfängers (M 3, 287). Freilich bleiben das Rentenrecht als subjektiv-bingliches Recht und die Eigentumsbeschränkung (Duldungspflicht) bis zur Übertragung des Eigentums bestehen (M 3, 287). Dies kann von Bedeutung werden, wenn der Rentenberechtigte oder der Rentenverpflichtete sein Grundstück an einen Dritten veräußert.

§ 916

Wird durch den Überbau ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit¹⁾ an dem Nachbargrundstücke beeinträchtigt, so finden zugunsten des Berechtigten die Vorschriften der §§ 912 bis 914 entsprechende Anwendung²⁾.

CG I 800 II 829; M 3 286; B 3 138.

1. Sind mehrere **Erbbau- oder Dienstbarkeitsberechtigte** (BD v. 15. 1. 1919, §§ 1018, 1030, 1090) vorhanden, so ist für jeden die Rente selbständig festzusetzen (Prot 3, 138). Keine Anwendung findet § 916 auf andere Rechte an dem Nachbargrundstück, z. B. Hypotheken, weil diesen Rechten nach §§ 96, 1107, 1126 mit dem überbauten Grundstück auch das Rentenrecht des Eigentümers unterworfen ist.

2. § 912 ist nicht entsprechend anzuwenden, wenn der Eigentümer eines Grundstücks, von dem eine Teilfläche mit einer das Bebauen verbietenden Grunddienstbarkeit belastet ist, über die Grenze des unbelasteten Teiles auf den belasteten Teil hinüberbaut (RG 47, 356; JW 1902 Beil 258; 1932, 1047¹⁰; DZG 15, 348; a. M. SeuffA 57 Nr 8) oder wenn der Eigentümer eines Grundstücks, das mit der Dienstbarkeit des Bauverbots belastet ist, dieses bebaut (RG 48, 262; § 912 A 5). In beiden Fällen kann mithin der Dienstbarkeitsberechtigte gemäß §§ 1004, 1027, 1065, 1090 Abs 2 die Beseitigung des sein Recht beeinträchtigenden Baus verlangen. Nach § 914 **Satz 2** erlischt das Rentenrecht mit der Beseitigung des Überbaus. § 915 findet im Bereich des § 916 keine Anwendung (§ 915 A 1). Vorbehalte für die Landesgesetzgebung finden sich in Artt 57, 63, 68 CG.

§ 917

Fehlt¹⁾ einem Grundstücke²⁾ die zur ordnungsmäßigen Benutzung³⁾ notwendige Verbindung⁴⁾ mit einem öffentlichen Wege⁵⁾, so kann der Eigentümer⁶⁾ von den Nachbarn⁷⁾ verlangen⁸⁾, daß sie bis zur Hebung des Mangels⁹⁾ die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung¹⁰⁾ dulden¹¹⁾. Die Richtung des Notwegs und der Umfang des Benutzungsrechts werden erforderlichenfalls durch Urteil bestimmt¹²⁾.

Die Nachbarn, über deren Grundstücke der Notweg führt, sind durch eine Geldrente zu entschädigen¹³⁾. Die Vorschriften des § 912 Abs 2 Satz 2 und der §§ 913, 914, 916¹⁴⁾ finden entsprechende Anwendung¹⁵⁾.

§ 1 863 II 830; W 3 289 ff.; B 3 149 ff.

1. **Notweg.** Die Verbindung fehlt, wenn das Grundstück von dem öffentlichen Wege gänzlich abgeschnitten ist und die Trennung durch dazwischen liegende fremde Grundstücke bewirkt wird. Daher fehlt die Verbindung nicht, wenn sie nur unbequem ist (A 4) oder wenn der Eigentümer über andere ihm gehörende Grundstücke oder unter Ausübung eines ihm zustehenden dinglichen oder persönlichen Rechts über fremde Grundstücke zum öffentlichen Wege gelangen kann (OLG 2, 506; 12, 124; 26, 29). Insbesondere kann auch ein rein schuldrechtlicher Vertragsanspruch, der dem Eigentümer des wegebefürhtigen Grundstücks eine sichere, wirkliche Abhilfe bietet, zur Verjagung eines Notwegs nach § 917, jedenfalls für die Dauer des Bestehens eines solchen Vertragsanspruchs, genügen (RG 157, 305). Auf ein ihm angeblich zustehendes, aber streitig gemachtes anderweites Wegerecht braucht sich der Notwegberechtigte unter Umständen aber nicht verweisen zu lassen (RG JW 1925, 475¹⁶⁾). Das Fehlen der Verbindung hört auf, wenn der Eigentümer des abgeschnittenen Grundstücks ein angrenzendes Grundstück hinzuverwirbt, das mit einem öffentlichen Wege in Verbindung steht. Dann entfällt das Notwegrecht, selbst wenn noch gewisse Änderungen (z. B. Entfernung von Zäunen) erforderlich sind, um die Verbindung mit dem öffentlichen Wege über das hinzuverworbene Grundstück herzustellen (OLG 26, 30). Nicht erforderlich ist zur Anwendung des § 917, daß die Notlage eine unverschuldete ist (OLG 292). — Eine besondere Art des Notweges bildet der Jägernotweg nach § 28 Reichsjagdgesetz v. 3. 7. 1934 sowie das dort in § 31 geregelte Recht der Wildfolge (dazu auch §§ 28, 31 AusfW v. 27. 3. 1935).

2. Gleichviel, ob das Grundstück bebaut ist oder nicht.

3. **Ordnungsmäßig** ist eine Benutzung, die der Größe, Lage, Kulturart und Umgebung des Grundstücks und den wirtschaftlichen Verhältnissen nach vernünftigem Ermessen entspricht (RG 79, 117). Das gilt auch dann, wenn das Grundstück bisher nicht oder anders benutzt worden ist (OLG 292; Prot 3, 152; RG Warn 1914 Nr 290; SeuffW 62 Nr 41). Doch darf die Änderung der Benutzungsart, welche die Notlage erst schafft, keine willkürliche Handlung im Sinne des § 918 Abs 1 sein (Prot 3, 153; OLG 12, 124). Es genügt aber, wenn die von der früheren Benutzungsart abweichende Art der Benutzung den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht (RG Warn 1914 Nr 290). Grundsätzlich gleichgültig ist, ob der Eigentümer selbst oder ein Pächter oder ein sonstiger Berechtigter die Benutzung ausübt. Das rein persönliche Bedürfnis des einzelnen Eigentümers oder des zeitig zur Benutzung Berechtigten hat aber außer Betracht zu bleiben (RG 79, 119; SeuffW 62 Nr 70). Daher kann der Eigentümer z. B. nicht deswegen einen Notweg verlangen, weil er das Grundstück verpachten müsse und ohne den Notweg nicht zu einem angemessenen Preise verpachten könne oder weil für die Lebensverhältnisse gerade seines gegenwärtigen Pächters der Notweg erforderlich sei (RG 79, 119). Eine wirtschaftlich verständige Gesamtbebauung mehrerer Grundstücke desselben Eigentümers stellt nicht um deswillen eine nicht ordnungsmäßige, zur Verjagung des Notwegrechts führende Benutzung dar, weil der Eigentümer es unterlassen hat, die Grundstücke nach § 890 Abs 1 zu vereinigen oder nach § 890 Abs 2 das eine Grundstück dem andern als Bestandteil zuschreiben zu lassen (RG 157, 305). Bei dieser Sachlage hört auch im Falle der Veräußerung des einen der beiden Grundstücke an einen neuen Eigentümer (z. B. durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung) die Ordnungsmäßigkeit der Benutzung beider Grundstücke nicht notgedrungen auf (RG 157, 305).

4. **Notwendig** ist die Verbindung nicht, wenn eine andere Verbindung besteht oder vom Eigentümer selbst hergestellt werden kann, mag die Benutzung dieser Verbindung auch längere Zeit beanspruchen oder schwieriger sein (SeuffW 13 Nr 210; OLG 2, 506; 26, 31) oder mag ihre Herstellung einen größeren Kostenaufwand erfordern (str.). Dagegen ist die Verbindung notwendig, wenn der anderweit vorhandene Zugang keine ordnungsmäßige Bewirtschaftung gestattet (RG JW 1925, 475¹⁸⁾). Kann der Eigentümer kraft eines persönlichen Anspruchs auf Bestellung einer Wegerechtigkeit die Herstellung eines Verbindungsweges herbeiführen, so ist das Fehlen einer notwendigen Verbindung im Sinne des § 917 in der Regel zu verneinen (OLG 26, 30; A 1). Andererseits kann die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung beim Vorhandensein eines Verbindungswegs fehlen, wenn die Benutzung dieses Weges öfter (z. B. durch Überschwemmungen) behindert ist (RG 79, 120; SeuffW 4 Nr 204).

5. Die Verbindung mit einem Wege muß fehlen, der ein öffentlicher ist. Das Fehlen der Verbindung mit einem andern Grundstück desselben Eigentümers oder mit einem Fluß oder einer Eisenbahn gibt nach BGB kein Notwegrecht; doch findet sich insoweit in Art 123 GG ein Vorbehalt für die Landesgesetze. Was ein öffentlicher Weg ist, bestimmt sich beim Fehlen reichsrechtlicher Vorschriften (Art 2, 3, 32, 55 GG) nach Landesrecht (vgl. für Preußen RG 14, 263; JW 1896, 891¹²⁾; 1900, 451¹³⁾; 1901 S. 170²⁸⁾, 585²⁹⁾; 1906, 233¹⁹⁾; Gruch 40, 1173; 42, 720; 43,

BGB, Kommentar von Reichsgerichtsräten. 9. Aufl. III. Bb. (Weisau.)

1101; 44, 1134). Die Frage ist, obgleich sie dem öffentlichen Recht angehört, als Bestandteil eines Privatrechtsstreits von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden (**RG JW** 1906, 233¹⁰).

6. Dem **Eigentümer** stehen gleich der Erbbauberechtigte (**RD** v. 15. 1. 1919 § 11) und die in Artt 63, 68 **EG** genannten Berechtigten (**RG** 79, 118), aber nicht sonstige Berechtigte am Grundstück, wie Nießbraucher, Pächter (**RG** 79, 119; **Wam** 1920 Nr 106). Befindet sich das wegebedürftige Grundstück im Miteigentum mehrerer, so kann nicht jeder für sich, sondern alle Miteigentümer müssen gemeinsam das Verlangen stellen. Denn die Einräumung des Notwegs ist von einer Gegenleistung abhängig, die alle Miteigentumsanteile belastet (Str.; **RG** Gruch 30, 443).

7. Die **Nachbarn** brauchen nicht unmittelbar Anlieger zu sein. Nachbarn im Sinne des § 917 sind vielmehr alle Eigentümer der umliegenden Grundstücke bis zum öffentlichen Weg (**M** 3, 292; **RG** 50, 322; Gruch 66, 478). Steht ein solches Grundstück im Eigentum mehrerer Miteigentümer, so ist der Anspruch auf den Notweg gegenüber allen Miteigentümern gemeinsam zu erheben (**RG JW** 1906, 233¹⁰). Gegen einen Besitzer, Nießbraucher oder sonstigen Berechtigten am Grundstück kann der Anspruch nicht verfolgt werden (SeuffM 56 Nr 150). Vgl. aber wegen der Erbbaubau- und Dienstbarkeitsberechtigten **A** 14.

8. Das **Verlangen** kann, wenn die Beteiligten sich nicht einigen, nicht nur im Wege der Klage, sondern auch im Wege der Einrede (z. B. gegenüber der Eigentumsfreiheitsklage des Nachbarn) und im Wege der Widerklage verfolgt werden (**RG JW** 1906, 233¹⁰; SeuffM 61 Nr 205). Denn das Notwegrecht besteht schon mit dem Vorliegen seiner gesetzlichen Voraussetzungen und wird nicht erst durch Urteilspruch begründet (**M** 3, 292; **A** 12). Die Klage ist, wenn mehrere Grundstücke für den Notweg in Betracht kommen, gegen die Eigentümer aller dieser Grundstücke zu richten. Ist dabei ein ungeeignetes Grundstück in Anspruch genommen, so wird die Klage insoweit abgewiesen (SeuffM 56 Nr 150). Die Richtung des Weges braucht die Klage nicht im einzelnen anzugeben, da nach Satz 2 das Urteil hierüber nähere Bestimmung zu treffen hat. Der Anspruch unterliegt nach § 924 nicht der Verjährung. Die tatsächliche Ausübung des Notwegrechts gibt keinen Besitzschutz. Denn das BGB kennt grundsätzlich nur einen Sach-, nicht auch einen Rechtsbesitz. Die im § 1029 für eingetragene Dienstbarkeiten gegebene Ausnahmenvorschrift ist auf ein Notwegrecht, das weder eine Dienstbarkeit ist noch eingetragen wird, nicht anwendbar (Str.; **M** 3, 292; anders Prot 3, 155; **OLG** 10, 110). — Die Pflicht zur Duldung des Notwegs stellt eine auf der Lage des Grundstücks beruhende gesetzliche Eigentumsbeschränkung dar (**A** 11). Sie ist, wenn das Grundstück verkauft wird, kein Mangel im Recht, von dem der Verkäufer den Käufer gemäß § 434 freizuhalten hätte (**RG** Gruch 60, 997).

9. Der **Mangel** kann z. B. dadurch **gehoben** werden, daß ein neuer öffentlicher Weg angelegt oder daß der Eigentümer durch den Erwerb eines andern Grundstücks in die Lage versetzt wird, über seinen eigenen Grund und Boden zu dem öffentlichen Weg zu gelangen (**OLG** 2, 506; **A** 1).

10. Die **erforderliche Verbindung** ist die zur ordnungsmäßigen Benutzung des wegebedürftigen Grundstücks notwendige. Ihr Umfang und ihre Art bestimmen sich nach Lage des einzelnen Falles (z. B. Landweg mit oder ohne Brücke: SeuffM 53 Nr 215). Ein Rechtsatz des Inhalts, daß der Notweg nur über die Bodenfläche des Nachbargrundstücks, nicht unter diesem Grundstück hindurch oder darüber hinweg führen könne, besteht nicht (**RG** 157, 305). Immer aber muß es sich um einen Weg handeln. Das ergibt sich daraus, daß die Verbindung mit einem öffentlichen Weg hergestellt werden soll (Str.). Daher stützt § 917 nicht den Anspruch z. B. auf Herstellung einer Schwebebahn (SeuffM 62 Nr 41). Immerhin läßt sich unter Umständen aus § 917 herleiten der Anspruch auf Duldung der Legung eines Gas- oder Wasserleitungsrohrs oder auf Zuleitung von elektrischem Strom (**JW** 1932, 1069⁹; 1936, 3495^{9a}). Besteht das Bedürfnis der Verbindung nur für einen Teil des Grundstücks, so kann nur ein entsprechend beschränkter Notweg verlangt werden (**RG** 79, 120).

11. Der Nachbar braucht nur zu **dulden**, ist aber nicht zu einer Tätigkeit verpflichtet. Anlage und Unterhaltung des Notwegs liegen dem Notwegberechtigten ob. Das Eigentum am Wegekörper behält der Nachbar. Die Duldungspflicht ist nicht eine nur schuldbrechliche, sondern eine auf dem Grundstück lastende, das Eigentumsrecht (§ 903) einschränkende Pflicht (**A** 8). Deshalb ist sie nicht eintragungsfähig. Sie ist aber auch, selbst auf Bewilligung des betroffenen Eigentümers, nicht eintragungsfähig. Denn es handelt sich bei ihr nicht um eine selbständige Belastung zugunsten eines bestimmten Berechtigten, sondern um eine dem Eigentum gesetzlich innewohnende Schranke (Str.; **JFG** 3, 329). Hier gilt entsprechend das, was in § 912 **A** 10 zu der Frage der Eintragung der Verpflichtung zur Duldung eines Ueberbaus bemerkt ist.

12. Das **Urteil** bewirkt nicht die Entstehung des Rechts auf den Notweg, sondern stellt nur das Bestehen und den Umfang des Rechts fest, das beim Vorliegen der Voraussetzungen kraft Gesetzes entsteht (**M** 3, 292; SeuffM 61 Nr 205). Deshalb kann das Recht auch im Wege der Einrede geltend gemacht werden (**A** 8). Deshalb ist auch die durch das Urteil gegebene nähere Begrenzung des Wegerechts nicht eintragbar (**A** 11). Das Urteil hat die Einzelheiten des Notwegs, seine Richtung und die Zeit und Art seiner Benutzung festzustellen. Die Zwangsvollstreckung erfolgt im Falle der Zuwiderhandlung gegen die im Urteil aufgetragene Duldung nach § 890 **BPD**. Wird die Ausübung des festgesetzten Notwegs beeinträchtigt

tigt, so steht dem Notwegberechtigten, da es sich um ein einer Grunddienstbarkeit ähnliches Recht handelt, die Abwehrklage nach §§ 1004, 1027 zu (OLG 29, 339).

13. Die Höhe der Rente, wodurch die Nachbarn zu entschädigen sind, bestimmt sich nicht nach dem Nutzen, den der Eigentümer des notwegbedürftigen Grundstücks von dem Notweg hat, sondern nach dem Nachteil, den die Nachbarn durch den Notweg erleiden (RG Warn 1914 Nr 290).

14. Die entsprechende Anwendung des § 912 Abs 2 Satz 2 ergibt, daß für die Höhe der Rente der Zeitpunkt entscheidend ist, in dem die Duldungspflicht entstanden, d. h. die Noilage vorhanden und das Verlangen gestellt ist. Mit diesem Zeitpunkt tritt die Wertminderung des Grundstücks durch die gesetzliche Eigentumsbeschränkung zutage. Von nun an wird z. B. der Eigentümer, wenn er verkaufen will, angesichts der dem Käufer mitzuteilenden Geldentmachtung des Notweganspruchs sich mit einem niedrigeren Kaufpreise begnügen müssen (RG 87, 425). Die Festsetzung der Höhe der Rente nach den Verhältnissen in dem genannten Zeitpunkt ist dauernd maßgebend. Deshalb kann eine Erhöhung der festgesetzten Rente wegen späteren Steigens des Grundstückswerts nicht verlangt werden (Prot 3, 156). Wenn aber die Richtung oder der Umfang des Weges geändert werden soll, kann auch eine Änderung der Rente verlangt werden (Prot 3, 156). Die Rentenpflicht beginnt mit der Duldungspflicht, nicht erst dann, wenn der Notwegberechtigte den Weg tatsächlich benutzt hat, mögen auch noch Herstellungsarbeiten zu einer besonderen Anlage des Weges erforderlich sein (RG 87, 425). Daher beginnt die Rentenpflicht, wenn die Duldungspflicht durch Urteil ausgesprochen wird, mit der Rechtskraft des Urteils (RG 87, 425). Der Notwegverpflichtete darf der Ausübung des Notwegrechts nicht widersprechen, wenn der Notwegberechtigte mit der Zahlung der Rente im Rückstand ist (M 3, 292). Die entsprechende Anwendung der §§ 913, 914 ergibt keine Besonderheiten gegenüber der Überbaurente. Was über die Pfandung der Notwegrente für die Hypotheken, über ihre Unabtrennbarkeit, rechtliche Natur, Rangverhältnisse, Festsetzung durch Vertrag, die Unzulässigkeit ihrer Eintragung, ihre Unverjährbarkeit, den Verzicht auf sie, ihr Erlöschen so sagen ist, ergibt sich mithin aus § 913 A 1, 2, 4; § 914 A 1, 2, 3, 4, 5, 6. Der § 915 (Recht des Rentenberechtigten, Abnahme des Grund und Bodens zu verlangen) findet hier keine Anwendung. Nach § 916 haben diejenigen, denen ein Erbbaurecht ober eine Dienstbarkeit an dem Nachbargrundstück zusteht, den Notweg ebenso zu dulden wie der Eigentümer. Andererseits haben sie, soweit sie hierdurch beeinträchtigt werden, gleichfalls einen Anspruch auf Entschädigung durch Rentenzahlung gemäß §§ 912—914. Dasselbe gilt von ben in den Artt 63, 68, 196 GG aufgeführten Berechtigten.

15. Auf die Rente finden die Vorbehalte für die Landesgesetzgebung in Artt 113—115 GG keine Anwendung (Art 116 GG). Nach Art 181 Abs 1 GG sind die §§ 917, 918 auch dann anzuwenden, wenn die Voraussetzungen des Notwegs vor dem Inkrafttreten des BGG vorlagen, das Verlangen aber erst später gestellt ist (OLG 2, 506).

§ 918

Die Verpflichtung zur Duldung des Notwegs tritt nicht ein, wenn die bisherige Verbindung des Grundstücks mit dem öffentlichen Wege durch eine willkürliche Handlung¹⁾ des Eigentümers²⁾ aufgehoben wird³⁾.

Wird infolge der Veräußerung eines Teiles des Grundstücks der veräußerte oder der zurückbehaltene Teil von der Verbindung mit dem öffentlichen Wege abgeschnitten, so hat der Eigentümer desjenigen Teiles, über welchen die Verbindung bisher stattgefunden hat, den Notweg zu dulden. Der Veräußerung eines Teiles steht die Veräußerung eines von mehreren demselben Eigentümer gehörenden Grundstücken gleich⁴⁾.

© I 803 II 831; R 3 291; P 3 149 ff.

1. Die Aufhebung der Verbindung muß durch eine Handlung des Eigentümers (z. B. Abbrechen einer Brücke, Auführen einer Mauer, Verschüttung eines Zugangs, Verzicht auf eine Wegerechtigkeit) verursacht sein. Eine Aufhebung durch Naturereignisse ist also nicht hierher zu zählen. Die Handlung des Eigentümers muß eine willkürliche sein, d. h. auf freier Entscheidung beruhen und bei Berücksichtigung der Bedürfnisse des Nachbarn nach verständigem Ermeßen durch die Sachlage nicht geboten erscheinen (SeuffA 75 Nr 160). Wird die Verbindung durch eine zwar neue, aber ordnungsmäßige Benutzung des Grundstücks aufgehoben (z. B. dadurch, daß der Eigentümer auf seinem Grundstück ein Gebäude oder einen Eisensteg errichtet oder ein Grundstück hinzuerwirbt), so liegt eine willkürliche Handlung nicht vor (RG V 313/06; JW 1925, 475¹⁸; § 917 A 2). Den Beweis der Voraussetzung des § 918 Abs 1 hat der Nachbar zu führen.

2. Der Handlung des Eigentümers steht die des Erbbauberechtigten oder auch nur eines der Miteigentümer gleich. Nach einer willkürlichen Aufhebung haben auch alle späteren Eigentümer kein Recht auf Notweg.

3. Ein Fall des Abs 1 liegt nicht vor, insbesondere ist die Verbindung nicht im Sinne dieser Vorschrift **aufgehoben**, wenn die frühere Verbindung mit dem öffentlichen Wege fortbesteht und nur durch eine anderweitige Benutzung des Grundstücks oder durch den Hinzuerwerb eines anderen Grundstücks (A 1) unzureichend geworden ist (RG Warn 1914 Nr 290; JW 1925, 475¹⁸). Dann kommt es darauf an, ob die neue Benutzungsart nach vernünftigem Ermessen den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht (§ 917 A 3).

4. Der (nach § 924 unverjährbare) Anspruch auf den Notweg besteht in den Fällen des Abs 2 **nur im Verhältnis der getrennten Grundstücke** zueinander; dritte Grundstücke kommen für den Notweg nicht in Betracht (OLG 26, 32). Ein Verzicht auf den Anspruch hat zwar nur persönliche Wirkung unter den Beteiligten (str.; Prot 5, 153). Nach einem solchen Verzicht kann aber gemäß Abs 1 kein Recht auf Notweg gegenüber anderen Nachbarn geltend gemacht werden, da die Veräußerung eine willkürliche Handlung war. Die Worte „**über welchen die Verbindung bisher stattgefunden hat**“ kennzeichnen nur den **Teil des** früher einheitlichen Grundstücks, welcher infolge der Trennung notwegpflichtig geworden ist. Aus ihnen ist nicht zu folgern, daß der Notweg nur so verlangt und gewährt werden könne, wie der bisherige Eigentümer den Weg nach dem öffentlichen Wege tatsächlich genommen habe. Vielmehr darf und muß der Richter den nach allgemeinen Grundfätzen geeigneten Notweg bestimmen, auch wenn dieser von der Richtung des bisher gewählten Weges abweicht. Denn Abs 2 gewährt nur ein Recht auf „**Duldung eines Notwegs**“, nicht ein Recht auf Duldung der Benutzung des bisherigen Verbindungsweges (OLG 26, 31). Im Falle der **Veräußerung eines von mehreren demselben Eigentümer gehörenden Grundstücken** hat der Notweg über dasjenige Grundstück zu führen, über das der Eigentümer vor der Veräußerung von dem nunmehr abgetrennten Grundstück zu dem öffentlichen Weg gelangen konnte (OLG 26, 32). Den Fall der Veräußerung eines von mehreren gemeinschaftlich bebauten Grundstücken desselben Eigentümers und den Einfluß dieser Veräußerung auf das Notwegrecht behandelt § 917 A 3 a. E.

§ 919

1) Der Eigentümer 2) eines Grundstücks 3) kann von dem Eigentümer 4) eines Nachbargrundstücks verlangen 5), daß dieser zur Errichtung fester Grenzzeichen 6) und, wenn ein Grenzzeichen verrückt oder unkenntlich geworden ist, zur Wiederherstellung mitwirkt 5).

Die Art der Abmarkung und das Verfahren 7) bestimmen sich nach den Landesgesetzen 8); enthalten diese keine Vorschriften, so entscheidet die Ortsüblichkeit.

Die Kosten der Abmarkung sind von den Beteiligten zu gleichen Teilen zu tragen, sofern nicht aus einem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse sich ein anderes ergibt 9).

EG I 851 II 832; M 3 268 ff.; P 3 125 f.

1. **Grenzabmarkung.** § 919 hat zur Voraussetzung, daß die Grenze unter den Nachbarn nicht streitig ist, daß aber feste Grenzzeichen entweder überhaupt nicht vorhanden oder unkenntlich oder verrückt worden sind (RGSt 41, 96). Ist die Grenze streitig, so greift der vom Grenzabmarkungsanspruch verschiedene Grenzscheidungsanspruch aus § 920 Platz.

2. Dem **Eigentümer** stehen gleich die Erbbauberechtigten (W v. 15. 1. 1919 § 11) und die in Artt 63, 68 EG aufgeführten Nutzungsberechtigten, aber nicht andere Berechtigte am Grundstück (z. B. Nießbraucher, Dienstbarkeitsberechtigte, Hypothekengläubiger). Denn es handelt sich um einen Anspruch aus dem Eigentum (RG 56, 59). Befindet sich das Grundstück im Miteigentum mehrerer, so kann nach § 1011 jeder von ihnen den Anspruch erheben.

3. Gleichviel, ob ländliches oder städtisches Grundstück. Jedoch nicht ein Gebäude mit Grenz- wänden, die eine Grenzabmarkung unnötig machen (RG 44, 171).

4. Außer vom **Eigentümer** auch von Erbbauberechtigten und den in Artt 63, 68 EG aufgeführten Berechtigten am Nachbargrundstück. Miteigentümer müssen gemeinsam verklagt werden (RG JW 1906, 233¹⁹).

5. Das **Verlangen** der Abmarkung kann bei Zustimmung aller Beteiligten im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit in dem durch die Landesgesetze geordneten Verfahren (vgl. für Preußen §§ 362—371 ALM I 17; Art 89 Nr 1 AG. BGB; Art 31 PrVG) zur Durchführung gebracht werden (RGSt 41, 97; OLG 15, 352). Erhebt der Grenznachbar Widerspruch gegen die Abmarkung, so gewährt § 919 Abs 1 gegen ihn die Klage auf Mitwirkung bei der Grenzabmarkung (RGSt 41, 97). Der Abs 2 läßt in dieser Hinsicht eine Änderung des Reichsrechts durch die Landesgesetze nicht zu; er bezieht sich nur auf das Verfahren bei der Abmarkung, nicht auf das prozessuale Verfahren. Die Klage ist im dinglichen Gerichtsstande (§ 24 ZPO)

gemäß § 13 BGB vor den ordentlichen Gerichten zu erheben, sofern nicht landesgesetzlich Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte für zuständig erklärt sind (vgl. für Bayern Artt 19, 30 des Abmarkungsgef. v. 30. 6. 1900; Art 156 AG. BGB). Der Klageantrag ist zu richten auf Verurteilung des Beklagten zur **Mitwirkung bei der Errichtung oder Wiederherstellung der Grenzzeichen** und zur Ertragung der Hälfte der Abmarkungskosten. Mit dieser Klage kann auch eine Grenzscheidungsklage aus § 920 verbunden werden (RGSt 41, 97). Der Anspruch auf Abmarkung ist dinglicher Natur und nach § 924 unverjährbar. Ein Verzicht auf ihn hat keine Wirkung gegenüber Dritten, weil dingliche Belastungen nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen zulässig sind, ein dinglich wirkender Verzicht aber eine solche Belastung enthielte (M 3, 270; Prot 3, 126). Zwischen den Beteiligten (schuldrechtlich) ist der Verzicht aber wirksam (Prot 3, 126).

6. **Feste Grenzzeichen** sind solche, die in der Zukunft dauernd geeignet bleiben, die durch die Nachbar erfolgte Anerkennung des Grenzzuges zu beweisen (M 3, 269) und die Grenze äußerlich sichtbar zu machen. Vgl. über den Begriff der Grenzzeichen im Sinne des § 274 Nr 2 StGB: RGSt 6, 49; 10, 47; 23, 257; 41, 94; 56, 193; OLG 15, 353.

7. Die Art der Abmarkung und das Verfahren, aber auch nur sie bestimmen sich nach den Landesgesetzen, nicht z. B. das Verfahren des Abmarkungsprozesses (A 5). Ist der Nachbar zur Mitwirkung bei der Abmarkung verurteilt (A 5), so kann seine Mitwirkung gemäß § 888 ZPO erzwungen werden. Die Rechte Dritter (ausgenommen die in A 2, 4 bezeichneten) an dem einen oder dem andern Grundstück (z. B. eines Nießbrauchers), die nicht hinzugezogen worden sind, werden weder durch ein Urteil auf Mitwirkung gegen den Nachbar noch durch die Abmarkung selbst berührt (M 3, 270; OLG 15, 351).

8. **Landesgesetzliche Vorschriften** in dieser Hinsicht enthalten z. B. für Preußen: AG. BGB Art 89 Nr 1; ALR I 17 §§ 362—371 (A 5); für Bayern: Abmarkungsgef. v. 30. 6. 1900.

9. Die **Kosten der Abmarkung**, nicht auch die Kosten des etwa entstehenden Abmarkungsprozesses (wofür die §§ 91 ff. ZPO gelten), sind regelmäßig **von den beiden Grenzpartnern je zur Hälfte zu tragen**, da sich die Abmarkung als ein gemeinschaftliches Geschäft darstellt. Umfaßt das Abmarkungsverfahren mehr als zwei Grundstücke, so trägt jeder Beteiligte nur die Hälfte der auf seine Grenze entfallenden Kosten (Prot 3, 126). Ist ein Grenzzeichen durch Schuld eines Beteiligten beseitigt, verrückt oder unkenntlich geworden, so kann sich daraus (nach § 823 Abs 2 BGB; § 274 Nr 2 StGB) die Verpflichtung ergeben, die Kosten ganz zu tragen (M 3, 269). Hat ein Beteiligter mehr als die auf ihn fallenden Kosten bezahlt, so hat er einen Erstattungsanspruch.

§ 920

1) **Läßt sich im Falle einer Grenzverwirrung** 2) **die richtige Grenze nicht ermitteln**, so ist für die Abgrenzung der Besitzstand maßgebend 3). Kann der Besitzstand nicht festgestellt werden, so ist jedem der Grundstücke ein gleich großes Stück der streitigen Fläche zuzuteilen 4).

Soweit eine diesen Vorschriften entsprechende Bestimmung der Grenze zu einem Ergebnisse führt, das mit den ermittelten Umständen, insbesondere mit der feststehenden Größe der Grundstücke, nicht übereinstimmt, ist die Grenze so zu ziehen, wie es unter Berücksichtigung dieser Umstände der Billigkeit entspricht 5).

© I 852 II 833; M 3 270 ff.; P 3 126 f.

1. Der **Grenzscheidungsanspruch** aus § 920 setzt im Gegensatz zum Abmarkungsanspruch aus § 919 voraus, daß Streit über den Lauf der Grenze zwischen Nachbargrundstücken besteht (M 3, 270). Jeder der beiden Nachbarn kann gegen den andern im dinglichen Gerichtsstande (§ 24 ZPO) auf Ermittlung der Grenze klagen. Diese Klage ergänzt hinsichtlich der Grenzflächen von Grundstücken den durch die §§ 985, 1004 gewährten Eigentumschutz (M 3, 270). Will der Eigentümer eine streitige Fläche auf der Grenze bis zu einer bestimmten Linie für sich in Anspruch nehmen und glaubt er sein Eigentum nachweisen zu können, so hat er die Eigentumsklage auf Herausgabe der Fläche (§ 985) oder die Eigentumsfreiheitsklage (§ 1004) zu erheben oder auch (z. B. wenn er selbst im Besitz des Streitstücks ist) auf Feststellung seines Eigentums zu klagen, wobei er eine bestimmte Behauptung aufstellen und einen entsprechenden Antrag stellen muß (M 3, 271; RG Barn 1921 Nr 10). Ist der Lauf der Grenze aber so verdunkelt, daß von keinem Streitteil die richtige Grenze nachgewiesen werden kann, so ist die Klage aus § 920 gegeben. Hierbei braucht der Klageantrag nicht auf Feststellung einer bestimmten Grenze gerichtet zu sein. Viel-

mehr genügt ein Antrag dahin, den Lauf der Grenze richterlich festzusetzen. Ein solcher Antrag ist mit Rücksicht auf den Klagegrund der Grenzverdrängung ein bestimmter Antrag im Sinne des § 253 Nr 2 ZPO (str.). Ist aber in dem Antrag eine bestimmte Grenze angegeben, so darf der Richter gemäß § 308 ZPO nicht darüber hinaus erkennen. Hat der Kläger mit einem solchen Antrag nach der Feststellung des Richters zubielt verlangt, so ist er insoweit mit der Klage abzuweisen (str.). Die Klage führt aber nicht zu einem doppelseitigen Rechtsstreit in dem Sinne, daß der Kläger verurteilt werden könnte (str.). Mit der Klage kann auch ein Eigentumsanspruch auf Herausgabe und Ersatz von Früchten (§§ 985 ff.) sowie ein Abmarungsanspruch (§ 919) verbunden werden (§ 919 A 5). Zur Grenzermittlungsklage aktiv und passiv legitimiert sind nur die Eigentümer der Nachbargrundstücke, da ein Anspruch aus dem Eigentum, gerichtet auf Feststellung des Umfangs des Eigentums, geltend gemacht wird (str.; RG 56, 60; SM 1932 Nr 1129). Im Falle des Miteigentums kann nach § 1011 auch ein einzelner Miteigentümer klagen, während als Beklagte sämtliche Miteigentümer belangt werden müssen. Besteht Streit darüber, ob das Recht eines andern Berechtigten am Grundstück (z. B. eines Erbbauberechtigten, Nießbrauchers, Dienstbarkeitsberechtigten: VD v. 15. 1. 1919, §§ 1027, 1065, 1090 Abs 2) sich räumlich auf eine Grenzfläche erstreckt, so sind, wenn Grenzverwirrung vorliegt, in einem Prozesse unter den Beteiligten über den Umfang des Rechts die Grundsätze des § 920 entsprechend anzuwenden (M 3, 273). Um eine eigentliche Grenzermittlungsklage handelt es sich dabei aber nicht; vielmehr bildet die richterliche Grenzermittlung nur einen Entscheidungsgrund des Urteils (str.); dieses Urteil hat keine Wirkung gegenüber dem Eigentümer (§ 325 ZPO). Andererseits wirkt das Urteil im Grenzermittlungsprozeß nicht gegenüber den anderen nicht zugezogenen Realberechtigten. Denn es schafft nicht eine allgemein anzuerkennende neue Grenze, sondern stellt nur fest, welche Grenze im Verhältnis zwischen den beteiligten Eigentümern als die richtige zu gelten hat (str.; RG JW 1906, 302⁷). Das ergehende Urteil steht einem Feststellungsurteil gleich. Deshalb findet eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil nicht statt (SeuffA 47 Nr 302). Jedoch kann nach Maßgabe des Urteils Abmarung (§ 919) verlangt werden. Ferner kann auf Grund des Urteils die etwa erforderliche Berichtigung des Grundbuchs (wenn z. B. der grundbuchmäßige Bestand der Grundstücke von der ermittelten Grenze abweicht) gemäß § 22 GBD erfolgen, ohne daß es einer Auflassung bedarf (DVG 20, 405). — Der Anspruch aus § 920 ist unverjährbar (§ 924). — Wenn die Nachbarn in Ungewißheit über den Grenzzug diesen durch Vertrag festsetzen, so handelt es sich nicht um die Übernahme einer Verpflichtung zur Eigentumsübertragung. Vielmehr wird nur die Ungewißheit gelöst, indem die Vertragsparteien es so angesehen wissen wollen, als sei nunmehr die bisher ungewisse Grenze ebenso richtig ermittelt wie durch ein Urteil im Grenzermittlungsprozeß. Daher bedarf ein solcher Vertrag nicht der Form des § 313, es sei denn, daß die Vertragsparteien sich gegenseitig zur Übertragung von Grundstücksanteilen (ausdrücklich) verpflichten (RG JW 1906, 302⁷).

2. Grenzverwirrung liegt vor, wenn keine Grenzzeichen vorhanden sind und auch sonst der Grenzzug sich nicht ermitteln läßt. Der Kläger muß dies, wenn er auf Grenzermittlung klagt, zur Begründung der Klage behaupten und notfalls beweisen.

3. Das Gesetz erklärt für die Abgrenzung den Besitzstand als maßgebend und stellt damit in erster Linie die Vermutung auf, daß, wenn die richtige Grenze nicht zu ermitteln ist, das Eigentum so weit reicht wie der Besitzstand. Hierauf kann sich der Kläger berufen. Er muß den von ihm behaupteten Besitzstand beweisen. Gelingt dieser Beweis, so ist nach Maßgabe des Besitzstandes die Grenze im Urteil festzusetzen, wenn nicht der Beklagte den Gegenbeweis führt, daß die richtige Grenze in Wirklichkeit anders verläuft. Erweist sich der gegenwärtige Besitz des Klägers als ein fehlerhafter (§ 858), so ist die Vermutung zu seinen Gunsten widerlegt. Dann ist der frühere Besitzstand des aus seinem Besitz unrechtmäßig verdrängten Gegners maßgebend (M 3, 271). Andererseits kann der Kläger, der aus dem Besitz unrechtmäßig (durch verbotene Eigenmacht) verdrängt ist, sich auf seinen früheren Besitz berufen, und zwar ohne zuvor die Besitzstörungsklage (§ 861) anstellen zu müssen (M 3, 272).

4. Soweit der Besitzstand nicht festgestellt werden kann, wird nach der vom Gesetz aufgestellten zweiten Vermutung für den Eigentumsumfang die bis zur erwiesenen Besitzgrenze als streitig übrigbleibende Fläche ohne Rücksicht auf die Größe der beiden Grundstücke in zwei gleiche Teile geteilt.

5. Der Grundsatz, daß die Grenzfeststellung nach Maßgabe der in A 3, 4 dargelegten Vermutungen zu erfolgen hat, erfährt in Abs 2 durch den Grundsatz der Billigkeit eine Einschränkung dahin, daß das Ergebnis nicht der Billigkeit widersprechen darf. Ist also nach den obwaltenden Umständen das auf Grund des Abs 1 ermittelte Ergebnis unbillig, so ist die Grenze so festzusetzen, wie es der Billigkeit entspricht (RG SeuffA 76, 191). Ist z. B. zwar die richtige Grenze nicht erwiesen, steht aber immerhin fest, daß von zwei um die Grenze streitenden Grundstücken das eine 100, das andere 200 qm groß ist, so muß die Bestimmung der Grenze so erfolgen, daß jeder Nachbar ein Grundstück von dem ihm unzweifelhaft zustehenden Flächeninhalt erhält (Prot 3, 126).

§ 921

Werden zwei Grundstücke ¹⁾ durch einen Zwischenraum ²⁾, Rain, Winkel, einen Graben, eine Mauer, Hecke, Planke oder eine andere Einrichtung, die zum Vorteile beider Grundstücke dient, voneinander geschieden ³⁾, so wird vermutet ⁴⁾, daß die Eigentümer der Grundstücke ⁵⁾ zur Benutzung der Einrichtung gemeinschaftlich berechtigt seien ⁶⁾, sofern nicht äußere Merkmale darauf hinweisen ⁷⁾, daß die Einrichtung einem der Nachbarn allein gehört ⁸⁾.

§ 1 854 Abs 1 II 884; R 3 274—277; P 3 129—131.

1. Das BGB geht davon aus, daß unmittelbar angrenzende Nachbargrundstücke nur durch eine mathematische Linie voneinander getrennt sind, daß also keine Fläche dazwischen liegt und das Eigentum an den Grundstücken und den damit verbundenen Bestandteilen (§§ 93ff., 946) sich beiderseits bis zu der Linie erstreckt (R 3, 274; RG 53, 311; 65, 363; Gruch 45, 1018). Befindet sich daher auf der Grenze eine Anlage (z. B. ein Gebäude, eine Mauer), die von der Grenzlinie durchschnitten wird, so steht jedem Nachbar das Eigentum an dem Teil auf seiner Seite bis zur Grenzlinie zu (RG 70, 201; Warn 1924 Nr 98; DLG 18, 139; 29, 340), sofern nicht bei einem Grundstück § 95 Abs 1 Satz 2 oder § 912 Platz greift (RG 65, 363; 72, 272; § 94 A 1). Die Nachbarn sind nicht etwa Miteigentümer der ganzen Anlage nach Bruchteilen (R 3, 274; RG 53, 311; 70, 201; DLG 18, 139). Dies gilt auch dann, wenn die Grundstücke früher in einer Hand waren und dann das eine Grundstück an einen andern veräußert ist (wobei mangels einer entgegengesetzten Vereinbarung der Preis für das Grundstück auch das Entgelt für den Anlageteil umfaßt) oder wenn beide Grundstücke gesondert zwangsversteigert und von verschiedenen Erstherrn erworben sind (RG 65, 363; 70, 201; 72, 272; Warn 1924 Nr 98; DLG 29, 340). Wird die Anlage niedrigergerissen oder sonst beseitigt, so verbleiben die Stücke, die beiderseits innerhalb der Grundstücksgrenzen sich befunden hatten, im Eigentum des Nachbarn, dem das Grundstück gehört. Dagegen werden die untrennbaren Stücke, die durch die Grenzlinie durchschnitten werden, Miteigentum der beiden Nachbarn nach Bruchteilen, entsprechend der früheren räumlichen Erstreckung der Stücke auf das eine und das andere Grundstück. Denn sie unterliegen nach der Trennung vom Boden den für bewegliche Sachen geltenden Rechtsgrundsätzen, und eine Sonderinhabung eines jeden der beiden Grundstückseigentümer daran ist tatsächlich nicht möglich (R 3, 277; RG 70, 201). Nach § 903 ist jeder Nachbar, soweit nicht etwa ein Vertrag entgegensteht, in Ausübung seines Eigentumsrechts berechtigt, die Stücke, die neben der Grenze liegen, bis zur Grenzlinie abzufügen, abzubauen oder sonst niederzureißen und abzutrennen. Dagegen darf er die unmittelbar auf der Grenze stehenden Stücke nicht ohne Einwilligung des Nachbarn als ganze Stücke abtrennen und wegnehmen, da auch dem Nachbar Eigentum daran zusteht und somit die Wegnahme in das Eigentumsrecht des Nachbarn eingreifen würde. Handelt es sich um ein Gebäude, so muß er beim Abbruch aller Stücke nach § 823 BGB, § 367 Nr 14 StGB geeignete Schutzmaßnahmen treffen, durch die der Einsturz des Gebäudeteils des Nachbarn verhindert wird (RG 70, 206). Auf alle diese Eigentumsverhältnisse bezieht sich § 921 aber nicht. Er stellt nur bei gewissen Grenzrichtungen die gesetzliche Vermutung für ein gemeinsames Benutzungsrecht der Nachbarn auf, nicht etwa die Vermutung für ein Miteigentum an der Einrichtung (R 3, 275; RG 53, 307; 70, 203; JW 1911, 366²⁰; Gruch 45, 1018). Die Frage, zu welchem Grundstück eine auf der Grenze errichtete Giebelmauer gehört, die als gemeinschaftliche Giebelmauer der Nachbarn dienen soll, und die Folgen des Anbaus des Nachbarn an die Mauer behandelt § 95 A 5. Das Baurecht nach Preuß. RM bei nicht erweislich feststehender Grenze ist erörtert in JW 1933, 1337².

2. Ein die Nachbargrundstücke scheidender Zwischenraum besteht aus Bestandteilen beider Grundstücke, ist also kein im Miteigentum der beiden Nachbarn stehendes selbständiges Grundstück (SeuffA 62 Nr 207).

3. Unter Einrichtungen sind, wie sich aus den angeführten Beispielen und daraus ergibt, daß sie zwei Grundstücke voneinander scheiden und zum Vorteile beider Grundstücke dienen sollen, nur solche Anlagen zu verstehen, die nach ihrer Gestaltung und Lage die beiden Grundstücke voneinander scheiden und gerade hierdurch, also durch ihre Lage auf der Grenze und durch ihre die Grundstücke scheidende Wirkung, beiden Grundstücken zum Vorteil dienen. Daher sind die Teile eines von der Grenze durchschnittenen Gebäudes keine solche Einrichtungen, da ihre Grenzlage als solche weder für das eine noch für das andere Grundstück von Vorteil ist (RG 70, 204). Ebensovienig gehören hierher gemeinsame Brunnen, Dachrinnen, Dungflätten (str.). Wohl aber fällt unter § 921 ein auf der Grenze errichteter Bau oder eine dort gemachte Anpflanzung mit scheidender Wirkung (Beispiele: Mauer, Hecke), wobei zu der Einrichtung auch der verwendete Grund und Boden gehört (RG Warn 1915 Nr 270). Daraus, daß die Einrichtung zum Vorteil beider Grundstücke dienen und sie beide scheiden soll, ist weiter zu schließen, daß die Grenze

durch die Einrichtung hindurchgehen muß. § 921 findet daher keine Anwendung, wenn sich die Einrichtung neben der Grenze und ausschließlich auf einem der beiden Grundstücke befindet (RG Warn 1911 Nr 243) oder wenn die Einrichtung nur dem Vorteil eines Grundstücks dient.

4. Die **Vermutung** setzt voraus, daß die Grundstücke aneinander grenzen, ihre Grenze durch die Einrichtung geht und diese dadurch, daß sie die Grundstücke voneinander scheidet, zum Vorteil beider Grundstücke dient (A 3). Meist wird bei Grenzeinrichtungen zweifelhaft sein, wie die Grenze läuft. Dann soll nach der aufgestellten Vermutung die scheinbare Grenzeinrichtung für die gemeinschaftliche Benutzung als eine wirkliche gelten (A 3, 276). Die Vermutung wird aber beseitigt durch den Nachweis, daß die ganze Einrichtung einem Nachbar allein gehört, insbesondere auf dem Grundstück des einen Nachbarn steht (RG Warn 1911 Nr 243; 1915 Nr 270; A 3). Auch ohne einen solchen Nachweis genügt zur Entkräftung der Vermutung das Vorliegen äußerer Merkmale (A 7), die darauf hinweisen, daß die Einrichtung einem der Nachbarn allein gehört (RG 70, 203). Ein Recht zur Mitbenutzung der Grenzeinrichtung kann dann von dem andern Nachbarn nur durch Bestellung einer Grunddienstbarkeit erlangt werden.

5. Die **Eigentümer** können ihr Benutzungsrecht gemäß § 96 nicht losgelöst von ihrem Eigentum auf einen Dritten übertragen. Die Realgläubiger der Grundstücke (Nießbraucher, Hypothekengläubiger) können die Mitbenutzung nicht hindern.

6. Nur für das **Recht zur gemeinschaftlichen Benutzung**, nicht für ein Miteigentum streitet die Vermutung (A 1). Der Inhalt des Benutzungsrechts wird im § 922 näher geregelt. Die Berechtigung ist nicht eine gesetzliche Grunddienstbarkeit, die das BGB nicht kennt, sondern eine gesetzliche gegenseitige Beschränkung des Eigentums des einen zugunsten des andern Grundstücks. Sie kann als eine gegenseitige, grunddienstbarkeitsähnliche Belastung bezeichnet werden mit der Maßgabe, daß nur eine gemeinschaftliche Benutzung stattfindet (Prot 3, 130; RG Bruch 45, 1018; Warn 1916 Nr 169). Sie ist aber weder eintragungsbefürhtig noch eintragungsfähig (str.). Wird das Benutzungsrecht durch Vertrag anders (als im § 922) geregelt, so wird darin die Bestellung einer Grunddienstbarkeit liegen, die den allgemeinen Regeln hierfür untersteht (A 3, 277).

7. Die **äußeren Merkmale**, wodurch die Vermutung beseitigt wird (A 4), müssen dem Auge sichtbare Zeichen sein, die nach allgemeiner Anschauung für ein Miteigentum des einen Nachbarn an der ganzen Grenzeinrichtung sprechen. Beispielsfall: die Pfosten eines Grenzzauns stehen nur auf einer Seite.

8. Die §§ 921, 922 finden auch auf Einrichtungen Anwendung, die schon vor dem **Inkrafttreten des BGB** bestanden (Art 173, 181 GG; RG 53, 307). Eine Grenzmauer, die bis dahin nach dem bisherigen Recht im Miteigentum der Nachbarn stand, gehört also seit dem 1. 1. 1900 dem Nachbarn nicht mehr gemeinschaftlich. Sie haben nur das in §§ 921, 922 geregelte Benutzungsrecht. Hat z. B. im Gebiet des PrALR ein Nachbar auf einer Grenzmauer einen Aufbau errichtet, so kann der andere nicht mehr ohne weiteres die Zurückziehung bis zur Mitte verlangen (§ 135 PrALR I 8), sondern hat einen Beseitigungsanspruch nur insoweit, als sein Mitbenutzungsrecht durch den Aufbau beeinträchtigt wird (RG 53, 307). Die auf Grund des Art 124 GG neben dem BGB geltenden **landesgesetzlichen** Vorschriften über Kommunalmauern und Scheidewauern bilden den Gegenstand der Entscheidungen in RG 55, 335; 58, 384; 63, 6; JW 1908, 287⁸¹; 1933, 1337²; Warn 1915 Nr 225, 270; OLG 18, 130; 34 S. 190, 191 (dazu § 95 A 5). Unberührt bleiben nach Art 111 GG die landesgesetzlichen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränken. In Preußen kommen namentlich Vorschriften der Baupolizeiordnungen in Betracht. Nach ihnen sind daher die Rechtsverhältnisse einer Scheidewauer in erster Linie zu beurteilen (RG V 326/04).

§ 922

Sind die Nachbarn zur Benutzung¹⁾ einer der im § 921 bezeichneten Einrichtungen gemeinschaftlich berechtigt, so kann jeder sie zu dem Zwecke, der sich aus ihrer Beschaffenheit ergibt²⁾, insoweit benutzen, als nicht die Mitbenutzung des anderen beeinträchtigt wird³⁾. Die Unterhaltungskosten sind von den Nachbarn zu gleichen Teilen zu tragen⁴⁾. Solange einer der Nachbarn an dem Fortbestande der Einrichtung ein Interesse hat, darf sie nicht ohne seine Zustimmung beseitigt oder geändert werden⁵⁾. Im übrigen bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen den Nachbarn nach den Vorschriften über die Gemeinschaft⁶⁾.

§ I 854 Abs 2 II 835; M 3 276 f.; B 3 131 f.

1. § 922 bestimmt in Ergänzung des § 921 näher das Recht zur gemeinschaftlichen Benutzung der Grenzeinrichtungen. Besteht an einer Giebelmauer, die den Nachbarn je

zur Hälfte gehört, eine gemeinschaftliche Benutzungsberechtigung nicht, so liegt in einer Benutzung über die Hälfte hinaus ein unbefugter Eingriff in das Eigentum des Nachbarn (RG Warn 1911 Nr 243).

2. Nach der **Beschaffenheit der Einrichtung**, also insbesondere nach den äußeren Kennzeichen ihres Zwecks (RG Bruch 52, 1061), bestimmt sich in erster Linie (A 3) Inhalt und Umfang des Nutzungsrechts. Beide Nachbarn können z. B. benutzen: einen Zwischenraum zur Aufstellung von Ragerüsten bei Ausbesserungen; einen Grenzrain zum Umwenden des Pfluges; einen Grenzgraben zur Abführung oder Entnahme von Wasser; eine Grenzmauer zur Gebäudehaltung, Anlegung von Schornsteinen, auch zur Erhöhung und Verstärkung.

3. In zweiter Linie (A 2) bestimmt sich der Umfang des Rechts zur Benutzung danach, daß sie **nicht eine Beeinträchtigung des Mitbenutzungsrechts des andern Nachbarn** zur Folge haben darf. Daher darf z. B. nur ohne solche Beeinträchtigung in einen Grenzgraben Wasser durch künstliche Leitungen geleitet (RG Bruch 47, 1066), in einer Mauer eine Nische angelegt (DVG 4, 294), in eine Mauer Treppentufen eingefügt (RG Warn 1911 Nr 243), ein Aufbau auf einer Brandmauer über den dem Bauenden gehörigen Teil hinaus errichtet werden (RG Bruch 52, 1061, auch RG 53, 312). Jeder Übergriff des einen Teils — insbesondere eine Beseitigung oder Änderung der Einrichtung, die er ohne Zustimmung des andern an ihrem Fortbestand interessierten Teils vornimmt, oder eine Benutzung der Einrichtung zu einem Zweck, der sich nicht aus ihrer Beschaffenheit ergibt, oder eine Benutzung, welche die Mitbenutzung des andern Teils beeinträchtigt, — gewährt dem andern Teil kraft seines Eigentums an dem zu seinem Grundstück gehörigen Stück der Einrichtung (§ 921 A 1) oder kraft seines dienstherrlichen Rechts an dem übrigen Stück der Einrichtung (§ 921 A 6) nach §§ 1004, 1027 einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung und, wenn eine weitere Beeinträchtigung zu beforgen ist, einen Anspruch auf Unterlassung (R 3, 277; RG Warn 1916 Nr 169) oder auch einen Anspruch auf Vornahme von Vorkehrungen, welche die Beeinträchtigung beseitigen (RG Warn 1911 Nr 243). Das Nutzungsrecht ist aber wegen des Mitbenutzungsrechts des andern Nachbarn nicht etwa stets nur auf die Hälfte der Einrichtung oder auf die eine Seite beschränkt. Vielmehr beschränkt § 922 es nur nach der Richtung, daß durch die Benutzung nicht die Mitbenutzung des Nachbarn beeinträchtigt werden darf; an sich umfaßt es daher die ganze Einrichtung (z. B. eine Grenzmauer in ihrer ganzen Dicke: RG 53, 312; Warn 1911 Nr 243). Deshalb darf z. B. der eine Berechtigte in eine Giebelmauer, an der ein gemeinschaftliches Nutzungsrecht besteht, auch über die Mittellinie hinaus Treppentufen einfügen, es sei denn, daß dadurch die Mitbenutzung des Nachbarn beeinträchtigt wird (RG Warn 1911 Nr 243). Ferner beziehen sich die Beschränkungen des Nutzungsrechts aus § 922 nur auf die Grenzrichtung selbst, erstrecken sich aber nicht auf das anstoßende Grundeigentum der Nachbarn (RG Warn 1916 Nr 169). Daher gewährt eine Maßnahme, die ein Nachbar auf seinem Grundstück zwar an der Grenze trifft, die aber auf die Benutzung der Grenzrichtung nicht einwirkt (z. B. eine Mauererhöhung an einem Zwischenraum), dem andern Nachbar keinen Abwehranspruch, sofern nicht ein solcher nach anderen gesetzlichen Vorschriften (z. B. landesrechtlichen Eigentumsbeschränkungen) oder auf Grund eines besondern Rechtstitels gegeben ist (RG Warn 1916 Nr 169).

4. Die **Unterhaltungskosten** sind ohne Rücksicht auf die Benutzungsweise stets (nicht wie nach §§ 742, 748 nur im Zweifel) **zu gleichen Teilen** zu tragen. Dasselbe gilt nach Satz 4 und § 748 auch für die Lasten und die Kosten der Verwaltung und gemeinschaftlichen Benutzung. Im Falle schuldhafter Beschädigung können jedoch die Ausbesserungskosten nach § 823 einem Teil allein zur Last fallen.

5. Das **Interesse** auch nur eines Nachbarn **an dem Fortbestande** hindert die Beseitigung oder Änderung der Einrichtung ohne seine Zustimmung. Dieses Interesse braucht kein vermögensrechtliches zu sein. Stimmt aber ein Nachbar trotz mangelnden Interesses nicht zu, so kann der andere gegen ihn auf Einwilligung in die Beseitigung oder Änderung klagen. Andererseits hat der interessierte Nachbar auf Grund seines Eigentums (§ 1004) einen Anspruch auf Wiederherstellung des ohne seine Zustimmung beseitigten oder geänderten Zustandes (R 3, 277). Im Falle einer Gemeinmauer besteht kein Recht darauf, daß der Nachbar es unterläßt, durch Abbruch seines Hauses die Mauer den Einflüssen der Witterung auszusetzen (DVG 26, 32).

6. Von den **Vorschriften über die Gemeinschaft** (§§ 742ff.), die neben den Sondervorschriften des § 922 Satz 1 bis 3 auf das gemeinschaftliche Nutzungsrecht anzuwenden sind, kommen besonders in Betracht: § 743 Abs 1 (Recht auf die Früchte, z. B. auf die Grasnutzung eines Grenzrains) und §§ 744, 745, 746 (Regelung der Verwaltung und Benutzung; insbesondere durch Vertrag, der zwar für und gegen die Sondernachfolger, aber im übrigen doch nur schuldrechtlich wirkt, es sei denn, daß gemäß § 1010 Abs 1 Eintragung erfolgt). § 747 Satz 1 (Befugnis jedes Teilhhabers zur Verfügung über seinen Anteil) findet keine Anwendung, da das Nutzungsrecht mit dem Eigentum derart verbunden ist, daß eine Sonderveräußerung ausgeschlossen ist (§ 921 A 6). Die Anwendung der §§ 749ff. (Aufhebung der Gemeinschaft) wird durch § 922 Satz 3 ausgeschlossen (A 5). Wegen des § 748 vgl. A 4.

§ 923

Steht auf der Grenze ¹⁾ ein Baum ²⁾, so gebühren die Früchte und, wenn der Baum gefällt wird, auch der Baum den Nachbarn zu gleichen Teilen ³⁾.

Jeder der Nachbarn kann die Beseitigung des Baumes verlangen ⁴⁾. Die Kosten der Beseitigung fallen den Nachbarn zu gleichen Teilen zur Last. Der Nachbar, der die Beseitigung verlangt, hat jedoch die Kosten allein zu tragen, wenn der andere auf sein Recht an dem Baume verzichtet; er erwirbt in diesem Falle mit der Trennung das Alleineigentum ⁵⁾. Der Anspruch auf die Beseitigung ist ausgeschlossen, wenn der Baum als Grenzzeichen dient und den Umständen nach nicht durch ein anderes zweckmäßiges Grenzzeichen ersetzt werden kann ⁶⁾.

Diese Vorschriften gelten auch für einen auf der Grenze stehenden Strauch ^{7) 8)}.

§ 1 855 II 836; III 3 277 ff.; § 3 132 f.

1. Die Grenze zwischen zwei Grundstücken ist eine mathematische Linie. Durchschneidet sie Gebäude oder andere Bestandteile (§§ 93 ff., 946) der Grundstücke, so gehört jedem Nachbar das Stück, das auf seinem Grund und Boden steht, zum Alleineigentum; ein Miteigentum besteht also daran nicht (III 3, 274; RG 53, 311; 70, 201). Wird aber ein solcher Bestandteil beider Grundstücke (z. B. ein Stein, der zu beiden Seiten der Grenze liegt, oder die Teile eines Gebäudes auf der Grenze) von den Grundstücken getrennt, so werden regelmäßig die Grundstückseigentümer Miteigentümer dieses Gegenstandes. Der einem jeden zukommende Bruchteil entspricht der früheren räumlichen Erstreckung des Bestandteils über die Grenze (§ 921 A 1). Von diesen Grundstücken des BGB gibt nun aber § 923 Ausnahmen für den Grenzbaum und den Grenzstrauch. Grund der Ausnahmebestimmungen ist die organische Natur des Baums, die es mit sich bringt, daß die Zerstörung auf der einen Seite den Verfall des Baums auf der andern Seite herbeiführt (III 3, 278).

2. Ein Baum ist nur dann ein **Grenzbaum**, wenn er da, wo er aus der Erde tritt, von der Grenze durchschnitten wird. Ein Baum, dessen Wurzeln zwar auf ein Nachbargrundstück hinüberreichen, dessen Stamm aber nur auf dem einen Grundstück steht, ist kein Grenzbaum. Er gehört vielmehr als wesentlicher Bestandteil (§§ 94, 946) allein dem Eigentümer des Grund und Bodens, aus dem der Stamm emporsteigt. § 910 regelt die Frage, inwieweit der Nachbar von einem solchen Baum Wurzeln und Zweige abschneiden darf.

3. Solange der Grenzbaum steht, gehört jedem Nachbar das Stück bis zum Grenzlinien-durchschnitt. Nach der Fällung entsteht Miteigentum an dem durch die Trennung zur beweglichen Sache gewordenen Baum (III 3, 278). Insofern besteht keine Ausnahme von den in § 921 A 1 und in A 1 hier dargelegten Grundregeln. Dagegen gehören die Früchte und der Baum selbst, wenn er gefällt oder sonst (z. B. durch Sturm) vom Boden getrennt wird, den Nachbarn zu gleichen Teilen ohne Rücksicht auf die räumliche Erstreckung des Baumes über die Grenze. Die Teilung erfolgt nach §§ 752 ff. Der anteilsberechtignte Nachbar braucht nicht notwendig Eigentümer zu sein. Auch der Nutzungsberechtigte (z. B. der Mißbraucher) hat (und zwar unter Ausschluß des Eigentümers) ein Anteilsrecht auf die Früchte und, da der Baum eine Frucht des Grundstücks ist, gemäß § 954 auch auf die getrennten Stücke des Baums (III 3, 279). Zu den Früchten (§ 99) gehört hier (anders als im § 911: dort A 1) auch das dürre Holz des Baums.

4. Der nach § 924 unverjährbare Anspruch auf Beseitigung kann regelmäßig (Ausnahmefall im Abs 2 Satz 4) jederzeit ohne eine weitere Voraussetzung geltend gemacht werden, weil die unter den Nachbarn bestehende Gemeinschaft nicht von einem dauernden Zweck getragen wird (III 3, 278). Jedoch darf das Fällen des Baums nicht eigenmächtig erfolgen, also nicht ohne Zustimmung des andern Nachbarns. Dieser ist aber zu ihrer Erteilung verpflichtet. Nötigenfalls muß seine Verurteilung herbeigeführt werden.

5. Der Verzicht auf die Rechte an dem Baum hat zur Folge, daß die Kosten der Beseitigung nicht von den beiden Nachbarn zu gleichen Teilen, sondern von dem die Trennung verlangenden Nachbar allein zu tragen sind. Der Verzicht ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie kann, wenn der Erklärende nicht schon in anderer Weise gebunden ist, auch nach der Trennung des Baums abgegeben werden. In diesem Falle ist von der Trennung bis zur Erklärung des Verzichts das Alleineigentum in der Schwebe. Mit der Erklärung steht fest, daß der Baum bereits seit der Trennung im Alleineigentum des Nachbarn stand.

6. Wer auf Beseitigung des Baums klagt, muß beweisen, daß der Baum auf der Grenze steht. Dem Gegner liegt, wenn er der Beseitigung widerspricht, der Beweis ob, daß der Baum als Grenzzeichen dient. Damit hat er gemäß § 919 Abs 1 sein Recht, die Beseitigung zu verbieten, hinlänglich dargetan. Dieses Ergebnis kann aber bei der Beseitigung Verlangende wiederum durch den Beweis entkräften, daß der Baum durch ein anderes zweckmäßiges Grenz-

zeichen ersetzt werden kann. Ein Ersatz kann z. B. nicht möglich sein in gewissen der Überschwemmung besonders ausgesetzten Gebieten (Prot 3, 133).

7. Dem Baume stehen nicht bloß **Sträucher**, sondern in entsprechender Anwendung auch kleinere Pflanzen gleich.

8. Unberührt bleiben nach Art 122 GG die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Rechte des Eigentümers eines Grundstücks in Ansehung der auf der Grenze stehenden Obstbäume (nicht der Obststräucher) abweichend von den Vorschriften des § 923 Abs 2 regeln. Art 183 GG enthält eine Übergangsvorschrift für die landesgesetzlichen Vorschriften zugunsten der Bäume und Sträucher auf Waldgrundstücken.

§ 924

Die Ansprüche, die sich aus den §§ 907 bis 909, 915, dem § 917 Abs 1, dem § 918 Abs 2, den §§ 919, 920 und dem § 923 Abs 2 ergeben, unterliegen nicht der Verjährung¹⁾.

§ I 853 II 837; W 3 273 ff.; B 3 127 ff., 156 ff.; 6 231 f.

1. **Unverjährbarkeit.** In den Fällen der §§ 919, 920 handelt es sich um Ansprüche aus absoluten Rechten, die auf die Herstellung eines Zustandes gerichtet sind, der nicht bloß durch das Interesse des Anspruchsberechtigten, sondern auch durch ein öffentliches Interesse verlangt wird (W 3, 273; Prot 3, 128). In allen übrigen Fällen ist der Grund für die Unverjährbarkeit die fortwährende Neuentstehung des Anspruchs. § 916 ist nicht angezogen, weil es sich dort nicht um einen Anspruch, sondern um ein Recht handelt (Prot 6, 231). Im übrigen kann auf die Anmerkungen zu den angezogenen Paragraphen verwiesen werden.

Zweiter Titel

Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken¹⁾

§ 925

Die zur Übertragung²⁾ des Eigentums³⁾ an einem Grundstücke⁴⁾ nach § 873 erforderliche⁵⁾ Einigung⁶⁾ des Veräußerers⁷⁾ und des Erwerbers⁸⁾ (Auflassung)⁹⁾ muß bei gleichzeitiger Anwesenheit¹⁰⁾ beider Teile¹¹⁾ vor dem Grundbuchamt¹²⁾ erklärt werden¹³⁾.

Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam¹⁴⁾.

§ I 868, 871 f. II 838; W 3 312 ff., 318 ff.; B 3 108 ff., 181 f.; 5 436 f., 444.

1. In diesem Titel werden nur drei Arten des Erwerbs und des Verlustes des Eigentums an Grundstücken behandelt: die rechtsgeschäftliche Übertragung (§ 925 nebst § 926: Zubehör), die Aneignung nach Aufgebot (§ 927) und die Aneignung herrenloser Grundstücke (§ 928). In diesen Fällen ist **Erfordernis** des Eigentumserwerbs die **Eintragung** der Rechtsänderung in das Grundbuch (§ 873). Dazu tritt der Eigentumserwerb kraft Erbsitzung durch den als Eigentümer eingetragenen Nichteigentümer (§ 900). Von gesetzlichen Erwerbarten, die beim Grundeigentum in Betracht kommen, enthält das BGB nur zwei Fälle: den Erwerb durch eheliche Gütergemeinschaft (§§ 1438 Abs 2, 1485 Abs 3, 1519 Abs 2) und den Erwerb durch Erbfolge (§ 1922). In diesen Fällen vollzieht sich der Erwerb des Eigentums an den Grundstücken **ohne Eintragung** außerhalb des Grundbuchs. Hinzu treten hier die dem Erbanfall gleichstehenden Fälle des Erwerbs von Vermögen aufgelöster Vereine und Stiftungen durch den Fiskus (§§ 45 ff., 88). Außerhalb des BGB gibt es sonst noch Fälle, in denen nach Reichsrecht oder nach Landesrecht ein Eigentumserwerb ohne Eintragung erfolgt oder besondere Vorschriften für den Eigentumserwerb an Grundstücken gelten. Daneben ist in einzelnen Fällen die entsprechende Anwendung des Gegenstandsrechts des BGB landesgesetzlich vorgeschrieben. Von **Reichsgesetzen** ist hier in erster Reihe zu erwähnen das **Reichserbhofgesetz** v. 29. 9. 1933. Danach kann unter näher bestimmten Voraussetzungen das Anerbengericht das Eigentum an einem Erbhof (Vorwort 1 vor § 873) auf eine bauernfähige Person übertragen. Der Eigentumsübergang vollzieht sich mit der **Rechtskraft** des Übertragungsbeschlusses. Das Grundbuchamt wird um die Eintragung des neuen Eigentümers von **Amte** wegen ersucht (§ 15 Abs 3, 4 RErbhG; zur Ergänzung dienen die §§ 73 ff. ErbVerfD, die mannigfache Maßnahmen des Anerbengerichts gegen einen schlecht wirtschaftenden oder bauernunfähigen Erbhofeigentümer vorsehen). Stirbt der Bauer, so bildet der Erbhof einen besonderen Teil der Erbschaft und geht kraft Gesetzes ungeteilt auf den Anerben

über (§ 19 ErbHG). Ferner gehören z. B. hierher: § 253 AktG (früher § 304 HGB: Verstaatlichung einer Aktiengesellschaft unter Ausschluß der Abwicklung; entsprechend anzuwenden auf die Verschmelzung eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit nach VerUG v. 6. 6. 1931 mit einer öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalt unter Ausschluß der Liquidation: RGZ 47, 121); §§ 233 ff. AktG (früher § 306 HGB: Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften unter Ausschluß der Abwicklung: RGZ 46, 190; A 4; anders bei der Verschmelzung mit Abwicklung gemäß § 255 AktG — früher § 303 HGB: RGZ 46, 194); die §§ 90, 130 ZwG (Erwerb des zwangsversteigerten Grundstücks durch den Ersteher mit dem Zuschlag). An **landesgesetzlichen** Vorschriften über besondere Erwerbsarten und über die Anwendung des Liegenschaftsrechts des BGB kommen namentlich folgende für die Landesgesetzgebung im GG gegebene Vorbehalte noch jetzt in Betracht: Artt 62 (Rentengüter); 64 (Anerbengüter; wegen ihrer Übertragung: DLG 36, 229); 65 (Wasserrecht einschließlich Anlandungen, entstehende Inseln, verlassene Flußbetten; dazu § 903 A 2); 67 (Bergwerkseigentum); 109 (Enteignung; ZZG 1, 391); 112 (Bahneinheiten); 113 (Gemeinschaftsteilungen und Zusammenlegung; den Eigentumserwerb und die Eintragung des Eigentums an den in einem preussischen Auseinandersetzungsverfahren gebildeten sog. Interessentengrundstücken behandeln DLG 29, 312; RGZ 48, 199); 126 (Übergang auf Kommunalverbände oder den Staat). — **Wiz zur Anlegung des Grundbuchs** erfolgten gemäß Art 189 GG der Erwerb und der Verlust des Eigentums an Grundstücken nach den **bisherigen Gesetzen**. Von der Anlegung des Grundbuchs ab gelten gemäß Art 186 Abs 2 GG die Vorschriften des BGB (insbesondere die §§ 873, 925) auch für solche zum Bezirk gehörende Grundstücke, die aus irgendeinem Grunde, sei es absichtlich, sei es versehentlich, noch kein Grundbuchblatt erhalten haben. Dann ist also zur Übertragung des Eigentums an einem noch nicht gebuchten Grundstück des Bezirks die Anlegung eines Grundbuchblattes für den Veräußerer und die Auflassung nebst Eintragung erforderlich (RGZ 29 A 121). Eigenen Regeln folgen bestimmte Grundstücke, die durch besondere Anordnung von der Buchung ausgenommen sind, z. B. die auf Grund des § 3 Abs 2 GBD vom Grundbuchzwang befreiten Grundstücke. Doch bedarf es auch bei diesen Grundstücken zur rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung der Anlegung eines Grundbuchblatts und der Auflassung, wenn die Voraussetzungen der Befreiung vom Buchungszwang aufhören, wenn z. B. eine Stadtgemeinde ihr ungebuchtes Grundstück an einen nicht gleichfalls vom Buchungszwang befreiten Erwerber veräußert. Denn dann finden die Vorschriften des BGB über die Erfordernisse des Eigentumserwerbs Anwendung; insbesondere ist nach § 873 die Eintragung des Eigentumsübergangs in das Grundbuch erforderlich (RGZ 26 A 115; 49, 160; a. M. DLG 18, 195). Sonderfälle für Preußen bilden die Eintragung des Eigentums auf Grund einer Bescheinigung über 44-jährigen Eigenbesitz vor Inkrafttreten des BGB (RGZ 45, 210) und auf Ersuchen der Generalkommission in Auseinandersetzungssachen (RGZ 45, 215). — Ein Eigentumserwerb durch Erfindung findet an Grundstücken (abgesehen von der Bucheritzung des § 900) mit Rücksicht auf die Grundbucheinrichtung **nicht** statt. — Auch Grundstücke, die einem öffentlichen Zwecke dienen, unterliegen insoweit den privatrechtlichen Vorschriften, als nicht die Bestimmung zu dem öffentlichen Zweck ihrer Anwendung entgegensteht (§ 903 A 2). An Begräbnisplätzen kann z. B. in Preußen Privateigentum sowohl für Gemeinden als auch für Privatpersonen bestehen; ihr Erwerb vollzieht sich daher nach den für den Erwerb von Grundeigentum sonst geltenden Vorschriften, also gegebenenfalls gemäß §§ 873, 925 durch Auflassung und Eintragung (RGZ 21 A 297). Dagegen bedurfte es früher zum Erwerb des Privateigentums an Teilen des (verlassenen) Bettes öffentlicher Flüsse nicht der Auflassung, da das im (nicht privatrechtlichen) Eigentum des Staates stehende Strombett nicht den privatrechtlichen Vorschriften über die Eigentumsübertragung an Grundstücken unterlag (RG 80, 123). Der jetzige Rechtszustand nach dem PrWassG v. 7. 4. 1913 ist erörtert in § 903 A 2. Dort ist auch der Eigentumserwerb an Anlandungen behandelt. — Die für den Grundstückserwerb gegebenen Vorschriften finden entsprechende Anwendung auf **die den Grundstücken gleichgestellten Rechte**: das Erbbaurecht, die in Artt 63, 68 GG aufgeführten Rechte (Erbpachtrecht, Häusler-, Wäbnerrecht, Recht auf Gewinn eines Minerals) und die auf Grund des Vorbehalts in Art 196 GG landesgesetzlich geregelten selbständigen Gerechtigkeiten (z. B.: Kohlenabbaugerechtigkeit, Salzabbaugerechtigkeit, Realprivileg der Apotheker). Die Veräußerung von „Fischweh“-Gerechtigkeiten in Preußen behandelt ZZG 10, 194.

2. Neben der für jede rechtsgeschäftliche Änderung der Rechte an Grundstücken geltenden Vorschrift des § 873 gibt § 925 eine Sonderbestimmung für die rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums an Grundstücken. Zur Anwendung des § 925 ist also zunächst erforderlich, daß der Übergang des Eigentums auf Grund eines Rechtsgeschäfts erfolgt. Mithin scheiden aus die Fälle des Eigentumsübergangs auf anderer Grundlage, insbesondere kraft Gesetzes (A 1). In folgenden Fällen geht aber das Eigentum nicht kraft Gesetzes über, sondern erfolgt der **Eigentumserwerb auf Grund eines Rechtsgeschäfts**, so daß die Auflassung erforderlich ist: beim Erwerb des Vermächtnisnehmers und eines Miterben als Vorausvermachtnisnehmers, da er nach § 2174 nur das Recht hat, die Leistung des vermachten Gegenstandes von dem Beschwerten zu fordern (DLG 39, 217); beim Erwerb des Erbschaftskäufers, der durch den Kauf gemäß § 2374 nur einen Anspruch auf Übereignung der zum Nachlaß gehörigen Gegen-

stände, aber noch nicht das Eigentum an einem Nachlassgrundstück erlangt (RGZ 46, 188); wenn einem Miterben ein Grundstück durch Teilungsanordnung, die keine dingliche Wirkung hat (§§ 2048, 2049), zugewiesen ist (RG 52, 174; 141, 284; RM 3, 102; RGZ 22 A 301; 28 A 196; DLG 4, 396, 398); wenn ein zum Nachlass gehörendes Grundstück (oder ein Bruchteil davon) einem oder einigen Miterben von den andern überwiesen wird, da der Auseinandersetzungsvertrag nur einen persönlichen (schuldrechtlichen) Anspruch gegen die andern Miterben auf Überweisung gibt (RG 9, 272; 22, 224; 57, 432; 89, 57; RGZ 40 A 169; 45, 232; 52 S. 140, 274; DLG 4, 435; 5, 355; 8, 104); wenn diejenigen, denen mehrere Miterben je einen Bruchteil ihres Anteils am gesamten Nachlass übertragen haben (A 4), nicht bloß nachrichtlich im Grundbuch als Mitberechtigten am Nachlass und somit auch an dem zum Nachlass gehörigen Grundstück vermerkt sind, sondern Miteigentum nach Bruchteilen an dem Nachlassgrundstück selbst erlangen wollen, da sie durch die Übertragung der Nachlassanteile noch nicht Bruchteilseigentümer am einzelnen Nachlassgegenstand geworden sind (RGZ 46, 181); wenn bei der Aufhebung einer allgemeinen oder sortgesetzten Gütergemeinschaft ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück einem Ehegatten zum Alleineigentum übertragen wird (RG 20, 259; RGZ 36 A 201; 38 A 206; 52, 140; DLG 35, 322; JW 1926, 992²), selbst wenn der Ehegatte ein gesetzliches Recht auf die Überlassung des Grundstücks hatte (§§ 1477, 1497, z. B. weil er das Grundstück in die Gütergemeinschaft eingebracht hat), da die Aufhebung immer nur die schuldrechtliche Grundlage schafft für den die Eigentumsänderung erst herbeiführenden dinglichen Vertrag; wenn ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück durch Ehevertrag zum Vorbehaltsgut bestimmt wird, da es für das Vorbehaltsgut an einer dem § 1438 Abs 2 entsprechenden Bestimmung fehlt (RGZ 35 B 25; DLG 7, 54; JZG 15, 192); wenn im gesetzlichen Güterstand lebende Ehegatten durch Ehevertrag die Fahrgängergemeinschaft (Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft) einführen und dabei ein dem einen Ehegatten gehörendes Grundstück dem Gesamtgut zuweisen, da hier nicht wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft und der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1438 Abs 2, § 1519 Abs 2) bestimmt ist, daß die einzelnen Gegenstände gemeinschaftlich werden, ohne daß es einer Übertragung durch Rechtsgeschäft bedarf (§ 1549), und da infolgedessen der Ehevertrag hier nur als das Grundrechtsgeschäft für die erst durch Auflassung zu vollziehende Übertragung an das Gesamtgut anzusehen ist (RGZ 52, 136); wenn ein Grundstück, das zu dem einer Stiftung in letztwilliger Verfügung des Stifters zugesichertes Vermögen gehört, nach staatlicher Genehmigung der Stiftung auf diese übergehen soll (§ 82; RM 9, 135; RGZ 35 A 222); wenn nach Auflösung eines rechtsfähigen Vereins ein Grundstück des Vereins nicht an den Fiskus, sondern gemäß § 45 an ein Mitglied übergehen soll, da für dieses nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Herausgabe des Vereinsvermögensstücks besteht (RGZ 25 A 132); wenn ein Grundstück eines Kommunalverbandes auf einen andern Kommunalverband übertragen werden soll, ohne daß die Übertragung durch ein auf Grund des Art 126 GG erlassenes Landesgesetz angeordnet ist (RGZ 30 B 40).

Ferner ist zur Anwendung des § 925 die Übertragung von dem bisherigen Eigentümer auf eine andere Rechtsperson erforderlich. Eine solche Übertragung auf eine andere Rechtsperson findet nicht statt, so daß eine Auflassung zum Eigentumserwerb nicht erforderlich ist: wenn einer von mehreren Miterben, die im Grundbuch über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück als Eigentümer in Erbengemeinschaft eingetragen sind, seinen Anteil am Nachlass auf einen andern Miterben überträgt, da er dadurch nicht über seinen Anteil am Grundstück verfügt (§ 2033 Abs 2) und da durch die Eintragung der Übertragung nur der nachrichtliche Vermerk über das Eigentum der Erbengemeinschaft am gesamten Nachlass berichtigt wird (A 4); wenn ein Miterbe sich mit seinem Anteil am Nachlass für abgefunden erklärt und über das bisher für die Erbengemeinschaft eingetragene Grundstück zu Gunsten der übrigen Miterben verfügt, so daß nur noch eine Grundbuchberichtigung auf die anderen Miterben als Eigentümer übrigbleibt, da auch in diesem Falle der ausscheidende Miterbe nicht über seinen Anteil am Grundstück verfügt (JZG 7, 319); wenn ein Grundstück von einer fiskalischen Stelle auf eine andere übertragen werden soll, da die fiskalischen Stellen nicht verschiedene selbständige Rechtspersönlichkeiten sind, sondern insgesamt den Staat verkörpern (RG 2, 392; 21, 57; 59, 404; RGZ 38 A 237), ein Grundstück, der auch beim Austausch von Grundstücken zwischen der Deutschen Reichsbahngesellschaft und dem Deutschen Reich anzuwenden ist (JZG 13, 121); wenn eine Aktiengesellschaft ihr Grundstück von der Hauptniederlassung auf die Zweigniederlassung umschreiben läßt (JZG 15, 104); wenn in eine offene Handelsgesellschaft, deren ein Grundstück gehört, ein Kommanditist eintritt, so daß die Gesellschaft zur Kommanditgesellschaft wird, oder wenn umgekehrt eine Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft umgewandelt wird, da in diesen Fällen, wie sich namentlich aus § 139 Abs 1, § 162 Abs 3 HGB ergibt, die frühere Gesellschaft nicht aufgelöst und eine neue Gesellschaft begründet wird, sondern die frühere Gesellschaft sich in anderer Form fortsetzt (RGZ 26 A 219; 27 B 16; 39 A 218; 51, 182; DLG 13, 24; auch RG 55, 126; JZG 1, 370; DLG 42, 161); wenn eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, der ein Grundstück gehört, gemäß §§ 260 ff. AktG (früher §§ 332 ff. HGB) in eine Aktiengesellschaft umgewandelt wird, da auch hier die alte Gesellschaft ohne Auflösung in anderer Form fortgesetzt wird (DLG 5,

279); wenn ein Grundstück einer offenen Handelsgesellschaft, die ihre bisherige Firma in eine von ihr erworbene andere Firma umgewandelt hat, auf diese Firma umgeschrieben werden soll, da hinsichtlich des Eigentums keine Änderung des Rechtsträgers eintritt (RGZ 28 A 251); wenn Sitz und Firma einer Gesellschaft m. b. H., der ein Grundstück gehört, geändert wird (RGZ 52, 158). Sehr zweifelhaft und umstritten ist die Frage, ob die Auflassung erforderlich ist für die Überführung eines Grundstücks aus dem Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft in das Vermögen einer anderen aus denselben Personen gebildeten offenen Handelsgesellschaft oder Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Die Vertreter der verneinenden Ansicht betonen die Personengleichheit auf beiden Seiten und die Gleichartigkeit oder doch nur geringe Verschiedenheit der Gesamthandverhältnisse vor und nach dem Übergang des Grundstücks von der einen auf die andere Gesellschaft. Die Vertreter der bejahenden Ansicht legen dagegen das entscheidende Gewicht auf die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens bei der offenen Handelsgesellschaft, auf die Unterschiede in der Rechtsgestaltung der einzelnen Gesamthandverhältnisse und auf die Sicherheit des Grundbuchverkehrs. Die frühere Rechtsprechung (RG JW 1899, 320⁹; RGZ 53, 261; a. M. RGZ 28 A 253) neigte dazu, die Auflassung für entbehrlich zu erklären. Jetzt haben aber das Reichsgericht, der Reichsfinanzhof und das Kammergericht übereinstimmend für die Notwendigkeit der Auflassung sich ausgesprochen (RG 136, 402). Trotz mancher wissenschaftlichen und praktischen Bedenken, die dieser Ansicht begegnen, wird sie sich wohl in der Rechtsprechung allgemein durchsetzen und damit die Streitfrage ihre forensische Bedeutung verlieren (JW 1933, 124⁶; 1934, 989⁵). Zu beachten bleibt aber, daß die Rechtsprechung auch jetzt noch für Fälle der bloßen Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine personengleiche Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (z. B. beim Zurückgehen des Handelsbetriebs auf den Umfang des Kleingewerbes oder bei völliger Aufgabe des Handelsgewerbes) die Umschreibung des Grundstückseigentums ohne Auflassung im Verichtsungswege zuläßt (RG 155, 86; JFG 12, 279; HR 1932 Nr 202). — **Dagegen ist wegen Eigentumsübertragung auf eine andere Rechtsperson die Auflassung erforderlich:** wenn ein Grundstück eingebracht wird von einem der Gemeinschaftler oder von mehreren, die Miteigentümer sind, in eine Gesellschaft des BGB oder in eine offene Handelsgesellschaft oder in eine Kommanditgesellschaft, da nach § 706 Abs 2 BGB, § 105 Abs 2, § 161 Abs 2 HGB das Grundstück aus dem Eigentum des Einbringenden in das der Gesellschaft übergeht (RG 56, 99; 57, 434; 59, 432; 68, 417; 84, 112; RGZ 51, 187; DLG 10, 239; 13, 23); wenn von den Gründern einer Gesellschaft m. b. H. oder Genossenschaft oder Gewerkschaft Grundstücke in diese eingebracht werden, da das Eigentum der Gründer von dem der Gesellschaft, Genossenschaft, Gewerkschaft verschieden ist (RG 64, 191; RGZ 30 A 180; 32 B 33); wenn offene Handelsgesellschafter ihr Gesellschaftsgrundstück in eine von ihnen gegründete Gesellschaft m. b. H. einbringen (RG 74, 6; DLG 46, 47); wenn mehrere Miteigentümer eines Grundstücks eine offene Handelsgesellschaft unter sich allein errichten und das Grundstück in diese einbringen wollen, da das bisher jedem Miteigentümer als Sondereigentum zustehende Bruchteilseigentum an die Gemeinschaft zur gesamten Hand übergehen soll, so daß jeder bisherige Miteigentümer nicht mehr einen nach § 747 BGB seiner Verfügung unterstehenden Anteil an dem Grundstück hat (RG 56, 96; 57, 433; 68, 417; 84, 112; RGZ 51, 187; DLG 10, 239; A 4); wenn ein zum Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft oder ein Miterben in ungeteilter Erbgemeinschaft gehörendes Grundstück in das Vermögen einer von den Teilhabern der fortgesetzten Gütergemeinschaft oder von den Miterben ohne Zuziehung anderer Personen gegründeten offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft übergehen soll, da hier zwar kein Personenwechsel stattfindet, aber die Gemeinschaft zur gesamten Hand, welche bisher Eigentümerin des Grundstücks ist, in ihrer Rechtsgestaltung wesentlich verschieden ist von der Gemeinschaft zur gesamten Hand, die nunmehr Eigentümerin werden soll (RGZ 45, 230; 51, 180; JFG 3 S. 312, 140; 18, 120; DLG 46, 73); wenn ein Grundstück von einer offenen Handelsgesellschaft an einen Gesellschafter zum Sondereigentum übertragen oder unter Besehenbleiben der aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft einem Auscheidenden als Abfindung zugewiesen werden soll, da an die Stelle der Gemeinschaft der einzelne als Eigentümer treten soll (RG 25, 252; 30, 150; JW 1899, 609⁹; 1900, 542²; Gruch 39, 1011; RGZ 52, 140; vgl. DLG 19, 338); wenn bei der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter ein Grundstück zugeteilt erhalten soll oder die bisherigen Gesellschafter Miteigentümer des Grundstücks nach Bruchteilen werden sollen (RGZ 24 A 110; 28 A 252; RJA 4, 124; 9, 220; DLG 13, 23; 46, 46; JW 1927, 805²; die Fälle der Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens und des Ausscheidens eines Teilhabers aus der offenen Handelsgesellschaft behandelt A 4); wenn bei der Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine einfache Kommanditgesellschaft (und umgekehrt) das der einen Gesellschaft gehörige Grundeigentum auf die andere übertragen werden soll, da jene Gesellschaft als juristische Person von dieser verschieden ist und daher Auflösung und Neugründung erfolgen muß; wenn eine Aktiengesellschaft, deren Aktien in der Hand einer anderen Aktiengesellschaft vereinigt sind, an diese ein Grundstück als einzelnes Vermögensstück übertragen will, da jene Gesellschaft durch Vereinigung ihrer Aktien in einer andern Rechtsperson nicht untergegangen ist (RG 62, 73; DLG

19, 338); wenn bei Umwandlung einer mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit oder einer Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft ein Grundstück von jener auf diese übertragen werden soll, da die beiden Gesellschaften zwei verschiedene juristische Personen sind (RGZ 25 A 278). Ausnahmen gelten insoweit aber für solche Umwandlungen, die dem Gesetz v. 5. 7. 1934 über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften unterliegen. Auflassung ist schließlich nötig, wenn Schulgründe von dem Schulverband auf die politische Gemeinde übertragen werden (RGZ 31 A 306; DZ 42, 272). Werden zwei politische Gemeinden durch Eingemeindung miteinander vereinigt, so ist bei der Übertragung des Vermögens, insbesondere der Grundstücke, für rechtsgeschäftliche Übertragungsakte überhaupt kein Raum (DZ 16, 153; 23, 330).

Auch wenn es sich nicht um Übertragung des Eigentums, sondern um Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) handelt, weil der als Eigentümer Eingetragene in Wahrheit nicht Eigentümer ist, können die Beteiligten statt des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs gemäß § 22 GBO sich der Auflassung bedienen, da der Eingetragene nach dem Grundbuch Eigentümer ist und nichts entgegensteht, daß in der Form der Übertragung des aus dem Grundbuch (scheinbar) sich ergebenden Eigentums die Eintragung des wahren Eigentümers herbeigeführt wird (RGZ 9, 60; § 894 A 3). Andererseits kann, wenn die auf Grund einer Auflassung für den Erwerber erfolgte Eigentumseintragung eine Parzelle des veräußerten Grundstücks, die mitveräußert werden sollte, nicht umfaßt, auf Grund einer beurkundeten Erklärung der Beteiligten, daß die Auflassung sich auch auf die Parzelle erstrecken sollte und erstreckt, der Erwerber als Eigentümer der Parzelle eingetragen werden, ohne daß es einer neuen Auflassung bedarf (RG 73, 154).

3. Dem Eigentum an Grundstücken sind das Erbbaurecht und andere Gerechtigkeiten für die Rechtsübertragung gleichgestellt (A 1). Reichs- und landesgesetzlich bestehen mannigfache Beschränkungen für die Übertragung von Grundstückeigentum. So ist z. B. durch die **Verordnung über den Einfluß des jüdischen Vermögens** v. 3. 12. 1938 (mit DurchfW v. 16. 1. 1939) der freie Rechtsverkehr mit jüdischen Grundstücken unterbunden worden. Die Einzelheiten der Verordnung sind in § 903 A 1 dargestellt. Ferner hat das **Reichserbhofgesetz** den Kreis der bauernfähigen Personen, die Erbhöfe erwerben können, beschränkt und darüber hinaus die Veräußerung und den Erwerb solcher Höfe weitgehend erschwert. Alles Nähere hierüber findet sich in Vorbem 1 und den Erwerb solcher Höfe weitgehend erschwert. Alles Nähere hierüber findet sich in Vorbem 1 und vor § 873; § 878 A 3; § 903 A 1 und A 3 letzter Abs; § 925 A 1. Zahlreiche weitere Gesetze knüpfen die Grundstücksveräußerung an einen behördlichen **Genehmigungszwang**. Hierher gehören z. B.:

a) Das **Wohnsiedlungsgebietgesetz** v. 22. 9. 1933 (dazu AusfW v. 25. 2. 1935; über deren Inkrafttreten ZFG 14, 162). Danach sind die erst nach dem Inkrafttreten des Gesetzes bewirkten Auflassungen in Wohnsiedlungsgebieten regelmäßig an eine behördliche Genehmigung gebunden (§ 4); das Grundbuchamt darf Eintragungen auf Grund solcher Auflassungen erst vornehmen, wenn der Genehmigungsbescheid vorgelegt oder durch eine behördliche Bescheinigung die Genehmigungsfreiheit nachgewiesen ist (§ 11). Die Genehmigungspflicht besteht auch dann, wenn die Auflassung nicht mit einer Teilung größerer Grundflächen verbunden und das aufgelassene Grundstück bereits bebaut ist (ZB 1935, 2846⁴⁴; ZFG 14, 162). Genehmigungsfrei sind: Erbteilsübertragungen (ZFG 13, 71); die Eintragung einer Auflassungsvormerkung (ZFG 14, 123); die Eintragung des Reichsheimstättenvermerks (ZFG 17, 218). Die Genehmigung kann auch unter Auflagen erteilt werden (dazu ZB 1937, 895²⁰). Bei Teilveräußerungen muß der Genehmigungsbescheid den etwa noch nicht vermessenen Grundstücksteil klar erkennen lassen (ZB 1937, 896²⁰).

b) Das **Gesetz über die Sicherung der Reichsgrenze** v. 9. 3. 1937 (mit DurchfW v. 17. 8. 1937) unterwirft den Grundstücksverkehr in den betroffenen Grenzgebieten einer besonderen Genehmigungspflicht (dazu ZFG 17, 140; zeitlicher Geltungsbereich).

c) Nach der **Verordnung v. 6. 1. 1937 über die Veräußerung von Entschuldungsbetrieben** (DurchfW Den v. 19. 4. und 19. 8. 1937) ist das schulrechtliche und das dingliche Veräußerungsgeschäft bei Grundstücken, auf denen ein Entschuldungsvermerk oder eine Hypothek für die Industriebank oder für ein Reichsdarlehn aus Betriebsicherungsmitteln eingetragen ist, an die Genehmigung des Reichsministers für Ernährung und Landwirtschaft geknüpft.

d) Die **Bekanntmachung über den Verkehr mit landwirtschaftlichen oder forstwirtschaftlichen Grundstücken** v. 15. 3. 1918/26. 1. 1937 (dazu AusfBest v. 22. 4. 1937 und ErgänzW v. 29. 3. 1938) unterwirft den Verkehr mit solchen Grundstücken von einer bestimmten Mindestgröße ab dem behördlichen Genehmigungszwang (das Verhältnis der Vorschriften von 1918 zu denen von 1937 behandelt ZFG 17, 192). Je nach der örtlichen Lage beginnt dieser Zwang bei ganzen Grundstücken mit einer Mindestgröße von $\frac{1}{2}$ bis 5 ha, bei Grundstücksteilen mit einer Mindestgröße von $\frac{1}{4}$ bis $\frac{1}{2}$ ha. Der Begriff „Grundstück“ ist hier nicht im Rechtsinne (§ 873 A 4), sondern im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen (RG HR 1931 Nr 676). Genehmigungspflichtig sind (§ 2): die Auflassung (bei einer Kette von Auflassungen jede einzelne von ihnen: RG 129, 150), die Bestellung eines dinglichen Rechts, das zum Genuß der Erzeugnisse des Grundstücks berechtigt (z. B. eines Nießbrauchs, aber nicht einer Kohlenabbaugerechtigkeit: RG ZB 1936, 2404²¹), und jede Vereinbarung, die den Genuß der Erzeugnisse oder die Verpflichtung

zur Übereignung des Grundstücks zum Gegenstand hat (z. B. Kauf-, Tausch- und Pachtverträge; weitere Beispielsfälle in RG 109, 190; 113, 163; 130, 94; 132, 287; 135, 287). Auch die Veräußerung in der Zwangsversteigerung ist genehmigungspflichtig (§ 2 Abs 3). Genehmigungs-frei sind die im § 3 aufgeführten 11 Gruppen von Rechtsgeschäften, ferner die Zustimmung des Verfügungsberechtigten zur Auflassung eines Nichtberechtigten (RG 118, 113; GRN 1926 Nr 169; 1930 Nr 45) und die Übertragung von Erbanteilen an einem Nachlaß, zu dem ein landwirtschaftlich oder forstwirtschaftlich genutztes Grundstück gehört (ZFG 17, 74; GRN 1926 Nr 1391; 1936 Nr 1440). Ob im Einzelfall eine Genehmigung erforderlich ist oder nicht, entscheidet die Genehmigungsbehörde mit bindender Wirkung für Gerichte und Verwaltungsbehörden (§ 4 Abs 1); Grundbuchamt und Zwangsversteigerungsrichter sind also der ihnen sonst obliegenden (RG Warn 1928 Nr 128) eigenen Prüfungspflicht in dieser Hinsicht enthoben, wenn ihnen ein Zeugnis der Genehmigungsbehörde nach § 4 Abs 2, 3 vorgelegt wird. Ein ohne die erforderliche Genehmigung geschlossenes Rechtsgeschäft ist bis zur Entscheidung über die Erteilung oder Verfassung der Genehmigung schwebend unwirksam. Während des Schwebezustandes haben die Parteien zwar noch keine Leistungsansprüche, aber die Treupflicht, zur Erlangung der Genehmigung mitzuwirken (RG 98, 244; 106, 324; 108, 94; 115, 43); während dieses Zustandes kann auch bereits eine Auflassungsvormerkung für den Erwerber in das Grundbuch eingetragen werden (RG 108, 91). Wird die Genehmigung demnächst verweigert, so ist das Rechtsgeschäft endgültig nichtig. Wird dagegen die Genehmigung nachträglich erteilt, so wird das Geschäft wirksam (ZFG 2, 327) und zwar mit rückwirkender Kraft vom Zeitpunkt seines Abschlusses an (RG 108, 94). Die erteilte Genehmigung ist unanfechtbar und unwiderruflich (RG GRN 1935 Nr 432). Mit der Genehmigung des schulrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts gilt auch die Genehmigung zum dinglichen Erfüllungsgeschäft als erteilt (§ 2 Abs 2). Die Genehmigung kann auch unter Auflagen erteilt werden (§ 2 Abs 4; dazu RG 126, 132; ZFG 2, 327); eine solche Entscheidung ist aber beschwerbefähig (§ 7). Verfragt werden darf die Genehmigung nur dann, wenn der Ausführung des Rechtsgeschäfts ein erhebliches öffentliches Interesse entgegensteht (§ 5); die verweigerte Entscheidung unterliegt der Beschwerde (§ 7; dazu RG 110, 356; ZB 1922, 491¹⁴), kann aber von der Behörde nicht frei zurückgenommen werden (RG 102, 1; 103, 104; ZFG 2, 324). Jede Entscheidung der Genehmigungsbehörde ist den Beteiligten bekannt zu machen (dazu RG 102, 1; 110, 356; SeuffA 78 Nr 174). Ist auf Grund eines genehmigungsbedürftigen, aber nicht genehmigten Rechtsgeschäfts eine Eintragung im Grundbuch erfolgt, so ist das Grundbuch unrichtig geworden; das Grundbuchamt hat, wenn die Voraussetzungen des § 5 Abs 1 Satz 1 GBD vorliegen, einen Widerspruch von Amts wegen einzutragen; auch die zuständige Behörde kann um die Eintragung des Widerspruchs und um seine Löschung ersuchen (§ 6; dazu ZFG 1, 392). Die zuständige Behörde kann endlich gegen eine Mißwirtschaft mit dem Inventar des Grundstücks einschreiten (§ 8).

Schließlich sei in diesem Zusammenhang noch hingewiesen auf die §§ 26, 27 RStD, wonach die Träger der Reichsversicherung für den Erwerb gewisser Grundstücke die Genehmigung der Aufsichtsbehörde brauchen, ferner auf § 5 Abs 3 HypBankG v. 13. 7. 1899, wonach den Hypothekenbanken der Grundstückserwerb nur zur Verhütung von Verlusten an Hypotheken oder zur Beschaffung von Geschäftsräumen gestattet ist, und auf § 54 VerfUGes v. 6. 6. 1931, wonach die dort genannten Versicherungsunternehmen zum Grundstückserwerb regelmäßig der Genehmigung ihrer Aufsichtsbehörde bedürfen.

Für die **Landesgesetzgebung** sind Vorbehalte zu Erwerbsbeschränkungen bei Grundstücken gemacht in GG Art 86 (Juristische Personen); Art 87 (Religiöse Orden oder ordensähnliche Kongregationen); Art 88 (Ausländer). In Preußen gelten Erwerbsbeschränkungen für juristische Personen nach Art 6 (Schenkungen und Zuwendungen von Todes wegen), Art 7 § 1 (Erwerb von Grundstücken durch inländische juristische Personen, zu dem Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde erforderlich ist, wenn nicht die Ausnahmen des Abs 2 Platz greifen), Art 7 § 2, 3 (Erwerb von Grundstücken durch juristische Personen eines andern deutschen Landes oder durch ausländische juristische Personen) RG. BGB v. 20. 9. 1899, in dem die Wertgrenzen von 5000 M nach dem Ges v. 8. 4. 1924 durch 3000 GM ersetzt sind. Die Erfordernisse für die Veräußerung von Schulgrundstücken im Gebiete des PrRM werden behandelt in RGZ 51, 165.

4. Den **Grundstücken** (Begriff: § 873 A 4) steht gleich der Anteil eines **Miteigentümers** beim Miteigentum nach Bruchteilen. Denn das Anteilsrecht ist gleichfalls Eigentum (§ 1008), und die nach § 747 zulässige Verfügung darüber erfolgt nach den für die Verfügung über die Sache geltenden Vorschriften. Daher bedarf es zur Verfügung über den ideellen Anteil der Auflassung. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Anteil unberändert auf einen Dritten oder auch einen anderen Miteigentümer übertragen oder ob die Größe der Anteile der einzelnen Miteigentümer verändert oder an die Stelle des ideellen Anteils ein realer Teil des Grundstücks gesetzt werden soll (RG 52, 174; 56, 100; 69, 40; 76, 413; RGZ 21 A 111; DLG 20, 406). Dies gilt auch dann, wenn mehrere Miteigentümer sich zu einer offenen Handelsgesellschaft vereinigen und das Grundstück in diese einbringen. Denn dann wandelt sich das Bruchteilseigentum eines jeden in einen Gesellschaftsanteil, über den er nach § 719 Abs 1 nicht verfügen

darf. Auch sind hier Auflassungen schon deshalb erforderlich, weil die Übertragung des Bruchteils-eigentums auf eine andere Rechtsträgerin stattfindet (A 2; RG 56, 96; 57, 433; 68, 417; 76, 413; 84, 112; RGZ 51, 187; DLG 10, 239). Dagegen handelt es sich nicht um die **Übertragung des Eigentums oder eines Bruchteils-eigentums an einem Grundstück**, so daß eine Auflassung nicht erforderlich ist: wenn bei der Miterbengemeinschaft der gesamte Nachlaß einem der Miterben von den übrigen übertragen wird oder wenn ein Miterbe seinen Anteil oder einen Bruchteil seines Anteils am Nachlaß auf einen andern Miterben oder einen Dritten überträgt oder wenn die Miterben ihre Anteile am Nachlaß nach und nach an einen Dritten übertragen, so daß er schließlich Alleineigentümer des ganzen Nachlasses und damit auch Alleineigentümer des zum Nachlaß gehörigen Grundstücks wird (RG 88, 116; RGZ 46 S. 181, 187; 52, 275). Denn hier ist Gegenstand der Veräußerung nicht ein Bruchteils-eigentum an dem zum Nachlaß gehörenden Grundstück, sondern der Anteil am gesamten Nachlaß gemäß § 2033 Abs 1 (RGZ 26 A 113; 33 A S. 207, 231; 35 A 74; 46, 182; 52 S. 151, 275; RZA 11, 238; auch RG 60, 131; RGZ 38 A 233; vgl. auch ZFG 7, 319 in Anm 2). Die Auflassung ist ferner entbehrlich: wenn ein Gesellschafter aus einer Gesellschaft des BGB oder einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft, der ein Grundstück gehört, aussteigt, da sein Anteil am gesamten Gesellschaftsvermögen gemäß § 738 Abs 1 BGB, §§ 105 Abs 2, 161 Abs 2 HGB den Anteilen der andern Gesellschafter kraft Gesetzes zuwächst (RG 65, 227; 68, 410; RGZ 50, 104; ZFG 7, 309); wenn bei der Auflösung einer nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft, der ein Grundstück gehört, der eine bisherige Gesellschafter das gesamte Gesellschaftsvermögen (Aktiva und Passiva) übernimmt, da in entsprechender Anwendung von § 142 Abs 3 HGB, § 738 Abs 1 BGB der übertragende Gesellschafter als Aussteiger anzusehen ist, dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen dem andern Gesellschafter ohne besonderen Übertragungsakt zuwächst (str.; RG 60, 156; 65, 234; 68, 410; 87, 409; 92, 165; Warn 1919 Nr 138; RZA 9, 71; ZW 1937, 3266^o; JRM 1936 Nr 1437 und 1937 Nr 464; Übernahme des Gesellschaftsvermögens durch einen von drei Gesellschaftern; a. M. RGZ 24 A 110; 25 A 78, 80; RZA 9, 221); wenn eine inländische Aktiengesellschaft, der ein Grundstück gehört, ohne Abwicklung nach § 253 AktG (früher § 304 HGB) vom Staat oder einem Kommunalverband übernommen oder gemäß §§ 233 ff. AktG (früher § 306 HGB) mit einer andern Aktiengesellschaft, sei es auch unter Änderung der Firma, vereinigt wird, da in diesen Fällen das gesamte Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergeht (A 2; RG 28, 363; 79, 45; RGZ 28 A 148; 32 A 206; 35 A 290; ZW 1922, 1617¹⁶; anders, wenn die aufnehmende Gesellschaft ihren Sitz im Ausland hat, da eine Gesamtrechtsnachfolge nur in den besondern bestimmten Fällen stattfindet: RGZ 21 A 294; DLG 14, 358); dies gilt trotz der §§ 80, 81 GmbHG. entsprechend auch für die Verschmelzung einer Aktiengesellschaft mit einer GmbH (ZFG 7, 292; § 249 AktG). — Ein Teilstück eines Grundstücks, das in dem für die Bezeichnung der Grundstücke maßgebenden amtlichen Verzeichnis (§ 2 Abs 2 GBD) noch nicht als selbständiges Grundstück geführt ist, kann rechtswirksam aufgelassen werden, wenn seine Grenzen entsprechend gekennzeichnet werden. Für die Eintragung der Eigentumsänderung sind dann allerdings § 2 Abs 3 und § 28 Satz 1 GBD maßgebend (ZW 1926, 991¹; ZFG 3, 283). Auch ein realer Teil eines Bergwerkseigentums kann übereignet werden, weil der Teil durch Selbstteilung oder durch Entkonsolidierung Gegenstand besonderer Eigentums zu werden vermag (DLG 44, 136).

5. Die zur Eigentumsübertragung außer der Auflassung nach § 873 erforderliche **Eintragung in das Grundbuch** ist besprochen in § 873 A 10. Die Eintragung darf gemäß § 20 GBD erst nach der Auflassung erfolgen. Jedoch ist diese Bestimmung nur eine formellrechtliche Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung für die sachlichrechtliche Wirkung des Übereignungsvorgangs keine Bedeutung hat. Wird also die Auflassung erst nach der Eintragung rechtswirksam erklärt (z. B. weil eine vorhergegangene Auflassung wegen Geschäftsunfähigkeit des Auflassenden nicht war), so geht das Eigentum mit der nachträglichen Auflassung über. Denn das materielle Recht verlangt nicht, daß die Auflassung vorangehen müsse (str.; ZW 1925, 2617⁴; ZFG 4, 329). Formellrechtlich ist dann zu der Eintragung des Eigentums des Erwerbers zu vermerken, daß und wann die rechtswirksame Auflassung nachgeholt worden ist (ZFG 4, 334). Die vorangegangene Eintragung muß aber zur Vollziehung derselben Rechtsänderung vorgenommen sein, welche Gegenstand der Auflassung ist; es genügt nicht, wenn der Auflassungsempfänger zwar bereits als Eigentümer im Grundbuch eingetragen steht, aber aus anderer rechtlicher Veranlassung (§ 873 A 10; ZW 1925, 2617⁴; ZFG 4, 334). Ist daher z. B. die Eigentumseintragung auf Grund einer Vorerbschaft erfolgt, ist demnächst die Nacherbschaft eingetreten (z. B. weil die zur Vorerbin eingesetzte Witwe des Erblassers sich wieder verheiratet hat) und hat dann der Erbe das ihm nun zugefallene Grundstück an die frühere Vorerbin aufgelassen, so muß die Eintragung der Erwerberin als Eigentümerin von neuem erfolgen, wenn die Eigentumsübertragung sich vollziehen soll (RGZ 51, 187). — Die Eintragung ist ein der Auflassung gleichwertiges Erfordernis der Eigentumsübertragung. Solange sie nicht bewirkt ist, bleibt der Auflassende Eigentümer. Er ist daher im Verhältnis zu Dritten **in der Zwischenzeit zwischen Auflassung und Eintragung** noch zur Verfügung über das Grundstück berechtigt (RG 55, 341). Hat die Auflassung vor einem Notar oder vor einer

anderen Behörde als dem Grundbuchamt stattgefunden (A 12) und ist die Verhandlung über die Auflassung dem Grundbuchamt noch nicht eingereicht, so ist der Grundbuchrichter selbst im Falle der Kenntnis von der Auflassung nicht berechtigt, die Entgegennahme einer Verfügung (z. B. der Bestellung einer Hypothek) des Auflassenden abzulehnen. Auch Eintragungen im Wege der Zwangsvollstreckung (z. B. einer Zwangshypothek, des Eigentums für einen Dritten auf Grund einer rechtskräftigen Verurteilung zur Auflassung) können in der Zwischenzeit rechtswirksam erfolgen (RG 55, 341). Steht der beantragten Eigentums eingetragen ein Hindernis entgegen und weist der Grundbuchrichter den Antrag (A 13) nicht zurück, sondern bestimmt gemäß § 18 Abs 1 GBD eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses, so hat er im Falle des Eingehens eines andern Eintragungsantrags nach § 18 Abs 2 GBD eine Vormerkung zur Sicherung des Rechts auf Eintragung des Eigentumsübergangs einzutragen. Nur dann, wenn dies geschehen ist, die auf Grund des später eingegangenen Antrags bewirkte Eintragung gegenüber dem demnächst eingetragenen Erwerber gemäß § 888 unwirksam (RG 55, 340). Im Verhältnis zwischen den Beteiligten untereinander ist aber durch den dinglichen Vertrag der Auflassende gemäß § 873 Abs 2 an seine Erklärung gebunden. Er kann sie weder widerrufen noch sonst die Eintragung einseitig hindern, auch nicht dadurch, daß er seine Auflassungserklärung im Klagewege zurückverlangt, z. B. bei Nichtigkeit des Grundrechtsgeäfts wegen Formmangels (str.; RG 111, 101; JW 1926, 987^a; Gruch 68, 548; a. M. JW 1923, 761^a). In solchen Fällen kann er sich aber dadurch gegen den Eigentumsverlust durch die Eintragung schützen, daß er eine einseitige Verfügung nach § 938 BPD erwirkt und wirksam zustellt, wodurch dem Erwerber verboten wird, sich auf Grund der Auflassung das Eigentum zu verschaffen (RG 117, 290; 120, 118; JW 1923 S. 306^a, 763^a; 1925, 643^a; JFG 1 S. 379, 383; 3, 301; § 888 A 3; § 892 A 11 Abs 3). Der Wirksamkeit dieses Erwerbsverbots steht § 878 nicht entgegen, selbst wenn der Antrag auf Umschreibung des Eigentums schon vor der Zustellung des Verbots beim Grundbuchamt eingegangen ist (RG 120, 120; § 878 A 3 Abs 1). Der Schutz, den das Verbot gewährt, entfällt aber wiederum, wenn die einseitige Verfügung durch ein rechtskräftiges oder auch nur vorläufig vollstreckbares Urteil aufgehoben ist (JFG 1, 386; 3, 306). Die Berechtigung zur Verfügung ist im Verhältnis zwischen den Beteiligten durch die Auflassung auf den Auflassungsempfänger mit dem Vorbehalt übertragen, daß er demnächst seine Eigentums eingetragen erlangt. Die rechtliche Fortwirkung der Auflassung fällt vor der Eintragung nur dann fort, wenn auch der andere Teil eine auf die Rückgängigmachung der Auflassung gerichtete Erklärung abgegeben hat oder wenn die Abgabe einer solchen Erklärung durch ein gegen ihn ergangenes rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 BPD erseht ist (RG 108, 329; 111, 101). Haben jedoch die Beteiligten nach der Auflassung vor einem Notar (A 12) mit Rücksicht auf vorhandene Streitpunkte die Abrede getroffen, die Auflassungsverhandlung dürfe dem Grundbuchamt nicht ohne ausdrückliche Zustimmung des Auflassenden zum Vollzug der Eigentumsänderung eingereicht werden, und führt dann der Auflassungsempfänger vertragswidrig ohne Zustimmung des Auflassenden die Eintragung der Eigentumsänderung herbei, so kann gegen ihn (insbesondere dann, wenn der Formmangel des Grundrechtsgeäfts nach § 313 Satz 2 durch die Auflassung und die Eintragung geheilt ist, so daß eine Kondition nicht stattfindet: JW 1926, 838^a) ein Schadensersatzanspruch auf Wiederbeseitigung der Eintragung gegeben sein (RG Gruch 68, 548). Hat der Auflassungsempfänger, bevor er als Eigentümer eingetragen worden ist, das Grundstück an einen Dritten weiter aufgelassen, so kann der Dritte unmittelbar als Eigentümer eingetragen werden, wenn in der ersten Auflassung die Einwilligung in weitere Verfügungen des Auflassungsempfängers liegt (RGZ 47, 158; 53, 145), also die Einwilligung (§ 185 Abs 1) des ursprünglichen Eigentümers dazu, daß der Auflassungsempfänger als Nichteigentümer dem Dritten Eigentum übertrage (RG 129, 153; A 8). In der Regel wird die erste Auflassung in diesem Sinne auszulegen sein, doch setzt die Wirksamkeit der so ermittelten Einwilligungserklärung des ursprünglichen Eigentümers natürlich voraus, daß die Auflassung rechtsgültig war, also auch z. B. schon die etwa erforderliche behördliche Genehmigung gefunden hatte (RG 129, 155). An eine solche gültige in der Auflassung enthaltene Einwilligung ist der zuerst Auflassende gemäß § 873 Abs 2 gebunden, so daß er sie nicht widerrufen kann (RG 129, 153; RGZ 53, 147). Dieselbe Bindung besteht für den Zweitauflassenden gegenüber dem Dritten. Verzichtet dann aber der Dritte durch (formlosen) Vertrag mit dem ursprünglichen Eigentümer zu dessen Gunsten auf die Rechtsstellung aus der zweiten Auflassung, so erlangt der Eigentümer auch dem ersten Auflassungsempfänger gegenüber die Bindungsfreiheit zurück (RG 15. 11. 1928 VI 111/28). Durch Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten wird gemäß § 130 die Rechtswirksamkeit des dinglichen Vertrags nicht berührt; vielmehr ist auf Antrag trotzdem die Eintragung des Eigentumsübergangs vorzunehmen (§ 873 A 7). Tritt in der Zwischenzeit eine Verfügungsbeschränkung des Veräußerers ein, so ist dies gemäß § 878 ebenfalls ohne Einfluß, wenn der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamt gestellt ist, was im Falle der Auflassung vor dem Grundbuchamt regelmäßig zugleich mit dieser geschieht (A 13); anders, wenn die Auflassung an anderer Stelle stattgefunden hat und der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt noch

nicht gestellt ist (RG 53, 88). Der Erwerber ist in der Zwischenzeit, da er noch nicht Eigentümer ist, zu Verfügungen ohne Zustimmung des Veräußerers nicht befugt. Seine Verfügungen werden aber gemäß § 185 Abs 2 mit dem Zeitpunkt seiner Eintragung wirksam (DZ 2, 2). Der Erwerber ist andererseits durch die bereits erteilte Auflassung (z. B. wenn sie vor einem Notar erfolgt ist und der Notar die Auflassungsverhandlung noch nicht dem Grundbuchamt eingereicht hat) aber auch nicht behindert, eine Vormerkung zur Sicherung seines Anspruchs auf Einräumung des Eigentums gegen den Veräußerer eintragen zu lassen. Denn dieser Anspruch ist grundsätzlich nicht schon durch die Erteilung der Auflassung, sondern wird erst durch den Hinzutritt der Eintragung erfüllt (ZB 1922, 13497). Liegt aber der Auflassung ein Kaufvertrag zugrunde, so hat der Verkäufer seine Verpflichtungen aus § 433 regelmäßig nicht erst dann erfüllt, wenn der Käufer als Eigentümer eingetragen ist, sondern schon damit, daß er (durch Erteilung der Auflassung und Bewilligung der Umschreibung) alles getan hat, was von seiner Seite erforderlich ist, damit das Grundbuchamt die Umschreibung vornimmt. Nur wenn der Umschreibung noch ein Hindernis entgegensteht, dessen Beseitigung ihm nach dem Vertrage obliegt (z. B. Entrichtung der Grunderwerbsteuer oder einer Wertzuwachssteuer), muß er auch diese Verpflichtung noch erfüllen (RG 118, 100). Wird nach erfolgter Auflassung der Konkurs über das Vermögen des Erwerbers eröffnet und der Gemeinschuldner nach der Konkursöffnung als Eigentümer eingetragen, so handelt es sich nicht um einen Erwerb des Gemeinschuldners nach der Konkursöffnung, der nach § 1 RD nicht in die Konkursmasse fiel. Das Grundstück gehört vielmehr zur Masse, da die Hauptgrundlage für den Erwerb, die Auflassung, bereits vor der Konkursöffnung gegeben war und die Vollendung des Erwerbs durch die Eintragung als auf die Zeit der Konkursöffnung zurückwirkend zu erachten ist. Dies gilt auch dann, wenn das Grundrechtsgeschäft wegen Mangels der Form des § 313 nichtig war, mithin vor Auflassung und Eintragung kein rechtswirksamer Anspruch auf Eigentumsübertragung gegen den Veräußerer bestand (a. M. ZB 1922, 1686²). Ein Gläubiger des Erwerbers kann dessen Anspruch auf Übertragung des Eigentums gemäß § 848 BPD pfänden (dazu Näheres in A 14 a. E.) und dem Erwerber im Wege der einstweiligen Verfügung nach §§ 936, 938 BPD die (künftige) Veräußerung und Belastung des Grundstücks untersagen lassen (ZB 1922, 782). Die aus der Auflassung folgende Anwartschaft des Erwerbers auf das Grundstückeigentum ist auch nach § 857 BPD pfändbar. Die Voraussetzungen und die Wirkungen einer solchen Pfändung sind behandelt in ZB 9, 233; 14, 131. — Nach §§ 189a, b ABGd (früher § 24 GrEwStG) darf die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch erst erfolgen, wenn dem Grundbuchamt eine Bescheinigung des Finanzamts vorgelegt wird, daß der Eintragung steuerliche Bedenken nicht entgegenstehen (MOZ 52 S. 147, 149, 151, 154, 157; ZB 1, 406; 4, 326; 13, 233).

6. Die Einigung ist ein auf Übertragung des Eigentumsrechts gerichteter, von dem schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäft getrennt bestehender (abstrakter dinglicher) Vertrag (§ 873 A 7; RG 99, 68; 104, 103; MOZ 51, 176). Einen bestimmten Wortlaut der Auflassungserklärungen verlangt weder § 873 noch § 925. Daher reichen Erklärungen aus, die den übereinstimmenden Willen der Beteiligten auf Übergang des Eigentums vom Veräußerer auf den Erwerber deutlich zum Ausdruck bringen (RG Warn 1928 Nr 62). Ausdrücklich und Deutlichkeit der von beiden Beteiligten abzugebenden Erklärungen sind andererseits ein unbedingtes Erfordernis. Bloßes Stillschweigen des einen Beteiligten zu der Erklärung des anderen genügt nicht (Mot 3, 173; RG 54, 381; Warn 1928 Nr 62). Jenem Erfordernis kann aber auch dadurch genügt werden, daß die im voraus protokollierten, inhaltlich dem § 925 entsprechenden Erklärungen den Beteiligten vorgelesen und dann von ihnen genehmigt werden (RG 61, 98; Warn 1928 Nr 62). Der Inhalt der Erklärungen ist auslegungsfähig (RG 152, 192). Stirbt der Auflassungsempfänger, nachdem die von ihm abgegebene Auflassungserklärung wirksam und bindend geworden (§ 873 Abs 2), heber aber die Eigentumsänderung eingetragen ist, so bedarf es keiner nochmaligen Auflassungserklärung der Erben. Sie können vielmehr, da sie in eine Rechtslage eintreten, die durch Hinzukommen der Eintragung ihren Rechtsverwerb begründet, auf ihren Antrag ohne weiteres als Eigentümer eingetragen werden (MOZ 7, 325). — Diese Einigung (Auflassung; A 9) ist nicht, wie das Grundrechtsgeschäft, ein auf die Begründung von Verpflichtungen gerichtetes Rechtsgeschäft (§ 873 A 13), wenn auch an den Übergang des Eigentums kraft Gesetzes Verpflichtungen des Erwerbers, insbesondere in polizeilicher und steuerlicher Beziehung, unter Umständen auch Verpflichtungen privatrechtlicher Art (§§ 1021 Abs 2, 1022, 1108 Abs 1) geknüpft sind. Daher finden auf die Entgegennahme der Auflassung für eine öffentlich-rechtliche juristische Person (z. B. eine Landgemeinde) die besonderen Vorschriften über die Vertretungsmacht bei der Abgabe verpflichtender Erklärungen der juristischen Person keine Anwendung (RGZ 46, 171). Das Grundrechtsgeschäft bedarf der im § 313 Satz 1 vorgeschriebenen Form. Doch wird nach § 313 Satz 2 der Mangel der Form durch Auflassung und Eintragung geheilt. Der Vortragung einer Urkunde über das Grundrechtsgeschäft bedarf es nach BGB zur Vornahme der Auflassung nicht. Jedoch konnte schon nach § 98 der alten GBD landesgesetzlich die Ordnungsvorschrift erlassen werden, daß das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen sollte, wenn die nach § 313 erforderliche Urkunde vorgelegt würde (RG Warn 1916 Nr 279).

steht ist reichsrechtlich durch Art I § 2 B D über Auflassungen usw. v. 11. 5. 1934 (RGBl I, 378) angeordnet, daß die Auflassung nur entgegengenommen werden soll, wenn die nach § 313 erforderliche Urkunde über das Veräußerungsgeschäft vorgelegt oder gleichzeitig errichtet wird. Beim Fehlen einer solchen Urkunde ist die Entgegennahme der Auflassung auch dann abzulehnen, wenn keine Bedenken gegen die wirtschaftliche Ordnungsmäßigkeit des Grundrechtsgeschäfts bestehen (JW 1934, 2856¹). Die Rechtsgültigkeit der B D v. 11. 5. 1934 ist nicht zu bezweifeln (HR 1935 Nr 431). Wegen des selbständigen rechtlichen Daseins der Einigung gegenüber dem Grundrechtsgeschäft wird im allgemeinen auf die Ausführungen in § 873 A 7 verwiesen. Hier ist mit Rücksicht auf die praktische Bedeutung der Auflassung folgendes hervorzuheben: Die **Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts** zieht nicht ohne weiteres die Nichtigkeit der Auflassung nach sich, obwohl in dem Verhältnis zu jenem das Erfüllungsgeschäft ist (RG 57, 96; 72, 63; 104, 103; 129, 287). Vielmehr kann die Auflassung trotz Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts rechtswirksam sein, also die Eigentumsübertragung bewirkt haben. Die Auflassung ist eben ein selbständiger Vertrag, der für sich den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere hinsichtlich der Rechtsgültigkeit den Vorschriften der §§ 104 ff., 116 ff., 145 ff. unterliegt (RG 75, 70; RZM 2, 85; 3, 263; 7 S. 56, 278). Dies gilt regelmäßig auch dann, wenn das Grundrechtsgeschäft wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs 1) nichtig ist. Die Unsittheit des Grundrechtsgeschäfts macht nicht von selbst auch das Rechtsgeschäft der Auflassung unsittlich und damit nichtig (RG 63, 185; 68, 100; 72, 64; 75, 70; 78, 285; JW 1906, 736³; 1911, 317²; 1912, 853⁴; RGSt JW 1907, 548⁵). Die Auflassung kann aber ausnahmsweise auch einmal sittenwidrig sein, ohne daß der Sonderatbestand des § 138 Abs 2 vorliegt. Hierüber findet sich das Nähere weiter unten. Ist das Grundrechtsgeschäft für sich allein nichtig, so kann die auf Grund der rechtswirksamen Auflassung erfolgte Eigentumsübertragung nur durch Geltendmachung eines persönlichen Bereicherungsanspruchs gemäß §§ 812 ff. rückgängig gemacht werden (RG 63, 185; 66, 389; 68, 100; 104, 103; RZM 7, 278). Ein solcher Anspruch besteht für den Veräußerer schon, bevor die Eintragung des Erwerbers erfolgt ist. Denn die von dem Auflassungsempfänger erlangte rechtliche Möglichkeit, sich durch Stellung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt das Eigentum am Grundstück zu verschaffen, ist bereits als Vermögensvorteil im Sinne des § 812 anzusehen (Gruch 68, 317). Dies alles gilt auch dann, wenn das Grundrechtsgeschäft (z. B. der zugrunde liegende Grundstückskaufvertrag) und die Auflassung in demselben Rechtsakt (A 10) getätigt worden sind; § 139 ist in einem solchen Falle nicht anwendbar (§ 873 A 7 b; einen demselben Fall Sonderfall behandelt JW 15, 220). Der Tatbestand, aus dem sich die Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts ergibt, kann aber auch in gleicher Weise bei der Auflassung vorliegen; dann ist diese ebenfalls nichtig. Dies wird beispielsweise der Fall sein können, wenn bei einem Grundstückskauf der das Kaufgeschäft anfechtende Vertragszettel sich im Irrtum über den Kaufgegenstand oder die Person des Vertragsgegners befunden und dieser Irrtum auch noch bei der Auflassung obgewaltet hat (RG 66, 389; 69, 16; DVG 16, 151; RZM 9, 203). In formellrechtlicher Hinsicht ist zu bemerken, daß die Gültigkeit des Grundrechtsgeschäfts regelmäßig nicht der Prüfung des Grundbuchrichters unterliegt. Er darf daher die Entgegennahme der Auflassung und die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer regelmäßig selbst dann nicht ablehnen, wenn er das Grundrechtsgeschäft für ungültig hält (RGZ 46, 175).

Andererseits kann auch das Grundrechtsgeschäft rechtsgültig, dagegen die **Auflassung anfechtbar** (z. B. wegen Irrtums, Betrugs: RZM 9, 59) oder **nichtig** sein (z. B. wegen Fehlens einer Einigung über den Eigentumsübergang, wegen Scheingeschäfts, Geschäftsunfähigkeit eines Vertragsteils, Fehlens einer gesetzlich vorgeschriebenen behördlichen Genehmigung: RG 78, 375; JW 1902 Weil 202; 1926 S. 837², 2303¹; Gruch 63, 507; DVG 26, 180; § 873 A 7 a). In den besonders wichtigen Fällen, wo die **Auflassungserklärungen** hinsichtlich des Gegenstandes der Eigentumsübertragung **nicht mit demjenigen, was gewollt ist, übereinstimmen**, ist nach den Grundsätzen, die bei Rechtsgeschäften für Irrtum, Fehlen der Willensübereinstimmung und falsche Bezeichnung allgemein gelten, folgendes zu unterscheiden: Stimmen an sich eindeutige Auflassungserklärungen beider Teile äußerlich überein und entspricht auch bei dem einen Teil die Auflassungserklärung seinem Willen, hat aber der andere Teil geglaubt, seine Erklärung beziehe sich auf ein anderes Grundstück oder betreffe nur einen Teil des von der Erklärung tatsächlich umfaßten Grundstücks, so ist die Auflassung nicht nichtig, sondern nur wegen des Irrtums eines Vertragsteils über den Inhalt seiner Erklärung gemäß §§ 119, 121 anfechtbar (RG 58, 233; JW 1906, 190⁸; Warn 1910 Nr 270). Haben dagegen beide Teile äußerlich übereinstimmende, aber an sich mehrdeutige Erklärungen abgegeben und dabei jeder etwas anderes und zugleich voneinander Verschiedenes gemeint, stimmen sie also zwar in ihren Erklärungen, aber infolge gegenseitigen Mißverständnisses nicht in ihrem von den Erklärungen abweichenden Willen überein (sog. verdeckter Dissens im Sinne des § 155), so liegt nur der Schein einer Willensübereinstimmung vor; die Auflassung ist, weil in Wahrheit eine Einigung fehlt, nichtig (RG 28, 307; 66, 122; 68, 9; 78, 376; JW 1900, 403³⁰; 1911, 944¹⁰). Haben beide Beteiligten den Auflassungserklärungen eine vom äußerlich erklärten Inhalt abweichende Bedeutung beigelegt, aber dasselbe gemeint, stimmen also beide in ihren von den Erklä-

rungen abweichenden Willen überein, so liegt nur eine falsche Bezeichnung des Gegenstandes der Auflassung vor; bei der maßgebenden Bedeutung, die die Parteien übereinstimmend ihren Erklärungen beigelegt haben, ist hier eine rechtswirksame Auflassung des Gegenstandes erfolgt, auf den sich der beiderseitige Wille erstreckte, während für den von den Erklärungen äußerlich umschriebenen Gegenstand nur ein Schein, nicht die Wirklichkeit einer Einigung vorliegt. Wenn also z. B. die Auflassungserklärungen ihrem Wortlaut nach alle auf einem Grundbuchblatt verzeichneten Grundflächen umfassen, der Wille des Veräußerers und der Wille des Erwerbers sich aber auf einzelne miteingetragene Parzellen nicht erstreckt hat, so ist zwar eine rechtsgültige Auflassung erfolgt, aber nur für die von dem übereinstimmenden Willen beider Teile umfaßten Grundflächen, während die Auflassungserklärungen für die anderen Grundflächen nichtig sind (RG 60, 340; 66, 21; 77, 33; 112, 264; JW 1907, 540¹; 1911, 944¹⁰; Warn 1910 Nr 270; Gruch 58, 196; SeuffA 75 Nr 24, 25). Auch hier muß aber, um den Eigentumsübergang herbeizuführen, zu der Auflassung noch die Eintragung auf den Gegenstand der Auflassung hinzutreten. Im letzten Beispielsfall umfaßt freilich eine gemäß den Auflassungserklärungen erfolgte Eintragung des Eigentumsübergangs auf allen Grundflächen auch die Grundflächen, die nach dem Willen der Beteiligten allein aufgelassen werden sollten, so daß mit der über den Willen der Beteiligten hinausgehenden Eintragung das Eigentum an diesen vom Auflassungswillen umfaßten Grundflächen übergegangen ist. Wenn aber die Eintragung nach Maßgabe der (unrichtigen) Auflassungserklärungen auf ein vom wirklichen Auflassungswillen überhaupt nicht erfaßtes Grundbuchblatt erfolgt ist, so kann der Übergang des Eigentums an dem Grundstück, das in Wahrheit aufgelassen werden sollte und aufgelassen worden ist, nur dadurch herbeigeführt werden, daß die Eintragung auf das Grundbuchblatt dieses Grundstücks nachgeholt wird, nachdem durch freiwillige Erklärung oder durch Urteil die richtige Bedeutung der Auflassungserklärungen festgestellt ist (RG 60, 340; 112, 264; DVG 40, 260; § 873 A 10). Nach der Ordnungsvorschrift des § 39 Abs 1 GBD ist dann aber gegebenenfalls zunächst die Rückberichtigung des Grundbuchs auf den Veräußerer erforderlich (RG 133, 279). Den Fall der nachträglichen Eintragung des Erwerbers als Eigentümer einer Parzelle des veräußerten Grundstücks auf Grund der Erklärung der Beteiligten, daß sich die Auflassung auch auf die Parzelle miterstreckt habe, behandelte bereits A 3. Auch sonst wird durch eine falsche Bezeichnung des Auflassungsgegenstandes die Wirksamkeit der Auflassung nicht beeinträchtigt (RG JW 1904, 58¹³; 1909, 47⁸; RW 37 A 262). Ist in dem der Auflassung zugrundeliegenden Kaufvertrag irtümlich eine bestimmte Größe des verkauften Grundstücks angegeben, die sich nur bei Hinzurechnung der Größe eines nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten nicht mitveräußerten Grundstücks teils ergibt, und ist der Kaufpreis nach dieser Größe bemessen, so kommen für den Erwerber folgende Rechtsbehelfe in Frage: Die Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums (§ 119), ein Bereicherungsanspruch (mit Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Berichtigungsflagge des Veräußerers: § 894 A 3), ein Minderungsanspruch (§§ 468, 459 Abs 2, 472), ein Schadenersatzanspruch (§ 276) wegen positiver Vertragsverletzung oder wegen Fahrlässigkeit beim Vertragschluß (RG Warn 1929 Nr 44). — Wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs 1) kann ein dingliches Erfüllungsgeschäft, also auch die Auflassung, im allgemeinen nicht nichtig sein; doch sind Ausnahmefälle denkbar (§ 873 A 7a). Ein solcher Ausnahmefall liegt bei der Auflassung aber nicht schon deshalb vor, weil sie einen schuldrechtlichen Anspruch eines Dritten auf das Grundstückeigentum verlegt; nur dann könnte eine solche Auflassung unsittlich und darum nichtig erscheinen, wenn die an ihr Beteiligten in bewußtem Zusammenwirken aus verwerflichen Gründen bezweckt hätten, durch ihr Übereignungsgeschäft den Anspruch des Dritten zu vereiteln (HRK 1935 Nr 1373). Im Falle eines wucherischen Geschäftes ist nach der Sonderbestimmung des § 138 Abs 2 auch die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts, also auch einer auf Grund eines wucherischen Grundrechtsgeschäfts erteilten Auflassung anzunehmen, weil § 138 Abs 2 unter den dort bestimmten Voraussetzungen nicht nur das Versprechen, sondern auch die Gewährung von Vermögensvorteilen für nichtig erklärt (str.; RG 57, 97; 123, 105; JW 1906, 736⁹; 1913, 540⁹; a. M. DVG 15, 339). In diesem Falle geht daher durch die Auflassung Eigentum auf den Erwerber nicht über: dem Veräußerer steht die Eigentumsklage zu. Abgesehen hiervon kann mit der Auflassung ein sittenwidriger Zweck verbunden sein (z. B. der Zweck, dem Erwerber durch Verschaffung des Eigentums den Betrieb eines Bordells auf dem Grundstück zu sichern: RG 63 S. 179, 346, 367; 64, 146; 68, 97; 71, 433; 75, 70; 78, 282; JW 1906 S. 226¹⁰, 736⁹; 1911, 317²; 1912, 853⁴; 1913, 682²; Warn 1912 Nr 243; 1913 Nr 312; Gruch 50, 927; 52, 1064). Ist dies der Fall, so findet § 817 Anwendung (RG 48, 297; 78, 284; JW 1913 Nr 682²). Wenn von beiden Teilen ein sittenwidriger Zweck verfolgt worden ist, so ist gemäß Satz 2 § 817 der sonst im Falle der Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts dem Veräußerer zustehende persönliche Anspruch auf Rückgabe des aufgelassenen Grundstücks ausgeschlossen (RG 78, 284; JW 1908, 139⁹; 1913, 682¹).

7. Daß der Veräußerer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen sein muß, ist zur Gültigkeit der Auflassung und der daraufhin erfolgten Eintragung des Eigentumsübergangs nicht vorgeschrieben. Nach der Ordnungsvorschrift des § 39 Abs 1 GBD soll aber das Grundbuchamt die Eintragung des Eigentumsübergangs nicht vornehmen, bevor nicht der Veräußerer sich als

Eigentümer hat eintragen lassen. Von dieser Vorschrift enthält § 40 GBD Ausnahmen, insbesondere für auflassende Erben, deren Erblasser als Eigentümer eingetragen ist. Andererseits ist der **eingetragene Nichteigentümer** formell zur Auflassung legitimiert. Das Grundbuchamt darf also die Entgegennahme der Auflassung und die Eintragung nicht etwa deswegen ablehnen, weil der Eingetragene nach dem Inhalt des Grundbuchs oder der Grundakten nicht wahrer Eigentümer sei (OLG 39, 260; a. M. RGZ 28 A 97). Der Erwerber erlangt nach § 892 Eigentum, sofern ihm nicht bekannt ist, daß der Auflassende nicht wahrer Eigentümer sei (RGZ 26 A 252; 28 A 102). Überhaupt hat das Grundbuchamt zwar die Beteiligten vor der Entgegennahme und Beurkundung der Auflassung auf Umstände, die der Verfügungsbefugnis des Veräußerers entgegenstehen, aufmerksam zu machen, darf aber ihrem Willen zur Auflassung, die für sie namentlich mit Rücksicht auf die daran geknüpften Bindung auch dann von Bedeutung sein kann, wenn der Eintragung noch Hindernisse entgegenstehen, nicht durch Verweigerung der Entgegennahme der Auflassung entgegenzutreten. Erst wenn sich bei der Prüfung, ob die Eintragung vorzunehmen sei, Bedenken gegen die Verfügungsbefugnis ergeben, hat das Grundbuchamt gemäß § 18 GBD entweder den Antrag auf Eigentumseintragung abzulehnen oder eine Frist zur Beseitigung des Hindernisses zu bestimmen (OLG 39, 260). Läßt ein **nicht eingetragener Nichteigentümer** im eigenen Namen auf, so kann selbst eine solche Auflassung wirksam sein oder werden gemäß § 185 Abs 1 oder 2, wenn der wahre Eigentümer ihr vorher zugestimmt (eingewilligt) hat oder wenn er sie nachträglich genehmigt oder wenn der Auflassende hinterher Eigentümer des Grundstücks wird oder von dem wahren Eigentümer beerbt wird und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Denn die Vorschriften des allgemeinen Teils finden auch auf dem Gebiet des Sachenrechts Anwendung, soweit nicht ihre Unanwendbarkeit sich aus Sonder Vorschriften des Sachenrechts ergibt. Danach ist § 185 bei der Auflassung anwendbar. Denn sie stellt sich als eine Verfügung im Sinne dieser Vorschrift dar (§ 873 A 8), da sie zwar nicht für sich allein, aber doch unter Hinzutritt des nicht rechtsgeschäftlichen Tatumsandes der Eintragung eine Rechtsänderung bewirkt (RG 54, 366; 129, 286; RGZ 21 A 157; 36 A 196; 47, 158; 51, 193; RZM 2, 250; 3, 263; OLG 5, 418). So kann z. B., wenn der Erwerber eines Grundstücks nach der ihm vom Eigentümer erteilten Auflassung das Grundstück an einen Dritten aufläßt, dieser Dritte als Eigentümer eingetragen werden, ohne daß zunächst der Ersterwerber als Eigentümer eingetragen werden müßte, sofern der Erstveräußerer zu der Auflassung an den Dritten seine (regelmäßig in der Auflassung an den Ersterwerber liegende) Einwilligung erteilt hat (A 5 Mitte, 8) oder nachträglich seine Genehmigung erteilt (RGZ 47, 158). Die Genehmigung kann auch gemäß § 894 BGD durch rechtskräftiges Urteil gegen den Berechtigten auf Zustimmung zu der Auflassung ersetzt werden, so z. B. wenn der Auflassende einen (durch Vormerkung gesicherten) Anspruch darauf hat, daß der eingetragene Eigentümer das Grundstück einem von ihm zu benennenden Dritten aufläßt, und wenn der Auflassende diesen Anspruch für den Eigentümer und Schuldner (§ 267) durch die Auflassung an den von ihm gewählten Dritten erfüllt hat (RGZ 51, 193). Solange allerdings diese die Rechtswirksamkeit der Auflassung herbeiführenden Tatsachen noch nicht eingetreten sind, hat das Grundbuchamt die Eintragung abzulehnen, da die Auflassung keine gehörige Grundlage für die Eintragung bildet (RZM 2, 252). Hat aber das Grundbuchamt die Eintragung (versehentlich) vorgenommen, so kann die in der Auflassung und Eintragung enthaltene Verfügung noch nachträglich durch Eintritt jener Tatsachen wirksam werden. Dabei wirkt insbesondere die Tatsache der Genehmigung gemäß § 184 Abs 1 auf den Zeitpunkt der Auflassung zurück. Doch bleiben nach § 184 Abs 2 die Verfügungen wirksam, die in der Zeit zwischen Auflassung und Genehmigung durch eine Bewilligung des Genehmigenden getroffen sind oder gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt sind. Zwar muß nach § 925 die Einigung des Veräußerers und des Erwerbers bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden. Dies finde aber auf die Genehmigung nicht Anwendung. Denn Veräußerer ist nicht der Genehmigende, sondern der auflassende Nichteigentümer, und die Genehmigung ist ein selbständiges Rechtsgeschäft, das nach § 182 Abs 1, 2 einem der Vertragsschließenden gegenüber zu erklären ist und nicht der für das Rechtsgeschäft, zu dem sie erteilt wird, bestimmten Form bedarf (RZM 2, 252). Ebenso kann eine Auflassung, die ein **Vertreter ohne Vertretungsmacht** im Namen des Eigentümers erklärt, gemäß § 177 BGB durch nachträgliche Genehmigung des Eigentümers wirksam werden (RG 104, 359; Gruch 67, 553; RGZ 22 A 146; 34 A 253; 36 A 195; RZM 2, 85; 4, 132; OLG 29, 342; 41, 56; 43, 212). Dies gilt auch dann, wenn von mehreren Eigentümern (z. B. Miterben, Miteigentümern) nur einige die Auflassung erteilen, die andern aber ihre Einwilligung dazu gegeben haben oder nachträglich die Auflassung genehmigen (OLG 41, 156). Die in RG 93, 292 vertretene Auffassung, daß eine Genehmigung bei Verfügungen einzelner Miterben rechtsgrundbächtig ausscheiden müsse, ist nicht zu billigen. Sie ist auch, nachdem die Rechtsprechung zunächst allmählich von ihr abgerückt war (RG 129, 284; 139, 122; 149, 23; HRN 1933 Nr 1201), nunmehr in aller Form endgültig durch RG 152, 380 aufgegeben worden. Die Genehmigung der übrigen Erben bedarf auch dann nicht der Form des § 925, wenn die auf-

lassenden Erben ihre Erklärungen nur im eigenen Namen abgegeben haben (§ 16, 296). Auch die von einem Erben ohne Hinzuziehung des Testamentsvollstreckers erklärte Auflassung kann nachträglich durch die Genehmigung des Testamentsvollstreckers voll wirksam werden (§ 16, 149). Die hiernach bei Vertretungsmängeln auf der Veräußererseite Platz greifenden Grundsätze gelten ebenso, wenn im Namen des Erwerbers ein Vertreter ohne Vertretungsmacht (z. B. ein Bevollmächtigter, dessen Vollmacht wegen Geschäftsunfähigkeit des Erwerbers ungültig ist) die Auflassung entgegengenommen hat und demnach der Erwerber (im Beispielsfalle der ihm nachträglich bestellte Vormund) die Entgegennahme der Auflassung genehmigt (RG Gruch 67, 552). Die Folge der Genehmigung ist (§ 184 Abs 1), daß die Auflassung rückwirkend als bereits mit dem Zeitpunkt ihrer Vornahme rechtswirksam erfolgt gilt (RG 69, 263; Gruch 67, 552). Die weitere Folge davon ist, daß der Erwerber, der auf Grund der (zunächst unwirksamen) Auflassung als Eigentümer eingetragen worden ist, als wirklicher Eigentümer seit der Eigentumsübertragung (die ihm vor der Genehmigung kein Eigentum verschafft hatte) angesehen wird (RG Gruch 67, 552). Die Genehmigung muß aber nach § 182 Abs 1 gegenüber dem einen oder dem anderen Auflassungsvertragsteil erfolgen und dem Grundbuchamt in dieser Art formgerecht (§ 29 GBD) nachgewiesen werden. Eine nur dem Grundbuchamt gegenüber erklärte Genehmigung genügt nicht (RGZ 34 A 253; 36 A 199; RZA 2 S. 86, 189; a. M. RZA 4, 132). Auch genügt die Genehmigung des (schulrechtlichen) Grundrechtsgeschäfts allein bei der Selbständigkeit der Auflassung (A 6) an sich nicht (RGZ 20 A 237; RZA 3, 59). Regelmäßig wird aber in der Zustimmung zum Grundrechtsgeschäft zugleich die Zustimmung zur Auflassung zu finden sein (RZA 3, 59). Da die Auflassung in diesen Fällen nicht wie im Falle der Auflassungserklärung eines Geschäftsunfähigen (§ 104) nichtig ist, sondern wirksam werden kann, darf das Grundbuchamt die Entgegennahme der Auflassung nicht verweigern (RZA 3, 263; DZ 20, 32). Gegenüber dem Antrag auf Eintragung des Eigentumsübergangs aber hat das Grundbuchamt nach § 18 GBD zu verfahren, also entweder den Antrag sogleich zurückzuweisen oder eine Frist zur Nachbringung der Genehmigung oder der Vollmacht zu bestimmen. Eine Auflassungsvollmacht bleibt über den Tod des Machtgebers hinaus mit Wirkung für und gegen den Erben bestehen, wenn sie in Verbindung mit einem von dem Machtgeber selbst geschlossenen Veräußerungsvertrag erteilt ist. Denn nach § 1922 gehen das Vermögen einer Person und damit auch die von ihr begründeten, nicht auf ihre Person oder Lebensdauer beschränkten Rechtsverhältnisse auf den Erben über (RG 88, 345; DZ 10, 68; RGZ 45, 243; 50, 157). Zur Eintragung des Eigentumsübergangs auf Grund der durch den Bevollmächtigten erklärten Auflassung bedarf es dann weder des Nachweises der Erbfolge noch beim Vorhandensein minderjähriger Miterben der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (RG 88, 345; RGZ 50, 157 unter Aufgabe von RGZ 41 S. 162, 174; DZ 24, 88; 25, 381). Dagegen kann ein Vorerbe durch eine ausschließlich für die Zeit nach Eintritt des Nacherbfalles erteilte Vollmacht dem Bevollmächtigten Befugnisse zur Vertretung des Nacherben nicht übertragen, also auch nicht die Befugnis zur Auflassung eines zum Nachlaß gehörigen Grundstücks. Denn nach §§ 2100, 2139 endet das Recht des Vorerben mit dem Eintritt der Nacherbfolge; der Nacherbe ist dann nicht Erbe des Vorerben, sondern Erbe des Erblassers, von dem er unmittelbar sein Recht ableitet (RGZ 50, 161). Eine Bedingung, welche einer Auflassungsvollmacht gesetzt ist, steht der Entgegennahme der Auflassung und der Eintragung des Eigentumsübergangs nicht entgegen, wenn dem Grundbuchamt der Eintritt der Bedingung in der Form des § 29 GBD nachgewiesen wird (RGZ 53, 143). Wird das Grundstück eines Minderjährigen von dessen gesetzlichen Vertreter (Vormund, Vater) ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 1821 Abs 1 Nr 1, 1643) aufgelassen, so ist die Wirksamkeit der Auflassung von der nachträglichen Genehmigung abhängig, die das Vormundschaftsgericht gemäß §§ 1828, 1829 Abs 1 dem gesetzlichen Vertreter gegenüber zu erklären hat und die dem andern Teil gegenüber erst wirksam wird, wenn sie ihm durch den gesetzlichen Vertreter mitgeteilt wird; dem Grundbuchamt ist der Nachweis hiervon in der Form des § 29 GBD zu erbringen, bevor die Eintragung des Eigentumsübergangs erfolgen kann (DZ 39, 261). Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung kann auch unter einer Bedingung erteilt werden (RGZ 44, 193; 53, 143). Ist dies der Fall, so kann die Auflassung mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 925 Abs 2 erst nach Eintritt der Bedingung erfolgen; dieser Eintritt muß dem Grundbuchamt ebenfalls in der Form des § 29 GBD nachgewiesen werden (RGZ 53, 143). Wird ein Grundstück an einen Minderjährigen zu Händen seines gesetzlichen Vertreters aufgelassen, so bedarf es zur Wirksamkeit der Auflassung und zur Vornahme der Eintragung des Nachweises der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht, auch wenn die in der Auflassung liegende Verfügung über den Anspruch auf Eigentumsübertragung (Aufhebung durch Erfüllung) genehmigungsbedürftig ist. Denn die Wirksamkeit der Auflassung wird durch die Unwirksamkeit der Verfügung über den schuldrechtlichen Anspruch nicht berührt, und das Grundbuchamt hat lediglich die Wirksamkeit der Auflassung zu prüfen (DZ 14, 61; 39, 262 unter Aufgabe von RGZ 24, 103; 28, 3; 32, 234).

8. In der Auflassungserklärung des eingetragenen Eigentümers kann und wird regelmäßig (A 5 Mitte, A 7) zugleich seine Zustimmung dazu liegen, daß der Erwerber, schon bevor er als

Eigentümer eingetragen ist, das Grundstück an einen anderen weiter aufläßt. Dann ist die Auflassungserklärung des mangels Eintragung an sich noch nicht verfügungsberechtigten Erwerbers gemäß § 185 Abs 1 wirksam, so daß sogleich die Eintragung des zweiten Erwerbers erfolgen kann (RG 54, 367; 129, 153; SeuffA 57 Nr 10; RGZ 47, 158; 53, 144; DLG 43, 1; a. M. DLG 8, 190). Hat jedoch der Ersterwerber die Eintragung eines Rechts (z. B. einer Restkaufgeldhypothek) zugunsten des Erstveräußerers bewilligt, so kann in Anbetracht der Gefahr, daß bei der unmittelbaren Eintragung des Zweiterwerbers das bewilligte Recht für den Erstveräußerer nicht zur Entstehung gebracht wird, fraglich sein, ob der Erstveräußerer mit der Auflassung zugleich seine Einwilligung in weitere Verfügungen des Ersterwerbers hat erteilen wollen. Jedenfalls kann in diesem Fall die Einwilligung nur mit der Maßgabe als erteilt gelten, daß das für den Erstveräußerer bewilligte Recht bei der unmittelbaren Eintragung des späteren Erwerbers zur Entstehung gebracht werde, und zwar, wenn nichts anderes ausdrücklich festgesetzt ist, mit dem Range vor etwa nachher bewilligten Rechten. Daher kann in einem solchen Fall die unmittelbare Eintragung des Zweiterwerbers nur dann erfolgen, wenn dieser entweder die Eintragung des Rechts für den Erstveräußerer erneut bewilligt oder gemäß § 185 Abs 2 die von dem (nichtberechtigten) Ersterwerber durch seine Eintragungsbewilligung vorgenommene Verfügung genehmigt (ZFG 2, 317). — Die Abtretung des rechtswirksam und in der Form des § 313 Satz 1 begründeten Anspruchs auf Übertragung des Eigentums (auf Auflassung) gegen den eingetragenen Eigentümer bedarf zu ihrer Gültigkeit nicht der Form des § 313 (RG 53, 268; 108, 62; 111, 300). Auf Grund der Abtretung kann der Abtretungsempfänger sich an Stelle des Abtretenden die Auflassung erteilen und sich als Eigentümer eintragen lassen (RG Warn 1928 Nr 128). — Ist die Firma eines Einzelkaufmanns die Erwerberin, so ist nicht die Firma, sondern der Einzelkaufmann unter seinem bürgerlichen Namen als Eigentümer einzutragen (ZFG 2, 313).

9. Die Auflassung (A 6) hat, abgesehen von dem Eigentumsübergang bei hinzutretender Eintragung (A 5), noch weitere Wirkungen. Wenn ihr ein Kauf oder Tausch zugrunde liegt, so gehen gemäß §§ 446, 515 von dem Zeitpunkt der Eintragung ab Gefahr, Nutzungen und Lasten auf den Käufer über. Nach § 464 verliert der Käufer seine Ansprüche auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz, wenn er die Auflassung ohne Vorbehalt annimmt, obwohl er die Mängel des Grundstücks kennt (RG 58, 261; 59, 104; JW 1901, 785; 1908, 1377). Den Besitz erlangt der Auflassungsempfänger durch die Auflassung allein nicht. Ist er aber in der Lage, die Gewalt über das Grundstück auszuüben, so ist die Auflassung als eine den Besitz verschaffende Einigung im Sinne des § 854 Abs 2 anzusehen. Die **Kosten der Auflassung** hat nach § 449 der Käufer zu tragen. Über die Kosten im Falle sonstiger zugrunde liegender Rechtsgeschäfte bestimmt das BGB nichts. Es kommt hierbei auf das Wesen der Grundrechtsgeschäfte an. Hat danach der Erwerber Anspruch auf kostenfreie Verschaffung des Eigentums (wie z. B. beim Schenkungsvertrag, Vermächtnis), so muß der Veräußerer die Kosten tragen. In der Regel aber wird der Erwerber eine dem Käufer ähnliche Rechtsstellung haben (z. B. bei Übernahme des Nachlaßgrundstücks im Falle der Erbauseinandersetzung). Dann wird § 449 auf ihn entsprechend anzuwenden sein.

10. Die Vorschrift der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt enthält eine Ausnahme von § 128. Auch das formelle Grundbuchrecht macht im § 20 GBD, der eine Ausnahme von § 19 GBD enthält, die Eigentumsumschreibung davon abhängig, daß die Einigung von beiden Teilen erklärt ist. Nach Art 143 Abs 2 GG kann landesrechtlich bestimmt werden, daß bei gerichtlichen oder notariellen Versteigerungen, sofern die Auflassung noch in dem Versteigerungstermin stattfindet, die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile nicht erforderlich ist. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so müssen nach erfolgtem Zuschlag der Eigentümer und der Ersteher bei gleichzeitiger Anwesenheit die Einigung über den Eigentumsübergang erklären. Ein aus dem Versteigerungsprotokoll zu entnehmendes stillschweigendes Einverständnis hierüber genügt nicht (DLG 39, 217). Findet die Auflassung nicht vor dem Grundbuchamt, sondern vor einem Urundsbeamten (Notar: A 12) statt und sind von diesem die dem § 925 entsprechenden Erklärungen der Beteiligten im voraus protokolliert (A 6), so kann das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit der beiden Beteiligten und des Urundsbeamten zwar auch dann noch erfüllt sein, wenn nur zwei von ihnen sich in demselben Zimmer befinden und der Dritte in einem anstoßenden offenstehenden Zimmer sich aufhält. Dann müssen aber die drei Personen wenigstens sich gegenseitig sehen und vernehmen können, und ferner muß, wenn das Protokoll vorgelesen und genehmigt wird (A 6), diese Genehmigung von jedem der beiden Beteiligten in vernünftiger Weise ausdrücklich erklärt werden (RG Warn 1928 Nr 62). Soll ein Vertrag über die Veräußerung eines Grundstücks durch Angebot und Annahme gemäß § 128 geschlossen werden, ist zunächst erst ein Angebot gemacht, soll aber die Auflassung unmittelbar im Anschluß an das Zustandekommen des Vertrags erfolgen, so muß, damit sofort nach der Annahmeerklärung des andern Teils die Auflassung stattfinden kann, der Anbietende schon zur Annahmeerklärung bei dem Grundbuchamt (A 12) erscheinen (RG 102, 300). Haben auf der einen Vertragsseite mehrere Beteiligte (z. B. Miterben, Miteigentümer) mitzuwirken, so ist nicht erforderlich, daß die mehreren Beteiligten sämtlich ihre Erklärung gleichzeitig abgeben. Die Ausnahme von § 128 besteht

nur darin, daß die Vertragsgegner ihre Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit zu erklären haben. Daher genügt es, wenn jedesmal der andere Teil und einer oder einzelne der mehreren Vertragsgegner gleichzeitig die Auflassungserklärungen abgeben und schließlich die gleichzeitig mit dem anderen Teil erfolgten Auflassungserklärungen der sämtlichen Vertragsgegner vorliegen (RZM 8, 245; DLG 9, 343). Im übrigen ist in einem solchen Falle die bereits in A 7 Mitte besprochene Möglichkeit gegeben, die Auflassungserklärung einzelner Beteiligter durch Genehmigung der übrigen für alle wirksam zu machen.

11. Daß beide Teile vor dem Grundbuchamt in Person erscheinen, ist nicht erforderlich. Die Beteiligten können sich vielmehr durch **Bevollmächtigte** vertreten lassen. Die Bevollmächtigung ist dem Grundbuchamt nachzuweisen. Regelmäßig genügt die Vorlegung einer öffentlich beglaubigten Vollmacht, da der Bevollmächtigte seine Vertretungsbefugnis auf eine (Bevollmächtigungs-) Erklärung des Vertretenen gründet und diese Erklärung eine im Sinne des § 29 Satz 1 GBD zur Eintragung erforderliche Erklärung ist (RZM 2, 189; DLG 12, 153). Ausnahmeweise kann aber auch die Auflassungsvollmacht der Form des § 313 unterliegen (§ 313 A 3c, d). Erfolgt die Auflassung nicht vor dem Grundbuchamt, sondern z. B. vor einem Notar (A 12), so genügt es, daß der als Bevollmächtigter Auftretende zur Zeit des Abschlusses der Auflassungsverhandlung Vollmacht hat, da in diesem Zeitpunkt die Auflassungserklärungen wirksam werden; zur Zeit des Eingangs der Verhandlung beim Grundbuchamt und der Vornahme der Eintragung braucht die Vollmacht nicht mehr zu bestehen. Die Auflassungserklärung des Bevollmächtigten bleibt also wirksam, wenn der Machtgeber erst nach Abschluß der Auflassungsverhandlung die Vollmacht widerruft (DLG 40, 46). Formellrechtlich ist allerdings, wenn der Bevollmächtigte den Erwerber vertritt und den Antrag auf dessen Eintragung stellt, zur Vornahme der Eintragung den Nachweis des Bestehens der Vollmacht noch zur Zeit des Eingangs des Antrags beim Grundbuchamt erforderlich, da der verfahrensrechtliche Antrag (§ 13 GBD) erst in diesem Zeitpunkt wirksam wird. Das Grundbuchamt hat daher die Eintragung abzulehnen, wenn ihm ein in zwischen erfolgter Widerruf der Vollmacht bekannt wird oder sonst berechtigte Zweifel am Fortbestehen der Vollmacht auftauchen (DLG 40 S. 44, 45). Eine Auflassungsvollmacht ermächtigt nicht ohne weiteres auch zur Auflassung an den Rechtsnachfolger des in der Urkunde genannten Gegners (RGZ 51, 202; DLG 40, 274). Daß die Vollmacht für die Auflassung besonders erteilt wird, ist nicht erforderlich. Vielmehr umfaßt die Vollmacht zum Abschluß des Grundrechtsgeschäfts regelmäßig auch die Bevollmächtigung zur dinglichen Einigung. Ist die Vollmacht bereits vor der Auflassung durch Widerruf (§ 168) oder Konkursöffnung (§ 23 R-D) erloschen, so hat das Grundbuchamt, wenn ihm das Erlöschen bekannt wird, zwar die Auflassung entgegenzunehmen, aber den Antrag auf Eintragung so lange abzulehnen (§ 18 GBD), bis ihm die Genehmigung des Vertretenen oder des Konkursverwalters (§ 177) nachgewiesen wird (A 7). Tritt aber das Erlöschen (z. B. durch Widerruf, Tod) erst nach der Auflassung ein, so hindert dies die Eintragung nicht. Die Frage der Fortdauer der Vollmacht nach dem Tode des Vollmachtgebers ist schon in A 7 a. E. erörtert. Einem Notar, vor dem das Grundrechtsgeschäft geschlossen wird, kann mit Rücksicht auf § 171 Nr 1 FG nicht in derselben Urkunde eine Vollmacht zur Auflassung von den Beteiligten erteilt werden (RGZ 24 A 6). — **Gesetzliche Vertreter** müssen, da ihre Vertretungsbefugnis auf dem Gesetz, nicht auf einer Erklärung des Vertretenen beruht, gemäß § 29 Abs 1 Satz 2 GBD öffentliche Urkunden über ihre Ernennung beibringen (RZM 2, 139; RGZ 22 A 296). Das gilt z. B. für den Vormund (§ 1791), den Nachlasspfleger (§ 1961), den Nachlassverwalter (§§ 1975 ff.), den Konkursverwalter (§ 78 R-D). Vgl. ferner für den Vorstand: eines Vereins § 69 (Zeugnis des Registerrichters) und DLG 3, 428; 10, 406 (Auflassungserklärung durch den ganzen Vorstand); einer Genossenschaft § 26 Abs 2 GenG (Zeugnis des Genossenschaftsregisterrichters); einer Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, offenen Handelsgesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung §§ 32, 34 GBD (Zeugnis des Handelsregisterrichters, Bezugnahme auf Handelsregister) und RZM 3, 165 (Auszug des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle aus dem Register genügt). **Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte** sind nach §§ 49 Abs 2, 54 Abs 2 HGB zur Grundstücksübertragung nur im Falle besonderer Ermächtigung befugt; zur Belastung eines Grundstücks bei dessen Erwerb bedürfen sie ebenfalls einer besonderen Ermächtigung (RZM 5, 273). — Die Auflassungserklärung eines **Vertreters ohne Vertretungsmacht** ist in A 7 behandelt. Unter welchen Voraussetzungen ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich selbst die Einigung erklären kann, ergibt sich aus § 181. Danach ist sowohl ein gewillürter als auch ein gesetzlicher Vertreter dazu befugt, wenn die Eigentumsübertragung lediglich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt; der gewillürte Vertreter ferner, wenn ihm die Eigentumsübertragung an sich selbst durch die Vollmacht gestattet ist. Unter denselben Voraussetzungen können beide Vertragsparteien von einer Person bei der Auflassung vertreten werden; insbesondere kann eine Person sowohl zur Erteilung wie zur Entgegennahme der Auflassung bevollmächtigt werden (RG 51, 422; RZM 3, 45; RGZ 21 A 292; DLG 40, 274; FG 4, 328). Auch einem **Testamentsvollstrecker**, der nicht Vertreter der Erben ist und auf den daher § 181 keine Anwendung findet (RG 56, 330; 61, 145; RZM 3, 101), kann durch das Testament vom Erblasser gestattet werden, über ein Nachlassgrundstück durch Auflassung zu seinen

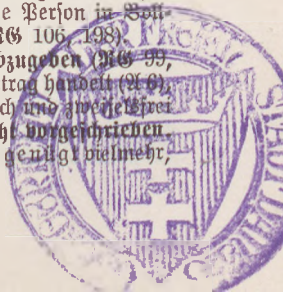
Gunsten zu verfügen (RGZ 25 A 72; RM 3, 45). Ist ein Miterbe zum Testamentsvollstrecker ernannt, so ist er, falls sich nicht aus dem Testament etwas Abweichendes ergibt, gemäß dem aus der Ernennung des Miterben und den vom Gesetz bestimmten Befugnissen des Testamentsvollstreckers zu entnehmenden Willen des Erblassers als ermächtigt zu erachten, die zur Erbauein-
 anderlegung erforderlichen Auflassungen von Nachlassgrundstücken nicht nur an andere Miterben, sondern auch an sich selbst vorzunehmen (RG 61, 141; RG 4, 437; a. M. RM 3 S. 101, 167; 4, 185).

Eine Ausnahme von dem Grundsatz der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile besteht, wenn der eine Teil zur Erteilung oder Entgegennahme der Auflassung rechtskräftig verurteilt ist. Die Auflassungserklärung gilt dann gemäß § 894 Abs 1 Satz 1 ZPO als mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils abgegeben. Der andere Teil erlangt die Eintragung, wenn er unter Vorlegung des mit Rechtskraftzeugnis versehenen Urteils, das nun die Auflassungserklärung des Beurteilten so ersetzt, als wenn dieser anwesend wäre und die Erklärung freiwillig abgab, die von seiner Seite erforderliche Auflassungserklärung vor dem Grundbuchamt abgibt und den Eintragungsantrag stellt (A 13 gegen Ende; Prot 3, 177; RG 76, 411; RGZ 44, 223; 49, 183). Ist der Beklagte auf Grund eines Kaufvertrags zur Auflassung verurteilt, so wird die Vollziehung des Urteils in dieser Weise nicht dadurch gehindert, daß der Beurteilte angeblich zwar erst nach der Klagerhebung, aber schon zur Zeit der Urteilsfällung geschäftsunfähig geworden war. Denn der Kaufvertrag begründet nach § 433 die Verpflichtung des Beurteilten zur rechtswirksamen Auflassung. Daher ist gemäß der Klagebegründung das Urteil dahin aufzufassen, daß der Beklagte zur Abgabe einer rechtskräftigen Auflassungserklärung verurteilt worden ist (RG Gruch 63, 506). Wird das Urteil nicht schon bei der Auflassungserklärung des obliegenden Teils, sondern erst nachträglich dem Grundbuchamt eingereicht, so ist das Erfordernis der Gleichzeitigkeit und Einheitslichkeit der Auflassungserklärungen nicht gewahrt; die daraufhin etwa erfolgte Eigentums eingetragen ist unrichtig (RGZ 49, 183). Ist die Verurteilung zur Auflassung Zug um Zug gegen eine Gegenleistung erfolgt (z. B. Verurteilung des Verkäufers Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises), so ist die Weibringung einer nach §§ 726, 730 ZPO erteilten vollstreckbaren Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erforderlich, da nach § 894 Abs 1 Satz 2 die Auflassungserklärung hier erst mit der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung als abgegeben gilt (RG Gruch 63, 507). Diese Ausfertigung muß schon bei der Auflassungserklärung des andern Teils vorliegen; wird sie erst später erteilt, so ist die Auflassung nichtig (RG HRN 1928 Nr 215). Denn die Wirkung des Urteils, die mit seiner Vorlegung verbunden ist, richtet sich immer gerade auf die zuständige Amtsstelle, vor der die Vorlegung und die Erklärung des anderen Teils erfolgt, gleichviel, ob die Amtsstelle das Grundbuchamt oder eine andere nach Reichs- oder Landesrecht (Art 143 GG) zuständige Behörde ist (A 12). — Ist im öffentlichen Interesse nach Reichs- oder Landesrecht eine nicht rechtsgeschäftliche Genehmigung (z. B. des Vormundschaftsgerichts: § 1821 Nr 1, 4; einer Aufsichtsbehörde: A 3) zur Auflassung erforderlich, so bedarf es neben dem rechtskräftigen Urteil nicht noch der Weibringung der Genehmigung. Denn einestells gilt das Erfordernis der Genehmigung nur für die freiwillige rechtsgeschäftliche Verfügung; andernteils hat der Prozeßrichter, bevor er eine Verurteilung (z. B. des Vormundes) ausspricht, zu prüfen, ob eine Genehmigung erforderlich und nachgewiesen ist (str.; RGZ 31 A 293; 45, 264). Dies gilt auch dann, wenn die Verurteilung auf Grund eines Anerkenntnisses (§ 307 ZPO) erfolgt ist und das Prozeßgericht unter Berücksichtigung des Umstands, daß das Anerkenntnis keine reine Prozeßhandlung, sondern Verfügungssakt ist, das Anerkenntnisurteil ohne Genehmigung (z. B. des Vormundschaftsgerichts) nicht hätte erlassen dürfen. Denn die Rechtskraft des Urteils schließt seine sachliche Nachprüfung aus (RGZ 45, 267). Daß nach § 894 Abs 1 Satz 1 ZPO mit der Rechtskraft des Urteils die Auflassungserklärung als abgegeben gilt, ist nicht lediglich Urteilswirkung, sondern schon ein Akt der Zwangsvollstreckung, wenngleich hier nicht wie bei der Zwangsvollstreckung im engeren Sinne neben der Verurteilung noch ein weiterer Zwang gegen den Beurteilten ausgeübt wird (str.; RG 62, 157; 76, 409; 88, 202; 89, 230; RGZ 26 A 262). Ist also gegen einen in Gütergemeinschaft verheirateten Mann ein Urteil auf Auflassung eines zum Gesamtgut gehörigen Grundstücks ergangen, so genügt nach § 740 ZPO dies Urteil; zur Eintragung der Eigentumsänderung bedarf es nicht der nach § 1445 zur Verfügung des Ehemanns über ein zu dem Gesamtgut gehörendes Grundstück erforderlichen Einwilligung der Ehefrau (str.; RGZ 26 A 260; 40 A 159; offen gelassen in RG 108, 285). Was aber die Prüfung der Verfügungsbezugnis des Verurteilten und die Weibringung sonstiger Nachweise anbetrifft, so kann auf § 873 A 70 verwiesen werden. Wenn der zur Erteilung der Auflassung Verurteilte noch nicht als Eigentümer eingetragen ist, kann der andere Teil gemäß § 14 ZPO zunächst die Eintragung des Verurteilten beantragen. Ist das Urteil auf Erteilung der Auflassung nur vorläufig vollstreckbar, so kann nach § 895 ZPO (sinngemäß anwendbar auf gewisse Feststellungsurteile: ZPO 18, 148) nur eine Auflassungsvormerkung eingetragen werden (RG 55, 57). Daneben kommt ein Vorgehen aus § 887 ZPO nicht in Betracht (ZB 1933, 216ⁿ); die abweichende Ansicht der früheren Auflagen wird aufgegeben. Wohl aber ist § 887 anwendbar, wenn der Schuldner verurteilt ist, nach seiner Wahl aufzulassen oder etwas anderes zu

leisten (RG 53, 84; 55, 60). Die Vollstreckung des Urteils gegen einen anderen als den Beurteilten (z. B. einen Rechtsnachfolger, einen Nacherben, einen Erben im Verhältnis zum Testamentvollstrecker) ist in § 873 A 7e behandelt. Mit der Rechtskraft des Urteils gilt die Auflassungserklärung nicht nur zugunsten des Gläubigers, sondern auch zugunsten des Schuldners als abgegeben. Daher ist die den Gegenstand der Beurteilung bildende Leistung, die Auflassungserklärung, als vom Schuldner bewirkt anzusehen. Das ist von Bedeutung z. B. für die Frage, ob dem Gläubiger noch Rechte nach §§ 283, 325 Abs 2 oder 326 zustehen (RG 76, 412). Den erforderlichen Inhalt des Urteils erörtert A 13 a. E. — Vollstreckbare Prozeßvergleiche (§ 794 Abs 1 Nr 1 ZPO), die die Erteilung einer Auflassung zum Gegenstand hatten, standen früher in den Rechtsgebieten, in denen die Auflassung nur vor dem Grundbuchamt (A 12) erfolgen konnte, den Urteilen nicht gleich; sie waren gemäß § 887 ZPO zu vollstrecken (RG 55, 57; RZM 11, 235). Heute wird eine im Prozeßvergleich erklärte Auflassung für wirksam erachtet (A 12).

12. Statt vor dem Grundbuchamt kann nach Art 1 § 1 ZD v. 11. 5. 1934 (RGBl I, 378) die Auflassung in allen Teilen des Deutschen Reichs auch vor einem Notar erklärt werden. Dies gilt auch für Grundstücke, die außerhalb des Amtsbezirks des Notars oder des Landes, von dem er bestellt ist, liegen. Allerdings darf der Notar die Auflassung nur in seinem Amtsbezirk entgegennehmen. Ein Verstoß hiergegen hat jedoch nicht die Unwirksamkeit der aufgenommenen Urkunde zur Folge (ZD v. 17. 6. 1934, RGBl I, 514). Ferner kann gemäß Art 143 Abs 1 EG Landesrechtlich die Erklärung der Auflassung auch vor Gericht, einer anderen Behörde oder einem anderen Beamten zugelassen werden. Von diesem Vorbehalt haben z. B. Gebrauch gemacht: Preußen in Art 26 UGBWB, Ges v. 13. 5. 1918, 11. 1. 1929, ZD v. 29. 10. 1928, RG z. RechlG v. 15. 12. 1919 § 34 Abs 1 Satz 2; Bayern in Art 81 UGBWB; Sachsen in §§ 13, 20 UGBWB; Württemberg in Art 34, 35, 38 UGBWB (Neufassung v. 29. 12. 1931). Nach dem Preussischen Gesetz vom 14. Dezember 1920 nebst W v. 1. März 1928 betr. Übertragung richterlicher Geschäfte in Grundbuchsachen auf die Urkundsbeamten der Geschäftsstelle gilt folgendes: Auch die Entgegennahme von Auflassungen kann übertragen werden, und zwar einschließlich der regelmäßig damit verbundenen Beurkundungen der Schulurkunden, der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus der Urkunde, der Abtretungs- und Verpfändungserklärungen sowie der Empfangsbescheinigungen. Der Landgerichtspräsident kann die Entscheidung auf Eintragungsanträge einfacher Art als geeignet zur Übertragung an den Urkundsbeamten bezeichnen. Er kann auch die Entscheidung auf alle Eintragungsanträge als geeignet bezeichnen, soweit sich nicht der Richter im Einzelfall die Entscheidung vorbehalten hat. Der Richter soll von dem Vorbehalt Gebrauch machen in den Fällen des § 26 und in Fällen, in denen es sich um Grundstücke außerhalb des Amtsgerichtsbezirks handelt. Danach erfolgt in Preußen die Entgegennahme der Auflassung jetzt in der Regel durch den Urkundsbeamten (genannt Rechtspfleger), soweit nicht ein Notar zuständig ist und sie entgegennimmt. Vgl. hierzu auch RG 132, 406. — Grundbuchamt im Sinne des § 925 ist das Amtsgericht, welches das Grundbuch über das zu veräußernde Grundstück führt oder zu dessen Führung zuständig ist (§ 1 Abs 1 GBD), nicht ein beliebiges Grundbuchamt. Ist das Grundbuchamt mit mehreren Richtern besetzt, so sind auch die Grundbuchrichter zuständig, denen die Führung des fraglichen Grundbuchblatts nicht besonders aufgetragen ist (str.). Die Frage, ob eine Auflassung auch vor dem Prozeßgericht oder vor dem Vollstreckungsgericht, insbesondere in einem Prozeßvergleich, erklärt werden kann, ist streitig und durch den Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt. Wo auf Grund des Art 143 EG landesgesetzlich bestimmt ist, daß die Auflassung außer vor dem Grundbuchamt auch vor jedem Gericht erfolgen könne, ist die in einem gerichtlichen Prozeßvergleich von beiden Beteiligten erklärte Auflassung wirksam (RZM 11, 235; 14, 319). Aber auch darüber hinaus entnimmt jetzt das Kammergericht den neueren Gesetzesvorschriften, namentlich der oben erwähnten ZD v. 11. 5. 1934, den Grundsatz, daß eine in einem Prozeßvergleich (sei es auch noch vor dem Versteigerungsrichter) erklärte Auflassung wirksam ist (ZFG 14, 355). Wird die Auflassung nicht vor dem Grundbuchamt oder einer nach Reichs- oder Landesrecht sonst zuständigen anderen Amtsstelle erklärt, so ist sie nach § 125 nichtig, weil sie der gesetzlich vorgeschriebenen Form entbehrt; dann geht trotz Eintragung das Eigentum nicht über (str.). Daß die Auflassung aber gerade im Amtsraum des Grundbuchamts erklärt wird, ist nicht erforderlich. Denn auch eine Erklärung vor dem zu amtlicher Tätigkeit bereiten Grundbuchbeamten außerhalb der Amtsstelle ist eine Erklärung „vor dem Grundbuchamt“ (str.). — Gibt derjenige, der die Auflassung erteilt oder annimmt, sich dem Grundbuchbeamten gegenüber fälschlich als die Person des Veräußerers oder Erwerbers aus, so liegt eine rechtswirksame Auflassung „vor dem Grundbuchamt“ nicht vor, mag auch die falsche Person in Sonnmacht der richtigen Person handeln und der andere Beteiligte dies wissen (RG 106, 193).

12. Die Erklärung der Auflassung ist von allen Beteiligten mündlich abzugeben (RG 68, 68; DLG 2, 429; 10, 406; RGZ 33 A 192). Da es sich um einen (dinglichen) Vertrag handelt (A 6), müssen die Erklärungen von der einen Partei gegenüber der anderen ausdrücklich und zweifelsfrei abgegeben werden (DLG 45, 211). Ein bestimmter Inhalt ist im Gesetz nicht vorgeschrieben. Daß das Wort „auflassen“ gebraucht wird, ist nicht erforderlich (DLG 4, 311). Es genügt vielmehr,



wenn sich aus den Erklärungen beider Teile die Einigung über den Eigentumsübergang ergibt (RG 54, 381; FFG 4, 326). Daher ist es z. B. genügend: wenn der Verkäufer erklärt, daß er das Eigentum an dem Grundstück dem Erwerber übertrage, und der Erwerber diese Erklärung annimmt; wenn beide Teile erklären, sie seien darüber einig, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen solle (RZM 3, 143); wenn der Verkäufer erklärt, er bewillige die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer, und der Erwerber seine Eintragung beantragt (RG 54, 382; DLG 26, 36) oder die Erklärung annimmt (DLG 4, 311). In RG 129, 124 wird sogar die Deutung von Erklärungen über den Verkauf und die Übertragung eines Erbanteils an den Erbschaftskäufer als Auflassung eines zur Erbmasse gehörenden Grundstücks zugelassen. Insbesondere ist außer der Erklärung der Einigung über den Eigentumsübergang nicht etwa noch eine Erklärung der Einigung über die Eintragung erforderlich, da im § 873 Abs 1 nur die Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung erforderlich wird (RZM 3, 145; RGZ 48, 160). Ebenso wenig ist erforderlich, daß der Verkäufer das Bewußtsein hat, Eigentümer zu sein; maßgebend ist vielmehr seine Erklärung der Eigentumsübertragung (DLG 26, 35). Auch nach formellem Grundbuche recht ist nicht Voraussetzung für die Vornahme der Eintragung, daß eine ausdrückliche Bewilligung der Eintragung erklärt ist. Denn § 19 GBD (Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten) kommt bei Auflassungen nicht zur Anwendung. Maßgebend ist hier vielmehr § 20 GBD, wonach die Erklärung der „erforderlichen Einigung“, also der Einigung über den Eigentumsübergang, genügt (RG 141, 374; FFG 1937, 2199¹³; RZM 3, 145; RGZ 48, 146; § 873 A 7 d.; den Fall des Fehlens jeder Erklärung des Erwerbers in der Auflassungsurkunde behandelt DLG 26, 34). Die Auflassung muß aber, wenn sie die Eintragungsbewilligung ersetzen soll, das aufgelassene Grundstück übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt genau bezeichnen; eine solche Bezeichnung bloß im Umschreibungsantrag genügt nicht (FGG 15, 284). Formellrechtlich bedarf es weiter eines formlosen (§ 30 GBD) Eintragungsantrags gemäß § 13 GBD (DLG 11, 158; RGZ 43, 203). Ein solcher Antrag wird aber regelmäßig schon in den Einigungserklärungen mit enthalten sein, sofern nicht die Auflassung vor einer anderen Behörde als dem Grundbuchamt erklärt ist (RG 54, 383; 84, 236; RZM 3, 144) oder die Beteiligten sich aus bestimmten Gründen trotz der Auflassung die Stellung des Eintragungsantrags vorbehalten (RGZ 43, 203); dieser Vorbehalt ist trotz der Bestimmung des § 925 Abs 2 zulässig (A 14). Auf die Reihenfolge der Erklärungen kommt es nicht an; die Auflassungserklärung des Verkäufers braucht der des Erwerbers nicht voranzugehen. Wird die Auflassung zusammen mit dem Grundrechtsgeschäft in einer Urkunde aufgenommen, so ist eine räumliche Trennung beider Geschäfte nicht erforderlich. — Da die Einigungserklärungen mündlich abzugeben sind und die Aufnahme eines Protokolls darüber zur Gültigkeit nicht vorgeschrieben ist, sind die Erklärungen auch dann rechtswirksam, wenn eine Protokollaufnahme unterblieben ist. Die Auflassung hat gegenüber der nach § 873 Abs 1 erforderlichen Einigung nur die Besonderheit, daß sie bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile in Gegenwart des Grundbuchbeamten erklärt werden muß, nicht die Besonderheit, daß sie erst dann rechtsgültig wird, wenn ihre Aufnahme zum Protokoll erfolgt ist. Anders liegt die Sache in den Fällen der §§ 1434, 1750, 1770, 2276, 2290. Dort ist vorgeschrieben, daß die Verträge bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile „vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen“ werden müssen. Das bedeutet nach dem Sprachgebrauch des BGB, daß der Vertragschluß gerichtlich oder notariell beurkundet, also gemäß §§ 168, 175 ff. FGG zu gerichtlichen oder notariellen Protokoll aufgenommen werden muß. Aus den Worten „Einigung vor dem Grundbuchamt erklärt“ in § 925 ist aber nicht zu entnehmen, daß die Erklärung der Auflassung zu Protokoll abzugeben ist, um gültig zu sein (Prot 3, 176). Die Frage ist indessen streitig. Formgerechte Beurkundung gemäß §§ 168 ff. FGG als Voraussetzung der Wirksamkeit der Auflassung ist angenommen in RGZ 35 A 255; DLG 25, 371 und mit ausführlicher Begründung in RGZ 51, 142. In der zuletzt genannten Entscheidung wird aus der Entstehungsgeschichte des § 925 und der oben bezeichneten Paragraphen gefolgert, daß die Auflassung jenen Verträgen gleichzustellen sei und die Worte „vor dem Grundbuchamt erklärt“ bedeuteten „vor dem Grundbuchamt zu Protokoll erklärt“. Demzufolge wurde eine Auflassung für nichtig erklärt, weil der Grundbuchrichter unterlassen hatte, das Protokoll zu unterzeichnen. Die Entstehungsgeschichte stützt diese Ansicht aber keineswegs so klar, daß sie gegenüber dem Wortlaut des § 925 für maßgebend angesehen werden könnte. Vielmehr erklären die Motive zu Entw 1 BGB § 828, der allerdings für die Übertragung des Eigentums keine besondere Formvorschrift gegenüber Verträgen auf sonstige Rechtsänderungen an einem Grundstück enthielt, in Bd. 3 S. 177, 181, daß zwar demnach in der GBD die Erklärung zu Protokoll des Grundbuchamts vorgeschrieben werden würde, daß aber die auf Grund einer nur mündlichen oder einer zwar schriftlichen, aber nicht beglaubigten Eintragungsbewilligung vollzogene Eintragung nicht als nichtig anzusehen sei. Und die Motive zu Entw 1 GBD S. 75 besagen, die Vertragserklärungen seien nicht an eine Form gebunden, es komme nur darauf an, daß die Erklärungen wirklich abgegeben seien. Das Reichsgericht hatte in RZM 5, 103 (unvollständig RG 54, 195) die Meinung, daß die Auflassung auch bei Annahme eines Verstoßes gegen die §§ 176, 177 FGG als gültig angesehen werden müsse, als irrig bezeichnet. In RG 99, 65 und in Gruch 65, 90 ist jedoch diese Auffassung aufgegeben und mit einer der hier

vertretenen Ansicht im wesentlichen entsprechenden Begründung dahin entschieden, daß auch dann die Eintragung des Erwerbers rechtswirksam sei, wenn sie auf Grund einer nicht beurkundeten oder nicht formgerecht beurkundeten, vor dem Grundbuchamt erklärten Auflassung erfolgte. Dieselbe Rechtsansicht liegt zugrunde der Entscheidung RG 132, 406, wo es sich darum handelte, ob die Auflassung überhaupt mündlich erklärt oder nur ein Auflassungsprotokoll niedergeschrieben und beglaubigt war und ob der Urkundsbearbeiter der Geschäftsstelle (Grundbuchführer), vor dem die Parteien auftraten, zur Entgegennahme der Auflassung nach den damaligen Bestimmungen zuständig war. Übrigens ist die Streitfrage wenig praktisch, da nach § 29 GBD der Grundbuchrichter die Eintragung des Eigentumsübergangs nur vornehmen darf, wenn die Auflassungserklärungen vor ihm zu Protokoll gegeben sind oder, sofern die Auflassung vor einem Notar oder einer anderen Behörde erfolgt ist, ihm in der im § 29 Satz 1 GBD vorgeschriebenen Form nachgewiesen werden (RG 35 A 256). — Wird die Auflassungserklärung des Veräußerers oder des Erwerbers (RG 76, 411; RG 31 A 294) durch rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 Abs 1 Satz 1 ZPO ersetzt (A 11), so muß das Urteil seinem Inhalt nach den bei der Auflassung vor dem Grundbuchamt zu stellenden Anforderungen entsprechen (RG 76, 412). Mithin braucht nicht gerade wörtlich die Verurteilung zur Auflassung oder Entgegennahme der Auflassung im Urteil ausgesprochen zu sein. Es genügt vielmehr ein Ausspruch, aus dem mit Sicherheit die Verurteilung zur Abgabe einer auf Eigentumsübertragung gerichteten Erklärung zu entnehmen ist, z. B. die Verurteilung des Eigentümers zur Bewilligung der Eintragung des anderen Teiles als Eigentümers (RG 54, 382; jedoch auch RZM 2, 48). Eine Verurteilung Zug um Zug gegen Auflassung umfaßt den ganzen Vorgang nach §§ 873, 925, also Auflassung im gesetzlichen Sinne und Eintragung (RG 84, 236). Der Urteilsieger muß in seiner Auflassungserklärung klar zum Ausdruck bringen, daß er die durch das Urteil erzwungene Erklärung des anderen Teils annimmt; nach formellem Grundbuchrecht genügt nicht eine nur öffentlich beglaubigte, sondern allein eine vom Grundbuchamt oder Notar beurkundete Auflassungserklärung des Urteilsjägers (HR 1934 Nr 652; ZB 1936, 678⁴⁹). Sind mehrere Erwerber zur Entgegennahme der Auflassung verurteilt, so muß mit Rücksicht auf § 47 GBD und auf die Verschiedenheit der möglichen Miteigentumsarten (z. B. Miteigentum zu gesamter Hand, Miteigentum nach Bruchteilen) das zwischen den Erwerbern zu begründende Miteigentumsverhältnis bestimmt bezeichnet sein (RG 76, 412). — Eine Auflassungserklärung, die noch nicht durch Eintragung vollzogen ist, kann durch nachträgliche Vereinbarung der Beteiligten wieder aufgehoben werden (RG 1, 286; 2, 319). Materieellrechtlich bedarf es dazu nicht der Beobachtung einer Form, da in dieser Hinsicht keine Formvorschrift gegeben ist (RG 65, 392). Der Grundbuchrichter aber darf die bereits beantragte Eigentumsumschreibung nur dann ablehnen, wenn ihm die Aufhebungsvereinbarung in der Form des § 29 GBD nachgewiesen wird (RG 1, 286).

14. Die dingliche Einigung (§ 873 Abs 1) kann regelmäßig auch eine bedingte oder betagte sein. Hiervon enthält Abs 2 eine Ausnahme für die Übertragung des Eigentums an Grundstücken. **Erfolgt die Auflassung unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder unter einer Zeitbestimmung**, sei es für einen Anfangstermin, sei es für einen Endtermin, so hat der Grundbuchrichter die Eintragung wegen Nichtigkeit der Auflassung abzulehnen. Die dennoch bewirkte Eintragung überträgt das Eigentum nicht. Auch wenn im Falle einer aufschiebenden Bedingung (z. B. schenkweise Auflassung an Brautleute unter der Bedingung des Ehechlusses; Auflassung mit der Bestimmung, daß die Eintragung des Erwerbers erst nach dem Tode des Veräußerers erfolgen soll) demnächst die Bedingung eintritt, wird die Auflassung, da sie rechtlich nicht existiert, nicht wirksam (OLG 5, 251; 14, 79; 41, 157; RG 36 A 198). Soll daher nach dem Grundrechtsgeschäft das Eigentum für den Veräußerer bis zum Eintritt einer Bedingung oder eines Anfangstermins (z. B. bis zur Bezahlung des Kaufpreises) vorbehalten sein, so muß die Auflassung zunächst unterbleiben. Soll das Eigentum unter einer auflösenden Bedingung oder bis zu einem Endtermin übertragen werden, so kann nur eine unbedingte oder unbetagte Auflassung mit der Folge unbeschränkter Eigentumsübertragung auf den Erwerber erteilt werden. Der bedingte oder betagte Anspruch auf Erwerb oder Rückübertragung des Eigentums kann nur durch Vormerkung (§§ 883—888) gesichert werden. Die Vormerkung hat insbesondere die Wirkung, daß im Falle des Eintritts der Bedingung oder des Zeitpunkts die seit der Eintragung der Vormerkung von dem Eigentümer getroffenen Verfügungen gemäß § 883 Abs 2 unwirksam sind und daß der Erwerber oder der Veräußerer von dem durch die Verfügung Begünstigten nach § 888 die Lösung des für diesen eingetragenen Rechts verlangen kann. — **Jedoch bezieht sich Abs 2 nur auf rechtsgeschäftliche Bedingungen im Sinne des § 158, nicht auf Rechtsbedingungen**, d. h. gesetzliche Voraussetzungen der gewollten Eigentumsübertragung. Daher ist z. B. eine Auflassung zulässig unter der Bedingung: daß der auflassende Miteigentümer demnächst als Eigentümer werde eingetragen werden (OLG 2, 1; 5, 419); daß die Auflassung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht oder eines Nichtberechtigten vom Vertretenen oder Berechtigten werde genehmigt werden (RZM 2 S. 85, 251; 3, 263); daß der Landrat die nach der GrundbVerf v. 15. 3. 1918/26. 1. 1937 (A 3d) erforderliche Genehmigung erteilen werde (HR 1938 Nr 1526); daß der auflassende Vormund oder Vater

die erforderliche (§§ 1821 Nr 1, 1643) Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu der Auflassung erhalten werde (RZ 7, 131); daß die Aktiengesellschaft, an die der einbringende Gründer ein Grundstück aufkauft, zur Entstehung gelangen des Veräußerers zur „Auflassung, sobald er die Rechtsmacht dazu habe“ (RG HR 1929 Nr 2080). Wenn aber die Auflassenden die Wirksamkeit ihrer Erklärungen ausdrücklich auch noch rechtsgeschäftlich von dem Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzung (z. B. der Genehmigung des Berechtigten) abhängig machen, so ist die Auflassung unter einer aufschiebenden Bedingung im Sinne des § 158 erfolgt und daher unwirksam (RGZ 36 A 198; HR 1938 Nr 1526). Ist ein Kaufvertrag und zugleich die Auflassung vor einem Notar (A 12) erklärt und am Schluß des notariellen Protokolls bestimmt, daß der Vertrag mit dem Eintritt einer bestimmten Bedingung als nicht geschlossen gelten solle, so ist anzunehmen, daß auch die Auflassung von der Bedingung betroffen und deshalb unwirksam ist (OLG 26, 35). — **Zulässig ist eine Auflassung:** unter dem Vorbehalt, daß die Vollziehung der Auflassung, also die den Eigentumserwerb erst herbeiführende Eigentumseintragung nur gleichzeitig mit einer anderen Eintragung (z. B. einer Kaufgeldhypothek, eines Nießbrauchsrechts für den Veräußerer) erfolgen soll (RGZ 43, 200; ZZG 1, 337); unter Übernahme der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Ordnung der Hypothekenverhältnisse und demnächstiger Rückübertragung (OLG 18, 200); mit der vertraglichen Abrede, daß die eine Partei unter gewissen Umständen von der (unbedingt) erklärten Auflassung keinen Gebrauch machen solle (RG 24. 2. 1928 VII 366/27). Auch ist eine nach erfolgter Auflassung vor einem Notar von den Beteiligten getroffene Abrede, daß die Auflassungsverhandlung dem Grundbuchamt nicht ohne ausdrückliche Zustimmung des Auflassenden zum Vollzug der Eigentumsänderung eingereicht werden solle, nicht als Festsetzung einer Bedingung für die Auflassung, sondern nur als eine die Durchführung der Auflassung betreffende Vereinbarung zu erachten, bei deren schuldhafter Verletzung vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den verletzenden Beteiligten (z. B. gegen den Auflassungsempfänger, der ohne Zustimmung des Auflassenden die Eintragung der Eigentumsänderung herbeigeführt hat) gegeben sein können (RG Gruch 68, 547). — Wird der Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Grundstück von einem Gläubiger nach § 848 ZPO gepfändet (A 5 a. E.), so hat die Auflassung an einen auf Antrag des Gläubigers vom Amtsgericht der belegenden Sache zu bestellenden Sequester als Vertreter des Schuldners zu erfolgen. Der Gläubiger erlangt mit dem Übergang des Eigentums auf den Schuldner kraft Gesetzes ohne Eintragung eine Sicherungshypothek. Ein zweiter Erwerber, welcher inzwischen vom Ersterwerber (Pfändungsschuldner) das Grundstück aufgelassen erhalten, aber wegen bestehender Hindernisse nicht die Eintragung des Eigentums, sondern nur die Eintragung einer Vormerkung nach § 18 GBO erlangt hat, kann trotz der Vormerkung als Eigentümer erst eingetragen werden, nachdem nicht nur der Antrag des Sequesters auf Eintragung des Eigentums des Ersterwerbers, sondern auch der Antrag des Sequesters auf Eintragung der Sicherungshypothek erledigt ist, mag auch die Eintragung des Eigentums des Zweiterwerbers früher beantragt sein als die Eintragung des Ersterwerbers und die Eintragung der Sicherungshypothek durch den Sequester (ZZG 7, 335).

[15. Die Auflassung von im alten Reichsgebiet gelegenen Grundstücken kann vor Grundbuchämtern in Österreich und dem Sudetenland nicht erfolgen, da dem dortigen Recht die Auflassung als solche unbekannt ist und die Grundbuchämter zur Entgegennahme von Auflassungen nicht zuständig sind. Wohl aber ist die Auflassung solcher Grundstücke vor einem Notar in Österreich oder dem Sudetenland möglich. Allerdings ist die VO v. 11. 5. 1934 (RGBl I, 378) nicht ausdrücklich auf Österreich erstreckt worden; aber nach der österr. Notarordnung v. 25. 7. 1871 (öRGBl 75) sind die Notare auch zu solchen Beurkundungen zuständig und der Anerkennung dieser Urkunden im übrigen Reichsgebiet steht nichts im Wege. Zwar werden die Notare in Österreich und dem Sudetenland mit dem BGB nicht so vertraut sein, wie die Notare im übrigen Reichsgebiet; das beeinträchtigt aber die Zuständigkeit nicht, sondern verpflichtet nur zu besonderer Sorgfalt bei Entgegennahme und Beurkundung der Auflassung. — In Österreich und dem Sudetenland belegene Grundstücke werden durch „Einverleibung“ (Eintragung) des Erwerbsgeschäfts im Grundbuch übereignet. Zu dieser Einverleibung bedarf es einer Urkunde über das Erwerbsgeschäft, welches einen gültigen Erwerbstitel darstellen muß. Die Urkunde braucht nicht vollen Umfangs notariell zu sein; es genügt die Beglaubigung der Unterschriften (§§ 431 ff. OABGB); diese kann selbstverständlich auch vor Notaren im alten Reichsgebiet erfolgen. Ohne Einverleibung wird das Eigentum an österreichischen Grundstücken erworben durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung, Enteignung, Erbgang und Erziehung (vgl. §§ 1468, 1470 OABGB). (Beif. e.)]

§ 926

Sind der Veräußerer und der Erwerber darüber einig¹⁾, daß sich die Veräußerung auf das Zubehör des Grundstücks erstrecken soll, so erlangt der Erwerber mit dem Eigentum an dem Grundstück²⁾ auch das Eigentum an den

zur Zeit des Erwerbes vorhandenen Zubehörstücken³⁾, soweit sie dem Veräußerer gehören⁴⁾. Im Zweifel ist anzunehmen, daß sich die Veräußerung auf das Zubehör erstrecken soll⁵⁾.

Erlangt der Erwerber auf Grund der Veräußerung⁶⁾ den Besitz⁷⁾ von Zubehörstücken, die dem Veräußerer nicht gehören oder mit Rechten Dritter belastet sind⁸⁾, so finden die Vorschriften der §§ 932 bis 936 Anwendung; für den guten Glauben des Erwerbers ist die Zeit der Erlangung des Besitzes⁹⁾ maßgebend¹⁰⁾.

§ II 839; § 3 178 ff., 216 ff.

1. Die Einigung darüber, daß die Veräußerung sich auf das Zubehör erstrecken soll, genügt für sich allein. Eine Übergabe gemäß §§ 929—931 ist hier also nicht erforderlich. Der Grund für diese Ausnahme ist die wirtschaftliche Einheit, die ein Grundstück und sein Zubehör bilden (Prot 3, 180).

2. Da das Eigentum an dem Grundstück durch Auflassung und Eintragung erworben wird (§§ 873, 925), geht das Eigentum an dem Zubehör erst beim Vorliegen beider Tatsachen über (RG 83, 68). Erfolgt eine rechtsgültige Auflassung ausnahmsweise erst nach der Eigentumseintragung, so ist der Zeitpunkt der Auflassung maßgebend. Auf den Zeitpunkt der Einräumung des Besitzes an dem Grundstück und dem Zubehör kommt es nicht an. Wird in der Zwischenzeit bis zu der etwa hinausgeschobenen Übergabe eine Pfändung des Zubehörs gegen den Veräußerer ausgebracht oder verfügt er selbst noch über das Zubehör, so berührt dies den Erwerber nicht (Prot 3, 179). Dagegen sind Pfändungen oder sonstige Belastungen des Zubehörs in der Zwischenzeit zwischen der Auflassung und der Eintragung dem Erwerber gegenüber wirksam. Denn der Veräußerer ist zu dieser Zeit noch Eigentümer des Grundstücks und daher auch noch Eigentümer des Zubehörs. Verfügungsbeschränkungen, die während dieser Zwischenzeit in der Person des Veräußerers eintreten, hindern aber nach § 878 den Übergang des Eigentums an dem Zubehör nicht. Daher kann der Erwerber, wenn innerhalb dieser Zeit der Konturs über das Vermögen des Veräußerers eröffnet wird, Aussonderung des Zubehörs beanpruchen (§§ 15, 43 RD). Ist das Grundstück nebst Zubehör vom Veräußerer vor der Auflassung übergeben, so erlangt der Erwerber auch dann, wenn der Übereignungswille der Beteiligten Grundstück und Zubehör zusammen umfaßt, vor der Auflassung noch kein Eigentum an dem Zubehör, es sei denn, daß über den sofortigen Eigentumsübergang eine besondere Einigung im Sinne des § 929 vorliegt (RG Bruch 48, 1064; 28. 1. 1904 V 313/03; 6. 2. 1904 V 334/03; DLZ 34, 177).

3. Die Zubehörstücke (§§ 97, 98) brauchen nur überhaupt vorhanden zu sein. Daß sie sich im Besitz des Veräußerers befinden, ist nicht erforderlich (Prot 3, 180). Ist ein Dritter im Besitz, so bedarf es nicht der Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931). Die Gegenstände müssen aber zur Zeit des Erwerbs, also im Augenblick der Eintragung auf Grund der Auflassung, Zubehör sein. Haben sie in der Zeit vom Abschluß des Veräußerungsvertrags bis zur Auflassung oder auch nur in der Zeit zwischen Auflassung und Eintragung aufgehört, Zubehör zu sein (z. B. dadurch, daß ein Dritter auf Grund eines früheren Kaufes sie vom Grundstück weggeholt hat), so geht das Eigentum an ihnen nicht über (DLZ 34, 177). Vorübergehende Trennung vom Grundstück hebt nach § 97 Abs 2 die Zubehöreigenschaft nicht auf. Die Vorschrift des § 926 erfordert aber wirkliche Zubehöreigenschaft. Auf das, was nicht Zubehör ist, erstreckt sich der Erwerb auch dann nicht, wenn der Erwerber es für Zubehör gehalten hat (DLZ 14, 96). Den Fall, daß von zwei bisher einem Eigentümer gehörenden Grundstücken, zu denen gemeinschaftliches Zubehör gehörte, eines veräußert wird, erörtert § 97 Abs 5. Die Bestandteile (§§ 93 ff.) umfaßt der Eigentumsübergang an dem Grundstück von selbst ohne besondere Einigung. Ausgenommen sind aber die nicht wesentlichen Bestandteile, die dem Veräußerer nicht gehören. Sollen wesentliche Bestandteile von der Veräußerung ausgeschlossen bleiben, so kann das nur mit schuldrechtlicher Wirkung vereinbart werden. Eine solche Vereinbarung braucht aber der Gültigkeit einer demnächst erklärten Auflassung des Grundstücks, die den Eigentumsübergang auch an den wesentlichen Bestandteilen kraft Gesetzes nach sich zieht, nicht entgegen zu stehen (RG Warn 1936 Nr 22).

4. Da das Eigentum an den Zubehörstücken nach Abs 1 nur erlangt wird, soweit sie dem Veräußerer gehören, müssen sie dem Auflassenden in demselben Rechtsumfang und mit demselben Rechtsinhalt gehören wie das Grundstück selbst (RG 97, 107). Dies ist z. B. nicht der Fall, wenn das Grundstück Fideikommissgut ist, die Zubehörstücke aber im Allodialeigentum des zeitigen Inhabers des Fideikommisses stehen (RG 97, 107). Gehören die Zubehörstücke dem Veräußerer zwar zur Zeit der Auflassung, aber (z. B. wegen anderweiter Veräußerung) nicht mehr zur Zeit der Eintragung, so findet ein Eigentumsübergang nach Abs 1 nicht statt (A 2). In diesem Falle kann vielmehr ein Eigentumserwerb nur gemäß Abs 2 erfolgen.

5. Satz 2 gibt für das dingliche Rechtsgeschäft eine Auslegungsregel, die der im § 314 für das schuldrechtliche Rechtsgeschäft gegebenen entspricht. Die danach begründete Vermutung

für die Einigung über die Mitveräußerung (A 1) muß derjenige, der den Eigentumsübergang an einzelnen Zubehörstücken leugnet, durch den Nachweis widerlegen, daß der Übereignungswille, sei es auch nur eines Vertragsteils, sich auf das Zubehörstück nicht bezogen hat (Prot 3, 179). Dagegen muß der Erwerber, wenn er nicht im Besitz der Sache ist, seinerseits beweisen, daß zur Zeit der Veräußerung (A 2) die Sache als Zubehör vorhanden gewesen ist und dem Veräußerer gehört hat. Die Auslegungsregel gilt nicht, wenn das Zubehör nicht als Nebensache des Grundstücks, sondern als selbständiger Kaufgegenstand, wenn auch in demselben Vertrage, veräußert wird, da dann nicht ohne weiteres angenommen werden kann, daß das Eigentum am Grundstück und Zubehör gleichzeitig übertragen werden soll (RG Warn 1909 Nr 541). Inwieweit die Auslegungsregeln der §§ 314, 926 auf den Übergang von Nebenrechten bei der Übertragung eines Patentrechts sinngemäß anzuwenden seien, wurde erwogen in RG 112, 242.

6. Aus dem Zusammenhalt mit Abs 1 ergibt sich, daß auch im Abs 2 eine **Einigung über die Mitveräußerung** des Zubehörs (A 1) vorausgesetzt wird. Sie ist aber nach Abs 1 Satz 2 auch hier im Zweifel anzunehmen (DVG 34, 177). Erstreckt sich der Veräußerungswille nicht auf Zubehörstücke, die dem Veräußerer nicht gehören, so erlangt der Grundstückserwerber an diesen Sachen auch dann kein Eigentum, wenn er in gutem Glauben ist. Denn dieser gute Glaube macht nur den Mangel des Eigentumsrechts des Veräußerers unschädlich, deckt aber nicht den Mangel des Veräußerungswillens.

7. Der **Besitz**, der auf **Grund** der Veräußerung, also vom Veräußerer **erlangt** wird, ist der nach §§ 929 ff. zum Eigentumserwerb führende Besitz kraft körperlicher Übergabe (§ 929 Satz 1, § 854 Abs 1), Vereinbarung eines den mittelbaren Besitz des Erwerbers begründenden Rechtsverhältnisses (§§ 930, 868), Abtretung des Herausgabeanspruches (§§ 931, 870, 871). Es genügt auch die Einigung (A 6) allein, wenn der Erwerber im Besitz des Zubehörstücks ist (§ 929 Satz 2, § 854 Abs 2).

8. **Rechte Dritter** (z. B. Nießbrauch, Pfandrecht) an einem nicht dem Veräußerer gehörigen Zubehörstück erlöschen, wenn der Erwerber hinsichtlich ihres Nichtbestehens in gutem Glauben ist (A 9), gemäß § 936 Abs 1 in dem Zeitpunkt, in dem der Grundstückserwerber gemäß § 926 Abs 2 in Verbindung mit §§ 932—934 das Eigentum an dem Zubehörstück erwirbt (A 9). Gehört das Zubehörstück dem Veräußerer und geht es daher nach § 926 Abs 1 im Zweifel kraft Auflassung und Eintragung ohne Übergabe (A 1, 5) in das Eigentum des Erwerbers über, so ist aus Abs 2, der die Erlangung des Besitzes zur Voraussetzung für die Anwendung des § 936 macht, in Verbindung mit § 936 Abs 1 Satz 1 (die Sätze 2, 3 kommen hier nicht in Betracht, weil Eigentum ohne Übergabe erworben wird) zu entnehmen, daß die Rechte Dritter in dem Zeitpunkt erlöschen, in dem der Erwerber den Besitz (A 7) an dem Zubehörstück erlangt.

9. Der Grundstückserwerber erwirbt also an Zubehörstücken, die dem Veräußerer nicht gehören, das Eigentum nicht, wenn er **zur Zeit der Besitzterlangung nicht in gutem Glauben** (§ 932 Abs 2) ist. Auf den guten Glauben zur Zeit der Auflassung kommt es in der Regel nicht an. Ist aber der Erwerber im Besitz der Sache und hatte er den Besitz vom Veräußerer (früher) erlangt, so erwirbt er das Eigentum an der Sache gemäß § 929 Satz 2, § 932 Abs 1 Satz 2, wenn er zur Zeit der Einigung über den Eigentumsübergang, also im Zweifel zur Zeit der Auflassung (A 6), in gutem Glauben ist (Prot 3, 210). In den Fällen des Ersatzes der Übergabe gemäß §§ 930, 931 (A 7) wird der Zeitpunkt, in dem der gute Glaube vorhanden sein muß, durch die §§ 933, 934 bestimmt. Auch für das Erlöschen der Rechte Dritter (A 8) sind diese Zeitpunkte maßgebend. Die Rechte erlöschen gemäß § 936 Abs 2, § 932 Abs 2 nicht, wenn sie dem Erwerber in diesen Zeitpunkten bekannt oder aus grober Fahrlässigkeit unbekannt sind. Ist ein dem Veräußerer nicht gehöriges Zubehörstück dem Eigentümer gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen, so wird der gute Glaube des Erwerbers nicht geschützt (§ 935).

10. Nach § 1031 findet § 926 auch auf die Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstück Anwendung. Den Erwerb des Zubehörs in der Zwangsversteigerung des Grundstücks regeln die §§ 55, 65, 90 ZVG (dazu RG 45, 284; 49, 253; 127, 272).

§ 927

Der Eigentümer eines Grundstücks¹⁾ kann, wenn das Grundstück seit dreißig Jahren im Eigenbesitz²⁾ eines anderen ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden³⁾. Die Besitzzeit wird in gleicher Weise berechnet wie die Frist für die Erstzung einer beweglichen Sache⁴⁾. Ist der Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so ist das Aufgebotsverfahren nur zulässig, wenn er gestorben oder verschollen⁵⁾ ist und eine Eintragung in das Grundbuch, die der Zustimmung des Eigentümers bedurfte⁶⁾, seit dreißig Jahren nicht erfolgt ist⁷⁾.

Derjenige, welcher das Ausschlußurteil ⁸⁾ erwirkt hat, erlangt das Eigentum dadurch, daß er sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen läßt ⁹⁾.

Ist vor der Erlassung des Ausschlußurteils ein Dritter als Eigentümer oder wegen des Eigentums eines Dritten ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen worden, so wirkt das Urteil nicht gegen den Dritten ¹⁰⁾.

§ 1 873 II 840; R 3 327 ff.; P 3 190 ff.; 6 232.

1. Gleichviel, ob das Grundstück ein gebuchtes oder ungebuchtes und ob der Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist oder nicht. Allerdings werden im Abs 1 Satz 3 besondere Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens erfordert, wenn der Eigentümer eingetragen ist (RG 76, 358). Nicht eingetragen kann der Eigentümer z. B. sein, wenn das Grundstück bei der Anlegung des Grundbuchs für den Bezirk aus Versehen kein Grundbuchblatt erhalten hat oder wenn es buchungsfrei ist (§ 3 Abs 2, 3 GBD; Art 127 GG) oder wenn im Falle des § 928 der Fiskus sich noch nicht als Eigentümer des aufgegebenen Grundstücks hat eintragen lassen. Ist der eingetragene Eigentümer verstorben (Satz 3), so richtet sich das Aufgebotsverfahren gegen seine (nicht eingetragenen) Rechtsnachfolger (RG 76, 358). Der § 927 findet auch Anwendung auf den ideellen Anteil eines Miteigentümers, da das BGB Miteigentum nach Bruchteilen mehrfach dem Miteigentum gleichstellt (§§ 1095, 1106, 1114). Insbesondere gilt daher auch hier das Aneignungsrecht (A 8) auf Grund des Ausschlußurteils (Prot 3, 279 ff.).

2. **Eigenbesitzer** ist, wer das Grundstück als ihm gehörend besitzt (§ 872). Auch mittelbarer Besitz (§ 868) genügt (RG Bruch 44, 865). Ein Fall so langjähriger Eigenbesitzes ohne Eigentums-erwerb wird hauptsächlich dann vorkommen können, wenn das Grundstück gekauft und übergeben, die Auflassung aber unterblieben ist, demnächst der eingetragene Eigentümer stirbt und seine Erben unbekannt sind (R 3, 329). Durch das Aufgebot soll ein Ersatz für die im Gebiet des Liegen- schaftrechts, abgesehen von dem Fall des § 900 (Bucherfischung), unzulässige Erziehung geschaffen werden. Jedoch ist hier ein Erwerbstitel und guter Glaube nicht erforderlich (RG Bruch 44, 865; V 416/03). Lediglich die Tatsache des 30jährigen Eigenbesitzes genügt (abgesehen von den Erfordernissen des Abs 1 Satz 3, wenn der Eigentümer eingetragen ist). Hat der bisherige Eigenbesitzer das Grundstück verkauft und dem Käufer übergeben und ist in dem Vertrage bestimmt, daß die Fälligkeit eines Teils des Kaufpreises von der Durchführung des Aufgebotsverfahrens abhängig sein soll, so ist der Käufer nicht nur als jetziger Eigenbesitzer zur Stellung des Aufgebots- antrags berechtigt (A 3), sondern auch vertragsmäßig dem Verkäufer gegenüber zur Durchführung des Aufgebotsverfahrens verpflichtet (RG Warn 1917 Nr 271).

3. Das **Aufgebotsverfahren** ist in den §§ 946—959, 977—981 BPD geregelt (für Preußen vgl. auch § 8 PrALBPD in der Fassung v. 6. 10. 1899). Antragsberechtigt ist der Eigenbesitzer. Er hat die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen glaubhaft zu machen. In dem Aufgebot ist der bisherige Eigentümer aufzufordern, sein Recht spätestens im Aufgebotstermin anzumelden, widrigenfalls seine Ausschließung erfolgen werde (§§ 979—981 BPD).

4. Für die **Berechnung der Besitzzeit** sind die §§ 938—944 maßgebend. Insbesondere wird auch die Besitzzeit eines Rechtsvorgängers angerechnet (§ 943). Die vor dem Inkrafttreten des BGB liegende Besitzzeit ist ebenfalls anzurechnen. Auch hinsichtlich dieser Besitzzeit ist guter Glaube des Eigenbesitzers oder seines Rechtsvorgängers (A 2) nicht erforderlich (RG Bruch 44, 365; V 416/03).

5. Zum Nachweise des **Todes** des eingetragenen Eigentümers genügt, daß er für tot erklärt ist (§ 18). Da nach §§ 13 ff. jemand **verschollen** sein kann, ohne daß die Voraussetzungen für seine Todeserklärung vorliegen, sind zur Annahme der Verschollenheit diese Voraussetzungen nicht zu erfordern. Vielmehr ist der Eigentümer dann verschollen, wenn von seinem Leben und Aufent- halt nichts zu vernehmen ist (str.).

6. Die Fälle, in denen eine Eintragung der **Zustimmung** des Eigentümers bedarf, ergeben sich aus den §§ 19, 20, 22 Abs 2, 27 GBD. Insbesondere gehört dazu auch die Eigentumseintra- gung auf Grund einer Auflassung (§ 20 GBD).

7. **Innerhalb der letzten 30 Jahre** bis zur Stellung des Aufgebotsantrags darf **keine Ein- tragung** der in A 6 erwähnten Art erfolgt sein. Unerheblich ist, ob eine innerhalb dieser Zeit vor- genommene, nach ihrer Art das Aufgebotsverfahren-hindernde Eintragung der Zustimmung des gegenwärtigen oder eines früheren Eigentümers bedurfte. Denn unter **Eigentümer** ist der jeweilige Eigentümer zur Zeit der hindernden Eintragung zu verstehen (str.). Wieviel Zeit seit dem Tode oder der Verschollenheit des eingetragenen Eigentümers verfloßen ist, darauf kommt es nicht an.

8. Mit der Erlassung des (nach § 957 Abs 1 BPD mit einem Rechtsmittel nicht anfechtbaren) **Ausschlußurteils** werden (sofern nicht das Urteil etwas anderes ergibt, z. B. lediglich der ver- schollene eingetragene Eigentümer ausgeschlossen ist: RG 76, 360; RGZ 33 A 210) die Rechte eines jeden vernichtet, der als bisheriger Eigentümer in Betracht kommt (RG 76, 359; RGZ 33

A 211). Das Grundstück wird herrenlos (RG 76, 359; JW 1913, 204¹⁶; RGZ 33 A 212). Diese rechtsberichtigende Wirkung erstreckt sich auch auf ein etwaiges Eigentum desjenigen, der das Aufgebot beantragt und das Ausschlußurteil erwirkt hat (RG 76, 359; JW 1925, 2503¹). Jedoch hat er das Recht der Aneignung durch Erwirkung seiner Eintragung (M 3, 330; RG 76, 360; JW 1925, 2503¹). Alles dies gilt aber nur, wenn das Ausschlußurteil ein vorbehaltloses ist. Hat jemand im Aufgebotsverfahren Rechte als Eigentümer angemeldet und sind ihm gemäß § 953 ZPO die Rechte in dem Urteil vorbehalten, so tritt die ausschließende Wirkung des Urteils gegen ihn nicht ein. Vielmehr muß der Vorbehalt zugunsten des Anmeldenden rechtswirksam beseitigt sein, insbesondere durch einen Verzicht des Anmeldenden auf das Recht aus dem Vorbehalt oder durch seine rechtskräftige Beurteilung zur Verzichtserklärung, ehe der Ausschließungsberechtigte sich als Eigentümer eintragen lassen kann (RG 67, 95; 76, 359; RZA 6, 145; RGZ 33 A 210). Dagegen hindert ein wegen des angeblichen Eigentums eines Dritten eingetragener Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs (§§ 894, 899) die Eigentumseintragung auf Grund eines vorbehaltlosen Ausschlußurteils nicht (RGZ 33 A 212; aber U 10). Die Belastungen des Grundstücks zugunsten Dritter bleiben unberührt. Sie können nach der Eintragung des Aneignungsberechtigten ebenso geltend gemacht werden wie vorher gegen den bisherigen Eigentümer. Ist derjenige, der das Ausschlußurteil erwirkt hat, als Vorerbe selbst Eigentümer des Grundstücks, so fällt mit seinem Eigentum auch das Recht der Nacherben an dem Grundstück, wenn ihnen nicht auf ihre Anmeldung ihr Recht im Urteil vorbehalten ist (RG 76, 359). Das Nacherbentrecht erlangt auch dadurch nicht wieder Wirksamkeit, daß auf Grund des Urteils die Eigentumseintragung für den Vorerben erfolgt. Denn dieser Eigentumserwerb für den Vorerben ist ein ursprünglicher, kein abgeleiteter (RG 76, 360). Aus der Ursprünglichkeit des Erwerbs folgt ferner, daß er erst von dem Zeitpunkt seiner Vollendung, also der Eintragung an, nicht aber für die Vergangenheit wirkt (RG JW 1913, 204¹⁶; vgl. RG 83, 148). Wenn daher der den unbekanntem Eigentümern des Grundstücks bestellte Pfleger einen Rechtsstreit führt (z. B. über Entschädigungsansprüche wegen Enteignung des Grundstücks), so tritt derjenige, der sich auf Grund des Ausschlußurteils als Eigentümer hat eintragen lassen, nicht ohne weiteres als Partei in den Rechtsstreit ein. Diesen Eintritt könnte er weder damit begründen, daß er der Eigentümer sei, für den der Rechtsstreit von Anfang an geführt sei, noch damit, daß er Rechtsnachfolger der Partei im Sinne des § 265 Abs 2 ZPO sei (RG JW 1913, 204¹⁶).

9. Der unter Einreichung einer Ausfertigung des Ausschlußurteils beim Grundbuchamt zu stellende **Antrag auf Eintragung** ist nicht lediglich ein Verfahrensantrag im Sinne des § 13 GBD, durch den das Verfahren der Eintragung angeregt wird. Vielmehr ist darin die empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Erklärung des Willens enthalten, durch die Eintragung das Eigentum zu erwerben. Er ist daher unwiderruflich (§ 130 Abs 1, 2) und bedarf zwar nicht zur Wirksamkeit, aber zur Vornahme der Eintragung formellrechtlich nach § 30 GBD der Form des § 29 GBD (str.).

10. Gemeint ist die Eintragung des Eigentums oder eines Widerspruchs (§ 899) zugunsten eines Dritten in der **Zwischenzeit** von der Einleitung des Aufgebotsverfahrens bis zur Erlassung des Ausschlußurteils. Eine in dieser Zeit erfolgende Eintragung eines Dritten als Grundstückeigentümers beseitigt nicht das Interesse des Antragstellers an der Durchführung des Aufgebotsverfahrens (RG Warn 1936 Nr 116). Der Aneignungsberechtigte muß allerdings in diesem Falle die nach § 891 Abs 1 für das Eigentum des Dritten streitende Vermutung zunächst im ordentlichen Prozesse widerlegen, wenn er auf Grund des Ausschlußurteils zur Eintragung gelangen will. Dagegen hindert der Widerspruch seine Eintragung überhaupt nicht; er muß aber weichen, wenn der Dritte im Prozesse sein Eigentum nachweist (M 3, 331). Ist nach Erlass des Ausschlußurteils ein Dritter als Eigentümer eingetragen worden, so wird er durch das vorhergehende Urteil nicht betroffen (DVG 15, 354). Wenn er also beim Erwerb gutgläubig war, so ist das Aneignungsrecht ihm gegenüber ausgeschlossen.

§ 928

Das Eigentum an einem Grundstücke¹⁾ kann dadurch aufgegeben werden²⁾, daß der Eigentümer³⁾ den Verzicht dem Grundbuchamte gegenüber erklärt⁴⁾ und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird⁵⁾.

Das Recht zur Aneignung des aufgegebenen Grundstücks steht dem Fiskus des Bundesstaats zu, in dessen Gebiete das Grundstück liegt⁶⁾. Der Fiskus erwirbt das Eigentum dadurch, daß er sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen läßt⁷⁾.

© I 872 II 841; M 3 324 ff.; P 3 184 ff.

1. Nach Art 127 EG, der nur die Eigentumsübertragung den Landesgesetzen vorbehält, gilt § 928 auch für buchungsfreie Grundstücke (§ 3 Abs 2, 3 GBD). Da jedoch § 928 die Eintragung des Verzichts fordert, müssen solche Grundstücke zunächst gebucht werden. Mit dem Grundstück

werden auch dessen Bestandteile (§§ 93 ff.) aufgegeben. Ausgenommen sind die nicht wesentlichen Bestandteile, die dem Aufgebenden nicht gehören. Zubehör dagegen wird nach § 959 nur dadurch herrenlos, daß der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz daran aufgibt; eine dem § 926 entsprechende Vorschrift ist hier nicht gegeben. Der Anteil eines Miteigentümers an einem Grundstück steht einem Grundstück gleich (§§ 1095, 1106, 1114). Das gilt auch für das Aufgeben des Eigentums. Dagegen findet § 928 auf Erbbaurechte und die (den Landesgesetzen vorbehaltenen) selbständigen Berechtigkeiten (Artt 63, 68, 196 GG) keine Anwendung. Diese Rechte werden durch Verzicht nicht herrenlos und aneignungsfähig, sondern gehen in der Weise unter, daß das Eigentum am Grundstück, das sie bisher beschränkten, davon frei wird (RD v. 15. 1. 1919 § 11; RZA 8, 278). Den freiwilligen Verzicht auf das Bergwerkseigentum regeln in Preußen die §§ 161, 162 Allg. BergG.

2. Zum Aufgeben eines Grundstücks wird ein Anlaß z. B. gegeben sein, wenn das Grundstück durch Krieg oder naturgewaltige Ereignisse so entwertet ist, daß es keinen oder wenigstens nicht einen die Lasten bedeckenden Ertrag abwirft (M 3, 325). Die Wirkung des Aufgebens ist, daß das Grundstück herrenlos wird mit der Maßgabe, daß nur bestimmte Personen (M 6) nach dem Gesetz zur Aneignung berechtigt sind (RG 82, 74). Die Rechte Dritter am Grundstück, z. B. der Hypothekengläubiger, der Realkaufberechtigten, der Vormerkungsberechtigten (RGZ 51, 195), auch die des wahren, nicht eingetragenen Eigentümers werden durch das Aufgeben nicht berührt (RG 82, 74). Wollen diese Personen in der Zwischenzeit bis zum Erwerb des Grundstücks durch den Aneignungsberechtigten ihre Rechte, die sie nun nicht mehr gegen den Aufgebenden verfolgen können (RG 89, 367), im Wege der Klage oder der Zwangsvollstreckung geltend machen, so ist auf ihren Antrag nach Maßgabe der §§ 58, 787 ZPO ein Eigentums-Vertreter zu bestellen, dem die Wahrnehmung der sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte und Verpflichtungen im Rechtsstreit oder im Zwangsvollstreckungsverfahren obliegt (RGZ 50, 52; 51, 195; über Einleitung der Zwangsverwaltung M 7). Gegenüber der Sondervorschrift des § 787 ZPO findet die Bestimmung des § 17 ZVG, wonach die Zwangsversteigerung nur angeordnet werden darf, wenn der Schuldner als Eigentümer eingetragen ist, keine Anwendung. Wird ein durch Vormerkung gesicherter Auflassungsanspruch gegen den früheren Eigentümer nunmehr gegen den nach § 58 ZPO bestellten Vertreter dahin geltend gemacht, daß dieser zu der von dem Vormerkungsberechtigten für den Schuldner (§ 267) erteilten oder noch zu erteilenden Auflassung an einen Dritten gemäß § 888 seine Zustimmung erteile, so ist der Vertreter auch ermächtigt, die Zustimmung zu der Auflassung an den Dritten zu erteilen. Seine rechtskräftige Beurteilung zur Bewilligung der Eintragung des Eigentums des Dritten (§ 894 ZPO) ersetzt mithin die Zustimmung des (in Wirklichkeit nicht vorhandenen) Eigentümers (RGZ 51, 179). Persönliche Rechte Dritter auf Übertragung des Eigentums oder Bestellung eines dinglichen Rechts bleiben gegen den Aufgebenden bestehen, verwandeln sich aber wegen Unmöglichkeit der Erfüllung in Schadensersatzansprüche.

3. Der Eigentümer muß, da in dem Aufgeben eine Verfügung enthalten ist, zur Verfügung über das Grundstück berechtigt sein. Bei Ehegatten greifen also die §§ 1395, 1398, 1445 ein. Daß der Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, wird zur Wirksamkeit des Aufgebens nicht erfordert. Nach den Ordnungsvorschriften der §§ 39, 40 GBD hat er sich aber zuvor eintragen zu lassen, wenn er nicht Erbe des eingetragenen Eigentümers ist.

4. Der Verzicht ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das den allgemeinen Regeln für solche Rechtsgeschäfte (z. B. hinsichtlich Geschäftsfähigkeit, Willensmängel) unterliegt. Da durch ihn das Eigentum aufgegeben werden und das Aneignungsrecht des Fiskus entstehen soll, genügt nur ein sofort und endgültig wirksamer, vorbehaltloser Verzicht. Wenn hier also auch keine Bestimmung wie im § 925 Abs 2 gegeben ist, so ist doch ein Verzicht, der unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, gleichfalls unwirksam. Das Grundbuchamt hat die Eintragung eines solchen Verzichts abzulehnen. Wenn es die Eintragung doch vornimmt, geht das Eigentum nicht unter (str.). Da der Verzicht nicht vor, sondern nur gegenüber dem Grundbuchamt zu erklären ist, bedarf er zur Rechtswirksamkeit keiner Form (§ 875 Nr 7). Nach der Ordnungsvorschrift des § 29 GBD hat aber der Grundbuchrichter die Eintragung nur bei Beobachtung der darin vorgesehenen Form vorzunehmen. Der Verzicht ist nach § 130 Abs 1, 3 mit Abgabe der Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt, also schon vor der Eintragung unwiderruflich, wie ja auch ein gegenüber dem Grundbuchamt erklärter Verzicht auf ein Recht an einem Grundstück nach § 875 Abs 2 unwiderruflich ist (str.; Prot 3, 190; RG 82, 74). Widerruflich ist dagegen der Eintragungsantrag (M 5).

5. Die Eintragung des Verzichts, das zweite Erfordernis für die Aufgabe des Eigentums, erfolgt auf formlosen Antrag (§§ 13, 30 GBD), der regelmäßig in der Verzichtserklärung enthalten sein wird. Der Eintragungsvermerk gehört in die Abt. I Sp. 4 des Grundbuchs (§ 9d der Grundbuchverordnung v. 8. 8. 1935); die bisherige Eigentumseintragung ist rot zu unterstreichen (RGZ 51, 198). Zur Stellung des Antrags ist nur der Eigentümer berechtigt, nicht der Aneignungsberechtigte, da die Eintragung nicht im Sinne des § 13 Abs 2 GBD zu seinen Gunsten erfolgt. Der Eigentümer kann den Antrag gemäß §§ 31, 29 Abs 1 GBD zurücknehmen. Dann hat die Eintragung des Ver-

zichts zu unterbleiben. In einem (an sich unzulässigen: A 4) Widerruf des Verzichts wird die Zurücknahme des Antrags zu finden sein; das Grundbuchamt wird daher die Eintragung zu unterlassen haben (str.). Ist aus diesem oder einem sonstigen Grunde die Eintragung des Verzichts vom Grundbuchamt nicht bewirkt worden, so ist das Eigentum an dem Grundstück nicht wirksam aufgegeben und der Eigentümer weiter zu Verfügungen über das Grundstück (z. B. zur Bestellung von Hypotheken) befugt. Das Grundbuchamt darf dann die Vollziehung solcher Verfügungen trotz des erklärten Verzichts nicht ablehnen (RZM 14, 241). Die Eintragung des Verzichts auf das Grundstückseigentum enthält und ersetzt nicht die Eintragung des Verzichts auf die Eigentümergebietung nach § 7 Abs 5 Satz 2 AufwG (RG HRN 1929 Nr 643).

6. Ein freies Aneignungsrecht besteht nicht. Vielmehr haben ein Recht zur Aneignung nur der Fiskus und die an dessen Stelle nach Landesrecht (Art 129 GG) dazu berechtigten anderen bestimmten Personen (RG 82, 74). Nach Art 190 GG erstreckt sich dieses Aneignungsrecht auf alle zur Zeit der Grundbuchanlegung herrenlosen Grundstücke (RG 71, 67). In RG 137, 263 ist das Aneignungsrecht für eine in der Nordsee an der ostfriesischen Küste neu entstandene Insel anerkannt. Das Recht zur Aneignung ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen übertragbar (RG 82, 74; 103, 166).

7. Der Antrag auf Eintragung ist nicht lediglich ein Verfahrensantrag (§ 13 GBD), durch den die Eintragung angeregt wird. Er enthält vielmehr die empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Erklärung des Willens, Eigentum durch die Eintragung zu erlangen. Er ist daher nach § 130 Abs 1, 3 unwiderruflich und bedarf zwar nicht zur Wirksamkeit, wohl aber zur Vornahme der Eintragung formellrechtlich nach § 30 GBD der im § 29 GBD vorgesehenen Form (ZFG 8, 217). Der Fiskus erwirbt das Eigentum erst durch die Eintragung (ZFG 8, 214). Hat der Aneignungsberechtigte (A 6) sein Recht auf Aneignung an einen andern übertragen (A 6), so erwirbt der neue Erwerber das Grundstückseigentum durch die auf seinen Antrag erfolgte Eintragung (RG 82, 75; 103, 166). Solange der Aneignungsberechtigte von seinem Aneignungsrecht durch Herbeiführung der Eintragung seines Eigentums noch keinen Gebrauch gemacht hat, können die Hypothekengläubiger ihr Interesse an der Bewirtschaftung und Erhaltung des herrenlos gemordenen Grundstücks durch Ausbringung der Zwangsverwaltung wahren (DVG 35, 33). Die Wege zur Erlangung eines vollstreckbaren Urteils und zur sonstigen Zwangsvollstreckung erörtert A 2. Dagegen kann ein Pfleger zur Verwaltung des Grundstücks nicht bestellt werden, da der allein in Betracht kommende § 1913 sich nur über eine Personspflegschaft verhält (RZM 14, 304; RGZ 50, 52). Der Eigentümergewerb des Aneignungsberechtigten ist zwar ein ursprünglicher, kein abgeleiteter, da er nicht auf einem Übertragungssakt des bisherigen Eigentümers beruht. Er nähert sich aber einem Erwerb auf Grund eines Veräußerungsgeschäfts insofern, als er erst durch einen Rechtsakt des bisherigen Eigentümers, nämlich dessen Verzicht auf das Eigentum, ermöglicht wird. Deshalb und aus Gesichtspunkten der Billigkeit, die sich namentlich aus der Unentgeltlichkeit der Aneignung ergeben, rechtfertigt sich für den Fall, daß das von der Aneignung betroffene Grundstück vermietet (oder verpachtet) ist, die entsprechende Anwendung des § 571. Wer ein Grundstück im Wege der Aneignung erwirbt, tritt also nach § 571 Abs 1 in die Rechte und Pflichten aus dem Miet- (oder Pacht-) Verhältnis ein (RG 103, 166). Dagegen findet § 892 auf einen Grundstückserwerb kraft Aneignungsrechts keine Anwendung (ZFG 15, 108). Die Anlegung des Grundbuchblatts über ein herrenloses Grundstück für den Fiskus (in Preußen) behandelt ZFG 8, 211.

Dritter Titel

Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen

I. Übertragung

§ 929

Zur Übertragung des Eigentums¹⁾ an einer beweglichen Sache²⁾ ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber³⁾ übergibt⁴⁾ und beide darüber einig sind⁵⁾, daß das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums⁶⁾ 7) 7a) 8).

§ I 874 II 842; R 3 333—339; P 3 194—196, 201.

1. Übertragung des Eigentums ist das Rechtsgeschäft, durch das der Eigentümer einen andern an seiner Stelle zum Eigentümer macht; Übergabe und die das Einigsein herstellende Einigung sind Bestandteile dieses Rechtsgeschäfts. Die Übertragung hat, da sie die Einigung voraussetzt,

die Natur eines Vertrags. Da aber dieser Vertrag nicht die Begründung oder Veränderung von Schuldverhältnissen zwischen verschiedenen Personen, sondern die unmittelbaren Rechtsbeziehungen der Person zur Sache zum Gegenstand hat, so sind darauf die Gesetzesvorschriften nicht anwendbar, die den Vertrag als Mittel zur Begründung von Schuldverhältnissen regeln. Dies gilt in erster Linie von allen Vorschriften über den Vertrag, die sich im zweiten Buche des BGB finden, aber auch von den im ersten Buch, dritter Abschnitt, dritter Titel, enthaltenen, soweit sie ihrem Inhalte nach für Schuldverhältnisse bestimmt sind (RG 66, 97). Durch Vertrag zugunsten eines Dritten (§§ 328 ff.) kann also kein Eigentum übertragen werden (RG 98, 283; nicht unbedenklich insoweit RG 28. 1. 28 I 158/27, wo Vollzug einer Schenkung nach § 931 durch Vertrag zugunsten eines Dritten angenommen wird). Mit Recht betont aber RG 124, 221 wiederum, daß ein Vertrag zugunsten eines Dritten grundsätzlich keine sachenrechtliche Bedeutung hat. Im übrigen finden die Vorschriften über Rechtsgeschäfte und Verträge auch auf die Eigentumsübertragung Anwendung. So insbesondere die Vorschriften über Bedingung und Zeitbestimmung (RG Warn 1912 Nr 80). Die im § 925 Abs 2 enthaltene Beschränkung — keine Auflassung unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung — besteht nicht für die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen. Der wesentlichste Fall der bedingten — und zwar auf schiebend bedingten — Übertragung des Eigentums ist der der Übergabe der verkauften Sache unter **Eigentumsvorbehalt** bis zur Zahlung des Kaufpreises nach § 455. Der Wille des Verkäufers, das Eigentum der Sache auf den Käufer zu übertragen, muß in solchen Fällen noch vorhanden sein, wenn der letzte Kaufgeldrest bezahlt wird und damit die Bedingung eintritt. Bis dahin hat der Verkäufer noch nicht vollständig erfüllt. Deshalb ist nach der Übergabe der Anspruch auf Übereignung noch selbständig abtretbar und kann der neue Gläubiger das Eigentum unmittelbar von dem ursprünglichen Verkäufer erwerben, wenn dieser von der Abtretung des Übereignungsanspruchs benachrichtigt wird und mindestens durch Stillschweigen zum Ausdruck bringt, daß er mit dem unmittelbaren Übergang des Eigentums auf den neuen Erwerber einverstanden ist, und wenn sich dieser bei der letzten Teilzahlung im — auch nur mittelbaren — Besitz der Sache befindet (§ 929 S. 2). Andernfalls geht das Eigentum trotz der Abtretung auf den ursprünglichen Käufer über. Dieser kann es dann gegebenenfalls durch ein „Zuschlagsgeschäft“ auf den neuen Erwerber übertragen. Die Sache kann dabei allerdings in der Hand des ursprünglichen Käufers als Zubehör eines Grundstücks für eine Hypothek haftbar werden (RG 64, 204 u. 334; 66, 344; 95, 105; 133, 40; 140, 223 ff.; dazu Dertmann ZfRsch 1934, 40; Schwister ZfR 1933, 1762, 1857, 2574; DfZ 1934, 1023; Holz ZfR 1933, 2572; Bartels das. 2573; Grund das. 2631; Beder das. 1934, 678; Wieder ZfR 1933, 593; Leggus, Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt, 1938, S. 16f., 30). Der Eigentumsvorbehalt ist nicht nur beim Kauf beweglicher Sachen, sondern auch bei Veräußerungsgeschäften anderer Art (hinsichtlich solcher Sachen) und zwar auch in der Weise zulässig, daß sich der Verkäufer das Eigentum an der Sache und an allen dem Erwerber weiterhin zu liefernden Sachen vorbehält, bis er wegen aller aus seiner Geschäftsverbindung mit dem Erwerber entstandenen und künftig entstehenden Forderungen befriedigt wird (RG 147, 325). Überträgt der Vorbehaltskäufer die Anwartschaft an der Kaufsache durch die Vereinbarung eines Besitzmittlerverhältnisses und die Einigung über den Übergang der Anwartschaft auf einen Dritten, so geht das Eigentum auf diesen durch Bezahlung des Kaufpreises unmittelbar vom Vorbehaltsverkäufer über (RG Warn 1937 Nr 110). Dem Vorbehaltsverkäufer wird es nach Empfang des Kaufgeldes in der Regel gleichgültig sein, ob das Eigentum vereinbarungsgemäß auf den Käufer oder unmittelbar auf den dritten Erwerber übergeht. Einer ausdrücklichen Zustimmung des Verkäufers dazu bedarf es dann nicht (diese Frage ist in RG aad. offengelassen); indessen muß auch hier der Wille des Veräußerers zur Eigentumsüberlassung beim Eintritt der Bedingung (§ 158) noch fortbestehen und, daß dies der Fall ist, in seinem Verhalten, wenn auch nur in seinem Schweigen, Ausdruck finden. Über die Zulässigkeit des sog. verlängerten oder erweiterten Eigentumsvorbehalts (unter Abtretung der dem Vorbehaltskäufer aus der Weiterveräußerung oder Verarbeitung der ihm mit Eigentumsvorbehalt gelieferten Waren entstehenden Kaufpreis- oder Werklohnforderungen an den Vorbehaltsverkäufer): vgl. insbesondere RG 142, 139; 147, 321; 149, 96; 155, 28; RG ZfR 1939, 563²⁴; DLG Hamburg ZfR 1938, 2207²². Dazu Schanz, Verlängerter Eigentumsvorbehalt — wie lange noch? 1937; Tiedke BanfA XXXV, 109; Blen ZfR 1937, 41; Scheld ZfR 1938, 5; ferner die von der Reichsgruppe Industrie unter dem 18. März 1938 erlassenen Grundsätze über die Anwendung des Eigentumsvorbehalts, wonach den Mitgliedern der Wirtschaftsgruppen empfohlen wird, ihre Lieferungsbedingungen zu ändern und keine über den einfachen Eigentumsvorbehalt hinausgehenden Abreden zu verwenden [DfZ 1938, 610] und hierzu: Schwister ZfR 1938, 1857; ZfR 1938, 338, 370; Schwarz das. 415; Müller das. 502; Wieder das. 590; Peter DR 1938, 190; Leggus, Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt, 1938. Über den Begriff der beim Vorbehaltsverkauf begründeten **Anwartschaft** des Käufers: Müllereifert HanfRGZ 1935 A 521. Auflosend bedingt ist die Eigentumsübertragung häufig bei Sicherungsübertragungen. Das Eigentum wird in der Regel zur Erfüllung einer Verpflichtung übertragen. Eine

solche Verpflichtung ist aber nicht notwendige Voraussetzung der Übertragung. Die Rechtswirksamkeit der Übertragung ist von dem Bestehen der Verpflichtung unabhängig (RG 19. 4. 17 IV 34/17). Den Beteiligten steht es indessen frei, zu vereinbaren, daß die Übertragung nur wirksam sein soll, wenn eine Verpflichtung besteht. Ob sie es getan haben, ist Tatfrage im einzelnen Falle (RG 54, 340; 28. 12. 06 VII 111/06).

Auch die Verbotswidrigkeit oder Unfittlichkeit des Grundgeschäftes macht die dingliche Eigentumsübertragung regelmäßig nicht nichtig (RG 63, 184; 68, 100; 75, 74; auch 154, 103; RGSt JW 07, 548¹; vgl. Fed, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, 1937, bes. S. 38ff. mit Vorschlägen zur Rechtsrenewierung). Eine Ausnahme gilt nach § 138 Abs 2 für die Erfüllung wucherlicher Grundgeschäfte (RG 57, 95; 63, 184; 95, 244; 109, 202); denn hier ist auch das Sichgewährenlassen der Vermögensvorteile für nichtig erklärt. Eine zweite Ausnahme ist gegeben, wenn jemand sein gesamtes Vermögen in den Formen des § 930 einem andern überträgt, sein Geschäft aber unter dem Schein der Kreditwürdigkeit, also unter Täuschung Dritter, fortführen soll und sich dabei in vollständiger geschäftlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit von dem andern befindet („gefnebelt“ ist); im einzelnen Falle kann das eine oder das andere der beiden Merkmale mehr in den Vordergrund treten (RG 82, 313; 85, 344; 109, 202; Warn 1913 Nr 129; 17. 2. 27 IV 522/26; 5. 4. 27 VI 596/26). Vgl. auch RG 145, 154 u. unten A 5 Abs 2.

2. Bewegliche Sachen (vgl. §§ 90ff.). Nach § 929 können stets nur bestimmte einzelne Sachen übertragen werden, nur sie können Gegenstand des mittelbaren oder unmittelbaren Besitzes sein (RG 52, 385; 103, 153; Warn 1928 Nr 11; Gruch 51, 616). Bloße Bestimmbarkeit genügt nicht (RG 113, 62; LZ 1917, 867). Maßgebend ist der Zeitpunkt der Übertragung, spätere Ereignisse bleiben außer Betracht (RG 132, 188, insoweit gegen 113, 61; Warn 1934 Nr 52). Sachgesamtheiten als solche oder Teile davon, z. B. für 2000 M. seidene Bänder von einem größeren Lager (RG Gruch 58, 1029) können nach § 929 nicht übertragen werden; denn Gegenstand des Besitz- und Eigentumserwerbs sind auch bei einem Inbegriff nur die körperlichen Gegenstände, nicht deren Werte (RG 16. 2. 26 VI 495/25); vgl. § 930 A 3. Der ausgesprochene Grundsatz gilt auch für den Fall des § 419 (Vermögensübernahme). Doch können sich die Partner über die Eigentumsübertragung auch für eine Mehrzahl von Sachen zugleich und einheitlich einigen, auch bedarf es nicht für jedes einzelne Stück einer Gesamtheit einer besonderen Übergabetätigkeit. Durch die Übertragung des Eigentums an dem Stammpapier wird nicht auch das Eigentum an dem — nicht mitübergebenen — Gewinnanteilscheinbogen, einem selbständigen Inhaberpapier, übertragen. Dies muß besonders geschehen (RG 77, 333). Umgekehrt überträgt auch die Aushängung des Gewinnanteilscheinbogens oder des Zinsrenewierungsscheines, eines bloßen Ausweis-papiers, nicht das Eigentum an dem Stammpapier (RG LZ 1916, 1007). Wegen der Fuder-tausfuhrscheine als selbständiger unter §§ 929ff. fallender Sachen: § 952 A 4. An den nicht wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks wird das Eigentum nach §§ 929ff. erworben (RG JW 1928, 561⁰). — Lotterielose sind regelmäßig Inhaberpapiere (JW 1912, 681¹⁰); ihre Übertragung vollzieht sich nach den §§ 929ff. (RGSt 67, 67). — Für die Ermächtigung des Verwahrers zur Verfügung über das Eigentum an Wertpapieren, die ihm zur Verwahrung gegeben sind, und die Rechtsstellung des Hinterlegers bei der unregelmäßigen Verwahrung und beim Wertpapierdarlehn gelten jetzt die §§ 13, 15 Bank-DepotG nF (oben A 3 d vor § 688, § 688 A 1 c, § 700 A 5 u. 6). Wegen der Aneignung und des Eigentumsübergangs in diesen Fällen Näheres bei Dpiß, DepotG § 13 A 8, 9, 10; § 15 A 5, 6.

3. Der Eigentümer dem Erwerber. Übertragung des Eigentums ist begrifflich nur durch den selbst Eigentümer ist. Dem steht nicht entgegen, daß nach §§ 932—934 unter besonderen Umständen das Eigentum auch aus der Hand des Nichteigentümers erworben werden kann; denn hierbei handelt es sich nur um eine Ausnahme aus Verkehrsrücksichten. Der Eigentümer kann die Übergabe entweder selbst bewirken oder durch einen Besitzdiener oder auch durch den unmittelbaren Besitzer vornehmen lassen. In letzterem Falle kommt es nicht einmal darauf an, daß der Eigentümer mittelbarer Besitzer ist; es genügt, wenn der unmittelbare Besitzer auf sein Geheiß die Übergabe vollzieht. Auch auf der Seite des Erwerbers können dritte Personen mitwirken; doch ist dabei zu beachten, daß es eine eigentliche Stellvertretung im Besitz nicht gibt und nicht geben kann, weil dieser ein tatsächliches Verhältnis ist (vgl. A 5 zu § 854 u. A 1 a zu § 930). Der dritte Empfänger der Sache macht den Erwerber also nur dann zum Besitzer, wenn er ihn kraft eines von ihnen vereinbarten und unter § 868 fallenden Rechtsverhältnisses zum mittelbaren Besitzer oder kraft eines Besitzdienerverhältnisses (§ 855) zum unmittelbaren Besitzer macht (RG 137, 25). Wird die Sache vom Eigentümer an den Dritten ausgehändigt, bevor dieser mit dem Erwerber das Verhältnis nach § 868 vereinbart hat, so kann er dieses Verhältnis, wie es — zumal bei Kaufgeschäften des täglichen Lebens — oft geschieht, durch ein Insiichgeschäft (§ 181) begründen (RG 100, 192; RGSt 54, 187; LZ 1921, 723⁷). Auch dieses Insiichgeschäft muß aber, wie jedes, nach außen irgendwie in Erscheinung treten (RG 139, 117; JW 1937, 3306¹⁰).

Der Übertragende muß im Augenblick der Übergabe Eigentümer sein. Ist er es noch nicht, so kann er zu dieser Zeit das Eigentum nicht übertragen. Überträgt er, bevor er Eigentümer ist,

den Besitz und sind beide Teile einig, daß der neue Besitzer Eigentümer werden soll, so geht zwar nicht auf Grund der Übergabe, wohl aber auf Grund des Besitzes und der Einigung, also gemäß § 929 Satz 2, das Eigentum in dem Augenblick, in dem es der Übertragende erlangt, und von diesem auf den Erwerber über.

4. **Übergabe** ist die Einräumung der tatsächlichen Gewalt über die Sache im Sinne des § 854 (RG 53, 220), also regelmäßig eine Bewegung im Raume und damit eine körperliche Handlung, die wohl beurkundet werden kann, sich aber außerhalb jeder Urkunde vollzieht (RG 109, 203). Sie besteht in der Übertragung des unmittelbaren Besitzes (RG 137, 25), und es ist für die Übergabe unerlässlich, daß ein Wechsel in der Person des unmittelbaren Besitzers eintritt. Allerdings braucht nicht gerade der Veräußerer der unmittelbare Besitzer gewesen und der Erwerber dies geworden zu sein (vgl. A 3). Nicht genügend ist also, daß der Erwerber vom Veräußerer mittelbaren Besitz erwirbt, sei es durch Übertragung schon bestehenden mittelbaren Besitzes nach § 870, wobei die Person des unmittelbaren Besitzers unverändert bliebe, sei es durch Begründen eines Besitzmittlerverhältnisses zwischen Veräußerer und Erwerber, wobei dem Veräußerer der unmittelbare Besitz verbliebe. In diesen Fällen handelt es sich nicht um Übergabe, sondern um Übergabeersatz, sie werden in den §§ 931 u. 930 behandelt. Keine Übergabe ist deshalb auch ein Vorgang von der in § 870 A 1 geschilderten Art, worin nicht einmal eine Abtretung des Herausgabeanspruches gefunden werden konnte. Wenn in der schon mehrfach angezogenen Entscheidung (RG 137 S. 23ff.) auf S. 26f. das Vereinarbeiten eines Besitzmittlerverhältnisses als Übergabe bezeichnet ist, so liegt darin ein dem sonstigen Inhalt der Entscheidung widersprechendes Bergreifen im Ausdruck. Gefragt war, wann der Erwerber den Besitz im Sinne von § 934 erlangt habe, und geantwortet sollte werden, daß dazu das Erlangen mittelbaren Besitzes genüge. So auch die im weiteren Verlauf angezogenen Entscheidungen (RG 89, 348; 135, 75. Um den Begriff der Übergabe handelte es sich gar nicht. — Wohl aber ist eine Übergabe anzuerkennen, wenn der Veräußerer der Sache Besitzdiener des Erwerbers wird; denn damit ist der unmittelbare Besitz vom Veräußerer auf den Erwerber übergegangen. Das ist unter Umständen sogar möglich, ohne daß eine Bewegung im Raume stattfindet, z. B. wenn ein bisher selbstständiger Kaufmann mit seiner Ware als Angestellter des Erwerbers in seinem bisherigen Laden verbleibt. — Wann die tatsächliche Übergabe wirklich vollzogen ist, kann immer nur auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalles entschieden werden. Jede Möglichkeit einer Verfügung durch Dritte braucht nicht ausgeschlossen zu sein (RG 106, 135), eine verzoillte Kiste kann zurückgegeben sein, auch wenn sie vorläufig noch im Aufbahrungsraum des Zollamtes verbleibt (RG 26. 5. 11 III 408/10). Das bloße Einfüllen der Ware in Gefäße, welche der Käufer für den Versand geschickt hat, genügt natürlich nicht (RG 97, 252). Wer die tatsächliche Gewalt selbst nicht besitzt, kann sie nicht einräumen. Ein gesunkenes Seeschiff kann nicht nach § 929 (übrigens auch nicht nach § 930 oder § 931 oder durch bloßen Vertrag nach § 474 BGB) übereignet werden (Recht 1918 Nr 1536). Wo aber unter besonderen Umständen die tatsächliche Gewalt auch an versunkenen Sachen noch fortbesteht, wie an dem in A 3 zu § 856 erwähnten Antergeschirr, ist auch eine Übergabe möglich. Eine nur einstweilige körperliche Übergabe oder eine Übergabe nur zu vorübergehendem Gebrauch genügt nicht (RG 75, 221; 24. 4. 15 V 522/14; vgl. RG 92, 265). — Die Übergabe ist Willensbetätigung, sie erfordert den Willen des Veräußerers, den Erwerber in die Lage zu versetzen, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben — sonst würde bei dem Erwerber verbotene Eigenmacht vorliegen (RG 137, 25) — und weiter den Erfolg, daß der Erwerber auch wirklich in diese Lage kommt (RG JW 1912, 129²; RG 72, 312). Danach kann die Übergabe in der mannigfachsten Art geschehen. Ausgeschlossen ist aber eine nur öbliche, nur durch Zeichen kundgemachte Übergabe (RG 77, 201); denn es handelt sich nicht um das Einräumen einer rechtlichen Befugnis, sondern um das der tatsächlichen Gewalt (RG 74, 356). Anschlagen mit dem Holzhammer an lagerndes Holz, wie es im Holzhandel noch vielfach üblich ist, reicht nicht aus (ObVer Danzig JW 1932, 67⁴). Die Übergabe der Schlüssel zum Aufbewahrungsraum ersetzt nur dann die Übergabe der darin befindlichen Sachen, wenn der Erwerber mit den Schlüsseln wirklich die Herrschaft über den Raum und die Sachen erlangt (RG 66, 258; 103, 100; Gruch 48, 955; 11. 6. 26 VI 68/26). Hat die Tür kein Schloß oder schließt es nicht oder öffnen die Schlüsseln nicht sämtliche Schlösser, so ist die Übergabe nicht vollzogen. Sie ist es aber, wenn z. B. A dem B den Schlüssel zur Tür des Aufbewahrungstraums übergibt und B im Einverständnis mit A einen zweiten unverschießbaren Zugang vernagelt (RG JW 1904, 114¹²). Gemeinsames Zurückhalten anderer, ebenfalls passender Schlüsseln steht der Übergabe und ihrer Wirksamkeit nicht entgegen (RG 103, 100). Der spätere Verlust des Besitzes durch Weggabe der Schlüssel hebt das einmal begründete Eigentum nicht auf (RG 11. 6. 26 VI 68/26). Hat ein Raum zwei Zugänge und behält A die Schlüssel zu dem einen Zugang und übergibt dem B, der dieses weiß, die Schlüssel zum andern Zugang, so erlangen A und B Mitbesitz an dem Raum. Die von A und B in den Raum eingebrachten Sachen können dabei, wenn das ihrem Willen entspricht, in ihrem Alleinbesitz bleiben (RG 8. 1. 24 VII 597/23). Reine genügende Besitzeinräumung liegt vor, wenn bei der Übereignung von Malz, das in einem Speicher (Silo) des Veräußerers lagert, nur eine auf den Erwerber hinweisende Tafel angebracht und ein dem Betriebe des Veräußerers

angehöriger „Treuhand“ eingesetzt wird, sofern der Speicher zu den Zwecken des Betriebes zugänglich bleibt und die Ausläufe unverschlossen sind (RG 151, 184; dazu Stoll ZfV 1937, 83).

Der Erwerber muß unter allen Umständen den Willen haben, Eigentum zu erwerben. Fehlt dieser Wille, so geht das Eigentum nicht über (RG HanRuz 31 B 643). Gegen den Willen des Erwerbers ist das erst recht nicht möglich. Wegen der Erklärung des Willens vgl. A 5 Abs 2. Eine Übernahme Tätigkeit des Erwerbers ist nicht immer erforderlich. Ein einfaches Niederlegen oder Zurückschaffen der Sache bei dem Erwerber genügt aber nur, wenn eine solche Art der Übergabe wenigstens hilfsweise vereinbart ist (RG 7, 12, 23 III 37/23). Regelmäßig wird die Sache von Hand zu Hand übergeben werden; der Verkäufer kann sich aber darauf beschränken, dem Erwerber den Zugriff zu gestatten. Vollendet wird dann die Übergabe, sobald der Erwerber die Sache ergreift. Das muß äußerlich erkennbar sein (RG Warn 1919 Nr 125); denn die äußere Erkennbarkeit bildet bei jedem dinglichen Rechtsverhältnis das allgemeine kennzeichnende Merkmal (RG 77, 201).

Eine Übergabe im Sinne des § 929 findet auch bei den Verkaufsautomaten und ähnlichen Einrichtungen statt. Setzt der Unternehmer den Automaten mit der dazugehörigen Inschrift in Betrieb, so erlaubt er dem Einwerfer des verlangten Geldes die Wegnahme der Sache und der Zahlende erlangt durch das Wegnehmen der herausgefallenen Sache den Besitz; umgekehrt kommt das eingeworfene Geld mit dem Willen des Einwerfers in die tatsächliche Gewalt des Unternehmers (vgl. RGSt 44, 114).

Die Einräumung des Mitbesitzes steht der Übergabe nicht gleich und genügt nicht, um Miteigentum oder Mitbesitz zu übertragen. Dagegen reicht sie aus, um Miteigentum zu begründen (vgl. A 5 B b zu § 1008). Andere Fälle, in welchen schon die Einräumung des Mitbesitzes rechtsverheißend ist, sind in den §§ 1081 und 1206 geregelt (RG LZ 1918, 498⁷). Das Gesagte betrifft aber nur den Mitbesitz zwischen Verkäufer und Erwerber. Übergabe zu Mitbesitz an den Erwerber und einen Dritten genügt, wenn sie auf Wunsch des Erwerbers vorgenommen wird, etwa weil er mit Erwerb des Eigentums dem Dritten sogleich ein Pfandrecht an der Sache bestellen will (§ 1206).

5. einig sind. Nicht die Einigung wird hier erfordert, sondern das Einigsein (RG 109, 203), der Zustand, der sich aus der Einigung ergibt. Der Unterschied ist in dem Regelfalle der Gleichzeitigkeit von Einigung und Übergabe bedeutungslos, kann aber von wesentlicher Bedeutung dann werden, wenn die Übergabe, wie beim Versand, der Einigung nachfolgt. Hier tritt neben die Frage: „Sind die Beteiligten einig geworden?“ die andere Frage: „Waren die Beteiligten auch im Augenblick der Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Erwerber noch einig?“ Diese Frage ist um deswillen nötig, weil bei der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen das Gesetz davon absieht, den Beteiligten die Möglichkeit einer Bindung an die Einigung zu eröffnen (vgl. § 873 Abs 2). Eine solche Bindung ergibt sich auch nicht daraus, daß das Geschäft unter einer Bedingung abgeschlossen ist. Vor der Übergabe kann daher jeder Beteiligte von der Einigung wieder abgehen und dadurch den Eigentumsübergang vereiteln — unbeschadet natürlich der Frage, inwieweit er schuldrechtlich verpflichtet ist, das Eigentum zu übertragen. Für die Antwort auf die Frage, ob die Beteiligten noch einig sind, ist entscheidend, daß es sich um einen Dauerzustand handelt und daß deshalb, wer sein Bestehen behauptet, nur sein Entstehen, also das Zustandekommen der Einigung, zu beweisen hat. Ist die Einigung bewiesen, so muß derjenige, welcher behauptet, das Einigsein bestche nicht mehr, die Tatsache beweisen, durch die es beendigt ist. Diese Tatsache kann keine rein innere sein. Es genügt nicht, daß der Beteiligte nicht mehr gewollt hat; er muß sein Nichtmehrwollen dem Gegenbeteiligten zu erkennen gegeben haben. Wie hier RG 83, 230; 135, 367. In dem ersten der in diesen Urteilen behandelten beiden Fälle fehlte es schon an einer Einigung. Weder der Erblasser noch der Erbe waren mit dem Erwerber über den Eigentumsübergang einig geworden.

Als Bestandteil des Übertragungsgeschäfts untersteht die Einigung über die Übertragung des Eigentums den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte und Verträge (vgl. A 1). Ist die Übergabe als solche eine von beiden Teilen ausgeführte (z. B. Schmuggel-) Handlung, so ist der dingliche Vertrag nichtig (§ 138) (RGSt 70, 230; vgl. auch RG 145, 154). Bei Willensunsfähigkeit auch nur eines Vertragsteiles ist die Einigung nichtig (RG Warn 1930 Nr 161). Sie setzt unbeschadet des § 151 nicht nur den beiderseitigen Willen, sondern die gegenseitige Willenserklärung voraus. Deshalb ist (anders als bei der Übergabe; vgl. A 3) bei der Einigung auch allgemein und auf beiden Seiten eine wirkliche Vertretung zulässig (RG 137, 27 f.). Auf die Einigung als Willenserklärung finden also die §§ 164 ff. Anwendung und es ist belanglos (§ 164), ob der Vertretene dem Gegenbeteiligten bekannt ist, wenn nur das Vertretungsverhältnis erkennbar hervortritt. Darüber hinaus ist sogar anzunehmen, daß der Vertreter des Erwerbers doch in der Regel für diesen erwirbt, auch wenn das Vertretungsverhältnis dem Verkäufer gegenüber nicht hervortritt. Denn meist wird bei der Übertragung beweglicher Sachen, insbesondere bei der Übertragung zufolge Kaufes, der Zug um Zug erfüllt wird, der Verkäufer kein Gewicht darauf legen, wer der Eigentümer wird, und er wird deshalb in dem Sinne übertragen, daß nicht notwendig der ihm Gegenüberstehende, sondern derjenige Eigentümer werden soll, den es wirklich angeht, also

nicht der Vertreter, sondern der Vertretene (RG 99, 208; 100, 191 ff.; 109, 167; LZ 1915, 51¹⁵; SeuffA 78 Nr 136; 21. 6. 29 VII 604/28; RGSt Warn 1924 Nr 158, betr. Auszahlung eines Bankchecks). Aus dem § 166 folgt weiter, daß es auf den guten Glauben des Vertreters ankommt, wenn ein solcher bei der Einigung mitwirkt und in dem entscheidenden Zeitpunkt über den Eigentumsübergang „einig ist“ (§§ 932 ff.). Die Mitwirkung dritter Personen nur bei der Übergabe (vgl. A 3) ist infolgedessen ohne Bedeutung, weil sie keine Stellvertretung ist. Hier bleibt es bei der Regel, daß der Erwerber gutgläubig gewesen sein muß (RG 137, 27 f.). Der Wille wird beim Übertragen des Eigentums an beweglichen Sachen besonders häufig durch schlüssiges Verhalten erklärt werden. Wird die verkaufte Sache vom Verkäufer dem Käufer in Erfüllung des Kaufvertrags übergeben, so ist die Einigkeit regelmäßig als vorhanden anzusehen. Auf einen etwa abweichenden inneren, nicht erklärten, Willen kommt es nicht an (RG 47, 270; Warn 1927 Nr 13; 7. 12. 23 VII 107/23). Wer Eigentümer der mit Pfanddarlehen (vgl. Ges. v. 3. 11. 1937 Art I § 1 Abs 4 RWB 1937 I, 1158; 1938 I, 341, 1670) angeschafften Gegenstände wird, richtet sich allein nach dem dinglichen Erwerbsgeschäft, grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, wem das Darlehen gegeben worden ist (vgl. über Eigentumsfragen beim Ehestandsdarlehen: Granzow-Nebuhn DR 1938, 120; Freund JW 1938, 1785; Lange das. 3081; Eggenert DWR 1939, 97; § 1008 A 3). Beim Verdingkauf will der Verkäufer ebenfalls Eigentum übertragen, der Käufer nimmt die Ware im Zweifel aber zunächst nur ab, um seiner Abnahmepflicht (§ 433 Abs 2) zu genügen und die Vertragsmäßigkeit der Ware zu prüfen. Das Eigentum erwirbt er erst, wenn er den Erwerbswillen, wenn auch nur durch schlüssiges Verhalten, kundgibt (RG 108, 27). Das kann in dem Bestätigen des Empfanges, in längerem Behalten, Einbauen, Weiterveräußern und ähnlichem gefunden werden (RG 64, 145). Auch mit der Abnahme eines Wertes im Sinne des § 640 Abs 1 hat der Eigentumsübergang grundsätzlich nichts zu tun. Unter Umständen kann das eine ein Anzeichen für das andere sein, die Abnahme kann aber vor dem Eigentumsübergang und dieser vor jener stattfinden (RG LZ 1914, 857). — Wegen besonderer Fälle der Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 1 vgl. A 7 f. und § 930 A 1 a. E.

6. Übertragung des Eigentums an den Besitzer (Satz 2). Es handelt sich hier nicht um einen Übergabeerwerb wie in den §§ 930, 931, sondern darum, daß die Übergabe nicht erforderlich ist, weil der Erwerber die tatsächliche Gewalt schon hat (vgl. hierzu auch A 4 zu § 854). Auch künftige Sachen, z. B. Aktien, können unter der Bedingung ihrer Entstehung nach § 929 Satz 2 übereignet werden (RG 85, 333).

Besitzer i. S. von § 929 Satz 2 ist auch der mittelbare Besitzer (RG 103, 153; 16. 4. 26 VI 28/26 RGSt Warn 1932 Nr 148). Es ist unerlekt, ob der bisherige unmittelbare Besitzer selbst Eigentümer werden oder ob er für einen Dritten, dem er den Besitz vermitteln soll, Eigentum erwerben will (RG JW 1938, 1394¹¹). Der Erwerb durch Einigung allein kann also auch dann stattfinden, wenn der Erwerber die zu erwerbende Sache nicht mehr selbst in Händen, sondern z. B. verlihen hat. Es bedarf in diesem Falle des Weges des § 931 nicht. Unanwendbar ist § 929 Satz 2 aber, wenn der Erwerber der mittelbare und der Veräußerer selbst der unmittelbare Besitzer ist; hier würde es an einer äußerlich in die Erscheinung tretenden Änderung der Besitz- und Eigentumsverhältnisse fehlen, die Voraussetzungen des Eigentumsüberganges würden noch geringer sein, als bei dem Besitzvorbehalt nach § 930 (RG 126, 25 f.). Deshalb genügt auch ein nach § 825 B.D. ergehender Gerichtsbeschuß, welcher das Eigentum an der Pfandsache dem sie mittelbar besitzenden Pfandpfandgläubiger zuspricht, für sich allein nicht, das Eigentum zu übertragen; vielmehr muß noch die Übergabe durch den Gerichtsvollzieher hinzukommen (RG ebenda; vgl. auch RG 5. 6. 34 VII 2/34). Der Besitzdiener ist nach § 855 nicht Besitzer. In der Einigung des Besitzers und des Besitzdieners, daß dieser Eigentümer werden soll, liegt aber auch die Einigung, daß die tatsächliche Gewalt auf ihn übergehen soll; diese Einigung genügt nach § 854 Abs 2, um den Besitzdiener zum Besitzer zu machen, da er in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben (RG LZ 1920, 695¹; Warn 1924 Nr 104). Auf diese Weise ist es dem Besitzer möglich — außer durch Übergabe nach § 929 Satz 1 — auch nach § 929 Satz 2 Eigentum auf seinen Besitzdiener zu übertragen. Hinsichtlich der Voraussetzungen und Kennzeichen der Einigung gilt das in A 5 Gesagte. — Wiederholt ist ausgesprochen worden, daß die dem Bankherra nach § 2 des Depotgesetzes vom 5. 6. 1896 erteilte Ermächtigung, über hinterlegte oder verpfändete Wertpapiere zu seinem Nutzen zu verfügen, für sich allein nicht notwendig den Übergang des Eigentums an den Bankherra zur Folge hat (RG 58, 286; Warn 1910 Nr 167).

Auch der Mitbesitzer besitzt, gleichviel ob er unmittelbarer oder mittelbarer Mitbesitzer ist. Besitzt er nur mit einem oder mehreren Dritten zusammen, hat also der Veräußerer keinerlei Besitz an der Sache, so genügt die Einigung des Veräußerers und des Mitbesitzers, um den Eigentumsübergang nach § 929 Satz 2 herbeizuführen. Gehört dagegen der Veräußerer ebenfalls zu den Mitbesitzern, so genügt die bloße Einigung nicht. Der Veräußerer muß in diesem Falle noch seinen eigenen Mitbesitz auf den Erwerber übertragen, sei es durch Übergabe nach § 929 Satz 1, sei es durch Übergabeerwerb nach §§ 930, 931. Nicht unbedenklich deshalb RG LZ 1915, 51. Wegen des Miteigentums vgl. oben A 4 letzter Absatz und unten A 7 f., wo auch die Anwendung von § 929 Satz 2 auf einen besonderen Fall des Miteigentums erörtert wird.

7. Besondere Fälle. Wer mit dem Geld eines andern Sachen in der Absicht anschafft, sie für sich selbst zu erwerben, und sie übergeben erhält, wird Eigentümer; der andere hat gegebenenfalls schuldrechtliche Ansprüche (RG LZ 1920, 695¹). Wer im Auftrag eines andern fremdes Geld bei einer Bank in deutsches umwechselt, um es für den andern zu erwerben, erwirbt es für diesen; ein Auftragsverhältnis fällt unter § 868; spätere Aneignung ist also Unterschlagung (RGSt LZ 1921, 7237). Anders bei Grundstücken. Wer als stiller Stellvertreter ein Grundstück auf gelassen erhält und als Eigentümer eingetragen wird, ist selbst Eigentümer geworden, und zwar, da es nur ein Eigentum gibt, auch dem Vertretenen gegenüber. Ob dieser einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung hat, ist Tatfrage des einzelnen Falles (RG LZ 1922, 24²). Ein Aussonderungsrecht im Konkurs des stillen Vertreters, der selbst Eigentümer geworden ist, steht dem Vertretenen auch dann nicht zu, wenn er den Übereignungsanspruch hat (RG 25. 5. 21 V 37/21). — Bei **Verfundungsverkäufen** beginnt die Übergabe mit der Aushändigung der Ware an den Frachtführer zum Zweck der Übermittlung an den Käufer (wegen ihrer Vollendung vgl. A 5). Ist eine besondere „Abnahme“, z. B. das gemeinschaftliche Erproben der gelieferten Maschine, vorgesehen, so hat dies mit der Übergabe an sich nichts zu tun (RG 21. 3. 22 VII 287/21). Fälle, in denen die Ware entgegennehmende Spediteur gleichzeitig Bevollmächtigter des Käufers ist, werden selten sein. Ist ein solcher Fall gegeben, dann kann Eigentum schon mit der Übergabe der Ware an den Spediteur übergehen. Die Abrede: „die Ware geht mit der Ausstellung der Rechnung in Ihren Besitz über“ ist jedoch bedeutungslos (RG 102, 41). — § 447 betrifft nur die Überfahrgesfahr. Ware, die auf Grund von Kriegsverordnungen unterwegs beschlagnahmt wurde, war regelmäßig Ware des Verkäufers, ihn traf die Beschlagnahme, er hatte noch nicht erfüllt und konnte wegen eingetretener Unmöglichkeit auch nicht mehr erfüllen (RG 92, 34; LZ 1920 687¹, 701⁶). — Der Ersteher erwirbt das Eigentum an einer versteigerten Pfandsache nicht schon mit dem Zuschlag, sondern erst mit der Ablieferung der Sache an ihn. Zur Ablieferung der zugeschlagenen Pfandsache an den Ersteher genügt nicht eine Erklärung des Gerichtsvollziehers, er gestatte ihm die Sache alsbald in Besitz zu nehmen und wegzuschaffen (RG 153, 261; 156, 397; Glücklich DGBW 1938, 376). Übrigens steht der Gerichtsvollzieher den Beteiligten als Beamter gegenüber; die Pfandverwertung (§ 817 ZPO) ist Staatshoheitshandlung; die Ablieferung überträgt dem Ersteher auch dann das Eigentum an der Sache, wenn ein anderer als der Schuldner Eigentümer war (RG 156, 398; Lent ZMVR 1937, 329; Hubernagel das. 1938, 308; Roquette ZW 1938, 897; Sad das. 443; vgl. auch SMR 1934 Nr 807; 1937 Nr 507; ZW 1934, 571 und Jädel das. 676; unt. § 932 A 1 Abs 3 und § 935 A 7 a. G.).

7a. Auch das Miteigentum ist Eigentum. Das Miteigentum an einer beweglichen Sache wird daher in derselben Weise übertragen wie das Miteigentum, doch genügt es zu seiner Begründung, wenn der Veräußerer dem Erwerber den Mitbesitz einräumt (vgl. oben A 4 letzter Absatz und die A 2 und 5 B h zu § 1008). Im Verkehr mit Wertpapieren spielt das Miteigentum neuerdings eine große Rolle durch das **Giro sammeldepot** (vgl. darüber § 948 A 3, § 700 A 6). Die Veranschaffung von Miteigentum an den im Sammeldepot liegenden Stücken genügt regelmäßig als Erfüllung eines auf Übereignung von Wertpapieren abzielenden Vertrages (RG 139, 116). In die Verfügung über die Miteigentumsanteile kommt dadurch eine gewisse Besonderheit, daß der Kontoinhaber über den ihm gutgeschriebenen Anteil nur mittels ordnungsmäßig ausgestellter (weißer, roter oder grüner) Wertpapierschecks oder mittels Wertpapierfernchecks verfügen kann (Geschäftsbestimmungen der Bank des Berliner Kassenvereins von 1938 § 94 Abs 2). Bei der Ausstellung der weißen Wertpapierschecks (§ 95 GeschBest.) beauftragt er die Bank, eine bestimmte Anzahl von Stücken an den Erwerber auszuhändigen, der auch der Überbringer des Schecks sein kann. Er macht also von seinen aus § 419 Abs 2 SGB abzuleitenden und auch durch § 94 Abs 2 aaO. gewährleisteten Rechte Gebrauch, die Aushändigung einer seinem Miteigentumsanteil entsprechenden Zahl von Stücken zu verlangen. Das Eigentum geht auf den Erwerber erst mit der Aushändigung über. Hierbei handelt es sich um einen Fall der Übereignung nach § 929 Satz 1, wo nicht der Veräußerer die Übergabe vornimmt, sondern der (von ihm verschiedene) unmittelbare Besitzer (vgl. oben A 3). Wer als Erwerber die Empfangnahme der Stücke verzögert, tut das auf eigene Gefahr. Geht noch vorher der Veräußerer in Konkurs, so steht ihm kein Aussonderungsrecht zu. — Bei der Ausstellung eines roten Wertpapierschecks (§ 96 GeschBest.), beauftragt der Kontoinhaber die Sammelbank, dem Erwerber, der aber selbst Kontoinhaber sein muß, einen bestimmten Miteigentumsanteil gutzuschreiben. Darin liegt die Anweisung an die Bank, den Veräußerer der betreffenden Wertpapiere nicht mehr als Hinterleger anzusehen und mit dem Erwerber einen neuen Hinterlegungsvertrag abzuschließen, kraft dessen die Bank fortan die gesamten Wertpapiere der bezeichneten Gattung auch für diesen als Hinterleger verwahrt. Der Vertrag kommt in der Regel zustande durch die Benachrichtigung des Erwerbers über die Umschreibung („blaue Gutschrift“) und dessen, meist wohl stillschweigende, Annahme. Der Erwerber ist dadurch mittelbarer Mitbesitzer der gesamten Wertpapiere geworden und bei fortwährendem, durch die Einigung begründetem Einigsein des Veräußerers und des Erwerbers über den Eigentumsübergang geht damit auch das Miteigentum auf den Erwerber über. Hat der Veräußerer über seinen ganzen Miteigentumsanteil verfügt, so ist der Erwerber nur Mit-

Besitzer neben den übrigen Miteigentümern, im Verhältnis zu dem Veräußerer also Alleinbesitzer geworden. Hat der Veräußerer nur über einen Teil seines Miteigentumsanteils verfügt, so ist der Erwerber auch im Verhältnis zu ihm Mitbesitzer. Der Erwerb des Miteigentums wird aber dadurch nicht beeinträchtigt, da der Erwerber in diesem Falle Miteigentümer neben dem Veräußerer werden soll, es sich also um die Begründung von Miteigentum handelt (vgl. oben A 4 letzter Absatz und den Eingang zu dieser A.). Bei der Ausstellung des roten Schecks wird der dritte der in A 1 zu § 870 und A 2 zu § 931 erwähnten Wege benutzt, auf denen der mittelbare Besitzer sein Eigentum übertragen kann. Dies geschieht auf Grund des § 929 Satz 2. Eine Übergabe im Sinne von Satz 1 darf liegt nicht vor, weil der unmittelbare Besitzer nicht gewechselt hat (vgl. oben A 4; § 870 A 1). Zur Frage des etwaigen Erwerbes kraft guten Glaubens vgl. § 934 A 3. — Bei der Ausstellung eines „nur zur Verrechnung“ gestellten weißen Wertpapier-schecks (§ 95 Abs 2 GeschBest.) wird die Bank beauftragt, den Miteigentumsanteil einem andern Kontoinhaber gutzuschreiben: dem im Scheck benannten Erwerber des Anteils oder dem Überbringer des Schecks. Die Sache liegt dann im übrigen so, wie bei der Ausstellung eines roten Wertpapierschecks. — Darüber, daß eine Übereignung der Miteigentumsanteile auch nach § 931 an sich möglich wäre, aber tatsächlich nicht vorgesehen ist, vgl. A 6a zu § 931. — Die Verpfändung wird durch grüne Wertpapierschecks bewirkt (§ 97 GeschBest.; A 10 zu § 1205). Wertpapierschecks dienen zur Übertragung von Sammelbestandteilen auf Begünstigte, die einer anderen zur „Arbeitsgemeinschaft deutscher Wertpapierammelbanken“ gehörenden Wertpapier-sammelbank angeschlossen sind. Diese Arbeitsgemeinschaft, deren Geschäftsführung in den Händen der Bank des Berliner Kassenvereins liegt, ist eine lose Vereinigung ohne Satzung, welche die reibungslose Abwicklung des Wertpapierfern giroverkehrs bezweckt. Zu diesem Behufe ist dieser Verkehr einheitlich gestaltet worden, auch hinsichtlich der vertraglichen Regelung. Die näheren Bestimmungen über das Großsammeldepot finden sich, einheitlich gefaßt für alle Wertpapier-sammelbanken (Bes. v. 1. 5. 1937 RGBl 1937 I, 558; 1938 I, 1848; 1939 I, 386) in den §§ 77—99 GeschBest.

8. Zwischstaatliches Recht. Für dingliche Rechtsverhältnisse ist regelmäßig das Recht des Ortes maßgebend, wo die Sache sich befindet; deshalb sind nach diesem Recht auch die Erfordernisse der dinglichen Rechtsänderung beim Eigentumserwerb beweglicher Sachen zu beurteilen (RG 30. 11. 23 VII 186/23; 14. 12. 22 IV 409/21). Dies gilt auch für den Rechtsübergang an einer Aktie (Inhaberaktie), wenn nach dem anzuwendenden ausländischen Recht feststeht, daß sie wie eine bewegliche Sache zu behandeln ist (RG 10. 3. 1934 V 234/33). Vgl. auch § 930 A 7, § 931 A 8.

Im internationalen Privatrecht gilt für den Erwerb des Eigentums das Recht des Ortes, an dem sich die zu übereignende Sache befindet (RG 11, 55; 18, 45; 103, 31; 119, 215; JW 1903, 250; 1885, 253; SFR 1930, 2066; RG VII 186/23). Es gilt auch für den Erwerb mittels Übertragung des Konnossements (RG 119, 215); befindet sich die Ware in einem Land, welches das Konnossement nicht kennt (z. B. Frankreich), so kann der Eigentumsübergang nur stattfinden, wenn analoge Rechtseinrichtungen gegeben sind, wie z. B. die Übereignung durch bloßen Vertrag. Die lex rei sitae gilt aber nur für das dingliche Übereignungsgeschäft, nicht für das obligatorische Grundgeschäft. Nach ständiger Rechtsprechung ist die lex rei sitae auch maßgebend für die Über-eignung von Wertpapieren (RG JW 1895, 302; 1897, 573; SeuffA 87, 161; 88, 193; SFR 1935, 1608). Anderer Ansicht ist nur RG 112, 27, wo die Übereignung von in einem Londoner Bankdepot liegenden amerikanischen shares nach deutschem Recht behandelt wird; doch kam es in jenem Fall hierauf nicht entscheidend an. Die alleinige Anwendung der lex rei sitae auf Wertpapiere führt indes vielfach zu mißlichen Folgen. Denn die im Papier verbrieftete Forderung untersteht ihrem besonderen Recht und kann häufig nicht in der Form der lex rei sitae mit übertragen werden. Die Folge ist dann, daß der Erwerber des Papiers ohne Forderung Gewährleistungsansprüche erheben kann (RG 10, 169; 30, 154; 109, 295). Man wird daher annehmen müssen, daß in solchen Fällen auch das Eigentum am Papier nicht mit übergeht (RG 10, 169); denn das Eigentum am Papier ohne die Forderung ist wertlos und bedeutet nur eine unnütze Trennung von Forderung und Papier. Der Eigentumsübergang an Wertpapieren richtet sich daher nach dem Recht, dem die Forderung untersteht, oder nach dem Recht, auf welches dieses Recht sonst etwa verweist. — Auch der Eigentumsübergang an Schiffen richtet sich nicht nach der lex rei sitae; maßgebend ist vielmehr das Flaggenrecht; Schiffe deutscher Flagge können gemäß § 474 HGB stets durch bloße Einigung übereignet werden, auch wenn sie sich im Ausland befinden. Für die Übereignung von Waren, die verladen sind und deren gegenwärtiger Aufenthalt unbekannt ist, entscheidet nach überwiegender Meinung das Recht des Bestimmungsorts (RG Recht 1911, 3476 = BayZ 1912, 45). Ist eine Ware unter Eigentumsvorbehalt übertragen und gelangt sie später in ein Land, welches diesen Vorbehalt nicht kennt, so soll der Vorbehalt dennoch bestehen bleiben (RG JW 1899, 521); manche ausländische Staaten nehmen in diesen Fällen den Eintritt vollen Eigentums für den Erwerber an; aber schwerlich zu Recht, da eine Einigung über den endgültigen Eigentumsübergang noch nicht vorlag. Wird im Deutschen Reich eine Ware verkauft, die in Frankreich liegt und daher durch bloßen Vertrag übereignet werden kann, so ist es Auslegungssfrage, ob das Eigentum so

fort mit Abschluß des obligatorischen Vertrages übergehen sollte. Wird eine nach Frankreich verkaufte Ware zum Zwecke der Übergabe dorthin versandt, so erwirbt der Käufer das Eigentum bereits im Augenblick des Grenzübergangs, da in Frankreich zum Eigentumsübergang die Einigung genügt und schon hier die bereits erklärte Einigung wirksam wird (DWB Zweibrücken RR 10, 220; str.).

Auch für das Verhältnis des BGB zum österreichischen und sudetendeutschen Recht gelten die oben genannten Grundsätze entsprechend; maßgebend ist, wo die zu übereignende Sache sich befindet. Nach § 424 DWB ist die Eigentumsübertragung nicht abstrakt, sondern von einem gültigen Erwerbstitel abhängig. Im übrigen ist zum Eigentumsübergang Einigung und Übergabe notwendig (§§ 425 ff. DWB); die Übergabe kann durch brevi manu traditio wie auch durch Zeichen, namentlich handelsrechtliche Urkunden, ersetzt werden. Eine Abtretung des Herausgabeanspruchs überträgt das Eigentum nicht, wohl aber der Auftrag an den Inhaber der Sache, diese künftig für den Erwerber zu besitzen. Eigentumsübertragung durch Besitzvorbehalt ist möglich; es genügt sogar ein abstrakter Besitzvorbehalt. Nur die Sicherungsübereignung kann nicht durch Besitzkonstitut erfolgen; eine solche ist auch dann unwirksam, wenn sie zwar im alten Reichsgebiet vereinbart wird, die zu übereignenden Waren aber in Österreich liegen (DWB 10, 26). Beim Versendungskauf geht das Eigentum bereits mit der Versendung auf den Erwerber über, wenn dieser die Versendungsart bestimmt oder genehmigt hatte. Bestellt also jemand im alten Reichsgebiet Waren aus Österreich und haben sich Parteien mindestens stillschweigend über die Versendungsart geeinigt, so erwirbt der Käufer das Eigentum schon in dem Augenblick, wo die Waren in Österreich abgehandelt werden. Ist umgekehrt die verkaufte Sache nach Österreich zu versenden, so erwirbt bei Einigung über die Versendungsart der Käufer das Eigentum in dem Augenblick, in dem die Ware die Grenze der beiden Rechtsgebiete überschreitet. — Gutgläubiger Eigentumserwerb ist in Österreich möglich vom vermeintlichen Erben, dem die Erbschaft gerichtlich eingantwortet wurde (§ 824 DWB), ferner gemäß § 367 DWB bei Kauf in öffentlicher Versteigerung, vom befugten Gewerbsmanne oder von dem, dem der Eigentümer die Sache anvertraut hatte. Der gutgläubige Erwerb ist auch bei abhanden gekommenen Sachen möglich. Wurde also z. B. eine Sache im alten Reichsgebiet gestohlen und wird sie dann in Österreich oder im Sudetenland erworben, so erwirbt der redliche Käufer volles Eigentum. (Beispiele.)

§ 930

1) Ist der Eigentümer im Besitze ²⁾ der Sache ³⁾, so kann die Übergabe dadurch ersetzt ⁴⁾ werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt ⁵⁾ ⁶⁾ ⁷⁾.

§ I 805, 874 II 843; W 3 97—99, 335, 336; P 3 196—201.

1. Übertragung des Eigentums ohne Aufgeben des Besitzes („Besitzvereinbarung“ [RG 81, 439], Besitzabrede, Besitzvorbehalt [constitutio possessionum]). Das BGB schränkt die Art der Eigentumsübertragung ein. Vgl. hierzu die Bemerkungen zu § 868, namentlich A 3 das.

a) Nicht zugelassen ist Eigentumsübertragung mit einfachem, leerem Besitzvorbehalt (das sog. „abstrakte Konstitut“). Die Übergabe kann nicht dadurch allein ersetzt werden, daß der Eigentümer mit dem Erwerber vereinbart, den Besitz zu behalten, selbst dann nicht, wenn es in dem Sinne geschieht, daß er von nun an für den Erwerber besitzen will. Das Gesetz geht augenscheinlich davon aus (vgl. A 3 Abs 1 zu § 929), daß, wer für den Erwerber besitzt, ohne ihn zum mittelbaren Besitzer zu machen (§ 868), in Wirklichkeit statt des Erwerbers besitzt, und läßt grundsätzlich einen solchen Eigentumserwerb nicht zu (RG 49, 170; 54, 396; 98, 133; Warn 1910 Nr 404; JW 1913, 492¹⁴; 2. 3. 15 VII 479/14; aber Begründung des Rechtsverhältnisses in mündlicher Nebenabrede genügt). Die zeitliche Beschränkung des leeren Besitzvorbehaltes vermag sein Wesen nicht zu verändern (RG Warn 1925 Nr 166; JW 1927, 669¹⁴). Man hat gemeint, daß hierbei der Erwerber als Treugeber, der Veräußerer als Treuhänder anzusehen und daß dieses Rechtsverhältnis somit tatsächlich nicht von einem bestimmten Rechtsverhältnis unabhängig sei; indessen zum Treuhandverhältnis gehört, daß der Treugeber aus seinem Vermögen dem Treuhänder einen Gegenstand derart übereignet, daß der Treuhänder das übertragene Recht im eigenen Namen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteil gebrauchen soll (RG 84, 217; 133, 87; 153; 353; JW 1936, 1433¹; 28. 9. 28 VII 93/28). Es entsteht also kein Treuhandverhältnis, wenn jemand einen Gegenstand für Rechnung und zum Vorteil eines andern als stiller Stellvertreter für diesen von einem Dritten erwirbt und nur schuldrechtlich zur Übertragung verpflichtet ist (RG 91, 16; 127, 344; 133, 87; dagegen ist in § 11 Nr 3 des Steueranpassungs-Ges v. 16. 10. 1934 [RGBl 1934 I, 925; 1935 I, 299, 688; 1936 I, 977; 1938 I, 391, 1557; 1939 I, 286] für den Bereich des Steuerrechts dem echten Treuhandverhältnis [§ 11 Nr 2 das] der Tatbestand gleichgestellt worden, daß ein Treuhänder zu getreuen Händen für den Treugeber einen Gegenstand

erwirbt; vgl. hierzu Meß BanN. XXXVI 566, 570). Danach kommt als Treugeber beim leeren Besitzvorbehalt immer nur der Veräußerer und als Treuhänder immer nur der Erwerber in Betracht, nicht umgekehrt (RG JW 1927, 669¹⁴). Allerdings überläßt der Erwerber des Eigentums dem Veräußerer wieder den Besitz der Sache, aber dadurch allein — und hierin äußert sich der entscheidende Fehler der leeren Besitzabrede — entsteht auch kein Treuhandverhältnis. Kraft des wirklich entstehenden Treuhandverhältnisses wird der Erwerber nicht mittelbarer, er könnte daraufhin höchstens unmittelbarer Besitzer der Sache werden. Somit versagt der leere Besitzvorbehalt gegenüber dem § 930. Das trifft auch zu, wenn an einer verkauften und ohne Eigentumsvorbehalt übergebenen Sache nachträglich zur Sicherung des Kaufpreises noch das Eigentum vorbehalten werden soll. Auf dem Wege der Sicherungsübereignung mit „konkretem Besitzkonstitut“ (vgl. b) ist der Zweck zu erreichen. Das Verbot des einfachen Besitzvorbehalts trifft dagegen nicht die Fälle, in denen der Eigentümer zu dem Erwerber in ein Verhältnis der im § 855 bezeichneten Art tritt und über die Sache, die er bisher als Eigentümer besaß, nunmehr in der Eigenschaft eines Angestellten des Erwerbers oder in ähnlicher Stellung als Besizdiener die tatsächliche Gewalt für den Erwerber ausübt. In diesen Fällen findet in Wirklichkeit Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 1 statt. Denn in diesen Fällen hört der bisherige Eigentümer auf, zu besitzen, und der neue Erwerber besitzt unmittelbar. So insbesondere dann, wenn ein Kaufmann sein Warenlager und seine Geschäftseinrichtung an einen andern Kaufmann veräußert, dieser daraus ein Zweiggeschäft bildet und den bisherigen Eigentümer als Geschäftsführer darin anstellt. Nimmt der Veräußerer die Übertragung des Eigentums auf solche Art zulässigerweise (§ 181) „in sich“ vor, so ist außer dem entsprechenden Willen noch eine äußerlich in die Erscheinung tretende Ausführungshandlung erforderlich (RG 99, 209), von der das A 2 a. E. Wesagte gilt.

b) Zugelassen ist die bestimmte Besitzvereinbarung, das „konkrete Konstitut“, d. h. die Eigentumsübertragung unter Vorbehalt des unmittelbaren Besitzes, wenn gleichzeitig ein Rechtsverhältnis geschaffen wird, durch das der Erwerber den mittelbaren Besitz erhält. Dieses Rechtsverhältnis muß einem bestimmten, im Gesetz geregelten Rechtsverhältnis entsprechen oder ihm wenigstens ähnlich sein. Es gibt keinen mittelbaren Besitz als Folge des Eigentums und keinen selbständigen mittelbaren Besitz (RG 52, 130; 63, 16; JW 07, 747¹⁸; Warn 09 Nr 454; 22. 10. 10 IV 188/10). Vgl. auch § 870 A 1.

c) Der Unterschied zwischen der leeren und der bestimmten Besitzabrede ist, so scharf er nach dem Gesetz auch zu ziehen ist, für die Gesetzesanwendung nicht von allzugroßer Bedeutung. Bei fast jedem ernstgemeinten „Konstitut“ werden die tatsächlichen Verhältnisse es mit sich bringen, daß das entscheidende Rechtsverhältnis in irgendeiner Art wenigstens stillschweigend begründet wird. Das wird auch in der Rechtsprechung anerkannt (RG 26. 10. 34 VII 151/34; vgl. A 4 u. 5). Immerhin gibt es Fälle, in denen ein nach § 868 vereinbartes Rechtsverhältnis nicht erkennbar ist, weder ein Nutzungsrecht noch eine Verwaltungspflicht, in denen vielmehr wirklich nur ein leerer Besitzvorbehalt vereinbart ist (RG 22. 10. 29 VII 128/29).

2. Sachbesitz. Gleichviel ob unmittelbarer oder mittelbarer Besitz, Alleinbesitz oder Mitbesitz (RG SeuffA 76 Nr 135). Auch der Eigentümer, der im mittelbaren Besitz der Sache ist, kann, statt den Weg des § 931 zu wählen, ein Rechtsverhältnis vereinbaren, durch das der Erwerber weiteren mittelbaren Besitz erlangt, und so Eigentum nach § 930 übertragen (RG Warn 09 Nr 174; 1920 Nr 13 u. 163; LZ 1919, 697; JW 1926, 799⁸; 3. 1. 19 VII 282/18, auch bei Sicherungsübereignung). Der Eigentümer braucht dabei weder den unmittelbaren Besitzer zu nennen, noch ihn von der Eigentumsübertragung zu benachrichtigen (RG 4. 5. 17 VII 23/17). Ist der Eigentümer nur Mitbesitzer, so kann er durch das vereinbarte Rechtsverhältnis auch nur mittelbaren oder weiteren mittelbaren Mitbesitz begründen. Das reicht zum Übergang des Eigentums aus, weil der Eigentümer seinen gesamten Besitz in den Dienst des Erwerbers stellt (vgl. RG 139, 117 und § 929 A 4 a. E. und A 6 a. E.). Daß aber der Eigentümer zu der Zeit, zu der das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll, den Besitz hat, ist unerlässlich (RG 56, 52). Es steht indessen nichts im Wege, daß jemand schon, bevor er Eigentümer und Besitzer geworden ist, sich mit einem andern dahin einigt, ihm das Eigentum sofort mit der Besitzergangung zu übertragen und auf Grund des dazu vereinbarten Rechtsverhältnisses den Besitz sofort mit der Erlangung für ihn als mittelbaren Besitzer auszuüben (RG 109, 170). Denn der Eintritt der Wirksamkeit der Einigung und des Besitzvorbehaltes kann auch in die Zukunft verlegt werden (RG 56, 52; 95, 108; 140, 226; 13. 2. 34 VII 308/33 [insoweit in RG 143, 374 und in JW 1934, 1234² nicht mit bekanntgegeben]; Warn 08 Nr 61; 1910 Nr 448; 1912 Nr 214; 1920 Nr 163; RG JW 07, 747¹⁸; 1912, 797¹⁵; Bruch 53, 1045 ff.). So insbesondere dann, wenn bei Übertragung von Warenlagern, Vermögensmassen, Gutszubehörungen, Herden, die in der Verwaltung des früheren Eigentümers bleiben, sofort auch der Eigentumsübergang für spätere Zugänge und Anschaffungen, Nachschaffungen, Ersatzbedürfnisse bedungen wird, wie das eine häufige Erscheinung des wirtschaftlichen Lebens geworden ist (RG 81, 141; JW 1911, 762²¹; Warn 1912 Nr 214; 1932 Nr 39; 24. 1. 13 VII 478/12). Allerdings muß in solchem Fall für den endgültigen Besitz- und Eigentumsübergang eine äußerlich in die Erscheinung tretende Ausführungshandlung gefordert werden, die den Über-

tragungswillen erkennbar macht (RG 52, 130 ff.; 56, 54; 63, 17 u. 405; 73, 418; 86, 264; LZ 1919, 697; Warn 1920 Nr 163). Wenn schon bei beweglichen Sachen das allgemein kennzeichnende, notwendige Merkmal des Bestandes dinglicher Rechte die äußere, in der Regel für jedermann bestehende Erkennbarkeit bildet, so genügt es hier doch, wenn der Besitzwechsel überhaupt erkennbar ist, sei es auch nur für einen mit den Verhältnissen Vertrauten (RG JW 1912, 797¹⁵; 1917, 217⁶; RG 99, 210). Das wird erreicht z. B. durch die Aufnahme in ein Verzeichnis, wenn diese Form ein für allemal vereinbart ist (RG 23. 3. 15 VII 510/14), aber auch ungeachtet dieser Vereinbarung durch das Einverleiben der Erbsaftstücke in das Warenlager (RG JW 1917, 217⁶) oder auch durch das Benutzen der Erbsaftstücke im Gewerbebetrieb (RG LZ 1916, 383). Häufig wird auch geradezu vereinbart, daß mit dem Einbringen der neuen Ware in das Warenlager oder mit ihrem Verbringen in bestimmte Räume das Eigentum übergehen soll; auch das genügt (RG Warn 1929 Nr 150; 1932 Nr 1; 14. 11. 30 VII 120/30). Auch dabei handelt es sich nur um die Ausführung des früheren Besitzvorbehaltes, nicht um dessen gegenwärtigen Abschluß durch Geschäft (RG Warn 1932 Nr 1).

3. Sache. Der schon A 2 zu § 929 hervorgehobene Grundsatz, daß nur das Eigentum an bestimmten einzelnen Sachen übertragen werden kann, daß Bestimmbarkeit nicht genügt, gilt auch für § 930 und wirkt sich gerade hier aus, da bei dem Verfahren nach § 930 häufiger Zweifel bleiben können. Ein Warenlager als solches kann unter dieser Bezeichnung übereignet werden. Werden die einzelnen Waren aufgezählt, so müssen sie einzeln genau bezeichnet werden, mögen sie auch tatsächlich das ganze Lager ausmachen (RG SeuffW 71 Nr 254). Ebenso können Waren in besonders aufgeführten Räumen übereignet werden (RG 5. 6. 11 VII 612/10; 14. 11. 11 VII 68/11). Möglich ist auch eine Einigung dahin, daß ein bestimmter Teil aus einer größeren Menge übereignet werden und der Eigentümer ihn bestimmen, auscheiden und für den Erwerber verwahren soll. Der Eigentumsübergang findet dann mit der Ausscheidung statt (RG JW 1912, 797¹⁵). Nicht möglich ist es aber, aus einem größeren Bestande einen Teil zu übereignen, der nur nach Mengen oder nach Werten bezeichnet wird ohne nähere Angabe, um welche einzelnen körperlichen Gegenstände es sich handelt (RG 52, 385 ff.; 103, 153; 113, 57 ff.; Warn 1932 Nr 39 u. Nr 87; Gruch 51, 615; 58, 1030; 10. 10. 19 VII 133/19; 16. 2. 26 VI 495/25; 11. 10. 29 VII 36/29). Der Verkehr hilft sich damit, daß in solchen Fällen der ganze Bestand übereignet, der Sicherungsgeber aber nur verpflichtet wird, stets einen bestimmten Mindestbestand bereitzuhalten, während er über den Mehrbestand verfügen darf. Nicht ausreichend ist es aber, wenn vereinbart wird, es seien alle Waren übereignet, soweit sie dem Veräußerer gehörten (RG 129, 62). Unrichtig ist es, wenn hier weiter gesagt wird, es fehle an genügender Bestimmtheit bei einer Übereignung sämtlicher Waren eines Ladengeschäfts, weil durch den fortbauenden Ab- und Zugang bald Unklarheit eintreten müsse. Das wären nur Beweischwierigkeiten; die Abrede als solche bleibt trotzdem klar und bestimmt. So RG 132, 188 in einem Falle, wo sämtliche Waren übereignet waren, die sich in bestimmten Lagerräumen befänden oder hineinkommen würden. Ob dort auch fremdes Eigentum lagerte oder hineinkam, wird mit Recht für unerheblich erklärt, weil für die Frage der Bestimmtheit des Gegenstandes der Zeitpunkt des Vertragschlusses maßgebend ist und nachträgliche, außerhalb des Vertrages liegende Ereignisse ihm die Klarheit und Bestimmtheit nicht rauben können (auch RG 26. 10. 34 VII 151/34). Die abweichenden Bemerkungen in RG 113, 57 sind ausdrücklich fallen gelassen worden. Von ihnen beeinflusst war auch RG 2. 7. 29 VII 657/28. Es waren Sachen übereignet worden von einem Wert bis zu 35000 RM. Das war zweifellos eine zu unbestimmte Bezeichnung. Der Vertrag wird aber gehalten, weil festgestellt war, daß der gesamte Wert des Warenlagers auch in späterer Zeit niemals 35000 RM. überschritten hatte; es wurde deshalb angenommen, daß das jeweilige Gesamtlager übereignet worden sei. Das ist bedenklich; alles Spätere mußte auch hier bei der Beurteilung auscheiden und dann war die Sache nicht bestimmt genug bezeichnet. Wird eine gewisse Anzahl der jeweils in bestimmten Ställen untergebrachten Viehstücke übereignet, so fehlt es an genügender Bestimmtheit, wenn sich zeitweise mehr Stücke in den Ställen befinden, als übereignet sein sollten (RG JW 1934, 222¹⁰; vgl. auch RG 31. 7. 1936 VII 7/36 [insoweit in RG 152, 53 und JW 1936, 3122⁷ nicht mit abgedr.]; Lauritzen, Sicherungsübergabe an Warenlagern, 1936). Wird ausdrücklich verabredet, daß das gesamte Warenlager übereignet werden soll, dann wird die Bestimmtheit der Sache nicht dadurch beeinträchtigt, daß sich auch fremdes Eigentum in dem Lager befindet; das ist ein außerhalb des Vertrages liegender und deshalb unbeachtlicher Umstand (RG Warn 1934 Nr 52). Wird ein ganzes Warenlager rechtsgültig übereignet, so kann das einmal begründete Eigentum nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß einige — vertragsmäßig zu übereignende — Erbsaftstücke nicht in gültiger Weise übertragen werden (RG Warn 1934 Nr 198). — Wird der Rest einer teilweise bereits weiterverkauften Warensendung wegen vorhandener Mängel zur Verfügung gestellt und das Eigentum daran nach § 930 durch die Abrede eines Verwahrungsvertrages auf den Verkäufer zurückübertragen, so beeinträchtigt der frühere Teilverkauf nicht die Bestimmtheit des Gegenstandes in dem späteren Verträge (RG 13. 3. 31 VII 265/30). — Das Eigentum an barem Geld kann durch Besitzabrede gemäß § 930 gültig nur dann übertragen werden, wenn es gesondert aufbewahrt und von

andern Geld getrennt gehalten wird. Bloße Buchungen genügen nicht (RG 18. 6. 19 V 62/19).
Zm übrigen vgl. über Besitz- und Eigentumsverhältnisse an Geld: Kaser *AbwPrag* 143 (1936), 1.

4. Übergabevertrag bedeutet: die Vereinbarung tritt an die Stelle der Übergabe; als zweites Erfordernis müssen Veräußerer und Erwerber darüber einig sein, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll. Daran fehlt es, wenn noch nicht ganz fertige Möbel gekauft sind, die Übergabe hinausgeschoben wird und der Tischler die Sachen vorläufig aufbewahren soll (RG SeuffA 78 Nr 135). Wenn ein Schuldner, der im unmittelbaren Besitz (RG 94, 341) der vom Gerichtsvollzieher gepfändeten Sachen geblieben ist, sie auch nach der Verteilung oder nach einer Veräußerung gemäß § 825 ZPO — auch bei der Zwangsüberweisung einer gepfändeten Sache an einen Dritten muß noch die Übergabe stattfinden, um den Eigentumsübergang zu vollenden (RG 126, 23; nicht entschieden RG 5. 6. 34 VII 2/34) — noch in seinem unmittelbaren Besitz behält und dann mit dem Ersteher oder Käufer ein Rechtsverhältnis vereinbart, das an sich zum Erlaß der Übergabe genügt (RG Warn 1917 Nr 55), so geht das Eigentum nur über, wenn die Beteiligten den Eigentumsübergang auch wirklich bezwecken (RG 98, 133). Ist aber der Übereignungswille vorhanden, so genügt zur Übereignung selbst jede Handlung, die sachlich geeignet ist, den Besitzübergang herbeizuführen; nicht erforderlich ist, daß die Beteiligten die Bedeutung und Wirkung der Abrede eines Rechtsverhältnisses nach § 868 klar erkennen (RG 118, 364; JW 1915, 445⁴). In RG 118, 364 ist die überspitzte Annahme, eine Erlaßübergabe nach § 868 könne nicht gewollt sein, wenn die Beteiligten glaubten, das Eigentum sei schon nach § 929 übergegangen (RG SeuffA 76 Nr 20) nicht mehr aufrechterhalten worden. In einem andern Fall (RG 28. 9. 28 VII 85/28) hatten die Beteiligten eine Übergabe nur vorgegeben, daneben aber ein Leihverhältnis vereinbart; es schadete nichts, daß sie die angelegte Übergabe und nicht die Abrede des Leihverhältnisses als den maßgebenden Vorgang ansahen. — Die Anschauung, daß bezahlte Ware schon auf der Reise dem Käufer gehöre, ist irrig und berechtigt für sich allein auch nicht zu der Annahme eines Parteiwillens, der auf die Übereignung der bereits bezahlten Ware gerichtet wäre und sie durch eine Besitzabrede vollzöge, bei welcher der Verkäufer die Ware für den Käufer in Verwahrung und auf der Reise in Obhut nähme (vgl. auch A 5).

Es ist nicht unzulässig, in erster Linie eine tatsächliche Übergabe nach § 929, in zweiter eine Erlaßübergabe nach § 930 zu behaupten (RG LZ 1918, 498⁷).

5. Rechtsverhältnis zur Erlangung des mittelbaren Besitzes. Gemeint sind die hier im § 868 — vgl. das A 3 — angeführten Verhältnisse, nämlich das Verhältnis des Mißbrauchers (RG 148, 323; RG SeuffA 75 Nr 27), Pfandgläubigers, Pächters, Mieters, Verwahrers und ähnliche Verhältnisse. Der Kreis solcher Verhältnisse ist mit Rücksicht auf die Worte „und ähnliche Verhältnisse“ sehr groß, immer muß es sich aber um ein einzelnes bestimmtes, schuldrechtliches oder dingliches Rechtsverhältnis handeln, das ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungsverpflichtung des Veräußerers begründet (RG 49, 173; 132, 186; Warn 1925 Nr 166; JW 1927, 669¹⁴). Die Leihe und das Verhältnis des Kommissionärs fallen darunter (RG Warn 09 Nr 454); aber auch ein kommissionärsähnliches Verhältnis genügt (RG 118, 364), z. B. wenn der Veräußerer die Sachen kommissionsweise veräußern darf und aus dem Erlös neue Sachen anzuschaffen hat (RG 1. 5. 17 VII 72/17). Doch darf sich das Kommissionsverhältnis nicht auf das nicht zum Verkauf bestimmte Zubehör (einschließlich der Maschinen) einer Fabrik beziehen. Geschieht das doch, so fehlt es insoweit an der Abrede eines ausreichenden Rechtsverhältnisses und es ist nach § 139 zu entscheiden, ob der Betrag deshalb im ganzen nichtig ist (RG 21. 11. 30 VII 191/30). Leihe ist auch an Flaschenweinen möglich, nämlich wenn Verbrauch und Veräußerung ausgeschlossen und etwa nur Ausstattung von Gasträumen oder Schaufenstern mit den gelieferten Flaschenweinen zugelassen ist (RG Warn 1932 Nr 115). Ferner genügt der Auftrag (RG 100, 193); wegen der Geschäftsbeforgung ohne Auftrag vgl. RG 98, 134 und A 3 a. E. zu § 868. Das Rechtsverhältnis kann aber immer nur die Übergabe ersetzen, nicht auch die Einigung. Mit Recht für bedeutlich erachtet ist deshalb die Annahme, daß stets und ohne besondere Vereinbarung das Eigentum an B übergeht, wenn A, den Weisungen B's folgend, die an B verkaufte und von diesem an C weiterverkaufte Ware unmittelbar an C versendet (RG Warn 1920 Nr 163). Ob zwischen Verkäufer und Käufer eine Verwahrung oder ein ihr ähnliches Verhältnis zustande gekommen ist, z. B. die Übernahme der Obhut über Waren, die für einen andern befördert werden (RG Warn 1920 Nr 163), kann im Einzelfall zweifelhaft sein (RG 97, 252; 102, 41). Der Vermerk: „Die Ware geht mit Ausstellang der Rechnung in Ihren Besitz über“ ist allein für sich bedeutungslos. Rein Verwahrungsvertrag ist ferner abgeschlossen, wenn weiter nichts geschieht, als daß der Erwerber einen Angestellten des Veräußerers bestellt, damit dieser den Besitz für ihn ausübe (RG 11. 10. 27 VI (VII) 170/27).

Verwahrung und Eigentumsübertragung kommen dagegen zustande, wenn der Bankherr dem Kunden das Stückverzeichnis mit Nummernangabe übersendet (so für die Geltung des *Bankdepots* a. F. [Vorbem 3d vor § 688] RG 104, 119; LZ 1919, 697). Daneben war schon nach bisheriger Auffassung die Eigentumsübertragung an den vom Kommissionär beschafften Wertpapieren auch nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts, insbesondere gemäß

§ 930, gegebenenfalls durch Insihgeschäft gemäß § 181, möglich. Ein solches wurde beispielsweise in der Bänderung der Stücke und der Eintragung in das Nummernbuch erblickt (RG 109, 325; 116, 198; 139, 117; RGSt JW 1927, 3013; vgl. auch RG JW 1937, 3306¹⁶; § 868 A 5). Die heutige Rechtslage ergibt sich aus § 18 Abs 3 BankdepotG n. F. (Vorbem Bd vor § 688). Auch bei der Absendung des Stückeverzeichnisses (§ 18 Abs 3) handelt es sich um eine Besitzabrede i. S. des § 930. Beide Vertragsparteien, der Kommissionär und der Kommittent, müssen ihren Willen erklären; dies geschieht in der Regel so, daß der Kommissionär als Vertreter des Kommittenten mit sich selbst abschließt, das heißt die Besitz- und Eigentumsübertragung mit sich selbst vornimmt (§§ 18 Abs 3, 29 BankdepotG n. F.; §§ 181, 868, 688 BGB). Die nach der Rechtsprechung erforderliche Verlautbarung des Besitzübertragungswillens kann durch Bänderung (Streifbandverwahrung), Einlegen in eine Mappe oder ähnlich geschehen (vgl. die vorher bezeichneten Entscheidungen; auch schon RG 95, 257); sie liegt aber nach dem Willen des Gesetzgebers auch in der Absendung des Stückeverzeichnisses nach § 18 Abs 3 BankdepotG n. F. Die Aufgabe zur Post, das Einlegen in den Briefkasten, selbst das Bereithalten zur Abholung im gewöhnlichen Abholdienst genügen; unbeschadet der Eigenschaft als einer empfangsbedürftigen Willenserklärung bedarf es zur Wirksamkeit der Erklärung des Kommissionärs nicht des Empfangs des Stückeverzeichnisses durch den Kommittenten selbst; denn der Kommissionär empfängt schon für ihn nach § 181. Voraussetzung der Wirksamkeit solcher Übereignung durch Insihgeschäft (§ 930) ist aber die Verfügungsbefugnis des Kommissionärs (§ 366 BGB); beim Mangel seines Verfügungsrechts wird der Kommittent erst dann Eigentümer, wenn ihm die Wertpapiere übergeben werden (§ 929) und er zu dieser Zeit gutgläubig ist (§ 933). Neben der Übereignung durch Absendung des Stückeverzeichnisses besteht auch jetzt die Möglichkeit, daß der Kommissionär das Eigentum an den Wertpapieren gemäß §§ 929 ff. (oder gemäß § 24 BankdepotG n. F.) auf den Kommittenten überträgt, und dies kann auch schon vor der Absendung des Stückeverzeichnisses geschehen. In solchen Fällen, besonders bei der Streifbandverwahrung (vgl. § 700 A 6, 7), hat die Überendung des Stückeverzeichnisses, die der Kommittent verlangen kann (§ 25 BankdepotG n. F.), die Bedeutung eines Beweismittels (RG 81, 439).

Nicht unter § 930 fällt das Besitzdienerverhältnis nach § 855. Die Abgrenzung ist zuweilen zweifelhaft (RGSt 56, 115). Jedenfalls macht aber keine schuldrechtliche Pflicht, den Befehlungen des Geschäftsherrn zu folgen, den Beauftragten oder Geschäftsbeforger nicht zum Besitzdiener (RG Warn 1922 Nr 70). Die Übergabe kann nach § 930 nicht erjekt werden, wenn der Veräußerer aus einem andern Rechtsgrund ein stärkeres Recht an den zu übertragenden Sachen erwirbt, als er durch die Vereinbarung nach § 930 erwerben soll. Ein Ehemann, der Sachen an seine Frau übereignen will, kann die Übergabe nicht durch Vereinbarung eines Leihvertrages ersetzen, wenn er ohnehin an den zum eingebrachten Gut werdenden Sachen das ehemännliche Verwaltungsrecht erlangt (RG 48, 318; DVG 34, 179). Die Annahme, daß in solchen Fällen das familienrechtliche Verhältnis das Rechtsverhältnis im Sinne des § 930 jedenfalls dann darstelle, wenn die Beteiligten die gesetzliche Rechtsfolge von Anfang an im Auge gehabt und übereinstimmend in ihren Willen aufgenommen hätten (RG 108, 124; SeuffA 81 Nr 9), ist nicht zu billigen; denn das familienrechtliche Verhältnis entsteht trotz alledem kraft Gesetzes und nicht durch die von § 930 geforderte Vereinbarung der Beteiligten (RG Gruch 49, 123; DVG 8, 112; PostM Schr 1914, 152). § 868 bezieht sich zwar nicht nur auf vertragliche, sondern auch auf gesetzlich geregelte Rechtsverhältnisse (RG 59, 201; 94, 341; 98, 134; 105, 20 f.), § 930 verlangt aber ausdrücklich ein vereinbartes Rechtsverhältnis. Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß sich die bekämpften Entscheidungen in der Praxis durchgesetzt haben (vgl. JW 1931, 1386¹⁷ und 2141⁶; 1933, 2078³). Der hier vertretenen Meinung beigetreten ist allerdings DVG München (BayRpflZ 1932, 183). Es nimmt an, daß bei gesetzlichem Güterstand der Ehemann seiner Frau eine Sache nur dann durch Besitzabrede übereignen kann, wenn die Sache durch formgerechte Erklärung zum Vorbehaltsgut gemacht wird. Leben die Eheleute in Gütertrennung, so ist, wenn ein Teil dem andern etwas übereignet, Ersatz der Übergabe nach § 930 natürlich möglich. Davon geht auch RG Warn 1934 Nr 75 aus. — Wer nicht willensfähig ist, kann ein vereinbartes Rechtsverhältnis nicht schaffen (RG 98, 133). Der Wille ist entscheidend. Die Unwirksamkeit des vereinbarten Rechtsverhältnisses aus anderen Gründen als wegen Willensmängeln ist bedeutungslos. Aber die beschränkte Geschäftsfähigkeit des minderjährigen Kindes, dem die Eltern das Eigentum an ihren beweglichen Sachen unter gleichzeitigem Vorbehalt eines Nießbrauchsrechts übertragen, ist der Wirksamkeit der Willenseinigung nicht hinderlich (RG 148, 324; § 107). — Gibt der unmittelbare Besitzer seinen Besitz an der Sache freiwillig auf, so endet auch der mittelbare Besitz; das einmal übergangene Eigentum wird davon aber nicht betroffen (RG 105, 413).

Einzelfälle: Bei einem unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kauf kann, auch wenn dem Käufer die Verpflichtung eines Verwahrers oder Verwalters nicht besonders auferlegt ist, ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 geschaffen werden (RG 54, 396; 69, 197); hält der Verkäufer nach dem Verkauf die Sache zurück, so braucht nicht immer stillschweigend ein Verwahrungsvertrag geschlossen zu sein (RG 5. 5. 11 VII 437/10). Lagert aber gekaufte, genehmigte

und bezahlte Ware noch bei dem Verkäufer, so kann Aufbewahrung im Sinne einer Geschäftsbeforgung oder Dienstleistung nach § 354 HGB vorliegen (RG LZ 1913, 143; Warn 1916 Nr 83). Der Vermerk des Käufersnamens auf einem bestimmten Los mit entsprechender Buchung und Nachricht an den Käufer kann für den Eigentumsübergang ausreichen (RG 25. 6. 15 III 411/14). Die Abrede, daß die Verbandsmitglieder nur noch als Verwahrer und Frachtführer des Syndikats handeln sollen, wenn sie die Ware zur Bahn oder an das Schiff bringen und dort zur Beförderung an den Abnehmer verladen, kann dahin verstanden werden, daß die Mitglieder ihr Eigentum durch Begründung eines Rechtsverhältnisses nach § 868 auf den Verband übertragen und fortan nur noch die Rechte und Pflichten eines Verwahrers oder Frachtführers haben sollen, wobei gleichgültig ist, ob dies Verhältnis längere oder kürzere Zeit dauert (RG 92, 347). Wenn die Sache bereits nach § 929 übereignet ist, dann ist ein nachträglicher bloßer Eigentumsvorbehalt wie jede leere Besitzabrede wirkungslos (RGSt LZ 1914, 1564); wird aber das Eigentum an der Sache zunächst an den Verkäufer zurückübertragen und sie dann von ihm dem Käufer leihweise bis auf Widerruf überlassen (RG Warn 1917 Nr 264) oder durch einen neuen Vertrag unter Preisnachlaß und Eigentumsvorbehalt wiederum an den Käufer verkauft (RG JW 1915, 445⁴), so ist ein genügend bestimmtes Rechtsverhältnis vereinbart. Der leitende Gesichtspunkt ist der, daß der unmittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber auf Zeit (§ 868) zum Besitz berechtigt und verpflichtet sein muß. Weder ist aber erforderlich, daß das Verhältnis zu einem von vornherein bestimmten Zeitpunkt, noch, daß es mit der Herausgabe an den mittelbaren Besitzer endigen muß; es ist nur erforderlich, daß überhaupt eine zeitliche Schranke besteht und ein Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers entstehen kann (RG Warn 1912 Nr 421; Warn 1913 Nr 200; JW 1913, 432¹⁰; Gruch 57, 434). Bei dem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt liegt die zeitliche Schranke darin, daß der Käufer entweder zahlt und dann Eigentümer wird oder daß er nicht zahlt und der Verkäufer das Rücktrittsrecht nach § 455 hat (RG JW 1915, 445⁴). Immer aber wird verlangt werden müssen, daß nicht bloß zum Schein ein dem § 868 entsprechendes Verhältnis geschaffen ist, daß es sich also nicht nur um die Übereinkunft handelt: „Die Sache solle als übergeben gelten“ (RG 24. 3. 11 VII 404/10). Ist kein Zweifel, daß ein den Anforderungen des § 868 entsprechendes Verhältnis vorliegt, so ist es ohne Belang, daß es nicht im Vertrag mit ausdrücklichen Worten bezeichnet wurde (RG Warn 1913 Nr 201; LZ 1918, 4987). Auch stillschweigende Abrede genügt (RG 21. 3. 19 VII 22/19).

6. Die Sicherungsübereignung (S.-Ü.), neuerdings als **Treupfand** bezeichnet (Schmelzeisen, Das Treupfand, 1936; DJZ 1936, 919). a) Die S.-Ü. ist im Gesetz nicht besonders geregelt. Sie ist die dingliche Übereignung einer (beweglichen) Sache mit der schuldrechtlichen Abrede, daß das Eigentum nicht endgültig übertragen werden soll, sondern nur für die Dauer des Bestehens einer Forderung des Erwerbers (Sicherungsnehmers) an den Veräußerer (Sicherungsgeber). Dabei kann verabredet werden, daß das Eigentum bei dem Erlöschen der Forderung — also beim Eintritt einer auflösenden Bedingung — von selbst an den Veräußerer zurückfällt; dieser kann aber auch auf einen bloßen Rückübertragungsanspruch beschränkt werden (RG 28. 2. 22 VII 372/21). Die S.-Ü. ist ein Treuhandgeschäft ohne wesentliche Besonderheiten, wenn sie nach § 929 vorgenommen, die Sache also dem Erwerber wirklich übergeben wird. Auch das kommt vor, obwohl unter solchen Umständen eine Verpfändung nach § 1205 möglich wäre. Die strengen Vorschriften der §§ 1228 ff. über den Pfandverkauf sollen hier ausgeschaltet werden. Ihre Besonderheit bekommt die S.-Ü. aber, wenn sie nach § 930 vorgenommen wird, die Sache also im unmittelbaren Besitz des Veräußerers bleibt. Das ist die regelmäßige Art der S.-Ü., sie wird gemeint, wenn von S.-Ü. schlecht- hin gesprochen wird. Die Rechtsprechung hat die S.-Ü. nach § 930 für zulässig erachtet (vgl. z. B. RG 122, 332; Warn 1912 Nr 213; JW 1911, 463⁴ und die weiterhin angezogenen Entscheidungen), und auch der Gesetzgeber hat sie anerkannt. Nach § 22 des Ges. betr. die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter v. 9. 7. 26 (RGBl I, 399, 412; 1933 I, 121 [vgl. § 1205 A 5]), des sogenannten **Pächterkreditgesetzes**, sollen Rechte auf Grund einer vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes vereinbarten Sicherungsübereignung durch § 4 Abs 1 des Ges. d. h. durch den guten Glauben des Pfandgläubigers an das Eigentum des Pfandschuldners, nicht berührt werden, wenn sie innerhalb bestimmter Frist bei dem zuständigen Amtsgericht angemeldet werden. Man hat an dieser Einrichtung, die eine richterliche Rechtschöpfung darstellt und Gewohnheitsrecht geschaffen hat, beanstandet, daß für eine Maßnahme, die ihrem inneren Wesen nach auf eine Verpfändung hinausläuft, die Form der Eigentumsübertragung verwendet wird, bei der noch dazu Besitz und Recht auseinanderfallen, daß sie für andere Beteiligte nicht erkennbar ist, auch auf künftige Waren und Außenstände erstreckt worden ist, ferner daß sie zu wirtschaftlichen Schädigungen Dritter die Möglichkeit bietet, dabei aber dem Kreditgeber noch nicht einmal unbedingte Sicherheit gewährt. Neuerdings ist sie sogar in einzelnen Fällen unter nationalsozialistischen Gesichtspunkten für verwerflich und schlechterdings für unzulässig erklärt worden. Solange aber der Gesetzgeber kein geeignetes Mittel geschaffen hat, das dem kapitalschwachen Unternehmer die Erlangung und Sicherstellung der von ihm benötigten Kredite und damit die Schaffung neuer Sachwerte ermöglicht, muß die S.-Ü. als ein dem wirtschaftlichen Bedürfnis entsprechender Notbehelf an-

erkannt und zugelassen werden (vgl. Päßold *DZ* 1935, 414). Auf diese Gedankengänge, sowie die Bestrebungen, das anerkannte wirtschaftliche Bedürfnis in anderer Weise als mit Hilfe des § 930, etwa durch ein allgemeines **Registerpfandrecht**, zu befriedigen, ist hier nicht näher einzugehen; vgl. hierzu und überhaupt über die Rechtsverneuerung auf dem Gebiete der Kreditficherung an Fahrnis und Forderungen: Lehmann, *Reform der Kreditficherung an Fahrnis und Forderungen*, 1937 (*ZfA* 1937, 604, *DWR* 1937, 357); Bahn, *Grenzen der Kreditficherung durch Sicherungsübereignung*, 1937; ferner Henneberg *DZ* 1934, 1440; Jung *Jherings-Jahrb* 84 (1934), 103 ff.; Koch *BanW* XXXV 122; Münzel, *Senf JW* 1935, 1961, 2607; Rohling *DWR* 1935/36, 54, 73; Dertmann *das.* 116; Caspari *JW* 1935, 674; Musold *HanR* 1936A, 101; Diesel *BanW* XXXVI 63; Thiesing *DZ* 1936, 1923; Roquette *JW* 1936, 2840; Probst *DRPfl* 1937, 296; Friesede *JW* 1937, 441; Janberg *BanW* XXXVI [1937], 552; Braß *DRPfl* 1938, 168; Schwilke *ZfA* 1938, 338, 370 und *JW* 1938, 1689; Lehmann *ZfA* 1939, 228, 261; Eichler, *Wandlungen des Eigentumsbegriffes in der deutschen Rechtsauffassung und Gesetzgebung*, 1938, bes. 149 ff.; Lange und Lehmann, *Die Verfallklausel bei Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung*, *DRW* 1939, 851, 852; Pfand-Flad, *Sachenrecht*, 5. Aufl. 1938, 1404 ff., ferner die oben § 929 A 1 zur Frage des Eigentumsvorbehalts angeführten Schriften. Doch sei hervorgehoben, daß der Gesetzgeber sich dem sog. Registerpfandrecht nicht mehr grundsätzlich abgeneigt zeigt. Ein Registerpfandrecht besonderer Art war schon immer das Pfandrecht an im Schiffsregister eingetragenen Schiffen (§§ 1259 ff.), jetzt ist es durch Ges. v. 4. 7. 26 (*RWB* 1926 I, 367; 1935 I, 418; 1939 I, 210) auf im Bau befindliche Schiffe und durch das Kabelleihgesetz v. 31. 3. 25 (*RWB* I, 37) auf Hochseefabel ausgedehnt. Auf dem Wege zum Registerpfandrecht liegt das Pfandrecht, dessen Bestellung nach § 2 Abs 1 des schon oben genannten Pächterkreditgesetzes — für die Zeit bis zum 13. 7. 1946, § 23 Abs 1 in der Fassung der *WD* des Reichspräsidenten vom 18. 3. 1933 Kap. XIV (*RWB* I, 109, 121) — zugelassen worden ist (vgl. darüber A 5 zu § 1204 und A 5 Abs 4 zu § 1205). Dieses Pfandrecht entsteht durch die Einigung des Pächters mit dem Gläubiger darüber, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zuzusehen soll, und durch die Niederlegung des Verpfändungsvertrags bei dem zuständigen Amtsgericht. Die von den preussischen Ausführungsbestimmungen (*ZMW* 1926, 255) angeordnete Eintragung der Verträge in ein Verzeichnis ist für die Entstehung des Pfandrechts nicht wesentlich; sie soll nur die Übersicht erleichtern. Auch die im § 22 aD. vorgehene, schon oben erwähnte, Anmeldung der Sicherungsübereignungen bei dem Amtsgericht klingt an das Registerpfandrecht an.

b) Für die *S.-U.* gilt alles, was in den A 1—5 und den dort angeführten, häufig die *S.-U.* behandelnden Entscheidungen gesagt ist. Bemerkenswert sei aber noch, daß das Sicherheitsverhältnis als solches kein dem § 868 genügendes Rechtsverhältnis ist (*RG JW* 1912, 144²¹; Warn 1913 Nr 200); das Vorliegen eines solchen muß also stets besonders festgestellt werden. Zu betonen ist ferner, daß die *S.-U.* grundsätzlich etwas anderes ist als eine *Verpfändung* (*RG JW* 1914, 76⁸). Die gesetzlichen Vorschriften über das Pfandrecht dürfen nicht ohne weiteres zur Ergänzung der *S.-U.*-Verträge herangezogen werden (vgl. unten A 6 c Abs 3 a. E.). Maßgebend sind hiernach stets die einzelnen Verträge (*RG* 143, 113). Da diese häufig unklar sind, bleibt der Auslegung ein weites Spielraum. Im Wege solcher Auslegung kann auch festgestellt werden, daß der Sicherungsnehmer verbunden sein soll, nur die Rechte des Pfandgläubigers — vielleicht auch nur einzelne — auszuüben (*RG* 59, 190; 76, 347; 83, 53; 95, 245; Warn 1932 Nr 86). Gerade bei rechtlich und wirtschaftlich einwandfreien Vorgängen geht die wirtschaftliche Absicht der Parteien zumeist dahin, daß es nicht dazu kommen solle, daß der Erwerber von Eigentum (oder Forderung) seine Rechte tatsächlich geltend macht; dieser Parteiwille kann aber allein nicht die Annahme begründen, daß keine Sicherungsübertragung stattgefunden habe (*RG DRW* 1939, 865¹; vgl. auch *RG JW* 1938, 1331²⁴). Auch wenn weiter nichts verabredet ist, so folgt doch aus dem Sicherungszweck als dem obersten Zweck des Vertrags das Recht des Sicherungsgebers, seine Sache durch Bezahlung der Forderung auszulösen (*RG* 22. 9. 22 VII 395/21). Dies darf aber nicht dazu führen, dem Eigentum des Sicherungsnehmers einen andern Inhalt zu geben, als dem des gewöhnlichen Eigentümers. Eigentum ist und bleibt Eigentum im Sinne des § 903. Auf dem Gebiet des Sachenrechts ist jede Willkür ausgeschlossen; der Inhalt der dinglichen Rechte kann durch Vertrag nicht geändert werden. Möglich ist es aber, den Erwerber eines dinglichen Rechts in bestimmter Richtung schuldrechtlich zu binden. Es ist also bedenklich, davon zu sprechen, daß der Sicherungsnehmer nur förmliches Eigentum erlange, während das sachliche, das wirtschaftliche Eigentum bei dem Sicherungsgeber verbleibe. Das Eigentum, und zwar das einzige Eigentum, welches das *BGB* kennt, geht auf den Sicherungsnehmer über (*RG* 99, 143; 102, 386; *RG* 30. 10. 17 VII 219/17); er wird aber schuldrechtlich gebunden und lebighlich aus dieser schuldrechtlichen Bindung dürfen — können aber auch — die seine Stellung einschränkenden Folgerungen gezogen werden (*RG* Gruch 65, 605; *RG* 104, 73). § 930 verlangt, daß der Sicherungsgeber aufhört, die Sache als ihm gehörig zu besitzen, daß er sie fortan als die Sache eines andern besitzt kraft eines Rechtsverhältnisses, das ihn dem neuen Eigentümer gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet. Es ist auch nicht so, daß der Sicherungsgeber

in der Verfügung über die übereigneten Gegenstände nur insoweit beschränkt wäre, als er die Belange des Gläubigers wahrzunehmen hat. Umgekehrt hat der Sicherungsgeber die von ihm besessene Sache durchaus als fremde zu achten und zu behandeln; er darf mit ihr nur vornehmen, was ihm das Rechtsverhältnis gestattet, kraft dessen er besitzt, oder was ihm eine besondere Abrede erlaubt. Daß der Sicherungsnehmer im Konkurs des Sicherungsgebers in der Regel nur ein Ab-, kein Aussonderungsrecht hat (vgl. z. B. RG 24, 45; 91, 15 u. 280; 118, 209; 145, 193; 147, 45; JW 1938, 1828³⁵; Warn 1910 Nr 38; 28. 2. 22 VII 372/21; 5. 4. 27 [VII] VI 596/26), folgt aus der Eigenart des Konkurses, der zu einer sofortigen und endgültigen Regelung des gesamten Verhältnisses zwingt. Dabei darf der Sicherungsnehmer nicht gleichzeitig die Sache aussondern und wegen seiner ganzen Forderung Befriedigung aus der Masse verlangen. Das widerspricht dem S.-U.-Vertrag. Der Zweifelpalt löst sich, wenn dem Sicherungsnehmer ein Recht auf abgeforderte Befriedigung zugebilligt wird. Er taucht aber gar nicht auf, wenn der Sicherungsnehmer außerhalb des Konkurses dem pfändenden Gläubiger gegenüber sein Eigentum verfolgt. Er verfolgt dann nur sein Eigentum, nicht auch gleichzeitig seine Forderung. Einer künftigen vertragsmäßigen Lösung des Verhältnisses wird nicht vorgegriffen. Der für den Konkursfall aufgestellte Rechtsatz ist also außerhalb des Konkurses nicht entsprechend anwendbar. Diese Gedankengänge hat RG 124, 73 ff. gebilligt. Die an dieser Stelle noch in der letzten Auflage eingehend besprochene Meinungsverschiedenheit zwischen dem RG und dem Reichsfinanzhof, der für das Steuerrecht auf Grund steuerrechtlicher Vorschriften die S.-U. nicht als wirkliche Übereignung gelten lassen wollte (Gutachten vom 8. 6. 1926; Samml. Ab. 19 S. 126 ff.), ist nunmehr gegenstandslos geworden; denn der Gesetzgeber hat durch die in § 21 Nr 33 SAnpG (oben A 1a) versetzte Ergänzung des § 328 ABGdD, wonach sich nach bürgerlichem Recht bestimmt, welche Rechte die Veräußerung hindern, das Sicherungseigentum als wahres Eigentum auch für das Steuerrecht anerkannt (Anm. Begr. z. SAnpG. RSteuern 1934, 1405 f., 1421; Zedler DWR 1935/36, 89; dagegen Becker JW 1934, 3237 und Caspari das. 1935, 674, die dem Sicherungsnehmer auch außerhalb des Konkurses nur ein Vorzugsrecht gemäß § 805 BPD zuerkennen wollen).

Wegen der steuerrechtlichen Behandlung des Sicherungs- und Treuguts überhaupt: SAnpG § 11 Nr. 1—3 (oben A 1a) und der Urkundensteuer bei Sicherungsübereignungen: UrkundensteuerG vom 5. 5. 1936 RWBl 1936 I, 407; 1938 I, 1556 (Entsch. des RFG: BankA 1939, 59 und Sanberg das. 178).

c) **Einzelheiten.** Ein Treupfand an unpfändbaren Sachen kann, von Sittenwidrig- und Nichtigkeit aus besonderen Gründen abgesehen, grundsätzlich auch durch S.-U. begründet werden (vgl. aber Henneberg DJ 1934, 1440; Caspari JW 1935, 674; Riefelb das. 1208; Rohling DWR 1935/36, 54 (56); Schmelzeisen ABWPrag 143 [1936], 80, 84; HansRG 1936 B 335, 371; vgl. auch DLG Marienwerder HR 1939 Nr 71; § 1229 A 1). Über die Vollstreckung in die dem Gläubiger zur Sicherheit übereignete Sache: Schelb JW 1939, 140.

Ist das Eigentum nicht unter auflösender Bedingung übertragen, so kann der Sicherungsnehmer es weiterübertragen. Selbst ein etwa verabredetes Veräußerungsverbot — wesentlich für die Sicherungsübereignung ist es nicht — vermag nach § 137 die dingliche Wirksamkeit der Weiterveräußerung nicht zu hindern. Dem Dritterwerber schadet es nichts, wenn er seinen Veräußerer als bloßen Sicherungseigentümer kennt (RG 95, 244). — Bietet der Sicherungsgeber dem Sicherungsnehmer rechtzeitig die Bezahlung der Forderung an, lehnt dieser aber die Annahme des Geldes grundlos ab und kommt er dadurch in Annahmeverzug, so folgt daraus allein noch nicht das Erlöschen des Sicherungseigentums (bei auflösend bedingter Übertragung) oder das Entstehen des Rückübereignungsanspruchs (bei nicht bedingter Übertragung). Dazu ist noch die Hinterlegung unter Verzicht auf die Rückforderung nötig (RG 11. 3. 21 VII 324/20; 26. 6. 21 VII 565/20; 22. 9. 22 VII 595/21). Falls aber der Sicherungsnehmer trotz des Zahlungsangebots die Herausgabe der dem Sicherungsgeber nach § 930 belassenen Sache verlangt, kann der Sicherungsgeber ihm die Einrede der Arglist entgegensetzen, wenn die Zahlung abgelehnt worden ist, nur um den Eintritt ihrer Wirkungen zu hindern (RG 28. 6. 21 VII 565/20). Ein bei der Sicherungsübereignung begründetes Mietverhältnis folgt seinen eigenen Regeln. Seine Beendigung gibt vielleicht dem Sicherungsnehmer das Recht, die Herausgabe zu verlangen; ein noch bestehendes Einlösungsrecht verbleibt aber dem Sicherungsgeber und kann von ihm auch gegenüber dem im Besitz befindlichen Sicherungsnehmer verfolgt werden (RG ebenda.).

Das Einlösungsrecht des Sicherungsgebers kann zeitlich begrenzt werden; § 503 ist dabei entsprechend anwendbar (RG 9. 10. 23 VII 79/23). Es kann verabredet werden, daß beim Erlöschen des Einlösungsrechts der Eigentumsübergang sich in einen unbedingten und endgültigen verwandelt. Einer solchen Vereinbarung, die als dem Schuldner nachteilig nur in völlig zweifelsfreien Fällen anzunehmen sein wird (RG 22. 9. 22 VII 395/21), steht § 1229 — und darin zeigt sich die Gefährlichkeit der Sicherungsübereignung — nicht entgegen. Im § 1229 wird verboten, einer Pfandbestellung die Verfallklausel des Eigentumsübergangs hinzuzufügen; auf inhaltlich Abreden bei einer Eigentumsübertragung bezieht sich § 1229 nicht. Davon geht auch RG 83, 53 aus (vgl. aber § 1229 A 1). — Dem Erlöschen des Einlösungsrechts muß das Erlöschen der

gesicherten Forderung gegenüberstehen, und zwar der ganzen, soweit nicht ein anderes vereinbart ist. Ein Vertrag, in dem es heißt, das Eigentum einer Sache werde zur Sicherheit für und in Anrechnung auf eine Forderung übertragen, setzt in ungenauer Weise nebeneinander, was nur nacheinander zur Auswirkung kommen kann (RG 22. 9. 22 VII 395/21). Es kann aber auch verabredet sein, daß bei Fälligkeit der gesicherten Forderung der Sicherungsnehmer sich wie ein Pfandgläubiger aus der übereigneten Sache befriedigen soll (RG JW 1914, 76^a), und das wird die Regel sein. In einem solchen Fall kann der Sicherungsnehmer, bevor er sich aus der Sache befriedigt hat, das Einlösungsrecht des Sicherungsgebers nicht zum Erlöschen bringen, namentlich nicht durch das Setzen einer Nachfrist nach § 326. Der Sicherungsgeber hat das Recht, nicht die Pflicht zur Einlösung. — Über die Frage, ob und inwieweit die Pfandrechtsvorschriften auf das durch die Sicherungsübergang begründete Rechtsverhältnis anwendbar sind: vor § 1204 A 2; § 1205 A 6 Abs 1; § 1219 A 5; § 1220 A 5; § 1223 A 4 Abs 2; § 1228 A 3; § 1229 A 1; § 1233 A 1; § 1242 A 6; § 1250 A 3; § 1282 A 6; § 1288 A 2 und oben A 6 b Abs 1.

Auch bei der Sicherungsübergang ist die Übereignung als dingliches Rechtsgeschäft von dem schuldrechtlichen Grundgeschäft unabhängig. Eine Ausnahme macht auch hier der Wucher. Bei wucherlichem Grundgeschäft ist auch die Übereignung nichtig (RG 95, 244). Ebenso ist nicht nur das Grundgeschäft, sondern auch die Sicherungsübergang wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, wenn jemand unter Verlust seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit völlig in die Hand eines andern gelangt, gleichwohl aber unter dem Schein der Selbständigkeit und Kreditwürdigkeit sein Geschäft fortführt und die Dritten täuscht, die sich mit ihm einlassen. In diesen Fällen wird bald die sogenannte „Knebelung“ oder „Ausjaugung“ mehr hervortreten, die sich gegen den Sicherungsgeber, bald die Kredittäuschung, die sich gegen seine Pfandgläubiger richtet. Das ist in zahlreichen Entscheidungen ausgesprochen, von denen hier nur genannt seien: RG 85, 343; 118, 361 ff.; 133, 234; 143, 48 ff.; JW 1911, 576¹⁰, 650²²; Warn 1913 Nr 129, 400; 1917 Nr 131; 1919 Nr 189; 5. 3. 29 VII 483/28; 8. 10. 29 VII 101/29; 24. 6. 32 VII 63/32; 29. 3. 1939 VI 119/38. Auch der an sich gute Wille, dem Schuldner zu Hilfe zu kommen, ändert an dieser Rechtsfolge nichts (RG JW 1919, 443¹; 9. 9. 17 VII 235/17; 28. 4. 22 VII 312/21). Immer aber müssen beim Kreditbetrug beide Vertragsparteien sittenwidrig gehandelt, auch der Sicherungsnehmer muß, wenn auch nicht die Absicht der Gläubigerschädigung, so doch mindestens das Bewußtsein gehabt haben, daß die übrigen Gläubiger des Sicherungsgebers möglicherweise durch die Übereignung geschädigt würden (RG 118, 363; 21. 6. 1935 VII 259/34). Vgl. zu Vorstehendem § 826 A 5c. In RG 143, 56 wird auch die Frage behandelt, ob ein Sicherungsnehmer, der nachträglich erkennt, daß die Voraussetzungen der Kredittäuschung vorliegen, dann verpflichtet ist, den Sicherungsgeber zu veranlassen, daß er die S.-Ü. den andern Gläubigern und künftigen Kreditgebern mitteilt. Die in RG 136, 258 vielleicht enthaltene allgemeine Verneinung dieser Frage wird nicht gebilligt (vgl. auch RG SM 1935 Nr 1306), ihre Bejahung jedenfalls für möglich gehalten. Dies ist aber Tatfrage des einzelnen Falles. Eine zur wirtschaftlichen Aufhilfe vorgenommene Sicherungsübergang ist aber nicht schon deshalb unsittlich, weil die Möglichkeit besteht, daß künftige Gläubiger über die Kreditwürdigkeit des Sicherungsgebers getäuscht werden könnten (RG KonfTeuchW 1934, 178). Die S.-Ü. ist indessen immer dann unerlaubt und sittenwidrig, wenn der Zusammenbruch des Schuldners nicht mehr aufzuhalten ist und der Sicherungsnehmer dies beim Vertragsabschluß erkannt hat (RG GenBl 1935, 311). Umfaßt die Sicherungsübergang das ganze Vermögen des Sicherungsgebers, ohne jedoch gegen die guten Sitten zu verstoßen, so kann § 419 zutreffen (vgl. auch A 1 zu § 419).

Mit dem Einwand des Scheins wurde die Sicherungsübergang früher häufiger bekämpft als jetzt; immer wird stets genau zu prüfen sein, ob der Wille der Beteiligten ernstlich auf die Übertragung des Eigentums gerichtet war oder ob dies nur vorgespiegelt wurde (vgl. DJ 1936, 1239). Die früher oft beliebte Form des Sicherungsverkaufs mit Wiederkaufsrecht zwingt nicht dazu, die Ernstlichkeit zu verneinen (RG JW 02 Weil 259; 1911, 181^a; RG 57, 175; 59, 146; 62, 126). Eine Sicherungsübergang unter Gestattung des Weiterverkaufs (Kommission) ist nicht schon deshalb unwirksam, weil nur ein ziffermäßig nicht bestimmter Erlösanteil an den Gläubiger abzuführen ist (RG 27. 2. 14 VII 314/13). Allgemein wird bei der Beurteilung der Vereinbarungen nicht am Wortlaut zu haften sein (RG Warn 1910 Nr 448; 1913 Nr 201), zumal da der Verkehr die Ausdrücke nicht immer in ihrem Rechtsinn gebraucht (RG LZ 1914, 1759). Gegen die Annahme der Ernstlichkeit kann es sprechen, wenn für geringe Forderungen wertvolle Sachen übereignet worden sind oder wenn der Sicherungsvertrag zugunsten nahestehender Personen abgeschlossen wird. Die Absicht, zu täuschen, schließt die Annahme eines Scheingeschäfts nicht aus (RG 16. 4. 18 VII 18/18). Wegen Anfechtbarkeit der Sicherungsübergang gelten die Vorschriften der RD und des AnFG. — Im Sinne des § 69 BGB ist auch die Sicherungsübergang eine Veräußerung (RG 73, 142; 114, 318; 117, 270; 144, 395). Die unliebsamen Folgen dieser Rechtslage sind jetzt durch eine vom Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung genehmigte Änderung des § 2 der Allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen im wesentlichen beseitigt worden; wird die Anzeige der Veräußerung unterlassen und hat der Erwerber keinen Anspruch gegen den Versicherer, so bleiben die Sachen weiter für den Veräußerer versichert.

Wenn der Sicherungsnehmer auf Grund eines Urteils im Vollstreckungsweg dem Sicherungsgeber den diesem zunächst verbliebenen unmittelbaren Besitz an den Gegenständen des Sicherungsübereignungsvertrags entzieht, so kann hierin, sofern diese Sachen die wesentliche wirtschaftliche Grundlage der selbständigen Lebenshaltung des Schuldners bis zur Fortnahme bilden, eine durch Vollstreckung erzwungene Vermögenshingabe i. S. des § 1 Abs 1 des SchuldenbereinigungsG v. 17. 8. 1938 (RGBl 1938 I 1033; 1939 I 851; Begr. DZ 1938, 1334) erblickt werden (JW 1939, 577).

Endlich sei noch darauf hingewiesen, daß die Rechte aus der Sicherungsübereignung nicht zu den Nebenrechten im Sinne des § 401 gehören (RG 135, 274). Sie gehen also nicht kraft Gesetzes auf den neuen Gläubiger über; doch ist es regelmäßig als Vertragswille der Beteiligten anzusehen, daß der Gläubiger und Sicherungseigentümer die Rechte aus der Übereignung dem Übertragen muß, der die Forderung erworben hat; die Zustimmung des Schuldners ist ebenso als im voraus erteilt anzusehen (RG 89, 195; 91, 280; JW 1926, 799^a; 16. 4. 26 VI 28/26). Wird die gesicherte Schuld nach § 414 von einem Dritten übernommen und der ursprüngliche Schuldner und Sicherungsgeber von seiner Leistungspflicht befreit, so „erlischt“ zwar nicht die Sicherungsübereignung nach § 418, aber der Sicherungsgeber hat nunmehr den Anspruch auf Rückübereignung und der Sicherungsnehmer darf keine Rechte mehr aus der Sicherungsübereignung herleiten. Bei einer Schuldübernahme nach § 415 kommt es in erster Linie auf die Abreden an, welche der Sicherungsgeber mit dem Dritten getroffen hat. Lassen sich solche nicht feststellen und hat auch der Sicherungsnehmer bei der Genehmigung keinen Vorbehalt gemacht, so liegt die Sache wie im Falle des § 414.

7. Zwischenstaatliches Recht (s. § 929 A 8). Wenn auch der die Besitzabrede enthaltende Vertrag als solcher, sofern er unter Deutschen in Deutschland abgeschlossen ist, dem deutschen Recht untersteht, so ist doch, falls die Sache im Ausland belegen ist, die Frage, ob auf Grund des Besitzvorbehalts (§ 930) mit dem Besitzerwerb des ausländischen Erwerbers der inländische Erwerber das Eigentum erworben hat, nach dem ausländischen Recht als der *lex rei sitae* zu beurteilen (RG 16. 9. 1911 I 321/11).

§ 931

1) Ist ein Dritter ²⁾ im Besitze der Sache ³⁾, so kann die Übergabe dadurch ersetzt ⁴⁾ werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache ⁵⁾ abtritt ⁶⁾ a) ⁷⁾ ⁸⁾.

§ 1 804, 874 II 844; W 3 95—97; P 3 201—204.

1. Übereignung durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe. Vgl. vorher die Bemerkungen zu § 870; doch ist zu betonen, daß es sich im § 870 nur die Übertragung des mittelbaren Besitzes handelt, im § 931 um die des Eigentums. Dafür betrifft § 870 bewegliche und unbewegliche Sachen, § 931 nur bewegliche Sachen. — Im § 931 wird eine zweite Art, die Übergabe zu ersetzen, vorgesehen; sie ist aber auf den Fall beschränkt, daß ein Dritter Besitzer der Sache ist. Ob er unmittelbaren oder mittelbaren Besitz hat, ist gleichgültig, nur darf bei mittelbarem Besitz nicht gerade der Eigentümer es sein, der als unmittelbarer Besitzer dem Dritten den Besitz vermittelt. Wenn A eine Sache an B unter Eigentumsvorbehalt verkauft und übergeben, sie darauf von B gemietet und zum Mietbesitz erhalten hat, so steht dem A kein Herausgabeanspruch zu, den er an C abtreten könnte. — Wird der Besitz vom Verkäufer durch einen Besitzdiener ausgeübt und soll das Eigentum nach § 931 auf einen anderen übertragen werden, so muß der Eigentümer den Besitzdiener erst zum Besitzmittler machen. Das kann durch den Auftrag geschehen, die Sache an den Erwerber herauszugeben, denn das Auftragsverhältnis genügt dem § 868 (RG 100, 193).

2. Ein Dritter bedeutet: ein anderer als der Verkäufer oder der Erwerber. Ob der Dritte den Besitz für den Verkäufer vermittelt oder nicht, ist im Rahmen des § 931 nicht entscheidend. In beiden Fällen ist die Vorschrift anwendbar (RG Warn 1919 Nr 95). Erheblich ist der Unterschied aber nach § 934. — An den mittelbaren Besitz des Eigentümers knüpfen sich auch zwei im BGB nicht besonders behandelte Möglichkeiten, das Eigentum an beweglichen Sachen zu übertragen. Einmal kann der Eigentümer als mittelbarer Besitzer den Erwerber zum weiteren mittelbaren Besitzer machen und so nach § 930 Eigentum übertragen (vgl. das A 2). Er kann aber auch den Besitzmittler beauftragen, von nun an für den Erwerber zu besitzen; führt der Dritte den Auftrag aus, z. B. durch Abschluß eines Verwahrungsvertrages mit dem Erwerber, so ist dieser mittelbarer Besitzer und auch Eigentümer geworden, vorausgesetzt, daß beide über den Eigentumsübergang einig sind. Dies ist der dritte der in A 1 zu § 870 erwähnten Wege. Er ist auch in der Rechtsprechung anerkannt (RG 103, 153; Warn 1922 Nr 77; 1926 Nr 138; HansRGZ 30 B 227). Bei seiner rechtlichen Kennzeichnung wird angenommen und teilweise auch ausdrücklich ausgesprochen, daß hier eine Übertragung des mittelbaren Besitzes und damit eine Übergabe nach § 929 Satz 1 stattfindet. Bereits in A 1 zu § 870 ist aber dargelegt, daß bei jenem Verfahren der mittelbare Besitz nicht übertragen, daß vielmehr neuer mittelbarer Besitz begründet wird, und in den A 4 und 7 a zu § 929 ist ausgeführt, daß eine Übergabe schon deshalb nicht vorliegt, weil die Person

des unmittelbaren Besitzers nicht wechselt. Der Übergang des Eigentums wird aad. vielmehr auf § 929 Satz 2 zurückgeführt, weil mittelbarer Besitz des Erwerbers und das Einigsein der Beteiligten über den Eigentumsübergang zusammentreffen. Nicht zu verkennen ist allerdings, daß mehr geschieht, als § 929 Satz 2 voraussetzt. Der Erwerber hat den mittelbaren Besitz nicht irgendwie außerhalb des Zusammenhangs der Übereignung erlangt, sondern der Verkäufer verschafft ihn ihm gerade im Hinblick auf die gewollte Übereignung (vgl. hierzu A 3 zu § 934).

3. Sachbesitz. Wie nach § 929 (A 2) und § 930 (A 3) kann auch nach § 931 nur eine bestimmte Sache übereignet werden. Die Bezeichnung nach Mengen oder Werten genügt auch hier nicht. Wohl kann in solchen Fälle der Herausgabeanspruch abgetreten werden; aber das Eigentum geht auf diesem Wege erst dann an den Erwerber über, wenn er den Herausgabeanspruch geltend macht und ihm das Verlangte herausgegeben wird (RG 52, 385). Wird eine aus der größeren Menge schon ausgeschiedene Sachgesamtheit übereignet, so ist keine Aufzählung der einzelnen Sachen nötig. Zur Bezeichnung genügt dann bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs die Angabe nach Ort der Lagerung und Inhaber (RG Gruch 57, 434). Auch wenn bares Geld (vgl. § 930 A 3 a. E.) nach § 931 übereignet werden soll, muß dieses besonders aufbewahrt sein; Buchungen genügen nicht (RG 18. 6. 19 V 62/19).

4. Übergabeerfolg. Erforderlich bleibt neben der nur die Übergabe ersetzenden Abtretung des Herausgabeanspruchs noch das Einigsein über den Eigentumsübergang. Die hierzu erforderliche Einigung wird jedoch häufig schon in der Abtretung des Herausgabeanspruchs selbst mitenthalten sein. Die Möglichkeit, den Herausgabeanspruch auch zu andern Zwecken als denen der Eigentumsübertragung abzutreten, ist aber nicht ausgeschlossen. In RG 136, 424 sollte z. B. der Abtretungsempfänger — zulässigerweise — nur ermächtigt werden, den Anspruch auf Herausgabe der im Eigentum des Abtretenden verbleibenden Grundschuldbriefe im eigenen Namen zu verfolgen. Ähnlich RG BankA 30, 246. Deshalb ist das Einigsein über den Eigentumsübergang stets festzustellen (RG JW 1910, 814³⁴). Auch ein zweiter Grund spricht hier noch mit. Das Einigsein muß, wie schon in A 2 angedeutet, auch im Falle des § 931 im entscheidenden Zeitpunkt noch vorhanden sein, nämlich wenn sich das letzte Erfordernis für den Eigentumsübergang verwirklicht. Ist die Einigung (A 5 zu § 929) frei widerruflich, so kann das Einigsein aber inzwischen aufgehört haben. Mit Recht fragte also RG 135, 366, als jemand unter Einigung über den Eigentumsübergang einen noch nicht entstandenen Herausgabeanspruch abgetreten hatte, ob das Einigsein in dem Augenblick noch bestand, in dem der Verkäufer den Herausgabeanspruch erlangte.

5. Der Anspruch auf Herausgabe der Sache muß an den Erwerber abgetreten werden, d. h. unter Umständen der dingliche Anspruch im Sinne des § 985 und, wenn der Eigentümer mittelbarer Besitzer der Sache ist, auch der persönliche Anspruch (RG 52, 394; HanRGZ 30 B 227). Doch wird der persönliche Anspruch regelmäßig als stillschweigend mit abgetreten anzusehen sein (RG 6. 2. 1917 VII 254/16). Durch die Abtretung des persönlichen Anspruchs wird der Erwerber nach § 870 sofort mittelbarer Besitzer. Das ist für § 934 von Bedeutung. Ist der Eigentümer A nicht mittelbarer Besitzer und tritt er an B einen dinglichen Herausgabeanspruch gegen C ab, der nicht besteht, weil C nicht oder nicht mehr Besitzer ist, so wird B durch die Abtretung — trotzdem A und B über den Eigentumsübergang einig sind — nicht Eigentümer der Sache (RG 8. 4. 24 VII 253/23; 22. 1. 29 VII 315/28). Anders würde die Sache liegen, wenn A seinen dinglichen Anspruch gegen den derzeitigen, ihm unbekanntem Besitzer abgetreten hätte. Dann würde das Eigentum übergegangen sein, sofern sich die Sache überhaupt im Besitz eines Dritten befand. Bestimmbarkeit des herausgabepflichtigen Dritten muß genügen. Zu weit geht RG JW 1932, 1206⁸, wenn es — übrigens ohne besondere Betonung — den aus § 985 abzuleitenden Herausgabeanspruch nur dann für abtretbar erklärt, wenn er sich gegen einen bestimmten Besitzer richtet. — Errichtet der Pächter auf dem Pachtgrundstück für die Zwecke seiner Pacht ein Gebäude, so bleibt er Eigentümer und Besitzer; der Verpächter wird nicht mittelbarer Besitzer, gegen ihn besteht kein Herausgabeanspruch, der Pächter kann das Gebäude nach § 931 nicht übereignen (RG JW 1934, 1484⁴; dieser Teil der Entscheidung ist RG 143, 275 ff. nicht mitabgedruckt). — Dem Herausgabeanspruch gleichzuachten ist der Anspruch des nichtbesitzenden Mitigentümers gegen den alleinbesitzenden auf Einräumung des Mitbesitzes (RG 69, 40). Den Beweis für das Bestehen des Herausgabeanspruchs muß führen, wer sich auf den Eigentumserwerb beruft. Eine Vermutung für den Fortbestand des Besitzes des Dritten ist weder aus § 938 noch aus § 1006 zu entnehmen (RG 22. 1. 29 VII 315/28). Mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs tritt, wenn die Beteiligten über den Eigentumsübergang einig sind, der Eigentumswechsel sofort ein. Dies selbst dann, wenn der Geltendmachung des Anspruchs in diesem Zeitpunkt rechtliche Hindernisse entgegenstehen (vgl. § 986 Abs 2). Die Abtretung des Anspruchs auf Vorlegung des Hypothekenbriefs an das Grundbuchamt, z. B. um einen Teilbrief zu bilden, ist keine Abtretung des Herausgabeanspruchs im Sinne des § 931 (RG 69, 43; Gruch 54, 1023; 26. 9. 14 V 153/14).

6. Die Anspruchsabtretung. Auf sie sind nach § 413 die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen entsprechend anwendbar. Sie kann auch stillschweigend bewirkt werden; die

Umstände des Falles entscheiden (RG 54, 111; 135, 88; 29. 1. 18 VII 368/17). Keine Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der gestohlenen Sache ist in der Entgegennahme der Einbruchsdiebstahl-Versicherungssumme gefunden worden (RG 108, 110). Ebenso wird allein durch die Abrede, daß der Brief über die einzutragende Hypothek dem beurtkundenden Notar vom Grundbuchamt ausgehändigt werden soll, der Herausgabeanspruch gegen den Notar noch nicht an den künftigen Hypothekengläubiger abgetreten (RG 7. 10. 31 V 110/31). In der Erklärung, daß ein für den Erklärenden bei einem Notar verwahrter Grundschuldbrief mit der Erklärung dem Grundschuldenwerber ausgehändigt werden soll, kann die Erteilung der Abtretungserklärung gefunden werden (RG Warn 1935 Nr 22; vgl. auch RG 54, 111; 85, 433; JW 1906, 559²⁸; Gruch 51, 181; Warn 1928 Nr 145). Zu geringe Anforderungen stellt RGSt Warn 1932 Nr 148, wo in der Einigung über den Eigentumsübergang ohne weiteres die Abtretung des Herausgabeanspruchs gesehen wird. Das Frachtbriefdoppel der Eisenbahn ist kein Verfügungspapier im Sinne der in A 7 erwähnten. In seiner Übergabe an den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger der Ware kann aber entsprechend einer Anschauung des Verkehrs die Abtretung des Herausgabeanspruchs gefunden werden (RG JW 1926, 1922²²), namentlich wenn sie kraft der Vertragsabrede „netto Kasse gegen Frachtbriefduplikat“ nur gegen Zahlung des Kaufpreises bewirkt wird (RG 102, 97; Warn 1922 Nr 77). Nicht abgetreten wird aber der Herausgabeanspruch, wenn das Zweitstück dem Empfänger der Ware nur „zu getreuen Händen“ (RG 26. 2. 26 VI 531/25) oder wenn es an einen andern als den Empfänger der Ware übergeben wird; dieser Dritte wird dann auch nicht mittelbarer Besitzer der rollenden Ware (RG 13. 4. 23 VII 261/22). Zollniederlageweine sind ebenfalls keine Verfügungspapiere. Ihre Auslieferung überträgt aber in der Regel den Herausgabeanspruch, der hier beim Fehlen eines schuldrechtlichen, auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts liegenden Rechtsverhältnisses nur aus § 985 abgeleitet werden kann (RG Warn 1933 Nr 22). Lagerweine von Anstalten, die staatlich § 985 abgeleitet werden können, können nicht durch Indossament übertragen werden und sind deshalb ebenfalls keine echten Verfügungspapiere (§§ 363, 424 HGB). Werden sie ausgehändigt, so kann darin die Abtretung des Herausgabeanspruchs gefunden werden (RG Seuffl 67 Nr 83; JW 1926, 800⁰); eine feste Verkehrsanschauung hat sich darüber noch nicht gebildet; in der vom RG am 5. 12. 22 entschiedenen Sache VII 1/22 (Bd. 105 S. 413) hatten z. B. LG und OLG Hamburg verschieden geurteilt. Neuerdings hat RG 135, 89 aber schon die Auslieferung von Lagerweinen als vereinbarte Abtretung angesehen, obwohl die — an sich vorzuziehende — ausdrückliche Erklärung der Abtretung unterblieben war (vgl. auch Warn 1934 Nr 134 und RG 5. 6. 34 VII 2/34). Der Hinterlegungs- (Depot-)schein einer Bank ist, auch wenn er an Order gestellt ist, kein Orderpapier im Sinne von § 363 HGB, nur Quittungs- und Ausweisurkunde. In dem Giro liegt aber in der Regel das Abtreten des Herausgabeanspruchs (RG 118, 38; LZ 1916, 1007; 2. 7. 06 IV 167/06). Wird dem Käufer ein Lieferschein übergeben, worin der Lagerhalter angewiesen wird, dem — vielleicht nicht einmal benannten — Käufer die Ware auszuantworten, so wird darin in der Regel nicht die Abtretung des Herausgabeanspruchs gefunden (RG 101, 299; 103, 151; Warn 1922 Nr 77; 4. 4. 24 VII 575/23; vgl. aber RG 49, 97); ebensowenig in der Mitteilung des Verkäufers an den Käufer, er habe die Ware für ihn bei dem Lagerhalter freigestellt (HansGG 1921, 509). In diesen Fällen fehlt es schon an dem Übereignungswillen; denn der Verkäufer will sich den Widerruf seiner Maßnahmen vorbehalten. Anders lag der RG 28. 1. 28 I 158/27 entschiedene Fall: A schenkte die bei einer Bank hinterlegten Wertpapiere formlos an C, schrieb der Bank, daß sie die Papiere auf C umschreiben solle, die Bank war einverstanden und auch C erklärte der Bank sein Einverständnis. Hier ist die Abtretung des Herausgabeanspruchs — von A an C — mit Recht angenommen worden; ein Widerruf sollte nicht vorbehalten werden und war nicht vorbehalten. — Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 veräußert ist, kann dem neuen Eigentümer unter Berufung auf § 407 auch solche Einwendungen entgegensetzen, die nach der Abtretung durch ein zwischen ihm und dem Veräußerer abgeschlossenes Rechtsgeschäft begründet werden, es sei denn, daß der Besitzer die Abtretung bei Vornahme des Rechtsgeschäfts kannte (RG 20. 6. 11 VII 600/10).

6a. Schon in RG 139, 117 ist auf die Möglichkeit der Übereignung der Miteigentumsanteile nach § 931 im Wertpapier-Giroverkehr hingewiesen. Nach den neuen Vorschriften in § 24 Bank-DepotG n. F. (Vorbem 3d vor § 688) kann sich der Kommissionär von seiner Verpflichtung, dem Kommittenten Eigentum an bestimmten Stücken zu verschaffen, dadurch befreien, daß er ihm Miteigentum an den zum Sammelbestand einer Wertpapierfammelbank gehörenden Wertpapieren verschafft; mit der Eintragung des Übertragungsvermerks im Verwahrungsbuch des Kommissionärs geht, soweit dieser verfügungsberechtigt ist, das Miteigentum auf den Kommittenten über, wenn es nicht nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts schon früher auf ihn übergegangen ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Kommissionär, der selbst Miteigentümer an einem Sammelbestand ist, seinen Miteigentumsanteil dem Kommittenten abgetreten hat (Begr. zu § 24 Bank-DepotG [§ 930 A 5 Abs 1]). Näheres hierüber bei D p 13 DepotG § 24 Anm 5.

7. Handelsrechtliche Verfügungspapiere (Traditions-, Dispositions-)papiere. Über den Erwerb der Übergabe der Sache durch Übergabe des Lagerweins, des Labesweins, des Konnossements an

den durch die Urkunde ausgewiesenen Empfänger vgl. *HGB* §§ 424, 450, 647 (f. § 870 A 1). Das Gut kann aber auch durch Abtretung des Herausgabeanspruches und Übergabe des nicht oder nicht richtig indossierten Scheines übertragen werden; allerdings werden dann die Einwendungen des Schuldners nicht nach *HGB* §§ 364, 365 beschränkt (*RG* 119, 218; *Gadow* zu § 365 *HGB* A 10 3 c).

8. **Zwischenstaatliches Recht.** Bei einer Veräußerung, die dem deutschen Recht unterliegt, ist die Wirkung der Abtretung des Herausgabeanspruches auch dann nach deutschem Recht zu beurteilen wenn die Ware sich noch auf dem Wege ins Inland befindet (*RG* 16. 9. 11 I 321/10).

§ 932

1) Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache ²⁾ nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß ³⁾ er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde ⁴⁾, nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt ⁵⁾ hatte.

Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört ⁶⁾ 7).

§ I 877 II 846; *W* 3 344—347; *W* 3 206—211; 4 589, 590.

1. **Verkehrsschutz beim Erwerb vom Nichteigentümer (Hand wahre Hand).** Erwerb durch guten Glauben. Die Vorschrift schützt in Anwendung deutschrechtlicher Grundsätze den redlichen Erwerber vor den Folgen des Rechtsmangels auf Seiten des Veräußerers dann, wenn er den Besitz von dem Veräußerer erlangt hat. Er erlangt nicht nur persönlichen Schutz, sondern wirkliches Eigentum; das Eigentum des bisherigen Eigentümers geht unter. Der veräußernde Nichteigentümer muß Eigentum haben übertragen wollen (*W* 1919, 611⁸⁾). Fehlt dieser Wille bei ihm, so ist es gleichgültig, was sich die andere Seite über das Eigentum an der Sache gedacht hat. Er muß weiter zur Zeit der Einigung noch Besitzer gewesen sein oder den Besitz vorher auf den Erwerber übertragen haben (*RG* 72, 309). Der redliche Erwerber soll keinen Schaden davon haben, daß er den Besitzer für den Eigentümer gehalten hat (*RG* 73, 128). Die Vorschrift ist streng auf die Fälle des § 929 beschränkt (*RG* 9. 5. 11 VII 456/10). Sie bezieht sich also nur auf den Eigentums-, nicht auf den Besitzserwerb. Besitz ist etwas Tatsächliches, er ist entweder vorhanden oder nicht vorhanden. Niemand kann durch den guten Glauben an den Besitz seines Vormanns Besitzer werden, wenn er den Besitz nicht wirklich erlangt (*RG* 105, 413). Ebensovienig kommt § 932 in Frage, wenn jemand nicht Treuhändereigentümer, sondern nur Treuhänderbesitzer werden soll (*RG* 111, 409). Die Vorschrift greift endlich auch nicht ein, wenn bei einer Sicherungsübereignung die Sache — vielleicht sogar vertragswidrig — weiterveräußert wird. Auch der Sicherungsnehmer ist wirklicher Eigentümer; einem Rechtsmangel braucht bei ihm nicht durch den guten Glauben des Erwerbers abgeholfen zu werden. Die Weiterveräußerung ist deshalb dinglich wirksam, auch wenn der Erwerber weiß, daß der Veräußerer nur Sicherungseigentümer ist — vorbehaltlich der §§ 826, 138 (*RG* 99, 143). — Zugunsten des wahren Eigentümers erleidet § 932 eine wesentliche Einschränkung durch § 935, eine geringere durch § 952 (vgl. A 1 das).

Beim Erwerb durch einen Stellvertreter, der auch bei der Einigung über den Eigentumsübergang mitgewirkt hat, kommt es auf den guten Glauben des Vertreters, nicht den des Vertretenen an (§ 166 Abs 1). Dagegen ist es für die Frage des guten Glaubens bedeutungslos, wenn lediglich bei der Übergabe für den Erwerber ein Besitzdiener oder ein Besizmittler tätig geworden ist (A 3 zu § 929). In diesen Fällen verbleibt es bei der Regel, daß der Erwerber selbst gutgläubig gewesen sein muß. Eine Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff. ist hier nicht gegeben (*RG* 137, 27). Der Gerichtsvollzieher, der die Sache im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 897 Abs 1 *BZD* wegnimmt, ist nicht Vertreter; seine Bösgläubigkeit ist unschädlich (*RG* *BZ* 1914, 863⁹⁾; *RG* 90, 193; 95, 152).

Nur der Mangel des Eigentums auf Seiten des Veräußerers wird nachgesehen, nicht das Fehlen sonstiger Voraussetzungen für die Gültigkeit des Geschäfts, also nicht das Fehlen der Volljährigkeit, der Geschäftsfähigkeit (*RG* 22. 11. 10 VII 611/09), das Fehlen der gesetzlichen Vertretungsbefugnis (*RG* 3. 12. 20 VII 231/20; 12. 1. 23 VII 100/22), der Vollmacht des Vertreters (*RG* 106, 44) (anders auf dem Gebiete des Handelsrechts; vgl. *HGB* § 366, der gegebenenfalls auch neben § 932 anwendbar ist, *RG* 12. 7. 32 VII 114/32). Zweifelhaft könnte sein, ob nicht aus dem Schutze des gutgläubigen Erwerbers gegen den Mangel des Eigentums des Veräußerers auf den gleichen Schutz in dem Falle geschlossen werden muß, daß dem Veräußerer nicht das Eigentum fehlt, sondern nur die Verfügung beschränkt ist. Im Falle der Verfügungsbeschrän-

lung durch gesetzliches oder gerichtliches Veräußerungsverbot ist dem redlichen Erwerber im § 135 Abs 2 und im GG Art 61 ausdrücklich der Verkehrsschutz gewährt; im Falle der Beschränkung der Verfügung der Ehefrau über ihr eingebrachtes Gut wird durch § 1404 dem redlichen Erwerber der Schutz versagt — bei Verfügungen der Frau über Sachen des Mannes wird § 932 natürlich wirksam — und nach § 7 RD muß auch dem, der ohne Kenntnis der Eröffnung des Konkursverfahrens einen zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand gutgläubig vom Gemeinschuldner erwarb, der Schutz versagt werden. Bei dem Schweigen des § 932 ist die aufgeworfene Frage zu verneinen (RG 100, 194). Wenn aber einer von mehreren Miterben entgegen den Vorschriften des § 2033 über einen Nachlassgegenstand verfügt, so beruht die Unwirksamkeit einer derartigen Verfügung nicht sowohl auf dem Mangel der Verfügungsbefugnis als vielmehr auf dem Mangel des Alleineigentums; § 932 ist also anzuwenden (RG Warn 1918 Nr 212; RG 67, 27). Auch für öffentliche Versteigerungen, welche außeramtlich veranstaltet werden, gilt § 932; wer darin eine Sache ersteht und weiß, daß der Veranstalter Nichteigentümer ist, wird nicht Eigentümer (DVG 31, 325; vgl. auch § 935 Abs 2). Wird dagegen eine ordnungsmäßig gepfändete oder eine von der Zollbehörde beschlagnahmte Sache öffentlich versteigert oder freihändig veräußert, so weiß jeder, daß er vom Nichteigentümer erwirbt, § 932 in seinem eigentlichen Sinn ist unanwendbar; die bisherigen Eigentumsrechte gehen durch die Verfügung der öffentlichen Hand unter (vgl. § 929 A 7). Nur soweit keine ordnungsmäßige Pfändung oder Beschlagnahme vorliegt, kommt der gute Glaube des Erwerbers in Betracht, aber nur in bezug auf die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens und die Verfügungsbefugnis des Staatsorgans (HRK 34 Nr 807 und dazu RG 5. 6. 34 VII 2/34). — Weiß jemand, daß er vom Nichteigentümer erwirbt, hält er aber den Dritten, welcher der Veräußerung zustimmt (§ 185), für den Eigentümer, so wird er durch § 932 nicht geschützt. Ihm fehlt der gute Glaube an das Eigentum des Veräußerers. — Über Unveräußerlichkeit und gutgläubigen Erwerb von Erbhöflichen: Dieß DZ 1935, 1453; von Stadelberg, Der Gutgläubenschutz im Bauernrecht, 1937.

Wer als Sicherungsnehmer nach § 932 Eigentum vom Nichteigentümer erworben hat, kann Eigentum weiterübertragen. Übereignet er die Sache an den Sicherungsgeber, so wird dieser, der früher Nichteigentümer war, nunmehr auch selbst Eigentümer. Das ist unbedenklich, wenn die zweite Übereignung mit der ersten in keinem rechtlichen Zusammenhang steht, muß aber auch gelten, wenn der Sicherungsnehmer nach Empfang der ihm geschuldeten Summe das Eigentum zurücküberträgt. Das Eigentum des ursprünglichen — dritten — Eigentümers ist untergegangen, als der Sicherungsnehmer Eigentum erwarb, und kann nicht wiederaufleben; der Sicherungsgeber ist auch nicht schlechtläubig im Sinn des § 932; denn sein nunmehriger Vormann, der Sicherungsnehmer, ist wirklicher Eigentümer. Der ursprüngliche — dritte — Eigentümer ist auf etwaige persönliche Ansprüche gegen den zum Eigentümer gewordenen Sicherungsgeber beschränkt. Ob die Sache ebenso liegt, wenn jemand auf Grund eines Kaufvertrages vom Nichteigentümer Eigentum erworben hat, später wandelt und unter Aufgabe seines Eigentums die Sache zurückgibt, ist zweifelhaft; diese Frage ist aber zu verneinen.

Wer einen gutgläubigen Dritten durch Täuschung zum Ankauf einer unterliegenden Sache bestimmt, begeht Betrug zum Nachteil des Erwerbers, obgleich dieser nach § 932 Eigentum am Kaufgegenstand erwirbt (RGSt DZ 1939, 398; dazu Linthorst DNV 1939, 156).

2. Sacherwerb. Die Grundsätze der §§ 932 ff. erstrecken sich nicht auf den Erwerb von Rechten (RG 115, 307) oder von Forderungen (RG LZ 1917, 4597), auch nicht auf den Erwerb eines ganzen Geschäfts als eines Inbegriffs von Sachen und Rechten (RG 93, 230; 156, 333). Alles das sind keine Sachen im Sinne des BGB. Ebenso ist das Eigentum an der Nummer einer Kraftbrochüre wohl eine wirtschaftlich verwertbare Macht, die wie ein Vermögenrecht wirkt, aber keine Sache (DVG 26, 65). Wohl aber sind Lotterielose als Inhaberpapiere (RG JW 1912, 861¹⁰) Sachen; § 932 kann also auch hier eingreifen (RGSt 67, 67).

3. Beweislast. Die Fassung „es sei denn, daß . . .“ zeigt, daß der Erwerber der Beweislast für seinen guten Glauben enthoben ist. Der Gegner hat ihn zu beweisen, daß er nicht in gutem Glauben war (RG 133, 188; Warn 1912 Nr 167; 1934 Nr 188). Anders liegt die Beweislast, wenn der hauptstädtische Bankherr trotz der ihm vom Provinzbankherrn gemachten Mitteilung, daß die übersandten Papiere fremde seien, auf Grund seines guten Glaubens an die Verfügungsbefugnis des Provinzbankherrn (§ 366 BGB) das allgemeine Pfandrecht an den Papieren erworben haben will (§ 8 des BankdepotG a. F. [Vorhem 3d vor § 688]). Dann muß er seinen guten Glauben beweisen (RG 71, 337; 87, 329).

Jetzt gilt insoweit indessen § 4 des BankdepotG n. F. Danach sollen die von einem Verwahrer, der Bank- oder Sparkassengeschäfte betreibt, einem Dritten anvertrauten Wertpapiere stets als fremde zu gelten haben. Deshalb kann sich dieser nicht darauf berufen, daß er den Verwahrer für den Eigentümer gehalten habe. Damit ist insoweit die Anwendung des § 932 BGB (§ 366 BGB) grundsätzlich ausgeschlossen (§ 4 Abs 1 Satz 1). Ein Pfand- oder ein Zurückbehaltungsrecht kann der Dritte an den Wertpapieren nur wegen solcher Forderungen geltend machen, die mit Bezug auf diese Wertpapiere entstanden sind oder für die diese Wertpapiere nach dem einzelnen aber sie zwischen dem Verwahrer und dem Dritten vorgenommenen Geschäft haften sollen (§ 4

Abf 1 Satz 2). Diese Bestimmungen stehen im engen Zusammenhang mit denen des § 12 BankdepotG. Die unwiderlegliche Vermutung des § 4 Abf 1 Satz 1 gilt nicht für den Fall, daß der Verwahrer dem Dritten eigene Bestände einliefert; für diesen Fall wird die Vermutung durch eine ausdrückliche und schriftliche Erklärung des Verwahrers, er sei Eigentümer der Wertpapiere, ausgeschlossen. Gibt der Verwahrer eine derartige Erklärung unrichtig ab, so bleiben die allgemeinen Grundsätze über den Schutz des guten Glaubens unberührt (§ 4 Abf 2 das.). Diese Grundsätze sind auch für den Fall aufrechterhalten, daß ein Verwahrer, der keine Bank- oder Sparkassengeschäfte betreibt, die Wertpapiere einem Dritten anvertraut. An diesem Fall hat der Verwahrer, um den Kundenschutz sicherzustellen, dem Dritten Fremdanzeige zu erstatten. Diese Mitteilung hat die Anwendung der Grundsätze des § 4 Abf 1 Satz 2 zur Folge (§ 4 Abf 3 das.).

4. Der gute Glaube muß in dem Zeitpunkt vorhanden sein, in dem das Eigentum übergehen würde, wenn der Veräußerer wirklich Eigentümer wäre (RG SeuffA 85 Nr 115; 25. 3. 24 VII 227/23), also bei der aufschiebend bedingten oder befristeten Übertragung in dem Zeitpunkt, in dem die Frist oder Bedingung sich erfüllt. Wer eine Sache aus Abzahlung und unter der Bedingung gekauft und übergeben erhalten hat, daß er Eigentum erst mit der Zahlung der letzten Rate erwerben soll, erwirbt das Eigentum also nicht, wenn er auch nur vor Zahlung der letzten Rate erfährt, vom Nichteigentümer gekauft zu haben. Der gute Glaube bei dem Kaufabschluß, der Übergabe und dem Einigwerden über den künftigen Eigentumsübergang entscheidet nicht. Das kann gelegentlich unbillig wirken, gegenüber dem völlig klaren Wortlaut des Gesetzes ist aber an den gezogenen Folgerungen nichts zu ändern. Wird der Erwerber nach dem entscheidenden Zeitpunkt schuldig, so schadet es ihm nichts; wird er danach gutgläubig, so nützt es ihm nichts (RG Warn 1911 Nr 157).

5. Vom Veräußerer erlangen (Abf 1 Satz 2) bedeutet: vom Veräußerer eingeräumt erhalten. Durch verbotene Eigenmacht erlangter Besitz kann nicht als „vom Veräußerer“ erlangt angesehen werden. Im übrigen entscheidet die erstmalige tatsächliche Einräumung des Besitzes. Der Erwerber erlangt die Sache vom Veräußerer, wenn dessen Lieferungsfirmen aus sein Geheiß die Ware nicht bei ihm selbst, sondern bei dem Erwerber anfahren lassen (RG 4. 10. 32 VII 22/32). Wer aber von A Sachen des B verpfändet und übergeben erhält, erlangt den Besitz von A. Dabei bleibt es auch dann, wenn hinterher B die Verpfändung und Übergabe genehmigt. Der Pfandnehmer kann also Eigentum an den Sachen nach § 932 Abf 1 Satz 2 nicht erwerben, wenn er später mit B über den Übergang des Eigentums einig wird, B aber inzwischen aufgehört hat, Eigentümer zu sein. Hat A Ware bei C eingelagert und später den mittelbaren Besitz auf B übertragen, so kann C von dem Nichteigentümer B Eigentum kraft guten Glaubens nicht erwerben, weil er den unmittelbaren Besitz nicht von B erlangt hat (RG Warn 1929 Nr 182 über den gleichliegenden Fall eines vertragsmäßigen Pfandrechts). Wegen Anwendung dieser Grundsätze auf den Wertpapier-Giro-Verkehr und die Rechtsverhältnisse, welche dabei durch den roten oder den „nur zur Verrechnung“ gestellten weißen Scheid geschaffen werden: A 7a zu § 929.

6. a) Grobe Fahrlässigkeit ist eine besonders schwere Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt; es muß etwas unbeachtet geblieben sein, was im gegebenen Fall jedem einleuchten mußte (RG 141, 129 ff.; 4. 12. 11 IV 179/11; Warn 1913 Nr 325 u. 359). Wer zwar die entscheidenden Tatsachen kennt, sie aber aus einem nicht selbst auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Rechtsirrtum falsch beurteilt, befindet sich in gutem Glauben (RG 74, 354; Warn 1914 Nr 253). Der bedingte Vorsatz bildet keinen besonderen Fall des Ausschlusses von gutgläubigem Erwerb; der wirklichen Kenntnis vom Nichteigentum steht er nicht gleich; auch er ist also nur für die Frage der groben Fahrlässigkeit erheblich (RG 20. 4. 26 VI 45/26). Ob solche vorliegt, ist von den Umständen des Falles abhängig. Schlechte Gewohnheiten des Handels aus der Kriegs- und Nachkriegszeit sind bei der Frage nach dem guten Glauben jedenfalls nicht zu beachten (RG 8. 10. 26 VI 205/26). Ergeben sich hinreichende Verdachts- und Zweifelsgründe und setzte sich der Erwerber über diese hinweg, um im Dunkeln zu bleiben, so muß ihm grobe Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden (RG 28. 12. 06 VII 105/06; RG Warn 1912 Nr 167; HRR 1935 Nr 177). Aber auch sonst leichtsinniges Verhalten des Erwerbers kann ihn grob fahrlässig erscheinen lassen. So wenn ein Bankherr ein sicheres Papier von einem Unbekannten unter Preis erwirbt oder erst viel später fällig werdende Zinsscheine ohne die Mäntel erwirbt (OLG 18, 138) oder wenn er Wertpapiere ankauft, an denen auffälligerweise die Zinsscheine fehlen (RG 58, 162). Grobe Fahrlässigkeit ist ferner schon darin erblickt worden, daß der Käufer, ohne sich näher zu erkundigen, von einem, wie er wußte, stark verschuldeten Verkäufer eine neue Einrichtung kaufte (RG 5. 1. 11 VII 241/10), daß er wertvolle Sachen von einem stark verschuldeten Vertragsgegner ohne nähere Prüfung des nicht weit zurückliegenden Erwerbsgeschäfts erwarb (RG 13. 10. 11 VII 69/11). Andererseits ist ausgesprochen worden, einem Bankherrn könne, wenn keine verdächtigen Umstände vorliegen, gegenüber Personen, die durch den Besitz von Inhaberpapieren zur Geltendmachung der Rechte baraus befugt erscheinen, nicht noch eine besondere Ausweisprüfung zugemutet werden (RG 67, 27; vgl. aber auch RG im Recht 1919 Nr 2125). Im freien Handel ist der Verkauf von Wertpapieren ungewöhnlich; sie können gestohlen sein, und der Ankäufer muß deshalb die entsprechenden Blätter einsehen (RG

6. 12. 22 I 7/22). Beim Erwerb von Kraftwagen aus zweiter Hand ist zu beachten, daß die Geschäfte sie regelmäßig auf Abzahlung und unter Eigentumsvorbehalt verkaufen (RG 28. 9. 28 VII 697/27). Wegen des **Kraftfahrzeugbriefs**: s. unter b). Vielfach treten Anhalten auf, die Geldmittel zum Ankauf von Kraftwagen vorschießen und sich den gekauften Wagen zur Sicherheit übergeben lassen. Hier ist wesentlich, unter welchen Bedingungen sie den Weiterverkauf gestatten und ob diese Bedingungen allgemein oder wenigstens in den beteiligten Kreisen bekannt sind (RG Warn 1932 Nr 150). Eine Großfirma, welche weiß, was ein Ladeseifein bedeutet, muß sich um dessen Verbleib kümmern und darf nicht trotz seines Fehlens die Ladung ohne weiteres entgegennehmen (RG 119, 219). Unerheblich ist es, ob der Erwerber bei den gebotenen Nachforschungen den wahren Sachverhalt unter allen Umständen erfahren hätte; der wahre Eigentümer braucht das nicht nachzuweisen und der Erwerber kann sich nicht damit entschuldigen, daß er doch nichts erfahren hätte (RG 143, 14 ff.; 147, 331; vgl. Schanz NJWPrax 142, 67). Fallen Vertrag und Übergabe auseinander, muß also der gute Glaube auch noch zur Zeit der Übergabe (oben A 4) vorhanden sein, so besteht eine etwa vorhandene Nachforschungspflicht auch bis zur Übergabe weiter (JW 1934, 992³). Dasselbe muß in den Fällen der ausschließend bedingten oder beschrifteten Übertragung gelten (oben A 4). Hierzu ist aber zu bemerken, daß die Ausführungen des Reichsgerichts in den angezogenen Urteilen, auch wenn sie allgemeiner klingen, im wesentlichen doch auf die Umstände des einzelnen Falles abgestellt sind und deshalb nicht unbedingte Gültigkeit für alle Fälle beanspruchen (RG Warn 1932 Nr 9, 4. 10. 32 VII 22/32). So wird man von einem Bankherrn, der ein Lombardgeschäft vornimmt, eine strengere Prüfungspflicht verlangen, als von einem Speditur, der Ware zur Beförderung annimmt und sich dabei ein Pfandrecht bestellt (RG 141, 129 ff.). Mit Recht wird hier auch gesagt, daß der Eintritt einer wesentlichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse zu beachten sei. Wenn früher ausgesprochen worden ist, daß eine Prüfung nur gefordert werden könne, falls Anhalt für einen Verdacht vorliege, daß beim Auftreten eines zuverlässigen älteren Kunden kein Grund zum Mißtrauen gegeben sei (RG 135, 85; JW 1927, 1683⁸; Warn 1932 Nr 9), so kann das nicht mehr unbedingt gelten. Anderseits dürfen die zeitgemäß verschärfte Anforderungen aber auch nicht überspannt werden; was die ordnungsmäßige Abwicklung des Verkehrs verlangt, ist zu beachten. Der vom Gesetz vermutete gute Glaube darf nicht dadurch einfach ausgeschaltet werden, daß man dem Erwerber gerabeguz ansinnt, er möge sich das Eigentum des Veräußerers einwandfrei nachweisen lassen (RG Warn 1932 Nr 9; vgl. auch RG Warn 1934 Nr 188).

b) Für den gesamten Handel mit gebrauchten Wagen wird der **Kraftfahrzeugbrief**, wie er durch die WD des Reichsverkehrsministers über Kraftfahrzeugverkehr v. 11. 4. 34 (RGBl I 303) eingeführt worden ist, von erheblicher Bedeutung sein. Nach der Ausführungsanweisung v. 11. 4. 34 (RMVBl 319 ff.) soll dieser Brief ausgesprochenermaßen auch dazu dienen, Handhaben zur Sicherung des Eigentums am Kraftfahrzeug zu schaffen (Nr 1 Abs 1); der Brief muß bei jeder Befassung der Zulassungsstelle mit dem Fahrzeug, z. B. bei Eigentumswechsel, vorgelegt werden; das Fehlen des Briefs zeigt dann den unregelmäßigen Erwerb an (Nr 1 Abs 3). Immerhin bleibt die Sicherung des Eigentums auf die Sammlung und Vermittlung von Nachrichten beschränkt; die Sammelstelle und die Zulassungsstelle prüfen die Eigentumsverhältnisse nicht selbst, der wahre Eigentümer muß seine Rechte von sich aus verfolgen (Nr 1 Abs 4). Bei erstmaliger Zulassung eines Wagens nach dem 30. 4. 34 mußte der Kraftfahrzeugbrief dem Antrag beigelegt werden (Art I der WD), die vor dem 1. 5. 34 zugelassenen Wagen sollten erst allmählich damit ausgerüstet werden (Art II der WD). Nimmehr gelten die Vorschriften der §§ 20 ff. der Straßenverkehrs-ZulassungsD. v. 13. 11. 1937 (RGBl 1937 I 1215, 1254, 1354, 1422; 1938 I 702, 1198; 1939 I, 163, 164, 735) über die Vorlegung und Behandlung der Kraftfahrzeug- und Anhängerbriefe bei den Zulassungsstellen. Im Zweifel handelt jeder grob fahrlässig im Sinne des § 932, der einen gebrauchten Wagen erwirbt, ohne daß ihm der Kraftfahrzeugbrief mit übergeben oder vorgelegt wird; indessen kann die Schulfrage nur unter Würdigung aller Umstände entschieden werden (vgl. auch § 990 A 2). Näheres hierüber und über die bisherige Rechtsprechung: Steffan *AutoR* 1935, 299; Fischbach *RdR* 1935, 61; Essig *AutoR* 1937, 269; v. Unruh *DZ* 1937, 1642; JW 1938, 707; Woltermann *VerfR* 1938, 581 (s. auch 628); Spöhr *AutoR* 1938, 7; 1939, 7; Woß *WZ* 1938, 129; Lenß *MSZ* 1938, 135; Däubler *DZ* 1938, 1059; s. auch JW 1937, 1417¹¹; 3108⁸⁷; 1938, 674¹⁷; *GR* 1938 Nr 588; 1939 Nr. 637; *DRW* 1939, 381; *PanR* 1938 B, 393. Vgl. auch § 952 A 4. Auch der Gerichtsvollzieher hat bei der Zwangsvollstreckung in Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger die Bedeutung des Kraftfahrzeug-(Anhänger)briefs zu beachten und bei der Pfändung und Verwertung die erforderlichen Nachrichten zu erlassen (W. d. RM. v. 14. 2. 1938 *DZ* 1938, 248). Wegen des Fahrradbriefs: s. *VerfR* 1936, 533.

7. **Verwertung von Militärgut.** Besondere Vorschriften die den — auch gutgläubigen — Eigentumserwerb an Militärgut beschränkten, galten nach der WD v. 23. 5. 19 (RGBl I 1919, 477; 1920, 2162) und dem Gesetz über die Verlängerung der Geltungsbauer jener WD v. 22. 12. 1921 (RGBl 1921, 1606). Hierzu sind die Entscheidungen RG 105, 192, 276, 295; 106, 45, 350; 108, 244; 112, 233; JW 1922, 1722⁴; 16. 12. 24 VI 269/24; 27. 2. 25 VI 415/24; 20. 12. 27 VII

363/27 ergangen (vgl. auch RG 107, 320). Die bezeichneten Vorschriften sind durch das Gesetz über die Verwertung von Militärgut v. 31. 3. 1923 (RGBl I, 243, 1010) ersetzt worden (dazu AusfWd v. 4. 8. 23 RGBl I, 762).

§ 933

Gehört eine nach § 930 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber Eigentümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird¹⁾, es sei denn, daß er zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist²⁾ 3).

§ I 879 II 847; M 3 345; B 3 206—210.

1. Nachträglicher Eigentumserwerb durch gutgläubige Besitzerlangung. Ist zum Zwecke der Eigentumsübertragung der Weg des § 930 eingeschlagen, also der unmittelbare Besitz dem Veräußerer vorbehalten, dem Erwerber nur der mittelbare Besitz eingeräumt worden, so gewährt das Gesetz dem gutgläubigen Erwerber nicht den gleichen Schutz wie im Falle des § 929. Der Erwerber wird trotz seines guten Glaubens, trotz der Einigung und trotz der Erlangung des mittelbaren Besitzes nicht Eigentümer (RG JW 1935, 1688^o). Die Vorschrift des § 933 bringt zum Ausdruck, daß in einem solchen Falle der Erwerber nachträglich das Eigentum erlangt, wenn ihm nachträglich der unmittelbare Besitz vom Veräußerer eingeräumt wird. Der Grund ist der, daß nunmehr nachträglich die Voraussetzungen des § 929 vorliegen (RG SeuffW 90 Nr 144). Deshalb gilt hier auch alles, was in A 3 zu § 929 ausgeführt ist, nämlich daß auch dritte Personen bei der Übergabe auf Seiten des Erwerbers mitwirken können, sei es als Besitzdiener, sei es als Besitzmittler. Auch damit ist das erreicht, worauf es ankommt: daß nämlich der Veräußerer den Besitz völlig verliert und der Erwerber ihn erlangt, sei es als unmittelbaren, sei es als mittelbaren, aber nicht durch den Veräußerer vermittelten. In beiden Fällen kommt es auf den guten Glauben des Erwerbers an; denn eine wirkliche Stellvertretung, welche die §§ 164ff. anwendbar machen könnte, gibt es beim Besitzerwerb nicht (RG 137, 26). Wenn RGSt Warn 1932 Nr 148 kurz bemerkt, daß für § 933 nur die Übertragung des unmittelbaren Besitzes genüge, so ist, wie die Gründe ergeben, als Gegensatz nur an einen durch den Veräußerer vermittelten mittelbaren Besitz gedacht. Hinsichtlich des Eigentumserwerbs an Wertpapieren von Seiten des gutgläubigen Kommittenten durch Anschaffung des Kommissionärs, falls dieser nicht verfügungsberechtigt ist: vgl. § 930 A 5 Abs 2.

Der dingliche Vertrag, d. h. die Einigung über den Eigentumsübergang braucht bei der Übergabe nicht wiederholt zu werden, aber das einmal herbeigeführte Einigsein muß noch fortbestehen. In RG 81, 141 wird bemerkt, es sei für § 933 selbstverständlich, daß bisheriger mittelbarer Besitz des Erwerbers auf Grund des Veräußerungsgeschäfts in unmittelbaren Besitz umgewandelt werden solle. Dem ist beizupflichten in dem Sinn, daß die Übergabe nicht im Hinblick auf einen andern Rechtsgrund stattfinden darf. Das trifft z. B. zu, wenn der Veräußerer die nach § 930 übereignete Sache, welche er von dem Erwerber gemietet hat, diesem seinerseits leiht. Es fehlt dann schon an dem oben aufgestellten Erfordernis, daß der Veräußerer jeglichen Besitz verliert; denn er behält mittelbaren Besitz auf Grund des Leihvertrages, während der Erwerber einerseits unmittelbarer Besitzer auf Grund des Leihvertrages wird, andererseits aber auch — weiterer — mittelbarer Besitzer auf Grund des Mietvertrages bleibt. In dem RG 81, 141 entschiedenen Fall war über die streitigen Sachen kein Veräußerungsvertrag geschlossen, ein solcher Vertrag war deshalb auch nicht nach § 930 erfüllt worden; die spätere Übergabe der Sachen an den Erwerber, welche der Verwalter im Konkurse über das Vermögen des Veräußerers in Anerkennung eines angeblichen Aussonderungsanspruchs vornahm, konnte also zu einem Eigentums-erwerb nach § 933 überhaupt nicht führen. Wären die fehlenden Voraussetzungen aber vorhanden gewesen, so hätte die Übergabe durch den Konkursverwalter als Übergabe durch den Veräußerer gewirkt und der gutgläubige Erwerber hätte das Eigentum erlangt (vgl. SeuffW 70 Nr 154). Das- selbe Ergebnis würde erzielt werden, wenn in dem obigen Beispiel die Beteiligten bei fortdauernder Einigkeit über den Eigentumsübergang den Miet- und den Leihvertrag aufhoben. Dann wäre die Sache zwar nicht im Sinne von §§ 929 Satz 1, 931 „übergeben“ worden; aber die Voraussetzungen des § 929 Satz 2 lägen vor und der Erwerber hätte auch „den Besitz von dem Veräußerer erlangt“ (§ 932 Abs 1 Satz 2). Anders läge die Sache aber, wenn der Erwerber die Sache nicht vom Veräußerer entliehen, sondern ihm einfach weggenommen und wenn die Beteiligten später den Mietvertrag aufgehoben hätten. Dann wäre die Sache dem Erwerber weder „übergeben“ worden, noch hätte er „den Besitz von dem Veräußerer erlangt“; denn er hätte sie durch verbotene Eigenmacht an sich gebracht (A 5 zu § 932). In diesem Falle müßte also der Schutz des guten Glaubens verfallen.

Ist zum Zweck der Eigentumsübertragung eine Besitzvereinbarung (§ 930) hinsichtlich eines Inbegriffs von Sachen getroffen worden, so kann eine körperliche Übergabe, die bei vorhandenem guten Glauben auch das Eigentum an etwaigen fremden, zu dem Inbegriff gehörigen Sachen zu verschaffen vermöchte, nicht in der Weise vorgenommen werden, daß der mittelbare

Besitzer die Räume mietet, in denen sich die Sachen befinden, und sich die Schlüssel auszuhändigen läßt, sie aber alsbald dem unmittelbaren Besitzer zurückgibt. Das BGB kennt eben keine „symbolische Übergabe“, eine wirkliche liegt nicht vor (RG 2. 7. 20 VII 23/20).

2. Der gute Glaube muß im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden sein. Der Fall, daß der Erwerber zwar bei der Besitzabrede schlechtgläubig, aber bei der Übergabe gutgläubig ist, kann vorkommen, z. B. wenn die Person seines gesetzlichen Vertreters gewechselt hat. Unter solchen Umständen kann Eigentum nach § 933 erworben werden.

3. Ob der Veräußerer unmittelbarer Besitzer oder selbst schon mittelbarer Besitzer ist (§ 871), macht für die Anwendung des § 933 keinen Unterschied.

§ 934

Geht eine nach § 931 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruchs, anderenfalls dann Eigentümer, wenn er den Besitz der Sache vom Dritten erlangt, es sei denn, daß er zur Zeit der Abtretung oder des Besitzerwerbes nicht in gutem Glauben ist^{1) 2) 3)}.

§ II 847; P 3 208—211; 6 263, 264, 335.

1. Schutz des redlichen Erwerbers im Falle der Eigentumsübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs. Die Vorschrift unterscheidet zwei verschiedene Fälle. Beiden gemeinsam ist, daß dem Veräußerer als Nichtigentümer der Sache der durch § 985 dem Eigentümer gewährte Herausgabeanspruch nicht zusteht, dessen Abtretung nach § 931 die Übergabe ersetzen könnte. Der erste der beiden Fälle (Fall I) erfordert aber einen wirklich bestehenden mittelbaren Sachbesitz, also auch den wirklichen Bestand eines auf einem der Rechtsverhältnisse im Sinne des § 868 beruhenden Herausgabeanspruchs gegen den unmittelbaren Besitzer. Der bloße Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Übergabe der Sache genügt hier also nicht. Das vom Gesetz geschützte Vertrauen des Erwerbers auf das Eigentum des Veräußerers beruht in diesem ersten Falle auf der in der Abtretung des Herausgabeanspruchs liegenden Behauptung des Veräußerers, er sei Eigentümer, und auf dem dafür sprechenden Besitzverhältnis. Dieses wird nach §§ 870, 931 (A 5 das.) vom Veräußerer auf den Erwerber übertragen, und diese Übertragung wirkt wie die Übergabe im Falle des § 932 und macht den Erwerber zum Eigentümer, sofern er nicht zur Zeit der Abtretung bösgläubig ist. Ohne Belang ist es dabei, ob der veräußernde Nichtigentümer der alleinige mittelbare Besitzer ist oder ob hinter ihm noch weitere mittelbare Besitzer stehen. In dem in A 1 Abf 2 zu § 933 besprochenen Beispielsfall kann also, wer die Sache vom Eigentümer gemietet, sie ihm dann aber wieder geliehen hat, das Eigentum an der Sache auf einen gutgläubigen Dritten übertragen, indem er ihm den Anspruch auf Herausgabe der geliehenen Sache abtritt. Daß dabei der unmittelbare Besitzer, gegen den sich der Anspruch richtet, gleichzeitig der wirkliche Eigentümer ist, macht nichts aus, wie RG Gruch 53, 692 für den zweiten Fall des § 934 ausgesprochen hat. Erwähnt seien auch zwei andere Fälle: a) Wenn der Nichtigentümer A die Sache durch Besitzabrede nach § 930 an B veräußert und B, der dadurch trotz etwaigen guten Glaubens zwar nicht Eigentümer, aber jedenfalls mittelbarer Besitzer geworden ist, seinerseits die Sache durch Abtretung des ihm gegen A zustehenden Herausgabeanspruchs an den gutgläubigen C weiterveräußert, so wird C nach Fall I des § 934 Eigentümer. b) Dasselbe tritt ein, wenn der Nichtigentümer A die Sache dem C zunächst nach § 930 übereignet, dann aber B zum unmittelbaren, sich selbst zum mittelbaren Besitzer macht und schließlich den ihm nunmehr gegen B zustehenden Herausgabeanspruch an den gutgläubigen C abtritt. Diese Folgen (zu a und b) sind nicht abzulehnen, weil das Gesetz im Fall I von jeder sichtbaren Änderung der Besitzverhältnisse absieht und sich mit der Abtretung des dem mittelbaren Besitzer — wirklich — zustehenden Herausgabeanspruchs begnügt.

Der zweite der Fälle des § 934 (Fall II) sieht von dem Erfordernis eines wirklich bestehenden mittelbaren Sachbesitzes ab, setzt aber voraus, daß der unmittelbare Besitzer in ersichtlicher Anerkennung einer sei es auf dem Eigentum, sei es auf einem Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 beruhenden Verpflichtung zur Herausgabe der Sache an den Veräußerer dem Erwerber auf die geschehene Abtretung hin den Besitz an der Sache einräumt (RG 89, 350). Das geschützte Vertrauen des Erwerbers beruht hier zwar nicht, wie in Fall I, auch auf einem für das Eigentum sprechenden Besitzverhältnis, wohl aber auf der vom unmittelbaren Besitzer ausgehenden Anerkennung einer — allerdings nicht bestehenden — Verpflichtung zur Herausgabe der Sache an den Veräußerer. Die Abtretung des Herausgabeanspruchs bleibt in diesem zweiten Fall zunächst überhaupt wirkungslos; erst die spätere Erlangung des Besitzes macht den Erwerber zum Eigentümer, sofern er nicht zu dieser Zeit bösgläubig ist. Ob der Veräußerer sich für den Eigentümer hält oder nicht, ist gleichgültig; der gute Glaube des Erwerbers wird geschützt, nicht der des Eigentümers (RG 89, 349f.; 135, 84; JW 1926, 800f.; 1932, 3763*). Die sonst übereinstimmende Entscheidung RG 138, 268 fordert guten Glauben zur Zeit der Abtretung und des Besitzerwerbs. Das ist im

Gesetz nicht begründet. Wenn es sagt, der gute Glaube müsse „zur Zeit der Abtretung oder des Besitzserwerbs“ vorhanden sein, so bezieht sich der erstere Zeitpunkt auf Fall I, der letztere — und nur dieser — auf Fall II des § 934. Immer, wie auch sonst in den §§ 932f. muß der gute Glaube in dem für den Eigentumserwerb maßgebenden Zeitpunkt vorhanden sein. — Im Gegensatz zu § 933 spricht § 934 für Fall II nicht von „Übergabe“, sondern von „Erlangung des Besitzes“. Das ist ein gewollter und betonter Unterschied (RG Gruch 53, 692f.). Die Erlangung des Besitzes umfaßt zwar die Übergabe; sie reicht aber noch darüber hinaus. Zur Erläuterung des Begriffs ist deshalb in erster Linie auf alles das zu verweisen, was in A 3 und A 4 zu § 929 und in A 1 zu § 933 zur Übergabe gesagt und weiter über die Mitwirkung dritter Personen dabei und endlich darüber ausgeführt ist, daß trotz solcher Mitwirkung der Erwerber gutgläubig sein muß. Unter „Erlangung des Besitzes“ fällt es aber auch, wenn der unmittelbare besitzende Dritte dem Erwerber nur mittelbaren Besitz einräumt, den er, der Dritte, selbst vermittelt. Als „Übergabe“ kann ein solcher Vorgang nicht anerkannt werden (A 4 zu § 929, wo auch RG 137, 26 besprochen ist). Daß das Erlangen eines derartigen mittelbaren, vom Dritten selbst vermittelten, Besitzes für Fall II des § 934 genügt, steht in der Rechtsprechung seit langer Zeit fest (RG 89, 349; 135, 75; 137, 26; 138, 267; JW 1926, 800^o; 1932, 3763⁴; Gruch 53, 693; vgl. auch RG 145, 385; Warr 1934 Nr 134; 5. 6. 34 VII 2/34 und 15. 6. 34 VII 28/34). — Auch für Fall II ist es gleichgültig, ob etwa der Dritte, von dem der Erwerber den Besitz erlangt, der wirkliche Eigentümer der Sache ist (RG Gruch 53, 693).

2. Da es mittelbaren Nebenbesitz nicht gibt (vgl. A 2 Abs 2 und A 6 Abs 3 zu § 868), braucht die Frage nicht erörtert zu werden, ob der Erwerb solchen Besitzes ein genügender Besitzserwerb im Sinne von Fall II des § 934 wäre. Zu beachten ist mit Rücksicht auf das aaD. Ausgesüßte, daß zum Erwerb des Eigentums nach Fall II des § 934 das Erlangen des mittelbaren Besitzes genügend, sein Behalten nicht erforderlich ist. Wenn also der neue Eigentümer seinen mittelbaren Besitz später dadurch wieder verliert, daß der unmittelbare Besitzer einen neuen mittelbaren Besitz begründet, sei es des früheren mittelbaren Besitzers, sei es den einer dritten Person, so geht dadurch allein das erworbene Eigentum nicht wieder verloren. Das tritt erst ein, wenn die notwendigen Unterlagen dafür gegeben sind, daß ein anderer kraft guten Glaubens Eigentum an der Sache erwirbt.

3. Wenn ein mittelbarer Besitzer sein Eigentum an der Sache übertragen will, stehen ihm die in A 1 zu § 870 und A 2 zu § 931 erwähnten drei Wege offen. Wählt er die des § 931 oder des § 930, so ergeben sich für die Frage, inwieweit ein gutgläubiger Erwerber auch beim Erwerb vom Nichteigentümer Eigentum erlangt, keine Besonderheiten (oben A 1 und A 3 zu § 933). Wählt er aber den dritten Weg, weist er also den unmittelbaren Besitzer an, den bisherigen mittelbaren Besitz für den Veräußerer zu beenden und mit dem Erwerber ein neues Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 zu vereinbaren, so scheint eine Schwierigkeit aufzutreten. Der Eigentumsübergang vollzieht sich, wie in A 2 zu § 931 dargelegt, obwohl an sich mehr geschieht, als die Vorschrift erfordert, schließlich doch nach § 929 Satz 2; der Erwerber erlangt den Besitz der Sache aber nicht vom Veräußerer, sondern vom unmittelbaren Besitzer und deshalb kann § 932 Abs 1 Satz 2 nicht zu seinen Gunsten eingreifen. Es wäre eine unleugbare und den herrschenden Auffassungen von Treu und Glauben widersprechende Härte, wenn es dabei sein Bewenden behaltnen müßte. Indessen treffen die Vorschriften des § 934 zu, und zwar sogar beide nebeneinander. Der veräußernde Nichteigentümer behauptet, Eigentümer zu sein, und dafür spricht der wirklich bestehende mittelbare Besitz (Fall I); dafür spricht aber auch, daß der unmittelbare Besitzer nach der an ihn ergangenen Weisung handelt und in ersichtlicher Anerkennung einer Verpflichtung zur Herausgabe der Sache an den Veräußerer dem Erwerber den Besitz der Sache einräumt (Fall II). Gewisse Unterschiede bleiben, sie sind aber dem Erwerber günstig. Der Veräußerer bekräftigt seine Eigentumsbehauptung nicht durch Abtreten des Herausgabeanspruchs, einen Vorgang, der sich nur zwischen Veräußerer und Erwerber abspielt, sondern durch seine nach außen gerichtete Weisung an den unmittelbaren Besitzer. Dieser Betätigung wohnt die größere Überzeugungskraft inne. Für Fall II kommt außerdem in Betracht, daß der vom unmittelbaren Besitzer anerkannte Herausgabeanspruch wirklich besteht, daß der Veräußerer also eine bessere Rechtsstellung hat, als Fall II voraussetzt. Das kann dem Erwerber nicht nachteilig sein. Die anzuerkennenden Unterschiede machen ihn im Gegenteil des Schutzes noch würdiger. Von einer die Ausnahmevorschriften des § 934 unzulässig ausdehnenden Anwendung des Gesetzes wird man hiernach nicht sprechen können.

§ 935

¹) Der Erwerb des Eigentums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen ²) worden, verloren gegangen ³) oder sonst abhanden gekommen ⁴) war. Das gleiche gilt, falls der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden ⁵⁾.

§ I 879 II 848; M 3 347—350; P 3 206, 213, 215; 5 724, 725; 6 233, 234.

1. Beschränkung des Verkehrsschutzes des gutgläubigen Erwerbers. Unter Abwägung der Schutzbedürfnisse einerseits des Eigentümers, anderseits des gutgläubigen Erwerbers schränkt das Gesetz den Verkehrsschutz auf die Fälle ein, in denen der Eigentümer selbst die Sache abhandeln gegeben und so die Gelegenheit zur Veräußerung durch einen Dritten geschaffen, die Täuschung des gutgläubigen Erwerbers über das Recht des Veräußerers mitverursacht hat. Sind die Sachen dem Eigentümer ohne seinen Willen „abhandeln gekommen“, so soll er durch den gutgläubigen Erwerber nicht gefährdet sein. Dieser muß ihm also die Sachen nach § 985 herausgeben. Wegen der Nutzungen und Früchte: §§ 987 ff. Hat eine gestohlene Stute ein Fohlen geboren, so verbleibt dieses grundsätzlich dem redlichen Besitzer im Sinne des § 993. Das Fohlen ist Frucht und nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft auch Ertrag. Eine entsprechende Anwendung des § 935 auf das Fohlen ist auch dann ausgeschlossen, wenn die Stute bereits trächtig war, als sie gestohlen wurde. — Die Sache hört auf gestohlen, verlorengegangen oder sonst abhandeln gekommen zu sein, wenn sie mit einer anderen verbunden oder vermischt wird (§§ 947, 948) und dadurch das Eigentum an der ursprünglichen Sache entweder ganz untergeht (§ 947 Abs 2, § 948 Abs 1) oder sich in Miteigentum an der neuen Sache oder den mehreren vermischten Sachen (§§ 947 Abs 1, 948 Abs 1) verwandelt. Was nunmehr im Allein- oder im Miteigentum steht, ist mit dem rechtserheblichen Makel, gestohlen usw. zu sein, nicht mehr behaftet (vgl. DVG 12, 125). — Daß gestohlenes Lagergut auch nicht mittels Verwendung von Lager Scheinen (Inhaber- oder Ordnerlager Scheinen) auf einen gutgläubigen Erwerber übereignet werden kann, darüber vgl. Gadow JRSch 1935, 109; WeRM 1937, 194).

2. Gestohlen worden sind Sachen, die durch Diebstahl im Sinne des § 242 StGB abhandeln gekommen sind. Dazu gehören auch solche Sachen, deren Entwendung zwar den äußeren Tatbestand des § 242 StGB erfüllt, aber wegen der besonderen Umstände überhaupt nicht (§ 247 StGB) oder nicht nach § 242, sondern nach § 248a, § 370 Nr 5 StGB geahndet werden kann. § 935 ist aber nur auf solche Gegenstände anwendbar, die unmittelbar durch die strafbare Handlung dem Verletzten entzogen worden sind, nicht auch auf Gegenstände, die der Täter unter Aufwendung des strafbar Erlangten in an sich rechtmäßiger Weise erworben hat (RG 28. 11. 16 VII 362/16). Die gestohlene Sache hört auf, eine solche zu sein, wenn sie wieder in den Besitz des Eigentümers kommt, nicht schon dann, wenn die Strafverfolgungsbehörde sie beschlagnahmt; denn die beschlagnahmende Staatsanwaltschaft vermittelt nicht den Besitz für den Eigentümer (RG Warn 1925 Nr 25); die Sache ist auch nicht mehr gestohlen, wenn der Eigentümer sie dem Dieb gegenk. und übereignet hat.

Unterschlagung gehört nicht hierher. Für sie spielt neben dem — unmittelbaren — Besitz noch der strafrechtliche Begriff des Gewahrsams eine Rolle (§ 246 StGB). Da der Besitz nach § 854 in der tatsächlichen Gewalt über eine Sache besteht und der Gewahrsam das natürliche Herrschaftsverhältnis über eine Sache bezeichnet (RGSt 50, 183; 52, 143; 56, 117; 60, 272), so decken sich beide Begriffe in weitem Umfange. Sie fallen erst auseinander, wo das BGB im Wege der „Annahme als ob“ einen unmittelbaren Besitz als vorhanden ansieht, obgleich nach der natürlichen Auffassung eine tatsächliche Gewalt über die Sache nicht mehr besteht. Das geschieht noch nicht im § 856 Abs 2; denn eine vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt beseitigt auch den Gewahrsam nicht notwendig (RGSt 50, 183). Auch nicht jede dauernde räumliche Entfernung der Sache von dem Herrn oder des Herrn von der Sache hebt den Gewahrsam auf; er kann durch Gehilfen ausgeübt werden, die keinen eigenen Herrschaftswillen haben, nur für den Herrn und auf seine Anweisung verfügen, vorausgesetzt nur, daß der Herr nicht hindert ist, seinen Herrschaftswillen durch unmittelbare Einwirkung auf die Sache zu verwirklichen (RGSt 60, 272). Es geschieht aber im Rahmen des § 855. Die tatsächliche Gewalt des Besitzdieners beeinträchtigt an sich die tatsächliche Gewalt auch des Besitzers selbst in keiner Weise; beide können nebeneinander bestehen (RGSt 52, 143). Dann hat der Besitzer Besitz und Mitgewahrsam, der Besitzdiener Mitgewahrsam an der Sache. Eignet er sich die Sache an, so begehrt er Diebstahl (BayObLGSt JW 1928, 2995³). Auch in solchem Verhältnis kann aber eine wirkliche tatsächliche Gewalt nur dem Besitzdiener zustehen (RG 52, 117). Diese wird dann kraft des § 855 dem Besitzer zugerechnet, so daß sie ihm den unmittelbaren Besitz gewährt. Sie kann ihm aber den Gewahrsam nicht verschaffen, da für diesen nur die natürlichen Verhältnisse, nicht rechtliche Annahmen in Betracht kommen. Dann hat also der Besitzer nur den unmittelbaren Besitz, der Besitzdiener allein den Gewahrsam. Eignet er sich unter solchen Umständen die Sache an, so begehrt er eine Unterschlagung; denn hier wird Gewahrsam oder auch nur Mitgewahrsam eines ändern nicht gebrochen. Das aber ist ein Erfordernis des Diebstahls (BayObLGSt aad.).

3. Verlorengegangen: vgl. § 965.

4. Abhanden gekommen. Dieser Begriff gehört allein dem bürgerlichen Recht an. Nur der Verlust des unmittelbaren Besitzes kommt für ihn in Frage. Die strafrechtliche Unterscheidung zwischen unmittelbarem Besitz und Gewahrsam (vgl. A 2) ist für ihn ohne Bedeutung. Abhanden gekommen, und zwar dem unmittelbaren wie dem mittelbaren Besitzer, sind Sachen dann, wenn der unmittelbare Besitzer ohne oder gegen seinen Willen den Besitz daran verloren hat (RG 101, 224; 8. 10. 26 VI 205/26). Das trifft auch zu, wenn A dem B den Zugang zu einem gemeinschaftlich benutzten Raum sperrt und dem B so die Herrschaft über seine in dem Raum untergebrachten Sachen nimmt (RG 8. 1. 24 VII 597/23). Auch dem mittelbaren Besitzer sind die Sachen dann nicht abhanden gekommen, wenn der unmittelbare Besitzer sie freiwillig, sei es auch ohne oder gegen den Willen des mittelbaren Besitzers weggegeben hat (RG 54, 68; Warn 1924 Nr 124). Ebenso wenig kommt eine Sache dem mittelbaren Besitzer abhanden, wenn der unmittelbare Besitzer sie sich aneignet. Endlich ist eine Sache nicht abhanden gekommen, deren Besitz vom Besitzer infolge gerichtlichen Zwanges, kraft einstweiliger Verfügung, aufgegeben ist (RG 2. 12. 24 VI 104/24). Wenn der Ehemann bei geschlechtem Güterstand der Ehefrau eine Sache zu unmittelbarem Besitz überlassen, sie später aber ohne Zustimmung der Frau veräußert hat, so ist der Frau der Besitz nicht gegen ihren Willen entzogen; denn auf ihm beruht es, daß dem Mann das Verwaltungsrecht überhaupt zusteht, kraft dessen er ihr den Besitz entziehen durfte (Recht 1917 Nr 1424). Bei Gütertrennung hat der Mann keinen Besitz an den Sachen der Frau. Nimmt der Mann der Frau solche Sachen ohne ihren Willen fort, so sind sie ihr abhanden gekommen (RG Warn 1922 Nr 16). Da der Besizhdienstler nicht Besitzer, der Eigentümer, der den Besitz mit Hilfe des Besizhdienstlers ausübt, vielmehr selbst unmittelbarer Besitzer ist, so kommt bei der Weggabe durch den Besizhdienstler nur in Frage, ob sie mit dem Willen des Eigentümers als des Besizhdienstlers stattfand. Die ohne oder gegen den Willen des Besitzers vom Besizhdienstler weggegebenen Sachen sind also „abhanden gekommen“ (RG 71, 248; Warn 1926 Nr 48; SeuffA 76 Nr 119), und zwar auch dann, wenn der Besizhdienstler sie nach § 246 StGB unterschlagen hat (vgl. A 2 und RG 106, 6). Gegenstände, die einzelne der zusammen bestehenden Miterben in der irrigen Meinung, Alleinerben zu sein, verschenkt haben, sind den anderen Miterben „abhanden gekommen“ (DVG 26, 58).

Rag nur den Schein eines gewollten Weggebens vor, z. B. im Falle der Weggabe durch einen willensunfähigen Geisteskranken oder einen sinnlos Betrunknen, so sind die Sachen abhanden gekommen (DVG 15, 356). Dies wird auch bei Weggabe durch einen beschränkt Geschäftsfähigen anzunehmen sein (§ 111; a. M. unter Berufung auf den Sprachgebrauch DVG Hamburg LZ 1924, 341), nicht aber, wie früher hier vertreten, für den Fall der Weggabe zum Schein (§ 117); denn dabei gibt der Besitzer trotz allem die Sache doch mit Willen aus der Hand. Eine von Irrtum, Täuschung oder Drohung beeinflusste Weggabe aber, die nicht unwirksam, sondern nur ansfechtbar ist, kann dem „Abhandenkommen“ nicht gleichgestellt werden (RG 4. 1. 21 VII 455/20; SeuffA 60 Nr 150). Nach RG 20. 2. 12 VII 363/11 liegt ein Abhandenkommen nicht vor, wenn der Besitzer einer Sache eine nicht gegen den Eigentümer gerichtete Pfändung der Sache und ihre Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher in der irrigen Annahme zuläßt, zur Duldung der Amtshandlungen des Gerichtsvollziehers verpflichtet zu sein. Pakete, welche die Post einem Betrüger aushändigt, sind nicht abhanden gekommen (RG 101, 224). Nicht abweichend RG 103, 147, wonach das von der Eisenbahn an einen Betrüger ausgehändigte Frachtgut „verloren“, „abhanden gekommen“ sein soll. Es handelt sich hier um Verlust im Sinne des Frachtrechts. Dazu bemerkt RG 94, 99: Verloren ist das Gut schon, wenn der Frachtführer außerstande ist, es auszuhändigen, ohne Unterschied, worin das seinen Grund hat. Beide Entscheidungen (RG 94, 99 und 103, 147) sprechen nicht von einem Abhandenkommen im Sinne des § 935.

5. Geld, Inhaberpapiere, öffentlich verfehlerte Sachen. An ihnen kann hiernach der redliche Erwerber — und nur dieser — nach §§ 932—934 auch dann das Eigentum erlangen, wenn sie gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen waren. Über die Beweisvermutung gegen den guten Glauben des Bankherrn im Falle des Erwerbs gestohlener, verllorener oder sonst abhanden gekommener Inhaberpapiere: StGB § 367.

Geld: gleichviel ob Metallgeld oder Papiergeld, ob inländisches oder ausländisches. Münz-Papiergeld sind im Sinne des § 935 auch die Banknoten anzusehen. Zu verlangen ist nur, daß es sich um jetziges, d. h. um Geld handelt, das sich in einem Kulturstaat als anerkanntes Zahlungsmittel im Umlauf befindet, und daß es im gegebenen Falle „als Geld“, d. h. als solches Zahlungsmittel erworben ist und nicht etwa ohne Rücksicht auf seine Gelbeigenschaft als Einzelstück (Schaumünze, Merkwürdigkeit).

Inhaberpapiere: Nur wahre Inhaberpapiere, d. h. Papiere, aus denen der Inhaber als solcher forderungsberechtigt ist. Auch für sie gilt, daß sie als Inhaberpapiere gegeben und genommen sein müssen. Haben Diebe gestohlene Inhaberpapiere in Unkenntnis ihres Wertes ohne Rücksicht auf das in ihnen verkörperte Forderungsrecht als Papier verkauft, so können Käufer, die als solches gekauft haben, sich nicht auf § 935 Abs 2 berufen. Nicht Inhaberpapiere sind Legitimationspapiere und Orderpapiere, diese auch dann nicht, wenn sie durch Blankoinborsament

tatsächlich auf den Inhaber gestellt sind; nicht mehr Inhaberpapiere sind solche, die auf Namen umgeschrieben sind oder denen wegen Zeitablaufs oder anderer Ursachen keine Forderung mehr zugrunde liegt. Bei Wechseln, Schecks, kaufmännischen Orderpapieren und bei den Namensaktien greift indessen Art 74 W.D., jetzt Art 16 Abs 2 des Wechselgesetzes vom 21. Juni 1933 (RGBl 1933 I, 399; 1934 I, 571; 1935 I, 251; 1938 I, 421, 1752 ein (vgl. § 8 Abs. 2 des ScheckG v. 11. 3. 1908, jetzt Art 21 des neuen ScheckG v. 14. 8. 1933 RGBl 1933 I, 597; 1934 I, 251; 1935 I, 251; 1938 I, 422, 1754 und §§ 365, 222 HGB, jetzt § 61 des AktienG v. 30. 1. 1937 RGBl 1937 I, 107, 588, 1140; 1938 I, 385, 1725; 1939 I, 176, 897). Auch wenn diese Papiere abhanden gekommen sind, werden sie Eigentum ihres ausgewiesenen Besitzers, falls er sie nicht in bösem Glauben erworben hat und ihm bei ihrem Erwerb auch keine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (RG 103, 89; 112, 204).

Öffentliche Versteigerung: § 383 Abs 3. Werden gepfändete Sachen mit Genehmigung des Vollstreckungsgerichts (§ 825 ZPO) im Wege freihändiger Veräußerung dem Erwerber übergeben, so steht das einem Erwerb in öffentlicher Versteigerung, vgl. A 7 zu § 929, nicht gleich (RG EuflBl 52 Nr 211; RGSt 35, 414; RGBl 1919, 66; anders Jonas-Pohle ZPO 16. Aufl., 1939, A II 1 zu § 825). Wenn jemand eine abhanden gekommene, nicht unter Abs 2 des § 935 fallende Sache in öffentlicher Versteigerung schlechtgläubig erwirbt, sie dann freihändig an einen gutgläubigen Dritten weiterveräußert, so wird der Dritte nicht Eigentümer, weil die Sache immer noch abhanden gekommen ist.

§ 936

Ist eine veräußerte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erlischt das Recht mit dem Erwerbe des Eigentums. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte. Erfolgt die Veräußerung nach § 930 oder war die nach § 931 veräußerte Sache nicht im mittelbaren Besitze des Veräußerers, so erlischt das Recht des Dritten erst dann, wenn der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz der Sache erlangt^{1) 2) 4)}.

Das Recht des Dritten erlischt nicht, wenn der Erwerber zu der nach Abs 1 maßgebenden Zeit in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist.

Steht im Falle des § 931 das Recht dem dritten Besitzer zu, so erlischt es auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht³⁾.

© I 878 II 849; M 3 347; P 3 211 ff.; O 234.

1. Schutz des gutgläubigen Erwerbs vor dinglichen Rechten. An und für sich müssen dingliche Rechte vom Eigentumswechsel ihrer Natur nach unberührt bleiben. Denn sie sind Rechte an der Sache. Der Satz 1 des § 936 verneint auch nur scheinbar diesen Grundsatz. In Wirklichkeit schränkt er ihn lediglich für den Fall des gutgläubigen Erwerbs ein. Wie das Eigentum des wahren Eigentümers dem des gutgläubigen Erwerbers weichen muß, ebenso und unter den gleichen Voraussetzungen auch das dingliche Recht, mit dem die Sache belastet ist.

Der Erwerber ist — vorbehaltlich des für den Handelsverkehr geltenden § 366 HGB — nicht im guten Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache mit dem Rechte eines Dritten (Pfandrecht, Nießbrauch) belastet ist. Ob er die Höhe der Forderung kennt, für die das Pfandrecht besteht, ist unerheblich. Der gute Glaube wird vermutet, das Gegenteil ist nachzuweisen. Der Beweis kann aber durch starke tatsächliche Vermutungen erleichtert werden: so beim Erwerb eines in der Mietwohnung befindlichen Einrichtungsgegenstandes ohne Rücksicht auf die Möglichkeit des Vermieterpfandrechts (RG JW 07, 672⁶; RGSt 71, 86).

Mit dem Eigentumserwerb durch den gutgläubig die Lastenfreiheit annehmenden Erwerber erlischt das dingliche Recht endgültig. Es lebt auch bei der Weitergabe an einen Nichtgutgläubigen nicht wieder auf. Über den Fall, daß das Eigentum an der Sache im Wege der Wandlung eines Kaufvertrages an den Veräußerer zurückgelangt: § 932 A 1 a. E. Wird nach § 935 Abs 1 Eigentum nicht erworben, so erlöschen auch die Rechte Dritter nicht. Es kann aber vorkommen, daß zwar Eigentum erworben wird, das dingliche Recht aber nicht erlischt. Hat A seine Sache dem B verpfändet und übergeben, nimmt er sie ihm dann aber weg und veräußert er sie an den von dem Pfandrecht nichts wissenden C, so wird C trotz § 935 Abs 1 Satz 2 Eigentümer; denn dem A ist die Sache jedenfalls nicht abhanden gekommen; aber das Pfandrecht des B bleibt bestehen, denn ihm als Pfandgläubiger ist die Sache abhanden gekommen. Das steht zwar nicht wörtlich im Gesetz, ergibt sich aber aus seinem sonstigen Inhalt (vgl. RG 1, 255 und Art 306 Abs 2 des alten HGB). — Bei der Ausnahmenvorschrift des § 935 Abs 2 ist zu beachten, daß sie auch im Rahmen des § 936 für Orderpapiere durch Art 74 W.D. ergänzt wird (vgl. § 935 A 5 Abs 3).

Eine Ausnahme von § 936 enthält § 1262 Abs 1. Das im Schiffsregister eingetragene Pfandrecht behält auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber seine Kraft (§ 1262 A 2). Zu beachten ist auch die Sonderregelung, welche für die rechtmäßige Veräußerung eines Pfandes in § 1242 getroffen ist.

2. Besitzerwerb des Erwerbers als Voraussetzung des Schutzes. Auch vor dinglichen Rechten ist der gutgläubige Erwerber nur dann geschützt, wenn er dieselben besonderen Anforderungen an seine Besitzerstellung erfüllt, die das Gesetz (§§ 932—934) für den Erwerb des Eigentums vom Nichteigentümer aufstellt. Für die Fälle des Erwerbs vom Nichteigentümer ergibt sich dies von selbst aus der Voraussetzung des Eigentumserwerbs. Für die Fälle des Erwerbs vom wahren Eigentümer ist es in Abs 2, 3 besonders ausgesprochen. Hat hiernach der Erwerber durch Besitzvorbehalt des Veräußerers gemäß § 930 Eigentum erworben, so erlangt er die Befreiung von dem dinglichen Recht nur und erst dann, wenn er auf Grund der Veräußerung auch den unmittelbaren Besitz eingeräumt erhält und dabei gutgläubig ist; hat er Eigentum nur durch Abtretung des Eigentumsanspruchs erworben, mittelbaren Besitz aber nicht erlangt, so wird er erst frei, wenn er auf Grund jener Abtretung auch noch den mittelbaren oder unmittelbaren Besitz erlangt. Hat er aber mit dem Eigentumsanspruch nach § 931 auch den mittelbaren Besitz erlangt, so wird die Sache sofort lastenfrei, wenn der Erwerber bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs den guten Glauben an die Lastenfreiheit hatte (RG 16. 10. 06 VII 46/06).

3. Schranke des Schutzes an dem Besitze des dinglich Berechtigten (Abs 3). Der unmittelbare Besitz der Sache durch den dinglich Berechtigten schützt das dingliche Recht vor dem redlichen Erwerber. Denn der Besitz des Dritten wirkt als äußeres Kennzeichen der dinglichen Belastung (RG 143, 277; RG JW 1937, 613³). Unmittelbar betrifft Abs 3 nur den Fall, daß der Dritte, gegen den sich der Herausgabeanspruch richtet, zugleich der Berechtigte ist. Er ist aber auszudehnen auf den Fall, daß jener Dritte als unmittelbarer Besitzer lediglich den Besitz des Berechtigten vermittelt (OLG 41, 184).

4. Das Pächterkreditgesetz v. 9. 7. 26 (vgl. A 6 zu § 930) hat in seinem § 5 Abs 1 eine abweichende Vorschrift (vgl. JW 1934, 1806⁷ und über den Begriff des landwirtschaftlichen Inventars in diesem Gesetz RG 142, 201). Wer von dem Pächter ein mit dem Pfandrecht (§ 1) belastetes Stück oder ein Recht daran erwirbt, kann sich, solange der Verpfändungsvertrag bei dem Amtsgericht niedergelegt ist, dem Geldgeber gegenüber nicht darauf berufen, daß er in Ansehung des Pfandstücks gutgläubig war. Ohne Rücksicht auf den guten Glauben des Erwerbers aber wird das Zubehörstück von der Haftung frei, wenn der Pächter darüber in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügt und das Zubehörstück von dem Grundstück entfernt wird, bevor der Pfandgläubiger sein Pfandrecht gerichtlich geltend gemacht hat (§ 5 Abs 2).

II. Erfindung

§ 937

1) Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre ²⁾ im Eigenbesitze ³⁾ hat, erwirbt das Eigentum (Erfindung) ⁴⁾.

Die Erfindung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht ⁵⁾ ⁶⁾ ⁷⁾.

© I 881 II 851; M 3 351, 352, 355; P 3 228—234.

1. Allgemeines. Das BGB läßt die Erfindung als Erwerbssart nur noch zu für das Eigentum an beweglichen Gegenständen und an Grundstücken (§§ 900, 927), für den Nießbrauch an beweglichen Sachen (§ 1033) und für solche im Grundbuch eingetragene Rechte, die zum Besitz des Grundstücks berechtigen oder den gesetzlichen Besitzschutz genießen (§ 900 Abs 2). Gemeinsam ist allen diesen Arten der Erfindung der Gedanke des Rechtsserwerbs durch langjährigen Besitz im Sinne des zu erwerbenden Rechtes. Die nicht zu leugnende Bedenklichkeit dieser Rechtsquelle wird dadurch gemildert, daß die Erfindung, namentlich die des Eigentums, im heutigen Verkehr nur noch eine geringe Rolle spielt. Meist greifen die Vorschriften über Eigentumsenerwerb im guten Glauben (§§ 932 ff.) ein. Für die Übergangszeit: GG Artt 185, 169. Die Frage, ob der neue Eigentümer dem früheren wegen ungerechtfertigter Bereicherung durch die Erfindung nach § 812 zur Herausgabe verpflichtet ist, kann an dieser Stelle nicht behandelt werden. Erwähnt sei aber, daß in RG 130, 72 f. der Bereicherungsanspruch nicht des bisherigen Eigentümers als solchen, sondern der des Sachgebers, welcher dem Erfindenden den Eigenbesitz verschafft hat, für den Fall zugelassen worden ist, daß der Eigenbesitz ohne Rechtsgrund erworben ist (dazu A 6. 2 zu § 812 u. A 3 zu § 951).

2. Frist von zehn Jahren: Berechnung nach §§ 186—188.

3. Eigenbesitz: § 872. Zur Erziehung ist notwendig, daß der Erzhende während der Erzhungszeit die Sache „als ihm gehörend befaß“, gleichviel ob als unmittelbarer oder als mittelbarer Besitzer. Der Nachweis dieser Art des Besitzes wird sich in der Regel und am schlagendsten daraus ergeben, daß der Erzhende den Besitz auf Grund einer Erwerbstatfache erlangte, die auf den Erwerb des Eigentums gerichtet war, und daß er von da an sich dieser Erwerbstatfache entsprechend verhielt. Unentbehrlich ist aber ein solcher Nachweis nicht. Auch wenn es unmöglich ist, eine bestimmte Erwerbstatfache nachzuweisen, kann doch aus dem eigentümergeleichen Verhalten des Besitzers selbst auf dessen Eigenbesitz geschlossen werden. Das wird insbesondere dann nicht selten sein, wenn Eigenbesitz eines Rechtsvorgängers in Frage kommt. Ein Besitztitel ist also nach BGB keine notwendige Voraussetzung der Erzhung.

4. Erzhbarkeit, Erzhungsfähigkeit. Von der Erzhung ausgeschlossen ist durch das Gesetz keine bewegliche Sache. Fraglich kann sein, ob die vom EG (Artt 86, 87) zugelassenen landesgesetzlichen Erwerbsbeschränkungen der Erzhung im Wege stehen. Soweit es sich hierbei um das Verbot des Erwerbs aus gewissen Erwerbsarten (Schenkungen, Zuwendungen von Todes wegen) handelt, wird zu sagen sein, daß die unter diesen Erwerbsarten nicht genannte Erzhung nicht ausgeschlossen ist. Gehindert würde freilich der Erwerb durch Erzhung dann, wenn er lediglich zur Deckung einer solchen nicht zugelassenen Erwerbsart vorgeschoben wäre. Denn er würde dann an dem in Abs 2 als Ausschließungsgrund für die Erzhung aufgeführten Mangel des guten Glaubens scheitern. — Veräußerungsverbote, die nur den Schutz bestimmter Personen bezwecken (§§ 135 f.), hindern die Erzhung nicht.

5. Der Mangel des guten Glaubens muß dem, der sich auf die Erzhung beruft, nachgewiesen werden. Nicht guten Glaubens ist im Sinne des § 937, wer weiß oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß ihn irgendwelche Umstände am Eigentumserwerb hindern. Dieser böse Glaube hindert die Erzhung, wenn er beim Erwerb des Besitzes besteht. Zweifel des Eigenbesizers beim Erwerb genügen zur Annahme der Bösgläubigkeit nur dann, wenn der Erwerber sich über sie grob fahrlässig hinwegsetzt (vgl. § 932 Abs 2. 2. 26 VI 383/25). Ausgeschlossen wird die Erzhung aber auch durch die nachträglich — nach der Erlangung des Eigenbesizes, aber vor der Vollendung der Erzhung — eintretende Erkenntnis des Eigentums mangels. Fahrlässige Nichtkenntnis genügt in diesem Falle nicht (RG 56, 317). — Keinen Mangel des guten Glaubens im Sinne von § 937 bedeutet es, wenn der Erwerber annimmt, daß an seiner Sache beschränkte Rechte eines Dritten beständen, z. B. Nießbrauch, oder daß Rechte von Fideikommissarwärttern in Frage kämen. Belastetes und unbelastetes Eigentum sind in ihrem Wesen nicht verschieden. Bestehen die vermeintlichen Rechte Dritter in Wirklichkeit nicht, so erwirbt der Erzhende freies Eigentum (RG 47, 245). Im übrigen wegen der Rechte Dritter: § 945.

6. Erzhung durch den Erbschaftsbesitzer. Auch der Erbschaftsbesitzer ist an der Erzhung der zur Erbschaft gehörenden Sachen nicht gehindert. Nur kann er auf diese Erzhung sich dem Erben gegenüber solange nicht berufen, als nicht der Erbschaftsanspruch verjährt ist (§ 2026).

17. Im internationalen Privatrecht entscheidet über die Voraussetzungen der Erzhung, wenn die Sache während der Erzhungszeit den Ort wechselt, das Recht des Ortes, an dem die Erzhung vollendet wird. Nur wenn die nach diesem Recht erforderliche Frist vollen Umfangs abgelaufen ist und auch während der Zeit des ausländischen Aufenthalts der Sache ständig die von diesem Recht geforderten Voraussetzungen vorgelegen haben, kommt der Eigentumserwerb zustande.

Nach österreichischem und sudetendeutschem Recht setzt die Erzhung voraus, daß der Besitz echt, d. h. nicht durch List, Gewalt oder Heimlichkeit erlangt ist, und während der ganzen Frist Redlichkeit des Besitzers vorlag. Ferner muß ein gültiger Erwerbstitel vorliegen. Dann beträgt die Erzhungszeit 3 Jahre, gegen juristische Personen 6 Jahre (§§ 1460, 1466, 1472 ÖABGB). Ist der Eigentümer freiwillig und schuldblos aus der Provinz abwesend, so wird die Zeit seiner Abwesenheit nur halb gerechnet (§ 1475 ÖABGB); ist die Sache von einem unechten oder unredlichen Besitzer erworben, so beträgt die Erzhungszeit das Doppelte (§ 1476 ÖABGB). Wenn der Besitzer seinen Erwerbstitel nicht nachweisen kann, so beträgt die Erzhungsfrist 30, gegen juristische Personen 40 Jahre (§ 1477 ÖABGB). Wird eine Sache nach zwei Jahren Besitz in Österreich oder dem Sudetenland ins alte Reichsgebiet gebracht, so ist die Erzhung erst nach 10 Jahren vollendet. Wird dagegen eine Sache nach vier Jahren Besitz im alten Reichsgebiet nach Österreich gebracht, so tritt, wenn die vom dortigen Recht für die dreijährige Erzhung geforderten Voraussetzungen vorliegen, der Eigentumserwerb schon in dem Augenblick ein, wo die Sache über die Grenze gebracht wird. (Beißke.)

§ 938

Hat jemand eine Sache am Anfang und am Ende eines Zeitraums im Eigenbesitze gehabt, so wird vermutet, daß sein Eigenbesitz auch in der Zwischenzeit bestanden habe^{1) 2)}.

1) I 883 II 863; Wt 3 353; P 3 230.

1. Beweisführung. Wer für den Beginn und das Ende des Zeitraums das Bestehen seines Eigenbesitzes behauptet, muß dies beweisen (RG 144, 321). Erst dann steht ihm die Vermutung des § 938 zur Seite. Gegenbeweis ist zulässig (§ 292 ZPO).

2. Soll Eigentum nach § 931 übertragen worden sein, so ist eine Vermutung für den Fortbestand des Besitzes des Dritten weder aus § 938 noch aus § 1006 zu entnehmen (RG 22. 1. 29 VII 315/28).

§ 939

Die Ersizung kann nicht beginnen und, falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden, solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt ¹⁾ ist oder ihrer Vollendung die Vorschriften der §§ 206, 207 entgegenstehen ²⁾.

© I 884 II 853; M 3 353, 354; P 3 230, 231; 6 234, 235.

1. Hemmungsgründe: §§ 202—204. Die Zeit der Hemmung ist infolge entsprechender Anwendung des § 205 in die Ersizungsfrist nicht einzurechnen.

2. Beweispflichtig für das Hindernis ist, wer sich darauf beruft.

§ 940

Die Ersizung wird durch den Verlust des Eigenbesitzes ¹⁾ unterbrochen. Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt ²⁾, wenn der Eigenbesitzer den Eigenbesitz ohne seinen Willen ³⁾ verloren und ihn binnen Jahresfrist ⁴⁾ oder mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat ⁵⁾.

© I 885 II 854; M 3 354, 355; P 3 231, 232.

1. Verlust des Eigenbesitzes: vgl. § 872 A 1 Abs 2. Wegen der Wirkung der Unterbrechung: § 942. Den Verlust hat der Gegner des Ersizenden zu beweisen.

2. Gilt als nicht erfolgt. Dies bedeutet: der Ersizende ist so zu behandeln, als ob die Unterbrechung nicht eingetreten wäre; die ganze Zeit vom Verlust des Eigenbesitzes bis zum Augenblick der Wiedererlangung wird in die Ersizungszeit eingerechnet. Die Ausnahme des Abs 2 muß der Ersizende beweisen.

3. Ohne seinen Willen verloren: Der Fall liegt ähnlich wie der des § 935. In Betracht kommt zumeist, daß der Ersizende nicht nur den Eigenbesitz, sondern den Besitz überhaupt dadurch verloren hat, daß ihm oder, wenn er mittelbarer Besitzer war, dem unmittelbaren Besitzer die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. Der Verlust auch des mittelbaren Besitzes durch Unterschlagung ist — im Gegensatz zu § 935 — nach § 940 zu berücksichtigen. Denkbar ist auch, daß der Eigentümer den Eigenbesitz verlor, ohne den Besitz zu verlieren. Auch dann findet § 940 Anwendung.

4. Binnen Jahresfrist wiedererlangt: gleichviel auf welche Weise, z. B. auch durch verbotene Eigenmacht (§ 858).

5. Durch eine binnen Jahresfrist erhobene Klage wiedererlangt: gleichviel zu welcher Zeit.

§ 941

1) Die Ersizung wird unterbrochen, wenn der Eigentumsanspruch ²⁾ gegen den Eigenbesitzer oder im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer ³⁾ gerichtlich geltend gemacht ⁴⁾ wird, der sein Recht zum Besitze von dem Eigenbesitzer ableitet; die Unterbrechung tritt jedoch nur zugunsten desjenigen ein, welcher sie herbeiführt ⁵⁾. Die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 209 bis 212, 216, 219, 220 finden entsprechende Anwendung ⁶⁾.

© I 887 II 855; M 3 355, 356; P 3 234, 235; 4 585, 586; 6 236, 237.

1. Unterbrechung der Ersizung durch Geltendmachung des Eigentumsanspruchs. Diese Ersizungsunterbrechung ist ihrem Grunde und ihrer Art nach nahe verwandt mit der Unterbrechung der Verjährung des Eigentumsanspruchs, aber mit ihr nicht zu verwechseln. Beide laufen nebeneinander. Die Erhebung des Eigentumsanspruchs unterbricht in der Regel Ersizung und Verjährung.

2. Eigentumsanspruch. Nur der geltend gemachte Eigentumsanspruch (§ 985) unterbricht, nicht auch der in den §§ 861, 862, 1007 ohne Rücksicht auf das Eigentum gewährte Anspruch auf Einräumung des Besitzes. Unterbrechend wirkt auch nur die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs, d. h. die des wirklich bestehenden Eigentumsanspruchs. Wer nur als vermeintlicher Eigentümer, ohne es wirklich zu sein, gegen den Eigenbesitzer den Eigentumsanspruch erhoben

hat, kann sich, wenn er später, etwa durch Abtretung des Eigentumsanspruchs seitens des wirklichen Eigentümers, Eigentümer geworden ist, auf die früher ungerechtfertigterweise erhobene Eigentumsklage für die Behauptung der Unterbrechung der Ersetzung nicht berufen.

3. Der Fall des mittelbaren Eigenbesitzes (§ 868). Hat der Eigenbesitzer die Sache vermietet, verpachtet, zu Nießbrauch ausgegeben, so kann nach § 985 der Eigentumsanspruch sowohl gegen den nur mittelbar besitzenden Eigenbesitzer als auch gegen den seinen mittelbaren Besitz als unmittelbarer Besitzer vermittelnden Mieter, Pächter, Nießbraucher usw. geltend gemacht werden. Der Wortlaut des § 941 könnte dazu verleiten, anzunehmen, daß in solchem Falle nur die Klage gegen den besitzvermittelnden Mieter, Pächter oder Nießbraucher die Ersetzung unterbreche. Dies würde jedoch dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen. Die Vorschrift muß dahin verstanden werden, daß im Falle des mittelbaren Eigenbesitzes sowohl die Eigentumsklage gegen den nur mittelbar besitzenden Eigenbesitzer als auch die Eigentumsklage gegen den besitzvermittelnden Mieter, Pächter, Nießbraucher die Ersetzung unterbricht. Nicht erforderlich ist, daß der Eigentümer beim Geltendmachen seines Eigentumsanspruchs gegen den besitzvermittelnden Mieter, Pächter oder Nießbraucher den mittelbaren Eigenbesitzer und das Besitzvermittlungsverhältnis kennt. Auch wenn er den Pächter in der Annahme verklagt, dieser sei Eigenbesitzer, unterbricht die Klage die Ersetzung des Eigenbesitzers. Andererseits unterbricht die Klage auch dann die Ersetzung, wenn der mittelbare Eigenbesitzer von ihr überhaupt nichts erfährt.

Der Versuch der Geltendmachung des Eigentumsanspruchs gegen den „Besitzdiener“ (§ 855) unterbricht die Ersetzung nicht. Auch die Erhebung des Eigentumsanspruchs gegen einen dritten Zwischenbesitzer, der den Eigenbesitzer vorübergehend aus dem Besitze verdrängt hat (§ 940 Abs 2), unterbricht die Ersetzung gegen den Eigenbesitzer nicht (so auch Streckert bei Pfand § 941 A 5; *Prober* bei Staubinger § 941 A 1 gegen Prot 3, 235).

4. Gerichtlich muß der Eigentumsanspruch geltendgemacht werden. Außergerichtliches Geltendmachen, das Auffordern zur Anerkennung des Anspruchs wirkt also nicht unterbrechend. Aber auch die Anerkennung des Anspruchs hat diese Wirkung nicht. Sie wird freilich dann, wenn sie vom Eigenbesitzer selbst ausgeht, nach § 937 Abs 2 in der Regel eine weitergehende Wirkung haben, nämlich die der (endgültigen) Ausschließung der Ersetzung durch die Erkenntnis des Eigentums mangels. Darüber, welche Rechts handlungen unter den Begriff der gerichtlichen Geltendmachung fallen: A 6.

5. Beschränkte Wirkung der Ersetzungunterbrechung. Im Gegensatz zur Unterbrechung durch Verlust des Eigenbesitzes (§ 940 Abs 1), die dem Eigentümer auch dann zustatten kommt, wenn er sie nicht bewirkt hat, nützt die Unterbrechung durch Geltendmachung des Eigentumsanspruchs dem Eigentümer nur dann, wenn er sie herbeigeführt hat. Das ist indessen nicht ganz wörtlich zu nehmen. Im Falle der Rechtsnachfolge in das Eigentum kommt dem Rechtsnachfolger die Klagerhebung seines Vorgängers gegen den Eigenbesitzer zugute, wie wenn er die Unterbrechung selbst herbeigeführt hätte. Die Klage eines Miteigentümers in Ansehung der ganzen Sache wirkt nicht nur für ihn, sondern auch zugunsten der übrigen Miteigentümer, da er nach § 1011 auf Grund gesetzlicher Vertretungsmacht handelt (vgl. A 1 das.); § 432 Abs 2 steht deshalb nicht entgegen.

6. Entsprechende Anwendung von Verjährungsvorschriften. Für entsprechend anwendbar erklärt sind aus dem Rechte der Verjährung Vorschriften darüber, welche Rechtsakte unter den Begriff der gerichtlichen Geltendmachung fallen, und darüber, wie lange die Unterbrechung dauert und unter welchen Voraussetzungen sie als nicht eingetreten gilt, d. h. mit rückwirkender Kraft wegfällt. Unter den Begriff der gerichtlichen Geltendmachung fällt in erster Linie die Klage auf Herausgabe oder auf Feststellung des Eigentums, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel und auf Erlaß des Vollstreckungsurteils (§ 209 Abs 1), die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs im Güteverfahren (§ 209 Abs 2 Nr 1a), in gewissen Fällen das Anrufen der Behörde zur Vorentscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs und zur Bestimmung des zuständigen Gerichts (§ 210), endlich die Vornahme einer Vollstreckungshandlung und die Stellung des Zwangsvollstreckungsantrags bei Gericht (§ 209 Nr 5). Die im § 209 Abs 2 Nr 1—3 noch weiter aufgeführten Rechtsakte können beim Eigentumsanspruch ihrer Art nach nicht in Frage kommen, die Anmeldung des Anspruchs im Konkurs insbesondere deshalb nicht, weil der Aussonderungsanspruch nicht im Wege des Konkursverfahrens, sondern nur außerhalb desselben auf dem Wege gewöhnlichen Rechtes gegen den Konkursverwalter geltend zu machen ist (RD § 43) und daher hierbei von Wirkungen der Anmeldung im Sinne der RD nicht gesprochen werden kann. Wird der Eigentumsanspruch als Aussonderungsanspruch gegen den Konkursverwalter geltend gemacht, so wirkt diese Klage auch gegen den Gemeinschuldner ebenso ersetzungunterbrechend, wie wenn sie gegen ihn selbst erhoben wäre. — Mit der Möglichkeit, daß § 209 Abs 2 Nr 4 (Streitverkündung in dem Prozeß, von dessen Ausgang der Anspruch abhängt) anwendbar sein könnte, rechnet RG 143, 380. Bei der Klagerhebung vor einem Schiedsgericht genügt es regelmäßig, daß der Eigentümer das zur Erledigung der Sache seinerseits Erforderliche vorgenommen hat (§ 220).

Fräglich kann sein, ob die Unterbrechung durch Klagerhebung auch dann eintritt, wenn der Kläger zur Zeit der Erhebung der Klage noch nicht Eigentümer war, aber während des Rechts-

streits das Eigentum erworben hat. Die Frage wird zu verneinen sein, wenn das nachträgliche Geltendmachen des neuen Erwerbgrundes im Rechtsstreit als unzulässige Klageänderung zurückgewiesen wird (RPD § 264). In diesem Falle tritt Unterbrechung der Erziehung (falls nicht inzwischen der Eigenbesitzer sein Unrecht erkannt hat und dadurch von der Erziehung ausgeschlossen ist) erst mit der Klagerhebung aus dem neuen Klagegrund ein. Wird aber die Klageänderung nicht als unzulässig erachtet, so ist anzunehmen, daß die Wirkung der Unterbrechung der Erziehung vom Augenblick der Änderung ab eintritt.

§ 942

1) Wird die Erziehung unterbrochen, so kommt die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit nicht in Betracht; eine neue Erziehung kann erst nach der Beendigung der Unterbrechung ²⁾ beginnen.

§ I 885 II 850; M 3 354; P 3 232, 233.

1. Wirkung der Unterbrechung. Wie nach § 217 bei der Verjährung, so hat auch bei der Erziehung die Unterbrechung — und zwar nicht nur die Unterbrechung durch Klagerhebung, sondern auch die Unterbrechung durch Besitzverlust —, sofern sie nicht wegen rechtzeitigen Wiedergewinns des Besitzes (§ 940 Abs 2) oder wegen Zurücknahme der Klage oder Ruhenlassens der Verfolgung des Eigentumsanspruchs (§§ 211, 212, 216) als nicht eingetreten gilt, die Wirkung, daß nicht nur die Zeit während der Unterbrechung, sondern auch die ganze Besitzzeit vor der Unterbrechung in die Erziehungszeit nicht eingerechnet werden darf. Ein Zusammenrechnen unterbrochener Erziehungszeiten findet im Gegensatz zum Falle der Hemmung unter keinen Umständen statt (§ 939).

2. Beendigung der Unterbrechung. Wann die Unterbrechung beendet ist, ergibt sich aus den §§ 211, 219, 220.

§ 943

Gelangt die Sache durch Rechtsnachfolge ¹⁾ in den Eigenbesitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers ²⁾ verstrichene Erfassungszeit ³⁾ dem Dritten zugunsten.

§ I 882 II 857, 858; M 3 353; P 3 270; S 653, 654.

1. Rechtsnachfolge: gleichviel ob allgemeine Rechtsnachfolge (Erbfolge § 857) oder Sondernachfolge, immer aber Rechtsnachfolge. Als Sondernachfolge setzt sie ein zwischen dem Vor- und dem gegenwärtigen Besitzer geschlossenes, der Besitzübertragung zugrunde liegendes, wenn auch unwirktames Veräußerungsgeschäft voraus. Durch Vorgänge nur wirtschaftlicher Art oder durch eine rechtsirrige Annahme der Beteiligten kann das Veräußerungsgeschäft nicht ersetzt werden (RG 129, 204). Rechtsnachfolge ist auch dann als gegeben anzusehen, wenn eine Sache bei Eintritt einer auflösenden Bedingung an den früheren Besitzer zurückfällt (§ 158 Abs 2). Hat der Eigenbesitzer durch Eigenmacht oder sonst außerhalb des Falles der Rechtsnachfolge den Besitz erlangt, so wird ihm die Erfassungszeit dessen, der vor ihm besaß, nicht angerechnet. Die Fälle der Ersetzungsfortsetzung durch Sondernachfolge werden mit Rücksicht auf die §§ 932—934 BGB, außer bei gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen, nur noch selten vorkommen.

2. Rechtsvorgänger. Belanglos ist es, ob er es unmittelbar oder entfernter ist.

3. Erfassungszeit: nicht die Besitzzeit schlechthin, sondern nur diejenige Zeit des Besitzes, welche auch für den Vorgänger als Erfassungszeit in Betracht kam. War daher der Vorgänger nicht in gutem Glauben oder seine Erfassung gehemmt oder unterbrochen, so kann insoweit auch seine Besitzzeit nicht dem Nachfolger zugunsten kommen.

§ 944

Die Erfassungszeit, die zugunsten eines Erbschaftsbesizers verstrichen ist, kommt dem Erben zugunsten ¹⁾.

§ II 858; P 3 236, 237.

1. Anrechnung der Erfassungszeit des Erbschaftsbesizers. Nach § 857 geht der Besitz auf den Erben als Rechtsnachfolger des Erblassers über. Tritt ein Dritter mit der Behauptung, Erbe zu sein, dazwischen und bemächtigt er sich der Erbschafts Sache, so ist der Erbe aus dem Besitz durch Eigenmacht verdrängt. Erlangt er auf Grund des Erbschaftsanspruchs die Sache wieder, so erlangt er sie vom Erbschaftsbesitzer nicht durch Rechtsnachfolge. Der Besitzzusammenhang ist also seit dem Eintreten des Erbschaftsbesizers zweifach unterbrochen; die Erfassung des Erben könnte demzufolge erst mit dem Augenblick beginnen, in dem er nach Verdrängung des Erbschaftsbesizers den Besitz selbst wiedererlangt. Dem will § 944 zugunsten des Erben entgegen-

treten. Die zweifache Unterbrechung des Besitzes soll als nicht vorhanden angesehen werden. Hieraus folgt zunächst, daß es für den Fall des § 944 nicht darauf ankommen kann, ob der Erbschaftsbesitzer an sein Erbrecht geglaubt hat, sondern nur darauf, ob er den Eigenbesitz in dem Glauben ausgeübt hat, daß die Sache als Eigentum des Erben zur Erbschaft gehöre; denn es würde dem Endzweck der Begünstigung des wahren Erben widersprechen, wollte man annehmen, daß er gerade dann einen geringeren Schutz genießen sollte, wenn der Erbschaftsbesitzer nicht an sein Erbrecht geglaubt hat. Daraus folgt weiter, daß der Beginn der Erbschaftszeit auch auf die Besitzzeit des Erblassers zurückgeführt werden kann, wenn dieser im Erbschaftsbesitz war. Als möglich ist es endlich auch anzusehen, daß sich die Erbschaftszeit während der Besitzzeit des Erbschaftsbesitzers vollendet. Dies ergibt sich aus dem Zusammenhang mit § 2026. Denn wenn dort gesagt ist, daß vor der Verjährung des Erbschaftsanspruchs der Erbschaftsbesitzer dem Erben gegenüber die Erbschaft der Erbschafts Sache nicht geltend machen kann, so wird damit ausgesprochen, daß die Erbschaft an sich zugunsten des Erbschaftsbesitzers beendet sein kann. Sonst dürfte er sich Dritten gegenüber nicht auf die Erbschaft berufen, und das läßt § 2026 zu (vgl. A 1 das.). Der Erbschaftsbesitzer kann aber das Eigentum durch Erbschaft nur erwerben, wenn er im guten Glauben an sein Erbrecht ist. Andernfalls weiß er, daß ihm das Eigentum nicht zusteht (§ 937 Abs 2). Wenn also der Erbschaftsbesitzer mit dem aus der Erbschaft Erlangten auch die betreffende Sache an den Erben herausgibt (§ 2018), so ist zweierlei möglich: Entweder befand sich der Erbschaftsbesitzer im guten Glauben an sein Erbrecht und hat deshalb das Eigentum an der Sache für sich erworben oder er war insoweit schlechtgläubig und hat das Eigentum deshalb nicht erworben, weder für sich noch etwa für den Erben, für diesen schon deshalb nicht, weil er ihn nicht vertritt.

Der Erbe empfängt in dem zweiten Fall also eine Sache, die noch im Eigentum des Dritten steht; er erwirbt aber selbst das Eigentum daran durch Erbschaft, sobald er den Besitz erlangt. Das folgt aus obigen Darlegungen. In dem ersten Fall hat zwar der Erbschaftsbesitzer die Erbschaft beendet und selbst Eigentum erworben mit der Wirkung, daß der dritte Eigentümer sein Eigentum verloren hat; aber bei der Herausgabe der Sache an den Erben überträgt er das ererbte Eigentum nicht auf diesen. Der Erbe wird nicht der Rechtsnachfolger des Erbschaftsbesitzers; im Verhältnis zum Erben gilt dieser überhaupt nicht als Eigentümer der Sache (§ 2026). Auch für den ersten Fall ist daher anzunehmen, daß der Erbe mit der Erlangung des Besitzes an der Sache das Eigentum ebenso selbständig durch eigene Erbschaft erwirbt wie in dem oben erörterten zweiten Fall.

§ 945

Mit dem Erwerbe des Eigentums durch Erbschaft erlöschen die an der Sache vor dem Erwerbe des Eigenbesitzes begründeten Rechte Dritter, es sei denn, daß der Eigenbesitzer bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes in Ansehung dieser Rechte nicht in gutem Glauben ist oder ihr Bestehen später erfährt¹⁾. Die Erbschaftsfrist muß auch in Ansehung des Rechtes des Dritten verstrichen sein; die Vorschriften der §§ 939 bis 944 finden entsprechende Anwendung²⁾).

§ 1 889 II 800; W 3 356; B 3 237, 238.

1. **Erlöschen der Rechte Dritter durch Erbschaft (Satz 1).** Während § 936 an den Eigentums-erwerb durch Übertragung ohne weiteres die Rechtsnachfolge des Erlöschens der dem Erwerber entschuldbar unbekannt Rechte Dritter an der Sache knüpft, gewährt § 945 für den Fall des Eigentums-erwerbs durch Erbschaft dem Erwerber die Befreiung von den Rechten Dritter nur dann, wenn er die Freiheit von diesen Rechten in gleicher Art ersehen hat wie das Eigentum. Ist so einerseits die Freiheit von den Rechten Dritter nicht notwendige Folge der Erbschaft des Eigentums, so ist doch andererseits die Erbschaft des Eigentums notwendige Voraussetzung der Befreiung von den Rechten Dritter nach § 945. Würde darum auch die Erbschaftsfrist in Ansehung des Rechtes abgelaufen und der gute Glaube des Eigenbesitzers in Ansehung des Rechtes gegeben sein, so wäre doch § 945 nicht anwendbar, wenn die Erbschaft des Eigentums nicht außer Frage stände. Der Dritte kann also gegen die Ausschließung seines Rechtes alle Gründe geltend machen, die gegen die Annahme sprechen, er habe das Eigentum wirksam ersehen. — Guter Glaube in Ansehung des Rechtes bedeutet: dem Erwerber darf nicht bekannt oder insolge grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen sein (vgl. § 932 Abs 2), daß das Recht bestand. Der Mangel des guten Glaubens ist ihm nachzuweisen. Erfährt der Erwerber später das Bestehen des Rechtes, so steht dies dem Mangel des guten Glaubens beim Erwerbe des Eigenbesitzes gleich; doch darf es nicht erst nach dem Ablauf der Erbschaftsfrist für das Recht geschehen sein.

2. **Entsprechende Anwendung (Satz 2).** Außer den ausdrücklich genannten Vorschriften wird auch noch § 936 Abs 3 entsprechend anzuwenden sein. Denn in dieser Vorschrift kommt der allgemeine Gedanke zum Durchbruch, daß der Inhaber eines Rechtes an der Sache durch deren unmittelbaren Besitz vor den rechtszertörenden Wirkungen des gutgläubigen Erwerbs gesichert

sein soll. Gilt dies schon beim Erwerb durch Übertragung vom Nichteigentümer, so muß es um so mehr gelten beim Erwerb des Eigentums durch Erziehung.

3. Die Vorschriften des § 945 gelten auch dann, wenn das **Eigentum an der Sache nicht durch Erziehung**, sondern **auf andere Art** erworben worden ist. Die Erziehung der Freiheit des Eigentums ist nur in äußerlicher Anknüpfung an die Erziehung des Eigentums selbst geregelt worden (vgl. dazu schon Mot. u. Prot.). Was in A 2 gesagt ist, trifft auch hier zu.

III. Verbindung Vermischung Verarbeitung

§ 946

1) Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstücke dergestalt verbunden²⁾, daß sie wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, so erstreckt sich das Eigentum an dem Grundstück auf diese Sache^{3) 4)}.

§ I 890 II 861; R 3 358, 359; P 3 238.

1. **Verbindung beweglicher Sachen mit Grundstücken.** In den §§ 946, 947 sind für den Erwerb und Verlust des Eigentums die Schlußfolgerungen aus den Grundfragen gezogen, die in den §§ 93, 94, 95 über die Bestandteileigenschaft aufgestellt sind. Vor allem ist deshalb auf die Erläuterungen hierzu zu verweisen. § 946 entspringt überdies dem Gedanken, daß gegenüber einer beweglichen Sache, die mit einem Grundstück verbunden wird (z. B. Maschinen mit einer Fabrik RG 140, 224; Waschk-, Abort- und Badeeinrichtungen mit einem Gasthof RG Warn 1933 Nr 21; Treibstoff- und Altanfanlagen mit einer Großgarage, auch wenn sie mit widerruflicher Genehmigung der Gemeindebehörde in den anliegenden Straßenkörper eingefügt sind, RG 150, 27; eine hölzerne Wandtäfelung von künstlerischem Eigenwert mit einem Gebäude, es sei denn, die Verkehrsanschauung stehe entgegen, RG 158, 362) stets das Grundstück als Hauptsache anzusehen ist. Das wirtschaftlich schädliche Auseinanderreißen wesentlicher Bestandteile vermöge der Durchführung des Eigentumsanspruchs soll nach den Grundgedanken des Gesetzes verhütet werden (Mot 3, 283). Fragen der Rechtserneuerung hierzu, insbesondere auch zur Verarbeitung und Umbildung (§ 950), sind behandelt von Eichler, Wandlungen des Eigentumsbegriffes in der deutschen Rechtsauffassung und Gesetzgebung, 1938, bes. S. 165 ff.

2. **Art der Verbindung.** Zu unterscheiden ist hier zwischen einem äußeren und einem inneren Tatbestande der Verbindung. Regelmäßig entscheidet der äußere Tatbestand, der rein tatsächliche Vorgang der körperlichen Vereinigung, der Umstand, daß die bewegliche Sache mit dem Grund und Boden (durch Einbauen, Einpflanzen, Ausfüllen oder in anderer Weise) fest verbunden wird, und zwar so, daß eine Trennung nicht möglich ist, ohne daß die verbundenen Teile zerstört oder in ihrem Wesen verändert werden (§§ 93, 94). Die der Verbindung zugrunde liegenden Willensvorgänge dagegen sind in den meisten Fällen belanglos (RG 94, 129; 152, 352). Belanglos ist insbesondere, ob die Verbindung in der Absicht geschieht, dadurch eine Rechtsänderung herbeizuführen (so RG 51, 80 im Falle der Ausfaat durch einen Geisteskranken auf einem fremden Acker). Gleichgültig ist ferner, ob der die Verbindung Herstellende zur Verfügung über die Sache berechtigt war oder sich berechtigt glaubte, wie auch, mit wessen Mitteln die zum Einbauen verwendeten Stoffe erworben worden sind (RG 152, 352). Auch der Dieb erwirbt Eigentum an dem gestohlenen Bauholz, das er in sein Haus einbaut, durch die Verbindung (RGSt GoldArch 54, 300). Selbst dem Umstand, daß der Eigentümer des Grundstücks den andern durch die Vorpiegelung, ihm das Grundstück übereignet zu haben, arglistig verlockt hatte, darauf zu bauen, kann gegenüber der zwingenden Vorschrift des Eigentumsübergangs auf den Grundstückseigentümer kein Gewicht beigemessen werden (RG JW 04, 139⁹). Nur in drei besonderen Fällen berücksichtigt das Gesetz den Willen des Verbindenden gegenüber der äußeren Tatsache der Verbindung (vgl. § 95 Abs 1 Satz 1 und § 95 Abs 2, das Abs 1 Satz 2 und § 94 Abs 2). Wenn eine bewegliche Sache nur zu vorübergehendem Zweck mit dem Grund und Boden und wenn ein Gebäude oder anderes Werk in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden wird (§ 95 Abs 1 und 2), bewirkt die Verbindung keinen Eigentumswechsel. Fällt nachträglich die hindernde Zweckbestimmung weg und ist die Verbindung mit dem Grundstück nunmehr für die Dauer gewollt, so tritt die Rechtswirkung der Verbindung in Kraft (so RG 16. 10. 09 V 556/08 in einem Falle, wo eine zu vorübergehendem Zweck auf einem Grundstück festingebaute Wellblechgarade nach Erschöpfung des Zweckes dort dauernd belassen wurde). In RG Warn 1934 Nr 19 wird aber mit Recht betont, daß es regelmäßig der Eigentümer der verbundenen Sache sein muß, welcher die dauernde Verbindung will. Ein Bäcker A hatte ein nach dem Pachtvertrage von ihm zu einem vorübergehendem Zweck errichtetes Gebäude zur Sicherheit an B übereignet; später erwarb er das Grundstück. Befugt zur Änderung der Zweckbestimmung des Gebäudes war jetzt nur B. Ohne seinen Willen konnte das Gebäude nicht Bestandteil des Grundstücks und damit Eigentum

des A werden. Maßgebend ist in erster Reihe die innere Willensrichtung des Einfügenden; doch muß sie mit dem nach außen in die Erscheinung tretenden Sachverhalt vereinbar sein (RG 153, 236). Im dritten der oben erwähnten besonderen Fälle ist eine den Eigentumswechsel bewirkende Verbindung der beweglichen Sache mit dem Grundstück insolge der besonderen Zweckbestimmung auch dann anzunehmen, wenn es an der Voraussetzung der Untrennbarkeit fehlt, nämlich in dem Falle, daß die bewegliche Sache „zur Herstellung eines Gebäudes“, das selbst Grundstücksbestandteil ist, „eingefügt“ wird (§ 94 Abs 2, § 95 Abs 2). Aber auch in diesem Falle ist unbedingt vorausgesetzt, daß nach der allgemeinen Verkehrsauffassung und den besonderen Umständen insolge der Verbindung nur eine Sache in der Gestalt des Gebäudes vorliegt. So in der am meisten umstrittenen Frage der Bestandteilseigenschaft von Maschinen in Fabriken (RG 56, 290; 60, 423; 62, 252; 63, 173 und 416; 67, 30; 69, 152; RG JW 1912, 128¹; 1914, 238¹; Warn 09 Nr 58, 59; 1910 Nr 97, 190). Ob Sachen im Rechtsinne als nur zu einem vorübergehenden oder als zu einem dauernden Zweck verbunden anzusehen sind, ist nach wirtschaftlich-praktischen Gesichtspunkten zu beurteilen. Für die Frage, ob Maschinen, die zur Ausbeutung von Bodenschätzen in Bergwerken oder Steinbrüchen bestimmt sind, im Hinblick auf die zeitlich begrenzte Ausbeute des Unternehmens dem § 95 zu unterstellen sind, kommt es auf die besonderen Umstände des Einzelfalls, namentlich auf die Lebensdauer der Maschinen einerseits und des Bergwerks (Steinbruchs) andererseits an (RG 61, 192; 153, 235; JW 1935, 418²). Bei Sachen, die ein Pächter in ein gepachtetes Grundstück einfügt, spricht eine gewisse tatsächliche Vermutung für die auf die Pachtzeit begrenzte Einfügensabsicht (RG 87, 51; 153, 236; Warn 1913 Nr 39; Gruch 59, 110); aber stets sind die Umstände des Einzelfalls entscheidend. Die Netze der Stabel- und Gasleitungen werden nicht Bestandteile der Anstaltsgrundstücke, auch nicht der Grundstücke, in denen die einzelnen Teile liegen; sie bleiben regelmäßig selbständige bewegliche Sachen (RG 83, 67; 87, 43; RG SeuffA 71 Nr 2; vgl. auch das. Nr 78) und erleiden deshalb durch Einsetzung in fremde Grundstücke in ihren Eigentumsverhältnissen keine Veränderung. Eine ganze Anlage für elektrische Beleuchtung ist als wesentlicher Bestandteil eines Gasthofgrundstücks angesehen worden (RG 58, 338); bloße Beleuchtungskörper dagegen sind es nicht (RG JW 1917, 809; vgl. auch A 1). Rohstoffe, die für ein auf einem Grundstück zu errichtendes Werk angeliefert, aber noch nicht mit dem Grundstück verbunden sind, fallen nicht unter § 946 (RG 104, 93). Ein Gasbehälter aus zusammengeklebten Blättern, der aus einem auf einer Betonschicht aufliegenden Becken und einer verschließlichen Glocke bestand, ist bei 2000 Kubikmeter Rauminhalt, 18 m Durchmesser und 100 Tonnen Gewicht für eine mit dem Grund und Boden fest verbundene Sache nach § 94 Abs 2 erachtet worden (RG Warn 1932 Nr 114). Wird zunächst der Überbau für eine Brücke hergestellt und dann dieser Überbau durch Aufsetzen auf den Unterbau mit dem Grund und Boden verbunden, so sind nicht die zur Herstellung des Überbaus erforderlichen Eisenteile einzeln mit dem Grund und Boden verbunden, sondern die vorher fertiggestellte Sacheinheit des Überbaus. Das kann für den Anspruch nach § 951 Abs 1 wesentlich sein.

3. Erstreckung des Eigentums an dem Grundstück auf die Sache. Sie bedeutet: Der Grundstückseigentümer wird nunmehr als solcher auch Eigentümer der bis zur Verbindung beweglichen und selbständigen Sache und der seitiger Eigentümer der letzteren verliert sein Eigentum endgültig. An dieser Stelle des Gesetzes hat aber durch die eigenartige Fassung nicht zum Ausdruck gebracht werden sollen, auch dann, wenn der die Verbindung Herstellende zugleich Eigentümer des Grundstücks und der beweglichen Sache ist, habe die Verbindung zur Folge, daß nur mehr das Eigentum an dem Grundstück in Betracht komme. Diese Frage ist vielmehr ausschließlich nach den §§ 93ff. zu beantworten.

Die Vorschrift, daß die Verbindung den Eigentumswechsel bewirkt, ist zwingend (RG 158, 100). Auch eine Vereinbarung, daß dem bisherigen Eigentümer an der mit dem Grundstück zu verbindenden Sache das Eigentum vorbehalten und das Recht zur Wiederwegnahme eingeräumt werden soll, kann den Verlust des Eigentums an der beweglichen Sache durch die Verbindung nicht hindern (RG 73, 333; 130, 311). Die Verbindung muß aber auch stattfinden. Werden unfertige Fenster- und Türflügel verschußweise eingehängt, um festzustellen, ob sie passen (dann aber wieder herausgenommen) so ist das regelmäßig keine Verbindung im Sinne des § 946 (RG LZ 1915, 212). Der Eigentumsvorbehalt an angelieferten Bauteilen (Türen, Fenstern) ist also nicht völlig gegenstandslos (RG 19. 1. 14 VI 570/13).

4. Verbindung mit mehreren Grundstücken. In Frage kommt hier hauptsächlich das Überbauen mehrerer Grundstücke mit einem Gebäude. Geschieht es in Ausübung eines Rechtes an den Grundstücken (§ 95 Abs 1), so werden die Gebäude durch die Verbindung nicht Bestandteile der Grundstücke, § 946 ist also nicht anwendbar. Das gleiche hat zu gelten, wenn der Eigentümer eines Grundstücks ohne ein solches besonderes Recht über die Grenze gebaut hat und der Nachbar nach Lage des Falles gemäß § 912 verpflichtet ist, den Überbau zu dulden (RG 83, 147; 160, 177). Auch dieser Überbau wird nicht Bestandteil des Nachbargrundstücks; denn er besteht auf Grund des Rechtes, die Duldung zu verlangen. Erwirbt später der Grundstückseigentümer das überbaute Nachbargrundstück zu Eigentum, so wird der hinübergebaute Gebäudeteil nur dann Bestandteil dieses Grundstücks, wenn der Grundstückseigentümer den entsprechenden Willen äußert,

etwa indem er den Überbau als Bestandteil auf dem Grundbuchblatt des überbauten Grundstücks vermerken läßt (RG 83, 149; 160, 178). Liegt kein Überbaufall nach §§ 912 oder 95 vor, so fällt der Überbau und mit ihm fallen die in ihn eingefügten beweglichen Sachen nach Maßgabe des Kaufes der Grenze als Bestandteile der Grundstücke in das Eigentum der einzelnen Grundstückseigentümer (RG 65, 361; 70, 200; RG 21. 12. 10 V 49/10; RG JW 1912, 129²; vgl. hierzu Ebel NJW-Frag 141 [1935], 183; Bergenroth JW 1937, 970). Daß in diesem Falle für die beiden Grundstückseigentümer eine Gemeinschaft im Sinne der §§ 741, 751 entstehe, verneint das Reichsgericht. Das wird man billigen müssen, ohne daß man anzuerkennen brauchte, daß infolge des Sondereigentums an den Gebäudeteilen jeder der beiden Grundstückseigentümer mit seinem Teil ganz ohne Rücksicht auf den Nachbar verfahren könnte. Die Anwendung des § 226 wird hier zu angemessenen Ergebnissen führen. Wegen der vertragsmäßig mit auf das Nachbargrundstück gesetzten Giebelmauer: A 5 zu § 95 und A 10 zu § 912.

§ 947

Werden bewegliche Sachen miteinander dergestalt verbunden, daß sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden¹⁾, so werden die bisherigen Eigentümer Miteigentümer dieser Sache; die Anteile bestimmen sich nach dem Verhältnisse des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Verbindung haben²⁾ 3).

Ist eine der Sachen als die Hauptsache anzusehen, so erwirbt ihr Eigentümer das Alleineigentum²⁾.

§ I 891 II 862; W 3 359; P 3 238, 239.

1. **Verbindung beweglicher Sachen mit anderen beweglichen Sachen.** Die Anforderungen an den äußeren Tatbestand der Verbindung sind hier die gleichen wie bei der Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstück. Für den inneren Tatbestand aber kommen nur hinsichtlich solcher Gebäude, die nicht Grundstücksbestandteile sind, die Sätze des § 94 Abs 2 und des § 95 Abs 2 in Betracht (vgl. daher § 946 A 2). Die Vorschrift des § 947 gilt auch, wenn der Verbindende der bisherige Eigentümer der Sachen war oder zu den bisherigen Eigentümern der Sachen gehörte (RGSt JW 1918, 567²; RG Warn 1927 Nr 161). Die Frage, ob die Sachen selbständige Gegenstände bleiben oder Bestandteile einer neuen einheitlichen Sache werden, ist im wesentlichen Tatfrage. Rechtsfrage ist nur die richtige Anwendung der Grundätze, nach denen das Vorhandensein der Bestandteileigenschaft festzustellen ist (RG JW 1934, 1849¹ [insoweit in RG 144, 22 nicht mit abgedruckt]). Wenn aus Sachen, welche im Eigentum verschiedener Eigentümer stehen, z. B. aus Überbauten, elektrischen Ausrüstungen, Schnellgängen, Rädern, Hinterrachsen usw., Kraftwagen hergestellt werden, so werden die einzelnen Sachen zwar Bestandteile, aber nicht notwendig wesentliche Bestandteile der Kraftwagen (RG 144, 241). Hat die Zusammenfügung der Bestandteile nicht nur für einen vorübergehenden Zweck stattgefunden, sind die Wagen vielmehr für den dauernden Gebrauch hergestellt, so müssen die Eigentümer der Bestandteile, auch wenn diese keine wesentlichen sind, doch wie Miteigentümer behandelt und im Pfändungsfall zur Erhebung der Klage aus § 771 ZPO zugelassen werden (RG 144, 241; Lechner JW 1934, 2541). Über den Einbau eines (unter Eigentumsvorbehalt gelieferten) Motors in einen Bahn: JW 1936, 466². Der Begriff der Wesensveränderung ist aber nicht rein stofflich aufzufassen; er gestattet auch die Berücksichtigung wirtschaftlicher Tatsachen und Begriffe, und die Verkehrsauffassung ist hierbei nicht außer Betracht zu lassen. Der übrigbleibende Schiffskörper verliert sein bisheriges Wesen, wenn er nach Entfernung des Motors zum seeuntauglichen Rumpfschiff wird (RG 152, 98f.). Bei einer Großgarage bilden die Treibstofftanks mit den Zuleitungsrohren ein einheitliches Ganzes und sind deshalb, auch wenn sie jenseits der Grenze im Straßenkörper liegen, wesentliche Bestandteile des Garagengrundstücks (RG 150, 27).

Geht neben der Verbindung eine Bearbeitung einher und ist diese von solcher Bedeutung, daß eine Verarbeitung angenommen werden muß, so ist nicht § 947, sondern § 950 anzuwenden. Daß die Verbindung oder Vermischung im Sinne der §§ 947, 948 auf menschlicher Tätigkeit beruhe, ist nicht zu erfordern (RGSt LZ 1914, 396).

2. **Wirkung der Verbindung.** Abweichend vom § 946 sind hier zwei Fälle zu unterscheiden: a) Entweder keine der beiden verbundenen Sachen kann als die Hauptsache betrachtet werden; dann entsteht eine neue Sache, deren Bestandteile die verbundenen Sachen sind. Diese selbst aber sind nach der Verbindung als selbständige Sachen nicht mehr vorhanden. Für diesen Fall bestimmt das Gesetz, daß die Eigentümer der vormals selbständigen Sachen nun nach dem Wertverhältnis Miteigentümer werden. Ist das Wertverhältnis nicht feststellbar, so findet § 742 (gleiche Anteile) auch nicht hilfsweise Anwendung; wer seinen Anteil nicht beweisen kann, erhält nichts. Die Sonderregelung des § 948 schließt gemäß § 741 ein Zurückgreifen auf § 742 aus (RG 112, 102). b) Ist aber eine der verbundenen Sachen die Hauptsache, dann entsteht eine neue Sache

überhaupt nicht, sondern die Nebensache geht durch die Verbindung als Bestandteil in der Hauptsache auf, und das Eigentum an der Hauptsache erstreckt sich auf die damit verbundene Nebensache. Ob das Verhältnis von Hauptsache zu Nebensache vorliegt, und welche der Sachen Hauptsache ist, dafür gibt es keine allgemein gültigen Regeln. Insbesondere ist dafür auch nicht der überwiegende Wert notwendig entscheidend. Die Entscheidung ist vielmehr in Würdigung der besonderen Umstände des Falles nach der allgemeinen Verkehrsauffassung zu treffen (vgl. RG 157, 244).

Die dinglichen Wirkungen der Verbindung treten unabhängig von dem Willen und sogar gegen den Willen der etwa dabei tätigen Menschen ein (RG 94, 129). Abweichende Abreden können nur wirksam werden, wenn die sachenrechtlichen Formen ihrer Durchführung erfüllt werden (§§ 929ff.; vgl. § 948 A 2).

3. Einzelheiten: Die Veredelung von Sträuchern durch Einsetzen von Augen anderer Arten, sog. Edelreife, ist „Verbindung“; der Wildling ist gegenüber dem Auge die Hauptsache, auch wenn der Wildling „wurzelecht“ gemacht wird (RG 1928, 2448¹³; vgl. § 950 A 1). Werden Lade- und Unterwinden in ein Frachtschiff eingebaut, so werden sie durch Verbindung dessen wesentliche Bestandteile; der Eigentümer des Schiffs erwirbt nach Abs 2 das Eigentum an den Winden, auch wenn ihr bisheriger Eigentümer sich das Eigentum daran vorbehalten hat (RG 11. 12. 31 VII 239/31). Wird eine neue Landungsbrücke unter Verwendung von einigen bereits eingerammten Pfählen der alten Landungsbrücke erbaut, so kann die neue Brücke als die Hauptsache angesehen werden (RG 9. 12. 32 VII 209/32). Eine Gehegebude, die bis auf den Keller und zwei Außenwände neu gebaut ist, ist eine neue Sache; die Herausgabe der alten Bude ist deshalb unmöglich (RG Warn 1929 Nr 161). Die in eine Briefmarkensammlung eingeklebte Briefmarke ist Nebensache (SeuffA 73 Nr 121; vgl. auch das. 90 Nr 144). Über die Herstellung und Einsetzung von Goldtronen aus Gold, das der Behandelte dem Zahnarzt geliefert hat: RG ZANDR 1938, 279 (Schaffstein; § 950 A 1).

§ 948

Werden bewegliche Sachen¹⁾ miteinander untrennbar²⁾ vermischt oder vermengt²⁾, so finden die Vorschriften des § 947 entsprechende Anwendung⁴⁾ 5).

Der Untrennbarkeit steht es gleich, wenn die Trennung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde³⁾.

§ I 892 II 863; Nr 3 359, 360; B 3 239.

1. Bewegliche Sachen aller Art. So zusammengeschüttetes Getreide (RG 67, 421), durcheinander gekommene Bohlen, Geld (RGSt Warn 1918 Nr 117; RG 103, 288). Auch Tiere sind nicht ausgeschlossen. Wegen des Lagergeschäfts: vgl. § 419 HGB und A 6 zu § 700, wegen des Giroammeldepots: vgl. A 3.

Die Vermischung von Geld (vgl. Raser ABivPrax 143 [1936], 1), in Stücken oder Scheinen, wird im BGB nicht besonders behandelt. Sie folgt den allgemeinen Regeln. Darüber, daß auch Geld „vermischt“ werden kann: RGSt Warn 1918 Nr 117, RG Warn 1920 Nr 160. Nicht vermischt sind die Geldstücke, wenn sie als Eigentum der Sondereigentümer noch erkennbar sind, etwa weil die Markstücke dem A, die Zweimarstücke dem B gehören. Ist bei einer Vermischung festzustellen, wieviel jedem der Beteiligten gehörte, so bestimmen sich danach ihre Miteigentumsanteile (vgl. A 4). Von Haupt- und Nebensachen läßt sich bei bloßen Mengenunterschieden nicht sprechen. Sind die Summen nicht feststellbar, läßt sich auch nicht nachweisen, daß von anderer Seite eine bestimmte Menge dazu gekommen ist, so verbleibt alles Geld dem Besitzer; der Fordernde ist eben beweisfällig. § 742 ist gegenüber der in § 948 getroffenen Sonderregelung nicht anwendbar (vgl. hierzu RG 112, 102, wo es sich allerdings nicht um Geld, sondern um Getreide handelte).

2. Vermischung oder Vermengung. Sie braucht nicht durch menschliche Tätigkeit herbeigeführt zu werden (vgl. § 947 A 1). Auch wenn der eine Teil der vermengten Sachen erheblich größer war als der andere, braucht der erstere nicht als Hauptsache im Sinne des § 947 Abs 2 angesehen zu werden, so daß Alleineigentum entstände (RG Gruch 68, 521). Wießt der eine Eigentümer seinen Wein zu dem des andern, um diesem einigungsgemäß das Eigentum zu übertragen, so geht das Eigentum nach § 929 Satz 1 über, wenn der Erwerber unmittelbarer Besitzer seines Weines ist, nach § 930, wenn der Erwerber nur mittelbarer Besitzer seines Weines ist, sich dieser etwa im Keller des Veräußerers zur Aufbewahrung befindet. Miteigentum nach § 948 entsteht dann nicht (§ 947 A 3). Im übrigen ist bei der Vermischung von Wein nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen, ob eine der beiden Weinmengen Hauptsache ist. In diesem Falle wird dessen Eigentümer bei der Vermischung Eigentümer der Gesamtmenge. So, wenn im Verlaufe der ordnungsmäßigen Kellerbehandlung die Fässer nachgefüllt werden, im

Gegensatz zur Vermischung größerer Mengen, bei der Miteigentum entsteht. Der Eigentumsvorbehalt an dem einen der vermischten Weine kann dann wirksam bleiben (R 1914, 92).

3. Untrennbarkeit (Abs 1 und 2). Ob die Trennung möglich ist oder nicht, ist Tatfrage. Die Kosten für die Trennung sind **unverhältnismäßig**, wenn sie nicht im Verhältnis stehen zu den wirtschaftlichen Werten, welche durch die Trennung hergestellt oder wiederhergestellt werden. Durch Vertrag kann die Unverhältnismäßigkeit der Kosten nicht festgelegt werden. Sie ist entweder gegenständlich vorhanden oder nicht.

Die an dieser Stelle in den vorigen Auflagen eingehend behandelte Frage, ob beim **Wertpapier-Sammeldepot** an den verwahrten Wertpapieren Miteigentum der bisherigen Eigentümer durch Vermischung entsteht und ob die Annahme, daß dies so sei, nicht wenigstens für den Fall der Nichtigkeit der rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Beteiligten, von praktischer Bedeutung sein kann, ist infolge der gesetzlichen Regelung der Einrichtung der Sammelverwahrung in den §§ 5 ff. BankdepotG n. F. (Vorbem 4a zu § 688) gegenstandslos geworden. Durch die Sammelverwahrung wandelt sich das bisherige Alleineigentum der verschiedenen Berechtigten in Miteigentum um. Der bisherige Berechtigte verliert sein Alleineigentum und erhält dagegen je einen Anteil an jedem Wertpapier, das zusammen mit Wertpapieren derselben Art von ein und demselben Sammelverwahrer aufbewahrt wird. Diese Umwandlung vollzieht sich kraft Gesetzes, schon durch das „Nehmen“ in Sammelverwahrung (§ 6 BankdepotG n. F.). Das Gesetz entscheidet die bisherige Streitfrage, wann dieses für die Sammelverwahrung kennzeichnende Miteigentum nach Bruchteilen entsteht, eindeutig: es entsteht mit dem Eingang der Stücke beim Sammelverwahrer. Maßgebend ist also nicht der Zeitpunkt, in dem der Sammelverwahrer die Stücke einem bereits vorhandenen Sammelbestande tatsächlich einverleiht, sondern schon der Zeitpunkt, in dem er sie einverleihen konnte (amtl. Begr. zu § 6). Die Umwandlung des Wertpapiereigentums in Miteigentum beruht also weder auf Vermischung noch auf Vertrag. Es handelt sich vielmehr um einen vom Gesetz unmittelbar an das Vorliegen eines bestimmten äußeren Tatbestandes geknüpften ursprünglichen (nicht abgeleiteten) Rechtszwerb, der unabhängig vom Willen des Einlieferers eintritt (näheres bei Dptz BankdepotG Bem 1 ff. zu §§ 6—8). Die Einlieferung der Wertpapiere, ihre Verwahrung und Verwaltung und die Art der Verfügung über Sammelbestandsanteile sind in den §§ 77—99 der Geschäftsbestimmungen der Bank des Berliner Kassen-Vereins (und der anderen Wertpapier-Sammelbanken) von 1938 geregelt (oben A 7a zu § 929). Wegen der bisherigen Rechtsprechung des RG (insbes. RG 139, 116; JW 1930, 1385) ist auf die Ausführungen der 8. Aufl. dieses ErlBuches in A 3 zu § 948 zu verweisen. Ausnahmßweise kann Miteigentum an dem von der Bank zum Zweck der Weiterleitung an die Wertpapier-Sammelbank bearbeiteten Einlieferungsbestand durch Vermischung eintreten (Schröder DJ 1937, 1349).

4. Entsprechende Anwendung. Sie bedeutet: die Eigentümer der vermischten Sachen werden Miteigentümer der Gesamtmasse nach Verhältnis des Wertes der von ihnen herrührenden Sachen. Vgl. aber RG 112, 102 oben in A 2 zu § 947. Hat eine der vermischten Sachen die Eigenschaft der Hauptsache, so wird deren Eigentümer Alleineigentümer der Gesamtmasse.

5. Verarbeitung. Stellt sich die Vermischung als Verarbeitung dar (z. B. Verwendung fremder Milch zum Kuchenbacken), so findet nur § 950 Anwendung (vgl. § 947 A 1 bei Abs 2).

§ 949

Erlischt nach den §§ 946 bis 948 das Eigentum an einer Sache, so erlöschen auch die sonstigen an der Sache bestehenden Rechte¹⁾. Erwirbt der Eigentümer der belasteten Sache Miteigentum, so bestehen die Rechte an dem Anteil fort, der an die Stelle der Sache tritt¹⁾. Wird der Eigentümer der belasteten Sache Alleineigentümer, so erstrecken sich die Rechte auf die hinzutretende Sache^{2) 3)}.

§ I 895 II 864; W 3 361, 362; B 3 243.

1. Erlöschen der Rechte Dritter. Wie durch Verbindung, Vermischung, Vermengung das Eigentum an den Sachen endgültig untergeht, die vormals selbständig waren, weil sie ihre selbständige Rechtsstellung verloren haben, so erlöschen zugleich aus demselben Grunde endgültig auch die an jenen Sachen bestehenden sonstigen Rechte. Sie erlöschen ohne Rücksicht auf den guten Glauben dessen, der durch den Vorgang Eigentum und Lastenfreiheit erwirbt. Sie erlöschen aber in den Fällen der §§ 947, 948 (Verbindung, Vermischung, Vermengung beweglicher Sachen) in der Regel nicht ohne dinglichen Erfaß. Nur wenn Alleineigentum an der neuen Gesamtsache entstand, weil eine der zusammengekommenen Teilsachen Hauptsache war, entfällt der dingliche Erfaß für die Rechte an der Nebensache. Sonst tritt ersatzweise an die Stelle des Alleineigentums an der Teilsache das wertentsprechende Miteigentum an der Gesamtsache, an die Stelle des Rechtes an der Sache das Recht am Anteil. Auf die Erfaßrechte gehen im übrigen alle Eigenschaften der erstgenannten über. Sie kommen in ebendieselbe Rechtslage (vgl. RG 146, 336). — War eine der ver-

bundenen oder vermischten Sachen gestohlen oder verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen (§ 935), so steht das dem gutgläubigen Eigentumserwerb an der neuen einheitlichen Sache (§ 947) oder den mehreren vermischten Sachen (§ 948) nicht im Wege, einerlei ob Miteigentum geschaffen worden ist oder Miteigentum (vgl. § 935 A 1).

2. Erstreckung der Rechte Dritter. Ist die belastete Sache Hauptsache, wird also deren Eigentümer Miteigentümer der Gesamtsache, so gewinnen die Inhaber die Rechte an der Hauptsache. Ihre Rechte bestehen nun fort, aber an der Gesamtsache. Dies gilt ohne weiteres für belastete Grundstücke, wenn bewegliche Sachen mit ihnen nach § 946 verbunden werden.

3. Entsprechende Anwendung auf Verbindung, Vermischung und Vermengung von Sachen ein und desselben Eigentümers. Daß bei der Verbindung beweglicher Sachen mit Grundstücken, bei der Verbindung, Vermischung, Vermengung einer beweglichen Hauptsache mit andern beweglichen Sachen die an dem Grundstück und der Hauptsache bestehenden Rechte sich von selbst auf die einverleibten Nebensachen erstrecken und deren Belastung ersatzlos verdrängen, ergibt sich aus dem Aufgehen der Nebensache in der Hauptsache notwendig auch für den Fall, daß Haupt- und Nebensache im Eigentum desselben Eigentümers stehen. Für diese Fälle kann nicht wohl von einer entsprechenden Anwendung des § 949 gesprochen werden. Dagegen ist eine solche entsprechende Anwendung unumgänglich, wenn belastete bewegliche Sachen desselben Eigentümers, die zueinander nicht im Verhältnisse von Haupt- und Nebensache stehen, miteinander verbunden, vermischt oder vermengt werden. Denn die beiderseitigen Belastungen unverändert bestehen zu lassen, ist mit den Geboten der Gerechtigkeit unvereinbar; die Absicht des Gesetzes, die Rechte anteilsweise aufrechtzuerhalten, ist unbezweifelbar. Es erübrigt darum nur die entsprechende Anwendung des § 949 Satz 2 dahin, daß die Rechte, die bisher an den einzelnen Sachen bestanden haben, nun zu Rechten an Anteilen werden, die zu diesem Zweck als Bruchteile nach dem Verhältnisse des Wertes der Einzelsachen an der Gesamtsache zu unterstellen sind (RG 67, 425).

§ 950

1) Wer durch Verarbeitung oder Umbildung 2) eines oder mehrerer Stoffe 3) eine neue bewegliche Sache 4) herstellt 5), erwirbt das Eigentum an der neuen Sache 6), sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes 7). Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche 8).

Mit dem Erwerbe des Eigentums an der neuen Sache erlöschen die an dem Stoffe bestehenden Rechte 9) 10).

§ I 893, 894, 895 II 865; R 3 360—362; P 3 239, 243.

1. Eigentumserwerb durch Verarbeitung oder Umbildung (Spezifikation). Entsteht durch Verarbeitung oder Umbildung aus Stoff und Arbeit eine neue Sache, so ist vom Gesetzgeber die Wahl zu treffen, wer Eigentümer der neuen Sache sein soll, der Eigentümer des Stoffes oder wer die Sache daraus geschaffen hat. Das BGB entscheidet zugunsten der Arbeit, sofern nicht deren Wert erheblich geringer ist als der des Stoffes (Beispiel: Goldkronen, die der Zahnarzt aus Gold des Behandelten herstellt [vgl. RG ZfVDR 1938, 279; § 947 A 3]). Das entspricht auch den heutigen Anschauungen von der Bedeutung der Arbeit. Unmittelbar trifft das Gesetz nur den Fall, daß es sich um Stoffe eines einzigen Eigentümers handelt; es gilt aber auch, wenn mehrere Miteigentümer in Frage kommen (RGSt JW 1918, 567²). Bearbeitet einer der Miteigentümer die im Miteigentum stehenden Stoffe, so erwirbt auch hier der „Hersteller“ (A 4) das Eigentum, also der einzelne Miteigentümer, wenn er der Hersteller ist, und die Gesamtheit der Miteigentümer, wenn sie als der Hersteller in Betracht kommt, wie das in dem in RGSt JW 1918, 567 entschiedenen Falle zutraf. Dem dort im Anschluß an Prot. S. 3769 (b. Mugdan Bd. 3 S. 646) weiter ausgesprochenen Gedanken, daß bei Verarbeitung von Stoffen durch einen der Miteigentümer nur der § 947 anzuwenden sei, kann nicht zugestimmt werden; auf ihm beruht das Urteil auch nicht. — § 950 greift auch ein, wenn der Eigentümer selbst seine eigene Sache derart umbildet, daß sie eine neue Sache wird. Die alte Sache kann dann nicht mehr herausgegeben werden (RG Warn 1929 Nr 161). Einen Fall des Eigentumserwerbs durch Verarbeitung beim sog. verlängerten Eigentumsvorbehalt (oben § 929 A 1 Abs 3) behandelt RG JW 1939, 563^{2a}.

2. Die Verarbeitung ist nicht Rechtsgeschäft, aber menschliche Tätigkeit, Handlung. Wandeln sich die Stoffe ohne menschliches Zutun durch anderweite Einflüsse — z. B. durch Kristallisation außerhalb eines darauf gerichteten Betriebs oder durch selbsttätiges Brüten einer Henne auf fremden Eiern — in neue Sachen um, so hat das einen Eigentumswechsel nach § 950 nicht zur Folge. Für die Veredelungstätigkeit an Sträuchern kommt § 950 nicht in Frage. Das Einfügen des Auges oder Edelsteines in den am Wildling angebrachten Einschnitt und die anschließende Pflege der Pflanze sind keine Verarbeitung oder Umbildung; hier wirken im wesentlichen Kräfte

der Natur, nicht solche der Menschen, die nur unterstützend und fördernd hinzutreten (RG JW 1928, 2448¹³; vgl. § 947 II 2 Abs 2). Der Mangel der Geschäftsfähigkeit hindert den Eigentumserwerb nicht (vgl. § 105 II 1). Absicht des Eigentumserwerbs ist nicht Voraussetzungs-, noch weniger guter Glaube an das Recht dazu (DVG 26, 60). Auch der Dieb kann an einer gestohlenen Sache Eigentum nach § 950 erwerben (RGSt 53, 167). Der Hersteller erwirbt aber nicht notwendig selbst das Eigentum, sondern nur, wenn er nichts anderes will. Stellt er die Sache für einen andern, den Geschäftsherrn, her, so wird dieser Eigentümer (RGSt 37, 329f.; 66, 207, betr. den Geschäftsführer einer GmbH; JW 1918, 567²; RG 72, 181ff.). Bearbeitet A im Verlohn für B Rohstoffe, die ihm auf Veranlassung von B durch C zugesandt sind, so wird B Eigentümer der neuen Sachen; A erwirbt nur ein Pfandrecht nach § 647 oder gegebenenfalls ein Zurückbehaltungsrecht nach § 369 Abs 1 HGB (RG 3. 5. 28 VI 425/27). Wer Holz unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers kauft, um es zu verarbeiten, und ausmacht, daß auch die hergestellten Gegenstände Eigentum des Verkäufers bleiben sollen, erwirbt nicht Eigentum nach § 950 (SeuffW 71 Nr 255). In derselben Weise ist Eigentumsvorbehalt auch an Halb- und Fertigmwaren zulässig und wirksam. Dies gilt auch, wenn die Ware mit andern Waren zu einem einheitlichen neuen Stoff verarbeitet wird. Es entsteht dann Miteigentum der Stofflieferer; gegebenenfalls ist auch der Bearbeiter daran beteiligt, nämlich wenn er auch Ware geliefert hat (JW 1930, 2798¹; 1932, 2634⁷). Auch einem Handelsgebrauch, wonach das Mehl dem Eigentümer des verarbeiteten Getreides verbleibt, wenn er dieses unter Eigentumsvorbehalt verkauft und übergeben hatte, ist gegenüber § 950 Wirksamkeit zuzuerkennen. Einmal tritt der Wert des Vermahlens erheblich hinter dem Wert des Getreides zurück; aber auch eine Vereinbarung ist in der angedeuteten Richtung möglich (RG 138, 88). Wird dem Handwerker ein Stoff geliefert, damit er daraus eine Sache für den Eigentümer herstelle, so wird dieser jedenfalls Eigentümer auch der neu hergestellten Sache (RG 17. 10. 22 VII 696/21). Aber ein Dienstberechtigter kann nicht allein deshalb, weil er aus eigenen Mitteln die Stoffe und die Arbeitskräfte gestellt hat, die Herausgabe der Modelle verlangen. Seinem Herausgabeanpruch kann der Dienstverpflichtete im Hinblick auf den ihm gehörigen Erfindungsgedanken den Einwand entgegensetzen, daß er ihm gegenüber schuldrechtlich zum Besitz berechtigt sei (RG 105, 315). Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, mit dem von einem andern entliehenen Gelde Sachen für ihn herzustellen, darf der genügenden Bestimmbarkeit nicht entbehren (RG SeuffW 69 Nr 107).

3. Stoffverarbeitung ist nicht notwendig die Verarbeitung von Rohstoffen. Auch eine schon bearbeitete Sache kann als Stoff für weitere Verarbeitung dienen. Das wird sogar die Regel sein.

4. Herstellung einer neuen Sache. Der Begriff der neuen Sache ist vom Gesetz nicht bestimmt, daher dem Richter zur Entscheidung nach der Verkehrsauffassung überlassen (vgl. RGSt 72, 188). Gedacht ist offenbar an eine neue Sache höherer Art. Der feste, trockene, versand- und brennfähige Streichortziegel ist gegenüber der nassen und formlosen Torferde eine neue Sache (RG LZ 24, 587). Das Zerschneiden gestohlener Altarbildwerke in einzelne Bildergruppen und Figuren schafft keine neuen Sachen (RGSt 57, 160). Ebensovienig wird durch das Ausbessern eines alten Bildes eine neue Sache geschaffen (RG 138, 50).

5. Herstellen. Das Wort Herstellen ist nicht in dem engen Sinne des Herstellens von seiten dessen zu verstehen, der selbst zur Umbildung Hand anlegt, sondern im Verkehrssinne. Bei den in Fabriken und sonstigen Arbeitsbetrieben hergestellten Waren kommen grundsätzlich nicht die Arbeiter als Hersteller in Betracht, sondern die Betriebsinhaber (RGSt 56, 49; vgl. jedoch über das herkömmliche Recht der Kopfschlachtergesellen auf die von ihnen erzpupfen Wadenhaare geschlachteter Schweine: HansRGZ 1937 A 63). Der Arbeiter ist selbst dann nicht Hersteller im Sinne des § 950, wenn er während des Betriebs die Absicht haben, ja sogar die Absicht äußern sollte, die Sache für sich zu verarbeiten oder zu behalten. Wohl aber kann er Hersteller sein, wenn er außerhalb des Betriebs eine gleiche Arbeit für sich macht. Bei Heimarbeit kann je nach den Umständen der Heimarbeiter oder der den Stoff liefernde Unternehmer der Hersteller sein, dieser wird es regelmäßig dann sein, wenn der einzelne Heimarbeiter die Bearbeitung nicht ganz durchführt, sondern jeder nur einen bestimmten Teil der Bearbeitung übernimmt. Wie der Geschäftsinhaber, so gilt aber auch der nicht gewerblich Schaffende als Hersteller, wenn er durch einen andern Unselbständigen eine Sache herstellen läßt (BayObLG JW 1924, 1612¹). Auch wer auf Grund Werkvertrags eine Sache herstellen läßt, kann Hersteller im Verkehrssinne sein. Dagegen muß der Schneider, der einen Anzug nach Maß liefert und den Stoff selbst dazu gibt, als Hersteller bezeichnet werden. Nur wird auch er in der Regel das Eigentum des Stoffes nicht durch Verarbeitung erwerben, sondern, wenn er die Stoffe nicht fest übernommen hat, auf Grund der Erlaubnis des Tuchlieferers, die gelieferten Stoffe sich zur Verarbeitung anzueignen. Der Preis der Fälle des Eigentumserwerbs durch Verarbeitung ist geringer, als es zunächst scheint.

6. Die Rechtswirkung des Eigentumserwerbs des Herstellers ist endgültig, ebenso wie die des Eigentumserwerbs des Stoffeigentümers. Auch die Rückverwandlung der neuen Sache in den Rohstoff bringt dem Stoffeigentümer sein Eigentum nicht zurück. Der Gegner hat zu

beweisen, („sofern nicht“), daß der Wert der Verarbeitung (Umbildung) erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes.

7. Wert der Verarbeitung ist nicht der Aufwand für die Arbeitsleistung, sondern der Wert der geleisteten Arbeit, wie er sich im Sachwert verkörpert. Der Wert der Verarbeitung wird sich also ergeben, wenn der Wert des Stoffes von dem Werte der neuen Sache abgezogen wird. So jezt auch **RG** 144, 240. Der Wert des Vermahlens bleibt erheblich hinter dem Wert des Getreides (**RG** 138, 88), der Wert der Verarbeitung zum Pelz erheblich hinter dem Wert des Silberfuchsfelles zurück (**JB** 1930, 2458²⁰).

8. Bearbeitung der Oberfläche durch Schreiben, Zeichnen, Malen führt zum Eigentumswechsel nur insoweit, als damit eine neuen Sache hergestellt ist. Das Bemalen einer Leinwand mit einem Ölgemälde wird hiernach Eigentumswechsel zur Folge haben können; das Aufmalen von Verzierungen auf Schränke und Truhen wird zu einem solchen in der Regel nicht führen. Dies selbst dann nicht, wenn der Wert der Schränke und Truhen geringer ist als der der Malerei. Setzt der Künstler auf ein Gemälde seinen Namen, so stellt er damit allerdings eine Privaturkunde her; aber das Gemälde bleibt die alte selbständige Sache, ein Eigentumswechsel wird nicht herbeigeführt (**RGSt** 56, 357).

9. Das Erlöschen der Rechte Dritter tritt unmittelbar kraft des Eigentumswechsels endgültig und ohne Rücksicht darauf ein, ob der Erwerber sich in gutem Glauben befand oder nicht.

Fraglich kann sein, ob auch bei der Verarbeitung des eigenen Stoffes zu einer neuen Sache die Rechte an dem Stoffe erlöschen. Die überwiegende Meinung bejaht die Frage. Es läßt sich aber nicht verkennen, daß für die Bejahung nicht bei allen Fällen der Verarbeitung die gleich triftigen Gründe sprechen wie bei den Fällen der Verbindung und Vermischung (vgl. § 949 A 3). Gegen das Erlöschen der Rechte Dritter in solchem Falle spricht eine Erwägung: der § 950 soll den Widerstreit zwischen dem Recht der Arbeit und dem Recht des Stoffes entscheiden. Ist der Verarbeitende Eigentümer des Stoffes, so kann von einem solchen Widerstreit nicht wohl gesprochen werden, es sei denn, daß das dingliche Recht des Dritten seiner Art nach mit dem Wesen der durch die Verarbeitung entstandenen neuen Sache nicht vereinbar ist. Nur für den letzteren Fall verstoffigt sich darum die entsprechende Anwendung des Abs 2.

10. § 950 enthält kein zwingendes Recht (vgl. oben A 2 und die dort erwähnten Entscheidungen des **RG** 138, 88; **SeuffA** 71 Nr 255). Insbesondere kann vereinbart werden, daß im Falle der Verarbeitung einer Sache zu einer neuen Sache der Eigentümer des Stoffes Eigentum oder Miteigentum an der neuen Sache erwerben soll (**RG JB** 1936, 2881²¹). Wird eine unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware mit anderen Waren zu einem neuen einheitlichen Stoff verarbeitet, so entsteht Miteigentum der Vorbehaltsverkäufer, gegebenenfalls auch des Bearbeiters oder Bestellers (**RG** das.).

§ 951

Wer infolge der Vorschriften der §§ 946 bis 950 einen Rechtsverlust erleidet¹⁾, kann von demjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt²⁾, Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung³⁾ fordern. Die Wiederherstellung des früheren Zustandes kann nicht verlangt werden⁴⁾.

Die Vorschriften über die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen sowie die Vorschriften über den Ersatz von Verwendungen und über das Recht zur Wegnahme einer Einrichtung bleiben unberührt⁵⁾. In den Fällen der §§ 946, 947 ist die Wegnahme nach den für das Wegnahmerecht des Besitzers gegenüber dem Eigentümer geltenden Vorschriften⁶⁾ auch dann zulässig, wenn die Verbindung nicht von dem Besitzer der Hauptsache bewirkt worden ist.

§ 1 897 II 866; III 3 362, 363; IV 3 244, 245; 6 235, 238, 239, 388.

1. Rechtsverlust erleidet nach §§ 946—950, wer das Eigentum einer Sache verliert, weil sie mit einem Grundstücke verbunden (**RG** 51, 80) oder als Nebensache mit einer andern beweglichen Hauptsache verbunden, vermischt oder vermengt⁷⁾ ist oder weil sie zu einer neuen Sache verarbeitet worden ist (**SeuffA** 66 Nr 52). Rechtsverlust erleidet, wer aus gleichem Grunde ein Recht an einer solchen Sache (Pfandrecht oder Nießbrauch) verloren hat. Keinen Rechtsverlust erleidet, wer das Eigentum nur gegen Ersatz durch Miteigentum an der Gesamtsache, das Recht an der Sache nur gegen Ersatz durch das Recht am Anteil verliert. Keinen Rechtsverlust im Sinne der §§ 946—950 erleidet, wer das Eigentum an seiner Sache schon aufgibt, bevor sie mit der des andern verbunden usw. wird (**RG JB** 03 Beil 24⁴⁹), wer die Verbindung usw. auf Grund einer ihm gegenüber dem Eigentümer der andern Sache obliegenden Verpflichtung vornimmt (**RG**

SeuffA 63 Nr 11) oder wer die Verbindung usw. unter Verzicht auf Ersatz vornimmt (RG 6. 2. 18 V 232/17). Bestand die Pflicht zur Verbindung usw. gegenüber einem Dritten, so liegt gegebenenfalls eine Bereicherung des Begünstigten auf Kosten des Dritten vor (RG 130, 312; JW 1919, 715¹; LZ 1928, 1249). In RG 130, 312 ist die in der Entsch. v. 24. 9. 25 IV 183/25 vertretene abweichende Ansicht ausdrücklich aufgegeben.

2. Die Rechtsänderung tritt zugunsten des neuen Eigentümers ein. Soweit man anzunehmen hat, daß der Eigentümer durch Verarbeitung seines eigenen Stoffes diesen von den darauf ruhenden dinglichen Rechten Dritter befreit, ist auch auf ihn § 951 Abs 1 anwendbar. Der Hypothekengläubiger des Grundstücks, mit dem die Sache verbunden wurde, der Pfandrechtsbesitzer an der Hauptsache, dessen Recht sich auf die hinzugetretene Nebensache erstreckte, sind nur mittelbar begünstigt (RG 63, 423).

3. Geldvergütung nach den Vorschriften über die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung. Vgl. §§ 818, 819. Hier herrscht Streit. In RG 81, 206 hat der IV. Senat ausgesprochen, daß die Verweisung nicht den Tatbestand bestimmen soll, der die Herausgabepflicht erzeugt, daß sie vielmehr nur den Umfang der als vorhanden angenommenen Herausgabepflicht begrenzen und den Verpflichteten günstiger stellen soll, als dem strengen Recht entsprechen würde. Vorher und nachher hat sich aber der IV. Senat mit Recht dazu bekannt, daß die Voraussetzungen des § 812 Abs 1 gegeben sein müssen, wenn ein Anspruch nach § 951 entstehen soll; seine Besonderheit ist darin zu finden, daß er stets auf Weiteres gerichtet ist, auch wenn § 818 Abs 2 nicht zutrifft (RG 130, 312; SeuffA 63 Nr 11; 2. 4. 28 IV 482/27). Nicht unbedenklich deshalb RG 139, 22. Die in diesem Zusammenhang aufgeworfene Frage, ob ohne die ausdrückliche Vorschrift des § 951 Abs 1 Satz 1 ein Bereicherungsanspruch nicht gegeben wäre oder ob sie nur den ohnehin zulässigen Anspruch bestätige und in seiner oben gekennzeichneten Besonderheit festlege, kann hier nicht erörtert werden. Ihre Entscheidung ist wichtig dafür, ob auch in anderen Fällen des Rechtsverlustes, z. B. nach § 937, ein Bereicherungsanspruch zuzubilligen oder, soweit nicht ausdrücklich zugelassen, abzulehnen ist. Das hängt wieder davon ab, ob man in der vom Gesetz verordneten dinglichen Rechtsänderung einen rechtlichen Grund im Sinne von § 812 Abs 1 zu erblicken hat. Diese Frage dürfte zu verneinen sein (vgl. A 1 zu § 977; A 6 2 c zu § 812). — Durch einen etwa nach § 179 erworbenen Anspruch gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht wird der Anspruch gegen den Begünstigten nicht ausgeschlossen (RG JW 1919, 715¹). — Zu vergüten ist stets der Geldwert des Vorteils, den der durch den Vorgang Begünstigte durch ihn erlangt hat, und zwar nur durch ihn. Andere Vorgänge bleiben außer Betracht. Wer Ware zur Verarbeitung gekauft und übergeben erhalten, wegen Eingreifens von § 935 aber Eigentum daran erst durch die Verarbeitung erlangt hat, darf den bezahlten Kaufpreis von der nach § 950 Abs 1 bewirkten Vermögensvermehrung nicht abziehen, wohl aber die Kosten der Verarbeitung (RG 106, 7). Die Vergütung ist zu berechnen nach dem Zeitpunkt, in dem der Empfänger die Sache erlangt hat; bei Gebäuden ist also nicht der gegenwärtige Wert maßgebend, sondern ihr Wert im Zeitpunkt ihrer Vollendung, und dies selbst dann, wenn die Aufwendungen des Erbauers geringer sein sollten (RG 130, 313; Gruch 67, 316). § 997 Abs 2 ist hier nicht anwendbar, er setzt voraus, daß der Eigentümer die Sache, mit der eine Sache als wesentlicher Bestandteil verbunden ist, wiedererlangt oder doch zurückfordert (RG Gruch 67, 316). — Für die Höhe des Bereicherungsanspruchs kann es wesentlich sein, ob mehrere einzelne Sachen, z. B. Eisenteile, mit dem Grund und Boden verbunden werden, oder eine aus den Einzelsachen bereits hergestellte einheitliche Sache, z. B. ein Brückenüberbau (RG 132, 347; dazu A 2 zu § 946). — Zum Ausgleich der Geldverschlechterung hat Umwertung, nicht Aufwertung einzutreten (RG 114; 342; 118, 185; 120, 80; 130, 313).

Die Wiederherstellung des früheren Zustandes kann grundsätzlich nicht verlangt werden (vgl. jedoch A 5).

4. Die Vorschriften des Abs 1 sind nicht zwingend, sondern lassen abweichende Vereinbarung der Beteiligten zu.

5. Vorbehalt weitergehender Rechte aus andern Rechtsgründen (Abs 2). Die Aufzählung ist nicht abschließend. Einen Fall der Eigentumsverletzung nach § 823 behandelt RG 106, 153. Aus der Verpflichtung zum Schadensersatz kann sich auch die Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes ergeben (§§ 249 f.). Die Vorschrift im Satz 3 des Abs 1 steht nicht entgegen (RG 30. 4. 20 VII 490/19). Keine Ansprüche bestehen für den Unterpächter bei vorzeitiger Beendigung der Pacht wegen seiner Verwendungen auf das Grundstück, wenn der Pächter sich im Hauptvertrage zur Vornahme bestimmter Verwendungen verpflichtet und für den Fall des Ablaufs der vereinbarten Vertragsdauer auf alle Ansprüche aus irgendwelchen Verwendungen verzichtet hat, die Unterpacht aber aus diesem Grunde mit entsprechendem Inhalt abgeschlossen worden ist (RG 158, 402).

6. Wegnahmerecht: § 997 (vgl. oben A 3).

§ 952

1) Das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine steht dem Gläubiger zu 2). Das Recht eines Dritten an der Forderung erstreckt sich auf den Schuldschein 3).

Das gleiche gilt für Urkunden über andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, insbesondere für Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe 4).

§ I 1109 II 867; W 3 744, 745; P 3 644—646.

1. **Sondervorschrift über das Eigentum an Schuldscheinen und ähnlichen Urkunden.** Der Schuldschein ist eine die Schuldverpflichtung begründende oder bestätigende, vom Schuldner zum Beweis für das Bestehen der Schuld ausgestellte Urkunde (RG 116, 173; 120, 89; 127, 171). Dabei genügt es für einen Schuldschein im Sinne des BGB, wenn sich seine Erfordernisse in zwei nur innerlich zusammengehörigen Urkunden finden, von denen die eine auf die andere Bezug nimmt, während ein Schuldschein im Sinne von § 30 Abs 3 AnlABG entweder aus einer alle Erfordernisse enthaltenden Urkunde oder aus zwei äußerlich zu einer Einheit verbundenen Urkunden bestehen muß; zwei nur innerlich zusammengehörige Urkunden genügen hier in der Regel nicht (RG 131, 6 u. 12). — Die Vorschrift des § 952 ist nicht zwingend, sondern läßt anderweitige Verfügung der Beteiligten zu (RG 51, 85; 91, 157). Sie hat indessen zur Folge, daß die Vorschriften des BGB über den gutgläubigen Erwerb vom Nichteigentümer auf Urkunden solcher Art unanwendbar sind und daß für den Besitzer der Urkunde, der nicht zugleich Gläubiger ist, die Vermutung des § 1006 nicht Platz greift (RG 5. 11. 08 IV 99/08). Dem Gläubiger, der die Schuldscheine besitzt, steht die Vermutung der Rechtmäßigkeit des Besitzes zur Seite (RG 24. 5. 11 V 517/10). Auch persönlich wirkende Rechte können an Schuldscheinen und den Urkunden des Abs 2 begründet werden; Verleihe eines Hypothekenbriefs ist möglich (RG 91, 155; vgl. hierzu auch § 986 U 4).

2. **Steht . . . zu** (Abs 1 Satz 1). Der Gläubiger erwirbt also das Eigentum des Schuldscheins, wenn dieser vor der Entstehung der Forderung ausgestellt worden ist, mit ihrer Entstehung, wenn der Schein nach der Entstehung der Forderung ausgestellt wird, mit der Ausstellung. Er erwirbt es in beiden Fällen kraft Gesetzes, ohne daß im übrigen die Voraussetzungen für den Eigentumserwerb erfüllt sein müßten. Überträgt der Gläubiger die Forderung, so geht damit das Eigentum am Schuldschein von selbst über (RG 149, 95). Steht die Forderung mehreren Gläubigern zu, so sind diese Miteigentümer des Schuldscheins (RG 59, 318).

3. **Erstreckung des Rechtes an der Forderung auf den Schuldschein** (Abs 1 Satz 2). Der Forderungspfandgläubiger hat also Pfandrecht auch am Schuldschein.

4. **Anderer Urkunden** (Abs 2). Zu den Urkunden, für die Abs 2 gilt, gehören auch Pfandscheine von Leihhäusern (ZW 1922, 505²⁵), Lebensversicherungsscheine (RG ZW 1934, 1409¹; Warn 1934 Nr 24; 25. 11. 32 VII 280/32), Verwahrscheine (RG 51, 85; DLG 26, 60), Sparkassen- (RG 106, 4; 156, 333) und Depostitenbücher (RG Warn 1918 Nr 57), auch zollamtliche Begleitscheine, Niederlagecheine (RG 14. 4. 16 VII 32/16), endlich auch Anteilscheine über Anteile an einer GmbH., auch sie bescheinigen ein Recht und sind als Beweisurkunden dessen Zubehör (RG Warn 1928 Nr 107). Nicht hierher gehören die Ausfertigungen gerichtlicher oder notariischer Urkunden; sie werden Eigentum dessen, dem sie erteilt werden. Nicht hierher gehören auch die sog. Zuckerausfuhrscheine. Sie beweisen lediglich die Tatsache der Ausfuhr einer bestimmten Zuckermenge, ihre Vorlegung an der zuständigen Stelle befreit von sonst fällig werdenden Verstrafungen; sie werden selbständig gehandelt, der Erwerb des Eigentums an ihnen regelt sich nach §§ 929 ff.; § 952 ist nicht anwendbar, keinesfalls gehören sie dem jeweiligen Eigentümer der ausgeführten Ware (RG ZW 1932, 227⁷). Nicht hierher gehört auch das sog. Filminnegativ (RG 145, 174). Erlischt eine verbrieftete Forderung und wird die Hypothek infolge dessen Eigentümergrundschuld, so steht insoweit auch das Recht am Hypotheken(Grundschuld)brief dem Grundstückseigentümer zu, z. B. wenn eine Lebensversicherungsgesellschaft für die eine Hypothek zur Sicherung des Anspruchs auf eine gestundete Einmalprämie eingetragen ist, in Konturs gerät (§ 13 Satz 2, § 40 Abs 3 BGB; RG 144, 26). Wegen des Kraftfahrzeugbriefs: v. Unruh DJ 1937, 1644; Däubler DJ 1938, 1059; Voß WAG 1938, 132; ZW 1937, 2768⁶; HansRGZ 1938 B, 393; RdR 1938, 308, 309; oben A 6b zu § 932; wegen des Lagerempfangscheins: Gadow VerR 1937, 155; wegen des Drberlagercheins: Küster ZW 1935, 1226; Vorbem 2 vor § 688.

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache

§ 953

¹⁾ Erzeugnisse ²⁾ und sonstige Bestandteile einer Sache gehören auch nach der Trennung dem Eigentümer der Sache, soweit sich nicht aus den §§ 954 bis 957 ein anderes ergibt ³⁾ ⁴⁾.

© I 898 II 868; M 3 363; P 3 245.

1. Entstehung selbständigen Eigentums an Bestandteilen (Erzeugnissen) durch Trennung. Gemäß § 93 können wesentliche Bestandteile einer Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein. Aber auch Bestandteile überhaupt, auch nicht wesentliche, teilen in der Regel das Rechtschicksal der Hauptsache, weil sie infolge ihrer Bestandteileigenschaft unselbständig sind. Mit der Trennung, sei diese wie immer herbeigeführt oder eingetreten, verschwindet die Bestandteileigenschaft, wird der bisherige Bestandteil selbständige Sache und fähig, Gegenstand besonderer Rechte zu sein. Nach Schnorr v. Carolsfeld, der (in *ABWPrax* 25, 27) für die soziale Ausgestaltung des Erwerbs von Erzeugnissen eintritt, liegt ein Erzeugnis im Rechtsinne stets dann vor, wenn ein neuer Gegenstand entstanden ist, der nicht wesentlicher Bestandteil eines anderen ist, gleichgültig, ob die Stammsache aufgehört hat, zu bestehen, oder nicht, und weiter gleichgültig, ob eine körperliche Verbundenheit mit einer Muttersache noch besteht oder nicht oder ob sie überhaupt bestehen konnte. (Weitere Fragen der Rechtserneuerung [zu den §§ 953 ff.] behandeln Jung, *IheringsJahrb* 84 [1934], 36 ff.; Eichler, *Wandlungen des Eigentumsbegriffes in der deutschen Rechtsauffassung und Gesetzgebung, 1938*, bes. S. 191 ff.). § 953 spricht für die Hauptfrage des Eigentums im Falle der Trennung die Regel aus, daß die Bestandteile auch nach der Trennung dem Eigentümer der Sache gehören, nämlich dem Eigentümer derjenigen Sache, deren Bestandteile sie bisher waren. Dem Hauseigentümer gehören also nach wie vor die vom Wohnungsamt bei einem Umbau herausgenommenen Schaufenster (*RG* 106, 149). Die Ausnahme von der Regel sind in den §§ 954—957 bestimmt. Keine wirkliche Ausnahme ist die Bestimmung des § 911 über die auf das Nachbargrundstück hinüberfallenden Früchte. Denn sie ruht auf der Unterstellung, daß diese Früchte des Nachbargrundstücks sind. Auch für den Erwerb von Bestandteilen verlorener, gestohlener oder sonst abhanden gekommener Sachen durch Trennung gelten mangels ausdrücklicher anderweiter Bestimmung die Vorschriften des § 953 (und der §§ 954—957). Der Eigentümererwerb durch Trennung ist nicht rechtsgeschäftlicher Erwerb, sondern Erwerb kraft Gesetzes.

2. Erzeugnis ist wie der Nachwuchs eines Muttertiers auch das Klüden, das eine Henne aus einem nicht selbst gelegten Ei ausgebrütet hat. *U. M.* Brod mann bei *Planck* (5) *A* 1 zu § 953.

3. Rechte an dem bisherigen Bestandteile. Die Rechte an der Hauptsache, die sich bis zur Trennung auf den Bestandteil erstrecken, erlöschen durch die Trennung nicht, sondern erstrecken sich auch weiterhin auf die nunmehr selbständige Sache. So die Hypothek (§§ 1120—1122), das Pfandrecht (§ 1212). Anders dann, wenn die dingliche Berechtigung die Befugnis zur Aneignung der Früchte und sonstiger Bestandteile umfaßt (vgl. § 954).

4. Übergangsrecht: *GG* Art 181 Abs 2.

§ 954

¹⁾ Wer vermöge eines Rechtes an einer fremden Sache befugt ist ²⁾, sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile der Sache anzueignen, erwirbt das Eigentum an ihnen, unbeschadet der Vorschriften der §§ 955 bis 957, mit der Trennung.

© I 899 II 869; M 3 363, 364; P 3 245, 246.

1. Erwerb der dinglich Nutzungsberechtigten durch Trennung der Bestandteile (Erzeugnisse). Der dinglich Nutzungsberechtigte schließt den Erwerb des Eigentümers (§ 953) aus und wird selbst von dem Besitzer in den Fällen der §§ 955, 956 ausgeschlossen.

2. Anwendungsfälle. Als dinglich Nutzungsberechtigter im Sinne des § 954 kommt hauptsächlich der Nießbraucher (§ 1030), der ihm gleichgestellte Ehemann (§ 1333) und Vater (§ 1652) und der Nußpfandgläubiger (§ 1213), unter Umständen auch der auf Grund Dienstbarkeit oder Erbbaurechts Befugte in Betracht. Für die Fälle der dinglichen Nutzungsberechtigung auf den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Gebieten gilt die Vorschrift des § 954 als Hilfsrecht nach *GG* Art 4 (vgl. z. B. *Nutzungsrecht des Staats an Anlandungen hinsichtlich der dort geschnittenen Weiden gemäß § 140 Abs 2 u. 3 prWassG.*: *JW* 1934, 116⁸⁾).

§ 955

1) Wer eine Sache im Eigenbesitz hat²⁾, erwirbt das Eigentum an den Erzeugnissen und sonstigen zu den Früchten der Sache gehörenden Bestandteilen³⁾, unbeschadet der Vorschriften der §§ 956, 957, mit der Trennung. Der Erwerb ist ausgeschlossen, wenn der Eigenbesitzer nicht zum Eigenbesitz oder ein anderer vermöge eines Rechtes an der Sache zum Fruchtbezug berechtigt ist und der Eigenbesitzer bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfährt.

Dem Eigenbesitzer steht derjenige gleich, welcher die Sache zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts an ihr besitzt⁴⁾.

Auf den Eigenbesitz und den ihm gleichgestellten Besitz findet die Vorschrift des § 940 Abs 2 entsprechende Anwendung^{5) 6)}.

§ 1 900 II 870; III 3 364—367; § 3 247—249; § 5 654.

1. **Fruchterwerb des gutgläubigen Eigenbesitzers durch Trennung.** Der gutgläubige Eigenbesitzer der fruchttragenden Sache schließt im Fruchterwerb bei der Trennung den Eigentümer und den dinglich Nutzungsberechtigten (§§ 953, 954) aus, wird aber, wenn er nur mittelbarer Besitzer ist, unter den Voraussetzungen der §§ 955 Abs 2, 956 selbst wieder von dem dinglich Fruchtbezugsberechtigten und demjenigen ausgeschlossen, dem der Fruchtbezug vom Berechtigten gestattet ist. Soll der Eigentümer durch den Eigenbesitzer im Fruchterwerb ausgeschlossen werden, so genügt neben dem Eigenbesitz der gute Glaube an das Recht zum Eigenbesitz zur Rechtfertigung des Fruchterwerbs. Dieser wird sich zwar regelmäßig decken mit dem guten Glauben an das Eigentum. Notwendig ist die Übereinstimmung aber nicht in allen Fällen. Bei Grundstücken z. B. ist wegen des Erfordernisses der Auflassung Eigenbesitz im guten Glauben an ihn mit dem Bewußtsein, (förmlich) noch nicht Eigentümer zu sein, vereinbar. Soll der dinglich Nutzungsberechtigte vom Eigenbesitzer im Fruchterwerb durch Trennung ausgeschlossen werden, so genügt der gute Glaube an das Recht zum Eigenbesitz nicht, sondern es ist auch noch der gute Glaube an das Eigennutzrecht nötig. Der Eigenbesitzer darf also einerseits das Nutzungsrecht des andern nicht bei Erwerb des Eigenbesitzes gekannt oder grob fahrlässig übersehen, andererseits nicht später vor der Trennung davon Kenntnis erhalten haben. Der gute Glaube wird vermutet. Der Gegner hat den Gegenbeweis zu führen. Der Umstand, daß die Sache gestohlen oder verloren war, hindert den gutgläubigen Eigenbesitzer am Fruchterwerb nicht. § 935 ist nicht entsprechend anwendbar. — Rechte Dritter bleiben bestehen (vgl. wegen der Hypothek usw. §§ 1120, 1192, 1107, wegen des Pfandrechts § 1212).

2. **Eigenbesitzer (§ 872).** Auf den Fruchterwerb durch Trennung kraft Eigenbesitzes kann sich unter Umständen auch der Eigentümer selbst berufen, nämlich gegenüber dem dinglich Fruchtbezugsberechtigten, wenn er hinsichtlich des Fruchtbezugsrechts in gutem Glauben war. Befand sich jedoch bei der Fruchttrennung der dinglich Fruchtbezugsberechtigte im Besitz der Sache, so wird er und nicht der nur im mittelbaren Eigenbesitz befindliche Eigentümer als Fruchterwerber zu erachten sein — aus der gleichen allgemeinen Erwägung, die auch dem § 936 Abs 3 zugrunde liegt. Zu demselben Ergebnis führt § 955 Abs 2 (s. A 4 am Ende).

3. Der Eigentumserwerb des Eigenbesitzers erfährt abgesehen von den Erzeugnissen, im Gegensatz zu den §§ 953, 954, 956 nur die zu den Früchten der Sache gehörenden Bestandteile, also nicht alle zur Abtrennung gelangenden Bestandteile. Über den Begriff Früchte: § 99 Abs 1.

4. **Fruchterwerb des gutgläubigen Nutzungsbesitzers (Abs 2).** Wer die Sache im guten Glauben besitzt, dinglich — nicht etwa persönlich, z. B. auf Grund Pachtrechts — fruchtbezugsberechtigt zu sein, und den Besitz der Sache zur Ausübung dieses Rechtes innehat, soll durch Trennung die Früchte sowohl vor dem Eigentümer wie vor dem wirklich dinglich fruchtbezugsberechtigten erwerben, und zwar auch dann, wenn z. B. — und dies ist der Hauptfall — der Eigentümer mittelbarer Besitzer ist. Man wird hiervon ausgehend noch den weiteren Schluß zu ziehen haben, daß das Fruchterwerbsrecht des zur Ausübung eines vermeintlich dinglichen Nutzungsrechts Besitzenden an der Sache dem Fruchterwerbsrecht des mittelbaren Eigenbesitzers als solchen (§ 955 Abs 1) vorgeht. Die Vorschrift des Abs 2 kommt nicht nur dem vermeintlich, sondern auch dem wirklich fruchtbezugsberechtigten gegenüber im mittelbaren Eigenbesitz befindlichen Eigentümer zugute, wenn dieser auf Grund seines mittelbaren Eigenbesitzes im guten Glauben an das Nichtbestehen des Nutzungsrechts sich auf § 955 Abs 1 stützen will (A 2 a. E.). — Der Nutzungsberechtigte erwirbt die Erzeugnisse frei von der Hypothek usw. eines Dritten (vgl. § 1120 und oben A 1 a. E.). Ein Pfandrecht kommt hier nicht in Frage, da der Nutzungsberechtigte die — bewegliche — Sache besitzen muß, um nach § 955 Abs 2 Eigentum zu erwerben.

5. **Fruchterwerb durch Trennung bei vorübergehend verlorenem Besitz (Abs 3).** Die während der Zeit des vorübergehenden Besitzverlustes getrennten Früchte werden — darin liegt die Ver-

deutung der Bezugnahme auf die entsprechend anzuwendende Vorschrift des § 940 Abs 2 — mit der Trennung Eigentum des von dem Verluste Betroffenen, wenn er den Besitz rechtzeitig wiedererlangt. In der Zwischenzeit, bis zur Wiedererlangung des Besitzes, besteht ein Schwebeszustand. Die Voraussetzung der Wiedererlangung des Besitzes bezieht sich nur auf die aus dem Besitz gefommene Sache selbst. An den inzwischen getrennten Früchten muß der Besitz nicht erlangt sein, um einen Eigentumszerwerb nach Abs 3 zu bewirken.

6. Herausgabeansprüche. § 955 regelt nur das Eigentum an den Früchten im Falle der Trennung, läßt aber die Frage, ob der Erwerber die Früchte behalten darf, unberührt. Inwieweit insbesondere auf Grund des wegen der Sache erhobenen Eigentumsanspruchs der Besitzer verpflichtet ist, getrennte und mit der Trennung in sein Eigentum übergegangene Früchte an den Eigentümer herauszugeben, ergibt sich aus den §§ 987 ff. Über ihr Verhältnis zu den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung: § 987 A 1.

§ 956

Gestattet der Eigentümer einem anderen, sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile der Sache anzueignen, so erwirbt dieser das Eigentum an ihnen, wenn der Besitz der Sache ihm überlassen ist, mit der Trennung, anderenfalls mit der Besitzergreifung ¹⁾. Ist der Eigentümer zu der Gestattung verpflichtet, so kann er sie nicht widerrufen, solange sich der andere in dem ihm überlassenen Besitze der Sache befindet ²⁾.

Das gleiche gilt, wenn die Gestattung nicht von dem Eigentümer, sondern von einem anderen ausgeht, dem Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile einer Sache nach der Trennung gehören ³⁾ ⁴⁾.

§ I 901, 902 II 871; W 3 367—369; P 3 249, 250.

1. Eigentumszerwerb an Bestandteilen auf Grund Gestattung der Aneignung (Abs 1 Satz 1). Diese Vorschrift behandelt zwei ihrer Rechtsnatur nach verschiedene Erwerbarten in einem Satz, weil sie in der Anwendung einander sehr nahestehen. Der Eigentumszerwerb, der auf Grund persönlicher Gestattung durch Besitzergreifung stattfindet, ist wirkliche Aneignung, rechtsgeschäftlicher Erwerb. Der Eigentumszerwerb aber, der im gleichen Falle durch die Trennung stattfindet, ist nicht Aneignung, nicht Eigentumszerwerb durch Rechtsgeschäft, sondern Eigentumsanfall kraft Gesetzes. Gemeinsam ist beiden Fällen, daß eine vom wahren (oder vermeintlichen [§ 957]) Berechtigten herrührende persönliche Aneignungsbefugnis zugrunde liegen muß. Ein dingliches Aneignungsrecht kommt nicht in Frage; dessen Folgen sind in §§ 954, 955 geregelt. Vorausgesetzt ist aber, daß, wer die Aneignung gestattet hat, auch in dem Augenblick, in dem sie wirksam werden soll, selbst noch Eigentümer (Berechtigter) ist. Ist er es in diesem Augenblick nicht (weil er z. B. die fruchttragende Sache vorher veräußert hat), so bedarf es der Zustimmung des neuen Erwerbers der Sache oder eines besonderen Rechtsgrundes, der auch ihn verpflichtet, die Aneignung zu gestatten (RG 60, 319; 78, 35).

a) Die „Gestattung“ der Aneignung braucht nicht mit ausdrücklichen Worten zu geschehen. Sie wird sich z. B. ohne weiteres aus dem Verkauf eines Hauses auf Abbruch für die Abbruchstoffe ergeben (DZ 20, 167). Hat der Grundstückseigentümer dem Käufer von Baumstämmen den Platz, auf dem die Bäume stehen, als Lagerplatz für die gefälltten Stämme überlassen, so erwirbt der Käufer das Eigentum an den Stämmen nicht mit der Trennung, sondern erst mit der Besitzergreifung; denn er wurde Besitzer der Grundfläche erst nach dem Fällen der Bäume (RG 23. I. 18 V 250/17). Der Wirt, der dem Gast die besten Aulern übergibt, „gestattet“ nicht die Aneignung der etwa in den Aulern befindlichen Perlen; er überträgt vielmehr dem Gast das Eigentum an den Aulern mit allen ihren Bestandteilen, auch den etwa vorhandenen Perlen. Ein Vorbehalt kann dinglich wirken; denn die Perle ist nicht wesentlicher Bestandteil der Aulern (§ 93). — Die Vorschrift bezieht sich auf Bestandteile allgemein, nicht nur auf Früchte, und nicht nur auf solche beweglicher Sachen; sie trifft also auch den Fall, daß der Gebäudeeigentümer dem Bauhandwerker gestattet, die eingefügten Türen und Fenster wieder wegzunehmen. — Hat der Eigentümer bei der „Gestattung“ den Besitz der Sache behalten und werden die noch nicht getrennten Früchte im Verfahren gegen ihn gepfändet, so entsteht ein auch gegen den „andern“ wirksames Pfandrecht, das dem späteren Eigentumszerwerb durch ihn vorgeht (JW 1930, 845¹²). — Bei der Veräußerung von Holzbeständen eines Reicherbhofs bedarf die Gestattung gemäß § 956 Abs 1 der Genehmigung des Auerbengerichts, wenn der Holzverkauf nicht im Rahmen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft stattfindet (RdM 1937 Nr 438). Über einen Anwendungsfall des § 956 vgl. ferner Fabricius DZ 1936, 897; über die Einwirkung des Konkurses des Gestattenden auf die Aneignungsbefugnis: Jaeger RD § 43 A 25 a. C.

b) Überlassung des Besitzes der Sache ist die besondere Voraussetzung des Eigentumserwerbs durch Trennung. Die Erlangung des Besitzes muß auf dem Willen des Gestattenden beruhen. Wer sich nach erhaltener Erlaubnis zur Aneignung der Früchte eigenmächtig in den Besitz der fruchttragenden Sache gesetzt hat, erwirbt nicht Eigentum der Früchte durch Trennung (**RG** 23. 1. 18 V 250/17). Man wird weiterhin zu verlangen haben, daß der überlassene Besitz auch im Augenblicke der Trennung noch bestanden hat. Entsprechende Anwendung des § 940 Abs 2 ist bei der Ähnlichkeit der Sachlage mit der des § 955 und mit Rücksicht auf das praktische Bedürfnis nicht abzulehnen.

2. Widerruf der Gestattung (Abs 1 Satz 2). Die Gestattung der Aneignung, ihrer Rechtsnatur nach der Vollmacht verwandt und gleich ihr unmittelbar (absolut) wirkend, ist gleich der Vollmacht widerruflich. Der Widerruf berührt aber an sich nicht die dem andern auf Grund eines Kaufvertrags zustehenden schuldrechtlichen Ansprüche (**RG** Warn 1924 Nr 9). Das Gesetz schließt den Widerruf nur für den Fall der Gestattung mit Besitzüberlassung (**A** 1 b) aus, und auch da nur solange, als der überlassene Besitz dauert. Voraussetzung der Unwiderruflichkeit ist immer, daß der Gestattende zur Gestattung verpflichtet ist. Dies liegt beim Verpächter klar zutage. Aber auch wer schenkungsweise einem andern die Nutzung eines Grundstücks persönlich gestattet und ihm dazu den Besitz überließ, ist, wenn nicht widerrufen ist, dem Widerruflich gekennt war, an die Gestattung gebunden.

Nur der einseitige Widerruf wird verboten. Zulässig bleibt z. B. aber, daß der Pächter durch Vertrag mit dem Verpächter auf sein Recht verzichtet, die Früchte eines bestimmten Schlags mit der Trennung zu Eigentum zu erwerben. Das bedeutet nur den Verzicht des Pächters auf eine einzelne, sich aus dem Pachtvertrag ergebende Befugnis; im übrigen wird dieser aufrechterhalten, auch soweit er sich auf den betreffenden Schlag erstreckt, der Pächter hat ihn weiter zu bestellen und abzuernsten, auch den Pachtzins dafür zu bezahlen (**RG** 138, 241). Mecklenburg-Strelitz hat die hier gebotene Möglichkeit benutzt, um die Düngelieferer seiner Domänenpächter zu sichern. Der Staat blieb infolge des Verzichts des Domänenpächters auch nach der Trennung der Früchte des Schlags vom Boden deren Eigentümer (§ 853). Er gab sie den Düngelieferern wegen ihrer Kaufpreisforderungen frei, verpflichtete sich also schuldrechtlich, keine Widerspruchsklage nach § 771 **BPO** zu erheben, falls die Düngelfirma die Früchte auf dem Halm oder nach der Ernte pfänden ließ, auch nichts dagegen einzuwenden, wenn der Pächter ihr die Früchte des bestimmten Schlags freihändig zur Dedung ihrer Forderung übergab. Die Rechte der Lieferfirma wurden aber an eine kurze Frist gebunden, und, da sie nicht eingehalten war, scheiterte ihr Recht in dem **RG** 138, 241 entschiedenen Fall. Neuerdings (1932) haben die Firmen eine weitere Besserstellung erreicht. Bei der beschriebenen Regelung verbleibt es nur bis zur Aberntung der Früchte. Das Eigentum an den abgeernteten Früchten wird ihnen von vornherein zur Sicherung übertragen durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, welcher dem Staat gegen den Pächter zusteht, wenn dieser auf sein Erwerbsrecht verzichtet, die Früchte aber abgeerntet hat.

Vorübergehende Unterbrechung des Besitzes ist auch im Falle des § 956 Abs 1 Satz 2 wie in den Fällen des § 940 Abs 2 nicht zu rechnen (**A** 4 a. G.).

3. Gestattung durch einen sonstigen Berechtigten (Abs 2). Hierher gehören die Fälle der Gestattung durch den dinglich Nutzungsberechtigten (§ 954), den Eigentümer und die ihm Gleichgestellten (§ 955). Auch der, dem nur nach § 956 die Aneignung gestattet ist, kann seinerseits einem andern die Aneignung wirksam gestatten (**RG** 108, 270), und zwar nicht nur dann, wenn ihm diese Befugnis nach dem Inhalt der Gestattung des Eigentümers zusteht, sondern auch dann, wenn ihm eine solche Befugnis nicht ausdrücklich zugestanden worden ist (§ 137). Der Pächter ist nicht gehindert, einem Dritten die Aneignung der Früchte auf dem gepachteten Grundstück zu gestatten. Die Weitergestattung nach § 956 Abs 2 ist nicht nur dann möglich, wenn der erste Aneignungsbefugte den Besitz überlassen erhalten hat, sondern auch dann, wenn er keinen Besitz erlangt hat, es sei denn, daß die Weitergestattung durch Vereinbarung ausgeschlossen ist. Der zweite Aneignungsbefugte erwirbt die Erzeugnisse usw. dann aber erst mit der Besitzergreifung (§ 956 Abs 1; **RG** St 63, 319 f.; **RG** 108, 270).

4. Die Bäume eines Waldgrundstücks gehören zu seinen Erzeugnissen (**RG** 80, 232). Auch bei ihnen gilt also § 956. Seine Anwendung bietet keine Besonderheiten, wenn der Eigentümer die stehenden Bäume verkauft, dem Käufer die Aneignung gestattet und ihm das Waldgrundstück übergibt. Mit dem Fällen der Bäume erwirbt dann der Käufer das Eigentum (**RG** 109, 192 f.). In anderen Entscheidungen (**RG** 108, 271; Recht 27 Nr 612) ist das **RG** aber weitergegangen. Fußend auf der Möglichkeit, daß ein Teilbesitz nach § 865 an Bäumen auf dem Stamme besteht, hat es für die Anwendbarkeit des § 956 schon als genügend angesehen, wenn dieser Teilbesitz begründet oder übertragen wird. Das ist an sich bedenklich, denn mit dem „Besitz der Sache“ im Sinne des § 956 ist doch wohl der Besitz der Mutter Sache gemeint (vgl. **RG** Bay 3 1918, 221). Die Ansicht des **RG** wird aber dadurch in ihrer Tragweite eingeschränkt, daß es selbst meint, ein Besitz, d. h. eine von der Verkehrsauffassung anerkannte tatsächliche Herrschaft über die Bäume allein, nicht auch über das Grundstück, werde nur ausnahmsweise gegeben sein (**RG** 108, 272).

Auf das preußische Bergwerkseigentum ist § 956 nicht unmittelbar anwendbar; denn es ist weder eine Sache im Sinne des BGB, noch verleiht es als solches Sacheigentum. Aber das Aneignungsrecht des Bergwerkseigentümers ist dinglicher Art und unmittelbar wirksam, weil ihm Wirkung gegen jedermann innewohnt. Wird es, z. B. durch Pacht, einem Dritten überlassen, so erwirbt er das Eigentum an den geförderteten Sachen (Kohlen, Erzen) ohne Rücksicht auf die Person des Fördernden, selbst wenn dies der Bergwerkseigentümer ist; denn dieser kann selbst Eigentum durch Inbesitznahme nicht erwerben (§ 958 Abs 2; RG 135, 96, 101 f.; JW 1932, 2422¹⁹).

§ 957

1) Die Vorschriften des § 956 finden auch dann Anwendung, wenn derjenige, welcher die Aneignung einem anderen gestattet, hierzu nicht berechtigt ist, es sei denn, daß der andere, falls ihm der Besitz der Sache überlassen wird, bei der Überlassung, anderenfalls bei der Ergreifung des Besitzes der Erzeugnisse oder der sonstigen Bestandteile nicht in gutem Glauben ist oder vor der Trennung den Rechtsmangel²⁾ erfährt.

§ II 872; P 3 349, 350.

1. Schutz des gutgläubigen Erwerbs von Bestandteilen. Die Vorschrift hat das Ziel, dem, der vom Nichtberechtigten gutgläubig erwirbt, für den Fall des Erwerbs von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen auf Grund der Gestattung der Aneignung den gleichen Schutz zu gewähren, wie er in den §§ 932 ff. im Falle der Übertragung des Eigentums an einer Sache dem gutgläubigen Erwerber gewährt wird. Dies ergibt sich, abgesehen von der Ähnlichkeit der Rechts- und Sachlage, die eine übereinstimmende Regelung dringend erheischt, auch aus der Stellung des § 957 und der Nachbildung seiner Fassung nach jenen Vorschriften. Zur Auslegung des § 957 sind darum in erster Reihe die §§ 932 ff. heranzuziehen. Der Schutz des § 957 auf Grund der Gestattung und des guten Glaubens ist aber nur zu gewähren, wenn der Gestattende sich im Besitz befindet (RG 108, 271). Der Schutz des gutgläubigen Erwerbs beruht, wie allenthalben im BGB, so auch hier auf dem Grundgedanken, daß man dem Erwerber im Verkehr nicht zumuten kann, das Recht des Veräußerers zu prüfen, und ihm gestatten muß, sich — soweit nicht gegenteilige Anzeichen entgegenstehen — darauf zu verlassen, daß der Besitzstand auch mit dem Rechtsstand übereinstimmt. Jrgendein Grund, für die Fälle des § 957 von diesem Rechtsgedanken abzuweichen, besteht nicht; die Unannehmbarkeit des Ergebnisses im Falle der gegenteiligen Annahme liegt auf der Hand. Deshalb muß die Sache im Besitz des die Aneignung der Bestandteile Gestattenden gewesen sein in dem Augenblick, in dem er den Besitz der Sache dem Erwerber überließ oder dieser den Besitz an den Bestandteilen ergriff. War der Erwerber schon zur Zeit der Gestattung im Besitz der Sache, so muß er seinen Besitz von dem Gestattenden erlangt haben, um gutgläubig zu sein. Wegen des in RG 108, 271 über den sog. Teilbesitz Ausgeführten vgl. A 8 zu § 956. — Für den gutgläubigen Erwerb nach §§ 956, 957 ist § 935 maßgebend, soweit es sich um Bestandteile handelt. Da aber der Fruchtenerwerb des gutgläubigen Eigenbesizers nach § 955 durch die der fruchtttragenden Sache anhaftende Eigenschaft gestohlenen Gutes nicht hintangehalten wird (§ 955 A 1), so kann folgerichtig auch im § 957 der gleiche Mangel dem gutgläubigen Erwerb nicht entgegenstehen.

2. Rechtsmangel bedeutet hier den Mangel des Rechtes, die Aneignung zu gestatten.

V. Aneignung

§ 958

7) Wer eine herrenlose¹⁾ bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt²⁾, erwirbt das Eigentum an der Sache.

Das Eigentum wird nicht erworben³⁾, wenn die Aneignung gesetzlich verboten⁴⁾ ist oder wenn durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines anderen⁵⁾ verletzt wird⁶⁾.

§ I 903 II 873; M 3 369, 370; P 3 250—253.

1. Herrenlos ist eine (bewegliche) Sache dann, wenn sie keinen Eigentümer hat. Die Fälle können außerordentlich verschieden sein. Das BGB behandelt — abgesehen von den Grundstücken — nur die Herrenlosigkeit der wilden Tiere und die der Bienen sowie das Herrenloswerden durch Aufgeben des Besitzes. Die übrigen Fälle gehören zumeist in den Rahmen der Vorbehalte für das Landesrecht, insbesondere in das Gebiet des Wasserrechts. Soweit solche Vor-

behalte für das Landesrecht nicht bestehen (Meteorsteine), wird beim Fehlen besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften aus dem tatsächlichen Mangel eines möglichen Eigentümers auf die Herrenlosigkeit zu schließen sein. Ein Beuterecht des Reichs an offenbar feindlichen Pferden, die sich in der Nähe des Schlachtfeldes umhertreiben, ist anerkannt (DRG 39, 227). Sachen, die beim Inkrafttreten des BGB schon vorhanden und nach dem bisherigen Rechte herrenlos waren, bleiben es bis zur Aneignung. — Hinsichtlich der Grundstücke: § 928, EG Art 129.

2. Die — das Eigentum an der Sache, im späteren Konkurs des Besitzers deren Aussonderung begründende (Jaeger RD § 43 A 25) — **Inbesitznahme** kann auch durch Besitzdiener und Besitzmittler geschehen (RGSt 39, 179; RG 137, 25). Eine Inbesitznahme solcher Art wird in der Regel auf Jagden bei Aufnahme von erlegtem Wild durch Jagdgehilfen, Treiber und Jagdgäste zugunsten des Jagdherrn stattfinden. Wer eine herrenlose Sache in Eigenbesitz nimmt, wird sie in der Regel nehmen, um daran Eigentum zu erwerben. Diese bewußte Aneignung ist Rechtsgeschäft und erfordert deshalb Geschäftsfähigkeit. Ob ein Rechtsgeschäft auch dann vorliegt, wenn der Besitzergreifende die Inbesitznahme in der irrigen Meinung vollzieht, die in Wirklichkeit herrenlose Sache gehöre schon ihm, mag zweifelhaft sein und kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist auch ein solches Nehmen in Eigenbesitz wie ein Rechtsgeschäft zu behandeln und zur Aneignung genügend (§ 872 A 1).

3. **Eigentum wird nicht erworben**, und zwar überhaupt nicht, in den Fällen des Abs 2, auch nicht vom Aneignungsberechtigten. Die Sache bleibt also herrenlos. Dies ergibt sich als Absicht des Gesetzes deutlich daraus, daß in EG Art 69 die landesgesetzlichen Vorschriften, die dem Jagdberechtigten das Eigentum an dem vom Wilddieb erlegten Wilde zusprechen — nur dies kommt in Frage, denn dem Wilddieb ist nirgends Eigentum zugesprochen —, durch einen besonderen Zwischenatz von dem Vorbehalt ausgenommen worden sind (Prot 6, 376; RGSt 39, 427; Art 69 ist hinsichtlich der Jagd jetzt aufgehoben durch § 71 RJagdG [unten A 6]). Das gleiche wird aber auch für alle Fälle der Aneignung gegen gesetzliche Aneignungsverbote und der Aneignung unter Verletzung eines fremden Aneignungsrechts anzunehmen sein. Dies selbst in dem Fall, daß der Aneignungsversuch nicht nur gegen das Aneignungsrecht des andern verstößt, sondern auch noch gegen eine besondere Pflicht, als dessen Vertreter für diesen zu erwerben, wie sie etwa Jagdgehilfen und Jagdgästen gegenüber dem Jagdherrn, Bediensteten, die zum Auffammeln herrenloser Gegenstände ausgeschied sind, gegenüber ihrem Dienstherrn obliegt. § 116 kann nicht angewendet werden, weil die Aneignung zwar eine Willensbetätigung, aber keine Willenserklärung in sich schließt. Anders beim Schafjund (§ 984 A 3).

Erwirbt ein gutgläubiger Dritter eine herrenlose Sache, die gegen gesetzliches Verbot oder gegen das Aneignungsrecht eines andern in Besitz genommen worden ist, aus der Hand dieses Eigenbesitzers, so kann er nach § 932 Eigentum erwerben (RGSt 39, 432). Dieser Erwerb ist nicht Aneignungserwerb. Ihm steht aber auch § 935 nicht im Wege.

4. **Gesetzliche Aneignungsverbote**: landesgesetzliche oder reichsgesetzliche. Reichsgesetzlich ist das Aneignen von Artillerieschießbedarf und von Bleikugeln aus den Truppschießständen schlechthin verboten (§ 291 StGB), ohne Rücksicht darauf, ob der Staat etwa nach § 959 das Eigentum aufgegeben hatte oder nicht (RGSt 57, 339). Aneignungsverbote können auch durch Polizeiverordnung erlassen werden (RGSt 48, 121). Ob ein solches vorliegt, kann nicht allgemein, sondern nur unter Prüfung des einzelnen Gesetzes entschieden werden. Dies gilt insbesondere auch für die Frage, ob die jagdrechtlichen Bestimmungen über die Schonzeiten und Schonbezirke Aneignungsverbote enthalten. Denn grundsätzlich besteht kein Hindernis, ein Aneignungsverbot auf Zeit und für gewisse Zeiten und Raumbezirke zu erlassen. (Vgl. hierzu *Staudinger* in *SeuffBl* 63, 285 und *Ebner* bei *Gruch* 57, 362 ff.) Andererseits müssen Schonvorschriften nicht auf alle Fälle Aneignungsverbote enthalten (RGSt 7, 91; *BahObLGSt* 12, 298). Daraus allein, daß dem Jagd- oder Fischereiberechtigten die Verwendung gewisser Fang- und Tötungsmittel verboten ist, kann ein Aneignungsverbot nicht entnommen werden. Aber auch, wenn die Schonvorschrift ein Aneignungsverbot in sich schließt, so doch in der Regel kein ausnahmsloses. Sie hindert dann wohl den Jagdberechtigten, sich das Tier, das er selbst gejagt und getötet, anzueignen, nicht aber auch, sich das getötete Tier, wenn es ohne sein Zutun in seinem Jagdgebiet zu Tode kam, als Fallwild anzueignen (*BahObLGSt* 12, 298).

5. **Verletzung von Aneignungsrechten anderer**. Auch hier kommen sowohl reichsrechtliche, wie hauptsächlich landesrechtliche Aneignungsrechte in Betracht, in erster Reihe Jagdrechte, Fischereirechte, Bergrechte. Wegen Anwendung des Grundsatzes in einer bergrechtlichen Angelegenheit vgl. A 8 zu § 956 a. E. Fraglich kann sein, ob bei vereinbarter Teilung der Jagdausübung zwischen zwei gemeinschaftlich Jagdberechtigten Verfehlungen gegen die Ubereinkunft seitens des einen das Aneignungsrecht des andern verletzen. Es wird an der Hand des für den einzelnen Fall geltenden Jagdgesetzes zu prüfen sein, ob eine Teilung dem Rechte nach möglich war und statgefunden hat, und nur in diesem Fall wird die Frage zu bejahen sein.

6. In den vorstehenden Bemerkungen ist das **Jagdrecht** noch als Landesrecht behandelt worden. Das ist seit dem Erlaß des **Reichsjagdgesetzes** vom 3. 7. 1934 (RGBl 1934 I, 549;

1935 I, 256; 1938 I, 388, 410, 429; 1939 I, 45, 868) anders geworden. Danach ist das Jagdrecht die ausschließliche Befugnis, jagdbaren Tieren nachzustellen, sie zu fangen oder zu erlegen und sich anzueignen, und es umfaßt auch die ausschließliche Befugnis, sich verendetes Wild, Fallwild und Abwurfstangen sowie die Eier jagdbaren Federwildes anzueignen und die Gelege nicht geschützte Raubbögel zu zerstören (§ 1). Das Jagdrecht steht dem Eigentümer auf seinem Grund und Boden zu. Es ist untrennbar mit dem Eigentum am Grund und Boden verbunden. Als selbständiges dingliches Recht kann es nicht begründet werden (§ 3). Die wilden Daninchen, die nach Landesgesetz (SeuffA 77 Nr 141) dem freien Tierfang unterlagen, sind jetzt jagdbare Tiere (§ 2 Abs 1a JagdG). Über den Begriff des „Wildes“ und über den Eigentumserwerb an jagdbaren Tieren: Sauber, Der Erwerb der Wildbeute, 1936.

§ 959

1) Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht²⁾, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt³⁾ 4).

EG 904 II 874; M 3 370, 371; P 3 253, 254.

1. Aufgabe des Eigentums (Derektion). Zur wirklichen Eigentumsaufgabe verlangt das Gesetz die Besitzaufgabe in Verzichtabsicht. Das Eigentum an beweglichen Sachen wird durch Willensbetätigung, nicht notwendig durch Willenserklärung aufgegeben. Wenn das Aufgeben des Eigentums darum auch als Rechtsgeschäft betrachtet wird, so können doch die nur für Willenserklärungen berechneten Gesetzesvorschriften darauf nicht angewendet werden.

2. Die Absicht, zu verzichten, setzt Willensfähigkeit voraus. Die Eigentumsaufgabe des Willensunfähigen ist daher wirkungslos. Der Verzichtswille muß Entschlagswille sein. Der Verzicht zugunsten einer bestimmten Person hat nicht die Rechtsnatur der Eigentumsaufgabe, sondern die der Eigentumsübertragung (RG 83, 229). Auch ein Verzicht zugunsten einer unbestimmten oder beliebigen Person kann zur Eigentumsübertragung zu zählen sein. Darunter kann sich aber auch eine Eigentumsaufgabe bergen, je nachdem nur die Absicht, einen andern zum Eigentümer zu machen, allein vorherrscht oder doch auch daneben die selbständige Entledigungsabsicht besteht. Liegt Eigentumsübertragung vor, so steht sie auch unter deren Regeln. Insbesondere genügt nicht der einseitige Verzicht des Übertragenden; vielmehr ist — außer der Übergabe oder dem Übergabeerfaß — die Einigung beider Beteiligten über den Eigentumsübergang erforderlich (RG LZ 1919, 868¹⁸; vgl. Ritter JW 1937, 1674 und Spöhr DZWV 1937, 274 über die Frage der „Pfändbarmachung“ unpfindbarer Sachen durch Hingabe eines Ersatzgegenstandes). Nur eine scheinbare Ausnahme ist es, wenn der einseitige Verzicht als Erfüllung einer Bedingung wirkt und der Eigentumsübergang nunmehr eintritt auf Grund des früheren bedingten Rechtsgeschäfts, der schon damals zustande gekommenen und fortwirkenden Einigung und der schon vorweggenommenen Übergabe (RG 79, 245; 60, 72; 66, 348).

3. Besitzaufgabe. Die Besitzaufgabe muß tatsächlich durchgeführt werden. Es genügt nicht, daß der Eigentümer den Besitz willeig aufgibt, er muß sich der tatsächlichen Gewalt wirklich entledigen. Die Entledigung kann auch im Verlassen bestehen, wenn dieses mit Aufgabe der tatsächlichen Gewalt verbunden ist. Die Besitzaufgabe kann auch durch Dritte geschehen, z. B. durch den Besitztener. Unter Umständen kann in einer Besitzaufgabeerklärung gegenüber dem Besitztener oder dem Besitzermittler eine zur Eigentumsaufgabe genügende Besitzaufgabe liegen. Aus der Besitzaufgabe wird häufig auf die Absicht des Verzichts auf das Eigentum geschlossen werden können (RGSt 42, 43, von Kunden in Besitz genommene, dann im Geschäft zurückgelassene Rabattmarken). Notwendig ist der Schluß jedoch nicht. Denn der Besitz kann auch aus anderen Gründen aufgegeben werden, z. B. um zeitweise eine Entlastung zu haben (RGSt 39, 28, Patronenhülisen). Dagegen kann es ein Aufgeben des Besitzes und des Eigentums nach § 959 bedeuten, wenn der Staat sich um die im Boden befindlichen verschossenen Kugeln und dergl. jahrelang nicht gekümmert, vielmehr das Einsammeln durch die Bewohner des zum Fluchtlingslager gewordenen ehemaligen Truppenübungsplatzes geduldet hat (RGSt 57, 339). Ebenso gibt der Eigentümer falschen Geldes, welcher es wegwirft, weil er verfolgt wird, den Besitz in der Absicht auf, auf das Eigentum zu verzichten; der Finder findet dann eine herrenlose, keine fremde Sache (RGSt 67, 298).

Der Wortlaut des § 959 scheint die Eigentumsaufgabe nur dem zu gestatten, der den Besitz noch nicht verloren hat. Dem Sinn und Zweck der Vorschrift nach muß aber angenommen werden, daß auch die dem unfreiwilligen Besitzverlust oder der in anderer Absicht vorgenommenen Besitzaufgabe nachfolgende, nach außen zutage tretende Absicht der Eigentumsaufgabe den Eigentumsverlust nach sich ziehen kann.

4. Rechte Dritter an der Sache stehen der Aufgabe des Eigentums nicht im Wege, werden aber auch von ihr nicht berührt.

§ 960

Wilde Tiere ¹⁾ sind herrenlos, solange sie sich in der Freiheit befinden ²⁾. Wilde Tiere in Tiergärten ³⁾ und Fische in Teichen oder anderen geschlossenen Privatgewässern ⁴⁾ sind nicht herrenlos.

Erlangt ein gefangenes wildes Tier die Freiheit wieder ⁵⁾, so wird es herrenlos, wenn nicht der Eigentümer das Tier unverzüglich verfolgt oder wenn er die Verfolgung aufgibt ⁶⁾.

Ein gezähmtes Tier wird herrenlos, wenn es die Gewohnheit ablegt, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren ⁷⁾.

§ 1 905 II 875; W 3 371, 372; P 3 264, 265.

1. **Wilde Tiere.** Das BGB setzt den Unterschied zwischen wilden und zahmen Tieren voraus und gibt keine Begriffsbestimmung. Nur so viel ist aus § 960 zu entnehmen, daß die Freiheit das Unterscheidungsmerkmal sein soll, nämlich die natürliche und angeborene Freiheit als Erkennungszeichen des wilden Tieres, die durch Gewöhnung, Zähmung, Abstammung von gezähmten Tieren im Laufe der Zeit zur andern Natur gewordene Abhängigkeit vom Menschen als Erkennungszeichen des zahmen Tieres. Gattungsunterschiede sind dabei nicht unbedingt maßgebend. Dieselbe Tiergattung kann als wild und als zahm vorkommen. Das einzelne Tier ist aber entweder wild oder zahm. Ein wildes wird durch Zähmung zum gezähmten, nicht zum zahmen, ein zahmes durch Verwilderung nicht zum wilden, es bleibt ein zahmes (vgl. auch RGSt 50, 183).

2. **Solange sie sich in der Freiheit befinden:** Gemeint ist hier die ursprüngliche, natürliche Freiheit, Bewegungsfreiheit. Durch Raumbeschränkung, z. B. Beschränkung auf den Raum einer Insel, ist die Freiheit in diesem Sinne nicht behindert. Auch ein wildes Tier, das sich selbst in einer natürlichen Grube gefangen oder in Schlinggewächse verstrickt hat, muß im Sinne des § 960 noch als in der Freiheit befindlich erachtet werden; ebenso ein wildes Tier, das von einem andern Tiere in — sei es noch so enger — Abhängigkeit gehalten wird. Die Freiheit hört erst dann auf, wenn der Mensch das Tier in seiner Gewalt hat. Bis zu diesem Augenblick ist das wilde Tier nach § 960 Abs 1 auch herrenlos. Daß aber in diesem Augenblicke die Herrenlosigkeit endigt, sagt das Gesetz nicht. Dies ist vielmehr erst dann der Fall, wenn nach § 958 Eigentum an dem Tiere erworben wird. Selbst durch die Besitzergreifung wird darum in den Fällen des § 958 Abs 2 die Herrenlosigkeit nicht beendet.

Danach bildet den Gegensatz zu der Freiheit des Tieres die Gefangenschaft in der Hand des Menschen. § 960 Abs 1 S. 2 soll Zweifelsfragen klären. Unzweifelhaft nicht herrenlos sind gefangen gehaltene wilde Tiere, wie z. B. Rehböcke (RW 1928, 2471¹⁾) oder Silberfische in Zarnen (RW 1930, 2458²⁰; 1931, 3463⁶). Jedoch muß es eine wirkliche Gefangenschaft sein; ein Entweichen darf regelmäßig nicht möglich sein, nur etwa bei Naturereignissen oder beim Eingreifen Dritter.

3. **Tiergarten.** Dieser Begriff ist nicht festgelegt; er wird aber im Reichsjagdrecht als feststehend vorausgesetzt (vgl. AusfW v. 27. 3. 1935 § 8 Abs 5 und 6 RW 1935 I, 431; 1937 I, 179, 268; 1938 I, 419, 429; 1939 I, 45, 643). Gemeint ist wohl ein für den Aufenthalt der Tiere bestimmter Teil der freien Erdoberfläche, der einerseits so abgeschlossen ist, daß die Tiere daraus nicht ohne weiteres entkommen können, und andererseits solchen Umfang und solche Einrichtung hat, daß das Ergreifen und Erlegen der Tiere nicht, wie bei der freien Jagd, unsicher, sondern so leicht gemacht ist, daß man die Tiere nach der allgemeinen Verkehrsauffassung auch schon vor dem Ergreifen und Erlegen als in der unmittelbaren Gewalt des Berechtigten befindlich betrachten muß. Sogennannte „eingehegte Reviere“ werden darum nicht in allen Fällen als Tiergärten zu erachten sein (Prot 3, 254). Andererseits darf auch nicht ohne weiteres aus großem Umfang des Wildparcs auf Herrenlosigkeit des darin gehaltenen Wildes geschlossen werden; auf die Art der Umschließung kommt es vornehmlich an (RGSt 42, 75; 60, 275; RW JW 1916, 907⁶; JW 1934, 3204¹⁷). Zu eng RW 1916, 636: kleinere Flächen, in denen Tiere zu andern als Jagdzwecken gehalten werden, zur Schau oder Herde, zu wissenschaftlichen oder Zuchtzwecken. Sind die im Tiergarten befindlichen Tiere nicht herrenlos, so ergibt sich daraus ohne weiteres, daß auch ihre Bestandteile nicht herrenlos sind, sondern dem Schicksal des Tieres und im Falle der Trennung (abgeworfene Hirschstangen) den §§ 953 f. folgen. Nicht alle wilden Tiere im Tiergarten fallen unter die Ausnahme. Ein Adler, der frei auf einem Baume des Tiergartens horstet, ist herrenlos. Denn für ihn sind die Schranken des Tiergartens ohne Bedeutung. — Eine Silberfuchsfarm wird man nicht als Tiergarten bezeichnen können, wie es RW 1930, 2458²⁰ geschehen ist.

4. **Teiche und andere geschlossene Privatgewässer.** Es muß sich um Privatgewässer handeln. Den Gegensatz dazu bilden öffentliche Gewässer. Ob ein bestimmtes Gewässer öffentliches oder Privatgewässer ist, kann nur aus dem Landesrecht ersehen werden, dem Wasserrecht und Fischereirecht durch EG Artt 65, 69 vorbehalten sind. Geschlossene Gewässer sind solche, die eine für den

Wechsel der Fische geeignete regelmäßige Verbindung mit einem andern Gewässer nicht haben. Ob die Verbindung schon nach der natürlichen Bodengestaltung fehlt oder künstlich unterbrochen ist, kommt nicht in Betracht.

5. Wiedererlangen der Freiheit (Abs 2) bedeutet Entkommen aus der menschlichen Gefangenschaft überhaupt. Ein gefangenes Tier, das aus der Gefangenschaft seines Herrn entkommt, um alsbald in die eines andern zu fallen, erlangt die Freiheit nicht, wird also nicht herrenlos. Die Schadhafzigkeit des den Tiergarten umschließenden Zauns macht die eingeschlossenen Tiere allein noch nicht herrenlos (RGSt JW 1934, 3204¹⁷). Ob das Tier ein einheimisches oder ein fremdländisches ist, ist unerheblich. Die Verfolgung muß unverzüglich stattfinden, d. h. ohne schuldhaftes Zögern nach Erlangung der Kenntnis von der Flucht des Tieres (§ 121 Abs 1).

6. Verfolgen setzt voraus, daß zur Wiedererlangung bestimmte und geeignete Vorkehrungen getroffen, z. B. Nachforschungen angestellt, Nachrichten ausgesandt, Bekanntmachungen erlassen, Leute hinausgeschickt, Fallen aufgestellt werden. Das Verfolgen muß nicht persönlich geschehen; dazu gehört auch das Verfolgenlassen durch Beauftragte oder um Hilfe Gebetene. Auch die freiwillige Verfolgungszätigkeit Dritter zugunsten des Eigentümers ist diesem zugute zu rechnen, nicht aber die Verfolgung, die Dritte unternehmen, um sich das Tier anzueignen oder um ein Raubtier sicherheitshalber zu töten. Ob eine Verfolgung seitens des Eigentümers darin gesehen werden kann, daß er über das Ausbrechen eines Tieres Anzeige erstattet und zu dessen Wiedereinfangen auffordert, ohne selbst tätig zu werden, ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen. Dies gilt auch hinsichtlich der Frage, wann die Verfolgung als aufgegeben zu erachten ist. Mit der Absicht, das Eigentum aufzugeben, braucht das Aufgeben der Verfolgung nicht verbunden zu sein. Auch die Erklärung, Eigentümer bleiben zu wollen, kann vor dem Verlust des Eigentums durch Aufgabe der Verfolgung nicht schützen. Das Verfolgen und das Aufgeben der Verfolgung sind keine rechtsgeschäftlichen Handlungen. Es wird auch nicht angehen, auf sie die Vorschriften über Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden.

7. Gezähmte Tiere (Abs 3). Hierunter sind nicht zahme Tiere, also insbesondere nicht Haustiere (RGSt LZ 1919, 208), sondern nur gezähmte wilde Tiere zu verstehen, also ursprünglich wilde Tiere, die durch Zählmung die Gewohnheit angenommen haben, freiwillig in der Gewalt des Menschen zu bleiben oder doch nach vorübergehender Abwesenheit dorthin wieder zurückzukehren. Wichtig ist, daß es sich bei den gezähmten Tieren der Hauptsache nach um eine psychische Gefangenschaft handelt. Die Grenze zwischen dem gefangen gehaltenen wilden Tiere und dem gezähmten Tier ist flüchtig, die Unterscheidung zwischen zahmen und gezähmten Tieren kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein. Entscheidend ist die Verkehrsauffassung. Vom OLG Leipzig (21. 2. 31, 3 Br 73/30) sind mit Billigung des OLG Dresden die von der Stadt Leipzig aus eigener Aufzucht zur Belebung des Wassers und zur Bekämpfung der Mücken im Palmengarten ausgefegten und dort verbliebenen Wildenten, die von Unbefugten angelockt und gestohlen wurden, als gezähmte Tiere und damit als Privateigentum der Stadt angesehen worden. Dem ist zuzustimmen, bedenklich dagegen RGSt 48, 384, wo Vriestauben als gezähmte Tiere angesehen werden. Zahme Tiere werden durch Ablegen der Rückkehrgewohnheit nicht herrenlos, sie bleiben im Eigentum ihres Herrn so lange, bis dieser sein Eigentum tatsächlich aufgegeben hat (RGSt 50, 183). Der Ausdruck: **Rückkehr an den ihm bestimmten Ort** ist nicht ganz wörtlich zu nehmen. Ein gezähmtes Tier, das nicht gerade an den ihm bestimmten Ort, aber doch an einen andern im Gewaltbereiche seines Eigentümers gelegenen Ort zurückkehrt, kann nicht als herrenlos geworden angesehen werden.

§ 961

Zieht ein Bienenschwarm aus, so wird er herrenlos, wenn nicht der Eigentümer ihn unverzüglich verfolgt oder wenn der Eigentümer die Verfolgung aufgibt^{1) 2)}.

§ I 906 II 878; W 3 373; § 3 255.

1. Das BGB handelt von den **Bienen** ausdrücklich nur in den §§ 961 ff., wo das **Schwarmrecht** geregelt wird (vgl. Schüller, Deutsches Bienenrecht 1934, wo nicht nur das Schwarmrecht, sondern überhaupt alle die Bienen betreffenden Rechtsverhältnisse, insbes. das Recht, Bienen zu halten (§§ 903 ff., 1004), und die Bienenhaftpflicht (§ 933) eingehend behandelt sind). Bienen sind keine Haustiere i. S. des § 835 BGB (RG JW 1939, 288¹⁷).

2. Das Ausziehen eines Bienenschwarms, d. h. dessen auf Natureigentümlichkeit beruhendes Wegziehen zur Ansiedlung an anderem Orte, wird der Wiedererlangung der Freiheit durch ein gefangenes wildes Tier gleichgestellt (§ 960 Abs 2). Ob der nicht oder nicht mehr verfolgte Schwarm auf dem Grundstück des Züchters verbleibt (man denke an ein großes Gut), ist gleichgültig.

§ 962

1) Der Eigentümer des Bienenschwarms darf bei der Verfolgung fremde Grundstücke betreten²⁾. Ist der Schwarm in eine fremde nicht besetzte³⁾ Bienenwohnung eingezogen, so darf der Eigentümer des Schwarms zum Zwecke des Einfangens die Wohnung öffnen und die Waben herausnehmen oder herausbrechen. Er hat den entstehenden Schaden zu ersetzen⁴⁾.

§ I 907 II 877; M 3 373; P 3 255; 6 235, 236.

1. Rechte gegen Dritte bei der Verfolgung des Bienenschwarms. § 962 gewährt dem Eigentümer eines ausgezogenen Bienenschwarms zugunsten der Verfolgung weitgehende Rechte gegen Dritte. Der Eigentümer ist nicht, wie nach § 867 der Besitzer einer auf ein fremdes Grundstück gelangten Sache, auf den Anspruch beschränkt, daß ihm das Betreten des Grundstücks, auf dem der ausgezogene Schwarm sich angesiedelt hat, zur Nachsuche und Wegnahme gestattet wird, sondern das Geßz gestattet ihm unmittelbar selbst, dieses Grundstück und auch andere bei der Verfolgung zu betreten, macht seinen darin liegenden Eingriff in die Rechte des Grundstückseigentümers zum berechtigten Eingriff und schließt die Rechtmäßigkeit der Gegenwehr aus. All dies, weil sonst das Verfolgen nicht glücken kann. Aus dem gleichen Grunde ist das Öffnen der fremden Bienenwohnung und das Herausbrechen der Waben vom Geßz unmittelbar gestattet.

2. Umfang des Betretungsrechts. Nicht jedes Grundstück darf schlechthin betreten werden, sondern soweit dies zur wirksamen Durchführung der Verfolgung notwendig ist. Unnützes Herumlaufen auf seinem Grundstücke kann der Eigentümer hindern. Das Übersteigen von Hecken und Zäunen ist nicht ausgeschlossen. Polizeiliche Betretungsverbote werden soweit sie nicht lediglich zugunsten des Eigentümers des Grundstücks erlassen sind, durch Satz 1 nicht berührt.

3. Nichtbesetzte Bienenwohnung: Wegen der besetzten vgl. § 964.

4. Schadenersatz. Sowohl für den beim Betreten des Grundstücks als auch für den (je nach der Bauart) durch Herausnehmen oder Herausbrechen der Waben angerichteten Schaden ist Ersatz zu leisten, und zwar ohne Rücksicht auf Verschulden.

§ 963

1) Vereinigen sich ausgezogene Bienenschwärme mehrerer Eigentümer, so werden die Eigentümer, welche ihre Schwärme verfolgt haben, Miteigentümer des eingefangenen Gesamtschwarmes; die Anteile bestimmen sich nach der Zahl der verfolgten Schwärme²⁾.

§ I 908 II 878; M 3 373, 374; P 3 255.

1. Vereinigung von Bienenschwärmen. Im § 963 sind die Grundsätze über die Rechtsverhältnisse bei der untrennbaren Vereinigung beweglicher Sachen (§§ 947, 948) auf die Bienenschwärme übertragen. Nur soll für die Anteile der Miteigentümer nicht der Wert, sondern die Zahl der verfolgten Schwärme maßgebend sein. Fraglich kann sein, welches Rechtsverhältnis entsteht, wenn eine Vereinigung mit herrenlosen Bienenschwärmen stattfindet. Wird nur ein ausgezogener Bienenschwarm verfolgt und haben sich mit ihm andere herrenlose vereinigt, so wird der Eigentümer, der den Gesamtschwarm einfängt, Alleineigentümer des Gesamtschwarmes, indem er sein Eigentum an seinem Schwarm behält und den herrenlosen sich aneignet. Aber auch wenn mehrere Eigentümer ihre ausgezogenen Schwärme verfolgen und diese sich miteinander und mit herrenlosen Schwärmen vereinigt haben, ist ein anderes nicht denkbar, als daß sie beim Einfangen des Gesamtschwarmes am ganzen Gesamtschwarm, einschließlich der dazugekommenen herrenlosen Schwärme — an diesen durch gemeinsame Aneignung —, Miteigentümer werden. Daß hierbei auch die Anteile an dem Gesamtschwarm so bemessen werden, wie wenn er nur aus verfolgten Schwärmen bestanden hätte, ist ein Ergebnis von solcher Einfachheit und natürlicher Billigkeit, daß es als im Sinne des § 963 gelegen erachtet werden muß.

Die Grundsätze des § 963 werden auch dann anzuwenden sein, wenn die vereinigten Bienenschwärme zusammen in einen unbesetzten Bienenkorb einziehen oder wenn die mehreren Schwärme sich in einem unbesetzten Bienenkorb vereinigen. Den Fall aber, daß sie in eine besetzte Bienenwohnung einziehen, regelt § 964.

2. Rechte Dritter. Auf die Rechte Dritter, die an den verfolgten Einzelschwärmen vor der Vereinigung bestanden haben, ist § 949 entsprechend anzuwenden.

§ 964

Ist ein Bienenschwarm in eine fremde besetzte Bienenwohnung eingezogen, so erstrecken sich das Eigentum und die sonstigen Rechte an den Bienen,

mit denen die Wohnung besetzt war, auf den eingezogenen Schwarm. Das Eigentum und die sonstigen Rechte an dem eingezogenen Schwarme erlösen.

§ I 909 II 879; M 3 374; P 3 255; 4 590, 591.

Ein Anspruch auf Vergütung für den Verlust des Eigentums und der Rechte an dem eingezogenen Schwarm nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung ist im § 964 nicht eingeräumt. Es fragt sich, ob § 951 entsprechend anzuwenden ist. Dies wird mit Recht überwiegend verneint. Der Hungerschwarm verursacht in der Regel erheblichen Schaden an den in der Bienenwohnung vorhandenen Bienen. Auf dieser Erfahrung beruht die Vorschrift des Gesetzes; das Nichteinräumen des Bereicherungsanspruchs bedeutet dessen Ausschluß.

VI. Fund

§ 965

Wer eine verlorene ¹⁾ Sache findet und an sich nimmt ²⁾, hat dem Verlierer oder dem Eigentümer oder einem sonstigen Empfangsberechtigten unverzüglich Anzeige zu machen ³⁾.

Kennt der Finder ²⁾ die Empfangsberechtigten nicht oder ist ihm ihr Aufenthalt unbekannt, so hat er den Fund und die Umstände, welche für die Ermittlung der Empfangsberechtigten erheblich sein können, unverzüglich der Polizeibehörde anzuzeigen ⁴⁾. Ist die Sache nicht mehr als drei Mark wert, so bedarf es der Anzeige nicht ⁵⁾ ⁶⁾.

§ I 910, 921 II 880; M 3 375—377, 386; P 3 255, 256, 272.

1. Verloren kann nur eine Sache sein, die nicht herrenlos ist. Dagegen kann eine verlorene Sache durch Hinzutreten des Eigentumaufgabewillens herrenlos werden; sie hört dann auf, verloren zu sein. Denn der Begriff des Verlorenseins setzt Fortdauer der Rechtsstellung des Eigentümers und Verlierers voraus. Wenn jemand sein falsches Geld wegwirft, weil er verfolgt wird, so gibt er den Besitz auf in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten. Das Falschgeld wird dann herrenlos und ist deshalb keine verlorene Sache (RGSt 67, 298). — Zum Verlorensein gehört ferner, daß ein Besitz an der Sache nicht mehr besteht. Dies ist — wegen § 857 — nicht der Fall bei Sachen, die bei tödlich Verunglückten (Selbstmördern) „gefunden“ werden (Weimar, MedR 53, 325). Wird der Besitz an einer im Hause verlegten Sache durch den Besitz an den Räumen, wenn auch unbewußt, aufrechterhalten, so ist die Sache ebenfalls nicht verloren. „Das Haus verliert nichts.“ Das gilt nicht nur für das eigene Haus, sondern auch für Räume, in denen man zur Miete wohnt, z. B. Zimmer eines Gasthauses, und nicht nur für die Zeit, in der man dort wohnt. Nicht verloren sind auch versteckte Sachen, also insbesondere die der Sicherheit halber an irgendeinem Ort verborgenen Sachen. Denn der Besitz an diesen besteht fort (RGSt 2. 3. 11 I 1220/10; RGSt 53, 175). Ein Geldschein, der beim Ordnen von Lumpen unter diesen entdeckt wird, kann nicht gefunden werden; denn er steht im Besitz des Händlers (a. M. DRG 41, 158). Die Perle in der Auster wird vom Gast nicht „gefunden“; denn sie ist nicht verloren (vgl. auch A 1a zu § 956). Der Besitzverlust muß ferner eine gewisse Endgültigkeit haben. Der nur vorübergehende Verlust genügt nicht. Eine aus der Hand gefallene oder verlegte Sache, deren Verlust und Verbleib alsbald entdeckt wird, ist nicht verloren. In welchem Zeitpunkt man von Verlorensein sprechen kann, ist darum im allgemeinen nicht zu sagen, vielmehr im Einzelfall nach der Verkehrsauffassung zu bestimmen. Ein im Straßengewühl der Großstadt entfallener Gegenstand kann nach Sekunden als verloren anzusehen sein, eine auf einsamem Wege entfallene nach Stunden noch als bloß augenblicklich abhanden gekommen. Der Besitzverlust muß unwillkürlich eintreten. Die weggeworfene Sache ist so wenig verloren wie die gestohlene. Auch der Dieb kann die gestohlene Sache verlieren; denn Verlierer und Eigentümer brauchen nicht ein und dieselbe Person zu sein. Auch durch den Besitzdiener und im Falle des mittelbaren Besitzes durch den Besitzvermittler kann die Sache verloren werden. Für den Besitzer oder mittelbaren Besitzer muß die Sache auch dann als verloren gelten, wenn sie zwar ohne sein Wissen und Wollen, aber mit Wissen und Willen des Besitzdieners oder Besitzvermittlers besitzerlos geworden ist (ebenso Brodmann bei Pand A 1a zu § 965; Kober bei Staudinger A 13 zu § 965).

2. Finden ist Wahrnehmen mit dem Bewußtsein, daß es sich um eine verlorene Sache handelt, Annehmen willkürliche Besitzergreifung. Aufnehmen zur Besichtigung ist nicht „Annehmen“. Das Annehmen ist Rechts-handlung, aber kein Rechtsgeschäft. Finder (Abs 2) ist — auch bei

mehreren am Fund Beteiligten — derjenige, der die verlorene Sache gefunden und an sich genommen hat.

3. Anzeige an einen Empfangsberechtigten. Der Verlierer gilt ebenso wie der Eigentümer ohne weiteres von Gesetzes wegen als empfangsberechtigt für die Anzeige. Der Finder braucht die Rechtsstellung des Verlierers nicht nachzuprüfen. Empfangsberechtigt kann auch sein, wer die Sache vor dem Verlust als dinglich Nutzungsberechtigter oder auf Grund Gestattung des Eigentümers oder Nutzungsberechtigten, z. B. als Mieter, im Besitz hatte. Auch der Pfandgläubiger kann in Frage kommen. Aber auch die auf der Sache oder auf ihr anhaftenden Marken, z. B. Schlüsselmarken als empfangsberechtigt bezeichneten Dritten zählen hierher.

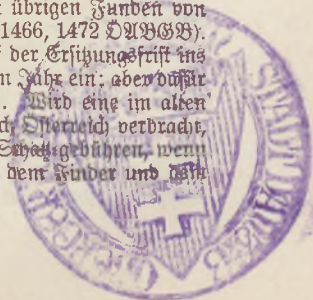
Das Gesetz verlangt Anzeige an den bekannten Empfangsberechtigten selbst. Die Anzeige an die Polizei genügt daher nicht, wenn der Finder einen Empfangsberechtigten kennt. Dagegen braucht der Finder die Anzeige nicht in eigener Person zu machen. Er kann sich dazu auch anderer, so auch der Polizeibeamten als Mittelspersonen bedienen. Übernimmt daher die Polizei allgemein oder im einzelnen Fall die Anzeigevermittlung, so genügt der Finder seiner Pflicht zur Anzeige an den Empfangsberechtigten auch auf dem Wege der Verständigung durch die Polizei. Eine besondere Form ist für die Anzeige nicht vorgeschrieben. Sie könnte also unter Umständen auch durch Veröffentlichung in einem Blatt geschehen. Es kommt dabei darauf an, ob die Veröffentlichung nach den Umständen dem Empfangsberechtigten die Kenntnis des Fundes zu vermitteln geeignet ist. Die Anzeige ist selbstverständlich nur dann zu erstatten, wenn sie tunlich ist. So entfällt die Anzeigepflicht, wenn der bekannte Verlierer bekannten Aufenthalts, aber nicht erreichbar oder nur mit unverhältnismäßigen Kosten erreichbar ist. Wird der Verlierer später erreichbar, so ist die Anzeige unverzüglich nachzuholen.

4. Anzeige an die Polizeibehörde. Die Pflicht zu dieser Anzeige ist nicht nur dann verletzt, wenn die Anzeige überhaupt versäumt oder verzögert wird, sondern auch dann, wenn dabei die zur Ermittlung des Empfangsberechtigten dienlichen Umstände nicht gewissenhaft angegeben werden. Wird dem Finder nach Erstattung der Anzeige bei der Polizei ein Empfangsberechtigter bekannt, so ist zwar im Gesetz eine zweite Anzeige nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Das Bekanntwerden des Empfangsberechtigten hindert aber den Eigentümswerb des Finders (§ 974) und hat dem Sinn und Zweck des § 965 nach auch die Pflicht zur Anzeige an den Empfangsberechtigten nach Abs 1 zur Folge (Vgl. A 5). Welche Polizeibehörde zur Entgegennahme der Anzeige zuständig ist, bestimmt das Landesrecht. Die von der Polizei zu entfaltende Tätigkeit bezweckt den Schutz der verschiedenen, in Ansehung eines Fundes möglicherweise in Betracht kommenden, noch ungewissen oder unbekanntem Rechte. Sie dient also der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und damit den öffentlichen Belangen.

5. Fund geringwertiger Sachen. Markt ist jetzt Reichsmarkt (W v. 12. 12. 1924 § 1 RWBI I, 775). Nur die Anzeige bei der Polizei im Falle des Abs 2 ist bei geringwertigen Sachen erlassen, nicht auch die Anzeige an den bekannten Empfangsberechtigten im Falle des Abs 1. Dies hat notwendig zur Folge, daß die Pflicht zur Anzeige an den Empfangsberechtigten im Augenblicke seines Bekanntwerdens eintritt. Der Finder hat also nach dem Bekanntwerden des Empfangsberechtigten diesem unverzüglich gemäß § 965 Abs 1 Anzeige zu machen. Was so für den Fund geringwertiger Sachen gilt, muß auch beim hochwertigen Fund zutreffen (vgl. A 4).

[6. Im internationalen Privatrecht bestimmen sich Rechte und Pflichten des Finders in erster Linie nach dem Recht am Fundort (DVG 10, 114). Wird nach dem Recht des Fundorts sofort Eigentum am Fund erworben, so hat es dabei sein Bewenden. Ist der Ablauf einer Verschweigungsfrist zum Eigentümswerb erforderlich, so entscheidet über die Dauer dieser Verschweigungsfrist ebenso wie bei der Erfindung das Recht des Ortes, an dem sich die Sache bei Ablauf der Frist befindet.

Nach österreichischem Recht bedürfen, wenn der Eigentümer der Sache unbekannt ist, Funde bis zum Wert von 0,66 RM. keiner Anzeige; ein Fund im Wert bis zu 6,66 RM. ist binnen 8 Tagen in ortszüblicher Weise bekannt zu machen, er kann auch bei der Polizei angezeigt werden; Funde im Wert von mehr als 66,66 RM. müssen bei der Ortsobrigkeit angezeigt werden (§§ 389, 390 OABGB). Der Finderlohn beträgt 10%; erst wenn er 33,33 RM. übersteigen würde, vom überschießenden Wert 5% (§ 391 OABGB). Nach einem Jahr erwirbt der Finder das Recht, die Sache für sich zu benutzen; erst nach Ablauf der Erfindungsfrist von 3 — gegenüber juristischen Personen 6 — Jahren, beginnend beim Kleinfund vom Fund an, bei den übrigen Funden von der Veröffentlichung oder Anzeige an wird der Finder Eigentümer (§§ 392, 1466, 1472 OABGB). Wird die in Österreich oder dem Sudetenland gefundene Sache vor Ablauf der Erfindungsfrist ins alte Reichsgebiet gebracht, so tritt hier der Eigentümswerb schon nach einem Jahr ein; aber dafür greift auch die Pflicht zur Herausgabe der Bereicherung ein (§ 977 BGB). Wird eine im alten Reichsgebiet gefundene Sache vor Ablauf eines Jahres seit der Anzeige nach Österreich verbracht, so wird das Eigentum erst nach 3 bzw. 6 Jahren erworben. — Von einem Schadloshalten, wenn er in Österreich oder dem Sudetenland gefunden wird, je $\frac{1}{3}$ dem Fiskus, dem Finder und dem Grundeigentümer (§ 399 OABGB). (Weißte.)]



§ 966

Der Finder ist zur Verwahrung der Sache verpflichtet¹⁾.

Ist der Verderb der Sache zu besorgen oder ist die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden, so hat der Finder die Sache öffentlich versteigern zu lassen²⁾. Vor der Versteigerung ist der Polizeibehörde Anzeige zu machen³⁾. Der Erlös tritt an die Stelle der Sache.

§ I 911, 918 II 881; III 3 378, 379; IV 3 258, 261.

1. Verwahrungspflicht des Finders. Sie beginnt erst, wenn der Finder die Sache wirklich an sich genommen hat. Solange er sie nur zur Besichtigung aufgenommen hat, kann er sie wieder niederlegen. Aus der Verwahrungspflicht ergibt sich das Recht des Finders zum Besitz. Er erwirbt, wenn er für den Eigentümer besitzen will, den Besitz in gutem Glauben, haftet dann also nicht nach §§ 990, 989. Dasselbe gilt für den, der die Fundsache für den Finder in Verwahrung nimmt (RG JW 1924, 1715⁶⁾). Die Verwahrungspflicht ist nicht unbedingt. Erweist sich die Sache als verdorben und wertlos oder verdirbt sie und wird wertlos, so kann sich der Finder ihrer ohne weiteres entledigen. Denn die Verwahrung nach § 966 Abs 1 hat nur den Zweck, dem Empfangsberechtigten die Sache zu erhalten. Ist dieser Zweck unerreichbar, so entfällt auch die Verwahrungspflicht. Sie liegt auch dann nicht im Sinne des Gesetzes, wenn der Zustand der Sache (z. B. wegen Ansteckungsgefahr) ihre Verwahrung unzulässig erscheinen läßt (Unmöglichkeit der Erfüllung). Daß die Verwahrung dem Finder nur lästig ist, kann ihn dagegen zur Aufgabe der Verwahrung nicht berechtigen. Denn durch § 967 ist ihm freigestellt, die Sache an die Polizeibehörde abzuliefern. Die Verwahrungspflicht erstreckt sich auch auf Bezüge, Verwahren und Verwerten etwaiger Früchte der Sache, z. B. der Milch einer gefundenen Kuh. Der etwaige Erlös ist mit herauszugeben oder geht an den Kosten für Verwahrung und den sonstigen Aufwendungen ab. Die Kosten des Beziehens, Verwahrens, Verwertens der Früchte mindern ohne weiteres deren Erlös. Das Selbstbeziehen der Früchte durch den Finder ist unter Umständen nicht ausgeschlossen. — Trotz der Verwahrungspflicht des Finders entspricht sein Verhältnis zum Eigentümer der verlorenen Sache nicht dem § 868, auch nicht, wenn der Finder den Eigentümer kennt und dieser vom Besitz des Finders Kenntnis hat (RG 4. 2. 27 III 104/26; vgl. IV 3 Abs 2 zu § 868).

2. Versteigerung. Der Finder hat die Pflicht, versteigern zu lassen, nur dann, wenn er nicht vorzieht, die Sache an die Polizeibehörde abzuliefern (§ 967). Über den Begriff der öffentlichen Versteigerung: § 383 Abs 3. Durch die Versteigerung erlangt der Ansteigerer, dem die Sache der Versteigerung zufolge übertragen wird, Eigentum. Aber nicht etwa auf Grund der §§ 932, 935 Abs 2. Denn der Finder ist hier als Veräußerer kraft Gesetzes an die Stelle des Eigentümers getreten. Er ist berechtigt, auf Grund der öffentlichen Versteigerung wirksam Eigentum zu übertragen; der Erwerb von ihm ist also nicht Erwerb von Nichtberechtigten. War der Finder nicht berechtigt, die Sache versteigern zu lassen, weil die Voraussetzungen des Abs 2 nicht vorliegen, so kann er zwar nicht wirksam Eigentum übertragen; der gutgläubige Erwerber aber erlangt dann Eigentum nach § 935 Abs 2. Der gute Glaube, der hier verlangt wird, ist der Glaube an das Vorliegen einer ordnungsmäßigen Fundversteigerung (vgl. die entsprechende Vorschrift in § 1244). Gutgläubig ist auch hier, wer glaubt, vom Berechtigten zu erwerben. Der Fall des § 966 ist dem des § 1244 so gleichartig, daß eine entsprechende Anwendung des § 1244 auf die Tatbestände des § 966 zulässig sein muß.

3. Die Anzeige über das Bedorsten der Versteigerung soll es der Polizeibehörde ermöglichen, zu prüfen, ob der Versteigerungsfall gegeben ist und, wenn sie es für erforderlich hält, sich die Sache oder den Versteigerungserlös abliefern zu lassen (§ 967). Deshalb ist so bald anzuzeigen, daß die Polizeibehörde noch rechtzeitig verfügen kann. Die Versteigerung zu verbieten, steht der Polizeibehörde nach §§ 966, 967 nur dann zu, wenn sie die Ablieferung anordnet.

§ 967

1) Der Finder ist berechtigt²⁾ und auf Anordnung der Polizeibehörde verpflichtet, die Sache oder den Versteigerungserlös an die Polizeibehörde abzuliefern³⁾.

§ I 912 II 882; III 3 379; IV 3 259.

1. Fundablieferung an die Polizeibehörde. Die Ablieferung kann sowohl der Entlastung des Finders wie der Sicherstellung des Verkäufers dienen. Sie hat zur Folge, daß der Finder seiner Verpflichtung zur Verwahrung und zur Herausgabe an den Berechtigten ledig wird, ohne seiner Ersatzansprüche für Aufwendungen, seines Finderlohns und seines Anrechts auf die Sache oder den Erlös nach fruchtlosem Ablauf der Wartezeit verlustig zu gehen. Die Polizeibehörde hat dafür zu sorgen, daß die Verwahrungs- und gegebenenfalls die Herausgabepflicht vom Finder,

andererseits aber auch dessen Ansprüche an den Empfangsberechtigten erfüllt werden. Ihre Obliegenheiten sind indessen, wenn schon auf dem BGB beruhend, doch nicht bürgerliche Schuldverbindlichkeiten, sondern Amtspflichten der beteiligten Beamten. Zur wirksamen Ausübung ihrer Obliegenheiten stehen der Polizeibehörde dieselben gesetzlichen Ermächtigungen zur Seite wie dem Finder vor der Ablieferung, insbesondere die Befugnis zum Anordnen der Versteigerung. Die Versteigerung im Auftrage der Polizeibehörde hat die gleiche Wirkung wie die im Auftrag des Finders durchgeführte öffentliche Versteigerung. Dem Anfordern der bei der Polizeibehörde aufgewendeten Kosten steht das BGB nicht entgegen, aber auch nicht zur Seite. Die Rechtsnorm für die Pflicht zum Ersatz dieser Kosten muß, da es Kosten für öffentliche Hilfeleistung sind, dem öffentlichen Recht, also dem Landesrecht, entnommen werden, das auch im übrigen zur Regelung der Obliegenheiten der Polizeibehörden in Fundsachen insoweit zuständig ist, als nicht das BGB selbst Vorschriften getroffen hat.

2. Ablieferungsberechtigung. Sie hat bürgerlich-rechtliche Wirksamkeit gegenüber dem Verlierer — dieser muß sich die Ablieferung mit ihren Wirkungen gefallen lassen —, öffentlich-rechtliche Bedeutung gegenüber der Polizeibehörde. Die vorbezeichneten (A 1) Wirkungen der Ablieferung treten aber erst mit der wirklichen Übernahme durch die Polizeibehörde ein, nicht also z. B. schon durch das Anbieten der Ablieferung dann, wenn die Polizeibehörde vorübergehend wegen Fehlens eines Verwahrungsraumes zur Übernahme außerstande ist.

3. Ablieferungspflicht auf Verlangen der Polizeibehörde. Die Pflicht besteht nur der Polizeibehörde gegenüber und hat öffentlich-rechtliche Natur. Erzwungen wird die Pflichterfüllung nicht im Rechtsweg, sondern mittels der polizeilichen Zwangsmaßnahmen. Die Ablieferung kann von vornherein für alle Funde oder für bestimmte Arten von solchen, aber auch im einzelnen Fall auf die Fundanzeige hin, aber immer nur dem Finder gegenüber angeordnet werden. Einem Rechtsanwalt, der im Auftrag eines Dritten einen Fund angezeigt hat, kann die Polizei nicht aufgeben, die Ablieferung des Fundstücks zu veranlassen (ZB 1925, 1060).

§ 968

Der Finder hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

§ II 883; § 3 258, 259.

Haftungsverbindlichkeit des Finders. Die Vorschrift überträgt den Grundsatz des § 680 und damit auch seine Ausnahme in § 682 auf das Fundrecht. Wie der, der auftragslos fremde Geschäfte führt, um eine dem Geschäftsherrn drohende dringliche Gefahr abzuwenden, so soll auch der in ähnlicher Lage befindliche Finder nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten haben. Der Finder haftet also für den Schaden dann, wenn er den ihm als Finder obliegenden Pflichten vorzüglich oder unter besonders schwerer Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zuwiderhandelt, während er für leichtere Versehen nicht verantwortlich ist. Der Verstoß kann sich richten gegen die Anzeigepflicht, aus deren Verletzung etwa unnütze Kosten für Nachforschungen und Schäden durch verspätete Ermittlung des Berechtigten entstehen; er kann sich ebenso gegen die Pflicht zur Verwahrung richten, wenn er etwa die Beschädigung oder den Untergang der Sache zur Folge hat; er kann sich endlich gegen die Pflicht zur gewissenhaftesten Prüfung der Empfangsberechtigung richten (so bei etwaigem Verlust durch Herausgabe an einen Unberechtigten). — In dem vom RG ZB 1924, 1715^o entschiedenen Fall hatte eine Mutter die von ihrem Kind gefundene Sache als solche in Verwahrung genommen. Die Frage, ob auch sie nur nach § 968 haften würde, ist dort offen geblieben, aber zu bejahen.

§ 969

Der Finder wird durch die Herausgabe der Sache an den Verlierer auch den sonstigen Empfangsberechtigten gegenüber befreit.

§ II 884; § 3 259—261.

Herausgabe an den Verlierer. Das Gesetz erleichtert die Verantwortlichkeit des Finders für richtige Herausgabe wesentlich dadurch, daß es den Verlierer als den Empfangsberechtigten bezeichnet. Hiernach wird der Finder einer gestohlenen und vom Dieb verlorenen Sache frei, wenn er die Sache dem Dieb herausgibt. Man wird das aber nur für den Fall anzuerkennen haben, daß der Finder den wahren Sachverhalt nicht kennt. Kennt er ihn, gibt er trotzdem dem Dieb als dem Verlierer die Sache zurück und verstößt er dadurch gegen § 257 StGB, so kann er sich auf § 969 nicht berufen, weil die Herausgabe nach § 138 nichtig ist. Aus § 968 ergibt sich weiter, daß der Finder schon dann frei wird, wenn er an den Herausgeber, den er ohne grobe Fahrlässigkeit für den Verlierer hält, auch wenn dieser nicht der Verlierer ist.

Kraft der gesetzlichen Empfangsberechtigung des Verlierers wird der Finder durch Herausgabe an ihn auch dann frei, wenn der Eigentümer den Herausgabeanspruch erhebt und sein Recht glaubhaft macht. Der Finder braucht sich auf den Streit zwischen dem Verlierer und dem an-

geblichen Eigentümer nicht einzulassen und die Sache nicht zu hinterlegen. Indessen hat der Verlierer als solcher nur eine Empfangsberechtigung, aber keinen Herausgabeanspruch. Der Finder kann also, wenn dem Verlierer kein Recht auf die Sache zur Seite steht, ihm die Herausgabe verweigern und wird durch die Herausgabe an den wahren Berechtigten frei. Die gesetzliche Empfangsberechtigung des Verlierers ist nicht unantastbar. Der wahre Berechtigte hat die Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung zu erwirken, durch die dem Finder die Herausgabe an den Verlierer untersagt wird. In diesem Falle ist die Wirksamkeit des § 969 für die Dauer der einstweiligen Verfügung ausgeschlossen.

Die Vorschrift ist nach ihrer Entstehungsgeschichte wesentlich auf den **Besitzdiener** gemünzt. Als „Verlierer“ sollte auch dieser empfangsberechtigt sein. Das ist auch erreicht: denn nach dem Ausgeführten (Abs 2) kann man dem Besitzdiener die Rolle des Verlierers nicht deshalb absprechen, weil er keinen Herausgabeanspruch hat. Besteht das Besitzdienerverhältnis bei der Herausgabe noch, so ist der Finder befreit. Besteht es nicht mehr, so ist er nur dann befreit, wenn ihm weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

§ 970

Macht der Finder zum Zwecke der Verwahrung oder Erhaltung der Sache oder zum Zwecke der Ermittlung eines Empfangsberechtigten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so kann er von dem Empfangsberechtigten Ersatz verlangen.

§ 914 II 885; W 3 380; P 3 261, 262.

Ersatz der Aufwendungen. Soweit die Aufwendungen zur Verwahrung und Erhaltung notwendig sind, also auf Grund der Verwahrungspflicht gemacht werden müssen, würde sich der Ersatzanspruch auch aus § 966 schon ergeben. Dies muß auch von den Kosten einer etwaigen Versteigerung gelten. § 970 gibt den Ersatzanspruch in weiterem Umfang; § 994 Abs 1 Satz 2 gilt aber auch hier. Bezüglich der Aufwendungen der Polizeibehörde: § 967 A 1 am Ende.

§ 971

Der Finder kann von dem Empfangsberechtigten einen Finderlohn¹⁾ verlangen. Der Finderlohn beträgt von dem Werte der Sache bis zu dreihundert Mark fünf vom Hundert, von dem Mehrwert eins vom Hundert, bei Tieren eins vom Hundert. Hat die Sache nur für den Empfangsberechtigten einen Wert, so ist der Finderlohn nach billigem Ermessen zu bestimmen.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Finder die Anzeigepflicht verletzt oder den Fund auf Nachfrage verheimlicht²⁾.

§ 914 II 886; W 3 380, 381, 386; P 3 261—264, 272.

1. Finderlohn. Gedacht ist der Finderlohn sowohl als Belohnung für die Ehrlichkeit wie als Vergütung für die Müheverwaltung. Man wird aber daraus nicht den Schluß ziehen dürfen, daß durch den Finderlohn alle Mühe entschädigt sein soll, die der Finder aus Anlaß des Fundes angewendet hat. Hat der Finder z. B. gesunde Tiere längere Zeit selbst persönlich verpflegt oder durch seine Diensleute pflegen lassen, während ihm frei stand, sie durch Dritte verpflegen zu lassen oder der Polizei zu übergeben, so wird man ihm für diese besondere Müheverwaltung eine Vergütung auch neben dem Finderlohn zubilligen müssen. Der Anspruch auf Finderlohn richtet sich gegen den Empfangsberechtigten, dem der Finder die Fundsache herausgibt. Gegen die andern Empfangsberechtigten (§ 965 A 3) hat er keinen Anspruch.

Unter dem **Wert der Sache** ist der gemeine Wert zur Zeit der Herausgabe zu verstehen. Besondere Belange des Verlierers oder Finders kommen daneben nicht in Betracht. Mark ist jetzt Reichsmark (§ 965 A 5).

2. Verlust des Finderlohns. Die Verletzung der Anzeigepflicht als Grund der Anspruchsverwirkung muß schuldhaft (vorsätzlich oder grobfahrlässig) sein (§§ 965, 968). Die Verheimlichung begründet den Verlust nur dann, wenn sie auf Anfrage eines glaubhaft Berechtigten begangen wird. Sie kann in Schweigen, Auskunftsverweigerung, Leugnen, Vorpiegelungen bestehen. Kommt der Finder, um den Berechtigten zu täuschen, einer Anfrage mit solchen Vorpiegelungen zuvor, so ist es so anzusehen, als ob die Anfrage gestellt gewesen wäre. Ernsthafte Verweigerung des Fragers an die Polizeibehörde, der die Anzeige erstattet ist, kann nicht als Verheimlichung erachtet werden. Dem Finder, welcher die vorgeschriebene Anzeige an die Polizeibehörde erstattet hat, muß insbesondere dann, wenn er die Fundsache an die Polizei abgeliefert hat, die Verweisung an die Polizei gestattet sein. Wer dagegen den Frager nicht an die Polizei

verweist, kann trotz der Anzeigerstattung und der Ablieferung an diese des Finderlohns verlustig gehen, wenn er dem anfragenden Berechtigten den Fund verheimlicht. Wer beim Vorhandensein von mehreren Empfangsberechtigten den Fund dem einen verheimlicht, dem andern mitteilt, verliert mindestens gegen diesen seinen Finderlohnanspruch nicht.

§ 972

Auf die in den §§ 970, 971 bestimmten Ansprüche finden die für die Ansprüche des Besitzers gegen den Eigentümer wegen Verwendungen geltenden Vorschriften der §§ 1000 bis 1002 entsprechende Anwendung.

§ 1 915 II 887; M 3 379, 380; P 3 264—268; 6 236.

Schutz der Ansprüche des Finders. Der Finder kann die Herausgabe verweigern, bis er für die Verwendungen und den Finderlohn befriedigt ist, kann aber beide nur fordern, wenn der Empfangsberechtigte die Fundsache schon erhält oder die Ansprüche genehmigt. Hat der Empfangsberechtigte die Fundsache schon wieder in seinen Besitz bekommen und will er die Ansprüche des Finders nicht genehmigen, so kann er die Fundsache zurückgeben und sich damit von den Ansprüchen befreien. Ebenso kann er zum gleichen Zweck die ihm angebotene Fundsache zurückweisen. Nimmt er aber die ihm unter ausdrüchlichem Vorbehalt jener Ansprüche angebotene Fundsache an, so genehmigt er damit die Ansprüche. Erhält er die Sache ohne Vorbehalt der Ansprüche, so wird er nach Ablauf eines Monats von den Ansprüchen frei, falls er nicht inzwischen belangt ist oder genehmigt hat (§ 974).

§ 1000 Satz 2 ist unanwendbar. Auch der unredliche Finder verletzt durch das Annehmen einer verlorenen Sache kein fremdes Recht.

§ 973

¹⁾ Mit dem Ablauf eines Jahres nach der Anzeige des Fundes bei der Polizeibehörde erwirbt der Finder das Eigentum an der Sache, es sei denn, daß vorher ein Empfangsberechtigter dem Finder bekannt geworden ist oder sein Recht bei der Polizeibehörde angemeldet hat. Mit dem Erwerbe des Eigentums erlöschen die sonstigen Rechte an der Sache ²⁾.

Ist die Sache nicht mehr als drei Mark wert, so beginnt die einjährige Frist mit dem Funde. Der Finder erwirbt das Eigentum nicht, wenn er den Fund auf Nachfrage verheimlicht. Die Anmeldung eines Rechtes bei der Polizeibehörde steht dem Erwerbe des Eigentums nicht entgegen.

§ 1 918—921 II 888; M 3 382—386; P 3 271, 272.

1. Eigentumserwerb durch den Finder. Mit dem Ablauf eines Jahres erlangt der Finder das Eigentum der Fundsache, und zwar das Jahr gerechnet vom Augenblicke des Fundes an in dem Falle, wo eine Fundanzeige an die Polizei nicht vorgeschrieben ist, in den andern Fällen von der Anzeige bei der Polizei an. Solange die Anzeige nicht erstattet ist, kommt die Frist nicht in Lauf. In beiden Fällen erwirbt der Finder das Eigentum nicht, wenn ihm ein Empfangsberechtigter vor Ablauf der Frist bekannt geworden ist, in den Fällen der Notwendigkeit der Polizeianzeige auch dann nicht, wenn sich vor Ablauf der Frist ein Empfangsberechtigter bei der Polizei gemeldet hat, in den Fällen der Entbehrlichkeit der Polizeianzeige dann nicht, wenn er selbst auf Nachfrage den Fund verheimlicht hat. Die Umstände, die hiernach den Eigentumserwerb des Finders hindern, sind ihm im Streitfall nachzuweisen. Auffällig ist, daß die Verheimlichung des Fundes auf Nachfrage den Eigentumserwerb des Finders dann nicht hindert, wenn es sich um einen wertvolleren Fund handelt, welcher der Polizei angezeigt worden ist. Man ist indessen nicht genötigt, ein Übersehen anzunehmen. Denn wenn der Finder durch die Nachfrage Kunde von dem Empfangsberechtigten erhalten hat, so verliert er ohnehin sein Finderverbrecht. Hat ihn aber die Nachfrage nicht zu dem Glauben an die Empfangsberechtigung des Nachfragers gebracht und dieser auch auf die Verheimlichung hin keinen Anlaß zur Anmeldung seines Rechtes bei der Polizei genommen, so verlangt auch die Billigkeit nicht die Hintanhaltung des Findererwerbs. Der Finder erwirbt das Eigentum mit dem Ablauf der Wartezeit, aber mit Rückwirkung, weil der Eigentumserwerb durch Fund als Aneignungserwerb zu betrachten ist, nicht als Erwerb kraft Gesetzes (bestr.; vgl. Rober bei Staudinger A 3 zu § 973; Brodmann bei Bland A 2 zu § 973).

Hat jemand eine Sache als Fund bei der Polizei abgeliefert und liegen die Voraussetzungen vor, unter denen er das Eigentum an einem Funde erworben haben würde, verweigert ihm aber die Polizei die Aushängung der Sache, weil kein Fund vorgelegen habe, so gehört der Anspruch des Finders auf Herausgabe seines Eigentums nicht dem bürgerlichen Recht an, er ist vor

den ordentlichen Gerichten nicht verfolgbar (vgl. § 965 A 4 a. E.). Die Aushändigung des Fundes ist eine Amtshandlung der Polizei, auf deren Vornahme nicht geklagt werden kann (a. M. LZ 1917, 1148⁹). Es gibt daher auch keinen privatrechtlichen Herausgabeanspruch gegen die Polizei, der etwa gepfändet werden könnte. Pfändbar und verpfändbar ist dagegen das Recht auf den Eigentümserwerb; denn es ist vererblich und übertragbar.

Wenn während der einjährigen Frist der Fundgegenstand behördlich beschlagnahmt und das Eigentum daran auf das Reich übertragen worden ist, kann der Finder das Eigentum nicht mehr erwerben (RG JW 1931, 930⁴).

2. Rechte an der Sache. Rechte, die früher an der Fundsache bestanden haben, erlöschen im Augenblick des Funderverwerbs gleich dem früheren Eigentum. Die Fundverwirkung richtet sich gegen die Inhaber solcher Rechte, Pfandgläubiger, Mißbraucher mit um so mehr Zug, als sie nach Lage der Sache zumeist als Verlierer in Betracht kommen werden.

§ 974

1) Sind vor dem Ablaufe der einjährigen Frist Empfangsberechtigte dem Finder bekannt geworden oder haben sie bei einer Sache, die mehr als drei Mark wert ist, ihre Rechte bei der Polizeibehörde rechtzeitig angemeldet, so kann der Finder die Empfangsberechtigten nach den Vorschriften des § 1003 zur Erklärung über die ihm nach den §§ 970 bis 972 zustehenden Ansprüche auffordern ²⁾. Mit dem Ablaufe der für die Erklärung bestimmten Frist erwirbt der Finder das Eigentum und erlöschen die sonstigen Rechte an der Sache, wenn nicht die Empfangsberechtigten sich rechtzeitig zu der Befriedigung der Ansprüche bereit erklären ^{3) 4)}.

§ I 919 II 889; R 3 384, 385; P 5 268—272; 6 236.

1. Funderverwerb wegen Nichteinlösung des Fundes durch die Empfangsberechtigten. Die durch rechtzeitiges Bekanntwerden oder Anmelden Empfangsberechtigter (§ 973) geschaffene Rechtslage, daß der Finder nicht Eigentümer wird, aber auch für seinen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen und auf Finderlohn nur das Recht der Zurückhaltung der Fundsache hat, ist dem Finder ungünstig, wenn die Empfangsberechtigten die Einlösung, d. h. die Befriedigung der Ansprüche gegen Herausgabe der Fundsache verweigern. Denn der Finder muß dann die Fundsache als fremde behandeln und kann sich für seine Ansprüche keine Befriedigung verschaffen. Zu seinen Gunsten ist darum in § 974 bestimmt, daß er das Eigentum erwirbt, wenn die Empfangsberechtigten trotz Aufforderung binnen angemessener Frist sich zur Befriedigung der Ansprüche nicht bereit erklären. Ob er die Empfangsberechtigten von vornherein kennt oder ob sie ihm erst später bekannt werden, ist dabei in allen Fällen bedeutungslos.

2. Allen Empfangsberechtigten muß die Aufforderung zugehen. Solange die Frist nicht allen Empfangsberechtigten gesetzt und nicht gegen alle erfolglos abgelaufen ist, erlangt der Finder das Eigentum nicht. Man wird aber annehmen müssen, daß die Frist für einen jeden der Empfangsberechtigten gesondert abläuft, so daß er von dem erfolglosen Ablauf an als Empfangsberechtigter nicht mehr in Betracht kommt. Zu verlangen ist die Erklärung, ob der Empfangsberechtigte zur Befriedigung der Ansprüche bereit ist. Genaue Angabe der Art und Höhe der Ansprüche ist Voraussetzung.

3. Folgen des Verhaltens der Empfangsberechtigten auf die Aufforderung. Wortlaut und Sinn der Vorschrift ergeben, daß der Finder Eigentümer der Fundsache wird, wenn die Empfangsberechtigten innerhalb der Frist überhaupt keine Erklärung abgeben oder die Befriedigung der Ansprüche verweigern, ohne sie zu bestreiten. Erklärt der Empfangsberechtigte dagegen, daß er die Befriedigung der Ansprüche nicht verweigere, falls solche beständen, bestreitet er aber ihr Bestehen ganz oder teilweise, so ist die Frage des Bestehens der Ansprüche im Rechtsweg auszutragen. Der Finder muß seine Ansprüche feststellen lassen und kann dann dem Empfangsberechtigten eine neue angemessene Frist setzen.

4. Wirkung der Erklärung der Empfangsberechtigten vor der Fristsetzung. Da die Fristsetzung nur den Zweck hat, den Empfangsberechtigten zur Erklärung über Verweigerung oder Nichtverweigerung der Befriedigung zu zwingen, so ist sie unnötig, wenn die Erklärung schon vorher abgegeben worden ist. Für den Fall der Anerkennung der Ansprüche ergibt sich dies unmittelbar aus den §§ 972 u. 1001. Für den Fall der Verweigerung aber muß darin, daß sie von vornherein ohne Abwarten der Fristsetzung erklärt wird, ein Verzicht des Empfangsberechtigten auf die Fristsetzung gefunden werden (vgl. § 972 A 1).

§ 975

Durch die Ablieferung der Sache oder des Versteigerungserlöses an die Polizeibehörde werden die Rechte des Finders nicht berührt¹⁾. Läßt die Polizeibehörde die Sache versteigern²⁾, so tritt der Erlös an die Stelle der Sache. Die Polizeibehörde darf die Sache oder den Erlös nur mit Zustimmung des Finders einem Empfangsberechtigten herausgeben³⁾.

§ I 913, 916 II 800; M 3 378, 380; P 3 261, 271.

1. Die Rechte des Finders bleiben unberührt; wohl aber ändern sich seine Pflichten. Er wird der Verwahrungspflicht ledig und seine Pflicht zur Herausgabe verwandelt sich in die Pflicht, der Herausgabe durch die Polizei zuzustimmen. Eine gewisse Veränderung erfährt dadurch mittelbar auch das Zurückbehaltungsrecht des Finders dahin, daß er nunmehr der Herausgabe zustimmen nur gegen Befriedigung seiner Ansprüche verpflichtet ist.

2. Versteigerung auf Anordnung der Polizeibehörde. Wann diese zulässig ist, ergibt sich aus den dafür erlassenen öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Jedenfalls ist die Versteigerung in den Fällen des § 966 Abs 2 zulässig.

3. Nichtherausgabe an den Empfangsberechtigten ohne Zustimmung des Finders. Hierbei handelt es sich um eine Schranke öffentlich-rechtlichen Inhalts, aber bürgerlich-rechtlichen Ursprungs. Gibt der Polizeibeamte trotz fehlender Zustimmung des Finders die Sache heraus, so verletzt er seine Amtspflicht und begründet dadurch gegebenenfalls eine Schadensersatzpflicht. Die bürgerlich-rechtliche Wirksamkeit der Herausgabe aber wird davon nicht berührt. Auf die Erteilung der Zustimmung kann der Verlierer gegen den Finder klagen. Ist die Verweigerung der Zustimmung nicht ernsthaft, so ist die Polizei an der Herausgabe nicht gehindert. Dies wird auch dann anzunehmen sein, wenn die Zustimmung mutwillig, trotz Anerkennung der Pflicht dazu, verweigert wird, z. B. wenn der mittellose Finder, der zur Ablieferung an die Polizei gezwungen worden ist, weil er die Anzeigepflicht verletzt hat, die Zustimmung offenbar nur deshalb verweigert, um dem Verlierer Kosten zu machen.

§ 976

Verzichtet der Finder der Polizeibehörde gegenüber auf das Recht zum Erwerbe des Eigentums an der Sache, so geht sein Recht auf die Gemeinde des Fundorts über¹⁾.

Hat der Finder nach der Ablieferung der Sache oder des Versteigerungserlöses an die Polizeibehörde auf Grund der Vorschriften der §§ 973, 974 das Eigentum erworben, so geht es auf die Gemeinde des Fundorts über, wenn nicht der Finder vor dem Ablauf einer ihm von der Polizeibehörde bestimmten Frist die Herausgabe verlangt²⁾.

§ I 923 II 891; M 3 386; P 3 272, 273.

1. Verzicht auf den Funderwerb. Die Rechte auf den Fund sind frei veräußerlich. Verzichtet der Finder auf sein Recht zum Eigentumserwerb zugunsten eines bestimmten Dritten, so kommen die Grundsätze über die Übertragung von Ansprüchen zur Anwendung. Das Gesetz gibt dem Finder aber auch die Möglichkeit, sich seines Rechtes zum Erwerb des Eigentums ohne Übertragung durch einseitigen Verzicht zu entschlagen. Es läßt den Verzicht durch Erklärung gegenüber der Polizeibehörde wirksam werden und knüpft daran die Rechtsfolge des Erwerbs durch die Fundortgemeinde. Dieser Verzicht ist ein Rechtsgeschäft, aber kein Vertrag. Die Gemeinde ist nur an den Verzichtsfolgen, nicht aber an dem Verzichtsgeschäfte beteiligt. Die Gemeinde erhält daraus nur Rechte, keine Pflichten.

Der Finder kann sich beim Verzicht seine Ansprüche auf Finderlohn und Ersatz von Aufwendungen vorbehalten; er setzt damit das Erlangen der für Finderlohn und Aufwendungen erhobenen Ansprüche zur Bedingung des Verzichts. Eine Verpflichtung der Gemeinde entsteht daraus nicht. Wenn sie in Kenntnis des Vorbehalts die Sache übernimmt, so kann (muß aber nicht) daraus zu schließen sein, daß sie sich zur Befriedigung jener Ansprüche verbindlich macht.

Infolge des wirksamen Verzichts tritt die Gemeinde hinsichtlich des Rechtes auf Erwerb des Eigentums, so wie es im Augenblicke des Verzichts besteht, an die Stelle des Finders. Hinsichtlich der Ansprüche auf Finderlohn und Ersatz von Aufwendungen des Finders ist nicht das gleiche der Fall. Diese Ansprüche müßten besonders abgetreten werden. Für Aufwendungen, welche die Gemeinde selbst, insbesondere durch eigne Verwahrung, nach dem Erwerb durch den Verzicht des Finders gemacht hat, kann auch sie Ersatz beanspruchen.

Ob die Fundsache mehr oder weniger als 3 RM. wert und ob sie an die Polizei abgeliefert worden ist oder nicht, kommt für die Anwendung des Abs 1 nicht in Betracht.

2. Verfall vom Finder erworbenener, aber bei der Polizei nicht abgeholtter Fundfachen. Auch dieser Eigentumsertwerb ist zwar Eigentumsübergang, aber nicht Eigentumsübertragung. Ein Rechtsgeschäft liegt dem Übergang überhaupt nicht zugrunde. In dem ungenutzten Verstreichenlassen der Frist durch den Finder ist weder ein Rechtsgeschäft noch eine Rechtsabhandlung zu finden.

Der Erwerb des Eigentums durch die Gemeinde hat den vorherigen Erwerb durch den Finder auf Grund der §§ 973, 974 zur Voraussetzung. Ist dieser dadurch gehindert, daß dem Finder vor Ablauf des Wartefahrs ein Empfangsberechtigter bekannt geworden ist, so vollzieht sich auch der Erwerb der Gemeinde nicht. Der Eigentumsertwerb der Gemeinde tritt abgesehen davon im Augenblick des Fristablaufs ohne weiteres ein. Besitzergreifung ist nicht erforderlich. Wie die Frist für das Verlangen der Herausgabe zu bestimmen und die Aufforderung zu erlassen ist, ergibt das öffentliche Recht. Aufforderung durch öffentliche Bekanntmachung ist nicht ausgeschlossen. Gerichtlicher Nachprüfung unterliegt das polizeiliche Verfahren nicht. — Im Falle des Abs 2 kann der Finder Finderlohn und Aufwendungsersatz von der Gemeinde nicht verlangen.

§ 977

Wer in Folge der Vorschriften der §§ 973, 974, 976 einen Rechtsverlust erleidet, kann in den Fällen der §§ 973, 974 von dem Finder, in den Fällen des § 976 von der Gemeinde des Fundorts die Herausgabe des durch die Rechtsänderung Erlangten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern¹⁾. Der Anspruch erlischt mit dem Ablaufe von drei Jahren nach dem Übergange des Eigentums auf den Finder oder die Gemeinde, wenn nicht die gerichtliche Geltendmachung vorher erfolgt²⁾.

§ I 922, 923 II 892; W 3 386; P 3 272.

1. Bereicherungsansprüche. Durch die Bestimmungen über den Eigentumswechsel beim Fund ist nur die Eigentumsfrage geregelt, nicht auch die Frage einer Verschiebung von Vermögenswerten. § 977 stellt klar, daß eine solche in der Regel nicht stattfinden, der Verlust des Eigentums und der dinglichen Rechte vielmehr ausgeglichen werden soll. Dabei bedeutet die Verweisung auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, daß die Voraussetzungen des § 812 Abs 1 gegeben sein müssen, wenn ein Anspruch nach § 977 entstehen soll. Dieser zeigt die Besonderheit, daß für ihn nicht die Verjährungsfrist von 30 Jahren, sondern eine Ausschlussfrist von 3 Jahren gilt. Über die in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Fragen: A 3 zu § 951. — Der Bereicherungsanspruch geht auf Herausgabe des Erlangten, also wenn die Sache bei dem in Anspruch Genommenen noch vorhanden ist, der Regel nach auf Herausgabe der Fundsache in Natur, andernfalls auf Ersatz in Geld. Nur die wirkliche, d. h. reine Bereicherung ist herauszugeben. Die Ansprüche auf Ersatz der Aufwendungen und auf Finderlohn sind also, weil sie durch die Bereicherungstatsache, den Eigentumsertwerb, erloschen, ausgleichungsweise dem Bereicherungsanspruch wieder gegenüberzustellen (Gegenbereicherungsanspruch). Wird die Herausgabe der Sache in Natur beansprucht und besteht die Sache nicht selbst in Geld, so daß ein Abzug nicht möglich ist, so kann nach §§ 273 ff. zugunsten des Anspruchs auf Finderlohn und Ersatz der Aufwendungen das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden.

Ob die **Erstreckung des Bereicherungsanspruchs auf den Fall des Verlustes des Eigentums durch Einlösungsverweigerung** (§ 974) auf einem Versehen bei der Feststellung der Vorentwürfe, beruht, kann dahingestellt bleiben. Denn der Gesetzeswortlaut ist so klar, daß über das erlassene Gesetz kein Zweifel sein kann; das Ergebnis schließt zwar für manche Fälle einen Fortschritt aus, weil die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts für die wiederauflebenden Finderlohn- und Verwendungsansprüche die Sache nahezu völlig auf den alten Standpunkt stellt, aber es ist doch nicht unmöglich und ungerecht. Unter diesen Umständen kann auch einem Versehen bei Vorarbeiten gegenüber dem Gesetzeswortlaut keine Bedeutung beigemessen werden. — Im Falle des § 976 Abs 2 kann der Finder keinen Ersatz beanspruchen; nur der bisherige Eigentümer hat das Recht dazu.

2. Die dreijährige Frist ist Ausschlussfrist, nicht Verjährungsfrist. Die Anerkennung steht der gerichtlichen Geltendmachung (Klage, Zahlungsbefehl) nicht gleich. Ob eine Anerkennungserklärung eine selbständige Verpflichtungserklärung enthält, ist Tatfrage. Enthält sie eine solche, so liegt nicht ein Bereicherungsanspruch, sondern möglicherweise ein Anspruch aus vertraglicher Verpflichtung vor.

§ 978

¹⁾ Wer eine Sache in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer dem öffentlichen Verkehre dienenden

Verkehrsanstalt²⁾ findet und an sich nimmt³⁾, hat die Sache unverzüglich an die Behörde oder die Verkehrsanstalt oder an einen ihrer Angestellten abzuliefern. Die Vorschriften der §§ 965 bis 977 finden keine Anwendung⁴⁾.

§ I 924 II 893; M 3 387, 388; P 3 273.

1. Fund im Bereich von Behörden und Verkehrsanstalten. Die Vorschriften umfassen innerhalb des örtlichen Bereichs, für den sie bestimmt sind, nicht nur die Fälle des eigentlichen Fundes im Sinne der §§ 965 ff., sondern auch die Fälle des Auffindens nicht verlorener Sachen. Das allgemeine Fundrecht ist aber auch in den eigentlichen Fundfällen ausgeschlossen und ersetzt durch die §§ 978—982, deren Grundgedanken dahin gehen, daß nur Finderpflichten, keine Finderrechte bestehen sollen.

2. Die Vorschriften des § 978 betreffen den Fund von Sachen in öffentlichen Räumen. Unter Sache ist hier eine nicht dem Finder gehörige bewegliche Sache zu verstehen. Wer seine eigene Sache wiederfindet, ist nicht zur Ablieferung verpflichtet. Aber auch Diener, Angehörige des Eigentümers oder Verlierers, die diesem entfallene Sachen finden, haben nicht die Pflicht, sie nach § 978 abzuliefern, sondern können sie unmittelbar dem Eigentümer oder Verlierer zurückgeben. Auch herrenlose Sachen sind abzuliefern, nicht aber offensichtlich völlig wertlose.

Geschäftsräume brauchen nicht überbaute Räume, Gebäude zu sein. Auch Höfe und sonstige freie Räume, z. B. auch ganze Bahnhofsf lächen können dazu gehören. Nicht zu den Geschäftsräumen dagegen werden die Bahndämme oder freien Strecken zu rechnen sein. Die Räume brauchen auch nicht den Geschäften zu dienen; Hilfsräume jeder Art sind dazu zu zählen.

Beförderungsmittel sind nicht nur die der Verkehrsanstalten, sondern auch solche der öffentlichen Behörden. Daß die Sachen in den Beförderungsmitteln gefunden werden müssen, ist nicht streng zu nehmen. Auch die auf dem Verdeck eines Postwagens gefundenen Sachen gehören dazu.

Welche Stellen öffentliche Behörden sind, ist nach Staatsrecht zu entscheiden, und zwar nach Reichsrecht, insofern dem Reich unmittelbar unterstehende Stellen in Frage kommen, im übrigen nach Landesrecht. Öffentliche Behörden werden vor allem Reichs-, Staats- und Gemeindebehörden sein, aber auch die Behörden sonstiger staatsrechtlich anerkannter öffentlicher Verbände, z. B. der Schulverbände.

Verkehrsanstalt ist eine Anstalt zur Beförderung von Personen oder Sachen zu Wasser, zu Lande oder in der Luft, vor allem Eisenbahn und Post (Hartmann Recht 1913, 391). Nicht dazu gehören Anstalten, die dem Verkehr im weiteren Sinne dienen, z. B. Gasthöfe, Schauburgen, Banken, Warenhäuser (RG 108, 260; a. M. PrOwG JW 1918, 67). Die Anstalt muß dem öffentlichen Verkehr, d. h. dem Verkehr der Allgemeinheit dienen. Eine innerhalb eines Wertes lediglich zu dessen Zwecken dienende Verkehrsanstalt gehört nicht hierher. Im übrigen ist es ohne Belang, ob die Anstalt von Reich, Staat, Gemeinde oder einem sonstigen öffentlichen Zweckverband oder von Privaten betrieben wird. Dagegen ist ein gewisser größerer Umfang der Betriebseinrichtungen nötig. Vereinzelt Mietfuhrten genügen nicht. Ein Unternehmer, der nur eine oder mehrere Droschken verwendet, hat keine Verkehrsanstalt. Dem Begriff der „Anstalt“ ist ein größerer Umfang und eine besondere Gliederung wesentlich.

3. Finden oder Aufschneiden. Von Finden kann nur die Rede sein, wenn die Sache sich äußerlich in der Lage einer verlorenen befindet. Wer sieht, wie eine Sache dem Besitzer entgleitet und sie aufhebt, „findet“ sie nicht. Er hat sie also dem Besitzer zurückzugeben. Hat er jedoch Zweifel, wer der Besitzer ist oder kann er sie dem Besitzer nicht sofort zurückgeben, so hat er sie als gefunden abzuliefern.

Eine Pflicht, solche Sachen an sich zu nehmen, besteht nach bürgerlichem Recht nicht. Sie kann dienstrechtlich für Angestellte der Behörde oder Verkehrsanstalt bestehen. Ihre Verletzung kann dann Amtspflichtverletzung sein und haftpflichtig machen. Durch die „Aufschneidung“ überkommt den Finder die Pflicht zur Ablieferung und nur diese. Er hat keine Pflicht, nach dem Verlierer zu forschen, Anzeige zu erstatten oder die Umstände des Fundes mitzuteilen. Man wird mangels einer besonderen Bestimmung auch für diesen Finder annehmen müssen, daß er, abgesehen von der Unverzüglichkeit der Ablieferung, die ihm durch § 978 selbst auferlegt ist, bei der Erfüllung seiner Ablieferungspflicht nicht strenger haftet als der Finder im Sinne der §§ 965 ff., nämlich nicht für mehr als für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

4. Ansprüche auf Finderlohn stehen dem Finder in solchen Fällen nicht zu; den Ersatz etwaiger Aufwendungen kann er nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen.

§ 979

Die Behörde oder die Verkehrsanstalt kann die an sie abgelieferte Sache öffentlich versteigern lassen. Die öffentlichen Behörden und die Verkehrsanstalten des Reichs, der Bundesstaaten und der Gemeinden können die Versteigerung durch einen ihrer Beamten vornehmen lassen^{1) 2)}.

Der Erlös tritt an die Stelle der Sache.

§ I 925, 926 II 894; M 3 388, 389; P 3 273.

1. Versteigerungsbefugnis der Behörde. Das Gesetz legt der Behörde oder Anstalt keine Verwahrungspflicht auf, setzt die Verwahrung aber, wie sich aus §§ 978, 980 unzweifelhaft ergibt, für die Zeit bis zur Versteigerung als selbstverständlich voraus. Es legt auch keine Versteigerungspflicht auf oder doch nur mittelbar, weil die Sache nur durch Versteigerung verwertet werden darf und ein Eigentumserwerb der Behörde oder Verkehrsanstalt nicht vorgesehen ist. Das Versteigerungsrecht wird dahin bestimmt, daß den öffentlichen Behörden und den Verkehrsanstalten des Reiches, des Staates und der Gemeinden außer dem Recht, die öffentliche Versteigerung nach § 383 Abs 3 vornehmen zu lassen, auch das Recht der Versteigerung durch ihre Beamten zustehen soll, den übrigen Behörden und Verkehrsanstalten aber nur das Recht der öffentlichen Versteigerung nach § 383 Abs 3. Die Einhaltung dieser Versteigerungsarten ist entscheidend für die Rechtswirkung der Versteigerung.

Geld ist natürlich nicht zu versteigern, ebensowenig Banknoten und Kassenscheine. Wertpapiere sind nur dann zu versteigern, wenn sie keinen Börsen- und Marktpreis haben, sonst vom Gerichtsvollzieher oder berufenen Beamten zum Tageskurs zu verkaufen (vgl. BGB § 981 Abs 2 Satz 2; ZPO § 815; Prot 3, 273).

Weitere Bestimmungen für die Versteigerung sind in § 980 getroffen, in § 981 dem Verordnungswege vorbehalten.

2. Die Dienststellen der Deutschen Reichsbahn sind Reichsbehörden (Art 2 des Gef v. 10. 2. 1937 RWBI 1937 II 47; 1938 I, 259; früher RWahnG v. 13. 3. 1930 §§ 17, 43 RWBI 1930 I, 369, 690; 1935 II, 119; vgl. RG 109, 90).

§ 980

Die Versteigerung ist erst zulässig¹⁾, nachdem die Empfangsberechtigten in einer öffentlichen Bekanntmachung des Fundes zur Anmeldung ihrer Rechte unter Bestimmung einer Frist aufgefordert worden sind und die Frist verstrichen ist; sie ist unzulässig, wenn eine Anmeldung rechtzeitig erfolgt ist²⁾.

Die Bekanntmachung ist nicht erforderlich, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist.

§ I 925 II 894; M 3 388, 389; P 3 273.

1. Voraussetzung der Zulässigkeit der Versteigerung ist öffentliche Aufforderung zur Anmeldung nach den Vorschriften des § 980 Abs 1, § 982 und erfolgloser Ablauf der Anmeldefrist. Die Folge des fruchtlosen Ablaufs der Anmeldefrist ist aber keine Rechtsverwirkung des Empfangsberechtigten (§ 965 A 3), kein Eigentumserwerb auf der andern Seite, sondern nur das Zulässigwerden der Versteigerung.

2. Die Folge der Unzulässigkeit der Versteigerung ist einerseits der Mangel der Ermächtigung, durch die Versteigerung Eigentum zu übertragen, andererseits die Schadensersatzpflichtigkeit der Zuwiderhandelnden gegenüber dem Empfangsberechtigten. Die erstere Folge wird sich allerdings infolge gutgläubigen Erwerbs auf seiten des Ansteigerers in der Regel nicht fühlbar machen (§§ 932, 935; vgl. § 966 A 2).

§ 981

Sind seit dem Ablaufe der in der öffentlichen Bekanntmachung bestimmten Frist drei Jahre verstrichen, so fällt der Versteigerungserlös, wenn nicht ein Empfangsberechtigter sein Recht angemeldet hat, bei Reichsbehörden und Reichsanstalten an den Reichsfiskus, bei Landesbehörden und Landesanstalten an den Fiskus des Bundesstaats, bei Gemeindebehörden und Gemeindeanstalten an die Gemeinde, bei Verkehrsanstalten, die von einer Privatperson betrieben werden, an diese¹⁾.

Ist die Versteigerung ohne die öffentliche Bekanntmachung erfolgt²⁾, so beginnt die dreijährige Frist erst, nachdem die Empfangsberechtigten in einer öffentlichen Bekanntmachung des Fundes zur Anmeldung ihrer Rechte aufgefordert worden sind. Das gleiche gilt, wenn gefundenes Geld abgeliefert worden ist³⁾.

Die Kosten werden von dem herauszugebenden Betrag abgezogen⁴⁾.

§ I 926 II 895; M 3 389; P 3 273.

1. Verfall des Versteigerungserlöses. Die Verfallfrist, die schon vor der Versteigerung beginnt, ist Ausschlussfrist. Zum Ausschluß des Verfalls genügt die Anmeldung des Berech-

tigten; gerichtlicher Geltendmachung bedarf es nicht, auch dann nicht, wenn es sich um eine von einer Privatperson betriebene Verkehreinrichtung handelt. Der Anspruch auf den Erlös verjährt aber dann nach den allgemeinen Regeln über die Anspruchsverjährung. Die Verjährung beginnt mit der Versteigerung und wird durch die Anmeldung allein nicht unterbrochen.

2. Besonderes Aufgebot der Empfangsberechtigten. Die Vorschrift hat den Fall des § 980 Abs 2 im Auge, ist aber auch anzuwenden, wenn entgegen § 980 Abs 1 die Versteigerung pflichtwidrig ohne vorherige Bekanntmachung vorgenommen worden ist. Die Bestimmung einer Anmeldefrist ist hierbei nicht erforderlich, aber auch nicht zulässig. Sie deckt sich mit der dreijährigen Verfallfrist.

3. Geld. Der Begriff ist im weiten Sinne zu verstehen und umfaßt alles, was üblicherweise als Geld behandelt wird, auch ausländisches Geld.

4. Kostenabzug. Mangels einer Beschränkung sind alle Kosten, also die der Verwahrung, Bekanntmachung und Versteigerung abzuziehen. Herauszugeben ist der Reinerlös.

§ 982

Die in den §§ 980, 981 vorgeschriebene Bekanntmachung erfolgt bei Reichsbehörden und Reichsanstalten nach den von dem Bundesrat, in den übrigen Fällen nach den von der Zentralbehörde des Bundesstaats erlassenen Vorschriften.

§ I 925 II 896; R 3 358, 389; B 3 273.

Ausführungsvorschriften zu den §§ 980, 981 sind von Reichs wegen erlassen in der Bef. v. 16. 6. 1898 RGBl 912. Im übrigen siehe jetzt Art 179 Abs 2 WeimVerf und §§ 1, 2 des Gef. v. 14. 2. 1934 RGBl I, 89.

§ 983

Ist eine öffentliche Behörde im Besitz einer Sache, zu deren Herausgabe sie verpflichtet ist, ohne daß die Verpflichtung auf Vertrag beruht, so finden, wenn der Behörde der Empfangsberechtigte oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, die Vorschriften der §§ 979 bis 982 entsprechende Anwendung.

§ I 927 II 897; R 3 389, 390; B 3 273.

Behandlung im Behördenbesitz befindlicher unanbringbarer Sachen. Die Fälle, daß Sachen, die sich im Besitz öffentlicher Behörden befinden, dem Berechtigten nicht zurückgegeben werden können, weil er unbekannt oder unauffindbar ist, sind nicht selten. Dahin gehören insbesondere unanbringbare Possessionen und hinterlegte Beträge und ähnliche Fälle, in denen die Behörde auf Grund Vertrags besitzt und zurückzugeben hat, sodann die Fälle, in denen zu Sachen, die in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln der Behörde gefunden worden sind, der Empfangsberechtigte nicht ermittelt werden kann. Mit diesen beiden Arten von Fällen beschäftigt sich § 983 nicht; denn die letztgenannte Art ist durch §§ 978 bis 982 geregelt, die erstgenannte hat teils anderweite Vorkehrungen gefunden, teils besteht für eine solche Vorkehrung kein Bedürfnis. § 983 regelt eine dritte Klasse solcher Fälle, in denen die Herausgabepflicht weder auf Vertrag beruht noch Fundfachen der im § 978 bezeichneten Art betrifft. So insbesondere die Fälle, in denen bei der Polizeibehörde lagernde gewöhnliche Fundfachen, zu denen ein Empfangsberechtigter nicht ermittelt wurde, keinen Herrn finden, weil auch der Finder schon vor Sezierung der im § 976 erwähnten Frist nicht mehr auffindbar war, und die Fälle der Unanbringbarkeit von Überführungsstücken, insbesondere gestohlener Sachen, deren Eigentümer nicht ermittelt werden konnte. Auf alle diese Fälle werden schlechthin die Vorschriften der §§ 979—982 für entsprechend anwendbar erklärt. Die Bestimmung ist beschränkt auf die im Besitz öffentlicher Behörden befindlichen unanbringbaren Sachen. Einzelpersonen kommen die Vorschriften nicht zugute; diese haben, wenn sie sich der unanbringbaren Sachen, zu deren Herausgabe sie verpflichtet sind, entledigen wollen, nach §§ 372 ff. zu verfahren.

§ 984

Wird eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz¹), entdeckt und infolge der Entdeckung² in Besitz genommen³, so wird das Eigentum zur Hälfte von dem Entdecker, zur Hälfte von dem Eigentümer der Sache⁴ erworben, in welcher der Schatz verborgen war⁵.

§ I 928 II 898; R 3 390, 391; B 3 273, 274.

1. Begriff des Schatzes. Nur bewegliche Sachen können ein Schatz sein. Bauwerke gehören nicht dazu, z. B. nicht der Mosaikfußboden eines ausgegrabenen Hauses aus der Vorzeit,

wenn die feste Verbindung mit dem Grund und Boden bei der Entdeckung noch besteht. Nicht dazu gehören ferner natürliche Bestandteile des Grund und Bodens, wie Erze, im Boden gewachsene Edelsteine, sonstige Gesteine u. dgl. Daß die Sache wertvoll ist, wird nicht erfordert. Bis zur Entdeckung muß sie verborgen gewesen sein. Die Verbergungstätigkeit eines Menschen ist nicht notwendig. Auch verschüttete oder versunkene Sachen liegen verborgen. Die Sache kann in einem Grundstück, aber auch in einer anderen beweglichen Sache verborgen sein, z. B. in einem Geheimschaf eines alten Schranzes versteckt, in alten Kleidern eingenäht. Der Eigentümer muß unermittelbar sein, und zwar insolge langer Verborgenheit der Sache. Ergibt sich der Eigentümer aus den Umständen (Zinschrift, Siegel, auch der Verwahrungsort kann ihn anzeigen), so liegt kein Schatz, unter Umständen nicht einmal ein Fund im Sinne des Gesetzes vor. Ist der Eigentümer aus andern Gründen unermittelbar, z. B. wegen bestehenden Erbschaftstreits, so liegt auch kein Schatz vor. Wie lange Zeit verstrichen sein muß, um Unermittelbarkeit insolge langer Verborgenheit anzunehmen, kann nur nach den Umständen des einzelnen Falles ersehen werden. In einem Falle können wenige Jahre genügen, in einem andern viele Jahrzehnte unzureichend sein.

2. Entdeckung. Ob die Entdeckung Spiel des Zufalls oder Ergebnis planmäßiger Forschung ist, begründet keinen Unterschied, kann aber unter Umständen für die Frage von Bedeutung werden, wer Entdecker ist. Entdecker ist nicht stets der, der eigenhändig den Schatz bloßlegt, mit eigenen Augen ihn zuerst sieht. Wer durch Diener, Arbeiter oder sonstige unselbständige Gehilfen nach einem Schätze oder nach Schätzen graben läßt, ist Entdecker der Schätze, die dabei bloßgelegt werden, auch wenn er persönlich dabei nicht mitgewirkt, ja den Schatz niemals selbst gesehen hat; die übrigen sind nur seine Werkzeuge (RG 70, 308).

3. Inbesitznahme. Die Entdeckung für sich allein bewirkt nicht den Eigentumserwerb am Schatz. Die Inbesitznahme auf Grund der Entdeckung muß hinzutreten. Aber wenn auch die Inbesitznahme Voraussetzung des Eigentumserwerbs am Schätze ist, so ist doch nicht erforderlich, daß der Erwerber den Schatz in Besitz nimmt. Die Inbesitznahme durch irgend jemand (insolge der Entdeckung) genügt. Wer den Entdecker belauscht und auf Grund der dadurch gewonnenen Kenntnis von dem Schätze heimlich Besitz nimmt, bewirkt allerdings den Eigentumserwerb am Schätze, aber wider seinen Willen nicht für sich, sondern für den Entdecker. Anders liegt der Fall der Nachentdeckung. Der erste Entdecker, der die Besitzergreifung verjäumt hat, muß dem Weichen, der später unabhängig von ihm den noch verborgenen Schätze ebenfalls entdeckt und in Besitz nimmt.

4. Hälfteanteil des Eigentümers. Auch der Eigentümer der Sache, worin der Schätze verborgen war, erwirbt das Miteigentum unter Umständen, ohne selbst Besitzer zu werden, auf Grund der Inbesitznahme des andern. Der Entdecker wird vom Gesetze nicht verpflichtet, dem Eigentümer das Auffinden des Schätze anzuzeigen. Den Eigentümer schützen §§ 809 ff., 260 f. Nur dem Eigentümer ist vom Gesetze der Hälfteanteil zugesprochen; das Recht des Nießbrauchers einer Sache erstreckt sich nicht auf den Schätze, der darin gefunden wird (§ 1040). Das dem Eigentümer nach § 984 zustehende Schätzeanteilsrecht ist kein besonderes, mit dem Eigentum am Grundstücke verbundenes (subjektivdingliches) Recht. — Der Grundstückseigentümer kann wohl die persönliche Verbindlichkeit übernehmen, seinen Anteil an einem Schätze, der auf seinem Grundstück entdeckt werden sollte, einem Dritten zu übertragen; aber er kann diese auf Verschaffung einer beweglichen Sache gerichtete Verbindlichkeit nicht durch Vormerkung im Grundbuch sichern lassen (RN 3, 136). Dagegen ist eine Sicherungshypothek für den etwaigen Erbschaftsanspruch zulässig. Für eine Abrede, wonach der Grundstücksverkäufer an einem nach der Übereignung entdeckten Schätze beteiligt sein soll, ist gerichtliche oder notariische Form erforderlich, und zwar nach § 313, wenn die Abrede Teil des Kaufvertrags ist, andernfalls nach § 518 (RG 13. 12. 26 V 63/26). Der Unternehmer an Erdarbeiten kann sich (formlos) dem Besteller gegenüber zur Ablieferung der von ihm oder seinen Arbeitern zu findenden Schätze verpflichten; es ist dann seine Sache, mit den anderen etwaigen Berechtigten entsprechende Vereinbarungen zu treffen (RG Coergel Nspr. 1913, 311).

5. Eine Schätze gerechtfame des Staates (Regal) kann landesrechtlich auf Grund des Art 73 GG bestehen. Reichsrechtlich gibt es eine solche nicht. Auch landesrechtliche Bestimmungen über geschichtliche oder vorgeschichtliche Funde, die nach Art 109 GG zulässig sind, können einen Schätze betreffen.

Vierter Titel

Ansprüche aus dem Eigentum

1. Der vierte Titel behandelt unter der Überschrift „Ansprüche aus dem Eigentum“ vor allem den Herausgabeananspruch bei Vorenthaltung des Besitzes (rei vindicatio; vgl. §§ 985 bis 1003; Einteilung des Stoffes: §§ 985, 986 Allgemeines, §§ 987—993 Nebenrechte des Eigentümers auf Nutzungen und Schadensersatz, §§ 994—1003 Gegenteile des Besitzers wegen Verwen-

dungen) und den bei sonstigen Beeinträchtigungen gegebenen Eigentumsfreiheitsanspruch (*actio negatoria*, § 1004). Auf beide Ansprüche beziehen sich die in § 1006 aufgestellten Vermutungen für das Bestehen des Eigentums an einer beweglichen Sache, die an den gegenwärtigen oder den früheren Besitz anknüpfen. Hinzukommt der Abholungsanspruch des Eigentümers (§ 1005). § 1007 (Anspruch wegen verlorener Fahrnis) ist nur aus äußerlichen Gründen an dieser Stelle aufgenommen und gehört inhaltlich in den Abschnitt über Besitz. — Alle diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung in den Fällen der §§ 1017 (Erbaurecht, jetzt § 11 der BOD v. 15. 1. 1919 [in diesem ErlB. Bd. III S. 381]; vgl. dazu auch *ÖB* Artt 63, 68), 1065 (Nießbrauch), 1227 (Pfandrecht), die Vorschriften des § 1004 auch in den Fällen der §§ 1027 (Grunddienstbarkeit) und 1090 (beschränkte persönliche Dienstbarkeit). Das Wesen des der landesgesetzlichen Regelung überlassenen Bergwerkseigentums ergibt regelmäßig ein weitergehendes Recht des Bergwerkspächters als das des Grundstückspächters nach BGB und führt zur Heranziehung der Bestimmungen über das gegen jedermann wirkende dingliche Recht des Eigentümers; daher sind auf die Aneignungsbefugnis des Pächters hinsichtlich der (durch den Verpächter) im Pachtfeld während der Verpachtung gewonnenen Kohle die §§ 985 ff. entsprechend anzuwenden. Der sich hieraus ergebende Anspruch des Pächters auf Herausgabe der geförderten Kohle scheidet nicht daran, daß der Verpächter durch Verarbeitung, Vermengung oder dgl. das Eigentum an der Kohle erworben hat. Bei der Unmöglichkeit der Herausgabe und Bösgläubigkeit des Erwerbers tritt an die Stelle des Herausgabeanspruchs der Schadensersatzanspruch auf Geldzahlung aus §§ 990, 989 (*RG JW* 1938, 3040²⁰; § 990 II 2; § 994 II 1). Wegen des Miteigentümers: § 1011 II 1, § 985 II 1, § 1004 II 2, § 1007 II 1. — Neben dem juristischen auch ein wirtschaftliches Eigentum anzuerkennen, ist an sich bedenklich. Jedenfalls ist wirtschaftliches nicht juristisches Eigentum und darf ihm — namentlich bei Anwendung von Ausnahmegesetzen — nicht gleichgestellt werden (*RG* 29. 1. 26 VI 292/25).

2. Außer den erwähnten Ansprüchen dienen zum Schutz des Eigentums auch **andere Rechtsbehelfe**, z. B. der grundbücherliche Berichtigungsanspruch (§§ 894 ff.), der Vorlegungsanspruch (§§ 809 ff.), die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff.) oder unerlaubter Handlung (§§ 823 ff.), die Widerprücksklage der BOD § 771, die Klage gegen den betreibenden Gläubiger auf Bewilligung der Herausgabe durch den Zwangsverwalter (*RG* 92, 18). Von Bedeutung ist nach BOD §§ 256, 280 auch die Klage auf Feststellung des Eigentums (vgl. *RG* Gruch 33, 1147; *JW* 02, 68 = *Beil* 179). Da der Herausgabeanspruch und die Eigentumsfreiheitsklage nach §§ 985, 1004 nur auf Herausgabe der Sache oder auf Beseitigung der begangenen und Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen gerichtet sind, nach BOD § 322 nur hierüber rechtskräftig entschieden wird, den Prozeßgegenstand bei diesen Klagen also nur der einzelne Eigentumsanspruch, nicht das Eigentum selbst bildet, bleibt neben diesen beiden Leistungsansprüchen noch Raum für das nach BOD § 256 erforderliche Feststellungsinteresse. Weder die Möglichkeit der Herausgabe (§ 985) noch deren tatsächliche Erhebung schießt die Feststellungsklage notwendig aus. Diese kann selbständig angestellt oder auch mit jener verbunden werden, vorausgesetzt nur daß ein Interesse an ihr im Einzelfall wirklich vorhanden ist, was freilich nicht schon um der Beseitigung des Eigentums willen angenommen werden muß (vgl. *RG JW* 04, 413²⁷; *RG* 16. 3. 12 V 456/11; *SeuffW* 72 Nr 191).

Der **Gerichtsstand** der belegenen (unbeweglichen) Sache ist trotz des Wortlauts des § 24 BOD („Klagen, durch welche das Eigentum . . . geltend gemacht wird“) nicht nur für die Eigentumsfeststellungsklage (*RG* 13, 386), sondern auch für die Ansprüche nach §§ 985 und 1004 gegeben (vgl. *RG* 36, 237; 51, 233). Wegen der **Ansprüche auf Nutzungen und Schadensersatz**: § 987 II 1 a. G.

3. Im internationalen Privatrecht richten sich die Eigentumsansprüche nach dem Recht des Ortes, wo die Sache sich jeweils befindet. Die Eigentumsherausgabe klage richtet sich aber nach der im Schrifttum herrschenden Ansicht nach dem Recht des Ortes, wo die Sache sich zur Zeit des Besitzverlustes durch den Dritten befand, unbeschadet des Ausschlusses der Klage durch ein inzwischen nach ausländischem Recht wirksam erworbenes Eigentum des Besitzers; *RG JW* 1884, 30 will dagegen das Recht des Ortes anwenden, wo die Sache sich im Augenblick der Erhebung des Herausgabeanspruchs befindet. Im österreichischen Recht sind die Eigentumsansprüche ähnlich wie nach BGB geregelt. Die Herausgabe klage richtet sich gegen Besitzer und Inhaber; doch kann der bloße Inhaber sich durch Benennung seines Vormanns schützen (§§ 366, 375 ÖABGB). Die Klage ist auch dann gegeben, wenn der Kläger nicht sein Eigentum, sondern nur seinen titulierten Besitz beweisen kann (§ 372 ÖABGB); denn dann wird das Eigentum vermutet. Herauszugeben ist die Sache samt Zuwachs (§§ 405—420 ÖABGB). Der unredliche Besitzer muß auch alle Vorteile herausgeben und jeden Schaden ersetzen (§ 335 ÖABGB); der redliche Besitzer dagegen nicht; er ist erst ab Klageerhebung dem unredlichen gleichgestellt und haftet auch dann nicht für Zufall (§ 338 ÖABGB); er kann sogar vom Eigentümer eine Vergütung verlangen, wenn dieser die Sache sonst schwerlich wiedererlangt haben würde (§ 333 ÖABGB). Dem unredlichen Besitzer sind Aufwendungen nur nach den Regeln über Geschäftsführung zu ersetzen; der redliche kann notwendigen und werterhöhenden Aufwand ersetzt verlangen und hat ein Recht auf Wegnahme von Einrichtungen (§§ 336, 331, 332, 415 ÖABGB). Die Gegenrechte des Besitzers werden durch

ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht (§§ 334, 471 OABGB). Wer sich fälschlich als Besitzer ausgibt, haftet dem Eigentümer für allen daraus entstehenden Schaden (§ 377 OABGB). Der Eigentumsstörungsanspruch ist wie nach BGB gegeben, obwohl er in § 523 OABGB nur für die Servitutenanmaßung genannt ist. — Ob BGB oder OABGB anzuwenden ist, entscheidet sich sinngemäß nach den oben genannten internationalrechtlichen Regeln. (Beißke.)

§ 985

Der Eigentümer ¹⁾ kann von dem Besitzer ²⁾ die Herausgabe ³⁾ der Sache ⁴⁾ verlangen ⁵⁾ ⁶⁾.

§ I 929 II 899; W 3 396—400; P 3 328—334; 4 585; 6 236, 237.

1. Anspruchsberechtigt ist der **Eigentümer** der Sache, und zwar nur der wirkliche Eigentümer (RG 142, 421), mag er Alleineigentümer oder Miteigentümer sein. Dem Miteigentümer steht ebensowohl die Klage auf Übertragung des Mitbesitzes (partis vindicatio) wie nach §§ 1011, 432 der Anspruch auf Herausgabe der ganzen Sache an alle Miteigentümer zu; verweigert einer der übrigen Miteigentümer die Annahme, so hilft dem Kläger das Recht auf Hinterlegung für alle oder auf Ablieferung an den gerichtlich bestellten Verwahrer (§ 1011 A 1, 2). Berechtigt zur Herausgabeklage sind ferner der nichtbesitzende und der den mittelbaren Besitz ausübende Eigentümer. Es macht auch keinen Unterschied, ob der Eigentümer allein auf den Eigentumsanspruch angewiesen ist oder ob er daneben noch einen Anspruch aus unerlaubter Handlung oder aus einem Vertragsverhältnis (Miete, Verwahrung usw.) gegen den Besitzer hat. Herausgabeanpruch und schuldrechtliche Rückforderung stehen dem Eigentümer gegebenenfalls wahlweise zur Verfügung; der dingliche Anspruch setzt auf der einen Seite Eigentum, auf der andern Besitz voraus, während der schuldrechtliche aus der unerlaubten Handlung oder dem Vertragschluß entspringt. Wird die allein auf Vermietung gestützte Klage wegen Nichtbestehens eines Mietverhältnisses abgewiesen, so kann immer noch die Eigentumsklage erhoben werden und umgekehrt. Ein Verkäufer kann die Herausgabe des noch auf seinen Namen eingetragenen Grundstücks nach § 985 auch dann noch fordern, wenn er nach Ablauf einer nach § 326 gesetzten Frist Schadenersatz wegen Nichterfüllung gewählt hat; denn der Käufer hat kein Besitzrecht mehr und die Einrede aus § 986 entfällt; nur als Schadenersatz darf der Verkäufer die Herausgabe dann nicht verlangen, da dieser Anspruch nur auf Zahlung eines Geldbetrags gerichtet sein könnte (RG 127, 248; 141, 259 ff.; 144, 62 ff.; SeuffA 85 Nr 109; Warn 1931 Nr 219 [vgl. auch RG 145, 299; 149, 137; 152, 112]). Wird das Grundstück herausgegeben, so mindert sich der Schadenersatzanspruch des Verkäufers; die Möglichkeit einer Steigerung des Verkauflichkeitswertes ist mit zu berücksichtigen (RG 141, 259 ff.). Hat der Verkäufer in dem Wert der herausgegebenen Sache und den auf den Kaufpreis erhaltenen Zahlungen mehr bekommen, als sein Schadenersatzanspruch ausmacht, so muß er den Überschuß als ungerechtfertigte Bereicherung herauszahlen (RG 144, 62 ff.). Die zuletzt genannte Entscheidung betrifft bewegliche Sachen und einen Fall des § 455, in dem der Verkäufer Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern konnte. Wegen des in solchen Fällen dem Beklagten zustehenden Zurückbehaltungsrechts: A 1 zu § 1000.

Der Herausgabeanpruch unterliegt der Abtretung, sofern er sich gegen einen bestimmten Besitzer richtet (W 1932, 1206^a). Indessen ist die Abtretung derart, daß der Eigentümer in Zukunft anspruch- und schutzlos bleibe, nicht möglich; in dem Urteil RG 136, 424, wo die Frage nicht entschieden zu werden brauchte, wird das für zweifelhaft erklärt. Zulässig ist auch Ermächtigung des B durch A, im eigenen Namen auf Leistung an den A zu klagen. So lag die Sache in der zuletzt bezeichneten Entscheidung. Dagegen erkennt § 931 die Abtretung des Herausgabeanpruchs nach § 985 als das Mittel an, um zusammen mit dem Einigsein über den Eigentumsübergang das Eigentum an einer beweglichen Sache zu übertragen, die sich im Besitz eines Dritten befindet (vgl. A 5 zu § 931).

2. Da der Besitz des Beklagten die Voraussetzung des Anspruchs ist (RG 8. 4. 24 VII 253/23), so richtet sich der Anspruch nur gegen den **Besitzer** der Sache. Der dingliche Herausgabeanpruch ist erloschen, wenn der Beklagte schon vor der Klageerhebung den Besitz verloren hat. An die Stelle der an sich herauszugebenden Sache tritt dann nicht deren Wert. Die Ersatzansprüche sind rein schuldrechtlicher Art; der Besitzverlust als solcher schafft keine dinglichen Beziehungen (RG 157, 40). Ob persönliche entstehen, richtet sich nach andern Gesichtspunkten, namentlich nach §§ 987 ff. (RG 143, 376). Der Besitzdiener ist nicht Besitzer und kann deshalb nicht nach § 985 verklagt werden. Der Besitzer kann Eigenbesitzer oder Fremdbesitzer ein. Nicht vorausgesetzt wird, was aus der Fassung des § 1004 gefolgert werden könnte, daß er den Besitz dem Kläger entzogen haben müßte. Auch der Mitbesitzer ist Anspruchsgegner, wenn er (z. B. als besitzender Miterbe) die tatsächliche Verfügungsgewalt hat (vgl. RG Warn 1918 Nr 57); er hat dem Kläger den Mitbesitz einzuräumen. Ist der Besitz nach § 857 auf Erben übergegangen, zu denen auch der klagende Eigentümer gehört, so genügt zur Erwirkung der Herausgabe der Sache ein gegen die übrigen Erben ergangenes Urteil. — Die frühere Streitfrage, ob die Klage nur gegen den unmittelbaren

oder auch gegen den mittelbaren Besitzer geht, ist im letzteren Sinne erledigt. Das Gesetz (§ 985 mit § 868) macht keine Ausnahme (vgl. auch den § 991 Abs 1, der nur so verstanden werden kann). Praktisch ist die Klage gegen den mittelbaren Besitzer ganz unentbehrlich; sie ist daher von der Rechtsprechung auch nie in Zweifel gezogen worden (vgl. z. B. *RG* 105, 21; *RG JW* 1910, 111¹⁰; *RG* Recht 1918 Nr 242; *OLG* 5, 154; 31, 325). Über Antrag und Urteil: A 3. Daß gerade der mittelbare Besitzer der eigentliche Gegner des die Herausgabe Fordernnden ist, äußert sich verfahrensrechtlich in der Möglichkeit der Urheberbenennung des Besitzers (§ 376). Würde der vermittelnde Besitz erst nach der Rechtshängigkeit begründet, so kommt dem gegen den mittelbaren Besitzer ergangenen Urteil Rechtskraft und Vollstreckbarkeit auch gegen den unmittelbaren zu (§ 376 Abs 1, § 727). Dagegen wirkt die Verurteilung des unmittelbaren nicht gegen den mittelbaren, dem jener die Sache nach Prozeßbeginn zurückgegeben hat. Um einer Schädigung des Klägers, die hieraus erwachsen könnte, vorzubeugen, bedarf es einer einstweiligen Verfügung, welche die Verwaltung und Verwahrung durch eine Vertrauensperson (Sequestration) anordnet (§ 935, 938). — Der auf Grund des Eigentums erhobene Herausgabeanspruch bleibt zufolge der eingetretenen Rechtshängigkeit in seiner persönlichen Richtung von dem etwaigen Untergang des Eigentums des Klägers unberührt (*RG* 56, 244; 25. 3. 24 VII 227/23); § 265 Abs 3 *RPD* erkennt diese Regel an. Auch eine Veräußerung der Sache durch den Beklagten nach dem Prozeßbeginn hat auf das Streitverfahren an sich keinen Einfluß. Doch darf zur Herausgabe nur verurteilt werden, wenn der Besitz des Beklagten fort-dauert; denn sein Besitz ist die sachliche Voraussetzung der Verurteilung (*RG* 115, 33). Nicht anwendbar ist hier also der *RG* 54, 28 aufgestellte Grundsatz, daß zur Leistung verurteilt werden darf, solange die Unmöglichkeit der Leistung nicht feststeht (*RG* 2. 10. 23 VII 62/23). Wird der Besitzstand durch eine einstweilige Verfügung vorläufig geregelt und muß der Beklagte die Sache danach an den Kläger oder einen Dritten herausgeben, so ist das sachlich-rechtlich ohne Bedeutung. — Das auf Herausgabe lautende Urteil ist gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar, es sei denn, daß diesem die Vorschriften über den Erwerb vom Nichtigentümer zugute kommen, d. h. daß er (gutgläubig) weder den Mangel im Recht seines Vorgängers noch die Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs kannte (vgl. *RPD* §§ 265, 266, 325; *RG* 79, 165). Im Regelfalle steht einer gegen den Nachfolger gerichteten neuen Klage das Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses entgegen (*RG* 88, 267).

Die Fälle der Besitzannahme (*ficta possessio*) werden vom Gesetz nicht erwähnt, sind aber ähnlich zu behandeln wie früher. Der bösgläubige Besitzer, der den Besitz vor dem Prozeß absichtlich aufgegeben hat (*qui dolo desit possidere*), haftet nach §§ 990, 992 auf Schadensersatz; abföhrt der Kläger hiervon erst nach Erhebung der Herausgabeklage, so ist es keine unzulässige Klageänderung, wenn er Schadensersatz fordert (s. A 3 unter b). Wird die Behauptung des Klägers, daß der Beklagte besitze, von diesem wider besseres Wissen gerichtlich zugestanden, so kann der Beklagte (*qui liti se obtulit*) sein nicht durch Irrtum veranlaßtes Geständnis nicht durch den Beweis der Unrichtigkeit entkräften (§ 288, 290). Dann behilft § 283 zum Schadensersatz. — Unter Umständen kann dem Besitzer, der dem Eigentümer den Nachweis der Rämlichkeit herausverlangter Sachen grobfahrlässig erschwert, nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises die Beweislast aufgebürdet werden (*RGW* 1934, 132).

3. Inhalt des Anspruchs. a) Der Anspruch geht auf Herausgabe der Sache, worunter aber der Natur des dinglichen Anspruchs gemäß, grundsätzlich nicht ein eigenes Tun, sondern nur das Gestatten der Wegnahme zu verstehen ist. Nur in den Voraussetzungen, nicht im Inhalt des Anspruchs weicht das Herausgabebegehren vom Abholungsanspruch der §§ 867, 1005 ab. Daher tut der Besitzer genug, wenn er die Sache zum Abholen zur Verfügung stellt, und zwar an dem Ort, wo sie sich bei Erhebung der Klage befindet; eine weitergehende Verpflichtung zum Bringen oder Schiden auf eigene Kosten trifft ihn nur mit dem Eintritt des bösen Glaubens (vgl. *OLG* 26, 176). Etwas anderes als der Herausgabeanspruch ist aber das Wegnahmerecht des Mieters nach § 547 Abs 2 Satz 2 auch dann, wenn die Mietsache, mit der die Einrichtung verbunden wurde, schon wieder in den Besitz des Vermieters gelangt ist. Nach § 258 hat der Mieter die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen und wegen etwa entstehenden Schadens Sicherheit zu leisten (*RG* 109, 130f.). Zu unterscheiden ist auch zwischen Herausgabe und Beschaffen von Ersatzstücken. Ist dieses gemeint, so darf nicht zur Herausgabe verurteilt werden. — Herausgabe in diesem Sinne ist das Ziel des Anspruchs auch bei der Klage gegen den mittelbaren Besitzer. Zwar steht es dem Eigentümer frei, auf Abtretung des Herausgabeanspruchs zu klagen, den der mittelbare gegen den unmittelbaren Besitzer hat; mit der Rechtskraft des Urteils gilt dann die Abtretung als erklärt (§ 894). Da aber das Gesetz nicht unterscheidet, ist grundsätzlich auch der Anspruch auf Herausgabe der Sache (Verhaftung des unmittelbaren Besitzes) gerechtfertigt. Eine solche Verurteilung bietet den Vorteil, daß der Kläger, je nachdem sich der Schuldner zur Zeit der Zwangsvollstreckung im unmittelbaren oder mittelbaren Besitz der Sache befindet, entweder nach *RPD* §§ 883, 885 die bewegliche Sache wegnehmen, das Grundstück räumen lassen oder nach *RPD* § 886 die Pfändung und Überweisung des Anspruchs des Schuldners auf Herausgabe erwirken kann. Doch bleibt

zu beachten, daß aus der Verurteilung zur Herausgabe die Anwendbarkeit des § 283 BGB folgt, während doch der redliche Besitzer nicht mehr zu leisten braucht, als er hat. Beweist daher der Beklagte, daß sein Besitzmittler ihm gegenüber noch auf längere Zeit zum Besitz der Sache berechtigt ist, so darf er nur zur Abtretung des Anspruchs verurteilt werden, es sei denn, daß er nach §§ 989ff. Schadensersatzpflichtig ist. In diesem Falle findet die Verurteilung zur Herausgabe ohne Rücksicht auf ein Unvermögen zur Leistung statt (vgl. § 275 A 1). Die Rechtskraft eines den dinglichen Herausgabeanpruch abweisenden Urteils erstreckt sich nicht auch auf die schuldrechtliche Grundlage der dinglichen Rechtsänderung; sie steht der Erhebung eines Anspruchs auf Rückgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung nicht entgegen (RG JW 1935, 2269^a).

b) Verbindung der Klage auf Herausgabe mit der Schadensersatzklage. Klagt der Eigentümer auf Herausgabe und wird dem Beklagten die Erfüllung aus einem Grunde, den er zu vertreten hat, nachträglich unmöglich (§ 989), so ist es dem Kläger nach ZPO § 268 Nr 3 unbenommen, zum Anspruch auf Schadensersatz überzugehen. Das gilt auch, wenn er erst nachträglich erfährt, daß der Beklagte schon bei Prozeßbeginn nicht mehr Besitzer war (vgl. RG 26, 387; 39, 428 u. ö.), und wenn zugleich einer der Tatbestände des § 990 oder des § 992 vorliegt. Nicht aber kann von vornherein auf Herausgabe der Sache oder Zahlung einer bestimmten Wert- oder Schadenssumme geklagt werden. Abgesehen davon, daß die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht feststellen müssen (RG Recht 08 Nr 76; vgl. RG 56, 316; JW 1910, 754¹⁹), läßt sich auch eine Wahlverpflichtung des Beklagten, die nach § 264 zu behandeln wäre, nicht begründen. Der gesetzlichen Grundlage entbehrt es auch, wenn Klage und Urteil auf Wertzahlung lauten und dem Beklagten anheimgestellt wird, sich durch Herausgabe der Sache zu befreien (RG 15. 2. 09 VI 283/08). Möglich ist nur eine Verurteilung zum Schadensersatz für den Fall der Nichtbefriedigung des in erster Reihe erhobenen Herausgabeanpruchs in der nach § 283, ZPO § 255 bestimmten Frist, und auch dies nur dann, wenn den Umständen nach die Befolgung gerechtfertigt erscheint, daß sich der Beklagte der rechtzeitigen Herausgabe entziehen werde (ZPO § 259). Von dieser Befolgung kann auch im Amtsgerichtsprozeß nicht abgesehen werden. § 510b ZPO erstreckt sich nur auf Handlungen im Sinne der §§ 887, 888, nicht auf die Herausgabe nach §§ 883ff. ZPO. — Möglich ist auch, daß der Verkäufer eines noch nicht übereigneten Grundstücks neben Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Herausgabe des Grundstücks mit der Eigentumsklage begehrt (RG SeuffA 86 Nr 43; JW 1932, 12047). In diesem Fall ist der Wert des Grundstücks als Minderung des Schadens einzusetzen und, wenn dem Verkäufer das Grundstück nunmehr überhaupt oder für unbestimmte Zeit verbleibt, die Möglichkeit einer Wertveränderung angefallen zu beachten (RG 141, 259ff.; 144, 65; vgl. A 1).

c) Eigentumsansprüche wegen einer auf Grund eines Strafurteils beschlagnahmten Sache können nur im Wege der Erinnerung oder der Widerspruchsklage (§§ 766, 771 ZPO [§ 463 EPO]) verfolgt werden (RG 108, 260). — Übrigens kann man sich durch Erfüllen des bürgerlich-rechtlichen Anspruchs aus § 985 unter Umständen strafbar machen (RGSt 56, 170).

d) Die Eigentumsklage kann nicht auf Beseitigung einer Vollstreckungshandlung gerichtet werden. Ist aber die Zwangsvollstreckung beendet und der Gerichtsvollzieher angewiesen, die gepfändete Sache herauszugeben, so ist keine Erinnerung (§ 766 ZPO) nötig, sondern die Eigentumsklage zulässig (JW 1934, 1931³, 2503³).

4. Die beanspruchte Sache muß im Klageantrage so genau bezeichnet sein, daß sie ermittelt werden kann (ZPO § 253 Abs 2 Nr 2). Bei Grundstücken bedarf es der räumlichen Abgrenzung (RG 68, 25). Werden mehrere bewegliche Sachen unter einem zusammenfassenden Ausdruck gefordert, so liegt eine Verbindung von Einzelansprüchen vor (quot res tot vindicationes). Dies ist auch dann der Fall, wenn die Zusammenfassung unter einem Sammelnamen, z. B. Warenlager, sprachlich üblich ist und in anderer Hinsicht Rechtsfolgen hat; die Behandlung der Eigentumsklage wird dadurch nicht berührt (vgl. RG JW 1912, 914¹⁹). Um sich Gewissheit zu verschaffen, kann der Kläger nach § 809 die Vorlegung der Sachen verlangen (vgl. DVG 5, 153). § 260 (Vorlegung eines Bestandsverzeichnis bei Verpflichtung zur Herausgabe eines Inbegriffs) greift nicht Platz, da die Sachen, soweit nur die Herausgabe in Frage steht, nicht kraft eines einheitlichen Rechtsverhältnisses beansprucht werden (vgl. RG Gruch 47, 910 und § 260 A 1; a. M. RG JW 09, 192³). Daß die verlangte Sache als unwesentlicher Bestandteil mit einer andern verbunden ist, steht dem Anspruch auf ihre Herausgabe nicht entgegen (vgl. § 93 A 1). Anders aber, wenn sie ein wesentlicher Bestandteil oder mit andern untrennbar vermischt oder vermengt wurde; denn dann haben sich die Eigentumsverhältnisse geändert (§§ 93, 946—948).

5. Trotz der dinglichen Natur des Anspruchs eignen sich doch gewisse allgemeine Grundfälle über Schuldverhältnisse zur entsprechenden Anwendung. Wegen des Leistungsortes: A 3 unter a. Auf die Regeln über den Leistungsverzug wird in § 990 Abs 2 geradezu verwiesen. RG 105, 84 zog auch die Bestimmung des § 281 über die Ersatzherausgabe heran; diese Ansicht ist mit Recht wieder aufgegeben worden. Im Falle des § 281 muß die Möglichkeit eines Fortbestehens der Verpflichtung vorhanden sein. Das trifft aber nicht zu, wenn der nach § 985 verklagte Besitzer den Besitz verliert; dann wird der Besitzer nicht durch die Unmöglichkeit der Herausgabe von seiner ursprünglich en Verpflichtung befreit; vielmehr wird dem dinglichen Herausgabeanpruch

als solchem der Boden entzogen, er erlischt wegen Wegfalls einer für ihn wesentlichen Voraussetzung (**RG** 115, 33; 143, 376; 157, 45; **HR** 1930 Nr 281; **JW** 1932, 2277^a). Hat jemand eine gestohlene Sache gutgläubig erworben und weiterveräußert, so ist mit dem Besitzverlust das dingliche Verpflichtungsverhältnis erloschen; auf die Unmöglichkeit der Sacheerausgabe kommt es nicht weiter an. Aber § 816 Abs 1 kann zutreffen. In der Klage auf den Erlös kann die Genehmigung der Weiterveräußerung liegen, diese kann also wirksam sein (vgl. **RG** 106, 45; 115, 34, wo es sich um ähnliche Tatbestände handelt). Daß die Grundsätze über Treu und Glauben und über die Unzulässigkeit der Rechtsausübung (Einrede der Arglist; § 242) auch auf die dinglichen Eigentumsansprüche anwendbar sind, ist anerkannt (vgl. § 980 A 1 Abs 1, § 994 A 4, § 1000 A 1; ferner **Staudinger-Rober Vorbem** 9 vor § 985, § 986 A 8).

Die **Verjährung** des Herausgabeanspruchs richtet sich, vorbehaltlich der Erziehung (§ 937), nach § 195. Ist beim Verkauf mit Eigentumsvorbehalt die Kaufpreisforderung des Verkäufers verjährt, so kann dieser von dem Käufer als dem Besitzer auch nicht mehr die Herausgabe verlangen (vgl. § 455 A IX A e). Vgl. auch § 902 Abs 1 Satz 1 (Ansprüche aus eingetragenen Rechten).

6. Beweislast. Der Beweis des Eigentums ist grundsätzlich Sache des Klägers. Besteht der Beklagte das Eigentum zu, so ist ein weiterer Beweis nicht erforderlich. Widerruf der Beklagte das Geständnis, so wird es nicht wirkungslos; der Beklagte muß nunmehr das zunächst zugestandene Eigentum widerlegen (**RG** 58, 54). Der Eigentumsbeweis wird durch Rechtsvermutungen teils erleichtert, teils erschwert. Bei Grundstücken kann der Kläger die Eintragung im Grundbuch für sich anrufen und die Widerlegung gewärtigen, daß er gleichwohl nicht Eigentümer sei (§ 891 Abs 1). Bei beweglichen Sachen spricht die Vermutung des Eigentums nach § 1006 Abs 1 Satz 1 zunächst für den besitzenden Beklagten. Um dagegen durchzudringen, genügt es nicht, daß der Kläger einen Eigentumserwerb dargetut und auf die regelmäßige Fortdauer einmal entstandener Rechtsverhältnisse Bezug nimmt (vgl. **RG** 55, 53; 99, 153; **JW** 1923, 229^a; **Warn** 08 Nr 63; 1925 Nr 27; **HR** 1932 Nr 234). Je nach der Sachlage gestaltet sich die Aufgabe wie folgt: a) Handelt es sich nicht um Geld oder Inhaberpapiere und beweist der Kläger, daß ihm die Sache gestohlen, verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen ist, so hat er nicht nur die zugunsten des Beklagten sprechende Vermutung überwunden, sondern zugleich für sich selbst die Vermutung begründet, daß er während seines früheren Besitzes Eigentümer war (§ 1006 Abs 1 Satz 2, Abs 2). Der Beklagte muß dann, um der Verurteilung zu entgehen, eine von drei Möglichkeiten beweisen: entweder, daß der Kläger mit dem Besitz nicht auch das Eigentum erlangt hat, oder daß die Sache vor der Besitzzeit des Klägers ihm selbst abhanden gekommen ist oder daß er trotz des früheren Rechtes des Klägers Eigentum erworben hat, z. B. durch Erwerb in öffentlicher Versteigerung oder durch Erziehung (§ 935 Abs 2, § 937). b) Wurde der Besitz von Kläger oder seinem Besitzmittler freiwillig aufgegeben oder kamen dem Kläger Geld oder Inhaberpapiere abhanden, so steht ihm die Vermutung aus früherem Besitz nur dann zur Seite, wenn er das Nichteigentum des Beklagten beweist (vgl. **Seuff** 72 Nr 140). Dazu bedarf es der Darlegung, daß der Beklagte den Besitz ohne das Eigentum erworben oder daß er letzteres wieder verloren hat. Ist einmal nachgewiesen, daß der Beklagte nur Fremdbesitz erlangt hat oder daß er nachträglich Fremdbesitzer geworden ist, so spricht die Vermutung für die Fortdauer des Fremdbesitzes (**RG** 18. 3. 24 VII 340/23; 1. 4. 24 VII 376/23). Die Verteidigung des Beklagten ist dann in der Weise möglich, daß er anderweiten Eigentumserwerb nachweist; statt dessen kann er auch, sofern nicht Geld oder Inhaberpapiere in Frage sind, dargetun, daß ihm die Sache schon vor dem Erwerb des Klägers abhanden gekommen ist. Von vornherein aufzuklären, wie er das Eigentum oder auch nur den Besitz erworben hat, ist der Beklagte nicht verpflichtet; auch wenn er behauptet, die Sache sei ihm vom Kläger geschenkt, ist es dessen Aufgabe, die Behauptung zu widerlegen. Berufst sich der Beklagte freilich auf einen bestimmten Vorgang, der ihn zum Eigentümer gemacht haben soll, und wurde dies Vorbringen widerlegt, so wird die Beweiswürdigung zu seinen Ungunsten ausfallen. Auch sonst kann nach **BPD** § 286 den besonderen Umständen des Einzelfalls ohne weiteres eine Entlastung der für den Beklagten sprechenden Vermutung entnommen werden (vgl. hierzu **RG JW** 1910, 390^a; 1923, 229¹; 1924, 961²; **RZ** 1924, 636; **Warn** 1926 Nr 47; **RG** Recht 1916 Nr 1301a, 1303; **RG** 3. 5. 21 VII 429/20; 12. 1. 23 VII 54/22; 18. 3. 24 VII 340/23; 1. 4. 24 VII 376/23). Sowohl für die Fälle unter a wie für die unter b ist zu beachten, daß die Vermutungen für den jetzigen oder früheren Besitzer, wenn eine der Parteien mittelbarer, die andere unmittelbarer Besitzer ist oder war, allein dem mittelbaren zugute kommen. c) Der Kläger hat den Besitz nie gehabt. Behauptet er gleichwohl, Eigentum erworben zu haben, z. B. durch Trennung von Früchten (§§ 954 ff.) oder nach § 931 oder durch Erwerb von Grundstückszugehör nach § 926 Abs 1, so muß er nicht nur die zugunsten des Beklagten bestehende Vermutung widerlegen, sondern überdies seinen eigenen Erwerb dargetun.

Außer über das Eigentum des Klägers kann auch über den Besitz des Beklagten gestritten werden. Beweispflichtig in dieser Hinsicht ist der Kläger; doch hat der Beklagte die Beweislast, wenn er die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt und nur Besitzdiener zu sein behauptet.

§ 986

Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist¹⁾ 2). Ist der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer nicht befugt, so kann der Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer oder, wenn dieser den Besitz nicht wiederübernehmen kann oder will, an sich selbst verlangen³⁾.

Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, kann dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen⁴⁾.

§ I 804 Satz 2, 942 II 900; W 3 96, 421, 422; B 3 334, 335, 371.

1. Der Besitzer der Sache hat dem Eigentümer gegenüber eine Einrede aus dem Recht zum Besitz. Das Recht kann dinglich (z. B. Nießbrauch) oder schuldrechtlich sein (z. B. Miete oder Pacht); es kann auf Vertrag oder Gesetz beruhen, auch im Familienrecht oder im Erbrecht wurzeln (z. B. das Besitzrecht des Ehemanns nach § 1373, des Testamentsvollstreckers nach § 2205; vgl. auch RG 105, 315: Erfinderrecht). Ob es dauernd oder vorübergehend ist, macht keinen Unterschied. Ein dauerndes Besitzrecht hat der Käufer, der das verkaufte, noch nicht aufgelassene Grundstück besitzt (exc. rei venditae et traditae; vgl. RG 138, 298); ein vorübergehendes hat z. B. der von seiner vorgesetzten Dienstbehörde zwangsweise beurlaubte Gemeindebeamte in Ansehung seiner Dienstwohnung selbst dann, wenn die Beurlaubung zulässig ist; nur unter ganz besonderen Ausnahmefällen könnte es ihm abgesprochen werden (RG 128, 64; hinsichtlich der Reichsbeamten vgl. übrigens § 10 der DienstwohnVorschr. v. 30. 1. 1937 ReichshuBesVl 1937, 9). Unerblich ist ferner, ob die Sache dem Besitzer auf Grund des Rechtes übergeben wurde oder ob er den Besitz eigenmächtig ergriffen hat. Auch das Zurückbehaltungsrecht (§§ 273, 1000) gehört hierher. Kann es auch anders als andere Rechte durch Sicherungsleistung des Klägers abgewendet werden (§ 273 Abs 3), so fällt es doch nicht deshalb aus dem Begriff des Rechtes zum Besitz heraus (RG 136, 426; HR 1934 Nr 1025; vgl. auch DZ 1937, 1499). Daher kann der unmittelbare Besitzer gegen die Verwendungen des mittelbaren Besitzers, wegen deren er kein Ersatzrecht hat (vgl. § 999 A 1), doch nach § 986 Abs 1 Satz 1 zurückhalten. Das Zurückbehaltungsrecht ist auch nicht auf Verwendungen (§ 1000) beschränkt, sondern kann auch wegen anderer Leistungen geltend gemacht werden. Die Vorschrift des § 273 Abs 1 gilt allgemein (RG 59, 202; 72, 65), mithin auch gegenüber der Eigentumsklage (RG Warn 1919 Nr 27; SeuffA 57 Nr 102; DLG 29, 343; 34 S. 188, 189). Wer vor dem Inkrafttreten des ErbhofGes. einen Erbhof gekauft und übergeben, aber noch nicht aufgelassen erhalten hat, kann auch nach dem Inkrafttreten des Ges. dem Herausgabeanspruch des Eigentümers gegenüber wegen des Anspruchs auf Rückzahlung des Kaufpreises den Erbhof zurückhalten (ZB 1934, 851⁷⁾. — Dagegen gewährt die rechtliche Möglichkeit, die Veräußerung einer Sache wegen Gläubigerbenachteiligung anzufechten, noch kein Recht zum Besitz (DLG 30, 103). Ein Besitzrecht des Beklagten wird auch nicht dadurch begründet, daß der Kläger selber am Verlust der Sache schuld ist (RG 93, 281). Wird das Besitzrecht auf Vertrag gestützt, so muß dieser gültig sein. Daher gibt es keine Einrede aus einem formlosen Vorvertrag zum Grundstückskaufvertrag (RG Bruch 48, 943), wohl aber aus einem formgültigen Vorvertrag (RG 81, 66; 105, 19; 129, 370; 137, 336; 144, 381); keine Einrede wiederum aus einem unsittlichen Vertrag oder wenn der Erfüllungsanspruch aus dem Kaufvertrag durch Fristsetzung gemäß § 326 weggefallen ist (RG 141, 261). Auch § 817 Satz 2 hindert die Eigentumsklage nicht (vgl. § 817 A 3). Zu RG 86, 191 und ZB 1916, 180¹⁾, die eine Zurückbehaltung wegen Arglist des Klägers für zulässig halten: § 817 A 5; § 985 A 5 (vgl. auch RG HR 1934 Nr 1024).

Das Recht zum Besitz kann ein eigenes Recht des Besitzers oder unter Umständen auch das Recht eines Dritten sein (vgl. A 2, 3). Es muß sich entweder (als „absolutes“) gegen jedermann oder (als „relatives“) gegen den klagenden Eigentümer richten. Ein persönlicher Anspruch gegenüber einem Rechtsvorgänger des Eigentümers hilft dem Beklagten in der Regel nichts. Über die Ausnahmen, die hiervon für die Fälle der Ubereignung beweglicher Sachen gelten: A 4; bei Grundstücken werden Mieter und Pächter nach §§ 571 ff. geschützt, während sonst eine Vormerkung nötig ist, um die Wirkung des gegen den Vorgänger begründeten Rechtes auf den Nachfolger auszudehnen. Ist der Eigentümer in Konkurs verfallen, so erfahren die allgemeinen Grundsätze mit Rücksicht auf die Zwecke des Konkurses eine Einschränkung. Entspringt das Besitzrecht einem gegenseitigen Vertrag, so kommt es darauf an, ob der Vertrag nach RD §§ 17 ff. (vgl. wegen des Mieters und Pächters § 21) der Konkursmasse gegenüber wirksam ist (RG 63, 231). Im übrigen dringt die Einrede nur insoweit durch, als der Besitzer nach RD §§ 47 ff. Absonderungsbefugnis hat (vgl. RG 90, 218; auch RG 140, 156; RG ZB 1936, 655^{20a)}).

Die Berufung auf das Recht zum Besitz ist überall, nicht nur soweit es sich um das Zurückbehaltungsrecht handelt, eine wahre Einrede (RG 144, 271), keine Einwendung (vgl. Foaß-Pohle *RPD* Vorbem III 3 vor § 128; Kühne *ABW* 20 [1934], 23f.). Der Wortlaut „kann verweigern“ stellt die Absicht des Gesetzgebers außer Zweifel; eine Umdeutung in Anlehnung an § 1004 Abs 2 und § 1007 Abs 2 ist nicht angängig, zumal da sich die abweichende Fassung dort durch die Rücksicht auf die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen erklärt (vgl. § 1004 Abs 6) und § 1007 (vgl. Abs 1, 3) auch sonst mangelhaft gefaßt ist. Bei der ausschließlichen Begründung des Anspruchs auf das Eigentum entspricht es auch dem Wesen der Sache, wenn ein die Herausgabe hinderndes anderweites Rechtsverhältnis nur auf Einrede des Beklagten berücksichtigt wird. Praktische Bedenken stehen dem nicht entgegen. Die Behandlung als Einrede ist insbesondere nicht deshalb unangemessen, weil danach der die Herausgabe fordernde Kläger ein Veräumnisurteil auf Herausgabe erlange, auch wenn aus seinem eigenen Vortrag das Recht des Beklagten zum Besitz hervorgehe. Denn daß die Klagschrift außer der Rechtsbehauptung des Beklagten auch deren Berechtigung ergibt, wird überaus selten vorkommen. Trifft es aber einmal zu, so wird der Kläger zugleich erwähnen, daß er den Beklagten vergeblich zur Herausgabe aufgefordert habe. Da eine Einrede richtiger Ansicht nach auch außergerichtlich geltend gemacht werden kann und hiernit die Leistungsweigerung des Beklagten, d. h. die Erhebung der Einrede, zur Kenntnis des Gerichts gebracht wäre, müßte in solchem Fall auch nach der hier vertretenen Meinung die Klage abgewiesen werden.

2. Der Besitzer hat auch eine Einrede aus dem Recht des Dritten, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet. Er kann geltend machen, daß der Dritte dem klagenden Eigentümer gegenüber zum Besitz und zugleich zu dessen Überlassung an ihn, den Besitzer, berechtigt ist. Der Unterspediteur, der im Auftrag des Hauptspediteurs das Gut in Besitz nimmt und dadurch den Hauptspediteur zum mittelbaren, dessen Auftraggeber zum entfernt mittelbaren Besitzer macht, kann dem Eigentümer auch ein etwa von diesem dem Hauptspediteur bestelltes Vertragspfandrecht entgegenhalten; denn er leitet sein Recht zum Besitz vom Hauptspediteur als dem mittelbaren Besitzer ab, und das Vertragspfandrecht entsteht mit der Besitzergreifung am Gute durch den Unterspediteur (RG 118, 250). Ein vertragliches Zurückbehaltungsrecht an einem Grundschuldbrief, dessen Zulässigkeit anerkannt ist (RG 68, 386; 91, 158), kann auch von einem andern als dem Grundschuldgläubiger im eigenen Namen einem Dritten gegenüber bestellt werden, wenn die Verfügung des andern mit Einwilligung des Grundschuldgläubigers vorgenommen wird; denn dann trifft § 185 zu, und der Besteller war selbst dem Eigentümer gegenüber zum mittelbaren Besitz berechtigt (RG 124, 31). Das Gesetz selbst erwähnt nur den Fall, daß der Dritte mittelbarer Besitzer ist. Doch darf bei freier Auslegung von dieser Voraussetzung abgesehen werden, z. B. wenn das von dem Kläger an den Dritten und von diesem an den Beklagten verkaufte Grundstück, während es noch dem Kläger gehört, in den Besitz des Beklagten gelangt ist. Die Bedenken, die man hier gegen die Einrede erhoben hat, greifen nicht durch. Immer wird das fremde Recht, zu besitzen, nicht der fremde Besitz geltend gemacht; die Notwendigkeit aber, beide Rechtsverhältnisse (das des Klägers zum Dritten und das des Dritten zum Beklagten) auf Bestreiten klarzustellen, besteht ebenso, mag der Dritte mittelbarer Besitzer sein oder nicht. Ohne Grund wird auch eingewendet, das Gesetz gehe absichtlich darauf aus, eine dauernde Spaltung zwischen buchmäßigem Eigentum und einem diesem wirtschaftlich gleichkommenden Besitz- und Nutzungsrecht zu vermeiden. Daß ein solcher Gedanke dem Gesetzgeber fernlag, beweist die Nichtübernahme des § 7 Abs 2 des *BrEigErwerbsG* v. 5. 5. 1872 (Ausschließung der *ex. rei venditae et traditae* gegenüber der Klage des eingetragenen Eigentümers, vgl. Abs 1). In RG 138, 298 ist jetzt auch ausdrücklich ausgesprochen, daß ein dauerndes Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum dem Gesetz nicht widerspreche, daß also der Käufer eines ihm übergebenen, aber nicht aufgelassenen Grundstücks das Recht zum Besitz dem Verkäufer gegenüber auch dann behält, wenn der Auflassungsanspruch verjährt ist. Der Versuch, diesen Besitz des Käufers als ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 *RPD* anzuerkennen (RG 116, 363), hat allerdings wieder aufgegeben werden müssen (RG 127, 11). — Wollte man die hier vertretene ausdehnende Auslegung des § 986 ablehnen, so käme man zu dem auffälligen Ergebnis, daß der klagende Eigentümer den als Verkäufer eines Dritten besitzenden Beklagten zur Herausgabe zwingen könnte, während die Klage abzulehnen wäre, falls der Dritte mit dem Beklagten nur einen Mietvertrag geschlossen hat. Das erscheint so willkürlich, daß man sich ohne die ausdehnende Auslegung vielfach zur Annahme einer stillschweigenden Abtretung des Besitzrechts des Dritten an den Beklagten gedrängt sehen würde. Wie hier RG 105, 19; LZ 1924, 818*; 1927, 243*; Warn 1928 Nr 124. Auch die zulässige weite Auslegung verfaßt aber, wenn der Dritte, von dem das Recht zum Besitz hergeleitet wird, weder selbst jemals Besitzer gewesen ist, noch von dem Eigentümer als baldige Verschaffung des Besitzes verlangen kann (RG 2. 10. 25 VI 183/25) oder wenn er ein vorhandenes Recht zum Besitz wieder verloren hat, z. B. weil der Eigentümer von den Verträgen, welche dem Dritten das Recht verliehen, rechtswirksam zurückgetreten ist (RG Warn 1928 Nr 124). Nicht anwendbar ist § 986 zugunsten des Erwerbers einer Unterlizenz, wenn die Lizenz des Lizenzgebers erloschen ist (RG 142, 170). Ist in einem Rechtsstreit des Klägers mit dem Dritten, von

dem der Beklagte sein Recht zum Besitz ableitet, das Recht des Dritten zum Besitz rechtskräftig aberkannt, so ist damit auch das Recht des Beklagten erledigt, sofern nicht der Kläger und der Dritte arglistig zusammengewirkt haben (**RG** 23 1924, 818^a).

Ist sowohl der unmittelbare Besitzer wie der Dritte, dem er den Besitz vermittelt, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt, so folgt aus dem Besitzrecht des Dritten, daß die Sache nach Erlöschen des Rechts des unmittelbaren Besitzers dem Dritten und nicht dem Eigentümer herausgegeben werden muß (vgl. **RG** 1. 7. 21 VII 543/20: der beklagte Grundstücksvermieter hatte die seinem Pfandrecht unterliegenden eingebrachten Sachen auf Grund des § 561 Abs 1 in Besitz genommen und nach Tilgung des Mietzinses dem Mieter zurückgegeben, der sie alsbald veräußerte. Hieraus konnte der Kläger, dem die Sachen vorher vom Mieter nach § 930 übereignet waren, keinen Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten herleiten, mochte dieser auch die Übereignung gekannt haben).

3. Ist der Dritte dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt, durfte er aber dem Beklagten den Besitz nicht überlassen, so reicht die Rechtslage zur Rechtsfertigung des bestehenden Zustandes nicht hin. Der Beklagte muß die Sache herausgeben. Das Gesetz schreibt aber vor, daß, wenn er dem Dritten Besitz vermittelt, der Eigentümer nicht schlechthin Herausgabe an sich selbst fordern darf, sondern den Antrag in erster Linie auf Herausgabe an den Dritten richten muß; nur wenn dieser den Besitz nicht übernehmen kann oder will, hat die Herausgabe an den Kläger zu geschehen. Eine ähnliche Einschränkung des Herausgabeanspruchs: § 869 Satz 2. Fälle dieser Art sind z. B. die, daß der Mieter die Sache unerlaubterweise untervermietet oder der Pächter sie unterverpachtet hat. Sind es mehrere Mieter gewesen, welche die Sache in Untermiete gegeben haben, so ist der Antrag des Eigentümers auf Herausgabe der Sache an ihn schon dann begründet, wenn auch nur einer der Mieter sich diesem Antrag angeschlossen hat. Das Verlangen der Herausgabe an sämtliche mittelbaren Besitzer oder an die andern mittelbaren Besitzer entbehrt dann der Begründung (**RG** 13. 10. 26 V 65/26). Auch hier darf man aber bei der Voraussetzung, daß der Beklagte Besigmittler ist, nicht stehenbleiben. Die Vorschrift kann nur den Schutz des Dritten bezwecken, der, wenn er auch durch Überlassung des Besitzes an den Beklagten rechtswidrig verfuhr, doch nach wie vor dem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Da dies aber gleichmäßig zutrifft, mag der Dritte mittelbarer Besitzer sein oder die Sache nur früher oder überhaupt nicht besessen haben, so hat ihm der Eigentümer in allen diesen Fällen die Wahl zu lassen, ob er die Sache übernehmen (wiederübernehmen) will oder nicht.

4. Einwendungen gegen den früheren Eigentümer. Vollzieht sich der Eigentumserwerb nach § 931 durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, so wird hierdurch der Besitzer, der ein dingliches Recht an der Sache hat, nicht berührt; nach § 936 Abs 3, § 986 Abs 1 kann er sich auf sein Recht auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber berufen. Dagegen bedarf er eines besonderen Schutzes, soweit ihm nur ein schuldrechtliches Besitzrecht gegen den Veräußerer zur Seite steht. Diesen Schutz gewährt ihm § 986 Abs 2; den Besitzer mit Einwendungen aus Schuldverhältnissen auszustatten, ist der eigentliche Zweck dieser Vorschrift (**RG** 109, 130: die Mietsache war mit einer dem Mieter gehörigen Einrichtung in den Besitz des Vermieters gelangt, der Mieter hatte angeblich das Eigentum an der Einrichtung nach § 931 übertragen; sein Rechtsnachfolger klagte auf Herausgabe, der Vermieter konnte sich darauf berufen, daß er dem Mieter gegenüber so lange zum Besitze berechtigt sei, bis dieser die Einrichtung nach § 547 Abs 2 Satz 2 und § 258 weggenommen habe, vgl. A 3a zu § 985). Die Stellung des Besitzers gegenüber dem auf § 931 gestützten Eigentümer ist danach dieselbe wie die Stellung eines Schuldners gegenüber dem Abtretungsempfänger. Nach § 407 kann er sich auch solcher Einwendungen bedienen, die erst nach Abtretung des Herausgabeanspruchs durch ein zwischen ihm und dem bisherigen Eigentümer geschlossenes Rechtsgeschäft begründet worden sind, es sei denn, daß er die Abtretung bei Vornahme des Rechtsgeschäfts kannte (**RG** 20. 6. 11 VII 600/10). War der Veräußerer Nichteigentümer, aber mittelbarer Besitzer, und hat der gutgläubige Erwerber das Eigentum nach §§ 934, 870 durch Abtretung des den Besitz vermittelnden schuldrechtlichen Anspruchs erlangt, so sind es die Einwendungen gegen den Veräußerer, nicht die gegen den bisherigen Eigentümer, die dem Beklagten erhalten bleiben. — § 986 Abs 2 trifft schon seinem Wortlaut nach auch dann zu, wenn die nach § 931 veräußerte Sache abhanden gekommen war und der Erwerber erst durch Erziehung Eigentümer wurde. Es kann aber auch nicht darauf ankommen, ob der Veräußerer und mittelbare Besitzer das Eigentum nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe oder nach § 930 durch Besitzvorbehalt überträgt; auch in diesem Fall muß der unmittelbare Besitzer Schutz finden (vgl. **Seuff** 66 Nr 190; **HR** 1932 Nr 1567). Dagegen ist eine Ausdehnung auf den gesetzlichen Eigentumserwerb nach § 952 abzulehnen. Beispiel: der Versicherte übergibt seinen Lebensversicherungsschein sicherungshalber einem Gläubiger und begründet für ihn dadurch ein schuldrechtliches Zurückbehaltungsrecht (§ 1204 A 4); alsdann läßt ein anderer Gläubiger die Forderung auf die Versicherungssumme pfordern und sich an Zahlungs Statt überweisen. Wollte man hier den Vollstreckungsgläubiger, der nach § 952 Eigentümer des Scheines geworden ist, an der Einrede aus dem Vertrage des früheren Eigentümers scheitern lassen, so würde man dem Vertrage dingliche Wirkung beilegen und die Zwecke des § 1280 durchkreuzen (vgl. **RG** 51, 83 ff.). Die Anwendbarkeit von § 986 Abs 2 wird

hier mit Recht abgelehnt. Daneben wird die Frage angeregt, ob § 986 Abs 1 Satz 1 eingreife. In dem behandelten Falle hatte der Versicherungsnehmer den Versicherungsschein bei einem Gläubiger zu dessen Sicherung hinterlegt und nach seinem Tode war die Versicherungsforderung an den als bezugsberechtigt Benannten gefallen. Es fragt sich, ob der Bezugsberechtigte die nur schuldrechtliche Verfügung des Versicherungsnehmers wegen der Nachgiebigkeit der in § 952 Abs 1 Satz 1 enthaltenen Vorschrift oder schon auf Grund der durch den Versicherungsvertrag von ihm selbst erlangten Rechtsstellung gegen sich gelten lassen muß. Jenes hat das OLG Hamburg (SMR 1933 Nr 1407) angenommen (vgl. hierzu Appel ZurAbsch. f. Privatversicherung 1939, 84). Der Bezugsberechtigte, der nicht Erbe des Versicherungsnehmers geworden war, soll das Eigentum an dem Schein nur mit der „Beschränkung“ oder der „Belastung“ des schuldrechtlichen Zurückbehaltungsrechts erworben haben. Eine schuldrechtliche Verpflichtung belastet oder beschränkt aber immer nur die Person des Verpflichteten, niemals das Eigentum an der den Gegenstand der Verpflichtung bildenden Sache. Aus der Nachgiebigkeit der Vorschrift in § 952 Abs 1 Satz 1 folgt nur, daß zum Eigentümer des Schuldscheins auch ein anderer als der Gläubiger bestellt werden kann. Der vorbezeichnete zweite Weg ist ebenfalls nicht gangbar. Der Bezugsberechtigte erwirbt die Forderung gegen den Versicherer unmittelbar und frei von den Schulden des Versicherungsnehmers.

§ 987

1) Der Besitzer hat dem Eigentümer die Nutzungen herauszugeben, die er nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit zieht²⁾.

Zieht der Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Nutzungen nicht, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ziehen könnte, so ist er dem Eigentümer zum Erfasse verpflichtet, soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt³⁾.

§ I 933 II 901; R 3 407, 408; P 3 336—343, 371; G 119, 236, 237.

1. Die §§ 987—993 über die Ansprüche des Eigentümers auf Herausgabe von Nutzungen und Schadenersatz beruhen auf der Erwägung, daß die allgemeinen Vorschriften hier vielfach nicht passen würden. Als solche allgemeine Vorschriften könnten in Betracht kommen die über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung in §§ 812 ff., namentlich § 818 Abs 1, und die über den Schadenersatz bei unerlaubten Handlungen in § 823. Sie wären aber teils zu milde und teils zu streng, § 823 namentlich vielfach zu hart, wenn der Besitzer, der sich in gutem Glauben für den Eigentümer hält und mit der Sache nach Belieben verfährt, weil er meint, daß andere Personen dadurch nicht berührt werden, wegen Sachbeschädigung für Schadenersatz aufzukommen hätte. Daher trifft das Gesetz eine selbständige Regelung, wobei es den Besitzer bei Rechtshängigkeit (Prozeßbesitzer, §§ 987, 989), den Besitzer auf Grund unentgeltlichen Erwerbs (§ 988), den unredlichen Besitzer (§§ 990, 991 Abs 1) und den Besitzer kraft verbotener Eigenmacht (§ 987a) strafbarer Handlung (§ 992) unterscheidet. Die Vorschriften der §§ 987 ff. stellen also eine erschöpfende Sonderregelung dar und schließen die Anwendung der §§ 812 ff. vollständig aus; sie können auch nicht nebeneinander eingreifen. Soweit nach §§ 987 ff. Nutzungen nicht auszugleichen sind, ist in diesen gesetzlichen Bestimmungen der eine ungerechtfertigte Bereicherung ausschließende Rechtsgrund zu finden. Das war auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts seit RG JW 1912, 690¹⁶ anerkannt. Ein neuerliches Schwanken (RG 129, 307; 24. 10. 27 VI 69/27) ist durch die weiteren Entscheidungen (RG 135, 173; 137, 206 ff.; RG JW 1937, 2519¹⁶, 3158¹¹; vgl. auch JW 1934, 850⁵; Reinhardt ZMfDR 1938, 508) beseitigt worden. Die abweichenden Senate haben ihre Ansichten nicht mehr aufrecht erhalten (RG 137, 210; SMR 1933 Nr 1650). — Ebenso schließen die Vorschriften der §§ 987 ff., vorbehaltlich der in § 992 (vgl. daselbst) getroffenen Regelung, die Anwendung des § 823 aus. Sie beziehen sich auf Eigenbesitzer und Fremdbesitzer, auf diese jedoch nur, soweit sie sich im Rahmen ihres vermeintlichen Besitzrechts gehalten haben (RG 56, 316; 101, 309; 106, 152; JW 1910, 111¹⁰, 754¹⁰; SeuffW 78 Nr 82; 16. 4. 26 VI 572/25; vgl. § 992 A 2). — Die Stellung des **Bucheneigentümers** gegenüber der Grundbuchberichtigungsanlage ist der Stellung des Besitzers gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers so weisensverwandt, daß darauf nicht nur die §§ 989, 990 (RG 121, 336), sondern auch die §§ 987, 988, 993, 994, 995 entsprechend anwendbar sind (RG 133, 286 f.).

Von den Ansprüchen, die durch diese Vorschriften begründet werden, ist nur der auf Herausgabe der vom unredlichen Besitzer gezogenen natürlichen Früchte gerichtete Anspruch von dinglicher Natur, da diese Früchte nach §§ 963, 955 Abs 1 Satz 2 durch die Trennung Eigentum des Sacheigentümers geworden sind. Alle andern Ansprüche, also die auf Herausgabe der bürgerlichen Früchte und der Gebrauchsvorteile, die Ansprüche auf Schadenersatz sowie der Anspruch auf Herausgabe der natürlichen Früchte, die nach §§ 955 ff. in das Eigentum des redlichen Besitzers gelangt sind, stießen zwar aus dem Eigentum als solchem und stehen daher dem jeweiligen

RGW, Kommentar von Reichsgerichtsräten. 9. Aufl. III. Bd. (Schad.)

Eigentümer zu, sind aber schuldrechtlich geartet (RG 46, 145; 143, 376), sodaß sie im Konkurse des Verpflichteten kein Aussonderungsrecht gewähren. Auch bei den Nutzungen trifft der Ausdruck Herausgabe genau genommen nur auf die gezogenen und noch unverbraucht vorhandenen natürlichen oder bürgerlichen Sachfrüchte zu; im übrigen ist die Herausgabepflicht eine Pflicht zur Wertvergütung (RG 93, 283; RG Seuffl 75 Nr 101). Immer handelt es sich um Nebenleistungen, die vom Anspruch auf Herausgabe der Hauptsache abhängen und daher nach § 224 mit ihr zusammen verjähren. Verfahrensrechtlich sind die Ansprüche im Sinne der ZPO § 4 auf Nebenforderungen gerichtet, wenn sie neben dem Hauptanspruch in derselben Klage geltend gemacht werden. Bei einer unbeweglichen Sache steht dem Kläger dann auch der Gerichtsstand der belegenen Sache offen (ZPO § 26). Der ausschließliche Gerichtsstand des § 24 ZPO kommt für Klagen aus §§ 987 ff. nicht in Betracht.

Die §§ 987 ff. ordnen nur das Verhältnis des Eigentümers zum nicht rechtmäßigen Besitzer (RG JW 1933, 2644⁷ [in RG 141, 227 insofern nicht abgedruckt]; vgl. auch Dieß, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, 1934).

2. Der gutgläubige Besitzer soll von der Rechtshängigkeit des Herausgabeanpruchs an die Sache sorgfältig nutzen. Daher bestimmt § 987 in Abs 1, daß fructus perccepti, in Abs 2, daß auch fructus percipiendi herauszugeben sind. Jeder Besitzer wird von dieser Verpflichtung betroffen, ein Besizmittler auch dann, wenn er, z. B. als vermeintlicher Pächter, dem Eigentümer selber Besitz vermittelt. Im Fall eines Doppelbesizes hat der Eigentümer die Wahl, ob er den unmittelbaren Besitzer wegen der natürlichen Früchte oder den mittelbaren Besitzer wegen des dafür bestimmten Entgelts (z. B. auf den Pachtzins) verklagen will. Eine Häufung beider Ansprüche ist ausgeschlossen. Nutzungen: §§ 100, 99; über ihre zeitliche Teilung: § 101; über den Abzug der Gewinnungskosten: § 102. Besteht die Nutzung im Bewohnen eines Hauses, so ist der mit dem vermeintlichen Eigentümer vereinbarte Mietzins als Ersatz zu leisten (RG Seuffl 75 Nr 101). Darauf, ob auch der Eigentümer die Nutzungen hätte ziehen können, kommt es nicht an. Die vor der Rechtshängigkeit gewonnenen, aber noch vorhandenen Früchte (fructus exstantes) brauchen regelmäßig (anders nach § 988) nicht herausgegeben zu werden. Zur Rechnungslegung über gezogene Nutzungen ist der gutgläubige Besitzer früher nicht als verpflichtet angesehen worden (RG Gruch 51, 897; JW 1912, 288⁸; Warn 1912 Nr 14; SMM 1928 Nr 1982). Neuerdings ist diese Verbindlichkeit aber unter Aufgabe der abweichenden Ansichten anerkannt worden, weil sonst dem Herausgabeanpruch die wirksame Handhabe zu seiner Durchführung fehlen würde (RG 137, 212f.). Dabei kommt allerdings nicht § 259, sondern § 260 zur Anwendung. — Rechtshängigkeit: ZPO §§ 253, 263, 281, 500; EG Art 152. Die Verpflichtung zur Herausgabe gilt als nicht entstanden, wenn die Klage zurückgenommen oder durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil abgewiesen worden ist. Wird dann von neuem Klage erhoben, so ist der Beginn des zweiten Rechtsstreits maßgebend; doch kann der Besitzer durch die erste Klage bösgläubig geworden sein. Im Fall der Nichterfüllung der Herausgabepflicht hat der Besitzer Schadensersatz nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 280, 283) zu leisten; er haftet also nicht bei zufälligem Untergang.

3. Versäumte Nutzungen hat der gutgläubige Besitzer zu ersetzen, wenn sie gemäß den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nach Eintritt der Rechtshängigkeit hätten gezogen werden sollen und wenn zugleich ihn (oder seinen gesetzlichen Vertreter oder seinen Gehilfen, § 278) der Vorwurf trifft, die Nutzungen schuldhaft (§ 276) nicht gezogen zu haben. Beides hat der Kläger zu beweisen; doch wird der Beweis der sachlichen Voraussetzung meistens auch das Verschulden dartun. Zu ersetzen ist der Wert der versäumten Nutzungen, nicht auch der sonstige Schaden des Eigentümers, es sei denn (§ 989), daß durch die Versäumnis die Sache selbst Schaden gelitten hätte.

§ 988

Hat ein Besitzer, der die Sache als ihm gehörig oder zum Zwecke der Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts an der Sache besitzt¹⁾, den Besitz unentgeltlich erlangt²⁾, so ist er dem Eigentümer gegenüber zur Herausgabe der Nutzungen, die er vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit zieht, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet³⁾.

© II 902; B 3 349, 350.

1. Die Bestimmung betrifft den in § 955 bezeichneten **Eigenbesitzer**, der, wenn er gutgläubig ist, die natürlichen Früchte zu Eigentum erwirbt. Er soll gleichwohl schuldrechtlich nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zur Herausgabe verpflichtet sein, falls er den Besitz unentgeltlich erlangt hat. Damit wird derselbe Rechtsgedanke zum Ausdruck gebracht, der dem § 816 Abs 1 Satz 2 zugrunde liegt: ein unentgeltlicher Erwerb darf nicht auf Kosten des wahren

Berechtigten geschützt werden. Ob der Besitz unentgeltlich erlangt ist, muß vom Standpunkt des Besitzers aus beurteilt werden. Herauszugeben sind nicht nur die natürlichen Früchte, auf die sich § 955 bezieht, sondern alle Nutzungen, auch die Vorteile des eigenen Gebrauchs (mithin, wenn es sich um Herausgabe eines Wohnhauses handelt, auch die ersparten Mietzinsen).

2. Unentgeltlich wird der Besitz namentlich durch Schenkung erlangt (z. B. Schenkung einer abhanden gekommenen beweglichen Sache, schenkweise nichtige Auflassung oder Nießbrauchsbestellung), ferner durch Aneignung einer vermeintlich aufgegebenen Sache (§ 959) und durch Erwerb auf Grund eines nichtigen Testaments. Besitzt jemand als Erbe eines Besitzers, so entscheidet die Art, wie der Erblasser den Besitz erlangt hat. Dem wahren Erben gegenüber ist der vermeintliche Erbe als unentgeltlicher Erwerb anzusehen. — Wer ein Grundstück auf Grund eines wegen Formmangels nichtigen Kaufvertrags übergeben erhalten hat, ist nicht unentgeltlich in seinen Besitz gelangt (RG 28. 6. 22 V 605/21). Ebenso wird das gegen Bezahlung erlangte Bucheigentum nicht dadurch zum unentgeltlich erlangten, daß der Bucheigentümer den Kaufpreis wegen Nichtigkeit des Vertrages zurückfordert hat. So in Übereinstimmung mit RG JW 1928, 2437³ und gegenüber einer zweifelnden Bemerkung in RG 129, 312 mit Recht RG 133, 283. Die ursprünglichen Vertragsabreden sind maßgebend, nicht die spätere Gestaltung der Sachlage. — Wegen der Rechnungslegung: § 987 A 2 (RG 137, 212).

3. Nach § 818 Abs 3 sind die vor der **Rechtshängigkeit wieder verlorengegangenen Nutzungen** nur insoweit zu ersetzen, als noch eine Bereicherung übriggeblieben ist. Später trifft den Besitzer die gesteigerte Haftung für Verschulden (vgl. § 818 Abs 4, §§ 280, 283). Zu beweisen hat der Kläger die Unentgeltlichkeit des Erwerbs und den Umfang der gezogenen Nutzungen. Der Beklagte hat darzutun, daß die Bereicherung weggefallen ist, wogegen der Kläger wiederum einwenden kann (und nachzuweisen hat), daß dies erst nach der Rechtshängigkeit geschehen und vom Beklagten verschuldet sei (vgl. § 818 A 9).

§ 989

Der Besitzer ist von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann^{1) 2)}.

§ I 933 II 903; M 3 408; R 3 338, 342; 6 237.

1. Die Schadenersatzhaftung nach §§ 989 ff. (vgl. hierzu Dieß, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, 1934, 185 ff.) ist grundsätzlich auf den bösen Glauben des Besitzers abgestellt. **Mit der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs tritt sie deshalb ein, weil der Besitzer nunmehr zwar nicht notwendig bösgläubig wird (vgl. § 990 A 3), aber doch mit der Möglichkeit, daß er nicht im Rechte ist, rechnen soll.** Stets wird in §§ 989 ff. vorausgesetzt, daß der Besitzer zu dem Besitze, den er ausübt, kein Recht hat; denn ohne dies kann von einem guten oder bösen Glauben nicht gesprochen werden (vgl. RG JW 1933, 2644⁷ [in RG 141, 227 nicht mit abgedruckt]). Daß er zu dem ausgeübten Besitze nicht berechtigt ist, kann auch vorkommen, wenn er den Besitz durch gültigen Vertrag mit dem Eigentümer erlangt hat: dann nämlich, wenn seine Besitzberechtigung durch Kündigung des Vertrags oder aus anderm Grunde erloschen ist (vgl. RG 145, 81) oder wenn er ein weitergehendes Besitzrecht zu haben glaubt, als ihm zusteht (z. B. er ist Verwahrer und glaubt Mieter zu sein; er ist Nießbraucher und glaubt Eigentümer zu sein). Eine von einem bösgläubigen Besitzer vorgenommene Veräußerung ist stets eine schuldhafte Verfügung im Sinne des § 989 (RG Warn 1924 Nr 125). Der Schadenersatzanspruch aus dem Eigentum ist ein gesetzlicher Anspruch wegen Vereitelung des Herausgabeanspruchs (§§ 280, 283), kein Anspruch wegen unerlaubter Handlung (§ 823), auch nicht, wenn der Besitzer in bösem Glauben ist (§ 990). Einen Anspruch aus unerlaubter Handlung gibt es gegen den Eigenbesitzer nur im Rahmen des § 992 (vgl. aber RG 117, 425), sonst nur gegen den Fremdbesitzer (vgl. dazu und zu der möglichen Anspruchshäufung: § 992 A 1, 2). Für die Schadenersatzpflicht des Eigenbesitzers nach §§ 989, 990 gilt daher die Haftung für gesetzliche Vertreter und Gehilfen (§ 278) sowie die Entlastungspflicht des Besitzers (§ 282; vgl. RG JW 08, 478⁸), wogegen die Vorschriften über die dreijährige Verjährung des § 852, über das „Deliktstatut“ im zwischenstaatlichen bürgerlichen Recht und über den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (ZPO § 32; vgl. RG Warn 1918 Nr 169) keine Anwendung finden. Der Begriff des Schadens ist derselbe wie sonst, umfaßt also auch den entgangenen Gewinn (RG Recht 09 Nr 2660) und gestattet nach § 254 die Einrede des mitwirkenden Verschuldens (RG 93, 281; Warn 1910 Nr 419) und unanwendbar ist jedoch § 254 Abs 2 Satz 2, weil zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer kein Schuldverhältnis besteht, zu dessen Erfüllung der Eigentümer sich des — bei der Entstehung des Schadens mitwirkenden — Dritten bedient haben könnte (RG 119, 155). Auch der Anspruch des Sicherungseigentümers wegen Entziehung der Sache ist auf Schadenersatz gerichtet (RG 143, 374; JW 1934, 435¹; § 990 A 1). — Muß ein Käufer, der vom Vertrage zurücktritt, die

ihm gelieferte Ware aber bereits weiterveräußert hat, Schadensersatz leisten, so ist der Schaden nicht gleich dem Verkaufspreis des Verkäufers, auch nicht gleich dem Erlöse des Käufers, sondern gleich dem Verkaufswert entsprechender Waren am Ort der Niederlassung des Verkäufers zur Zeit des Urteils (RG 25. 6. 26 VI 71/26). Im Gegensaß dazu will RG 5. 6. 34 VII 2/34 dem Eigentümer den Erlös des Besitzers als Schadensersatz zusprechen, zwar nicht gemäß § 281 (RG 115, 33), wohl aber deshalb, weil der Eigentümer die Sache selbst für diesen Preis hätte verkaufen können. — Als Schadensersatz kann, wenn es sich um Gattungsfachen handelt, auch Leistung eines andern Stücks derselben Gattung gefordert werden (RG 93, 284; 2. 10. 23 VII 62/23). Auch Wiederbeschaffung der Sache kann gegebenenfalls verlangt werden (RG 8. 4. 24 VII 253/23; 16. 4. 26 VI 572/25). Voraussetzung ist aber stets die vom Besitzer verschuldete (sachliche oder persönliche) Unmöglichkeit der Herausgabe der (unverletzten) Sache. Eine Haftung für Verzugschaden läßt sich nur in den Fällen der §§ 990 Abs 2 und 992 begründen; wie aus der Fassung des § 990 Abs 2 hervorgeht und durch Prot 3 S. 344, 348 bestätigt wird, liegt sie dem rechtlichen Besitzer auch für die Zeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit nicht ob (RG 72, 269; JW 1910, 41; Warn 1911 Nr 189; 5. 4. 27 II 256/26). § 989 gibt einen Schadensersatzanspruch gegen den Rechtsvorgänger, der in dem Rechtsstreit auf Herausgabe verklagt war, wenn er, später zur Herausgabe verurteilt, dem Urteil nicht nachkommen kann; daneben kann aber nicht noch eine Haftung des Rechtsnachfolgers aus § 989 abgeleitet werden (RG JW 1936, 3455⁷).

2. Als Beispiele für die Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache (d. h. in unversehrtem Zustand) werden genannt die **Verschlechterung** und der **Untergang**. Wie die körperliche Verschlechterung muß auch die Belastung mit einem Recht beurteilt werden (RG 121, 335; 139, 354; 158, 45; JW 1923, 1387⁵²; Warn 1928 Nr 144). § 1004 kommt insoweit nicht in Frage (§ 1004 A 1). Die Rechtshängigkeit ist gegeben, wenn der Herausgabeanspruch oder aber auch der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs erhoben worden ist (RG 121, 335; 133, 286). — Dem Untergang der Sache steht der des Eigentums des Klägers infolge von Verbindung, Vermischung, Verarbeitung gleich. Ferner gehört hierher die Veräußerung der Sache. Sie ist, wenn sie freiwillig vorgenommen wird, dem Besitzer stets zum Verschulden zuzurechnen (RG 56, 316; Warn 1934 Nr 188); bei einer Zwangsversteigerung entscheiden die Umstände des Falles (vgl. RG JW 09, 456¹¹; OLG 26, 63). Darauf, ob der dritte Erwerber durch guten Glauben Eigentümer geworden ist, kommt es nicht an. Auch wenn dies nicht zutrifft, hat der Prozeßbesitzer dem Kläger Schadensersatz zu leisten; doch wird er nach § 255 von dem Kläger die Abtretung der Ansprüche verlangen können, welche diesem auf Grund seines Eigentums an der Sache zustehen. Veräußerung der Sache bedeutet es auch, wenn der Prozeßbesitzer die Sache vermietet, verleiht oder sich sonst zum mittelbaren Besitzer macht. In allen diesen Fällen wird auch die Erstreckung der Rechtskraft des Herausgabeanspruchs nach § 325 Abs 1 ZPO den Eigentümer nicht immer vor Schaden bewahren können, z. B. wenn es ihm nicht gelingt, die Sache von dem Dritten herauszuerlangen. Endlich kann die Herausgabe an den Eigentümer dadurch unmöglich werden, daß der Prozeßbesitzer, der einem andern den Besitz vermittelt, die Sache dem andern zurückgewährt. Auch dies gereicht ihm zum Verschulden; um sich gegen den Anspruch des mittelbaren Besitzers zu schützen, muß er nach ZPO § 76 verfahren (Benennung des Urhebers). Der mit einer Widerspruchsklage nach ZPO § 77i belangte Pfändungspfandgläubiger, der die gepfändete Sache versteigern läßt, obgleich die beigebrachten Urkunden das Eigentum des Klägers ergeben, fällt nicht unter § 989; denn das Ziel der Widerspruchsklage ist auf Freigabe, nicht auf Herausgabe gerichtet (RG 61, 430). Darüber, daß ein solcher Pfändungspfandgläubiger gleichwohl und zwar schon bei leichter Fahrlässigkeit schadensersatzpflichtig ist: § 992 A 2.

§ 990

War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben, so haftet er dem Eigentümer von der Zeit des Erwerbes an nach den §§ 987, 989^{1) 2)}. Erfährt der Besitzer später, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist, so haftet er in gleicher Weise von der Erlangung der Kenntnis an³⁾.

Eine weitergehende Haftung des Besitzers wegen Verzugs bleibt unberührt⁴⁾.

© I 931 Abs. 1, 932 Abs. 1 Satz 1, 934 II 904; R 3 403, 406, 408, 409; P 3 339—344, 348; 6 236.

1. Der Besitzer, der beim Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben war, haftet für Benutzung und Nutzbarmachung der Sache von vornherein so, wie der rechtliche Besitzer von der Rechtshängigkeit an haftet. Er hat also die seit dem Besitzerwerb gezogenen Nutzungen herauszugeben, auch wenn sie der Eigentümer nicht gezogen haben würde, und nichtgezogene Nutzungen zu ersetzen, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hätte ziehen sollen. Auf Herausgabe der natürlichen Früchte haftet er dinglich (vgl. § 987 A 1). Ist er zur Herausgabe von Nutzungen infolge Verschuldens nicht imstande, so hat er nach § 280 in allen

Fällen vollen Schadenersatz, nicht nur Wertersatz, zu leisten (RG 143, 377). Ferner ist der unredliche Besitzer auch mit Bezug auf die Hauptsache wegen verschuldeter Unmöglichkeit der Herausgabe schadenersatzpflichtig. Hier kann der Schadenersatz auch hinter dem Wertersatz zurückbleiben. Ein Sicherungseigentümer kann nur Befriedigung in der Weise verlangen, wie er sich aus dem für ihn verloren gegangenen Gegenstand hätte befriedigen können (RG 143, 376). Der Ersatzanspruch kann auch dann sofort gegen den unredlichen Besitzer geltend gemacht werden, wenn er die Sache an einen Dritten veräußert hat und seine vom Eigentümer ertrittene Verurteilung zur Herausgabe gegen den Dritten wirkt. Doch kann er in solchem Falle verlangen, daß ihm Zug um Zug gegen die Ersatzleistung der Herausgabeanpruch des Eigentümers gegen den Dritten abgetreten wird (§ 255). Folgen mehrere unredliche Besitzer aufeinander, so haftet jeder wegen der Nutzungen und Schäden seiner Besitzzeit. Wird sowohl der unmittelbare als der mittelbare Besitzer in Anspruch genommen, so hat jeder seine eigene Bösgläubigkeit, nicht auch die des andern, zu vertreten. Über den Fall, daß der Besitzmittler eines andern als des Eigentümers wegen Nutzungen verklagt werden soll: § 991 A 1. Wegen der Verpflichtung zur Rechnungslegung: § 987 A 2; im Rahmen des § 990 können auch die §§ 687 Abs 2, 681, 666 eingreifen. — Wird zunächst Herausgabe der Sache verlangt und geht der Kläger später zur Schadenersatzklage über, so kommt es für diese Klage nicht darauf an, daß der Beklagte bei Erhebung der Klage noch im Besitz der Sache war (RG Warn 1924 Nr 125; 16. 4. 26 VI 572/25). — Die Einziehung eines bei der Jagd benutzten Gewehrs läßt sich mit Eigentumsansprüchen nicht bekämpfen, sondern nur durch den Nachweis, daß das Gewehr nicht bei der Jagd benutzt worden ist. Mit der Möglichkeit einer Eigentumsklage fällt dann auch die Möglichkeit einer Schadenersatzklage nach §§ 990, 989; aber § 839 kann in Frage kommen (RG 108, 263).

2. Bösgläubig ist der Besitzer, wenn er weiß oder wegen grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß er dem Eigentümer gegenüber zu dem Besitz, den er ausübt, nicht berechtigt ist. Wie auch durch Abs 1 Satz 2 bestätigt wird, müssen Kenntnis und Unkenntnis grundsätzlich die eigene Nichtberechtigung betreffen, nicht das fremde Eigentum, neben dem ein Besitzrecht des Besitzers sehr wohl möglich ist (RG SeuffA 84 Nr 146; 8. 4. 24 VII 253/23; 16. 4. 26 VI 572/25; 8. 6. 26 VI 594/24; JW 1936, 2912^o; 1937, 3158¹¹ = DJ 1937, 1812; vgl. auch RG 139, 356 u. DRZMpr 1934 Nr 262). Handelt es sich freilich um Erwerb der Sache oder eines Rechtes daran von einem andern, so kommt es hierfür praktisch meist auf dessen Eigentum an; doch ist z. B. nicht schlechtläubig, wer ohne grobe Fahrlässigkeit angenommen hat, daß sein Rechtsvorgänger zwar nicht Eigentümer, daß er aber dem Eigentümer gegenüber dazu berechtigt sei, den Besitz der Sache einem andern zu überlassen (RG SeuffA 84 Nr 146). Der Erwerber darf verdächtigen Anzeichen gegenüber nicht die Augen schließen, sondern er hat in Ansehung des Rechtes des Veräußerers diejenige Prüfung anzustellen, die nach den Umständen von ihm erwartet werden kann und deren Unterlassung sich mit dem Verhalten eines ordentlichen Mannes nicht verträgt (RG 58, 164; RG JW 07, 672^o; RG Recht 1922 Nr 63). Der Anspruch richtet sich gegen den bösgläubigen Besitzer, der den Besitz ausübt. Zieht ein Fremdbesitzer, der nur zum Besitz, nicht zur Nutzung der Sache berechtigt ist, in wissenschaftlicher oder grobfahrlässiger Überschreitung seiner Befugnis Nutzungen, so ist er mit Bezug auf die gezogenen Nutzungen (nicht mit Bezug auf nichtgezogene; eine Nutzungspflicht liegt ihm nicht ob) als unredlicher Besitzer der Sache zu behandeln. Das trifft z. B. zu, wenn jemand auf Grund eines ungültigen Pachtvertrages ein Grundstück in Besitz hat. In Beziehung auf die gezogenen Früchte ist er nicht gutgläubig; denn der gute Glaube ging nur dahin, ein entgeltliches Fruchtziehungsrecht zu haben, kein unentgeltliches (JW 1934, 850^o; vgl. auch RG SeuffA 75 Nr 101; nicht unbedenklich insoweit RG 141, 310; vgl. auch HRM 1937 Nr 797). Wer den Besitz auf Grund eines nichtigen Kaufvertrages erlangt und den Kaufpreis gezahlt hat, ist wegen seines Bereicherungsanspruchs zwar zur Zurückbehaltung, mithin auch zum Besitz berechtigt (§ 986 A 1); die Nutzungen aber, die er nach Aufklärung über die Nichtigkeit des Vertrags zieht, muß er herausgeben (a. M. OLG 34, 189). Entscheidend ist hierbei das Verhältnis zum Eigentümer. Vermittelt der Beklagte einem andern als dem Eigentümer Besitz, so muß sich sein böser Glaube darauf beziehen, daß der mittelbare Besitzer zum Besitz oder zu dessen Überlassung an ihn nicht befugt ist. Weiß er nichts weiter, als daß er selber gegenüber dem mittelbaren Besitzer kein Recht auf den Besitz hat, so macht ihn dies allein nicht bösgläubig (Mot 3, 406). Auf die Zeit des Erwerbes des Besitzes kommt es an, d. h. auf den Zeitpunkt, in dem die Sachherrschaft bemußtermaßen (vgl. OLG Frankfurt JW 1922, 915; auch oben § 854 A 3a) ergriffen wird (RG 106, 152). Der Gutskäufer, der die Erteilung der behördlichen Genehmigung bestimmt erwartet, ist nicht bösgläubig, haftet also dem Verkäufer nicht für fahrlässige Beschädigung des ihm übergebenen Zubehörs; gemäß § 993 Abs 1 letzter Satzabs auch nicht nach § 823; für die Zeit vor der Rechtshängigkeit und bis zum Eintritt einer Kenntnis von seiner Nichtberechtigung zum Besitz behält er die Nutzungen, hat er aber auch keinen Anspruch auf Erstattung der gewöhnlichen Erhaltungskosten (RG JW 1928, 2437^o). Beantragt dagegen der Gutskäufer selbst die Veräußerung der Genehmigung, so muß er sich als unrechtmäßigen Besitzer betrachten und das Grundstück wie beim Führen fremder Geschäfte bewirtschaften. Das schlägt zu seinem Vorteil aus, wenn die notwendigen Verwendungen die Nutzungen übersteigen.

Die Pflicht, die Ausgaben dafür zu tragen, wenigstens soweit es sich um Erhaltungskosten handelt (§ 994 Abs 1), folgt nur aus dem Recht auf die Nutzungen, und dieses hängt eben von dem guten Glauben des Besitzers ab (RG HR 1934 Nr 261). — Daß der Händler, der sich beim Untauf eines alten Kraftwagens den Fahrzeugbrief nicht vorlegen läßt, bösgläubig und deshalb schadensersatzpflichtig sein kann, darüber vgl. JW 1937, 57⁴⁷ und § 932 A 6b; ferner Witt VerfM 1938, 884. Der Finder ist nicht bösgläubig; denn er hat ein Recht zum Besitz (§§ 965, 966); erst durch Unterschlagung wird er bösgläubig. Dasselbe gilt von dem, der die Sache für den Finder verwahrt (RG JW 1924, 1715⁶). Beim Besitzerwerb durch einen Besitzdiener kommt es auf dessen guten Glauben an (§ 166 Abs 1); sein Verhältnis zum Besitzer ist der Stellvertretung ähnlich (RG 137, 26); ein Entlastungsbeweis nach § 831 ist nicht zulässig, da die Klage aus § 990 nicht auf unerlaubter Handlung beruht (RG SeuffA 79 Nr 186). Über die Schadenersatzpflicht des Bergwerkzeugeigentümers (Verpächters), der das Recht des Bergwerkspächters durch Gewinnung von Kohle im Pachtfeld verlegt hat, und die Minderung des Schadenersatzanspruchs um die Gewinnungskosten, deren Erstattung der zur Herausgabe Verpflichtete nach § 102 verlangen kann: RG JW 1938, 3040²⁰ (oben A 1 vor § 985; § 994 A 1).

Erlischt der böse Glaube nachträglich (Hauptfall: der Erbe, auf den der Besitz des Bösgläubigen nach § 857 übergegangen ist, ergreift in entschuldbarer Unkenntnis später tatsächlich Besitz), so wird der § 990 von da an unanwendbar.

3. Der später eintretende böse Glaube (mala fides superveniens) setzt wirkliche Kenntnis voraus; grobfahrlässige Unkenntnis genügt nicht (RG 56, 317). Die Erhebung der Klage auf Herausgabe hat Bösgläubigkeit nicht immer zur Folge (RG JW 05, 494²⁰), zumal auch Rechtsirrtum entschuldbar sein kann (RG JW 1911, 1015⁹). Immerhin wird die Kenntnis als erlangt gelten, wenn der Besitzer über den Mangel des Besitzrechts in einer Weise aufgeklärt ist, daß sich ein redlich Denkender der Überzeugung hiervon nicht verschließen würde. Ein Anwendungsfall: DLG Dresden Wpfl 1939 Nr. 176.

4. Die Haftung des unredlichen Besitzers — nicht auch die des redlichen (§ 989 A 1) — steigt sich, wenn er in Verzug gerät. Alsdann haftet er nach § 286 Abs 1 für den ganzen durch den Verzug entstandenen Schaden, mithin auch für den Nachteil, der dem Eigentümer aus dem Vorenthalten der Sache erwächst (RG SeuffA 67 Nr 157; JW 1934, 435¹) und für den Gewinn, den nur der Eigentümer, nicht auch der Besitzer, hätte erzielen können. Nach § 287 muß er sogar eine zufällige Unmöglichkeit der Leistung vertreten, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde. Wird Herausgabe von gelieferten Sachen gefordert, so ist ein Hilfsantrag auf Wertersatz nach § 990 Abs 2 zulässig (RG Warn 1929 Nr 27). — Der Verzug wird begründet durch Mahnung oder durch Erhebung der Klage auf Herausgabe (§ 284 Abs 1). Doch ist auch für den unredlichen Besitzer ein Entlastungsbeweis nach § 285 denkbar; so wenn er zwar mußte, daß er zum Besitz nicht berechtigt war, aber gerade den Kläger in entschuldbarem Irrtum nicht für den Eigentümer hielt.

§ 991

Leitet der Besitzer das Recht zum Besitze von einem mittelbaren Besitzer ab, so finden die Vorschriften des § 990 in Ansehung der Nutzungen nur Anwendung, wenn die Voraussetzungen des § 990 auch bei dem mittelbaren Besitzer vorliegen oder diesem gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist¹).

War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes in gutem Glauben, so hat er gleichwohl von dem Erwerb an den im § 989 bezeichneten Schaden dem Eigentümer gegenüber insoweit zu vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist²).

§ I 932 Abs 2 II 905; M 3 406; B 3 341, 342; C 338, 389.

1. Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen, falls der in Anspruch genommene Besitzer als Besitzmittler für einen Dritten besitzt (Abs 1). Wird eine fruchttragende Sache von einem gutgläubigen Eigenbesitzer verpachtet, so erwirbt nach § 956 Abs 2 der Pächter das Eigentum an den Früchten, auch wenn er selber bezüglich des Rechtsmangels des Verpächters nicht in gutem Glauben ist. Das beruht auf Gründen der Vereinfachung des Sachenrechts und würde nach § 990 nicht hindern, daß der bösgläubige Pächter die Früchte dem Eigentümer der Sache herausgeben müßte. Hierdurch könnte aber der Verpächter in üble Lage geraten, wenn der Pächter gegen ihn den Rückgriff nehmen würde. Um ihn zu schonen, bestimmt § 991 Abs 1, daß ein Besitzmittler, der einem andern als dem Eigentümer den Besitz vermittelt, vor der Rechtshängigkeit gezogene Früchte oder sonstige Nutzungen aus dem Grunde der Bösgläubigkeit nur dann herauszugeben braucht, wenn auch der mittelbare Besitzer bösgläubig (d. h. unredlich i. S. von § 990 Abs 1) oder wenn dieser auf Herausgabe verklagt ist. Die Vorschrift dient also dem Schutz des gutgläubigen Verpächters. Indessen entzieht sie dem Eigentümer seinen Anspruch nicht nur dann, wenn der

Pächter den Rechtsmangel des Verpächters grobfahrlässig verkannt, sondern auch dann, wenn er ihn gekannt hat, wenn ihm also ein Rückgriff auf den Verpächter nach §§ 539 Satz 1, 541, 581 Abs 2 gar nicht zustehen würde. Andererseits muß der Pächter zufolge § 987 die Nutzungen, die er nach der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs zieht, auf alle Fälle herausgeben, mögen die Voraussetzungen des § 987 (§ 990) zugleich dem Verpächter gegenüber vorliegen oder mag dieser gutgläubig und unverklagt sein. Abgesehen von der Haftung für die Nutzungen trifft den untreulichen Besizer die Haftung aus § 990.

2. Anspruch auf Schadensersatz wegen Untergangs und Verschlechterung der Sache im selben Falle (Abs 2). a) War der mittelbare Besizer zum Besitz nicht berechtigt oder hatte er zwar Besitzrecht, aber, z. B. als Entleiher (§ 603), keine Befugnis zur Überlassung des Besitzes an einen andern, so haftet der unmittelbare Besizer dem Eigentümer, wenn er beim Erwerb bösgläubig war oder sein Nichtrecht später erfährt, nach § 990. Ist er gutgläubig, so soll er nach § 991 Abs 2 dem Eigentümer gegenüber den durch sein Verschulden entstandenen Schaden (§ 989) insoweit vertreten, als er dem mittelbaren Besizer verantwortlich ist. Das bedeutet im Vergleich zu der ohne diese Vorschrift ihm obliegenden Haftung aus § 823 (vgl. dazu § 992 A 2) eine Erleichterung, da ein unwirtschaftlicher Gebrauch der Sache auch dem Eigentümer gegenüber entschuldigt ist, wenn ihn der mittelbare Besizer erlaubt hat (RG 157, 135), und da der Eigentümer auch insoweit gebunden ist, als der unmittelbare Besizer sich dem mittelbaren gegenüber freigezeichnet hat. Andererseits kann es auch eine Erschwerung bedeuten, sofern nämlich der unmittelbare Besizer dem Eigentümer über die allgemeine Sorgfaltspflicht hinaus für die dem mittelbaren Besizer zugesagte Beobachtung einer besondern Vorsichtmaßregel einzustehen hat. Außer dem Eigentümer hat möglicherweise auch der mittelbare Besizer einen eigenen Schaden erlitten (z. B. der Mieter hat die Sache für kurze Zeit ohne Erlaubnis eines andern benutzten); insoweit er Ersatz hierfür fordert, ist sein Anspruch von dem des Eigentümers unabhängig. Will er, weil seinerseits dem Eigentümer haftbar, dessen Rechte geltend machen, so muß er auf Leistung an den Eigentümer klagen. Ein so begründeter Anspruch läßt den mittelbaren Besizer und den Eigentümer als unechte Gesamtgläubiger erscheinen. Solange der unmittelbare Besizer vom Eigentümer nicht verklagt ist (§ 987) und seine Nichtberechtigung zum Besitz nicht erfahren hat (§ 990), wird er durch Leistung an den mittelbaren Besizer befreit. Obgleich ein Anspruch aus unerlaubter Handlung hier nicht in Frage steht, darf § 851 doch entsprechend angewendet werden.

Die in § 991 Abs 2 bezeichnete Haftung des unmittelbaren Besizers tritt ein trotz seines etwaigen guten Glaubens (beim Besizerwerb). Daß er gutgläubig war, braucht ihm der Eigentümer nicht etwa nachzuweisen. Für den Umfang der Haftung des unmittelbaren Besizers ist auch im Verhältnis zum Eigentümer das Verhältnis des unmittelbaren Besizers zum mittelbaren Besizer maßgebend; das gilt auch für den Grad des erforderlichen Verschuldens (vgl. z. B. § 690).

Gemäß § 991 Abs 2 kann der unmittelbare Besizer sowohl Ansprüchen des Eigentümers wie solchen des mittelbaren Besizers ausgesetzt sein. Bei denen des Eigentümers handelt es sich um solche aus dem Eigentum auf Herausgabe der Sache. Sie beruhen auf dem eignen Recht des Eigentümers, nicht etwa (kraft *cessio legis*) auf dem des mittelbaren Besizers. Dieses gibt nur einen Maßstab für den Umfang des Rechts des Eigentümers, insofern als der Eigentümer nur insoweit Ansprüche gegen den unmittelbaren Besizer erheben kann, als dieser den durch sein Verschulden eingetretenen Schaden seinem Gläubiger (dem mittelbaren Besizer) gegenüber zu vertreten hat. Soweit sich die Ansprüche des Eigentümers und des mittelbaren Besizers decken, helfen dem verklagten unmittelbaren Besizer die Rechtsbehelfe aus § 76 BPO (bei Klage des Eigentümers) und aus § 72 BPO (bei Klage des mittelbaren Besizers). Vgl. über die Rechtsgestaltung (§ 991 Abs 2) im übrigen: *Pland-Brodmann* § 991 A 3d.

b) Ist der unmittelbare Besizer, der einem Dritten Besitz vermittelt, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt — sei es, daß der Dritte sowohl Besitz wie Überlassungsberechtigt war, sei es, daß der unmittelbare Besizer sein Besitzrecht, z. B. Mietbrauch (vgl. § 1032), kraft guten Glaubens an das Eigentum des Dritten erworben hat —, so haftet er dem Eigentümer gemäß der allgemeinen für Fremdbesitzer geltenden Regel nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen (vgl. § 992 A 2). Zu beachten ist aber auch die dort geltend gemachte, aus § 991 Abs 2 herzuleitende Ausnahme, namentlich soweit die oben in A 2a) erwähnte Freizeichnung in Betracht kommt; a. M. RG 102, 44; doch ist diesem Urteil RG 105, 304 anscheinend bereits zweifelnd gegenübergetreten. Eine Erleichterung der Haftung greift außerdem insoweit Platz, als der Eigentümer bei Überlassung des Besitzes an den Dritten in sie einwilligt hat. Das kommt in Betracht für Befreiungsabreden und Haftungseinschränkungen, die ein Spediteur in üblicher Weise dem Frachtführer zugesieht. Die Auslegung des Speditorsvertrags nach Treu und Glauben wird häufig eine Einwilligung in solche Zugeständnisse ergeben, wodurch auch der Eigentümer der Güter gebunden ist (vgl. RG 63 312; 75, 172; 77, 320; 102, 44).

§ 992

Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung den Besitz verschafft, so haftet er dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadenersatz wegen unerlaubter Handlungen^{1) 2)}.

§ I 936 II 906; R 3 410, 411; P 3 347, 348.

1. Die Vorschriften über unerlaubte Handlungen sollen anwendbar sein, wenn sich der Besitzer den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch strafbare Handlung verschafft hat. Auf das Verschaffen des Besitzes durch verbotene Eigenmacht kommt es an (RG 56, 316; Warn 1920 Nr 200). Wer nachträglich in Beziehung auf sein Besitzrecht schuldlosändig wird, fällt nicht unter § 992; vom Zeitpunkt der Bösgläubigkeit an sind dann § 990 Abs 1 Satz 2 und Abs 2 anzuwenden (RG HR 1933 Nr 1651). Verbotene Eigenmacht ist Entziehung der tatsächlichen Gewalt ohne den Willen des früheren Besitzers und ohne daß das Gesetz dies ausnahmsweise gestattete (vgl. § 858 Abs 1). Strafgesetz ist jede Gesetzesbestimmung, welche gerade die Art, wie der Besitz verschafft wurde, zum Schutze des Eigentümers mit öffentlicher Strafe bedroht; Zollvorschriften oder Vorschriften über Sonntagsruhe, Kettenhandel usw. sind nicht gemeint (RG 106, 86). Hauptsächlich kommen Betrug, Nötigung, Erpressung und Hehlerei als Straftaten in Betracht. In den meisten Fällen handelt, wer sich den Besitz eigenmächtig oder in strafbarer Weise verschafft, zugleich dem Eigentümer gegenüber schuldhaft, so daß sich schon der Besitzerverb als Besitzentziehung durch unerlaubtes Handeln darstellt. Trifft dies zu, so bedarf es keines weiteren Verschuldens bei der Beschädigung, Zerstörung oder Veräußerung der Sache, da der Besitzer bei unerlaubter Besitzerlangung auch für Zufall haftet (§ 848). Möglich ist es aber auch, daß die verbotene Eigenmacht oder die Straftat von keinem gegen den Eigentümer gerichteten Verschulden begleitet wird, wenn sich nämlich der Täter ohne Fahrlässigkeit selbst für den Eigentümer hält. Alsdann muß die schuldhafteste Verletzung des fremden Eigentums bei dem späteren Vorgang nachfolgen; denn § 992 nimmt nicht bloß wegen der Rechtsfolgen, sondern auch wegen der Voraussetzungen des Tatbestandes auf das Recht der unerlaubten Handlung Bezug (vgl. RG JW 05, 494²⁰; RG 19. 4. 21 VII 410/20; zweifelnd RG Gruch 50, 677). Gleichwohl soll der Anspruch aus § 992 nicht ein Anspruch aus unerlaubter Handlung sein und nicht der kurzen Verjährung nach § 852 unterliegen, vielmehr gleich den übrigen durch §§ 985 ff. geregelten Ansprüchen ein Ersatzanspruch wegen Eigentumsverletzung sein und erst in 30 Jahren verjähren (RG 117, 425; hebenflich). Wer sich durch verbotene Eigenmacht in den Besitz einer Sache gesetzt hat, ist auch dann Schadenersatzpflichtig, wenn er einen Anspruch auf Herausgabe der Sache hatte (RG 16. 6. 25 VI 36/25; HRG 5, 263).

Je nachdem die unerlaubte Handlung in der Besitzentziehung oder in der Beschädigung usw. der Sache liegt, haftet der Besitzer auf Ersatz des Schadens, der dem Eigentümer durch die eine oder die andere Handlung an seinem Eigentum zugefügt wurde. An die Nutzungen, die der Besitzer gezogen hat, während der Eigentümer nach seinen Verhältnissen dazu nicht in stande war, ist hierbei nicht gedacht. Die Pflicht zu ihrer Herausgabe folgt auch nicht aus §§ 812, 818, 852; denn es ist nicht richtig, daß der Schaden die Bereicherung umfaßt (vgl. § 812 A 2 unter c). Gleichwohl werden die Nutzungen ungeschmälert herauszugeben sein, da das Gesetz die gewöhnliche Verpflichtung des Besitzers (vgl. § 987 A 2) im Falle des § 992 schwerlich so auffallend mildern wollte. Außerhalb der Voraussetzungen des § 992 kommt eine Schadenersatzpflicht wegen unerlaubter Handlung nur in Frage, wenn der Besitzer in der Fruchtziehung die Grenzen seines vermeintlichen Besitzrechts überschritten und so eine schuldhafteste Eigentumsverletzung verübt hat (RG HR 1933 Nr 1652).

Außer mit der Bereicherungshaftung kann die Haftung aus unerlaubter Handlung auch mit der gesetzlichen Verpflichtung nach §§ 989 ff. zusammentreffen, sofern der Besitzer in bösem Glauben oder die Herausgabellage rechtshängig ist. Dann gehen beide Ansprüche ihre eigenen Wege. Die Hauptvorteile, welche die §§ 989 ff. dem Eigentümer bieten, bestehen in der längeren Verjährung (§§ 195, 224; vgl. § 987 A 1, aber auch die oben angezogene Entscheidung RG 117, 424), sowie darin, daß der Besitzer genötigt ist, den Entschuldigungsbeleg zu führen (§ 989 A 1). Auf der andern Seite kann mit dem Anspruch aus unerlaubter Handlung auch der durch Vorenthaltung der Sache entstandene Schaden geltend gemacht werden, was beim Ersatzanspruch aus dem Eigentum nur unter den Voraussetzungen des § 990 Abs 2 möglich ist (vgl. § 989 A 1); ferner ist gegenüber dem Anspruch aus einer vorzüglich begangenen unerlaubten Handlung die Aufrechnung ausgeschlossen (§ 393), während diese gegenüber Ansprüchen aus §§ 989 ff. zulässig ist (vgl. DÖG 29, 311).

2. In andern Fällen als denen der Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht oder strafbares Tun findet keine Haftung aus unerlaubter Handlung statt. Dies ergibt sich (vermöge einer Folgerung aus dem Gegenteil) aus § 992, aber auch aus § 993. Es gilt aber nur, soweit es sich um Eigenbesitz handelt (§ 1004 A 4 Abs 4; vgl. auch Dieb, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Diebst, 1934, 196 ff., 213). Der Grund, der zur Einschränkung der Haftung

aus unerlaubter Handlung durch die §§ 989 ff. geführt hat, ist die Erwägung, daß der (Eigen-)Besitzer gewissermaßen seine eigene Sache beschädigt hat (quasi rem suam neglexit) (vgl. § 987 A 1). Für den Fremdbesitzer, mag er zum Besitz berechtigt sein oder nicht, trifft dieser Grund nicht zu; denn er weiß, daß ihm kein eigenes Besitzrecht die Beschädigung der Sache erlaubt. Nach einem einstimmigen Beschluß der 2. Kommission sollte denn auch „die Haftung des Besitzers, der nicht Eigenbesitzer ist, wegen verschuldeter Beschädigung unberührt bleiben“ (Prot 3, 346 f.); es ist nur ein Versehen, daß dies im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt ist (a. A. Pland-Brodmann § 992 A 1, § 993 A 1 b). Danach haften Fremdbesitzer dem Eigentümer nach § 823 Abs 1, mit einziger Ausnahme dessen, der Mittler eines Dritten ist und den Besitz gutgläubig auf Grund eines gültigen Vertrages erlangt hat; ein solcher Fremdbesitzer soll auch dem Eigentümer gegenüber in jeder Hinsicht so dastehen, wie wenn der Vertrag zwischen ihnen beiden geschlossen wäre (§ 991 Abs 2; vgl. dort A 2 a). Daß sich die Ausschließlichkeit des § 992 auf die Fälle des Eigenbesitzes beschränkt, wird in den Entscheidungen RG 56, 316; JW 1910 S. 110¹⁰, 754¹⁶, Warn 1920 Nr 200, RG SeuffA 67 Nr 157 nicht genügend beachtet. Sachlich hat aber auch das Reichsgericht schon längst Entscheidungen erlassen, die auf dem hier vertretenen Standpunkt stehen. So hat es einen Vertragspfandgläubiger, der das verpfändete Warenlager unrechtmäßig, aber wirksam veräußerte, nach § 823 wegen leichter Fahrlässigkeit für schadensersatzpflichtig erklärt (RG 77, 201; vgl. dazu den Fall des OLG Karlsruhe SeuffA 70 Nr 186). Auch der Pfandungspfandgläubiger soll nach § 823 haften, wenn er leichtfahrlässig Sachen pfänden und versteigern läßt, die seinem Schuldner nicht gehören (vgl. RG 61, 430; JW 02, 10; 1911, 368²⁶); übrigens würde die Haftung hier auch schon durch § 992 gedeckt sein, da die unberechtigte Pfändung verbotene Eigenmacht ist (RG JW 05, 494²⁰). Ferner nimmt RG 102, 42 (vgl. 105, 304) für Lagerhalter, Speditoren und Frachtführer mit Bezug auf die in ihrem Gewerbebetrieb an sie gelangenden Sachen eine Obhut- und Überwachungspflicht an, deren Verletzung sie den Eigentümern gegenüber, auch wenn diese nicht ihre Vertragsgegner sind, nach § 823 zu verantworten haben. Und allgemein bekennen sich neuerdings RG 101, 307; 106, 152; 157, 132; OJ 1931, 249 zu dem Grundsatz, daß der Fremdbesitzer wegen verschuldeter Sach- und Eigentumsbeschädigung schadensersatzpflichtig ist. Im ersten Falle (RG 101, 307) hätte es dieser Begründung freilich kaum bedurft; denn es handelte sich um Unterschlagung anvertrauten Geldes, also um vorsätzliche und sittenwidrige Vermögensschädigung, die nach § 826 ohne Rücksicht darauf, ob zugleich Eigentum verletzt ist, zum Ersatz verpflichtet. — Mit dem Anspruch gegen den Fremdbesitzer aus unerlaubter Handlung wird häufig ein Vertragsanspruch auf Schadensersatz zusammentreffen. Ist der Fremdbesitzer zum Besitz nicht berechtigt oder schrieb er sich eine weitergehende Besitzberechtigung zu, als er hat (vgl. § 989 A 1), so kann noch ein Schadensersatzanspruch aus dem Eigentum hinzukommen. Alsdann muß die in § 558 (§§ 606, 1057, 1226) bestimmte kurze Verjährungsfrist des Vertragsanspruchs, da ihr Zweck sonst nicht erreicht werden könnte, auch auf die andern beiden Ansprüche angewendet werden (RG 62, 329; 66, 363; 75, 119; 95, 302; 142, 262), und ebenso ist die Milderung des Haftungsmaßstabs durch §§ 599, 690, die sonst gleichfalls bedeutungslos würde, auch auf diese Ansprüche zu beziehen (vgl. RG 88, 318; Vorbem vor § 823 A 4 a).

§ 993

Liegen die in den §§ 987 bis 992 bezeichneten Voraussetzungen nicht vor, so hat der Besitzer die gezogenen Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben; im übrigen ist er weder zur Herausgabe von Nukungen noch zum Schadensersatz verpflichtet¹⁾.

Für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nukungen verbleiben, finden auf ihn die Vorschriften des § 101 Anwendung²⁾.

① I 794 Abs. 2, 930 Abs. 1 II 907; W 3 76, 76, 401 ff.; B 3 24, 345—348, 371; C 236; RW 128 II. 24.

1. § 993 regelt abschließend die Rechtslage, die sich für den redlichen Besitzer, der den Besitz entgeltlich und nicht nach Art des § 992 erworben hat, ergibt, solange der Herausgabeanspruch noch nicht rechtshängig geworden ist (§§ 997, 989). Grundsätzlich soll er von der Haftung für Nukungen und Schadensersatz befreit sein, so daß eine Verpflichtung weder aus dem Recht der unerlaubten Handlungen oder der ungerechtfertigten Bereicherung (vgl. RG JW 1912, 690¹⁸) noch aus den Vorschriften über Verzug oder Geschäftsführung ohne Auftrag hergeleitet werden kann. Zugleich wird durch die Fassung des § 993 und seine Stellung am Schlusse der Vorschriften zum Ausdruck gebracht, daß die in §§ 987 ff. geregelten Haftungsgründe, insbesondere die Unredlichkeit (§§ 990, 991 Abs 1), der unentgeltliche Erwerb (§ 988) oder der Erwerb durch Eigenmacht oder strafbare Handlung (§ 992), vom Kläger zu beweisen sind. Eine Aus-

nahme bildet die Haftung des Fremdbesizes wegen Beschädigung der Sache. Sie ist zwar bei der Abfassung des Gesetzes übersehen worden, muß aber nach § 992 A 2 für ebenso selbstverständlich gelten wie die Haftung kraft Vertrags, die doch gleichfalls nicht ausdrücklich vorbehalten ist. Ein Fremdbesitzer, der sich nicht im Rahmen seines wirklichen oder vermeintlichen Besitzrechts hält, sondern darüber hinaus in das Eigentum eingreift, macht sich also einer Eigentumsverletzung schuldig, für die er nach § 823 Abs 1 haftet. Für die Zeit seines berechtigten oder gutgläubigen Besitzes ist deshalb zu prüfen, ob er die oben bezeichneten Grenzen gewahrt hat (RG Recht 27 Nr 2219; HRK 1933 Nr 1652). Mit der in § 993 hervorgehobenen zweiten Ausnahme soll, wie in den §§ 581, 1039, 2133, gegenüber der weiten Ausdehnung des Fruchtbegriffs im BGB ein Ausgleich geschaffen werden. Hat der Besitzer einen Wald, einen Forstlich, ein Lonlager durch Raubbau ausbeutet oder infolge eines Naturereignisses (Windbruch) übermäßig genutzt, so stellt das Gewonnene zwar nach § 99, nicht aber im wirtschaftlichen Sinn Frucht dar und ist deshalb in den Grenzen der ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. Zu beweisen hat der Kläger das übermäßige Ziehen von Früchten, der Beklagte den Fortfall der Bereicherung. Die Vorschrift erstreckt sich nicht auf die sonstigen Nutzungen des § 100; für den Vorteil, den er vor der Rechtshängigkeit durch unwirtschaftlichen Gebrauch der Sache erlangt hat, braucht der redliche Besitzer nichts zu ersehen. Aber die Übermaßfrüchte müssen unter den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung natürlich stets erstattet werden (auch im Falle des § 988). Wegen somit die Voraussetzungen der §§ 987—992 vor, so fällt die Beschränkung auf die Bereicherung fort. Durch § 993 wird es nicht ausgeschlossen, bei einer Berechnung der Bereicherung des Eigentümers zu berücksichtigen, daß ihm die Nutzungen entgangen sind, die der Besitzer (Pächter) an sich behalten darf (RG 141, 310 ff.; daß in dem hier entschiedenen Fall der Pächter die Nutzungen doch wohl nicht behalten durfte, ist schon in A 2 zu § 990 hervorgehoben worden). — Wegen der Pflicht zur Rechnungslegung: § 987 A 2. — Keine Ausnahme, weil mit Nutzungen und Schadenersatz überhaupt nicht zusammenhängend, ist die Bereicherungshaftung des Besitzers wegen Verbrauchs oder Veräußerung der Sache (RG 158, 47; Warn 1920 Nr 160; vgl. § 812 A 5, § 816 A 1—3). Wegen des in RG 105, 84 verwerteten Gesichtspunktes des Herausgabeerlasses (§ 281): § 985 A 5.

2. Da dem Besitzer hiernach Nutzungen verbleiben, soll sich die Verteilung zwischen ihm und dem Eigentümer nach § 101 bestimmen. Für die natürlichen Früchte (abgesehen von den in Abs 1 geregelten Übermaßfrüchten) kommt es somit darauf an, ob sie vor oder nach der Rechtshängigkeit (oder dem Eintritt des bösen Glaubens) von der Sache getrennt worden sind. Die bürgerlichen Früchte werden, wenn sie in wiederkehrenden Leistungen bestehen, nach Verhältnis der Dauer des vor der Rechtshängigkeit liegenden (oder des redlichen) Besitzes zu der späteren Besitzzeit geteilt. Sonst entscheidet die Fälligkeit.

§ 994

1) Der Besitzer kann für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen von dem Eigentümer Ersatz verlangen²⁾. Die gewöhnlichen Erhaltungskosten sind ihm jedoch für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersehen³⁾.

Macht der Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder nach dem Beginne der im § 990 bestimmten Haftung notwendige Verwendungen, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag^{4) 5)}.

§ I 936 Abs. 1, 2 II 908 Abs. 1; R 3 411—414; P 3 350—353, 372, 373; 6 237, 238.

1. Die §§ 994—1003 regeln die Verwendungen des Besitzers auf die Sache. Sie stellen eine erschöpfende Sonderregelung dar, die den allgemeinen Vorschriften des Bereicherungsrechts in den §§ 812 ff. — wie sich aus § 1002 ergibt, diese ausschließend — vorgeht (RG JW 1937, 2519¹⁰⁾). Der Begriff der Verwendungen ist (abgesehen von § 995) nicht gesetzlich bestimmt. Um Arbeit und Stoffe, die an der Sache selbst ausgeführt oder angewendet werden, kann es sich handeln, aber auch um das dafür gezahlte oder zu zahlende Geld. Die §§ 994 ff. sind nicht anwendbar auf den Schadenersatzanspruch des Bergwerkspächters gegen den Bergwerkseigentümer, der sein Recht durch Gewinnung von Kohle im Pachtfeld verletzt hat; die dem zur Herausgabe verpflichteten Verpächter gemäß § 102 zu erstattenden Gewinnungskosten sind Kosten, die nach der Besitzergreifung entstehen (RG JW 1938, 3040²⁰⁾; oben A 1 vor § 985; § 990 A 2). Verwendungen sind Vermögensaufwendungen, die einer bestimmten Sache zugute kommen sollen und — regelmäßig — auch wirklich zugute kommen (Mot. 3, 411). Verendet das Tier, bevor ein Heilmittel angewendet werden konnte, so schließt dies die Erstattung nicht aus. Wer dem andern einen Schuppen vermiehet, macht keine Verwendungen auf den Wagen eines Dritten, den der Mieter einstellt (JW 1932, 1228⁴⁾). Körperliche Veränderungen sind nicht

erforderlich; auch Auslagen anderer Art, wie namentlich die Bestreitung von Lasten der Sache (§ 995), gehören hierher. Dagegen ist der für den Erwerb der Sache gezahlte Kaufpreis in der Regel keine Verwendung, da er der Sache nicht zugute kommt. Hat der Besitzer eine abhandlungsgewonnene Sache in gutem Glauben gekauft oder verpfändet erhalten, so steht ihm ein Lösungsrecht gegen den Eigentümer nicht zu; anders nur nach den landesgesetzlichen Vorschriften über öffentliche Pfandleihanstalten (vgl. *EG* Art 94 Abs 2). Regelmäßig liegt auch keine Verwendung auf die Sache in der Verwaltung durch den Besitzer. Entgelt dafür kann nicht gefordert werden, es sei denn, daß der Besitzer durch seine Dienste, die er sonst anderweit verwertet hätte, die Zuziehung fremder Hilfskräfte erspart hat (vgl. *RG* SeuffA 61 Nr 29; *OLG* 29, 354).

Die Rechte des Besitzers aus der Verwendung sind verschieden, je nachdem es sich um notwendige oder nicht notwendige Verwendungen, um Verwendungen, die ein redlicher Besitzer vor dem Prozeßbeginn gemacht hat, oder um solche des unredlichen oder des Prozeßbesitzers handelt (vgl. §§ 994—996, 999; wegen Verwendungen auf die Früchte: § 998). Grundsätzlich mindern die Verwendungen die herauszugebenden Werte. Daher bestehen die Rechtsbehelfe, die aus Anlaß von Verwendungen gegeben werden, regelmäßig nur in einem Recht der Wegnahme (§ 997), der Zurückbehaltung (§ 1000) und der Befriedigung aus der Sache selbst (§ 1003). Unter bestimmten Voraussetzungen aber, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt, wird dem Besitzer auch ein selbständiger klagbarer Erstattungsanspruch gewährt (§§ 1001, 1002). Nicht nach §§ 994ff. richten sich die Rechte des Besitzers wegen Verwendungen, die er kraft Vereinbarung mit dem Eigentümer vornimmt. Hier gelten die vertraglichen Abmachungen oder, wenn der Vertrag nichtig ist, die Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung (*RG* *JW* 1912, 690¹⁶). Das beruht darauf, daß der Anspruch des Verwendungsberechtigten nur schuldrechtlich ist und eine besonders vereinbarte schuldrechtliche Regelung ohne weiteres vorgeht (*RG* 71, 426; 142, 422; *JRdsch* 1926 Nr 1021). Ebenso müssen die §§ 994ff. zurücktreten hinter die ergänzenden Vorschriften, die das Gesetz für gewisse Fälle des Fremdbesitzes gibt. Nach § 556 Abs 2 hat der Mieter eines Grundstücks kein Zurückbehaltungsrecht, gleichviel ob der Vermieter die Vertragslage oder den Eigentumsanspruch geltend macht (a. *M.* *RG* 85, 137; *JW* 07, 100²; vgl. § 556 A 2). Dem Unterpächter können bei vorzeitiger Beendigung der Pacht wegen seiner Verwendungen auf das Grundstück weder nach § 547 noch nach § 951 (§ 951 A 5) noch nach §§ 994ff. Ansprüche gegen den Hauptverpächter zustehen, wenn der Pächter sich im Hauptvertrag zur Vornahme bestimmter Verwendungen verpflichtet und für den Fall des Ablaufs der vereinbarten Vertragsdauer auf alle Ansprüche aus irgendwelchen Verwendungen verzichtet hat, die Unterpacht aber aus diesem Grunde mit entsprechendem Inhalt abgeschlossen worden ist (*RG* 158, 402). Inhaltlich bestimmt sich ferner der Verwendungserfolg des Nießbrauchers nach § 1049, der des Pfandgläubigers nach § 1216. Diese beiden Vorschriften sind auch dann anzuwenden, wenn Nießbrauch und Pfandrecht, etwa infolge Geschäftsunfähigkeit des die Rechte bestellenden Eigentümers, nicht wirklich entstanden sind. Auch der redliche Pfandbesitzer kann daher für Verwendungen, selbst wenn sie notwendig waren oder vor dem Prozeß vorgenommen worden sind, Ersatz nur nach den Regeln über auftragslose Geschäftsführung fordern, und daran ändert es auch nichts, daß bei Gültigkeit des Pfandrechts der Erstattungsanspruch des Pfandgläubigers nach § 1216 gegen den vom Eigentümer vielleicht verschiedenen Verpfänder geht. — Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nach § 320 begründet keine weiteren Verwendungsansprüche, als ohnehin gegeben sind, z. B. keine Ansprüche auf Lagergeld (*RG* *JRdsch* 1926 Nr 1021). — Über die Verzinsungspflicht des Eigentümers und die Pflicht zur Befreiung von Verbindlichkeiten: §§ 256, 257. Entsprechende Anwendung der §§ 994ff. in den Fällen der §§ 292, 347, 467, 634 Abs 4 (*RG* 147, 393), 850, 972, 974, 2022, 2185. Vgl. auch *PächterredG* § 8 (§ 930 A 6).

2. Notwendige Verwendungen, die ein redlicher Besitzer vor der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs macht, sind ihm — abgesehen von den gewöhnlichen Erhaltungskosten — schlechthin zu ersetzen (Abs 1). Ob der Wert der Sache zu der Zeit, da der Eigentümer sie wiedererlangt, noch erhöht ist oder nicht, ist gleichgültig. Das Gesetz geht davon aus, daß notwendige Verwendungen dem Eigentümer die entsprechenden eigenen Auslagen erspart haben und er deshalb auf alle Fälle bereichert ist, auch wenn er bei Wiedererlangung des Besitzes keine Werterhöhung mehr vorfindet (*RG* 139, 357; *JW* 1930, 2655¹). Für den Erstattungsanspruch veranschlagt es auch nichts, daß die Verwendungen auf einem Vertrage mit einem Dritten, z. B. einem Werkvertrag, beruhen, aus dem der Dritte dem Verwender haftet (*RG* 142, 422; SeuffA 88 Nr 60; *Gruch* 57, 99). Anders, wenn der Anspruch gegen den Dritten bereits befriedigt ist; dann kann der Eigentümer dem Verwendungsanspruch die Einrede der Arglist entgegensetzen (*RG* 142, 422). Notwendig ist eine Verwendung, wenn sie zur Erhaltung oder zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung der Sache erforderlich ist (*RG* *JW* 1930, 2655¹). Es handelt sich nicht nur um Ausbesserungen, sondern auch um Neuanlagen, wie die Errichtung von Zäunen, Mauern, Dämmen, Scheunen. Nicht bloß die körperliche Sache als solche ist in Betracht zu ziehen, sondern auch das lebenswichtige Bestehen des Betriebs, in dessen Zweck die Sache (das Grundstück) gestellt ist. Was diesen Betrieb am Leben erhält oder so

ausgestaltet, daß er nutzbringend bleibt, ist notwendig. Unter Umständen kann für eine Schankwirtschaft ein Erweiterungsbau zur Schaffung von Gastzimmern notwendig sein (RG 117, 115). Ebenso die Umwandlung einer Spritfabrik in eine solche für Schrauben und Muttern, wenn der Eigentümer selbst beabsichtigt, das Grundstück nach seiner Wiedererlangung in der neuen Art zu benutzen (RG 139, 357). Dagegen sind bauliche Umgestaltungen einer Dampfägemühle, um sie einer andersartigen Fabrikanlage des Besitzers einzugliedern, keine notwendigen Verwendungen (RG JW 1930, 2655¹). Der Begriff ist ein gegenständlicher; auf die Auffassung des Verwendenden kommt es nicht an (OLG 15, 358). Daß die in § 994 Abs 1 Satz 2, § 995 genannten Erhaltungskosten und Aufwendungen zur Bestreitung von Lasten der Sache zu den notwendigen Verwendungen gehören, geht aus dem Gesetz unmittelbar hervor. Wegen der Beschränkung des Ersatzanspruchs: § 1001. Aber auf dauernde Werterhöhung der Sache kommt es für den Ersatzanspruch nach § 994 Abs 1 nicht an (vgl. § 996).

3. Die gewöhnlichen Erhaltungskosten, d. h. die regelmäßig wiederkehrenden Ausgaben, die nach einem Voranschlag von vornherein in Rechnung gestellt werden, z. B. Viehfutterkosten (RG 52, 166; 142, 205), laufende Arbeitslöhne (RG Gruch 47, 940), erscheinen als Gegenstück der Nutzungen und werden daher dem Besitzer, dem diese verbleiben, nicht erstattet, obwohl auch sie notwendige Verwendungen sind. Dies gilt auch dann, wenn die Erhaltungskosten den Betrag der Nutzungen übersteigen; die Vorteilsausgleichung findet in Haufsch und Bogen statt. Nicht einmal das ist nötig, daß Nutzungen tatsächlich gezogen sind; entscheidend ist nur, daß die Sache überhaupt solche abwirft (OLG 41, 160) und daß der Besitzer nach den §§ 987 ff. ein Recht auf sie hat. Danach bezieht sich die Bestimmung auf den redlichen, unverlasteten Besitzer, der entgeltlich erworben hat, sowie auf dessen unredlichen Besitzmittler. Nur solche Besitzer dürfen (abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Übermaßfrüchten des § 993 Abs 1) die etwa gezogenen Nutzungen behalten. Unredliche, nicht unter § 991 Abs 1 fallende Besitzer, desgleichen Prozeßbesitzer (§ 987) müssen die Nutzungen herausgeben; daher ist es in der Ordnung, daß ihnen anderseits auch selbst die gewöhnlichen Erhaltungskosten ersetzt werden. Der redliche Besitzer, der den Besitz unentgeltlich erlangt und Nutzungen vor dem Prozeß gezogen hat, rechnet die laufenden Ausgaben auf die nach § 988 herauszugebende Bereicherung an. Durch freiwillige Überlassung der Nutzungen kann sich der Eigentümer von der Ersatzpflicht nicht befreien. — Außergewöhnliche Erhaltungskosten (z. B. Erneuerungsbauten) sind allen Besitzern ohne Rücksicht auf die Nutzungen zu vergüten (vgl. auch § 995 Satz 2).

4. Notwendige Verwendungen, die der Besitzer nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit oder während des Bestehens seiner Unredlichkeit (§ 990) macht, erhält er nur nach den Grundsätzen über auftraglose Geschäftsführung (§§ 683, 684) ersetzt. Es genügt also nicht die Notwendigkeit nach allgemeinen wirtschaftlichen Anforderungen. Vielmehr müssen die Verwendungen, sofern sie nicht zur Erfüllung einer im öffentlichen Interesse (§§ 683, 679) liegenden Pflicht des Eigentümers erforderlich oder von ihm genehmigt sind, seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen entsprechen; ist dies nicht der Fall, so wird nur die Bereicherung ersetzt. Dabei beweist aber weder bereits die Rechtshängigkeit noch der Rückforderungsanspruch des Eigentümers noch der Umstand, daß er nicht die nötigen Mittel besessen hätte, um die Verwendungen vorzunehmen, daß diese seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen nicht entsprochen hätten (RG HR 1929 Nr 303). Hat der Besitzer nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit nach § 994 Abs 2 erstattungsfähige Verwendungen gemacht und anderseits Nutzungen gezogen, die er nach § 987 herausgeben muß, so hat er deswegen doch die Verwendungen aus eigenen Mitteln gemacht, da die Nutzungen in sein Eigentum übergegangen waren. Hier ist eine Aufrechnung von Forderung und Gegenforderung möglich und nötig. Unter Umständen kann der Eigentümer aber der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts (§§ 273, 1000) durch den Besitzer mit einer Arglisteinrede begegnen, namentlich wenn die Kosten der Verwendungen durch die gezogenen Nutzungen sicher gedeckt sind, eine Aufrechnung aber noch nicht erklärt ist (RG JW 1928, 2437²; vgl. § 1000 A 1). Über den Begriff der Unredlichkeit (des bösen Glaubens): § 990 A 2, 3. Entscheidend ist, ob der Besitzer zur Zeit der Verwendung gut- oder schlechtgläubig gewesen ist. Der Handwerker, der die Sache zur Ausbesserung erhält, ist nicht deshalb bösegläubig, weil er weiß, daß der Besteller sie gemietet hat (RG Gruch 57, 999). Der besitzende Käufer kann gutgläubig sein, obgleich er das Bestehen eines Vorlaufrechts kennt (OLG 29, 354). — Da der Prozeßbesitzer und der unredliche Besitzer nicht besser gestellt sein können als der redliche Besitzer vor Eintritt der Rechtshängigkeit, müssen auch sie trotz der räumlichen Stellung der Vorschrift sich die Anrechnung der Nutzungen nach Abs 1 Satz 2 gefallen lassen (OLG 41, 160). — Wegen Anwendung des § 994 auf das Verhältnis zwischen dem wahren Eigentümer und dem Bucheigentümer: RG 133, 287 (vgl. § 995 A 2).

5. Beweislast. Der Besitzer hat die Verwendungen, ihren Wert und ihre Notwendigkeit zu beweisen. Der Eigentümer kann dagegen dartun, daß es sich nur um gewöhnliche Erhaltungskosten handelt oder daß die Verwendung nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit oder des bösen Glaubens stattgefunden hat. Macht dann der Besitzer geltend, daß gleichwohl nach Abs 2 ein Anspruch begründet ist, so hat wiederum er dies zu beweisen.

§ 995

Zu den notwendigen Verwendungen im Sinne des § 994 gehören auch die Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht. Für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, sind ihm nur die Aufwendungen für solche außerordentliche Lasten zu ersetzen, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind¹⁾ 2).

§ II 909; § 3 353, 354, 37.

1. Der § 995 zieht eine Folgerung aus § 994. Daß zu den notwendigen Verwendungen auf die Sache auch die Aufwendungen zur Bestreitung ihrer Lasten gehören, wird hier wie in § 2022 Abs 2, § 2185 besonders hervorgehoben. Eine Begriffsbestimmung der „Lasten“ findet sich in RG 66, 318. a) Den „gewöhnlichen Erhaltungskosten“ des § 994 Abs 1 Satz 2 entsprechen die gewöhnlichen Lasten, öffentlich-rechtliche und bürgerlich-rechtliche, z. B. die Jahressteuern der Sache (Staats- und Gemeindegrundsteuern usw.), die Zinsen der auf ihr ruhenden Hypotheken und Grundschulden, die einzelnen Reallast- oder Rentenleistungen. Sie erscheinen als Minderung der Nutzungen, aus denen sie zu decken sind, und sind daher, wenn es sich um Aufwendungen des redlichen Besitzers vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit handelt (§ 994 Abs 3), da er die Nutzungen behalten darf, nicht zu ersetzen. Doch kann nach § 1047 der Nießbraucher (und deshalb auch der redliche Nießbrauchsbesitzer, § 994 Abs 1) Ersatz für solche bürgerlich-rechtliche Lasten verlangen, die erst nach der Nießbrauchbestellung auf die Sache gelegt wurden. Kehren die Lasten regelmäßig wieder, so hat sie für die Zeit bis zur Bösgläubigkeit oder bis zum Prozeßbeginn der Besitzer, für die Zeit nachher der Eigentümer zu tragen; sind sie nur beim Eintritt besonderer Ereignisse zu entrichten, so entscheidet die Fälligkeit (§ 103). b) Den Gegensatz zu den gewöhnlichen bilden die „außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind“ (d. h. die kapitalmindernden, diejenigen, die nicht aus den Erträgen besrritten werden sollen; vgl. Mot 3, 516). Hat der redliche Besitzer vor dem Prozeß derartige Lasten getilgt, so gebührt ihm stets Ersatz, mag es sich um öffentliche Lasten handeln (z. B. um besondere Kriegsleistungen, einmalige Abgaben zur Anlage von Straßen, Kanälen, Deichen) oder um bürgerlich-rechtliche (Rückzahlung des Hypotheken- oder Grundschuldkapitals, Anerbenabfindung usw.). Ähnliche Bestimmungen, zum Teil in weniger genauer Fassung, finden sich in §§ 1047, 1385 Nr 1 (1654), 2126, 2379. — Der unredliche Besitzer und der Prozeßbesitzer haben Anspruch auf Ersatz von Lasten jeder Art, aber nur nach dem Recht der auftragslosen Geschäftsführung (vgl. § 994 Abs 4).

2. Kommt nach RG 133, 287 § 995 in Verbindung mit § 994 Abs 2 zur Anwendung auf den Bucheigentümer, so hat ihm der wahre Eigentümer die gezahlten Hypothekenzinsen zu erstatten, da ihre Zahlung den Belangen und dem mutmaßlichen Willen des Eigentümers entspricht (sonst drohte Zwangsversteigerung).

§ 996

Für andere als notwendige Verwendungen¹⁾ kann der Besitzer Ersatz nur insoweit verlangen, als sie vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit und vor dem Beginne der im § 990 bestimmten Haftung gemacht werden und der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt²⁾ 3).

§ I 936 Abs 1, 2 II 908 Abs. 2; § 3 411; § 3 350—353.

1. Andere als notwendige Verwendungen (impensae utiles und voluptuariae). Die nützlichen Verwendungen (Verbesserungen, impensae utiles) sind solche, die, ohne notwendig zu sein (vgl. § 994 Abs 2), den sachlichen Wert der Sache (ihren allgemeinen Verkehrswert, nicht gerade den Vorteil des einzelnen Eigentümers) erhöhen, sei es durch Steigerung des Verkaufswerts, sei es durch Stärkung der Einkommensfähigkeit. Indem das Gesetz zwischen dieser Art der Verwendungen und den wirtschaftlich unnützen (Überfluß-)Ausgaben nicht unterscheidet, bestimmt es, daß unredliche Besitzer und Prozeßbesitzer für nichtnotwendige Verwendungen überhaupt keinen Ersatz erhalten sollen, auch nicht einmal nach den Vorschriften über die ungerichtigste Bereicherung. Nur das Wegnahmerecht des § 997 steht ihnen offen.

2. Dem redlichen Besitzer, der nichtnotwendige Verwendungen vor der Rechtshängigkeit der Eigentumsklage vorgenommen hat, wird ein Ersatzrecht gewährt. Voraussetzung ist aber, daß die Verwendungen (z. B. beim Schneiden des Holzes in der Mühle [RG Warn 1929 Nr 180]) den Wert der Sache erhöht haben (impensae utiles, Abs 1) und daß die Erhöhung noch zu der Zeit, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt, fort dauert. Nur der in diesem Augenblick vorhandene Mehrwert kann verlangt werden, und andererseits der Mehrwert nur insoweit, als er den Betrag der Verwendungs nicht

übersteigt (vgl. RG 106, 149; RG JW 1936, 2912¹⁹). Fällt die Werterhöhung vor der Rückgabe der Sache fort, so ist das Ersatzrecht ausgeschlossen; der Besitzer trägt insofern die Gefahr. Doch entscheidet statt der Wiedererlangung der etwaige frühere Zeitpunkt, zu dem der Eigentümer in Annahmeverzug gerät oder die Verwendungen genehmigt (vgl. § 300 Abs 1, § 1001). Sind die Beziehungen des Besitzers zu dem Eigentümer durch einen Vertrag geregelt, so ist § 996 unanwendbar; der Vertrag des Besitzers mit einem Dritten bleibt aber außer Betracht, soweit nicht ausnahmsweise eine Arglisteinrede begründet ist (vgl. A 1 und 2 zu § 994).

3. Zu beweisen hat der Besitzer sowohl den Wert der Verwendung als auch den Betrag, um den durch sie der Wert der Sache im maßgebenden Zeitpunkt (A 2) erhöht war. Dagegen liegt der Beweis, daß die Verwendung erst nach dem Eintritt der Bösgläubigkeit oder der Rechtshängigkeit vorgenommen wurde, dem Eigentümer ob.

§ 997

1) Hat der Besitzer mit der Sache eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden, so kann er sie abtrennen und sich aneignen²⁾. Die Vorschriften des § 258 finden Anwendung.

Das Recht zur Abtrennung ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer nach § 994 Abs 1 Satz 2 für die Verwendung Ersatz nicht verlangen kann oder die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat oder ihm mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde^{3) 4)}.

EG 936 Abs. 3 II 910; M 3 414; P 3 354—357, 373; 6 238, 239.

1. Hat ein Besitzer mit der herauszugebenden Sache eine eigene verbunden, ohne sie zu einem wesentlichen Bestandteil (§§ 93, 94) der andern zu machen, so ist sein Eigentum unberührt geblieben. Nach § 985 kann er seine Sache wegnehmen oder, wenn er sie mit der andern an deren Eigentümer herausgegeben hat, von diesem zurückfordern. Darüber hinaus gewährt § 997 ein Wegnahmerecht (jus tollendi) auch in dem Falle, daß die verbundene Sache zum wesentlichen Bestandteil der andern geworden, mithin (vgl. §§ 946, 947 Abs 2) in das Eigentum des Herrn der Hauptsache gelangt (nicht auch im Falle des § 947 Abs 1). Immer aber ist daran festzuhalten, daß § 997 dem Besitzer nur ein Vegenrecht verleiht, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder doch zurückfordert. Vegenüber einer Klage aus §§ 946, 951 kann eine Einrede aus § 997 Abs 2 nicht erhoben werden (RG Bruch 67, 316). Die Wegnahme nach § 997 Abs 1 enthält außer der Trennung eine Aneignung; andererseits ist sie ausgeschlossen, wenn eine der drei in Abs 2 genannten Ausnahmen vorliegt. Mag indes durch die Verbindung ein wesentlicher Bestandteil geschaffen sein oder nur ein unwesentlicher, der aber als Einrichtung der Sache dauernd erkennbar blieb, immer muß nach § 258 der wegnehmende Besitzer die Hauptsache auf seine Kosten in den vorigen Stand setzen, während der Eigentümer, der sie zusammen mit der andern Sache wiedererlangt, die Wegnahme erst nach Sicherheitsleistung zu gestatten braucht. Beide Fälle (der des § 997 und der nur unter § 258 gehörige, wo ein wesentlicher Bestandteil nicht entstanden ist) stimmen ferner darin überein, daß das Wegnahmerecht dem Besitzer ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben zusteht. Auch die sonstigen Verschiedenheiten im Besitz spielen keine Rolle, nur daß natürlich ein mittelbarer Besitzer nicht zur eigenmächtigen Wegnahme, sondern nur zur Erhebung des Anspruchs nach § 258 Satz 2 instande ist. Desgleichen kann es in beiden Fällen vorkommen, daß nach § 994 oder § 996 mit dem Wegnahmerecht ein Recht auf Verwendungsersatz zusammenfällt. Der Besitzer hat dann die Wahl, welches Recht er geltend machen will. Kann die Verbindung nicht als Verwendung auf die herauszugebende Sache aufgefaßt werden, so ist er auf das Wegnahmerecht beschränkt, wie dies vom unredlichen Besitzer und vom Prozeßbesitzer auch dann gilt, wenn sich die Verbindung zwar als Verwendung, aber nicht als notwendige Verwendung darstellt (vgl. § 996 A 1). Eine Zeitgrenze ist für das Wegnahmerecht des § 997 so wenig vorgesehen wie für das des § 258. Eine entsprechende Anwendung des § 1002 läßt sich nicht begründen (vgl. SeuffA 68 Nr 235). Anders verhält es sich für die Vorschriften des § 999, die auch für das Wegnahmerecht unentbehrlich sind (vgl. dort A 3).

Wo Vertrag oder Gesetz ein erweitertes Wegnahmerecht verleihen, greifen die Ausnahmen des § 997 Abs 2 nicht Platz. Gesetzliche Bestimmungen dieser Art f. in §§ 500, 547 (581), 601, 1049 (1093), 1216, 2125.

2. Das Aneignungsrecht bedeutet die Befugnis, durch Abtrennung und Besitzergreifung Eigentum an dem bisherigen wesentlichen Bestandteil zu erwerben. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß die abzutrennende Sache vor der Verbindung dem Besitzer gehörte; trifft dies nicht zu, so ist nach § 951 Abs 2 Satz 2 ihr früherer Eigentümer derjenige, dem das Aneignungsrecht zusteht. Das Verhältnis zwischen dieser Bestimmung und § 997 darf nicht etwa so gedacht werden, als ob auch § 951 das Aneignungsrecht auf den Besitzer der Hauptsache beschränkte und es ihm

selbständig nur für den Fall einräumte, daß die abzutrennende Sache, ohne von ihm selber verbunden zu sein, ihm gehört hat. Vielmehr erlaubt § 961 dem früheren Eigentümer die Aneignung allgemein, gleichviel wie und von wem die Verbindung vorgenommen worden war, und ohne Rücksicht darauf, ob er die Hauptsache jemals besaß (vgl. RG 63, 422). Beide zugleich aber, der frühere Eigentümer und ein davon verschiedener Besitzer, können nicht wohl aneignungsberechtigt sein. Die Abtrennung ändert nichts an den Rechten Dritter (§ 961), die durch die Verbindung das Eigentum oder ein sonstiges Recht an der Sache verloren haben, jedoch mit der Maßgabe, daß ein Bereicherungs-(Herausgabe)anspruch nur gegen den abtrennenden Besitzer erhoben werden kann.

Solange der Besitzer die Hauptsache noch nicht an deren Eigentümer herausgegeben hat, wirkt das Recht gegen jedermann. Der Gestaltungsanspruch des § 258 Satz 2 ist schuldrechtlicher Natur; Schuldner ist der Eigentümer der Hauptsache zur Zeit der Verbindung (RG 63, 422). Die Aneignungsbefugnis des § 997 kann (auch wenn sie nicht als ein Anspruch, sondern [mit Jaeger RD § 43 A 5] als ein Gestaltungsrecht angesehen wird), nach § 15 RD nicht mehr zum Schaden der Konkursmasse des Eigentümers der Hauptsache ausgeübt werden, weil sie ihrem Inhalt nach keine Aussonderung begründet (Jaeger a. a. O. A 25). Da der Eigentümerswerb erst durch die Besitzergreifung stattfindet, kann ein Geschäftsunfähiger das Aneignungsrecht nicht selbständig ausüben (vgl. § 872 A 1).

3. Das Abtrennungsrecht ist ausgeschlossen (Abf 2): a) wenn die Verbindung zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten gehört (z. B. Dachausbesserung) und vom redlichen Besitzer vor der Rechtshängigkeit des Eigentümersanspruchs vorgenommen worden ist. Dies aus dem Grunde, weil dann die Verwendung durch die dem Besitzer verbleibenden Nutzungen ausgleichend wird (vgl. § 994 A 3); b) wenn die Abtrennung für den Besitzer keinen Nutzen hat. Die Vorschrift geht weiter als das allgemeine Verbot des § 226; es genügt, wenn im gegebenen Fall die Abtrennung für den Besitzer völlig belanglos ist; c) wenn dem Besitzer mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Trennung für ihn haben würde. Ob der Eigentümer oder jemand anders den Wert ersetzt, ist gleichgültig. Durch die Leistung des Ersatzes oder, wenn die Annahme grundlos abgelehnt wird, durch das erfolglose Angebot wird die Entstehung des Wegnahmerechts verhindert. Häufig wird der Besitzer nach Treu und Glauben verpflichtet sein, den Eigentümer vor der Abtrennung zur Ersatzleistung aufzufordern. Um das Wegnahmerecht auszuschließen, braucht nur der Wert des Bestandteils nach der Trennung ersetzt zu werden, nicht der höhere Betrag, den der Besitzer etwa nach § 994 oder § 996 fordern kann. Doch kommt es auf den Wert an, den der Bestandteil „für ihn“ haben würde, so daß seine persönlichen Verhältnisse und selbst ein Liebhaberwert zu berücksichtigen sind. Die Abtrennungs- und Wegschaffungskosten, die ja tatsächlich nicht entstehen, sind bei der Ermittlung des Wertes nicht zu berücksichtigen (RG 106, 149). Auch den Hypothekengläubigern muß das Recht zugestanden werden, die Trennung durch Wertersatzung abzuwenden.

4. Das Wegnahmerecht bezieht sich auch auf **Bäume und Pflanzen**, die der Besitzer in ein fremdes Grundstück eingepflanzt hat (vgl. RG 106, 148). Hierbei ist zu beachten, daß eine durch die Einpflanzung herbeigeführte Wertsteigerung der Pflanzen als Nutzung des Grundstücks erscheint (Prot 3, 354 ff.). Nach §§ 987, 990 haben Prozeßbesitzer und unredliche Besitzer auf die Nutzungen keinen Anspruch. War daher der Besitzer bösgläubig oder nahm er die Einpflanzung erst nach der Rechtshängigkeit vor, so kann sein Wegnahmerecht durch einen Entschädigungsanspruch des Grundeigentümers beschränkt werden. Insbesondere hat dieser, wenn er von der Lösungsbefugnis des Abf 2 Gebrauch macht, dem Besitzer nur den Wert zu ersetzen, den die Pflanze vor ihrer Verbindung mit dem Grundstück hatte.

§ 998

Ist ein landwirtschaftliches Grundstück herauszugeben, so hat der Eigentümer die Kosten, die der Besitzer auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des Wirtschaftsjahrs zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert dieser Früchte nicht übersteigen.

© II 911; § 3 357, 373.

Verwendungen des Besitzers auf herauszugebende Früchte werden aus volkswirtschaftlichen Gründen in höherem Maße begünstigt als solche auf die Sache (das Grundstück) selbst. Ohne daß es auf seinen guten oder bösen Glauben oder auf die Rechtshängigkeit oder Nichtrechtshängigkeit der Klage ankommt, sind sie ihm insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen. Für den Fall, daß die Früchte bereits getrennt sind, wird dies in § 102 schlechthin angeordnet (vgl. dort A 2—5).

Für den Wert der Früchte ist der Zeitpunkt der Herausgabe entscheidend (§ 996). Auch noch nicht ausgereifte Früchte oder noch gar nicht aufgegangene Saaten sind in ihrem Gegenwartswert ohne Willkür schätzbar. Ein Sachverständiger kann angeben, was nach der Ernte voraussichtlich vorhanden und was es wert sein wird. Davon sind die Kosten abzuziehen, die zur weiteren Pflege der Frucht und zu ihrer Auberntung noch notwendig sein werden.

Sind die Früchte noch nicht getrennt und als Bestandteile des Grundstücks mit diesem herauszugeben, so schreibt § 998 den Kostenerfaz vor, jedoch muß es sich um ein landwirtschaftliches Grundstück handeln und die Früchte müssen nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft noch vor dem Ende des laufenden Wirtschaftsjahres zu trennen sein. Über den Begriff des landwirtschaftlichen Grundstücks: § 582 A 1. Der Anfang des Wirtschaftsjahres richtet sich nach dem örtlichen Herkommen und ist nicht nur für jede Gegend, sondern auch für jede Fruchtart einheitlich zu bestimmen. Bedenken gegen die Berücksichtigung der einzelnen Fruchtarten sind nach den überzeugenden Darlegungen in RG 141, 227 ff. nicht mehr zu erheben. Der Ausdruck „Wirtschaftsjahr“ ist unglücklich gewählt; er kann nicht das übliche Rechnungs- und Betriebsjahr der Landwirtschaft bedeuten, weil dieses noch vor der Ernte abläuft und bei solcher Auslegung kaum jemals Bestellungen nach § 998 zu erstatten wären. „Wirtschaftsjahr“ muß also das seit der Bestellung der einzelnen Fruchtarten laufende Jahr bezeichnen. Die Einschränkung, daß die Früchte vor dem Ende des Wirtschaftsjahres trennbar sein müssen, wird besonders praktisch bei Früchten mit mehrjähriger Entwicklung. In § 998 ist nur an Fruchtarten zu denken, die innerhalb eines Jahres bestellt und geerntet werden. Statt des Wirtschaftsjahres entscheidet für den Pächter das Pachjahr (§ 592); dies ist auf den Nießbraucher, ehemännlichen und erteilichen Nießnießer sowie auf den Vorerben entsprechend anzuwenden (vgl. §§ 1055, 1421, 1663, 2130). Aus der Stellung des § 998 in dem Abschnitt über Verwendungen auf die Sache ergibt sich aber, daß das Ersatzrecht des Besitzers, abweichend von den soeben angezogenen Vorschriften und von § 102, nur nach Maßgabe der §§ 1000—1003 geltend gemacht werden kann.

§ 999

Der Besitzer kann für die Verwendungen eines Vorbesizers, dessen Rechtsnachfolger er geworden ist, in demselben Umfang Ersatz verlangen, in welchem ihn der Vorbesitzer fordern könnte, wenn er die Sache herauszugeben hätte¹⁾.

Die Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatze von Verwendungen erstreckt sich auch auf die Verwendungen, die gemacht worden sind, bevor er das Eigentum erworben hat^{2) 3)}.

RG I 937 II 912; W 3 416; R 3 957—359, 373.

1. Nicht nur der Erbe (§ 857), sondern auch der Einzelnachfolger des Besitzers kann für Verwendungen seines Rechtsvorgängers Ersatz fordern. Zur Einzelnachfolge gehört ein zwischen dem Vorbesitzer und dem gegenwärtigen Besitzer geschlossenes, der Besitzübertragung zugrunde liegendes Veräußerungsgeschäft. Durch Vorgänge lediglich wirtschaftlicher Art oder durch eine rechtsirrigte Annahme der Beteiligten, kann das Veräußerungsgeschäft nicht ersetzt werden (RG 129, 204). Veräußert also der Besitzer die Sache und erwirbt der neue Besitzer kein Eigentum, weil der Veräußerer Nichteigentümer war, so geht wenigstens das Recht des Veräußerers, Ersatz zu verlangen, auf ihn über. Doch kann der Übergang durch Vertrag ausgeschlossen werden. Keine Rechtsnachfolge liegt in der Begründung eines Rechtsverhältnisses, kraft dessen ein Dritter als unmittelbarer Besitzer dem bisherigen unmittelbaren und nunmehrigen mittelbaren Besitzer den Besitz vermittelt. Daher steht dem unmittelbaren Besitzer ein Ersatzanspruch wegen der Verwendungen des mittelbaren Besitzers nicht zu. Macht er nach § 986 Abs 1 Satz 1 (vgl. dort A 1) dessen Zurückbehaltungsrecht (§ 1000) geltend, so ist er zur Herausgabe Zug um Zug gegen Befriedigung des mittelbaren Besitzers zu verurteilen. Der Ersatzanspruch geht in demselben Umfang auf den Rechtsnachfolger über, in dem er in der Person des Vorbesizers begründet worden ist. Hatte der Vorbesitzer wegen seiner Gutgläubigkeit für nützliche Verwendungen Ersatz zu verlangen (§ 996), so kommt dies auch dem neuen Besitzer zugute, mag er selbst auch bösgläubig sein.

Selbständig abtretbar ist nur ein nach den Vorschriften des § 1001 einlagbar gewordener Ersatzanspruch; bedenklich deshalb RG 129, 205.

2. Die Verpflichtung des Eigentümers erstreckt sich auch auf die Verwendungen, die zur Zeit des früheren Eigentümers gemacht wurden. Außer für die Erbfolge und die Auslassung von Grundstücken hat das Bedeutung für die Fälle, wo eine bewegliche Sache gemäß § 930 oder § 931 veräußert wird. Das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers würde in diesen Fällen schon aus § 986 Abs 2 folgen (vgl. dort A 4). Eine Ausnahme vom Eintragungsgesetz (§§ 873 ff.) liegt ebensowenig vor wie bei den Vorschriften der §§ 571 ff.; § 892 ist nicht anwendbar. Wegen der Haftung des früheren Eigentümers gegenüber dem jetzigen bei entgeltlicher Veräußerung der

Sache; §§ 434, 445. — Der Sinn der Bestimmung ist nur der, daß die Zeit der Verwendung gleichgültig sein soll; um einen Eintritt in die Verpflichtung des früheren Eigentümers handelt es sich nicht. Hat der frühere Eigentümer, aber nicht der jetzige, der die Sache wiedererlangte, die Verwendungen genehmigt, so ist dieser nach § 1001 Satz 2 noch immer befugt, sich durch Rückgabe zu befreien. Andererseits haftet der frühere Eigentümer trotz der Veräußerung aus seiner Genehmigung weiter; er wird nur frei, wenn er weder genehmigt noch die Sache wiedererlangt hat. Nimmt er die Veräußerung erst nach der Wiedererlangung vor, so ist er allein der Verpflichtete; § 999 Abs 2 greift dann überhaupt nicht Platz. — Im Falle des § 994 Abs 2 (notwendige Verwendungen, die der Besitzer nach der Rechtshängigkeit oder in bösem Glauben macht) kommt es für die Frage, ob die Verwendungen dem Willen des Eigentümers entsprechen (§ 683), auf die Person dessen an, der zur Zeit ihrer Vornahme Eigentümer war.

Auf eine Dinglichkeit des Verwendungsanspruchs darf aus § 999 Abs 2 nicht geschlossen werden (vgl. RG 71, 427; Gruch 57, 998). Im Konkurse des Eigentümers ist nur eine Konkursforderung verfolgbar, mit Absondungsrecht nur nach Maßgabe des § 49 Nr 3 RD. (vgl. Jaeger RD § 49 A 41—44). Bei der Grundstückszwangsversteigerung gehört der Verwender nicht zu den Beteiligten im Sinne des ZVG § 9 Nr 2 (vgl. § 1000 A 2, § 1003 A 1; Fädel-Güthe ZVG § 9 A 5), und ausdrücklich bestimmt ZVG § 93 Abs 2, daß der Ersteher Verwendungen, die vor dem Zuschlage gemacht sind, nicht zu ersetzen braucht. Vgl. auch § 10 ZVG: Der Ersatanspruch gehört nicht zu den dort aufgeführten Ansprüchen, die ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück gewähren. Verwendungen nach dem Zuschlag ersetzt der Ersteher nach den allgemeinen Bestimmungen, also, soweit es sich nicht um notwendige Verwendungen handelt (§§ 994, 995), nur dann, wenn sie der Verwender in gutem Glauben vor Zustellung der Vollstreckungsklausel oder vor der auf ihre Erteilung gerichteten Klage gemacht hat und wenn zugleich der Wert der Sache noch zur Zeit der Herausgabe erhöht ist (§ 996); vgl. hierzu Fädel-Güthe ZVG § 93 A 10; § 10 A 15. Ähnlich wie mit dem Ersteher verhält es sich mit dem, zu dessen Gunsten etwas enteignet wird. Er erwirbt den enteigneten Gegenstand grundsätzlich frei von Verpflichtungen; der Besitzer muß seine Ansprüche als Nebenberechtigter im Enteignungsverfahren geltend machen.

3. Beide Absätze des § 999 sind nach Sinn und Zweck des Gesetzes auch auf das **Wegnahmerecht** des Besitzers (§ 997) zu beziehen. Insbesondere richtet sich auch dieses Recht gegen den jeweiligen Eigentümer, ohne jedoch in der Zwangsversteigerung des Grundstücks ein Widerspruchsrecht zu geben oder gegen den Ersteher zu wirken. Im Konkurs ist das Wegnahmerecht ausgeschlossen. Eine Aussonderung des wesentlichen Bestandteils ist nicht möglich, da Trennung und Aneignung durch RD § 15 verhindert werden.

§ 1000

Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. Das Zurückbehaltungsrecht steht ihm nicht zu, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat^{1) 2)}.

§ 1 938 Abs 2, II 913 Abs 3; III 3 416, 417; IV 3 359; 4 692.

1. Die §§ 1000—1003 regeln die Rechtsbehelfe, die, abgesehen von dem Abtrennungs(Wegnahme)recht (§ 997), dem Besitzer wegen der Verwendungen zustehen. Sie finden auf den Erbschaftsanspruch unmittelbare, auf die Ansprüche des Finders entsprechende Anwendung (vgl. §§ 2022 Abs 1, 972, 974). § 1000 ist auch anwendbar, wenn nicht Herausgabe des Grundstücks, sondern Grundbuchberichtigung durch Löschung des gegenwärtig eingetragenen und Wiedererlangung des früheren Eigentümers verlangt wird. Die Rechtsstellungen der mit den an sich verschiedenen Klagen Belangten sind einander wesensverwandt. Das ist RG 121, 336; 133, 286f.; 158, 45 anerkannt worden. Deshalb kann auch die hier gezogene Folgerung nicht abgelehnt werden. RG 114, 268 und 115, 46 stehen der Frage noch zweifelnd gegenüber und wollen § 273 Abs 2 anwenden. Dabei ist § 1000 trotz § 273 Abs 2 notwendig, weil die (in § 273 Abs 2 geforderte) Fälligkeit des Verwendungsanspruchs nach § 1001 erst eintritt, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt, **der Besitzer aber auch ohnedies zurückhaltungs-** **berechtigt sein soll** (anders RG Gruch 57, 1000). Im übrigen verbleibt es bei den auf § 273 Abs 2 bezüglichen Vorschriften. Daher schließt die Erlangung der Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung das Zurückbehaltungsrecht aus (§§ 273 Abs 2, 1000 Satz 2). Indessen ist der Vorgesagte, wenn beide Parteien sich in derselben Weise gegen ein gesetzliches Verbot vergangen, z. B. ein landwirtschaftliches Grundstück ohne die nach § 7 der RMWD v. 15. 3. 1918 RMBl 123 (vgl. jetzt GrundstücksverkehrsVerf v. 26. 1. 1937 RMBl 1937 I, 35; 1938 I, 906, 1710, 1825; 1939 I, 973; ErgänzungsWD v. 26. 1. 1937 RMBl 1937 I, 34, 38, 102, 534; 1938 I, 361, 906, 1825; Wes üb. d. Sicherung der Reichsgrenze u. üb. Vergeltungsmaßnahmen v. 9. 3. 1937 RMBl 1937 I, 281; 1938 I, 511, 963; 1939 I, 257, 354, 355 nebst DurchfWD v. 17. 8. 1937

RGBl 1937 I, 905; 1938 I, 361, 1710; 1939 I, 356) erforderliche Genehmigung übergeben haben, doch zur Zurückhaltung befugt, sofern nicht etwa ein öffentliches Belangnis entgegensteht; der Hinweis des Klägers auf § 1000 Satz 2 wird durch den Einwand der Arglist und die Berufung auf den dem § 817 Satz 2 zugrunde liegenden Rechtsgebanten ausgeräumt. Schlechthin nichtig ist der Besitzerwerb unter solchen Umständen nicht; denn er ist kein Rechtsgeschäft im Sinne des § 134 (RG 110, 365; LZ 1925, 854; 22. 5. 24 V 370/24). Ob sich die unerlaubte Handlung gegen den Eigentümer oder gegen einen Dritten gerichtet hat, ist unerheblich; immer aber muß es eine unerlaubte Handlung des Besitzers gewesen sein (DRZ 1933 Nr 302). Nicht immer genügen verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung (§ 992), da sie auch fahrlässig und sogar (vgl. § 992 II 1) ohne jedes Verschulden begangen werden können. Auch § 273 Abs 3 ist auf das in § 1000 geregelte Zurückbehaltungsrecht entsprechend anzuwenden (RG 137, 355; RG JW 1936, 249*); danach ist der Eigentümer befugt, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch wirkliche vor der Leistung des Schuldners zu bewirkende Leistung einer Sicherheit (§ 232 Abs 1) abzuwenden, bloßes Erbiten dazu genügt nicht (RG 137, 355). Endlich besteht nach § 274 die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts darin, daß der Besitzer zur Herausgabe Zug um Zug gegen Erlass der Verwendungen verurteilt wird. Wegen der möglichen Einrede der unzulässigen Rechtsausübung (Arglisteinrede): RG JW 1928, 2437* und II 4 zu § 994. — Betreffs die Verwendungen (z. B. Bauten) nur einen räumlich abgrenzbaren Teil des Grundstücks, so ist doch, wie schon aus § 1003 Abs 1 Satz 2 folgt, das ganze Grundstück Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts.

Das Zurückbehaltungsrecht kann ungeachtet § 1000 nicht Platz greifen, wenn sich aus einem Vertrag der Parteien etwas anderes ergibt. Darüber, daß der Mieter das Grundstück gemäß § 556 Abs 2 auch dem Eigentumsanspruch gegenüber nicht zurückhalten darf; § 994 II 1. Gegenüber der Herausgabeklage eines Bauern, der seinen Erbhof durch einen vom Anebengericht nicht genehmigten Pachtvertrag verpachtet hat, kann der verklagte Pächter regelmäßig kein Zurückbehaltungsrecht am Erbhof geltend machen, wenn das Anebengericht die Genehmigung gerade deshalb versagt hat, weil der Pächter für eine ordnungsmäßige Wirtschaftsführung auf dem Hofe nicht geeignet sei (DZ 1937, 362; Hopp das.; vgl. auch Weimar, Busse RdM 1935, 848). Andererseits ist zwischen Eigentümer und Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht möglich, das in seinen Voraussetzungen über § 1000 hinausgreift und sich auf Abs 1 des § 273 stützt (fälliger Gegenanspruch aus demselben rechtlichen Verhältnis; vgl. § 986 II 1).

Das Zurückbehaltungsrecht kann an sich auch in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden (RG 73, 54), aber nicht mehr, wenn das erste, auf Herausgabe lautende Urteil bereits vollstreckt und der Beklagte nicht mehr Besitzer ist. Er steht dann nicht anders da, als ob er bei bestehendem Zurückbehaltungsrecht das Grundstück freiwillig herausgegeben hätte (RG 109, 105).

2. Das Zurückbehaltungsrecht in der Zwangsversteigerung gegen den Eigentümer und im Konkurs. a) Bei beweglichen Sachen. Da nach § 809 ZPO Sachen im Besitz eines Dritten gegen dessen Willen nicht gepfändet werden dürfen, ist der Verwendende, der die Sache zurückbehält, zur Widerspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung (ZPO § 771) berechtigt. Im Konkurs des Eigentümers gibt ihm RG § 49 Nr 3 ein Absonderungsrecht, soweit die Verwendungen den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigen (vgl. Jaeger KD § 49 II 41—44. Wegen des sog. beneficium excussionis realis [§ 777 ZPO]: § 1001 II 1 Abs 2; § 1228 II 1). b) Bei unbeweglichen Sachen, insbesondere bei Grundstücken und bei dem im Schiffsregister eingetragenen Schiffen (vgl. ZPO § 864 Abs 1; ZVG §§ 162ff.), hat das Zurückbehaltungsrecht Dritten gegenüber keine Kraft. Der Ersteher, der Verwendungen aus der Zeit vor Erteilung des Zuschlags nicht zu ersetzen braucht (ZVG § 93 Abs 2), wird auch durch gestützte Zurückbehaltungsrecht nicht betroffen. An dessen Stelle tritt auch keineswegs ein Anspruch auf Erlass aus dem Versteigerungserlös. § 92 Abs 1 ZVG bezieht sich nur auf solche Rechte, deren Inhaber im Zwangsversteigerungsverfahren Beteiligte sind. Beteiligter aber — vgl. ZVG § 9 Nr 2 — ist der Zurückbehaltungsberechtigte von Gesetzes wegen nicht und kann es auch durch Anmeldung beim Vollstreckungsgericht nicht werden. Weber hat er ein „Recht an dem Grundstück“, da hierunter nur dingliche Rechte verstanden werden (RG 71, 430; Jädel-Güthe ZVG § 9 II 5, § 10 II 15, § 94 II 10; vgl. oben § 999 II 2), noch steht sein Zurückbehaltungsrecht der Zwangsversteigerung entgegen. In § 9 Nr 2 wird der Miet- und Pachtbesitz ausdrücklich neben den der Versteigerung hindernden Rechten aufgeführt, und § 93 Abs 1 verbietet die Zwangsvollstreckung aus dem Zuschlag nur gegen den, der auf Grund eines durch den Zuschlag nicht erloschenen Rechtes besitzt (so im Ergebnis auch RG 26. 10. 04 I 258/04, wodurch DV 8, 116 aufgehoben wurde; vgl. § 1003 II 1). Soweit der Ersteher für Verwendungen aus der Zeit nach dem Zuschlag haftet (§ 999 II 2), muß der Besitzer, um sein Zurückbehaltungsrecht zu bewahren, die Vollstreckungsgegenklage (ZPO § 767) erheben oder nach § 732 ZPO Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel geltend machen. Dem entspricht es, daß das Zurückbehaltungsrecht im Konkurs kein Absonderungsrecht gewährt. KD § 49 Nr 3 gilt nur für bewegliche Sachen (Jaeger KD § 49 II 44).

§ 1001

1) Der Besitzer kann den Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen nur geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt²⁾ oder die Verwendungen genehmigt³⁾. Bis zur Genehmigung der Verwendungen kann sich der Eigentümer von dem Anspruche dadurch befreien, daß er die wiedererlangte Sache zurückgibt⁴⁾. Die Genehmigung gilt als erteilt, wenn der Eigentümer die ihm von dem Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache annimmt⁵⁾⁶⁾.

§ I 938 Abs 1 II 913 Abs 1; R 3 415—417; P 3 357, 360—364, 374; 4 591, 592.

1. Einen selbständigen, klagbaren Anspruch wegen der Verwendungen gewährt das Gesetz erst nach Lösung des inneren Zusammenhangs zwischen dem Herausgabeanspruch und dem Gegenrecht des Besitzers, wenn nämlich der Eigentümer entweder die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt hat. Durch das eine oder andere ist der Anspruch von Rechts wegen bedingt, so daß der Besitzer einftweilen weder mahnen (§ 284) noch aufrechnen kann (§ 387) und die Verjährung noch nicht beginnt (§ 198). Im übrigen stehen die beiden Voraussetzungen und die Verjährung des Anspruchs einander nicht gleich. Genehmigt der Eigentümer, so ist er endgültig gebunden; der Anspruch gegen ihn unterliegt der dreißigjährigen Verjährung (§ 195). Erlangt er aber die Sache ohne Genehmigung wieder, so kann er sich durch Rückgabe an den Besitzer befreien. Tut er dies nicht und hatte ihn der Besitzer die Sache herausgegeben, so erlischt der Anspruch gegen ihn durch Ablauf der in § 1002 bestimmten Ausschlussfrist. Eigentümer im Sinne von § 1001 ist nur der wirkliche Eigentümer, nicht auch ein Dritter, den der Verwendungsrechtige für den Eigentümer gehalten hat; ein Dritter kann weder die Verwendungen genehmigen, noch sich durch Rückgabe der wiedererlangten Sache von der Ersatzpflicht befreien (RG 142, 420). § 1001 steht nicht entgegen, wenn der Besitzer die Verwendungsansprüche nur Zug um Zug gegen Rückgabe der Sache geltend macht (DRPsfl 1939 Nr. 176).

Hat der Besitzer wegen seiner Verwendungen gegen den Eigentümer einen Schuldtitel erwirkt, obwohl der Eigentümer die Sache nicht wiedererlangt hatte, so kann dieser grundsätzlich immer noch gemäß § 777 ZPO der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen widersprechen (§ 766 ZPO), soweit die Ersatzforderung durch den Wert der Sache gedeckt ist (beneficium excussionis realis).

2. Sei es durch Herausgabe von seiten des Verwenders, sei es auf andere Art, also mit oder auch ohne dessen Willen, muß der Eigentümer die Sache zurückerlangt haben. Erforderlich ist aber nicht nur, daß der Eigentümer Besitzer wird, sondern zugleich auch, daß der Verwender den Besitz verliert. Daher genügt es zwar, wenn der Verwender, der mittelbarer Besitzer ist, seinen Herausgabeanspruch abtritt, nicht aber, wenn er durch Besitzvorbehalt (§ 930) den Eigentümer zum mittelbaren Besitzer und sich selbst zum Besitzmittler macht. Zu weit geht RG SeuffA 88 Nr 60, wenn unter allen Umständen das Erlangen des unmittelbaren Besitzes durch den Eigentümer verlangt wird. Es genügt, daß die Sache an einen Beauftragten des Eigentümers herausgegeben worden ist, der sie nach dessen Weisungen zu verwahren oder zu verwerten hat (HRK 1936 Nr 875). Handelt es sich um ein Grundstück, so steht es dem Wiedererlangenden der Sache selbst gleich, wenn das Grundstück zwangsweise versteigert wird. Denn der Ersteher wird nach ZWG § 93 Abs 2 von dem Ersatzanspruch nicht betroffen und der Erlös kommt dem früheren Eigentümer zugute (zweifelnd RG 71, 430).

3. Genehmigung ist, wie in § 684, das Gutheißen der Verwendungen. Dieses kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden (vgl. dazu A 2 zu § 684). Rechnet der Eigentümer mit einer Gegenforderung auf, so hat er die Genehmigung erklärt. Über die „Annahme als ob“ nach Satz 3, A 5. Die Genehmigung kann vor oder nach dem Wiedererlangen der Sache stattfinden. Im letzteren Falle beseitigt sie die Rückgabebefugnis des Satz 2 (vgl. dazu auch § 1002 Satz 1). Genehmigung der Eigentümer zugleich den für die Verwendungen vom Besitzer geforderten Betrag, so ist regelmäßig eine (nach allgemeinen Grundsätzen ansichtbare) Vereinbarung getroffen, die auch über die Höhe des Ersatzanspruchs entscheidet. Der Eigentümer kann sich aber auch darauf beschränken, nur die Verwendungen als solche zu genehmigen, sei es, daß er den geforderten Betrag bestreitet oder daß ein bestimmter Betrag nicht gefordert wird. Alsdann sind für die Höhe des Anspruchs die gesetzlichen Vorschriften (§§ 994—996, 998) maßgebend. § 1003 Abs 1 Satz 1 („Angabe des als Ersatz verlangten Betrags“) steht dem nicht entgegen, weil dort die Feststellung des Betrags des Ersatzanspruchs die Voraussetzung der Befriedigung des Besitzers bildet und deshalb notwendig ist. Ob das eine oder das andere gewollt ist, ist im einzelnen Falle durch Auslegung zu ermitteln. Wenn A den B beauftragt, Sachen des A bearbeiten zu lassen, so liegt in diesem Auftrag noch nicht die „Genehmigung“ der auf Veranlassung des B von C auf die Sache gemachten Verwendungen; dazu genügt es auch nicht, wenn A die ihm von B eingereichten Rechnungen des C an B bezahlt; denn damit gibt A keine Erklärung dem C gegenüber ab (RG SeuffA 88 Nr 60).

4. **Nötig zur Befreiung des Eigentümers ist nur die Zurückgabe des Besitzes, nicht die Übertragung des Eigentums.** Ein Rechtsverzicht des Eigentümers oder eine Preisgabe seiner Rechte wird nicht erfordert. Durch die Zurückgabe wird der frühere Zustand wiederhergestellt, so daß der Besitzer zurückhaltungsberechtigt ist (§ 1000) und, um sich aus der Sache zu befriedigen, nach § 1003 vorgehen muß. Hat er gegen eine Forderung des Eigentümers mit seinem Ersatzanspruch aufgerechnet, so wird die Aufrechnung hinfällig und die Forderung lebt wieder auf. Wenn der Eigentümer auf Ersatz verklagt wird und die Sache während des Rechtsstreits zurückgibt, erledigt sich die Klage. Es handelt sich um eine ihm wahlweise zustehende Befugnis (Pland-Prodmann § 1001 A 2 Abs 4 spricht hier von einem Neurecht), die mit dem Untergang der Sache erlischt, aber durch deren Verschlechterung nicht berührt wird. Der Eigentümer, der die Verschlechterung nach Wiedererlangung der Sache verschuldet hat, haftet dem Besitzer, abgesehen von dem Fall der Arglist, auch nicht auf Schadenersatz. Er kann mit seiner Sache verfahren, wie er will (a. M. Prot 3, 366). Stehen dem Eigentümer mehrere Besitzer gegenüber, ein mittelbarer und ein unmittelbarer, die beide Ersatz für Verwendungen fordern, so muß er zur Herstellung des früheren Zustandes und, um sich von beiden zu befreien, die Sache dem Besitzmittler herausgeben. Statt der Rückgabe der Sache genügt es, wenn der Eigentümer den Besitzer in Annahmeverzug versetzt hat.

5. **Die Annahme der vom Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotenen Sache steht der Genehmigung gleich.** Darin liegt eine „Annahme als ob“, kein anlegender oder ergänzender Rechtsatz; ein Widerspruch nützt dem Eigentümer nichts (vgl. RG Gruch 66, 485). Doch muß eine Ausnahme für die Fälle gemacht werden, in denen der Besitzer zur Zurückbehaltung nicht berechtigt ist. Hat er die Sache durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangt (§ 1000 Satz 2) oder ist er ohne Rücksicht auf die Verwendung verurteilt worden, so kann der Eigentümer die ihm unter Vorbehalt angebotene Sache mit Verwahrung gegen den Ersatzanspruch annehmen, ohne sich dadurch der Annahme einer Genehmigung auszusetzen. Widerspricht er freilich dem Vorbehalt nicht, so ist es trotz § 1000 Satz 2 und trotz des Urteils möglich, daß in der Annahme der Sache eine Genehmigung gefunden werden muß. Dies aber nur nach den Regeln der stillschweigenden Willenserklärung; § 1001 Satz 3 ist nicht anwendbar. Der Vorbehalt des Ersatzanspruchs braucht nicht ausdrücklich zu sein; es genügt, wenn er sich aus den Umständen zweifelsfrei ergibt (RG Gruch 66, 484).

6. **Beweispflichtig für die Genehmigung der Verwendungen (§ 1001 Satz 1) oder für einen Tatbestand, der ihr gleichsteht (§ 1001 Satz 3), ist der Besitzer, wenn er geltend macht, daß der Eigentümer das Recht, sich durch Rückgabe der Sache von der Leistungspflicht zu befreien, verloren habe.**

§ 1002

Gibt der Besitzer die Sache dem Eigentümer²⁾ heraus, so erlischt der Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen mit dem Ablauf eines Monats, bei einem Grundstücke mit dem Ablaufe von sechs Monaten nach der Herausgabe, wenn nicht vorher die gerichtliche Geltendmachung erfolgt oder der Eigentümer die Verwendungen genehmigt³⁾.

Auf diese Fristen finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung¹⁾.

© I 938 Abs 3 II 913 Abs 2; W 3 417; P 3 359—364, 374; 4 591, 592; 6 389.

1. **Genehmigt der Eigentümer die Verwendungen oder erlangt er die Sache in anderer Weise als durch Herausgabe seitens des Besitzers wieder, so verjährt der Ersatzanspruch wegen der Verwendungen in dreißig Jahren (§ 195).** § 1002 bestimmt statt dessen eine kurze **Ausschlußfrist** für den Fall, daß der Besitzer dem Eigentümer oder einem Beauftragten des Eigentümers (vgl. § 1001 A 2) die Sache herausgibt, und zwar ohne sich dabei seinen Anspruch vorzubehalten. Diese Einschränkung, die aus den Anfangsworten des Abs 1 nicht zu ersehen ist, ergibt sich aus den Schlussworten verbunden mit § 1001 Satz 3, da die Annahme der unter Vorbehalt des Anspruchs angebotenen Sache als Genehmigung gilt (vgl. RG Gruch 66, 484). Die Frist beträgt bei beweglichen Sachen einen Monat, bei Grundstücken 6 Monate von der Herausgabe an (wegen der Berechnung: § 187 Abs 1, § 188 Abs 2, 3). Sie wird gewahrt, wenn der Anspruch gerichtlich geltend gemacht wird, also (vgl. § 209 Abs 1, Abs 2 Nr 1—3) durch Leistungs- oder Feststellungsklage, Zustellung eines Zahlungsbefehls, Güteantrag, Anmeldung im Konkurs oder auch durch Aufrechnung, wenn nämlich der Eigentümer den Besitzer aus irgendeinem Grunde auf Zahlung verklagt und die Klage ohne Rücksicht auf den Aufrechnungseinwand des Besitzers abgewiesen wird. Mit der Zurückbehaltungseintrede des § 1000 wird aber nicht der Anspruch des § 1001 geltend gemacht (RG Gruch 66, 483); gibt der Besitzer die Sache vorbehaltslos heraus, so nützt es ihm nichts, daß

er in einem vorausgegangenen Rechtsstreit über den Herausgabeanspruch einredegemäß zur Herausgabe Zug um Zug gegen Verwendungserfaß verurteilt wurde. Die Wirkungen der Klagerhebung entfallen nach § 212, wenn die Klage zurückgenommen oder ohne Sachentscheidung abgewiesen wird. Auch dann läuft die Frist nicht ab, wenn vor ihrem Ende der Eigentümer genehmigt. Obgleich sie keine Verjährungsfrist ist, wird sie durch Abs 2 in einigen Beziehungen einer solchen gleichgestellt. Sie wird gehemmt durch Stillstand der Rechtspflege und sonstige höhere Gewalt (§ 203); ihre Vollendung wird durch Mangel der gesetzlichen Vertretung des Besitzers hinausgeschoben (§ 206); eine Verlängerung findet auch dann statt, wenn der Anspruch zu einem Nachlaß gehört oder sich gegen einen Nachlaß richtet (§ 207).

2. **Eigentümer** ist auch im Sinne des § 1002 nur der wirkliche Eigentümer (vgl. § 1001 A 1 Abs 1). Wegen den Nichteigentümer, den der Besitzer für den Eigentümer gehalten und dem er die Sache herausgeben hat, ist der Anspruch auf Erfaß der ~~Verwendungen~~ nicht geltend zu machen; die Herausgabe an den Nichteigentümer kann auch die Fristen des § 1002 nicht in Lauf setzen (RG 142, 420; SeuffA 88 Nr 60).

3. Im Streitfall hat der Eigentümer zu **beweisen**, daß er die Sache in anderer Weise als durch Herausgabe von Seiten des Besitzers wiedererlangt hat. Dem Besitzer obliegt die Beweislast dafür, daß er vor Fristablauf entweder den Erfaßanspruch gerichtlich geltend gemacht oder der Eigentümer die Verwendungen genehmigt hat, sei es durch Annahme der unter Vorbehalt des Erfaßanspruchs angebotenen Sache (§ 1001 Satz 3), sei es anderweit (§ 1001 Satz 1) vor oder nach der Herausgabe der Sache.

§ 1003

1) **Der Besitzer kann den Eigentümer unter Angabe des als Erfaß verlangten Betrags auffordern, sich innerhalb einer von ihm bestimmten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige.** Nach dem Ablaufe der Frist ist der Besitzer berechtigt, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstücke nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen, wenn nicht die Genehmigung rechtzeitig erfolgt ²⁾.

Bestreitet der Eigentümer den Anspruch vor dem Ablaufe der Frist, so kann sich der Besitzer aus der Sache erst dann befriedigen, wenn er nach rechtskräftiger Feststellung des Betrags der Verwendungen den Eigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung aufgefordert hat und die Frist verstrichen ist; das Recht auf Befriedigung aus der Sache ist ausgeschlossen, wenn die Genehmigung rechtzeitig erfolgt ³⁾ 4).

© II 914; P 3 364—367, 374; 4 592; 6 239, 240.

1. Kömen allein die §§ 1000—1002 zur Anwendung, so würde es vom Belieben des Eigentümers abhängen, ob der Besitzer für die Verwendungen Erfaß bekommt. Da das Gesetz dieses Ergebnis mißbilligt, gibt § 1003 in einer Verbindung von Fristsetzungen und Klagen die Mittel an die Hand, um den Erfaß nach Möglichkeit auch wider den Willen des Eigentümers zu erzwingen. Zunächst muß ihn der Besitzer unter Angabe des verlangten Betrags auffordern, sich innerhalb einer bestimmten angemessenen Frist zu erklären, ob er die Verwendung genehmige. Genehmigt er, so ist die Angelegenheit erledigt; dem Besitzer steht nach § 1001 ein selbständiger Anspruch zu, den er ausklagen und aus dem ganzen Vermögen des Eigentümers betreiben kann. Genehmigt er nicht, so liegt die erste Voraussetzung für das Recht des Besitzers vor, sich aus der Sache zu befriedigen. Es müssen dann folgende zwei Fälle unterschieden werden: a) Der Eigentümer erklärt sich überhaupt nicht oder bestreitet doch den Erfaßanspruch nicht (Fall des Abs 1; vgl. A 2). Dann ist das Recht des Besitzers unentziehbar geworden; etwas Weiteres (Erwirkung eines Vollstreckungstitels) ist nur da geboten, wo die Befriedigung durch Zwangsvollstreckung durchgeführt werden muß. b) Der Eigentümer hat seine Erfaßpflicht rechtzeitig bestritten (Fall des Abs 2; vgl. A 3). Dann muß der Anspruch rechtskräftig festgestellt und ferner eine neue angemessene Frist zur Genehmigung gesetzt werden. Genehmigt der Eigentümer in der zweiten Frist, so hat der Besitzer den klagbaren Anspruch nach § 1001, nicht das Befriedigungsrecht des § 1003. Wird wiederum nicht genehmigt, so gilt nunmehr das zu a) Gesagte. — Zu knappe Bemessung der Fristen schadet nichts, falls der Besitzer über das Ende hinaus eine genügende Zeit abgewartet hat. Durch Bestimmung der unangemessen kurzen Frist wird die angemessene Frist in Lauf gesetzt (vgl. RG 56, 234; 62, 68; § 250 A 2).

Ein dingliches Recht ist das Befriedigungsrecht des Besitzers so wenig wie der Verwendungsanspruch überhaupt (vgl. § 999 A 2). Es handelt sich nur um eine be-

sondere Art der Durchführung der persönlichen Forderung (Rat zum § 41 RPD a. F. bei Hahn Mat. 3, d. RZustzG IV, 204 ff.). Wird daher die Zwangsversteigerung des Grundstücks betrieben, so erlangt der Besitzer dadurch, daß er die Fristen des § 1003 setzt, die dort erwähnte Feststellung herbeiführt und seinen Anspruch beim Vollstreckungsgericht anmeldet, noch kein Recht auf Befriedigung aus dem Erlös. Beteiligter im Sinne des § 9 Nr 2 ZVG wird er nur, wenn er auf Grund eines nach § 1001 oder § 1003 erwirkten vollstreckbaren Titels das Verfahren betreibt. Abdann erhält er Befriedigung in der fünften Rangklasse (ZVG § 10 Nr 5). Ansprüche aus Rechten, die vor der zu seinen Gunsten bewirkten Beschlagnahme im Grundbuch eingetragen wurden, gehen ihm vor, auch wenn sie erst nach der Verwendung entstanden sind (RG 71, 428; SeuffA 68 Nr 224; f. auch § 1000 A 2). — Übersteigt der Erlös der Sache den Erfaßanspruch, so fällt der Überschuß kraft dinglichen Erlases dem Eigentümer zu. Reicht umgekehrt der Erlös zur Befriedigung des Besitzers nicht hin, so hat dieser auch dann keinen Anspruch auf Nachzahlung, wenn der Eigentümer selber der Ersteher ist. Ein Wiedererlangen im Sinne des § 1001 liegt hierin nicht; der Eigentümer erlangt die Sache nicht in seiner Eigenschaft als solcher.

2. Mit dem Augenblick, in dem der Eigentümer die in Satz 1 erwähnte Frist ohne Genehmigung, oder ohne den Erfaßanspruch zu bestreiten, verstreichen läßt, gelangt das Befriedigungsrecht des Besitzers zur Entstehung. Die Befriedigung findet bei beweglichen Sachen nach den Vorschriften über den Pfandverkauf statt (vgl. §§ 1234—1247). Wird die Rechtmäßigkeit des Verkaufs bestritten, so muß der Besitzer die Fristsetzung und die Angemessenheit der Frist beweisen; dem Eigentümer obliegt es, darzutun, daß er innerhalb der Frist die Verwendungen genehmigt oder den Erfaßanspruch bestritten hat. Ist die bewegliche Sache dem Besitzer abhanden gekommen, so kann er das Befriedigungsrecht nicht ausüben; herausgabepflichtig ist ihm der Eigentümer nicht. Bei Grundstücken vollzieht sich die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Hierzu bedarf es, da die §§ 172 ff. ZVG keine Ausnahme von den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes vorsehen, eines vollstreckbaren Titels. Der Besitzer muß die Verurteilung des Eigentümers zur Leistung aus dem Grundstück (Dulbung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück) erwirken. Der Streit dreht sich dabei ausschließlich darum, ob die Voraussetzungen des § 1003 Abs 1 gegeben sind; den Anspruch selbst kann der Eigentümer nicht mehr bestreiten. Sowohl Zwangsversteigerung wie Zwangsverwaltung stehen dem Besitzer zu Gebote, nicht aber, trotz ZPD § 866, die Eintragung einer Sicherungshypothek. Eine solche Eintragung wäre keine „Befriedigung aus der Sache“ (Zonas-Pohle ZPD 16. Aufl. [1939] § 866 A 1 I); auch würde dadurch eine Forderung ins Leben gerufen, die mit der auf die Sache beschränkten Haftung des Eigentümers unvereinbar wäre (a. A. Staudinger-Rober § 1003 A 2aß). Ebenso wie mit Grundstücken verhält es sich nach § 1268 mit den im Schiffsregister eingetragenen Schiffen (vgl. ZPD § 870 Abs 2; ZVG §§ 162 ff.).

Daß er fristgemäß die Genehmigung erklärt oder den Erfaßanspruch bestritten habe, hat im Streitfalle der Eigentümer zu beweisen. Im übrigen ist für das Vorliegen der Voraussetzungen des Befriedigungsrechts (§ 1003 Abs 1) der Besitzer beweispflichtig.

3. Bestreitet der Eigentümer den Erfaßanspruch nach Grund oder Höhe, so muß der Besitzer zunächst eine rechtskräftige Feststellung erwirken. Das geschieht durch Feststellungsklage; für eine Leistungsklage ist mangels der Voraussetzungen des § 1001 kein Raum. Festzustellen ist der „Betrag der Verwendungen“, d. h. der Anspruch auf Erfaß des verlangten Betrags. Zu dem rechtskräftigen Feststellungsurteil muß hinzukommen, daß dem Eigentümer nochmals eine angemessene Frist zur Erklärung über die Genehmigung bestimmt worden ist und daß eine rechtzeitige Genehmigung nicht stattgefunden hat. Nach der Ausdrucksweise des Gesetzes müßten diese drei Erfordernisse — erste Frist, Feststellungsurteil, zweite Frist — sowie, wenn es sich um Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen handelt, die Erwirkung des vollstreckbaren Titels (vgl. A 2) in zeitlicher Reihenfolge hintereinander eingehalten werden. Nach den §§ 255, 259 ZPD ist aber eine Verbindung in der Art möglich, daß klagend beantragt wird: a) festzustellen, daß dem Kläger gegen den Beklagten ein Erfaßanspruch wegen der Verwendungen in Höhe von x Mark zusteht; b) im Urteil eine Frist zu bestimmen, binnen deren sich der Beklagte über die Genehmigung der Verwendungen zu erklären hat; c) für den Fall fruchtlosen Ablaufs der Frist den Beklagten zur Zahlung der x Mark aus dem Grundstück zu verurteilen. Dafür hat sich jetzt auch RG 137, 101 ausgesprochen, die nicht ganz durchsichtigen Ausführungen RG 71, 429 sollen nicht entgegenstehen. Eine weitere Vereinfachung des an sich langwierigen Verfahrens ergibt sich aus RG 137, 100 f. auch insofern, als die Feststellungsklage nach § 1003 Abs 2 zugelassen wird, auch wenn eine Festsetzung nach § 1003 Abs 1 nicht vorangegangen ist. Am Anschluß an die zu § 326 und ähnliche Vorschriften entwickelte Rechtsprechung wird es mit Recht als genügend angesehen, wenn der Eigentümer dem — ohne Fristsetzung — erhobenen Anspruch gegenüber ernstlich bestreitet, daß ersatzpflichtige Verwendungen überhaupt oder in der angegebenen Höhe gemacht wären; die Fristsetzung sei dann zwecklos (ebenso Zonas-Pohle ZPD 16. Aufl. [1938] § 255 A II 4 und jetzt auch Staudinger-Rober § 1003 A 2c).

4. Der Besitzer, der Ersatz für seine Verwendungen verlangt, kann nach §§ 294, 295 einen Annahmeverzug des Eigentümers herbeiführen. Da dieser verpflichtet ist, Zug um Zug zu leisten (vgl. § 1000 A 1), gerät er in Verzug, wenn er zwar die ihm angebotene Sache anzunehmen bereit ist, den verlangten Ersatz aber nicht anbietet (§ 298). Die hierüber in Prot 3, 370 geäußerten Zweifel sind unbegründet. Der Annahmeverzug hat auch neben dem Befriedigungsrecht des § 1003 selbständige Bedeutung, insofern die Haftung des Besitzers für Schäden und Nutzungen abgeschwächt wird (§ 300 Abs 1, § 302) und ihm Mehraufwendungen im Sinne des § 304 erstattet werden müssen.

§ 1004

Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt¹⁾, so kann der Eigentümer²⁾ von dem Störer³⁾ die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen⁴⁾. Sind weitere Beeinträchtigungen zu befürchten, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen⁵⁾.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist⁶⁾ 7).

§ I 943, 944 II 916; M 3 422—420; B 3 377—379.

1. Die hier geregelte Eigentumsfreiheits(Eigentumsstörungs)klage (actio negatoria; Vorbem vor § 985) richtet sich gegen jede Beeinträchtigung des Eigentums, die in anderer Weise als durch Entziehen oder Vorenthalten des Besitzes eintritt (hierüber eingehend Ostermatt, Dinglicher Beseitigungsanspruch und Duldungsanspruch, 1937). In aller Regel wird es sich hier um Beeinträchtigungen handeln, welche die im Eigentum stehende Sache selbst antastet und in Handlungen oder Vorkehrungen bestehen, die nicht nur gegen das Eigentumsrecht an der Sache, sondern unmittelbar gegen diese selbst gerichtet sind (RG HRN 1934 Nr 803; also z. B. keine Klage des Eigentümers eines Kraftwagens auf Herausgabe des Kraftfahrzeugbriefes auf Grund des § 1004; hier hilft § 952 [W o o f] WAG 1938, 132; vgl. aber A 1 Abs 3, A 7). Die Klage bezweckt nicht allein die Abwehr angeleglicher dinglicher Belastungen. Ein Recht braucht sich der Beklagte überhaupt nicht anzumessen (vgl. RG Gruch 44, 1095, DLG 4, 313). Andererseits kann Rechtsberühmung unter Umständen die Störungsklage rechtfertigen (vgl. A 7a). Die Klage erfordert auch weder ein Verschulden des Beklagten (RG 51, 411; 105, 215; 128, 297; 149, 212; 157, 281; JW 02 Beil 187; Warn 1916 Nr 51; 1917 Nr 245; HRN 1938 Nr 147) noch einen Vermögensschaden des Klägers (RG JW 1911, 587³³⁾; auch die Abwehr unschädlicher Störungen stellt sich nicht ohne weiteres als unzulässige Rechtsausübung im Sinne des § 226 dar (vgl. RG 54, 434; DLG 26, 72; JW 1936, 673³⁹⁾; RdM 1938, 120⁶³⁾). Eine einmalige Sachbeschädigung erfüllt den Tatbestand des § 1004 nicht; Wiederholungen müßten zu befürchten sein, um einen das Eigentum beschränkenden Zustand annehmen zu können. Ganz überwiegend dreht es sich dabei um den Schutz von Grundstücken und um Beeinträchtigungen, die darin bestehen, daß auf das Grundstück eingewirkt oder daß der Eigentümer an der Ausübung des Eigentums gehindert wird, z. B. durch Errichten eines Überbaus (RG 160, 172) oder eines für den Nachbarn hinderlichen Zaunes auf freier Feldmark (RdM 1938, 854³⁶⁶⁾). Als Einwirkungen kommt vor allem die unzulässige Zuführung von festen Körpern (Tauben, Matten, Steinen aus Steinbrüchen, Kugeln), die schlechthin unstatthaft ist (RG Warn 1911 Nr 330; 1918 Nr 55), oder die gemäß Art 65 GG nach den Landeswassergesetzen zu beurteilende Zuführung von Wasser, z. B. von eindringendem Sickerwasser (RG Warn 1913 Nr 15; SeuffA 76 Nr 90) in Betracht (vgl. darüber § 906 A 5). Das Eindringen von Wasser, das sich von Natur unter dem Hause des Gestörten befindet, kann genügen, wenn es darauf beruht, daß der Wasserabfluß durch eine Bodenpreßung auf dem Grundstück des Störers gehemmt wird (RG 155, 157; dazu Henke ZM 1937, 598). Hauptfall ist das Zuführen von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch (z. B. Raucheinwirkung auf Bienen, RG 159, 68), Ruß, Wärme, Geräuschen, Erschütterungen und ähnlichen von einem anderen Grundstück ausgehenden Einwirkungen, soweit es nach § 906 verboten werden kann. Dazu rechnet RG 141, 308, RG JW 1939, 414²⁰⁾ auch die Bienen. So schon für das gemeine Recht RG 12, 174, a. M. aber RG 76, 132, wo — heiläufig — die Bienen zu den festen Körpern gezählt werden (Schüller, Deutsches Bienenrecht, 1934, 52 ff., 101 ff., 183 ff.; vgl. auch HRN 1932 Nr 447). Durch ärgerniserregende Vorgänge in der Nachbarschaft, die das seelische Empfinden der Bewohner des Grundstücks kränken (Worbellbetrieb, RG 57, 239; Freibad, RG 76, 130; vgl. auch RG 50, 228), wird nicht auf das Grundstück selbst eingewirkt, daher nicht das Eigentum beeinträchtigt. In solchen Fällen kann eine Unterlassungsklage nicht aus § 1004 unmittelbar, sondern nur beim Hinzutreten besonderer Umstände aus einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschrift (s. unten A 7) hergeleitet werden. RG 57, 242 verlangt dafür den vollen Tatbestand des § 826; doch werden die gegenständlichen Voraussetzungen (Vermögensbeschädigung durch Sittenverstoß) hinreichen (vgl. A 7 unter b). Der Begriff der Einwirkung auf die Sache darf nicht übermäßig, z. B. auf

die Aufnahme von Lichtbildern (DVG 20, 402), ausgedehnt werden. So genügt es nicht, daß durch einen Neubau einem auf dem Nachbargrundstück stehenden Schornstein die Zugluft weggenommen wird. Andererseits braucht sich der Grundbesitzer das Weidenlassen von Schafen auf seinen (selbst verpachteten) Wiesen nicht gefallen zu lassen (RdM 1938, 120⁶³). Grundfänglich nimmt weder ein früheres Bestehen eines schädigenden Betriebs einem Nachbar für ein erst später erbautes Haus den Schutz der §§ 1004, 906 (keine „Prävention“! RG 70, 152), noch steht jahrelanges unbeanstandetes Nebeneinanderbestehen des schädigenden Betriebs und des beeinträchtigten Grundstücks in seiner jetzigen Beschaffenheit einem an sich nach § 1004 begründeten Anspruch entgegen (kein „Verschweigen“! RG JW 1935, 1775⁹).

Erforderlich ist, daß eine Beeinträchtigung schon stattgefunden hat, nicht nur die Gefahr künftiger Beeinträchtigung besteht. Durch Verbote oder Drohungen, die die Person des Besitzers seelisch zu beeinflussen geeignet sind und deshalb nach § 862 einen Besitzstörungsanspruch hervorrufen können (vgl. § 858 A 5), wird das Eigentum noch nicht angetastet. Indessen darf nicht gefordert werden, daß der Eigentümer bereits in seinem Rechte verletzt ist; vielmehr genügen auch Vorbereitungs-handlungen. Anlagen, die bei ordnungsmäßigem Gebrauch notwendig stören müssen (z. B. eine Regelfahrbahn dicht an der Trennungsmauer; Schießstände unmittelbar neben dem in der Fluglinie der Geschosse liegenden Grundstück, vgl. dazu RG Warn 1911 Nr 330), sind schon vor Beginn der Benutzung als störend anzusehen. Im einzelnen ist die Grenze flüchtig. Nach RG 6. 10. 17 V 160/17 enthält es keine gegenwärtige Beeinträchtigung des Eigentums des Klägers, wenn der Nachbar einen diesem Eigentum widersprechenden Bauplan zur behördlichen Genehmigung einreicht; nur zu einer Feststellungs-klage soll er Anlaß geben. Dagegen gewährt RG Recht 1918 Nr 714 die Störungs-klage gegen Sprengungen in einem benachbarten Steinbruch schon dann, wenn die Verwaltungsbehörde an den Eigentümer ein Verbot verhängt für die Sprengzeiten erlassen hat. In zeitlicher Hinsicht wird nach der neueren, von dem Beschluß der Vereinigten Zivilsenate in RG 41, 88 abweichenden Rechtsprechung nicht mehr unterschieden, ob die klagebegründenden Tatsachen vor oder nach der Klageerhebung eingetreten sind (vgl. RG 99, 172). Notwendig ist andererseits die Fortdauer der Beeinträchtigung. Diese selbst muß fortauern; es genügt nicht, wenn die Beeinträchtigungshandlung (die Störung) vorübergegangen ist und nur ihre Wirkungen fortbestehen. Die Störung muß entweder körperlich in die Gegenwart hineintragen, oder weitere Störungen müssen zu besorgen sein. Eine besondere Häufigkeit oder Dauer der Störungen wird nicht verlangt (RG 57, 227; JW 1911, 587⁹⁸; z. B. Warn 1912 Nr 342, RG 25. 6. 10 V 506/09: Geräusch während des Baues eines Kanals oder einer Eisenbahn). Eigenartig lag der Fall, welcher zweimal das RG (127, 29ff.; 138, 327ff.) beschäftigt hat: brennende Halben hatten das Feuer auf die aus Halbestoff bestehenden Bahndämme übertragen und auch dort wütete das Feuer weiter. Hierin lag unzweifelhaft eine fort-dauernde Beeinträchtigung des Bahneigentums, diese war aber von den durch den Brand bewirkten Veränderungen im Bahneigentum nicht zu trennen, und auch diese Veränderungen mußten demnach als Beeinträchtigung gelten.

Von anderer Art, aber begrifflich gleichfalls hierhergehörig, ist die Beeinträchtigung des Eigentums durch Mißbrauch des Eintragungswesens. In einem Fall, wo es sich um Berichtigung einer Katasterkarte handelte, hat DVG 26, 22 zutreffend den § 1004 angewendet. Von Bedeutung wird diese Vorschrift ferner für die Fälle der Vormerkung. Fehlt es dieser an der gesetzlichen Voraussetzung (z. B. weil die einstweilige Verfügung, auf der sie beruht, nicht rechtzeitig vollzogen worden ist) oder ist der zu sichernde Anspruch nicht entstanden oder hinterher weggefallen, z. B. durch Verzicht des Berechtigten, oder ist das Nichtbestehen des gesicherten Anspruchs, wenn auch bei tatsächlichem Fortbestehen der einstweiligen Verfügung festgestellt, so bietet § 1004 die Handhabe, die Eintragung zu beseitigen (vgl. § 886 A 2; RG JW 1933, 1822²; vgl. auch das. 1934, 1542; 1935, 102; RG SeuffW 89 Nr 26; DNotW 1932, 406⁸; SeuffW 77 Nr 188; Pland-Brodmann § 1004 A 1b Abs 2 will hier § 894 anwenden oder den Eigentümer auf die Feststellungs-klage verweisen). Im Gegensatz dazu will RG SpR 1934 Nr 803 den § 1004 nur anwenden bei solchen Beeinträchtigungen des Eigentums, welche nicht nur gegen das Eigentumsrecht an der Sache, sondern unmittelbar gegen die Sache selbst gerichtet sind (oben A 1 Abs 1). Indessen hat auch der Anspruch auf Berichtigung sonstiger Grundbucheintragungen die Wesensart der Eigentumsstörungs-klage (vgl. Mot 3, 424; RG 57, 322; JW 1931, 651¹) und wird in §§ 894ff. nur einer Sonderregelung unterworfen. Damit steht nicht in Widerspruch, daß das Eintragenlassen einer Hypothek durch den Besitzer oder den Bucheigentümer im Verhältnis zum Eigentümer als Verschlechterung des Grundstücks gilt und deshalb insoweit die §§ 899ff. anwendbar sind (RG 121, 335; 133, 286; 158, 45, 47; vgl. A 2 zu § 989). Hierbei handelt es sich nicht um eine Grundbuchberichtigung, wie z. B. in den folgenden Fällen: Ein Bucheigentümer, der im Rechtsstreit auch nur hilfsweise das Eigentum des Grundstücks in Anspruch genommen hat, setzte sich einer Klage aus § 1004 aus (RG JW 1931, 651¹); ebenso ein früherer Hypothekengläubiger, der die Zustimmung zur Löschung der Hypothek verweigerte, obwohl das Grundbuchamt, durch sein Verhalten veranlaßt, die Beschaffung seiner Zustimmung verlangt hatte (RG SpR 1928 Nr 1298). Wegen der Löschung eines eingetragenen Mietrechts: RG JW 1923, 750 (unhaltbar

freilich Scuffl 61 Nr 8: Böschungsklage des Eigentümers gegen den persönlichen Schuldner einer auf dem Grundstück ruhenden Hypothek, darauf gestützt, daß die Hypothek durch einen eingetragen gemessenen Miteigentümer bestellt war). § 1004 verjagt auch, wenn jemand sein Grundstück auf Grund eines nichtigen Kaufvertrags aufgelassen hat und der Käufer nunmehr befugt ist, sich als Eigentümer eintragen zu lassen und so das Eigentum des Verkäufers zu vernichten; der Verkäufer ist nach § 873 Abs 2 an seine Erklärung gebunden, der etwaige Eintragungsantrag des Käufers ist also nicht rechtswidrig. In solchem Falle ist es nötig, aber auch möglich, die Auflassungserklärung zurückzufordern (RG 108, 331).

Eine Verpflichtung des Störers zur **Auskunftserteilung** erkennt RG 158, 377 schon dann an, wenn durch die Auskunft die Verwirklichung eines Anspruchs auf Beseitigung einer nur sachlich widerrechtlichen Beeinträchtigung vorbereitet werden soll (vgl. unten A 7 b).

2. Anspruchsberechtigt ist der Eigentümer, sowohl der Allein- wie der Miteigentümer (§ 1011), der besitzende wie der nichtbesitzende Eigentümer, auch wenn er nur mittelbar besitzt (RdRm 1938, 120⁹³). Der Beweis des Eigentums wird durch die Vermutungen des § 891 (Grundbucheintrag) und des § 1006 (Besitz der beweglichen Sache) erleichtert. Da nur der Eigentümer den Anspruch auf Beseitigung der Störung hat, so stehen einem Dritten, der sie beseitigt hat, gegen den Störer Ansprüche aus auftragloser Geschäftsführung oder Bereicherung nur zu, wenn der Eigentümer die Beseitigung verlangt hatte (RG LZ 1924, 296). Wegen eine Beeinträchtigung seines Eigentums, z. B. durch Betreiben einer Gastwirtschaft in einer Villa, kann der Eigentümer nach § 1004 auch dann vorgehen, wenn der Käufer die Villa zwar auf Grund nichtigen Kaufvertrags in Besitz hat, sie aber kraft eines Zurückbehaltungsrechts noch weiter besitzen darf (RG 10. 1. 25 V 831/23). Wird das Grundstück des Klägers während des Rechtsstreits veräußert, wohin auch der Fall des Zuschlags in der Zwangsversteigerung zu rechnen ist, so hat der Nachfolger nach Maßgabe des § 266 ZPO in den Prozeß einzutreten, ohne Unterschied, ob der Beklagte ein dingliches Recht an dem Grundstück in Anspruch nimmt oder ob sich der Streit nur um die Befugnis zur Zuführung an dem Grundstück in Anspruch nimmt (im Sinne von § 906 dreht (vgl. RG 40, 333)). Auch Erben unbeweglicher Sachen und Erben von Erben (vgl. RG 10. 1. 25 V 831/23), Dienstbarkeitsberechtigter (§§ 1017, 1090 Abs 2), Nießbraucher (§ 1065) und Pflanzgläubiger (§ 1227) können sich der Abwehrklage (§ 1004) bedienen; ebenso der Bergwerkseigentümer (§ 50 prABG; RG 145, 360). Doch handelt es sich dabei nur um entsprechende Anwendung des § 1004. Vorausgesetzt wird, was nicht notwendig bei Beeinträchtigung des Eigentums der Fall zu sein braucht, daß das betreffende dingliche Recht beeinträchtigt ist; nur auf diese Beeinträchtigung zielt der Beseitigungsanspruch ab; das Urteil wirkt weder für noch gegen den Eigentümer. Dagegen ist der Mieter nach § 1004 nicht klagebefugt; er muß besitzen, um den Besitzstörungenanspruch des § 862 der Mieter zu können (vgl. RG 59, 327; Warn 1918 Nr 55). Dagegen kann der Pächter einer Handelsgärtnerei wegen der ihm eigentümlich gehörigen Pflanzen die Abwehrklage nach § 1004 erheben (RG 105, 215; 154, 162). Die in § 904 zugunsten einer durch Notstand gebotenen Handlung veräußerte Eigentumsbeschränkung ergreift die Sache selbst und wirkt daher auch gegen den Besitzer (Prot 6, 216); dem Pächter steht dann als Ausgleich für die gesetzliche Duldungspflicht der Anspruch auf Ersatz des ihm durch die erlaubte Einwirkung zugefügten Schadens zu (RG 156, 190; vgl. auch A 6 a. E.). Dagegen hat der Imker, der mit seinen Bienenvölkern fremde Grundstücke flüchtig und vorübergehend benützt, keine Sachverletzung aus eigenem Recht zur Verteidigung aller dieser Grundstücke gegen fremde Eingriffe, z. B. gegen die Zuführung von Rauch und Gasen (RG 159, 68 [73]).

Bei **Rundfunkstörungen** gibt § 1004 nur dem Eigentümer des gestörten Grundstücks ein Klagerrecht; der Mieter wird sich auf die §§ 862, 865 berufen können (RG 59, 328; 105, 215). Über die Rechtswidrigkeit der Einwirkung entscheidet auch hier § 906 (ZB 1937, 2116⁹⁴).

Nur dem besitzenden Eigentümer steht die Klage aus § 1004 zu. Die Klage aus § 985 und aus § 1004 können nicht wohl zusammenreffen, wenn Besitzentziehung (Vorenthaltung des Besitzes) und sonstige Störung von verschiedenen Personen ausgehen. Den Gegensatz zwischen Entziehung (Vorenthaltung) des Besitzes und Eigentumsbeschränkung in anderer Weise (§ 1004) ist derselbe wie der in §§ 861, 862 behandelte Gegensatz zwischen Besitzentziehung und Besitzstörung.

3. Gleich dem Besitzstörungenanspruch richtet sich auch die Eigentumsabwehrklage des § 1004 gegen den Störer. Darunter ist gemäß der dinglichen Natur des Anspruchs der zu verstehen, durch dessen Willen der dem Eigentum widersprechende Zustand aufrechterhalten wird (Mot 3, 424; RG 92, 24; 103, 174; 108, 331; 134, 234; 155, 319; ZB 1929, 744¹⁶). Demnach muß, wie sich auch aus dem Inhalt des Anspruchs ergibt, zu dem allgemeinen Begriff der Störung eine weitere Voraussetzung hinzutreten: der Störer muß entweder in der Lage sein, die Beeinträchtigung zu beseitigen, oder sein Verhalten muß weitere Beeinträchtigungen befürchten lassen. Die Einwirkung im Sinne des § 1004 muß mit dem Willen des Störers, mit seiner Willensbetätigung, in ursächlichem Zusammenhang stehen (RG 127, 34; 134, 234; 135, 312; 149, 210; 155, 157). Bei einer störenden Anlage ist nicht Störer, wer sie errichtet hat, sondern wer sie hält (vgl. RG 60, 140; ZB 02 Beil 187; 1910, 654¹⁸). Wer auf seinem Grundstück eine Anlage hergestellt hat und dann das Grundstück veräußert, scheidet als Störer aus; eine Beseitigungspflicht kann ihm nur

nach §§ 823, 249 obliegen, sofern ihn bei der Herstellung ein Verschulden traf (vgl. **RG** 103, 174; **DRG** 4, 65; 18, 129). Die Beseitigungspflicht des Grundstückerwerbers bestimmt sich danach, ob er die Anlage „hält“, d. h. aufrechterhält. Durch die Erklärung, er sei mit der Beseitigung einverstanden, hört er regelmäßig nicht auf, die Anlage zu halten (**RG** 103, 177; **JW** 1928, 502²⁸⁵); anders nur, wenn sich die störende Anlage nicht in seinem Besitz befindet.

Störer ist insbesondere, wer auf die Sache einwirkt oder den Eigentümer an der Ausübung des Eigentums hindert (vgl. A 1). Der Störende braucht nicht Eigentümer zu sein (**RG JW** 1936, 3454⁹); er kann Mieter oder Pächter (**RG JW** 1927, 45⁹), möglicherweise auch überhaupt nicht berechtigt sein. Stören mehrere, so kann jeder einzelne verklagt werden, ohne daß ihm aus dem Vorhandensein anderer Störer ein Einwand erwüchse (**RG LZ** 1918, 212). Die Störung kann auch mittelbar geschehen, insbesondere so, daß jemand durch seine Tätigkeit ein schädliches Eingreifen von Naturkräften der Lebendigen oder toten Umwelt ermöglicht (**RG** 51, 408; 134, 234; 149, 210f.; ferner vgl. **RG** SeuffA 60 Nr 55: Aufschütten von Sandmassen, die auf das Nachbargrundstück abgepült werden; **Gruch** 54, 158: Schutthalben; **Warn** 1917 Nr 244: Gänsegegnatter; **JW** 1910, 654¹³: Froshquaten in einem künstlich angelegten Teich; Spagelärm **GrundE** 1939, 475). Die Vorbedingungen für diese Wirkung der Naturkräfte müssen durch den Grundstückseigentümer oder auch durch einen früheren Eigentümer geschaffen oder auch nur mitgeschaffen sein, z. B. daß Anlagen errichtet werden, von denen unter dem Einfluß von Naturkräften Störungen fremden Eigentums (z. B. Abbröckeln verwitternden Gesteins von einem Felsenhang unter der Wirkung der Errichtung eines Bauwerks auf dem Felsen und der mangelhaften Pflege der Grundmauern) ausgehen (**RG** 149, 211). Nicht minder bedeutsam ist die durch Menschen vermittelte Einwirkung. Daß juristische Personen für Störungshandlungen ihrer Vertreter haften, folgt schon aus §§ 31, 89 (vgl. z. B. **RG JW** 01, 52; **Gruch** 57, 1003). Die Veräußerung eines Grundstücks mit dem Bewußtsein, der Erwerber werde darauf Störungen verursachen, ist zwar noch keine eigene Einwirkung auf das Nachbargrundstück (**RG Warn** 1911 Nr 331). Wohl aber genügt es, wenn ein Unternehmer Auftrag zu den Einwirkungen erteilt oder wenn er auch nur Arbeiten vornehmen läßt, welche die Einwirkung zur Folge haben müssen (vgl. **RG** 97, 26; **SeuffA** 60 Nr 10; **Warn** 09 Nr 143). Neben der juristischen Person haftet der gesetzliche Vertreter selbst. Der Beauftragte haftet neben dem Auftraggeber dann, wenn auch er zur Beseitigung der Beeinträchtigung fähig ist oder gerade auch von ihm noch weitere Beeinträchtigungen drohen (vgl. **RG** 20. 1. 23 V 193/22). Behauptet er, die Störung in Ausübung eines Rechtes des Auftraggebers vorgenommen zu haben, so steht ihm nach **JPD** § 77 die Benennung des Urhebers zu (vgl. **SeuffA** 56 Nr 88; vgl. auch A 6 d). Als mittelbarer Störer hat endlich auch zu gelten, wer die Einwirkungen Dritter duldet, obgleich er sie hindern könnte und zu hindern verpflichtet ist (**RG** 134, 234; vgl. auch **RG** 92, 22: ein einzelner Genosse einer Wassergenossenschaft; **JW** 1935, 3644²⁰: ein Verleger, wenn er nichts tut, um weitere Angriffe in den in seinem Verlag erscheinenden Schriften zu verhindern). Geht die Einwirkung von einem Grundstück aus (vgl. diese Worte in § 906), und zwar von einem Nutzungsberechtigten des Grundstücks (Mießbraucher, Mieter, Pächter), so kommt neben dem Täter auch der Eigentümer als Anspruchsgegner in Betracht. Er haftet dann nicht nur in Fällen, wo eine mit dem Grundstück verbundene Anlage der Grund der Störung ist oder wo er die Störung sonstwie veranlaßt hat (vgl. z. B. **RG JW** 01, 52 = **Gruch** 45, 1008: die Stadt hatte eine Sielanlage geschaffen und den Bürgern zur Ableitung ihrer Hausabwässer zur Verfügung gestellt, sondern auch schon, wenn er die Störung in ungehöriger Weise duldet (**RG** 45, 298; 92, 363; 97, 26). Schreitet er, wenn er Vermieter ist, gegen einen ihm bekannten Mißbrauch des Grundstücks durch den Mieter trotz § 550 nicht ein, so ist das ebenso ungehörig, wie wenn er das Grundstück geradezu zu einem Gebrauch vermietet, der die Störung mit sich bringt. In beiden Fällen muß er als Störer behandelt werden; durch die Vermietung wird er von den aus §§ 903, 906 ersichtlichen Pflichten nicht befreit (**RG** 47, 164; 134, 234; **JW** 00, 840⁹; 02 Weil 187; 04, 142¹¹; **Warn** 08 Nr 380; 1917 Nr 245; 1918 Nr 116; **Gruch** 57, 1003; **RG LZ** 1916, 817; 1919, 322; **DRZK** 1931 Nr 485). Anders liegt es, wenn der Mieter das Grundstück ohne Vorwissen des Vermieters eigentümers mißbraucht. Da dieser Fall nicht zu vermuten ist, vielmehr vom Eigentümer bewiesen werden müßte, heißt es in **RG** 47, 164, der letztere sei „prima facie“ (d. h. mangels Entlastungsbeweises) neben dem Mieter haftbar. Die Auffassung, daß der Eigentümer bereits aus dem Gesichtspunkt verkehrszüblicher nachbarlicher Rücksichtnahme kraft seines bloßen Eigentums aus § 1004 haftet, wenn er es bei einem von Natur gegebenen oder doch ohne seinen Willen hergestellten Zustand seines Grundstücks unterläßt, die Einwirkung von Naturkräften auf das Nachbargrundstück zu verhindern, scheint sich aus **RG** 52, 373 zu ergeben; sie wird aber in **RG** 134, 236 mit Recht in Zweifel gezogen (**RG** 149, 212).

4. Grundsätzlich kann die Beseitigung der Störung verlangt werden. Die Kosten der Beseitigung hat stets der Störer zu tragen. Er wird nicht mit der Verteidigung gehört, die Beseitigung sei deart erschwert, daß sie für unmöglich gelten müsse; gegenüber dem dinglichen Anspruch ist für einen Einwand der Unmöglichkeit der Leistung kein Raum (**RG JW** 1910, 754¹⁶). Hat der Kläger selbst schon die Störung beseitigt, so haftet ihm der Störer auf Erstattung der Kosten

nach Bereicherungsgrundsätzen. Dabei ist § 254 entsprechend anwendbar, wenn der Kläger mit seinem Eigentum in einer Weise verfahren ist, die für einen andern die Klage aus § 1004 begründen würde, falls die vom Kläger ergriffene Maßnahme einen Eingriff in fremdes Eigentum zur Folge gehabt hätte (**RG** 138, 329). Der Sachverhalt war hier der, daß die Halbe einer Fabrik sich selbst entzündet und das Feuer auf die aus Halbenstoff hergestellten Bahndämme der Klägerin übergegriffen hatte; wäre erst der Damm in Brand geraten und hätte das Feuer von hier aus die Halbe übergegriffen, so hätte § 1004 der Fabrik einen Anspruch gegen die klagende Bahn verliehen.

Beseitigung bedeutet nicht notwendig Wiederherstellung des früheren Zustandes im strengsten Sinn; sie kann auch in der Herstellung eines ähnlichen Zustandes bestehen (**RG** 1919 Nr 428). Wie sie geschehen soll, haben Klage und Urteil in der Regel dem Beklagten zu überlassen. Einerseits kann die Frage, was zur wirksamen Verhütung unzulässiger Einwirkungen nötig ist, meist nur von Fall zu Fall in der Zwangsvollstreckung entschieden werden. Andererseits hat der Kläger kein Recht auf bestimmte Maßnahmen und darf dem Beklagten die Möglichkeit der Wahl nicht verschränken (**RG** 37, 174; 40, 184; 60, 121; **JW** 00, 501, 840⁶; 01, 849³²; 02 Beil 203; 03 Beil 103; 06, 749²¹; 1911, 325²; **Warn** 1910 Nr 337; 1913 Nr 181; 1917 Nr 245). Nur wenn klar ist, daß andere Mittel als die Entfernung der störenden Anlage oder die völlige Unterlassung der Einwirkungen nicht helfen, kann sofort hierauf geklagt werden (**RG JW** 00, 640 = 02 Beil 26; 08, 682¹⁴). Dagegen kommt es in der Zwangsvollstreckung darauf an, ob § 887 oder § 888 **ZPO** anzuwenden ist und ob der Verurteilte alles, was in seinen Kräften steht, getan hat. Daher hat nummehr der Kläger bestimmte Maßregeln anzugeben, die er zur Beseitigung der Beeinträchtigung für geeignet hält (**RG** 60, 120; **JW** 99, 304¹¹; 03 Beil 77). Durch abhelfende Vorkehrungen während des Rechtsstreits wird der Kläger nicht immer flaglos gestellt. Solange die nachteilige Anlage besteht und jederzeit schädlich wirken kann, ist es unerheblich, ob die Übergriffe zeitweise vermindert wurden oder aufhörten. Vielmehr muß dem Kläger ein Schutz für den Fall gewährt werden, daß die getroffenen Einrichtungen wieder beseitigt werden oder sich in der Folge doch nicht als zureichend erweisen (**RG** 36, 178; **JW** 98, 610⁴¹; 02, 70 = Beil 181; 02 Beil 203; 06, 556²⁵; **Warn** 1917 Nr 245; **Gruch** 44, 869; 23. 3. 25 V 286/24). Erst wenn beides nicht mehr in Frage kommt oder eine Rückkehr der schädigenden Einwirkungen als ausgeschlossen erscheint, darf er als befriedigt gelten, so daß seine gleichwohl aufrechterhaltene Klage abzuweisen ist (**RG JW** 99, 757³⁸; 1910, 654¹²; 1911, 326²¹; 1931, 3444¹²; 1932, 2984¹¹; **Warn** 1912 Nr 215). **Vgl.** hierzu auch **U** 7 **Abf** 1. Nur unter dieser Voraussetzung ist auch die Vollstreckungsgegenklage des verurteilten Störers, die Vollstreckung für unzulässig zu erklären, begründet (**RG JW** 1913, 738⁸).

Eine Einschränkung des Beseitigungsanspruchs, die aber durch einen unbedingten Anspruch auf Schadenersatz wettgemacht wird, ergibt sich aus **GenD** § 26 (**vgl.** auch § 148 **prABergG**; oben § 862 **U** 4). Danach darf gegenüber einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten **gewerblichen Anlage** niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebs, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen oder, wenn solche Einrichtungen unzulässig oder mit einem gehörigen Gewerbebetriebe unvereinbar sind, auf Schadloshaltung geklagt werden (**RG** 154, 166; 155, 319). Nach **EG** Art 125 läßt sich diese Vorschrift landesgesetzlich auf Eisenbahn-, Dampfschiffabriz- und ähnliche Verkehrsunternehmungen erstrecken. Wegen der Verjährung gilt hier § 852 (**RG** 70, 157). Entschädigung kann ferner in Fällen der Ausübung staatshoheitlicher Rechte oder bei behördlich genehmigten Anstalten, die im öffentlichen Interesse betrieben werden, auf Grund des Landesrechts beantragt werden (**vgl.** für Preußen §§ 74, 75 **Einl** zum **WR**). Endlich erkennt die Rechtsprechung des Reichsgerichts einen solchen Anspruch überall da an, wo dem Beeinträchtigten das Recht, auf Beseitigung der störenden Einwirkung und Unterfügung des gefährlichen Betriebs zu klagen, durch besondere gesetzliche Bestimmungen entzogen ist. **Vgl.** **RG** 59, 74; 63, 376; 70, 152; 97, 291; 98, 348; 101, 105; 123, 137; 155, 156; 159, 68 [72] und dazu § 906 **U** 13 **Abf** 2. Auch bei Gemeinnützigkeit des störenden Betriebs hat das Reichsgericht eine Abwehrklage aus § 1004 für undurchführbar und als Ersatz einen vom Verschulden des Störers unabhängigen Schadenersatzanspruch für gerechtfertigt erklärt (**RG** 155, 394).

Hiervon abgesehen ist der Störer nur nach § 823 **ff.**, also regelmäßig bei Verschulden, schadenersatzpflichtig (**RG** 45, 299; 58, 131; 61, 256; 121, 189). § 1004 ist **Schutzesetz** im Sinne von § 823 **Abf** 2 (**RG** 121, 189; **vgl.** **U** 7 b). Die Abwehrklage selber richtet sich nicht auf Schadenersatz, sondern bedarf der Verbindung mit dem Anspruch aus der unzulässigen Handlung. Doch wird dies in der Praxis häufig nicht fühlbar, da ein Verschulden des Störers nichts weiter voraussetzt, als daß er die nachteiligen Folgen seines Tuns für den Eigentümer bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt voraussehen konnte (**RG Gruch** 44, 870; **vgl.** auch 32, 890; 38, 712; **RG** 6, 222; 32, 340; **JW** 94, 579²⁸; 96, 84⁸). In **RG** 16. 1. 32 **IX** 466/31 war dem Beseitigungsanspruch durch Unterlassungsurteil mit Veröffentlichungszwang bereits genügt, gleichwohl konnte als eine Form des Schadenersatzes noch der Widerruf der beleidigenden Behauptungen verlangt werden (**RG** 97, 344). Auf guten oder bösen Glauben des Störers, Störung vor oder nach dem Prozeßbeginn, kommt es nicht an; die §§ 987 **ff.**

haben für die Eigentumsabwehrklage keine Geltung. Nur wenn er zugleich Eigenbesitzer der durch ihn beschädigten Sache ist, verhält es sich anders: nach § 992 ist er den Vorschriften über unerlaubte Handlungen nicht unterstellt, es sei denn, daß er den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch strafbare Handlung erlangt hätte. Ein Recht, den Eigentümer durch Entschädigung in Geld abzufinden, steht dem Störer nicht zu, mag auch die Beseitigung der Beeinträchtigung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich sein. Da die Beseitigungspflicht keine Schadenersatzpflicht ist, greift § 251 Abs 2, der hier auf eine Enteignung hinauslaufen würde, nicht Platz (RG 51, 411; Warn 1916 Nr 51 a. E.; JW 1939, 419^{2a}; 28. 6. 26 V 511/25; 9. 12. 38 VII 10/38; DKG 4, 313; 36, 157; 41, 162; JW 1921, 252; Recht 1919 Nr 427; vgl. aber auch JMR 1939, 390 und dazu Eiser das. 391).

5. Die **Unterlassungsklage** (§ 1004 Abs 1 Satz 2) hat den Vorteil, daß dem verurteilten Störer nach § 890 ZPO eine Ungehorsamsstrafe angedroht und Sicherheitsleistung für künftigen Schaden auferlegt werden kann. Die sonderrechtlichen Einschränkungen des Beseitigungsanspruchs machen sich auch hier geltend (vgl. A 4; § 906 A 13 Abs 2). Voraussetzung ist die Beforgnis weiterer Beeinträchtigungen. Sie besteht nicht bei Ausführungen in Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse oder Verpflichtungen (RG 140, 402). Die bloße Möglichkeit, daß ein schadenbringendes Ereignis sich wiederhole, genügt nicht (RG 63, 379; Gasrohrbruch; DKG 31, 329; Wasserrohrbruch; RG JW 1913, 543⁸; Warn 1918 Nr 55), vielmehr muß ein ernster Anlaß zur Beforgnis gegeben sein. Hierbei kommt es auch darauf an, ob es sich etwa nur um eine vereinzelte, bei nachbarlicher Rücksichtnahme zu ertragende Belästigung handelt oder ob sich die unzulässigen Zuführungen trotz getroffener Abwehreinrichtungen so gehäuft und so stark gezeigt haben, daß der Rechtsschutz der Abwehrklage als angebracht erscheint (RG JW 1938, 1952⁸). Nicht selten wird die Wiederholungsgefahr, für die der Kläger beweispflichtig ist, aus der Sachlage von selbst hervorgehen (RG 60, 8; 84, 147; 86, 255; 98, 267; 148, 119; JW 1929, 1233²¹; Schlesw-Holst-Anz 1937, 209; RdM 1938, 120⁶³). Maßgebend ist grundsätzlich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (RG JW 05, 140¹⁹; RG Recht 1911 Nr 510). Doch muß der Einwand, daß Abhilfe während des Rechtsstreits geschaffen sei, streng genommen werden (vgl. A 4 Abs 2). Sodann erfordert auch der Unterlassungsanspruch, wie die Eigentumsstörungsklage im allgemeinen (vgl. A 1), daß ein Eingriff bereits vorliegt. Solange eine Beeinträchtigung noch gar nicht stattgefunden hat, kann von Beforgnis „weiterer“ Beeinträchtigungen keine Rede sein (RG Warn 1911 Nr 330). Daß diese Voraussetzung durch § 259 ZPO (Klage auf künftige Leistung) verb. mit § 241 BGB (Unterlassung als Leistung) entbehrlich geworden wäre, ist nicht zuzugeben. § 259 ZPO und § 1004 BGB sind gleichzeitig in Kraft getreten; bestände ein Widerspruch, so wäre § 1004 das maßgebliche Sondergesetz (RG 101, 340). Dagegen kann neben der Unterlassungsklage eine Feststellungsklage gegeben sein, weil das Interesse an alsbaldiger Feststellung des beanspruchten Rechts weiter geht als das an der Verurteilung des Beklagten zur Unterlassung (RG SeuffA 88 Nr 14). Im Einzelfall kann auch schon die Bedrohung mit einem Eingriff in das Eigentum als widerrechtlicher Eingriff selbst erscheinen und den Unterlassungsanspruch entstehen lassen (RG 101, 340; JW 1931, 1191^{10a}; 1932, 400⁷). Es genügt, wenn bei solchem Verhalten der Störer nur wirtschaftlich, nicht auch schon rechtlich Inhaber des störenden Betriebes war (RG JW 1931, 1191^{10a}). Über das Zusammenreffen der Unterlassungsklage mit polizeirechtlichen Ansprüchen und den Einfluß der polizeilichen auf die bürgerlich-rechtliche einstweilige Verfügung: Neumann Zeitschr. f. d. RivProz 59 (1936), 321.

6. **Wegfall des Anspruchs, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.** Die Einwendung des Störungsrechts erscheint nach der Fassung des Gesetzes („der Anspruch ist ausgeschlossen“) als Einwendung im engeren Sinne. Das liegt aber nur daran, daß die Verfasser in erster Linie die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen im Auge gehabt haben. Stellt der Beklagte der Klage ein subjektives Recht zur Störung entgegen, so muß es sich ebenso verhalten wie nach § 986 Abs 1 beim Herausgabeanspruch; die Verteilung ist dann als Einrede zu behandeln. Über die Bedeutung des Unterschiedes: § 986 A 1 a. E. Beweispflichtig für das Bestehen einer Duldungspflicht ist der Störer, der sich darauf beruft; das gilt auch für eine Feststellungsklage (RG 144, 216; vgl. auch RG HR 1934 Nr 789; SeuffA 90 Nr. 8). — Die Rechtsgrundlage des Störungsrechts kann von verschiedener Art sein:

a) Die **Verpflichtung zur Duldung** kann auf Gesetz beruhen; so namentlich in den Fällen der allgemeinen gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen (§§ 904, 905 Satz 2, 906, 912 Abs 1) und des Nachbarrechts (GG Art 124). Reichsrechtlich ist Nachbarrecht neuerdings geregelt worden durch das Gesetz über die Beschränkung der Nachbarrechte gegenüber Betrieben, die für die Volksernährung von besonderer Bedeutung sind, vom 13. 12. 33 (RGBl 1933 I, 1058; 1935 I, 418). Hier wirkt sich der Grundsatz: „**Gemeinnutz geht vor Eigennutz**“ in bestimmter Richtung aus (dazu Grund JW 1934, 203); nach § 1 darf der Eigentümer oder Besitzer eines Grundstücks, das durch Einwirkungen der bezeichneten Betriebe beeinträchtigt wird — vorbehaltlich besonderer Ansprüche aus bürgerlich-rechtlichem Titel, namentlich aus Vertrag oder unerlaubter Handlung — weder die Einstellung des Betriebes noch die Herstellung von Einrichtungen verlangen, die eine nachteilige Einwirkung ausschließen oder mindern. Entschädigung

darf nur verlangt werden, wenn sie bei Genehmigung des Betriebes dem Unternehmer auferlegt ist (§ 1 Abs 1 Satz 3). Ihre Höhe wird vom Reichsminister des Innern bestimmt; der Rechtsweg ist insoweit ausgeschlossen (§ 1 Abs 2, § 2 Abs 3). Vor der Genehmigung ist zu prüfen, ob Gefahren, erhebliche Verluste oder Belästigungen entstehen, ob sie wegen des Wertes der Anlage für die Volkserleichterung den Nachbarn zumuten und ob zu deren Schutz oder Entschädigung irgendwelche Auflagen zu machen sind (§ 2 Abs 1 und 2). Diese Vorschriften sind ausgedehnt worden auf Anstalten und Einrichtungen, die für die Volksgesundheit von besonderer Bedeutung sind (Krankenhäuser, Heilanstalten, Genesungsheime, Bade- und Kuranstalten) und von dem Reich, den Ländern, den Gemeinden oder sonstigen öffentlich beaufsichtigten Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts betrieben werden (Ges. v. 18. 10. 1935 *RGBl* I, 1217). Vorschriften, die das Eigentum beschränken, also dessen Inhalt bestimmen, finden sich zahlreich auch in anderen neueren Reichsgesetzen, wie sich überhaupt unter dem Einfluß nationalsozialistischer Grundsätze eine grundlegende Änderung in der Auffassung des Wesens des Grundeigentums (als einer „sozialgebundenen Einrichtung“ [*RG* 149, 213]) vollzogen hat (*RG* 158, 36). Als Aus- gleich der in § 1 des LuftverkehrsGes (jetzt Bef. v. 21. 8. 1936 *RGBl* 1936 I, 653; 1938 I, 355, 1246, 1714; 1939 I, 847) angeordneten allgemeinen Beschränkung des Grundeigentums im Dienste des Luftverkehrs kann lediglich die in § 19 das, verfügte strenge Haftung angesehen werden, welche die Anwendbarkeit der §§ 905, 1004 in Verbindung mit einer entsprechenden Anwendung des in § 75 Einl. z. *ABR* ausgebrühten allgemeinen Rechtsgebankens (vgl. *RG* 145, 112) auf Schäden, die durch das Überfliegen von Grundstücken (Schadwirkung auf Zuchttiere) entstanden sind, ausschließt (*RG* 158, 36, dazu *Rehmann ZfWR* 1938, 784; vgl. auch *RG* 135, 312 und dazu *Reuß ZW* 1935, 3356. — Auch Unzulässigkeit der Rechtsausübung (§ 226) kann der Eigentumsfreiheitslage entgegenstehen (*RG* GrundG 1939, 495).

Wegen der Eigentumsbeschränkung zugunsten einer durch Notstand gebotenen Handlung (§ 904), ihrer Wirkung auch gegen den Besitzer (Pächter) und der dem Gestörten zustehenden Ersatzforderung an Stelle des durch § 1004 Abs 2 ausgeschlossenen Beseitigungs(Unterlassungs)-anspruchs: *RG* 156, 190 (oben *A 2* Abs 1). Einwirkungen, die naturnotwendig mit der Ausübung eines Staurechts durch dessen Inhaber verbunden sind, muß der Eigentümer eines Wasserlaufs dulden (*StMR* 1936 Nr 277).

b) Die Duldungspflicht kann sich auch der Bestimmung des im Privateigentum stehenden Grundstücks zu öffentlichen Zwecken z. B. als Weg oder Friedhof ergeben (*RG* 46, 297; 20. 1. 1923 V 193/22). Mit dem Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen und Wegen hat sich die Rechtsprechung vielfach zu beschäftigen gehabt. Dabei ist davon auszugehen, daß das Eigentum der Gemeinde an der Straße oder dem Weg echtes Privateigentum ist, beschränkt durch die Zweckbestimmung der Straße, dem Gemeinwohl zu dienen. Gemeingebrauch ist dem gegenüber der einem jeden kraft öffentlichen Rechts offenstehende freie Gebrauch des Weges für den Verkehr innerhalb der besonderen Bestimmung des einzelnen Weges und der verkehrsüblichen Grenzen; er findet seine natürliche Schranke in dem gleichen Rechte aller übrigen. Der Gemeingebrauch der öffentlichen Wege beschränkt sich nicht auf den unmittelbaren Verkehr, d. h. das Gehen und Fortbewegen von Sachen, die Grenzen sind vielmehr wandelbar, je nach der Entwicklung des Verkehrs und seiner Mittel und auch nach der örtlichen Gestaltung (*RG* 123, 190; 132, 399). Im Rahmen dieser Grundsätze ist entschieden worden über Erker (*RG* Warn 1910 Nr 335; *ZW* 1933, 931²), Tankstellen (*RG* 123, 190; 150, 216), Lichtwerbung (*RG* 123, 181; *ZW* 1934, 3008²), Straßenhandel (*RG* 125, 109), Schutzbücher von Gasthöfen (*RG* 132, 398), Fahren mit schweren Lastwagen (*RG* 133, 153). Hinzuzufügen ist noch, daß auch die Auffassungen über das Recht des dem einzelnen zustehenden Gebrauchs sich wandeln können (Gemeinnutz geht vor Eigennutz) und daß es auch abgesehen hiervon auf die gesetzliche Ausgestaltung des Wegerechts im einzelnen ankommt (*RG* 150, 216).

c) Nach *RG* *ZW* 08, 334¹⁷ soll auch ein öffentlich-rechtliches Störungsrecht, mag es in landespolizeilichen oder in sonstigen, aus Rücksichten des Gemeinwohls getroffenen obrigkeitlichen Anordnungen wurzeln, eine Einwendung nach § 1004 Abs 2 verleihen. Indessen ist in solchen Fällen richtiger der Rechtsweg für ausgeschlossen zu erachten. Er ist nicht gegeben, wenn schon nach dem Klagevortrag der abzuwehrende Eingriff auf eine öffentlich-rechtliche, der gerichtlichen Entscheidung nicht unterliegende Befugnis gestützt wird (*RG* *ZW* 09, 252² mit Nachw.; *Borbem* vor § 812 *A 2* und wegen der Störungsfrage z. B. *RG* 44, 226; 46, 296; 56, 25; 75, 399; 93, 259; 102, 248; 108, 168; 153, 4; *ZW* 00, 572²⁰; 08, 245²⁰; *Warn* 08 Nr 380; 1916 Nr 248; *Gruch* 60, 684; *RG* 6. 11. 18 V 158/18; *ZW* 1917, 937³: Bombenabwürfe einer Fliegerbeobachterschule). Die Abwehrklage verfaßt nicht nur gegenüber Einwirkungen, die sich aus staatshoheitlicher Benutzung eines Grundstücks ergeben; sie ist auch dort ausgeschlossen oder beschränkt, wo sie sich gegen Beeinträchtigungen wendet, die durch den Gebrauch eines Grundstücks für einen im Dienste der Allgemeinheit geführten, behördlich genehmigten Betrieb verursacht werden, z. B. für den Betrieb eines Verschiebe- und Abstellbahnhofs der Deutschen Reichsbahn, der an sich weder nach seinem inneren Wesen noch nach der ihm gegebenen äußeren Gestaltung unter die Ausübung von Staatsgewalt fällt (*RG* *ZW* 1938, 2969²⁸). In solchen Fällen kann nicht die

Unterlassung der störenden Betriebshandlungen im ordentlichen Rechtsweg gefordert werden, sondern allenfalls die Vornahme schützender Vorkehrungen mit der Einschränkung, daß keine Maßnahmen verlangt werden dürfen, aus denen sich eine wesentliche Änderung oder Beeinträchtigung des Betriebes ergeben würde, oder aber Schadenserfaß (**RG** 62, 131; 73, 270; **RG** Warn 1909 Nr 409; 1910 Nr 282; 1913 Nr 181; 1916 Nr 248; 1917 Nr 143; **ZW** 1938, 2969²⁸; § 906 A 13 Abs 2). Berufst sich der Beklagte für seine störende Anlage auf eine polizeiliche Genehmigung, so hängt die Zulässigkeit des Rechtsweges für die Klage davon ab, ob die Genehmigung nur den Inhalt hat, daß der Ausführung der Anlage öffentliche Belange nicht entgegenstehen (z. B. Bauerlaubnis), oder ob ihr die Bedeutung einer polizeilichen Verfügung beizumessen, welche die Anlage im Dienste der Allgemeinheit für notwendig oder zweckmäßig erklärt. Im letzten Falle ist der Rechtsweg ausgeschlossen (**RG** 59, 72; 75, 399; **ZW** 93, 508²⁸; 00, 629¹⁹; Warn 1910 Nr 335; 1916 Nr 57; **Gruch** 34, 1132; 39, 683; 53, 1077 und die in **RG** 158, 257 und **RG** **ZW** 1938, 2969²⁸ angeführten weiteren Entscheidungen). Vgl. auch **RG** 138, 61 (ärztl. Ehrengericht); 143, 10 (Kirchenchronik); 156, 89 (staatliche Vermögensverwaltung; Kanalanlage); **RG** **HR** 1938 Nr 147 (Reichshandwerksmeister); **RG** 158, 257 (Fachuntergruppe der Reichsgruppe Industrie); ferner **RdM** 1936, 221¹⁴³ (Bauernführer); **DRW** 1939, 1010²⁹ (Betrieb öffentlicher Schulen, Übungen des Jungvolks, der SA.) und unten A 7 b a. E. Dagegen begründet die Berufung des Beklagten auf den Gemeingebrauch keine Unzulässigkeit des Rechtsweges (vgl. **RG** 75, 399).

Die Zulässigkeit des Rechtsweges für nachbarrechtliche Ansprüche gegen das Unternehmen „Reichsautobahn“ ist anzuerkennen. Für die vom Betriebe einer Reichsautobahn ausgehenden Einwirkungen auf Nachbargrundstücke besteht aber eine Schadenserfaßpflicht nur ausnahmsweise, wenn Planung und Anlage der Bahn in hohem Maße verfehlt sind. Eine Billigkeitsentschädigung kommt nur in Betracht, wenn die Einwirkungen so stark sind, daß sie zu einer Zerstörung oder ihr nahekommenen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lebensbedingungen des Nachbarn führen würden (**RG** 159, 129).

d) Die Duldungspflicht kann endlich auch auf Rechtsgeschäft beruhen. Das dem Störer zustehende Recht auf die Einwirkung kann dinglicher Natur (Grunddienstbarkeit usw.) oder schuldrechtlich sein (**RG** **HR** 1935 Nr 955); in diesem Falle kann es sowohl als Anspruch auf Bestellung eines dinglichen Rechtes (vgl. **RG** **ZW** 5, 371) wie als Anspruch auf Duldung der Einwirkung schlechthin bestehen. Der Beauftragte, der als Störer belangt ist, weil von ihm weitere Beeinträchtigungen drohen (A 3), wird durch ein Recht seines Auftraggebers gedeckt (**RG** 20. 1. 23 V 193/22). Wer im Zusammenhang mit einem Vertrage den vom andern Teil geplanten Eingriffen, z. B. dem Errichten oder dem Umbau von Gebäuden, zugestimmt hat, bleibt hieran auch dann gebunden, wenn der Vertrag sich späterhin als nichtig erweist; dem Eingriff fehlt dann die Rechtswidrigkeit (**RG** 131, 336). Dieser Entscheidung des IV. Senats hat auch der VI. zugestimmt (**RG** 133, 296), der früher abweichend erkannt hatte (**RG** **ZW** 1929, 744¹⁵). Ein Vertrag, wodurch sich der Eigentümer zur Duldung verpflichtet, kommt mitunter stillschweigend zustande. So liegt ein Verzicht auf die Störungsklage im Verkauf von Grundstücksteilen zur Errichtung eines Betriebs, der das Restgrundstück beeinträchtigen muß (**RG** 29, 268; **RG** **SeuffA** 58 Nr 142). Dabei ist zu beachten, daß dieser Verzicht nicht nur zugunsten des Käufers, sondern nach § 328 auch zugunsten seiner Rechtsnachfolger im Eigentum wirkt (**RG** 66, 126). Umgekehrt wird, wenn der Verkäufer auch das Restgrundstück veräußert, dessen Erwerber ohne eigene Übernahme der Verpflichtung durch den Verzicht nicht gebunden (**RG** 66, 428). Hat ein früherer Eigentümer, sei es auch mit der Absicht der Dauer, eine Erbausschüttung auf dem Grundstück gestattet, so kann darum doch der spätere die Beseitigung der als solche noch erkennbaren Anlage verlangen (a. M. **RG** **SeuffA** 36 Nr 261 und 64 Nr 111 unter 1; vgl. auch **RG** **Gruch** 48, 946: Grabenziehung). Das persönliche Recht zur Einwirkung richtet sich regelmäßig nur gegen den, mit dem der nur schuldrechtlich verpflichtende Vertrag geschlossen worden ist. So auch in dem Falle **RG** 81, 216, wo ein Gasrohrnetz in den Körper der schon von einer elektrischen Kleinbahn benutzten Landstraße eingebettet war und von Anfang an die Gefahr der Beschädigung der Gasrohre durch abirrende Ströme bestand. Die Abwehrklage der Gasanstalt gegen die verklagte Kleinbahn mußte zwar an § 1004 Abs 2 scheitern, aber nicht deshalb, weil deren Vertrag mit dem Eigentümer der Straße ihr der Klägerin gegenüber ein Recht auf die Einwirkungen gegeben hätte, sondern weil in dem von der Klägerin selbst mit dem Straßeneigentümer geschlossenen Vertrag ein Verzicht auf den Einspruch gegen die Einwirkungen zu erblicken war (§§ 157, 328). Doch kommen, auch abgesehen von Beerbung und Schulübernahme, Fälle vor, in denen das schuldrechtlich begründete Recht einem andern als dem, der es einräumte, entgegengesetzt werden kann. Wird die störende Einwirkung durch den Käufer eines Grundstücks gestattet, der einstweilen nur den Besitz erlangt hat, so ist der Störer dadurch gegen die Klage des Eigentümers geschützt. Was nach sinngemäßer Auslegung des § 986 Abs 1 Satz 1 gegenüber dem Herausgabeanspruch gilt (vgl. § 986 A 2), muß auch der Störungsklage gegenüber entsprechend angewendet werden.

7. Anwendung des § 1004 in Fällen anderer Rechtsstörung (quasinegatoria). a) Klagen nach Art der Eigentumsfreiheitsklage finden sich im **BGB**, außer den in A 2 erwähnten Fällen,

in §§ 12, 550, 862, 1053, 1134. Von andern Gesetzen sind zu erwähnen: *StGB* § 37 und *UWG* §§ 1, 3, 13, 14, 16 (*RG* 143, 175; 144, 52f.; 151, 239; 158, 377; *JW* 1933, 1400¹⁶; 1939, 234²³; *GRUR* 1938, 784; *HansRWBZ* 1938 B, 231²¹, 423²⁰). Darüber hinaus aber ist es, trotz des Schweigens der Gesetzgebung, zweifellos Rechts, daß alle von jedermann zu achtenden (absoluten) Rechte durch Unterlassungsklage geschützt sind. Das gilt z. B. vom Fischereirecht (*RG* 75, 398; 144, 268, 323; *RG* Recht 1917 Nr 2010; *JW* 1939, 419²³; 9. 2. 26 VI 257/25; vgl. auch *JW* 1934, 1252¹), auch von dem dem Gegenstand der Jagdpacht bildenden Jagdrecht (*RG* 107, 296; *JW* 1922, 233⁸; 1936, 2478²⁴; das. 1937, 123⁴ = *DZ* 1936, 1818; vgl. aber auch *DZ* 1937, 1505), von den Wassernutzungsrechten der Flußanlieger (*RG* 89, 216; 90, 49, 60), vom Recht auf Erhaltung der Vorflut (§§ 114, 115 *prWassG*; *RG* 157, 278), vom Forderungspfandrechte, auch soweit die §§ 1227, 1273 Abs 2 nicht Platz greifen (*RG* 14. 5. 18 VII 51/18). Vor allem wird im Urheberrecht (*LitUW* § 11; *KunstSchG* § 15; *MusikG* § 1; ferner jetzt *PatentG* §§ 6—8, 47 [*RGBl* 1936 II, 117; 1938 I, 456]; *GebrMusikG* §§ 5, 6, 15 [*RGBl* 1936 II, 130; 1938 I, 456]; *WZG* §§ 24, 25 [*RGBl* 1936 II, 134; 1938 I, 456]) die Unterlassungsklage als selbstverständliche Folge des Ausschließungsrechts behandelt (vgl. für das Patentrecht *RG* 101, 135; 146, 28; *Gruch* 50, 1158, *JW* 1917, 222⁹; für das Geschmacksmuster *RG* 45, 61; für das literarische Urheberrecht *RG* 102, 142, *LZ* 1916, 1676, *OLW* 31, 327). Ebenso ist diese Klage im Persönlichkeitsrecht nicht auf die im Gesetz genannten Fälle des bürgerlichen oder kaufmännischen Namens (§ 12, *StGB* § 37) beschränkt, sondern dient insbesondere auch zum Schutze des Warenzeichens (§ 12a *WZG*; *RG* 120, 325; 149, 345; 154, 1; *RG JW* 1935, 2630¹³; *GRUR* 1935 Nr 955; *GRUR* 1935, 978; 1937, 1018). Da auch die Befugnis, ein bestehendes gewerbliches Unternehmen, den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ungehindert fortzuführen, vom Reichsgericht überwiegend als subjektives Recht aufgefaßt wird (vgl. u. a. *RG* 56, 275; 58, 29; 64, 55, 156; 65, 210; 73, 111; 77, 218; 117, 412; 132, 314; 144, 53; *SeuffA* 90 Nr 8; *HansRWBZ* 1938 B 343¹⁰⁶), so ergibt sich schon hieraus, daß widerrechtliche Störungen des Betriebs (Eingriffe) unmittelbar auf den Betrieb, d. h. den Bestand des Unternehmens als solchen, aber auch unbefugte Beeinträchtigungen des gewerblichen Betätigens), wie namentlich Beunruhigungen des Inhabers durch Warnungen mit oder ohne Annahme gewerblicher Ausschließungsrechte, mit der Unterlassungsklage verfolgt werden können (*RG* 58, 29; 109, 52; 132, 316; *JW* 05, 174⁵; 08, 133¹; 1915, 327⁴; 1929, 1217²⁵; *Warn* 1927 Nr 55; 10. 12. 25 V 248/25; 27. 2. 31 II 155/30; *GRUR* 1935 Nr 789). Nicht genügt dagegen eine nur mittelbare Beeinträchtigung eines Gewerbebetriebs durch Behinderung des Gemeingebrauchs am Wasser (*JW* 1938, 948¹²). Ob eine Warnung im guten Glauben an den behaupteten Schutzzumfang des Patentes geschieht oder nicht, ist unerheblich; gegenständliche Widerrechtlichkeit genügt; sie ist gegeben, wenn die Warnung eine Handlung verhindern soll, die nach dem wirklichen Schutzzumfang des Patentes keine Rechtsverletzung bedeutet (*RG* 141, 338 gegen *MuW* 1930, 441). In allen diesen Fällen ist die Regelung im einzelnen nach dem Vorbild der Eigentumsfreiheitsklage gestaltet. Grundsätzlich wird mithin vorausgesetzt, daß irgendeine Beeinträchtigung des Rechtes des Klägers bereits stattgefunden hat. Doch kann dies hier vielfach nicht so streng genommen werden wie bei der unmittelbaren Anwendung des § 1004. Besonders auf den Gebieten des gewerblichen Lebens und des Urheberrechts ist es Bedürfnis, daß der Berechtigte nicht abzuwarten braucht, bis grobe Eingriffe vorgenommen worden sind, sondern daß er jede dahin zielende Tätigkeit untersagen lassen kann, sobald ein anderer auch nur Anstalten zu solchem Zweck trifft; bloße Möglichkeiten reichen aber auch hier nicht aus (*RG JW* 1931, 416¹⁶). Sprechen Tatsachen dafür, daß Eingriffe vorbereitet oder beabsichtigt werden, so genügen Ankündigungen in Beschreibungen oder Preislisten und andere Veröffentlichungen; es genügt dann sogar eine Berührung im Briefwechsel (vgl. für das Warenzeichenrecht *RG* 54, 414; 104, 379; *JW* 1895, 485³; 1923, 180¹²; für das Patentrecht *RG* 101, 135; 146, 27; *RG GRUR* 1935, 883; für das Urheberrecht *RG* Recht 1918 Nr 144). Daher kann ferner, wenn der Gegner bisher nur in einer einzelnen bestimmten Richtung das Zeichenrecht des Klägers verletzt hat, aber anzunehmen ist, daß er in Zukunft noch anderweit eingreifen wird, ein allgemeines Verbot der Verletzung erwirkt werden (*RG JW* 1899, 238⁴³; 00, 301²¹; 01, 659²⁵). Von diesem Falle abgesehen, sind Klageantrag und Verbot bestimmt zu fassen und auf den begangenen Eingriff abzustellen. Auch bei einer Vielheit von Eingriffen kann davon nicht abgesehen werden (*RG* 123, 309). Ein Verbot, „das Recht des Klägers nicht zu verletzen“, würde inhaltlos und daher unzulässig sein (vgl. wegen des Warenzeichens *RG* 42, 19; wegen des Patentes *RG JW* 1893, 429²¹; 04, 218³⁰; *RG* Recht 07 Nr 1245, 1246; *RG LZ* 07, 907¹¹; *GRUR* 1934 Nr 1308). Die zweite Voraussetzung ist die Wiederholungsgefahr (*RG* 144, 53). Diese Frage ist von tatsächlicher Natur und in der Revisionsinstanz nur dann nachzuprüfen, wenn die Urteilsgründe ergeben, daß das Berufungsgericht von unrichtigen rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen ist (*RG* 148, 119). Handelt es sich um ein ganz vereinzelt Vorkommen und sind Wiederholungen in keiner Weise zu befürchten, so ist die Klage nicht gegeben (*RG JW* 01, 808²⁰). Für den Bereich des Wettbewerbs- und des Warenzeichengesetzes wird dieses Erfordernis mitunter verneint (*RG* 78, 212) oder doch eine Umkehrung der Beweislast angenommen (*RG* 60, 154; 104, 381f.; *Warn* 1912 Nr 449). Anders jedoch mit Recht *RG*

96, 244. Richtig ist nur, daß der Beweis hier häufig schon in der Sache selbst liegt und daß schon der tatsächlich einmal verübte Eingriff bis zur schlüssigen Darlegung eines dauernden Fortfalls der Wiederholungsgefahr die Unterlagung rechtfertigt (vgl. dafür auch *RG* 60, 8; 84, 147; 86, 255; 98, 267; *RG* Recht 07 Nr 1248; 09 Nr 585). Darüber hinaus ist jetzt aber auch ausgesprochen: die Gefahr der Wiederholung unrichtiger Angaben liege in der Regel mit so großer Wahrscheinlichkeit vor, daß ihr Nichtbestehen vom Beklagten bewiesen werden müsse (*RG* *ZW* 1929, 1223²¹); eine Patentverletzung begründe in der Regel die tatsächliche Vermutung, daß künftige gleichartige Verletzungen drohen, der Störer müsse sie widerlegen (*RG* 125, 393; *RG* *GRUR* 1936, 497; *RG* 27. 2. 1931 II 155/30). Die Entscheidung über die Frage, ob die vom Beklagten im Rechtsstreit gemachten Zugeständnisse, insbesondere eine Prozeßerklärung, die Wiederholungsgefahr ausschließen, hängt davon ab, ob er nach der Überzeugung des Gerichts aus besserer Einsicht oder unter dem Druck des Prozesses gehandelt hat. Die Wiederholungsgefahr kann regelmäßig dann als beseitigt gelten, wenn der Beklagte den Klagenanspruch bedingungslos anerkennt, wenn er eine klare unzweideutige Verpflichtungserklärung abgibt und seine Verteidigung auf das Bestreiten einer Wiederholungsgefahr beschränkt (*RG* 78, 214; 98, 269; 148, 119; *MW* 1934, 204). Der Beklagte muß aus eigenem Antrieb alles tun, um die Wirkung seines Verhaltens zu beseitigen, z. B. durch Widerruf unwahrer Angaben, Zurückrufen von Gegenständen, die durch Übersendung an Vertreter in den Verkehr gebracht waren. Nicht genügend ist etwa die Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung (*RG* 56, 286; 148, 121). Tritt im Laufe des Rechtsstreits der Zustand ein, daß die Wiederholungsgefahr nicht mehr besteht, so ist die Klage, mag sie auch früher begründet gewesen sein, jedenfalls unbegründet geworden (*RG* 156, 375). Auch die Person des Anspruchsgegners bestimmt sich nach den erwähnten Gesichtspunkten. Fällt der Eingriff in das Recht einer juristischen Person zur Last, so ist nicht nur diese selbst, sondern ebenso ihr gesetzlicher Vertreter der richtige Beklagte (*RG* *ZW* 1917, 222⁹). Nach § 13 Abs 3 *UrtW* ist der Unterlassungsanspruch, wenn in einem geschäftlichen Betrieb unlauterer Wettbewerb von einem Angestellten oder Beauftragten vorgenommen wird, auch gegen den Inhaber des Betriebs begründet. Der Ort der Rechtsverfolgung ist der des Wohnsitzes oder Sitzes des Gegners (§§ 13, 17 *ZPO*). Da das von jedermann zu achtende Recht als solches, nicht eine durch seine Verletzung verübte unerlaubte Handlung den Grund der Klage bildet, kann diese auch dann nicht im Gerichtsstand des § 32 *ZPO* erhoben werden, wenn der Beklagte schuldhaft gehandelt hat (*RG* 24, 394; *ZW* 1890, 109¹). Nur wenn der Unterlassungsanspruch mit dem Anspruch auf Schadenersatz zusammen geltend gemacht wird, setzen sich *RG* 24, 394; *ZW* 1915, 1023²⁷ (vgl. auch *SeuffA* 70 Nr 203) aus Zweckmäßigkeitsrücksichten über *ZPO* § 260 hinweg.

An **Einzelheiten** sei noch vermerkt: auch der gegenständig rechtswidrige Eingriff einer Behörde in den freien Gewerbebetrieb eines Unternehmens kann unter § 1004 fallen, im gegebenen Falle (staatlich angeordnete Schülerzwangsversicherung bei Gemeindeversicherungsverbänden) ist dies aber verneint worden (*RG* 128, 134ff.). Den Verbänden zur Förderung gewerblicher Belange ist eine Klagebefugnis nur gegeben, wenn der Unterlassungsanspruch auf die Vorschriften des *UrtW* gegründet ist (§ 13 *UrtW*); auf die §§ 1004, 823, 826 ihre Klage zu stützen, sind sie nicht in der Lage (*RG* 138, 175; 148, 123f.; vgl. auch *RG* 151, 239; 154, 50).

b) Das Reichsgericht geht in Beachtung der Verkehrsbedürfnisse noch über die von jedermann zu beachtenden („absoluten“) Rechte hinaus, indem es grundsätzlich annimmt, daß jeder Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Gut — namentlich Ehre und Kredit (*RG* 124, 257; 140, 402; 142, 121; 156, 374; *RG* *ZW* 1937, 3105³⁴; ferner *SchleswVollstAnz* 1937, 209; *GRUR* 1936 Nr 1495; 1939 Nr. 5 [Überwachung eines Ehegatten], Nr. 487 [Behauptung, daß jemand einen jüdischen Großeltern teil habe]) kommen in Betracht —, sofern weitere Eingriffe zu befürchten sind, die Unterlassungsklage rechtfertigt (aber nicht z. B. schon die bloße Forderungsbekämpfung im Rechtsstreite [*WürttZFG* 1937 Spruchbeil 151]; hier gibt die verneinende Feststellungsklage ausreichenden Schutz). Vgl. Vorbem vor § 823 *UrtW* 6. Auch dies läßt sich nur von dem unter a gekennzeichneten Standpunkt aus begründen. Der anfängliche Versuch, die Klage auf dem Gedanken des Schadenersatzes und der Herstellung des früheren Zustandes (§ 249) aufzubauen (vgl. z. B. *RG* 48, 119; 77, 219), mußte daran scheitern, daß ein durch eine vergangene Handlung entstandener Schaden durch Unterlassung von Wiederholungen nicht ersetzt wird. Die Unterlassungsklage hat immer nur abwehrende Wesensart; sie soll künftigen Eingriffen vorbeugen. In der Hauptsache hat dann das Reichsgericht auch die Rechtsähnlichkeit mit der Eigentumsabwehrklage anerkannt und als den maßgebenden Gesichtspunkt entscheiden lassen. Ein Verschulden des Täters hält es nicht für notwendig (*RG* 60, 7; 61, 369; 95, 339; 148, 123; *ZW* 07, 47⁸; 1915, 29¹³, 34¹⁸; 1916, 739⁴; *Warn* 1914 Nr 17; *RG* *SeuffA* 69 Nr 105), und Unterlassung kann auch dann gefordert werden, wenn dem Täter bis dahin nach § 824 Abs 2 oder nach *StGB* § 193 der Schutz berechtigter Interessen zustatten kam (*RG* 78, 215; 84, 295; 95, 343; *ZW* 07, 47⁸; 1933, 1400¹⁶; *Warn* 1918 Nr 95). Als Voraussetzung verlangt es einen schon verübten Eingriff, doch so, daß unter Umständen auch die Drohung als Eingriff genügt (*RG* 101, 335; 151, 246; *ZW* 1931, 416¹⁰). Wegen der Wesensverschiedenheit der beiden

Ansprüche behandelt es den Übergang vom Unterlassungs- zum Schadenersatzanspruch als Klageänderung (RG 88, 132; RG 4. 6. 20 II 31/20). Daß in RG Recht 08 Nr 2669 der Unterlassungsanspruch der Verjährungsbestimmung des § 852 unterworfen wird, ist hiermit durchaus vereinbar, da § 852 auch in andern Fällen des sachlichen Unrechts entsprechend angewendet werden muß (vgl. RG 70, 157). Dagegen bedeutet es eine Abweichung von dem Recht der Abwehrklage, daß das Reichsgericht das Rechtsschutzbedürfnis nicht schon mit der Wiederholungsgefahr für gegeben ansah und den Unterlassungsanspruch wenigstens regelmäßig dann versagte, wenn die Handlung unter öffentliche Strafe gestellt war, mochte auch die Verfolgung nur auf Privatklage stattfinden (RG 77, 217; 82, 64; 88, 130; 91, 265, 350; 95, 339; 98, 36). Neuerdings hat das Reichsgericht diese Einschränkung fallen lassen; angezweifelt war sie bereits RG 115, 84, entschieden ist die Frage RG 116, 151 ff.; offen bleiben konnte sie wiederum RG 124, 258; 128, 307; 151, 166; SeuffA 84 Nr 164; JW 1933, 1400¹⁰). Das Reichsgericht hält jetzt grundsätzlich die („quasinegatorische“) Unterlassungsklage für zulässig, auch wenn der Kläger auf strafrechtlichem („quasinegatorische“) Unterlassungsklage für zulässig, auch wenn der Kläger auf strafrechtlichem Wege Schutz gegen die Zuwiderhandlungen erlangen könnte (RG 138, 232; 155, 94; 156, 377; RG JW 1933, 1400¹⁰; vgl. auch SchleswHollstAnz 1937, 209; HR 1936 Nr 1495). Nur für das besonders geordnete Gebiet des Ehegesetzes hat es ein Bedürfnis für die Unterlassungsklage verneint (RG 151, 159). Durch das StraffreiheitsG vom 23. 4. 1936 ist in der Verfolgbarkeit der bürgerlich-rechtlichen Unterlassungsklage mit Bezug auf frühere Vorgänge keine Änderung eingetreten; mer aber wegen ehrenkränkender Äußerungen über seine Ehefrau die Unterlassungsklage erhebt, muß gegen sich gelten lassen, daß seine Frau den Beklagten ebenfalls beleidigt hat; dies ist bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses für die Klage zu berücksichtigen (RG JW 1937, 3105³⁷). In den Fällen, in denen sich der Verletzte gegen eine fortdauernde Beeinträchtigung wendet, z. B. Aufhebung von Sperr- und Berufungsmaßnahmen (RG 48, 114; 56, 286; 79, 17), Entfernung von Anschlägen, Tilgung von Stellen in Druckschriften (RG 57, 157), Zurücknahme beleidigender Behauptungen (RG 60, 20; 88, 133; 97, 343; JW 1919, 993³; Warn 1913 Nr 449) verlangt, hat das Reichsgericht an dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung festgehalten, indem es der Klage, die es dann mit dem widerspruchsvollen Namen einer „wiederherstellenden (repräsentativen) Unterlassungsklage“ bezeichnet, nur bei Verschulden nach Maßgabe der §§ 823 ff. stattgegeben hat (vgl. außer den angef. Urteilen noch RG 91, 267; 156, 320; JW 1913, 342³). Auch in RG HR 1932 Nr 1128 wird der Anspruch auf Widerruf beleidigender Behauptungen als Schadenersatzanspruch aufgefaßt (vgl. oben A 4 Abs 4). Richtiger ist es, auch in solchen Fällen die Eigentumsabwehrklage und zwar ihren auf die Vergangenheit gerichteten Beseitigungsanspruch (A 4) zum Muster zu nehmen, der selbständig neben dem Unterlassungsanspruch steht. Es ist ein Gebot der Gerechtigkeit, daß die fortdauernde widerrechtliche Beeinträchtigung ohne Rücksicht auf die Schuldfrage beseitigt werden muß (RG 148, 123; RG 27. 3. 1931 II 155/30; vgl. auch JW 1934, 51⁹; HR 1936 Nr 1495). Abgesehen davon wird aber § 1004 selbst als ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs 2 angesehen (RG HR 1934 Nr 803; dagegen Pland-Probmann § 1004 A 2b Abs 4; s. oben A 4 Abs 4). Wer zum Widerruf einer unwahren Behauptung verpflichtet ist, hat Auskunft darüber zu geben, wem gegenüber er diese Behauptungen geäußert hat, sofern anzunehmen ist, daß es nicht nur gegenüber jenen Personen geschehen ist, von denen es der Berechtigte weiß (RG 158, 377). Die Möglichkeit einer Unterlassungs(Widerrufs)klage entfällt grundsätzlich schon dann, wenn der Beklagte die beanstandeten Äußerungen als Leiter und Vertreter einer Körperschaft des öffentlichen Rechts oder als deren Beauftragter bei Wahrnehmung einer ihm zustehenden öffentlich-rechtlichen Tätigkeit getan hat; in solchen Fällen ist der Rechtsweg ausgeschlossen (RG HR 1938 Nr 147; vgl. auch RG 150, 140; oben A 6 c). Auch gegen eine Fachgruppe der gewerblichen Wirtschaft steht für einen Anspruch auf Unterlassung einer in ihr Aufgabengebiet fallenden Maßnahme der Rechtsweg grundsätzlich nicht offen (RG 158, 287; dazu Krause HR 1939, 61).

§ 1005

Befindet sich eine Sache auf einem Grundstücke, das ein anderer als der Eigentümer der Sache besitzt, so steht diesem gegen den Besitzer des Grundstücks der im § 867 bestimmte Anspruch zu.

§ 1 867 II 917; R 3 298—299; P 3 164—167.

Ist eine bewegliche Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines andern befindliches Grundstück gelangt, so hat der Sachbesitzer den Abholungsanspruch des § 867. Diesen Anspruch gibt § 1005 auch dem Eigentümer der Sache, ohne Rücksicht darauf, ob er Besitzer ist oder war. Von Bedeutung wird das freilich nur, wenn über das Eigentum an der Sache kein Streit herrscht. Trifft dies nicht zu und müßte zum Beweise des Eigentums auf die Vermutung des § 1006 Abs 1 zurückgegriffen werden, so wird zweckmäßiger der Anspruch aus § 967 erhoben, da gegen diesen Einwendungen aus dem Recht nicht zulässig sind. Der Kläger hat darzutun, daß sich die Sache irgendwo auf dem Grundstück befinden muß; alsdann kann er

fordern, daß ihm der Grundstücksbesitzer gestattet, sie dort zu suchen und wegzuholen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn die Sache inzwischen durch den Grundstücksbesitzer oder einen Dritten in Besitz genommen wurde (vgl. § 867 Satz 1). Auch in bezug auf das Schadensersatzverlangen und das Weigerungsrecht des Grundstücksbesitzers sowie hinsichtlich der Selbsthilfe des Sacheigentümers gilt das gleiche wie nach § 867. Der Sacheigentümer kann den Abholungsanspruch und, wenn der Grundstücksbesitzer die Sache in Besitz genommen hat, den Herausgabeanpruch (§ 985) geltend machen. Dem Herausgabeanpruch steht die Einrede aus § 867 Satz 2, 3 nicht entgegen (SeuffA 66 Nr 31).

§ 1006

1) Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, daß er Eigentümer der Sache sei ²⁾. Dies gilt jedoch nicht einem früheren Besitzer gegenüber, dem die Sache gestohlen worden, verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen ist, es sei denn, daß es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt ³⁾.

Zugunsten eines früheren Besitzers wird vermutet, daß er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei ⁴⁾.

Im Falle eines mittelbaren Besitzes gilt die Vermutung für den mittelbaren Besitzer ⁵⁾ ⁶⁾.

§ 1 825 II 918; R 3 133—135; P 3 45—48, 380—383.

1. § 1006 enthält den wichtigen Rechtsatz, daß der Besitzer einer beweglichen Sache als ihr Eigentümer vermutet wird. Maßgebend für diese Bestimmung war in erster Linie der Gedanke des Schutzes des gegenwärtigen Besitzers, der sonst einem früheren Eigentümer gegenüber unterliegen müßte, falls ihm der oft schwierige Beweis seines Eigentümerswerbs nicht gelänge (Prot 3, 382). Die Hauptbedeutung der Vorschrift liegt denn auch auf dem Gebiete der Herausgabeforderung. Wegen der Beweislastverteilung: § 985 A 6. Bei der Eigentumsfreiheitsklage, die freilich selten bewegliche Sachen betrifft, erleichtert die Vorschrift dem gegenwärtigen Besitzer den Angriff (vgl. § 1004 A 2). Ihre Anwendbarkeit erstreckt sich aber auch auf manche persönlichen Ansprüche. So kommt die Eigentumsvermutung dem Kläger beim Vorlegungsanspruch zustatten (§ 809). Ist ferner eine bewegliche Sache in das Eigentum des Beklagten ohne rechtlichen Grund gelangt, so kann der frühere Besitzer mit Hilfe der Eigentumsvermutung den Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums oder Ersatz des vollen Sachwerts begründen (§§ 812, 816, 818). Ähnlich liegt es beim Schadensersatzanspruch wegen Entziehung, Beschädigung oder Zerstörung der Sache nach §§ 823 ff. (vgl. RG 20. 11. 22 VI 142/22). Nicht anwendbar ist die Vermutung aber, wenn die vertraglichen Beziehungen festzustellen sind, in die der Besitzer zu einem anderen getreten ist und deren Folgen streitig sind (RG 10. 12. 26 VI 264/26).

2. Die Vermutung des Eigentums besteht zugunsten des Besitzers der Sache. Mitbesitzer werden als Miteigentümer vermutet, und zwar gemäß § 741 als Miteigentümer nach Bruchteilen. Beweis einer von ihnen, daß die übrigen Fremdbesitzer oder Nichtberechtigten sind, so spricht die Vermutung für sein Alleineigentum. Im Falle des § 855 ist es der Besitzherr, nicht der Besitzdiener, für den die Eigentumsvermutung bestimmt ist. Eine Besitzvermutung gibt es nicht, auch nicht für den Ehemann als Haushaltungsvorstand, wenn es sich um die in der häuslichen Gemeinschaft befindlichen, nicht zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen handelt (vgl. RG JW 1911, 327²³; § 1354 A 1; vgl. auch unten A 2 Abs 5). — Die Vermutung gilt dem Eigentümer der Sache (§ 872). Allerdings braucht der Besitzer nicht den Eigenbesitz zu beweisen, vielmehr wird er kraft einer weiteren Vermutung zunächst als Eigenbesitzer angesehen. So gilt z. B. der Kaufmann als Eigentümer seiner Schaufensterauslagen, und zur Widerlegung genügt nicht der Hinweis darauf, daß ein Teil solcher Sachen dem Inhaber eines Schaufensters von anderen Firmen zu Werbezwecken oder zum kommissionsweisen Verkauf überlassen zu werden pflegt (vgl. RG 20. 11. 22 VI 142/22). Steht aber fest, daß der Besitzer die Sache nicht als ihm gehörend besitzt, so entfällt die Eigentumsvermutung, gleichviel ob er einem andern den Besitz vermittelt (vgl. A 5) oder ob, etwa im Fall des Fundbesitzes, ein mittelbarer Besitz nicht besteht. Doch kann dem unmittelbaren Besitzer eine dem § 1006 entsprechende Vermutung dann zustatten kommen, wenn er Nießbrauchs- oder Pfandbesitzer ist (vgl. §§ 1065, 1227; A 5). Auf die Vermutung, daß er Nießbraucher oder Pfandgläubiger sei, darf sich ein solcher Besitzer auch dem klagenden Eigentümer gegenüber berufen (a. M. OLG 10, 127). Dagegen hat, wer in Ausübung eines schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses oder eines Familien- oder Erbrechts besitzt, wie der Mieter oder Pächter, der Ehemann oder Inhaber der elterlichen Gewalt, der Testamentsvollstrecker, keine Vermutung für sich, daß das Recht bestehe. Andererseits kann sich auch nicht der Vermieter auf die Vermutung des § 1006 berufen, um sein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters darzutun; denn nach § 559 ist das Eigentum des Mieters eine der Voraussetzungen für die Entstehung des Pfandrechts (RG 146, 339).

Die Vermutung bezieht sich nur auf bewegliche Sachen, wozu auch die scheinbaren Grundstücksbestandteile des § 95 gehören. Eine Sache, die mit einer andern als wesentlicher Bestandteil verbunden ist, kann, auch wenn sie selbständig besessen wird, wegen § 93 nicht Gegenstand der Eigentumsvermutung sein. Bewegliche Sachen im Sinne des § 1006 sind auch die Inhaberpapiere (vgl. Abs 1 Satz 2), z. B. Inhabertaktien (RG 63, 406), nicht aber die Legitimationspapiere (Sparfassenbücher u. dgl.), nicht die Schuldscheine und sonstigen Urkunden des § 952 (vgl. RG JW 1913, 30¹⁸; 1923, 229¹; Warn 09 Nr 106; OLG 18, 193; 26, 60). Auch nicht Kraftfahrzeugbriefe (vgl. § 932 Abs 6). Da sich die Eigentumsvermutung des § 1006 ohne Rücksicht auf den Besitz und Inhalt von Urkunden, in denen Rechte an der Sache verbrieft sind, nur auf die Tatsache des Sachbesitzes gründet, so kann sich der Besitzer des Kraftfahrzeugs, auch gegenüber dem Inhaber des Kraftfahrzeugbriefs, auf § 1006 berufen; immerhin wird der Besitz des Kraftfahrzeugbriefs bei der Widerlegung der Vermutung eine wesentliche Rolle spielen (Däubler DJ 1938, 1060; Spohr, DAButR 1939, 7). Mit Blankoindossament versehene Orderpapiere werden in Abs 1 Satz 2 (abwählend von § 1362 Abs 1) nicht erwähnt. Ob sie gleichwohl an sich hierher zu rechnen wären (dagegen OLG 31, 117), ist ohne Bedeutung, da auch Art 16 Abs 2 des Wechselgesetzes vom 21. 6. 1933 (RGBl 1933 I, 399; 1934 I, 571; 1935 I, 251; 1938 I, 421, 1752; 1939 I, 1053) eine Eigentumsvermutung enthält, die aber niemals durch das letzte Indossament allein, sondern nur durch eine ununterbrochene Reihe von Indossamenten begründet wird; dieses Sondergesetz würde vorgehen (vgl. RG 24. 2. 21 V 472/20). Entsprechendes gilt von § 61 Abs 2 AktG (RGBl 1937 I, 107, 588, 1140; 1938 I, 385, 988, 1725; 1939 I, 176, 897), § 365 Abs 1 HGB und Art 21 ScheckG (RGBl 1933 I, 597; 1935 I, 251; 1938 I, 422, 1754; 1939 I, 1053).

Ihren Inhalte nach ist die Vermutung des § 1006 auf das Bestehen des Eigentums abgestellt. Wie in den Fällen der §§ 891, 921, 1362, 1527, 1964, 2365 handelt es sich um Rechts-, nicht um Tatsachenvermutung im Sinne der § 292 ZPO. Der Besitzer ist nicht nur vom Beweise einer den Erwerb des Eigentums begründenden Tatsache befreit; er braucht eine solche auch gar nicht zu behaupten (RG JW 1910, 390⁹; RG Recht 1916 Nr 1303). Tut er es, so ändert das nichts an der Beweispflicht des Klägers (RG JW 1923, 229¹). Auch dann greift die Vermutung Platz, wenn er sich bedingt auf zwei verschiedene Erwerbsgründe beruft (RG 55, 52). Sobald der Besitz des Beklagten feststeht, hat das Gericht das Eigentum so lange anzunehmen, bis sich aus den vom Kläger zu behauptenden und zu beweisenden Tatsachen die Unrichtigkeit der Annahme ergibt. Dadurch, daß die Vermutung auch gegenüber dem früheren Eigentümer durchgreift, deutet sie bis zum Beweise des Gegenteils auch die Veräußerungsbefugnis dessen, der im Namen des früheren Eigentümers veräußert hat (RG 12. 1. 23 VII 54/22). Über die Abmilderung der Vermutung bei der Herausgabeflage: § 985 Abs 6.

Die Vermutung gilt nur zugunsten des Besitzers, nicht, wie es nach § 891 der Fall ist, auch gegen ihn. Die Geltendmachung eines Anspruchs, der gegen den Fahrniseigentümer als solchen gerichtet werden muß, wird durch den Besitz des Beklagten nicht erleichtert. Doch kann sich auf die Vermutung außer dem Besitzer selber auch jeder andere berufen, der Rechte von ihm herleitet (RG HRN 1932 Nr 234). So kann es z. B. derjenige tun, dem der Bestohlene das Eigentum nach § 931 verschafft hat; ferner der Gläubiger, der Sachen bei seinem Schuldner pfänden läßt, auch wenn sie nicht im Gewahrsam des Schuldners bleiben (vgl. SeuffA 57 Nr 225; a. M. OLG 9, 119).

Im ehelichen Güterrecht tritt § 1006 hinter § 1362 (praesumptio Muciana) zurück. Soweit es sich um das Verhältnis zu den Gläubigern des Mannes handelt und nicht Sachen in Frage stehen, die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Ehefrau bestimmt sind, begründet weder der jeweilige noch der voreheliche Besitz oder Mitbesitz der Frau die Vermutung, daß sie Eigentümerin sei; vielmehr muß sie ihren Erwerb beweisen (RG Bruch 51, 1005; a. M. OLG 12, 129; vgl. § 1362 Abs 2). § 1006 greift nur Platz, wenn entweder darüber gestritten wird, ob das Eigentum einem Ehegatten oder einem Dritten zusteht, oder wenn zwischen den Gatten selber Streit über das Eigentum herrscht (vgl. für den letzten Fall RG 84, 49). Wird Haushaltsgeld von einem Gläubiger des Mannes gepfändet, so muß die Frau, wenn sie der Pfändung widerspricht (§ 771 ZPO), die zugunsten des Mannes sprechende Vermutung, daß das Geld ihm gehöre, widerlegen; denn die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs 1 wird durch die Vermutung des § 1362 Abs 1 beseitigt. Wird das Geld von einem Gläubiger der Frau gepfändet, so muß der widersprechende Ehemann sein Eigentum beweisen. Denn bloße Besitzdienerin (§ 855 Abs 5) ist die Frau als Leiterin des Hauswesens nicht (Thiesing DJ 1937, 935). Bei den persönlichen Gebrauchssachen der Frau ist die Kraft der Eigentumsvermutung dem Besitz oder Mitbesitz des Ehemanns entzogen, und zwar hier sowohl im Verhältnis der Ehegatten zueinander wie zu den Gläubigern (RG 99, 153; Warn 1924 Nr 128; vgl. auch oben Abs 1).

Wer durch einstweilige Verfügung in den Besitz einer beweglichen Sache eingewiesen ist, hat Dritten gegenüber auch die Vermutung des Eigentums für sich (nicht entschieden RG 12. 5. 25 VI 13/25).

3. Der Grund für die Ausnahme bei abhanden gekommenen Sachen (Abs 1 Satz 2) ist der, daß hier der Besitzer auf dem im Leben häufigsten Wege der Übertragung Eigentum nicht er-

worben haben kann (vgl. § 935 Abs 1). Die Ausnahme tritt nur ein, wenn die Sache dem Kläger, nicht wenn sie einem andern abhanden gekommen ist. Über den Begriff des Abhandenkommens: § 935 A 4. Dagegen gilt die Regel des Satzes 1 uneingeschränkt für Geld und Inhaberpapiere; denn für sie läßt § 935 Abs 2, auch wenn sie abhanden gekommen sind, die Eigentumsübertragung an den gutgläubigen Erwerber zu. — Daß eine Sache in öffentlicher Versteigerung erworben wurde, muß, da man es ihr nicht ansehen kann, bewiesen werden. Stützt sich der Kläger auf Abhandenkommen und beweist der Beklagte, daß er sie hinterher in der Versteigerung erworben hat, so ist die nach Abs 1 Satz 2, Abs 2 für das Eigentum des Klägers sprechende Vermutung widerlegt.

4. Für die **Eigentumsvermutung zugunsten des früheren Besitzers** nach Abs 2 gilt alles in A 2 und 3 Bemerkte. Trotz der irreführenden Fassung des Gesetzes greift auch bei ihr die Ausnahme von der Vermutung Platz, die Abs 1 Satz 2 für abhanden gekommene Sachen vorschreibt. Die Wirkung der zugunsten des früheren Besitzers bestehenden Vermutung zeigt sich bei der Herausgabeflage nach Widerlegung der Vermutung zugunsten des gegenwärtigen Besitzers (vgl., auch wegen der Beweislast: § 985 A 6). Wer aus einem Nachlaß eine Sache erlangt hat und behauptet, sie vom Erblasser geschenkt und durch Besitzvorbehalt (§ 930) übereignet erhalten zu haben, muß das beweisen, da Abs 2 für den Erben als früheren Besitzer streitet (RG 10. 11. 23 VII 44/23). Nicht minder nützt die Vermutung dem, der auf Grund früheren Eigentums Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche erhebt (RG 83, 393; SeuffA 73 Nr 121). Sie nützt aber auch dem Beklagten im Herausgabeprozess, wenn er die in Streit befangene Sache veräußert hat (RG JW 1910, 390^o). Auch der Veräußerer, gegen den der Erwerber wegen Entwehrung Rückgriff nimmt, kann sich mit der Vermutung verteidigen.

5. Im Fall eines mittelbaren Besitzes (Abs 3) kommen beide Vermutungen, die des Abs 1 wie die des Abs 2 — a. M. über Abs 2: JW 1931, 2579² —, dem mittelbaren Besitzer zufließen, und zwar diesem sowohl Dritten gegenüber (RG 83, 393) wie gegenüber dem unmittelbaren Besitzer (Warn 1924 Nr 180). Dieser kann als Fremdbesitzer keine Eigentumsvermutung, sondern nur die Vermutung, daß er Nießbraucher oder Pfandgläubiger sei (§§ 1065, 1227), für sich geltend machen (vgl. A 1). Daran wird auch durch die Widerlegung der Vermutung, die für den mittelbaren Besitzer gilt, nichts geändert. Natürlich steht aber auch dem mittelbaren Besitzer der § 1006 dann nicht zur Seite, wenn er seinerseits einem noch entfernteren Besitzer den Besitz vermittelt. Doch darf sich ein Besitzmittler Dritten gegenüber darauf berufen, daß der höchststufige mittelbare Besitzer, von dem er seine Rechtsstellung ableitet, als Eigentümer vermutet wird (vgl. A 2). — Die Vermutung des Abs 3 wird aber nur wirksam, wenn der mittelbare Besitz feststeht oder im Bestreitungsfall erwiesen wird; das bloße Behaupten des mittelbaren Besitzes reicht nicht aus (RG 3. 5. 21 VII 429/20; HR 1932 Nr 234). Dem Besitzer muß nachgewiesen werden, daß er den Besitz nicht als Eigenbesitzer, sondern als Besitzmittler für einen andern ausübt (RG 156, 63).

6. Abweichend von § 1006 stellte die VO betr. die Verwendung von **Militärgut** vom 23. 5. 19 (RGBl 477) für Sachen, die aus Beständen der Heeres- oder Marineverwaltung stammen, die durch Gegenbeweis widerlegbare gesetzliche Vermutung auf, daß sie einer der genannten Verwaltungen gehören, auch wenn sie sich im Privatbesitz befinden (RG 105, 297; 106, 352). Jetzt gilt § 3 des Gef v. 31. 3. 1923 RGBl I, 243, 1010 (und die AusfVO dazu vom 4. 8. 1923 RGBl I, 762). Vgl. § 932 A 7.

§ 1007

1) **Wer eine bewegliche Sache im Besitze gehabt hat, kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, wenn dieser bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war²⁾.**

Ist die Sache dem früheren Besitzer gestohlen worden, verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen, so kann er die Herausgabe auch von einem gutgläubigen Besitzer verlangen, es sei denn, daß dieser Eigentümer der Sache ist oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war. Auf Geld und Inhaberpapiere findet diese Vorschrift keine Anwendung.³⁾

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war oder wenn er den Besitz aufgegeben hat⁴⁾. Im übrigen finden die Vorschriften der §§ 986 bis 1003 entsprechende Anwendung⁵⁾ 6).

§ I 945 II 919; M 3 429—433; P 3 383.

1. Die Vorschriften des § 1007 über den Anspruch wegen verlorenen Fahrnis reihen sich nur äußerlich den Ansprüchen aus dem Eigentum an. Die Vorschrift ist so schwierig gefaßt, daß der

Gedanke des Gesetzes nicht deutlich zum Ausdruck kommt. Irreführend ist, daß das wesentlichste Merkmal, der unfreiwillige Besitzverlust, nicht im ersten Satz erscheint, sondern erst in Abs 2 und 3 nachgebracht wird. Sodann bedarf der Aufhellung das Verhältnis zwischen der „Aufgabe des Besitzes“ (Abs 3 Satz 1) und dem aus § 935 Abs 1 bekannten „Abhandenkommen der Sache“ (Abs 2 Satz 1). Richtiger Ansicht nach bildet die Besizaufgabe den Gegensatz zum unfreiwilligen Besitzverlust, welcher letzterer Begriff sich zwar in der Regel, nicht aber immer mit dem des Abhandenkommens deckt. Die beiden Begriffe (Besizaufgabe und unfreiwilliger Besitzverlust) decken sich nicht, wenn (im Falle des mittelbaren Besitzes) der Besizmittler die Sache veruntreut; hier ist sie dem mittelbaren Besitzer zwar nicht abhanden gekommen (AG 54, 68; § 935 A 4); aber gleichwohl hat er den Besitz nicht aufgegeben, vielmehr ohne seinen Willen verloren. Ferner liegt insofern ein Fassungsversehen vor, als sich die Verneinung des Anspruchs bei Aufgabe des Besitzes in dem auf beide vorhergehenden Absätze bezüglichen Abs 3 findet, während sie für den Fall des Abs 2, wo der Kläger Abhandenkommen daturt muß, selbstverständlich ist. Ein weiteres Fassungsversehen enthalten die Worte „es sei denn, daß dieser Eigentümer ist“ in Abs 2 Satz 1, die gestrichen werden müssen (vgl. A 3). Beseitigt man diese Mängel, so würde § 1007 bei Aufrechterhaltung der Beweislastregel etwa so zu lauten haben: „Der frühere Besitzer einer beweglichen Sache kann von demjenigen, der den Besitz in bösem Glauben erworben hat, die Herausgabe verlangen, sofern er nicht den Besitz aufgegeben hat. Handelt es sich nicht um Geld oder Inhaberpapiere und ist ihm die Sache abhanden gekommen (hat weder er selbst noch sein etwaiger Besizmittler den Besitz aufgegeben), so kann er sie auch von einem gutgläubigen Besitzer herausverlangen, es sei denn, daß sie diesem vor seiner eigenen Besitzzeit abhanden gekommen war. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer beim Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben war. Die Vorschriften der §§ 986—1003 finden entsprechende Anwendung.“

Eine bewegliche Sache muß vorliegen und der Kläger ihr früherer Besitzer gewesen sein, sei es Eigenbesitzer oder Fremdbesitzer (Nießbraucher, Pfandgläubiger, Mieter, Bewahrer), sei es unmittelbarer Besitzer oder mittelbarer, Sach- oder Teilbesitzer (§ 865), Allein- oder Mitbesitzer, nicht aber ein bloßer Besizdiener (§ 855). Der mittelbare Besitzer hat regelmäßig die Herausgabe an seinen Besizmittler zu fordern, die Herausgabe an sich selbst nur dann, wenn jener den unmittelbaren Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann (§ 869 Satz 2). Ein früherer Mitbesitzer kann gegen den besitzenden ehemaligen Genossen klagen. Erhebt er gegen einen Dritten den Anspruch auf Herausgabe der ganzen Sache, so muß er entsprechend §§ 1011, 432 die Herausgabe an alle Mitbesitzer oder Hinterlegung für alle verlangen. Der Kläger muß ferner gutgläubig sein, d. h. den Besitz in gutem Glauben erworben haben. Nur auf den Augenblick des Besitzererwerbs kommt es an (mala fides superveniens non nocet). Bei dem, der den Anspruch ererbt hat, entscheidet, wie bei einem Abtretungsempfänger (Forderungserwerber), die Person des Rechtsvorgängers. Seinem Inhalt nach ist **guter Glaube** die nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende irrtümliche Annahme, zu dem ausgeübten Besitze berechtigt zu sein (vgl. § 990 A 2). Abweichend von § 932 Abs 2 kann also auch ein Irrtum über die Geschäftsunfähigkeit des Veräußerers oder die Nichtaufgabe des Eigentums (§ 959) an einer gefundenen Sache genügen. Hat der Kläger den Besitz unter grobfahrlässiger Verkennung der Rechtslage erworben, so dringt er auch gegen einen bewußt unredlichen Beklagten nicht durch. Seine Gutgläubigkeit wird aber vermutet; Aufgabe des Gegners ist es, das Gegenteil darzutun, sofern sich nicht die Bösgläubigkeit aus dem eigenen Vortrage des Klägers ergibt (Abs 3 Satz 1). Dagegen wäre die Einwendung, der Kläger habe kein Recht, zu besitzen, in dieser Allgemeinheit unerheblich; denn der Anspruch stützt sich auf den früheren Besitz, nicht auf ein Recht zum Besitz. Anders die Einrede, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber besizberechtigt sei (vgl. darüber A 5). Auch der Beklagte kann Fremdbesitzer, Teilbesitzer, Mitbesitzer, mittelbarer Besitzer sein. Dafür gelten dieselben Regeln wie bei der Eigentumsklage (vgl. § 985 A 3). — Im Konkurs ist für die Ansprüche aus § 1007 die Aussonderungskraft anerkannt (Jaeger RD § 43 A 27).

Im übrigen ist zu unterscheiden zwischen dem Anspruch gegen den bösgläubigen Erwerber (Abs 1; vgl. A 2) und dem Anspruch wegen Abhandenkommens der Sache (Abs 2; vgl. A 3).

2. Anspruch gegen den bösgläubigen Erwerber (Abs 1). Bei gewissen Sachen mit besonders starkem Umlauf (vgl. A 3) ist dies die einzige Möglichkeit. Der Kläger muß beweisen, daß der Beklagte beim Erwerb des Besitzes bösgläubig war, d. h. seine Nichtberechtigung zu dem von ihm ausgeübten Besitz kannte oder nur aus grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Das trifft nicht selten zu, auch wenn der Beklagte von dem Recht des Klägers oder überhaupt von dessen Person nichts wissen konnte. Ein nachträgliches Eintreten des bösen Glaubens ist auch hier unerheblich. Dem Beklagten steht, von der in A 1 erörterten Einwendung der eigenen Bösgläubigkeit des Klägers abgesehen, die Einwendung zu, der Kläger habe den Besitz freiwillig aufgegeben (Abs 3 Satz 1). Dies geltend zu machen und nachzuweisen, ist also Sache des Beklagten, und darin liegt der Hauptvorteil dieser Anspruchsart: kann der Kläger bösgläubigen Besitzererwerb auf Seiten des Beklagten nachweisen, so braucht er nicht darzutun, wodurch bei ihm selbst der Besitz ein Ende nahm. Natürlich ist es keine Besizaufgabe, wenn sich der bisherige unmittelbare Besitzer, z. B. durch Vermietung der Sache, zum mittelbaren macht (vgl. Kühne ABivPrax 20

[1934], 23ff.). Ein Kind, ein Geisteskranker und ein beschränkt Geschäftsfähiger können den Besitz nicht wirksam aufgeben (a. A. Pand.-Brodmann § 1007 A 3da); desgleichen nicht ein Besizdiener des Klägers. In diesen beiden Fällen liegt sogar Abhandenkommen vor (§ 935 A 4). Darüber, daß auch ein Besizmittler den Besitz nicht mit Wirkung gegen den mittelbaren Besizer aufgeben kann, vgl. A 1. — Außerdem hat der Beklagte zufolge Abs 3 die Einwendungen, die er einer Eigentumsklage entgegenhalten könnte, namentlich nach § 986 die, daß er dem Kläger gegenüber zum Besitz berechtigt sei (vgl. A 5).

3. Anspruch wegen Abhandenkommens der Sache. Über den Begriff vgl. § 935 A 4 und oben A 1, 2. Bemeistert der Kläger, daß ihm die Sache abhanden kam, so kommt es auf Gut- oder Bösgläubigkeit des Beklagten nicht an. Der Anspruch geht gegen den Besizer als solchen. Für den Prozeß hat das die Folge, daß hier (anders im Falle des Abs 1) der Beklagte, wenn er Besizmittler ist, nach § 76 BPO den mittelbaren Besizer als Urheber benennen kann. Doch greift diese zweite Anspruchsform bei Geld und Inhaberpapieren nicht Platz; denn nach § 935 Abs 2 (vgl. §§ 1032, 1207) wird der gutgläubige Erwerber solcher Sachen auch dann Eigentümer (Mietbraucher oder Pfandgläubiger), wenn sie abhanden gekommen sind. Auch bei mit Blankoindossamenten versehenen Drerpapieren ist gemäß den dafür geltenden Sonderbestimmungen (§ 1006 A 2 Abs 2) für eine Klage gegen den gutgläubigen ordentlich ausgewiesenen Inhaber kein Raum.

Der Beklagte kann sich damit verteidigen, der Kläger sei beim Besizerwerb bösgläubig gewesen (Abs 3 Satz 1; vgl. A 1) oder er, der Beklagte, habe dem Kläger gegenüber ein Recht auf den Besitz (Abs 3 Satz 2; § 986; vgl. A 5). Die in Abs 3 Satz 1 ebenfalls allgemein gegebene Einwendung der Besitzaufgabe stellt sich hier nur als ein Bestreiten des Klagergrundes dar (vgl. A 1). Außerdem erwähnt Abs 2 noch zwei besondere Verteidigungsbehelfe: a) Die Einwendung des Eigentums. Hierbei handelt es sich jedoch um ein Fehlgreifen in der Fassung. Einerseits gestattet Abs 3 Satz 2, verbunden mit § 986, auch dem bösgläubigen Beklagten, sich auf Eigentum zu berufen, so daß diese Möglichkeit auch für den Fall des Abs 1 besteht. Andererseits ist kein Grund ersichtlich, warum die Berufung auf das Eigentum im Falle des Abs 2 anders behandelt werden sollte als nach Abs 1. Wenn Abs 2 durch die Worte „es sei denn, daß“ die Verteidigung als Einwendung im engeren Sinne (Anspruchsverneinung) kennzeichnet und wenn es den Anschein gewinnt, als ob das Eigentum immer und gegen jeden Kläger durchschlagen müßte, so kann dem nicht gefolgt werden. Vielmehr liegt beidemale nur eine Einrede vor (vgl. § 986 A 1), die auch nur dann wirkt, wenn das Eigentum den Beklagten gerade diesem Kläger gegenüber zum Besitz berechtigt. b) Die Einwendung älteren Abhandenkommens. Ist die Sache auch dem Beklagten, und zwar vor der Besitzzeit des Klägers, abhanden gekommen, so könnte er nach Abs 2 dem Kläger, wenn dieser den Besitz von einem Dritten wiedererlangt hätte, die Sache abfordern. Es ist daher nur folgerichtig, wenn er gegenüber dem Herausgabeanspruch des Klägers im Besitz belassen wird. Die gleiche Erwägung führt aber auch dazu, dem Kläger gegen die Einwendung jene Schutzbehelfe zu geben, die er, wenn verklagt, verteidigungsweise geltend machen dürfte, also den Einwand, daß der Beklagte seinen früheren Besitz böswillig erworben habe, und weiter den, er, der Kläger, sei dem Beklagten gegenüber zum Besize berechtigt. Eine Klageränderung ist in solchem Vorbringen nicht zu erblicken. Das Besizrecht des Klägers kann vor oder nach dem ersten Abhandenkommen der Sache erwachsen sein, z. B. durch Ererbung oder dadurch, daß der Kläger die Sache in öffentlicher Versteigerung erstand (§ 935 Abs 2). Dem Fall, daß die Sache dem Beklagten selbst abhanden kam, steht es gleich, wenn sie einem Rechtsvorgänger des Beklagten abhanden gekommen ist.

4. Über die Einwendung der Bösgläubigkeit des Klägers: A 1; über die Einwendung, der Kläger habe den Besitz aufgegeben: A 1 und 2.

5. Anwendung der Grundsätze über den Eigentumsherausgabeanspruch (Abs 3 Satz 2). a) Vor allem gilt hier die entsprechende Anwendbarkeit des § 986: der Beklagte hat eine Einrede gegen den Herausgabeanspruch des § 1007, wenn er oder der mittelbare Besizer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Kläger gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Auch wer den Besitz bösgläubig erworben hat, war vielleicht schon früher berechtigt oder hat später, z. B. durch Vererbung, ein Besizrecht erlangt. Das Recht kann dinglicher (z. B. aus Sicherungsübereignung, im Konkurs des früheren Besizers zufolge des daraus erwachsenen Absonderungsrechts [DZ 1935, 441]) oder schuldrechtlicher Natur sein; auch ein Recht gegen den Rechtsvorgänger des Klägers genügt, sofern die Klage auf einen durch Abtretung des Herausgabeanspruchs erworbenen mittelbaren Besitz gegründet wird (vgl. § 986 Abs 2). Nötig ist aber immer, daß das Besizrecht gerade dem Kläger gegenüber durchgreift, und dabei muß beachtet werden, daß nicht nur Eigentum des Klägers, sondern auch dingliche Rechte desselben, die das Eigentum beschränken, und schuldrechtliche Ansprüche auf den Besitz durch die Klage geschützt werden sollen. Daher kann der Eigentumsbeweis des Beklagten unter Umständen unzureichend sein, z. B. wenn sich aus der Klagebegründung ergibt, daß der Kläger ein Pfandrecht erworben oder die Sache vom Beklagten oder dessen Erblasser gemietet hatte; in solchem Falle muß der Beklagte weiterhin die Beendigung des Pfandrechts oder der Miete beweisen. Doch ist

es, falls der Beklagte sich mit seinem Recht auf den Besitz verteidigt, Aufgabe des Klägers, bestimmte Behauptungen aufzustellen. Solange aus seinem Vorbringen nichts weiter hervorgeht, als daß er die Sache früher besaß oder daß sie ihm abhanden gekommen ist, braucht der Beklagte nur ein dingliches oder ein gegen den Kläger gerichtetes schuldrechtliches Besitzrecht zu beweisen, um der Klage den Boden zu entziehen.

b) Ferner gelten entsprechend die Vorschriften über die Erstattung von Nutzungen und Schäden (§§ 987—993), sowie über die Gegenrechte des Beklagten wegen Verwendungen auf die Sache (§§ 994—1003). Ob der Kläger die Herausgabe von Nutzungen verlangen kann, wird stets von der Gestaltung der auf das Recht zum Besitze gegründeten („petitorischen“) Einwendungen und Gegeneinwendungen abhängen, und danach bestimmt sich auch der Umfang des Verwendungsersatzes. Als Schadenersatz ist, sofern nicht die Gegeneinwendungen ein Recht des Klägers herausstellen, nur sein „Besitzinteresse“ zu vergüten (MG Warn 1929 Nr 181). Das Selbstbefriedigungsrecht des § 1003 läßt sich allenfalls ausüben, ohne daß der Kläger Eigentümer sein muß, vorausgesetzt aber, daß der Beklagte das Nichteigentum nicht gekannt hat (§ 1248).

6. Verhältnis des Anspruchs wegen verlorener Fahrnis zu andern Ansprüchen. a) Der Anspruch aus § 1007 kann sowohl mit dem Anspruch aus dem dinglichen oder persönlichen Recht auf den Besitz, insbesondere mit dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe, wie auch mit dem Anspruch aus verbotener Eigenmacht (§ 861) in Wettbewerb treten. Doch braucht weder der eine noch der andere Wettbewerb mit Notwendigkeit zu bestehen. Für das Verhältnis zum Anspruch aus dem Besitzrecht kommt in Betracht, daß in Fällen, in denen jemand zwar das Recht an der Sache oder auf die Sache, nicht aber früheren Besitz erworben hat, § 1007 versagt (vgl. wegen des Eigentums z. B. §§ 926, 953, 984), während umgekehrt § 1007 das einzige Hilfsmittel ist, wenn nur gutgläubiger früherer Besitz, kein Recht zum Besitz vorliegt, oder wenn das Recht wegen seiner schuldrechtlichen Natur gegen den gegenwärtigen Besitzer nicht wirkt. Anlangend das Verhältnis zu § 861, so ist es einerseits möglich, daß der Kläger beim Besitzerverbe bösgläubig war, gleichwohl aber verbotene Eigenmacht gegen ihn begangen wurde (hier nur § 861); andererseits braucht der Beklagte, auch bei unfreiwilligem Besitzverlust des Klägers, nicht fehlerhafter Besitzer zu sein (hier nur § 1007). b) Die verschiedenen Ansprüche können einzeln oder in Verbindung miteinander geltend gemacht werden. Werden sie einzeln geltend gemacht, so begründet die Entscheidung über den einen Anspruch grundsätzlich keine Rechtskraft für die andern. Dies gilt auch für den Fall, daß die Klage aus § 1007 wegen einer auf das Besitzrecht gegründeten („petitorischen“) Einwendung des Beklagten abgewiesen wird. Da die Entscheidung über Einwendungen nicht in Rechtskraft übergeht (ZPO § 322 Abs 1), steht einer späteren Klage aus dem Recht nichts entgegen. Anders wenn der Kläger gegenüber einer „petitorischen“ Verteidigung mit der Berufung auf ein angebliches Recht geantwortet hat (vgl. A 3 unter b) und dieses Recht aberkannt worden ist.

Fünfter Titel

Miteigentum

§ 1008

Steht das Eigentum an einer Sache mehreren nach Bruchteilen zu, so gelten die Vorschriften der §§ 1009 bis 1011^{1—5}).

§ 1 940 II 920; M 3 433, 437; B 3 274.

1. Das BGB kennt die römisch-rechtliche Form des Miteigentums als Unterart der **Gemeinschaft nach Bruchteilen** („Miteigentum“; s. Überschrift) und die deutsch-rechtliche Form des Miteigentums als gemeinschaftliches Eigentum **zur gesamten Hand**. Beide sind nur an Sachen möglich. Eine Unterscheidung zwischen **Ober- und Untereigentum**, Nutzungseigentum, geteiltem Eigentum kennt das BGB nicht mehr (hierzu Eichler, Wandlungen des Eigentumsbegriffs in der deutschen Rechtsauffassung und Gesetzgebung, 1938, S. 226 ff.). Die landesgesetzlichen Vorschriften hierüber sind jedoch aufrechterhalten (EGBGB Artt 59, 63 u. 113; MG 47, 244; vgl. indessen jetzt das Ges über das Erlöschen der Familienfideikomnisse und sonstiger gebundener Vermögen v. 6. 7. 1938 RGBl 1938 I, 825; 1939 I, 1064; das Ges zur Vereinheitlichung der Fideikommissauflösung v. 26. 6. 1935 RGBl 1935 I, 785; 1938 I, 1323; 1939 I, 516, 1064 mit DurchfVO v. 24. 8. 1935 RGBl 1935 I, 1103; 1939 I, 517, 1064; VO über vorläufige Maßnahmen auf dem Gebiete der Fideikommissauflösung v. 28. 6. 1938 RGBl I, 698; DurchfVO vom 20. 3. 1939 RGBl 1939 I, 509, 1064, sowie die an anderen Stellen dieses Werks, insbesondere in § 903 A 3 behandelte Reichserbhofgesetzgebung (ihre Einführung in Österreich: RGBl 1938 I, 935, 1921; im Memelland RGBl 1939 I, 866; in den sudetendeutschen Gebieten außerhalb des Reichsgaues Sudetenland RGBl 1939 I, 1069). Bereits bestehendes **Stadtwerkseigentum** (Eigentum an einzelnen Gebäudeteilen nach wagerechter Teilung) bleibt nach EGBGB Art 182 bestehen, darf aber fernerhin nicht mehr als geteiltes Eigentum neu begründet werden (vgl. § 1010 A 1).

2. Das Wesen des Miteigentums nach Bruchteilen besteht in folgendem: Es ist ein selbständiges Recht gleicher Art, also Eigentum, nicht ein neben dem Eigentumsrecht des einen sich stellendes und es belastendes Recht (RG 56, 96; 69, 40; JW 1910, 473¹²; Warn 1925 Nr 19; RG 58 Nr 233; ferner HRN 1928 Nr 555; 1932 Nr 1469). Daher finden an sich auf das Miteigentumsrecht alle für das Alleineigentumsrecht geltenden Regeln Anwendung, soweit nichts Abweichendes vorgegeschrieben ist (RG 56, 100; 69, 36; JW 08, 482¹⁸; Warn 1910 Nr 192; vgl. auch RG 147, 209). Die Miteigentumsanteile gehören also zu den „Sachen“ im Sinne der §§ 559, 581 Abs 2, 1258, nicht zu den Rechten im Sinne des § 1273 (RG 146, 335). In JW 1910, 473¹² hatte das Reichsgericht angenommen, daß dann, wenn auf Grund gemeinschaftlicher Verfügung der Miteigentümer eine Hypothek auf das ganze gemeinschaftliche Grundstück eingetragen wird, die Hypothek jeden Anteil selbständig belaste, daß jeder Anteil für die ganze Forderung hafte und daß im Falle der Zwangsversteigerung auch nur eines Anteils der Gläubiger in voller Höhe der Hypothek Befriedigung an diesem Anteil verlangen könne. Danach sollte wirtschaftlich die Belastung, welche die Eintragung einer Hypothek auf dem ganzen Grundstück für den einzelnen Miteigentumsanteil mit sich bringt, im wesentlichen der Belastung gleich sein, die eintritt, wenn die Hypothek auf dem Anteil allein eingetragen wird. Diese Auffassung hat das Reichsgericht zugunsten der Annahme einer Gesamthypothek aufgegeben. Wenn mehrere Eigentümer je ihren Anteil besonders, sei es gleichzeitig oder nacheinander, mit einer Hypothek für dieselbe Forderung belasten, so entsteht eine Gesamthypothek. Dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn die mehreren Bruchteilseigentümer an dem Grundstück von vornherein durch gemeinschaftliches Handeln eine Hypothek bestellen oder wenn das Eigentum an einem vom bisherigen Alleineigentümer mit einer Hypothek belasteten Grundstück auf mehrere zu Bruchteilen berechnigte Miteigentümer übertragen wird (RG 146, 364 f.; vgl. § 1114; § 1132 A 1 u. 4). Verkaufen mehrere eingetragene Miteigentümer das gemeinschaftliche Grundstück, so ist es rechtlich möglich, daß jeder nur seinen Miteigentumsanteil hat verkaufen wollen, über den er allein dinglich verfügen kann; auch dann aber bleibt das Geschäft der Verkauf einer Sache, für den die §§ 433 ff., 459 ff. gelten (RG 3. 5. 28 VI 405/27). Ist bei einem solchen Geschäft ein Anteil nicht erworben, so entscheidet sich der Erwerb der andern Anteile nach § 139. Das Miteigentum nach Bruchteilen ist eben schon während seines Bestehens nach den Bruchteilen rechnerisch geteilt, im Gegensatz zum Eigentum zur gesamten Hand, bei dem während des Bestehens des Gesamthandverhältnisses eine solche Teilung nicht vorliegt. Aber die Teilung ist nur gedacht, ziffermäßig und betrifft nur das Eigentumsrecht; wirkliche Teilung der Sache selbst liegt nicht vor. So ist dieses Miteigentum eine Unterart der Gemeinschaft nach Bruchteilen und fällt unter die Vorschriften über die Gemeinschaft nach §§ 741 ff.

3. Das Miteigentum nach Bruchteilen bildet die Regel (§ 741); ein solches anderer Art muß von dem bewiesen werden, der sich darauf beruft. Jenes entsteht kraft Gesetzes (Verbindung, Vermischung, Vermengung §§ 947 ff., 963; Schatz § 984; Grenzeinrichtung § 921; Baum auf Grenze § 923; ferner, wenn mehreren dieselbe Sache vermacht und vom Beschwerten übergeben worden ist [§ 2157]; Miteigentum an Grenzmauern kann seit 1. Januar 1900 nicht mehr entstehen [RG 53, 307]; für Privatflüsse gilt das landesrechtliche Wasserrecht (EWGV Nr 65) oder durch Rechtsgeschäft, so wenn mehrere Personen, die nicht in einem Gesamthandverhältnis stehen, gemeinsam eine Sache erwerben, z. B. Eheleute, die im gesetzlichen Güterrecht leben (RG SeuffA 88 Nr 8). Die rechtsgeschäftliche Begründung von Miteigentum spielt eine erhebliche Rolle auch bei Giroammelverwahrung (A 3 zu § 948 und A 6 zu § 700). — Zur Frage des Eigentumsübergangs bei mehreren Käufern und verdeckter Stellvertretung: RG 109, 167 ff.

Das Miteigentum zur gesamten Hand ist die gesetzliche Folge der Gesellschaft (§§ 705, 718, 719), allgemeinen Gütergemeinschaft (§§ 1437 ff.; vgl. z. B. HRN 1934 Nr 719), der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1483), der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1529 ff.), der Fahrnisgemeinschaft (§§ 1549 ff.), der Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff.). Für das Gesamthandsmitteigentum gelten die §§ 1008—1111 nicht. Während bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen das Rechtsverhältnis, sowohl der Beteiligten untereinander wie nach außen, für alle gleichmäßig geordnet ist (§§ 741 bis 758, 1008—1111), ist es bei der Gesamthandsgemeinschaft je nach dem Rechtsgrund und dem Zweck der Gemeinschaft verschieden (RG 60, 128). Rechtsgeschäftlich kann unmittelbar kein Miteigentum zur gesamten Hand begründet werden an Stelle des Miteigentums nach Bruchteilen; vielmehr kann dies nur mittelbar geschehen durch Vereinbarung eines der Rechtsverhältnisse, bei denen die Gesamthand gesetzlich vorgegeschrieben ist (RG SeuffA 88 Nr 8). Über das deutschrechtliche Gesamthandsmitteigentum der Mark(Rezeßgemeinschafts)genossen an landwirtschaftlichen „Zwedgrundstücken“ (Koppel, Wirtschaftswegen, Tristen, Abzugsgräben, Gruben, Steinbrüchen, Kaulen u. ä.) und die Behandlung der Anteile der Erbhöfe daran im Erbhöferecht: Spöhr JW 1934, 2199.

An den mit Ehestandsdarlehen angeschafften Sachen entsteht in aller Regel beim gesetzlichen Güterstand Miteigentum der Eheleute nach Bruchteilen, bei den Gütergemeinschaften dagegen Gesamthandsmitteigentum der Eheleute; bei Gütertrennung entsteht Alleineigentum des jeweiligen Ehegatten oder Miteigentum nach Bruchteilen, je nachdem die Eheleute nach den Mitteln getrennt erwerben oder die Mittel zum Erwerb vereinigen (vgl. § 1 Abs 4 des 3. Ges

zur Änderung des Ges zur Förderung von Eheschließungen v. 3. 11. 1937 RGBl 1937 I, 1158; 1938 I, 341, 1670; § 929 A b; ferner B D zur Förderung der Landbevölkerung v. 7. 7. 1938 RGBl I, 835, 992, 1174, 1670 [betr. Ehestandsdarlehen, Einrichtungsdarlehen und Einrichtungszuschüsse für die Landbevölkerung]).

Ist jeder Miteigentümer der Polizei gegenüber für die Beseitigung polizeiwidriger Zustände auf dem gemeinschaftlichen Grundstück (Wegereinigungspflicht) grundsätzlich auch allein verantwortlich, so macht es keinen Unterschied, ob es sich um Miteigentum nach Bruchteilen oder um eine Gesamthandsgemeinschaft handelt (PrWB § 3W 1939, 510).

4. Bei Grundstücken wie bei allen im Grundbuch verlaufbaren Rechten muß nach § 3D § 47 angegeben werden, ob eine Gemeinschaft nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand vorliegt. Ohne diese Klarstellung kann über keinen Anteil verfügt werden (RGZ 23 A 224). Bei Veränderung der Anteile ist Auflassung und Eintragung erforderlich. Nur die nähere Angabe über die Größe des Bruchteils ist ohne Auflassung nachträglich zulässig, wenn sie dem bisherigen tatsächlichen Zustand entspricht, keine Veränderung ihrer Größe enthält. Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, Bruchteilseigentum an einem Grundstück zu übertragen, fällt unter § 313 (RG SeuffA 78 Nr 11). Auflassung und Eintragung des Eigentumswechsels sind auch dann unentbehrlich, wenn bei Grundstücksgesellschaften nicht deren Umwandlung in Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, sondern die Auflösung stattfindet, weil hierbei keine Gesamtrechtsnachfolge eintritt (Crisolli, Raemmel JW 1935, 1069). Über Belastung der Anteile durch eine Briefhypothek: RG 52, 360. Die Belastung des Bruchteils eines Grundstücks mit einem Erbbaurecht, einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist nicht möglich (§§ 1012, 1018, 1090). Aus der Selbständigkeit des Anteils (§ 747 Satz 1) folgt, daß eine Hypothek, Grundschuld oder ein sonstiges dingliches Recht jeden Anteil auch dann selbständig belastet, wenn das Recht auf Grund gemeinschaftlicher Verfügung der Miteigentümer auf das ganze Grundstück eingetragen wird (RG 16. 3. 10 V 240/09). Die Zwangsvollstreckung in den Bruchteil einer beweglichen Sache und in einen Schiffspart geschieht durch Pfändung (§§ 857 f. ZPO), in den Bruchteil eines Grundstücks nach Maßgabe der §§ 864, 866 ZPO; die Pfändung des Anteils (vgl. § 751 A 2, § 747 A 1) ist hier nicht zulässig. Diese Zwangsvollstreckung kann zur Zwangsversteigerung des Grundstücksanteils führen, aber nicht zur Teilungsversteigerung (§ 753 A 2). Die Teilung kann indessen durchgeführt werden auf Grund der Pfändung des persönlichen Anspruchs des Miteigentümers auf Aufhebung der Gemeinschaft (§ 749). Hat der Gläubiger diesen Anspruch seines Schuldners (Miteigentümers) pfänden und sich überweisen lassen, so kann er gemäß § 181 ZPO „das Recht des Eigentümers auf Aufhebung der Gemeinschaft ausüben“ (vgl. § 751 A 2 g. E.).

5. Aus der Natur des Miteigentums als einer Gemeinschaft nach Bruchteilen folgt

A. für die Rechtsbeziehungen der Miteigentümer zueinander (vgl. dazu RG 160, 122 [127 f.]):

a) Die Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache steht den Miteigentümern gemeinschaftlich zu; dabei ist Einhelligkeit, insbesondere zu einer Verfügung, erforderlich (§ 744 Abs 1). Die zur Erhaltung der Sache notwendigen Maßregeln kann aber jeder einzelne treffen (§ 744 Abs 2). Wird einzelnen Teilhabern die Verwaltung übertragen, so finden die Grundstücke über den Auftrag (§§ 662 ff.) Anwendung. Über die Regelung der Verwaltung und ihre Art sowie über die Benutzung der Sache entscheidet jedoch Stimmenmehrheit (§ 745).

b) Der Miteigentümer hat gegen den andern einen schuldrechtlichen Anspruch auf Erhaltung, Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache (§§ 744 Abs 2, 745 Abs 2), und einen Anspruch auf Enträumung des Mitbesitzes gegen den andern Miteigentümer (§§ 866, 1007; RG 69, 40; 146, 336). Ebenso die Klage aus § 1004. Sie können aber die Besitzverhältnisse auch anders regeln (§ 746), insbesondere bestimmen, daß der Besitz allein einem von ihnen zustehe oder daß einer allein den unmittelbaren Besitz haben soll, den er dann teils als Eigenbesitzer, teils als Fremdbesitzer ausübt, so wenn der im unmittelbaren Besitz befindliche Mieter im Miteigentum stehendes Hausgerät in die gemietete Wohnung einbringt. Eine solche Regelung der Miteigentümer wirkt auch zugunsten des Vermieters als Pfandgläubiger (§ 1258). Auch wenn eine solche Regelung nicht getroffen worden ist, steht dem andern Miteigentümer gegen den Mieter (und damit den Vermieter als Pfandgläubiger) nicht ohne weiteres (nach § 745 Abs 2) ein Anspruch darauf zu, daß die eingebrachten Sachen aus der Mietwohnung entfernt werden (RG 146, 336; vgl. auch § 1010).

c) Eine wesentliche Veränderung der Sache kann nicht verlangt werden. Dies kann zu Unbilligkeiten führen. Das Recht des Widerspruchs darf nicht zur Schikane ausgeübt werden. Schlimmstenfalls bleibt dann nur die Teilung übrig.

d) Die dem Miteigentum angemessene Form des Besitzes ist der Mitbesitz. Bei beweglichen Sachen wird er vielfach durch Mitverschluß hergestellt werden können. Aus der Natur der Sache ergibt sich der Mitbesitz meist nur dort, wo die Miteigentümer beständig zusammen sind, wie es z. B. bei den Mitgliedern einer wandernden Schauspielertruppe zutrifft. In andern Fällen wird der Mitbesitz nur als mittelbarer Mitbesitz möglich sein, die Sache wird bei einem Dritten hinter-

legt und er verwahrt sie für alle Miteigentümer. Dieser Verwahrer kann gegebenenfalls auch einer der Miteigentümer sein, er hat dann den unmittelbaren Besitz teils als Eigen-, teils als Fremdbesitzer, der Mitbesitz ist teils unmittelbarer, teils mittelbarer Besitz.

o) Jeder Miteigentümer hat einen seinem Bruchteil entsprechenden Anteil an den Nutzungen und Früchten wie an den Lasten (§§ 743, 748). Ist das gemeinschaftliche Grundstück vermietet, so hat der Miteigentümer nur Anspruch auf den nach Bezahlung der Lasten, Abgaben, Auslagen und Hypothekenzinsen verbleibenden Überschuß (RG 89, 180). Nur dieser kann mit Richtung gegen einen von mehreren Miteigentümern gepfändet werden (nicht auch die Mieten selbst).

f) Kein Miteigentümer hat ein gesetzliches Vorkaufsrecht. Bei Grundstücken kann ein solches mit dinglicher Wirkung vereinbart werden (§ 1094).

g) Jeder Miteigentümer kann die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Die Beschränkung oder Ausschließung dieses Rechtes für immer oder auf Zeit kann vereinbart werden; diese Abrede bleibt aber in gewissen Fällen wirkungslos, so wenn für den Miteigentümer ein wichtiger Grund vorliegt (§ 723), im Konkurse (RD § 16 Abs 2), ferner nach §§ 749—751, 1258 Abs 2. Die Aufhebung des Miteigentums geschieht durch Teilung der beweglichen Sache in Natur, bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung, sonst durch Verkauf und Teilung des Erlöses (§ 753). Die Vereinbarung wirkt auch für und gegen den Sondernachfolger, bei Grundstücken indessen nur, wenn sie als Belastung im Grundbuche eingetragen ist (§ 1010).

B. Für die Stellung der Miteigentümer nach außen gilt:

a) Jeder Miteigentümer hat die Rechte aus § 1011.

b) Jeder Miteigentümer kann über seinen Bruchteil selbständig verfügen, also auch ihn veräußern und belasten (§ 747 Satz 1; RG 56, 100). Der Eigentumsanteil an einer beweglichen Sache kann mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht, der Eigentumsanteil an einem Grundstück mit Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, mit Reallasten, Nießbrauch und Vorkaufsrecht belastet werden, nicht dagegen mit Erbbaurecht, Grund- oder beschränktem persönlichen Dienstbarkeiten; der Inhalt dieser Rechte steht entgegen. Über die Sache im ganzen müssen die Miteigentümer gemeinschaftlich verfügen (§ 747 Satz 2). So erwirbt der Gläubiger eine Briefhypothek, die auf den Anteilen mehrerer Miteigentümer eines Grundstücks eingetragen ist, nur dann, wenn sämtliche Miteigentümer ihm den Hypothekenbrief aushändigen oder, wenn er schon im Besitz ist, eine Einigung über den Eigentumsübergang treffen (RG 52, 360). Zur Begründung oder Übertragung des Miteigentums ist bei Grundstücken die Auflassung und die Eintragung im Grundbuch erforderlich (RG 52, 174; 69, 40). Bei beweglichen Sachen ist zu unterscheiden, ob ein Alleineigentümer Miteigentum begründen oder ob ein Miteigentümer sein Miteigentum übertragen will. In beiden Fällen ist das Einigsein über den Eigentumsübergang, im ersten Falle außerdem regelmäßig die Übergabe zu Mitbesitz erforderlich (§ 929 Satz 1). Wenn der Erwerber sich schon im Mitbesitz befindet, greift § 929 Satz 2 ein. Über die Möglichkeiten, wie der Mitbesitz ausgestaltet werden kann: oben unter A d. Der zweite der bezeichneten Fälle ist ganz nach den Regeln für das Alleineigentum zu behandeln; der veräußernde Miteigentümer muß grundsätzlich seinen ganzen Besitz auf den Erwerber übertragen (§ 929 Satz 1; RG 137, 25). Hat der Erwerber diesen Besitz bereits erlangt, ist § 929 Satz 2 anwendbar. In beiden Fällen ist unter Umständen Übergabeerfolg nach §§ 930, 931 möglich (RG 139, 117); dabei kann sich der abzutretende Anspruch auf Herausgabe zu Mitbesitz auch gegen einen Mitbesitzer richten (RG 69, 40). Mit dinglicher Wirkung gegen einen Dritten kann nach § 137 das Verfügungsrecht der Miteigentümer nicht beschränkt werden, es sei denn, daß die Miteigentümer einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen hätten (§ 719). Bei Grundstücken kann ein Vorkaufsrecht eingeräumt werden (§§ 1009, 1094). Der Alleinbesitz begründet die Vermutung alleinigen Eigentums und alleiniger Verfügungsbefugnis; der Mitbesitz begründet die Vermutung des Miteigentums, aber nicht schon auch die Vermutung ausschließlicher Verfügungsbefugnis über seinen Anteil.

§ 1009

Die gemeinschaftliche Sache kann auch zugunsten eines Miteigentümers belastet werden ¹⁾.

Die Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks sowie die Belastung eines anderen Grundstücks zugunsten der jeweiligen Eigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das andere Grundstück einem Miteigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört ^{2) 3)}.

§ I 947 II 921; M 3 438; B 3 275.

1. Belastung der gemeinschaftlichen Sache zugunsten eines Miteigentümers. Die Belastung eines Anteils eines Miteigentümers zugunsten eines andern Miteigentümers wird als selbst-

verständlich zulässig nicht erst erwähnt. Soll die ganze gemeinschaftliche Sache (Grundstück oder bewegliche Sache) belastet werden, so bedarf es der Verfügung aller Miteigentümer, einschließlich des Erwerbers. Der Miteigentümer ist also zugleich Berechtigter und Verpflichteter. Die Belastung widerspricht an sich dem Grundsatz, daß mangels besonderer Gestattung niemand im eigenen Namen mit sich selbst ein Rechtsgeschäft vornehmen kann (vgl. § 181; RG 47, 209). Diese Gestattung enthält nun § 1009; sie hat darin ihren Grund, daß der Eigentümer nicht nur mit sich selbst, sondern zugleich auch mit den anderen Miteigentümern das Geschäft abschließt (RG 47, 209). Da der das Recht erwerbende Miteigentümer zugleich auf der andern Seite mit den übrigen Miteigentümern als verfügender Teil auftritt (§ 747 Satz 2), so muß er zur Verfügung befugt sein und diese in gehöriger Form (vgl. namentlich BGB § 29 Satz 1) vornehmen. Die verfügende Erklärung braucht aber keine ausdrückliche zu sein; so wird regelmäßig in der auf den Rechtsübergang gerichteten Erklärung des Miteigentümers gegenüber den anderen Teilhabern seine Einwilligung (§ 185) in deren verfügende Erklärung stillschweigend enthalten sein. Das BGB setzt überdies das begrenzte dingliche Recht des Eigentümers an seiner eigenen Sache als rechtlich möglich voraus (§§ 889, 1063, 1163 u. a.). Aus § 1009 Abs 1 ergibt sich, daß auf die zugunsten eines Miteigentümers an dem gemeinschaftlichen Grundstück bestellte Hypothek die §§ 1177, 1197 keine Anwendung finden (SeuffA 58 Nr 214). Ebensovienig §§ 1063, 1256, wenn der Nießbraucher oder Pfandgläubiger Miteigentümer der belasteten Sache wird. Der Miteigentümer einer Sache braucht sich nicht gefallen zu lassen, daß der Gläubiger eines andern Miteigentümers die ganze Sache pfändet (RG 13, 180; 144, 236; SeuffA 61 Nr 264). Der Gläubiger kann nur das Anteilsrecht des Miteigentümers pfänden. Ebensovienig braucht ein Miteigentümer zu dulden, daß ein anderer Miteigentümer auf Grund eines Titels gegen einen Dritten die ganze Sache pfändet (RG 144, 236).

2. Die Belastung zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks betrifft „subjektiv-dingliche“ Rechte: Grunddienstbarkeiten (§ 1018), Vorkaufrechte und Reallasten (§§ 1094 Abs 2, 1105 Abs 2). Für gemeinschaftliche Wege, Brunnen, Hauszwischenräume, Durchgänge, Durchfahrten besteht hiernach die Möglichkeit, durch gegenseitige Bestellung von Grunddienstbarkeiten die Benutzung zu sichern (vgl. auch § 751 A 1). Der Miteigentümer verschiedener Grundstücke kann übrigens auch an dem einen von ihnen zugunsten eines andern eine Grunddienstbarkeit bestellen (so jetzt RG 142, 231).

3. Die Vorschrift des § 1009 trifft nicht unmittelbar den Fall, daß nachträglich die Doppelstellung als Berechtigter (oder Belasteter) und zugleich als Miteigentümer in einer Person zusammentritt. Der der Vorschrift zugrunde liegende Gedanke steht aber dem Erlöschen des Rechtes durch **Vereinigung** entgegen. Diese tritt weder ein bei Rechten an einem Grundstück (vgl. § 889), noch bei Rechten an beweglichen Sachen; soweit etwa aus den Vorschriften der §§ 1063 u. 1256 an sich im Einzelfall ein anderes hergeleitet werden könnte, wird ihre Wirkung durch § 1009 eingeschränkt.

Auf das Eigentum zu gesamter Hand bezieht sich die Vorschrift unmittelbar nicht; die entsprechende Anwendung ist aber zulässig (OLG 15, 410).

§ 1010

Haben die Miteigentümer eines Grundstücks die Verwaltung und Benutzung geregelt oder das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt, so wirkt die getroffene Bestimmung gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist¹⁾.

Die in den §§ 755, 756 bestimmten Ansprüche können gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur geltend gemacht werden, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind²⁾ 3).

§ 1010 II 922; M 3 439; P 3 276—279.

1. Eintragung von Verwaltungsregelung oder Teilungsausschluß als Anteilsbelastung im Grundbuch. Sie beruht auf Vereinbarung, Mehrheitsbeschluß, Urteil mit Bezug auf die Art der Verwaltung, auf Vereinbarung hinsichtlich der Aufhebung. Es handelt sich um eine besondere Art der Belastung der Anteile, die nach den Grundsätzen der §§ 873 ff. vorgenommen wird (WahDbzG 12, 859; RZM 16, 323). § 1010 schränkt die dingliche Wirkung der nach §§ 745, 749 (vgl. §§ 746, 751) getroffenen Bestimmungen für Grundstücke durch die Vorschrift ein, daß die Bestimmung als Belastung des durch den Sondernachfolger erworbenen Anteils — oder des ganzen Grundstücks — im Grundbuch eingetragen werden muß. Die Vorschrift bezieht sich nur auf die Sondernachfolger im Miteigentum, nicht z. B. auf Gläubiger, welche angebliche Mietzinsansprüche eines Miteigentümers gepfändet haben (RG 89, 179). Hierbei handelt es sich nach der herrschenden Meinung um eine besondere Art der „Belastung“, wie es das Gesetz selbst

ausdrückt. Die nicht eingetragene Vereinbarung wirkt für sich auch nicht gegen die Sondernachfolger, die sie kennen; § 892 Abs 1 Satz 2, der von einer Verfügungsbeschränkung handelt, findet keine Anwendung. Die Belastung greift selbstverständlich nicht weiter, als die gesetzliche Wirksamkeit der getroffenen Bestimmung reicht; Inhalt und Wirkung wird durch die Eintragung nicht geändert; diese Wirksamkeit wird eingeschränkt in §§ 749 Abs 2, 3, 750, 751 Satz 2 (vgl. § 16 Abs 2 R.D.).

Über die Eintragung der Belastung und ihre Aufhebung: §§ 873 ff., GBD §§ 19 ff. Die einzutragende Belastung ist durch die Eintragung in ihrer ganzen rechtlichen Tragweite erkennbar zu machen; sie muß in dem Eintrag nach ihrer allgemeinen rechtlichen Natur und nach ihrer besonderen Art gekennzeichnet werden; die Eintragung allein der Tatsache, daß die Miteigentümer die Verwaltung und Benutzung geregelt haben, genügt nicht (JFG 15, 292). Eintragungsfähig ist z. B. die Vereinbarung zweier Miteigentümer eines Grundstücks, daß einer von ihnen die Aufhebung der Gemeinschaft durch Zwangsversteigerung nur verlangen könne, wenn das Meistgebot eine bestimmte Höhe erreiche; ebenso die Vereinbarung, daß die Aufhebung des Miteigentums solange ausgeschlossen sein soll, als nicht bestimmte bezeichnete Personen ihr zugestimmt haben (RGZ 51, 198). Zugelassen hat das Kammergericht auch die folgende Eintragung auf dem Grundstück zweier Miteigentümer: „Die Benutzung und Unterhaltung von dem Hausflur zum Boden führenden Leiter steht den beiden Miteigentümern gemeinschaftlich zu“ (DZG 43, 5). Wird aber ein Miteigentumsanteil an mehrere Personen zu Bruchteilen übertragen, so treten sie nicht in eine besondere Bruchteilsgemeinschaft an dem Anteil, hierauf bezügliche Abreden sind also nicht eintragungsfähig; die Erwerber treten vielmehr mit den entsprechenden Anteilen am Grundstück in die das Gesamtgrundstück umfassende Bruchteilsgemeinschaft ein (RGZ 51, 198). Die zu einem Erbhof gehörenden Miteigentumsanteile des Bauern an Grundstücken und anderen Zubehörungen fallen unter das Veräußerungs- und Belastungsverbot des § 37 ErbhofG und dürfen auch nicht im Wege der Teilungsversteigerung vom Erbhof getrennt werden. Die Veräußerung darf nicht genehmigt werden, wenn hierdurch die Erbhofeigenschaft des Restbesitzes verloren ginge (Tasche, Vogels JW 1936, 551).

Auf Grund des § 1010 Abs 1 kann eine **neuzeitliche Art des Stodwerkseigentums** begründet werden (Miteigentum nach Bruchteilen, gegenseitige Einräumung eines nach Stodwerken geteilten Benutzungsrechts, Ausschluß der Teilung). Vgl. EG Artt 131, 128, 182 (§ 1008 A 1).

Handelt es sich um ein **Gesamthandseigentum** (z. B. im Falle eines letztwilligen Veräußerungsverbots hinsichtlich der Nachlaßgrundstücke), so ist § 1010 erst dann anwendbar, wenn das Gesamthandseigentum durch Vereinbarung in Bruchteilseigentum umgewandelt worden ist (vgl. § 2044 A 2; HR 1935 Nr 1319).

2. Was die **Eintragung im Grundbuch nach Abs 2** anlangt, so ist unter den sehr verschiedenen Ansichten der Meinung von **Achilles-Strecker** (GBD, Einleitung S. 18—20) zuzustimmen, wonach auch hier eine eigentümliche Art der Belastung angenommen werden muß. Ihr Inhalt besteht darin, daß zugunsten des berechtigten Miteigentümers die Miteigentümer der übrigen Anteile als solche die auf die §§ 755, 756 gegründeten, näher zu bezeichnenden Verpflichtungen haben. Bei beweglichen Sachen wirkt der Anspruch gemäß § 755 Abs 2, § 756 Satz 2 an sich gegen die Sondernachfolger. Im übrigen vgl. die A bei §§ 755, 756.

3. Durch eine Vereinbarung nach § 1010 wird an sich nur die Teilung, nicht das Verfügungsrecht des einzelnen Miteigentümers über seinen Anteil ausgeschlossen.

§ 1011

Jeder Miteigentümer kann die Ansprüche aus dem Eigentume Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Sache geltend machen¹⁾, den Anspruch auf Herausgabe jedoch nur in Gemäßheit des § 432 2³⁾ 4).

§ I 951 II 923; M 3 443; P 3 281.

1. Die **Ansprüche aus dem Eigentum** sind teils dinglich (§§ 894, 985 ff., 1004, 1005, 1007, 1027), teils persönlich (§§ 987, 989, 990, 823 ff.). Über den Besitzschutz: §§ 859, 861, 862, 866, 867. Es versteht sich von selbst, daß der Miteigentümer die Ansprüche aus dem Eigentum in Ansehung seines Bruchteils gegen jedermann geltend machen kann. Gegen die übrigen Miteigentümer muß er sich auf die Geltendmachung dieses Teilrechts beschränken; den Besitzschutz genießt er gegen diese in den Schranken des § 866; auch aus § 1004. Über persönliche Ansprüche gegen die Teilhaber vgl. auch §§ 743, 744, 745 Abs 2, 748. **Dritten gegenüber** verleiht das Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Miteigentümer die Macht, die Ansprüche aus dem ganzen Eigentum geltend zu machen (RG 69, 40). Er hat insoweit zum Besten der Gemeinschaft eine eigentümliche Art gesetzlicher Vertretungsmacht für die untätigen Teilhaber. Daraus ist zu folgern, daß er auch deren Miteigentum, nicht nur sein eigenes Bruchteilseigentum, beweisen muß. Jedoch steht ihm auch insoweit die Vermutung des § 1006 zur Seite. Ebenso kann er Berichtigung des Grundbuchs für das ganze Grundstück verlangen (§ 894;

§ 1911, 280¹⁰). Dem Miteigentümer steht auch die Klage auf Einräumung des Mitbesitzes zu (RG 69, 40); ebenso die Klage aus § 1004. Ferner wird man dem Miteigentümer das Recht zubilligen müssen, das Eigentum aller Miteigentümer im Rechtsstreit feststellen zu lassen. Es handelt sich dabei zwar um das Eigentum selbst und streng genommen also nicht um einen Anspruch aus dem Eigentum; auf diesen Unterschied ist jedoch kein ausschlaggebendes Gewicht zu legen. Wer die Herausgabeklage (§ 985) erheben kann, muß auch zur Feststellungsklage, namentlich zur Zwischenfeststellungsklage nach § 280 ZPO befugt sein.

Das rechtskräftige Urteil im Rechtsstreit des einzelnen Miteigentümers hat für und gegen die untätigen Teilhaber keine Rechtswirkung (vgl. M 3, 446). Es bleibt bei der Regel des § 325 ZPO; wird also von zwei auf Herausgabe an alle klagenden Miteigentümern der eine im ersten Rechtszug rechtskräftig abgewiesen, so kann der andere den Anspruch in zweiter Instanz weiterverfolgen. Der Beklagte kann auch nicht einwenden, er sei an Stelle des abgewiesenen Miteigentümers zum Mitbesitz berechtigt (RG 119, 168; vgl. auch HR 1936 Nr 1452). Das Recht des Miteigentümers aus § 1011 ist eben ein von dem gleichen Recht der übrigen Miteigentümer unabhängiges Sonderrecht (aaD. 169). Obliegt der allein klagende Miteigentümer, so übt das insofern eine gewisse tatsächliche Wirkung zugunsten der übrigen Miteigentümer aus, als die Leistung an alle, die Hinterlegung oder die Herausgabe der Sache an den Verwahrer (§ 165 ZGB) auch ihnen zugute kommt (§ 432).

2. **Herausgabe** (§§ 985 ff., 1007) kann der Miteigentümer nur an alle Miteigentümer in den Grenzen des § 432 verlangen (§ 985 A 1). Die Vorschrift umfaßt auch die Ansprüche auf Herausgabe der Nutzungen und auf Schadensersatz (vgl. §§ 987, 989, 990, 823 ff.), soweit die geforderten Leistungen unteilbar sind. Sind sie dagegen teilbar, so besteht überhaupt keine Gemeinschaft (vgl. § 741 A 1 g. E., § 743 A 1; a. M. Biermann § 1011 A 2; Staudinger-Kober A 1; wie hier Pland-Streder A 1 d).

3. Ist eine Hypothek den mehreren Eigentümern des belasteten Grundstücks als Eigentümergrundschuld angefallen, so können sie darüber nur gemeinschaftlich verfügen; ein jeder kann aber für sich die Klage auf Löschungsbewilligung erheben. Klagen sie gleichwohl gemeinschaftlich, so liegt eine notwendige Streitgenossenschaft vor (RG 60, 269; vgl. § 744 A 3). Wird eine Briefhypothek infolge teilweisen Nichtentstehens der Hypothekenforderung teilweise zur Eigentümergrundschuld, so wird der Eigentümer des Grundstücks Miteigentümer des Hypothekenbriefs zu dem aus dem Hypothekenanteil sich ergebenden Bruchteil. Hieraus darf aber nicht gefolgert werden, daß ihm ein Anspruch auf Herausgabe oder auf Einräumung des Mitbesitzes (§ 931) an dem Brief gegen den eingetragenen Gläubiger zustehe, der ihn im Besitz hat (RG 69, 36).

4. Zu einer **entsprechenden Anwendung** von § 1011 ist das Reichsgericht gelangt, als in einem Fall mehrere Personen Eigentümer von Sachen gewesen und geblieben waren, aus denen eine neue einheitliche Sache — ein Kraftwagen — hergestellt worden war, ohne daß den Einzelsachen die Eigenschaft wesentlicher Bestandteile der neuen Sache zukam. Hier billigt das Reichsgericht dem Eigentümer eines Bestandteiles ein die Veräußerung der ganzen Sache hinderns Recht zu, wie es nach § 1011 dem Miteigentümer zusteht (RG 144, 236).

Vierter Abschnitt

Verordnung des Reichs-Arbeitsamts über das Erbbaurecht,

vom 15. Januar 1919 (RGBl. S. 72)¹).

1. Durch diese am 22. Januar 1919 in Kraft getretene, mit Gesetzeskraft versehene Verordnung sind für die künftig zu begründenden Erbbaurechte die §§ 1012—1017 BGB aufgehoben (§ 35 BÜ; § 1 Reichsübergangsgesetzes v. 4. 3. 1919, RGBl. 285). Für die am 22. Januar 1919 bestehenden Erbbaurechte bleibt das bisherige Recht maßgebend (§ 38 BÜ). Das bisherige Recht, insbesondere die §§ 1012—1017 BGB, ist dargestellt in § 38 A 1.

2. Im **internationalen Privatrecht** bestimmen sich Entstehung und Inhalt des Erbbaurechts nach dem Recht des Gebiets, in welchem das Grundstück liegt. Das Recht dieses Gebiets bestimmt auch, ob das Erbbaurecht ein grundstücksgleiches Recht ist. — In Österreich und dem Sudetenland gilt das Ges über das Baurecht v. 26. 4. 1912 (öRGBl. 86) mit BÜ v. 11. 6. 1912 (öRGBl. 114). Danach können Erbbaurechte nur von bestimmten öffentlich-rechtlichen oder gemeinnützigen Körperschaften ausgegeben werden. Die Spekulation mit Erbbaurechten und Siedelungsland wird dadurch eingeschränkt. (Beizke.)

I. Begriff und Inhalt des Erbbaurechts¹⁾

1. Gesetzlicher Inhalt²⁾

§ 1

Ein Grundstück³⁾ kann in der Weise belastet werden⁴⁾, daß demjenigen, zu dessen Gunsten⁵⁾ die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht⁶⁾ zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks⁷⁾ ein Bauwerk⁸⁾ zu haben⁹⁾ (Erbbaurecht).

Das Erbbaurecht kann auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks erstreckt werden, sofern das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache bleibt¹⁰⁾.

Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk, ist unzulässig¹¹⁾.

Das Erbbaurecht kann nicht durch auflösende Bedingungen beschränkt werden¹²⁾. Auf eine Vereinbarung, durch die sich der Erbbauberechtigte verpflichtet, beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen das Erbbaurecht aufzugeben und seine Löschung im Grundbuch zu bewilligen, kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen¹³⁾.

1. Das Erbbaurecht ist aus den Wurzeln der römisch-rechtlichen Superfizies und der mittelalterlichen Bodenleihe (RG Gruch 68, 558) erwachsen. Nach dem Inkrafttreten des BGB, das sich darüber nur in sechs Paragraphen (§§ 1012—1017) verhielt, erkannte man in diesem Recht ein Mittel, zur Abhilfe der Wohnungsnot Bodenflächen auch dann für Bauzwecke nutzbar zu machen, wenn der Eigentümer sein Grundstück nicht veräußern darf oder will. Das Recht wurde daher durch die B.D. v. 15. 1. 1919 weiter ausgebaut. Nach dieser Regelung ist das Erbbaurecht (§ 1 Abs 1 B.D.; früher § 1012 BGB) ein dingliches Recht an fremder Sache, und zwar das veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Oberfläche eines Grundstücks ein Bauwerk zu haben. Da es veräußerlich und vererblich ist, kann es sowohl durch rechtsgeschäftliche Übertragung als auch kraft Gesetzes durch Erbfolge (§§ 1922, 1942, 2100, 2139 BGB) oder Eingehung einer Gütergemeinschaftlichen Ehe mit dem Erbbauberechtigten (§§ 1438, 1519, 1549 BGB) sowie durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung (§ 90 ZVG) erworben werden. Seine Veräußerlichkeit kann aber nach § 5 B.D. an die Zustimmung des Grundstückseigentümers gebunden werden; diese Vereinbarung hat die rechtlichen Folgen der §§ 6—8 B.D. Das Erbbaurecht ist nicht lediglich ein Benutzungsrecht (A 9), aber auch kein geteiltes Eigentum oder Mit-eigentum zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten. Errichtet dieser selbst, wie es in der Regel der Fall sein wird, das Bauwerk, so ist er dessen Eigentümer, da es wesentlicher Bestandteil nicht des Grundstücks, sondern des Erbbaurechts wird (§ 12 Abs 1 Satz 1, Abs 2 B.D.; § 95 Abs 1 Satz 2 BGB; RG JW 1903 Heil 90; RGZ 39 B 50; DLG 31, 333); das Eigentum an dem Grund und Boden, auf dem das Bauwerk steht, verbleibt dem Grundstückseigentümer. Ist das Bauwerk bei der Bestellung des Erbbaurechts schon vorhanden (vgl. bereits DLG 26, 125), so geht der Grundstückseigentümer zwar des Eigentums daran nicht verlustig (RGZ 39 B 50); nach § 12 Abs 1 Satz 1, 2 B.D. gilt aber das Bauwerk auch in diesem Falle als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts, so daß für die Dauer des Rechts das Eigentum des Grundstückseigentümers beschränkt ist und für die Belastungen des Erbbaurechts mithaftet. Streitig ist, ob nicht sogar der Erbbauberechtigte angesichts der Vorschrift, daß das Bauwerk als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts gilt, ebenfalls Eigentum daran erlangt. Die Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentum finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung (§ 11 Abs 1 Satz 1 B.D.; früher § 1017 Abs 2 BGB). Der Erbbauberechtigte ist Besitzer des Bauwerks und des Baugrundes; erstreckt sich sein Recht auf einen weiteren Teil des Grundstücks (§ 1 Abs 2 B.D.; früher § 1013 BGB), so ist er in der Regel auch Besitzer dieses Teils. Zum Schutz seines Besitzes stehen ihm die Besitzklagen zu. Der Grundstückseigentümer hat mittelbaren Besitz im Sinne des § 868 BGB an den genannten Grundflächen und, wenn er Eigentümer des Bauwerks ist, auch an diesem. Das Erbbaurecht kann nur als subjektiv-personliches Recht für eine natürliche oder juristische Person bestellt werden, nicht als subjektiv-dingliches Recht für den jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks (DLG 15, 359). Nachdem es aber erworben ist, kann es mit einem dem Erbbauberechtigten gehörigen Grundstück nach § 890 BGB (§ 11 B.D.; früher § 1017 BGB) zu einem Grundstück vereinigt werden. Die Bestellung des Erbbaurechts unter einer aufschiebenden Bedingung oder einer Zeitbestimmung ist zulässig (RG 61, 1). Dagegen

kann es nicht durch auslösende Bedingung beschränkt werden (§ 1 Abs 4; A 12). Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften; es wird ähnlich wie ein Grundstück behandelt (§§ 11, 14 B D; § 20 G B D in der Fassung des § 37 Abs 1 B D, § 22 Abs 2 G B D; früher § 1017 B G B, § 7 G B D). Dieser Grundsatz gilt auch in Ansehung der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung (§§ 864 ff., 932 Z B D mit §§ 11, 24 B D). Bei der Eintragung in das Grundbuch wird für das Erbbaurecht von Amts wegen ein besonderes Grundbuchblatt (Erbbaugrundbuch) angelegt (§ 14 Abs 1 Satz 1 B D; früher nach dem durch § 35 B D aufgehobenen § 7 G B D a. F. nur auf Antrag ausgenommen im Falle der Veräußerung oder Befreiung). Das Erbbaugrundbuch ist für das Erbbaurecht das Grundbuch im Sinne des B G B (§ 14 Abs 2 B D; vgl. für früheres Recht § 3 Satz 2 G B D). — Zur **Entstehung** eines Erbbaurechts durch Rechtsgeschäft bedarf es gemäß § 873 B G B (§ 11 B D) der Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erwerber und der Eintragung in das Grundbuch des belasteten Grundstücks (Z G B 2, 306). Daß die Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt wird, ist nicht mehr wie früher (§ 1015 B G B) erforderlich. Nach § 11 B D findet auch § 925 B G B (Auflassung) auf das Erbbaurecht keine Anwendung. Die Einigung ist daher (materiellrechtlich) auch formlos gültig (R G Z 53, 152); ob sie im Einzelfall vorliegt, ist Auslegungssache (R G Barn 1933 Nr 161). Formellrechtlich genügt jedoch zur Vornahme der Eintragung nicht, wie sonst bei einer Grundstücksbelastung, die Eintragungsbewilligung des Eigentümers (§ 19 G B D). Vielmehr ist nach der Ordnungsvorschrift des § 20 G B D (in der Fassung des § 37 B D) dem Grundbuchamt die Einigung beider Teile nachzuweisen, und zwar in der Form des § 29 G B D (R G Z 53, 152). Die Art der Eintragung ist behandelt in § 14 A 2. Auch durch Bucherfüllung kann nach § 900 B G B (§ 11 B D; früher § 1017 B G B) ein Erbbaurecht entstehen (30 Jahre lang unrichtiges Eingetragen sein des Erbbaurechts und Besitz des Grundstücks durch den Buchberechtigten in Ausübung eines Erbbaurechts). — Zur **Übertragung** des Erbbaurechts durch Rechtsgeschäft auf einen andern bedurfte es früher nach den §§ 1017 Abs 2, 925 B G B einer vor dem Grundbuchamt bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile zu erklärenden Auflassung und der Eintragung. Jetzt genügt eine gewöhnliche Einigung, die auch formlos rechtswirksam ist, und die Eintragung in das Erbbaugrundbuch (§ 873 B G B; §§ 11, 14 B D). Formellrechtlich ist aber auch hier, wie bei der Bestellung eines Erbbaurechts, zur Eintragung der Übertragung nach der Ordnungsvorschrift des § 20 G B D (in der Fassung des § 37 B D) erforderlich, daß dem Grundbuchamt die Einigung beider Teile nachgewiesen wird, und zwar in der Form des § 29 G B D. Bei einem Erbbaurecht mit lediglich gesetzlichem Inhalt (§ 1 B D) bedarf es zur Übertragung nicht der Zustimmung des Grundstückseigentümers. Ist jedoch gemäß § 5 Abs 1 B D als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart worden, daß der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, so ist nach § 6 Abs 1 B D zur Wirksamkeit der Übertragung diese Zustimmung erforderlich. Der Erbbauberechtigte kann das Erbbaurecht auch auf den Grundstückseigentümer übertragen; ein Erlöschen des Rechts tritt dabei nach § 889 B G B nicht ein (D R G 31, 334). Ist gemäß § 2 Nr 4 B D als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart, daß der Erbbauberechtigte beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen zur Übertragung des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer verpflichtet sein soll, so hat der Grundstückseigentümer gegebenenfalls einen Anspruch auf die Übertragung (Heimfallanspruch: § 3 B D). Nach § 11 Abs 1 Satz 2 B D kann die Übertragung, anders als die Bestellung des Erbbaurechts nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen. — Die **Belastung** eines Erbbaurechts (z. B. mit hypothekarischen Rechten, Dienstbarkeiten, Realasten, Vorkaufsrechten) geschieht in gleicher Weise wie die Belastung eines Grundstücks (§ 11 B D; früher § 1017 Abs 1 B G B). — Zur **Änderung des Inhalts** eines Erbbaurechts ist gemäß §§ 877, 873 B G B (§ 11 B D; früher § 1017 Abs 1 B G B) die Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten und die Eintragung erforderlich. Diese Einigung bedarf, ebenso wie die Einigung über die Bestellung und die Übertragung des Erbbaurechts, zur materiellen Gültigkeit keiner Form. Formellrechtlich ist auch hier nach dem § 20 G B D durch § 37 Abs 1 B D gegebenen Fassung zur Vornahme der Eintragung die Einigung beider Teile in der Form des § 29 G B D nachzuweisen. Die Eintragung hat nicht nur in das Erbbaugrundbuch (§ 14 B D), sondern auch in das Grundbuch über das Grundstück zu erfolgen, da die Belastung des Grundstücks durch das Erbbaurecht eine Änderung erfährt. Ist das Erbbaurecht mit dem Recht eines Dritten belastet, so bedarf es nach §§ 877, 876 B G B zu der Inhaltsänderung der Zustimmung des Dritten. — Die **Beendigung** des Erbbaurechts durch Rechtsgeschäft erfolgt gemäß § 875 B G B (§ 11 B D; früher § 1017 Abs 1 B G B; dazu R Z A 8, 279) durch die von dem Erbbauberechtigten gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Grundstückseigentümer abgegebene Erklärung, daß er das Recht aufgabe, und die Löschung im Grundbuch über das belastete Grundstück, die auch auf dem zu schließenden Erbbaugrundbuch zu vermerken ist (§ 55 Abs 6, §§ 34, 60 GrundbVerf v. 8. 8. 1935). Nach § 26 B D bedarf es dazu aber weiter noch der gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Erbbauberechtigten zu erklärenden Zustimmung des Grundstückseigentümers. Ist das Erbbaurecht mit Rechten Dritter (z. B. Hypotheken) belastet, so ist ferner gemäß § 876 B G B die Zustimmung dieser Dritten erforderlich, die dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber abzugeben ist, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Ferner endigt das Erb-

baurecht durch Ablauf der Zeit, für welche es bestellt ist, wobei nach § 27 Abs 1 B D der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten hat. Jedoch kann das Erbbaurecht verlängert (§ 27 Abs 3 B D) und als Inhalt des Erbbaurechts ein Vorrecht für den Erbbauberechtigten auf Erneuerung des Rechts nach dessen Ablauf eingeräumt werden (§ 2 Nr 6 B D). Weiter endigt das Erbbaurecht gemäß § 901 BGB (§ 11 B D; früher § 1017 Abs 1 BGB) durch Verjährung, wenn es mit Unrecht im Grundbuch gelöst und der Anspruch des Erbbauberechtigten gegen den Grundstückseigentümer verjährt ist. Dagegen finden die §§ 927, 928 BGB keine Anwendung mehr auf das Erbbaurecht (§ 11 Abs 1 B D; früher war § 927 nach § 1017 Abs 1 BGB anwendbar, während die Anwendbarkeit des § 928 von der herrschenden Meinung mit Recht verneint wurde: RZL 8, 279). Das Erbbaurecht kann jetzt also nicht mehr durch Aufgebot oder durch einseitigen Verzicht des Berechtigten gemäß diesen Vorschriften zum Erlöschen gebracht werden. Ferner erlischt das Erbbaurecht nicht: durch Untergang des Bauwerks (§ 13 B D; früher § 1016 BGB), durch Vereinigung des Erbbaurechts und des Eigentums am Grundstück in einer Person (z. B. durch Erbfolge: § 889 BGB) sowie durch zwangsweise Versteigerung des Grundstücks (§ 25 B D). — Über andere landesgesetzlich anerkannte veräußerliche und vererbliche Nutzungrechte vgl. § 37 B D A 3, über die vor dem Inkrafttreten des BGB begründeten Erbbaurechte § 38 B D A 1.

2. Der folgende § 1 bestimmt den **gesetzlichen Inhalt** des Erbbaurechts, von dem bei der Bestellung nicht abgewichen werden darf, wenn ein Erbbaurecht rechtmäßig entstehen soll. Die §§ 2—8, ergänzt durch § 27 Abs 1 Satz 2 und § 32 Abs 1 Satz 2, geben Vorschriften darüber, inwieweit vertragsmäßige Erweiterungen des gesetzlichen Inhalts mit dinglicher Wirkung zulässig sind. Die Abs 1, 3 des § 1 stimmen wörtlich mit den früheren §§ 1012, 1014 BGB überein; Abs 2 entspricht mit einer Änderung dem früheren § 1013 BGB; Abs 4 ist neu.

3. Nicht der ideelle Bruchteil eines **Grundstücks**, da das Erbbaurecht ein **Gebrauchsrecht** ist und das Grundstück unmittelbar trifft; wohl aber ein bestimmter (realer) Teil eines Grundstücks, wobei der Teil gemäß § 7 B D von dem Grundbuchblatt des Grundstücks abzuschreiben ist (DZ 14, 86; 20, 405; RZL 9, 57). Das ganze Grundstück kann aber in der Weise belastet werden, daß das Erbbaurecht seiner Ausübung nach nur auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt ist (RZL 9, 57; DZ 20, 405; 26, 126). Bei der Zwangsversteigerung wird dann der Erlös des ganzen Grundstücks von dem Recht des Erbbauberechtigten ergriffen (RZL 9, 57). In einem solchen Falle findet auch § 7 B D keine Anwendung (RZL 9, 58). Wird das belastete ganze Grundstück geteilt, so haftet jedes Teilgrundstück für das ganze Erbbaurecht; es entsteht daher eine Gesamtbelastung (BZ 51, 229). Ob und wie in einem solchen Fall auch das Erbbaurecht geteilt werden kann, erörtert A 8.

4. Die Art und Weise, in welcher die **rechtsgeschäftliche Belastung** eines Grundstücks mit einem Erbbaurecht erfolgt, ist bereits in A 1 unter „Entstehung“ des Erbbaurechts erörtert.

5. **Derjenige, zu dessen Gunsten** die Belastung erfolgt, kann nur eine natürliche oder juristische Person sein. Die Begründung des Erbbaurechts in der Gestalt eines subjektiv-dinglichen Rechts ist nicht zulässig (A 1). Das Erbbaurecht kann aber mehreren zu ideellen Bruchteilen oder zur gesamten Hand zustehen. Juristische Personen bedürfen zum Erwerb eines Erbbaurechts in Preußen keiner besonderen Genehmigung nach Art 7 PrABGB (§ 11 A 1).

6. Die **Rechtsfolgen**, die sich daraus ergeben, daß das Erbbaurecht **veräußerlich** und **vererblich** ist, sind in A 1 behandelt.

7. Der Begriff „**auf oder unter der Oberfläche**“ erfordert nicht, daß das Bauwerk den Grund und Boden des belasteten Grundstücks berührt. Das Bauwerk, das den Gegenstand des Erbbaurechts bildet, kann also z. B. eine Brücke oder ein Viadukt sein. Auch ein auf Art 553 Code civil gegründetes, durch das BGB nicht mehr zugelassenes Kellerrecht kann nunmehr unter Umständen als Erbbaurecht aufgefaßt werden (B 56, 260; A 11).

8. **Bauwerk** ist eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Baustoffen in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache (B 56, 41). Bauwerke sind also nicht bloß ein Gebäude (§ 912 BGB A 4), sondern auch: Denkmäler (DZ 8, 122); Brücken, Grabgewölbe (BZ 8, 122); Kanalisationsanlagen (B 395/03); Wasserrohrleitung mit eingemauerten Wasserentnahmeschächten (B 33 1910, 148¹¹); Gleisanlagen der Bahnen (B 61, 3; RZL 5, 202); Träger einer Drahtseilbahn (DZ 26, 126). Keine Bauwerke sind dagegen: Rohrleitungen, wenn sie lediglich aus zusammengesetzten, in den Boden versenkten Rohrteilen bestehen (RZL 5, 204); Entwässerungsanlagen (B 61 53, 81); arteliche Brunnen und Doppelröhrentiefbrunnen (B 56, 41; B 59, 124); Maschinen (str.). Im übrigen ist zu verweisen auf BGB § 638 A 2, § 648 A 2. An Pflanzungen allein kann ein Erbbaurecht nicht begründet werden, da es an einem Bauwerk fehlt. Doch kann nach § 1 Abs 2 B D bei der Bestellung des Erbbaurechts an einem Bauwerk das Recht auf eine Pflanzungsanlage erstreckt werden. — Das Erbbaurecht kann teilbar sein, wenn es sich ohne Inhalts- und Wertveränderung in gleichartige Teile zerlegen läßt (str.) und die Beteiligten die Teilung nicht ausgeschlossen haben. Die Teilbarkeit wird besonders dann gegeben sein, wenn die Berechtigung zum Haben mehrerer Gebäude begründet ist (BZ 51,

230; JW 1932, 1977⁶). Die Teilung enthält eine Beschränkung des Teilerbbaurechts auf einen Grundstücksanteil; dieser ist gemäß § 7 BGB von dem Grundbuchblatt über das belastete Grundstück abzuschreiben und als selbständiges Grundstück einzutragen. Ferner ist jeder Grundstücksanteil von dem bei der Teilung auf ihn nicht entfallenden Teil des Erbbaurechts durch Aufgabenerklärung und Löschung gemäß § 875 zu entlassen; auch bedarf es gemäß § 876 der Zustimmung derjenigen, mit deren Rechten das Erbbaurecht belastet ist (RGZ 51, 231). — Für die Zulässigkeit des Erbbaurechts ist gleichgültig, ob das Bauwerk zur Zeit der Begründung des Erbbaurechts bereits besteht oder erst von dem Berechtigten in Ausübung seines Erbbaurechts errichtet wird. In jenem Falle ist der Eigentümer des Grundstücks, in diesem der Erbbauberechtigte Eigentümer des Bauwerks (A 1). Der Eigentümer des Grundstücks kann das Eigentum an dem Bauwerk nicht auf den Erbbauberechtigten (§ 93 BGB; RG 61, 1), wohl aber kann der Erbbauberechtigte sein Eigentum an dem Bauwerk auf den Eigentümer des Grundstücks übertragen, und zwar gemäß §§ 929 ff. (A 1 § 95). Wird ein Schatz im Bauwerk gefunden, so gebührt die Hälfte nach § 984 dem Eigentümer des Bauwerks.

9. Das Recht zum Haben eines Bauwerks schließt die Befugnis in sich, das Bauwerk zu befehlen, gemäß dem Gesetz und dem Bestellungenvertrag zu nutzen, auch abzubrechen und durch ein neues Bauwerk zu ersetzen. Der Erbbauberechtigte „hat“ das Bauwerk auch dann, wenn der Eigentümer des Grundstücks es errichtet hat (A 1; RGZ 25 A 141). Ihm stehen daher auch in diesem Falle die gleichen Befugnisse zu mit Ausnahme des Rechts zur Ersetzung des Bauwerks durch ein neues, da einer solchen Befugnis, wenn sie nicht vertragsmäßig (§ 2 Nr 1 B) besonders eingeräumt ist, das Eigentum des Grundstückseigentümers an dem Bauwerk (A 1) entgegensteht (Tr.). Eine Bestimmung über die Pflicht zur Unterhaltung des Bauwerks durch den Erbbauberechtigten oder den Eigentümer des Grundstücks ist nicht gegeben. Diese Frage ist der vertragsmäßigen Regelung überlassen (§ 2 Nr 1 B). Fehlt eine vertragliche Regelung, so wird, wenn das Bauwerk bei Begründung des Erbbaurechts bereits vorhanden war und deshalb im Eigentum des Grundstückseigentümers bleibt (A 1), dem Erbbauberechtigten wie einem Mißbraucher die Pflicht obliegen, das Bauwerk in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten. In dem Regelfall, daß der Erbbauberechtigte selbst das Bauwerk errichtet hat, kann er es mangels einer vertraglichen Regelung verschlechtern oder auch zugrunde gehen lassen. Er haftet aber für den durch Einsturz des Bauwerks entstehenden Schaden nach §§ 836, 837 BGB. Auch hat er während der Dauer seines Rechts ein Interesse an der ordnungsmäßigen Instandhaltung des Bauwerks, weil er bei Beendigung des Rechts einen Anspruch auf Entschädigung für das Bauwerk (§ 27 B) und beim Heimfall des Rechts an den Grundstückseigentümer (§ 2 Nr 4 B) einen Anspruch auf Vergütung für das Erbbaurecht (§ 32 B) hat und die Höhe der Entschädigung oder Vergütung sich nach dem Wert des Bauwerks zu dieser Zeit bestimmen wird. Nach früherem Recht war der Grundstückseigentümer nicht berechtigt, gemäß § 997 BGB das Bauwerk gegen Ersatz des Wertes zu behalten. Denn damals fehlte die Voraussetzung hierfür, daß das Bauwerk wesentlicher Bestandteil des Grundstücks war (A 1). Jetzt bestimmt § 34 B, daß der Erbbauberechtigte nicht berechtigt ist, beim Erlöschen des Erbbaurechts oder beim Heimfall das Bauwerk wegzunehmen. Nach § 2 Nr 3 B gehört zum Inhalt des Erbbaurechts auch eine Vereinbarung über die Tragung der öffentlichen Lasten und Abgaben. Ist eine solche Vereinbarung nicht getroffen, so haben der Erbbauberechtigte und der Grundstückseigentümer die auf ihrem Eigentum ruhenden Lasten und Abgaben jeder für sich zu tragen, der Erbbauberechtigte also nur die auf dem Bauwerk ruhenden und auch diese nur dann, wenn er Eigentümer des Bauwerks ist (A 1).

10. Die **Erstreckung des Erbbaurechts auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Grundstücksanteil** war schon früher durch § 1013 BGB zugelassen, weil häufig dem Bedürfnis des Erbbauberechtigten mit dem Überlassen des Baugrundes nicht genügt, z. B. zu einem Gebäude ein Hof oder ein Garten nötig ist. In RG Gruch 71, 278 war auch die Erstreckung des Erbbaurechts auf die Gewinnung von Bodenbestandteilen aus dem nicht bebauten Grundstücksanteil schon nach § 1013 für zulässig erklärt. Jedoch war im § 1013 die Zulässigkeit der Erstreckung an die Voraussetzung geknüpft, daß die Benutzung des Grundstücksanteils für die Benutzung des Bauwerks Vorteil bot, worunter dasselbe zu verstehen war wie unter dem Vorteil, den eine Grunddienstbarkeit nach der ihren Inhalt beschränkenden Vorschrift des § 1019 BGB für das herrschende Grundstück haben muß (§ 1019 A 2). Diese Einschränkung ist im § 1 Abs 2 B gefallen. Damit soll dem Inhaber eines Erbbauhauses die notwendige Nutzung des Hofraums oder eines größeren Gartens oder Ackerstücks im Erbbaurecht ermöglicht werden, ohne daß in eine allzu angfällige Prüfung der Frage nach den Vorteilen für das Erbbaurecht eingetreten zu werden braucht (Begr. zu § 1 d. Entw. d. B). Um jedoch zu verhüten, daß auf dem Umwege über das Erbbaurecht die von dem BGB abgeschaffte Erbpacht wieder eingeführt werden könnte, verlangt das Gesetz auch jetzt noch, daß das Bauwerk im Verhältnis zum unbebauten Grundstücksanteil **wirtschaftlich die Hauptsache bleibt**. Daher kann z. B. an einem Landgut mit den darauf befindlichen Wohn- und Wirtschaftsgebäuden oder an einer Gärtnerei mit den zu ihrem Betriebe eingerichteten Gebäuden ein Erbbaurecht nicht bestellt werden, weil solche Gebäude gegenüber den Landflächen oder der Gärtnerei an wirtschaftlicher Bedeutung zurückstehen. Dagegen ist ein Erbbaurecht mög-

lich an einem Landhaus mit einem Hof, Zugangsweg, Bleichplatz, See, Bier- oder Obstgarten oder Park (Begr aaD.; JW 1932, 1977^b). Das Recht zur Benutzung des Nebenlandes gehört zum Inhalt des Erbbaurechts. Soll es erst nachträglich gewährt oder wieder aufgehoben werden, so handelt es sich um eine Änderung des Inhalts des Erbbaurechts; hierfür gelten also dieselben Erfordernisse wie für eine sonstige Inhaltsänderung (A 1 unter „Änderung des Inhalts des Erbbaurechts“). Der Unterschied zwischen der Belastung eines Grundstücks mit dem Erbbaurecht und der Belastung eines ganzen Grundstücks in der Weise, daß die Ausübung des Erbbaurechts auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt ist, wurde schon behandelt in A 3.

11. Das schon in dem früheren § 1014 BGB vorgesehene **Verbot der Beschränkung auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stadtwert**, beruht auf Zweckmäßigkeitsgründen, die aus dem Begriff des Gebäudes (§ 912 A 4) sich ergeben. Unzulässig ist danach z. B. die Begründung eines Erbbaurechts an einem bestimmten Teil eines Mühlengebäudes zwecks Benutzung für ein aufzustellendes Elektrizitätswerk. Wegen des Stodwerks Eigentums ist zu verweisen auf den Vorbehalt für die Landesgesetzgebung in Art 131 und auf die Übergangsbestimmung in Art 182 GGWB. Die in § 1 Abs 3 BÜ ausgesprochene Unzulässigkeit der Beschränkung betrifft weder ein ganzes von mehreren auf demselben Grundstück stehenden selbständigen Gebäuden (z. B. kann an einem Stallgebäude ein Erbbaurecht bestehen, während ein auf demselben Grundstück befindliches Wohngebäude nicht mit dem Erbbaurecht belastet ist) noch einen Teil eines anderen Bauwerks als eines Gebäudes (str.; es folgt dies aber daraus, daß hier nicht das Wort „Bauwerk“, sondern das Wort „Gebäude“ gebraucht ist). Auch braucht das Erbbaurecht, das ein Bauwerk auf der Oberfläche ergreift, nicht notwendig das darunter befindliche Bauwerk zu umfassen und umgekehrt. Der unter einem Gebäude befindliche Keller wird aber regelmäßig ein (unselbständiger) Teil des Gebäudes sein. Unter Umständen kann er sich jedoch nach der Verkehrsanschauung auch als ein selbständiges Gebäude oder sonstiges Bauwerk darstellen. Dann ist ein Erbbaurecht lediglich bezüglich des Kellers zulässig (RG 56, 260; JW 1933, 1334^a). Unzulässig dagegen ist es, ein Erbbaurecht an einem Gebäude, das auf zwei Grundstücken steht, für den Eigentümer des einen Grundstücks zu bestellen, da das Erbbaurecht ein Recht an fremdem Grundstück ist und die auf fremdem Grundstück stehende Baulichkeit hier nur ein Teil eines Gebäudes ist (RGZ 25 A 141). Für einen solchen Fall ist die Bestellung einer Grunddienstbarkeit, vermöge deren der Eigentümer des herrschenden Grundstücks das Recht hat, einen Teil seines Gebäudes auf dem dienenden Grundstück stehen zu lassen, der nach § 1018 BGB zulässige Weg (RGZ 25 A 141).

12. Nach früherem Recht wurde überwiegend angenommen, daß ein Erbbaurecht befristet oder unter einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs 2 BGB) bestellt werden könne. Eine solche Bestellung wurde nur dann für unzulässig erachtet, wenn sie dem Grundsatze der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit des Erbbaurechts nach § 1012 BGB entgegenstand (RG 61, 1; NJW 9, 128). Jetzt aber enthält § 1 Abs 4 Satz 1 BÜ allgemein das **Verbot der Beschränkung des Erbbaurechts durch auflösende Bedingungen**. Das Verbot beruht auf folgenden gesetzgeberischen Gedanken: Mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung würde das Erbbaurecht erlöschen; damit würden aber auch die Belastungen, insbesondere die Hypotheken, die etwa auf dem Erbbaurecht ruhen, untergehen, da ihnen durch den Untergang des Erbbaurechts die Grundlage entzogen wäre; in Anbetracht dieser Wirkung der auflösenden Bedingung würde die Vererblichkeit des Erbbaurechts erschwert sein (Begr. zu § 1 d. Entw. d. BÜ). Die Bestellung eines Erbbaurechts unter einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs 1 BGB) oder einer Zeitbestimmung (§ 163 BGB) ist dagegen zulässig. Daher kann z. B. eine bestimmte Zeitdauer, ein Endtermin, für das Erbbaurecht gesetzt werden. Derartige Bestimmungen bedürfen, da sie einen wesentlichen Teil des Inhalts des Erbbaurechts bilden, außer der Einigung (§ 873 BGB) der Eintragung in das Grundbuch. Im Falle der nachträglichen Vereinbarung (§§ 873, 877 BGB) ist auch die Zustimmung Dritter im Sinne des § 876 BGB erforderlich. Eine Höchstbauer ist für das Erbbaurecht nicht bestimmt. Der Gesetzgeber hat sich dabei einerseits von der Erwägung leiten lassen, daß Erbbaurechte nicht nur für Wohnzwecke bestellt werden möchten, sondern auch zur Errichtung öffentlicher Baulichkeiten (z. B. Museen, Kirchen, Denkmäler), für die eine gesetzlich festgelegte Höchstbauer zu kurz sein könnte, andererseits aber auch von dem Gedanken, daß ein Grundeigentümer ohnehin seinen Boden schwerlich mit Erbbaurechten „auf ewige Zeiten“ belasten werde (Begr. zu § 1 Entw. d. BÜ). Auch von einer Bestimmung der Mindestbauer eines Erbbaurechts ist abgesehen, weil ein kurzfristiges Erbbaurecht nur eine minderwertige Kreditunterlage darstellen und deshalb von den Beteiligten ohnehin kaum angewendet werden würde (Begr aaD.). Die Entschädigung, die der Grundstückseigentümer beim Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf dem Erbbauberechtigten zu leisten hat, und die Rechte der Realberechtigten an dem Entschädigungsanspruch sind geregelt in den §§ 27, 29 BÜ.

13. Nach früherem Recht wurde es für zulässig erachtet, zu vereinbaren, daß der Grundstückseigentümer im Falle der Nichterfüllung von Verpflichtungen des Erbbauberechtigten (z. B. der Verpflichtung, ohne Genehmigung des Grundstückseigentümers das Erbbaurecht nicht zu veräußern) befugt sein solle, die Aufhebung des Erbbaurechts zu verlangen. Man hielt auch für möglich, den so bedingten Anspruch auf Löschung des Erbbaurechts durch Eintragung einer Vor-

merkung (§ 883 BGB) zu sichern (RZM 9, 271). Auch hier hätte aber, wie beim Eintritt einer auflösenden Bedingung (A 12), die Aufhebung des Erbbaurechts zur Folge, daß die Belastungen, insbesondere die Hypotheken, erlöschen würden. Um dieses Ergebnis zu vermeiden und um zur Hebung der Verleihbarkeit des Erbbaurechts die Zahl der Verwirkungsmittel nach Möglichkeit zu verringern, **verbietet** § 1 Abs 4 Satz 2 B D die **Übernahme der Verpflichtung zur Aufgabe und Löschung des Erbbaurechts beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen** (Begr. zu § 1 d. Entw. d. B D). Eine dem Verbot zuwider erfolgte Übernahme ist unwirksam (der Ausdruck „auf eine Vereinbarung . . . kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen“ findet sich auch in § 6 Abs 2, § 27 Abs 2 Satz 2, § 32 Abs 2 Satz 2). Zulässig aber ist nach § 2 Nr 4 B D eine (mit dinglicher Wirkung verbundene) Vereinbarung der Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Übertragung des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen (Heimfall). Bei der Übertragung auf Grund einer solchen Verpflichtung bleiben nach § 33 B D die hypothekarischen Rechte ohne Rücksicht auf ihren Rang bestehen (Begr aaD).

2. Vertragsmäßiger Inhalt ¹⁾

§ 2

Zum Inhalt des Erbbaurechts gehören auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten ²⁾ über:

1. die Errichtung ³⁾, die Instandhaltung ⁴⁾ und die Verwendung des Bauwerkes ⁵⁾;
2. die Versicherung des Bauwerkes und seinen Wiederaufbau im Falle der Zerstörung; ⁴⁾
3. die Tragung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben ⁶⁾;
4. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen (Heimfall) ⁷⁾;
5. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Zahlung von Vertragsstrafen ⁸⁾;
6. die Einräumung eines Vorrechts für den Erbbauberechtigten auf Erneuerung des Erbbaurechts nach dessen Ablauf ⁹⁾;
7. eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen ¹⁰⁾.

1. Während § 1 den gesetzlichen Inhalt des Erbbaurechts bestimmt, von dem nicht abgewichen werden darf, wenn die Erbbaurechtsbestellung Gültigkeit haben soll, geben die §§ 2—8 Vorschriften darüber, nach welchen Richtungen die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten über den gesetzlichen Inhalt hinaus zum **vertragsmäßigen Inhalt** des Erbbaurechts gemacht werden darf und welche Rechtswirkungen damit verbunden sind.

2. Aus der Bestimmung, daß die unter Nr 1—7 aufgeführten Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten auch zum Inhalt des Erbbaurechts gehören, folgt, daß diese Vereinbarungen nicht bloß schuldrechtliche Wirkung zwischen den Beteiligten und ihren allgemeinen Rechtsnachfolgern, sondern als Inhaltsbestandteile auch dingliche Wirkung für und gegen Dritte haben. Die Nichterfüllung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen löst also nicht lediglich einen Schadensersatzanspruch für den einen Vertragsteil gegen den anderen aus, sondern die Verpflichtungen liegen dem jeweiligen Grundstückseigentümer oder Erbbauberechtigten gegenüber dem jeweiligen Erbbauberechtigten oder Grundstückseigentümer ob. Bei jedem Wechsel in der Person des Erbbauberechtigten oder des Grundstückseigentümers, also auch im Falle der Zwangsversteigerung des Erbbaurechts oder des Grundstücks, tritt mithin der Erwerber in die Rechte und Pflichten seines Rechtsvorgängers ein (Begr. zu § 2 d. Entw. d. B D). Erfordernis für die dingliche Wirkung ist die Eintragung in das Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks und in das Erbbaugrundbuch (§ 14 A 2). Werden solche Vereinbarungen erst nach der Begründung des Erbbaurechts getroffen, so bedarf es, da es sich um eine Änderung des Inhalts des Erbbaurechts handelt, nach §§ 873, 877 BGB außer der Einigung und Eintragung der Rechtsänderung gemäß § 876 BGB auch der Zustimmung der Dritten, mit deren Rechten das Erbbaurecht belastet ist (§ 1 A 1). — Andere Vereinbarungen über die Rechte und Pflichten der Beteiligten sind nicht unzulässig (Ausnahme: § 1 Abs 4 Satz 2 B D).

Sie wirken aber nur schuldrechtlich zwischen den Vertragsschließenden. Jedoch können auch noch die in den §§ 5 Abs 1, 27 Abs 1 Satz 2, 32 Abs 1 Satz 2 WD bezeichneten Vereinbarungen (über: Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veränderung des Erbbaurechts; Höhe, Zahlungsart oder Ausschließung der Entschädigung beim Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf; Höhe, Zahlungsart oder Ausschließung der Vergütung beim Heimfall des Erbbaurechts) als Inhalt des Erbbaurechts getroffen werden. Die Ausbedingung eines Erbbauzinses gehört nicht zum Inhalt des Erbbaurechts, sondern erfolgt in Gestalt einer Reallastbestellung (§ 9 WD). Die Zulässigkeit der Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung oder einer Zeitbestimmung ist in § 1 A 12 behandelt.

3. Der den gesetzlichen Inhalt des Erbbaurechts bestimmende § 1 Abs 1 WD besagt nichts darüber, daß der Erbbaurechtsnehmer, dem das Erbbaurecht an unbebautem Boden bestellt wird, auch die Pflicht hat, zu bauen. Daher wird es insbesondere dann, wenn mit der Bestellung des Erbbaurechts der Zweck verfolgt wird, Kleinwohnungen zu schaffen, angezeigt sein, dem Erbbaurechtsnehmer die Verpflichtung zur **Errichtung des Bauwerks** mit dinglicher Wirkung (A 2) aufzuerlegen. Dabei kann ihm eine Frist für die Vornahme des Baues gesetzt, die Art und Einrichtung, die Höhe und Größe des Bauwerks, auch nach einem Bauplan, bestimmt und festgesetzt werden, daß er das Bauwerk nicht ohne Genehmigung des Grundstückseigentümers wesentlich verändern oder ganz oder zum Teil abbrechen dürfe (Begr zu § 2). Dagegen kann ihm umgekehrt die Befugnis zur Errichtung oder Wiedererbauung des zerstörten Bauwerks nicht entzogen werden, da dies dem gesetzlichen Inhalt des Erbbaurechts widersprechen würde.

4. Die Auferlegung der Verpflichtung des Erbbaurechtsnehmers zur **Instandhaltung des Bauwerks** in ordnungsmäßigem Zustand, zur **Versicherung** gegen Feuergefahr, zur **Instandsetzung** im Falle eines Brandes oder, wenn das Bauwerk zerstört ist, zum **Wiederaufbau** dient dem Interesse des Grundstückseigentümers, dem das Bauwerk bei Beendigung des Erbbaurechts nach § 12 Abs 3 WD zufällt (vgl. auch § 23 WD über die Anzeige eines Brandes im Falle der Feuerversicherung). Sie fördert zugleich dadurch, daß die Sicherheit der Hypothekengläubiger erhöht wird, die Beleihbarkeit des Erbbaurechts. Ist keine Bestimmung über die Unterhaltungspflicht getroffen, so regelt sich diese nach den Ausführungen in § 1 A 9.

5. Durch Vereinbarungen über die **Verwendung des Bauwerks** kann besonders verhütet werden, daß da, wo Grund und Boden im öffentlichen Interesse (z. B. für Kleinwohnungs-zwecke) zu Erbbaurecht ausgegeben wird, der Erbbauberechtigte die in gemeinnütziger Weise gemachten Aufwendungen, worunter auch der Verzicht auf eine höheren Gewinn bringende Verwendung des Grund und Bodens fällt, zu eigennütigen Zwecken mißbraucht (Begr zu § 2). Dazu gehören z. B. Vereinbarungen über die Verpflichtung des Erbbauberechtigten, bei der Vermietung der Wohnungen eine bestimmte Höhe der Mietzinzen nicht zu überschreiten, die Mietzinzen nicht ohne Genehmigung des Grundstückseigentümers zu erhöhen, nur an gewisse Kreise von Personen (z. B. Beamte) zu vermieten, in der Belegung der Wohnräume gewisse Grenzen einzubalten, das Bauwerk zu bestimmten Zwecken (z. B. zum Betriebe einer Gastwirtschaft) nicht zu gebrauchen (Begr zu § 2).

6. Den Begriff der **öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben**, deren **Tragung** durch Vereinbarungen mit dinglicher Wirkung (A 2) geregelt werden kann, erläutern BGB § 436 A 1 (öffentliche Lasten und Abgaben) und § 1047 A 3 (privatrechtliche Lasten). Wie die öffentlichen Lasten und Abgaben beim Fehlen solcher Vereinbarungen zu tragen sind, bespricht WD § 1 A 9. Die Frage, ob eine Stadtgemeinde als Grundstückseigentümerin den Erbbauberechtigten zu Straßenanliegerbeiträgen heranziehen kann, wenn er im Erbbauvertrag die öffentlichen Lasten übernommen hat, ist behandelt in JW 1933, 925¹¹. Die Gemeinde als Grundstückseigentümerin darf im Erbbauvertrag nicht schlechthin auf ihre Steuerhoheit gegenüber dem Erbbaurechtsnehmer verzichten. Ein solcher Verzicht wäre nichtig und könnte die Gültigkeit des ganzen Erbbaurechtsvertrags gefährden. Indessen braucht eine Vereinbarung, wonach die Gemeindegrundsteuern nicht vom Erbbauberechtigten, sondern von der Gemeinde zu tragen sind, nicht ohne weiteres als ein unzulässiger Verzicht auf die Steuerhoheit ausgelegt zu werden. Sie kann vielmehr unter Umständen so zu verstehen sein, daß die Gemeinde, unbeschadet ihres öffentlich-rechtlichen Steuerhoheitsrechts, lediglich die rein privatrechtliche Verpflichtung übernimmt, dem an sich steuerpflichtigen Erbbauberechtigten als Gegenleistung für seine Pflichten aus dem Erbbauvertrag die Entrichtung der Gemeindegrundsteuern von der Hand zu halten (RG Warn 1933 Nr 161).

7. Die Gewährung eines **Heimfallanspruchs für den Grundstückseigentümer** kann zugleich mit der Übernahme von Verpflichtungen der in § 2 Nr 1—3 bezeichneten Art und für den Fall vereinbart werden, daß solche Verpflichtungen von dem jeweiligen Erbbauberechtigten (A 2) nicht erfüllt würden. Der Heimfallanspruch kann aber auch an den Eintritt anderer Voraussetzungen geknüpft werden, z. B. an die Säumigkeit in der Zahlung des ausbedingenen Erbbauzinses (§ 9 WD); jedoch mit der aus Abs 3 dort sich ergebenden Beschränkung: Rückstand mit dem Erbbauzins mindestens in Höhe zweier Jahresbeträge) oder an die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des jeweiligen Erbbauberechtigten. Dagegen ist es nach § 6 Abs 2 WD nicht zulässig, dem Grundstückseigentümer einen Heimfallanspruch für den Fall des Zuwiderhandelns des Erbbauberechtigten gegen eine

gemäß § 5 **BD** übernommene Beschränkung (Veräußerung des Erbbaurechts nicht ohne Genehmigung des Grundstückseigentümers) zu gewähren. Der beim Eintritt der Voraussetzung gegebene Heimfallanspruch kann nach § 3 Halbs 1 vom Eigentum am Grundstück nicht getrennt werden. Seine Verjährung ist im § 4 geregelt. Er wird erfüllt durch Übertragung des Erbbaurechts im Wege der (nötigenfalls durch rechtskräftiges Urteil nach § 894 **BPD** zu erziehenden) Einigung und Grundbucheintragung (§ 873 **BGB**; § 11 **BD**) entweder auf den Grundstückseigentümer oder nach § 3 Halbs 2 auf den von ihm bestimmten Dritten. Auch im ersten Falle bleibt aber das Erbbaurecht nach § 889 **BGB** bestehen. Der Wechsel in der Person des Erbbauberechtigten wird im Erbbaugrundbuch eingetragen nebst unverzüglichem Vermerk auf dem Grundbuchblatt über das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück. Der Grundstückseigentümer ist dann also auf diesem Blatt als Eigentümer eingetragen und zugleich als Erbbauberechtigter vermerkt und im Erbbaugrundbuch als neuer Erbbauberechtigter eingetragen (§ 14 **BD**). Wird auf sein Verlangen das Erbbaurecht auf einen Dritten übertragen, so wird nur dieser, nicht zuvor auch er als neuer Erbbauberechtigter in das Erbbaugrundbuch eingetragen. In jedem Falle hat der Grundstückseigentümer nach § 32 Abs 1 dem Erbbauberechtigten für das Erbbaurecht eine angemessene oder die etwa vereinbarte Vergütung zu gewähren, sofern nicht durch eine (im Falle des § 32 Abs 2 unzulässige) Vereinbarung die Gewährung einer Vergütung ausgeschlossen worden ist. Auch wenn das Erbbaurecht auf den Grundstückseigentümer selbst übertragen wird, bleiben gemäß § 33 Abs 1 Satz 1, 2 die dort bezeichneten Belastungen des Erbbaurechts bestehen, während andere auf dem Erbbaurecht lastende Rechte gemäß § 33 Abs 1 Satz 3 erlöschen. Zu den erlöschenden Rechten gehört das Heimfallrecht nicht, da es zum Inhalt des Erbbaurechts gehört. Es besteht für den jeweiligen Grundstückseigentümer gegen den jeweiligen Erbbauberechtigten fort. Will der Grundstückseigentümer und gleichzeitige Erbbauberechtigter nun das Heimfallrecht aufheben, so genügt nach § 875 **BGB** (§ 11 **BD**) dazu seine gegenüber dem Grundbuchamt abgegebene Aufgabeerklärung nebst hinzutretender Löschung im Erbbaugrundbuch. Nach der allgemein gehaltenen Bestimmung des § 876 Satz 1 **BGB** ist aber die Zustimmung der Realberechtigten am Erbbaurecht erforderlich, zumal auch für diese die Aufhebung, die zugleich eine Änderung des Inhalts des Erbbaurechts enthält, von Bedeutung sein kann (str.). Das Bauwerk, das nach § 34 **BD** der Erbbauberechtigte nicht wegnehmen darf, wird auch durch eine solche Aufhebung nicht Bestandteil des Grundstücks, sondern bleibt Bestandteil des Erbbaurechts, da dieses nicht erlischt (§ 12 Abs 2 Halbs 2 mit § 12 Abs 3 **BD**). Das kann für die Sicherheit der Realberechtigten an dem Erbbaurecht und für den Fall der Wiedererwerblichkeit des Erbbaurechts an einen andern von Belang sein (str.). Von der Einführung eines richterlichen Prüfungs- und Milderungsrechts nach dem Muster der Hypothekenschutzverordnung v. 8. 6. 1916 (**RGBl** 451) hat der Gesetzgeber hier bei der Ausübung des Heimfallrechts abgesehen, und zwar nach der Begr zu § 2 Entw deswegen, weil als Erbbaurechtsbesteller in der Hauptsache die öffentlichen Körperschaften in Frage kämen und bei ihnen eine allzu starre Handhabung der Heimfallklausel nicht zu befürchten sei.

8. Eine Festsetzung der **Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Zahlung von Vertragsstrafen** wird hauptsächlich in Betracht kommen für den Fall der Nichterfüllung geringerer Verpflichtungen als solcher, für deren Nichterfüllung ein Heimfallrecht (§ 2 Nr 4) vereinbart wird. Unter Vertragsstrafe kann auch die Nichterfüllung anderer Verpflichtungen als der im § 2 Nr 1—3 bezeichneten gesetzt werden, z. B. die nicht rechtzeitige Zahlung eines Erbbauzinses (§ 9 **BD**). Die Vertragsstrafe unterliegt den Vorschriften der §§ 339 ff. **BGB**, insbesondere auch der des § 343 über die Ermäßigung durch den Richter bei unverhältnismäßiger Höhe. Die Verjährung des Anspruchs auf sie regelt § 4 **BD**.

9. Die rechtlichen Folgen, die sich daraus ergeben, daß für den Erbbauberechtigten ein **Vorrecht auf Erneuerung des Erbbaurechts nach dessen Ablauf eingeräumt** ist, falls der Grundstückseigentümer nach Beendigung des alten Erbbaurechts mit einem Dritten einen Vertrag über Bestellung eines neuen Erbbaurechts an demselben Grundstück schließt, regelt § 31 **BD**.

10. In einer Vereinbarung der **Verpflichtung des Grundstückseigentümers, sein Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen**, müssen wie bei jedem Vorvertrag auf Abschluß eines Kaufvertrags die wesentlichen Bedingungen des Kaufes, insbesondere die Höhe des Kaufpreises, mindestens bestimmbar (wie z. B. jedesmal angemessener Preis, Bestimmung durch einen Beteiligten gemäß §§ 315 f. **BGB** oder einen Dritten gemäß §§ 317 ff. **BGB**) festgesetzt werden, da sonst die Vereinbarung zu unbestimmt ist (str.). Soll ein fest bestimmter (nicht der jedesmal angemessene) Preis maßgebend sein, so wird eine Zeitpanne für die Ausübung des Kaufrechts zu setzen sein, wenn es nicht im Willen der Beteiligten liegt, daß die Steigerung des Bodenpreises im Laufe der Zeit dem jeweiligen Erbbauberechtigten zugute kommen soll. Nach der Geltendmachung des Kaufrechts ist die Übereignung des Grundstücks an den Erbbauberechtigten durch Auflassung (§ 925 **BGB**) zu bewirken; sie führt nach § 889 **BGB** nicht zum Erlöschen des Erbbaurechts. Der Berechtigte kann gesondert Grundstück und Erbbaurecht belasten oder sonst darüber verfügen. Zur Aufhebung des Erbbaurechts (§ 875 **BGB**) bedarf er jedoch nach § 876 **BGB** der Zustimmung der Realberechtigten am Erbbaurecht. — Unberührt durch die

BD, insbesondere durch § 2 Nr 4, 7 (Heimfallrecht, Kaufrecht), ist die Zulässigkeit der Vereinbarung dinglicher Vorkaufrechte (§ 1094 BGB) sei es zugunsten des Grundstückseigentümers an dem Erbbaurecht, sei es zugunsten des Erbbauberechtigten an dem Grundstück für den Fall, daß das Erbbaurecht oder das Grundstück an einen Dritten verkauft wird. Das Vorkaufrecht für den Erbbauberechtigten trägt zur Hebung der Marktgängigkeit und damit der Verleihbarkeit des Erbbaurechts bei; das Vorkaufrecht für den Grundstückseigentümer ermöglicht diesem, das Erbbaurecht selbst zu erwerben, wenn ihm der Käufer für die Erfüllung der als Inhalt des Erbbaurechts übernommenen Verpflichtungen nicht genügende Gewähr bietet (Begr. zu § 2 b. Entw. d. BD). Die nach der Verwirklichung des Vorkaufrechts eintretende Vereinigung des Eigentums am Grundstück und des Erbbaurechts in einer Person führt nach § 889 BGB nicht zum Untergang des Erbbaurechts.

§ 3

Der Heimfallanspruch des Grundstückseigentümers kann nicht von dem Eigentum an dem Grundstück getrennt werden¹⁾; der Eigentümer kann verlangen, daß das Erbbaurecht einem von ihm zu bezeichnenden Dritten übertragen wird²⁾.

1. Die Untrennbarkeit soll eine Verwicklung der Rechtsverhältnisse verhüten; sie hat zur Folge, daß der Heimfallanspruch nicht für sich allein Gegenstand einer Verfügung oder einer Pfändung sein kann.

2. Durch die Gewährung des Rechts auf Übertragung des Erbbaurechts an den Dritten soll — zur Verhütung unnötiger Belastung des Grundbuchs und zur Ersparung von Kosten — der Umweg der Übertragung auf den Grundstückseigentümer vermieden werden, wenn dieser das Erbbaurecht nicht für sich zu behalten, sondern dem Dritten zu übertragen beabsichtigt (Begr. zu § 3 b. Entw. d. BD).

§ 4

Der Heimfallanspruch sowie der Anspruch auf eine Vertragsstrafe (§ 2 Nr. 4 und 5) verjährt in sechs Monaten von dem Zeitpunkt an, in dem der Grundstückseigentümer von dem Vorhandensein der Voraussetzungen Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in zwei Jahren vom Eintreten der Voraussetzungen an¹⁾.

1. Die kurze (§ 195 BGB) Verjährungsfrist für den Heimfallanspruch (§ 2 Nr 4) und für den Anspruch auf eine Vertragsstrafe (§ 2 Nr 5) ist besonders geregelt, weil diese Ansprüche auf Vereinbarungen beruhen, die nach § 2 zum Inhalt des Erbbaurechts gehören, und weil deshalb für sie nicht nur die für die Verjährung schuldrechtlicher Ansprüche gegebenen Verjährungsfristen (§§ 474, 852, 1057 BGB), sondern auch die Vorschriften über die Verjährung eingetragener Rechte (§ 902 BGB) in Frage kommen konnten (Begr. zu § 4 b. Entw. d. BD). Die Voraussetzung, von deren Kenntnis oder Eintreten ab die sechsmonatige oder zweijährige Verjährungsfrist beginnt, wird in der Regel die Nichterfüllung einer vom Erbbaurechtsnehmer übernommenen Verpflichtung sein (§ 2 Nr 7, 8).

§ 5

Als Inhalt des Erbbaurechts¹⁾ kann auch vereinbart werden²⁾, daß der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf.

Als Inhalt des Erbbaurechts¹⁾ kann ferner vereinbart werden²⁾, daß der Erbbauberechtigte zur Belastung des Erbbaurechts mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast³⁾ der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Ist eine solche Vereinbarung getroffen, so kann auch eine Änderung des Inhalts⁴⁾ der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder der Reallast, die eine weitere Belastung des Erbbaurechts enthält⁵⁾, nicht ohne die Zustimmung des Grundstückseigentümers erfolgen⁶⁾.

1. Aus den Worten „als Inhalt des Erbbaurechts“ folgt, daß die hier zugelassene Vereinbarung ebenso wie die in § 2 aufgeführten Vereinbarungen dingliche Wirkung gegen jedermann hat (§ 2 Nr 2), während sonst nach § 137 BGB die Befugnis zur Verfügung über ein

veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung beschränkt werden kann. Eine ohne die erforderliche Zustimmung des Grundstückseigentümers ins Erbbaugrundbuch eingetragene Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts ist bis zur nachträglichen Genehmigung des Eigentümers schwebend unwirksam; die nachträgliche Genehmigung kann im Verfahren nach § 7 Abs 3 gerichtlich ersezt werden (§§ 17, 81).

2. Für den Grundstückseigentümer kann eine **Vereinbarung, wonach seine Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts erforderlich ist**, besonders von Bedeutung sein, um zu verhüten, daß der Erbbauberechtigte seine Erbbaurechte unter Hintanziehung des mit der Gewährung des Rechts verfolgten Zwecks zu Spekulationszwecken veräußert. Die Vereinbarung, wonach die Zustimmung des Eigentümers zur **Belastung des Erbbaurechts** mit den im Abs 2 bezeichneten Rechten nötig ist, wird namentlich geeignet sein zu verhüten, daß Belastungen im Übermaß und ohne wirtschaftlichen Bedarf für das Bauwerk erfolgen und bei einem vorzeitigen Heimfall des Erbbaurechts (§ 2 Nr 4) gemäß § 33 auf dem dann dem Eigentümer selbst zustehenden Erbbaurecht ruhen (Begr. zu § 5 d. Entw. d. B. D.).

3. Nur für die Belastung mit einer **Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Realkast** kann das Erfordernis der Zustimmung mit dinglicher Wirkung vereinbart werden. Eine solche Vereinbarung hat aber zur Folge, daß ohne die Zustimmung des Grundstückseigentümers auch eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs eines Dritten gegen den Erbbauberechtigten auf Einräumung einer Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld, Realkast) an dem Erbbaurecht auf dem Blatt des Erbbaurechts nicht eingetragen werden kann (§§ 9, 213). Eine Vereinbarung für die Belastung mit anderen Rechten, z. B. Nießbrauch, persönlichen Dienstbarkeiten, hat nach § 137 Satz 1, 2 BGB nur schuldrechtliche Wirkung zwischen den Vertragschließenden. Auch die Vereinbarung, daß der Erbbauberechtigte eine Hypothek nur bei einem bestimmten Gläubiger oder nur zu einem bestimmten Zweck solle aufnehmen dürfen, kann nicht mit dinglicher Wirkung zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden (§§ 16, 208).

4. Daß auch die im Abs 2 Satz 2 bezeichnete **Änderung des Inhalts** der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, ist gesetzliche Folge aus der gemäß Abs 2 Satz 1 getroffenen Vereinbarung; eine besondere Vereinbarung darüber ist nicht erforderlich.

5. Um eine Änderung des Inhalts, die eine **weitere Belastung des Erbbaurechts enthält**, handelt es sich z. B. dann, wenn nachträglich (gemäß § 877 BGB) das Kapital oder die Zinsen der hypothekarischen Rechte oder die Leistungen der Realkastberechtigung erhöht werden. Keine solche Inhaltsänderung stellt dar die Umwandlung einer das Erbbaurecht belastenden Hypothek in eine Grundschuld des Erbbauberechtigten und die Abtretung dieser Grundschuld an einen neuen Gläubiger (§§ 16, 208).

6. Bestimmungen über die Wirkungen der aus den Vereinbarungen sich ergebenden Verfügungsbeschränkungen enthalten die §§ 6, 8; § 7 regelt den Schutz des Erbbauberechtigten gegen Willkür des Grundstückseigentümers.

§ 6

Ist eine Vereinbarung gemäß § 5 getroffen, so ist eine Verfügung des Erbbauberechtigten über das Erbbaurecht und ein Vertrag, durch den er sich zu einer solchen Verfügung verpflichtet, unwirksam, solange nicht der Grundstückseigentümer die erforderliche Zustimmung erteilt hat¹⁾.

Auf eine Vereinbarung, daß ein **Zuwiderhandeln des Erbbauberechtigten gegen eine nach § 5 übernommene Beschränkung einen Heimfallanspruch begründen soll**, kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen²⁾.

1. **Unwirksam** ist nicht nur die einer Vereinbarung nach § 5 Abs 1 oder 2 zuwider ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers erfolgte dingliche **Verfügung des Erbbauberechtigten** durch Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts, sondern auch der schuldrechtliche **Vertrag auf Übernahme der Verpflichtung** zu einer solchen Verfügung. Deshalb können auch auf Grund eines solchen schuldrechtlichen Vertrags vom Vertragsgegner des Erbbauberechtigten gegen diesen keinerlei Rechte, insbesondere auf Erfüllung oder auf Schadenersatz, geltend gemacht werden. Voraussetzung für die Unwirksamkeit nach § 6 ist aber, daß die Vereinbarung aus § 5 nicht lediglich schuldrechtlicher Natur geblieben ist, sondern durch Eintragung im Grundbuch zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht worden ist (§§ 13, 366). Ist diese Voraussetzung erfüllt, so wirkt die Unwirksamkeit gegen jedermann (§§ 1933, 704³⁾). Sie ist aber nur eine vorläufige, schwebende. Die Verfügung oder der schuldrechtliche Vertrag kann durch **nachträgliche Zustimmung** (Genehmigung: § 184 BGB) **des Grundstückseigentümers** wirksam werden; einseitig sind die Beteiligten gegenseitig gebunden; ein einseitiger Widerruf steht ihnen nicht zu (§§ 64, 154). Nach § 15 B. D. darf aber im Falle einer Verfügung der Rechtsübergang oder die Belastung erst eingetragen werden, wenn die Zustimmung dem Grundbuchamt nachgewiesen

ist. Die Zustimmung bedarf gemäß § 182 BGB nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form. Erfolgt sie nachträglich, so wirkt sie auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück (§ 184 Abs 1 BGB). Wird sie verweigert und auch nicht auf dem in § 7 dem Erbbauberechtigten offen gelassenen Wege ersetzt (§ 5 A 1), so ist die Unwirksamkeit nunmehr eine endgültige.

2. Durch die Bestimmung des Abs 2 ist einer Vereinbarung, daß dem Grundstückseigentümer ein **Hemmfallenanspruch** (§ 2 Nr 4) zuzuteilen solle, wenn der Erbbauberechtigte **einer gemäß § 5 Abs 1 oder 2 getroffenen Vereinbarung zuwiderhandeln** würde, die Wirksamkeit gegenüber dem Erbbauberechtigten entzogen (§ 1 A 13).

§ 7

Ist anzunehmen, daß durch die Veräußerung (§ 5 Abs 1) der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird, und daß die Persönlichkeit des Erwerbers Gewähr für eine ordnungsmäßige Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen bietet, so kann der Erbbauberechtigte verlangen, daß der Grundstückseigentümer die Zustimmung zur Veräußerung erteilt¹⁾. Dem Erbbauberechtigten kann auch für weitere Fälle ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung eingeräumt werden²⁾.

Ist eine Belastung (§ 5 Abs 2) mit den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vereinbar, und wird der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet, so kann der Erbbauberechtigte verlangen, daß der Grundstückseigentümer die Zustimmung zu der Belastung erteilt¹⁾.

Wird die Zustimmung des Grundstückseigentümers ohne ausreichenden Grund verweigert, so kann sie auf Antrag des Erbbauberechtigten durch das Amtsgericht ersetzt werden, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist¹⁾. Die Vorschriften des § 53 Abs 1 Satz 1, Abs 2 und des § 60 Abs 1 Nr 6 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gelten entsprechend³⁾.

1. Der Grundstückseigentümer könnte kraft einer gemäß § 5 Abs 1 oder 2 getroffenen Vereinbarung durch eine nach der Sachlage nicht gerechtfertigte Verjagung der Zustimmung zur Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts die Freizügigkeit und wirtschaftliche Freiheit des Erbbauberechtigten in unerträglicher Weise einengen und ihm unter Umständen jede Benutzung des im Erbbaurecht verkörperten Vermögensgegenstandes zur Kreditgewinnung verwehren. Um dem vorzubeugen, gibt § 7 unter den im Abs 1 und im Abs 2 bestimmten je zwei Voraussetzungen (nicht wesentliche Beeinträchtigung oder Gefährdung des mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zwecks, Gewähr der Persönlichkeit des Erwerbers für eine ordnungsmäßige Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen oder Vereinbarkeit der Belastung mit einer ordnungsmäßigen Wirtschaft) einen **gesetzlichen Anspruch auf die Zustimmung zu der Veräußerung oder Belastung** (Begr. zu § 7 d. Entw. d. B.D.). Dieser Anspruch ist mit dem Erbbaurecht untrennbar verbunden und kann daher nicht selbständig übertragen oder gepfändet werden (§ 78 17, 178). Für seine Durchsetzung schließt das Gesetz den ordentlichen Rechtsweg aus und trifft, um im Interesse des Erbbauberechtigten eine Entscheidung möglichst schnell und einfach herbeizuführen, im Abs 3 die Bestimmung, daß die Zustimmung, wenn sie **ohne ausreichenden Grund, insbesondere (A 2) also trotz Vorliegens der vom Gesetz bezeichneten beiden Voraussetzungen verweigert** wird, **auf Antrag des Erbbauberechtigten durch das Amtsgericht** des belegenden Grundstücks im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ersetzt werden kann (Begr. aaD.). Dieses Verfahren setzt zwar nicht unbedingt voraus, daß bereits ein formgültiger Veräußerungsvertrag abgeschlossen ist; es kann aber nicht eher in Gang gesetzt werden, als das Erbbaurecht durch Eintragung im Grundbuch entstanden ist (§ 78 13, 366). Den Antrag auf Einleitung des Erzeugungsverfahrens kann nur der Erbbauberechtigte stellen; eine Abtretung des Antragsrechts ist unzulässig (§ 78 17, 81). Die Entscheidung der Frage, ob der Grundstückseigentümer die begehrte Zustimmung bereits wirksam erteilt habe, gehört im Streitfall nicht in das Erzeugungsverfahren nach § 7 Abs 3 (§ 78 17, 81). Das Amtsgericht hat bei seiner Entscheidung über die Erteilung der Zustimmung die tatsächlichen Verhältnisse zur Zeit der gerichtlichen Befehlshausung, nicht die Verhältnisse zur Zeit der etwa schon vorangegangenen, schwebend unwirksamen (§ 5 A 1) Eintragung zu Grunde zu legen (§ 78 17, 81).

2. Der schwer verständliche Abs 1 Satz 2 ist beim Zusammenhalt mit Abs 1 Satz 1 und Abs 3 wohl dahin aufzufassen: Auch wenn im Falle der Veräußerung des Erbbaurechts die Voraussetzungen des Abs 1 Satz 1 für den gesetzlichen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung nicht vorliegen, kann dem Erbbauberechtigten für weitere Fälle ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung eingeräumt werden. Immerhin müssen die weiteren Fälle solche sein, daß die Verweigerung der Zustimmung sich, wie stets beim Vorliegen der Voraussetzungen des Abs 1 Satz 1, als ohne ausreichenden Grund erfolgt darstellen kann. Es ist dann Sache des Ermessens des Amtsgerichts, ob es auch in einem solchen weiteren Fall die Zustimmung erteilen will (str.).

3. Aus der entsprechenden Geltung des § 53 Abs 1 Satz 1, Abs 2 und des § 60 Abs 1 Nr 6 FGG folgt: Die Verfügung, durch die das Amtsgericht auf Antrag des Erbbauberechtigten die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts erteilt, tritt erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit. Bei Gefahr im Verzug kann das Gericht die sofortige Wirksamkeit der Verfügung anordnen; eine solche Verfügung tritt mit der Bekanntmachung an den Erbbauberechtigten in Wirksamkeit. Gegen die erst mit der Rechtskraft wirksam werdende Verfügung findet sofortige Beschwerde binnen einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung an den Beschwerdeführer (den die Zustimmung verweigern den Grundstückseigentümer) beginnt (§§ 16 Abs 1, 2; 22 Abs 4 FGG), an das Landgericht statt; weitere Beschwerde an das Oberlandesgericht ist im Falle einer Gesetzesverletzung zugelassen (§ 27 FGG).

§ 8

Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen¹⁾, sind insoweit unwirksam, als²⁾ sie die Rechte des Grundstückseigentümers aus einer Vereinbarung gemäß § 5 vereiteln oder beeinträchtigen würden³⁾.

1. Da nach § 11 BÜ auf das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, kommen hier als Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung, durch den Konkursverwalter namentlich in Betracht: die Zwangsversteigerung (§§ 15 ff. ZVG) und die Zwangsverwaltung (§§ 146 ff. ZVG) des Erbbaurechts im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 866 ZPO) oder auf Verreiben des Konkursverwalters (§ 126 RD; §§ 172—174 ZVG); die Eintragung einer Zwangshypothek (§§ 866, 867 ZPO) und einer Arresthypothek (§ 932 ZPO) auf das Erbbaurecht.

2. Aus den Worten „insoweit unwirksam, als“ ist nicht zu folgern, daß die Verfügung nur gegenüber dem in seinen Rechten verletzten Grundstückseigentümer unwirksam sei und daß Dritte die Verfügung als wirksam gelten lassen müßten, wenn der Eigentümer davon absehe, die Unwirksamkeit geltend zu machen und ihre Feststellung durchzusetzen. Aus dem Zusammenhang des § 8 mit dem über Unwirksamkeit von Verfügungen sprechenden § 6 Abs 1 sowie daraus, daß § 8 kein auf den Schutz bestimmter Personen beschränktes gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB enthält, ergibt sich vielmehr, daß die Unwirksamkeit ähnlich wie im Falle des § 2113 BGB (Verfügung des Vorerben über ein Nachlassgrundstück zum Nachteil des Nacherben) eine absolute ist. Auch Dritte, die ein Interesse daran haben, können sich also auf sie berufen, solange der Grundstückseigentümer die Verfügung nicht genehmigt hat (ZB 1933, 704³⁾). Der durch die genannten Worte eingeleitete Schlusssatz des § 8 bestimmt nur die sachliche Voraussetzung für die Unwirksamkeit. Der in seinen Rechten verletzten Grundstückseigentümer kann die Beseitigung der Verfügung im Wege der Widerspruchsklage nach §§ 771, 928 ZPO gegen den die Zwangsvollstreckung oder die Arrestvollziehung betreibenden Gläubiger oder gegen den Konkursverwalter betreiben. Er kann aber auch im Wege der Einwendung nach § 766 ZPO (vgl. für den Konkursverwalter RG 37, 398) gegen die beeinträchtigenden Verfügungen vorgehen. Auch hat im Falle einer Vereinbarung nach § 5 Abs 1 der Vollstreckungsrichter die Einleitung der Zwangsversteigerung abzulehnen, wenn ihm die Genehmigung des Grundstückseigentümers nicht nachgewiesen wird; gegebenenfalls ist nachträglich gemäß § 28 ZVG zu verfahren.

3. Die Rechte des Grundstückseigentümers würden z. B. vereitelt oder beeinträchtigt werden: im Falle einer Vereinbarung nach § 5 Abs 1 (Veräußerung ohne Zustimmung) durch die Zwangsversteigerung des Erbbaurechts, dagegen nicht durch die Eintragung einer Zwangshypothek oder einer Arresthypothek; im Falle einer Vereinbarung nach § 5 Abs 2 (Belastung ohne Zustimmung) durch die Eintragung einer Zwangshypothek oder einer Arresthypothek, dagegen nicht durch die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung.

3. Erbbauzins

§ 9

Wird für die Bestellung des Erbbaurechts ein Entgelt in wiederkehrenden Leistungen (Erbbauzins) ausbedungen¹⁾, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Reallasten entsprechende Anwendung²⁾. Die zugunsten der Landesgesetze bestehenden Vorbehalte über Reallasten finden keine Anwendung³⁾.

Der Erbbauzins muß nach Zeit und Höhe für die ganze Erbbaubauzeit im voraus bestimmt sein¹⁾. Der Anspruch des Grundstückseigentümers auf Entrichtung des Erbbauzinses kann in Ansehung noch nicht fälliger Leistungen nicht von dem Eigentum an dem Grundstück getrennt werden⁴⁾.

Zahlungsverzug des Erbbauberechtigten kann den Heimfallanspruch nur dann begründen, wenn der Erbbauberechtigte mit dem Erbbauzins mindestens in Höhe zweier Jahresbeträge im Rückstand ist⁵⁾.

1. Ein Erbbaurecht kann entgeltlich oder unentgeltlich bestellt werden. Wird es entgeltlich bestellt, so haben die Beteiligten es in der Hand, eine einmalige Abfindung oder, was die allgemein übliche Form der Gegenleistung ist, ein Entgelt in wiederkehrenden Leistungen (Erbbauzins) auszubedingen. Der wiederkehrende Zins muß aber nach Abs 2 Satz 1 für die ganze Dauer der Erbbaubauzeit nach Fälligkeit und Höhe im voraus bestimmt sein. Dieses Erbbauzinsrecht kann nicht für den gegenwärtigen Grundstückseigentümer persönlich, sondern nur für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks (§ 1105 Abs 2 mit § 1111 Abs 1 BGB) bestellt werden. Das ergibt sich aus der im Abs 2 Satz 2 gegebenen Vorschrift, wonach das Zinsrecht nicht von dem Eigentum an dem Grundstück getrennt werden kann. Die Bestellung erfolgt gemäß § 873 BGB (§§ 11, 14 B.D.) durch Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbaurechtsnehmer und Eintragung in das Erbbaugrundbuch. Die Einigung bedarf zur materiellrechtlichen Gültigkeit keiner Form; formellrechtlich ist zur Vornahme der Eintragung die Eintragungsbewilligung des Erbbauberechtigten (§ 19 BGB) in der Form des § 29 BGB zu erklären. Die Frage, ob und inwieweit bei der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung gemäß § 874 BGB Bezug genommen werden kann, ist nunmehr durch den neu eingefügten Satz 3 im § 14 Abs 1 geregelt (§ 14 A 1 a). Aus § 9 Abs 2 Satz 1 ist zu entnehmen, daß der Erbbauzins von vornherein unter genauer ziffermäßiger Bestimmung der Höhe festgesetzt sein muß. Die Bemessung des Erbbauzinses auf der Grundlage der Feingoldmark ist zulässig (ZFG 8, 330). Dagegen kann die Bestimmung der Höhe des Erbbauzinses nicht in der Weise getroffen werden, daß eine Höchst- und Mindestgrenze festgesetzt und die Bestimmung der Höhe des Erbbauzinses für die einzelnen Zeitabschnitte der späteren Vereinbarung der Beteiligten oder der Ermittlung durch einen Dritten vorbehalten wird (ZFG 3, 325). Soll eine künftige Erhöhung des Erbbauzinses bei späterer Wertsteigerung des Erbbaurechts vorgesehen werden, so kann dies nur durch Eintragung einer Vormerkung (§ 883 Abs 1 Satz 2) zur Sicherung des vertragsmäßig festzulegenden Anspruchs auf eine künftige Erhöhung oder durch Bestellung einer Höchstbetragshypothek (§ 1190) für den künftigen Anspruch geschehen (ZFG 3, 329). Soll nachträglich eine Erhöhung der Zinsbeträge erfolgen, so bedarf es nach §§ 877, 876 Satz 1 BGB außer der Einigung und der Eintragung auch der Zustimmung der Realberechtigten, die der Erbbauzinspflicht im Range nachstehen, es sei denn, daß die Erhöhung von vornherein unter genauer ziffermäßiger Bestimmung der Höhe vertraglich vorgesehen und diese Ausbedingung im Grundbuch vermerkt ist (Begr zu § 9 d. Entw. d. B.D.). Zur nachträglichen Minderung des Zinses ist nach § 876 Satz 2 BGB die Zustimmung der Realberechtigten an dem Grundstück erforderlich (BGB § 876 A 1 und hier A 4).

2. Da die Vorschriften über die Reallasten entsprechende Anwendung finden sollen, ist die Vereinbarung über die Erbbauzinspflicht nicht wie die Vereinbarungen nach § 2 B.D. als zum Inhalt des Erbbaurechts gehörig zu erachten, sondern gleichzustellen der Bestellung einer Reallastberechtigung an dem Erbbaurecht für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks (§ 1105 BGB). Daraus folgt, daß der ursprüngliche Rang der Erbbauzinspflicht nach § 880 BGB geändert, z. B. einer Hypothek am Erbbaurecht der Vorrang eingeräumt werden kann (§ 10 B.D.; Begr aaD.). Im übrigen gelten für die Einzelzinsen die Vorschriften über Hypothekenzinsen (§ 1107). Rückstände verjähren daher in vier Jahren (§§ 197, 902 Abs 1 Satz 2) und erlöschen beim Heimfall (§ 2 Nr 4 B.D.) dinglich (§ 1178), während die ganze Erbbauzinspflicht bestehen bleibt (§ 889). Der Erbbauberechtigte haftet für die während der Dauer seines Rechts fällig werdenden Leistungen auch persönlich (§ 1108).

3. Die Nichtanwendbarkeit der Vorbehalte zugunsten der Landesgesetze (Artt 113, 115, 120 GG; § 1105 A 1 BGB) ergibt, daß auf die Erbbauzinspflicht stets lediglich die Vor-

Schriften des BGB über die Realasten Anwendung finden. Dadurch soll der Rechtszustand in den Ländern vereinheitlicht werden (Begr aaD.).

4. Da der Anspruch auf noch nicht fällige Leistungen von dem Eigentum am Grundstück nicht getrennt werden kann, unterliegt er als Bestandteil des Grundstücks (§ 96 BGB) der Haftung für die Hypotheken. Ferner kann er nicht wie die fälligen Leistungen (§§ 398, 1107, 1159, 1280 BGB) abgetreten, verpfändet, gepfändet werden. Im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks geht er auf den Ersteher über (§§ 20 Abs 2, 55 Abs 1, 90 Abs 2 BGB).

5. Nach Abs 3 kann ein Heimfallrecht, das für den Fall des Verzugs mit der Leistung der einzelnen Erbbauzinsraten gemäß § 2 Nr 4 vereinbart worden ist (§ 2 A 7), nur geltend gemacht werden, wenn der Erbbauberechtigte mit dem Erbbauzins mindestens in Höhe zweier Jahresbeträge, gleichviel für welche Zeit, im Rückstande ist. Durch diese Bestimmung soll der Erbbauberechtigte gegen eine allzu strenge Handhabung der Heimfallklausel geschützt werden (Begr aaD.).

4. Rangstelle

§ 10

Das Erbbaurecht kann nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt werden; der Rang kann nicht geändert werden¹⁾. Rechte, die zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen, bleiben außer Betracht²⁾.

Durch landesrechtliche Verordnung können Bestimmungen getroffen werden, wonach bei der Bestellung des Erbbaurechts von dem Erfordernisse der ersten Rangstelle abgewichen werden kann, wenn dies für die vorhergehenden Berechtigten und den Bestand des Erbbaurechts unschädlich ist³⁾.

1. Zur Erhaltung des Bestandes des Erbbaurechts im Falle der Zwangsversteigerung des damit belasteten Grundstücks (§ 25 WD) und zur Förderung der Beleiherbarkeit ist bestimmt, daß das Erbbaurecht nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt und der Rang nicht geändert (§ 880 BGB) werden kann. Ist das Grundstück mit Rechten belastet, so müssen die Berechtigten, wenn ein Erbbaurecht bestellt werden soll, diesem gemäß § 880 BGB den Vorrang einräumen. Dies gilt auch von einem eingetragenen Vorkaufrecht, das nach § 1094 Abs 1 ein das Grundstück belastendes Recht im Sinne des § 879 ist, zu anderen das Grundstück belastenden Rechten in einem Rangverhältnis steht und daher dem Erbbaurecht im Range vorgehen würde. Daß das Vorkaufrecht, auch wenn es den Vorrang vor dem Erbbaurecht behielte, den Bestand des Erbbaurechts unberührt lassen würde, ist unerheblich. Denn im allgemeinen erfordert die Annahme eines Rangverhältnisses nicht, daß das nachfolgende oder vorgehende Recht durch das andere Recht in seinem Bestande beeinträchtigt wird. Aus dem Vorbehalt für die Landesgesetzgebung im § 10 Abs 2 ergibt sich, daß dies auch im Sinne des § 10 Abs 1 liegt (ZB 1926, 1016³⁾). Hat das Grundbuchamt (versehentlich) das Erbbaurecht nicht zur ersten Rangstelle eingetragen, so ist die Eintragung gemäß § 53 Abs 1 Satz 2 GBD ihrem Inhalt nach unzulässig und von Amts wegen zu löschen (str.). Die Ansicht, daß in diesem Falle nur nach § 53 Abs 1 Satz 1 GBD wegen der Unrichtigkeit des Ranges des Erbbaurechts ein Widerspruch zugunsten des Erbbauberechtigten von Amts wegen einzutragen sei, wird der Fassung des § 10 Abs 1 Satz 1 WD nicht gerecht.

2. Die Bestimmung, daß Rechte, die zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen, bei der Feststellung der ersten Rangstelle des Erbbaurechts außer Betracht bleiben, ist getroffen, weil derartige Rechte leicht übersehen werden könnten (Begr zu § 10 d. Entw. d. WD). Solche Rechte sind z. B. die Notweg- und Überbaurenten (§§ 914, 917 BGB), ferner Grunddienstbarkeiten, die vor dem Inkrafttreten des BGB bestellt worden sind (BGB § 892 A 3).

3. Bei dem Vorbehalt der Abweichung von dem Erfordernisse der ersten Rangstelle durch landesrechtliche Verordnung ist vornehmlich gedacht an die Verfügungsbeschränkungen bei gebundenem Grundbesitz (Lehns-, Familienfideikommiß- und Stammgütern) sowie an voreingetragene Rechte, die den Bestand des Erbbaurechts nicht gefährden (Begr aaD.). Preußen hat von dem Vorbehalt Gebrauch gemacht durch die WD betr. die Rangstelle von Erbbaurechten v. 30. 4. 1919 (GS 88). Danach bleiben für die Rangermittelung außer Betracht: Verfügungsbeschränkungen der im Art 15 Abs 1 UGBW gedachten Art (Güter, an denen ein Obereigentum besteht, Erbpacht- und Familienfideikommißgüter) sowie die Verfügungsbeschränkung durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers und durch das Recht eines der Bestellung des Erbbaurechts zustimmenden Nachverben.

5. Anwendung des Grundstücksrechts

§ 11

Auf das Erbbaurecht finden die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften mit Ausnahme der §§ 925, 927, 928 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ¹⁾ sowie die Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentum entsprechende Anwendung ²⁾, soweit sich nicht aus dieser Verordnung ein anderes ergibt ¹⁾. Eine Übertragung des Erbbaurechts, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam ³⁾.

Auf einen Vertrag, durch den sich der Grundstückseigentümer verpflichtet, ein Erbbaurecht zu bestellen, findet der § 313 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung ⁴⁾.

1. Welche rechtlichen Folgen aus der Bestimmung, daß auf das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften mit Ausnahme der §§ 925, 927, 928 BGB entsprechende Anwendung finden, für die Art und Weise der Entstehung, Übertragung, Änderung des Inhalts, Belastung und Beendigung des Erbbaurechts sich ergeben, ist bereits in § 1 A 1 erörtert. Die entsprechende Anwendung umfaßt die Vorschriften des BGB über das Liegenschaftsrecht und das Recht der Schuldverhältnisse, soweit es sich auf Grundstücke bezieht, die Vorschriften der auf das Liegenschaftsrecht bezüglichen Nebengesetze, insbesondere der BGB, des BZG, auch der BPD (z. B. §§ 864 ff., 870 Abs 1, 932), weiter aber auch die Ausführungsgesetze der Länder dazu und die im BGB aufrechterhaltenen, auf das Liegenschaftsrecht bezüglichen Landesgesetze. Streitig ist, ob auch die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften, die in anderen Reichs- oder Landesgesetzen enthalten sind, auf das Erbbaurecht ohne weiteres Anwendung finden oder nur insoweit, als dies in den einzelnen Gesetzen besonders bestimmt ist. Der zuerst genannten Ansicht ist beigetreten, weil die Anwendungsbestimmung nach ihrem Wortlaut eine ganz allgemeine ist und § 11 B D nicht mehr (wie der frühere § 1017 BGB) im BGB seinen Platz hat (RG 108, 70). Da jedoch nur eine „entsprechende“ Anwendung stattzufinden hat und diese nur, soweit sich nicht aus der B D ein anderes ergibt, gelten die genannten Vorschriften nur insoweit, als sie mit dem Begriff des Erbbaurechts vereinbar sind (RG 108, 71). Daher sind z. B. aus dem BGB nicht anwendbar: § 98 Nr 2 (Zubehör eines Landguts; denn an einem Landgut kann ein Erbbaurecht überhaupt nicht bestellt werden, da auf ihm errichtete Bauwerke gegenüber den Landflächen nicht die Hauptsache im Sinne des § 1 Abs 2 sind: § 1 A 10) und § 905, da der Erbbauberechtigte gemäß § 1 Abs 1 B D (früher § 1012 Abs 1 BGB) nur berechtigt ist, ein Bauwerk auf oder unter der Grundstücksfläche zu haben, sein Recht sich aber nicht über den Raum oberhalb und unterhalb erstreckt (str.; RG 72, 305). Ferner kann das Erbbaurecht selbst nicht gemäß §§ 1 ff. B D (früher §§ 1012 ff. BGB) mit einem Erbbaurecht belastet werden; denn das Erbbaurecht setzt begrifflich voraus, daß ein Grundstück ihm als Baugrund dient (str.; Mot. BGB 3 S. 469, 479; RG 61, 2). In Preußen bedürfen juristische Personen zum Erwerb eines Erbbaurechts keiner besonderen Genehmigung nach Art 7 ABGB (ZB 1935, 650⁹). Dagegen sind z. B. aus dem BGB anwendbar: § 96 (mit dem Erbbaurecht kann als Bestandteil ein Grundstücksrecht verbunden sein, z. B. eine Grunddienstbarkeit, ein Vorkaufsrecht, eine Überbau- oder Notwegrente: RG 79, 118), §§ 97, 98 Nr 1 (Zubehör), §§ 99—103 (Früchte, Nutzungen, Lasten), § 232 (Sicherheitsleistung durch Hypothekbestellung), § 416 (Übernahme einer Hypothek), §§ 436, 439, 446, 449, 468, 477 (Pflichten aus einem Kaufvertrag über ein Grundstück), § 503 (Grundstückswiederverkauf), §§ 505—510, 513, 514 (Vorkaufsrecht; dazu § 31 Abs 3 B D), §§ 537, 551, 556, 559—561, 565, 571 ff. (Grundstücksmiete; dazu § 30 B D), § 648 (Sicherungshypothek beim Bauvertrag), § 753 (Gemeinschaftsteilung), §§ 836, 837 (Haftung des Erbbauberechtigten für den durch Einsturz seines Bauwerks entstandenen Schaden), § 867 (Aussuchung einer Sache), §§ 873 ff. (dingliche Verträge; § 1 A 1) und sonstige allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken, darunter § 890 (ein Erbbaurecht kann mit einem Grundstück vereinigt werden), §§ 903, 904, 906, 907 (Befugnisse des Eigentümers), § 908 (Einsturzsgefahr), § 909 (Vertiefung des Bodens), §§ 912—918 (Überbau, Notweg), § 919 (Abmarkung; § 919 A 2, 4), § 946 (das Erbbaurecht erstreckt sich auf bewegliche Sachen, die mit dem Baugrund als wesentliche Bestandteile verbunden werden), §§ 1009, 1010 (das Erbbaurecht kann im Miteigentum mehrerer stehen), §§ 1018 ff. (Grundstücksbelastungen), §§ 1378, 1423, 1445 (Verfügung über Grundstücke nach ehelichem Güterrecht), § 1663 (vermietetes Grundstück des Kindes), § 1807 Abs 1 Nr 1, Abs 2 (Anlegung des Mündelvermögens; dazu §§ 18—20 B D), § 1821 (Verfügung über Grundstücke des Mündels). Die Anwendung der §§ 94, 95 BGB ist in § 12 Abs 2 B D besonders geregelt. Was die Belastungen angeht, so kann das Erbbaurecht insbesondere mit Grunddienstbarkeiten (§§ 1018 ff.), einem Nießbrauch (§§ 1030 ff.), persönlichen Dienstbarkeiten (§§ 1090 ff.), einem

Vorkaufrecht (§§ 1094 ff.; RM 16, 302), Reallasten (§§ 1105 ff.), Hypotheken, Grund- und Rentenschulden (§§ 1113 ff.) belastet werden. Der Nießbraucher an einem Erbbaurecht ist, da auf dieses Recht die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden, nach den Bestimmungen über den Nießbrauch an Sachen (§§ 1030 ff.), nicht über den Nießbrauch an Rechten (§§ 1068 ff.) zu behandeln; für die Bestellung und die Beendigung des Nießbrauchs greifen nicht die §§ 1069, 925, 1072, sondern die §§ 873, 875, 876, 889 Bldg. Die das Erbbaurecht belastenden Rechte erstrecken sich auf das Bauwerk als wesentlichen Bestandteil des Erbbaurechts, gleichviel, ob es dem Erbbauberechtigten oder dem Eigentümer gehört (§ 12 Abs 1 Bldg). Anwendbar ist auch jetzt noch, wie früher, § 926, obwohl die Veräußerung des Erbbaurechts nicht mehr durch Auflassung (§ 925) erfolgt. Bei der Übertragung des Erbbaurechts geht also im Zweifel das dem Erbbauberechtigten gehörende Zubehör mit über. — Die Zwangsversteigerung in ein Erbbaurecht ist in § 24 A 1, die Eintragungen in das nach § 14 anzuliegende Erbbaugrundbuch sind in § 14 A 1 besprochen. Ein Erbbaurecht kann auch als Heimstätte nach dem Reichs-Heimstättengesetz v. 10. 5. 1920 vergeben werden. Hierbei wird die Eigenschaft als Heimstätte in das Grundbuch eingetragen. Dann gilt der Eigentümer des Grundstücks, nicht der Erbbauberechtigte, als Ausgeber der Heimstätte (§ 26 Abs 1 Ges). Deshalb ist seine Zustimmung erforderlich, wenn die Heimstätte geteilt, einzelne Grundstücke oder Grundstücksteile aberäußert oder zugeschrieben, die Heimstätte belastet werden soll (§§ 9, 10, 17 Ges). Ihm steht, wenn das Erbbaurecht (die Heimstätte) vom Heimstatter veräußert wird, das Vorkaufrecht zu (§ 11 Ges). Solange das Erbbaurecht Heimstätte ist, finden die §§ 5—8 Erbbaubldg (über Beschränkbarkeit der Veräußerungsbefugnis) keine Anwendung (§ 26 Abs 2 Ges). Im übrigen grenzt § 26 Abs 3, 4, 5 Ges die Geltung der Erbbaubldg oder des Gesetzes ab.

2. Die entsprechend anzuwendenden **Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentum** sind die §§ 985 ff., 1004 BGB. Sie gewähren mithin dem Erbbauberechtigten Ansprüche auf Herausgabe und auf Schutz gegen Beeinträchtigung seines Rechts (RG 77, 218). Er kann also z. B. gegen denjenigen, der das Bauwerk, an dem von einem späteren Eigentümer das Erbbaurecht bestellt worden ist, auf Grund eines mit einem früheren Grundstückseigentümer geschlossenen künftigen Vertrages befristet, nach erfolgter Kündigung auf Räumung klagen (RG Warn 1928 Nr 142).

3. Während die Bestellung des Erbbaurechts unter einer aufschiebenden Bedingung oder einer Zeitbestimmung zulässig ist (Bldg § 1 A 1), **schließt § 11 Abs 1 Satz 2** entsprechend dem § 925 Abs 2 BGB **für die (dingliche) Übertragung des Erbbaurechts die Setzung jeder Bedingung oder Zeitbestimmung aus**. Jedoch ist es nicht unzulässig, daß der Erbbauberechtigte das Erbbaurecht an einen andern überträgt mit der (schuldrechtlichen) Verpflichtung des Übernehmers zur Rückübertragung nach einer gewissen Zeit und daß er sich zur Sicherung seines Anspruchs auf die Rückübertragung eine Vormerkung bestellen läßt (§ 925 A 14 BGB).

4. Schon früher war nach §§ 1015, 1017 BGB anzunehmen, daß für **den schuldrechtlichen** auf Bestellung oder Übertragung des Erbbaurechts gerichteten **Vertrag § 313 BGB Anwendung** zu finden habe, und zwar nicht nur § 313 Satz 1, wonach der Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Form bedarf, sondern auch § 313 Satz 2 über die Heilung des Formmangels durch Auflassung und Eintragung. Denn das Gesetz erforderte für die Bestellung und die Übertragung des Erbbaurechts, wenn es sie auch nicht als Auflassung bezeichnete (vgl. § 20 BGB), doch dieselbe Form wie für die Auflassung. Jetzt bestimmt Bldg § 11 Abs 2 zur Beseitigung von Zweifeln ausdrücklich die für die Auflassung entsprechende Anwendung des § 313 für den schuldrechtlichen Vertrag auf **Bestellung eines Erbbaurechts**. Da der ganze § 313 für anwendbar erklärt ist, gilt auch § 313 Satz 2 dahin, daß durch die mit der Eintragung zusammenfallende Einigung über die Bestellung, obwohl diese keine Auflassung ist (Bldg § 1 A 1), der Mangel der Form des schuldrechtlichen Vertrags geheilt wird (Begr zu § 11 d. Entw. d. Bldg). Einen Beispielsfall für eine solche Heilung des schuldrechtlichen Bestellungsvertrags durch dingliche Einigung und Eintragung des Erbbaurechts enthält RG Warn 1933 Nr 161. Diese Grundsätze gelten aber nicht nur für den schuldrechtlichen Vertrag auf Bestellung, sondern auch für den schuldrechtlichen Vertrag auf Übertragung des Erbbaurechts. Denn nach § 11 Abs 1 Satz 1 findet allgemein auch das Recht der Schuldverhältnisse, soweit es sich auf Grundstücke bezieht, auf das Erbbaurecht Anwendung (A 1); mithin ist auch hier § 313 Satz 1 u. 2 heranzuziehen (Begr aaD).

6. Bauwerk Bestandteile

§ 12

Das auf Grund des Erbbaurechts errichtete Bauwerk gilt als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts¹⁾. Das gleiche gilt für ein Bauwerk, das bei der Bestellung des Erbbaurechts schon vorhanden ist²⁾. Die Haftung des Bauwerkes für die Belastungen des Grundstücks erlischt mit der Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch³⁾.

Die §§ 94 und 95 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung⁴⁾; die Bestandteile des Erbbaurechts sind nicht zugleich Bestandteile des Grundstücks^{1, 2)}.

Erlischt das Erbbaurecht, so werden die Bestandteile des Erbbaurechts Bestandteile des Grundstücks⁵⁾.

1. Schon nach früherem Recht wurde das **Bauwerk**, das der Erbbaurechtsnehmer auf **Grund des Erbbaurechts errichtet** hatte, gemäß § 95 Abs 1 Satz 2 BGB nicht als Bestandteil des bebauten Grundstücks, sondern als **wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts** angesehen (RGZ 39 B 87; RZA 14, 187). Die Verordnung bestimmt dies nun zur Ausschaltung von Zweifeln ausdrücklich. Daraus ergibt sich für das Eigentum, daß das Bauwerk nicht gemäß §§ 93, 94 Abs 1 Satz 1, 946 BGB dem Grundstückseigentümer, sondern dem Erbbauberechtigten gehört. Da das Erbbaurecht den Grundstücken gleichgestellt (§ 11 B D) und das Bauwerk wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts im Sinne des § 93 BGB ist, folgt weiterhin, daß das Bauwerk für die Dauer des Erbbaurechts als unbewegliche Sache im Sinne des BGB (RG 59, 21), nicht als bewegliche Sache zu gelten hat (str.; RZA 14, 188). Das Bauwerk unterliegt daher dem Diebstahlsrecht. Es kann nicht gesondert von dem Erbbaurecht Gegenstand der Verfügung (Veräußerung, Verpfändung, Pfändung) sein (str.). Wird über das Erbbaurecht verfügt, so wird auch das Bauwerk von der Verfügung betroffen. Im Falle der Veräußerung des Erbbaurechts, sei es durch Rechtsgeschäft, sei es im Wege der Zwangsvollstreckung, geht also das Bauwerk mit dem Erbbaurecht in das Eigentum des Erwerbers über. Welche Rechtsfolgen sich für das Bauwerk beim Erlöschen oder Heimfall des Erbbaurechts ergeben, erörtert die A 5. Alles dies gilt aber nur dann, wenn das Bauwerk „auf Grund des Erbbaurechts“ errichtet worden ist. Hat der Erbbaurechtsnehmer über den ihm durch den Erbbaupertrag zum Bau bestimmten Teil des Grundstücks hinaus gebaut, so wird der über die Grenze des Grundstücks hinausreichende Teil des Bauwerks wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (BGB § 94 A 3) und damit (§ 946 BGB) Eigentum des Grundstückseigentümers. Jedoch werden die Vorschriften über den Überbau (§§ 912 ff. BGB) entsprechend anzuwenden sein (BGB § 912 A 2). Wenn der Erbbaurechtsnehmer ohne Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit die Grenze überschritten hat, wird mithin der hinüberreichende Teil als Bestandteil des ganzen Bauwerks, somit ebenfalls als Bestandteil des Erbbaurechts und daher als Eigentum des Erbbauberechtigten zu erachten sein. Hat der Erbbaurechtsnehmer anders gebaut, als im Erbbaupertrage vorgesehen war, z. B. ein Stockwerk höher, so wird er zwar Eigentümer des ganzen einheitlichen Bauwerks, doch kann der Grundstückseigentümer, wenn das Bauwerk in dieser Gestaltung dem Zweck des Erbbaupertrags zuwider ist, verlangen, daß das Bauwerk dem Zweck entsprechend geändert wird. Ohne Einfluß auf die Bestandteilseigenschaft und die Eigentüms'erlangung ist es, wenn bereits vor Abschluß des Erbbaupertrags mit dem Bau begonnen war. Denn durch den Vertrag muß das vorher Hergestellte als in das Erbbaurecht miteinbezogen gelten (str.).

2. War ausnahmsweise das **Bauwerk bei der Bestellung des Erbbaurechts schon vorhanden**, so hört es zwar auf, Bestandteil des Grundstücks zu sein, und wird für die Dauer des Erbbaurechts ebenfalls wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts. Es bleibt aber (§§ 93, 94 Abs 1 BGB) Eigentum des Grundstückseigentümers (str.). Das Eigentum des Grundstückseigentümers ist nur für die Dauer des Erbbaurechts hinsichtlich der Belastungen (A 3) und der Veräußerung des Bauwerks zusammen mit dem Erbbaurecht (A 1) beschränkt; das Recht des Erbbauberechtigten ist aber nicht Sacheigentum, das wegen der Bestandteilseigenschaft die Bauwerksache in sich schließt. Fügt der Erbbauberechtigte Sachen in ein Bauwerk ein, das ein Gebäude ist, so werden sie nicht als Bestandteile des Gebäudes und somit des Grundstücks nach §§ 93, 94, 946 BGB Eigentum des Grundstückseigentümers, sondern sie sind nur zu einem vorübergehenden Zweck eingefügt und deshalb nach § 95 Abs 2 Sondereigentum des Erbbauberechtigten (str.).

3. Die Rechtsfolge der Eintragung des Erbbaurechts in das Grundbuch ist, daß die **Haftung des Bauwerks für die Belastungen des Grundstücks erlischt**. Das Grundstück haftet mithin nur noch allein, ohne das Bauwerk, für diese Belastungen. Diese Rechtsfolge tritt kraft Gesetzes ein, ohne daß es einer Zustimmung der Realberechtigten bedarf. Ein gewisser Schutz gegen Beeinträchtigung ist den Realberechtigten dadurch gewährt, daß nach § 10 Abs 1 Satz 1 das Erbbaurecht nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt werden kann. Sie müssen daher zur Bestellung des Erbbaurechts diesem Recht zunächst den Vorrang einräumen (§ 10 A 1). Die späteren Belastungen des Erbbaurechts (über ihre zulässigen Arten § 11 A 1) erzeifen auch das Bauwerk als wesentlichen Bestandteil, gleichviel ob es dem Erbbauberechtigten (A 1) oder dem Grundstückseigentümer (A 2) gehört.

4. Die entsprechende Anwendung der §§ 94, 95 BGB auf das Erbbaurecht kommt hauptsächlich dann in Betracht, wenn sich das Erbbaurecht gemäß § 1 Abs 2 auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks erstreckt. Nach § 94 Abs 1 werden mit dem Boden zusammenhängende Erzeugnisse eines solchen Grundstücksteils (z. B. eines Gartens) und überhaupt des mit dem Erbbaurecht belasteten Grund und Bodens, Samen mit dem Aussäen, Pflanzen mit dem

Einpflanzen wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts und somit (§ 93 BGB) von den Belastungen des Erbbaurechts ergriffen und Eigentum des Erbbauberechtigten. Dagegen gehören nach § 95 ein Gebäude oder ein anderes Werk, das in Ausübung eines Rechts an dem Erbbaurecht (z. B. einer Dienstbarkeit, eines Nießbrauchs an dem Erbbaurecht: BGB § 95 Nr 5) mit dem Erbbaugrund verbunden ist, sowie Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck (BGB § 95 Nr 2) mit dem Erbbaugrund verbunden oder in das Erbbaugebäude eingefügt worden sind, nicht zu den Bestandteilen des Erbbaurechts. Sie bleiben daher im Eigentum des bisherigen Berechtigten und werden von den Belastungen des Erbbaurechts nicht ergriffen (Begr zu § 12 des Entw. d. B.).

5. Da mit dem Erlöschen des Erbbaurechts dessen Bestandteile zu Bestandteilen des Grundstücks werden, erlangt (§§ 93, 94 BGB) der Grundstückseigentümer insbesondere das Bauwerk, auch wenn es ihm nicht schon gehörte (Nr 1, 2), zum freien, durch die erlöschenden Belastungen des Erbbaurechts nicht mehr beschränkten Eigentum. Streitig ist, ob unter Erlöschen nur das Erlöschen durch Zeitablauf (§ 27) oder auch das durch Aufhebung (§ 26) zu verstehen ist. Die zweite Ansicht wird richtig sein, da durch den allgemeinen Ausdruck „erlischt“ alle Erlöschungsgründe umfaßt werden. Nach § 34 ist der Erbbauberechtigte nicht berechtigt, das Bauwerk wegzunehmen oder sich Bestandteile des Bauwerks anzueignen. Im Falle des Erlöschens durch Zeitablauf hat der Erbbauberechtigte aber einen Anspruch auf Entschädigung, die den bisherigen hypothekarischen oder Realgläubigern haftet (§§ 27, 28, 29). Beim Heimfall (§ 2 Nr 4) bleibt das Bauwerk Bestandteil des auf den Grundstückseigentümer übergehenden Erbbaurechts; nach § 33 bleiben auch die Rechte der Realgläubiger bestehen. Durch die Zwangsversteigerung des Grundstücks wird das Bestehen des Erbbaurechts mit seinen Bestandteilen nicht berührt (§ 25).

§ 13

Das Erbbaurecht erlischt¹⁾ nicht dadurch, daß das Bauwerk untergeht²⁾.

1. Das Erbbaurecht kann aber aus den in § 1 Nr 1 („Beendigung“) aufgeführten Gründen (Aufhebung, Zeitablauf, Verjährung; nicht mehr, wie früher, durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder durch Aufgebot) erlöschen.

2. Die mit dem früheren § 1016 BGB übereinstimmende Vorschrift des Nichterlöschens durch Untergang des Bauwerks kann aber von den Beteiligten geändert werden (OLG 18, 144; Begr zu § 13 d. Entw. d. B.). Zulässig ist daher z. B. die Vereinbarung, daß das Erbbaurecht beim Untergang des Bauwerks, spätestens bis zum Ablauf einer bestimmten Zeit erlöschen soll. Es handelt sich dabei nicht um die Festsetzung einer auflösenden Bedingung, die nach § 1 Abs 4 nicht zulässig wäre, sondern um die zulässige (§ 1 Nr 1) Bestimmung eines Endtermins (str.). Die früheren Bestandteile des untergegangenen Bauwerks (Baumittelstücke) gehören demjenigen, welcher Eigentümer des Bauwerks war (§§ 955, 953, 95 Abs 1 Satz 2 BGB). Dies kann der Erbbauberechtigte oder der Grundstückseigentümer sein (§ 12 Nr 1, 2). Doch unterliegen auch im zweiten Falle die früheren Bestandteile dem bestehenbleibenden Erbbaurecht weiter. Der Erbbauberechtigte kann sie auch zum Aufbau eines neuen Bauwerks verwenden. Veräußern darf er sie aber nicht. Ist in dem Erbbaurechte über die Pflicht zur Wiederherstellung nichts bestimmt (§ 2 Nr 1), so liegt eine solche Pflicht weder dem Grundstückseigentümer noch dem Erbbauberechtigten ob. Dieser ist aber zur Wiederherstellung befugt, auch wenn das Bauwerk ihm nicht gehört hat. Denn das Erbbaurecht bleibt ja bestehen (R. BGB 3, 473).

II. Grundbuchvorschriften

§ 14

Für das Erbbaurecht wird bei der Eintragung in das Grundbuch von Amts wegen ein besonderes Grundbuchblatt (Erbbaugrundbuch) angelegt. Im Erbbaugrundbuch soll auch der Eigentümer und jeder spätere Erwerber des Grundstücks vermerkt werden¹⁾. Zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden^{1a)}.

Bei der Eintragung im Grundbuch des Grundstücks ist zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts auf das Erbbaugrundbuch Bezug zu nehmen²⁾.

Das Erbbaugrundbuch ist für das Erbbaurecht das Grundbuch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs³⁾. Die Eintragung eines neuen Erbbauberechtigten ist unverzüglich auf dem Blatte des Grundstücks zu vermerken.

1. Nach dem früheren, durch § 35 W D aufgehobenen § 7 GBD war ein besonderes Grundbuchblatt für das auf dem Blatt eines Grundstücks eingetragene Erbbaurecht nur auf Antrag anzulegen, von Amts wegen nur im Falle der Veräußerung oder Belastung des Rechts. Jetzt muß für das Erbbaurecht bei der Eintragung in das Grundbuch stets von Amts wegen zugleich ein besonderes Grundbuchblatt (Erbbaugrundbuch genannt) angelegt werden. Nach der Ordnungsvorschrift des Satzes 2 soll in diesem Grundbuch auch der Eigentümer und jeder spätere Erwerber des Grundstücks vermerkt werden. Die Einrichtung des Erbbaugrundbuchs und die Art der Eintragungen sind jetzt für das ganze Reichsgebiet geregelt in den §§ 54 ff. der Grundbuchverordnung v. 8. 8. 1935 (Muster in Anlage 9). — Soll ein Erbbaurecht an einem nach § 3 Abs 2, 3 GBD dem Grundbuchzwang nicht unterliegenden Grundstück bestellt werden, so muß zunächst ein Grundbuchblatt für das Grundstück angelegt werden, damit darauf die Bestellung eingetragen werden kann (RGZ 26 A 115).

1a. Dieser Satz ist neu eingefügt worden durch § 35 des Gesetzes über die Bereinigung der Grundbücher vom 18. 7. 1930 (RGBl I 309). Dort ist zugleich bestimmt, daß die neu eingefügte Vorschrift auch für Eintragungen gilt, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes bewirkt sind. Die gesetzliche Regelung beseitigt die bis dahin bestehende Streitfrage, ob § 874 BGB bei der Eintragung des Erbbaurechts entsprechend anwendbar sei. Nunmehr bestehen keine Bedenken, die zu § 874 BGB entwickelten Grundsätze anzuwenden. Beschränkungen des Erbbaurechts durch Bedingungen, Befristungen oder Verfügungsbeschränkungen (§ 5 W D) sind nicht durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, sondern ausdrücklich einzutragen (§ 56 Abs 2 GrundbVerf v. 8. 8. 1935).

2. Bei der Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch des Grundstücks, die nach § 873 BGB zur Entstehung des Erbbaurechts notwendig ist (Begr zu § 14), ist in Abteilung II des Grundbuchs zu vermerken, daß für den Erbbauberechtigten ein Erbbaurecht bestellt ist. Dabei ist zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts auf das Erbbaugrundbuch Bezug zu nehmen. Diese Vorschrift des Abs 2 ist aber nur als Ordnungsvorschrift anzusehen. Durch die Unterlassung der Bezugnahme wird also die Entstehung des Rechts nicht gehindert, sein Bestand nicht berührt (RGZ 2, 307). Ist das Erbbaurecht aufschiebend bedingt oder befristet, so muß die Bedingung oder die Zeit, für welche das Recht bestellt ist, im Grundbuch des Grundstücks eingetragen werden, wenn die Bedingung oder Befristung gelten soll. Bei der Eintragung von späteren Änderungen des Inhalts des Erbbaurechts ist zur näheren Bezeichnung der Änderungen stets wiederum auf das Erbbaugrundbuch Bezug zu nehmen, während eine Abänderung der Zeitdauer ohne Bezugnahme einzutragen ist. Die Löschung des Erbbaurechts ist im § 16 geregelt.

3. Da das Erbbaugrundbuch für das Erbbaurecht das Grundbuch im Sinne des BGB ist, steht es unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach §§ 891, 892 BGB. Alle Inhaltsänderungen und Rechtsänderungen (Übertragungen, Belastungen, Verfügungsbeschränkungen) müssen darauf eingetragen werden. Besteht ein Widerspruch mit dem Blatt des Grundbuchs, so geht dieses hinsichtlich des Bestandes und der Dauer des Rechts, im übrigen (Inhalt des Rechts) und alle Rechtsänderungen mit Ausnahme der Löschung) das Erbbaugrundbuch vor (vgl. Begr.). Die Rechtsvermutung nach § 891 und der Schutz des rechtsgeschäftlichen Erwerbes nach §§ 892 ff. richten sich also in Ansehung des Bestandes und der Dauer des Erbbaurechts nach dem Inhalt des Grundbuchs des Grundstücks, im übrigen nach dem Inhalt des Erbbaugrundbuchs (RGZ 2, 307).

§ 15

In den Fällen des § 5 darf der Rechtsübergang und die Belastung erst eingetragen werden, wenn dem Grundbuchamte die Zustimmung des Grundstückseigentümers nachgewiesen ist¹⁾.

1. Der Nachweis ist dem Grundbuchamt, dem die Prüfungspflicht in dieser Hinsicht obliegt, durch eine in der Form des § 29 GBD abgegebene Erklärung des Grundstückseigentümers zu führen, daß er die beabsichtigte Veräußerung (§ 5 Abs 1) oder Belastung (§ 5 Abs 2) des Erbbaurechts bewillige (§ 183 BGB) oder genehmige (§ 184 BGB). Ist die Zustimmung durch Beschluß des Amtsgerichts gemäß § 7 Abs 3 ersetzt, so ist der Beschluß vorzulegen. § 15 gilt nicht nur für die Eintragung rechtsgeschäftlicher Verfügungen, sondern gemäß § 8 auch für die Eintragung von Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen (RG 1933, 704³⁾).

§ 16

Bei der Löschung des Erbbaurechts wird das Erbbaugrundbuch von Amts wegen geschlossen¹⁾.

1. Die Gründe der Beendigung des Erbbaurechts sind in § 1 A 1 behandelt. In Betracht kommen hier die Aufhebung durch Rechtsgeschäft (§ 26) und das Erlöschen durch Zeitablauf (§ 27). Im ersten Falle ist die Löschung im Grundbuch sachlichrechtliche Voraussetzung für das Erlöschen des Erbbaurechts (§ 1 A 1; § 875 BGB); im zweiten Falle stellt sich die Löschung nur als Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich des außerhalb des Grundbuchs erloschenen Erbbaurechts dar (§ 22 Abs 1 GBD). Die Löschung hat im Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks durch einen Vermerk in den Spalten 6, 7 der zweiten Abteilung zu erfolgen, ist aber auch in der Spalte 8 des Erbbaugrundbuchs zu vermerken (§ 56 Abs 6 GrundbVerf v. 8. 8. 1935). Nach der Ordnungsvorschrift des § 16 ist sodann das Erbbaugrundbuch zu schließen. Die Schließung erfolgt nach den §§ 34 ff., 54 GrundbVerf v. 8. 8. 1935. Wegen der Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Erbbauberechtigten ist auf § 22 Abs 2 GBD zu verweisen. Die Eintragung eines Erneuerungsvoorrechts im Falle der Löschung des Erbbaurechts ist durch § 31 Abs 4 BD geregelt.

§ 17

Jede Eintragung in das Erbbaugrundbuch soll auch dem Grundstückseigentümer, die Eintragung von Verfügungsbeschränkungen des Erbbauberechtigten den im Erbbaugrundbuch eingetragenen dinglich Berechtigten bekanntgemacht werden.

Dem Erbbauberechtigten soll die Eintragung eines Grundstückseigentümers, die Eintragung von Verfügungsbeschränkungen des Grundstückseigentümers sowie die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Eintragung des Eigentümers in das Grundbuch des Grundstücks bekanntgemacht werden.

Auf die Bekanntmachung kann verzichtet werden¹⁾.

1. § 17 gibt entsprechend dem § 55 GBD Ordnungsvorschriften über die Bekanntmachung der darin bezeichneten Eintragungen an Interessenten und über den Verzicht darauf.

III. Beleihung¹⁾

1. Mündelhypothek²⁾

§ 18

Eine Hypothek³⁾ an einem Erbbaurecht auf einem inländischen Grundstück⁴⁾ ist für die Anlegung von Mündelgeld als sicher anzusehen⁵⁾, wenn sie eine Tilgungshypothek ist und den Erfordernissen der §§ 19, 20 entspricht³⁾.

1. Der Abschnitt III verhält sich nur über Hypotheken. Andere zulässige Belastungen des Erbbaurechts (§ 11 A 1), insbesondere die Beleihung mit Grundschulden oder Rentenschulden (A 4), betrifft der Abschnitt nicht. Er gibt also Sonderbestimmungen für die **Beleihung mit einer Hypothek**. Die Stellung eines belasteten Erbbaurechts unter Heimstättenrecht nach dem HeimstG v. 10. 5. 1920 wird näher behandelt in FG 4, 384 (DZ 45, 216).

2. Die durch die Überschrift „**Mündelhypothek**“ zusammengefaßten §§ 18—20 bestimmen die Voraussetzungen, unter denen eine Hypothek an einem Erbbaurecht als mündelsicher gilt. Der unter der Überschrift „**Sicherheitsgrenze für sonstige Beleihungen**“ folgende § 21 erklärt es für zulässig, daß die Hypothekenbanken und die privaten Versicherungsunternehmungen unter Einhaltung der für sie bestehenden Vorschriften über Beleihung von Grundstücken auch Erbbaurechte mit Hypotheken beleihen, wenn die in den §§ 19, 20 aufgestellten Erfordernisse für eine mündelsichere Hypothek an einem Erbbaurecht vorliegen. Der unter der Überschrift „**landesrechtliche Vorschriften**“ den Abschnitt schließende § 22 behält der Landesgesetzgebung vor, abweichende Bestimmungen hinsichtlich der Mündelsicherheit oder der Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen hierfür zu erlassen.

3. Die Hypothek kann eine Verkehrshypothek (§§ 1113 ff.) oder eine Sicherungshypothek (§§ 1194 ff. BGB) sein. Sie muß aber eine **Tilgungshypothek** sein, d. h. regelmäßig den Inhalt haben, daß bis zur vollständigen Tilgung des Kapitals gleichbleibende Jahresleistungen zu entrichten sind, welche Zinsen und Tilgungsraten enthalten. Nach § 20 Nr 1 muß hier die planmäßige Tilgung unter Zuwachs der ersparten Zinsen erfolgen (§ 20 A 1). Ferner muß die Hypothek den übrigen **Erfordernissen der §§ 19, 20** entsprechen. Diese Form der Tilgungshypothek ist erforderlich, weil das Erbbaurecht in der Regel ein zeitlich begrenztes Recht ist und infolge der Abnutzung des Bauwerks in

BGB, Kommentar von Reichsgerichtsräten. 9. Aufl. III. Bb. (Weßau.)

seinem Werte abnimmt, je mehr es sich seinem Ende nähert, so daß der Hypothekengläubiger von vornherein auf rechtzeitige Rückzahlung des gewährten Darlehns bedacht sein muß (Begr zu § 18).

4. Nach § 1807 Abs 1 Nr 1 BGB soll die Anlegung von Mündelgeldern nur erfolgen in Forderungen, für die eine sichere Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld an einem inländischen Grundstück besteht. Früher war nun streitig, ob das in dieser Vorschrift nicht besonders erwähnte Erbbaurecht auf Grund des § 1017 Abs 1 BGB auch für § 1807 Abs 1 Nr 1 als Grundstück zu gelten hätte. Jetzt stellt § 18 W insofern ausdrücklich das **Erbbaurecht auf einem inländischen Grundstück** dem inländischen Grundstück gleich, aber nur hinsichtlich der Mündelsicherheit einer Hypothek, nicht auch einer Grundschuld (für.) oder Rentenschuld.

5. Die Vorschrift, daß die Hypothek für die Anlegung von Mündelgeld als sicher anzusehen ist, gilt nicht nur für den Fall, daß aus dem Vermögen eines Mündels Gelder in Hypotheken angelegt werden (sog. echte Mündelhypotheken: § 1807 Abs 1 Nr 1 BGB), sondern auch für alle anderen Fälle, in denen die Mündelsicherheit der Hypothek bei einer Vermögensanlage erfordert wird, so z. B. nach BGB für die Fälle der §§ 238 Abs 1 (Sicherheitsleistung), 1079, 1083 (Nießbrauch), 1288 Abs 1 Satz 1 (Pfandrecht), 1377 Abs 1, 1525 Abs 2 (eheliches Güterrecht), 1642 (Kindesvermögen), 2119 (Nacherbschaft), ferner für diejenigen Körperschaften und Kreditanstalten, für welche die Vorschriften über die Anlegung von Mündelgeldern maßgebend sind (z. B. § 26 RWo, § 220 AngVerGes). Für die Hypothekenbanken und privaten Versicherungsunternehmen finden sich Sondervorschriften im § 21. Für den Vormund wird sich eine Tilgungshypothek der hier fraglichen Art in der Regel zur Anlegung von Vermögen des Mündels nicht empfehlen, weil er neben der Sicherheit auch darauf Bedacht zu nehmen hat, daß sein Mündel möglichst bald nach Aufhören der Vormundschaft über das Kapital verfügen kann (Begr zu § 18).

§ 19

Die Hypothek darf die Hälfte des Wertes des Erbbaurechts nicht übersteigen. Dieser ist anzunehmen gleich der halben Summe des Bauwerts und des kapitalisierten, durch sorgfältige Ermittlung festgestellten jährlichen Mietreinertrags, den das Bauwerk nebst den Bestandteilen des Erbbaurechts unter Berücksichtigung seiner Beschaffenheit bei ordnungsmäßiger Wirtschaft jedem Besitzer nachhaltig gewähren kann. Der angenommene Wert darf jedoch den kapitalisierten Mietreinertrag nicht übersteigen¹⁾.

Ein der Hypothek im Range vorgehender Erbbauzins ist zu kapitalisieren und von ihr in Abzug zu bringen²⁾.

1. Der einer Beleihung zugrunde zu legende Wert des Erbbaurechts, dessen Hälfte die Hypothek, wenn sie mündelsicher sein soll, nicht übersteigen darf, ist aus doppeltem Grunde gleich dem arithmetischen Mittel aus Bauwert und kapitalisiertem Mietreinertrag bestimmt worden. Einerseits soll vermieden werden, daß Erbbaurechte mit hohem Ertrags-, aber geringem baulichen Wert hoch beliehen und bei einer unvorhergesehenen Minderung des jährlichen Reinertrags Hypothekengläubiger gefährdet werden. Andererseits kann nur der jährliche Reinertrag, den die auf Grund des Erbbaurechts errichteten Baulichkeiten mit den übrigen Anlagen bei ordnungsmäßiger Wirtschaft jedem Besitzer nachhaltig (dauernd) gewähren können, eine sichere Grundlage für die Wertbemessung bilden; deshalb soll der angenommene Wert den kapitalisierten Mietreinertrag nicht übersteigen dürfen (Begr zu § 19). Für die Berechnung des Mietreinertrags ist in Anbetracht der Verschiedenheit der örtlichen Verhältnisse davon abgesehen worden, diejenigen Beträge, welche für Abgaben, Verwaltung, Instandsetzung, Abschreibung und Rücklagen von dem Bruttomietzinsen in Abzug zu bringen sind, ein für allemal festzulegen. Die Feststellung des für diese Abzüge angemessenen Prozentsatzes ist der sorgfältigen Ermittlung im Einzelfalle überlassen. Auch von der Einführung eines ein für allemal festbestimmten Kapitalisierungsfaktors ist Abstand genommen worden, um die Möglichkeit einer Anpassung an den wechselnden allgemeinen Zinsfuß zu gewährleisten (Begr zu § 19).

2. Von der Hypothek ist der im Range vorgehende kapitalisierte Erbbauzins in Abzug zu bringen. Das ist dahin zu verstehen, daß nur ein solcher Hypothekenbetrag als mündelsicher gilt, der bei der Zusammenrechnung mit dem kapitalisierten (A 1) Erbbauzins (§ 9 A 1) nicht die Hälfte des Wertes des Erbbaurechts übersteigt (ZFG 3, 328). Der Hypothek kann der Vorrang vor dem Erbbauzins eingeräumt werden (§ 9 A 2). Aber auch dann, wenn der Erbbauzins den ersten Rang behält, ist keine Gefährdung der Hypothek im Zwangsversteigerungsverfahren zu befürchten. Denn der Erbbauzins kann bei der Zwangsversteigerung des Erbbaurechts nicht zum vollen Kapitalbetrage (wie z. B. eine Rentenschuld) fällig werden. Der Ersteher, also auch der seine Hypothek ausbietende Gläubiger, braucht also nur mit der Bezahlung der bereits fälligen oder jeweils fällig werdenden Erbbauzinsraten zu rechnen (Begr zu § 19).

§ 20

Die planmäßige Tilgung der Hypothek muß

1. unter Zuwachs der ersparten Zinsen erfolgen ¹⁾,
2. spätestens mit dem Anfang des vierten auf die Gewährung des Hypothekenskapitals folgenden Kalenderjahrs beginnen ²⁾,
3. spätestens zehn Jahre vor Ablauf des Erbbaurechts endigen ³⁾ und darf
4. nicht länger dauern, als zur buchmäßigen Abschreibung des Bauwerkes nach wirtschaftlichen Grundsätzen erforderlich ist ⁴⁾.

Das Erbbaurecht muß mindestens noch so lange laufen, daß eine den Vorschriften des Abs 1 entsprechende Tilgung der Hypothek für jeden Erbbauberechtigten oder seine Rechtsnachfolger aus den Erträgen des Erbbaurechts möglich ist ⁵⁾.

1. Die planmäßige Tilgung muß unter Zuwachs der ersparten Zinsen erfolgen. Der Tilgungsplan muß also so gefaltet sein, daß von den Zinsen, die trotz der allmählich fortschreitenden Tilgung des Hypothekenskapitals weiter von dem vollen Hypothekenskapital zu entrichten sind, diejenigen Teilbeträge, welche die Zinsen für das jeweilige Restkapital übersteigen, den Tilgungsraten hinzuzurechnen sind und somit ebenfalls zur Kapitaltilgung beitragen.

2. Daß der späteste Termin für den Beginn der Tilgung auf den Anfang des vierten Kalenderjahrs, das auf die Gewährung des Hypothekenskapitals (nicht die Bestellung der Hypothek) folgt, bestimmt worden ist, beruht auf einer doppelten Erwägung. Einerseits berücksichtigt diese Vorschrift die weit verbreitete Gepflogenheit, den Beginn der ordnungsmäßigen Tilgung hinauszuschieben, eine Maßnahme, die bei Pfandbriefdarlehn sogar notwendig ist, da die entstehenden Kursverluste durch ein sog. Zusatzdarlehn gedeckt und vorzugsweise getilgt zu werden pflegen. Andererseits sorgt sie dafür, daß die rechtliche Sicherheit der Hypothek nicht unberücksichtigt bleibt (Begr zu § 20).

3. Der in den Tilgungsplan nicht einbezogene Zeitraum der Restdauer des Erbbaurechts die sog. Freijahre) soll durch seine Festsetzung auf mindestens zehn Jahre so reichlich bemessene sein, daß die Tilgung nach menschlicher Voraussicht noch vor Ablauf des Erbbaurechts erfolgen kann, selbst wenn der Erbbauberechtigte mit einigen Tilgungsbeträgen im Rückstande bleibt und der Gläubiger von einer Zwangsversteigerung des Erbbaurechts zur Weiterleitung der Tilgungsrückstände abzieht (Begr zu § 20).

4. Die Bestimmung, daß die Tilgung nicht länger dauern darf, als zur buchmäßigen (vollständigen) Abschreibung des Bauwerks nach wirtschaftlichen Grundsätzen, gewöhnlich also nach fortlaufenden Abzügen von Abnutzungsprozenteu von dem Werte des Bauwerks, erforderlich ist, hat ihren Grund darin, daß die Höhe der Tilgung mit dem baulichen Zustande des auf dem Erbbaugelände errichteten Bauwerks in Einklang gebracht und darauf gehalten werden soll, daß nicht ein den Hypothekengläubiger gefährdender Verfall des Bauwerks eintreten kann (Begr zu § 20).

5. Die Vorschrift des Abs 2 dient dem Interesse des das Hypothekendarlehn aufnehmenden Erbbauberechtigten und seiner Rechtsnachfolger. Die Dauer des Erbbaurechts soll mindestens noch so lange ausreichen, daß es ihnen in jedem Falle möglich ist, das Hypothekenskapital gemäß den Vorschriften des Abs 1 aus den Erträgen des Erbbaurechts vollständig zu tilgen.

2. Sicherheitsgrenze für sonstige Beleihungen

§ 21

Erbbaurechte können nach Maßgabe der §§ 11, 12 des Hypothekenbankgesetzes vom 13. Juli 1899 (Reichs-Gesetzbl. S. 375) von Hypothekenbanken und nach Maßgabe des § 60 des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 (Reichs-Gesetzbl. S. 139) von privaten Versicherungsunternehmungen beliehen werden, wenn

1. der Wert des Erbbaurechts auch nach § 19 Abs 1 ermittelt ist,
2. eine dem § 20 Abs 1 entsprechende Tilgung vereinbart wird und
3. die Dauer des Erbbaurechts den Voraussetzungen des § 20 Abs 2 entspricht.

Auf einen der Hypothek im Range vorgehenden Erbbauzins ist die Vorschrift des § 19 Abs 2 entsprechend anzuwenden ¹⁾.

1. Früher war streitig, ob Hypothekenbanken nach Maßgabe der §§ 11, 12 des Ges. v. 13. 7. 1899 und private Versicherungsunternehmungen nach Maßgabe des Ges. v. 12. 5. 1901 (jetzt 6. 6. 1931) auch Erbbaurechte hypothekarisch beleihen dürfen. Nunmehr bestimmt § 21 B.D. die Zulässigkeit solcher Beleihungen von Erbbaurechten mit Hypotheken in der Weise, daß außer den für diese Anstalten nach den genannten Vorschriften bereits geltenden gesetzlichen Grundfakten die in § 19 Abs. 1, 2, § 20 Abs. 1, 2 B.D. für mündelsichere Hypotheken an Erbbaurechten aufgestellten Erfordernisse mit Rücksicht auf die besonderen wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse des Erbbaurechts Anwendung finden. Daraus ergibt sich insbesondere für die Ermittlung des Wertes des zu beleihenden Erbbaurechts das zusätzliche Erfordernis, daß neben den in jenen Gesetzesvorschriften gegebenen Bestimmungen, wonach der bei der Beleihung angenommene Wert des Grundstücks, hier also des Erbbaurechts, den durch sorgfältige Ermittlung festgelegten Verkaufswert nicht übersteigen darf, auch die Wertermittlungsvorschriften des § 19 B.D. für die Beleihung durch die Anstalten maßgebend sind. Die Beleihung eines Erbbaurechts durch diese Anstalten in der nach § 19 B.D. ermittelten Höhe ist unstatthaft, wenn der Verkaufswert des Erbbaurechts aus besonderen Gründen niedriger anzunehmen ist, etwa weil gleichartige Erbbaurechte dauernd zu niedrigerem Preise verkauft worden sind (Begr. zu § 21).

3. Landesrechtliche Vorschriften

§ 22

Die Landesgesetzgebung kann für die innerhalb ihres Geltungsbereichs belegenen Grundstücke

1. die Mündelsicherheit der Erbbaurechtshypotheken abweichend von den Vorschriften der §§ 18 bis 20 regeln,
2. bestimmen, in welcher Weise festzustellen ist, ob die Voraussetzungen für die Mündelsicherheit (§§ 19, 20) vorliegen¹⁾.

1. Der Vorbehalt unter Nr 1 soll wegen der Verschiedenheit der in den einzelnen Landesgesetzen gegebenen Sicherheitsgrenzen für mündelsichere Hypotheken der Landesgesetzgebung eine abweichende Regelung der Mündelsicherheit von Erbbaurechtshypotheken ermöglichen. Durch den Vorbehalt unter Nr 2 soll mit Rücksicht darauf, daß reichsgesetzliche Vorschriften über das Verfahren zur Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen der Mündelsicherheit bisher nicht bestehen, die Regelung dieses Verfahrens der Landesgesetzgebung überlassen werden (Begr. zu § 22). In Preußen wird daher z. B. das Schätzungsamtsgesetz v. 8. 6. 1918 vom Zeitpunkt seines Inkrafttretens an (§ 27) bei der Schätzung des Wertes eines Erbbaurechts für die Beleihung Anwendung zu finden haben.

IV. Feuerversicherung. Zwangsversteigerung

1. Feuerversicherung

§ 23

Ist das Bauwerk gegen Feuer versichert, so hat der Versicherer den Grundstückseigentümer unverzüglich zu benachrichtigen, wenn ihm der Eintritt des Versicherungsfalls angezeigt wird¹⁾.

1. Die Bestimmung, daß im Falle der Versicherung des Bauwerks gegen Feuer (§§ 81 bis 107 des VerfWG v. 30. 5. 1908) nach Anzeige des Eintritts des Versicherungsfalls (§ 92 des Ges.) durch den Versicherungsnehmer (Erbbauberechtigten) der Versicherer (die Versicherungsgesellschaft) den Grundstückseigentümer unverzüglich (§ 121 BGB) zu benachrichtigen hat, ist zum Schutz des Grundstückseigentümers getroffen. Sie soll verhüten, daß die Versicherungssummen ohne sein Wissen an die Gläubiger der Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden auf dem Erbbaurecht (vgl. über die Erstreckung der Hypotheken usw. auf die Forderung gegen den Versicherer §§ 1127, 1128, 1130, 1192, 1200 BGB und über die Zahlung der Versicherungssummen an solche Gläubiger §§ 99—107 VerfWG) oder an den Versicherungsnehmer (Erbbauberechtigten) ausgezahlt werden (Begr. zu § 23). Der Grundstückseigentümer hat aber auch insofern ein Interesse an der Benachrichtigung, als er daraufhin sogleich Schritte unternehmen kann, um den Erbbauberechtigten zur Wiederherstellung des Bauwerks zu veranlassen. Das wird namentlich dann von praktischer Bedeutung sein, wenn die Verpflichtung zur Versicherung des Bauwerks und zu seinem Wiederaufbau im Falle der Zerstörung gemäß § 2 Nr 2 B.D. zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht worden ist. Unterläßt der Versicherer die unverzügliche Benachrichtigung, so kann er dem Grundstückseigentümer für den dadurch entstehenden Schaden nach § 823 BGB ersatzpflichtig sein.

2. Zwangsversteigerung

a) des Erbbaurechts

§ 24

Bei einer Zwangsvollstreckung in das Erbbaurecht¹⁾ gilt auch der Grundstückseigentümer als Beteiligter im Sinne des § 9 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (Reichs-Gesetzbl. 1898, S. 713)²⁾.

1. Die Zwangsvollstreckung in ein Erbbaurecht kann nach § 11 B D, §§ 866 ff., 870 Abs 1, 932 B D, §§ 1 ff., 146 ff. B D durch Eintragung einer Zwangs-Sicherungshypothek oder durch Eintragung einer Arrest-Hypothek oder durch Zwangsversteigerung oder durch Zwangsverwaltung erfolgen. Jedoch sind nach § 8 B D Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgen, insoweit unwirksam, als sie die Rechte des Grundstückseigentümers aus einer Vereinbarung gemäß § 5 bereiteln oder beeinträchtigen würden. Das Nähere hierüber findet sich in den Anmerkungen zu § 8 B D.

2. Da der Grundstückseigentümer durch die Durchführung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung in das Erbbaurecht mitberührt wird, gilt er auch als Beteiligter im Sinne des § 9 B D. Er ist also zu dem Verfahren zuzuziehen, und ihm stehen in dem Verfahren die sonst einem Beteiligten zustehenden Rechte zu. Das gilt namentlich bei der Feststellung des geringsten Gebots und der Versteigerungsbedingungen gemäß §§ 59 ff., dem Verlangen der Sicherheitsleistung des Bieters nach § 67 Abs 1, der Beschwerde gegen den Zuschlag nach § 97 Abs 1 B D.

b) des Grundstücks

§ 25

Wird das Grundstück zwangsweise versteigert, so bleibt das Erbbaurecht auch dann bestehen, wenn es bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt ist¹⁾.

1. Nach der Regelvorschrift des § 10 Abs 1 Satz 1 kann das Erbbaurecht nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt und dieser Rang auch während der Dauer des Erbbaurechts nicht geändert werden. Nur ausnahmsweise (insbesondere in den Fällen des § 10 Abs 1 Satz 2 und Abs 2) wird es daher vorkommen können, daß die Zwangsversteigerung des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks wegen eines dem Erbbaurecht im Range vorgehenden oder gleichstehenden Rechts betrieben wird und daß infolgedessen das Erbbaurecht nicht in das geringste Gebot (§ 44 B D) fällt. Auch dann soll das Erbbaurecht nicht aus dem Vorgebot berichtigt werden (§ 49 B D), sondern bestehen bleiben. Zweck dieser Bestimmung wie der des § 10 Abs 1 Satz 1 ist, die Verleihbarkeit der Erbbaurechte zu fördern, indem gegenüber den sonstigen Wirkungen der Zwangsversteigerung des Grundstücks der Bestand des Erbbaurechts und der hypothekarischen Rechte daran für jeden Fall sichergestellt wird (Begr zu § 10).

V. Beendigung, Erneuerung, Heimfall

1. Beendigung

a) Aufhebung

§ 26

Das Erbbaurecht kann nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers aufgehoben werden. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder dem Erbbauberechtigten gegenüber zu erklären; sie ist unwiderruflich¹⁾.

1. Durch § 11 Abs 1 Satz 1 B D ist der einseitige Verzicht des Erbbauberechtigten auf sein Recht nach § 928 B D ausgeschlossen. Gleichwohl kann eine freiwillige Aufhebung des Erbbaurechts als eines Rechts an einem Grundstück gemäß § 875 B D durch die Erklärung des Erbbauberechtigten, daß er sein Recht aufgibt (§ 1 A 1 unter „Beendigung“), und die Löschung des Rechts im Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks (§ 16 A 1) erfolgen. Ist das Erbbaurecht mit Rechten Dritter belastet, so bedarf es dazu nach § 876 B D der Zustimmung der Dritten

(§ 1 A 1). § 26 erfordert weiter die Zustimmung des Grundstückseigentümers, weil er durch die Aufhebung geschädigt werden kann. Die Zustimmungserklärung ist wie im § 876 Satz 3 BGB dem Grundbuchamt oder dem Erbbauberechtigten gegenüber abzugeben. Sie wird mit dem Zugehen an das Grundbuchamt oder den Erbbauberechtigten (§ 130 Abs 1, 3 BGB) unwiderruflich. Sie bedarf zur materiellrechtlichen Wirksamkeit keiner Form. Sie kann daher auch mündlich oder privatschriftlich gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Erbbauberechtigten abgegeben werden (BGB § 875 A 7, 8 mit § 876 A 6, 7). Von dem Wesen der Zustimmung gilt dasselbe wie bei der Zustimmung der Drittberechtigten (BGB § 876 A 3). Formellrechtlich ist zur Vornahme der Löschung die Zustimmungserklärung in der Form des § 29 Satz 1 BGB dem Grundbuchamt nachzuweisen. Wie das Erlöschen des freiwillig aufgehobenen Erbbaurechts auf das Bauwerk und die sonstigen Bestandteile des Erbbaurechts wirkt, erörtern die §§ 12 A 5, 34 A 1; die Wirkung des Erlöschens auf Miet- oder Pachtverträge, die der Erbbauberechtigte abgeschlossen hat, ist im § 30 Abs 1 geregelt. — Erwirbt der Erbbauberechtigte das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück und werden auf Grund der Bewilligung aller Beteiligten die auf dem Erbbaurecht lastenden Hypotheken unter Löschung im Erbbaugrundbuch und unter Aufhebung des Erbbaurechts auf das Grundbuch des Grundstücks übertragen, so liegt eine Pfandauswechslung im Sinne des § 873 BGB vor (HRK 1936 Nr 1113).

b) Zeitablauf

§ 27

Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf¹⁾, so hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten²⁾. Als Inhalt des Erbbaurechts können Vereinbarungen über die Höhe der Entschädigung und die Art ihrer Zahlung sowie über ihre Ausschließung getroffen werden³⁾.

Ist das Erbbaurecht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt, so muß die Entschädigung mindestens zwei Dritteile des gemeinen Wertes betragen, den das Bauwerk bei Ablauf des Erbbaurechts hat. Auf eine abweichende Vereinbarung kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen⁴⁾.

Der Grundstückseigentümer kann seine Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung dadurch abwenden, daß er dem Erbbauberechtigten das Erbbaurecht vor dessen Ablauf für die voraussichtliche Standdauer des Bauwerkes verlängert; lehnt der Erbbauberechtigte die Verlängerung ab, so erlischt der Anspruch auf Entschädigung. Das Erbbaurecht kann zur Abwendung der Entschädigungspflicht wiederholt verlängert werden⁵⁾.

Vor Eintritt der Fälligkeit kann der Anspruch auf Entschädigung nicht abgetreten werden³⁾.

1. Ist das Erbbaurecht, wie dies regelmäßig der Fall sein wird, befristet, so erlischt es mit dem Ablauf der bestimmten Zeit (dem Eintritt des festgesetzten Endtermins oder der Beendigung der vereinbarten Zeitdauer) von selbst, ohne daß es einer Erklärung der Beteiligten bedarf. Das Grundbuch, das fortan das Erbbaurecht als noch bestehend aufführt, ist unrichtig geworden. Der Grundstückseigentümer kann also vom Erbbauberechtigten gemäß § 894 BGB die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des Erbbaurechts verlangen. In der Regel wird er aber dieser Zustimmung nicht bedürfen, sondern nach §§ 22 Abs 1, 24 BGB ohne weitere Nachweise die Löschung herbeiführen können, da aus dem Ablauf der Zeit das Erlöschen des Rechts sich von selbst ergibt. Die Ausführung der Löschung ist in § 16 A 1 behandelt. Die Folge des Erlöschens ist, daß auch die auf dem Erbbaurecht lastenden Rechte erlöschen. Die Realberechtigten mußten in Anbetracht des festgesetzten Endtermins oder der bestimmten Zeitdauer von vornherein mit diesem Erlöschen rechnen. Um die Beleitbarkeit der Erbbaurechte zu fördern, bestimmt aber § 29 zugunsten der darin bezeichneten Realgläubiger, daß ihre Rechte sich an der nach § 27 Abs 1, 2 in der Regel von dem Grundstückseigentümer zu leistenden Entschädigung für das Bauwerk fortsetzen. Das Schicksal des Bauwerks beim Erlöschen des Erbbaurechts erläutern die §§ 12 A 5, 34 A 1. Den Einfluß des Erlöschens auf Miet- und Pachtverträge, die der Erbbauberechtigte abgeschlossen hat, regelt § 30 B. Die hiervon abweichenden Folgen, die eintreten in den Fällen der Verlängerung, der Erneuerung oder des Heimfalls des Erbbaurechts, sind gesetzlich festgelegt in § 27 Abs 3, § 31 Abs 1, 3, § 33 B.

2. Die Bestimmung, daß der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten hat, ist im Interesse der Allgemeinheit getroffen, um die ordnungsmäßige Instandhaltung, insbesondere der errichteten Gebäude, zu gewährleisten. Der Erbbauberechtigte wird bis zum letzten Augenblick der Dauer seines Rechts an der ordnungsmäßigen Instandhaltung des Bauwerks dadurch interessiert, daß sich die Höhe seines Entschädigungsanspruchs nach dem zur Zeit des Erlöschens des Erbbaurechts vorhandenen Wert des Bauwerks richtet (Begr vor § 1; § 1 A 9). Können der Grundstückseigentümer und der Erbbauberechtigte sich über die Höhe der Entschädigung nicht einigen, so wird die Entschädigung im Rechtsstreit nach dem gemeinen Wert des Bauwerks (Abs 2) zu bemessen sein. In Abs 2 ist für gewisse Fälle eine Mindesthöhe bestimmt. Da nach § 29 das Recht der dort bezeichneten Realgläubiger sich auf den Entschädigungsanspruch erstreckt, ist ein Verzicht des Erbbauberechtigten auf den Anspruch nur mit Zustimmung dieser Realgläubiger wirksam. Nach dem Zweck des § 29, den Realgläubigern einen Ersatz für das bisher haftende Pfand zu gewähren, ist auch anzunehmen, daß sie auf Feststellung einer angemessenen Entschädigung gegen den Grundstückseigentümer zu klagen berechtigt sind, wenn der Erbbauberechtigte im Zusammenwirken mit dem Grundstückseigentümer den Entschädigungsanspruch nicht geltend macht oder zu niedrig vereinbart. Voraussetzung für das Bestehen des Entschädigungsanspruchs ist aber, daß das Bauwerk auf Grund des Erbbaurechts errichtet ist. Denn wenn das Bauwerk bei Begründung des Erbbaurechts bereits vorhanden war, so ist es im Eigentum des Grundstückseigentümers verblieben. Allerdings ist dies streitig (§ 12 A 2).

3. Sind Vereinbarungen gemäß Abs 1 Satz 2 als Inhalt des Erbbaurechts getroffen und in das Grundbuch des belasteten Grundstücks und in das Erbbaugrundbuch eingetragen (§ 14 A 2), so haben sie dingliche Wirkung. Insbesondere müssen die Rechtsnachfolger des Erbbaurechtsnehmers und die im § 29 bezeichneten Realgläubiger (A 2) auch eine von vornherein getroffene Vereinbarung über die Höhe der Entschädigung sowie eine Ausschließung der Entschädigungspflicht gegen sich gelten lassen. In den Fällen des Abs 2 Satz 1 ist aber nach Abs 2 Satz 2 eine Ausschließung der Entschädigungspflicht nicht zulässig (A 4). Nach Abs 4 kann der Anspruch auf Entschädigung vor Eintritt der Fälligkeit nicht abgetreten werden. Daraus folgt, daß eine frühere Abtretung unwirksam ist und auch nicht durch Zustimmung der Realgläubiger des § 29 Wirksamkeit erlangt (str.). Nach § 851 Abs 1 ZPO kann der noch nicht fällig gewordene Anspruch auch nicht von Gläubigern des Erbbauberechtigten wirksam gepfändet werden. Ebenso ist eine freiwillige Verpfändung nach § 1274 Abs 2 BGB nicht möglich. Fällig wird der Anspruch mit dem Eintritt des Erdtermins des Erbbaurechts, sofern nicht durch eine als Inhalt des Erbbaurechts getroffene Vereinbarung über die Art der Zahlung die Fälligkeit weiter hinausgesetzt ist. Wird dann der Anspruch, über dessen dingliche Sicherung § 28 Bestimmung trifft, abgetreten, verpfändet oder gepfändet (die Form der Übertragung und der Pfändung erörtert § 28 A 1), so erlangt der Abtretungsempfänger (Pfandgläubiger, Pfändungsgläubiger) ihn (das Recht an ihm) nur belastet mit den Rechten (dem Vorrang der Rechte) der Realgläubiger des § 29.

4. Eine vom Grundstückseigentümer mit dem Erbbauberechtigten getroffene Vereinbarung, die eine Abweichung von der Bestimmung der Mindesthöhe der Entschädigung bei Erbbaurechten zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise nach Abs 2 Satz 1 enthält, ist dem Erbbauberechtigten wie den Realgläubigern des § 29 gegenüber unwirksam, da sich der Grundstückseigentümer nicht darauf berufen kann (§ 1 A 13). Das gilt selbstverständlich auch für die gänzliche Ausschließung einer Entschädigung. Der Grund für diese Bestimmungen ist, daß der Erbbauberechtigte an der ordnungsmäßigen Instandhaltung der im Interesse der Allgemeinheit errichteten Wohnhäuser besonders interessiert werden soll, indem ihm beim Ablauf des Erbbaurechts unter allen Umständen ein Anspruch auf eine Entschädigung von mindestens zwei Dritteln des gemeinen Wertes zu dieser Zeit zugebilligt wird.

5. Soll ein Erbbaurecht über die ursprünglich gesetzte Zeitdauer hinaus verlängert werden, so handelt es sich um eine Änderung des Inhalts des Rechts. Dazu bedarf es gemäß §§ 877, 878, 876 BGB der Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten, der Zustimmung der Realberechtigten am Grundstück (nicht auch der Realberechtigten am Erbbaurecht, da ihnen die Verlängerung nur günstig ist; str.) und der Eintragung der Verlängerung in das Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks und in das Erbbaugrundbuch (§ 1 A 1 unter „Inhaltsänderung“; § 14 A 2). Für Grundstückseigentümer, insbesondere Gemeinden, die eine größere Zahl von Erbbaurechten zu Wohnzwecken mit gleicher Ablaufzeit bestellt haben, könnte die beim Ablauf der Erbbaurechte entstehende Verpflichtung zur Zahlung einer Reihe von bedeutenden Entschädigungssummen Schwierigkeiten im Gefolge haben (Begr zu § 27). Deshalb bestimmt Abs 3, daß der Grundstückseigentümer seine Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung nach Abs 1 oder nach Abs 2 dadurch abwenden kann, daß er dem Erbbauberechtigten vor Ablauf des Erbbaurechts dessen Verlängerung für die voraussichtliche Standarddauer des Bauwerks anbietet. Um Weiterungen bei der Abschätzung der

voraussetzlichen Standdauer zu vermeiden (Begr zu § 27), gestattet das Gesetz auch eine **wiederholte Verlängerung**. Nimmt der Erbbauberechtigte das Angebot an, so hat die Verlängerung, damit sie dingliche Wirkung hat, in der vorbezeichneten Weise zu erfolgen. Das Erbbaurecht bleibt dann einerseits mit allen seinen Rechten, andererseits mit seinen Belastungen bestehen. Glaubt der Erbbauberechtigte, etwa weil er vor Ablauf des Erbbaurechts wirtschaftliche Maßnahmen in Erwartung des Empfangs der Entschädigungssumme getroffen hat, nun das Erbbaurecht nicht selbst behalten zu können, so mag er es nach der Verlängerung veräußern (Begr zu § 27). **Rehnt er aber ernstlich die Verlängerung ab, so erlischt der Anspruch auf Entschädigung**, und zwar nicht nur für ihn, sondern auch für die Realgläubiger des § 29, die damit rechnen mußten.

§ 28

Die Entschädigungsforderung haftet auf dem Grundstück an Stelle des Erbbaurechts und mit dessen Range¹⁾.

1. Die Bestimmung ist dahin zu deuten, daß die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten aus § 27 kraft Gesetzes an die Stelle des bisher auf dem Grundstück lastenden, nunmehr durch Zeitablauf erloschenen Erbbaurechts tritt und wie dieses, insbesondere mit dessen Rang, also nach § 10 Abs 1 Satz 1 in der Regel an erster Rangstelle, auf dem Grundstück lastet. Da es sich um eine außerhalb des Grundbuchs ohne weiteres, namentlich ohne Mitwirkung der Beteiligten, sich vollziehende Umwandlung eines das Grundstück belastenden Rechts in ein anderes belastendes Recht handelt, wird das Grundbuch, das diese Umwandlung nicht aufweist, unrichtig. Da die Entschädigungsforderung an die Stelle eines eingetragenen dinglichen Rechts tritt und trotz ihres an sich nur schuldrechtlichen Charakters wie ein rangfähiges dingliches Recht auf dem Grundstück lasten soll, ist sie auch eintragungsfähig. Der Erbbauberechtigte kann also die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Umwandlung gemäß § 22 Abs 1 GBD beantragen oder, wenn er dem Grundbuchamt nicht die nötigen Nachweise erbringen kann, vom Grundstückseigentümer die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 BGB im ordentlichen Rechtsstreit verlangen (str.). Daß die Eintragung in der Gestalt einer Hypothek, insbesondere einer Sicherungshypothek (§§ 1184ff. BGB), zu erfolgen hätte, dafür bietet die Verordnung keinen Anhalt (str.). Das Gesetz hat weder bestimmt, daß das Erbbaurecht sich entsprechend dem § 1287 Satz 2 BGB oder dem § 868 Abs 2 ZPD in eine Sicherungshypothek für die Entschädigungsforderung umwandle, noch vorgesehen, daß dem Erbbauberechtigten entsprechend dem § 648 BGB ein Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek zustehe. Derartiges ist auch nicht als beabsichtigt anzusehen. Den Rechten, die den Realgläubigern in § 29 an der Entschädigungsforderung gewährt sind (§ 29 A 2), ist vielmehr zu entnehmen, daß an eine nur vorübergehende Grundstücksbelastung gedacht worden ist. Man wird sich daher an den Wortlaut des § 28 halten und zu dem Ergebnis kommen müssen: Die Eintragung in das Grundbuch über das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück ist in der Weise zu bewirken, daß an derselben Stelle, an der das Erbbaurecht eingetragen war (also in der zweiten Abteilung: § 14 A 2), vermerkt wird, an die Stelle des erloschenen Erbbaurechts sei mit dessen Rang die Entschädigungsforderung getreten (vgl. § 31 A 5 über die Eintragung der Vormerkung zur Erhaltung des Erneuerungsvorrechts bei der Löschung des Erbbaurechts). Daraus ergibt sich dann weiter, daß die Übertragung und die Pfändung wie bei einer Realkast, der die eingetragene Entschädigungsforderung wohl am nächsten steht, zu erfolgen haben. Die Übertragung vollzieht sich also gemäß § 873 BGB durch (materiellrechtlich formlos gültige) Einigung des Erbbauberechtigten mit dem Erwerber und Eintragung. Die Pfändung durch Gläubiger des Erbbauberechtigten wird unter entsprechender Anwendung des § 857 Abs 6 in Verbindung mit §§ 829, 830 Abs 1 Satz 2 ZPD bewirkt durch Pfändungsbeschluß und Eintragung der Pfändung in das Grundbuch. Wie die an der Entschädigungsforderung sich fortsetzenden Rechte der Realgläubiger des § 29 einzutragen sind, ist in § 29 A 2 besprochen.

§ 29

Ist das Erbbaurecht bei Ablauf der Zeit, für die es bestellt war, noch mit einer Hypothek oder Grundschuld oder mit Rückständen aus Rentenschulden oder Reallasten belastet¹⁾, so hat der Gläubiger der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder Reallast an dem Entschädigungsanspruch dieselben Rechte, die ihm im Falle des Erlöschens seines Rechtes durch Zwangsversteigerung an dem Erlöse zustehen²⁾.

1. In der Regel werden die Belastungen des Erbbaurechts, insbesondere die Tilgungshypotheken (§ 20 Abs 1 Nr 3; § 21 Nr 2), beim Ablauf der Zeit, für die das Recht bestellt war, bereits berichtigt und aufgehoben sein. Sofern aber in diesem Zeitpunkt doch noch etwa Rechte auf dem

Erbbaurecht lasten, erlöschen sie zugleich mit dem Erlöschen des Erbbaurechts durch den Zeitablauf (§ 27 A 1). **Hypotheken** (§§ 1113 ff.), **Grundschulden** (§§ 1191 ff.), **Rückstände aus Rentenschulden** (§ 1200 Abs 1) und **Rückstände aus Reallaften** (§§ 1105, 1107 BGB; dazu gehört auch ein rückständiger Erbbauszins des Grundstückseigentümers selbst nach § 9 BD) erfassen aber nunmehr den dem Erbbauberechtigten nach § 27 gegen den Grundstückseigentümer in der Regel (§ 27 A 1, 2, 3) zustehenden Anspruch auf Entschädigung für das Bauwerk, der nach § 28 an die Stelle des Erbbaurechts tritt (§ 28 A 1). Eine ähnliche Bestimmung enthält Art 52 EGBGB.

2. Die Rechte, die einem Hypotheken-, Grundschulden-, Rentenschulden- oder Reallaftgläubiger im Falle des Erlöschens seines Rechtes durch Zwangsversteigerung (also durch den Zuschlag: § 91 ZVG) an dem Erlöse zustehen, kennzeichnen sich nach dem aus den §§ 10, 37 Nr 8, 92, 109 ZVG herzu- leitenden Grundsatz als Rechte auf Befriedigung aus dem an die Stelle des versteigerten Grundstücks (hier des Erbbaurechts) tretenden Versteigerungserlös, d. h. als Rechte an der Forderung des Vollstreckungsschuldners (hier des Erbbauberechtigten) gegen den Ersteher auf Zahlung des bar zu entrichtenden Erlöses. Sie ergreifen im Verhältnis zu anderen Rechten am Grundstück (hier am Erbbaurecht), namentlich hinsichtlich des Ranges, den Versteigerungserlös (die Forderung gegen den Ersteher) in denselben Grenzen der Befugnisse und Beschränkungen, wie sie für das erloschene dingliche Recht aus dem Stande der Belastungen folgten (BGB § 1168 A 1). Diese Rechte werden hier dem Gläubiger an dem an die Stelle des Erbbaurechts getretenen Entschädigungsanspruch gewährt, wie wenn das Erbbaurecht zwangsversteigert, das Recht des Gläubigers durch den Zuschlag erloschen wäre, der Grundstückseigentümer den Zuschlag erhalten und in Höhe des Entschädigungsanspruchs einen Versteigerungserlös bar zu entrichten hätte, der zunächst dem Erbbauberechtigten als dem bisherigen Inhaber des Erbbaurechts zustände. Da im § 29 BD nicht angedeutet ist, daß ein Verteilungsverfahren nach §§ 105 ff. ZVG stattzufinden habe, verbleibt es dabei, daß der Entschädigungsanspruch an sich dem Erbbauberechtigten zusteht. Wird der Entschädigungsanspruch an Stelle des erloschenen Erbbaurechts in das Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belastet gewesenen Grundstücks für den Erbbauberechtigten eingetragen (§ 28 A 1), so ist zugleich zu vermerken, daß dem Gläubiger wegen seines erloschenen Rechts ein Recht auf Befriedigung aus dem Anspruch zustehe. Ist dies unterbleiben, so kann der Gläubiger von dem Erbbauberechtigten gemäß § 894 BGB die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung seines Befriedigungsrechts verlangen. Wenn die Eintragung des Entschädigungsanspruchs für den Erbbauberechtigten nicht herbeigeführt worden ist, wird der Gläubiger vom Grundstückseigentümer die Zustimmung zu dieser Eintragung und zugleich vom Erbbauberechtigten die Zustimmung zur Eintragung des Befriedigungsrechts beanspruchen können. Das Befriedigungsrecht ist gleichzeitigen dem Pfandrecht an einer Forderung, das nach den §§ 1277, 1282 Abs 2 BGB dem Berechtigten auch dazu dient, „Befriedigung aus der Forderung zu suchen“ (str.). Da der Entschädigungsanspruch in der Regel sogleich fällig ist (§ 27 A 3), so ist der Gläubiger gemäß §§ 1282, 1228 Abs 2 BGB zur Einziehung des Anspruchs berechtigt; der Grundstückseigentümer kann also dann nur an ihn leisten. Steht mehreren Realgläubigern ein Befriedigungsrecht zu, so ist nach § 1290 BGB nur derjenige zur Einziehung berechtigt, dessen Befriedigungsrecht den übrigen Befriedigungsrechten vorgeht. Das Rangverhältnis unter den mehreren Realgläubigern richtet sich nach dem Range der erloschenen Rechte. Im Falle der Erneuerung des Erbbaurechts erlöschen die Rechte an dem Entschädigungsanspruch (§ 31 Abs 5).

§ 30

Erlischt das Erbbaurecht, so finden auf Miet- und Pachtverträge, die der Erbbauberechtigte abgeschlossen hat, die im Falle der Übertragung des Eigentums geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung¹⁾.

Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf, so ist der Grundstückseigentümer berechtigt, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Die Kündigung kann nur für einen der beiden ersten Termine erfolgen, für die sie zulässig ist. Erlischt das Erbbaurecht vorzeitig, so kann der Grundstückseigentümer das Kündigungsrecht erst ausüben, wenn das Erbbaurecht auch durch Zeitablauf erlöschen würde.

Der Mieter oder Pächter kann den Grundstückseigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er von dem Kündigungsrechte Gebrauch mache. Die Kündigung kann nur bis zum Ablauf der Frist erfolgen²⁾.

1. Veräußert der Erbbauberechtigte das Erbbaurecht, so finden nach § 11 BD auf noch laufende Miet- oder Pachtverträge, die er über das Bauwerk oder ein Nebengelände (§ 1 Abs 2) abgeschlossen hat, die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche zur Durchführung des Grund-

faßes „Kauf bricht nicht Miete“ in den §§ 571—579, 581 Abs 2 BGB für den Fall der Veräußerung eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks gegeben sind. Diese Vorschriften regeln den Eintritt des Erwerbers in das Miet- oder Pachtverhältnis, die Wirksamkeit von Verfügungen des Vermieters oder Verpächters über den Miet- oder Pachtzins gegenüber dem Erwerber und den Schutz des Mieters oder Pächters bei Entrichtungen des Miet- oder Pachtzinses. Einer Veräußerung steht es gleich, wenn das Erbbaurecht an den Grundstückseigentümer heimfällt (§ 2 Nr 4 WD). Ohne daß eine besondere Bestimmung hierüber gegeben ist, sind also auch in diesem Falle die erwähnten Vorschriften, insbesondere die zum Schutz des Mieters oder Pächters, auf das Verhältnis des Erbbauberechtigten, des Grundstückseigentümers und des Mieters oder Pächters untereinander ohne weiteres entsprechend anwendbar (Begr zu § 30). Gleiche entsprechende Anwendung schreibt § 30 Abs 1 WD vor für die Fälle, in denen das Erbbaurecht durch Aufhebung (§ 26) oder durch Zeitablauf (§ 27) erlischt, also das vermietete oder verpachtete Bauwerk oder Nebenland in das freie Eigentum des Grundstückseigentümers übergeht (§ 12 A 5). Die Vorschrift dient vornehmlich zum Schutz des Mieters oder Pächters, liegt aber auch im allgemein-wirtschaftlichen Interesse und im Interesse des Erbbauberechtigten, der sonst für die letzte Zeit der Dauer seines Erbbaurechts keinen Mieter oder Pächter finden dürfte (Begr zu § 30). Die Abs 2 u. 3 geben Sondervorschriften für den Fall des Erlöschens durch Zeitablauf.

2. Wird das Erbbaurecht zwangsversteigert, so finden, wenn das Bauwerk einem Mieter oder Pächter überlassen ist, gemäß § 11 WD, § 57 BGB die Vorschriften der §§ 571, 572, des § 573 Satz 1 und der §§ 574, 575 BGB (A 1) nach Maßgabe der §§ 57a, 57b BGB entsprechende Anwendung. Nach § 57a BGB ist der Ersteher berechtigt, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Diese Frist ergibt sich für die Miete aus § 565 Abs 1 Satz 1, Abs 4 BGB (vorzeitige Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Frist spätestens am dritten Werktag eines Kalendervierteljahrs nur für den Schluß des Vierteljahrs) und für die Pacht aus § 595 Abs 1, 2 BGB (vorzeitige Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Frist spätestens am ersten Werttage des letzten halben Jahres für den Schluß des Pachtjahrs). Die Kündigung ist aber ausgeschlossen, wenn sie nicht für den ersten Termin erfolgt, für den sie zulässig ist. § 30 Abs 2, 3 WD behandelt hinsichtlich der Kündigungsbeugnis den Fall des Erlöschens des Erbbaurechts durch Zeitablauf (§ 27) ähnlich dem Falle der Zwangsversteigerung. Die Befugnis wird dem Grundstückseigentümer wie einem Ersteher gewährt (vgl. auch § 29 A 2). Jedoch schreibt Abs 2 Satz 2 in Abweichung von § 57a BGB vor, daß die Kündigung des Grundstückseigentümers nur für einen der beiden ersten Termine, für den sie zulässig ist, erfolgen kann. Ferner ist im Abs 2 Satz 2 für den Fall, daß das Erbbaurecht schon vor Ablauf der ihm gesetzten Zeit erlischt (z. B. durch Aufhebung nach § 26), bestimmt, daß das Kündigungsrecht von dem Grundstückseigentümer erst beim Eintritt des Endtermins, in dem das Erbbaurecht durch Zeitablauf erlöschen würde, ausgeübt werden kann. Weiter ist im Abs 3 dem Mieter oder Pächter die Befugnis gewährt, dem Grundstückseigentümer (formlos) eine angemessene Frist zur Erklärung darüber zu setzen, ob er von dem Kündigungsrecht Gebrauch machen wolle. Nach Ablauf der ungenutzten Frist ist die Kündigung nicht mehr zulässig.

2. Erneuerung

§ 31

Ist dem Erbbauberechtigten ein Vorrecht auf Erneuerung des Erbbaurechts eingeräumt (§ 2 Nr 6), so kann er das Vorrecht ausüben, sobald der Eigentümer mit einem Dritten einen Vertrag über Bestellung eines Erbbaurechts an dem Grundstück geschlossen hat¹⁾. Die Ausübung des Vorrechts ist ausgeschlossen, wenn das für den Dritten zu bestellende Erbbaurecht einem anderen wirtschaftlichen Zwecke zu dienen bestimmt ist²⁾.

Das Vorrecht erlischt drei Jahre nach Ablauf der Zeit, für die das Erbbaurecht bestellt war³⁾.

Die Vorschriften der §§ 505 bis 510, 513, 514 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung⁴⁾.

Dritten gegenüber hat das Vorrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung des Erbbaurechts⁵⁾. Die §§ 1099 bis 1102 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten entsprechend⁶⁾. Wird das Erbbaurecht vor Ablauf der drei Jahre (Abs 2) im Grundbuch gelöscht, so ist zur Erhaltung des Vorrechts eine Vormerkung mit dem bisherigen Rang^o des Erbbaurechts von Amts wegen einzutragen⁵⁾.

Soweit im Falle des § 29 die Tilgung noch nicht erfolgt ist, hat der Gläubiger bei der Erneuerung an dem Erbbaurechte dieselben Rechte, die er zur Zeit des Ablaufs hatte. Die Rechte an der Entschädigungsforderung erlöschen?).

1. Ein dem Erbbauberechtigten gemäß § 2 Nr 6 eingeräumtes **Erneuerungsvorrecht** bei Ablauf der dem Erbbaurecht gesetzten Zeitdauer gehört zum Inhalt des Erbbaurechts. Das Vorrecht geht daher (§ 2 A 2) auf die Nachfolger des Erbbaurechtsnehmers über und wirkt gegen die Besipnachfolger des das Erbbaurecht bestellenden Grundstückseigentümers. Die Wirkung gegenüber Dritten wird in A 5 behandelt. Das Erneuerungsvorrecht ist wohl zu unterscheiden von einer Verlängerung des Erbbaurechts (§ 27 A 5) und von einem Vorkaufsrecht am Erbbaurecht (§ 10 A 1). Während durch eine Verlängerung des Erbbaurechts die Zeitdauer eines bestehenden Erbbaurechts im Wege der Inhaltsänderung weiter hinausgerückt wird und bei einem Vorkaufsrecht am Erbbaurecht dem Vorkaufsberechtigten die Befugnis zusteht, in einen vom Erbbauberechtigten mit einem Dritten über das bestehende Erbbaurecht geschlossenen Kaufvertrag einzutreten, gewährt das Erneuerungsvorrecht dem **Erbbauberechtigten**, dessen Erbbaurecht **endigt, das Recht, in einen Vertrag zwischen dem Grundstückseigentümer und einem Dritten über Bestellung eines neuen Erbbaurechts einzutreten**, sobald dieser Vertrag rechtsgültig abgeschlossen ist.

2. Eine die Ausübung des Vorrechts ausschließende **Bestimmung** des für den Dritten neu zu bestellenden Erbbaurechts zu einem anderen wirtschaftlichen Zweck liegt z. B. vor, wenn das bisherige Erbbaurecht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise diente (§ 27 Abs 2), das neue Erbbaurecht dagegen dem Betriebe eines Gewerbes in dem Bauwerk dienen soll.

3. Nach der im Abs 2 gesetzten **Ausschlussfrist** steht dem Erbbauberechtigten, wenn drei Jahre seit dem Erlöschen seines Erbbaurechts verstrichen sind, nicht mehr das Recht zu, in einen dann vom Grundstückseigentümer mit einem Dritten geschlossenen Vertrag über die Bestellung eines neuen Erbbaurechts einzutreten. Die Eintragung einer Vormerkung für das Recht in den drei Jahren ist in A 5 erläutert.

4. Durch die Bestimmung der **entsprechenden Anwendung der** für das persönliche Vorkaufsrecht gegebenen **Vorschriften der §§ 505—510, 513, 514 BGB** sind diese Vorschriften zum Inhalt des dinglichen Erneuerungsvorrechts gemacht. Da nun der Inhalt dinglicher Rechte nicht der freien Vereinbarung unterliegt, so sind jene Vorschriften, obwohl sie an sich dem Recht der Schuldverhältnisse angehören und insoweit nachgiebiges Recht sind, für das Erneuerungsvorrecht zwingend. Eine davon abweichende Vereinbarung ist also unwirksam (vgl. für das dingliche Vorkaufsrecht BGB § 1098 A 2). Im übrigen ist zur Anwendung der einzelnen Vorschriften folgendes hervorzuheben: Die Ausübung des Erneuerungsvorrechts erfolgt durch eine formfreie Erklärung des Erbbauberechtigten gegenüber dem Grundstückseigentümer. Damit kommt zwischen ihnen der neue Erbbaurecht unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen zustande (§ 505). Eine Vertragsabrede zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Dritten, wonach ihr Vertrag von der Nichtausübung des Erneuerungsrechts abhängig gemacht oder dem Eigentümer ein Vorbehalt des Rücktritts für den Fall der Ausübung des Erneuerungsvorrechts eingeräumt wird, ist dem Erbbauberechtigten gegenüber unwirksam (§ 506). Ist dem Dritten eine vereinbarte Gegenleistung gestundet, so muß der Erbbauberechtigte, wenn er die Stundung in Anspruch nimmt, Sicherheit leisten, es sei denn, daß für die Gegenleistung eine Hypothek an dem Erbbaurecht bestellt wird (§ 509). Wenn die Gegenleistung in einem Erbbauzins (§ 9 Bb) besteht, führt die entsprechende Anwendung dazu, daß an die Stelle der Hypothek die Eintragung des Erbbauzins tritt. Der Grundstückseigentümer hat dem Erbbauberechtigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen. Diese Mitteilung wird aber durch die des Dritten ersetzt. Das Erneuerungsvorrecht kann nur bis zum Ablauf von zwei Monaten nach dem Empfang der Mitteilung ausgeübt werden (§ 510 Abs 1, Abs 2 Satz 1). Ist als Inhalt des Erneuerungsvorrechts eine Frist für seine Ausübung bestimmt, so tritt diese Frist an die Stelle der zweimonatlichen Frist (§ 510 Abs 2 Satz 2; die gesetzliche Frist für das Erlöschen des Vorrechts in § 31 Abs 2 Bb kommt hier nicht in Betracht). Da das Erneuerungsvorrecht zum Inhalt des vererblichen Erbbaurechts gehört (A 1), ist § 514 BGB dahin entsprechend anwendbar, daß das Erneuerungsvorrecht nicht für sich allein, ohne das Erbbaurecht, übertragbar, wohl aber vererblich ist, wenn es nicht ausdrücklich nur für eine bestimmte Person bestellt worden ist.

5. Die Bestimmung, daß das Erneuerungsvorrecht, das als Inhalt des Erbbaurechts (A 1) im Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks eingetragen sein muß (§ 14 A 2), **Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung des Erbbaurechts** hat, entspricht der für das dingliche Vorkaufsrecht im § 1098 Abs 2 BGB gegebenen Vorschrift. Aus der Bestimmung folgt gemäß § 883 Abs 2, 3 BGB: Wenn der Grundstückseigentümer mit einem Dritten einen neuen Erbbaurecht abgeschlossen und darauf der Erbbauberechtigte sein Erneuerungsvorrecht ausgeübt und damit einen Anspruch auf Einräumung des Erbbaurechts erlangt hat, so ist die trotzdem von dem Grundstückseigentümer vor-

genommene Bestellung des neuen Erbbaurechts für den Dritten dem Erbbauberechtigten gegenüber unwirksam. Denn durch diese Verfügung würde jener Anspruch vereitelt. Wird das Grundstück von dem Eigentümer freiwillig oder gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung mit andern Rechten (z. B. Vertragshypotheken, Zwangshypotheken, Arresthypotheken) belastet, so sind diese Verfügungen dem Erbbauberechtigten gegenüber ebenfalls unwirksam, da sein Anspruch aus Einräumung des Erbbaurechts zur ersten Rangstelle (§ 10 Abs 1 Satz 1 B.D.) dadurch beeinträchtigt würde. Nach § 888 BGB kann der Erbbauberechtigte vom Erwerber des Erbbaurechts oder dessen Nachfolgern die Zustimmung zu seiner Eintragung als Erbbauberechtigter und von den Erwerbern der das Grundstück belastenden Rechte die Zustimmung zur Löschung der Rechte oder den Rangrücktritt verlangen. Diese Wirkung des als Inhalt des Erbbaurechts eingetragenen Erneuerungsvorrechts besteht solange, als das Erbbaurecht selbst noch nicht im Grundbuch gelöscht ist. Wird das Erbbaurecht vor Ablauf der im Abs 2 für das Erlöschen des Vorrechts bestimmten Frist gelöscht, so ist zur Erhaltung des Vorrechts nunmehr eine wirkliche Vormerkung mit dem bisherigen Range des Erbbaurechts von Amts wegen einzutragen. Die Eintragung der Vormerkung erfolgt in der zweiten Abteilung, in der auch das Erbbaurecht eingetragen war, unter der nächsten freien Nummer mit der Angabe, daß die Vormerkung den bisherigen Rang des Erbbaurechts hat.

6. Über die Rechtsfolgen, die sich aus der entsprechenden Anwendung der §§ 1099 bis 1102 BGB ergeben, ist hervorzuheben: Wenn der Grundstückseigentümer das neue Erbbaurecht für den Dritten bestellt und dieser es weiterveräußert hat, ohne daß bisher dem Erneuerungsberechtigten von dem neuen Erbbaubertrage Mitteilung gemacht ist, so kann der weitere Erwerber die Mitteilung mit der im § 510 Abs 2 bestimmten Wirkung (A 4) machen (§ 1099 Abs 1 BGB). Dann hat der Grundstückseigentümer, nachdem nachträglich dem Erneuerungsberechtigten jene Mitteilung gemacht worden ist, den weiteren Erwerber zu benachrichtigen, sobald die Ausübung des Erneuerungsvorrechts erfolgt oder durch ungenühten Ablauf der in § 510 Abs 2 bezeichneten Frist (A 4) ausgeschlossen ist (§ 1099 Abs 2 BGB). Die §§ 1100—1102 BGB kommen in diesem Falle, wenn der Erneuerungsberechtigte von seinem Recht Gebrauch macht, bei der Erstattung oder Verpflchtung zur Berichtigung einer für die Bestellung des neuen Erbbaurechts vereinbarten Gegenleistung zur Anwendung.

7. Nach Abs 5 leben im Falle der Erneuerung des Erbbaurechts die Rechte der im § 29 bezeichneten Realgläubiger, die mit dem Erlöschen des alten Erbbaurechts durch Zeitablauf erloschen waren (§ 27 A 1) und sich in die im § 29 genannten Rechte an dem Anspruch auf Entschädigung für das Bauwerk umgesezt hatten (§ 27 A 2, § 29 A 2), wieder auf, soweit sie nicht inzwischen getilgt sind. Sie belasten nun in ihrer früheren Gestalt und in ihren früheren Rangverhältnissen das neue Erbbaurecht kraft Gesetzes. Die Gläubiger können die Wiedereintragung ihrer Rechte auf das neue Erbbaurecht im Wege der Berichtigung des Grundbuchs (§ 894 BGB, § 22 G.B.D.) verfolgen. Dagegen erlöschen ihre Rechte an der Entschädigungsforderung. Diese wird, wenn nicht ein anderes verabredet wird, auch für den Erbbauberechtigten hinfällig.

3. Heimfall

§ 32

Macht der Grundstückseigentümer von seinem Heimfallanspruche Gebrauch¹⁾, so hat er dem Erbbauberechtigten eine angemessene Vergütung für das Erbbaurecht zu gewähren²⁾. Als Inhalt des Erbbaurechts können Vereinbarungen über die Höhe dieser Vergütung und die Art ihrer Zahlung sowie ihre Ausschließung getroffen werden³⁾.

Ist das Erbbaurecht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt, so darf die Zahlung einer angemessenen Vergütung für das Erbbaurecht nicht ausgeschlossen werden. Auf eine abweichende Vereinbarung kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen. Die Vergütung ist nicht angemessen, wenn sie nicht mindestens zwei Dritteile des gemeinen Wertes des Erbbaurechts zur Zeit der Übertragung beträgt³⁾.

1. Die Vorschriften des § 32 und des sich anschließenden § 33 gelten nur dann, wenn der Grundstückseigentümer von dem ihm nach § 2 Nr 4 als Inhalt des Erbbaurechts zustehenden Heimfallanspruch Gebrauch macht, wenn er also mit der Begründung, daß die im Erbbaubertrag bestimmte Voraussetzung für die Verpflchtung zur Übertragung eingetreten sei (z. B. der Erbbauberechtigte eine ihm obliegende Verbindlichkeit, deren Nichterfüllung als Voraussetzung bestimmt worden war, nicht erfüllt habe), die Übertragung des Erbbaurechts an ihn oder gemäß § 3 an

einen von ihm bezeichneten Dritten verlangt. Erfolgt die Übertragung des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer ohne eine solche Rechtspflicht auf Grund freiwilliger Verständigung, so finden die §§ 32, 33 keine Anwendung. Auch dann geht freilich das Erbbaurecht trotz der Vereinigung mit dem Grundeigentum in einer Person gemäß § 889 BGB nicht unter; ob und welche Vergütung aber dem Grundstückseigentümer obliegt, bestimmt sich lediglich nach dem Übertragungsvertrag; alle an dem Erbbaurecht bestehenden dinglichen Rechte, nicht bloß die im § 33 aufgeführten, bleiben in diesem Falle durch die Übertragung unberührt.

2. Der Grundstückseigentümer hat nicht bloß, wie nach § 27 im Falle des Erlöschens des Erbbaurechts durch Zeitablauf, eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten. Er hat vielmehr dem Erbbauberechtigten eine angemessene Vergütung für das ganze Erbbaurecht zu gewähren, da hier das von dem Erbbaurecht mitumfaßte Recht auf die Bodenbenutzung selbst ebenfalls an den Grundstückseigentümer zurückfällt (Begr zu § 32). Der Grund dafür, daß dem Grundstückseigentümer die Verpflichtung zur Gewährung einer angemessenen Vergütung auferlegt ist, obwohl das Erbbaurecht gemäß dem Inhalt des Erbbauvertrags an ihn zurückfällt, liegt hier ebenso wie bei der Verpflichtung zur Leistung der Entschädigung des § 27 (dort A 2) darin, daß im Interesse der Allgemeinheit die ordnungsmäßige Instandhaltung des Bauwerks hinreichend gewährleistet werden soll. Der Erbbauberechtigte wird an der Instandhaltung dadurch besonders interessiert, daß sich die Höhe der angemessenen Vergütung nach dem vorhandenen gemeinen Wert des Erbbaurechts zur Zeit der Übertragung (§ 32 Abs 2 Satz 3) richtet (Begr vor § 1). Anders als im § 28 für den Entschädigungsanspruch aus § 27 ist hier aber keine dingliche Sicherung des Vergütungsanspruchs aus § 32 vorgesehen. Andererseits erstrecken sich auch die Rechte der im § 29 bezeichneten Realgläubiger hier nicht wie dort (§ 29 A 1, 2) auf den Vergütungsanspruch. Endlich ist hier keine Beschränkung der Abtretbarkeit bestimmt, wie sie im § 27 Abs 4 (dort A 3) vorgesehen ist.

3. Sind Vereinbarungen nach Abs 1 Satz 2 als Inhalt des Erbbaurechts getroffen und in das Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks und in das Erbbaugrundbuch eingetragen (§ 14 A 2), so haben sie dingliche Wirkung. Insbesondere gelten auch eine von vornherein getroffene Vereinbarung über die Höhe der Vergütung und eine Ausschließung der Vergütungspflicht für und gegen die Rechtsnachfolger des das Erbbaurecht bestellenden Grundstückseigentümers und des Erbbaurechtsnehmers. Im Falle eines zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellten Erbbaurechts gemäß Abs 2 Satz 1 ist aber die Ausschließung einer angemessenen Vergütung unzulässig. Angemessen ist in einem solchen Falle eine Vergütung nach Abs 2 Satz 3 nur dann, wenn sie mindestens beträgt zwei Drittel des gemeinen Wertes des Erbbaurechts zur Zeit der Übertragung (über die Erfordernisse der Übertragung § 2 A 7). Gemäß Abs 2 Satz 1, 2 kann sich der Grundstückseigentümer hier auch nicht auf eine abweichende Vereinbarung berufen (§ 1 A 13); sie ist also dem Erbbauberechtigten gegenüber unwirksam.

§ 33

Beim Heimfall des Erbbaurechts bleiben die Hypotheken, Grund- und Rentenschulden und Reallasten bestehen¹⁾, soweit sie nicht dem Erbbauberechtigten selbst zustehen²⁾. Dasselbe gilt für die Vormerkung eines gesetzlichen Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek sowie für den Bauvermerk (§ 61 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909, Reichs-Gesetzbl. S. 449)³⁾. Andere auf dem Erbbaurechte lastende Rechte erlöschen⁴⁾.

Haftet bei einer Hypothek, die bestehen bleibt, der Erbbauberechtigte zugleich persönlich, so übernimmt der Grundstückseigentümer die Schuld in Höhe der Hypothek. Die Vorschriften des § 416 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung. Das gleiche gilt, wenn bei einer bestehenden fündigen Grundschuld oder bei Rückständen aus Rentenschulden oder Reallasten der Erbbauberechtigte zugleich persönlich haftet.

Die Forderungen, die der Grundstückseigentümer nach Abs 2 übernimmt, werden auf die Vergütung (§ 32) angerechnet⁵⁾.

1. Zu den Reallasten (§ 1105 BGB), die außer den Hypotheken (§§ 1113 ff.), Grund- und Rentenschulden (§§ 1191, 1199 BGB) an dem nicht erlöschenden Erbbaurecht (§ 2 A 7) bestehen bleiben, gehören auch Überbau- und Motwegrenten (§ 914 Abs 3, § 917 Abs 2), die auf dem Erbbaurecht lasten. Ebenso gehört hierher ein nach § 9 Abs 1 Satz 1 Bd auf dem Erbbaurecht für den Grundstückseigentümer eingetragener Erbbauzins. Eine dem Grundstückseigentümer selbst an dem Erbbaurecht zustehende Hypothek verwandelt sich nach § 1177 BGB in eine Eigentümergrundschuld oder -hypothek (letzteres z. B. dann, wenn die Hypothek für eine fremde Schuld bestellt war).

2. Unter den in A 1 genannten, das Erbbaurecht belastenden Rechten, die dem Erbbauberechtigten selbst zustehen könnten, kommen hauptsächlich die gemäß § 1143 oder § 1163 (Gläubigerbefriedigung) oder § 1168 (Gläubigerverzicht) als Eigentümergrundschulden oder -hypotheken (§ 1177 BGB) auf den Erbbauberechtigten übergegangenen Hypotheken in Betracht (vgl. auch §§ 868, 932 ZPO). Sie bleiben nicht bestehen, sondern erlöschen. Das gilt aber nicht von Rechten, die zugunsten des Erbbaurechts (für den jeweiligen Erbbauberechtigten) an dem Grundstück begründet worden sind, z. B. von Wegegerechtigkeiten und sonstigen Dienstbarkeiten. Sie bleiben nach § 889 BGB trotz der Vereinigung des Erbbaurechts mit dem Grundstückseigentum in einer Person bestehen.

3. Ein gesetzlicher Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek, dessen Vormerkung nach Abs 1 Satz 2 ebenso wie die in Satz 1 bezeichneten Rechte bestehen bleibt, ist z. B. nach § 648 BGB für den Unternehmer des Bauwerks wegen seiner Forderungen aus dem Bauvertrag begründet. Nach § 61 des Ges v. 1. 6. 1909 ist im Erbbaugrundbuch ein **Bauvermerk** einzutragen, wenn das Gebäude von dem Erbbauberechtigten errichtet werden soll. Dieser Vermerk hat gemäß § 11 Abs 2 die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des mit seiner Eintragung für die Baugläubiger erwachsenen Anspruchs auf Eintragung einer Bauhypothek. Andere Vormerkungen erlöschen, z. B. auch solche zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Erbbaurechts. Jedoch gilt dies nicht von Vormerkungen, welche die nach Abs 1 Satz 1 bestehenbleibenden Rechte betreffen und das Erbbaurecht nicht unmittelbar belasten (z. B. zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung der Rechte). Sie bleiben ebenso wie Widersprüche, die sich gegen die Rechte richten, mit dem Bestehenbleiben der Rechte ebenfalls bestehen.

4. **Andere auf dem Erbbaurecht lastende Rechte**, die erlöschen, sind z. B. Dienstbarkeiten (§§ 1018, 1030, 1090) und Vorkaufsrechte (§ 1094). Wegen der Vormerkungen und Widersprüche ist auf die A 3, wegen der Miet- und Pachtverträge auf § 30 A 1 zu verweisen.

5. Ist der Erbbauberechtigte zugleich **persönlicher Schuldner** der Hypothekensforderung oder der Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld dient (BGB § 1191 A 1), oder der Forderung auf Rückstände aus Rentenschulden oder Reallasten (§ 1108 BGB), so **übernimmt kraft Gesetzes (Abs 2) der Grundstückseigentümer** (dem im Falle des § 3 der Dritterwerber gleichzustellen ist), ähnlich wie der Ersteher nach § 53 ZPO, **dem Erbbauberechtigten gegenüber die Schuld**. Demnach muß entsprechend dem § 416 BGB verfahren werden, wenn der Erbbauberechtigte von seiner Schuld dem Gläubiger gegenüber frei werden soll (vgl. RG 89, 78; 136, 91). Zum Schutz des Grundstückseigentümers gegen zu hohe Belastungen dient eine Vereinbarung gemäß § 5 Abs 2 über das Erfordernis seiner Zustimmung zu Belastungen sowie die hier in Abs 3 vorgesehene **Anrechnung auf die Vergütung**.

4. Bauwerk

§ 34

Der Erbbauberechtigte ist nicht berechtigt, beim Heimfall oder beim Erlöschen des Erbbaurechts das Bauwerk wegzunehmen oder sich Bestandteile des Bauwerkes anzueignen¹⁾.

1. Das gegenüber dem Erbbauberechtigten ausgesprochene Verbot, beim Heimfall (§ 2 Nr 4) oder beim Erlöschen des Erbbaurechts das **Bauwerk wegzunehmen** oder **sich Bestandteile des Bauwerks anzueignen**, soll einer zwecklosen Vernichtung wirtschaftlicher Werte vorbeugen (Begr zu § 34). Daß der Erbbauberechtigte dem Grundstückseigentümer gegenüber zu diesen Maßnahmen nicht berechtigt wäre, würde sich übrigens schon aus folgenden Erwägungen ergeben: Das in der Regel vom Erbbaurechtsnehmer errichtete Bauwerk (den Ausnahmefall behandelt § 12 A 2) und somit auch dessen Bestandteile gelten nach § 12 Abs 1 Satz 1 als wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts; beim Erlöschen des Erbbaurechts werden dessen Bestandteile nach § 12 Abs 3 Bestandteile des Grundstücks und damit Eigentum des Grundstückseigentümers; beim Heimfall geht das Erbbaurecht mit seinen Bestandteilen auf den Grundstückseigentümer über (§ 12 A 5). Unter das Verbot der Aneignung fallen nicht Gegenstände, die ein Erbbauberechtigter nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Bauwerk verbunden hat. Denn sie sind keine Bestandteile des Erbbaurechts (§ 12 A 4). Ebensovienig kommt hier in Betracht das Zubehör des Bauwerks. Streitig ist, ob im § 34 unter „Erlöschen des Erbbaurechts“ nur das Erlöschen durch Zeitablauf (§ 27) oder auch die Aufhebung durch Rechtsgeschäft (§ 26) zu verstehen ist. Die zweite Ansicht verdient den Vorzug. Denn auch bei der Aufhebung erlischt das Erbbaurecht, und § 34 unterscheidet nicht zwischen den Fällen des Erlöschens. Überdies trifft der gesetzgeberische Grund für das Verbot, nämlich die Verhinderung einer zwecklosen Vernichtung wirtschaftlicher Werte, auch beim Erlöschen durch Aufhebung zu. Allerdings hat der Erbbauberechtigte in der Regel beim Erlöschen durch Zeitablauf eine Entschädigung für das Bauwerk und dessen Bestandteile (§ 27) und beim Heimfall eine angemessene Vergütung für das Erbbaurecht einschließlich der Bestandteile (§ 32) von dem Grundstückseigentümer zu erhalten. Aber beim Erlöschen durch Aufhebung wird regelmäßig ebenfalls eine Entschädigung für das Bauwerk und dessen Bestandteile kraft besonderer Vereinbarung zu zahlen sein.

VI. Schlußbestimmungen

§ 35

Diese Verordnung hat Gesetzeskraft und tritt am Tage der Verkündung in Kraft¹⁾. Gleichzeitig treten die §§ 1012 bis 1017 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und § 7 der Grundbuchordnung außer Kraft²⁾.

1. Tag der Verkündung, mit dessen Beginn (RG 91, 339) die Verordnung in Kraft getreten ist, war der 22. Januar 1919 (RGBl 1919, 72).

2. Für ein bereits bestehendes Erbbaurecht bleiben aber nach § 38 die bisherigen Gesetze weiter maßgebend (§ 38 A 1).

§ 36

Soweit in Reichs- oder Landesgesetzen auf die §§ 1012 bis 1017 des Bürgerlichen Gesetzbuchs verwiesen ist, treten an deren Stelle die entsprechenden Vorschriften dieser Verordnung¹⁾.

1. In der Reihenfolge der §§ 1012—1017 BGB treten an deren Stelle § 1 Abs 1, § 1 Abs 2, § 1 Abs 3, § 11 Abs 1, § 13, § 11 Abs 1 BD.

§ 37

Im § 20 der Grundbuchordnung werden die Worte „Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts“ ersetzt durch die Worte „Bestellung, Änderung des Inhalts oder Übertragung eines Erbbaurechts“¹⁾.

Im § 84 der Grundbuchordnung werden die Worte „Die Vorschriften der §§ 7, 20“ ersetzt durch die Worte „Die Vorschriften des § 20“²⁾.

Dem § 84 der Grundbuchordnung werden als Abs. 2 und 3 folgende Vorschriften angefügt³⁾:

„Ist auf dem Blatte eines Grundstücks ein Recht der in den Artikeln 63 und 68 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch bezeichneten Art eingetragen, so ist auf Antrag für dieses Recht ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen. Die Anlegung erfolgt von Amts wegen, wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll. Sie wird auf dem Blatte des Grundstücks vermerkt.

Die Landesgesetze können bestimmen, daß statt der Vorschriften des Abs. 2 die Vorschriften der §§ 14 bis 17 der Verordnung über das Erbbaurecht entsprechend anzuwenden sind.“

1. Eingefügt sind die Worte „Änderung des Inhalts“. Damit ist die bisher streitige Frage, ob bei der Änderung des Inhalts ebenso wie bei der Bestellung und der Übertragung eines Erbbaurechts formellrechtlich zur Vornahme der Eintragung dem Grundbuchamt (in der Form des § 29 GBD) der Nachweis geführt werden müsse, daß die sachlichrechtlich erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles erklärt sei, in bejahendem Sinne entschieden. Die materiellrechtlichen Erfordernisse der Bestellung, der Änderung des Inhalts und der Übertragung eines Erbbaurechts sind ihren Gegenfaz zu dieser formellrechtlichen Voraussetzung für die Vornahme der Eintragung eröffnet § 1 A 1.

2. § 7 ist gestrichen, weil er durch § 35 Satz 2 BD außer Kraft gesetzt ist.

3. Nach der neuen Fassung des § 84 — jetzt § 118 — Abs 1 GBD finden die Vorschriften des § 20 und des § 22 Abs 2 GBD über das Erbbaurecht auf die in den Artt 63, 68 BGB bezeichneten Rechte entsprechende Anwendung. Diese Rechte sind das Erbpachtrecht mit Einfluß des Büdnerrechts und des Häuslerrechts (Art 63) und vererblich und veräußerliche Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals (Art 68). Die landesgesetzlichen Vorschriften hierüber sollen nach näherer Bestimmung der Artikel unberührt bleiben mit der Maßgabe, daß § 1017 bzw. §§ 874, 875, 876, 1015, 1017 BGB entsprechende Anwendung finden. Die §§ 1015, 1017 BGB werden jetzt gemäß § 36 BD durch § 11 Abs 1 BD ersetzt (§ 36 A 1). Danach bedarf die Bestellung der im Art 38 preuß. AGWB bezeichneten selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeiten und die im PrGes v. 4. 8. 1904 geregelte Bestellung von Salzabbaugerechtigkeiten (materiellrechtlich) keiner Form, insbesondere nicht mehr wie früher der Form der

Auflassung nach § 925 BGB (§ 11 A 1, § 1 A 1). Formellrechtlich ist jedoch zur Eintragung nach § 20 Grundbuchordnung der Nachweis der Einigung in der Form des § 29 Grundbuchordnung erforderlich (RGZ 53, 150). Ein Erbpachtrecht kann nicht gemäß § 875 BGB, sondern nur nach Maßgabe landesgesetzlicher Vorschriften aufgehoben werden (RGZ 8, 278). Der dem § 84 — jetzt § 118 — Grundbuchordnung angefügte Absatz 2 gibt den gestrichenen § 7 Grundbuchordnung wörtlich wieder, wenn an Stelle von „ein Recht der in den Artt 63, 68 Grundbuchordnung bezeichneten Art“ gelesen wird „ein Erbbaurecht“. Der neue § 84 — jetzt § 118 — Absatz 2 hält also den alten § 7 Grundbuchordnung für die vorbezeichneten Rechte sachlich aufrecht. Der Vorbehalt in dem angefügten Absatz 3 gestattet der Landesgesetzgebung aber, die Anwendung des Absatz 2 (also des früheren § 7 Grundbuchordnung) für diese Rechte auszuschließen und dafür die Anwendung der §§ 14—17 Grundbuchordnung vorzuschreiben, wonach namentlich für die Rechte bei der Eintragung in das Grundbuch stets von Amts wegen ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen wäre. — Eine selbständige Kohlenabbaugerechtigkeit kann rechtsgeschichtlich gemäß § 875 BGB aufgehoben werden (RGZ 4, 354).

§ 38

Für ein Erbbaurecht, mit dem ein Grundstück zur Zeit des Inkrafttretens dieser Verordnung belastet ist, bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend ¹⁾.

1. Abgesehen von den auf das Erbbaurecht bezüglichen formellrechtlichen, das Verfahren vor dem Grundbuchamt betreffenden bisherigen Vorschriften, insbesondere dem durch § 35 Grundbuchordnung außer Kraft gesetzten § 7 Grundbuchordnung und dem durch § 37 Absatz 1 Grundbuchordnung geänderten § 20 Grundbuchordnung, sind die für ein vor Inkrafttreten der Grundbuchordnung (§ 35) begründetes Erbbaurecht maßgebend bleibenden bisherigen Gesetze in materielrechtlicher Hinsicht die §§ 1012—1017 BGB. Sie lauten:

§ 1012. Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht). ^{a)}
(E I 961 II 924; M 3 469; P 3 281 f.)

§ 1013. Das Erbbaurecht kann auf die Benutzung eines für das Bauwerk nicht erforderlichen Teiles des Grundstücks erstreckt werden, wenn sie für die Benutzung des Bauwerkes Vorteil bietet. ^{b)}
(E I 961 II 924; M 3 469; P 3 281 f.)

§ 1014. Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stodwerk, ist unzulässig. ^{c)}
(E I 961 II 924; M 3 470; P 3 281 f.)

§ 1015. Die zur Bestellung des Erbbaurechts nach § 873 erforderliche Einigung des Eigentümers und des Erwerbers muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden. ^{d)}
(E I 962 II 925; M 3 163, 471; P 3 283 f.; 5 444.)

§ 1016. Das Erbbaurecht erlischt nicht dadurch, daß das Bauwerk untergeht. ^{e)}
(E I 963 II 927; M 3 473; P 3 284.)

§ 1017. Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften.

Die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung. ^{f)}

(E I 781, 962, 964 II 958; M 3 36, 471, 474; P 3 284.)

Hierzu ist als für die weitere Geltung noch in Betracht kommend folgendes zu bemerken:

Im allgemeinen:

Nicht nur die Fragen, ob das Erbbaurecht rechtswirksam begründet ist, ob Inhaltsänderungen, Belastungen, Übertragungen vor dem 22. 1. 1919 rechtmäßig vorgenommen worden sind, in welchem Rangverhältnis zu anderen Rechten am Grundstück das Erbbaurecht steht, sind nach bisherigem Recht zu beurteilen. Nach der allgemeinen, uneingeschränkten Fassung des § 38 Grundbuchordnung sind vielmehr auch die nach dem 22. 1. 1919 eintretenden Rechtsakte an dem Erbbaurecht, wie Inhaltsänderungen, Belastungen, Übertragungen, Rangänderungen, nach bisherigem Recht vorzunehmen. Auch für die Frage der Beendigung des Erbbaurechts bleibt das bisherige Recht maßgebend.

Im einzelnen:

a) § 1012 stimmt wörtlich mit dem § 1 Absatz 1 Grundbuchordnung überein. Insofern kann also im allgemeinen auf die Ausführungen in A 1—9 zu § 1 Grundbuchordnung Bezug genommen werden. Hinzuzufügen ist, daß ein Erbbaurecht nicht nur unter einer aufschiebenden Bedingung oder einer Zeitbestimmung, sondern (abweichend von § 1 Absatz 4 Satz 1 Grundbuchordnung) auch unter einer auflösenden Bedingung bestellt werden konnte (RG 61, 1). Ausgeschlossen war aber eine Bestellung für die

Lebenszeit des Erbbauberechtigten oder unter der auflösenden Bedingung der Veräußerung, weil das Erbbaurecht dann nicht mehr ein veräußerliches und vererbliches Recht gewesen wäre (RZM 9, 128). Dagegen war zulässig die Eintragung einer Vormerkung auf Grund der Verpflichtung zur Aufhebung für den Fall der Veräußerung ohne Genehmigung des Eigentümers (RZM 9, 271). Das Erbbaurecht konnte nur zugunsten einer natürlichen oder juristischen Person, nicht zugunsten eines Grundstücks (als subjektiv-dingliches Recht) bestellt werden (OLG 15, 359), wohl aber für mehrere zu ideellen Bruchteilen oder zur gesamten Hand (WD § 1 A 5).

b) § 1013 entspricht im Kern dem § 1 Abs 2 WD. Jedoch war Erfordernis für die Erstreitung auf ein Nebenland nicht wie jetzt, daß das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache bleibt, sondern daß die Benutzung des Nebenlandes für die Benutzung des Bauwerks Vorteil bot. Darunter war daselbe zu verstehen wie unter dem Vorteil, den eine Grunddienstbarkeit nach § 1019 BGB für das herrschende Grundstück haben muß (§ 1019 A 2). Die Erstreitung konnte bei der Bestellung des Erbbaurechts oder später durch Einigung in der Form des § 1015 BGB und durch Eintragung in das Grundbuch über das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück erfolgen (§§ 873, 877 BGB).

c) § 1014 stimmt wörtlich mit § 1 Abs 3 WD überein.

d) § 1015 schrieb für die Einigung bei der Bestellung des Erbbaurechts dieselbe Form (Auflassung) vor wie für die Übertragung des Grundeigentums (§ 925 Abs 1 BGB). Insofern kann also verwiesen werden auf § 925 BGB A 10—13. Eine dem § 925 Abs 2 entsprechende Bestimmung war hier aber nicht aufgenommen. Inwieweit danach die Bestellung eines Erbbaurechts unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen konnte, ist schon unter a) gesagt. Alles Nähere über die nach § 873 BGB erforderliche Einigung des Eigentümers und des Erwerbers findet sich in § 873 A 7, 8, 9, § 925 A 5—9 und RGZ 21 A 127 (die Bestellung eines Erbbaurechts galt im Hinblick auf die in Preußen erforderliche Genehmigung von Behörden nicht als eine Grundstücksveräußerung). Sie mußte die eingeräumte Benutzungsbefugnis im einzelnen angeben. Der Inhalt des Erbbaurechts war nicht, wie z. B. der des Nießbrauchs, vom Gesetz so bestimmt, daß sich die Beteiligten nur über Einschränkungen des gesetzlichen Inhalts zu einigen gehabt hätten. Das Grundbuchamt hatte zu prüfen, ob das eingeräumte Benutzungrecht unter den gesetzlichen Begriff des Erbbaurechts (§ 1012) fiel und die Einigung der erforderlichen Bestimmtheit nicht entbehrte. Die außer der Einigung zur Begründung des Erbbaurechts gemäß § 873 Abs 1 erforderliche Eintragung war auf das Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks zu bewirken. Auch formellrechtlich war zur Vornahme der Eintragung (abweichend von § 19 GBD nach § 20 GBD erforderlich, daß die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles gemäß § 1015 BGB erklärt war. Dieselbe Form der Einigung galt nach §§ 1017 Abs 2, 925 Abs 1 BGB für die Übertragung des Erbbaurechts, die aber nach §§ 1017 Abs 2, 925 Abs 2 BGB nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen konnte. Ferner bedurfte die rechtsgefällige Änderung des Inhalts, auf die nach § 877 die §§ 873, 874, 876 BGB Anwendung fanden, der gleichen Form der Einigung. Denn auch hierdurch wurde ein Erbbaurecht (mit anderem Inhalt als bisher) „bestellt“, so daß § 873 hinsichtlich der Form der Einigung durch § 1015 BGB ersetzt wurde (str.). § 1015 BGB fand nach Art 63 GG auf die landesrechtlich zugelassene Belastung eines Grundstücks mit dem vererblichen und veräußerlichen Recht zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals entsprechende Anwendung, dagegen nach Art 63 GG nicht auf den landesrechtlichen Erbpachtvertrag mit Einschluß des Bädner- und Häuslerrechts.

e) § 1016 stimmt wörtlich mit § 13 WD überein. Die Vorschrift konnte aber durch Vereinbarung der Beteiligten geändert, insbesondere der Untergang als auflösende Bedingung oder als Endtermin für das Erbbaurecht gesetzt werden (OLG 31, 333). Die früheren Bestandteile des untergegangenen Bauwerks (Baumittelstücke) gehörten demjenigen, welcher Eigentümer des Bauwerks war (§§ 955, 953, 95 Abs 1 Satz 2 BGB). Bestand das Bauwerk bereits zur Zeit der Begründung des Erbbaurechts, so blieb es im Eigentum des Grundstückseigentümers; war es erst vom Erbbauberechtigten in Ausübung der Berechtigung erbaut worden, so gehörte es dem Erbbauberechtigten (§§ 93, 94 Abs 1 oder 95 BGB; RGZ 25 A 141; 39 B 90; OLG 26, 126; 31, 333; vgl. RG ZB 1903 Beil 90). Eine Pflicht des Erbbauberechtigten oder des Grundstückseigentümers zur Wiederherstellung des Bauwerks bestand nicht. Wohl aber hatte der Erbbauberechtigte, da sein Erbbaurecht bestehen blieb, die Befugnis zur Wiederherstellung. War der Erbbauberechtigte Eigentümer des untergegangenen Bauwerks gewesen, so war er berechtigt, die übriggebliebenen Stücke des Bauwerks wegzunehmen.

f) § 1017 Abs 1, 2 entspricht dem § 11 Abs 1 Satz 1 WD. Die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften, die auf das Erbbaurecht Anwendung fanden, sind zusammengefaßt in WD § 11 A 1. Notwendig war die im § 1015 BGB vorgeschriebene Form der Einigung bei der Bestellung, der Übertragung und der Änderung des Inhalts des Erbbaurechts (oben d). Die Rechte, mit denen ein Erbbaurecht belastet werden konnte, und die Erfordernisse für die Belastung sind besprochen in WD § 11 A 1 unter „belastet“; das dort Gesagte gilt auch für die

nach bisherigem Recht begründeten Erbbaurechte. Auch ein solches Erbbaurecht endigt (erlischt) zwar nicht durch den Untergang des Bauwerks (§ 1016 BGB; oben c), wohl aber durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung oder des bestimmten Erdtermins (§§ 158 Abs 2, 163 BGB), ferner durch die rechtsgeschäftliche Aufhebung gemäß §§ 875, 876, 878 BGB (RZA 8, 278), durch Verjährung gemäß § 901 BGB (RZA 8, 278) und durch den Zuschlag des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks in der Zwangsversteigerung gemäß § 91 BGB. Dagegen endigt es nicht durch Aufhebung gemäß § 928 BGB, da die auf den „Verlust“ des Grundeigentums bezüglichen Sondervorschriften nicht für anwendbar erklärt sind (RZA 8, 279). Der § 927 BGB (Erwerb des Eigentums auf Grund eines Ausschlußurteils für den Eigenbesitzer) findet Anwendung, da es sich um eine den „Eigentümerserwerb“ betreffende Vorschrift handelt, obwohl mit dem Erwerb zugleich ein Verlust des früheren Eigentums (Erbbaurechts) verbunden ist (str.). Dadurch allein, daß das Erbbaurecht sich mit dem Eigentum am Grundstück in einer Person vereinigt, geht das Erbbaurecht gemäß § 889 BGB noch nicht unter (OLG 31, 334). Mit der Beendigung des Erbbaurechts erlöschen auch die Belastungen, und zwar nicht nur an dem Erbbaurecht selbst, sondern auch an dem Bauwerk, auf das sie sich erstreckten, gleichviel, ob es dem Erbbauberechtigten oder dem Grundstückseigentümer gehört. — Über die zur Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Verfügungen nach § 873 oder § 875 BGB erforderlichen Eintragungen in das Grundbuch ist zu bemerken: Die Eintragung der Erbbaurechtsbestellung als einer Grundstücksbelastung hatte in das Grundbuchblatt über das mit dem Erbbaurecht zu belastende Grundstück zu erfolgen. Dabei konnte gemäß § 874 BGB zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts auf die Erklärung der Einigung der Beteiligten über die Bestellung (§ 20 GBD) Bezug genommen werden (RFG 2, 307). Das galt jedoch nicht für Bedingungen und Befristungen, da sie nicht zum Inhalt des Rechts gehören (RGZ 49, 189). Auf Antrag mußte gemäß § 7 Abs 1 Satz 1 GBD für das so eingetragene Erbbaurecht ein besonderes Grundbuchblatt unter Vermerk auf dem Blatt des Grundstücks (§ 7 Abs 2 GBD) angelegt werden. Sollte das Recht veräußert oder belastet werden, so erfolgte die Anlegung des besonderen Grundbuchblatts gemäß § 7 Abs 1 Satz 2 GBD von Amts wegen. Auf dieses Blatt wurde die Übertragung, auch die im Wege der Zwangsversteigerung, oder die Befastung gebucht (RZA 5, 202). Ein Erbbauzins, der dem Erbbaurecht nicht wesentlich war, gehörte ebenfalls zu den zulässigen Belastungen des Erbbaurechts. Er war als eine dem jeweiligen Grundstückseigentümer zustehende (subjektiv-dingliche) Reallast (§ 1105 Abs 1, 2 BGB) auf das Blatt über das Erbbaurecht einzutragen (JW 1936, 1473⁴⁴). Dagegen war eine nachträgliche Änderung des Inhalts oder des Ranges des Erbbaurechts maßgeblich wiederum auf das Blatt für das Grundstück einzutragen; war jedoch ein Blatt für das Erbbaurecht angelegt, so war die Inhaltsänderung darin nachzutragen. Im Falle der rechtsgeschäftlichen Aufhebung oder des sonstigen Erlöschens des Erbbaurechts war die Löschung ebenfalls auf dem Blatt für das Grundstück zu bewirken; ein Blatt für das Erbbaurecht war zu schließen. Dieses Blatt galt als Grundbuch im Sinne des BGB (§ 3 Satz 2 GBD), z. B. für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach §§ 891—893 BGB. Im Falle der Nichtübereinstimmung mit dem Grundbuchblatt für das Grundstück erstreckte sich der öffentliche Glauben des besonderen Blattes für das Erbbaurecht nur auf die Buchungen über die Übertragungen und Belastungen des Erbbaurechts, während für die Buchungen über das Bestehen, den Inhalt und den Rang des Erbbaurechts das Blatt für das Grundstück maßgebend war.

Da nicht nur die Vorschriften des Sachenrechts, die sich auf Grundstücke beziehen, sondern auch solche Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse für das Erbbaurecht galten, bedurfte auch der schuldrechtliche Vertrag auf Bestellung und auf Übertragung des Erbbaurechts der Form des § 313 Satz 1 BGB (Prot 1, 464; RG 61, 4; OLG 26, 126). Auch § 313 Satz 2 fand Anwendung. Denn wenn auch die Bestellung und Übertragung nicht als Auflassung bezeichnet wurden (§ 20 GBD), verlangte doch das Gesetz (§§ 1015, 1017 Abs 2) für die Einigung eine der Auflassung gleiche Form. Die für das Erbbaurecht geltenden Ansprüche aus dem Eigentum sind erörtert in **BD § 11 A 2**.

Auf die vor dem Inkrafttreten des BGB begründeten Erbbaurechte finden nach Art 184 GG/BGB die §§ 1012 ff. mit Ausnahme des § 1017 keine Anwendung (OLG 18, 144). Art die Stelle des § 1017 ist jetzt § 11 B 3 getreten. Die in Artt 63, 68 GG/BGB bezeichneten Rechte sind besprochen in **BD § 37 A 3**.

§ 39

Erwirbt ein Erbbauberechtigter auf Grund eines Vorkaufsrechts oder einer Kaufberechtigung im Sinne des § 2 Nr 7 das mit dem Erbbaurechte belastete Grundstück oder wird ein bestehendes Erbbaurecht erneuert, so bleiben reichs-, landesgesetzliche und kommunale Gebühren, Stempel- und Umsatzsteuern jeder Art insoweit außer Ansatz, als sie schon bei Begründung des Erbbaurechts entrichtet worden sind¹⁾.

1. Durch diese Bestimmung wird eine begrenzte Befreiung von den darin genannten Steuern gewährt für den Fall, daß der Erbbauberechtigte auf Grund eines ihm zustehenden (persönlichen oder dinglichen) Vorkaufsrechts (§§ 504, 1094 BGB) oder einer Kaufberechtigung nach § 2 Nr 7 B D das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück erwirbt oder daß ihm auf Grund eines Erneuerungsborrechts gemäß § 2 Nr 6 B D das durch Zeitablauf erloschene Erbbaurecht erneuert wird (§ 2 Nr 9). Die Befreiung tritt aber nur insoweit ein, als gleichartige Steuern bereits bei Begründung des Erbbaurechts entrichtet worden sind.

Fünfter Abschnitt Dienstbarkeiten¹⁾

Erster Titel

Grunddienstbarkeiten

§ 1018

Ein Grundstück²⁾ kann zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks³⁾ in der Weise⁴⁾ belastet werden⁵⁾, daß dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen⁶⁾ benutzen darf⁷⁾ oder daß auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen⁸⁾ oder daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt (Grunddienstbarkeit⁹⁾).

§ I 906 II 929; R 3 478 ff.; B 3 286 ff., 305 ff., 327 f.

1. Das BGB kennt nur drei Arten von Dienstbarkeiten: die Grunddienstbarkeiten (§§ 1018 bis 1029), den Nießbrauch (§§ 1030—1089) und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§§ 1090—1093). Die Dienstbarkeit ist ein dingliches Recht an fremder Sache, kraft dessen dem Berechtigten der in einem weiteren als dem gewöhnlichen Sinne zu verstehende Gebrauch einer Sache in gewissen Beziehungen zusteht (R 3, 475 ff.; RGF 51, 292). Gemeinschaftliche Bestimmungen für alle drei Arten der Dienstbarkeiten enthält das BGB nicht. Doch haben einige Vorschriften für die einzelnen Rechte den gleichen Inhalt (vgl. die §§ 1024, 1027, 1060, 1065, 1090). Der Nießbrauch kann bestehen sowohl an beweglichen Sachen als auch an Grundstücken, an Rechten und an einem Vermögen. Dagegen sind Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten nur an Grundstücken möglich. Die Vorschriften, die den Inhalt einer Dienstbarkeit beschränken (z. B. die §§ 1018, 1019), haben zwingenden Charakter. Sie unterliegen also nicht der Abänderung durch Vereinbarung der Beteiligten (RGZ 21 A 310). Der Nießbrauch und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten sind unvererblich und unübertragbar (§§ 1059, 1061, 1090 Abs 2, 1092). Sie sind subjektiv-persönliche Rechte (Berechtigter nur eine Person), während die Grunddienstbarkeiten subjektiv-dingliche Rechte (Berechtigter nur ein anderes Grundstück) sind. — Die Vorbehalte zugunsten der Landesgesetze in §§ Artt 109 (Enteignung), 113 (Zusammenlegung von Grundstücken usw.), 114 (Ablösungsrenten), 128 (buchungsfreie Grundstücke) beziehen sich auf alle Dienstbarkeiten, der Vorbehalt in Art 115 GG (Beschränkung oder Unterjagung) nur auf Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten. Für das Rechtsgebiet der Dienstbarkeiten können ferner von Bedeutung sein die Vorbehalte in §§ Artt 117 (Verschuldungsgrenze), 112 (Bahneinheiten), 120 (Unschädlichkeitszeugnis), 164 (Berechtigung der Realverbände). Übergangsvorschriften enthalten die Artt 184, 187, 189, 191 GG (vgl. zu Art 184 für rheinisches Recht RG 104, 148). Danach richtet sich auch nach dem Inkrafttreten des BGB bis zur Anlegung des Grundbuchs die Begründung der Dienstbarkeiten an einem Grundstück nach den bisherigen Gesetzen; ebenso die Aufhebung, bis das Recht eingetragen ist (Art 189). Die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Dienstbarkeiten bleiben bestehen und bedürfen, wenn sie zu der Zeit bestehen, in welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (Art 186 Abs 1 GG), auch zur Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung, soweit nicht landesgesetzlich etwas anderes bestimmt ist (Artt 184, 187). Die Frage der Gültigkeit ihrer Entstehung ist auch dann nach dem früheren Recht zu beurteilen, wenn die Dienstbarkeit unter der Geltung dieses Rechts vom Nichtigentümer an fremdem Grund und Boden bestellt worden ist und der Eigentümer die Bestellung erst nach dem 1. 1. 1900 genehmigt hat (RG SeuffA 86 Nr 109). Von dem Berechtigten oder dem Eigentümer des belasteten Grundstücks kann die Eintragung verlangt werden (Art 187 Abs 1 Satz 2 GG). Dann muß dem Grundbuchamt nachgewiesen werden nicht

nur, daß die Grunddienstbarkeit überhaupt begründet worden ist, sondern auch, daß sie bereits in jenem Zeitpunkt bestanden hat (RGZ 51, 255). Geschieht dies, so ist die Grunddienstbarkeit mit dem Range vor den nach jenem Zeitpunkt eingetragenen Hypotheken und sonstigen Rechten einzutragen (RGZ 51, 257). Art 191 bezieht sich auf den Besitzschutz für Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten. — Die den Inhalt einer Dienstbarkeit bildenden Befugnisse können einer Person auch durch einen rein schuldrechtlichen Vertrag, aber nur mit Wirkung zwischen den Vertragsschließenden gewährt werden (RG Warn 1909 Nr 69; RG 1. 3. 1930 V 15/29). Unter Umständen kann der Vertrag auch zu Gunsten Dritter, z. B. der Rechtsnachfolger eines Grundstücksverwerbers im Grundstückseigentum, geschlossen sein (§ 328; RG 28. 2. 1936 V 187/35). Ausnahmsweise kann eine solche schuldrechtliche Bindung auch neben die Bestellung einer Grunddienstbarkeit treten. Im allgemeinen schließt aber die Bestellung der Dienstbarkeit nicht den Vertragswillen der Beteiligten in sich, auch persönliche Verpflichtungen zu begründen. Vielmehr entspricht es der Regel, daß derjenige, der die Bestellung der Dienstbarkeit an seinem Grundstück verspricht, die übernommene Verpflichtung mit der Eintragung des Rechts erschöpft und sich nicht auch noch persönlich zur Gewährung von Nutzungsrechten verpflichten will. Eine von dieser Regel abweichende Willensrichtung der Beteiligten bedarf einer zweifelstfreien Niederlegung im Vertrage. Wo durch einen Vertrag das nachbarrechtliche Verhältnis der Grundstücke geregelt und eine bleibende Einrichtung hinsichtlich ihrer Benutzung geschaffen werden soll, wird allein die Grunddienstbarkeit als rein dingliche Belastung dem gewollten Vertragszweck am besten gerecht (RG HR 1936 Nr 1166).

2. Grunddienstbarkeiten sind nur möglich an Grundstücken sowie an Erbbaurechten (§ 1017 Abs 1; RD v. 15. 1. 1919 § 11) und an den andern in Artt 63, 68, 196 EG bezeichneten (landesrechtlichen) Rechten mit Grundstücksnatur (Vorbem 4 vor § 873: Grunddienstbarkeit an einer Abbaugerechtigkeit). Ein Recht zum Schöpfen von Leitungswasser aus städtischen Rohrleitungen kann deshalb nicht als Grunddienstbarkeit begründet werden, da die Rohrleitungen bewegliche Sachen sind (OLG 45, 222). Eine Grunddienstbarkeit kann aber auch an einem bestimmten, abgegrenzten Teil eines Grundstücks bestellt werden (§ 1026). Einer Abschreibung des belasteten Teiles bedarf es nach § 7 Abs 2 OGD nicht, wenn keine Verwirrung zu besorgen ist und den Vorschriften über die Vorlegung einer Karte genügt wird (RGZ 53, 171). Verschieden hiervon ist die an dem ganzen Grundstück begründete Grunddienstbarkeit, deren jeweilige Ausübung auf einen Teil des Grundstücks beschränkt ist (§§ 1023, 1026; SeuffA 75 Nr 31). Der Unterschied zeigt sich namentlich bei dem Erlaßanspruch des Berechtigten für den Wegfall der Dienstbarkeit im Zwangsversteigerungsverfahren. Der Erlaßanspruch nach § 92 BZG ergrift im zweiten Falle den nach Befriedigung der vorgehenden Rechte verbleibenden Erlös des ganzen Grundstücks, während bei einer nur einen Grundstücksenteil belastenden Grunddienstbarkeit auch nur ein verhältnismäßiger Teil des Erlöses in Anspruch genommen werden kann (RZA 2, 104; 12, 167; OLG 21, 42). Die Frage, ob mehrere Grundstücke mit ein und derselben Dienstbarkeit belastet werden können, wird in A 5 erörtert. — Auch an Privatflüssen und selbst an öffentlichen Flüssen ist eine Grunddienstbarkeit (z. B. eine subjektivdingliche Fischereiergerechtigkeit) rechtlich möglich. Denn der nach örtlichen Grenzen bezeichnete Teil eines Flusses ist ein bestimmbarer und bestimmter, räumlich abgegrenzter Abschnitt der Erdoberfläche, also ein Grundstück (R 3 S. 48, 54), und wenn auch nach Landesrecht (Art 65 EG; z. B. nach früherem preussischem Recht) kein Privateigentum an öffentlichen Flüssen bestehen mag (§ 903 A 1), so schließt doch auch bei diesen Flüssen der Gemeingebrauch (§ 906 A 5) die Ausübung eines besonderen begrenzten dinglichen Rechts nicht aus (RG 53, 98; Gruch 44, 929). Dasselbe gilt von Grunddienstbarkeiten an öffentlichen Wegen und Plätzen (RG JW 1895, 362^o; 1897, 48^o; 1927, 797^o; OLG 15 S. 363, 364). Dadurch, daß die Benutzung später mit den öffentlichen Bedürfnissen in Widerspruch gerät, wird eine solche Grunddienstbarkeit nicht aufgehoben, es sei denn, daß sie von vornherein unter einer entsprechenden auflösenden Bedingung bestellt worden war (JW 1927, 797^o). Zahlreiche Entscheidungen behandeln die dem öffentlichen Recht angehörenden, daher vom BGB nicht berührten servitutarischen Rechte der Straßenanlieger an öffentlichen Straßen, so z. B. für preuß. und rhein. Recht RG 7, 213; 10, 271; 25, 242; 30, 246; 44, 282; 56, 101; 62, 89; Warn 1935 Nr 132; JW 1899, 381^o; 1901, 144^o; 1902, 192^o; 1907, 155^o; 1909, 87^o; 1912, 868^o; Gruch 44, 970; 53, 502; 65, 362; OLG 15, 362; für gemeinsames Recht RG 21, 191; 51, 251; JW 1902, 319^o; SeuffA 44 Nr 306; für Bremen HR 1935 Nr 1018. Schäden, die sich aus Straßenerhöhungen für die Anlieger ergeben, bilden den Gegenstand der Entscheidungen in RG Warn 1915 Nr 51; Gruch 65, 362. Der Gemeingebrauch an Straßen ist beleuchtet in § 905 A 1, 4. — Zulässig ist auch eine Grunddienstbarkeit mit dem Inhalt, daß eine Eisenbahn an Lage auf dem Gelände des dienenden Grundstücks für ein von dem herrschenden Grundstück herangeführtes Anschlußgleis oder daß ein über das dienende Grundstück zu einer Staatseisenbahn führendes Anschlußgleis für das herrschende Grundstück benutzt werden darf (RG JW 1911, 467^o; 1912, 851^o; Gruch 52, 1200; vgl. aber auch RG 58, 264). Die Staatseisenbahnverwaltung (Verwaltung der Reichsbahn), die vertragsmäßig einem Privatunternehmen Anschluß an ihre Gleise einräumt, ist aber durch § 43 des preuß. Klein-

bahnGef v. 28. 7. 1892 oder durch § 4 des preuß. EisenbahnGef v. 3. 11. 1838 nicht behindert, sich ein jederzeit zulässiges Ründigungsrecht auszubedingen (RG Bruch 64, 368). Weitere Einzelheiten hierzu bringt A 5 letzter Absatz. — An dem Bruchteil (ideellen Teil) eines Grundstücks ist eine Grunddienstbarkeit nicht möglich. Wird daher nur der Bruchteil eines im Miteigentum stehenden Grundstücks zwangsversteigert und bleibt nach den Versteigerungsbedingungen die auf dem ganzen Grundstück lastende Grunddienstbarkeit nicht bestehen, so erlischt sie mit dem Zuschlag nicht nur an dem versteigerten Bruchteil, sondern auch an dem Rest des Grundstücks (JW 1933 S. 626¹¹, 2011²).

3. Nur der jeweilige Eigentümer eines andern Grundstücks oder der jeweilige Inhaber eines Erbbaurechts (§ 1017 Abs 1, RD v. 15. 1. 1919 § 11) oder der andern in Artt 63, 68, 196 GG bezeichneten (landesrechtlichen) Rechte mit Grundstücksnatur (DLG 45, 221) kann der Grunddienstbarkeitsberechtigte sein, nicht eine bestimmte natürliche oder juristische Person. Für eine solche Person (z. B. für eine Stadtgemeinde) kann eine dem § 1018 entsprechende Belastung eines Grundstücks nur als beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1090) begründet werden (RG 54, 246; § 1019 A 4). Das gilt z. B. auch für das Recht einer Eisenbahngesellschaft (der Reichsbahn), ein Grundstück für ihre Eisenbahngleise zu benutzen (RG 8, 207). Doch kann eine Grunddienstbarkeit unter der auflösenden Bedingung bestellt werden, daß sie erlöschen soll, falls das herrschende Grundstück in das Eigentum einer anderen Person als eines Abkömmlings des gegenwärtigen Eigentümers gelangt. Denn dann ist immerhin der jeweilige Eigentümer berechtigt, vorausgesetzt, daß er ein Abkömmling des gegenwärtigen Eigentümers ist (RZA 12, 69). Ferner ist eine Grunddienstbarkeit für ein gewerbliches Unternehmen dann zulässig, wenn die unmittelbar dem Gewerbebetrieb zugute kommende Benutzung des belasteten Grundstücks mittelbar auch dem Grundstück, auf dem das Gewerbe (z. B. eine Wassermühle, ein Tonwerk, eine Ziegelei, Zuckersfabrik, Gastwirtschaft) betrieben wird und das für den Gewerbebetrieb besonders und dauernd eingerichtet ist, Vorteile bietet (RG 30, 205; JW 1898, 314¹⁰⁹; 1899, 547⁵⁸; 1900, 676⁴⁶; 1905, 393¹²; Warn 1913 Nr 154; Bruch 50, 105; 57, 188; DLG 15, 360; RGZ 52, 175; HRN 1936 Nr 259; § 1019 A 4). — Unter Grundstück ist hier wie auch sonst im BGB eine räumlich abgegrenzte Bodenfläche zu verstehen, die auf einem besonderen Grundbuchblatt für sich allein oder auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt unter einer besonderen Nummer im Verzeichnis der Grundstücke eingetragen steht (§ 873 A 4). Daher kann eine Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines realen Grundstücks teils nur bestellt werden, wenn der Teil durch Abschreibung zu einem selbständigen Grundstück umgestaltet wird. Die Bestimmung des § 7 Abs 2 GBD, wonach ein Grundstücksanteil mit einer Dienstbarkeit oder einer Realkast belastet werden kann, ohne daß er abgeschrieben und als selbständiges Grundstück eingetragen zu werden braucht (A 2), kann als Ausnahmevorschrift auf den Grunddienstbarkeitsberechtigten (das herrschende Grundstück) keine entsprechende Anwendung finden (str.; RGZ 53, 171; DLG 43, 6). Zulässig ist aber die Bestellung einer Grunddienstbarkeit mit der Bestimmung, daß die Ausübung nur zugunsten eines realen Grundstücks teils statthaft sein soll. Denn der begünstigte Teil braucht kein selbständiges Grundstück zu sein. Für die Ausübung genügt es vielmehr, wenn er durch Karte und Beschreibung deutlich gekennzeichnet ist (DLG 43, 6). Zugunsten des Bruchteils eines Grundstücks kann eine Grunddienstbarkeit nicht bestehen (Prot 3, 310). Jedoch kann nach § 1009 das herrschende Grundstück im Miteigentum mehrerer stehen, während das dienende Grundstück einem der Miteigentümer allein gehört, und umgekehrt. Unzulässig in die Bestellung einer einheitlichen Grunddienstbarkeit für mehrere Grundstücke (A 5), sofern sie keine Realgemeinde (Vorhem 3 vor § 1030) bilden. — Die Grunddienstbarkeit ist Bestandteil des herrschenden Grundstücks (§ 96). Ihre Abtrennung von diesem Grundstück und ihre gesonderte Übertragung ist unzulässig. Denn nach § 1019 gehört zu ihrem Wesen, daß sie gerade diesem Grundstück zum Vorteil dient (RGZ 43, 132; DLG 34, 194). — Daß das dienende und das herrschende Grundstück benachbart sind, ist nicht erforderlich (DLG 6, 120).

4. Die Belastung kann nur in der Weise erfolgen, wie sie im § 1018 angegeben ist. Die Begrenzung des Inhalts ist zwingend. Durch Vereinbarung der Beteiligten kann der Inhalt nicht erweitert werden. Die Eintragung einer Grunddienstbarkeit mit einem anderen als dem von § 1018 zugelassenen Inhalt hat das Grundbuchamt ohne Zwischenverfügung abzulehnen. Denn sie ist nichtig (RGZ 21 A 310). Daher darf namentlich nicht eine Verpflichtung zu einer Leistung, einem Handeln, einem Tun dem Eigentümer des belasteten Grundstücks auferlegt werden, soweit nicht die Sondervorschriften der §§ 1021, 1022 über die Unterhaltung einer der Grunddienstbarkeit dienenden Anlage Platz greifen (RG 58, 272; RZA 1, 28; 11, 134; DLG 8, 127). Denn nur auf Dulden der Benutzung oder auf Unterlassung gewisser Handlungen kann nach § 1018 die Grunddienstbarkeit gerichtet sein. Leistungen aus einem Grundstück können nur als Realkasten dem Grundstück auferlegt werden, sofern die Voraussetzungen des § 1105 (z. B. daß die Leistungen wiederkehrende sein sollen) gegeben sind (RZA 1, 28; 11, 134; DLG 2, 491; 8, 126; 26, 101; RGZ 26 A 276). Deshalb kann z. B. nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein: die Verpflichtung, auf Verlangen des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks über eine bestimmte Grenzlinie hinübertretende Gebäude oder Gebäudeteile auf eigene Kosten zu beseitigen (RZA 1, 25; RGZ 26 A 274; DLG 18, 146);

die Verpflichtung, eine Anlage (z. B. ein Eisenbahngleis, eine Überfahrt, eine Einfriedigung) dauernd zu unterhalten, wenn diese Verpflichtung die alleinige oder doch hauptsächlich Belastung des Grundstücks enthalten soll (RG 58, 272; OLG 8, 126; 26, 82). Ferner können rein schuldrechtliche Verpflichtungen, wie überhaupt nicht Gegenstand dinglicher Rechte, so auch nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein (RG 58, 272; 60, 320; RGZ 21 A 310; 22 A 152; 25 A 148; 26 A 274; 49, 196; OLG 2, 491; 3, 291; 43, 8). So z. B. nicht: der Verzicht auf Entschädigung für Nachteile, die dem Grundstück durch den Betrieb einer Eisenbahn oder durch den Betrieb eines Bergwerks oder durch Kanalisationsarbeiten erwachsen (RGZ 21 A 310; 22 A 152; 49, 196; OLG 3, 291); die Verpflichtung des Eigentümers, sich mit einer bestimmten Entschädigung zu begnügen, wenn späterhin eine Grundfläche zu Straßenland gezogen werden sollte (RGZ 25 A 148). Wie aus den §§ 1021, 1022 zu entnehmen ist, kann aber ein Tun Nebenbestandteil einer nach dem Hauptinhalt als Grunddienstbarkeit sich darstellenden Belastung sein. Beispielsfälle: die Hauptbelastung besteht in der Unterlassung der Beseitigung eines zum Windschutz dienenden Waldfreitens, die Nebenverpflichtung in der etwa nötig werdenden Aufforstung des Streifens (RM 11, 133); der Hauptinhalt ist, daß einer Mühle nicht durch Bäume der Wind genommen werden darf, die Nebenverpflichtung, Bäume nötigenfalls zu fällen (OLG 26, 81). Dagegen stellt sich die bei der Bestellung einer Grunddienstbarkeit auf Duldung von Einwirkungen von einem Nachbargrundstück aus (A 9) getroffene Bestimmung, daß die Einwirkung „ohne Entschädigung“ zu dulden sei, nicht als eine solche Nebenbestimmung des dinglichen Rechts dar, auch nicht als ein zur Grunddienstbarkeitsbelastung geeigneter Ausschluß der Ausübung eines Rechts, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück ergibt, sondern als ein gegenüber jener Grunddienstbarkeit selbständiger, lediglich schuldrechtlicher Verzicht auf Entschädigung, der nur zwischen den Vertragsschließenden wirkt. Diese Bestimmung kann daher nicht, auch nicht zugleich mit jener Grunddienstbarkeit, eingetragen werden (str.; RGZ 49, 199; vgl. jedoch JW 1921, 584¹). Das Reichsgericht erachtet aber die Eintragung einer Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Bergwerks (das nach § 50 Abs 2 PrAllgBergG einem Grundstück gleichsteht) mit dem Inhalt für zulässig, daß der Bergwerkseigentümer berechtigt sein soll, Abbau zu treiben ohne Verpflichtung zur Entschädigung für die dem belasteten Grundstück entstehenden Bergschäden (RG 119, 211), auch wenn die von dem Bergbaubetrieb ausgehenden Einwirkungen auf das belastete Grundstück nicht über die vom Gesetz gezogenen Grenzen hinausgehen sollen (RG 130, 350). Diese Ansicht erscheint nicht unbedenklich. Wie das Reichsgericht anerkennt, wäre die Eintragung einer Grunddienstbarkeit, welche die Duldung der lediglich nach dem Gesetz zulässigen Einwirkungen zum Inhalt hätte, als überflüssige Belastung des Grundbuchs abzulehnen (RG 119, 213; 130, 354; JFG 3, 329). Die Duldungspflicht wird aber weder dadurch erweitert oder veräußert, daß in dem der Grunddienstbarkeitsbestellung zugrundeliegenden Vertrag die lediglich der gesetzlichen Duldungspflicht entsprechende Einwirkung gestattet wird, noch dadurch, daß in dem Vertrage festgesetzt wird, das aus § 148 PrAllgBergG sich ergebende Recht auf Entschädigung solle für die gesetzlich zulässigen Einwirkungen ausgeschlossen sein. Man kann die Eintragung der Grunddienstbarkeit auch nicht deshalb für zulässig erachten, weil die Ausschließung des Rechts auf Entschädigung sich als Ausschließung eines Rechtes im Sinne des dritten Falles des § 1018 darstelle. Denn hier entspringt das ausgeschlossene Recht nicht aus dem Eigentum an belasteten Grundstück (A 9), sondern aus den Einwirkungen, die auf das belastete Grundstück künftig erfolgen möchten. Aber auch die Eintragung einer Grunddienstbarkeit, welche die Duldung von Einwirkungen über die vom Gesetz gezogenen Grenzen hinaus zum Inhalt hat, wird dann für unzulässig zu erachten sein, wenn die Duldungspflicht verbunden ist mit dem Ausschluß des Rechts auf Entschädigung für die Einwirkungen. Denn der Verzicht auf die Entschädigung ist dabei so sehr die Hauptfache, daß ihm gegenüber die Duldungspflicht zurücktritt. Das Kammergericht hat sich jetzt aber der Anschauung in RG 130, 350 gebeugt und sie auch auf wasserrechtliche Dienstbarkeiten ausgedehnt (HM 1933 Nr 1768); immerhin läßt es die Eintragung der Klausel „unter Verzicht auf Entschädigung“ noch nicht allgemein zu (HM 1934 Nr 262). In JW 1938, 3129² erklärt es die auf den §§ 119, 121 PrWassG beruhende öffentliche Verpflichtung zur Ausführung von Unterhaltungsarbeiten gemäß § 54 GBD für eintragungsunfähig, läßt aber eine (beschränkte persönliche) Dienstbarkeit des Inhalts, daß der Eigentümer eines Ufergrundstücks die in den §§ 152 ff. PrWassG behandelten Einwirkungen unter Verzicht auf den ihm gesetzlich zustehenden Schadensersatzanspruch dulden müsse, als eintragungsfähig zu. — Dem herrschenden Grundstück kann nicht als Inhalt der Grunddienstbarkeit eine Verpflichtung zur Gegenleistung auferlegt werden, weil dies auf eine Grunddienstbarkeit gegen das herrschende Grundstück mit dem Inhalt einer Leistung hinausläufe (OLG 8, 126). Doch ist es zulässig, daß die Ausübung der Grunddienstbarkeit im einzelnen Fall von einer Gegenleistung abhängig gemacht wird; denn hierin liegt nur eine Beschränkung des Inhalts (RG 79, 379; § 1021 A 5). Eine zulässige und eintragungsfähige Beschränkung des Inhalts einer Grunddienstbarkeit liegt auch dann vor, wenn der Eigentümer des dienenden Grundstücks sich bei der Bestellung das Recht vorbehält, später Mitbenutzungsrechte für näher bestimmte Dritte zu bestellen (HM 1934 Nr 169).

5. Eine **rechtsgefällliche Belastung** im Sinne des § 1018 erfolgt gemäß § 873 durch Einigung der Eigentümer des zu belastenden und des später herrschenden Grundstücks und Eintragung im Grundbuch. Das Wesen der **Einigung** und die Erfordernisse für ihre Rechtsgültigkeit sind dargelegt in § 873 Nr. 7, 8, 9. Der Inhalt der Einigung ist streng nach dem Wortlaut der Eintragung und der in ihr in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ohne Rücksicht auf einen etwa abweichenden Parteiwillen auszulegen (RG 131, 168; JW 1930, 3851¹; SeuffW 84, 115; für alte Dienstbarkeiten aber auch RG HR 1932 Nr. 2161). Daher kommt eine ergänzende Auslegung nach dem mutmaßlichen Willen, den die Beteiligten gehabt haben würden, wenn die Umstände berücksichtigt hätten, die sie nicht erwogen haben, hier erst recht nicht in Betracht (RG SeuffW 86 Nr. 150). Die Einigung bedarf zur materiellrechtlichen Gültigkeit keiner Form. Ebensovienig ist in der Regel die Übernahme der Verpflichtung zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit formbedürftig (Ausnahme z. B. im Falle der Schenkung: § 518). Der Anspruch aus einer solchen Verpflichtungsübernahme kann durch Vormerkung gesichert werden (RGZ 40, 127). Die Einigung kann auch stillschweigend erfolgen. Jedoch liegt eine rechtswirksame Bestellung einer Grunddienstbarkeit noch nicht allein darin, daß ein Eigentümer zweier Grundstücke, von denen das eine dem anderen bereits tatsächlich dient, ein Grundstück veräußert; denn es fehlt dazu die Eintragung (RG JW 1912, S. 361³², 851³; anders RG 13, 249; 33, 286; 49, 236; JW 1895, 233³³; Gruch 35, 1034; 47, 959; 29. 5. 1911 V 516/10; OLG 26, 84 nach früherem Recht). Unter Umständen kann aber auch dem Veräußerungsvertrag der Wille der Beteiligten entnommen werden, daß der Eigentümer des dienenden Grundstücks verpflichtet ist, eine Grunddienstbarkeit zu bestellen. Das wird namentlich dann zutreffen, wenn die Benutzung des einen Grundstücks für das andere notwendig ist (z. B. wenn eine Gleisanlage zum Anschluß an eine Staatsbahn über beide Grundstücke geht oder wenn eine dem veräußerten Grundstück zum Vorteil gereichende Stauanlage in dem zum andern Grundstück gehörenden Privatfluß besteht). Kommt dann der Eigentümer dieser Verpflichtung nach, wozu er von dem anderen Teil angehalten werden kann, so entsteht die Grunddienstbarkeit erst durch die Eintragung (RG JW 1912 S. 361³², 851³; vgl. auch RG Gruch 47, 959; Nr. 3, 478; Prot 3, 286). — Eine Grunddienstbarkeit kann, da eine ausschließende Bestimmung fehlt, auch unter einer Bedingung (§ 158) oder Befristung (§ 163) bestellt werden, sofern dadurch der Begriff der Grunddienstbarkeit nicht berührt wird. Zulässig ist daher die Bestellung z. B. unter der ausfließenden Bedingung, daß die Dienstbarkeit erlöschen soll, wenn ein späterer Eigentümer des herrschenden Grundstücks kein Abkömmling des gegenwärtigen Eigentümers ist oder wenn eine entsprechende Grunddienstbarkeit auf einem anderen Grundstück gelöscht wird (RG 12, 69; RGZ 46, 225; OLG 31, 334). Für oder gegen mehrere Grundstücke kann nicht ein und dieselbe Grunddienstbarkeit bestellt werden. Denn das Wesen jeder einzelnen Grunddienstbarkeit besteht gerade darin, daß die Benutzung eines besonders gearteten Grundstücks einem anderen besonders gearteten Grundstück zum Vorteil gereicht. Allerdings kann ein ganzes Grundstück mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden, deren Ausübung sich nur auf einen Teil des Grundstücks erstreckt. Die anderen Teile sind dann aber nur als unselbständige Grundstücksbestandteile mitbelastet (insbesondere für den Wertesatz nach § 92 BGB: A 2) und können nach § 1026 im Falle der Grundstücksteilung von der Dienstbarkeit frei werden. Die Grundsätze von der Sicherung einer Forderung durch eine Hypothek an mehreren Grundstücken (Gesamthypothek) finden auf die Dienstbarkeit keine Anwendung (RG 12, 167). Jedoch kann eine Dienstbarkeit dann auf mehrere Grundstücke als Gesamtbefastung eingetragen werden, wenn ihre Ausübung (z. B. die eines Wegerechts) sich auf die mehreren Grundstücke erstreckt (RG 12, 170). Auch können mehrere Grunddienstbarkeiten mit gleichem Inhalt für oder gegen mehrere Grundstücke bestellt werden. Lebhaft umstritten ist die Frage, ob der Eigentümer zweier Grundstücke das eine zugunsten des andern mit einer Grunddienstbarkeit belasten kann. Das Reichsgericht hat diese Frage früher verneint (RG 47, 202) mit folgender Begründung: Zur Bestellung der Grunddienstbarkeit sei eine Einigung nach § 873 erforderlich. Eine Ausnahme zugunsten der einseitigen Bestellung, wie sie für gewisse Hypotheken und Grundschulden in den §§ 1188, 1192, 1195, 1196 zugelassen sei, fehle bei der Grunddienstbarkeit. Deshalb bleibe es hier bei der Regel, daß ein zweiseitiger dinglicher Vertrag nötig sei, den nach § 181 nicht eine einzige Person mit sich selbst schließen könne. Aus § 889, der ein bereits gültig entstandenes Recht voraussetze, könne nichts Gegenteiliges hergeleitet werden. Auch § 1009 als Sondervorschrift für das Gebiet des Miteigentums rechtfertige keine Durchbrechung des Einigungsgrundsatzes im Falle des § 1018, wenn nur ein einziger Eigentümer zweier Grundstücke in Betracht komme. Aus §§ 1018 ff. selbst sei nichts für die Zulässigkeit einer einseitigen Bestellung der Grunddienstbarkeit zu entnehmen; die Motive des Gesetzes (Nr. 3, 480) sprächen sogar ausdrücklich dagegen. Jetzt steht das Reichsgericht indessen auf dem entgegengelegten Standpunkt (RG 142, 231). Es findet im § 1018 kein Hindernis für die einseitige Bestellung einer Grunddienstbarkeit und glaubt aus den §§ 889, 1009, 1196 rechtliche Anhaltspunkte dafür entnehmen zu können, daß eine solche Bestellung zulässig sei. Den Einigungsgrundsatz des § 873 Nr. 1 schafte es kraft der Schlussklausel „soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt“ aus. Dabei erkennt es zwar an, daß für die Grunddienstbarkeit eine den §§ 1188, 1192, 1195, 1196 entsprechende ausdrücklichliche Ausnahmegvorschrift fehle, rechtfertigt aber die Ausnahmebehandlung der Grunddienst-

barkeit beim Beststellungsatz aus dem Zweck und dem Gesamtinhalt des Gesetzes (verwiesen wird auf die Rechtsprechung zu § 880 Abs 2), vor allem aber aus der Rechtsnatur der Grunddienstbarkeit als eines subjektiv-dinglichen Rechts und aus dem Verkehrsbedürfnis. Ob diese Begründung sich noch im Rahmen der von ihr selbst betonten Gesetzesstunde des Richters hält, ist immerhin zweifelhaft. Der Einigungsgrundsatz des § 873 ist ein Eckstein des Diegenchaftsrechts, der ohne ausdrückliche Gesetzesvorschrift kaum beiseite geschoben werden darf. Mangels einer solchen Vorschrift für die Bestellung der Grunddienstbarkeit erscheint die Begründung der älteren Entscheidung des Reichsgerichts durchaus einleuchtend. Genügt aber das geltende Gesetz dem Verkehrsbedürfnis nicht mehr, so wäre gerade hier, wo ein tragender Grundsatz des Grundstücksrechts durchbrochen werden soll, das Eingreifen des Gesetzgebers einer „Fortentwicklung“ durch die Rechtsprechung vorzuziehen gewesen. Im übrigen vgl. hierzu und zu der Ausnahme des § 1009 für den Fall, daß das eine Grundstück im Miteigentum mehrerer, das andere im Alleigentum eines der Miteigentümer steht: § 873 A 7a und RGZ 39 A 127 (Bestellung eines Fensterrechts durch den Eigentümer zweier Grundstücke für den Fall, daß ein Grundstück veräußert werden sollte). — Die Grunddienstbarkeit wird auf das Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks eingetragen. Sie kann daneben auf Antrag auch auf dem Grundbuchblatt des herrschenden Grundstücks vermerkt werden (§ 9 GBD). Zunächst muß sie aber auf das dienende Grundstück eingetragen werden (RGZ 25 A 142). Weichen die Eintragungsvermerke auf dem dienenden und auf dem herrschenden Grundstück inhaltlich voneinander ab, so entscheidet für den Rechtsbestand der Dienstbarkeit und für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs allein die Eintragung auf dem dienenden Grundstück (RG HRK 1929 Nr 304). Zur Vornahme der Eintragung ist formellrechtlich gemäß § 19 GBD die Bewilligung der Eintragung durch den Passivbeteiligten erforderlich und genügend. Des Nachweises der Einigung bedarf es nicht. Die Bewilligung muß in der durch § 29 Satz 1 GBD vorgeschriebenen Form erklärt werden. Die Eintragung erfolgt auf dem belasteten Grundstück in Abt II, auf dem herrschenden Grundstück im Verzeichnis der mit dem Eigentum verbundenen Rechte (§§ 7, 10 GrundbVerf v. 8. 8. 1935). Die Eintragung muß so erfolgen, daß jedermann aus dem Grundbuch und den zugehörigen Urkunden den Inhalt der Eintragung klar ersehen kann (RGZ 26 A 273; 46, 223; 51, 254). Im Eintragungsvermerk kann nach § 874 zur näheren Bezeichnung des Inhalts der Grunddienstbarkeit auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Der Vermerk selbst muß aber die Art der Dienstbarkeit (z. B. Wege-, Wasserleitungsrecht) erkennen lassen; insoweit ist eine Bezugnahme auf die Bewilligung unzulässig (§ 874 A 3). Ebenso ist eine Bezugnahme auf baupolizeiliche Vorschriften, die nicht in der Eintragungsbewilligung wiedergegeben sind, unzulässig (RGZ 46, 221; DLG 34, 226). Soll die Grunddienstbarkeit ein ganzes Grundstück belasten, ihre Ausübung aber auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt sein (§ 1023 A 1), so muß, da die Beschränkung zum Inhalt der Grunddienstbarkeit gehört, die Eintragungsbewilligung eine genaue Beschreibung der Ausübungsstelle enthalten. Zur näheren Verdeutlichung kann in ihr aber auf beigefügte Pläne oder Zeichnungen Bezug genommen werden (RZA 8, 140; DLG 21, 42; RGZ 50, 133), sofern sie öffentliche Urkunden im Sinne des § 415 BPD sind (RGZ 50, 131). Eine Bezugnahme auf nicht mehr in Geltung befindliche Vorschriften des früheren Rechts genügt zur Bestimmung des Inhalts der Grunddienstbarkeit nicht (RGZ 26 A 271; 51, 254), es sei denn, daß es sich um die Eintragung einer Grunddienstbarkeit handelt, die unter der Herrschaft des früheren Rechts begründet worden war und bisher auch ohne Eintragung (A 1) bestand (RGZ 51, 266). — Auch durch Erziehung kann eine Grunddienstbarkeit erworben werden, jedoch nach heutigem Recht nur durch Bucherziehung gemäß § 900 Abs 2. Dagegen konnten nach Landrecht vor 1900 Grunddienstbarkeiten auch außerhalb des Grundbuchs ersehen werden. Ob und inwieweit hiernach eine privatrechtliche, durch Erziehung erworbene Holznutzungsgerechtigkeiten treten konnte neben ein öffentlich-rechtliches, durch Oberbanz begründetes Holzbezugsrecht gewisser Gemeindeglieder am Gemeindeforst, beleuchtet das Urteil RG ZB 1938, 2985⁴⁴. — Das BGB kennt gesetzliche Grunddienstbarkeiten nicht. Das Recht auf den Überbau (§ 912) und auf den Notweg (§ 917) sind nachbarrechtliche Beschränkungen. Doch können auf den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Gebieten, z. B. im Bereich der Artt 65, 66, 69 GG (Wasserrecht, Deich- und Sielrecht, Fischereirecht), Grunddienstbarkeiten durch Landesgesetz entstehen.

Die Grunddienstbarkeit kann nur zugleich mit dem herrschenden Grundstück, die Ausübung der Grunddienstbarkeit nur zugleich mit der Benutzung des herrschenden Grundstücks auf einen anderen übertragen werden (A 3). Eine Belastung der Grunddienstbarkeit mit anderen dinglichen Rechten, auch mit dem Nießbrauch oder dem Pfandrecht, ist unzulässig. Das folgt aus der Natur der Sache und aus § 1069 Abs 2 und § 1274 Abs 2, welche übertragbare Rechte verlangen. Grunddienstbarkeiten werden aufgehoben durch Rechtsgeschäft gemäß § 875 (Aufgabeerklärung des Berechtigten und Lösung), durch Verjährung gemäß der allgemeinen Vorschrift des § 901 (Erlöschen durch Anspruchsverjährung, wenn die Grunddienstbarkeit zu Unrecht gelöst ist) und nach der besonderen Vorschrift des § 1028 (Erziehung einer beeinträchtigenden Anlage auf dem belasteten Grundstück). Die Grunddienstbarkeit erlischt ferner mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung, unter der sie bestellt ist, oder mit dem Eintritt des Zeitpunkts, bis zu dem sie

nach der Begründung bestehen soll. Endlich sind Endigungsgründe eine solche Veränderung der Oberfläche des herrschenden oder belasteten Grundstücks (z. B. durch dauernde Überschwemmung), daß die Ausübung der Grunddienstbarkeit dauernd ausgeschlossen ist, sowie der dauernde Wegfall des Vorteils (§ 1019) für das herrschende Grundstück (M 3, 482; Prot 3, 308; RG Warn 1910 Nr 160; DVG 31, 336). Dagegen erlischt die Grunddienstbarkeit nicht dadurch, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks das Eigentum am herrschenden Grundstück erwirbt oder umgekehrt (§ 889; anders kann die Rechtslage sich gestalten bei den im nächsten Absatz behandelten nach früherem Recht begründeten Grundgerechtigkeiten). Wird aber ein Grundstück dem anderen gemäß § 890 Abs 2 als Bestandteil zugeschrieben, so daß nunmehr ein einheitliches Gesamtgrundstück besteht, so muß das Erlöschen der Grunddienstbarkeit angenommen werden. Denn eine Grunddienstbarkeit kann nach § 1018 nur dann bestehen, wenn ein selbständiges Grundstück als das berechnete einem anderen selbständigen Grundstück als dem dienenden gegenübersteht (RGZ 51, 261).

Außer den Vorbehalten zugunsten der Landesgesetzgebung für alle Dienstbarkeiten in den Artt 109, 113, 114 GG (A 1) ist noch ein besonderer Vorbehalt für Grunddienstbarkeiten in Art 115 enthalten. Danach bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks mit gewissen Grunddienstbarkeiten untersagen oder beschränken oder welche den Inhalt und das Maß dieser Rechte näher bestimmen. Ferner bleiben gemäß Art 128 GG unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über die Begründung und Aufhebung einer Dienstbarkeit an einem Grundstück, das im Grundbuch nicht eingetragen ist und nach den Vorschriften der Grundbuchordnung nicht eingetragen zu werden braucht (§ 3 Abs 2, 3 GBO). Die Zulässigkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten (z. B. Wegegerechtigkeiten) am Bahnkörper einer Kleinbahn regelt § 5 PrGef über die Bahneinheiten v. 8. 7. 1902; Grunddienstbarkeiten am Bahnkörper von Eisenbahnen sind behandelt in RG Warn 1916 Nr 30. — Übergangsvorschriften enthalten die Artt 184, 187, 189, 191 GG (A 1). Auf die unter der Herrschaft des früheren Rechts begründeten Grunddienstbarkeiten, die zur Entziehung der Eintragung nicht bedurften (wie in Preußen), finden die §§ 891, 892 BGB keine Anwendung (§ 891 A 1, § 892 A 3). Für den Umfang solcher Grunddienstbarkeiten ist daher, auch wenn sie eingetragen sind, gültigen Erwerb des Grundstücks gegenüber nicht der Inhalt des Eintragungsvermerks maßgebend, sondern der Inhalt des Vertrags, auf Grund dessen sie eingetragen sind (RG 20, 274; 28, 326; 33, 229; 60, 91; 131, 158; Gruch 32, 1072; JW 1889, 85²). Der Erwerber des Grundstücks kann sich für das Fortbestehen der Grunddienstbarkeit nicht darauf berufen, daß sie nicht gelöscht ist (RG JW 1897, 615²⁸; auch RG 6, 292; RGZ 27 A 115). Ob eine solche auch nach Anlegung des Grundbuchs bestehende, nicht eingetragene Grundgerechtigkeit (A 1 a. E.) durch Bereinigung des herrschenden und des dienenden Grundstücks in der Hand eines Eigentümers erlischt, bestimmt sich nach den früheren Gesetzen. Denn nach Art 189 Abs 3 GG erfolgt ihre Aufhebung nach den bisherigen Gesetzen, bis sie in das Grundbuch eingetragen wird. Unter „Aufhebung“ ist aber nicht bloß die rechtsgeschäftliche Aufhebung zu verstehen, sondern auch das ohne Rechtsgeschäft eintretende Erlöschen (RG Warn 1916 Nr 19; RGZ 51, 260). Deshalb bestimmt sich auch nach den früheren Gesetzen, ob solche Grunddienstbarkeiten durch Ereignisse erlöschen, die ihnen den für ihr Wesen erforderlichen Inhalt nehmen (RG Gruch 46, 907; Warn 1910 Nr 160; DVG 31, 336). In der Zwangsversteigerung gehen diese Grunddienstbarkeiten nur dann unter, wenn ihre Nichtübernahme im Zuschlagsbeschuß ausgesprochen ist (RG V 188, 199/05). Wegen der französisch-rechtlichen Befugnis, an die vom Nachbar auf die Grenze gesetzte Scheidemauer anzubauen (mitoyenneté), wird verwiesen auf RG 63, 6; § 921 A 8.

6. Nur in einzelnen Beziehungen darf die Benutzung des belasteten Grundstücks gestattet sein, z. B. zum Fahren oder Reiten oder Viehtreiben (DVG 19, 419), zum Fischen auf einem See (RG Warn 1919 Nr 197), zum Weiden von Vieh in einem Wald (RG 104, 148), zur Entnahme von Eis aus einem Teich (RG Warn 1930 Nr 171). Unzulässig ist die Bestellung einer Grunddienstbarkeit, wonach dem Berechtigten die Befugnis zu Benutzungen aller Art, die bei dem belasteten Grundstück in Frage kommen können, zustehen soll (JW 1935, 3567²⁶; HRK 1932 Nr 126; DVG 15, 359). Die Benutzung des belasteten Grundstücks darf auch nicht in einem solchen Umfang gewährt werden, daß für die Möglichkeit einer anderen Benutzung kein Raum bleibt. So würde die Sache z. B. liegen bei der Einräumung des Rechts, auf einer Fläche eine Kirche zu bauen und dauernd zu haben (RGZ 39 A 215; vgl. aber für ein sonstiges Bauwerk A 7). In dieser Hinsicht unterscheidet sich also die Grunddienstbarkeit von dem Nießbrauch, der dem Nießbraucher gestattet, Nutzungen aller Art zu ziehen (§ 1030). Immerhin können auch mehrere Nutzungsarten Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein (z. B. die Befugnis, Kies, Steine, Sand zu entnehmen, Quellwasser zu beziehen und alle dazu erforderlichen Arbeiten vorzunehmen, Maschinen aufzustellen, Weise zu legen, Gebäude zu errichten), sofern dadurch nur nicht alle Nutzungsarten des belasteten Grundstücks erschöpft werden (DVG 15, 359; 26 S. 84, 99). Stets muß sich aber aus der Eintragung für jedermann klar ersehen lassen, welchen bestimmten Inhalt und Umfang die Benutzung haben soll. Bei unzureichender Bestimmtheit ist die Eintragung inhaltlich unzulässig und muß, wenn sie erfolgt ist, nach § 53 Abs 1 Satz 2 GBO von Amts wegen gelöscht werden (RG 10, 310; A 8 a. E.). Nach früherem gemeinen Recht und dem Recht des PrALR galt der Grundsatz, daß die Befugnis zum Befahren eines Weges auch die Befugnis zum Gehen darauf enthalte

(RG Warn 1908 Nr 479). Der Grundsatz hatte seinen Ausgangspunkt darin, daß das Recht zum Größeren auch das Recht zum Geringeren gleicher Art in sich schließe. Nach dem Recht des BGB bietet sich aber für einen solchen Grundsatz keine Grundlage. Jetzt ist vielmehr allein der Inhalt des Begründungsakts maßgebend. Ist hierin lediglich von der Gewährung eines Fahrrechts (z. B. eines Durchfahrrechts bei einem Hausgrundstück) die Rede, so ist damit das Recht zum Gehen nicht ohne weiteres mit eingeschlossen (RG Gruch 68, 529). Ob und inwieweit das eingeräumte Fahrrecht bei verständiger Auslegung auch das Recht zum Gehen geben sollte und gibt, kann nur nach den besonderen Umständen des Einzelfalls entschieden werden (§ 1020 A 1).

7. Unter „Benutzen“ eines Grundstücks, das auf diesem Grundstück von dem Eigentümer **geduldet** werden muß, ist ein fortgesetztes oder doch mehr oder weniger häufig und regelmäßig wiederkehrendes Gebrauchmachen von dem Grundstück zu verstehen, da die Benutzungsbefugnis dem „jeweiligen“ Eigentümer des herrschenden Grundstücks zustehen soll. Daher stellt sich die Befugnis zur Vornahme einer einmaligen Handlung (z. B. zur Abholzung eines Waldes, zur Beseitigung von heraberragenden Gebäuden bei Herrichtung einer Straße) nicht als eine Befugnis zum Benutzen dar (RG 60, 317; RGZ 26 A 274; 39 A 215). Im übrigen ist als Benutzung jeder mit einem Vorteil unmittelbar oder mittelbar verbundene Gebrauch anzusehen (RGZ 33 A 234; 36 A 221; 39 A 216; DLG 15, 359; 18, 227). Auch die Ausnutzung der natürlichen Kräfte des Grundes und Bodens, um Früchte oder Bodenbestandteile wie Kies, Steine, Sand, Lehm, Torf, Ton, Mineralien, Wasser oder Eis (z. B. aus einem Teich) zu gewinnen, ist ein Benutzen. Zwar ist damit eine Veränderung oder Verringerung des Bestandes der Erdoberfläche (der Grundstückssubstanz) verbunden; aber jedes Benutzen wird in gewissem Grade eine solche Veränderung herbeiführen, und eine Begrenzung ist nach dieser Richtung vom Gesetz nicht gegeben (RG JW 1905, 393¹²; Warn 1930 Nr 171; RGZ 24 A 119; RZM 7, 254; DLG 15, 359; 31, 337). Ferner enthält eine Befugnis zum „Benutzen“ z. B. die Befugnis: zum Betreten eines Grundstücks, mag es unmittelbar Vorteil gewähren, wie beispielsweise beim Wegerecht, oder mittelbar, indem beispielsweise dadurch eine für die Rechtsverhältnisse des herrschenden Grundstücks wesentliche Feststellung ermöglicht wird (RGZ 36 A 221); zum Benutzen eines gemeinschaftlichen Zugangs (DLG 12, 128); zum Weiden von Vieh in einem Walde (RG 104, 148); zum Gehen eines über das dienende Grundstück hinüberführenden Kanals zur Ableitung der Drainagewässer vom herrschenden Grundstück (RG 79, 377); zum Haben einer Seilbahn zwecks Anfuhr von Rohstoffen für ein Fabrikgrundstück (RG Warn 1913 Nr 154); zum Haben einer Stauanlage in einem zum dienenden Grundstück gehörenden Privatfluß (RG JW 1912, 361²²); zum Haben eines Gebäudes oder eines Gebäudeteils auf dem belasteten Grundstück, sofern sich die Befugnis nicht als ein (selbständig veräußerliches) Erbbaurecht auf Benutzung des fremden Grundstücks als Baugrund darstellt (RGZ 25 A 141; DLG 15, 360; SeuffM 29 Nr 11; JFG 3, 329). Das Recht, ein Bauwerk auf einem Grundstück zu haben, kann den Inhalt einer Grunddienstbarkeit aber nur dann bilden, wenn durch das Bestehen des Bauwerks nicht jede Möglichkeit der Benutzung, die das Grundstück bietet, erschöpft wird (RGZ 39 A 217; A 6). Ob und inwieweit die Duldung eines Überbaus den zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann, ist in § 912 A 10 erörtert. Das Recht zur Jagd Ausübung auf fremdem Grund und Boden ist vom Gesetzgeber besonders geregelt (§ 1090 A 5). — Das Recht zur Ausbeutung eines Grundstücks auf Bodenbestandteile, das den Gegenstand einer Grunddienstbarkeit bildet, kann als solcher Gegenstand eines Verkaufes sein. Bleibt die Dienstbarkeit in einer Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks bestehen, so bleibt auch der vertragsmäßige Anspruch des Bestellers auf die Vergütung für das Ausbeuterecht unberührt. Dies gilt auch dann, wenn der Dienstbarkeitsberechtigte selbst der Ersteher ist (RG HRM 1936 Nr 662).

8. Auf die **Unterlassung gewisser Handlungen** kann eine Grunddienstbarkeit nur dann gerichtet werden, wenn die Vornahme der Handlungen auf dem zu belastenden Grundstücke an sich gestattet sein würde, sei es auf Grund des Eigentums, sei es auf Grund allgemeiner Rechtsvorschriften. Denn eine nicht erlaubte Handlung (z. B. eine solche, die nach dem Nachbarrecht verboten ist) kann überhaupt nicht Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein (RG 61, 341; DLG 1, 380; RZM 3, 150). Andererseits können durch eine Grunddienstbarkeit auch solche Handlungen untersagt werden, die nach den Grundsätzen der persönlichen Freiheit oder der Gewerbefreiheit sonst allgemein gestattet wären (RGZ 36 A 219; 53, 155). Jedoch müssen die zu unterlassenden Handlungen solche sein, die sich darstellen als ein Benutzen des Grundstücks durch Ausübung des dem Eigentümer im § 903 gewährten Rechts, mit dem Grundstück nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen. Denn jede Grunddienstbarkeit hat eine Einschränkung der Befugnisse des Eigentümers zum Ziel. Der Eigentümer muß entweder die Einwirkung durch Vornahme der Handlung eines anderen dulden (A 7) oder eine Handlung unterlassen, durch die er mit seinem Grundstück nach Belieben verfahren könnte (RZM 3, 150; RGZ 36 A 219; 52, 177; DLG 5, 154; 15, 371; 18, 227; 45, 229). Daher kann z. B. die Unterlassung der Entnahme von Bier zum Betriebe einer Gastwirtschaft aus einer anderen als der bestimmten Brauerei nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein, weil es sich dabei nicht um eine Unterlassung der Benutzung des Grundstücks handelt (RZM 3, 148; DLG 15, 371). Dagegen kann zum Inhalt einer Grunddienstbarkeit gemacht werden z. B. die Unterlassung: des Betriebs eines bestimmten Gewerbes (Wettbewerbsverbot), z. B. eines Kolonial-

und Sachwarenhandels, einer Gastwirtschaft oder des gewerbsmäßigen Kleinhandels mit geistigen Getränken, eines Kinobetriebs, da hierdurch die Benutzung des Grundstücks in erheblichem Maße beschränkt wird (RGZ 36 A 221; 45, 227; 52, 178; DLG 18, 227; 45, 229); der Verohnung eines Hauses oder der Gewährung einer Wohnung an Personen bestimmter Art und Zahl (RGZ 36 A 220; RZM 10, 74); der Vornahme von Veränderungen an einem Walde (RGZ 26 A 277); der Beseitigung eines zum Windschutz dienenden Waldstreifens (RZM 11, 133; über die Zulässigkeit der Nebenverpflichtung zur Aufforstung vgl. A 4); der Benutzung eines Weges durch den Eigentümer und andere Personen zu anderen als bestimmten Zwecken (RG ZW 1909, 688¹⁵); der Wiederaufrichtung einer Grenzmauer (RGZ 26 A 277); der Errichtung von Gebäuden, wie Fabriken, Ställen, Verkaufsläden, Schanklokale, Vergnügungslokale, oder von anderen Gebäuden als solchen bestimmter Art oder Höhe (DLG 5, 316; 8, 127; 10, 118; 15, 372; 39, 233; SeuffM 73 Nr 136; 74 Nr 31; vgl. RG 14, 212; ZW 1900 S. 318²¹, 900¹⁹; SeuffM 9 Nr 10); überhaupt der Bebauung einer Fläche, z. B. eines Hofraums (RG 47, 356; RZM 12, 69; RGZ 47, 186); eines Neubaus, der nicht einen bestimmten Abstand von der Grenze hat (RGZ 40 A 247; auch RG ZW 1900, 900¹⁹). Die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bildende Einschränkung der Befugnisse des Eigentümers kann aber nur darauf gerichtet sein, daß der Eigentümer in der tatsächlichen Herrschaft über das dienende Grundstück beschränkt wird, dagegen nicht auf eine Beschränkung in der rechtlichen Verfügung (DLG 21, 408; SeuffM 66 Nr 210; RGZ 51, 297). Deshalb kann z. B. nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein: die Unterlassung der Grundstückszerteilung (DLG 21, 408; SeuffM 66 Nr 210); eine Beschränkung des Eigentümers in seiner Befugnis zur Verpachtung des Grundstücks, zur Nießbrauchbestellung, zur Übertragung des Eigentums an eine andere Person (RGZ 45, 229; 51, 297). Die Handlungen, deren Vornahme verboten sein soll, müssen nach dem für das Liegenschaftsrecht geltenden Grundsatz der Bestimmtheit des Inhalts und Umfangs der dinglichen Rechte einzeln nach ihren Merkmalen oder doch in ihrer Gesamtheit als unter einem deutlich begrenzten Kreis fallend bestimmt gekennzeichnet werden. Das Gebot, das belastete Grundstück zu keinem andern Zweck zu benutzen als zur Bierbrauerei und Landwirtschaft und den damit in Verbindung stehenden Betrieben, ist zu unbestimmt (RGZ 53, 155). Ist eine Grunddienstbarkeit mit einer zu unbestimmten Bezeichnung der verbotenen Handlungen eingetragen, so ist die Eintragung ihrem Inhalt nach unzulässig; sie ist daher nach § 53 Abs 1 Satz 2 GBD von Amts wegen zu löschen (RGZ 53, 157; A 6 Mitte).

9. Ausschluß der Ausübung eines Rechtes, das sich aus dem Eigentum des belasteten Grundstücks dem anderen Grundstück gegenüber ergibt, kommt als Inhalt einer Grunddienstbarkeit vornehmlich bei den aus dem Nachbarrecht stießenden Rechten des Eigentümers des belasteten Grundstücks (den sog. Regalservituten) in Betracht (RGZ 23 A 228; RZM 10, 74; auch RG ZW 1914, 845¹⁹). Beispielsfälle: der Eigentümer des belasteten Grundstücks soll dulden, daß der Nachbar bei Errichtung eines Gebäudes nicht den durch Landesgesetz (vgl. für Preußen §§ 139, 125 ALR I 8) vorgeschriebenen Bauabstand von der Grenze einhält (DLG 15, 365); dem Eigentümer des belasteten Grundstücks sollen Einwirkungen auf das herrschende Grundstück, die nach § 906 zulässig wären, verboten sein, oder umgekehrt der Eigentümer des belasteten Grundstücks soll Einwirkungen, die von dem herrschenden Grundstück auf das seinige ausgehen und die er nach §§ 903, 906 verbieten könnte, nicht verbieten dürfen (RGZ 23 A 229; 49, 196; auch RG 130, 356; ZW 1900, 676⁴⁰; Warn 1915 Nr 141). Bei einer Dienstbarkeit des letztgenannten Inhalts (Duldungspflicht an sich nach §§ 903, 906 unzulässiger Einwirkungen) braucht aber der Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht ohne weiteres dafür aufzukommen, daß die Gesundheits- oder Gewerbebehörde gegen übermäßige Einwirkungen des herrschenden Grundstücks einschreitet und Minderung der Einwirkungen auf ein erträgliches, die Gesundheit der Anwohner nicht störendes Maß erzwingt (RG SeuffM 91 Nr 122). Ein Verzicht auf künftige Entschädigung wegen unzulässiger Einwirkungen auf ein Grundstück darf nicht als Grunddienstbarkeit bestellt werden, da es sich hierbei lediglich um eine schuldrechtliche Verpflichtung handelt (A 4). Wohl aber ist, wenn eine an sich unzulässige Einwirkung durch Grunddienstbarkeit gestattet wird, der Anspruch auf Entschädigung wegen solcher Einwirkungen ausgeschlossen. Die Frage der Eintragungsfähigkeit einer Grunddienstbarkeit, welche die Duldung der von einem Bergbaubetrieb ausgehenden Einwirkungen und zugleich den Ausschluß des Rechts auf Entschädigung für solche Einwirkungen zum Inhalt hat, ist in A 4 a. E. erörtert. Soweit nicht nach Landesgesetz (wie z. B. in Preußen: § 903 A 4; § 907 A 8) ein Nachbarrecht auf Luft und Licht besteht, kann der Ausschluß eines solchen Rechts auch nicht zum Inhalt einer Grunddienstbarkeit gemacht werden (ZW 1933, 2018⁹; für Preußen HRR 1933 Nr 1587). — Das Recht, das ausgeschlossen werden soll, muß aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück entspringen. Die Ausschließung der mit einem Grundstück verbundenen (subjektiv-dinglichen) Rechte, z. B. einer Grunddienstbarkeit, einer Realkaft, eines Vorkaufrechts, einer Freiforberechtigung, kann nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein; sie stellt sich vielmehr als Aufhebung oder Einschränkung solcher Rechte dar (RGZ 23 A 227; 25 A 145; DLG 3, 292). Ferner muß das (auszuschließende) Recht gegenüber dem anderen Grundstück bestehen. Das Recht des Eigentümers zur Teilung seines Grundstücks ist kein solches Recht (DLG 21, 408).

§ 1019

Eine Grunddienstbarkeit kann nur¹⁾ in einer Belastung²⁾ bestehen, die für die Benutzung³⁾ des Grundstücks⁴⁾ des Berechtigten Vorteil bietet⁵⁾. Über das sich hieraus ergebende Maß hinaus kann der Inhalt der Dienstbarkeit nicht erstreckt werden⁶⁾.

§ I 967 II 930; M 3 481 f.; P 3 308 ff.

1. Aus den Worten „kann nur“ folgt, daß § 1019 in Ergänzung des § 1018 zwingend bestimmt, inwieweit der Inhalt einer Grunddienstbarkeit stets mindestens beschränkt sein muß (RG 60, 319). Er kann aber im einzelnen Falle noch weiter beschränkt sein. So ist z. B. zulässig die Bestellung der Grunddienstbarkeit nicht für jede gegenwärtig oder künftig mögliche Art oder Gelegenheit des Benutzens, sondern lediglich für die zur Zeit der Bestellung mögliche Benutzungsart. Die Grunddienstbarkeit kann auch dahin bestellt werden, daß sie allein durch den Eigentümer des Grundstücks ausgeübt werden darf. Es kommt in dieser Hinsicht wie überhaupt bei der Feststellung des Umfangs der Grunddienstbarkeit auf den für jedermann erkennbar zum Ausdruck gelangten Willen beider Beteiligten an. Regelmäßig wird die Grunddienstbarkeit zunächst nur für eine solche Benutzung bestellt sein, wie sie in ihrer Sonderart nach der Beschaffenheit der beteiligten Grundstücke und den sonst obwaltenden Umständen zur Zeit der Bestellung der Grunddienstbarkeit stattfinden konnte (RG 89, 220). Immerhin wird auch die Befriedigung der später gesteigerten Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks (z. B. bei einer Grunddienstbarkeit für ein Fabrikgrundstück durch Erweiterung des Fabrikbetriebs) dem Willen der Beteiligten entsprechen, es sei denn, daß die Änderung der Benutzungsart eine willkürliche ist, daß sie bei der Bestellung der Grunddienstbarkeit nicht vorauszusehen war oder daß es sich um neue Anlagen handelt (RG Gruch 39, 982; 45, 917; JW 1885, 337²⁶; 1895 S. 154³², 210⁴⁴; Warn 1908 Nr 479; 1913 Nr 154; SeuffA 52 Nr 75; 55 Nr 68; 73 Nr 136). So kann z. B. bei einer Wegegerechtigkeit, die für die Zwecke des landwirtschaftlichen Betriebs auf dem herrschenden Grundstücke bestellt worden ist, der Weg auch für einen später gründlicher ausgestalteten landwirtschaftlichen Betrieb benutzt werden; dagegen nicht für einen später auf dem herrschenden Grundstück neu eingerichteten gewerblichen Betrieb (RG 76, 326; 131, 166; Warn 1916 Nr 30). Gerade bei Wegegerechtigkeiten ist aber auch der Entwicklung der Verkehrsverhältnisse, insbesondere der Änderung der Verkehrsmittel, Rechnung zu tragen. In einer geraume Zeit hindurch widerspruchslös geduldeten Benutzung des Weges mit den neuzeitlichen Verkehrsmitteln (z. B. Lastkraftwagen mit Anhänger) kann eine stillschweigende Übereinkunft der Beteiligten über die Zulässigkeit dieser Benutzung liegen (RG 126, 373). Auch abgesehen von einer solchen Übereinkunft schließen alte Fahrrechte, die vor der Einführung des Kraftwagenverkehrs begründet worden sind, eine Auslegung dahin, daß neuerdings auch eine Benutzung für Kraftfahrzeuge gestattet sei, nicht grundfänglich aus; bei der Abgrenzung des Umfangs der Benutzung ist aber auf den Dienstbarkeitsverpflichteten billige Rücksicht zu nehmen (GRM 1937 Nr 1442).

2. Der Vorteil muß durch die Belastung des dienenden Grundstücks gewährt werden. Ein Vorteil, der aus einem auf dem dienenden Grundstück betriebenen Gewerbe gezogen wird (z. B. durch Lieferung von Waren, die in einer auf dem dienenden Grundstück stehenden Fabrik gefertigt werden), kann nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein. Nicht nötig ist aber, daß die Belastung eine dauernde ist. Eine Grunddienstbarkeit des Inhalts, dem dienenden Grundstück Ton oder Lehm zu entnehmen (§ 1018 A 8), ist auch dann zulässig, wenn das Ton- oder Lehmlager nicht nachhaltig ist. Die Grunddienstbarkeit erlischt dann zwar mit der Erschöpfung des Lagers, aber nicht mit einer vorübergehenden tatsächlichen oder rechtlichen Hinderung seiner Benutzung (RG 26, 167). Die Verpflichtung des Eigentümers eines Grundstücks, sich für den Fall der Entziehung der durch die Fluchtlinien bestimmten Fläche mit einer geringen Entschädigung zu begnügen, enthält keine Belastung des Grundstücks (RGZ 25 A 148); ebensowenig das von der Eisenbahn dem Eigentümer eingeräumte Recht, auf dem eigenen Grundstück ein Anschlussgleis zu legen (RG 58, 264). Näheres hierüber und über die Grunddienstbarkeit für ein Anschlussgleis an eine Eisenbahn findet sich in § 1018 A 2, 4.

3. Der Vorteil kann nicht bloß für die gegenwärtige, sondern auch für eine künftig in Aussicht genommene Benutzung des herrschenden Grundstücks geboten werden (A 1). Z. B. kann eine Grunddienstbarkeit für ein Grundstück, auf dem noch keine Fabrik errichtet ist, für den Fall bestellt werden, daß eine solche darauf errichtet wird. Im übrigen genügt es, wenn die Grundstücksbenutzung in irgendeiner Art gefördert wird (RG Gruch 50, 105; DRG 15, 359).

4. Für die Benutzung des Grundstücks muß ein Vorteil gewährt werden. Ob dies der Fall ist, hängt hauptsächlich von der Lage und Beschaffenheit des Grundstücks ab. Wenn auch eine benachbarte Lage der Grundstücke an sich nicht allgemeines Erfordernis einer Grunddienstbarkeit ist (A 5), wird doch bei Grundstücken, die weit voneinander entfernt liegen, ein Vorteil für das herrschende Grundstück nur ausnahmsweise festzustellen sein (RGZ 52, 175). Die Beschaffenheit

des herrschenden Grundstücks bestimmt sich nicht nur durch die Natur, sondern auch durch den vom Eigentümer mit dem Grundstück verbundenen Zweck (RGZ 52, 175). Ein mit der Benutzung des Grundstücks nicht im Zusammenhang stehender, dem Besitzer des herrschenden Grundstücks nur persönlich dienender Vorteil genügt aber dem § 1019 nicht (OLG 6, 119; 10, 117; RGZ 52, 174). So kann z. B. eine Grunddienstbarkeit nicht dahin bestellt werden, daß zugunsten des Militärfiskus eine Parzelle in der Nähe einer Festung entwaldet und die Wiederaufforstung unterlassen werden soll (RG JW 1909, 146³³) oder daß aus dem belasteten Grundstück Holz zum Verkauf durch den Eigentümer des herrschenden Grundstücks oder Wasser zur Abgabe an Dritte entnommen werden darf. In derartigen Fällen kann unter Umständen nur die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in Frage kommen (§ 1018 A 3). Jedoch braucht der Vorteil dem Grundstück nicht unmittelbar gewährt zu werden. Es genügt, wenn der in erster Linie dem Besitzer persönlich dienende Vorteil zufolge der dabei benutzten Einrichtungen auf dem Grundstück auch diesem zugute kommt (RG 30, 205; JW 1900, 676⁴⁶; 1905, 393¹²; Warn 1913 Nr 154; Gruch 50, 105; OLG 15, 359; RGZ 52, 175). Daher ist eine Grunddienstbarkeit zulässig, wenn der Vorteil, der einem auf dem herrschenden Grundstück betriebenen Gewerbe dient, mittelbar auch dem Grundstück zum Vorteil gereicht (§ 1018 A 3). Wird aber eine Grunddienstbarkeit für ein Fabrikgrundstück dahin bestellt, daß eine Feldbahn nicht nur dem Betriebe der Fabrik dienen, sondern auch zur Beförderung von Gütern, die anderen Personen als dem Grundstückseigentümer zustehen, benutzt werden soll, so hat die Dienstbarkeit insoweit einen unzulässigen Inhalt (RG Warn 1913 Nr 154). Ob ein gewerbliches Wettbewerbsverbot gegen das eine Grundstück für die Benutzung des andern Grundstücks oder nur für den Berechtigten persönlich von Vorteil ist, richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Soll durch das Wettbewerbsverbot ein Gewerbebetrieb geschützt werden, der durch eine besondere Einrichtung auf die Dauer mit dem berechtigten Grundstück verbunden ist, und liegen dieses Grundstück und das mit dem Verbot zu belastende Grundstück nahe beieinander, so wird in der Regel ein Vorteil für die Benutzung des berechtigten Grundstücks zu bejahen und daher eine entsprechende Grunddienstbarkeit für zulässig zu erachten sein (OLG 6, 119; RGZ 52, 176). Handelt es sich dagegen um ein Wettbewerbsverbot zugunsten eines Handelsbetriebs und ist das berechnigte Grundstück nicht dauernd dafür eingerichtet, so wird ein Vorteil für dieses Grundstück in der Regel zu verneinen sein (OLG 10, 117; 45, 229; RGZ 52, 176; anders bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit: § 1090 A 6). Die Grunddienstbarkeit kann nur für das Grundstück ausgeübt werden, für das sie bestellt ist, nicht für andere Grundstücke des Berechtigten (RG 1, 329; 8, 212; JW 1900, 677⁴⁸; Gruch 32, 1011), auch nicht für eine nach der Bestellung der Grunddienstbarkeit dem Grundstück später zugeschriebene Fläche (RG 27, 164).

5. Der Vorteil kann auch in einer bloßen Annehmlichkeit bestehen, z. B. in der Unterlassung eines für die Bewohner unangenehmen Gewerbes oder in der Erhaltung eines bestimmten Charakters einer Gegend (RG 61, 342; RGZ 45, 229). Jedoch genügt es nicht allein, daß der wirtschaftliche Wert des berechtigten Grundstücks durch die Belastung des andern Grundstücks erhöht wird. Denn die werterhöhende Wirkung dieser Belastung ist nicht notwendig für die Bedürfnisse des jeweiligen Benutzers jenes Grundstücks von Vorteil (RGZ 52, 174). Der Vorteil muß wirklich bestehen. Eine unbestimmte Möglichkeit eines Vorteils genügt nicht. Denn das Gesetz sagt nicht „Vorteil bieten kann“, sondern „Vorteil bietet“ (OLG 6, 120). Immerhin kann sich ein dem Gesetz genügender Vorteil auch aus einer erst für die Zukunft in Aussicht genommenen Art der Benutzung des herrschenden Grundstücks ergeben (A 3). Ferner muß der Vorteil, da er die Benutzung des Grundstücks wirtschaftlich fördern soll, in den privatrechtlichen Beziehungen des einen Grundstücks zu dem anderen seine Unterlage finden (RG 61, 341; 73, 197; RGZ 36 A 217; 40 A 248; 42, 246; 45, 229; 47, 186; RZ 10, 76). Ein solcher Vorteil ist nicht die Gewährleistung des Vollzugs öffentlich-rechtlicher Vorschriften, z. B. einer Baupolizeiordnung (RG 61, 338; 73, 197; RGZ 47, 186; JW 4, 380; vgl. jedoch auch RGZ 40 A 248). Das Grundbuchamt hat die Eintragung abzulehnen, wenn sich aus der Eintragungsbewilligung ergibt, daß ein Vorteil für das herrschende Grundstück nicht geboten wird (OLG 6, 120). Ergibt sich jedoch ein Vorteil, so kann das Grundbuchamt den Eintragungsantrag mit der Begründung, daß der Vorteil kein privatrechtlicher sei, nur dann ablehnen, wenn es begründeten Anhalt für die Annahme hat, daß ein privatrechtliches Interesse nicht vorhanden ist (RGZ 36 A 218). Benachbart brauchen das herrschende und das dienende Grundstück nicht zu sein (OLG 6, 120; RGZ 52, 175; A 4).

6. Eine Grunddienstbarkeit, die über das aus Satz 1 sich ergebende Maß hinaus sich erstreckt, darf das Grundbuchamt nicht eintragen. Es hat dem Eintragungsantrag nicht durch eine Zwischenverfügung mit Fristsetzung, sondern durch Zurückweisung zu begegnen (§ 18 GBD; HRN 1936 Nr 271). Eine trotzdem erfolgte Eintragung ist, soweit sie über § 1019 Satz 1 hinausgeht, nichtig (RGZ 24 A 118; RZ 12, 170) und gemäß § 53 Abs 1 Satz 2 GBD von Amts wegen zu löschen. Wird das herrschende Grundstück nachträglich zu einem anderen Zweck bestimmt (z. B. an Stelle eines Krankenhauses eine Fabrik errichtet), so erlischt die Grunddienstbarkeit, die nur dem früheren Zwecke diente, auch ohne Löschung. Die Berichtigung des Grundbuchs (§ 894 BGB, § 22 GBD) ist alsdann zulässig (RZ 12, 170).

§ 1020

Bei der Ausübung einer Grunddienstbarkeit hat der Berechtigte das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen¹⁾. Hält²⁾ er zur Ausübung der Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück³⁾ eine Anlage, so hat er sie in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten⁴⁾, soweit das Interesse des Eigentümers⁵⁾ es erfordert⁶⁾.

§ 1 970 II 931; M 3 483; P 3 311 f.

1. Das Recht des Eigentümers und derjenigen Personen, die ihre Rechte von ihm ableiten, steht dem Recht des Grunddienstbarkeitsberechtigten grundsätzlich nach. Der Eigentümer kann sich aber einer schätzenswerten Ausübung der Dienstbarkeit widersetzen (§ 226). Schikane des Dienstbarkeitsberechtigten liegt indessen nur dann vor, wenn er kein irgendwie erkennbares schutzwürdiges Interesse an der Ausübung seines Rechts hat. Sie kann daher schon deshalb ausgeschlossen sein, weil der Berechtigte, der Jahre lang das Recht nicht ausgeübt hat und auch gegenwärtig kein besonderes wirtschaftliches Interesse an der Ausübung haben mag, die Befugnisse aus der Dienstbarkeit durchsetzt, um einer Verjährung nach § 1028 zu begegnen oder um sich in der Zukunft freie Hand für die Ausübung zu schaffen (RG 3. 12. 1932 V 129/32). Der Berechtigte, dem der Einwand aus § 226 nicht entgegengesetzt werden kann, soll aber das Interesse des Eigentümers tunlichst schonen (RG Gruch 45, 1019). Das schließt eine Beeinträchtigung der Bewirtschaftung des belasteten Grundstücks nicht aus. Der Eigentümer kann das Grundstück mitbenutzen, soweit dies die Ausübung der Grunddienstbarkeit gestattet. Andererseits darf der Eigentümer die Ausübung der Grunddienstbarkeit nicht hindern oder vereiteln. Der Berechtigte muß sich nur unerhebliche Unbequemlichkeiten gefallen lassen (RG JW 1902 Beil 249; Warn 1908 Nr 479; Gruch 48 S. 106, 154). Der Grundsatz der schonenden Ausübung darf nicht dahin führen, daß der Berechtigte zu einem auch nur teilweisen Verzicht auf sein Recht genötigt wird (RG Gruch 48, 954; Warn 1919 Nr 197). Ein solcher Verzicht wird z. B. zugemutet, wenn die Dienstbarkeit auf ein anderes Grundstück verlegt werden soll (RG Warn 1930 Nr 109) oder wenn dem Berechtigten angeonnen wird, sein eigenes Grundstück zur Ausübung der nur das fremde Grundstück belastenden Dienstbarkeit zu Hilfe zu nehmen (RG 3. 12. 1932 V 129/32). Ob eine vom Eigentümer des dienenden Grundstücks geplante Maßnahme (z. B. die Verlegung des Wegezugs bei einer Wegegerechtigkeit, die Errichtung einer Badeanstalt bei bestehender Fischereigerechtigkeit, die Verengung der Durchfahrt bei einem Durchfahrtsrecht) geeignet ist, die Grunddienstbarkeit in ihrer Wesenheit zu berühren, ist Tatfrage (RG JW 1902 Beil 249; 1904, 294¹⁷; Gruch 48 S. 105, 954; Seuffl 64 Nr 152; DVG 18 S. 148, 149); ebenso aber auch, inwieweit der Berechtigte im Interesse des Eigentümers bei der Ausübung der Grunddienstbarkeit Maßnahmen unterlassen (z. B. die Bezeichnung eines ihm gewährten Zugangs als eines öffentlichen) oder unbedeutende Schwierigkeiten (z. B. die Anbringung eines tagsüber unverkloffenen Tores vor der ihm gewährten Durchfahrt gegen Einhängigung eines Schlüssel) auf sich nehmen muß (RG Warn 1908 Nr 479; Gruch 45, 1020; Seuffl 63 Nr 66). Bei der Weidgerechtigkeit an einem Walde muß sich der Weidberechtigte Änderungen in der Kulturart des Waldes (z. B. die Umwandlung von Laubwald in Nadelholzwald), auch wenn sie zur Erhaltung des Waldes nicht unbedingt notwendig sind, im Interesse des Eigentümers jedenfalls dann gefallen lassen, wenn die Befriedigung des Weidebedarfs durch die Änderungen in weiter geschmälert noch wesentlich erschwert wird (RG 104, 149). Ein Durchfahrtsrecht umfaßt zwar nicht grundsätzlich auch das Durchgangsrecht als das mindere (§ 1018 A 6 a. E.); doch wird im Einzelfall das Geben in der Durchfahrt mit dem Inhalt und der schonenden Ausübung des Durchfahrtsrechts sehr wohl vereinbar sein können (Seuffl 77 Nr 32). Wie eine Zugangs- und Überfahrtsgerechtigkeit auszuüben und auszuüben ist, behandelt RG Warn 1933 Nr 196. Inwieweit die ursprüngliche Ausübungsart vom Berechtigten später geändert oder erweitert werden darf, ist in § 1019 A 1 erörtert. Handelt der Berechtigte dem Satz 1 zuwider, so kann der Eigentümer gegen ihn die Eigentümerschönungsklage (§ 1004) erheben und beim Vorliegen eines Verschuldens auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung (§ 823) klagen.

2. Die Anlage hält der Berechtigte, auch wenn sie nicht in seinem Eigentum steht. Er hält sie aber nur dann, wenn er ein Recht auf ihren Bestand und ihre Erhaltung hat. Das ist z. B. nicht der Fall, wenn er zwar das Wasser über das dienende Grundstück ableiten darf, aber kein Recht darauf hat, daß es gerade nach dem dort vorhandenen Graben abfließt. Wohl aber, wenn er z. B. berechtigt ist, zur Ableitung von Dränagewasser einen zu diesem Zweck hergestellten, über das dienende Grundstück führenden Kanal zu benutzen (RG 79, 377). Ein Teich, an dem eine Dienstbarkeit auf Nutzung des ihm entfließenden Wassers begründet ist, stellt keine vom Dienstbarkeitsberechtigten auf dem belasteten Grundstück gehaltene Anlage dar, die er durch Reinigung in Ordnung zu halten hätte (RG HR 1934 Nr 1027).

3. Die Anlage muß auf dem belasteten, nicht auf dem herrschenden Grundstück vorhanden sein (z. B. ein Lichtschart auf dem Bürgersteig einer städtischen Straße zugunsten des Eigentümers eines benachbarten Hauses: RG Gruch 58, 1003). Dem Erfordernis ist aber genügt, wenn die

Anlage auch nur auf das belastete Grundstück hinüberraagt. Befindet sie sich dagegen völlig außerhalb des belasteten Grundstücks, so hat dessen Eigentümer kein Recht auf ihre Instandhaltung durch den Berechtigten, sofern nicht ein solches Recht durch ein besonderes Schuldverhältnis begründet ist (RG 112, 371).

4. Um die Anlage zu erhalten, kann der Berechtigte das belastete Grundstück betreten. Satz 2 schafft ein gesetzliches Schuldverhältnis, keine Reallast. Daher ist die Eintragung der Verpflichtung zum Erhalten unzulässig (vgl. jedoch § 1021). Die Klage auf Erhaltung geht gegen den jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks, ohne Rücksicht darauf, von wem und auf welche Weise (Zufall) die Anlage beschädigt oder zerstört worden ist. Die Klage auf Schadenersatz aus § 823 (im Falle des Verschuldens) geht aber nur gegen den Schädiger. An der Unterhaltungspflicht des Berechtigten ändert sich auch dann nichts, wenn die Erhaltung in ordnungsmäßigem Zustand dem Eigentümer des dienenden Grundstücks (z. B. bei einem zur Anlegung von Schiffen auf dem belasteten Grundstück errichteten Uferbollwerk, dessen Erhaltung eine Uferbefestigung herbeiführt) ebenfalls zugute kommt (RG 112, 370).

5. Das Interesse des Eigentümers ist verletzt, wenn das Eigentum beschädigt oder gefährdet wird (z. B. durch Herabfallen des Studs eines Balkens).

6. Die Landesgesetzgebung kann nach Art 115 GG die Belastung mit gewissen Grunddienstbarkeiten weiter beschränken. Hierdurch sind insbesondere die gemeinrechtlichen Regeln über die Befugnisse, die mit den einzelnen Arten der Grunddienstbarkeit verbunden sind, aufrechterhalten. § 1020 gilt gemäß Art 184 GG auch für die beim Inkrafttreten des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten (RG Gruch 45, 1020; Warn 1919 Nr 197).

§ 1021

Gehört zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstücke¹⁾, so kann bestimmt werden¹⁾, daß der Eigentümer dieses Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat²⁾, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert³⁾. Steht dem Eigentümer das Recht zur Mitbenutzung⁴⁾ der Anlage zu, so kann bestimmt werden¹⁾, daß der Berechtigte die Anlage zu unterhalten hat, soweit es für das Benutzungsrecht des Eigentümers erforderlich ist.

Auf eine solche Unterhaltungspflicht finden die Vorschriften über die Real-lasten entsprechende Anwendung⁵⁾.

§ 1 971 II 932; W 3 483 f.; P 3 312 ff.

1. § 1021 trifft nur den Fall, daß zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstücke gehört, greift also nicht Platz, wenn die Anlage sich auf dem herrschenden Grundstück befindet. Bei einer solchen Anlage auf dem belasteten Grundstück läßt das Gesetz nun zwei Vereinbarungen zu, wodurch die Grunddienstbarkeit eine gewisse Eigenschaft erhält. Diese Vereinbarungen können sowohl bei der Begründung der Grunddienstbarkeit als auch später getroffen werden. Auch bei der nachträglichen Vereinbarung der Unterhaltungspflicht handelt es sich nicht um die Aufselegung einer Reallast im Sinne des § 1105, sondern um eine Änderung des Inhalts der Grunddienstbarkeit (A 5). Die Vereinbarungen bedürfen aber gemäß §§ 873, 877 in jedem Falle der Eintragung (DVG 4, 294). Die Art der Eintragung und die Voraussetzungen für ihre Vornahme sind in § 1018 A 5 besprochen. Auch wenn dem Berechtigten von vornherein oder nachträglich die Unterhaltungspflicht gemäß Abs 1 Satz 2 auferlegt wird, soweit es für das Mitbenutzungsrecht des Eigentümers des dienenden Grundstücks erforderlich ist, genügt die Eintragung in der zweiten Abteilung des mit der Grunddienstbarkeit belasteten Grundstücks (bei der nachträglichen Festsetzung in der Spalte Veränderungen). Denn trotz der Festsetzung dieser Unterhaltungspflicht bleibt das begründete Recht nur ein einziges Grunddienstbarkeitsrecht mit besonderer Eigenart (A 5), eine Belastung des dienenden Grundstücks. Nach § 9 GBD kann zwar auf Antrag die Grunddienstbarkeit mit der Festsetzung der Unterhaltungspflicht auch auf dem Blatt des herrschenden Grundstücks vermerkt werden, aber nur als ein diesem Grundstück zustehendes Recht (im Bestandsverzeichnis: § 7 GrundbVerf. v. 8. 8. 1935; vgl. RGZ 25 A 146), nicht als eine selbständige Belastung mit der Unterhaltungspflicht (in Abt II). Eine abweichende Ansicht vertritt allerdings RGZ 51, 247 mit der Begründung: Die Unterhaltungspflicht könne dingliche Wirkung gegen Dritte gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach § 892 nur erhalten, wenn sie im Grundbuch des herrschenden Grundstücks als Belastung eingetragen werde; freilich müsse dabei vermerkt werden, daß die Last mit dem Erlöschen der Grunddienstbarkeit auch ihrerseits erlösche. Dieser Begründung ist entgegenzuhalten: Das Grundbuch ist ein Ganzes. Will der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Grunddienstbarkeit für sein Grundstück in Anspruch nehmen, so muß er auch die auf dem Grundbuchblatt des dienenden Grundstücks als Bestandteil der Grunddienstbarkeit eingetragene

Unterhaltungspflicht gegen sich gelten lassen. Die Notwendigkeit jenes vom Kammergericht erforderten Vermerks bei der Zulassung der fraglichen Eintragung zeigt, daß der Unterhaltungspflicht kein selbständiges Recht des Eigentümers des dienenden Grundstücks gegenübersteht, sondern daß es sich hierbei, ebenso wie bei dem Mitbenutzungsrecht überhaupt, nur um eine Einschränkung des Grunddienstbarkeitsrechts handelt. Nach § 873 können aber nur selbständig ein Grundstück belastende Rechte als eintragungsfähig erachtet werden. Der Erwerber des herrschenden Grundstücks erwirbt mit dem Grundstück das Grunddienstbarkeitsrecht nur mit den festgesetzten Beschränkungen, also auch mit der seinem Rechtsvorgänger obliegenden Unterhaltungspflicht. Dabei ist unerheblich, ob das Recht auf dem herrschenden Grundbuchblatt vermerkt war oder nicht und ob der Erwerber das Bestehen der Unterhaltungspflicht gekannt hat oder nicht. Denn das Grundbuch ist nicht im Sinne des § 892 unrichtig, wenn das Recht als Ganzes oder die dazu gehörende Unterhaltungspflicht im Grundbuch des herrschenden Grundstücks nicht gemäß § 9 GBO vermerkt ist (str.).

2. Beispielsfälle für die Vereinbarung der **Unterhaltungspflicht** bei: einem Treppentweg für einen gewährten Zugang RG 56, 378; einer Stauschleufe für das gewährte Recht auf Anfluten des abfließenden Wassers RG 60, 90; einer Wehranlage und den Ufern eines Mühlgrabens zwecks Zuführung des erforderlichen Wassers zu der berechtigten Mühle RG 111, 92; einem Kanal zur Ableitung von Dränagewasser RG 79, 377; einer Schlammfanganlage für die Ableitung von Abwässern RG 51, 242. Wäre in solchen Fällen die Vereinbarung nicht getroffen, so hätte der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Anlage nicht zu unterhalten, sondern es wäre Sache des Eigentümers des herrschenden Grundstücks, ob er die Anlage halten will oder nicht. Nur wenn er sich für das Halten entscheidet, müßte er die Anlage gemäß § 1020 Satz 2 so weit in ordnungsmäßigem Zustande erhalten, als es das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks erfordert. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann sich von der vereinbarten Unterhaltungspflicht dadurch befreien, daß er den Teil des Grundstücks, auf dem sich die Anlage befindet, im Grundbuch abschreiben läßt und darauf nach § 928 verzichtet. Die Unterhaltungspflicht ist, sofern sie nicht den hauptsächlichsten Teil der Gesamtvereinbarung über die Grunddienstbarkeit bildet, nicht als eine besondere Reallast im Sinne des § 1105 anzusehen, sondern bildet nur eine Bestandteil der Grunddienstbarkeitsbelastung (RG 60, 92; 79, 377; 111, 93; A 1 und 5). Es kann auch bestimmt werden, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks nur einen Teil, der Eigentümer des herrschenden Grundstücks den Rest der Unterhaltungskosten zu tragen hat. Denn hierdurch wird einerseits die Verpflichtung jenes Eigentümers zur Unterhaltung, andernteils das Recht dieses Eigentümers auf Unterhaltung eingeschränkt (RG 79, 378). Über § 1021 Satz 1 hinaus kann dem Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Leistung nicht auferlegt werden (RG 41, 229; DVG 18, 147; 34, 192), also z. B. auch nicht die Verpflichtung zur Herstellung der Anlage (RG 51, 249).

3. Durch die Vereinbarung kann dem Eigentümer des belasteten Grundstücks die Unterhaltungspflicht nicht unbedingt, sondern nur insoweit auferlegt werden, als es das **Interesse des Berechtigten** an der Ausübung der Grunddienstbarkeit erfordert.

4. Wird im Falle des **Mitbenutzungsrechts des Eigentümers** (z. B. bei einem Treppentweg für einen gemeinschaftlichen Zugang: RG 56, 378) eine Vereinbarung nach Satz 2 nicht getroffen, so ist es Sache jedes der beiden Beteiligten, die Anlage soweit zu unterhalten, als es sein Interesse erfordert (str.). Verpflichtet ist dazu keiner von beiden. Insbesondere ist aus § 1020 Satz 2 nicht die ausschließliche Unterhaltungspflicht des Berechtigten zu folgern, da nach dieser Vorschrift der Berechtigte nur bei einer solchen Anlage, die er für sich allein hält, zur Instandhaltung im Interesse des Eigentümers verpflichtet ist. Wenn dem Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht lediglich ein Mitbenutzungsrecht zusteht oder wenn gar die Anlage nur seinem Interesse dient, kann die Unterhaltungspflicht des Grunddienstbarkeitsberechtigten als eine Besonderheit der Grunddienstbarkeit nicht vereinbart werden. Falls unter solchen Umständen die Erfüllung der Unterhaltungspflicht dem Eigentümer des belasteten Grundstücks als ein Recht gewährt werden sollte, so würde es sich um die Auferlegung einer besonderen Reallast handeln. Dasselbe würde gelten, wenn im Falle des § 1020 Satz 2 (alleiniges Benutzungsrecht des Grunddienstbarkeitsberechtigten) über das „Interesse“ des Eigentümers hinaus und im Falle des Mitbenutzungsrechts (§ 1021 Abs 1 Satz 2) über das für das „Benutzungsrecht“ des Eigentümers Erforderliche hinaus dem Berechtigten eine Unterhaltungspflicht auferlegt werden würde. Der Berechtigte kann sich von der gemäß § 1021 Abs 1 Satz 2 übernommenen Unterhaltungspflicht durch Verzicht auf die Grunddienstbarkeit befreien.

5. Keine Anwendung finden die Vorschriften über die Begründung der **Reallasten**. Das ergibt sich zunächst schon aus dem Wortlaut des Abs 2, der die Anwendung nur „auf die Verpflichtung“, also auf eine bereits anderweit begründete Verpflichtung vorschreibt, ferner aus einem Vergleich mit der Fassung des § 914 Abs 3, wo die Anwendung der Vorschriften über die Reallast allgemein vorgeschrieben ist, schließlich aus dem Zusammenhang der beiden Absätze des § 1021, indem Abs 1 die Festsetzung, Abs 2 die Folgen der Auferlegung der Unterhaltungspflicht regelt (RG 79, 380). Wird also die Unterhaltungspflicht des Eigentümers oder des Berechtigten gemäß Abs 1 Satz 1 oder gemäß Abs 1 Satz 2 festgesetzt, so wird nicht eine besondere Reallast begründet, sondern dem Grunddienstbarkeitsrecht nur eine besondere, vom Gesetz zugelassene Eigenart beigelegt (RG 60, 92; 79, 380), sofern nur die Verpflichtung zur Duldung der Anlage zwecks

Ausübung der Grunddienstbarkeit die Hauptverpflichtung gegenüber der Unterhaltungspflicht darstellt (RG 111, 93). Auch wenn die Unterhaltungspflicht erst nach der Bestellung der Grunddienstbarkeit festgesetzt wird, handelt es sich nicht um die Neubegründung einer Reallast, sondern nur um eine Änderung des Inhalts der Grunddienstbarkeit, indem das Recht auf Unterhaltung und die Verpflichtung dazu zum Bestandteil des Grunddienstbarkeitsrechts gemacht und dieses Recht erweitert wird (RG 60, 92; 111, 93). Wenn freilich die Unterhaltungspflicht die hauptsächlichste Leistung ist, wird das begründete Recht sich überhaupt nicht als Grunddienstbarkeit, sondern als eine Reallast darstellen (RG 60, 92; 79, 377). — Von den Vorschriften über die Reallast finden namentlich die §§ 1105, 1107, 1108 Anwendung. Nach § 1105 kann auch im Falle der Unterhaltungspflicht des Berechtigten (§ 1020 Abs 1 Satz 2) die aus dieser Pflicht sich ergebende Leistung aus dem herrschenden Grundstück gefordert werden, obwohl die Pflicht nicht als (selbständige) Belastung auf dieses Grundstück eingetragen wird (A 1). Nach § 1108 haftet der Eigentümer (nicht der Pächter) des dienenden Grundstücks im Falle des § 1021 Abs 1 Satz 1 und der Eigentümer des herrschenden Grundstücks im Falle des § 1021 Abs 1 Satz 2 auch persönlich für die während der Dauer ihres Eigentums fällig werdenden Leistungen, d. h. für die Leistungen, welche während dieser Zeit notwendig geworden sind (RG 131, 163). Dies gilt selbst dann, wenn der Eigentümer des dienenden Grundstücks eine Anlage (z. B. einen Kanal zur Ableitung von Drainagewasser) zu unterhalten, der Eigentümer des herrschenden Grundstücks ihm aber einen Teil der Unterhaltungskosten jeweils zu erstatten hat (RG 79, 379). Im Falle der Teilung des zur Unterhaltung verpflichteten Grundstücks haften die Eigentümer der einzelnen Teile als Gesamtschuldner (§ 1108 Abs 2). Doch kommen daneben die §§ 1025, 1026 (§ 1025 A 2, § 1026 A 4) zur Anwendung. Liegen dem herrschenden Grundstück Leistungen (z. B. die Beteiligung an den jeweiligen Kosten der Unterhaltung einer Anlage) ob, so ist das Recht des Eigentümers des dienenden Grundstücks auf die Leistungen vom rechtlichen Bestehen der Grunddienstbarkeit abhängig. Ist diese erloschen, so hört auch das Recht auf die Leistungen auf (RG 79, 380). — Die in Artt 113—115 zugunsten der Landesgesetze gemachten Vorbehalte finden nach Art 116 GG auf die Unterhaltungspflicht keine Anwendung. Daher gelten für die Unterhaltungspflichten des § 1021 nur die Vorschriften des BGB, nicht auch die Bestimmungen der Landesgesetze über die Reallasten (RG 60, 93). § 1021 findet gemäß Art 184 GG auch auf die beim Inkrafttreten des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (RG 56, 381; 60, 93; 79, 380; 131, 162; DVG 4, 292). Mithin gelten vor dem Inkrafttreten des BGB getroffene Vereinbarungen, welche die Unterhaltungspflicht in einer nach § 1021 unzulässigen Weise regeln, nach dem 1. 1. 1900 nicht mehr (RG 56, 378). Die Frage, ob bei einer unter dem PrAllgLandrecht begründeten Grundgerechtigkeit hinsichtlich der Unterhaltungspflicht einer Anlage trotz des Art 184 GG für die Auslegung des Vertrags noch das PrAllgLandrecht maßgebend ist, wird erörtert in RG 131, 171.

§ 1022

Besteht die Grunddienstbarkeit in dem Rechte, auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks eine bauliche Anlage zu halten¹⁾, so hat, wenn nicht ein anderes bestimmt ist²⁾, der Eigentümer des belasteten Grundstücks seine Anlage zu unterhalten³⁾, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Die Vorschrift des § 1021 Abs 2 gilt auch für diese Unterhaltungspflicht⁴⁾.

§ 1 971 II 933; R 3 483 f.; P 3 312 ff.

1. Unter einer baulichen Anlage ist nicht nur ein Gebäude, sondern auch jede andere durch menschliche Tätigkeit hergestellte Anlage zu verstehen (z. B. ein zum Anlegen von Schiffen dienendes Uferbollwerk: RG 112, 368). Dagegen gehört nicht hierher eine natürliche Erhöhung oder Vertiefung. § 1022 greift ferner nur dann Platz, wenn das Recht, eine bauliche Anlage auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks zu halten, den ganzen Inhalt der Grunddienstbarkeit ausmacht. Ist dieses Recht nur ein Nebenrecht, das der auf ein anderweitiges Dulden oder Unterlassen gerichtete Hauptinhalt einer Dienstbarkeit mit sich bringt, so findet nicht § 1022, sondern § 1020 oder § 1021 Anwendung (RG 112, 370).

2. Da die Unterhaltungspflicht des Eigentümers gesetzlich nur dann vorgeschrieben ist, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, kann die Unterhaltungsfrage durch Parteivillkür auch anders geregelt werden.

3. Die im § 1022 vorgeschriebene Unterhaltungspflicht bedarf als gesetzlicher Inhalt der Grunddienstbarkeit nicht der Eintragung ins Grundbuch. Dagegen ist eintragungsbefürftigt eine abweichend von dieser gesetzlichen Regelung vertragsmäßig festgesetzte Unterhaltungspflicht (§ 1020 A 2, 3).

4. Gemäß § 1021 Abs 2 gelten also für die Unterhaltungspflicht auch die §§ 1105, 1107, 1108 über Reallasten. Das Nähere hierüber sowie über den Geltungsbereich der Landesgesetzgebung und über die schon zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten findet sich in § 1021 A 5.

§ 1023

Beschränkt sich die jeweilige Ausübung einer Grunddienstbarkeit auf einen Teil des belasteten Grundstücks¹⁾, so kann der Eigentümer²⁾ die Verlegung der Ausübung auf eine andere, für den Berechtigten ebenso geeignete Stelle³⁾ verlangen⁴⁾, wenn die Ausübung an der bisherigen Stelle für ihn besonders beschwerlich ist⁵⁾; die Kosten der Verlegung hat er zu tragen und vorzuschießen⁶⁾. Dies gilt auch dann, wenn der Teil des Grundstücks, auf den sich die Ausübung beschränkt, durch Rechtsgeschäft bestimmt ist¹⁾.

Das Recht auf die Verlegung kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden⁷⁾.

§ 1 972 II 984; M 3 485 f.; P 3 314 ff.

1. Der § 1023 setzt voraus, daß das ganze Grundstück mit der Grunddienstbarkeit belastet ist und daß diese ihrem Inhalt nach (wie z. B. ein Wegerecht, eine Wasserleitungsgerechtigkeit) an sich auf jedem Teil des Grundstücks ausgeübt werden kann, von der jeweiligen Ausübung aber immer nur ein Teil des Grundstücks betroffen wird (RG Warn 1930 Nr 109). Ob die Beschränkung der jeweiligen Ausübung auf einen Teil sich daraus ergibt, daß durch Rechtsgeschäft (den Begründungsvertrag oder eine spätere Abmachung) die Ausübung auf einen bestimmten Ort beschränkt ist, oder daraus folgt, daß die Grunddienstbarkeit nach ihrer Art und Beschaffenheit jedesmal nur auf einem Teil ausgeübt werden kann, macht für die Anwendung des § 1023 Abs 1 Satz 1 keinen Unterschied. Wenn allerdings die Befugnis zur Ausübung an jedem beliebigen Ort ausdrücklich zum wesentlichen Inhalt der Grunddienstbarkeit gemacht ist, kann die Verlegung auf einen bestimmten Ort nicht verlangt werden, da hierdurch der Berechtigte an seinem Recht selbst eine Einbuße erleiden würde (Prot 3, 315). Ist überhaupt nur ein Teil des Grundstücks mit der Grunddienstbarkeit belastet, so daß nur auf ihn das Recht eingetragen ist (DVG 21, 42) und lediglich er für das Recht (im Gegensatz zu dessen Ausübung) haftet (RGZ 31 A 311), so findet § 1023 keine Anwendung. Denn in diesem Falle gilt der Teil für die Grunddienstbarkeit als selbständiges Grundstück, auch wenn er auf Grund des § 7 Abs 2 GBD von dem Grundbuchblatt des Hauptgrundstücks nicht abgeschrieben worden ist (RG Gruch 48, 107; A 3). Der Unterschied zwischen den beiden Fällen macht sich insbesondere bemerkbar im Falle der Zwangsversteigerung (§ 1018 A 2). Wie die Eintragungsbewilligung gestaltet sein muß, wenn das ganze Grundstück mit der Grunddienstbarkeit belastet werden, ihre Ausübung aber auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt sein soll, ist in § 1018 A 5 Abs 1 behandelt.

2. Nur der Eigentümer, nicht der Berechtigte kann die Verlegung verlangen. Daher enthält § 1023 eine über den § 1020 Satz 1 (schonende Ausübung) hinausgehende Verpflichtung des Berechtigten für den hier vorliegenden Fall, nämlich die Verpflichtung, die Ausübung der Grunddienstbarkeit auf eine bestimmte Stelle zu beschränken.

3. Nur an eine andere ebenso geeignete Stelle desselben Grundstücks kann die Verlegung verlangt werden, nicht auf ein anderes Grundstück, mag es auch demselben Eigentümer gehören, mit dem belasteten Grundstück eine wirtschaftliche Einheit bilden und ebenso geeignet sein (str.; RG 50, 32; JW 1904, 294⁷; Gruch 48, 107). Der gesetzgeberische Grund hierfür ist, daß bei Überschuldung des andern Grundstücks der Berechtigte Gefahr laufen könnte, in der Zwangsversteigerung mit seiner Grunddienstbarkeit auszufallen (Prot 3, 346). Demgegenüber ist zu einer entsprechenden Anwendung des § 1023 umso weniger Anlaß geboten, als die Verlegung auf ein anderes Grundstück rechtlich nicht mehr eine Inhaltsänderung, sondern die Aufhebung der bestehenden Dienstbarkeit unter Begründung einer neuen Dienstbarkeit bedeuten würde (RG Warn 1930 Nr 109). Ist nur ein Teil des Grundstücks (eine Parzelle) mit der Grunddienstbarkeit belastet (A 1), also diese nur auf den Teil eingetragen (DVG 21, 42), so kann die Verlegung auch nicht auf einen anderen Teil desselben Grundstücks verlangt werden, da der belastete Teil, auch wenn er auf Grund des § 7 Abs 2 GBD nicht von dem Grundbuchblatt des Hauptgrundstücks abgeschrieben worden ist, für die Grunddienstbarkeit gegenüber den anderen Teilen als selbständiges Grundstück anzusehen ist (RG Gruch 48, 107). Auch die Verlegung auf ein Grundstück, das dem mit der Grunddienstbarkeit belasteten Grundstück gemäß § 890 Abs 2 als Bestandteil zugeschrieben worden ist, kann nicht verlangt werden, da der zugeschriebene Bestandteil nicht in die Belastung des Hauptgrundstücks eintritt (§ 890 A 6). Für die Frage, ob die neue Stelle für den Berechtigten ebenso geeignet ist, kommt jedes Interesse des Berechtigten, aber nicht eine ganz unerhebliche Unbequemlichkeit in Betracht (RG JW 1904, 294⁷; Gruch 48 S. 105, 954; § 1020 A 1).

4. Zu richten ist das Verlangen nur auf die Verlegung der Ausübung der Grunddienstbarkeit, nicht auf eine Änderung des Inhalts (RGZ 8, 139). Denn auf eine Einschränkung der Belastung des Grundstücks hat der Eigentümer keinen Anspruch. Vielmehr belastet die Grunddienstbarkeit, auch wenn die Verlegung erfolgt, nach wie vor das ganze Grundstück. Hat hiernach das eingetragene Recht unberührt zu bleiben und das Verlangen nur die Änderung der jeweiligen tatsächlichen Aus-

übung des Rechts zum Ziel zu nehmen, so kann auch der Abschluß eines Vertrags über die Verlegung nicht beansprucht werden und ebensowenig die Eintragung der Ausübungsverlegung (str.). Die Art der Ausübung des Grunddienstbarkeitsrechts gehört überhaupt nicht in das Grundbuch, da sie nur eine tatsächliche Maßnahme des Berechtigten ist (str.; a. M. *DZB* 8, 301; 21, 42). Kommt der Berechtigte dem gesetzlich begründeten Verlangen auf Ausübung an der vom Eigentümer bezeichneten anderen Stelle nicht nach, sondern übt er trotz des Verlangens die Dienstbarkeit an der bisherigen Stelle weiter aus, so beeinträchtigt er das Eigentum widerrechtlich. Der Eigentümer kann daher gemäß § 1004 darauf klagen, daß der Berechtigte die Ausübung der Dienstbarkeit an der bisherigen Stelle sowie überhaupt an jeder anderen Stelle als an der vom Kläger bestimmt anzugebenden unterlasse (str.). Ist der Berechtigte dem Verlangen freiwillig oder durch Urteil gezwungen nachgekommen, so kann der Eigentümer gleichwohl nochmals die Verlegung der Ausübung verlangen, sofern sich erweist (sei es nach Veränderung der Umstände, sei es ohne diese), daß auch die Ausübung an der zunächst verlangten Stelle für ihn besonders beschwerlich ist.

5. Besonders beschwerlich bedeutet, daß die Ausübung an der bisherigen, rechtsgeschäftlich oder sonstwie festgelegten oder vom Berechtigten beliebig zu wählenden Stelle für den Eigentümer nach den Umständen des Falles und der Auffassung des Verkehrs erheblich nachteiliger ist als an der anderen Stelle des Grundstücks, auf die er die Ausübung verlegt sehen möchte. Gleichgültig ist es, ob bei der Bestellung der Grunddienstbarkeit diese besondere Beschwerlichkeit vorauszu sehen war. Es kommt auch nicht darauf an, ob sie erst durch eine Veränderung der Umstände (wie z. B. durch Errichtung eines Gebäudes, Änderung der Ackerwirtschaft) herbeigeführt worden ist (*Prot* 3, 315).

6. Die Kosten der Verlegung umfassen alle Unkosten, die dem Berechtigten dadurch entstehen, daß er die Ausübung an der bisherigen Stelle aufgibt und an der verlangten Stelle die zur Ausübung erforderlichen Einrichtungen trifft (z. B. eine Wasserleitung, einen Fahrweg herstellt). Diese Unkosten hat der Eigentümer zu tragen, der die Verlegung verlangt hat. Sie ruhen aber nicht als dingliche Last auf dem Grundstück. Vielmehr wird durch das Verlangen nur kraft Gesetzes eine persönliche Schuldverbindlichkeit des Verlangenden begründet, die Kosten zu tragen und vorzuschießen.

7. Die Ausschließung oder Beschränkung des Verlegungsrechts verbietet Abs 2 im öffentlichen Interesse (*M* 3, 485). Diese Bestimmung findet ebenso wie die des Abs 1 gemäß Art 184 *GG* auch auf die schon beim Inkrafttreten des *BGB* bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung, so daß auch bei ihnen eine vorher getroffene, dem Abs 2 entgegenstehende Vereinbarung nicht mehr wirksam ist (§ 1021 A 5 a. E.).

§ 1024

Trifft eine Grunddienstbarkeit mit einer anderen Grunddienstbarkeit oder einem sonstigen Nutzungsrecht¹⁾ an dem Grundstück dergestalt zusammen, daß die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang²⁾, so kann jeder Berechtigte eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung³⁾ der Ausübung verlangen⁴⁾.

GG I 973 II 935; *M* 3 486 f.; *§* 3 321.

1. Zu den sonstigen Nutzungsrechten gehören der Nießbrauch, für den § 1060 die gleiche Bestimmung gibt, die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, auf die § 1024 nach § 1090 Abs 2 Anwendung findet, und ferner die landesgesetzlich zugelassenen (Artt 63, 65, 67 Abs 1, 68, 74, 133 *GG*) dinglichen Nutzungsrechte, auch solche, die wie die Mithut dem Eigentum nicht vorgehen, sondern mit ihm gleichberechtigt sind (*Prot* 3, 321). Das Eigentum ist kein Nutzungsrecht im Sinne des § 1024. Ihm geht die Grunddienstbarkeit grundsätzlich im Range vor (*Prot* 3, 321; *RG* 105, 197). Wenn der Eigentümer das dienende Grundstück ebenso benützt wie der Grunddienstbarkeitsberechtigte (z. B. im Fall einer Fischereiberechtigung selbst die Fischerei ausübt), so kann darin eine Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit im Sinne des § 1027 liegen (*RG* 105, 191; § 1027 A 2). Der Fall des Zusammentreffens der Grunddienstbarkeit oder anderer Nutzungsrechte mit Realakten, Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden wird durch die Vorschriften des *BGB* (§§ 10 ff., 44 ff., 52, 90 ff.; Art 9 *GG*) geregelt. Das Zusammentreffen mit Miete oder Pacht ordnen die §§ 577, 581.

2. Haben die zusammentreffenden Nutzungsrechte nicht gleichen Rang, so findet § 1024 keine Anwendung. Das vorgehende Recht hat bei seiner Ausübung den Vorzug; das nachstehende Recht muß, auch wenn es wegen des Zusammentreffens nicht vollständig ausgeübt werden kann, zurückstehen. Die Rangverhältnisse bestimmen sich nach den §§ 879–881. Nicht unzulässig ist es, eine Grunddienstbarkeit und eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit demselben Inhalt gleichzeitig zu bestellen (*DZB* 15, 359).

3. Die **Regelung** der Ausübung kann in der Weise geschehen, daß die Ausübung der Rechte zeitlich oder örtlich beschränkt oder für die Ausübung des einen Rechts eine Gelbabfindung gewährt wird. Letzteres wird namentlich bei Nutzungsrechten, die verpachtet werden können, in Betracht kommen. Fällt das mit der Grunddienstbarkeit zusammenfassende Nutzungsrecht fort, so kommt auch die freiwillige oder durch Urteil festgesetzte (A 4) Regelung der Ausübung von selbst in Fortfall.

4. Für das **Verlangen der Ausübungsregelung** gilt entsprechend, was in § 1023 A 5 über das Verlangen der Ausübungsverlegung bemerkt ist. Da es sich nicht um eine Änderung des Inhalts, sondern nur um eine gegenfällige Beschränkung der Gleichberechtigten bei der tatsächlichen Ausübung ihrer Rechte im Interesse ihrer aller handelt, kann auch hier weder der Abschluß eines Vertrags über die neue Art der Ausübung noch eine Eintragung verlangt werden. Eine Eintragung ist schon deshalb nicht zulässig, weil das Grundbuch nicht dazu bestimmt ist, über die zur Ausübung des Rechts zulässigen tatsächlichen Maßnahmen des Berechtigten Auskunft zu geben. Wird dem Verlangen des einen Gleichberechtigten von den anderen nicht freiwillig stattgegeben, üben diese vielmehr ihre Rechte auch fernerhin so aus, daß der Verlangende sein Recht nicht oder nicht in der Weise ausüben vermag, wie das den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechen würde, so beeinträchtigen sie sein Recht widerrechtlich. Er kann daher (§§ 1027, 1065, 1090 in Verbindung mit § 1004) gegen sie darauf klagen, daß sie jede Ausübung ihrer Rechte unterlassen, die anders ist als die von ihm bestimmt zu bezeichnende, den Interessen aller Berechtigten billigerweise entsprechende Regelung (str.; R 3, 486). Der Anspruch unterliegt nicht der Verjährung, da er ein Anspruch aus einem eingetragenen Recht im Sinne des § 902 ist (Prot 3, 321). Nach Art 184 GG ist der Anspruch auch für und gegen die Inhaber der zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bereits bestehenden Nutzungsrechte gegeben (§ 1021 A 5 a. E.).

§ 1025

Wird das Grundstück des Berechtigten geteilt¹⁾, so besteht die Grunddienstbarkeit für die einzelnen Teile fort²⁾; die Ausübung ist jedoch im Zweifel nur in der Weise zulässig, daß sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird³⁾. Gereicht die Dienstbarkeit nur einem der Teile zum Vorteile⁴⁾, so erlischt⁵⁾ sie für die übrigen Teile⁶⁾.

§ I 976 II 936; R 3 487 ff.; P 3 317 f.

1. **Geteilt** wird das herrschende Grundstück zunächst dann, wenn der Eigentümer einen Teil des Grundstücks an eine andere Person veräußert; ferner aber auch dann, wenn ein Teil des Grundstücks ohne Wechsel des Eigentümers von dem Grundbuchblatt abgeschrieben wird und ein neues Grundbuchblatt erhält oder durch gesonderte Buchung auf dem bisherigen Grundbuchblatt zu einem selbständigen Grundstück (§ 1018 A 3) gestaltet wird (R 3, 487; § I 787; RRG 53, 171).

2. Besteht die Grunddienstbarkeit darin, daß auf dem belasteten Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder daß die Ausübung eines Rechts des Eigentümers des belasteten Grundstücks ausgeschlossen ist, so folgt aus dem **Fortbestehen für die einzelnen Teile**, daß jeder Eigentümer eines jeden Teiles des herrschenden Grundstücks, weil ihm an sich die ganze Grunddienstbarkeit zusteht, auf Unterlassung der Handlung oder der Ausübung des Rechts klagen kann. Darf der Berechtigte vom Eigentümer die Unterhaltung einer Anlage nach § 1021 Abs 1 Satz 1 oder nach § 1022 fordern, so kann im Falle der Teilung des herrschenden Grundstücks jeder Teileigentümer auf Unterhaltung der Anlage (mittelbare Leistung) klagen. Denn das Recht auf die Unterhaltung der Anlage stellt sich nicht als eine besondere Reallaftberechtigung, sondern als ein Bestandteil der Grunddienstbarkeit dar, so daß nicht § 1109, insbesondere nicht dessen Abs 2, sondern § 1025 zur Anwendung kommt (str.; § 1021 A 5). Falls die Grunddienstbarkeit darin besteht, daß der Berechtigte das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf (erster Fall des § 1018), kann der Eigentümer eines jeden Teiles des herrschenden Grundstücks die Grunddienstbarkeit nicht nur im Rechtswege als sein Recht geltend machen, sondern sie auch im ganzen ausüben, soweit ihm nicht durch Absatz 2 § 1025 oder durch besondere Vertragsabrede (A 3) in der Ausübung Schranken gesetzt sind oder die Grunddienstbarkeit nach Satz 2 § 1025 erloschen ist. Das **Fortbestehen der Grunddienstbarkeit für alle Teile** äußert seine Wirkung auch im Falle der Zwangsversteigerung (§ 92 BGG). Auf den Fall des § 1021 Abs 1 Satz 2 (Pflicht des Berechtigten zur Unterhaltung einer Anlage, an der dem Eigentümer ein Mitbenutzungsrecht zusteht) findet § 1025 keine Anwendung. Denn das mit der Grunddienstbarkeit belastete Grundstück ist gegenüber dem dienstbarkeitsberechtigten Grundstück nicht in Ansehung der Unterhaltungspflicht als herrschendes Grundstück im Sinne des § 1025 anzusehen (§ 1021 A 1, 5). Soweit in einem solchen Falle nicht durch die Teilung des belasteten Grundstücks einzelne Teile gemäß § 1026 von der Grunddienstbarkeit frei werden, folgt das Recht auf die Unterhaltung der Anlage für den Eigentümer eines jeden Teiles aus der durch die Unterhaltungspflicht des Berechtigten eingeschränkten Grunddienstbarkeitsbelastung seines Teiles von selbst (str.).

3. Besonders dann, wenn der Berechtigte das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf (erster Fall des § 1018), wird bei der Bestellung der Grunddienstbarkeit eine Vereinbarung darüber getroffen sein können, ob im Falle einer Teilung des herrschenden Grundstücks das Maß der Ausübung sich nach dem Bedürfnis der einzelnen Teile richten soll oder nicht. Der Satz 2 gibt in dieser Beziehung eine Auslegungsregel dahin, daß im Zweifel die Ausübung der ganzen Grunddienstbarkeit durch alle Eigentümer der Teile des herrschenden Grundstücks für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht soll beschwerlicher werden dürfen. Ist daher bei der Bestellung der Grunddienstbarkeit keine Bestimmung für den Fall der Zerstückung des herrschenden Grundstücks getroffen und liegt kein Fall des Satz 2 vor (Dienstbarkeit nur einem bestimmten Teile von Nutzen gewesen), so ist nach der Grundstücksteilung eine durch ein gewisses Maß bestimmte Dienstbarkeit (z. B. wenn nur eine bestimmte Anzahl Vieh zur Weide soll aufgetrieben oder nur eine bestimmte Menge Bodenbestandteile aus dem belasteten Grundstück soll entnommen werden dürfen) von den einzelnen Teilnehmern verhältnismäßig auszuüben. Bei dem Maß nach unbestimmten Dienstbarkeiten aber hat die Ausübung von allen Teilnehmern gemeinschaftlich zu erfolgen, soweit nicht auch diese Ausübung noch für den Belasteten beschwerlicher ist als die frühere Ausübung durch den einen Berechtigten (RG Gruch 26, 999; 32, 943). Überschreiten die mehreren Berechtigten bei der Ausübung des an sich einem jeden von ihnen zustehenden Grunddienstbarkeitsrechts (A 2) das hiernach von einem jeden einzuhalten Maß des tatsächlichen Ausübens, so beeinträchtigen sie das belastete Eigentum widerrechtlich. Der Eigentümer kann dann also nach § 1004 gegen sie darauf klagen, daß sie die Grunddienstbarkeit nicht anders ausüben als in der von ihm bestimmt zu bezeichnenden Art und Weise (str.). Auf eine Vereinbarung der mehreren Berechtigten darüber, in welcher Weise und zu welchem Maße die Grunddienstbarkeit von jedem ausgeübt werden soll, ist § 745 entsprechend anzuwenden. Der belastete Eigentümer ist aber daran nicht gebunden, wenn er zu der Vereinbarung nicht hinzugezogen worden ist.

4. Die Dienstbarkeit gereicht nur einem der Teile zum Vorteile z. B. dann, wenn sie darin besteht, daß der Berechtigte einen Teil eines Gebäudes, dessen anderer Teil auf seinem Grundstück sich befindet, auf dem belasteten Grundstück stehen lassen kann (RGZ 25 A 141).

5. Die Grunddienstbarkeit erlischt für die übrigen Teile kraft Gesetzes mit der Abschreibung der einzelnen Teile, ohne daß es ihrer Löschung auf den betroffenen Teilen oder einer Einwilligung der Eigentümer dieser Teile bedarf. Ist sie auf dem Grundbuchblatt des nunmehr geteilten Grundstücks gemäß § 9 Abs 1 GBD vermerkt und steht zur Zeit der Abschreibung bereits fest, daß sie für einzelne Teile erlischt, so ist sie auf die Grundbuchblätter für diese Teile nicht (in das Bestandsverzeichnis) mitzübertragen. Ist trotzdem die Übertragung erfolgt, so hat das Grundbuchamt gemäß § 9 Abs 2 GBD die Vermerke von Amts wegen zu berichtigen, also zu streichen. Die Streichung von Amts wegen hat aber zur Voraussetzung, daß zuvor auf das belastete Grundstück eingetragen ist, daß die Grunddienstbarkeit für die betroffenen Teile nicht mehr besteht (RGZ 25 A 146). Diese Eintragung (teilweise Löschung) erfolgt im Wege der Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 Abs 1 GBD. Denn das Grundbuch des belasteten Grundstücks ist durch das kraft Gesetzes eingetretene teilweise Erlöschen der Berechtigung unrichtig geworden (RGZ 24 A 118). Freilich wird der belastete Eigentümer dem Grundbuchamt nur selten einen zweifelsfreien urkundlichen Nachweis des Erlöschens erbringen können. Regelmäßig wird daher eine freiwillige (§§ 19, 29 Satz 1 GBD) oder gemäß § 894 BGB durch Urteil ersetzte Bewilligung der betroffenen Berechtigten zur Berichtigung erforderlich sein. Auf diese Bewilligung hat aber der Eigentümer nach § 894 BGB ein Recht.

6. § 1025 findet gemäß Art 184 GG auch auf die bereits beim Inkrafttreten des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (§ 1021 A 5 a. E.).

§ 1026

Wird das belastete Grundstück geteilt¹⁾, so werden, wenn die Ausübung der Grunddienstbarkeit auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstücks beschränkt²⁾ ist, die Teile, welche außerhalb des Bereichs der Ausübung liegen, von der Dienstbarkeit frei³⁾.

§ I 975 II 937; W 3 487ff.; P 3 317.

1. Wird das belastete Grundstück geteilt, so haftet die Grunddienstbarkeit nach dem Grundsatz ihrer Anteilbarkeit regelmäßig, wie bisher auf dem ganzen Grundstück, so auch fortan auf allen Teilen (Prot 3, 317). Auch wenn die Grunddienstbarkeit vor der Teilung nur auf einzelnen Flächen des Grundstücks ausgeübt werden konnte oder doch tatsächlich ausgeübt wurde, war trotzdem das ganze Grundstück belastet und keine der anderen Flächen von der Haftung frei (RGZ 31 A 311; SeuffW 74 Nr 31; § 1023 A 1, 3). Nach jenem Grundsatz mußte daher die Grunddienstbarkeit auch bei einer Teilung des Grundstücks an allen Teilen, trotz der Beschränkung ihrer Ausübung auf einzelne Flächen, als Grundstücksbelastung bestehenbleiben. § 1026 nimmt jedoch diesen Fall von dem Grundsatz aus und bestimmt das Erlöschen des Dienst-

barkeitsrechts an denjenigen bei einer Teilung abgeforderten Grundstücksteilen, die außerhalb des Bereichs der auf einen bestimmten Teil beschränkten Ausübung des Rechts liegen. Die Vorschrift setzt sich aus Zweckmäßigkeitsgründen über das Bedenken hinweg, daß der Berechtigte durch das Erlöschen des Rechts an den von der Ausübung nicht berührten Teilen und durch die daraus sich ergebende Minderung der Haftungsgegenstände für das Recht unter Umständen bei der Zwangsversteigerung geschädigt werden kann (R 3, 488; Prot 3, 317). Eine Teilung kann auch ohne einen Wechsel des Eigentümers stattfinden (§ 1025 A 1). Voraussetzung für die Anwendung des § 1026 ist aber, daß durch die Teilung der Bestand und die Ausübung der Dienstbarkeit rechtlich und wirtschaftlich in keiner Weise berührt wird (DVG 45, 221).

2. Die **Beschränkung der Ausübung** des das ganze Grundstück belastenden Rechts auf einen bestimmten Teil kann sich aus dem Inhalt der Grunddienstbarkeit von selbst ergeben, z. B. bei Wegegerechtigkeiten und Traufrechten (RGZ 4, 167; 31 A 310), bei dem Recht auf Entnahme von Mergel aus einer bestimmten Mergelgrube (RGZ 24 A 118), bei einer Beschränkung der Bebaubarkeit (SeuffA 74 Nr 31). Sie kann aber auch aus dem Rechtsgeschäft der Bestellung folgen. Nicht hierher gehört dagegen an sich der Fall, daß nur die tatsächliche Ausübung im Einzelfall sich jeweils auf einen Teil beschränkt, daß aber, soweit nicht § 1020 entgegensteht, bei jedem Fall der Ausübung beliebig ein anderer Teil zur Ausübung gewählt werden kann (§ 1023 A 1). Auch in einem solchen Falle kann aber § 1026 Anwendung finden, wenn die Ausübung an dem einen oder anderen Teil dauernd unmöglich ist (RGZ 31 A 312).

3. Die außerhalb des Ausübungsbereichs liegenden **Teile werden kraft Gesetzes frei** mit der Abschreibung der Teile vom belasteten Grundstück, ohne daß es einer Löschung der Belastung auf diesen Teilen oder einer Bewilligung des Berechtigten bedarf. Steht bei der Abschreibung bereits fest, daß die Teile außerhalb des Ausübungsbereichs liegen, so hat das Grundbuchamt die Dienstbarkeit auf die Grundbuchblätter der Teile nicht mitzuübertragen (RGZ 24 A 120). Hat die Mitübertragung trotzdem stattgefunden, so können die Eigentümer der befreiten Teile gemäß § 22 Abs 1 GBD die Berichtigung des Grundbuchs beantragen, da ihr die Belastung noch ausführendes Grundbuchblatt wegen Nichtbestehens der Belastung unrichtig ist (RGZ 24 A 120). Kann jedoch dem Grundbuchamt nicht urkundlich nachgewiesen werden, daß die Teile außerhalb des Ausübungsbereichs liegen, so ist zur Löschung die freiwillige (§§ 19, 29 Satz 1 GBD) oder gemäß § 894 ZPD durch Urteil erzielte Bewilligung des Berechtigten erforderlich. Auf die Erteilung dieser Bewilligung haben die Eigentümer der freigewordenen Teile gemäß § 894 BGB ein Recht. — § 1026 findet auch auf die Unterhaltungspflicht des Eigentümers aus § 1021 Abs 1 Satz 1 und aus § 1022 Satz 1 Anwendung, und zwar in der Weise, daß dem Berechtigten das Recht auf die Unterhaltung nur gegen die Eigentümer derjenigen Teile zusteht, die von der Dienstbarkeit nicht frei werden. Bei einer Wegegerechtigkeit tritt die Befreiung nach § 1026 also auch dann ein, wenn der Eigentümer des bisher einheitlich belasteten Grundstücks zur Unterhaltung des Weges verpflichtet war (ZB 1934, 3142¹). Ferner findet § 1026 auch auf die beim Zirkulartreten des BGB bereits bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (Art 184 GG; § 1021 A 5 a. E.). Nicht anwendbar ist er dagegen auf den Fall des § 1021 Abs 1 Satz 2 (Pflicht des Berechtigten zur Unterhaltung einer Anlage, an der dem Eigentümer ein Mitbenutzungsrecht zusteht). Denn das herrschende Grundstück ist nicht hinsichtlich der Unterhaltungspflicht als ein mit einer Grunddienstbarkeit belastetes Grundstück im Sinne des § 1026 anzusehen (str.). Wird das herrschende Grundstück geteilt, so fällt zwar die Unterhaltungspflicht derjenigen Teileigentümer fort, für deren Teile das Grunddienstbarkeitsrecht gemäß § 1025 Satz 2 erlischt. Das findet aber seinen Grund darin, daß Recht und Unterhaltungspflicht im untrennbaren Zusammenhang stehen. Den anderen Teileigentümern liegt deshalb beim Fortbestehen des Rechts für ihre Teile (§ 1025 Halbs 1) auch die Unterhaltungspflicht ob (§ 1025 A 2).

§ 1027

Wird eine Grunddienstbarkeit¹⁾ beeinträchtigt²⁾, so stehen dem Berechtigten³⁾ die im § 1004 bestimmten Rechte zu.

§ 1 078 II 938; R 3 489; B 3 327.

1. Die **Grunddienstbarkeit** muß beeinträchtigt sein. Es genügt nicht, daß sich die Störung nur gegen die Person des die Grunddienstbarkeit Ausübenden richtet.

2. Die Grunddienstbarkeit wird durch völlige Verhinderung, aber auch durch nur teilweise tatsächliche Störung ihrer Ausübung **beeinträchtigt**. Einen Beispielsfall bildet die Errichtung eines Gebäudes auf der Fläche, die gemäß der Grunddienstbarkeit unbebaut bleiben sollte (RG 47, 359). Bei einer Fischereiberechtigung an einem Gewässer kann eine Beeinträchtigung darin liegen, daß der Eigentümer des Gewässers selbst die Fischerei ausübt (RG 105, 191). Auch bloße Worte oder Drohungen können unter Umständen, namentlich wenn sie ein Bestreiten des Rechts enthalten und mit einem förmlichen Verbot fernerer Ausübung oder mit der Androhung tatsächlicher Verhinderung verbunden sind, eine Behinderung der Ausübung und damit eine Beeinträchtigung der Dienst-

barkeit darstellen (RG JW 1908, 274⁹). Das Bestreiten des Rechts im Rechtsstreit stützt aber für sich allein die Klage nicht. Denn die Verteidigung ist, mag sie auch unbegründet sein, doch nicht widerrechtlich. Ist das Bestreiten außerhalb des Rechtsstreits kein derartiges, daß darin eine Beeinträchtigung des Rechts zu finden ist, so kann nur unter den Erfordernissen des § 256 BPO eine Feststellungsklage erhoben werden. Den Fall der Beeinträchtigung durch uneingeschränkte Ausübung eines im Range gleichstehenden Rechts behandelt § 1024 A 4.

3. Berechtigter ist der Eigentümer des herrschenden Grundstücks, im Falle des Miteigentums jeder Miteigentümer, im Falle der Teilung jeder Teileigentümer, sofern nicht für seinen Teil die Dienstbarkeit gemäß § 1025 Satz 2 erloschen ist. Dem Nießbraucher steht, wie die Nutzung des Grundstücks überhaupt (§ 1030), so auch die Ausübung der Grunddienstbarkeit zu, da diese gemäß § 96 einen Bestandteil des Grundstücks bildet. Daher liegt in der Störung der Dienstbarkeitsausübung zugleich eine Störung seines Nießbrauchsrechts, so daß er auf Grund des § 1065 gegen die Störung ebenso wie die Dienstbarkeitsberechtigten selbst nach § 1027 einzuschreiten befugt ist. Mieter des herrschenden Grundstücks sind dagegen weder Dienstbarkeitsberechtigten, noch haben sie nach dem Gesetz gleich dem Dienstbarkeitsberechtigten oder dem Nießbraucher eine Klage (aus § 1004) wegen Störung ihres Rechts. Sie können daher nur unter den Voraussetzungen des § 256 BPO eine Klage auf Feststellung des Bestehens der Grunddienstbarkeit gegen den Bestreitenden erheben (str.). Dem Besitzer des herrschenden Grundstücks gewährt § 1029 einen Besitzschutz (dort A 1).

4. Die im § 1004 bestimmten Rechte begründen die Klage auf Beseitigung der Störung und, falls weitere Störungen zu besorgen (nicht bloß möglich: RG 63, 374) sind, auch die Klage auf Unterlassung (RG 77, 218; Warn 1911 Nr 331) gegen den Störer, selbst wenn er nicht der Eigentümer des belasteten Grundstücks, sondern ein Dritter ist (RG Warn 1911 Nr 331; DVG 15, 361; 18 S. 148, 149). Störer ist zunächst, wer eine die Grunddienstbarkeit beeinträchtigende Handlung vornimmt. Aber auch derjenige „stört“, der die störende Handlung durch einen Beauftragten vornehmen läßt oder auf dessen Willen ein störendes Ereignis zurückzuführen ist. Störer ist weiterhin, wer einen die Ausübung der Dienstbarkeit (ganz oder teilweise) hindernden Zustand oder von ihm veranlaßte, fortbauend gleichmäßig erfolgende, die Ausübung der Dienstbarkeit beeinträchtigende Maßnahmen (z. B. den Transport von Schiffen, wodurch eine Fischereigerechtigkeit beeinträchtigt wird) trotz seiner Kenntnis von der störenden Einwirkung nicht beseitigt, obwohl die Beseitigung von seinem Willen abhängt (RG 55, 55; Warn 1909 Nr 143; 1911 Nr 331; Gruch 45 S. 1008, 1016; SeuffA 58 Nr 15; 60 Nr 18, 103). Schließlich ist Störer der Eigentümer des dienenden Grundstücks, wenn er duldet, daß ein anderer die Dienstbarkeit störende Veranstaltungen auf seinem Grund und Boden vornimmt. Denn er ist verantwortlich dafür, daß die auf seinem Eigentum lastende Dienstbarkeit ausgeübt werden kann, und ist daher verpflichtet, Störungen zu beseitigen (RG 47, 162; JW 1900, 840⁶; 1902 Weil 187; Warn 1911 Nr 331). Störer ist aber nicht ein früherer Eigentümer des dienenden Grundstücks deswegen, weil er bei der Veräußerung gewußt hat, daß der Erwerber eine Anlage herstellen wolle, die eine Beeinträchtigung der Dienstbarkeit herbeiführen müsse, und weil demnach diese Anlage hergestellt worden ist. Denn die Veräußerung läßt das Dienstbarkeitsrecht unberührt, und der Berechtigte kann sich gegenüber dem Erwerber der Herstellung der störenden Anlage erwehren (RG Warn 1911 Nr 331). Daß der Störende ein Recht zu der störenden Handlung behauptet, also eine Rechtsanmaßung, ist keine Voraussetzung für die Klage (RG Gruch 44, 1095) hat er aber ein Recht zu der Handlung (z. B. weil ihm eine beeinträchtigende Anlage vom Berechtigten gestattet ist), so ist die Klage ausgeschlossen. Die Klage erfordert ferner nicht, daß den Störenden ein Verschulden trifft; vielmehr genügt das Vorliegen einer objektiv widerrechtlichen Störung (RG 51, 411; Gruch 46, 653; § 1004 A 1). Soll aber ein Schadensersatzanspruch (§§ 823 ff.) wegen der Störung geltend gemacht werden, so ist ein Verschulden Voraussetzung für den Klageanspruch (RG 45, 300; 58, 132; 61, 256; 63, 379; JW 1902, 70; Warn 1911 Nr 331). Dabei sind die §§ 1004, 1027 als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs 2 anzusehen (RG 51, 177; JW 1904, 360¹⁰; Warn 1910 Nr 18, 281; 1911 Nr 331). Ein Verschulden des Störers ist jedoch nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ausnahmsweise nicht Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch, wenn die Beeinträchtigung des Dienstbarkeitsrechts von einer gegebenen gemeinnützigen Anlage ausgeht und dem Verletzten wegen der obrigkeitlichen Genehmigung der Anlage die Befugnis versagt ist, den widerrechtlichen Eingriff abzuwehren. Denn in einem solchen Falle tritt die Entschädigungsforderung an die Stelle des Anspruchs auf Abwehr (RG 58, 130; 63, 374; 135, 312; JW 1904, 360¹⁰; 1907, 299¹¹; 1910, 580¹⁵; Warn 1911 Nr 331; 1916 Nr 30). Behauptet der Störer, die Beeinträchtigung in Ausübung des Rechts eines Dritten vorgenommen zu haben (z. B. als Nießbraucher), so kommt § 77 BPO zur Anwendung. Die Ansprüche aus § 1027 sind, wenn die Grunddienstbarkeit eingetragen ist, gemäß § 902 unverjährbar. Auf die beim Inkrafttreten des BGB bereits bestehenden Dienstbarkeiten findet gemäß Art 184 GG die Vorschrift des § 1027 ebenfalls Anwendung (§ 1021 A 5 a. E.). Sie brauchen aber nicht eingetragen zu sein (Art 187 GG). Sind sie nicht eingetragen, so entfällt für sie § 902.

§ 1028

Ist auf dem belasteten Grundstück eine Anlage, durch welche die Grunddienstbarkeit beeinträchtigt wird, errichtet worden¹⁾, so unterliegt der Anspruch des Berechtigten auf Beseitigung der Beeinträchtigung der Verjährung, auch wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist²⁾. Mit der Verjährung des Anspruchs erlischt die Dienstbarkeit, soweit der Bestand der Anlage mit ihr in Widerspruch steht³⁾.

Die Vorschriften des § 892 finden keine⁴⁾ Anwendung⁵⁾.

§ 3 321 ff.

1. Eine auf dem belasteten Grundstück errichtete beeinträchtigende Anlage ist eine mit dem Grund und Boden des dienenden Grundstücks verbundene dauernde Einrichtung (z. B. ein Gebäude, eine Mauer, ein Graben, ein Damm, eine Anpflanzung), welche die Ausübung der Grunddienstbarkeit (z. B. einer Wegegerechtigkeit) ganz oder teilweise verhindert (§ 1027 A 2). Gleichgültig ist, von wem sie errichtet ist, ob von dem Eigentümer oder von einem Dritten. Auch darauf kommt es nicht an, ob die Anlage im Glauben an ein Recht hergestellt ist. Selbst dann, wenn der Errichtende die Anlage im bösen Glauben heimlich oder gewaltsam errichtet hat, findet § 1028 Anwendung. Der Verfall einer der Dienstbarkeit dienenden Anlage aber genügt nicht. Es muß vielmehr eine besondere neue Anlage hergestellt sein, die zwar nicht die Ausübung der Dienstbarkeit gänzlich unmöglich zu machen braucht, aber wenigstens der Ausübung an der betreffenden Stelle hindernd entgegensteht.

2. Daß der Anspruch auf Beseitigung trotz Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch der Verjährung unterliegt, ist eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 902 Abs 1 Satz 1. Auf die Verjährung des Anspruchs finden die §§ 194 ff. Anwendung (§ 901 A 3, 4). Ein Wechsel in der Person des Eigentümers des herrschenden oder des belasteten Grundstücks hat auf die Verjährung keinen Einfluß, da im ersten Falle derselbe Anspruch für den Nachfolger besteht und im zweiten Falle die Besitzzeit des Rechtsvorgängers gemäß § 221 in die Verjährungszeit eingerechnet wird. Wenn der Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Errichtung der Anlage auf eine bestimmte Zeit gestattet hat, kann die Verjährung nicht vor dem Ablauf dieser Zeit beginnen, da bis dahin ein Anspruch auf Beseitigung nicht entstanden ist (§ 198).

3. Daß die Dienstbarkeit mit der Vollendung der Anspruchsverjährung erlischt, soweit ihr der Anlagebestand widerspricht, ist eine Ausnahme von der Regel, daß das dingliche Recht selbst weder verjährt noch durch Verjährung des Anspruchs daraus erlischt. Diese Ausnahme entspricht derjenigen des § 901 Satz 1, geht jedoch insofern noch weiter, als die Grunddienstbarkeit auch dann erlischt, wenn sie eingetragen ist (§ 901 A 1, 2). Das Erlöschen tritt kraft Gesetzes ein, ohne daß es einer Löschung oder einer Bewilligung des Berechtigten bedarf. Das Grundbuch wird unrichtig. Der Belastete kann die Berichtigung gemäß § 22 Abs 1 GBO beantragen. Vermag er das Erlöschen nicht urkundlich nachzuweisen, so kann er gemäß § 894 vom Berechtigten die Einwilligung in die Löschung (§§ 19, 29 Satz 1 GBO; § 894 ZPO) verlangen. Die Dienstbarkeit erlischt aber nur insofern, als durch die Anlage ihre Ausübung gehindert wird, also nicht immer gänzlich. Wenn z. B. bei einer Wegegerechtigkeit, die zum Gehen und Fahren auf allen Teilen eines Grundstücks berechtigt, durch eine Mauer die Benutzung des Grundstücks zum Gehen und Fahren nur an der Stelle verhindert worden ist, an der die Mauer errichtet wurde, so können die übrigen Grundstückssteile auch fernerhin dazu benutzt werden.

4. Der Ausschluß der Anwendung des § 892 soll bedeuten, daß sich der gutgläubige rechtsgeschäftliche Erwerber des herrschenden Grundstücks nicht darauf berufen kann, daß die erloschene Dienstbarkeit noch auf dem belasteten Grundstück eingetragen oder auch gemäß § 9 Abs 1 GBO auf dem herrschenden Grundstück vermerkt steht. Im Grunde genommen folgt dies schon daraus, daß der Vermerk auf dem herrschenden Grundstück für die Rechtswirkung eines gutgläubigen Erwerbs nicht in Betracht kommt (§ 1021 A 1; RGZ 25 A 146) und daß der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nur für das Grundbuch desjenigen Grundstücks wirkt, das von dem Erwerb betroffen wird (str.; a. M. HRN 1934 Nr 1676).

5. § 1028 findet auch auf die beim Inkrafttreten des BGB bereits bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung; Abs 2 aber nur, wenn sie eingetragen sind (Art 184 GG; DRG 18, 148). Solange sie nicht eingetragen sind, können sie auch andertweit nach Maßgabe landesgesetzlicher Bestimmungen erlöschen (Art 189 Abs 3, 187, 128 GG).

§ 1029

Wird der Besitzer¹⁾ eines Grundstücks in der Ausübung einer für den Eigentümer im Grundbuch eingetragenen²⁾ Grunddienstbarkeit gestört³⁾, so finden

die für den Besizschutz geltenden Vorschriften⁴⁾ entsprechende Anwendung, soweit die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt⁵⁾ worden ist⁶⁾.

§ I 979 II 939; M 3 489ff.; P 3 318ff.

1. **Besitzer** ist zunächst der unmittelbare Besitzer (§ 854), und zwar sowohl der Eigenbesitzer (§ 872), Teilbesitzer (§ 865), Mitbesitzer (§ 866) als auch der Besitzer, der einem anderen gegenüber im Sinne des § 868 auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, wie der Pächter, Nießbraucher. Nach Maßgabe des § 860 (Selbsthilfe) genießt Besizschutz auch der Besizdiener (§ 855). Ferner hat nach § 869 der mittelbare Besitzer (§§ 868, 870, 871) die Besizklage, wenn der unmittelbare Besitzer gestört wird.

2. **Für den Eigentümer**, nicht den die Grunddienstbarkeit ausübenden Besitzer des Grundstücks muß die Grunddienstbarkeit eingetragen sein. Während also das BGB keine allgemeinen Vorschriften über den Besitz von Rechten und dessen Schutz gibt, gewährt es durch § 1029 gerade für Grunddienstbarkeiten einen Besizschutz, aber nur unter der doppelten Voraussetzung, daß mit dem „Rechtsbesiz“ der Sachbesiz am herrschenden Grundstück verbunden und daß die Dienstbarkeit, die kraft des Besizes am Grundstück ausgeübt wird, wenigstens vermutungsweise (§ 891) als ein bestehendes Recht anzusehen, mithin für den Eigentümer eingetragen ist. Die Eintragung genügt. Auch wenn sie zu Unrecht besteht, ist der Besizschutz gegeben. Umgekehrt besteht für eine zu Unrecht gelöschte Grunddienstbarkeit kein Besizschutz (M 3, 491).

3. **Störung** ist sowohl die vollständige Verhinderung als auch die sonstige Beeinträchtigung der Ausübung der Grunddienstbarkeit (§ 1027 A 2).

4. Die für den Besizschutz geltenden Vorschriften sind: § 858 (Verhinderung oder Störung durch verbotene Eigenmacht schafft gegenüber dem Besitzer einen fehlerhaften Zustand, der auch gegen den Rechtsnachfolger des Störenden, z. B. des belasteten Eigentümers, gilt); § 859 Abs 1, 3 (Selbstschutz gegen verbotene Eigenmacht — z. B. gegen die Versperrung des Weges bei der Wegegerechtigkeit oder gegen die Beseitigung einer Anlage — durch Gewalt oder Wiederbemächtigung); §§ 861, 862 (Besizklagen wegen eigenmächtiger Verhinderung oder Störung der Ausübung; Ausschluß dieser Klagen bei fehlerhafter Besitzerlangung im Laufe eines Jahres vor der Störung, z. B. wenn in Ausübung der Dienstbarkeit gegen den Willen des Belasteten eine Anlage errichtet ist, die der Belastete innerhalb Jahresfrist wieder beseitigt); § 863 (Einwendung gegen die Besizklage aus dem Recht, z. B. daß die eingetragene Dienstbarkeit tatsächlich nicht bestehe); § 864 (Erlöschen des Besizanspruches durch Nichterhebung der Besizklage innerhalb eines Jahres seit der Verhinderung oder Störung). Besteht die Ausübung der Grunddienstbarkeit im Sachbesiz eines Teils des dienenden Grundstücks (wie z. B. bei der Überbaudienstbarkeit auf Haben eines Teils des Gebäudes, dessen anderer Teil auf dem herrschenden Grundstück steht: § 1018 A 7), so finden die Vorschriften über den Sachbesiz unmittelbar Anwendung.

5. Der Besitz wird nur so weit geschützt, als die Grunddienstbarkeit ausgeübt worden ist, aber auch nicht weiter, als sie im Grundbuch eingetragen steht. Durch die einmalige Ausübung der Grunddienstbarkeit wird deren Besitz auf ein Jahr erworben, nicht auf längere Zeit, und zwar auch dann nicht, wenn die Grunddienstbarkeit nur in längeren Zwischenräumen als ein Jahr (z. B. im Falle einer Überschwemmung) ausgeübt werden kann. Andererseits kann der Besitz aber nach allgemeinen Vorschriften auch schon vor Ablauf des Jahres verloren gehen (z. B. wenn der Besitzer ihn aufgibt). Was erforderlich ist, damit die Grunddienstbarkeit ausgeübt ist, richtet sich nach ihrem Inhalt. Die Anlage, zu deren Halten die Grunddienstbarkeit berechtigt, muß innerhalb eines Jahres vor der Störung bestanden haben. Die Handlung, zu deren Vornahme die Grunddienstbarkeit berechtigt (z. B. bei einer Wegegerechtigkeit das Gehen), muß vorgenommen worden sein. Besteht die Grunddienstbarkeit darin, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Handlung nicht vornehmen darf, so genügt zur Ausübung die Unterlassung der Handlung. Daneben ist nicht noch ein besonderes Verbot der Vornahme der Handlung erforderlich, da die Zuwiderhandlung bereits durch die Eintragung verboten ist (str.). Nötig ist aber immer, daß die Ausübungshandlung mit dem Willen, die Dienstbarkeit auszuüben, vorgenommen worden ist (OLG 6, 255). Ein solcher Wille ist regelmäßig anzunehmen, wenn die Handlung dem Inhalt der eingetragenen Grunddienstbarkeit entspricht. Eine Ausübung der Grunddienstbarkeit liegt aber z. B. dann nicht vor, wenn die Handlung erst nach vorheriger Bitte um die Erlaubnis vorgenommen worden ist oder wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Handlung, zu deren Vornahme er nach dem Inhalt der eingetragenen Grunddienstbarkeit nicht befugt war, nur auf Bitten des Besitzers unterlassen hat (OLG 6, 255). Die Ausübung braucht nicht durch den Besitzer des Grundstücks selbst, sondern kann auch durch dritte Personen (z. B. bei einer Wegegerechtigkeit durch Besucher des Besitzers) bewirkt worden sein.

6. Eine **Übergangsvorschrift** für die beim Inkrafttreten des BGB bereits bestehenden Grunddienstbarkeiten gibt Art 191 GG (OLG 6, 255).

Zweiter Titel

Nießbrauch

1. Von dem Eigentum kann das Recht auf die Nutzungen abgetrennt und als selbständiges **dingliches Recht** bestellt werden. Dieses Nießbrauch genannte Recht ist an die Person des Nießbrauchers gebunden, nicht vererblich und nicht veräußerlich (§§ 1061, 1059). Die Dinglichkeit des Nießbrauchs schließt es aus, daß sein Bestand durch Rechtshandlungen des Eigentümers oder dritter Personen beeinträchtigt werden kann. Auch durch die Zwangsverwaltung, die ohne Rücksicht auf die Belastung des Grundstücks mit einem Nießbrauch eingeleitet werden kann, wird das dingliche Recht und der Besitz des Nießbrauchers nicht berührt. Mit dem dinglichen Recht des Nießbrauchs sind zugleich kraft Gesetzes **schuldrechtliche Verpflichtungen** verbunden. Das schuldrechtliche Verhältnis besteht (vgl. namentlich § 1036 Abs 2) — abgesehen von dem Nießbrauch an verbrauchbaren Gegenständen (§ 1067) und von den Verpflichtungen des Nießbrauchers eines Vermögens hinsichtlich der Schulden des Nießbrauchbestellers (§§ 1086—1088) — nicht zwischen dem Besteller und dem Nießbraucher, sondern zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher (vgl. jedoch §§ 1036 A 4, 1055 A 1, 1058 A 1, 1064 A 1). Weitere schuldrechtliche Verpflichtungen können sich aus dem der Nießbrauchsbestellung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft ergeben, dessen praktisch wichtigste Fälle die Anordnung der Bestellung durch eine Verfügung von Todes wegen und durch Leibzuchtvertrag sind. Der Nießbrauch kann auch Gegenstand eines Kaufes sein, was für die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Zahlung des Kaufpreises, der auch in einer Rente bestehen kann, für die Gewährleistungspflicht usw. von Bedeutung ist. Zulässig sind schuldrechtliche Vereinbarungen, die den Nießbraucher verpflichten, die von ihm gezogenen Nutzungen zur Tilgung bestimmter Schulden oder zu anderen Leistungen zu verwenden (§ 1030 A 6). Unzulässig aber ist die Bestellung eines Nießbrauchs in der Weise, daß der Nießbraucher auf den Nachrichtigung der Zinsen und Tilgungsbeiträge verbleibenden Überschuß der Nutzungen keinen Anspruch haben soll (§ 1030 A 3).

2. Der Nießbraucher hat nicht bloß ein Recht auf die Nutzungen (§ 100), sondern ist berechtigt, auf Grund des ihm zustehenden Besitzes (§ 1036 Abs 1) die **Nutzungen selbst zu ziehen**. Zur Erzielung eines größeren Nutzens sind dem Nießbraucher Änderungen der Sache gestattet. Sein Recht geht aber nicht so weit, daß er unter Nichtbeachtung der Interessen des Eigentümers die Sache oder die Benutzungsart umgestalten darf (§§ 1036, 1037). Besteht der Nießbrauch an einer Forderung, so muß der Nießbraucher, um Nutzungen ziehen zu können, ein gewisses Verfügungsrecht haben. Er darf deshalb nach § 1074 die nicht auf Zinsen ausstehende Forderung einziehen und ist bei einer auf Zinsen ausstehenden Forderung nach §§ 1077, 1078 in Gemeinschaft mit dem Gläubiger zur Einziehung und Wiederanlegung befugt. Aber auch bei dem Nießbrauch an einem Grundstück mit Weilaß ist dem Nießbraucher im Interesse der Erleichterung des Wirtschaftsbetriebs ein gewisses Verfügungsrecht gewährt (§ 1048). Mit dem Nießbrauch kann ein allgemeines Verfügungsrecht verbunden sein (Verfügungsnießbrauch: § 1067 A 1). Namentlich kommt dies vor bei einem durch Verfügung von Todes wegen zugewendeten Nießbrauch. Wird ein solcher Nießbrauch am Nachlaß eingeräumt, so wird der Bedachte regelmäßig die Stellung eines Vorerben haben. Mit dem Nießbrauch kann ferner in Erweiterung dieses Rechts die Befugnis zur hypothekarischen Belastung des Nießbrauchsgrundstücks verbunden werden. Das **RG** (Barn 1908 Nr 168) hat in einem solchen Falle eine im eigenen Interesse auszuübende, unwiderrufliche Vertretungsmacht angenommen (ähnlich 28. 11. 1907 IV 146/07). Dem mit dem Nießbrauch an einem Grundstück bedachten Miterben kann in Erweiterung des Nießbrauchsrechts das Recht zum selbständigen Verkauf des Nachlaßgrundstücks eingeräumt werden, ohne daß die Miterben beim Verkauf mitzuwirken brauchen (**RG** 23. 10. 1916 IV 173/16). Mit dem letztwillig zugewendeten Nießbrauch kann auch das Recht der Verwaltung in der Weise verbunden werden, daß der Nießbraucher nach der Anordnung des Erblassers für die Dauer des Nießbrauchs zugleich die Stellung eines Testamentsvollstreckers erhält (**RG** 16, 310). Die Zuwendung eines „kautionsfreien“ Nießbrauchs kann dahin auszulegen sein, daß der Nießbraucher auch von sonstigen Versicherungen, von der Hinterlegungsspflicht usw. befreit sein soll (**RG** 2. 5. 1912 IV 366/11). Im übrigen ist wegen des Rechts zur freien Verwaltung auch auf § 1076 A 1 a. E. zu verweisen.

3. Eine von dem Nießbrauch verschiedene rechtliche Natur hat das gesetzlich dem Ehemann nach §§ 1373ff. und dem Gewalthaber nach §§ 1649ff. zustehende **Nutznießungsrecht**. Hier ist das familienrechtliche Verwaltungsrecht und das Nießbrauchsrecht zu einer rechtlichen Einheit verschmolzen, und zwar in der Weise, daß das sachenrechtliche Verhältnis hinter dem familienrechtlichen zurücktritt. Die Nutznießung besteht an den einzelnen Gegenständen immer nur so lange, als sie jeweils zum eingebrachten Gut oder zum unstreifen Rindesvermögen gehören. Das Nutznießungsrecht kann ferner nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Es wirkt aber wie ein dingliches Recht gegen jeden Dritten. Die einzelnen Unterschiede zwischen dem Nutznießungsrecht und dem Nießbrauch sind namentlich in **RG JW** 1909, 145⁵¹ beleuchtet. — Für das an einen Nießbrauch erinnernde Pfändrecht sind durch Art 80 Abs 2 **EG** die landesgesetzlichen Vor-

Schriften aufrechterhalten. Das Nutzungsrecht des Leibgedinges ist in § 1030 A 6 erörtert. Dieses Nutzungsrecht kann auch als ein schuldrechtliches begründet werden. Nach PrALLR war der Preis der dinglichen Nutzungsrechte nicht beschränkt. Rechte an fremdem Eigentum (I 19) konnten vielmehr in der verschiedensten Art und mit frei gewähltem Umfang begründet werden, und zwar auch als vererbliche und veräußerliche Rechte, soweit nicht für besondere Fälle, wie z. B. für die nur zur Notdurft einer bestimmten Person oder Sache bewilligten Rechte (I 19 § 22) oder für den Nießbrauch (I 21 §§ 110, 176), Ausnahmebestimmungen entgegenstanden (I 19 § 23). Zu solchen dinglichen Nutzungsrechten gehörte auch ein Nutzungsrecht an fremdem Acker zugunsten der jeweiligen Eigentümer bestimmter Grundstücke, der Angehörigen einer aus den beteiligten Acker- und Wossätenhöfen bestehenden Realgemeinde (MG Bruch 68, 342). Wegen des Bestehenbleibens eines solchen Nutzungsrechts auch nach dem Inkrafttreten des BGB gilt das in Bem 4 für den Nießbrauch Dargelegte.

4. Übergangsvorschriften. Ein vor dem Inkrafttreten des BGB begründeter Nießbrauch bleibt nach Art 184 GG mit dem aus den bisherigen Gesetzen sich ergebenden Inhalt und Rang bestehen. Auch nach dem Inkrafttreten des BGB blieben bis zur Anlegung des Grundbuchs für den Nießbrauch an Grundstücken die bisherigen Gesetze in Geltung (Art 189 GG). Ein Nießbrauch kann aber nur noch mit dem nach dem BGB zulässigen Inhalt, also nicht mehr als ein vererbliches oder übertragbares Recht begründet werden. Auch Änderungen des Inhalts eines früheren Nießbrauchsrechts sind seit dem Inkrafttreten des BGB nur noch insoweit zulässig, als ein solcher Inhalt nach neuem Recht anerkannt wird. Ein unter der Herrschaft des früheren Rechts erloschener Nießbrauch bleibt für immer erloschen. Die beim Inkrafttreten des BGB noch nicht vollendete Erziehung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache regeln die Artt 185, 169 GG. Was den räumlichen Geltungsbereich betrifft, so entscheidet, falls es sich nicht um Sachen handelt, die nur vorübergehend im Inlande sich befinden, das jeweilige Recht der belegen Sache. Für den Erwerb des Nießbrauchs ist das Recht des Ortes maßgebend, an dem die Sache zu dieser Zeit sich befindet. Der Grundstücksnießbrauch ist nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem das Grundstück liegt (MG HRN 1930 Nr. 2066). Der Nießbrauch an einer Forderung bestimmt sich nach dem für die Forderung maßgebenden Recht. Die Haftung des Nießbrauchers für die Schulden bei einem Vermögensnießbrauch ist nach dem Recht des Nießbrauchbestellers zu beurteilen (str.).

[5. Im österreichischen Recht entspricht die Fruchtnießung (§§ 509ff. OABGB) im wesentlichen dem Nießbrauch des BGB. Daneben gibt es aber noch ein besonderes Gebrauchsrecht (§§ 504ff. OABGB) dahin, eine Sache nur zu seinem eigenen Bedürfnisse zu benutzen. Dieser Gebrauch kann nicht einmal der Ausübung nach anderen überlassen werden. Die Erhaltung der Sache und Tragung der Lasten obliegt hier dem Eigentümer, soweit das diesem aus den ihm verbleibenden Nutzungen möglich ist. Dieses Gebrauchsrecht kommt namentlich als Wohnungsrecht vor (§ 521 OABGB), doch gibt es auch Fruchtnießung an Wohnungen. Das Gebrauchsrecht kann nur an Sachen bestellt werden, die sich in Österreich oder dem Sudetenland befinden, aber auch zugunsten von Personen, die ihren Aufenthalt im alten Reichsgebiet haben oder dem BGB als Personalstatut unterstehen. (Bei § 1e.)]

I. Nießbrauch an Sachen

§ 1030

Eine Sache ¹⁾ kann in der Weise belastet ²⁾ werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten ³⁾ die Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Sache ⁴⁾ zu ziehen ⁵⁾ (Nießbrauch).

Der Nießbrauch kann durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden ⁶⁾.

§ I 980 II 940; R 3 493, 494; B 3 383, 384.

1. Die §§ 1030—1067 handeln von dem Nießbrauch an Sachen. Gegenstand des Nießbrauchs kann jede Sache sein, die Nutzungen gewährt. Unter dieser Voraussetzung können Gegenstand des Nießbrauchs bewegliche und unbewegliche Sachen sein. Zu den letzteren gehören Grundstücke und diesen gleichgestellte Berechtigungen (Vorbem 4 vor § 873), namentlich auch das Erbbaurecht. Dem Nießbrauch unterliegt die Sache in derselben Ausdehnung, in der daran Eigentum besteht. Soweit nach den Grundsätzen über das Nachbarrecht, über Verbindung, Vermischung, Verarbeitung das Eigentum reicht, soweit reicht auch das Nießbrauchsrecht. Der Nießbrauch ergreift die wesentlichen Bestandteile der Sache unbeding, die unwesentlichen Bestandteile unter der Voraussetzung, daß sie nicht im Eigentum eines anderen als des Eigentümers der Sache stehen (§§ 93—95). Werden Bestandteile, die nicht zu den Früchten zu rechnen sind (§ 1039 A 1), von der Sache getrennt, so besteht der Nießbrauch daran fort. Als Bestandteile eines Grund-

stücks sind nach § 96 auch die mit dem Eigentum an dem Grundstück verbundenen Rechte anzusehen (subjektiv-dingliche Reallasten, Rentenrechte wegen eines Überbaus oder eines Motivegs nach §§ 912—918, mit dem Grundstück verbundene Gerechtigkeiten). Der Nießbrauch an dem Grundstück erstreckt sich deshalb auch auf diese Rechte, soweit an ihnen überhaupt ein Nießbrauch stattfindet (§§ 1068 A 1, 1069 A 1). Die Erstreckung tritt ein, ohne daß es der sonst für den Erwerb des Nießbrauchs an diesen Rechten vorgeschriebenen besonderen Form bedarf. Wird ein Grundstück nach § 890 Abs 2 einem anderen Grundstück als Bestandteil zugeschrieben, so hat das nicht die Wirkung, daß der Nießbrauch an diesem Grundstück auch das zugeschriebene Grundstück umfaßt (str.). Wegen der Zubehörstücke s. § 1031. Da der Nießbrauch sich als ein teilbares Recht darstellt, ist er auch an dem Bruchteil einer Sache zulässig. Abweichend von den für Reallasten, Vorkaufrechte, Hypotheken und Grundschulden gegebenen Vorschriften braucht der Bruchteil nicht in dem Anteil eines Miteigentümers zu bestehen (RM 16, 295). Gegenstand des Nießbrauchs kann auch ein Bergwerk sein. Der Nießbraucher am Bergwerk ist aber nicht „Bergwerksbesitzer“ im Sinne des § 148 PrAllgBergG v. 24. 6. 1865, der alle durch den Bergbaubetrieb entstandenen Grundstückschäden zu tragen hat (RG JW 1920, 834^a). Ein an mehreren Sachen, insbesondere mehreren selbständigen Grundstücken gleichzeitig bestellter Nießbrauch ist kein einheitliches Recht, sondern eine Mehrheit von Einzelrechten (RGZ 43, 347).

2. Die **Verlastung** mit dem Nießbrauch erfolgt bei einem Grundstück durch Einigung des Eigentümers mit dem Begünstigten und Eintragung in das Grundbuch (§ 873) oder durch Bucherfüzung (§ 900 Abs 2). An beweglichen Sachen wird der Nießbrauch begründet entweder durch Einigung und Übergabe der Sache in der übereinstimmenden Absicht der Beteiligten, daß dem Empfänger an der Sache der Nießbrauch zustehen soll (§ 1032), oder durch Erfüzung (§ 1033). Bei der Begründung durch Einigung und Übergabe sind die Vorschriften über den Eigentumserwerb (§§ 930 f., 1032), auch die Bestimmungen über den Erwerb auf Grund des guten Glaubens (§§ 932 ff., 1032), entsprechend anzuwenden. Ein Nießbrauch kann auch unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung bestellt werden (DVG 31 S. 296, 339). Bei land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücken von gewisser Größe ist nach der GrundstVerfBef. v. 15. 3. 1918 / 26. 1. 1937 zur Bestimmung des Nießbrauchs behördliche Genehmigung erforderlich. Für Erbhöfe (Vorbem 1 vor § 873) gilt § 37 ErbhöfG (§ 903 A 3 letzter Absatz).

3. **Nießbrauchberechtigt** können mehrere nach Bruchteilen sein (RM 16, 295; RGZ 49, 161). Es ist auch zulässig, einer Einzelperson von vornherein einen Bruchteilnießbrauch am ganzen Grundstück zu bestellen (JFG 13, 447; § 1031 A 1). Der Nießbrauch kann auch für mehrere Personen als Gesamtberechtigte im Sinne des § 428 bestellt und eingetragen werden (JW 1933, 702^a). Ergibt bei einem Grundstücksnießbrauch mehrerer Personen im Einzelfalle weder die Grundbucheintragung noch die darin in bezug genommene Eintragungsbewilligung eine ausdrückliche Festlegung des Rechtsverhältnisses zwischen den Berechtigten, so darf der Richter zur Ermittlung dieses Verhältnisses im Wege der Auslegung den wirtschaftlichen Anlaß der Nießbrauchbestellung heranziehen (RG HR 1937 Nr 1443).

4. **Nutzungen der Sache** sind nach § 100 die natürlichen und bürgerlichen Früchte (§ 99) und die Vorteile, die der Gebrauch der Sache gewährt. Nicht notwendig ist also, daß die Sache Früchte abwirft oder wenigstens zur Fruchtziehung geeignet ist. Es genügt auch, wenn die Sache Gebrauchsvorteile gewährt.

5. Aus dem **Recht zum Ziehen der Nutzungen** ergibt sich, daß der Nutznießer die Nutzungen aus eigenem Recht erwirbt (RG 68, 13; DVG 26, 89). Die natürlichen Früchte erwirbt er der Regel nach und jedenfalls, wenn er sich im unmittelbaren Besitz befindet, durch die Trennung (§§ 954 ff.), die bürgerlichen (z. B. Mietzinsen) so, daß er als Gläubiger die Beträge bezieht (§ 1039 A 4). Trotzdem kann er Mietzinsen wegen seiner Forderungen gegen den Eigentümer auch noch für sich pfänden lassen (RG 64, 420; 86, 135). Eine Abtretung des Eigentümers ist aber unwirksam (RG 80, 316). Die Rechtsbefehle bei Pfändungen von Mietzinsen durch Dritte, insbesondere Hypothekengläubiger, und das Rangverhältnis hierbei werden in § 1124 A 5 erörtert. — Auf die **an Stelle der Sache tretenden Ersatzansprüche des Eigentümers** erstreckt sich der Nießbrauch regelmäßig nicht. Geht die Nießbrauchsache unter, so ist der Nießbrauch erloschen (§ 1061 A 3). Der Anspruch, welcher dem Eigentümer gegen den Dritten wegen der Zerstörung der Sache zusteht, ist dem Nießbrauch nicht unterworfen, ebensowenig der Anspruch wegen einer Beschädigung. Soweit aber der Nießbraucher durch die Zerstörung oder Beschädigung einen Schaden erlitten hat, steht ihm ein selbständiger Anspruch auf Ersatz dieses Schadens zu. Wegen dieses Rechts und wegen des Anspruchs, daß der für eine Beschädigung dem Eigentümer gezahlte Schadenersatz zur Wiederherstellung der Sache verwendet wird, ist auf § 1065 A 2 zu verweisen. Besondere Grundsätze gelten für das Recht des Nießbrauchers an der Versicherungssumme (§ 1046 A 1). Wird die Nießbrauchsache enteignet, so tritt nach Maßgabe der landesrechtlichen Vorschriften (Artt 52, 53, 109 EG) an Stelle der Sache die Entschädigungssumme. Sie darf, soweit der Nießbraucher entschädigungsberechtigt ist, nicht ohne dessen Zustimmung ausbezahlt, sondern muß hinterlegt werden. Der Schaden des Nießbrauchers darf übrigens nicht ohne weiteres den Zinsen der Entschädigungssumme gleichgestellt werden, sondern kann einen größeren oder geringeren Betrag

ausmachen. Ist die Nießbrauchsache mit Zustimmung des Nießbrauchers veräußert worden, so wird die Erteilung der Zustimmung regelmäßig in dem Sinne auszulegen sein, daß der Nießbraucher das Recht behält, die Einräumung des Nießbrauchs am Erlöse zu verlangen. Bei der Einziehung einer Forderung durch den Nießbraucher tritt der Nießbrauch an dem geleisteten Gegenstand an die Stelle des Nießbrauchs an der Forderung (§ 1075). Die Auseinandersetzung beim Nießbrauch am Anteil eines Miteigentümers behandelt § 1066 A 3.

6. Der Nießbrauch umfaßt grundsätzlich alle Nutzungen der Sache. Das schließt jedoch nicht aus, daß **einzelne Nutzungen** von dem Recht des Nießbrauchers **ausgenommen** werden können oder sein Nutzungsrecht sonst in einzelnen Beziehungen beschränkt werden kann. Die Beschränkung kann sowohl bei der Bestellung als auch später eintreten (§ 1213 A 1). Das Recht auf einzelne Nutzungen kann aber nur als ein schuldrechtliches oder, wenn es sich um die Nutzungen eines Grundstücks handelt, als persönliche Dienstbarkeit (§ 1090) oder auch, sofern der Verpflichtete bestimmte wiederkehrende Nutzungen zu gewähren hat, als Reallast bestellt werden (DZ 2, 120; 6, 121). Die Natur einer persönlichen Dienstbarkeit oder Reallast haben auch die im Leihgedingsvertrage dem Auszügler eingeräumten Grundstücksnutzungsrechte. — Eine Änderung des Nießbrauchs ist auch insoweit zulässig, als die aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis entspringenden Verpflichtungen des Nießbrauchers beschränkt oder erweitert werden können. Eine Beschränkung ist jedoch nur soweit gestattet, daß das Recht des Eigentümers an der Substanz der Sache nicht entwertet wird. Das Recht des Eigentümers auf wirtschaftliche Verwaltung und auf Sicherheitsleistung (§§ 1036 a. E., 1051, 1054) kann also nicht allgemein wegbedungen werden. Dem Nießbraucher kann auch ein Recht auf die im Übermaß gezogenen Früchte (§ 1039) nicht uneingeschränkt eingeräumt werden. — Ein Nießbrauch kann auch als Ersatz der Antichrese (Nutzungspfandrecht: § 873 A 6) zu Sicherungszwecken für eine Forderung bestellt werden, insbesondere neben einer Hypothek an dem belasteten Grundstück (RG 67, 378; 106, 111; DZ 26, 89). Er dient dann der allmählichen Tilgung der Forderung aus den Nutzungen, namentlich aus den Mietzinsen (RG JW 1911, 97; RZ 3, 214; RGZ 34, 263). Dabei kann die als auflösende Bedingung zu erachtende Abrede des Erlöschens des Nießbrauchs bei Tilgung der Forderung oder Hypothek getroffen werden (RG 106, 111; RGZ 25, 290; 34, 263). Fehlt eine solche Abrede, so ist der Nießbraucher immerhin schuldrechtlich verpflichtet, den Nießbrauch nach erfolgter Tilgung der Forderung (Hypothek) aufzugeben (DZ 15, 370; 18, 150).

§ 1031

Mit dem Nießbrauch an einem Grundstück¹⁾ erlangt der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Zubehör²⁾ nach den für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften des § 926³⁾.

© II 941; P 3 385, 387, 388.

1. Zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstück bedarf es nach den allgemeinen Vorschriften in den §§ 873 ff. der Eintragung zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber sowie der Eintragung. Bei Grundstücken ist nicht nur ein voller Nießbrauch an einem Grundstücksbruchteil (§ 1066), sondern auch ein Bruchteilnießbrauch am ganzen Grundstück zulässig (JW 13, 447; § 1030 A 3). Der Eintragung bedürfen auch die Vereinbarungen über den Inhalt des Nießbrauchsrechts (§ 1030 A 3). Ohne Eintragung würden diese Vereinbarungen nur schuldrechtlich zwischen den Vertragsparteien gelten, aber keine den Eigentümer dinglich belastende Wirkung haben können. Nach § 874 genügt es, daß zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts bei der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird. Dem Nießbraucher kommt nach § 892 der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugute, und zwar auch hinsichtlich der im Grundbuch eingetragenen Grundstücksfläche (§ 891 A 3). Zur Bestellung des Nießbrauchs an einem zum Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft bestimmten Grundstück von gewisser Größe wird nach der GrundstVerf. v. 15. 3. 1918/26. 1. 1937 im volkswirtschaftlichen Interesse die Genehmigung der Verwaltungsbehörde gefordert. Für Erbhöfe gilt § 37 ErbHG (§ 1030 A 2).

2. Die **Zubehöreeigenschaft** (§§ 97, 98) ist nicht bloß für das Recht der Schuldverhältnisse (vgl. § 314), sondern auch für das Sachenrecht von Bedeutung. Durch die Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstück wird zugleich der Nießbrauch an dem zur Zeit des Erwerbs des Nießbrauchs vorhandenen Zubehör, soweit es dem Besteller gehört, erlangt, ohne daß die für bewegliche Sachen erforderliche Form der Übergabe (§ 1032) erfüllt zu werden braucht. Über das Grundstücksinventar enthält § 1048 besondere Vorschriften.

3. Vorausgesetzt ist, daß der Nießbrauch am Zubehör dem Vertragswillen der Parteien entspricht. Dies ist nach der angezogenen **Bestimmung des § 926** im Zweifel anzunehmen. Ist wegen des Nießbrauchs am Zubehör in dem der Bestellung des Nießbrauchs zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrag oder in der den Nießbrauch anordnenden Verfügung von **Weder** wegen einer besondern Bestimmung getroffen, so darf davon ausgegangen werden, daß die Parteien bei der Bestellung des Nießbrauchs von dieser Bestimmung nicht haben abweichen wollen. Was der Be-

steller nicht Eigentümer der Zubehörstücke, sollte aber der Nießbrauch sich nach der Einigung auch auf sie erstrecken, so finden auf den Erwerb des Nießbrauchs an ihnen die §§ 932—936 entsprechende Anwendung (§ 926 Abs 2). Der Nießbrauch an ihnen kann also, sofern es sich nicht um abhanden gekommene Sachen handelt, durch gutgläubige Besitzergreifung erlangt werden.

§ 1032

Zur Bestellung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß diesem der Nießbrauch zustehen soll¹⁾. Die Vorschriften des § 929 Satz 2 und der §§ 930 bis 936 finden entsprechende Anwendung²⁾; in den Fällen des § 936 tritt nur die Wirkung³⁾ ein, daß der Nießbrauch dem Rechte des Dritten vorgeht⁴⁾.

§ I 983 II 942; W 3 495, 496; P 3 385ff.

1. Zur Bestellung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache ist außer der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber des Nießbrauchs die Übergabe erforderlich, sofern der Erwerber sich nicht bereits im Besitz der Sache befindet (§ 929 Satz 2). Der Nießbrauch kann unter einer Zeitbestimmung oder unter einer Bedingung bestellt werden (DZG 31 S 296, 339). Zulässig ist deshalb die Bestellung auch in der Weise, daß der Nießbrauch erst mit dem Tode des Bestellers wirksam werden soll (DZG 12, 131; 29, 238). Wenn Eltern ihrem minderjährigen Kinde bewegliche Sachen übereignen, sich aber den Nießbrauch daran vorbehalten, so ist zum Abschluß dieses Geschäfts die Bestellung eines Pflegers für das Kind und dessen Einwilligung nicht erforderlich (RG 148, 321).

2. Der Besitzübergabe steht es nach den für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften der §§ 930 u. 931 gleich, wenn dem Erwerber nur der mittelbare Besitz verschafft wird oder wenn ihm der Anspruch auf Herausgabe gegen den im Besitz der Sache befindlichen Dritten abgetreten wird. Im letzteren Falle behält zwar auch der Eigentümer der Nießbrauchsache noch einen eigenen, auf das Eigentum gestützten Anspruch auf Herausgabe der Sache. Er kann aber die Herausgabe nur noch an den Nießbraucher verlangen. Ist der Besteller nicht Eigentümer, so kommen die Vorschriften der §§ 932—935 zur entsprechenden Anwendung. Der Erwerber, dem der Besitz von dem Besteller, wenn auch nur durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den für ihn besitzenden Dritten, oder auf Anweisung des Bestellers von dem nicht für ihn besitzenden Dritten eingeräumt wird, ist durch den guten Glauben an die Rechtmäßigkeit des Besizes geschützt, falls seine Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht. Die Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers finden aber keine Anwendung, wenn es sich — abgesehen von Geld, Inhaberpapieren und öffentlich versteigerten Sachen — um solche Sachen handelt, die dem Eigentümer wider Willen aus dem Besitz gekommen sind. Nicht hierunter fallen veruntreute Sachen, deren Besitz der Eigentümer freiwillig einem anderen überlassen hatte (RG 54, 68; den anders liegenden Fall der Veruntreuung durch den Besitzdiener behandelt RG 71, 248).

3. Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten, z. B. einem Pfandrechte oder einem Nießbrauch, belastet (§ 936), so hat der gutgläubige Erwerb (A 2) zur Folge, daß diese Rechte zwar nicht erlöschen, wohl aber im Range hinter den neu bestellten Nießbrauch zurücktreten. Ist der Erwerber hinsichtlich des Rechts des Dritten nicht in gutem Glauben, so muß er das Recht gegen sich gelten lassen, so daß sein Nießbrauch dem Recht des Dritten im Range nachsteht.

4. Die Zubehörstücke einer beweglichen Sache müssen, damit der Nießbrauch daran erlangt wird, ebenso wie die Hauptsache übergeben werden. War der Besteller des Nießbrauchs nicht Eigentümer des Zubehörs, so bedarf es zum Erwerb des Nießbrauchs nach den in A 2 dargestellten Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers auch dann, wenn es sich um Zubehörstücke eines Grundstücks handelt, stets der Besitzerlangung.

§ 1033

Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache kann durch Ersitzung erworben werden. Die für den Erwerb des Eigentums durch Ersitzung geltenden Vorschriften finden entsprechende Anwendung¹⁾.

§ I 943; P 3 385ff.

1. Die Ersitzung des Nießbrauchs regelt sich nach den Vorschriften, die für die Ersitzung des Eigentums in den §§ 937—945 gegeben sind. Sie ist für solche Fälle ein Bedürfnis, in denen der Nießbraucher die Rechte aus gutgläubigem Erwerb (§ 1032 A 2) nicht in Anspruch nehmen kann, weil sein guter Glaube auf grober Fahrlässigkeit beruhte oder weil es sich um abhanden gekommene Sachen handelt (§§ 932 Abs 2, 935). Zur Ersitzung genügt auch der mittelbare Besitz. Die

Erkizungszeit des als Eigentümer Besizenden, der während dieser Besizzeit gutgläubig war, kann der Erkizungszeit des Nießbrauchers, der sein Recht von jenem ableitet, hinzugerechnet werden (§ 943). Ist die Sache mit dem Recht eines Dritten belastet (§ 1032 A 3), so erlischt dieses Recht durch die Erkizung des Nießbrauchs nicht, tritt aber, entsprechend den Ausführungen in § 1032 A 3, im Range hinter den Nießbrauch zurück.

§ 1034

Der Nießbraucher kann den Zustand der Sache auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen¹⁾. Das gleiche Recht steht dem Eigentümer²⁾ zu³⁾.

§ I 992 II 944; M 3 508, 507; R 3 394, 457; 4 592ff., 608.

1. Für die Rückgabe der Sache nach Beendigung des Nießbrauchs ist es von Bedeutung, in welchem Zustand die Sache sich bei Beginn des Nießbrauchs befand (§ 1055 A 2). Deshalb ist sowohl dem Nießbraucher als auch dem Eigentümer das Recht gegeben, den Zustand der Sache durch Sachverständige nach den Vorschriften über das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 164, 15, 19 FGG) feststellen zu lassen. Der Nießbraucher hat die zu diesem Zweck erforderliche Besichtigung zu dulden. Der Gegner des Antragstellers ist nach § 164 Abs 3 FGG im Verfahren tunlichst zu hören, nach dem Sinne dieser Vorschrift auch bei der Besichtigung zuzuziehen. Die Verfügung des Amtsgerichts, die dem Antrag ablehnende Verfügung. Durch die Besichtigung soll möglichst der Zustand zur Zeit des Beginns des Nießbrauchs festgestellt werden. Die Feststellung braucht aber nicht gleich nach Beginn des Nießbrauchs beantragt zu werden. Auch eine Feststellung in späterer Zeit ist nicht bedeutungslos, da hieraus immerhin Schlüsse auf die frühere Beschaffenheit der Sache gezogen werden können.

2. Das Recht auf Feststellung des Zustandes steht nicht dem Besteller (der nicht Eigentümer zu sein braucht) und ihm gegenüber, sondern dem Eigentümer und diesem gegenüber zu. Dem Nießbraucher kommt jedoch § 1058 zugute, wonach ihm gegenüber der Besteller als Eigentümer gilt, sofern er nicht weiß, daß der Besteller nicht Eigentümer ist.

3. Da § 1034 die Beteiligten auf den Weg der Feststellung durch Sachverständige verweist, ist weder der Nießbraucher noch der Eigentümer berechtigt, von dem anderen Teile eine Bescheinigung über die Beschaffenheit der Sache zur Zeit der Hingabe zu verlangen. Keiner von beiden kann auch beanspruchen, daß der andere, der die Ausstellung einer solchen Bescheinigung verweigert, die Kosten der Feststellung trage. Andererseits wird dadurch, daß der Nießbraucher oder der Eigentümer eine Bescheinigung über die Beschaffenheit der Sache gibt, dem anderen Teile nicht das Recht genommen, den Zustand der Sache auf seine Kosten feststellen zu lassen.

§ 1035

Bei dem Nießbrauch an einem Inbegriffe von Sachen sind der Nießbraucher und der Eigentümer einander verpflichtet, zur Aufnahme eines Verzeichnisses der Sachen mitzuwirken¹⁾. Das Verzeichnis ist mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu versehen und von beiden Teilen zu unterzeichnen; jeder Teil kann verlangen, daß die Unterzeichnung öffentlich beglaubigt wird²⁾. Jeder Teil kann auch verlangen, daß das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird. Die Kosten hat derjenige zu tragen und vorzuschießen, welcher die Aufnahme oder die Beglaubigung verlangt³⁾.

§ I 993, 1042 II 945; M 3 508, 565; R 3 394ff.; 4 607ff., 759.

1. Besteht der Nießbrauch an einem Inbegriff, d. h. an einer Mehrheit von Sachen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden (z. B. Büchersammlung, Warenlager, Betriebseinrichtung), so kann sowohl der Nießbraucher als auch der Eigentümer von dem anderen Teile fordern, daß dieser zur Aufnahme eines Verzeichnisses der Sachen mitwirkt. Der Anspruch ist klagbar. Das Urteil wird nach § 888 ZPO vollstreckt. Zur Erfüllung des Anspruchs gehört auch, daß jeder Teil die Richtigkeit des unter seiner Mitwirkung aufzunehmenden Verzeichnisses durch seine Unterschrift anerkennt. Eine dem Gesetz entsprechende Mitwirkung verlangt, daß beide Teile persönlich zusammenkommen oder Bevollmächtigte entsenden und daß der Nießbraucher den in seinen Händen befindlichen Inbegriff in seinen einzelnen Bestandteilen nachweist (RG 126, 106). Das Verlangen kann nicht bloß sogleich nach der Begründung des Nießbrauchs, sondern auch später gestellt werden. Die Feststellung ist, soweit dies noch möglich ist, auf den Zustand zur Zeit des Beginns des Nießbrauchs zu richten. Das Anerkenntnis der Richtigkeit des Verzeichnisses hat Beweiswert, aber keine rechtsgeschäftliche Bedeutung. Wird die Ausstellung des Anerkenntnisses verweigert oder

das Anerkenntnis nur mit Vorbehalt erteilt, so kann dies dem anderen Teile Veranlassung geben, eine amtliche Aufnahme des Verzeichnisses zu beantragen oder eine Klage auf Feststellung des streitigen Zustandes zu erheben. Zu diesem Verlangen ist übrigens nach Satz 3 jeder Teil auch ohne das Vorliegen jener Voraussetzungen berechtigt (A 3). — Die Vorschriften des § 1035 finden auch dann Anwendung, wenn der Nießbrauch an einem Vermögen bestellt ist, wenn also die zu verschiedenen wirtschaftlichen Gruppen gehörigen Gegenstände zu der rechtlichen Einheit des Vermögens zusammengefaßt sind. Auch bei dem Nießbrauch an einem Bruchteil des Inbegriffs oder Vermögens kann die Anwendbarkeit des § 1035 keinem Zweifel unterliegen. Die Bestimmung ist aber nicht auszudehnen auf den Fall, daß beliebige Gegenstände zu einer vertragsmäßigen Einheit zusammengefaßt werden (str.). Nach § 1372 Abs 1 findet § 1035 auch Anwendung auf die Aufnahme eines Verzeichnisses über den Bestand des eingebrachten Gutes der Ehefrau, dessen Feststellung durch die Aufnahme des Verzeichnisses jeder Ehegatte verlangen kann.

2. Über die **Einrichtung des Verzeichnisses** ist nur vorgeschrieben, daß der Tag der Aufnahme anzugeben ist. Nicht vorgeschrieben ist die Angabe des Wertes. Es entspricht aber dem Zweck des Verzeichnisses, daß es je nach der Wichtigkeit der Sachen eine tüchtigste genaue Beschreibung ihrer Beschaffenheit enthält. Die unter dem Verzeichnis abzugebende Unterschrift muß auf Verlangen des Antragstellers öffentlich beglaubigt werden (§ 129).

3. Die **amtliche Aufnahme des Verzeichnisses** kann selbst dann verlangt werden, wenn die Nichtigkeit des Privatverzeichnisses von dem anderen Teile ohne Einschränkung anerkannt ist (A 1). Die Stellung dieses Antrags ist nicht davon abhängig, daß die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Verzeichnisses sich herausgestellt hat oder Streitigkeiten hierüber entstanden sind. Die **Kosten des Verzeichnisses** hat der Antragsteller zu tragen. Der Antragsgegner kann aber für seine Mitwirkung bei der Aufnahme keine Vergütung beanspruchen.

§ 1036

Der Nießbraucher ist zum Besitze der Sache berechtigt¹⁾.

Er hat bei der Ausübung des Nutzungsrechts die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten²⁾ und nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren³⁾ 4).

§ I 984, 991, 994 Satz 1 II 946; W 3 496, 497, 504, 505, 508; P 3 387, 492.

1. Das **Recht des Nießbrauchers auf den Besitz**, das § 1036 Abs 1 ausdrücklich für das Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer bestimmt, folgt schon aus der dinglichen Natur des Nießbrauchs. Das Besitzrecht, dessen der Nießbraucher bedarf, um die zur Ziehung der Nutzungen erforderlichen Handlungen vornehmen zu können, ist so wesentlich, daß ohne dieses Recht ein dinglicher Nießbrauch nicht bestehen kann. Eine Vereinbarung, daß dem Nießbraucher der Besitz nicht zustehen soll, würde das Nießbrauchsrecht ausschließen (str.). Dem Nießbraucher steht der unmittelbare Besitz zu. Der mittelbare Besitz verbleibt (trotz der Regel des § 1055 Abs 1) dem Besteller, auch wenn er nicht der Eigentümer ist. Beschafft der Nießbraucher Ersatzstücke (§ 1048 A 1), so erlangt der Besteller an ihnen den mittelbaren Besitz. Der Eigentümer, der nicht der Besteller ist, kann sich wegen der Überlassung des mittelbaren Besitzes, wenn der Nießbrauch rechtswirksam erworben ist, nur an den Besteller halten. Als mittelbarer Besitzer darf der Besteller den Besitz zwar nicht wider den Willen des Nießbrauchers ausüben. Wenn der Besteller aber in Ausübung seines Aufsichtsrechts zum Betreten des Grundstücks, zur Besichtigung der Nießbrauchssache oder zu ähnlichen Maßnahmen veranlaßt ist, so kann er verlangen, daß ihm die hierzu erforderliche Besitzausübung gestattet wird. Beim Nießbrauch an Inhaber- und Orderpapieren besteht ein Mitbesitz des Eigentümers und Nießbrauchers (§ 1081). Sonst ist ein solcher Mitbesitz nur ausnahmsweise zulässig, z. B. beim Nießbrauch an einem Bruchteil der Sache und in dem Falle, daß die dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen eingeschränkt sind (§ 1030 A 3).

2. Die Ausübung des Nießbrauchs ist durch Abs 2 dahin beschränkt, daß die **wirtschaftliche Bestimmung**, welche die Sache nach dem Willen des Eigentümers bei der Begründung des Nießbrauchs hatte, **aufrechtzuerhalten** werden muß. Diese Vorschrift ist namentlich für die Bewirtschaftung von Grundstücken von Bedeutung (RG 80, 229). Der wirtschaftliche Betrieb darf nicht so verändert werden, daß der Gesamtcharakter der Wirtschaft ein anderer wird. Kleinere Veränderungen im Betriebe, z. B. eine Ausdehnung der Ackerwirtschaft oder Waldwirtschaft, sind dem Nießbraucher gestattet. Selbstverständlich ist ihm auch die Anwendung vervollkommener Wirtschaftsweise nicht verwehrt. Ebenjowenig ist er gehindert, bisher vom Eigentümer selbst bewirtschaftete Grundstücke fortan zu verpachten. Bewegliche Sachen, die der Eigentümer für sich zu benutzen pflegte, darf der Nießbraucher aber nicht durch generbsmäßige Verleihung verwerten. Beruht der Nießbrauch auf einer Verfügung von Todes wegen, so ist in erster Linie darauf zu sehen, ob nach dem Willen des Erblassers dem Nießbraucher (z. B. wenn er mit

Kenntnis des Erblassers aus der Verleihung solcher Sachen ein Geschäft macht) weitergehende Befugnisse zustehen sollen. Zu prüfen bleibt auch, ob die Sache als eine verbrauchbare im Sinne des § 92 anzusehen ist; denn dann geht das Eigentum auf den Nießbraucher über (§ 1067).

3. Abs 2 enthält ferner den wichtigen Grundsatz, daß der Nießbraucher bei der Ausübung des Nutzungsrechts nach den **Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft** zu verfahren hat. Er kann zwar auf die Ausübung des Nießbrauchs gänzlich verzichten und sich dadurch von allen Pflichten frei machen. Solange er dies aber nicht tut, ist er an die aus jenem Grundsatz sich ergebenden Beschränkungen gebunden. Danach ist er nicht nur zu Unterlassungen, sondern auch zu Handlungen verpflichtet, soweit dies zur Erhaltung der Sache im guten Stande nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft geboten ist. Eine schuldhaftige Verletzung dieser Pflichten macht ihn nach § 276 Schadensersatzpflichtig. Zu vertreten ist jede Fahrlässigkeit, falls nicht die Haftung vertragsmäßig auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist. Eine solche Beschränkung ist anzunehmen, wenn bei einer schenkungsweisen Übertragung des Eigentums der Übertragende sich den Nießbrauch vorbehalten hat. Die Zeit der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs behandelt § 1057 A 2.

4. Die Vorschriften des § 1036 Abs 2 und die weiteren Vorschriften über schuldrechtliche Beschränkungen und Verpflichtungen des Nießbrauchers betreffen nur das **Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer**, nicht das Verhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller. Doch werden nach dem Willen der Parteien im Zweifel auch für das Rechtsverhältnis zum Besteller dieselben Grundsätze anwendbar sein. Eine Abänderung durch Parteivereinbarung ist zulässig (§ 1030 A 3, § 1031 A 1). Nur können natürlich durch Vereinbarung zwischen dem Besteller und dem Nießbraucher die Rechte des Eigentümers nicht beeinträchtigt werden.

§ 1037

Der Nießbraucher ist nicht berechtigt, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern¹⁾.

Der Nießbraucher eines Grundstücks darf neue Anlagen zur Gewinnung von Steinen, Kies, Sand, Lehm, Ton, Mergel, Torf und sonstigen Bodenbestandteilen errichten, sofern nicht die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks dadurch wesentlich verändert wird²⁾.

§ 1 989 Abs 1 Satz 1, 994 Satz 2, 995 II 947; B 3 502, 503, 508; B 3 391, 392; 4 597.

1. Der Ausübung des Nutzungsrechts ist durch § 1037 eine über § 1036 Abs 2 hinausgehende Schranke dadurch gezogen, daß die Sache in ihrer körperlichen Beschaffenheit **weder umgestaltet noch wesentlich verändert** werden darf. Der Nießbraucher darf nicht zur Erzielung größerer Nutzungen die Sache zu einer wesentlich andersartigen gestalten, z. B. nicht ein Ackergrundstück in einen Steinbruch oder in einen Teich oder in Bauland umwandeln, nicht einem Kleidungsstück oder einem Gebrauchsgegenstand eine den Gebrauchszweck in wesentlichen Beziehungen ändernde Gestalt geben. Auch hier ist aber die Ausnahme zuzulassen, daß kleinere, für den Gesamtcharakter der Sache unerhebliche Änderungen nicht verboten sind, insbesondere solche Änderungen, die zur Hebung des Ertrags nach den Grundsätzen verständiger Wirtschaftsführung gerechtfertigt sind (z. B. die Einrichtung einer Kanalisation). Hierüber kann nur nach Lage des einzelnen Falles unter billiger Abwägung der Interessen des Eigentümers und des Nießbrauchers entschieden werden.

2. Abweichend von der Regel des Abs 1 darf der Nießbraucher die Vorteile, die das Grundstück durch das Vorhandensein besonderer **Bodenbestandteile** bietet, auch dann ausnützen, wenn der Eigentümer das noch nicht getan hat. Dieser veränderten Nutzungsweise steht nicht entgegen, daß durch die Entnahme der Bodenbestandteile die Substanz des Grundstücks vermindert wird. Hier ist nur die eine Beschränkung gesetzt, daß **keine wesentliche Veränderung des wirtschaftlichen Gesamtbetriebs** (§ 1036 A 2) herbeigeführt werden darf. Die Vorschrift des Abs 2 findet auch dann Anwendung, wenn eine Mineralwasserquelle, Kohlen säurequelle usw. auf dem Grundstück **erbohrt** wird.

§ 1038

Ist ein Wald Gegenstand des Nießbrauchs, so kann sowohl der Eigentümer als der Nießbraucher verlangen, daß das Maß der Nutzung und die Art der wirtschaftlichen Behandlung durch einen Wirtschaftsplan festgestellt werden¹⁾. Tritt eine erhebliche Änderung der Umstände ein, so kann jeder Teil eine entsprechende Änderung des Wirtschaftsplans verlangen²⁾. Die Kosten hat jeder Teil zur Hälfte zu tragen¹⁾.

Das gleiche gilt, wenn ein Bergwerk oder eine andere auf Gewinnung von Bodenbestandteilen gerichtete Anlage Gegenstand des Nießbrauchs ist³⁾.

§ II 948; § 3 392, 393; 6 242, 243.

1. Beim Nießbrauch an einem forstmäßig zu benutzenden Walde liegt es im Interesse beider Teile, des Eigentümers und des Nießbrauchers, daß die Bewirtschaftungsweise von vornherein durch einen **Wirtschaftsplan** festgelegt wird. Denn sonst könnte die Frage, ob die Regeln der ordnungsmäßigen Wirtschaft beobachtet sind (§ 1036 Abs 2), ob sich insbesondere die Nutzung auf das zur Erhaltung eines nachhaltigen Betriebs erforderliche Maß beschränkt, zu beständigen Streitigkeiten Anlaß geben. Kommt eine Einigung nicht zustande, so kann jeder von ihnen darauf klagen, daß der von ihm vorgeschlagene Wirtschaftsplan von dem anderen Teile genehmigt wird. Die **Kosten der Aufstellung des Wirtschaftsplans** sind, da hieran beide Teile in gleichem Maße interessiert sind, von jedem Teil zur Hälfte zu tragen. Dabei bleibt es auch, wenn die Aufstellung erst im Rechtsstreit erfolgt. Nur wegen der sonstigen Kosten des Rechtsstreits bleiben die Grundsätze der Prozessordnung über die Kostenpflicht maßgebend. Der Nießbraucher muß den durch Vertrag oder Urteil festgestellten Wirtschaftsplan einhalten und kann schon während der Nießbrauchszeit im Klagewege hierzu sowie zur Beseitigung einer unter Abweichung von dem Wirtschaftsplan vorgenommenen Änderung angehalten werden.

2. **Änderung des Wirtschaftsplans.** Sobald die Sachlage sich dahin verändert, daß es den Regeln der ordnungsmäßigen Wirtschaft (§ 1036 Abs 2) nicht mehr entspricht, an dem Wirtschaftsplan festzuhalten, sind die Parteien in dem aus dieser Veränderung sich ergebenden Umfang nicht mehr hieran gebunden. Jeder Teil kann dann insoweit eine neue Regelung verlangen. Der frühere Wirtschaftsplan bleibt, wenn der eine Teil das Verlangen gestellt hat, auch nicht so lange in Kraft, bis der andere Teil den neuen Plan freiwillig genehmigt hat oder zur Genehmigung verurteilt ist. Die Aufstellung des neuen Plans erfolgt ebenso wie die des früheren Wirtschaftsplans (A 1) auf gemeinschaftliche Kosten.

3. Die in den A 1, 2 dargestellten Grundsätze kommen auch dann zur Anwendung, wenn es sich um den Betrieb eines **Bergwerks** oder eines auf die **Gewinnung von Bodenbestandteilen** gerichteten Unternehmens handelt. Auch hier bedarf es der Aufstellung eines festen Plans, damit der Eigentümer gegen unwirtschaftlichen Abbau geschützt ist. Der für Bergwerke durch landesgesetzliche Bestimmungen vorgeschriebene, von der Bergbehörde zu genehmigende Betriebsplan dient nur polizeilichen Interessen. Mit diesem Betriebsplan hat sich natürlich der zwischen Eigentümer und Nießbraucher zu vereinbarende Wirtschaftsplan in Einklang zu halten.

§ 1039

Der Nießbraucher erwirbt das Eigentum auch an solchen Früchten, die er den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider oder die er deshalb im Übermaße zieht, weil dies infolge eines besonderen Ereignisses notwendig geworden ist¹⁾. Er ist jedoch, unbeschadet seiner Verantwortlichkeit für ein Verschulden, verpflichtet, den Wert der Früchte dem Eigentümer bei der Beendigung des Nießbrauchs zu ersetzen und für die Erfüllung dieser Verpflichtung Sicherheit zu leisten¹⁾. Sowohl der Eigentümer als der Nießbraucher kann verlangen, daß der zu ersetzende Betrag zur Wiederherstellung der Sache insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht²⁾.

Wird die Verwendung zur Wiederherstellung der Sache nicht verlangt, so fällt die Ersatzpflicht weg, soweit³⁾ durch den ordnungswidrigen oder den übermäßigen Fruchtbezug die dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden⁴⁾.

§ I 988 Abs 2 u. 3 II 949; W 3 500, 501; § 3 388ff., 393, 394; 6 243.

1. Das **Eigentum an den Früchten** erwirbt der Nießbraucher kraft seines dinglichen Rechts nach der allgemeinen Regel des § 954 mit der Trennung der Früchte. Da der Begriff der **Früchte** (§ 99) sich nach äußeren Merkmalen bestimmt, gilt dies auch von den im **Übermaße gezogenen Früchten**, mag nun der Nießbraucher über die Grenzen hinaus, die sich aus den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft bei Aufrechterhaltung der bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung der Sache ergeben (§ 1036 Abs 2), Früchte gewonnen haben oder mag es sich um außerordentliche Nutzungen handeln, die ohne ordnungswidriges Verhalten infolge eines zufälligen Ereignisses (Windbruch, Raupenfraß) oder infolge der rechtsverletzenden Handlung eines Dritten

(Abholzen durch einen Unberechtigten) entstanden sind. Insoweit hat aber der Nießbraucher — was nur für das schuldrechtliche Verhältnis zum Eigentümer von Bedeutung ist — den Wert der Früchte, der nach der Zeit ihrer Trennung zu berechnen ist, nach Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer zu erstatten. Hierbei ist der Wert derjenigen Früchte in Abzug zu bringen, welche der Nießbraucher nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft während der Nießbrauchszeit erhalten hätte, wenn nicht durch den übermäßigen Fruchtbezug die Nutzungen der späteren Zeit fortgefallen oder gemindert wären. Denn insoweit liegt nur eine Schädigung des Nießbrauchers, nicht des Eigentümers vor (RG 80, 233). Zu erstatten ist auch der Zinsbetrag, den der Nießbraucher vom Wert der zuviel gezogenen Früchte erhalten konnte, da dieser Vorteil ihm nach Nießbrauchsrecht nicht gebührt. Der Nießbraucher braucht den Wertbetrag aber erst nach Beendigung des Nießbrauchs zu zahlen, da bis dahin die Zinsen des Wertbetrags ihm selbst zustehen. Daß er den Geldbetrag unter Vorbehalt seines Nießbrauchsrechts für den Eigentümer anlegt, kann nicht verlangt werden. Er muß aber für die Erfüllung der Ersatzpflicht (deren Höhe wegen des erwähnten Abzugs sich jährlich mindert) dem Eigentümer nach Maßgabe der §§ 232—240 Sicherheit leisten. Der Nießbraucher bleibt außerdem im Falle des Verschuldens nach den Grundsätzen des Schadensersatzes verpflichtet, dem Eigentümer den durch eine übermäßige Nutzung entstandenen Schaden sogleich zu ersetzen. Zur Erstattung des Wertes solcher Früchte, die infolge einer Umwandlung der bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung der Sache außerordentlich gezogen sind (Abholzen eines Waldes usw.) ist der Nießbraucher auch dann verpflichtet, wenn er vom Eigentümer die Erlaubnis zu der Umwandlung erhalten hatte oder als Verwalter des Eigentümers (RG 80, 229) zur Vornahme der Aenderung befugt war.

2. Mit dem Anspruch auf Erstattung des Wertes braucht der Eigentümer nicht bis zur Beendigung des Nießbrauchs zu warten, wenn nach wirtschaftlichen Grundsätzen infolge des übermäßigen Fruchtbezugs die Wiederherstellung der Sache (z. B. durch Aufforstungen) nötig geworden ist. In diesem Falle kann der Eigentümer verlangen, daß der Nießbraucher den von ihm zu erstattenden Betrag alsbald für die Wiederherstellung verwendet. Der Nießbraucher kann die Wiederherstellung selbst ausführen und wird hierdurch, soweit die Verwendung wirtschaftlich angemessen ist, von der Erstattungspflicht auch dann befreit, wenn die Verwendung wider den Willen des Eigentümers erfolgt. Zu seiner Sicherheit kann er vor Ausführung der Verwendung die Einwilligung des Eigentümers fordern.

3. Verlangt weder der Eigentümer noch der Nießbraucher die Verwendung des Ersatzbetrags zur Wiederherstellung der Sache, so fällt die Ersatzpflicht des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer nach Beendigung des Nießbrauchs (N 1) insoweit weg, als durch den ordnungswidrigen oder übermäßigen Fruchtbezug die dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden, also z. B. im Falle des Abholzens eines ganzen Waldes insoweit, als der Nießbraucher nun aus dem Walde weniger Früchte bezieht.

4. Das Recht auf sonstige Nutzungen, die nicht zu den Sachfrüchten gehören (§ 99 Abs 3: z. B. Mietzinsen, Pachtzinsen, Renten eines mit dem Grundstück verbundenen Rentenrechts), erwirbt der Nießbraucher, soweit die Nutzungen nach den im § 101 Nr 2 über die Auseinandersetzung mit dem Eigentümer gegebenen Vorschriften ihm verbleiben, bereits mit der Bestellung des Nießbrauchs oder doch in dem späteren Zeitpunkt der Entstehung des Rechts. Dabei erwirbt er das Recht auf regelmäßig wiederkehrende Erträge (z. B. Mietzinsen) zu dem der Dauer des Nießbrauchs entsprechenden Teile. Bei anderen Hebungen kommt es darauf an, ob die Fälligkeit in die Nießbrauchszeit fällt. Ist der Zeitpunkt der Fälligkeit ungewiß, kann z. B. der Schuldner die Zeit der Leistung nach seinem Belieben bestimmen, so können bis zur Beseitigung der Ungewißheit Nießbraucher und Eigentümer nur gemeinschaftlich über die Nutzung verfügen. Unabhängig von dieser Regelung des Verfügungsrechts ist die Rechtsfrage zu entscheiden, ob nach Eigentümegrundsätzen der Nießbraucher im Einzelfalle das Eigentum an dem vom Schuldner Geleisteten durch eine mit Übereignungswillen vorgenommene Übergabe erlangt hat.

§ 1040

Das Recht des Nießbrauchers erstreckt sich nicht auf den Anteil des Eigentümers an einem Schatze, der in der Sache gefunden wird ¹⁾.

§ I 990 II 950; III 3 504; § 3 392.

1. Der Schatz gehört nach der Bestimmung des § 99 Abs 1 nicht zu den Früchten. Er ist auch nicht Bestandteil oder Zubehör der Nießbrauchsache. Der Anteil des Eigentümers an dem Schatz (§ 984) fällt daher nicht dem Nießbraucher als Nutzung zu, unterliegt auch nicht mit seinen Nutzungen dem Nießbrauch.

§ 1041

Der Nießbraucher hat für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen¹⁾. Ausbesserungen und Erneuerungen liegen ihm nur insoweit ob, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören²⁾.

§ I 991, 997, 998 Abs 1 II 951; W 3 504, 505, 510, 511; P 3 392

1. Der Grundsatz, daß der Nießbraucher für die **wirtschaftliche Erhaltung der Sache** zu sorgen hat, besagt nicht, daß sämtliche Erhaltungskosten dem Nießbraucher obliegen. Inwieweit er zu Aufwendungen verpflichtet ist, ist in Satz 2 bestimmt. Im übrigen genügt er der Erhaltungspflicht gemäß § 1042 dadurch, daß er dem Eigentümer rechtzeitig Anzeige macht, wenn Ausbesserungen oder besondere Vorkehrungen zur Erhaltung der Sache nötig werden. Hat er statt der Anzeige die dem Eigentümer obliegende Ausbesserung oder Erneuerung selbst vorgenommen, so kann für ihn gemäß § 1049 schon während der Nießbrauchszeit ein Anspruch auf Ersatz nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag begründet sein (§ 1049 A 1). Auch der Eigentümer ist dem Nießbraucher gegenüber nicht zur Erhaltung der Sache verpflichtet. Wohl aber ist der Nießbraucher verpflichtet, dem Eigentümer die zur Erhaltung der Sache erforderlichen Handlungen zu gestatten (§ 1044 A 1).

2. **Unterhaltungskosten.** Wie die außerordentlichen Nutzungen dem Nießbraucher nicht gebühren (§ 1039 A 1), so fallen ihm auch die außerordentlichen Unterhaltungskosten nicht zur Last. Diejenigen Kosten aber, die nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge in kürzeren oder längeren Zeitabschnitten zur **Ausbesserung** oder allmählichen **Erneuerung** aufgewendet werden müssen, hat der Nießbraucher auch dann aus eigenen Mitteln zu bestreiten, wenn bei ihrer Entstehung das Verschulden eines Dritten mitgewirkt hat. Dasselbe gilt für die Kosten einer außerordentlichen Ausbesserung oder Erneuerung, die dadurch notwendig geworden ist, daß die Aufwendung der regelmäßigen Unterhaltungskosten unterblieben ist. Handelt es sich dagegen um Ausbesserungen oder Erneuerungen, die in einem außergewöhnlichen Ereignis oder in einem nach der Beschaffenheit der Sache bei längerem Gebrauch naturgemäß eintretenden Verfall ihren Grund haben, so sind dies Aufwendungen, die dem Nießbraucher nicht obliegen.

§ 1042

Wird die Sache zerstört oder beschädigt oder wird eine außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung der Sache oder eine Vorkehrung zum Schutze der Sache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr erforderlich, so hat der Nießbraucher dem Eigentümer unverzüglich Anzeige zu machen. Das gleiche gilt, wenn sich ein Dritter ein Recht an der Sache anmaßt¹⁾.

§ I 996, 998 Abs 2 II 952; W 3 508 ff.; P 3 392.

1. Die Erhaltungspflicht des Nießbrauchers (§ 1041 Satz 1) zeigt sich auch darin, daß er von einer notwendig werdenden Ausbesserung oder Erneuerung, deren Kosten er nicht zu tragen hat, **unverzüglich dem Eigentümer**, der davon noch keine Kenntnis hat, **Anzeige machen** muß, damit dieser das Nötige besorgen kann. § 1042 spricht hier zwar nur von dem Fall einer **außergewöhnlichen Ausbesserung (Erneuerung)**. Die Vorschrift ist aber auch dann anwendbar, wenn der Eigentümer den Nießbraucher von der Pflicht zur Vornahme bestimmter Ausbesserungen, die sonst als zur gewöhnlichen Unterhaltung gehörig dem Nießbraucher zur Last fallen würden, befreit hat. Dabei ist natürlich vorausgesetzt, daß die Abmachung nicht in dem Sinne getroffen ist, daß der Nießbraucher auch von der Anzeigepflicht befreit sein soll. Ist der Nießbraucher selbst zur Ausbesserung bereit, obwohl er hierzu nicht verpflichtet ist, so fällt, wie in § I 998 Abs 2 (W 3, 511) ausdrücklich bestimmt war, die Anzeigepflicht fort. Kraft der ihm obliegenden Erhaltung- und Verwahrungspflicht ist der Nießbraucher ferner anzeigepflichtig, sobald besondere Vorkommnisse dem Eigentümer Anlaß zu sofortigem Einschreiten zwecks Wahrung seiner Eigentumsrechte geben. Dies ist der Fall, wenn die **Sache zerstört oder beschädigt** wird oder in Folge unvorhergesehener Ereignisse der **Gefahr der Zerstörung oder Beschädigung** ausgesetzt ist oder wenn ein **Dritter sich tatsächlich oder wörtlich** (in einer ernst zu nehmenden Weise) **Rechte an der Sache anmaßt**. Eine schuldhaftige Verletzung der Anzeigepflicht macht den Nießbraucher schadensersatzpflichtig. Im Rechtsstreit hat der Eigentümer die Voraussetzungen der Anzeigepflicht, der Nießbraucher die Erfüllung oder die schuldhafte Verhinderung an der Erfüllung zu beweisen. Die Gefahr des Eingangs der Anzeige hat der Eigentümer zu tragen, wenn der Nießbraucher bei der Abwendung der Anzeige die gehörige Sorgfalt betätigt hat. Für den Mietvertrag ist eine dem § 1042 ähnliche Vorschrift im § 545 erlassen.

§ 1043

Nimmt der Nießbraucher eines Grundstücks eine erforderlich gewordene außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung selbst vor, so darf er zu diesem Zwecke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft auch Bestandteile des Grundstücks verwenden, die nicht zu den ihm gebührenden Früchten gehören¹⁾.

§ I 999 Abs 1 II 953; W 3 511, 512; P 3 392; 6 244, 245.

1. Zur Vornahme einer außergewöhnlichen Ausbesserung oder Erneuerung ist weder der Nießbraucher noch der Eigentümer verpflichtet. Nimmt aber der Nießbraucher, wozu er berechtigt ist, eine solche Ausbesserung oder Erneuerung vor, so hat er Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 1049 A 1). Er kann aber, statt erst nachträglich Ersatz zu fordern, sich auch schon von vornherein dadurch Ersatz beschaffen, daß er Grundstücksbestandteile, auf die er als Nießbraucher kein Recht hat, für die Ausbesserung verwendet. Es handelt sich dabei um solche Bestandteile, die nicht zu den Früchten gehören, und um Früchte, die über die ordnungsmäßige Nutzung hinausgehen (§ 1039 A 1), deren Wert er also dem Eigentümer ersetzen müßte. Bei der Ausübung des Rechts aus § 1043 muß der Nießbraucher sich aber in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft (§ 1036 A 2) halten. Er darf also nicht Grundstücksbestandteile wählen, deren Entnahme sich für den Wirtschaftsbetrieb oder den Wert des Grundstücks als unverhältnismäßig nachteilig herausstellt oder die bedeutend vorteilhafter zu anderen Zwecken zu verwenden gewesen wären. Ein Recht des Nießbrauchers zur Verwendung von Grundstücksbestandteilen ist selbstverständlich nur insoweit anzuerkennen, als er nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz für Aufwendungen aus eigenen Mitteln beanspruchen könnte. § 1043 ist sinngemäß aber auch auszudehnen auf Ausbesserungen und Erneuerungen, die zur gewöhnlichen Unterhaltung gehören, sofern der Nießbraucher von der Tragung der Kosten dafür befreit ist.

§ 1044

Nimmt der Nießbraucher eine erforderlich gewordene Ausbesserung oder Erneuerung der Sache nicht selbst vor, so hat er dem Eigentümer die Vornahme¹⁾ und, wenn ein Grundstück Gegenstand des Nießbrauchs ist, die Verwendung der im § 1043 bezeichneten Bestandteile des Grundstücks²⁾ zu gestatten.

§ I 998 Abs 2, 999 Abs 2 II 954; W 3 510, 511; P 3 392; 6 244, 245.

1. Ist der Nießbraucher zur Vornahme der Ausbesserung oder Erneuerung bereit, so ist das Recht des Eigentümers, die Ausbesserung selbst vorzunehmen, ausgeschlossen. Andernfalls hat der Nießbraucher — was schon aus seiner Erhaltungspflicht folgt (§ 1041 A 1) — dem Eigentümer die Vornahme der zur Ausbesserung oder Erneuerung erforderlichen Handlungen an der Nießbrauchssache zu gestatten. Dieses Recht des Eigentümers kann, sobald er mit der Ausführung der Arbeiten begonnen hat, nicht dadurch beseitigt werden, daß der Nießbraucher sich hinterher zur Vornahme der Arbeiten erbietet. Das Recht des Eigentümers ist übrigens nicht als ein dingliches, sondern als ein schuldrechtliches aufzufassen. Es kann gegen den Willen des im Besitz befindlichen Nießbrauchers nur im Zwangsvollstreckungsverfahren (§§ 890, 892 ZPO) verwirklicht werden. Diese Grundsätze gelten gleichmäßig für alle Ausbesserungen (Erneuerungen), gewöhnliche und außergewöhnliche, mögen sie an sich dem Eigentümer oder dem Nießbraucher obliegen.

2. Nimmt der Eigentümer die Ausbesserung oder Erneuerung vor, so gebührt ihm auch das in § 1043 dem Nießbraucher eingeräumte Recht, hierfür die Grundstücksbestandteile zu verwenden. Dieses Recht steht ihm aber ebenfalls nur unter den in § 1043 festgesetzten Beschränkungen zu. Die Ausbesserung oder Erneuerung muß ferner nach wirtschaftlichen Grundsätzen erforderlich sein. Der Eigentümer hat dabei auf das Interesse des Nießbrauchers Rücksicht zu nehmen. Auch hier ist kein Unterschied zu machen zwischen außergewöhnlichen und gewöhnlichen Ausbesserungen, zwischen Ausbesserungen, die dem Eigentümer, und solchen, die dem Nießbraucher zur Last fallen.

§ 1045

Der Nießbraucher hat die Sache für die Dauer des Nießbrauchs gegen Brandschaden und sonstige Anfälle auf seine Kosten unter Versicherung zu bringen, wenn die Versicherung einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht¹⁾. Die Versicherung ist so zu nehmen, daß die Forderung gegen den Versicherer dem Eigentümer zusteht²⁾.

Ist die Sache bereits versichert, so fallen die für die Versicherung zu leistenden Zahlungen dem Nießbraucher für die Dauer des Nießbrauchs zur Last, soweit er zur Versicherung verpflichtet sein würde³⁾.

§ I 1001, 1003 Nr 4 II 955; W 3 513, 514, 518; P 3 396ff.; G 243, 244.

1. Die Vorschrift, daß der Nießbraucher die Nießbrauchsache auf seine Kosten zu versichern hat, bildet einen Ausfluß der Erhaltungspflicht des Nießbrauchers (§ 1041 Satz 1). Eine unbedingte Versicherungspflicht ist jedoch dem Nießbraucher nicht auferlegt. Es kommt vielmehr jeweils darauf an, ob und inwieweit (gegen welche Unfälle) die Versicherung nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft geboten ist. In dieser Beziehung ist wesentlich auf die örtlichen Gegebenheiten und Bedürfnisse Rücksicht zu nehmen. Der ordnungsmäßigen Wirtschaft wird es regelmäßig entsprechen, Gebäude und Mobiliar gegen Brandschaden, und zwar zum vollen Wert, versichert zu halten. Nur bei ganz untergeordneten Nebengebäuden oder geringwertigen Sachen mag unter Umständen die Feuerversicherung gelegentlich entbehrlich sein. Ob und inwieweit eine Versicherung gegen sonstige Unfälle (Hagelschaden bei ungetrennten Früchten, Diebstahl, Viehsterben, Transportgefahr) zu nehmen ist, darüber läßt sich keine allgemeine Regel aufstellen. Auch die Auffassung der beteiligten Kreise kann hier nicht unbedingt entscheidend sein, da die Verhältnisse des einzelnen Falles, z. B. die Größe der Gefahr und die Höhe des Wertes, eine Abweichung gebieten können.

2. Soweit eine Versicherungspflicht besteht, hat der Nießbraucher die Versicherung so zu bewirken, daß der Eigentümer einen unmittelbaren Anspruch gegen den Versicherer erlangt. Das geschieht dadurch, daß die Versicherung für Rechnung des Eigentümers genommen und diesem der Versicherungsschein ausgehändigt wird (§§ 74 ff. VerfWG; vgl. auch § 328 BGB). Zu versichern ist der Wert der dem Nießbrauch unterliegenden Sache, und zwar ohne Abzug des Nießbrauchswerts. Dies folgt aus § 1046, wonach dem Nießbrauch auch die Forderung gegen den Versicherer unterliegt. Abzuschließen ist der Vertrag von dem Nießbraucher im eigenen Namen. Er hat demgemäß die Verpflichtung zur Zahlung des Versicherungsbeitrags persönlich zu übernehmen und auch die sonstigen Kosten der Versicherung zu tragen. Ihm kommen überhaupt alle Verpflichtungen und Rechte eines Versicherungsnehmers für fremde Rechnung zu. Er hat also die Pflicht der Anzeige, die übrigens nach § 79 VerfWG in gewissem Maße auch den Versicherten trifft, die Pflicht zur Unterlassung jeder Gefahrerhöhung und zur Minderung des eingetretenen Schadens, das Recht zur Verfügung nach § 76 VerfWG. Obwohl der Nießbraucher zur Versicherung nur für die Dauer des Nießbrauchs verpflichtet ist, wird der Vertrag regelmäßig in der Weise geschlossen werden, daß die Versicherung nach Beendigung des Nießbrauchs vorbehaltlich des Kündigungsrechts für Rechnung des Eigentümers weiterläuft. Hat der Nießbraucher bei Eingehung der Versicherung sich als den Eigentümer ausgegeben, so wird er selbst, nicht der Eigentümer, forderungsberechtigt (RG 76, 136; anders ist die Regelung nach §§ 1381, 1646 für das ehemännliche und elterliche Nutznießungsrecht). Der Nießbraucher genügt in diesem Falle seiner Verpflichtung aus § 1045 dadurch, daß er dem Eigentümer als Versicherten die Rechte aus der Versicherung abtritt.

3. War in den Fällen, in denen die Versicherungspflicht den Nießbraucher trifft, die Sache bereits früher von dem Eigentümer versichert, so hat der Nießbraucher seine Versicherungspflicht dadurch zu erfüllen, daß er die auf die Nießbrauchszeit entfallenden Versicherungsbeiträge aus eigenen Mitteln entrichtet. Das ist aber eine Verpflichtung, die dem Nießbraucher nur im Verhältnis zum Eigentümer obliegt. An dem Versicherungsverhältnis selbst, das lediglich zwischen dem Eigentümer und dem Versicherer besteht, ist der Nießbraucher nicht beteiligt. Läuft die früher eingegangene Versicherung während des Nießbrauchs ab, so sind für die neu einzugehende Versicherung die in A 2 dargestellten Grundsätze maßgebend.

§ 1046

An der Forderung gegen den Versicherer steht dem Nießbraucher der Nießbrauch nach den Vorschriften zu, die für den Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung gelten¹⁾.

Tritt ein unter die Versicherung fallender Schaden ein, so kann sowohl der Eigentümer als der Nießbraucher verlangen, daß die Versicherungssumme zur Wiederherstellung der Sache oder zur Beschaffung eines Ersatzes insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht. Der Eigentümer kann die Verwendung selbst besorgen oder dem Nießbraucher überlassen²⁾.

§ I 1002 II 956; W 3 514, 515; P 3 396ff.

1. Die Forderung gegen den Versicherer ist dem Nießbrauchsrecht unterworfen, falls nicht etwa durch Versicherung des Sachwerts unter Abzug des Nießbrauchswerts (vgl. § 1045 A 2) ausschließlich das Interesse des Eigentümers versichert ist. Dem Nießbrauchsrecht unterliegt die Forderung nicht nur dann, wenn der Nießbraucher gemäß seiner gesetzlichen Verpflichtung die Sache für den Eigentümer versichert hat, sondern auch dann, wenn die Versicherung schon früher vom Eigentümer genommen ist. In diesem Falle wird die Forderung mit Beginn des Nießbrauchs, unbeschadet der Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Schuldners (§§ 406—408), ohne weiteres von dem Nießbrauchsrecht ergriffen, soweit der Nießbraucher versicherungspflichtig ist. Die für Hypothekengläubiger geltende Sondervorschrift des § 1128 Abs 2 kann hier nicht unbedingt Anwendung finden (str.). Das Recht des Nießbrauchers an der Versicherungsforderung gestaltet sich ebenso wie bei einer auf Zinsen ausstehenden Forderung. Der Eigentümer kann also nur in Gemeinschaft mit dem Nießbraucher die Forderung einziehen, den Betrag in Empfang nehmen oder sonst darüber verfügen (§§ 1077, 1078). Eine den Nießbrauch beeinträchtigende Aufhebung oder Veränderung der Versicherungsforderung ist dem Eigentümer ohne Zustimmung des Nießbrauchers nicht gestattet (§ 1071).

2. Auch hinsichtlich der Anlegung der gezahlten Versicherungssumme gelten an sich die in § 1079 für eine auf Zinsen ausstehende Forderung gegebenen Vorschriften. Diese Vorschriften erleiden aber dadurch eine Änderung, daß der Nießbrauch an der Versicherungsforderung nur dazu dienen soll, den Sachnießbrauch zu erhalten. Die Versicherungssumme soll dazu verwendet werden, den früheren Zustand, soweit dies möglich und nach wirtschaftlichen Grundsätzen (ohne Rücksicht auf die Sonderinteressen des Eigentümers oder Nießbrauchers) angemessen ist, wiederherzustellen oder in anderer Weise Ersatz zu beschaffen, indem die Nießbrauchssachen verbessert oder vervollständigt werden. Jeder Teil kann demgemäß die Verwendung der Versicherungssumme zu solchen Zwecken verlangen. Können sich die Parteien über die Art und Weise der Verwendung nicht einigen, so kommt die Besorgung der Verwendung dem Eigentümer als dem Hauptbeteiligten zu. Der Nießbraucher kann aber, wenn die vom Eigentümer beabsichtigte Verwendung sich nicht innerhalb jener Zwecke hält, hiergegen Einwendungen erheben und seine Rechte im Klagewege zur Geltung bringen. Auch kann er den Eigentümer, der bei der Ausführung schuldhaft die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verletzt hat, schadensersatzpflichtig machen. Dem Eigentümer steht es frei, die Besorgung dem Nießbraucher zu überlassen, der in diesem Falle die Übernahme der Ausführung nicht verweigern darf. Der Eigentümer ist aber nicht berechtigt, dem Nießbraucher über die Verwendung Anweisungen zu erteilen. Ihm verbleibt nur das Recht, vom dem Nießbraucher bei schuldhafter Verletzung seiner Pflichten Schadensersatz zu fordern. Der beschaffte Ersatz tritt, wenn beim Erwerb keine andere Ansicht kundgegeben worden ist, ohne weiteres in die Rechtsstellung der Nießbrauchssache ein (str.; nach a. M. ist die ausdrückliche Einräumung des Nießbrauchs erforderlich).

§ 1047

Der Nießbraucher ist dem Eigentümer gegenüber verpflichtet¹⁾, für die Dauer des Nießbrauchs die auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten mit Ausschluß der außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind²⁾, sowie diejenigen privatrechtlichen Lasten zu tragen, welche schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten, insbesondere die Zinsen der Hypothekensforderungen und Grundschulden sowie die auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen³⁾.

§ 1003 Nr 1—3 II 957; M 3 515 ff.; P 3 399; 6 244, 245.

1. Der § 1047 regelt die schuldrechtliche Verpflichtung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer, diejenigen Lasten zu tragen, deren Entrichtung erfahrungsgemäß aus den Erträgen der Sache erwartet werden darf. Diese Verpflichtung kann durch Parteivereinbarung ausgeschlossen oder abgeändert werden (RG Warn 1911, 288; SeuffA 62, 318; RW 41, 294; DZ 26 S. 89, 91). In Ermangelung einer Vereinbarung ist aber die Verpflichtung zur Lastentragung regelmäßig nicht davon abhängig, daß im einzelnen Falle die gezogenen Nutzungen zur Deckung der Lasten ausreichen (RG 72, 102; Warn 1911, 288; DZ 26 S. 91, 93; 29, 351; 31, 338). Wird der Nießbrauch einem Gläubiger des Eigentümers zur Befriedigung wegen seiner Forderung eingeräumt (§ 1030 A 6), so läßt sich allerdings als übereinstimmender, wenn auch nur stillschweigend geäußelter Wille der Parteien annehmen, daß der Nießbraucher die Lasten nicht über die wirklichen Einnahmen hinaus bestritten soll (Gruch 57, 631). Eine Abmachung zwischen Eigentümer und Nießbraucher, wonach letzterer zur Zahlung von Hypothekenzinsen usw. nicht verpflichtet ist, kann nicht als wider die guten Sitten verstoßend angesehen werden (SeuffA 62 Nr 182). Möglich bleibt aber ihre Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung (RG Warn 1918 Nr 198). — Die gesetzlich vorgeschriebene Verpflichtung des Nießbrauchers besteht nur im Verhältnis zwischen

ihm und dem Eigentümer. Wer von ihnen gegenüber demjenigen, der die Berichtigung der Lasten zu fordern berechtigt ist, die Lasten zu tragen hat, bestimmt sich nach den für die einzelnen Lasten geltenden Vorschriften. Die Gläubiger des Eigentümers haben regelmäßig keinen persönlichen Anspruch gegen den Nießbraucher (RG 72, 103; 100, 157; DW 13, 239; 26 S. 91, 93; SeuffA 62 Nr 182), können aber durch Pfändung des dem Eigentümer durch § 1047 zugebilligten Anspruchs ein Recht auf die Zahlung des Nießbrauchers erlangen. Bei dem Nießbrauch an einem Vermögen haben die Gläubiger des Nießbrauchsbestellers ausnahmsweise sogar nach § 1088 (A 2) einen unmittelbaren Anspruch gegen den Nießbraucher auf Entrichtung der Zinsen. Andererseits ist es dem Nießbraucher nicht verwehrt, sich eine Hypothekenzinsforderung abtreten zu lassen, mag er auch das Entgelt für die Abtretung aus den seinem Nießbrauchsrecht unterliegenden Grundstücks-einkünften bezahlen (RG 100, 157). Eine dem § 1047 entsprechende Verwendung der Grundstücks-einkünfte kann sich der Realberechtigter nur dadurch sichern, daß er gemäß den §§ 1123, 1124 die Beschlagnahme erwirkt (RG 100, 155; § 1124 A 4, 5). — Der dem Eigentümer gegenüber bestehenden Verpflichtung zur Lastentragung genügt der Nießbraucher dadurch, daß er die Leistungen unmittelbar an den empfangsberechtigten Dritten entrichtet oder diesen in anderer Weise befriedigt. Der Eigentümer kann nur Befreiung, nicht Leistung an sich selbst verlangen; auch der Nießbraucher ist zu einer solchen Leistung nicht berechtigt (RG 72, 103). Die in § 1047 bestimmten Nießbrauchspflichten treffen nicht ohne weiteres einen Eigentümer, der sein Grundstück verschenkt und dabei sich die „lebenslängliche Benutzung“ vorbehalten hat (RG Warn 1917 Nr 144). Ein allgemeiner Grundsatz, daß derjenige, der die Vorteile einer Sache genießt, im Zweifel auch die Lasten zu tragen hat, ist im Gesetz nicht ausgesprochen. Die Verteilung der Lasten zwischen Eigentümer und Nießbraucher bei Beginn und Beendigung des Nießbrauchs ist geregelt durch § 103. — Keine besondere Bestimmung ist getroffen über die Fruchtgewinnungskosten. Diese Kosten fallen als eine den Ertrag der Nutzung mindernde Ausgabe dem Nießbraucher zur Last. Ebenso sind die Betriebskosten eines geschäftlichen Unternehmens vom Nießbraucher zu tragen. Der Ertrag der Gewinnungskosten für die bei der Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer zufallenden Früchte ist in § 1055 A 3 behandelt.

2. Die öffentlichen Lasten bestimmen sich nach dem öffentlichen Recht. Soweit sie auf den wirtschaftlichen Ertrag der Sache, nicht auf den Stammwert gelegt sind (Grund- und Gebäudesteuer, Gewerbesteuer, Gemeindegebühren), fallen sie ohne weiteres dem Nießbraucher zur Last. Aber auch die auf den Stammwert gelegten öffentlichen Lasten treffen ihn, sofern sie nicht zu den außerordentlichen Lasten gehören, die nur ausnahmsweise infolge eines besonderen Ereignisses zur Hebung kommen (ZB 1924, 788). Die Grundsteuer ist z. B. eine auf den Stammwert der Sache gelegte Abgabe, die keine außerordentliche, sondern eine ständige, regelmäßig erhobene Abgabe darstellt. Sie fällt also dem Nießbraucher zur Last. Dasselbe gilt für die frühere preuß. Ergänzungssteuer (ZB 1920, 153). Zu den auf den Stammwert gelegten außerordentlichen Abgaben sind dagegen namentlich die früheren Kriegssteuern und die Anliegerbeiträge zu rechnen. Die nach dem früheren RGes v. 3. 7. 1913 vom Vermögenszuwachs zu entrichtende Besitzsteuer fiel nach § 17 dieses Gesetzes in Ermanglung einer anderen Vereinbarung dem Eigentümer zur Last, ebenso der nach dem weiteren früheren Ges v. 3. 7. 1913 erhobene außerordentliche Wehrbeitrag (§ 14 das.) und die durch Ges v. 21. 6. 1916 eingeführte frühere Kriegsteuer. Die jetzt zu erhebende Vermögenssteuer ist überhaupt keine auf den Grundbesitz gelegte Realsteuer, sondern eine persönliche Steuer; sie ist daher auch nicht kraft Gesetzes vom Nießbraucher zu tragen (RG HR 1933 Nr 1653). Die Rechtsverhältnisse bei der landwirtschaftlichen Betriebsabgabe nach dem RGes über die Besteuerung des Betriebes v. 11. 8. 1923 und bei der Rentenbanbelastung sind beleuchtet in RG 115, 209; ZB 1924, 788; HR 1933 Nr 1653. Auf Leistungen im polizeilichen Interesse ist der Begriff der öffentlichen Lasten überhaupt nicht zu erstrecken (§ 1654 A 1). Im übrigen ist wegen dieses Begriffs auch zu verweisen auf § 436 A 2, 3; § 1385 A 3.

3. Die privatrechtlichen Lasten sind nach der in A 1 bezeichneten Regel ausnahmslos von dem Nießbraucher zu tragen, da sie nach allgemeiner Auffassung aus den Einkünften zu decken sind. Der Eigentümer — auch ein während der Nießbrauchszeit neu eintretender Eigentümer — kann aber durch Auserlegung neuer Lasten das Recht des Nießbrauchers nicht schmälern. Nur diejenigen Lasten können deshalb in Betracht kommen, welche der Sache bereits zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auferlegt waren oder deren spätere Auserlegung sich der Eigentümer dem Nießbraucher gegenüber durch besondere Vereinbarung vorbehalten hat (DW 29, 351). Die persönlichen Verpflichtungen des Nießbrauchers können auch nicht dadurch erhöht werden, daß der Grundstücks-eigentümer auf Grund des § 1119 für eine unverzinsliche Hypothek nachträglich Zinsen eintragen läßt oder den niedrigeren Zinssatz bis auf 5 v. H. erhöht. Eine Ausnahme hiervon wird zu machen sein, wenn die Erhöhung des Zinssatzes geboten war, weil eine Hypothek zu geringeren Zinsen nicht erhältlich war (bestr.). Zu den privatrechtlichen Lasten gehören die Reallasten (§ 1105) und die reallastähnlichen gesetzlichen Verpflichtungen (§§ 912, 913, 917, 1022), die Zinsen einer Hypothek oder Grundschuld (§§ 1113 ff., 1191 ff.) sowie die auf Grund einer Rentenschuld (§ 1199) zu entrichtenden Leistungen. Die Zahlung des Kapitals (auch der Ablösungssumme: § 1200) geht den Nießbraucher nichts an. Er hat des-

halb auch weder für die zur allmählichen Tilgung des Kapitals bestimmten Beträge noch für die beim Verzug des Eigentümers mit der Zahlung des Kapitals oder der Tilgungsbeträge entstehenden Verzugszinsen aufzukommen. Der Nießbraucher ist auch nicht haftbar für einen Verzug des Eigentümers mit der Entrichtung einer vor der Bestellung des Nießbrauchs fälligen Leistung. Handelt es sich um eine Gesamthypothek, so hat der Nießbraucher die Zinsen nur insoweit zu tragen, als sie bei der Ausgleichung zwischen den verschiedenen Eigentümern der verhafteten Grundstücke dem Eigentümer des Nießbrauchsgrundstücks zur Last fallen oder, wenn die verhafteten Grundstücke sämtlich im Eigentum desselben Eigentümers sich befinden, als die Zinsen nach dem Verhältnis des Wertes der verhafteten Grundstücke auf das dem Nießbrauch unterliegende Grundstück entfallen (str.). Ist indessen die Gesamthypothek lediglich zur Verbesserung des Nießbrauchsgrundstücks aufgenommen, so wird als bei der Begründung des Nießbrauchs vereinbart gelten können, daß die Zinsen allein dem Nießbraucher zur Last fallen. Eine Vormerkung ist noch keine Last im Sinne des § 1047. Die Zinsen der vorgemerkten Forderung braucht also der Nießbraucher erst von dem Zeitpunkt an zu entrichten, wo die Vormerkung in eine endgültige Hypothek umgeschrieben ist. Dasselbe wird von den Zinsen einer Höchstbetragshypothek (§ 1190) zu gelten haben (str.). Die Verzinsung einer Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld liegt dem Nießbraucher niemals ob (bestr.; vgl. § 1197 Abs 2). Hat aber nach der Bestellung des Nießbrauchs der Eigentümer eine zunächst auf ihn übergegangene Hypothek einem Dritten abgetreten, so verbleibt dem Nießbraucher die Zinsenpflicht bis zur Höhe der früher für die Hypothek zu entrichtenden Zinsen. Hat der Nießbraucher selbst eine Hypothek an dem Grundstück, so schuldet der Eigentümer ihm während der Dauer des Nießbrauchs keine Zinsen davon (OLG 31, 338). Das gilt auch dann, wenn die Ausübung des Nießbrauchs gemäß den §§ 1052, 1054 einem gerichtlichen Verwalter übertragen worden ist (RG 141, 225). Allerdings wäre eine abweichende Vereinbarung nicht unzulässig und bei gehöriger Eintragung auch gegen den jeweiligen Eigentümer wirksam (RG 141, 225). Nicht zu den Lasten (RG 66, 316) gehören die Grunddienstbarkeiten. Ihre Ausübung hat der Nießbraucher nach den Grundsätzen über widersprechende dingliche Rechte zu dulden, wenn die Grunddienstbarkeit dem Nießbraucher vorgeht oder gleichsteht (vgl. indes § 1060) oder wenn sein Recht durch die Ausübung nicht beeinträchtigt wird. — Ist eine dem Nießbrauch unterliegende bewegliche Sache verpfändet, so trifft in Ermangelung einer anderen Vereinbarung die Zinsenpflicht den Nießbraucher nicht. Die Zinsen pflegen hier nicht als eine aus den Einkünften der Sache zu bedende Last angesehen zu werden.

§ 1048

Ist ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Nießbrauchs, so kann der Nießbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen. Er hat für den gewöhnlichen Abgang sowie für die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft auscheidenden Stücke Ersatz zu beschaffen; die von ihm angeschafften Stücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum desjenigen, welchem das Inventar gehört¹).

Übernimmt der Nießbraucher das Inventar zum Schätzungswerte mit der Verpflichtung, es bei der Beendigung des Nießbrauchs zum Schätzungswerte zurückzugewähren, so finden die Vorschriften der §§ 588, 589 entsprechende Anwendung²).

§ 1000 II 958; § 3 512, 513; § 3 306.

1. Wenn der Nießbrauch an einem Grundstück mit Beilag (Inventar) besteht, so bringt es der regelmäßige Wirtschaftsbetrieb mit sich, daß einzelne Beilagsstücke verkauft oder verbraucht werden und daß dafür andere Stücke wieder angeschafft werden. Diesen Verhältnissen trägt der § 1048 dadurch Rechnung, daß er dem Nießbraucher ein Verfügungsrecht einräumt. Der Beilag wird zwar nicht Eigentum des Nießbrauchers und kann deshalb auch nicht von seinen Gläubigern angegriffen werden. Der Nießbraucher darf aber hierüber frei verfügen, soweit sich die Verfügung innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hält. Von der Einhaltung dieser Voraussetzung hängt grundsätzlich auch die Wirksamkeit der Verfügung Dritten gegenüber ab. Immerhin wird es mit dem Gesetz nicht unvereinbar sein, einem gutgläubigen Dritten in gewissem Umfang Schutz gegen die Unwirksamkeit einer aus dem Rahmen ordnungsmäßiger Wirtschaft herausfallenden Verfügung zu gewähren. Man wird im Interesse der Verkehrssicherheit einen Dritten, der entweder nicht wußte, daß er mit einem Nießbraucher in Verbindung trete, oder aber nicht erkannte und nicht erkennen mußte, daß dessen Verfügung außerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft liege, in seinem Erwerb belassen und den Eigentümer auf Schadenersatzansprüche gegen den Nießbraucher verweisen können (RW 1938, 49²⁷). Jedenfalls aber kann

der Nießbraucher in seinem eigenen Interesse und auch zur Sicherung des Dritten verlangen, daß der Eigentümer die Wirksamkeit der Verfügung anerkennt. Die von dem Nießbraucher angeschafften **Beilaststücke** gehen mit der **Einstellung in den Beilast**, d. h. sobald die angeschafften Stücke in den Dienst der Wirtschaft gestellt sind, kraft Gesetzes in das **Eigentum des Grundstückseigentümers** über (RdZ 40, 188; HR 1932 Nr 1049). Der Nießbraucher ist dem Eigentümer gegenüber verbunden, den Beilast vollzählig zu erhalten. Er hat deshalb an Stelle der veräußerten oder als unbrauchbar in Abgang gekommenen Stücke Ersatzstücke anzuschaffen, soweit dies nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erforderlich ist. Bei außerordentlichen Unglücksfällen (z. B. allgemeines Viehsterben, Feuerzbrunst) kann aber der Eigentümer eine solche Ergänzung vom Nießbraucher nicht verlangen. Die Ergänzungs- und Erhaltungspflicht liegt dem Nießbraucher auch dann ob, wenn der Beilast in verbrauchbaren Sachen (§ 1067) besteht.

2. Hat der Nießbraucher vertraglich die **Beilaststücke zum Schätzungswert** zwecks Rückgabe zum künftigen Schätzungswert übernommen, wozu er gesetzlich keine Verpflichtung hat, so erlangt er zwar ebenfalls nicht das Eigentum. Er hat aber, ohne daß er sich auf unverschuldeten Untergang oder Verschlechterung oder Preisrückgang berufen kann, **Beilaststücke zum gleichen Schätzungswert zurückzugeben** (§ 588). Der Eigentümer kann hierbei solche Stücke, die nach wirtschaftlichen Grundsätzen überflüssig (Superintendentar) oder zu wertvoll sind (Plusinventar), zurückweisen. Weicht der Schätzungswert der zurückübernehmenden Stücke vom dem Schätzungswert der vom Nießbraucher übernommenen Stücke ab, so ist der **Wertunterschied** vom dem Nießbraucher zu ersetzen oder, wenn sich ein Überschuß für ihn ergibt, ihm zu vergüten (§ 589).

§ 1049

Macht der Nießbraucher Verwendungen auf die Sache, zu denen er nicht verpflichtet ist, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag¹.

Der Nießbraucher ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen².

§ I 1010 II 959; M 3 523 ff.; P 3 405, 406; S 236; G 94, 95.

1. Soweit der Nießbraucher zu **Verwendungen auf die Nießbrauchsache** verpflichtet ist (§§ 1041, 1047, 1048), hat er keinen Ersatzanspruch. Im übrigen bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die **Geschäftsführung ohne Auftrag** (§§ 683 f.). Der Nießbraucher ist also bloß deshalb, weil er ein Interesse hat, die seinem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände zu erhalten und nutzbringender zu machen, noch nicht berechtigt, Verwendungen mit einer den Eigentümer verpflichtenden Wirkung vorzunehmen. Zur Begründung des Ersatzanspruchs gehört vielmehr, daß das Eingreifen des Nießbrauchers dem Interesse und dem wirklichen oder annehmbaren Willen des Eigentümers entspricht oder eine dem Eigentümer im öffentlichen Interesse obliegende Pflicht erfüllt (§§ 679, 683). Dies gilt auch — abweichend von der Bestimmung des § 547 Abs 1 beim Mietvertrage — für notwendige Verwendungen. Denn die Sache kann so liegen, daß der Eigentümer kein Interesse an der Erhaltung bestimmter Gegenstände hat, weil sie wertlos geworden sind oder weil ihre Erhaltung zu hohe Kosten erfordert oder weil der Eigentümer zu einem anderen Betriebe übergehen will. Eine Verzinsung des Aufgewendeten kann der Nießbraucher nach § 256 insoweit fordern, als er nicht bereits dadurch entschädigt wird, daß durch die Verwendung die ihm zukommenden Nutzungen sich erhöhen (bestr.). Ist ein Ersatzanspruch nicht begründet, so kann der Nießbraucher das Verwendete nur, soweit hierdurch der Wert der Sache noch bei der Rückgabe erhöht ist, nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern (§§ 684, 685). Der Anspruch aus auftragsloser Geschäftsführung kann schon vor Beendigung des Nießbrauchs geltend gemacht werden. Er geht regelmäßig nur gegen denjenigen, welcher zur Zeit der Verwendung Eigentümer der Sache war. Denn der Nießbraucher kann, falls nicht besondere Umstände vorliegen, nur diesen als zum Ersatz verpflichtet ansehen (bestr.). Tritt also während der Nießbrauchszeit nach Aufbringung der Verwendungen ein Eigentumswechsel an der Nießbrauchsache ein, so richtet sich der Ersatzanspruch des Nießbrauchers nur gegen den alten, nicht gegen den neuen Eigentümer, der bei Beendigung des Nießbrauchs noch Eigentümer sein mag, es aber nicht zur Zeit der Verwendungen war (RG HR 1937 Nr 1444). Dagegen kann der Bereicherungsanspruch gemäß § 822 auch gegen jeden Dritten erhoben werden, dem der erste Empfänger das aus der Verwendung Erlangte unentgeltlich überlassen hat. Wegen des Anspruchs gegen den Nießbrauchsbesteller ist auf § 1058 A 1 und wegen des Absonderungsrechts im Konturfe auf § 49 Abs 1 Nr 3 RdZ zu verweisen. Der Nießbraucher kann wegen seines Anspruchs auf Ersatz oder Herausgabe der Verwendungen auch das Zurückbehaltungsrecht ausüben (§§ 273, 1000).

2. Statt einen Ersatzanspruch zu erheben, kann der Nießbraucher, wenn das Verwendete in äußeren Zusammenhang mit der Sache gebracht ist, diese **Einrichtung wegnehmen**. Das gilt auch dann, wenn die Einrichtung zu einem wesentlichen Bestandteil der Sache geworden, mithin

in das Eigentum des Grundstückseigentümers übergegangen ist. Ein solcher Eigentumsübergang wird allerdings nach § 95 in der Regel nicht stattgefunden haben, da die Verbindung von vornherein nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt sein wird (§ 95 A 2, 5). Die Bestimmungen des § 258 wegen Wiederinstandsetzung und Sicherheitsleistung finden auch auf den Fall des § 1049 Anwendung. Das Recht der Wegnahme steht dem Nießbraucher auch gegen jeden späteren Eigentümer zu.

§ 1050

Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache, welche durch die ordnungsmäßige Ausübung des Nießbrauchs herbeigeführt werden, hat der Nießbraucher nicht zu vertreten¹⁾.

§ 1 1007 Abs 1 II 960; III 3 520; B 3 401.

1. Die gesetzliche Regelung, daß der Nießbraucher für Veränderungen oder Verschlechterungen durch ordnungsmäßige Ausübung des Nießbrauchs nicht haften soll, entspricht der für das Mietverhältnis im § 548 gegebenen gleichlautenden Vorschrift. Hier kann daher auf die Erläuterungen zu § 548 verwiesen werden. Der Nießbraucher hat grundsätzlich nicht die Pflicht, die Sache in demselben Zustand, in dem er sie erhalten hat, an den Eigentümer zurückzugeben (§ 1055 A 2).

§ 1051

Wird durch das Verhalten des Nießbrauchers die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Eigentümers begründet, so kann der Eigentümer Sicherheitsleistung¹⁾ verlangen²⁾.

§ 1 1005 II 961 Abs 1 Satz 1; III 3 518, 519; B 3 399; 6 389.

1. Das Recht des Eigentümers auf Sicherheitsleistung ist nicht dadurch bedingt, daß es bereits zu einer Verletzung seiner Rechte gekommen ist. Es genügt vielmehr ein solches Verhalten des Nießbrauchers, daß mit Grund eine erhebliche Verletzung der Rechte des Eigentümers (vgl. namentlich die §§ 1036 Abs 2, 1041) zu besorgen ist. Auch die Abveräußerung von Sachen kann zu dieser Besorgnis Anlaß geben, obwohl der Eigentümer die Sachen erst nach Beendigung des Nießbrauchs zurückfordern darf. Eine Gefährdung des Eigentümers, die sich nur auf einzelne untergeordnete Nießbrauchsgegenstände erstreckt, kann aber diese Folge nicht haben. Nicht unbedingt erforderlich ist, daß das Verhalten des Nießbrauchers, sei es ein positives Verhalten, sei es ein Unterlassen der nötigen Fürsorge, ihm als Verschulden anzurechnen ist (str.). Regelmäßig wird allerdings die Gefahr einer erheblichen Rechtsverletzung nur im Falle des Verschuldens bestehen. Ausnahmsweise kann aber § 1051 auch dann Platz greifen, wenn ein Verschulden des Nießbrauchers (z. B. wegen Fehlens der nötigen Einsicht oder wegen geistiger Störungen) nicht nachweisbar ist. Das Recht auf Sicherheitsleistung kann jeder Miteigentümer in Ansehung der ganzen Sache, nicht bloß in Höhe seines Anteils geltend machen (§ 1011). Er muß jedoch in diesem Falle auf Sicherheitsleistung an sämtliche Miteigentümer oder auf Hinterlegung klagen (str.).

2. Die Art der Sicherheitsleistung bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 232—240. Die Höhe der zu leistenden Sicherheit richtet sich nach dem Umfang der Gefährdung. In dieser Beziehung dürfen die Grenzen nicht zu eng gezogen werden. Mögen auch die Handlungen des Nießbrauchers nur auf bestimmte Rechtsverletzungen gerichtet gewesen sein, so kann sich hieraus doch die Besorgnis weiterer Rechtsverletzungen auf verwandten Gebieten ergeben.

§ 1052

Ist der Nießbraucher zur Sicherheitsleistung rechtskräftig verurteilt, so kann der Eigentümer statt der Sicherheitsleistung verlangen, daß die Ausübung des Nießbrauchs für Rechnung des Nießbrauchers einem von dem Gerichte zu bestellenden Verwalter übertragen wird. Die Anordnung der Verwaltung ist nur zulässig, wenn dem Nießbraucher auf Antrag des Eigentümers von dem Gerichte eine Frist zur Sicherheitsleistung bestimmt worden und die Frist verstrichen ist; sie ist unzulässig, wenn die Sicherheit vor dem Ablaufe der Frist geleistet wird¹⁾.

Der Verwalter steht unter der Aufsicht des Gerichts wie ein für die Zwangsverwaltung eines Grundstücks bestellter Verwalter. Verwalter kann auch der Eigentümer sein²⁾.

Die Verwaltung ist aufzuheben, wenn die Sicherheit nachträglich geleistet wird¹⁾.

§ I 1006 II 961 Abs 1 Satz 2, Abs 2, 3; M 3 519, 520; P 3 399, 400; G 389, 390.

1. Kommt der Nießbraucher, der rechtskräftig zur Sicherheitsleistung verurteilt ist (§ 1051), innerhalb der im Urteil (§ 255 Abs 2 ZPO) oder durch besonderen Beschluß des Vollstreckungsgerichts (§ 764 ZPO) bestimmten Frist (seit Rechtskraft des Urteils) dem Urteil nicht oder nicht vollständig nach, so kann der Eigentümer die Verwaltung der Sache für Rechnung des Nießbrauchers verlangen. Er erreicht auf diese Weise eine zweckentsprechende Sicherung in viel einfacherer und durchgreifenderer Weise als durch Erzwingung der Sicherheitsleistung. Die Verwaltung findet nur statt als Ersatz der Sicherheitsleistung. Sie ist daher wieder aufzuheben, sobald nachträglich die Sicherheit von dem Nießbraucher geleistet wird.

2. Die Anordnung der Verwaltung erfolgt nicht erst auf Grund einer im Klagewege erzwungenen neuen Verurteilung zur Duldung der Verwaltung, sondern sogleich im Wege der Zwangsvollstreckung auf Grund der rechtskräftigen Verurteilung zur Sicherheitsleistung (A 1). Der Antrag ist deshalb — abgesehen von dem Falle des § 1054 — bei dem Vollstreckungsgericht (§ 764 ZPO) zu stellen. Dieses hat die Ausübung des Nießbrauchs einem Verwalter zu übertragen, der den Nießbraucher in der Wahrnehmung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten vertritt und sich in den Besitz der Sache zu setzen hat. Als Verwalter kann auch der Eigentümer bestellt werden. Die Verfügungsbeschränkung des Nießbrauchers tritt nicht erst mit der Inbesitznahme, sondern schon mit der Zustellung der gerichtlichen Anordnung an den Nießbraucher ein. Die Eintragung der Verfügungsbeschränkung in das Grundbuch ist unzulässig. Der Verwalter hat über die von ihm geführte Verwaltung Rechnung zu legen und den verbleibenden Überschuß dem Nießbraucher abzuliefern. Er steht nach Maßgabe der §§ 150, 153 ZPO unter der Aufsicht des Vollstreckungsgerichts, das die Abnahme der Rechnung durch den Nießbraucher herbeizuführen (§ 154 ZPO), auch die dem Verwalter gebührende Vergütung festzusetzen hat. Der Nießbraucher ist nicht befugt, dem Verwalter Anweisungen über die Art der Verwaltung zu erteilen, sondern hat sich ebenso wie der Eigentümer mit etwaigen Anträgen an das Gericht zu wenden. Unterwirft sich der Nießbraucher freiwillig auf Grund eines besonderen Übereinkommens der Verwaltung, so findet eine Mitwirkung des Vollstreckungsgerichts nicht statt. Der Verwalter hat dann die Stellung eines Bevollmächtigten des Nießbrauchers (vgl. § 168 Satz 2). Die Eintragung in das Grundbuch ist auch in diesem Falle ausgeschlossen. Inwieweit die auf Entziehung des Nießbrauchs gerichtete Anordnung auch wirksam ist gegenüber dem Schuldner einer mit dem Nießbrauch belasteten Forderung, ist in § 1070 A 2 erörtert.

§ 1053

Macht der Nießbraucher einen Gebrauch von der Sache, zu dem er nicht befugt ist, und setzt er den Gebrauch ungeachtet einer Abmahnung des Eigentümers fort, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen¹⁾.

§ I 1004 II 962; M 3 518; P 3 399.

1. Voraussetzung für die Klage auf Unterlassung eines unbefugten Gebrauchs ist hier — ähnlich wie im § 550 —, daß der Nießbraucher trotz Abmahnung den seine Befugnisse überschreitenden Gebrauch schuldhaft fortgesetzt hat. Nicht nötig ist, daß der Nießbraucher ein Recht auf diese Art des Gebrauchs für sich in Anspruch nimmt. Die Unterlassungsklage geht auf die Beseitigung der fortdauernden Beeinträchtigung. Dadurch, daß die Beeinträchtigung später aufgehört hat, wird die Anstellung der Klage nicht ausgeschlossen, falls nicht jedes Interesse des Eigentümers an der Erhebung der Klage weggefallen ist. Wird die Sache unbefugt von dem Nießbraucher veräußert, so ist an sich für die Unterlassungsklage des § 1053 kein Raum. Wenn jedoch durch die unbefugte Verfügung eine Unsicherheit des Rechtszustandes herbeigeführt ist, so kann Anlaß zur Feststellungsklage aus § 256 ZPO gegeben sein.

§ 1054

Verlezt der Nießbraucher die Rechte des Eigentümers in erheblichem Maße und setzt er das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmahnung des Eigentümers fort, so kann der Eigentümer die Anordnung einer Verwaltung nach § 1052 verlangen¹⁾.

§ I 1006 Abs 1 II 963; M 3 519, 520; P 3 399, 400.

1. Das Verlangen aus § 1054 kann nur stellen, wer wirklich, nicht bloß buchmäßig Eigentümer ist. Mithin hat z. B. ein Grundstückserwerber, der zwar schon als Eigentümer im Grundbuch eingetragen steht, dessen Erwerb aber noch der erforderlichen staatlichen Genehmigung entbehrt, einstweilen keinen eigenen Anspruch aus § 1054. Die später erteilte staatliche Genehmigung wirkt

nicht derart zurück, daß damit der Anspruch des Erwerbers als zu einer Zeit, wo die Genehmigung noch fehlte, begründet anzusehen wäre. Ein solcher in die Vergangenheit zurückreichender Anspruch des Grundstücksverwerbers gegen den Nießbraucher kann sich aber stützen lassen auf eine ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Abtretung des Grundstücksveräußerers, der zunächst noch wirklicher, wenn auch nicht buchmäßiger, Eigentümer geblieben war (RG HR 1936 Nr 876). Der Eigentümer kann die Anordnung der **Verwaltung nach § 1052** bei dem Vollstreckungsgericht (§ 764 ZPO) beantragen auf Grund einer den Nießbraucher zur Duldung der Verwaltung verurteilenden vollstreckbaren Entscheidung. Voraussetzung hierfür ist, daß der Nießbraucher durch unbefugten Gebrauch oder in anderen Beziehungen die **Rechte des Eigentümers verletzt** und **trotz Abmahnung** das verletzende Verhalten fortgesetzt hat. Als eine solche Rechtsverletzung ist es auch anzusehen, wenn der Nießbraucher begonnen hat, unter Anmaßung des Eigentumsrechts die Nießbrauchssachen zu veräußern oder zu belasten. Die Rechtsverletzung muß in jedem Falle eine derartige sein, daß sie zu der einschneidenden Maßnahme der Verwaltung nicht außer Verhältnis steht. § 1054 verlangt deshalb, daß die Rechte des Eigentümers in **erheblichem Maße** verletzt sind. Schuldhaft braucht die Rechtsverletzung nicht zu sein. Die Verwaltung wird nicht dadurch beseitigt, daß der Nießbraucher zur Sicherheitsleistung bereit ist.

§ 1055

Der Nießbraucher ist verpflichtet, die Sache nach der Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer¹⁾ zurückzugeben²⁾.

Bei dem Nießbrauch an einem landwirtschaftlichen Grundstücke finden die Vorschriften der §§ 591²⁾, 592³⁾, bei dem Nießbrauch an einem Landgute finden die Vorschriften der §§ 591 bis 593 entsprechende Anwendung⁴⁾.

§ I 991, 1007, 1009 II 964; W 3 504ff., 520ff.; Z 3 392, 401, 402.

1. Der § 1055 handelt — im Unterschiede von dem dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers nach § 985 — von der aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer sich ergebenden Pflicht zur **Rückgewähr**. Die Sache ist zurückzugeben an denjenigen **Eigentümer, welcher zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs das Eigentum hat**. Ist die Sache während der Nießbrauchszeit veräußert worden, so tritt der Erwerber von der Zeit des Eigentumsübergangs an in alle Rechte und Pflichten aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer ein. Die aus diesem Schuldverhältnis für den Veräußerer begründeten Rechte, soweit sie auf die Rückgabe Bezug haben (unbeschadet der zum Schutz des gutgläubigen Schuldners bestimmten Vorschriften der §§ 406ff.), gehen auf den Erwerber über. Die Rückgabepflicht erlischt sich, wenn der Nießbraucher von vornherein bei der Bestellung des Nießbrauchs (ohne daß er hiervon Kenntnis hatte) Eigentümer war oder nachträglich das Eigentum erlangt hat. Denn nicht der Besteller als solcher, sondern der Eigentümer kann die Rückgabe fordern. Durch die (von § 1223 abweichende) Vorschrift des § 1055 Abs 1 wird an sich der persönliche Anspruch des Bestellers auf Rückgabe nicht ausgeschlossen. Hat der Nießbraucher von dem Nichteingentum des Bestellers keine Kenntnis, so greift § 1058 ein. Andernfalls kann der Besteller die Rückgabe nur verlangen, wenn die Rechte des Eigentümers hierdurch nicht gefährdet werden. Ergeben sich in dieser Beziehung Bedenken, so kann der Besteller mit dem Rückgabeanspruch nur durchdringen, wenn er dem Nießbraucher wegen der aus der Rückgabe drohenden Nachteile Sicherheit leistet.

2. **Was die Beschaffenheit der zurückzugebenden Sache betrifft**, so gilt im allgemeinen der Grundsatz, daß die Sache in demselben Zustand zurückzugeben ist, in dem der Nießbraucher sie empfing. Diesen Zustand hat der Eigentümer nachzuweisen. Zufällige Verschlechterungen oder Verminderungen sowie eine durch ordnungsmäßigen Gebrauch herbeigeführte Abnutzung (§ 1050) hat indes der Nießbraucher nicht zu vertreten. Seine Pflicht ist es, nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft mit der Sache zu verfahren (§ 1036 Abs 2). Hieraus folgt, daß die Sache in dem Zustand zurückzugeben ist, der sich bei einer während der Nießbrauchszeit fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirtschaftung ergibt. Das ist für **landwirtschaftliche Grundstücke** (zum Betriebe der Landwirtschaft, nicht auch Forstwirtschaft, bestimmte Grundstücke) durch Bezugnahme auf § 591 ausdrücklich ausgesprochen, gilt aber ebenso auch für andere Sachen. Ist dieser Zustand nicht vorhanden, weil es der Nießbraucher schuldhaft (§§ 276, 278, 1042, 1045, 1048) an der ordnungsmäßigen Bewirtschaftung hat fehlen lassen, so ist er schadensersatzpflichtig. Befindet sich die Sache in einem besseren Zustand, so hat der Nießbraucher einen Anspruch auf Vergütung nur dann, wenn die Werterhöhung durch Verwendungen des Nießbrauchers (§ 1049 A 1), nicht durch seine persönliche Tätigkeit oder durch Verwendungen dritter Personen herbeigeführt worden ist.

3. Eine **Vergütung der Fruchtgewinnungskosten für die noch ungetrennten Früchte**, die der Eigentümer bei Beendigung des Nießbrauchs im Laufe eines von der Bestellung ab zu rechnenden Nießbrauchsjahres an dem **landwirtschaftlichen Grundstück** erhält, kann der Nießbraucher

nach näherer Bestimmung des § 592 nur dann beanspruchen, wenn infolge der Beendigung des Nießbrauchs im Laufe des Nießbrauchsjahres die Früchte, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor Ablauf des Nießbrauchsjahres zu trennen gewesen wären, ihm nicht mehr zutommen. Der Anspruch geht auch nur so weit, als die Kosten einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen (RG 110, 311). Bei der Berechnung, ob die Kosten den Wert der Früchte nicht übersteigen, sind, soweit der Wirtschaftsbetrieb für die betreffenden Früchte ein einheitlicher ist, der Gesamtwert der Früchte und der Gesamtbetrag der Bestelungskosten miteinander zu vergleichen.

4. Für die **Rückgewähr eines Landguts** gilt außerdem die besondere **Regel des § 593**. Der Nießbraucher ist verpflichtet, von den vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnissen, gleichviel ob er solche beim Beginn des Nießbrauchs übernommen hat oder nicht, so viel zurückzulassen, daß damit die Wirtschaft bis zur nächsten Ernte fortgeführt werden kann (§ 593 Abs 1). Da der Nießbraucher hierdurch eine Schmälerung seines Nutzungsrechts erleidet, kann er den Wert der zurückzulassenden Erzeugnisse ersetzt verlangen, soweit dieser Wert infolge größerer Stückzahl oder besserer Beschaffenheit, nicht infolge Steigens der Preise den Wert der beim Beginn des Nießbrauchs übernommenen Erzeugnisse übersteigt (§ 593 Abs 2). Dies gilt indes nicht für den auf dem Gut gewonnenen Dünger, den der Nießbraucher ohne Entschädigung zurücklassen muß (§ 593 Abs 3). Hat der Nießbraucher die aus § 593 sich ergebende Verpflichtung nicht erfüllt, so muß er Schadensersatz leisten. Auf den Schadensersatzanspruch des Eigentümers kommt aber die Vergütung in Anrechnung, die der Eigentümer dem Nießbraucher zu gewähren hat.

§ 1056

Hat der Nießbraucher ein Grundstück über die Dauer des Nießbrauchs hinaus vermietet oder verpachtet, so finden nach der Beendigung des Nießbrauchs die für den Fall der Veräußerung geltenden Vorschriften der §§ 571, 572, des § 573 Satz 1 und der §§ 574 bis 576, 579 entsprechende Anwendung¹⁾.

Der Eigentümer ist berechtigt, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen²⁾. Verzichtet der Nießbraucher auf den Nießbrauch¹⁾, so ist die Kündigung erst von der Zeit an zulässig, zu welcher der Nießbrauch ohne den Verzicht erlöschen würde.

Der Mieter oder der Pächter ist berechtigt, den Eigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Klärung darüber aufzufordern, ob er von dem Kündigungsrechte Gebrauch mache²⁾. Die Kündigung kann nur bis zum Ablaufe der Frist erfolgen³⁾.

RG I 1008 II 965; W 3 521, 522; P 3 402ff.

1. Der Nießbraucher kann sein Nutzungsrecht auch in der Weise verwerten, daß er die Sache **vermietet oder verpachtet**, und zwar auch **über die Dauer des Nießbrauchs hinaus**. Bei dieser Art der Verwertung wird der Nießbrauch in dem durch den Mietvertrag (Pachtvertrag) begrenzten Umfang dem Mieter (Pächter) zur Ausübung überlassen. Deshalb ist auch grundsätzlich das Recht des Mieters oder Pächters in einem solchen Falle von dem Recht des Nießbrauchers abhängig und muß demgemäß grundsätzlich mit der Beendigung des Nießbrauchs aufhören (§ 1059 A 1). Dieser Grundsatz gilt ausnahmslos beim Nießbrauch an beweglichen Sachen und auch beim Nießbrauch an Grundstücken, wenn der Nießbraucher das Grundstück vor Beendigung des Nießbrauchs dem Mieter oder Pächter noch nicht überlassen hat. Ist aber der Besitz des Grundstücks bei der Beendigung des Nießbrauchs dem Mieter oder Pächter bereits überlassen, so ist der Grundsatz durch die Vorschriften des § 1056, die nach den §§ 1423, 2135 entsprechend auch für das Nutznießungsrecht des Ehemanns und für das Nutzungsrecht des Vorerben gelten, im Interesse des Mieters oder Pächters nach zwei Richtungen hin durchbrochen. Diese gesetzliche Regelung beruht auf der Erwägung, daß sonst dem Nießbraucher eine Vermietung oder Verpachtung von Grundstücken und eine Vermietung von Räumen zu annehmbarem Preise sehr erschwert wäre. Daher ist einmal bestimmt, daß der **Verzicht des Nießbrauchers auf den Nießbrauch** (DZ 18, 150) — dem eine das frühere Erlöschen des Nießbrauchs herbeiführende Vereinbarung zwischen Nießbraucher und Eigentümer gleichzustellen ist — keinen Einfluß auf die Beendigung des Miet- oder Pachtverhältnisses hat, sofern nicht etwa dem Mieter bei der Begründung seines Rechts die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Verzichtleistung auf den Nießbrauch bekannt war. Ferner sind hinsichtlich der Fortdauer der Miete oder Pacht nach Beendigung des Nießbrauchs **die §§ 571 ff.** mit der Maßgabe für **entsprechend anwendbar** erklärt, daß dem Eigentümer die Kündigung mit der gesetzlichen Kündigungsfrist gestattet ist. Der Eigentümer bleibt danach trotz Beendigung des Nießbrauchs schuldrechtlich verpflichtet, bis zum Ablauf des Vertrags, in dessen Rechte und Pflichten er an Stelle des Nießbrauchers eintritt, die aus dem Vertrag folgenden Verpflichtungen (unbeschadet der fort-

dauernden Haftung des Nießbrauchers, falls nicht das Vertragsverhältnis mit dem Eigentümer fortgesetzt wird) zu erfüllen (§ 571). Die Anwendbarkeit der Vorschriften in den §§ 1056, 571 hängt nicht davon ab, ob schon von vornherein feststand, daß die Miet- oder Pachtzeit über die Dauer des Nießbrauchs hinausgehen werde (HRN 1936 Nr 723). Hat der Mieter oder Pächter dem Nießbraucher für die Erfüllung seiner Verpflichtungen Sicherheit geleistet, so tritt der Eigentümer in die dadurch begründeten Rechte ein; zur Rückgewähr der Sicherheit ist er nur verpflichtet, wenn ihm die Sicherheit ausgehändigt wird oder wenn er dem Nießbraucher gegenüber die Verpflichtung zur Rückgewähr übernimmt (§ 572). Andererseits gebühren ihm als Entgelt hierfür, und zwar aus selbständigem, nicht vom Nießbraucher abgeleiteten Recht, die nach dem Vertrag dem Vermieter zu gewährenden Leistungen. Es ist nur eine Ausnahmegvorschrift, daß der Eigentümer die Vorausrichtung des Mietzinses einschließlich der Aufrechnung durch den Mieter (§ 575) und die Vorausverfügung über die Mietzinsforderung sich in gewissem Umfang gefallen lassen muß (§§ 573 Satz 1, 574). Die Vorschrift des § 573 Satz 2, die nur von dem Erwerber spricht, ist auf den Eigentümer nicht anwendbar. Seine etwaige Kenntnis von der Vorausverfügung des Nießbrauchers hat hier nicht die Bedeutung einer Einwilligung. Wird das vermietete oder verpachtete Grundstück nach der Beendigung des Nießbrauchs vom Eigentümer veräußert oder belastet, so findet § 579 Anwendung. Für die Rechte und Verpflichtungen aus dem Miet- oder Pachtverhältnis gilt also dasselbe, als wenn der Eigentümer den Miet- oder Pachtvertrag geschlossen hätte. Zeigt der Nießbraucher dem Mieter oder Pächter an, daß der Nießbrauch beendet sei, so muß er in Ansehung der Miet- oder Pachtzinsforderung die angezeigte Beendigung des Nießbrauchs dem Mieter oder Pächter gegenüber auch dann gegen sich gelten lassen, wenn sie in Wirklichkeit nicht erfolgt ist (§ 576).

2. Die nach A 1 ihm zustehende Kündigung mit der gesetzlichen Kündigungsfrist braucht der Eigentümer nicht sogleich nach der Beendigung des Nießbrauchs zu erklären. Er kann vielmehr von dem Kündigungsrecht auch noch später Gebrauch machen. Da es hiernach ungewiß ist, wie lange das Miet- oder Pachtverhältnis noch fortbesteht, so kann der Mieter dem Eigentümer eine angemessene Frist zur Ausübung des Kündigungsrechts setzen. Die Frist ist so zu bemessen, daß dem Eigentümer genügend Zeit bleibt, um sich über die Verhältnisse, die ihm die Ausübung des Kündigungsrechts rätlich erscheinen lassen, zu unterrichten. Die Kündigungserklärung muß vor dem Ablauf der angemessenen Frist dem Mieter zugehen, widrigenfalls das Kündigungsrecht dem Eigentümer verlorengegangen ist.

3. Ist der in A 1 bezeichnete Miet- oder Pachtvertrag von vornherein unter Beitritt des Eigentümers geschlossen worden, so bleibt dieser an den Vertrag auch nach Beendigung des Nießbrauchs gebunden. Im Zweifel ist aber nicht anzunehmen, daß damit der Eigentümer die nach dem Abschluß des Vertrags vom Nießbraucher getroffenen Vorausverfügungen über den Mietzins und die Aufrechnung durch den Mieter über die in den §§ 573 Satz 1, 574, 575 (A 1) festgesetzten Grenzen hinaus gegen sich gelten lassen will. In gleicher Weise sind die Verpflichtungen des Eigentümers zu bestimmen, wenn er nachträglich durch Schuldübernahme die Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem Mietvertrag übernommen hat.

§ 1057

Die Ersatzansprüche des Eigentümers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache sowie die Ansprüche des Nießbrauchers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten¹). Die Vorschriften des § 558 Abs 2, 3¹) finden entsprechende Anwendung²).

© II 906; § 3 407.

1. Die sechsmonatige Verjährung der schuldrechtlichen Ersatzansprüche des Eigentümers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache sowie der Ansprüche des Nießbrauchers aus Verwendungen (§ 1049) gilt auch bei einem in das Grundbuch eingetragenen Nießbrauch an einem Grundstück; die Anwendung des § 902 Abs 1 Satz 1 ist also insoweit ausgeschlossen. In die Verjährungsfrist fallen auch solche Ansprüche des Eigentümers, die sich auf eine unerlaubte Handlung oder auf ein Zuwiderhandeln gegen die besonderen Pflichten des Nießbrauchers gründen (§§ 1036 ff., 1050, 1053 ff.), aber nicht der Ersatzanspruch wegen Unmöglichkeit der Rückgabe der Sache (RG Warn 1908 Nr 320). Die sechsmonatige Frist beginnt nach dem entsprechend anzuwendenden § 558 Abs 2 für den Eigentümer mit dem Zeitpunkt, in dem der Nießbraucher das zur Rückgewähr der Sache Erforderliche getan hat, so daß es lediglich noch vom Belieben des Eigentümers abhängt, den Besitz zu übernehmen. Für den Nießbraucher, der sich im Besitz der Sache befindet oder doch befunden hat und deshalb über seine Verwendungsansprüche unterrichtet sein kann, beginnt die Frist bereits mit der Beendigung des Nießbrauchs. Sind die Voraussetzungen dieser kurzen Verjährung nicht gegeben, so verbleibt es bei der 30-jährigen Verjährung. Doch verjähren die Ersatzansprüche des Eigentümers zugleich mit dem Hauptanspruch auf Rückgabe der Sache (§ 558

Abf 3). Eine Unterbrechung der Verjährung des Hauptanspruchs hat zugleich die Unterbrechung der Verjährung des Nebenanspruchs zur Folge.

2. Die Ansprüche des Nießbrauchers auf Ersatz von Verwendungen aus austragsloser Geschäftsführung (§§ 677 ff.) und die Schadenersatzansprüche des Eigentümers wegen Beschädigung oder Veränderung der Nießbrauchsache (§§ 1036 ff.) können schon **vor Beendigung des Nießbrauchs** geltend gemacht werden. Die Geltendmachung der Schadenersatzansprüche ist aber in der Zeit vor Beendigung des Nießbrauchs insofern beschränkt, als der Nießbraucher verlangen kann, daß der dem Eigentümer zufallende Schadenersatz zur Wiederherstellung der Sache zu verwenden ist (§ 1065 A 2).

§ 1058

Im Verhältnisse zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer gilt zugunsten des Nießbrauchers der Besteller als Eigentümer¹⁾, es sei denn, daß der Nießbraucher weiß¹⁾, daß der Besteller nicht Eigentümer ist²⁾.

§ II 967; § 3 457, 402 ff.; 4 592, 596, 609.

1. Die Gutgläubigkeit des Nießbrauchers ist nicht bloß von Bedeutung für die Entstehung des dinglichen Nießbrauchsrechts (§§ 892, 1032, 930—936), sondern auch, wenn der gute Glaube des Nießbrauchers zur Entstehung des Nießbrauchsrechts geführt hat, für das mit dem Nießbrauch verknüpfte Schuldverhältnis. Solange er das **Nichteigentum des Nießbrauchsbestellers nicht kennt, ist der Nießbraucher** (die rechtswirksame Entstehung des Nießbrauchs vorausgesetzt) **berechtigt, den Besteller als Eigentümer anzusehen**. Er darf also die Verpflichtungen aus dem Nießbrauchsverhältnis mit bester Wirkung durch Leistung an den Besteller erfüllen, insbesondere die Nießbrauchsache nach beendetem Nießbrauch an den Besteller zurückgeben. Die rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen, die hinsichtlich des Nießbrauchs zwischen dem gutgläubigen Nießbraucher und dem Besteller getroffen sind, binden insofern auch den Eigentümer, als dieser die aus der Vereinbarung folgende Minderung seiner Eigentumsbefugnisse sich gefallen lassen muß. Dagegen hat die Vereinbarung nicht die Wirkung, daß der Eigentümer über die Pflicht zur Duldung hinaus zu Leistungen genötigt werden kann (str.). Ähnlich verhält es sich mit einem zwischen dem Nießbraucher, der zur Zeit der Rechtshängigkeit gutgläubig gewesen ist, und dem Besteller geführten Rechtsstreit. Die Rechtshängigkeit des Streites und das ergangene Urteil ist mit der erwähnten Beschränkung auch gegen den Eigentümer wirksam. Die persönliche Haftung des Bestellers wird übrigens dadurch, daß der Eigentümer das Rechtsgeschäft oder die Prozeßführung gegen sich gelten lassen muß, nicht unbedingt beseitigt. Sie bleibt vielmehr insofern bestehen, als die Erfüllung der den Eigentümer treffenden Verpflichtungen von diesem nicht zu erlangen ist. Der Anspruch auf Ersatz von Verwendungen (§ 1049 A 1) ist dem Eigentümer gegenüber schon dann begründet, wenn das Eingreifen des Nießbrauchers zwar nicht dem Interesse und Willen des Eigentümers, wohl aber dem des Bestellers entsprochen hat. Dem Eigentümer verbleibt das Recht, wenn eine Leistung des Nießbrauchers an den Besteller ihm gegenüber wirksam ist, gemäß § 816 vom Besteller und, falls dieser die Leistung erlassen hat, gemäß § 816 Abf 1 Satz 2 vom Nießbraucher die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung zu fordern. Ausgeschlossen wird die Gutgläubigkeit nur durch die **bestimmte Kenntnis des Nießbrauchers, daß der Besteller nicht der Eigentümer ist**, nicht schon dadurch, daß die Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht, auch nicht dadurch, daß der Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Der § 1058 findet Anwendung auch dann, wenn der Besteller der Eigentümer war, später aber die Sache einem anderen übereignet hat, ohne daß die Veräußerung dem Nießbraucher bekanntgeworden ist. Neben § 1058 bleibt die besondere Vorschrift des § 893 für den Nießbrauch an Grundstücken bestehen. Ist der Nießbraucher nicht gutgläubig, so wird er durch eine Erfüllung der Vertragspflichten an den Besteller von den Verpflichtungen aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zu dem Eigentümer nicht befreit.

2. Die Bestimmung des § 1058 ist nur zugunsten des Nießbrauchers gegeben, **nicht zugunsten des Eigentümers**. Eine andere Frage ist es, ob eine Vereinbarung zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller nicht dem Eigentümer zugute kommt. Dies ist zu bejahen, wenn die Vereinbarung in dem Sinne getroffen ist, daß das Rechtsverhältnis gegenüber dem Eigentümer hat geregelt werden sollen (§ 328). Sind in der Vereinbarung Bestimmungen sowohl zugunsten als auch zu Lasten des Eigentümers enthalten, so kann dieser natürlich die Rechte nur dann in Anspruch nehmen, wenn er sich zugleich den Verpflichtungen unterwirft.

§ 1059

Der Nießbrauch ist nicht übertragbar¹⁾. Die Ausübung des Nießbrauchs kann einem anderen überlassen werden²⁾.

§ I 1011—1013 II 968; § 3 535 ff.; § 3 407 ff.; 6 204.

1. Der Nießbrauch ist derart an die Person des Nießbrauchers gebunden, daß er nicht einem andern übertragen werden kann. Ausgeschlossen ist damit auch die Übertragbarkeit des Rechts auf die Bestellung des Nießbrauchs (str.; a. M. *OLG* 1, 18). Durch die Unübertragbarkeit des Nießbrauchs ist nach §§ 1069 Abs 2, 1274 Abs 2 auch die Belastung des Nießbrauchs mit einem Nießbrauch oder mit einem Pfandrechte ausgeschlossen (*RGZ* 40, 254; 48, 213). Verpfändet kann nur werden das Recht zur Ausübung des Nießbrauchs (A 2). Ein weitergehendes Recht kann nach § 857 Abs 3 *BPD* auch durch Pfändung des Nießbrauchs nicht erlangt werden. Der Pfändungsgläubiger hat demgemäß auch seinerseits die Verpflichtungen des Nießbrauchers hinsichtlich der Verwendung der Nutzungen zu erfüllen; ihm kommt also nur der verbleibende Überschuß zugute (*RG* 56, 390 f.). Die Zwangsvollstreckung kann nach § 857 Abs 4 *BPD* in der Weise erfolgen, daß eine Verwaltung angeordnet wird. Die Pfändung der Ausübung des Nießbrauchs an einem Grundstück kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden (A 2). In *RG* 74, 79 wird allerdings bei der (in § 1069 A 2 näher behandelten) Pfändung eines Hypothekennießbrauchs die Eintragung des mit der Pfändung verbundenen Veräußerungsverbots für zulässig erklärt. Diese Auffassung ist aber nicht zu billigen, da der Pfändungsbefehl das Veräußerungsverbot mit der Pfändung zu einer untrennbaren Einheit zusammenfaßt. Offen gelassen ist diese Frage in *ZFG* 14, 342; dort ist aber anerkannt, daß der seiner Ausübung nach gepfändete Nießbrauch ohne Zustimmung des Pfändungsgläubigers gelöst werden kann, solange die Pfändung aus dem Grundbuch nicht erloschen ist. Dieser Ansicht ist auch *ZFG* 16, 332 beigetreten. Eine Zwangsvollstreckung in die einzelnen dem Nießbraucher zustehenden Nutzungen ist nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in bewegliches Vermögen zulässig. Das von dem Pfändungsgläubiger erworbene Pfandrecht kann durch Verzicht des Nießbrauchers auf den Nießbrauch nicht beseitigt werden. Dem Konkurse des Nießbrauchers ist zwar nicht der Nießbrauch selbst, wohl aber nach §§ 851 Abs 1, 857 Abs 3 *BPD*, § 1 *KD* seine Ausübung unterworfen. — Der Grundsatz des § 1059 Satz 1 wird durchbrochen vom *RGef. v. 13. 12. 1935* (*RGBl. I*, 1468; dazu *Durchf. v. 12. 6. 1936* — *RGBl. I*, 489). Hier wird der einer juristischen Person zustehende Nießbrauch im Falle des Vermögensübergangs auf dem Wege der Gesamtrechtsnachfolge und im Falle der Übertragung des Betriebsunternehmens, dem der Nießbrauch zu dienen geeignet ist, für übertragbar erklärt. Doch wird damit nicht zugleich die Möglichkeit einer Pfändung oder Verpfändung des Nießbrauchs eröffnet. Im Falle eines solchen Übergangs oder einer solchen Übertragung tritt der Erwerber dem Eigentümer gegenüber kraft Gesetzes in alle Rechte und Pflichten aus dem Nießbrauch ein, ohne daß dieserhalb der Eigentümer oder sonstige dinglich Berechtigte Entschädigungsansprüche erheben könnten. Bei einer Vermietung oder Verpachtung des nießbrauchsbelaasteten Grundstücks finden in diesen Fällen die §§ 571—576, 578, 579 entsprechende Anwendung.

2. Nur die Ausübung des Nießbrauchs kann einem andern überlassen werden. Für den Überlassungsvertrag ist keine besondere Form vorgeschrieben. In dem Recht zur Überlassung der Ausübung kann der Nießbraucher nicht durch einen mit dem Eigentümer geschlossenen Vertrag dinglich beschränkt werden. Die Bestimmung des § 399 ist hier nicht anwendbar. Geht eine Vereinbarung auf Übertragung des Nießbrauchs, so wird es regelmäßig dem Willen der Parteien entsprechen, daß der Nießbrauch der Ausübung nach übertragen werden soll. Die Vereinbarung ist dann also aus diesem Gesichtspunkt gemäß § 140 aufrechtzuerhalten (*RG ZW* 1910, 801¹). Die Überlassung der Ausübung kann allgemein oder unter Ausschaltung einzelner Nutzungen (§ 1030 Abs 2), unentgeltlich oder entgeltlich erfolgen. Sie darf aber nicht dahin aufgefaßt werden, daß dem Ausübungsberechtigten lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf Gestattung der Ausübung gegen den Nießbraucher zustände. Der Ausübungsberechtigte ist vielmehr, falls er nicht lediglich als Beauftragter des Nießbrauchers die Verwaltung zu führen hat (*RG Warn* 1913 Nr 421), der zur Ausübung des Nutzungsrechts unwideruslich ermächtigte Vertreter des Nießbrauchers. Im Zweifel ist also auch anzunehmen, daß die aus dem Nießbrauch entspringenden einzelnen Befugnisse, soweit ihre Übertragbarkeit nicht beschränkt ist (Recht zur Ziehung der Nutzungen, zur Vermietung und Verpachtung, zur Geltendmachung der hieraus entspringenden Rechte gegen Dritte, zur Kündigung und Einziehung der Forderung usw.), dem Ausübungsberechtigten zu eigenem Recht übertragen sind (*RG* 101, 5; *ZW* 1912, 870²; *Gruch* 56, 975; *Warn* 1912 Nr 344; *RGZ* 48, 212). Die Miet- und Pachtzinsen selbst gehen, falls dies nicht in klarer Weise zum Ausdruck gebracht ist, durch die Überlassung der Nießbrauchsausübung auf den Ausübungsberechtigten nicht über; er erhält vielmehr nur die Ermächtigung zu ihrer Einziehung (*RG* 101, 5; § 1031 A 2). Durch die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs werden dem Ausübungsberechtigten die Rechte nur in der Weise übertragen, daß er auch die dem Nießbraucher obliegenden Pflichten, insbesondere die hinsichtlich der Verwendung der Nutzungen übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen hat. Die Überlassung darf, da der Nießbrauch selbst auf den Ausübungsberechtigten nicht übergeht, in das Grundbuch nicht eingetragen werden (best.; A 1; *RGZ* 40, 254; 48 A 212; *ZFG* 1, 411). Die dennoch erfolgte Eintragung steht nicht unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nach § 892 (*OLG* 18, 152). Selbst wenn man aber insoweit anderer Ansicht sein wollte, hindert doch jedenfalls die Überlassung des Ausübungs-

rechts oder die Pfändung dieses Rechts den Nießbraucher bis zur Eintragung im Grundbuch nicht an einer Verfügung über den Nießbrauch selbst, insbesondere nicht daran, den Nießbrauch durch Verzicht rechtswirksam aufzugeben (§§ 16, 332). Das Ausübungsrecht erlischt mit dem Erlöschen des Nießbrauchs. Es erlischt auch dadurch, daß der Nießbraucher auf sein Recht verzichtet (str.; vgl. für gemeines Recht RG 16, 110). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur zu machen zugunsten des Ausübungsberechtigten, dem der Besitz des Nießbrauchsgrundstücks als Mieter oder Pächter überlassen ist (§ 1056 Abs 2). Denn dadurch ist ein besonderes Rechtsverhältnis begründet worden. Der Eigentümer kann, wenn durch rechtsverletzendes Verhalten des Ausübungsberechtigten in sein Eigentumsrecht eingegriffen wird, sowohl den Ausübungsberechtigten selbst in Anspruch nehmen als auch den Nießbraucher verantwortlich machen, der für dessen Verschulden nach § 278 haftbar ist. Durch Vertrag mit dem Ausübungsberechtigten kann der Nießbraucher von dieser Haftung nicht entbunden werden. Der Ausübungsberechtigte hat bei der Benutzung der Sache die gleichen Pflichten dem Eigentümer gegenüber zu erfüllen, wie sie dem Nießbraucher obliegen. Unter den Voraussetzungen des § 1053 kann der Eigentümer gegen ihn auf Unterlassung klagen. Sicherheitsleistung kann er dagegen gemäß § 1051 nur vom Nießbraucher, nicht vom Ausübungsberechtigten verlangen. Gegen diesen kann er sich eine Sicherung nur im Wege der einseitigen Verfügung verschaffen. Das dem Ausübungsberechtigten zustehende Recht ist vererblich und übertragbar.

§ 1060

Trifft ein Nießbrauch mit einem anderen Nießbrauch oder mit einem sonstigen Nutzungsrecht an der Sache dergestalt zusammen, daß die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang, so findet die Vorschrift des § 1024 Anwendung ¹⁾.

§ I 976 II 969; M 3 486, 487, 499; P 3 387.

1. Der zeitlich früher entstandene Nießbrauch hat den Vorrang vor den später entstandenen dinglichen Nutzungsrechten (Nießbrauch, persönliche Dienstbarkeit, Grunddienstbarkeit, Erbbaurecht). Der vorgehende Berechtigte braucht sich durch den nachstehenden keine Beschränkungen auferlegen zu lassen. Ist aber der Rang mehrerer dinglicher Nutzungsrechte, der sich bei Nutzungsrechten an Grundstücken durch die Zeit der Eintragung im Grundbuch bestimmt (§§ 873, 879), der gleiche, so muß bei einem Widerstreit der Rechte jeder Beteiligte sich gemäß § 1024 eine verhältnismäßige Einschränkung seiner Befugnisse inhaltlich oder zeitlich gefallen lassen. Er kann verlangen, daß hierüber eine allgemeine Regelung stattfindet, und kann demgemäß gegen die übrigen Beteiligten auf Erteilung der Zustimmung zu der von ihm vorgeschlagenen Regelung klagen. — Wird eine Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) und ein zur Tilgung dieser Hypothek bestimmter Nießbrauch zu gleichem Range eingetragen, so ist bei einem Widerstreit dieser Rechte der Hypothek der Vorzug zuerkennen. Ein Teilabtretungsempfänger der Hypothek ist also berechtigt, die Zwangsverwaltung des Grundstücks zu beantragen, obgleich die Ausübung des dem Abtretenden verbleibenden Nießbrauchs durch die Zwangsverwaltung gehindert wird.

§ 1061

Der Nießbrauch erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers ¹⁾. Steht der Nießbrauch einer juristischen Person zu ²⁾, so erlischt er mit dieser ³⁾.

§ I 1014 II 970; M 3 530, 531; P 3 410 ff.

1. Der Nießbrauch erlischt nach der zwingenden Vorschrift des § 1061 mit dem Tode des Nießbrauchers. Er ist somit unvererblich. Der Eigentümer kann aber die schuldrechtliche Verpflichtung eingehen, den Erben des Nießbrauchers einen neuen Nießbrauch zu bestellen. Ist der Nießbrauch an einem Grundstück für mehrere Berechtigte je zu einem Bruchteil bestellt, so erlischt mit dem Tode des einen der Nießbrauch zu dessen Bruchteil. Der Eigentümer kann aber in Höhe des Bruchteils einen neuen Nießbrauch bestellen (RGZ 49, 191). Die Todeserklärung begründet nach § 18 nur die Vermutung des Todes. Sie hat daher das Erlöschen des Nießbrauchs nicht zur Folge, wenn der Nachweis der Unrichtigkeit des Todeserklärungs geführt wird.

2. Steht der Nießbrauch einer juristischen Person zu, so dauert er bis zum Erlöschen der juristischen Person fort. Man hat eine solche Regelung, obwohl durch sie die dauernde Trennung des Nutzungsrechts von dem Eigentum herbeigeführt wird, für zulässig gehalten, weil der Nießbrauch einer juristischen Person nur ausnahmsweise unter besonders gearteten Verhältnissen vorkommen wird. Die juristische Person erlischt mit der Auflösung oder mit der Entziehung der Rechtsfähigkeit. Doch bleibt die Rechtsfähigkeit der juristischen Person, wenn eine Liquidation stattfindet (§ 47), in beschränkter Weise bestehen, soweit es für die Zwecke der Liquidation erforderlich ist. Hieraus darf gefolgert werden, daß auch der Nießbrauch erst mit der Beendigung der Liquidation untergeht (bestr.). Als juristische Personen im Sinne des § 1061 sind auch solche

Gesellschaften anzusehen, die zwar nicht juristische Personen im eigentlichen Rechtssinne sind, aber unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen können, also namentlich die offene Handelsgesellschaft. Für sie kann ein Nießbrauch bestellt werden (RG 16, 1). Ist dies geschehen, so wird auch anzunehmen sein, daß der Nießbrauch mit der Auflösung der Gesellschaft, also mit dem Erlöschen des Berechtigten, endigt. Denn daß nach der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft der Nießbrauch etwa den bisherigen Gesellschaftern nach Bruchteilen zustehen und erst mit dem Tode der bei der Auflösung vorhandenen Mitglieder erlöschen sollte, erscheint schon als dem Willen der Nießbrauchbesteller zuwiderlaufend ausgeschlossen (str.). Ist der Nießbrauch einem nicht rechtsfähigen Verein zugewendet, so sind zwar die Mitglieder als Berechtigte anzuerkennen. Die Zuwendung wird aber regelmäßig in dem Sinne erfolgt sein, daß den Mitgliedern der Nießbrauch nur in ihrer Eigenschaft als Vereinsmitgliedern und nur so lange zukommen soll, als der Verein die satzungsmäßigen Zwecke betätigt. Das Erlöschen des Nießbrauchs wird demgemäß nicht bloß bei der Auflösung des Vereins, sondern auch dann anzunehmen sein, wenn der Verein wesentlich andere Zwecke verfolgt. Die durch das RGef v. 13. 12. 1935 geregelte Übertragbarkeit des Nießbrauchs juristischer Personen ist bereits in § 1059 A 1 a. E. behandelt.

3. Die Beendigung des Nießbrauchs wird außerdem kraft rechtsgeschäftlicher Vereinbarung eines Endtermins oder einer auflösenden Bedingung (§ 1030 A 2) durch deren Eintritt oder auch durch eine vereinbarungsgemäß zulässige Kündigung herbeigeführt. Stirbt der Nießbraucher vor dem Eintritt des Endtermins oder der Bedingung, so endigt der Nießbrauch schon mit dem Tode. Ferner erlischt der Nießbrauch durch rechtsgeschäftliche Aufhebung (§§ 875, 876, 1062, 1064), bei beweglichen Sachen durch Zusammentreffen mit dem Eigentum (§ 1063), durch Pfandverkauf nach § 1242 Abs 2 und durch gutgläubigen Erwerb des Eigentums der belasteten Sache nach § 936, weiter durch Untergang (nicht schon Umgestaltung) der Sache und durch Enteignung. Ist der Nießbrauch zur Tilgung einer Schuld bestellt (§ 1030 A 6), so hat der Eigentümer, sobald die Schuld aus den Einkünften getilgt ist oder getilgt sein konnte, einen Anspruch auf Aufhebung des Nießbrauchs. Es kann aber auch (als Bedingung) vereinbart werden, daß der Nießbrauch mit der Tilgung der Schuld ohne weiteres erlischt. Dieser Vereinbarung kann bei einem Nießbrauch am Grundstück durch Eintragung in das Grundbuch dingliche Wirkung beigelegt werden. Ein schon beim Inkrafttreten des BGB bestehender Nießbrauch erlischt gemäß Art 184 EG nach den Vorschriften des alten Rechts (RG Bruch 56, 1161). — Verlangt nach dem Erlöschen des Nießbrauchs an einem Grundstück der Eigentümer vom Nießbraucher die zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung erforderlichen Urkunden, so kann der Nießbraucher die Löschungunterlagen unter den Voraussetzungen des § 273 Abs 1 oder Abs 2 zurückhalten, sofern nicht ein solches Zurückbehaltungsrecht nach dem Inhalt des Vertrags über die Nießbrauchsbestellung ausgeschlossen ist. Grundsätzliche Beschränkungen des Zurückbehaltungsrechts, wie sie im Falle des § 1144 (dort A 2 Mitte) dem befriedigten Hypothekengläubiger in Ansehung anderer persönlicher Ansprüche als der getilgten Hypothekenforderung auferlegt werden, bestehen hier nicht (RG 141, 226).

§ 1062

Wird der Nießbrauch an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft aufgehoben, so erstreckt sich die Aufhebung im Zweifel auf den Nießbrauch an dem Zubehör¹⁾.

§ II 971; § 3 412.

1. Wie die Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstück auch die Zubehörstücke ergreift (§ 1031 A 3), so hat die **rechtsgeschäftliche Aufhebung des Nießbrauchs an einem Grundstück** (§ 1064 A 2) zugleich die Beendigung des Nießbrauchs an den **Zubehörstücken** zur Folge. Es bedarf also nicht mehr der für die Aufhebung des Nießbrauchs an beweglichen Sachen in § 1064 vorgeschriebenen Form. Vorausgesetzt ist, daß der Wille des Nießbrauchers darauf gerichtet ist, den Nießbrauch auch an den Zubehörstücken aufzuheben; dieser Wille ist im Zweifel als vorhanden anzunehmen. — Unter einer Aufhebung im Sinne des Art 189 EG, der hierfür die fortdauernde Geltung des bisherigen Rechts bestimmt, ist nicht nur die rechtsgeschäftliche, sondern auch die gesetzliche Aufhebung zu verstehen (RG Warn 1916 Nr 19).

§ 1063

Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache erlischt, wenn er mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft¹⁾.

Der Nießbrauch gilt als nicht erloschen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Nießbrauchs²⁾ hat³⁾.

§ I 1016 Abs 1 II 972; § 3 531; § 3 412; § 6 390.

1. Der Nießbrauch an einem Grundstück erlischt grundsätzlich nicht durch **Vereinigung mit dem Eigentum** am Grundstück (§ 889). Vereinnigt sich dagegen der Nießbrauch und das Eigentum

an einer beweglichen Sache — was wegen der Unvererblichkeit und Unübertragbarkeit des Nießbrauchs nur in der Weise vorkommen kann, daß der Nießbraucher das Eigentum erwirbt —, so geht der Nießbrauch als besonderes Recht unter.

2. Der Nießbrauch gilt nicht als durch die Vereinigung erloschen, soweit der Eigentümer hierüber einen Nachteil erleiden würde und deshalb an dem Fortbestehen des Nießbrauchs ein rechtliches Interesse hat. Dies ist der Fall, wenn die bewegliche Sache noch mit einem weiteren im Range gleich- oder nachstehenden Nießbrauch belastet ist. Besteht an der Sache ein weiterer im Range vorgehender Nießbrauch, so hat der Eigentümer an der Erhaltung seines eigenen Nießbrauchsrechts kein Interesse. Wohl aber liegt ein solches Interesse vor, wenn der fremde Nießbrauch im Range gleichsteht, da dann nach § 1060 eine verhältnismäßige Beschränkung der beiden Nutzungsrechte eintritt, oder wenn der fremde Nießbrauch im Range nachsteht, da die Verwirklichung dieses Nießbrauchs durch den im Range vorgehenden Nießbrauch des Eigentümers gehindert wird. Ist die Sache außer dem Nießbrauch mit einem Pfandrecht belastet, so ist der Eigentümer ebenfalls am Fortbestehen des Nießbrauchs dann interessiert, wenn das Pfandrecht dem Nießbrauch nachsteht oder gleichsteht (vgl. auch § 1060 A 1). Denn der Pfandgläubiger kann in solchen Fällen die Versteigerung der Sache nur in der Weise bewirken, daß der dem Pfandrecht im Range vorgehende Nießbrauch bestehen bleibt (§ 1242 Abs 2 Satz 2). Hat der Nießbrauch gleichen Rang, so erlischt er zwar, wenn die Sache auf Antrag des Pfandgläubigers zur Versteigerung gebracht ist. Der gleiche Rang bleibt aber insofern von Bedeutung, als an Stelle der Sache gemäß § 1247 Satz 2 die Haftung des Erlöses tritt.

3. Die Vorschrift des § 1063 findet nach § 1072 auch bei dem Nießbrauch an Rechten Anwendung.

§ 1064

Zur Aufhebung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft genügt die Erklärung des Nießbrauchers¹⁾ gegenüber dem Eigentümer oder dem Besteller, daß er den Nießbrauch aufgibt²⁾.

§ I 1016 RSt 2 II 973; M 3 531, 532; P 3 412, 457; 4 592, 593, 595, 596, 603, 609.

1. Zur Aufhebung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft ist nicht die Rückgabe der Sache, auch nicht (wie zur Aufgabe des Eigentums: § 959) die Besitzaufgabe erforderlich. Vielmehr genügt die einseitige Erklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer, daß er den Nießbrauch aufgibt, um die Rechte des Nießbrauchs zu beendigen und den Nießbraucher von späteren Verpflichtungen zu befreien. Die Erklärung kann mit Wirkung gegen den Eigentümer auch gegenüber dem Besteller abgegeben werden, selbst wenn der Nießbraucher weiß, daß der Besteller nicht der Eigentümer ist. Denn wenn auch das durch den Nießbrauch begründete Schuldverhältnis nur zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher besteht, so darf doch der Nießbraucher bei der Aufgabe des Nießbrauchs sich an denjenigen wenden, von welchem er den Nießbrauch erhalten hat. Auf die Rückgabe der Sache, die eine stillschweigende Aufgabenerklärung enthalten kann, ist dieser Rechtsatz nicht auszudehnen. Die Rückgabe kann, soweit die Bestimmung des § 1058 nicht eingreift, wirksam nur an den Eigentümer erfolgen.

2. Zur Aufhebung des Nießbrauchs an einem Grundstück ist nach § 875 die Aufgabenerklärung gegenüber dem Beteiligten („zu dessen Gunsten sie erfolgt“: § 1071 A 2) oder gegenüber dem Grundbuchamt und die Löschung im Grundbuch erforderlich.

§ 1065

Wird das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Nießbrauchers die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften¹⁾ entsprechende Anwendung²⁾.

§ I 1017 II 974; M 3 532, 533; P 3 412, 413.

1. Nach den bei einer Beeinträchtigung des Rechts des Nießbrauchers entsprechend anzuwendenden Vorschriften, die für die Ansprüche aus dem Eigentum gelten, steht dem Nießbraucher bei einer Vorenthaltung der Nießbrauchsache gegen den Besitzer der Anspruch auf Herausgabe nach den §§ 985 ff. und bei einer sonstigen Beeinträchtigung gegen den Störer der Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung nach § 1004 zu. Ist die Nießbrauchsache auf das Grundstück eines Dritten gelangt, ohne daß dieser die Sache in Besitz genommen hat, so hat der Nießbraucher nach den §§ 1005, 867 den Anspruch auf Duldung der Auffuchung und Wegnahme. Der Nießbraucher ist außerdem dadurch geschützt, daß ihm als Besitzer der Besitzschutz (§§ 861, 862) zustatten kommt und daß er die Klage aus dem besseren Recht zum Besitz hat (§§ 1006, 1007). Die Vermutung des § 1006 Abs 2 kommt auch dem

Nießbraucher zugute. Was den Herausgabeanspruch anlangt, so kann der Nießbraucher diesen Anspruch selbständig neben dem Eigentümer geltend machen. Der Eigentümer darf den Klageantrag nur dahin richten, daß der Besitz dem Nießbraucher eingeräumt wird (§ 986 A 3). Auf Herausgabe der Nutzungen, die für die Vergangenheit dem Nießbraucher zugekommen sein würden, oder auf Ersatz ihres Wertes hat natürlich nur der Nießbraucher Anspruch. Der Nießbraucher kann auch die Ansprüche wegen der vom besagten Besitzer im Uebermaß gezogenen Früchte geltend machen, da er ihren Wert erst nach Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer zu erstatten hat (§ 1039). Der Klage des Nießbrauchers gegenüber hat der Besitzer dieselben Einreden, die ihm gegen die Klage des Eigentümers gegeben sind. Da aber der Nießbraucher eine sein dingliches Recht schmälernde Verfügung des Eigentümers nicht anzuerkennen braucht, kann der Besitzer dem Nießbraucher Einreden aus einer solchen Verfügung nicht entgegenhalten. Ersatz von Verwendungen gemäß § 994 Abs 2 aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag kann der Besitzer vom Nießbraucher nur fordern, wenn die Übernahme der Geschäftsbesorgung dem Interesse und dem Willen des Nießbrauchers entspricht (§§ 683, 679).

2. Besteht die Beeinträchtigung des Nießbrauchs in einer unerlaubten Handlung, so kann der Nießbraucher Schadensersatz nach den §§ 823, 826 beanspruchen. Zur Klage auf Schadensersatz wegen Zerstörung oder verschuldeter Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache ist der Nießbraucher insoweit befugt, als er durch den Schaden betroffen ist; im übrigen steht diese Klage dem Eigentümer zu (M 3, 509). Der Eigentümer kann nicht den vollen Schadensersatz einklagen. Ebensovienig kann der Nießbraucher, der einen selbständigen Entschädigungsanspruch hat, verlangen, daß ihm an der dem Eigentümer zufallenden Entschädigungssumme der Nießbrauch eingeräumt werde (str.). Auf Schadensersatz wegen Verschlechterung der Sache kann auch der Nießbraucher klagen. Soweit er jedoch das Geld nicht zur Wiederherstellung der Sache verwendet, ist er verpflichtet, dem Eigentümer den Betrag nach Beendigung des Nießbrauchs zu erstatten und unter Umständen schon vorher hierfür Sicherheit zu leisten (§ 1067). Hat der Eigentümer den Schadensersatz erhalten, so hat er ihn auf Verlangen des Nießbrauchers zur Wiederherstellung der Sache zu verwenden (§§ 1039, 1046). Schadensersatz wegen Entziehung der Nutzungen (die auch durch Verletzung eines Urheberrechts oder eines gewerblichen Schutzrechts herbeigeführt sein kann) hat der Nießbraucher selbständig zu beanspruchen, ebenso Schadensersatz wegen Verzugs.

§ 1066

Besteht ein Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers, so übt der Nießbraucher die Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben¹⁾.

Die Aufhebung der Gemeinschaft kann nur von dem Miteigentümer und dem Nießbraucher gemeinschaftlich verlangt werden²⁾.

Wird die Gemeinschaft aufgehoben, so gebührt dem Nießbraucher der Nießbrauch an den Gegenständen, welche an die Stelle des Anteils treten³⁾.

§ 1 935 II 975; M 3 497 ff.; P 3 387; 4 597, 598.

1. Der Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers (§ 1030 A 1) ist Sachnießbrauch, nicht Rechtsnießbrauch. Das ist für die Bestellung des Nießbrauchs, für die Pfändung usw. wichtig. Da die Sache nicht ganz, sondern nur mit dem Anteil des Miteigentümers dem Nießbrauch unterliegt, so kann der Nießbraucher das Benutzungsrecht und das damit verbundene Recht der Einwirkung auf die Nießbrauchsache nur innerhalb der Grenzen ausüben, die dem mit dem Nießbrauch belasteten Miteigentümer durch das Gemeinschaftsverhältnis gezogen sind. Er ist deshalb an die vor der Bestellung des Nießbrauchs von den Miteigentümern mit Stimmenmehrheit gefaßten Beschlüsse über die Benutzung und Verwaltung (§ 746) gebunden, auch wenn er hiervon bei der Entstehung seines Rechts keine Kenntnis gehabt hat. Die Rechte des Miteigentümers in Ansehung der Verwaltung und der Art der Benutzung (§§ 743—745) werden von dem Nießbraucher wahrgenommen. Dieser hat demgemäß bei der Beschlussfassung aus § 745 an Stelle des Miteigentümers mitzuwirken und kann, solange ein solcher Beschluß nicht gefaßt ist, die Zustimmung der übrigen Miteigentümer zu der von ihm vorgeschlagenen angemessenen Regelung verlangen. Handelt es sich aber um eine Umgestaltung oder wesentliche Veränderung der gemeinschaftlichen Sache (§§ 1037, 745 Abs 3) oder um eine sonstige die Grenzen des Nutzungsrechts überschreitende Maßnahme, so bedarf der Nießbraucher, der hierin willigen will, der Zustimmung des Miteigentümers (str.). Die Kosten einer gemeinschaftlichen Benutzung und Verwaltung fallen als Kosten des Betriebs (§ 1047 A 1) dem Nießbraucher anteilig zur Last (str.). Besteht ein Bruchteilnießbrauch an einer nicht im Miteigentum befindlichen Sache (§ 1030 A 3;

§ 1031 A 1), so übt der Nießbraucher die gleichen Rechte aus, als wenn hinsichtlich des Bruchteils ein Miteigentum bestände.

2. Der Miteigentümer, dessen Anteil mit dem Nießbrauchsrecht belastet ist, kann durch seine Verfügungen das Recht des Nießbrauchers nicht schmälern. Er kann dies auch nicht dadurch tun, daß er durch Stellung des Antrags auf **Aufhebung der Gemeinschaft** eine Umwandlung des Gegenstandes des Nießbrauchs herbeiführt. Zur Stellung dieses Antrags ist daher der **Miteigentümer nur in Gemeinschaft mit dem Nießbraucher** befugt. Ebenso kann der von anderer Seite ausgehende Antrag nur gegen den Miteigentümer und den Nießbraucher gemeinschaftlich gerichtet werden. In dem sich anschließenden Teilungsverfahren ist der Nießbraucher als Partei mit zuzuziehen. Ohne seine Zustimmung kann hinsichtlich der Teilung eine rechtswirksame Verfügung von dem Miteigentümer nicht getroffen werden. Sowohl der Miteigentümer als auch der Nießbraucher kann aber die Zustimmung des anderen Teiles zum Antrag auf Aufhebung der Gemeinschaft und zur Teilung verlangen, wenn diese Maßnahme den Grundfätzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht.

3. Auf die **bei der Auseinandersetzung** dem Miteigentümer **zugeteilten Gegenstände** geht der Nießbrauch nicht ohne weiteres kraft Gesetzes über (Str.; RGZ 43, 268), sondern der Nießbraucher hat, wie aus der Fassung des Gesetzes („gebührt“) sich ergibt, nur ein Recht auf Bestellung des Nießbrauchs an den Gegenständen. Der Nießbraucher ist aber dadurch gesichert, daß ohne seine Zuziehung die zugeteilten Gegenstände dem Miteigentümer nicht übereignet werden können (§ 1089 A 1 a. E.).

§ 1067

Sind verbrauchbare Sachen Gegenstand des Nießbrauchs, so wird der Nießbraucher Eigentümer der Sachen¹⁾; nach der Beendigung des Nießbrauchs hat er dem Besteller den Wert zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten²⁾. Sowohl der Besteller als der Nießbraucher kann den Wert auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen²⁾.

Der Besteller kann Sicherheitsleistung verlangen, wenn der Anspruch auf Ersatz des Wertes gefährdet ist³⁾.

§ 1 1018—1020 II 976; W 3 533 ff.; P 3 413.

1. Bei **verbrauchbaren beweglichen Sachen**, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch im Verbrauch oder in der Veräußerung besteht (§ 92 Abs 1), ist dem Nießbraucher, damit er diesen Gebrauch machen kann, das **Eigentum mit der Verpflichtung zur Wertersatzung** bei Beendigung des Nießbrauchs eingeräumt (uneigentlicher Nießbrauch im Sinne des gen. Rechts). Den Parteien ist es aber gestattet, durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung eine andere Regelung zu treffen. Dies kann in der Weise geschehen, daß der Nießbraucher (ähnlich wie beim ehemännlichen und elterlichen Nutznießungsrecht nach den §§ 1376 Nr 1, 1653) nicht das Eigentum, sondern nur das Verfügungsrecht erlangt. Eine solche Regelung wird z. B. trotz der Vorschrift des § 1067 beim Nießbrauch an einem zum Umsatz bestimmten Warenlager meist dem Parteiwillen entsprechen. Der Nießbraucher ist in derartigen Fällen zur ordnungsmäßigen Verfügung berechtigt, ohne durch die Vorschriften der §§ 1036 Abs 2, 1037 beschränkt zu sein. Er ist dazu auch dem Nießbrauchbesteller gegenüber verpflichtet (über den Nießbrauch am Erwerbsgeschäft § 1085 A 2). Das Verfügungsrecht bildet zusammen mit dem Nießbrauch ein einheitliches Recht, das auch gegenüber der Konkursmasse des Eigentümers wirksam bleibt. Die Verfügungsbefugnis des Eigentümers wird aber durch den Verfügungsnießbrauch — abweichend von der Verfügungsnutznießung des Eheannes (§§ 1395 ff.) — nicht beschränkt. Das Eigentum an der Nießbrauchsache verbleibt dem bisherigen Eigentümer so lange, bis der Nießbraucher auf Grund seines Verfügungsrechts die Sache veräußert oder verbraucht hat (§ 700 Abs 1 Satz 2). Die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Sicherheitsleistung bestimmt sich dann aber auch in diesem Falle nach § 1067 Abs 2. Wird ein Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen erlassen, so tritt die Rechtswirkung des § 1067 Abs 1 ein, ohne daß der Wille des Erlassenden gerade auf die Erlangung des Eigentums gerichtet zu sein braucht (beitr.).

2. Abgesehen von der besonderen Regelung des Eigentumsübergangs (A 1) bleiben für den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen, namentlich in Ansehung der Erlösungsgründe, die allgemeinen Grundsätze maßgebend. Die **Verpflichtung zum Ersatz des Wertes** nach Beendigung des Nießbrauchs ist jedoch, wenn und weil der Nießbraucher selbst Eigentümer geworden ist, nicht dem Eigentümer, sondern **dem Besteller gegenüber zu erfüllen**. Auch im übrigen besteht das durch diesen Nießbrauch begründete Schuldverhältnis nur zwischen dem Nießbraucher und dem Nießbrauchbesteller, nicht zwischen dem Nießbraucher und dem zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs vorhanden gewesenen Eigentümer. Wenn mithin ein Nießbrauch infolge Gutgläubigkeit des Nießbrauchers rechtswirksam entstanden (§ 1032 A 1) und so das Eigentum an den verbrauchten Sachen

auf den Nießbraucher übergegangen ist, so ist der frühere Eigentümer der Sachen darauf beschränkt, die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung gemäß § 816 Abs 1 Satz 1 von dem Nießbrauchbesteller als dem verfügenden Nichtberechtigten und gemäß § 816 Abs 1 Satz 2 von dem Nießbraucher, der den Nießbrauch unentgeltlich erworben hat, zu verlangen. — Für den nach Beendigung des Nießbrauchs zu leistenden Wertesatz ist maßgebend der Wert, den die Sache zur Zeit des Übergangs des Eigentums auf den Nießbraucher gehabt hat. Bei dem durch Erziehung erworbenen Nießbrauch tritt der Erwerb erst mit Vollendung der Erziehung ein. Daher wird es hier auf den Wert zu dieser Zeit (unbeschadet einer aus anderen Gründen sich ergebenden Schadensersatzpflicht), nicht auf den Wert zur Zeit des Beginns der Erziehung ankommen. Vollzieht sich der Eigentumsübergang erst mit dem Verbrauch oder der Veräußerung der Sache (A 1), so ist dieser Zeitpunkt entscheidend. Bei der Wichtigkeit der Feststellung des Wertes für die Rückgabepflicht ist die Bestimmung des § 1034 dahin erweitert, daß bei dem Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen sowohl der Nießbraucher als auch der Besteller auf Feststellung des Wertes durch Sachverständige antragen kann (§ 1034 A 1).

3. Als Ersatz für die sonst in der Fortdauer des Eigentums liegende Sicherheit, die hier durch den Eigentumsübergang auf den Nießbraucher verlorengeht, ist dem Besteller — nicht dem bisherigen Eigentümer (A 2) — das Recht eingeräumt, bei Gefährdung des Anspruchs auf den späteren Ersatz des Wertes sogleich Sicherheitsleistung zu fordern. Die Gefährdung braucht nicht in dem Maße vorhanden zu sein, daß sie zur Begründung eines Arrestantrags ausreichen würde. Es genügt vielmehr, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse des Nießbrauchers keinerlei Sicherheit für die Erfüllung der Verpflichtung zum Wertesatz bieten. Ist ein Anspruch auf Sicherheitsleistung begründet, so kann bis zur Leistung der Sicherheit die Bestellung des Nießbrauchs zurückgehalten werden (§ 273).

II. Nießbrauch an Rechten

§ 1066

Gegenstand des Nießbrauchs kann auch ein Recht sein¹⁾.

Auf den Nießbrauch an Rechten finden die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1069 bis 1084 ein anderes²⁾ ergibt³⁾.

© I 1021 II 977; M 3 538ff.; P 3 413.

1. Gegenstand des Nießbrauchs kann jedes übertragbare (§ 1069 Abs 2) Recht sein, das geeignet ist, unmittelbar oder mittelbar Nutzungen zu gewähren, namentlich Realkasten, Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden. Auch das Recht auf den Erwerb einer Sache ist selbst dann, wenn es an eine Gegenleistung geknüpft ist, für die Bestellung eines Nießbrauchs insoweit geeignet, als es die Möglichkeit gewährt, von der erworbenen Sache (§ 1075 A 1) Nutzungen zu ziehen. Die zum Erwerb der Sache nötige Gegenleistung wird in einem solchen Falle der Nießbraucher vorauslagen müssen, um durch den Erwerb den Nießbrauch an der Sache zu erlangen. Unzulässig aber ist ein Nießbrauch an einem Vorkaufrecht, auch wenn es nach § 514 ausnahmsweise übertragbar ist. Denn das Vorkaufrecht kann keine Nutzungen gewähren; der Nießbraucher könnte den Eintritt in den das Vorkaufrecht auslösenden Kaufvertrag weder für sich noch für den Vorkaufsberechtigten herbeiführen (str.). Das mit dem Nießbrauch zu belastende Recht muß abtretbar sein (§ 1069 A 2). Dem Rechtsnießbrauch unterliegen nicht bloß Forderungen, die gegen eine bestimmte Person gehen, sondern auch gewisse Anteilsrechte (Näheres in A 3) und gegen jeden Dritten wirksame Unterjagungsrechte (absolute Rechte), z. B. ein Urheberrecht, Patentrecht usw. Der Nießbrauch an dem Miteigentum einer Sache aber ist nach § 1066 entsprechend dem Nießbrauch am Eigentumsrecht als Sachnießbrauch, nicht als Rechtsnießbrauch zu behandeln, ebenso der Nießbrauch an einem Erbbaurecht (§ 1017) und an den nach Landesrecht den Grundstücken gleichstehenden Berechtigungen. Auch der Nießbrauch an dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache stellt sich nicht als Rechtsnießbrauch, sondern als Sachnießbrauch dar. Besonders geregelt ist der Nießbrauch an einer Leibrente (§ 1073), an einer Forderung im allgemeinen (§§ 1074, 1075), an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung (§§ 1076—1079), an einer Grund- oder Rentenschuld (§ 1080), an Inhaber- oder Orderpapieren (§§ 1081—1084).

2. Kraft der dinglichen Natur des Nießbrauchs ist das Recht dem Nießbrauch unmittelbar mit der Wirkung unterworfen, daß jede weitere den Nießbrauch beeinträchtigende Berechtigung ausgeschlossen ist. Der dingliche Nießbrauch an einem Recht unterscheidet sich hiernach wesentlich von dem schuldrechtlichen Anspruch auf Einräumung des Nießbrauchs an dem Recht. Abweichungen von den Vorschriften über den Sachnießbrauch ergeben sich hauptsächlich daraus, daß die Bestimmungen über die Abtretung eines Rechts auf die Gestaltung des Nießbrauchs einwirken (§§ 1069, 1070) und daß der Nießbraucher, um die Nutzungen des Rechts zu ziehen, in erhöhtem

Maße eines Verfügungsrechts bedarf (§§ 1074, 1077—1079, 1082, 1083). Die dem Nießbraucher gebührenden Zinsen gehen mit der Bestellung des Nießbrauchs oder mit der späteren Entstehung der Zinsforderung auf ihn über (§ 1039 A 3). Das Recht des Nießbrauchers auf den Gewinnanteil entsteht bei der Aktiengesellschaft durch den die Verteilung festsetzenden Beschluß der Hauptversammlung (A 3). Gewährt das mit dem Nießbrauch belastete dingliche Recht (z. B. Bergwerkseigentum, Erbpacht) die Befugnis zur Gewinnung natürlicher Früchte, so erwirbt der Nießbraucher das Eigentum an den Früchten mit der Trennung. Beim Nießbrauch an einem Pachtrecht kann der Nießbraucher nicht günstiger stehen als der Pächter. Daher vollzieht sich hier der Eigentümergewerb gemäß § 956 im Zeitpunkt der Trennung, wenn der Besitz der Sache dem Nießbraucher überlassen ist, sonst mit der Besitzergreifung (vgl. auch § 1039 A 3). Die Pflicht zur Zahlung der als Gegenleistung für die Nutzung fortlaufend zu entrichtenden Pacht wird nach dem Vertragswillen regelmäßig dem Nießbraucher obliegen. Der Nießbrauch an einem Recht erstreckt sich auch auf die Schadenserlassforderung, die dem Gläubiger gegen den Schuldner erwächst, wenn dieser seine Verpflichtungen nicht erfüllt. Der Besitz an einer über das Recht ausgestellten Schuldburkunde gebührt dem Nießbraucher. Werden Aktien mit Gewinnanteilschein vom Eigentümer verkauft, so kann der dem Verkauf zustimmende Nießbraucher (neben den Stückzinsen) den nach Schätzung der Börse im Kurswert mitenthaltenen Gewinnanteil für das laufende Jahr beanspruchen (RG JW 1913, 193¹). Wegen des Besitzes an Inhaberpapieren wird verwiesen auf § 1081 A 2.

B. Über den praktisch sehr wichtigen Nießbrauch an Aktien sind weder im BGB noch im HGB noch im AktG besondere Bestimmungen getroffen. Unter entsprechender Anwendung des § 1066 wird anzunehmen sein, daß regelmäßig der Nießbraucher im Interesse seines Nutzungsrechts die Rechte des Aktionärs bei der Verwaltung wahrzunehmen und deshalb insoweit Anspruch auf Ausübung des Stimmrechts hat. Handelt es sich aber um grundlegende Änderungen, die das Interesse des Eigentümers wesentlich berühren, so kann dieser verlangen, daß der Nießbraucher die Stimme nach seinen Weisungen abgibt oder daß ihm selbst die Ausübung des Stimmrechts überlassen wird. Entstehen Zweifel über die Grenzen des Stimmrechts, so wird nicht anders verfahren werden können, als daß der Nießbraucher nur mit Zustimmung des Eigentümers, der Eigentümer nur mit Zustimmung des Nießbrauchers zur Ausübung des Stimmrechts zugelassen wird (bestr.; RG JW 1916, 409¹¹ erkennt bei einer G. m. b. H. das Stimmrecht des Nießbrauchers an). Die Anfechtung von gesetz- oder satzungswidrigen Hauptversammlungsbeschlüssen (§§ 195 ff. AktG) ist nicht bloß dem Nießbraucher zu gestatten, sondern auch dem Eigentümer, soweit seine Interessen hierdurch berührt werden. Das mit der Aktie verbundene Bezugsrecht auf Übernahme neuer Aktien stellt keine Frucht des Mitgliedsrechts dar, steht also dem Eigentümer zu (str.). Will dieser hiervon keinen Gebrauch machen, so muß er dem Nießbraucher die Ausübung des Bezugsrechts für eigene Rechnung überlassen. Wird an Stelle einer Erhöhung des zu verteilenden Gewinns den Anteilseignern eine Kapitalerhöhung in Form einer Gratisaktie gewährt, so kann der Nießbraucher verlangen, daß sein Nießbrauch auch hierauf erstreckt wird (LJ 1914, 368). Der in LJ 1921, 729 ff. vertretene Ansicht, daß die vom Eigentümer bezogene neue Aktie dem für die alten Aktien bestehenden Nießbrauch unterliege, kann nur für den Fall zugestimmt werden, daß der Nießbrauch nicht nur die einzelne Aktie, sondern das ganze Vermögen, dessen Bestandteil die Aktie ist, ergreift. Die Zahlung des Aktienkapitals, auch des bei der Auseinanderlegung auf die Aktie entfallenden Anteils (str.), kann nur an den Eigentümer und den Nießbraucher gemeinschaftlich erfolgen (§ 1077). Auf den Nießbrauch an Zugen werden die gleichen Grundsätze anzuwenden sein. Für die Inhaberaktie gelten Besonderheiten (§§ 1081 ff.). Abgesehen von Aktiengesellschaften und den ihnen in verschiedener Hinsicht verwandten Gesellschaften m. b. H. kann der Nießbrauch als dingliches Recht an einem Gesellschaftsanteil nach § 717 (vgl. aber auch § 719 A 2) der Regel nach nicht bestellt werden.

§ 1069

Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Rechte erfolgt nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften¹⁾.

An einem Rechte, das nicht übertragbar ist, kann ein Nießbrauch nicht bestellt werden²⁾.

§ I 1022, 1023 Satz 1 II 978; W 3 540, 541; B 3 413 ff.

1. Durch die Bestellung des Nießbrauchs an einem Rechte werden die Befugnisse des Gläubigers teilweise, nämlich in dem zur Ausübung des Nutzungsrechts erforderlichen Umfang, auf den Nießbraucher übertragen. Dem entspricht es, daß für die Bestellung des Nießbrauchs die gleichen Vorschriften wie für die Übertragung des Rechtes gelten. Soweit nicht besondere Vorschriften bestehen, genügt also nach §§ 398, 413 zur Bestellung des Nießbrauchs der Abschluß eines formlosen Vertrags. Bei einem Orderpapier oder Wechsel bedarf es nach § 365 HGB, Art 11 ff. Wechsel des Indossaments (Nießbrauchsindossaments) oder der Abtretung unter Ausbändigung dieser Urkunden, bei einem Rechte am Grundstück nach § 873 außer der Einigung der Parteien

über die Bestellung des Nießbrauchs der Eintragung im Grundbuch. Bei einer Briefhypothek (Grundschuld, Rentenschuld) ist nach §§ 1154, 1192, 1199 eine schriftliche Bestellungserklärung (die durch Eintragung in das Grundbuch ersetzt werden kann) und die Übergabe des Hypothekenbriefs (Grundschuldbriefs) erforderlich. In der Bestellungserklärung muß zum Ausdruck kommen, daß dem Erwerber der Nießbrauch (Frucht-, Zinsgenuß) zustehen soll (DVG 26, 86; 44, 58). Eine Abtretungserklärung steht dem nicht gleich (DVG 12, 130). Die Übergabe des Briefs kann durch Übertragung des Besitzes von Hand zu Hand oder durch Besitzübergabe (§ 930) erfolgen. Sie kann auch durch eine dem § 1117 Abs 2 entsprechende Vereinbarung über die Aushändigung des Briefs durch das Grundbuchamt ersetzt werden. Der bloße Vorbehalt des Nießbrauchs an der im übrigen abgetretenen Hypothek genügt noch nicht zur Übertragung des mittelbaren Besitzes am Hypothekenbrief auf den Abtretungsempfänger. Die Einigung muß vielmehr darauf gerichtet sein, daß der Abtretende den Brief nur noch als Nießbraucher im Besitz behält. Eine darauf gerichtete Einigung kann aber ohne ausdrückliche Erklärung auch aus den Umständen entnommen werden (RG 27. 10. 1919 IV 252/19). Ist die Hypothek vereinbarungsgemäß von vornherein als eine mit dem Nießbrauch belastete eingetragen (Eintragungsvoraussetzungen in diesem Falle: § 873 A 9 a. G.), so ist zur Entstehung des Nießbrauchs nur erforderlich, daß der Gläubiger den ihm erteilten Hypothekenbrief gemäß §§ 1154, 1117 dem Nießbraucher übergibt (RG 10. 2. 1912 V 394/11, teilw. in Warn 1912 Nr 160). Der Fall, daß der Nießbrauch an einer Hypothek für den Hypothekengläubiger selbst bestellt wird, indem er die Hypothek an einen andern abtritt, aber den Zinsgenuß sich vorbehält, ist im § 1158 A 3 erörtert. Zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Kux ist wie zur Übertragung des Kuxes die schriftliche Form erforderlich (§ 105 PrAllgVerfG v. 24. 6. 1865). Eine auf § 1081 beruhende Ausnahme ist es, daß zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Inhaberpapier oder an einem mit Blankoindossament versehenen Orderpapier nicht wie zur Übertragung der Forderung die Übergabe der Urkunde zu Alleinbesitz (§ 365 HGB, Art 13 WechselG), sondern nur die Einräumung des Mitbesitzes erfordert wird. Für den Nießbrauch an Staatsschuldbuchforderungen ist durch Art 97 GG die Geltung der landesgesetzlichen Vorschriften vorbehalten. Nach dem Ges v. 31. 5. 1910 § 11 erlangt der Nießbrauch an Reichsschuldbuchforderungen dem Reiche gegenüber nur durch Eintragung im Reichsschuldbuch Wirksamkeit.

2. Aus der grundsätzlichen Auffassung, daß die Bestellung des Nießbrauchs eine teilweise Übertragung der Gläubigerrechte enthält, ergibt sich weiter, daß der Nießbrauch an einem Recht nur dann und nur insoweit zulässig ist, als dieses Recht übertragbar ist. Beschränkungen der Übertragbarkeit ergeben sich z. B. aus den §§ 399, 400, 514, 613 Abs 2, 664 Abs 2, 717, 847, 1092, 1098, 1103 Abs 1, 1300, 1408, 1427 Abs 2 Satz 3, 1585 Abs 1 Satz 2, 1623, 1658. An einer Grunddienstbarkeit und an einer mit dem Eigentum am Grundstück verbundenen Reallast (§ 1105 Abs 2) kann ein vom Nießbraucher am Grundstück getrennter Nießbrauch nicht bestellt werden. Denn diese Rechte sind von dem Eigentum am Grundstück nicht trennbar. Kann nicht das Recht selbst, wohl aber seine Ausübung übertragen werden, so ist zwar nicht die Bestellung eines dinglich wirkenden Nießbrauchs, wohl aber die Bestellung eines ähnlichen Nutzungsrechts zulässig, das nicht bloß schuldrechtliche Wirkung hat und dessen Bestehen vom Fortbestand des nur der Ausübung nach übertragbaren Rechts abhängig ist. Nur mit dieser beschränkten Wirkung ist die Bestellung des Nießbrauchs an einem Nießbrauch (§ 1059) möglich. Die Rechtsstellung des Ausübungsberechtigten ist behandelt in § 1059 A 1. Das in dem Anspruch auf künftige Zinsen bestehende Zinsgenußrecht kann (ebenso wie die bereits fällig gewordenen Zinsbeträge) von der Hauptforderung getrennt werden (RG 74, 78). Die Pfändung eines solchen Zinsgenußrechts und die Bestellung eines auf den Bezug der Zinsen beschränkten Nießbrauchsrechts (Einziehung des Kapitals nur mit Zustimmung des Nießbrauchers: §§ 1077 ff.) ist daher zulässig. Wird der Nießbrauch an einer Briefhypothek gepfändet, so würde zwar von dem Standpunkt aus, daß wegen der Unübertragbarkeit des Nießbrauchs nur seine Ausübung gepfändet werden kann, an sich zur Pfändung nach § 857 Abs 2 ZPO nur die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Hypothekengläubiger und an den Nießbraucher nötig sein. Zur vollen Wirksamkeit der Verfügungsbeschränkung, namentlich zum Schutz gegen eine Löschung des Nießbrauchs, bedarf es aber noch der Eintragung in das Grundbuch. Zu diesem Zweck kann der pfändende Gläubiger die Herausgabe des Hypothekenbriefs fordern (RG 74, 85). Die Zulässigkeit des Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil ist begrenzt (§ 1068 A 3). An einem gewerblichen Unternehmen als Ganzem ist ein Nießbrauch nicht zulässig (RG 95, 235; § 1085 A 3).

§ 1070 ~

Ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, Gegenstand des Nießbrauchs, so finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Verpflichteten die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche im Falle der Übertragung des Rechtes für das Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten¹⁾.

Wird die Ausübung des Nießbrauchs nach § 1052 einem Verwalter übertragen, so ist die Übertragung dem Verpflichteten gegenüber erst wirksam, wenn er von der getroffenen Anordnung Kenntnis erlangt oder wenn ihm eine Mitteilung von der Anordnung zugestellt wird. Das gleiche gilt von der Aufhebung der Verwaltung²⁾.

§ I 1023 Satz 1 II 979; M 3 540, 541; B 3 414, 415; 5 126.

1. Im Einklang mit dem Grundsatz, daß die Bestellung des Nießbrauchs eine teilweise Übertragung der Gläubigerrechte enthält (§ 1069 A 1, 2), kommen beim Nießbrauch an einem Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann (z. B. Reallasten, Hypothekenforderungen, Grundschulden), auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Verpflichteten die für die Abtretung geltenden Vorschriften zur entsprechenden Anwendung. Diese Vorschriften sind für Forderungen die §§ 404—411. Die Rechtslage des Schuldners soll durch die Bestellung des Nießbrauchs ebensowenig eine Verschlechterung erfahren wie durch die Übertragung des Rechts. Er kann deshalb dem Nießbraucher alle Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Nießbrauchbestellung gegen den Gläubiger begründet waren (§ 404). Solange er von dem Nießbrauch keine Kenntnis hat, haben Rechtsgeschäfte, die er mit dem Gläubiger schließt, und Rechtshandlungen, die er dem Gläubiger gegenüber vornimmt, gerade so Wirksamkeit, als ob dieser durch den Nießbrauch nicht beschränkt wäre (§ 407). Der Schuldner darf von dem Nießbraucher einen Berechtigungsausweis verlangen (§ 410) und kann sich auf eine Anzeige, die ihm der Gläubiger über die Bestellung des Nießbrauchs gemacht hat, unbedingt verlassen (§ 409). Diese Vorschriften gelten für alle Rechte auf Leistung oder Unterlassung, bei denen dem Gläubiger ein bestimmter Schuldner gegenübersteht, im Gegensatz zu den gegen jeden Dritten wirksamen Unterjagungsrechten (§ 1068 A 1). Keine Anwendung finden die Bestimmungen der §§ 406—408 (über die Zulässigkeit der Aufrechnung und der Vornahme von Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäften mit dem bisherigen Gläubiger) auf Hypotheken oder Grundschulden, soweit es sich nicht um Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen oder um Kosten handelt (§§ 1156, 1159, 1192). Auch bei Reallasten und Rentenschulden sind diese Bestimmungen nur anwendbar für die zu entrichtenden einzelnen Leistungen (§§ 1107, 1200). Die gegenüber dem Drerpapier und dem Inhaberpapier eintretende Beschränkung der Einwendungen (§ 364 BGB, § 796 BGB) kommt auch dem durch Indossament oder durch Besitz des Inhaberpapiers ausgewiesenen Nießbraucher zugute.

2. Ist die Ausübung des Nießbrauchs auf Grund des § 1052 einem Verwalter übertragen, so erhält dieser kraft der Zwangsvollstreckungsgewalt ein selbständiges Recht zur Ausübung des Nießbrauchs und steht daher in gewisser Hinsicht einem Nießbraucher gleich. Die Übertragung der Verwaltung wird mithin beim Nießbrauch an Forderungen, falls der Beschluß dem Schuldner nicht zugestellt ist, diesem gegenüber nach den §§ 406, 407 erst wirksam, wenn er von der Anordnung der Verwaltung Kenntnis erlangt hat, und bleibt so lange wirksam, bis er von der Aufhebung der Verwaltung Kenntnis hat. Ist aber der Beschluß dem Schuldner prozessordnungsgemäß zugestellt, so kommt es nicht darauf an, ob der Beschluß wirklich zur Kenntnis des Schuldners gekommen ist. Sobald die Zustellung einmal erfolgt ist, kann sich der Schuldner nicht mehr auf guten Glauben berufen (RG 87, 417; Warn 1921 Nr 92).

§ 1071

Ein dem Nießbrauch unterliegendes Recht kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Nießbrauchers aufgehoben werden¹⁾. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt²⁾; sie ist unwiderruflich³⁾. Die Vorschrift des § 876 Satz 3 bleibt unberührt⁴⁾.

Das gleiche gilt im Falle einer Änderung des Rechtes, sofern sie den Nießbrauch beeinträchtigt¹⁾.

§ I 1024 II 980; M 3 541; B 3 415, 416; 6 245.

1. In der Dinglichkeit des Nießbrauchs ist es begründet, daß ohne Zustimmung des Nießbrauchers sein Recht durch Verfügungen des Gläubigers über das dem Nießbrauch unterliegende Recht nicht geschmälert werden kann. Eine Übertragung oder Belastung des Rechts, an dem der Nießbrauch besteht, ist zwar zulässig, läßt aber das Recht des Nießbrauchers unberührt. Ebenso ist die Aufhebung des Rechtes ohne Zustimmung des Nießbrauchers diesem gegenüber ohne Wirkung (A 2). Aus der Ausdrucksweise in Satz 1 könnte zwar geschlossen werden, daß die mangelnde Zustimmung des Nießbrauchers das Fortbestehen des mit dem Nießbrauch belasteten Rechts zur Folge habe. Dies kann jedoch nur angenommen werden für das Verhältnis zum Nießbraucher (str.). Die Rechte und Pflichten aus dem Nießbrauch dauern trotz des Ausscheidens der Person des Gläubigers zwischen Nießbraucher und Schuldner in derselben Weise fort, als

wenn das Recht des Gläubigers nicht untergegangen wäre. Nicht ausgeschlossen wird durch § 1071 das Recht des Schuldners, seine Verbindlichkeit durch Aufrechnung zur Tilgung zu bringen. Auf die Zulässigkeit der Aufrechnung wirkt das Bestehen des Nießbrauchs nur insofern ein, als der Schuldner nicht eine Gegenforderung zur Aufrechnung verwenden kann, die er erst nach erlangter Kenntnis von der Nießbrauchsbestellung erworben hat oder die erst später als die mit dem Nießbrauch belastete Forderung fällig geworden ist (§ 406). Ebenso wie die Aufhebung ist auch jede **dem Nießbraucher nachteilige Änderung** des Rechts, die ohne seine Zustimmung vorgenommen ist, ihm gegenüber ohne Wirkung. Das Recht zur Einziehung der Forderung wird behandelt in § 1074 A 1.

2. Die **Zustimmung** (Einwilligung oder Genehmigung: §§ 183, 184) des Nießbrauchers zur Aufhebung ist **gegenüber dem Begünstigten** zu erklären. Sie ist ein selbständiges Rechtsgeschäft, ein wesentliches Erfordernis der Aufhebung (RGZ 40, 163; OLG 44, 58). Sie kann nicht bloß gegenüber dem Gläubiger erklärt werden, sondern auch gegenüber dem Schuldner oder einem sonstigen Beteiligten (z. B. einem nachfolgenden Gläubiger), der durch die Aufhebung einen Vorteil hat. Wird die Zustimmung zur Aufhebung gegenüber einer dieser Personen erklärt, so liegt darin zugleich die Willensäußerung, daß die Erklärung zu ihren Gunsten erfolgt. Es erübrigt sich damit eine besondere Untersuchung, ob der Erklärende auch wirklich den Vorteil dessen im Auge hat, dem gegenüber er die Erklärung abgibt.

3. Die **Unwiderruflichkeit** der Zustimmung ist auch sonst im Gebiet des Sachenrechts die Regel (§§ 876 Satz 3, 880 Abs 2 Satz 3, 1255 Abs 2 Satz 2).

4. Ist das mit dem Nießbrauch belastete Recht im Grundbuch eingetragen, so ergibt sich bereits aus § 876, daß zur Aufhebung des Rechts oder zur Änderung seines Inhalts die Zustimmung des Nießbrauchers notwendig ist. Die Bestimmung in Abs 1 Satz 3, wonach **die Vorschrift des § 876 Satz 3 unberührt bleibt**, hält also gegenüber Abs 1 Satz 2 nur noch ergänzend den Grundsatz aufrecht, daß für diesen Fall die Zustimmung auch dem Grundbuchamt gegenüber erklärt werden kann.

§ 1072

Die Beendigung des Nießbrauchs tritt nach den Vorschriften der §§ 1063¹⁾, 1064²⁾ auch dann ein, wenn das dem Nießbraucher unterliegende Recht nicht ein Recht an einer beweglichen Sache ist.

§ I 1025 II 981; M 3 541, 542; P 3 416.

1. Das Grundsätzliche über das Erlöschen des Nießbrauchs bei seinem Zusammentreffen mit dem Eigentum findet sich in § 1063 A 1. Der Nießbrauch an einem Recht **erlischt** — mit der in § 1063 Abs 2 bezeichneten Ausnahme — bei der **Vereinigung des Nießbrauchs mit dem Gläubigerrecht**. Wegen der Unveräußerlichkeit und Unvererblichkeit des Nießbrauchs kann diese Vereinigung nur dadurch eintreten, daß der Nießbraucher das Recht erwirbt. Der Erlösungsgrund gilt dann aber auch für das im Grundbuch eingetragene Recht, so daß § 889 hier keine Anwendung findet. Wenn der Schuldner zugleich den Nießbrauch erlangt, so erlischt der Nießbrauch nicht. Dadurch wird auch der Bestand der dem Nießbrauch unterworfenen Forderung nicht berührt (RGZ 52, 183). Der Nießbraucher-Schuldner kann zwar als Einziehungsberechtigter an sich selbst leisten, ist aber dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, daß dieser das Eigentum an der Sache oder das Recht, auf dessen Erwerb die Forderung des Gläubigers geht, in einer äußerlich zutage tretenden Weise erwirbt (Besitzübergabe durch Erklärung an den Gläubiger, die Sache für ihn als Nießbraucher zu besitzen, Eintragung des Grundstücks auf den Namen des Gläubigers, Abtretungsanzeige). Eine solche Verpflichtung besteht an sich nicht, wenn der zu leistende Gegenstand eine verbrauchbare Sache ist, da hier der Nießbraucher selbst Eigentümer wird (§ 1075 Abs 2). Da aber der nach § 1067 zu erzielende Wert sich nach der **Zeit der Leistung** bestimmt, so muß der Nießbraucher dem Gläubiger Anzeige machen und kann sich auf die Einziehung nicht berufen, wenn er zu jener Zeit nicht im Besitz der verbrauchbaren Sache war. **Vereinigt** sich der dem Nießbrauch unterworfene Anspruch mit der Verpflichtung daraus in einer Person (erbt z. B. der Gläubiger den Schuldner oder umgekehrt), so werden dadurch die Rechte des Nießbrauchers nicht berührt (RGZ 44, 292), auch nicht, soweit ein mit der Forderung verbundenes Zinsrecht Gegenstand des Nießbrauchs ist (RZ A 14, 215).

2. Nach der für anwendbar erklärten **Vorschrift des § 1064** ist zur rechtsgeschäftlichen **Aufhebung des Nießbrauchs** an einem Recht die einseitige Erklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Gläubiger oder Besteller erforderlich, daß er den Nießbrauch aufgibt. Das gilt auch in dem Falle, daß das **Recht im Grundbuch eingetragen ist**. Der § 875 (vgl. § 1064 A 2) findet hier keine Anwendung; insbesondere ist die Löschung im Grundbuch nicht erforderlich, um den Nießbrauch zu beendigen. Die schon durch die einseitige Aufgabenerklärung des Nießbrauchers vollzogene Aufhebung des Nießbrauchs hat zur Folge, daß die Löschung im Grundbuch nunmehr im Wege des Berichtigungsverfahrens (§ 894) verlangt werden kann.

§ 1073

Dem Nießbraucher einer Leibrente, eines Auszugs oder eines ähnlichen Rechtes gebühren die einzelnen Leistungen ¹⁾, die auf Grund des Rechtes gefordert werden können ²⁾.

§ I 1027 II 982; R 3 542ff.; P 3 417, 418.

1. Zu den Früchten, die dem Nießbraucher gebühren, gehören nach § 99 Abs 2 alle Erträge, die das Recht seiner Bestimmung gemäß gewährt, ohne Rücksicht darauf, ob durch den Bezug dieser Erträge das Recht selbst erschöpft wird. Dieser Grundsatz findet, wie in § 1073 besonders ausgesprochen ist, auch Anwendung auf **wiederkehrende Leistungen**, die der Gläubiger auf Grund eines dinglichen Rechts oder eines Schulverhältnisses für Lebenszeit zu beziehen hat: **Leibrente, Auszug** (Art 96 GG), aber auch **ähnliche Rechte**, soweit sie nach § 1069 Abs 2 überhaupt mit einem Nießbrauch belastet werden können (z. B. Reallasten, Rentenschulden). Die Begrenzung des Leibrentenbegriffs (§§ 759ff.) in RG 67, 207ff. ist deshalb für die Anwendung des § 1073 ohne Bedeutung. Unter § 1073 fallen auch solche wiederkehrenden Leistungen, die nicht auf Lebenszeit, sondern für einen kürzeren Zeitraum (für die Dauer der Anstellung, der Verheiratung usw.) zu entrichten sind oder deren Entrichtung von sonstigen besonderen Voraussetzungen in der Person des Berechtigten oder Verpflichteten abhängig ist. Die wiederkehrenden Leistungen stehen dem Nießbraucher als Selbstgläubiger zu. § 1073 ist nur dann nicht anwendbar, wenn ein Nießbrauch an einzelnen Hebungen in dem Sinne bestellt wird, daß jede Hebung ein besonderes für sich bestehendes Kapital darstellen soll, von dem deshalb dem Nießbraucher nur die Zinsen gebühren. In diesem Falle greifen die Bestimmungen der §§ 1074, 1075 Platz. Ob das in einer Fideikommißstiftungsurkunde für die Zeit der Jugendlichkeit des Fideikommißbesizers seinen Geschwistern gewährte Recht auf den Bezug der einen gewissen Betrag übersteigenden Reineinkünfte des Fideikommißes als ein einer Leibrente oder einem Auszug ähnliches Recht im Sinne des § 1073 anzusehen ist, muß entschieden werden auf Grund einer wirtschaftlichen Betrachtung der Belange der Bezugsberechtigten, wie sie durch die Stiftungsurkunde gewahrt sind. Dabei ist zu prüfen, ob bei einer solchen Betrachtung das stiftungsmäßige Recht der Bezugsberechtigten als ein die einzelnen Leistungen als Nutzungen abwerfendes Gesamtrecht erscheint oder ob sich die einzelnen vom verpflichteten Fideikommißbesitzer aus den Einkünften seines Vermögens bewirkten Leistungen für die Bezugsberechtigten als (für sie wiederum nutzbare) Kapitalhebungen darstellen (RG 8. 3. 1928 IV 656/27, auszugsweise abgedruckt in HRN 1928 Nr 1417).

2. Auf die vom Schuldner außer den Zinsen zu entrichtenden, zur allmählichen Tilgung des Kapitals bestimmten Zuschläge erstreckt sich das Recht des Nießbrauchers nicht. Anders ist es bei einer Rente, die durch Zahlung eines bestimmten Kapitals erkaufte ist. Ist auch die Rente so bemessen, daß durch sie nicht bloß die Zinsen des Kapitals, sondern das Kapital selbst abgegolten wird, so ist doch die Rente eine einheitliche Leistung, bei der zwischen den zur Deckung der Zinsen und den zur Rückzahlung des Kapitals bestimmten Beträgen nicht unterschieden werden kann. Keinen Anspruch hat der Nießbraucher auf den bei der Rückzahlung des Kapitals zur Zahlung kommenden Zuschlag zum Kapital (§ 1076 A 1 a. G.), auch nicht auf die Gewinne (Prämien), die auf die einzulösenden Schulverschreibungen (Prämienpapiere) nach Maßgabe der Verlosung oder einer anderen auf Zufall gestellten Ermittlungsart verteilt werden. Ein solcher Gewinn stellt sich nicht als eine Nutzung, sondern als ein Zuwachs zum Kapital dar (§ 1083 Abs 2). Wird aber die Prämie als Vergütung für die Herabsetzung des Zinsfußes gewährt, so fällt sie dem Nießbraucher zu (Prot 3, 429).

§ 1074

Der Nießbraucher einer Forderung ist zur Einziehung der Forderung und, wenn die Fälligkeit von einer Kündigung des Gläubigers abhängt, zur Kündigung berechtigt ¹⁾. Er hat für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen ²⁾. Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist er nicht berechtigt ³⁾.

§ I 1028 II 983; R 3 544ff.; P 3 418, 422.

1. Besteht der Nießbrauch an einer nicht auf Zinsen ausstehenden Forderung (§ 1076 A 1), so ist der Nießbraucher, um sie nutzbar zu machen, darauf angewiesen, die Forderung einzuziehen. Dieses Recht steht ihm kraft des Nießbrauchs als eigenes Recht zu. Er bedarf zu dessen Ausübung der Mitwirkung des Gläubigers nicht. Das Recht der Einziehung gibt dem Nießbraucher die Befugnis, die zur Einziehung erforderlichen Handlungen, also Mahnung, Kündigung, Klage und sonstige prozessuale Handlungen, auch Zwangsvollstreckungshandlungen, vorzunehmen. Die Befugnis zur Annahme der geschuldeten Leistung wird näher erörtert in § 1075 A 1. In dem Einziehungsrecht ist auch die Befugnis inbegriffen, bei einer Wahlschuld (§§ 262ff.) im Falle des Wahlrechts des Gläubigers an dessen Stelle die vom Schuldner zu bewirkende Leistung auszu-

wählen, und zwar auch dann, wenn für die mehreren Leistungen die dem Gläubiger obliegende Gegenleistung verschieden bestimmt ist (str.). Aus dem Einziehungsrecht des Nießbrauchers folgt, daß die Kündigung des Schuldners (sobald dieser von der Bestellung des Nießbrauchers Kenntnis erhalten hat: § 407) oder die bei einer Wahlschuld von ihm zu treffende und getroffene Wahl wirksam nur dem Nießbraucher, nicht dem Gläubiger, erklärt werden kann (bestr.). Da aber das Einziehungsrecht den Nießbraucher nicht zum Gläubiger macht, ist die Aufrechnung des Schuldners mit einer ihm gegen den Nießbraucher zustehenden Gegenforderung nicht zulässig (str.; RG 103, 28 unter Aufgabe der früher vertretenen gegenteiligen Meinung). Besteht der Schuldner an den Gläubiger, so wird er nicht befreit, wenn er bei der Leistung das Bestehen des Nießbrauchs kennt (§§ 1070 Abs 1, 407). Die Aufrechnung des Nießbrauchers behandelt A 3. Durch das Einziehungsrecht des Nießbrauchers wird übrigens das Recht des Gläubigers, auf Leistung an den Nießbraucher zu klagen, nicht unbedingt ausgeschlossen (Prot 3, 422). Die zwischen dem Nießbraucher und dem Schuldner ergehende Entscheidung macht keine Rechtskraft gegenüber dem Gläubiger der Forderung (RG 83, 120). Die Einziehung hat nicht die Vernichtung des Vermögenswertes der Forderung zur Folge. Durch die Einziehung erwirbt vielmehr der Nießbraucher nach § 1075 nur das Nießbrauchsrecht an dem Geleisteten. Die Vorschriften der §§ 1074—1079 greifen auch dann Platz, wenn an die Stelle des Nießbrauchs an einer Sache infolge der mit Zustimmung des Nießbrauchers vorgenommenen Veräußerung der Sache der Nießbrauch an einer Forderung getreten ist. Auf das ehemännliche und elterliche Nießbrauchsrecht (§§ 1383 ff., 1649 ff.) finden die Vorschriften der §§ 1074 ff. keine Anwendung.

2. Der Nießbraucher ist **zur Einziehung** nicht bloß berechtigt, sondern auch **verpflichtet**. Er macht sich also dem Gläubiger gegenüber schadensersatzpflichtig, wenn er schuldhaft die rechtzeitige Einziehung unterläßt und wenn der Gläubiger hierdurch infolge Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners, infolge Verjährung oder einer ungünstigen Veränderung der Prozeßlage (Verlust von Beweismitteln) einen Nachteil erleidet. Ein Verschulden ist schon darin zu finden, daß der Nießbraucher nicht innerhalb einer angemessenen Zeit für die Einziehung sorgt. Auch durch die Art und Weise, wie er bei der Einziehung verfährt, kann der Nießbraucher sich dem Gläubiger verantwortlich machen.

3. Nur die Einziehung ist dem Nießbraucher gestattet, **nicht eine andere Verfügung über die Forderung**. Er ist insbesondere nicht berechtigt, die Forderung einem anderen abzutreten, um sie auf diese Weise zu Geld zu machen. Auch zu einem Erlaß oder einem Vergleich ist er nicht berechtigt, falls nicht nachweisbar die Verhältnisse so liegen, daß auch bei einer Durchführung der Zwangsvollstreckung nicht mehr zu erreichen gewesen wäre, daß also der Teilerlaß oder Vergleich nur dazu gedient hat, dasjenige, was überhaupt zu erlangen war, ohne Weiterungen vom Schuldner zu erhalten. Die Erteilung der Zustimmung zu einem im Konkursverfahren abzuschließenden Zwangsvergleich bleibt dem Gläubiger überlassen, der jedoch diese Zustimmung nur mit Einwilligung des Nießbrauchers erklären kann. Durch eine Stundung überschreitet der Nießbraucher — umschadet seiner Verantwortlichkeit bei schuldhaftem Verhalten (A 2) — seine Befugnisse nicht, wenn die Stundung sich nicht über die Zeit des Nießbrauchs hinaus erstreckt. Nicht berührt ist es dem Nießbraucher, mit der Forderung gegen eine dem Schuldner gegen ihn zustehende Gegenforderung aufzurechnen. Denn darin ist nur eine besondere Art der Einziehung zu erblicken (str.). In einer allerdings nur beiläufigen Bemerkung in RG 103, 29 billigt auch das Reichsgericht dem Nießbraucher die Befugnis zur Aufrechnung zu. Hat der Nießbraucher die Forderung unzulässigerweise einem anderen verkauft, so kann der Gläubiger sich auf den Standpunkt stellen, daß er vorbehaltlich seiner Schadensersatzansprüche gegen den Nießbraucher den Verkauf genehmigt.

§ 1075

Mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher erwirbt der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Gegenstande ¹⁾.

Werden verbrauchbare Sachen geleistet, so erwirbt der Nießbraucher das Eigentum; die Vorschriften des § 1067 finden entsprechende Anwendung ²⁾.

CG I 1029 II 984; M 3 545 ff.; P 3 418 ff.

1. In dem Einziehungsrecht des Nießbrauchers (§ 1074) ist es begründet, daß er ohne Mitwirkung des Gläubigers zur Annahme der geschuldeten Leistung befugt ist. Der Schuldner wird durch die **Leistung an den Nießbraucher** geradezu befreit, als wenn die Leistung an ihn und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgt wäre. Auch im übrigen wird durch die Leistung an den Nießbraucher die gleiche Rechtslage hergestellt, als wenn zugleich an den Gläubiger geleistet wäre. Geht also die Forderung auf Übereignung einer beweglichen Sache, so **erwirbt der Gläubiger** durch die Übergabe der Sache an den Nießbraucher **das Eigentum** an der Sache. Geht die Forderung auf Verschaffung eines Rechts, so erwirbt der Gläubiger durch die Leistung an den Nieß-

braucher das Recht. Ist zum Erwerb des Rechts die Eintragung in das Grundbuch nötig, so ist der Nießbraucher befugt, die zur Eintragung erforderlichen Rechts-handlungen für den Gläubiger vorzunehmen. Der Nießbraucher ist also, wenn es sich um die Übertragung eines Grundstücks handelt, befugt, die Auflassung für den Gläubiger entgegenzunehmen und dessen Eigentumseintragung zu beantragen. Dem Grundbuchamt muß er natürlich, damit er zu diesen Erklärungen für den Eigentümer zugelassen werden kann, den Nachweis seines Nießbrauchs in der durch § 29 GBO vorgeschriebenen Form erbringen. Kann er dies nicht, so ist er berechtigt, die Mitwirkung des Gläubigers zu verlangen. Der Nießbraucher handelt hierbei nicht in Vertretung des Gläubigers, sondern kraft eigenen Rechts. Das Vorhandensein des guten Glaubens bestimmt sich daher nach seiner Person. Doch kommt dies dem Gläubiger, der seinerseits schlechtgläubig ist, nicht zustatten, sofern der Nießbraucher nach bestimmten Weisungen des Gläubigers zu verfahren hatte. Durch die Leistung an den Nießbraucher erwirbt dieser aber auch den Nießbrauch an der Sache. Dieser Erwerb vollzieht sich unmittelbar kraft Gesetzes; der Gläubiger braucht also nicht etwa noch erst den Nießbrauch rechtsgeschäftlich in der dafür vorgeschriebenen Weise zu bestellen. Insofern ist dieser Rechtsvorgang zu vergleichen mit den Fällen des § 1287 BGB und des § 848 Abs 2 ZPO. Durch die Entstehung des Nießbrauchs wird das Grundbuch, das den kraft Gesetzes vollzogenen Erwerb des Nießbrauchs noch nicht wiedergibt, unrichtig. Der Nießbraucher kann deshalb gemäß § 894 die Zustimmung des als Eigentümer eingetragenen Gläubigers zur Berichtigung des Grundbuchs (§ 22 GBO) selbst beantragen. Er kann auch kraft seines Nießbrauchsrechts, dessen Bestehen er dem Grundbuchamt nachzuweisen hat, die Eintragung des Nießbrauchs im Wege der Berichtigung des Grundbuchs (§ 22 GBO) selbst beantragen. Durch die Leistung an den Gläubiger wird der Schuldner nur diesem gegenüber, nicht gegenüber dem Nießbraucher befreit (§ 1074 A 1).

2. Die Vorschrift des Abs 2 war nötig, um die Übereinstimmung mit § 1067 herzustellen. Ohne den Abs 2 würde nach der Regel des Abs 1 der Gläubiger das Eigentum erwerben. Wie bei einem Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen das (mit der Verpflichtung zur Erstattung des Wertes nach Beendigung des Nießbrauchs belastete) Eigentum auf den Nießbraucher übergeht, so erwirbt er in gleicher Weise das Eigentum, wenn der Forderungsnießbrauch in einen derartigen Sachnießbrauch sich verwandelt, mag nun die Forderung von vornherein auf Leistung verbrauchbarer Sachen gegangen sein oder erst nachträglich (z. B. weil Schadensersatz zu leisten ist oder aus anderen Gründen) diesen Inhalt angenommen haben. Nach dem entsprechend anzuwendenden § 1067 hat der Nießbraucher nach Beendigung des Nießbrauchs dem Besteller den nach dem Zeitpunkt der Leistung sich bestimmenden Wert der Sachen zu ersetzen. Diesen Wert kann sowohl der Besteller wie der Nießbraucher auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen.

§ 1076

Ist eine auf Zinsen ausstehende Forderung Gegenstand des Nießbrauchs, so gelten die Vorschriften der §§ 1077 bis 1079¹⁾.

§ I 1033 II 985; W 3 550, 551; B 3 423 ff.

1. Das Einziehungsrecht aus den §§ 1074, 1075 greift nicht Platz, wenn es sich um eine auf Zinsen ausstehende Forderung handelt, also um eine Forderung, die ein dauerndes fruchttragendes Vermögensstück bilden soll (W 3, 551). Unter Zinsen sind hier, obwohl der Ausdruck an sich auf Geldzinsen hindeutet, auch sonstige geldwerte Vorteile zu verstehen, die als Entgelt für die Nutzung des Kapitals in regelmäßiger Wiederkehr gewährt werden. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Verzinsungspflicht auf einem Rechtsgeschäft oder auf einer den Parteiwillen ergänzenden Gesetzesbestimmung beruht. Fälle der letzteren Art finden sich z. B. in den §§ 452, 641, 698 (Verzinsungspflicht des die Nutzungen beziehenden Käufers oder Werkbestellers und des das hinterlegte Geld für sich verwendenden Verwahrers) und in den landesgesetzlichen Bestimmungen über die Verzinsung der Entschädigungssumme seit dem Tage der Enteignung. Hier ist die Anwendbarkeit der §§ 1076 ff. allerdings bestritten. Unerheblich ist ferner, ob das Kapital nach längerer oder kürzerer Zeit zurückzuzahlen ist oder ob die Rückzahlungszeit unbestimmt gelassen, insbesondere von einer vorangehenden Kündigung abhängig ist. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Zinsen unverhältnismäßig niedrig sind. Die Vorschriften der §§ 1077—1079 werden nicht dadurch unanwendbar, daß die an sich verzinsliche Forderung vorübergehend zinslos gestundet ist. Der Nießbraucher ist aus diesem Grunde nicht etwa zur Einziehung berechtigt und kann auch nicht die Zustimmung des Gläubigers zu einer anderweiten Kapitalanlage verlangen (§ 1078 A 2). Bei einer auf Zinsen ausstehenden Forderung ist zwar hauptsächlich an Geldforderungen zu denken, wie denn auch § 1077 von der „Zahlung“ des Kapitals spricht. Es werden aber auch die Forderungen auf Leistung vertretbarer Sachen hiervon umfaßt. Unter § 1076 fallen endlich auch solche Forderungen, die in einem dinglichen Recht ihren Grund haben, insbesondere nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1080 Grundschulden und Rentenschulden. Auch Real-lasten sind hierher zu rechnen, die nach landesgesetzlichen Bestimmungen (Art 115 GG) ablösbar

sind, bei denen also die Ablösungssumme im Gegensatz zu den einzelnen dem Nießbraucher gebührenden Leistungen als das Kapital anzusehen ist. Besondere Vorschriften sind in den §§ 1081 ff. gegeben für Inhaberpapiere, mit denen ein Recht auf Zinsen oder auf einen Gewinnanteil verbunden ist. Gewährt die Aktie keine Nutzungen, weil die Gewinnverteilung ausgeschlossen ist (§ 213; AktG § 52), so ist sie nicht geeignet, ein Gegenstand des Nießbrauchs zu sein. Wegen des Rechts auf den Besitz der Schuldburkunde ist zu verweisen auf § 1068 A 2 a. E. und bei Inhaberpapieren auf § 1081 A 2. — Die Vorschriften der §§ 1077—1079 können durch Parteivereinbarung oder Anordnung des Erblassers geändert werden (vgl. über den Nießbrauch am Handelsgeschäft § 1085 A 2). Als Wille der Parteien wird regelmäßig anzunehmen sein, daß der Nießbraucher über ein zur jederzeitigen Abhebung als tägliches Geld eingezahltes Kapital gerade so verfügen darf wie über eine nicht auf Zinsen ausstehende Forderung und daß er auch die mit den Zinsen zu zahlenden Kapitaltilgungsbeträge erheben darf, obwohl sie nicht zu den ihm zustehenden Nutzungen gehören. Jedoch kann die Beschränkung auf den Zinsgenuß vereinbart werden (DVG 44, 58). Zulässig ist anderseits eine Vereinbarung, die dem Nießbraucher über die in den §§ 1077—1079 bestimmten Befugnisse hinaus das Recht der freien Verwaltung gibt, so daß es der in diesen Paragrafen geforderten Mitwirkung des Gläubigers zu Verwaltungsmaßnahmen nicht bedarf (RG Warn 1913, 139; RGZ 40, 275). — Dem Nießbraucher steht das Zinsrecht als Ganzes zu, nicht nur der einzelne fällige Zinsbetrag (RG 74, 81; RGZ 40, 142). Das Zusammentreffen von Nießbrauch und Zinsverpflichtung in einer Person hindert die Entstehung des Zinsrechts nicht (RGZ 52, 183; § 1072 A 1).

§ 1077

Der Schuldner kann das Kapital nur an den Nießbraucher und den Gläubiger gemeinschaftlich zahlen. Jeder von beiden kann verlangen, daß an sie gemeinschaftlich gezahlt wird; jeder kann statt der Zahlung die Hinterlegung für beide fordern¹⁾.

Der Nießbraucher und der Gläubiger können nur gemeinschaftlich kündigen. Die Kündigung des Schuldners ist nur wirksam, wenn sie dem Nießbraucher und dem Gläubiger erklärt wird²⁾.

§ 1077 Abs 1, 2, 4, 5 II 986; R 3 551ff.; P 3 423ff.; 4 598.

1. Eine sowohl das Interesse des Gläubigers als auch des Nießbrauchers berührende **Verfügung über eine auf Zinsen ausstehende Forderung** (§ 1076 A 1) steht dem Gläubiger und dem Nießbraucher **nur gemeinschaftlich** zu. Beide sind daher (abweichend von der Regelung in den §§ 420, 428) nur gemeinschaftlich zur Einziehung und zur **Annahme der Zahlung** berechtigt. Jeder von ihnen kann zwar die Zahlung begehren; das **Verlangen** ist aber dahin zu richten, daß die **Zahlung an beide gemeinschaftlich** erfolgt, so daß sie beide Mitbesitzer werden. Sind sie zur gemeinschaftlichen Annahme nicht bereit, so bleibt, falls der Streit nicht durch Urteil entschieden wird (§ 1078 A 1), nur der Weg der **Hinterlegung**. Dieser Weg kann von ihnen zur Befreiung aller Schwierigkeiten auch von vornherein gewählt werden. Jeder kann also statt der gemeinschaftlich zu empfangenden Zahlung die Hinterlegung für gemeinschaftliche Rechnung verlangen. Die daraufhin vollzogene Hinterlegung bewirkt die Befreiung des Schuldners nach näherer Vorschrift der §§ 378, 376. Die Zuständigkeit der Hinterlegungsstelle und das Hinterlegungsverfahren bestimmen sich nach der Reichshinterlegungsordnung vom 10. 3. 1937 und den dazu ergangenen Durchführungs- und Ausführungsvorschriften. Zu einem Vergleich oder einer Aufrechnung ist der Nießbraucher nur mit Zustimmung des Gläubigers befugt, da er über die Forderung nur gemeinschaftlich mit dem Gläubiger verfügen kann. Der Grundsatz des § 1077 gilt auch für den Fall, daß ein Anspruch auf Schadensersatz entstanden ist. Ist eine verzinssliche Hypothekensforderung ausgefallen, so kann der Nießbraucher von dem Dritten, der den Ausfall verschuldet hat, die Zahlung des vollen Ausfalls an sich und den Gläubiger gemeinschaftlich, nicht nur die Zahlung des ihm allein entstandenen Schadens beanspruchen (RG 89, 432). Möglich ist auch eine den Nießbrauch mit dem Recht der freien Verwaltung ausstattende Vereinbarung (§ 1076 A 1 a. E.). Hier von abgesehen kann der Schuldner mit befreiender Wirkung nur an den Gläubiger und den Nießbraucher gemeinschaftlich oder an einen von ihnen mit Zustimmung des andern leisten, wenn er von dem Nießbrauch Kenntnis hat (§§ 407, 1070 Abs 1). Die Folge der Leistung an beide Teile ist, daß, abweichend von § 1075 Abs 2, an dem Geleisteten der Gläubiger das Eigentum, der Nießbraucher wirklichen (nicht bloß uneigentlichen) Nießbrauch erlangt. Bis zur Wiederanlegung (§ 1079) haben der Gläubiger und der Nießbraucher den gemeinschaftlichen Mitbesitz am Geleisteten.

2. Auch die **Kündigung** kann als eine Einziehungshandlung nur **von dem Gläubiger und dem Nießbraucher gemeinschaftlich** erklärt werden. Wird von ihnen nicht gemeinschaftlich in derselben Erklärung, sondern nacheinander gekündigt, so wird die Kündigung erst dann wirksam, wenn die letzte Erklärung dem Schuldner zugeht (nach a. M. ist eine solche Kündigung überhaupt wirkungslos). Zur Wirksamkeit der Kündigung ist weiter zu erfordern, daß die **Gemeinschaftlichkeit** der Erklärung

auss der ersten oder zweiten Kündigung erhellt. Da Gläubiger und Nießbraucher nur gemeinschaftlich zur Einziehung berechtigt sind, muß auch die vom Schuldner ausgehende Kündigung, um wirksam zu sein, sowohl dem Gläubiger wie dem Nießbraucher zugehen. Auch hier muß dem Empfänger erkennbar sein, daß die Kündigung eine gemeinschaftliche ist. Die Mahnung dagegen kann, da hier keine Mitwirkungspflicht (§ 1078) besteht, sowohl vom Gläubiger als auch vom Nießbraucher selbständig erklärt werden (bestr.).

§ 1078

Ist die Forderung fällig, so sind der Nießbraucher und der Gläubiger einander verpflichtet, zur Einziehung mitzuwirken¹⁾. Hängt die Fälligkeit von einer Kündigung ab, so kann jeder Teil die Mitwirkung des anderen zur Kündigung verlangen, wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist²⁾.

§ 1 1033 Abs 3 II 987; M 3 553, 554; P 3 423 ff.

1. Besteht der Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung, so liegt im allgemeinen weder dem Gläubiger im Verhältnis zum Nießbraucher noch — was von § 1074 abweicht — dem Nießbraucher im Verhältnis zum Gläubiger die Verpflichtung ob, für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen. Von einer solchen Verpflichtung kann regelmäßig nicht die Rede sein, da jeder Teil das Recht der Einziehung hat. Er ist allerdings hierbei auf die Mitwirkung des anderen Teiles angewiesen. Daraus folgt aber nur die **gegenseitige Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Einziehung**, sobald die Forderung fällig ist. Die Mitwirkung ist für die Zahlungsannahme, für die Kündigung (M 2), für die Hinterlegung (§ 1082 A 1) und für die Wiederanlegung (§ 1079 A 1) erforderlich. Auf die Erfüllung dieser Verpflichtung kann Klage erhoben werden. Die schuldhaft unterlassene der geforderten Mitwirkung macht nach § 276 Schadensersatzpflichtig. Wird Klage auf Mitwirkung zur Annahme der Zahlung erhoben, so ist in dem Antrag anzugeben, in welcher Weise die Mitwirkung erfolgen soll. Ist der Beklagte zur Einwilligung in die vom Kläger bezeichneten Handlungen verurteilt, so gilt die Einwilligung mit der Rechtskraft des Urteils als erteilt (§ 894 ZPO). Die Kosten der Einziehung fallen ebenso wie bei der Einziehung einer unverzinslichen Forderung als Verwaltungskosten dem Nießbraucher zur Last. Dem Beklagten steht es frei, gegenüber der Klage auf Mitwirkung das Verlangen der Hinterlegung (§ 1077 A 1) einwandsweise oder widerlagend geltend zu machen.

2. Die **Mitwirkung zur Kündigung** kann nur dann gefordert werden, wenn die Einziehung wegen Gefährdung der Sicherheit der Forderung notwendig geworden ist, nicht auch dann, wenn die Einziehung zur Erreichung höherer Zinsen oder zur Vermeidung der Ungelegenheiten aus säumiger Zinsenzahlung wünschenswert ist. Für die Frage, ob die Sicherheit gefährdet ist, kommen die Vorschriften über die sichere Anlegung von Mündelgeld nicht in Betracht. Die Klage auf Mitwirkung ist dahin zu richten, daß der Beklagte zur Einwilligung in die vom Kläger zu erklärende Kündigung zu verurteilen ist. Für die Fragen der Zwangsvollstreckung und der Schadensersatzpflicht gilt das in A 1 Bemerkte.

§ 1079

Der Nießbraucher und der Gläubiger sind einander verpflichtet, dazu mitzuwirken, daß das eingezogene Kapital nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften verzinslich angelegt¹⁾ und gleichzeitig dem Nießbraucher der Nießbrauch bestellt wird²⁾. Die Art der Anlegung bestimmt der Nießbraucher¹⁾.

§ 1 1034 II 988; M 3 524, 525; P 3 423 ff.

1. Die **Wiederanlegung** des eingezogenen oder hinterlegten oder vom Schuldner ausgezahlten (§ 1077 A 1) Kapitals einer auf Zinsen ausstehenden Forderung (§ 1076) ist dahin geregelt, daß die für die Anlegung von Mündelgeld gegebenen Vorschriften (§§ 1807, 1808) zu beachten sind. Unter den mehreren hiernach zulässigen Anlegungsarten hat der Nießbraucher die **Auswahl** zu treffen. Gleichwohl bedarf er zur Wiederanlegung der **Mitwirkung des Gläubigers**, da das eingezogene Kapital in ihren gemeinschaftlichen Besitz gelangt ist (§ 1077 A 1). Ein solcher gemeinschaftlicher Besitz liegt auch dann vor, wenn Gläubiger und Nießbraucher das Geld durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten in Empfang genommen oder die Aufbewahrung des Geldes einem gemeinschaftlichen Verwahrer übertragen haben. Auch wenn das Eigentum des Geldes auf den Verwahrer übergegangen ist (§ 700), steht doch die Verfügung über die Forderung auf Rückgabe des Geldes dem Gläubiger und dem Nießbraucher nur gemeinschaftlich zu. Das-

selbe ist der Fall, wenn das gemäß § 1077 Abs 1 hinterlegte Geld nach Maßgabe der §§ 7, 8 Reichs-hinterlegungsordnung v. 10. 3. 1937 Eigentum des Reiches wird. Ebenso bedarf der Gläubiger zur Wiederanlegung des Geldes der **Mitwirkung des Nießbrauchers**. Das folgt schon daraus, daß der Nießbraucher die Art der Anlegung zu bestimmen hat. Der Klagantrag ist darauf zu richten, daß der Nießbraucher die innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen von ihm auszuwählende Anlegung bewirkt. Genügt der Nießbraucher trotz Verurteilung dieser Verpflichtung nicht, so kann der Gläubiger zur Auswahl und Anlegung von dem Prozeßgericht ermächtigt werden (§ 887 ZPO).

2. Die Wiederanlegung erfolgt auf den Namen des Gläubigers, so daß er Gläubiger der neuen Forderung wird. Der **Nießbrauch an der neuen Forderung** wird vom Nießbraucher nicht kraft Gesetzes erlangt, sondern ist in gleicher Weise zu bestellen, wie er an der alten Forderung bestand. Der Nießbraucher hat bei der Anlegung mitzuwirken. Er hat es also in der Hand, sich den Nießbrauch schon bei der Anlegung vorzubehalten. Ist dies nicht geschehen, so kann er die nachträgliche Einräumung des Nießbrauchs von dem Gläubiger fordern.

§ 1080

Die Vorschriften über den Nießbrauch an einer Forderung gelten auch für den Nießbrauch an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld¹⁾.

§ I 1035 II 989; R 3 555, 556; P 3 426, 427.

1. Ohne die Frage zu berühren, ob es sich bei der Grundschuld (§ 1191) und der Rentenschuld (§ 1199) um eine sog. Realobligation oder lediglich um eine dingliche Belastung handelt (§ 1113 A 6), bestimmt § 1080 ausdrücklich, daß die **Vorschriften über den Nießbrauch an einer Forderung** (§§ 1074—1079) **auch für den Nießbrauch an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld** gelten. Das geschieht mit Rücksicht darauf, daß bei der Grundschuld und Rentenschuld eine persönliche Forderung nicht in die Erscheinung tritt. Hypotheken erwähnt § 1080 nicht, weil sie ihrem Wesen nach mit einer Forderung verbunden sind und daher der Nießbrauch an einer Hypothek ohne weiteres als Nießbrauch an einer Forderung zu gelten hat. Bei einer Grundschuld finden bezüglich der Einziehung des Kapitals, der Kündigung und der Wiederanlegung, wenn die Grundschuld verzinslich ist, die §§ 1077—1079, andernfalls die §§ 1074, 1075 Anwendung. Bei einer Rentenschuld gelten bezüglich des Ablösungskapitals (§ 1199 Abs 2) die §§ 1077—1079.

§ 1081

Ist ein Inhaberpapier oder ein Orderpapier, das mit Blankoindossament versehen ist¹⁾, Gegenstand des Nießbrauchs, so steht der Besitz des Papiers und des zu dem Papiere gehörenden Erneuerungsscheins dem Nießbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich zu. Der Besitz der zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine steht dem Nießbraucher zu²⁾.

Zur Bestellung des Nießbrauchs genügt an Stelle der Übergabe des Papiers die Einräumung des Mitbesitzes³⁾.

§ I 1030 Abs 1, 2, 1037 II 990; R 3 556ff.; P 3 427ff.

1. Für die **Inhaberpapiere** und die mit **Blankoindossament versehenen Orderpapiere**, die, solange das Blankoindossament nicht ausgefüllt ist, wie Inhaberpapiere übertragen werden (§ 365 HGB, Artt 13, 14, 77 WechselG), sind weitere Vorschriften in den §§ 1081—1083 gegeben. Diese Vorschriften gelten nicht bloß für die in den §§ 793ff. behandelten Schuldverschreibungen auf den Inhaber, sondern auch für die Namensaktie (§ 222 HGB, § 61 AktG), für die auf einen bestimmten Zahlungsempfänger gestellten Schecks (Artt 14ff. ScheckG) und für die in § 363 HGB aufgeführten Papiere. Sie gelten ferner auch für die nach §§ 179 Abs 2, 320 Abs 3 HGB (heut §§ 10 Abs 1, 219 Abs 3 AktG) über den Gesellschaftsanteil ausgestellten Inhaberaktien, und zwar nicht bloß für die zinsberechtigten, sondern auch für die gewinnanteilsberechtigten Papiere (§ 1076 A 1). Nicht zu den Inhaberpapieren gehören die in § 808 bezeichneten Legitimationspapiere (Sparlassenbücher usw.), die wie gewöhnliche Forderungen übertragen werden (DVG 26, 86). Die Regelung in den Vorschriften der §§ 1081—1083 kann durch Vertrag oder durch Verfügung von Todes wegen geändert werden (RG Warn 1908 Nr 168). Wird bestimmt, daß der Besitz allein dem Nießbraucher zustehen soll, so ist damit die Anwendbarkeit der §§ 1081 und 1082 ausgeschlossen. Das Stimmrecht und das Bezugsrecht auf neue Aktien bei einem Nießbrauch an Aktien sind bereits in § 1068 A 3 behandelt.

2. Die erleichterte Übertragung der Inhaberpapiere, die sich durch Übergabe der Urkunde in der Weise vollzieht, daß die mangelnde Berechtigung des Veräußerers durch den guten Glauben des Erwerbers unbedingt geheilt wird (§ 935), würde für den Gläubiger große Gefahren mit sich

bringen, wenn der Besitz der Urkunde allein dem Nießbraucher überlassen würde. Deshalb ist der Besitz des Papiers und des zu dem Papier gehörenden Erneuerungsscheins (§ 805) dem Gläubiger und dem Nießbraucher gemeinschaftlich zugestanden. Die Ausübung des gemeinschaftlichen Besitzes kann so stattfinden, daß Gläubiger und Nießbraucher das Inhaberpapier unmittelbar im Besitz behalten (Verwahrung unter gemeinschaftlichem Verluß usw.), oder auch so, daß sie den Besitz einem gemeinschaftlichen Bevollmächtigten, Verwahrer, Leiber usw. übertragen. Aus der Gemeinschaftlichkeit des Besitzes folgt, daß Nießbraucher und Eigentümer nur gemeinschaftlich die aus dem Papier geschuldete Leistung einziehen oder sonst über das Papier verfügen können. Das Recht des Schuldners, mit bestreuer Wirkung an den Inhaber zu leisten, der sich tatsächlich im Alleinbesitz befindet, wird freilich durch die Vorschrift des § 1081 nicht berührt. Dem unredlich handelnden Schuldner kann aber eine Schadensersatzpflicht nach § 826 erwachsen. Daß der Schuldner nur an den Gläubiger und Nießbraucher gemeinschaftlich leisten kann, ist in § 1081 nicht vorgeschrieben. Für die Kündigung verbleibt es, falls es sich nicht um die Einziehung durch den im Alleinbesitz befindlichen Inhaber handelt, bei der in § 1077 Abs 2 geforderten Gemeinschaftlichkeit. Wegen der Hinterlegung des Inhaberpapiers ist zu verweisen auf § 1082 A 1. Diejenigen Urkunden, die nur für das Nutzungsrecht des Nießbrauchers von Bedeutung sind, wie die Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, stehen im ausschließlichen Besitz des Nießbrauchers. Für die Rechte des Nießbrauchers aus einem gutgläubigen Erwerb des Nießbrauchs macht es übrigens keinen Unterschied aus, daß er nur Mitbesitzer, nicht Alleinbesitzer ist.

3. Die Bestellung des Nießbrauchs ist in § 1069 A 1 a. E. behandelt.

§ 1082

Das Papier ist nebst dem Erneuerungsschein auf Verlangen des Nießbrauchers oder des Eigentümers bei einer Hinterlegungsstelle mit der Bestimmung zu hinterlegen, daß die Herausgabe nur von dem Nießbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich verlangt werden kann¹⁾. Der Nießbraucher kann auch Hinterlegung bei der Reichsbank, bei der Deutschen Zentralgenossenschaftskasse oder bei der Deutschen Girozentrale (Deutschen Rommualbank) verlangen²⁾.

§ I 1036 Abs 2 II 991; W 3 557; B 3 427, 428; 6 93, 94.

1. Die Gemeinschaftlichkeit des Besitzes (§ 1081 A 2) wird, wenn die Parteien sich nicht anders hierüber einigen, dadurch verwirklicht, daß das Inhaberpapier nebst dem Erneuerungsschein (§ 805) zur gemeinschaftlichen Verfügung des Gläubigers und Nießbrauchers hinterlegt wird. Zur Hinterlegung bedarf der Gläubiger oder der Nießbraucher der Mitwirkung des andern Teiles, in dessen Mitbesitz das Inhaberpapier sich befindet. Durch die Hinterlegung zur gemeinschaftlichen Verfügung wird weder der Gläubiger noch der Nießbraucher gehindert, seine Rechte (oder doch, was den Nießbraucher betrifft, die Ausübung der Rechte) abzutreten. In den Besitz des Inhaberpapiers kann jedoch der eine Teil immer nur mit Zustimmung des anderen Teiles gelangen. Von der Pflicht zur Hinterlegung kann der Nießbraucher befreit werden. Eine solche Befreiung kann darin gefunden werden, daß der Nießbraucher durch Verfügung von Todes wegen von der Pflicht zur Sicherstellung entbunden ist (RG Recht 1911 Nr 1144).

2. Die Zuständigkeit der Hinterlegungsstelle und das Hinterlegungsverfahren sind in der Reichshinterlegungsordnung v. 10. 3. 1937 und den dazu ergangenen Durchführungs- und Ausführungsvoorschriften geregelt. Zur Hinterlegung ist in § 1082 auch die Reichsbank für zuständig erklärt. Die Reichsbank ist sogar insofern bevorrechtigt, als auf Verlangen des Nießbrauchers die Hinterlegung bei ihr erfolgen muß, falls nicht das Inhaberpapier bereits anderweit hinterlegt ist. Die Hinterlegung bei dieser Bank gewährt den Vorteil, daß nach den von ihr veröffentlichten Bedingungen die Einlösung der Zins- und Gewinnanteilscheine, die Besorgung der neuen Scheine und die Überwachung der Auslösung oder Kündigung in weiterem Umfange übernommen wird, als dies bei den übrigen Hinterlegungsstellen zu geschehen pflegt. Die Zentralgenossenschaftskasse und die Girozentrale sind durch die Notverordnung vom 18. 3. 1933 (RGBl I S. 109) Kap. XI Art 1 als der Reichsbank gleichstehende Hinterlegungsstellen eingefügt worden. Die Kosten der Hinterlegung fallen dem Gläubiger und Nießbraucher zu gleichen Teilen zur Last.

§ 1083

Der Nießbraucher und der Eigentümer des Papiers sind einander verpflichtet, zur Einziehung des fälligen Kapitals, zur Beschaffung neuer Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine sowie zu sonstigen Maßnahmen mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung erforderlich sind¹⁾.

Im Falle der Einlösung des Papiers finden die Vorschriften des § 1079 Anwendung. Eine bei der Einlösung gezahlte Prämie gilt als Teil des Kapitals²⁾.

§ I 1036 Abs 3, 4 II 992; R 3 557, 558; P 3 427, 428.

1. Die im § 1078 für eine auf Zinsen ausstehende Forderung getroffenen Vorschriften über die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Einziehung und Kündigung finden auch auf Inhaberpapiere Anwendung. Die Mitwirkungspflicht ist jedoch auf alle Maßnahmen ausgedehnt, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind (z. B. den Umtausch bei einer Konvertierung; die Erwirkung der Kraftloserklärung eines vernichteten oder abhanden gekommenen Papiers: § 799). Ein Verkauf kann insbesondere bei Gefährdung der Sicherheit des Papiers, aber auch wegen des Rückgangs der Erträge oder zur Vermeidung großer Verluste infolge eines Kursrückgangs erforderlich sein (str., ob der Verkauf auch bei Gefährdung zu den Maßnahmen des § 1083 zu rechnen ist). Die Mitwirkungspflicht kann beim Nießbrauch an Aktien auch zu dem Zweck nötig werden, um dem Nießbraucher oder dem Gläubiger die Ausübung des Stimmrechts (§ 1068 A 3) zu ermöglichen. Die Kosten dieser Maßnahmen sind, soweit sie nicht als Kosten der laufenden Verwaltung oder als Aufwendungen im besonderen Interesse des Nießbrauchers diesem zur Last fallen, von dem Gläubiger allein zu tragen (str.). Daran, daß der Inhaber Dritten gegenüber allein zur Verfügung über das Inhaberpapier ausgewiesen ist, wird durch die Mitwirkungspflicht nichts geändert.

2. Die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Wiedererlangung eines eingelösten Papiers bestimmt sich nach § 1079. Die bei der Einlösung des Papiers gezahlte Prämie ist in § 1073 A 2 näher beleuchtet.

§ 1084

Gehört ein Inhaberpapier oder ein Orderpapier, das mit Blankoindossament versehen ist, nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen, so bewendet es bei den Vorschriften des § 1067¹⁾.

§ I 1036 Abs 1 II 993; R 3 556, 557; P 3 427, 428; 4 785.

1. Die Vorschriften der §§ 1081—1083 und §§ 1077—1079 kommen nicht zur Anwendung, wenn das Inhaberpapier zu den verbrauchbaren Sachen gehört. Hierzu dürfen nach § 92 Reichsfassenscheine und Banknoten, die als Gelberfaz dienen, ohne weiteres gerechnet werden, andere Inhaberpapiere aber nur unter der Voraussetzung, daß sie nicht als Anlagepapier angeschafft, sondern zur Veräußerung im laufenden Betriebe bestimmt sind. Das Eigentum an diesen Inhaberpapieren geht vorbehaltlich der Verpflichtung zum Ersatz des Wertes nach Beendigung des Nießbrauchs, der ein uneigentlicher ist, nach § 1067 auf den Nießbraucher über.

III. Nießbrauch an einem Vermögen

§ 1085

Der Nießbrauch an dem Vermögen einer Person kann nur in der Weise bestellt werden, daß der Nießbraucher den Nießbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt¹⁾. Soweit der Nießbrauch bestellt ist, gelten die Vorschriften²⁾ der §§ 1086 bis 1088³⁾.

§ I 1038, 1039 II 994; R 3 558ff.; P 3 429, 430, 435, 436.

1. Der Nießbrauch an dem Vermögen (Inbegriff von Sachen und Rechten) einer Person oder dem Nachlassvermögen (§ 1089) kann das Vermögen ganz oder zu einem Bruchteil ergreifen. Er bietet nur insofern Besonderheiten, als es sich um die Haftung für die Schulden handelt. Diese Haftung ist in den §§ 1086—1088 geregelt. Ein Nießbrauchsvermögen im Sinne dieser Bestimmungen ist auch dann anzunehmen, wenn einzelne Vermögensgegenstände von dem Nießbrauch ausgenommen sind. Im übrigen bildet das Vermögen keine derartige Einheit, daß der Nießbrauch daran durch eine einheitliche Handlung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge bestellt werden könnte. Es bedarf vielmehr der Bestellung des Nießbrauchs an den einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenständen. Je nach der Art der Gegenstände vollzieht sich die Bestellung gemäß den Vorschriften in den §§ 873, 1032, 1069, 1081. Nur so kann auch eine durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (§§ 310f.) oder von Todes wegen (§ 2174) begründete Verpflichtung zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen oder an einer Erbschaft erfüllt werden (R 3 13, 15). Dies ist jedoch nicht dahin aufzufassen, daß der Besitz an jeder einzelnen beweglichen Sache besonders übergeben werden müßte. Vielmehr genügt zur Besitzerlangung der Erwerb

der auf die einzelnen Sachen in ihrer Gesamtheit sich erstreckenden tatsächlichen Herrschaft. Ebenso genügt es, wenn die einzelnen Forderungen, an denen der Nießbrauch bestellt werden soll, mit einem Gesamtnamen bezeichnet werden. Ein Vermerk im Grundbuch, daß es sich um den Nießbrauch an einem Vermögen handelt, ist unzulässig (§ 1086 A 1). Das mit dem Nießbrauch belastete Vermögen bildet auch kein Sondervermögen in der Art, daß Gegenstände, die der Eigentümer als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nießbrauchsgegenstandes erlangt, etwa ohne weiteres vom Recht des Nießbrauchers ergriffen würden. Dem Nießbraucher ist vielmehr in solchen Fällen ein selbständiger Entschädigungsanspruch gegeben (§ 1065 A 2). Steht dem Nießbraucher das Verfügungsrecht zu (Vorben 2 vor § 1030; § 1048 A 1; § 1067 A 1), so stellt das Vermögen allerdings insofern eine wirtschaftliche Einheit dar, als die vom Nießbraucher als Ersatz der veräußerten Stücke erworbenen Gegenstände zu dem mit dem Nießbrauch belasteten und demnächst (vorbehaltlich des Ersatzanspruchs wegen Verwendungen) an den Eigentümer herauszugebenden Vermögen hinzutreten. — Die Vorschriften der §§ 310, 311 über die Begründung der schulrechtlichen Verpflichtung zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen finden auch Anwendung auf das Vermögen einer juristischen Person, nicht aber auf ein Sondervermögen, z. B. ein Handelsgeschäft oder das Vorbehaltsgut der Ehefrau (Senff A 75, 259; Recht 1922 Nr 1392; JW 1925, 42). Die Verpflichtung geht nur so weit, als ein Nießbrauch an den Gegenständen möglich ist. Gehören zum Vermögen z. B. Forderungen, die nach §§ 399, 400 nicht übertragbar sind, so bleiben sie gemäß § 1069 Abs 2 außer Betracht. Nicht der Form des § 311 bedarf ein Vertrag, durch den der Schuldner sich verpflichtet, bis zur Befriedigung der Gläubiger nicht selbst über sein Vermögen zu verfügen, sondern die Verwaltung und den Nießbrauch an seinem Vermögen einem von den Gläubigern eingesetzten Ausschuss zu übertragen. Denn bei einem solchen Vertrage sollen nach dem Willen der Parteien wirtschaftlich die Nutzungen dem Schuldner nicht entzogen, sondern den hieraus zu befriedigenden Gläubigern soll nur eine dingliche Sicherheit gegen die Verwendung der Nutzungen zu anderen Ausgaben verschafft werden (RG 72, 116). — Auf den Nießbrauch am Vermögen findet die Vorschrift des § 260 Anwendung. Der Nießbraucher ist also bei der Rückgabe des Vermögens zur Aufstellung eines Bestandsverzeichnisses und nötigenfalls zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet.

2. Die Vorschriften der §§ 1086—1088 gelten, soweit der Nießbrauch bestellt ist, d. h. für diejenigen Gegenstände, an denen der Nießbrauch zum Zwecke der Begründung des Nießbrauchs an einem ganzen Vermögen oder an einem Bruchteil daran bestellt ist (DWB 7, 36). Für später in das Vermögen des Bestellers fallende Gegenstände gelten die Vorschriften nicht.

3. Für den Nießbrauch an einem Erwerbsgeschäft (Handelsgeschäft) sind besondere Grundsätze nicht aufgestellt. Die der Bestellung des Nießbrauchs zugrunde liegende Vereinbarung oder leghwillige Anordnung wird regelmäßig dahin aufzufassen sein, daß dem Nießbraucher zugleich die zum ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebe erforderliche Verfügungsmacht bei der Verwaltung des Geschäfts (§ 1067 A 1) hat zugestanden werden sollen. Andererseits wird dem Nießbraucher regelmäßig die Verpflichtung obliegen, an Stelle der veräußerten Waren im Interesse der Erhaltung des Geschäfts andere Waren anzuschaffen. Die Verfügungsmacht erstreckt sich auch auf Forderungen und Schulden des Geschäfts, soweit hierüber zu Zwecken des ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebs Verfügungen erforderlich sind. Solche Verfügungen können auch in einem Vergleich, in einer Stundung usw. bestehen. Der Nießbraucher kann verlangen, daß ihm auch nach außen hin eine seiner Verfügungsmacht entsprechende Rechtsstellung von dem Besteller eingeräumt wird. Hat der Geschäftsinhaber dem Nießbraucher den Betrieb des Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma gestattet, so kommt die Vorschrift des § 25 (vgl. auch § 22 Abs 2) HGB zur entsprechenden Anwendung. Danach erlangt der Nießbraucher Dritten gegenüber die Verfügungsbefugnis über die bisherigen Geschäftsforderungen und unterliegt der Haftung für die bisherigen Geschäftsschulden. Forderungen oder Schulden gehen aber nicht ohne besondere Vereinbarung auf ihn über (str.). Die Bestimmungen der §§ 1086—1088 haben für den Nießbrauch an einem Erwerbsgeschäft keine Geltung. Die Bestellung eines Nießbrauchs an einem gewerblichen Unternehmen als Ganzem ist unzulässig (RG 70, 232; 95, 237; JW 1919, 680).

§ 1086

Die Gläubiger des Bestellers können, soweit ihre Forderungen vor der Bestellung entstanden sind, ohne Rücksicht auf den Nießbrauch Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen verlangen^{1) 2)}. Hat der Nießbraucher das Eigentum an verbrauchbaren Sachen erlangt, so tritt an die Stelle der Sachen der Anspruch des Bestellers auf Ersatz des Wertes; der Nießbraucher ist den Gläubigern gegenüber zum sofortigen Erfase verpflichtet³⁾.

1. Die Gläubiger des Bestellers (Eigentümers) können — falls es ihnen nicht gelingt, die Nießbrauchsbestellung nach dem Anfechtungsgesetz anzufechten — die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände regelmäßig nur unbeschränkt des Nießbrauchs zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung machen. Eine Ausnahme gilt nun aber für den Fall, daß der Nießbrauch an dem Vermögen einer Person oder an dem Nachlaßvermögen bestellt ist. Hier ergreift der Nießbrauch nur das nach Abzug der Schulden übrigbleibende Vermögen. Diese Regelung erinnert an die Rechtslage bei der Übernahme eines Vermögens (§ 419). Die Haftung ist aber in beiden Fällen verschieden gestaltet. Der Übernehmer wird Herr des Vermögens und damit persönlicher Schuldner unter Beschränkung der Haftung auf den Bestand des übernommenen Vermögens. Der Nießbraucher muß dagegen lediglich die Befriedigung der Gläubiger, soweit ihre Forderungen von der Bestellung des Nießbrauchs entstanden sind (A 2), aus dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen dulden. Eine weitergehende Haftung liegt dem Nießbraucher nicht ob, soweit für ihn nicht aus seinem Rechtsverhältnis mit dem Eigentümer bestimmte Verbindlichkeiten wegen Verletzung der ihm als Nießbraucher obliegenden Verpflichtungen erwachsen sind. Solche Ersatzansprüche des Eigentümers gehören zu dem nießbrauchbelasteten Vermögen. Der Nießbraucher muß sich deshalb die Zwangsvollstreckung der Gläubiger des Eigentümers in diese Ansprüche ebenso wie die Vollstreckung in andere Bestandteile des Nießbrauchsvermögens gefallen lassen. Die Haftung des Nießbrauchers mit der nach § 1067 bestehenden Verbindlichkeit zum Ersatz des Wertes verbrauchter Sachen wird in A 3 erörtert. Das Recht der Gläubiger auf Befriedigung aus dem Nießbrauchsvermögen kann nicht als ein dingliches Recht aufgefaßt werden. Es hat vielmehr nur die Bedeutung, daß der Nießbrauch und demgemäß auch die einem Dritten überlassene Ausübung des Nießbrauchs sowie die zugunsten eines anderen Rechts bewilligte Vorrechtseinräumung (RG 70, 344) hinter das Befriedigungsrecht der Gläubiger zurücktritt. In das Grundbuch kann das Befriedigungsrecht der Gläubiger mithin nicht eingetragen werden, auch nicht in der Form, daß der Nießbrauch als ein an einem Vermögen bestehender eingetragen wird (str.). Es liegt hierzu auch kein Bedürfnis vor, da beim Bestehen eines Nießbrauchs immer mit dem Vorhandensein eines Vermögensnießbrauchs, der weit häufiger vorkommt als ein Einzelnießbrauch, gerechnet werden muß (RG aaO.). Im Konkurse des Nießbrauchbestellers steht den an dem Nießbrauchsgegenständen zugriffsberechtigten Gläubigern (A 2) kein Recht auf abgeforderte Befriedigung aus dem Nießbrauchsvermögen zu. Tatsächlich ergibt sich aber eine Absonderung daraus, daß der Nießbraucher nicht gehalten ist, sich zu seinem Nachteil die Befriedigung anderer persönlicher Gläubiger des Bestellers aus dem Nießbrauchsvermögen gefallen zu lassen.

2. Den Gläubigern haftet das gesamte Nießbrauchsvermögen, das dem Nießbraucher durch die Bestellung des Nießbrauchs überlassen ist, ohne Unterschied, wem die einzelnen Vermögensgegenstände gehören. Aus dieser Haftung des gesamten Vermögens folgt mit Notwendigkeit, daß das Befriedigungsrecht den persönlichen Gläubigern des Bestellers, nicht den Gläubigern des Eigentümers zukommt. Und zwar sind befriedigungsberichtig diejenigen Gläubiger des Bestellers, deren Forderungsrecht schon zur Zeit der Bestellung begründet war, mag es auch erst später ein unbedingtes geworden sein oder sich auf der Grundlage des vor der Bestellung eingegangenen Schuldverhältnisses zu dem späteren Umfang entwickelt haben (RG 69 S. 421, 422). Folgt bei der Bestellung des Nießbrauchs an einem Nachlaßgrundstück die Eintragung der Eintragung erst nach (§ 873 A 7c), so kommt es bei der Anwendung des § 1086 Satz 1 zugunsten eines Hypothekengläubigers (anders als nach der für das Rangverhältnis geltenden Vorschrift im § 879 Abs 2) auf die Zeit der Eintragung an, mit der erst der Bestellsungsakt sich vollendet (RG SeuffA 91 Nr 103). Zu den befriedigungsberechtigten Gläubigern gehört auch der Unterhaltsberechtigte, vorausgesetzt, daß er bereits zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs einen Unterhaltsanspruch hatte. Der Unterhaltsanspruch wird dann in voller Höhe, nicht bloß in Höhe des zur Zeit der Bestellung im voraus zu entrichtenden Unterhaltsbetrags berücksichtigt (str.). Zur Zwangsvollstreckung in das Nießbrauchsvermögen ist, sofern der Nießbrauch nicht erst nach rechtskräftiger Feststellung der Schuld des Bestellers entstanden ist, erforderlich, daß der Besteller zur Leistung und der Nießbraucher zur Duldung verurteilt ist (§§ 737, 738 BPO). Der auf Duldung verklagte Nießbraucher (der trotz fehlenden Rechts des Bestellers den Nießbrauch gültig erworben haben kann) darf sich — abgesehen von dem Falle, daß erst nach der Bestellung des Nießbrauchs das Eigentum mit Kenntnis des Nießbrauchers vom Besteller auf einen anderen übergegangen ist (vgl. § 407) — nicht damit verteidigen, daß die Vermögensgegenstände nicht dem Besteller gehören. Es bleibt vielmehr dem Eigentümer überlassen, die Ansprüche der Gläubiger durch Erhebung einer Interventionsklage nach § 64 BPO oder im Zwangsvollstreckungsverfahren durch Erhebung der Widerspruchsklage nach § 771 BPO abzuwehren. Der Nießbraucher muß nur nach § 1042 dem ihm bekannten Eigentümer von dem Vorgehen des Gläubigers Nachricht geben. Zur Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist die Zugehörigkeit zum Vermögen des Bestellers nachzuweisen.

3. Hat der Nießbraucher gemäß § 1067 den Wert der in sein Eigentum übergegangenen verbrauchbaren Sachen dem Nießbrauchbesteller zu ersetzen, so können sich die Gläubiger des Bestellers ebenso wie an die anderen Bestandteile des Nießbrauchsvermögens auch an diesen Ersatzanspruch des Bestellers halten. Da der Nießbrauch ihnen nicht entgegensteht, können

sie, soweit dies zur Bezahlung ihrer Forderungen nötig ist, sofortigen Ersatz verlangen. Den Ersatzanspruch können die Gläubiger auf Grund eines vollstreckbaren Anspruchs gegen den Besteller pfänden und sich überweisen lassen, ohne daß zuvor der Nießbraucher, der besonders zu verlagen ist und dem für diesen Rechtsstreit alle Einwendungen vorbehalten bleiben, zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt zu sein braucht (bestr.; RG Gruch 58, 1033; 59, 1063; 60, 836; aber auch RG 93, 124).

§ 1087

Der Besteller kann, wenn eine vor der Bestellung entstandene Forderung fällig ist, von dem Nießbraucher Rückgabe der zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Gegenstände verlangen. Die Auswahl steht ihm zu; er kann jedoch nur die vorzugsweise geeigneten Gegenstände auswählen¹⁾. Soweit die zurückgegebenen Gegenstände ausreichen, ist der Besteller dem Nießbraucher gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet²⁾.

Der Nießbraucher kann die Verbindlichkeit durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes erfüllen¹⁾. Gehört der geschuldete Gegenstand nicht zu dem Vermögen, das dem Nießbrauch unterliegt, so ist der Nießbraucher berechtigt, zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers einen zu dem Vermögen gehörenden Gegenstand zu veräußern, wenn die Befriedigung durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann. Er hat einen vorzugsweise geeigneten Gegenstand auszuwählen. Soweit er zum Erlaße des Wertes verbrauchbarer Sachen verpflichtet ist, darf er eine Veräußerung nicht vornehmen³⁾.

§ I 1040 II 996; R 3 561ff.; B 3 430, 431, 433, 434; 4 609ff.

1. Macht der Gläubiger von dem ihm nach § 1086 zustehenden Befriedigungsrecht Gebrauch, so liegt es, falls sein Anspruch nicht auf die Leistung eines bestimmten im Nießbrauchsvermögen befindlichen Gegenstandes geht, in seiner Hand, aus welchen Gegenständen des Nießbrauchsvermögens er im Zwangsvollstreckungsverfahren seine Befriedigung suchen will. Die Zwangsvollstreckung kann aber durch freiwillige Befriedigung des Gläubigers abgewendet werden. Handelt es sich um die Leistung eines bestimmten zum Nießbrauchsvermögen gehörigen Gegenstandes, so kann der Nießbraucher diesen Anspruch durch Herausgabe des Gegenstandes ohne weiteres erfüllen. Andernfalls aber entsteht die Frage, ob der Besteller oder der Nießbraucher, deren Interessen in dieser Beziehung auseinandergehen können, zur Auswahl der aus dem Nießbrauchsvermögen zur Befriedigung zu verwendenden Gegenstände berechtigt ist. § 1087 entscheidet diese Frage dahin, daß — abgesehen von besonderen Fällen (A 3) — der Besteller auswahlberechtigt ist. Denn er hätte ja auch schon vor der Überlassung des Vermögens an den Nießbraucher die zur Berichtigung der fälligen Schulden erforderlichen Gegenstände zurückbehalten können. Allerdings darf der Besteller bei der Auswahl der zurückzufordernden oder zurückzubehaltenden Gegenstände nicht willkürlich verfahren. Er darf nur die vorzugsweise geeigneten Gegenstände auswählen. Sind also zur Berichtigung von Geldschulden bares Geld oder ohne Verlust verkäufliche geldwerte Papiere vorhanden, so darf nicht die Rückgabe von Sachen oder die Überlassung von Außenständen, auch nicht die von dem Nießbraucher geschuldete Zahlung des Wertes der verbrauchbaren Sachen (§ 1086 A 3) gefordert werden. Müssen aber Sachen verkauft werden, so sind in erster Linie diejenigen Sachen geeignet, deren Verkauf ohne Nachteil für den Besteller und den Nießbraucher möglich ist. Nicht allgemein kann gesagt werden, daß auf die nicht im Eigentum des Bestellers stehenden Sachen erst in letzter Linie zurückzugreifen ist. Stehen die Interessen des Bestellers und des Nießbrauchers einander entgegen, so darf der Besteller sich von seinen eigenen Interessen leiten lassen, falls nicht seine Wahl in grober Weise gegen die Billigkeit verstößt. Das Auswahlrecht verbleibt übrigens dem Besteller auch dann, wenn der Nießbraucher die Schuld aus eigenen Mitteln bezahlt hat und nun seinerseits Erstattung aus dem Nießbrauchsvermögen fordert. Hat der Besteller die auf dem Nießbrauchsvermögen ruhende Schuld aus dem nießbrauchsfreien (erst nach der Bestellung des Nießbrauchs erworbenen) Vermögen berichtigt, so kann er in gleicher Weise Erstattung aus dem Nießbrauchsvermögen fordern. Die in § 1087 bestimmten Befugnisse hat der Besteller auch wegen der das Nießbrauchsvermögen belastenden Abgaben, die nicht dem Nießbraucher, sondern dem Eigentümer zur Last fallen. Dem als Nießbraucher in Anspruch Genommenen ist selbstverständlich in allen Fällen der Einwand gestattet, daß er in Wirklichkeit ein Nießbrauchsrecht nicht erworben habe.

2. Mit der Rückgabe der zur Schuldentilgung zu verwendenden Gegenstände erlischt das Nießbrauchsrecht an diesen Gegenständen, ohne daß der Nießbraucher hierauf ausdrücklich Verzicht zu leisten braucht (§ 1064 A 1). Dagegen steht ihm nunmehr ein Anspruch darauf zu, daß die

zurückgegebenen Gegenstände auch wirklich zur Schuldentilgung verwendet werden. Hat der Besteller die Schuld aus eigenen Mitteln berichtigt, ohne die zurückgegebenen Gegenstände hierzu zu verwenden, so kann der Nießbraucher gegen Erstattung des Bezahnten verlangen, daß ihm der Nießbrauch an diesen Gegenständen von neuem eingeräumt wird.

3. Ausnahmsweise ist der Nießbraucher berechtigt, Gegenstände zur Befriedigung des Gläubigers aus dem Nießbrauchsvermögen auszuwählen und zu diesem Zwecke zu veräußern. Ein solcher Ausnahmefall liegt vor, wenn der dem Gläubiger geschuldete Gegenstand nicht zu dem Vermögen gehört, das dem Nießbrauch unterliegt. Der Nießbraucher hat das Auswahl- und Veräußerungsrecht aber nur dann, wenn ihm die Gefahr der Zwangsvollstreckung oder sonstige mit der Nichtbefriedigung des Gläubigers verbundene Nachteile drohen. Regelmäßig wird er vorher den Besteller zur Befriedigung des Gläubigers aufzufordern haben. In dringenden Fällen kann er aber hiervon absehen. Dem Nießbraucher ist es in gleicher Weise wie dem Besteller (A 1) zur Pflicht gemacht, für die Schuldentilgung die vorzugsweise geeigneten Gegenstände auszuwählen. Insbesondere darf er, wie in § 1087 Abs 2 Satz 4 ausdrücklich bestimmt ist, keine Veräußerung vornehmen, wenn die zur Schuldentilgung benötigten Geldmittel durch die von ihm selbst geschuldete Zahlung des Wertes verbrauchbarer Sachen (§ 1067) beschafft werden können. Die schuldhaftes Verletzung dieser Pflicht macht den Nießbraucher dem Besteller gegenüber schadensersatzpflichtig. Die Gültigkeit der zur Schuldentilgung vorgenommenen Veräußerung ist aber von der Beobachtung dieser Pflicht nicht abhängig. Zur Gültigkeit der Veräußerung genügt es, daß eine Verbindlichkeit in der Tat vorhanden ist und Gefahr im Verzug obwaltet. Das Fehlen dieser Voraussetzungen würde übrigens durch den guten Glauben des Erwerbers nicht ersetzt werden können. Der gutgläubige Erwerb hat nur insofern Bedeutung, als von dem Nießbraucher Sachen, die nicht dem Besteller gehören, veräußert sind (str.). Die in JW 1938, 49²⁷ für § 1048 entwickelten Grundsätze (§ 1048 A 1) werden sich auf § 1087 kaum anwenden lassen.

§ 1088

Die Gläubiger des Bestellers, deren Forderungen schon zur Zeit der Bestellung verzinslich waren, können die Zinsen für die Dauer des Nießbrauchs auch von dem Nießbraucher verlangen. Das gleiche gilt von anderen wiederkehrenden Leistungen, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden, wenn die Forderung vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden ist¹⁾.

Die Haftung des Nießbrauchers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem Besteller ausgeschlossen oder beschränkt werden²⁾.

Der Nießbraucher ist dem Besteller gegenüber zur Befriedigung der Gläubiger wegen der im Abs 1 bezeichneten Ansprüche verpflichtet. Die Rückgabe von Gegenständen zum Zwecke der Befriedigung kann der Besteller nur verlangen, wenn der Nießbraucher mit der Erfüllung dieser Verbindlichkeit in Verzug kommt³⁾.

© I 1041 II 997; R 3 564, 505; P 3 434, 435.

1. Während nach den §§ 1086, 1087 der Nießbraucher nur verpflichtet ist, die Zwangsvollstreckung in das Nießbrauchsvermögen einschließlich der noch nicht in sein Eigentum übergegangenem Nutzungen zu dulden, ist ihm hinsichtlich der Zinsen und anderen wiederkehrenden Leistungen, die als eine aus den Einkünften des Vermögens zu bestreitende Last angesehen werden (§ 1047 A 1), eine persönliche Haftung nicht nur dem Besteller, sondern auch den Gläubigern gegenüber auferlegt. Die Haftung hat, wenn der Bestellung des Nießbrauchs ein hietauf gerichteter schuldrechtlicher Vertrag vorhergegangen ist, bereits in diesem Vertrag ihre Grundlage. Wie der Nießbraucher aber nur einen Anspruch auf die Bestellung des Nießbrauchs an solchen Vermögensgegenständen hat, die zur Zeit der Abschließung des schuldrechtlichen Vertrags dem Besteller gehören, so übernimmt er auch nur eine Haftung für die Zinsen der zu dieser Zeit bestehenden Schulden des Bestellers. Die Haftung erstreckt sich den Gläubigern des Bestellers gegenüber kraft Gesetzes nur auf die Zinsen für die Dauer des Nießbrauchs. Nach dem der Nießbrauchbestellung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrag kann indessen der Nießbraucher dem Besteller gegenüber verpflichtet sein, schon von der Zeit der Abschließung des Vertrags an für die Zinsen aufzutommen, obwohl er erst nach der Bestellung des Nießbrauchs belangt werden kann. Unter Zinsen sind hier nicht bloß die vertragsmäßigen, sondern auch die gesetzlichen Zinsen ohne jede Einschränkung, auch die Verzugszinsen zu verstehen, ohne Rücksicht darauf, ob der Verzug durch schuldhaftes Verhalten des Bestellers herbeigeführt ist. Die Verzinslichkeit muß, damit die persönliche Haftung des Nießbrauchers begründet ist, spätestens zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs vorhanden sein.

Die Zinsen fallen dem Nießbraucher auch dann zur Last, wenn der Zinsfuß außergewöhnlich hoch ist oder die Zinsen den Betrag der Nutzungen überschreiten. Den Zinsen gleichgestellt sind diejenigen **wiederkehrenden Leistungen, welche bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden**. Hierher gehören: die an den Gläubiger des Bestellers zu entrichtenden Renten und Realkastleistungen; die aus einem Vertrage oder als gesetzliche Schuld zu entrichtenden Unterhaltsbeiträge; die als Zuschlag zu den Zinsen geschuldeten, zur allmählichen Tilgung des Hauptgeldes bestimmten Beträge (Amortisationsquoten); die Prämien aus einer vor der Begründung des Nießbrauchs vom Besteller eingegangenen Versicherung, insbesondere auch einer Lebensversicherung; die auf das Vermögen oder die Einkünfte des Vermögens gelegten Abgaben (Einkommensteuer, Vermögensteuer). Auch für diese Leistungen hat der Nießbraucher unbeschränkt einzustehen, ohne Rücksicht darauf, ob die Einkünfte bei ordnungsmäßiger Verwaltung des Vermögens zur Deckung der Zinsen und wiederkehrenden Leistungen ausreichen (str.). Für die Vermögensteuer wird das nunmehr in **RG 153, 29** ausdrücklich anerkannt. Würde der Nießbraucher unter Berufung darauf, daß die Einkünfte nicht ausreichen, die Entrichtung verweigern können, so würde nicht nur jedesmal eine zeitraubende und schwierige Untersuchung notwendig, sondern auch der durch § 1088 dem Gläubiger zugebachte Vorteil zum großen Teil wieder zunichte werden. Dem Nießbraucher selbst kann aus der unbeschränkten Haftung kein Nachteil entstehen, da die Haftung nur für die Nießbrauchszeit besteht und er jederzeit in der Lage ist, die Beendigung des Nießbrauchs durch Verzicht auf sein Recht herbeizuführen. Die in § 103 gegebenen Vorschriften über die Lastenverteilung zwischen Nießbraucher und Nießbrauchsbesteller bei Beginn und Beendigung des Nießbrauchs gelten auch für die Ansprüche der Gläubiger gegen den Nießbraucher. Nicht betroffen werden aber durch § 1088 diejenigen Gläubiger, die nur einen dinglichen Anspruch, nicht zugleich einen persönlichen Anspruch gegen den Besteller haben. Insbesondere gehören also nicht hierher die Zinsen einer Grundschuld und die Zinsen einer Hypothek, die Renten bei einer Rentenschuld, die auf Grund einer Realkast zu entrichtenden Leistungen, sofern nicht der Besteller für sie persönlich haftet. Ihr Rechtsverhältnis regelt § 1047, wonach der Nießbraucher diese dinglichen Lasten ohnedies tragen muß. Der § 1088 bezieht sich ferner nicht auf diejenigen Gläubiger, die erst nach der Bestellung des Nießbrauchs eine Forderung erlangt haben. Ist aber eine neue Schuld lediglich zur Rückzahlung einer früheren Schuld aufgenommen worden, so wird auch ohne entsprechende Vereinbarung anzunehmen sein, daß der Nießbraucher für die Zinsen der neuen Schuld bis zur früheren Höhe haftbar bleibt.

2. Die Haftung des Nießbrauchers für die Zinsen und wiederkehrenden Leistungen (A 1) gegenüber den Gläubigern des Bestellers ist eine unbedingte, zwingende. Sie kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem Besteller ausgeschlossen oder beschränkt werden.

3. Die Berichtigung der in A 1 bezeichneten Verbindlichkeiten kann nicht bloß der Gläubiger, sondern auch der Besteller von dem Nießbraucher verlangen, und zwar jeder von ihnen aus selbständigem Recht. Das Recht des Bestellers kann nicht durch einen Vertrag des Nießbrauchers mit dem Gläubiger ausgeschlossen werden. Die Gemeinschaftlichkeit der Berechtigung führt aber nicht zu der Annahme eines Gesamtgläubigerverhältnisses im Sinne des § 428. Das Recht des Bestellers geht nicht auf Leistung an ihn, sondern auf Leistung an den Gläubiger. Empfangsberechtigt ist also immer nur der Gläubiger. Wird dieser befriedigt oder erklärt er sich für vorbehaltlos befriedigt, so erlischt damit auch das Recht des Bestellers. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht neben der persönlichen Verbindlichkeit des Nießbrauchers zugleich die persönliche Verbindlichkeit des Bestellers. Wird der Besteller aus seiner persönlichen Haftung in Anspruch genommen, so kann er — abgesehen von der persönlichen Ersatzpflicht des Nießbrauchers — die Rückgabe der zur Berichtigung der Schuld erforderlichen Gegenstände des Nießbrauchsvermögens nach den in A 1 zu § 1087 dargestellten Grundsätzen fordern. Hierzu ist er schon dann berechtigt, wenn der Nießbraucher mit der Berichtigung der persönlichen Schulden in Verzug (§§ 284, 285) gekommen ist. — Der **Abf 3** des § 1088 ist nicht so zu verstehen, daß der Nießbraucher eines Vermögens (Erbchaft) dem Besteller gegenüber nur die in **Abf 1** erwähnten Vermögenslasten zu tragen habe oder daß der Nießbraucher diese Lasten immer nur dann zu tragen habe, wenn die Belastung schon vor der Bestellung des Nießbrauchs bestanden hat. Der Nießbraucher eines Vermögens muß vielmehr alle auf dem Vermögen ruhenden Lasten tragen, sofern sie bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Vermögenseinkünften bestritten zu werden pflegen, weil eine solche Lastenverteilung dem Wesen des Nießbrauchsrechts entspricht und folglich auch als dem mutmaßlichen Willen der Parteien bei der Bestellung des Nießbrauchs (Willen des Erblassers bei der Anordnung des Nießbrauchsvermögens) entsprechend zu unterstellen ist (**RG 153, 33**).

§ 1089

Die Vorschriften der §§ 1085 bis 1088 finden auf den Nießbrauch an einer Erbschaft¹⁾ entsprechende Anwendung²⁾.

¹⁾ **CI 1043 II 998; M 3 565; P 3 436.**

1. Die entsprechende Anwendung bedeutet, daß bei dem vom Erblasser angeordneten (A 2) **Nießbrauch an einer Erbschaft** an Stelle der persönlichen Gläubiger des Bestellers die Nachlassgläubiger treten, denen der Nachlaß auch bei einer Veräußerung der Erbschaft (oder eines Erbteils) verhaftet bleibt (§§ 2382 ff., 1922 Abs 2, 2036). Der Nießbrauch an einer Erbschaft kann auch dadurch begründet werden, daß alle Miterben ihre Erbanteile mit demselben Nießbrauch belasten. Der Nießbrauch ist dann aber von einem Vermögensnießbrauch insofern verschieden, als er die jeweils zum Nachlassvermögen gehörigen Gegenstände ergrreift. Den Begriff der Nachlassgläubiger erläutern die A 1—3 zu § 1967. Nur zugunsten dieser Gläubiger (nicht der Gläubiger des Erben) hat der Nießbraucher die in den §§ 1086 bis 1088 bestimmten Verpflichtungen zu erfüllen, ohne daß er im Falle des § 1086 einwenden kann, daß der Besteller des Nießbrauchs nicht der wahre Erbe oder Miterbe gewesen sei. War der Besteller nicht der wahre Erbe, so steht das Recht, gemäß § 1087 die Rückgabe der zur Verichtigung der Nachlassverbindlichkeiten erforderlichen Erbschaftsgegenstände zu verlangen, nur dem wahren Erben, nicht dem Besteller zu. Die Eingehung der Verpflichtung zur Belastung der Erbschaft mit einem Nießbrauch unterliegt ebenso wie der Erbschafts Kauf der in § 2371 vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Die Belastung des Nachlassanteils eines Miterben mit einem Nießbrauch bedarf derselben Form; denn sie enthält eine Verfügung über den Erbteil im Sinne des § 2033 (dort A 3). Ein solcher Nießbrauch am Anteil eines Miterben am ungeteilten Nachlaß kann auch im Grundbuch eines zum Nachlaß gehörenden Grundstücks eingetragen werden (MG SeuffA 91 Nr 103). Im übrigen gelten beim Nießbrauch an einem Erbteil sinngemäß die Ausführungen in § 1066 A 1—3. Der Miterbe kann ohne Zustimmung des Nießbrauchers die Erbauseinandersetzung nicht betreiben. Wie beim Pfandrecht an einem Erbteil (RG JW 1914, 765¹¹), so ist auch beim Nießbrauch an einem Erbteil nicht anzunehmen, daß der Nießbrauch sich ohne weiteres auf die bei der Auseinandersetzung dem Miterben zugeteilten Gegenstände überträgt.

2. Der Erblasser kann den Nießbrauch an einer Erbschaft oder einem Erbteil nicht mit dinglicher Wirkung, sondern nur als **Vermächtnis** (§§ 2147 ff.) zuwenden. Der Bedachte hat dann nach § 2174 einen schuldrechtlichen Anspruch darauf, daß ihm der Nießbrauch von dem Erben als dingliches Recht eingeräumt wird. Die Einräumung erfolgt nach Maßgabe des § 1085 durch Bestellung des Nießbrauchs an den einzelnen zu der Erbschaft gehörenden Gegenständen. Auch dem Nießbraucher gegenüber ist der Testamentsvollstrecker zur Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses verpflichtet (§§ 2215, 666, 2203; RG JW 1904, 338⁷). Übrigens ist bei der Auslegung des Testaments sorgfältig zu prüfen, ob der mit dem „Nießbrauch“ Bedachte nicht in Wirklichkeit die Stellung eines Vorerben (§§ 2100 ff.) haben soll.

Dritter Titel

Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten¹⁾

§ 1090

Ein Grundstück²⁾ kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten³⁾ die Belastung⁴⁾ erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen⁵⁾, oder daß ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann⁶⁾ (beschränkte persönliche Dienstbarkeit).

Die Vorschriften der §§ 1020 bis 1024, 1026 bis 1029, 1061 finden entsprechende Anwendung⁷⁾.

CG I 1044, 1048 f. II 999; M 3 566 ff.; P 3 436 ff.

1. Nur Grundstücke und solche Rechte, auf welche die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden, können zugunsten einer bestimmten natürlichen oder juristischen Person mit **beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten** belastet werden (§ 1090 Abs 1 Satz 1). Der Inhalt dieser Dienstbarkeiten kann in dem Recht, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder in einer sonstigen Befugnis bestehen, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann (§ 1090 Abs 1 Satz 2; § 1018). Der Umfang des Rechts wird im Zweifel durch die persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten bestimmt (§ 1091). Die Dienstbarkeit ist, wie der Nießbrauch, unerblich und unübertragbar (§§ 1090 Abs 2, 1061, 1092 Satz 1). Anders als beim Nießbrauch (§ 1059 Satz 2) ist die Überlassung der Ausübung an einen anderen regelmäßig unzulässig (§ 1092 Satz 2). Nur das Wohnungsrecht (§ 1093) ist nach mehreren Richtungen den Vorschriften über den Nießbrauch unterstellt. Für die Begründung und Aufhebung der Dienstbarkeiten finden die allgemeinen Vorschriften der §§ 873—878 Anwendung. Sonstige Vorschriften über diese Dienstbarkeiten enthalten BGB §§ 23, 24, 49; ZBW §§ 92, 121; GBZBW § 9. Der Teil 2 Kap. III § 1 B D v. 8. 12.

1931 ist auf ein Rechtsverhältnis gemäß §§ 1090 ff. nicht anwendbar (**RG JW** 1933, 1644). — Von den Vorbehalten im **EGWB** zugunsten der Landesgesetzgebung kommen für die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten besonders in Betracht: Artt 113 (Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Dienstbarkeiten in den Fällen der Zusammenlegung von Grundstücken, Gemeinheitsteilung); 115 (Unterjagung, Beschränkung oder Bestimmung des Inhalts und des Maßes); 120 (Unschädlichkeitszeugnis im Falle der Zeitveräußerung des belasteten Grundstücks); 128 (Dienstbarkeit an buchungsfreien Grundstücken); 133 (Recht auf Kirchenstühle und Begräbnisplätze). Von den Übergangsvorschriften sind zu beachten: **EG Artt** 184 (Bestehenbleiben der zur Zeit des Inkrafttretens des **BGB** bestehenden Dienstbarkeiten mit dem bisherigen Inhalt und Rang); 189 (Begründung und Aufhebung nach den bisherigen Gesetzen so lange, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist); 191 (Besitzschutz). Auf die beim Inkrafttreten des **BGB** bestehenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten finden die §§ 1020—1024, 1026—1028 keine entsprechende Anwendung. Denn Art 184 Satz 2 **EG** schreibt die Anwendung dieser Bestimmungen nur für Grunddienstbarkeiten vor (**RG JW** 1922, 26^a). Im übrigen sieht es der Anwendung des Art 184 **EG** auf die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht entgegen, wenn die Dienstbarkeit nicht eingetragen ist. Denn sie „belastet“ im Sinne des Art 184 das Grundstück auch dann, wenn sie zwar nicht eingetragen ist, aber dennoch besteht (**RG** 55, 315; 56, 13; 66, 30). Nach preussischem Recht konnte eine solche Dienstbarkeit gemäß § 12 **EigG** Ges an sich auch ohne Eintragung bestehen. Ihre Wirksamkeit gegenüber Dritten war aber ohne Rücksicht darauf, ob der Dritte die Dienstbarkeit kannte oder nicht, von der Eintragung abhängig. Nur mit dieser beschränkten Wirkung sind solche zur Zeit des Inkrafttretens des **BGB** bestehenden, aber nicht eingetragenen Dienstbarkeiten bestehengeblieben (**RG** 66, 30). Erst mit ihrer Eintragung erlangen sie also auch jetzt noch Wirkung gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber rechtsgeschäftlichen Erwerbern im Sinne des § 892 (**RG** 66, 30). Auf Grund des dinglichen Rechts besteht aber nach wie vor ein Anspruch auf die Bewilligung der Eintragung (**RG** Gruch 46, 132; **JW** 1904, 282¹). Hat allerdings inzwischen ein anderer als der ursprüngliche Besteller oder dessen Gesamterben das Grundstück erworben, so kann die Eintragung, auch wenn der Erwerber bösgläubig war, nicht mehr erfolgen, wenn nicht der andere seine Zustimmung zu der Eintragung gibt (**RG JW** 1901, 281¹). Irreguläre Personalservituten des gemeinen Rechts, die das Recht zur Gewinnung nicht regaler Bodenbestandteile (Salzsalze, Petroleum) betreffen, sind behandelt in **RG** 59, 289; **JW** 1922, 26^a.

2. Nur ein Grundstück oder ein solches Recht, auf das die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden, mithin das Erbbaurecht (**RD** v. 15. 1. 1919 § 11) und die in den Artt 63, 68, 196 **EG** bezeichneten Rechte, kommen als Belastungsgegenstand für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit in Betracht. Nicht möglich ist also die Dienstbarkeit an einer beweglichen Sache. Doch kann sich auf eine solche Sache, wenn sie Zubehör eines Grundstücks ist, das Wohnungsrecht (§ 1093) erstrecken. An dem Bruchteil eines Grundstücks kann eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht bestellt werden (**Prot** 3 S. 436, 310), wohl aber an einem bestimmten, begrenzten Teil eines Grundstücks (§ 1018 A 2). Die Frage, ob mehrere selbständige Grundstücke mit derselben Dienstbarkeit belastet werden können (z. B. mit einem Wohnungsrecht, dessen Ausübung sich nur auf ein bebautes Grundstück erstreckt), ist bereits in § 1018 A 5 erörtert.

3. Derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, kann nur eine bestimmte natürliche oder juristische Person sein (**RGZ** 39 A 210; § 1093 A 1), also z. B. auch eine Aktiengesellschaft (**RGZ** 53, 158), eine Gewerkschaft (**RZA** 7, 254), eine Genossenschaft (**RZA** 10, 72), eine Stadtgemeinde (**RGZ** 47, 186). Dagegen ist die Bestellung einer Dienstbarkeit z. B. nicht möglich für: den Staat zugunsten der Siedlung von „deutschstämmigen“ Landarbeiterfamilien, da „deutschstämmig“ zu vieldeutig und unbestimmt ist (**RG** Warn 1927 Nr 143; A 6 a. E.); eine preussische Polizeibehörde, da sie keine juristische Person ist, sofern nicht etwa nur eine falsche Bezeichnung für den Staat oder für eine Stadtgemeinde gebraucht ist (**RGZ** 39 A 210). Nicht ausgeschlossen ist die Belastung für mehrere bestimmte Personen als gleichzeitige und gemeinschaftliche Berechtigte, z. B. für Eheleute, Eltern, Kinder. Die Eintragung in einem solchen Falle regelt § 47 **GBD** (dazu **JW** 1935, 3564¹), wonach es unter Umständen genügt, wenn die mehreren Berechtigten „als Gesamtberechtigte i. S. des § 428 **BGB**“ ohne nähere Bezeichnung des Gesamthandverhältnisses eingetragen werden). Dagegen ist ausgeschlossen die Bestellung einer einzelnen Dienstbarkeit in der Weise, daß nach dem Tode des zunächst Berechtigten dessen Erbe oder ein anderer berechtigt sein soll. Denn das **BGB** kennt nur eine mit dem Tode des Berechtigten endigende (§§ 1090 Abs 2, 1061) Dienstbarkeit (**RG** 119, 214; **OLG** 10, 117; 14, 88). Ist aber eine Dienstbarkeit für den zunächst Berechtigten und zugleich für seine Rechtsnachfolger eingetragen worden, so ist die Eintragung nicht ohne weiteres unzulässig und unwirksam. Vielmehr ist nach § 139 zu prüfen, ob die zusätzliche Nebenbestimmung über die Rechtsnachfolge wegfallen und die Eintragung im übrigen nach dem Willen der Beteiligten aufrecht erhalten werden kann (**RG** 119, 214). Die Belastung für eine Gemeinde kann auch so geschehen, daß die Dienstbarkeit deren einzelnen Mitgliedern dient, z. B. so, daß die Bürger einen Weg, einen Park, eine Wasserleitung benutzen können (**Prot** 3, 439; **RG** 4, 132; 7, 164; 14, 214; **SeuffA** 41 Nr 173; 42 Nr 18; 44 Nr 163; 55

Nr 63; 58 Nr 70; JFG 4, 378). § 1091, der nur eine Auslegungsregel enthält, steht dem nicht entgegen. Klageberechtigt sind dann aber nicht die einzelnen Mitglieder, sondern die Gemeinde. Denn im Grundbuch eingetragen sein kann die Dienstbarkeit nicht für das einzelne Mitglied, sondern nur für die Gemeinde als juristische Person, die allein zur Verfügung über das Recht befugt ist, während die Gemeindeangehörigen nur aus dem Recht der Gemeinde die Dienstbarkeit ausüben. Das für oder gegen die juristische Person ergangene Urteil wirkt auch für oder gegen die Mitglieder (RG 44, 145; 61, 342; SeuffA 59 Nr 71). Ähnlich würde sich die Rechtslage gestalten, wenn sich die juristische Person (z. B. das Deutsche Reich) eine Dienstbarkeit bestellen ließe, die zwar nur ihre Person als Berechtigte auswies, aber auch einem Kreise anderer Personen, z. B. den Rechtsnachfolgern im Eigentum an einem bestimmten Grundstück, zugute kommen sollte (SMR 1933 Nr 1768). Für Personenkreise, die keine juristische Person bilden (z. B. für einen nichtrechtsfähigen Verein), kann eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht begründet werden, weil eben nur eine bestimmte Person Berechtigter sein darf (SeuffA 59 Nr 6). Dagegen ist zulässig die Bestellung mehrerer Dienstbarkeiten gleichen Inhalts für mehrere Personen in der Weise, daß diese nacheinander als Berechtigte folgen (z. B. für die jeweiligen Inhaber einer Firma oder für die Eltern auf Lebenszeit und für die Tochter nach dem Tode der Eltern). § 1092 steht dem nicht entgegen. Denn es handelt sich dann um einen Endtermin oder eine auflösende Bedingung (A 4) für die eine und zugleich um einen Anfangstermin oder eine aufchiebende Bedingung für die andere Dienstbarkeit (RG 7. 5. 1932 V 99/32; JW 1932, 2445^b; DVG 36, 164). Soll eine persönliche Dienstbarkeit durch eine Grunddienstbarkeit (§ 1018) ersetzt werden, so kann dies nur in der Weise geschehen, daß jene Dienstbarkeit gelöscht und diese Grunddienstbarkeit neu eingetragen wird (§ 877 A 4).

4. Die **Belastung** wird gemäß § 873 durch Einigung und Eintragung bewirkt. Das Wesen der Einigung und die Erfordernisse für ihre Rechtsgültigkeit sind in § 873 A 7—9 eingehend besprochen. Darauf kann verwiesen werden. Hier sei nur daran erinnert, daß die Einigung zur materiellrechtlichen Gültigkeit einer Form nicht bedarf. Formellrechtlich genügt zur Vornahme der Eintragung gemäß § 19 GBD die Eintragungsbewilligung des Eigentümers des zu belastenden Grundstücks, ohne daß es des Nachweises der Einigung bedarf. Die Bewilligung muß in der im § 29 Satz 1 GBD vorgeschriebenen Form erklärt sein. Der ferner erforderliche Eintragungsantrag (§ 13 Abs 1 GBD) kann (formlos; § 30 GBD) sowohl von dem Aktivbeteiligten als auch von dem Passivbeteiligten gestellt werden (§ 13 Abs 2 GBD). Die Eintragung, bei der gemäß § 874 auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann (vgl. auch § 49 GBD), erfolgt auf das zu belastende Grundstück. Die Dienstbarkeit kann auch (z. B. durch Kündigung) auflösend bedingt bestellt werden, da eine entgegenstehende Gesetzesbestimmung nicht besteht (DVG 43, 225; A 3 a. E.). Die Festsetzung eines Entgelts für die Ausübung des Rechts ist mit dem Begriff dieser Dienstbarkeit wohl vereinbar (RG 54, 233; Warn 1927 Nr 54; RGZ 53, 159). — Zur rechtsgeschäftlichen **Aufhebung** ist gemäß § 875 die Aufgabenerklärung des Berechtigten und die Löschung erforderlich (§ 875 A 7, 8). Erlischt die Dienstbarkeit durch den Tod des Berechtigten (§§ 1090 Abs 2, 1061; unten A 7), so kann die Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung gemäß § 22 GBD auf Grund der Sterbeurkunde beantragt werden. Bei der Löschung sind aber die §§ 23, 24 GBD zu beachten. Nach dem Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins gilt für die Grundbuchberichtigung Entsprechendes wie nach dem Tod des Berechtigten. Die Dienstbarkeit kann auch nach Maßgabe des § 901 durch Verjährung erlöschen. Durch die Vereinigung der Berichtigung und des belasteten Eigentums in einer Person erlischt sie aber nach § 889 nicht.

5. Von der Berechtigung zur **Benutzung in einzelnen Beziehungen** gilt dasselbe, wie wenn eine solche den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bildet (§ 1018 A 6, 7). Die Benutzung kann auch mit einer Verringerung des Grundstücksbestandes (z. B. durch Entnahme von Bodenbestandteilen wie Steine, Mineralien, Kalk) verbunden sein (RGZ 24 A 119; RM 7, 254; DVG 10, 413; 15, 359; 26, 99; 43, 8) oder mit teilweiser Entziehung von Nutzungen des Grundstücks (z. B. durch Weiden von Vieh im Falle einer Weiderechtigung; RG 104, 148). Das Recht zur Ausübung eines Grundstücks auf Bodenbestandteile, das den Gegenstand einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bildet, kann als solcher Gegenstand eines Verkaufes sein. Bleibt die Dienstbarkeit in einer Zwangsversteigerung bestehen, so bleibt auch der vertragmäßige Anspruch des Bestellers auf die Vergütung für das Ausbeuterecht unberührt. Dies gilt auch dann, wenn der Dienstbarkeitsberechtigte selbst der Ersteher ist (RG SMR 1936 Nr 662). Das Recht, auf fremdem Grund und Boden die Jagd auszuüben, würde die Befugnis enthalten, den Grundbesitz zum Zweck der Jagdausübung zu benutzen, und könnte daher begrifflich an sich Gegenstand sowohl einer Grunddienstbarkeit wie einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein. Nach § 3 des Reichsjagdgesetzes v. 3. 7. 1934 steht aber das Jagdrecht nur dem Eigentümer auf seinem Grund und Boden zu und ist untrennbar mit dem Grund und Boden verbunden; als selbständiges dingliches Recht kann es nicht begründet werden. Damit ist also die Begründung eines dinglichen Nutzungsrechts auf die Jagdausübung für einen Nichteigentümer ohne Rücksicht auf die Zeitdauer des Rechts verboten (so schon für § 2 der früher geltenden preuß. JagdO v. 15. 7. 1907: RGZ 34 A 250;

§ 2, 332). Statthaft ist dagegen eine Dienstbarkeit, welche die Benutzung eines Gebäudes auf dem belasteten Grundstück zu Geschäftszwecken des Berechtigten zum Gegenstand hat (§ 1093 A 1). Rein schuldrechtliche Verpflichtungen können, ebenso wie bei Grunddienstbarkeiten, nicht den Gegenstand einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bilden, also z. B. nicht die Verpflichtung, verkaufte Bäume zu fällen und durch den anderen wegnehmen zu lassen (**RG** 60, 319; **OW** 43, 8) oder ein Recht auf Entziehung eines Grundstücks (**RGF** 25 A 148; § 1018 A 4). Gestattet ein Grundstückseigentümer einem andern durch schuldrechtlichen Vertrag ohne Einräumung einer Dienstbarkeit die entgeltliche Quellwasserentnahme aus dem Grundstück, so kann darin ein pachtähnliches Verhältnis gefunden werden, das die entsprechende Anwendung der §§ 571, 581 rechtfertigt (**RG** **HRR** 1934 Nr 1197). Bei der Einräumung einer persönlichen Dienstbarkeit kann das Recht zur Grundstücksbenutzung seiner Natur nach, da ein Grundstück zur Befriedigung eines wirtschaftlichen Bedürfnisses benutzt wird, nur ein solches sein, das für den Berechtigten einen wirtschaftlichen Vorteil bietet oder bieten kann (**RG** 61, 341, dessen grundsätzliche Ausführungen allerdings in **RG** 111, 394 anscheinend auch für diesen Fall der Dienstbarkeit nicht aufrechterhalten sind; **RG** 4, 380; für anders geartete Dienstbarkeiten vgl. unten A 6 a. E.). Ein solcher Vorteil kann auch in einer bloßen Unannehmlichkeit (z. B. Besuch von Parkanlagen zum Zweck des Vergnügens und der Erholung; Benutzung eines kürzeren Zugangs zu einem andern Grundstück) bestehen (**RG** 14, 214; 44, 146; 61, 342; **RG** 4, 381). Dagegen fehlt ein solcher Vorteil durch Grundstücksbenutzung, wenn einem Maschinenfabrikanten das Recht gewährt ist, eine an den Eigentümer des Grundstücks unter Vorbehalt des Eigentums verkaufte Maschine auf dem Grundstück zu haben. Denn aus dem Haben der Maschine auf dem Grundstück zieht der Fabrikant keinen Vorteil. Vielmehr ist dieses Haben für ihn eher eine Last, weil der Eigentümer die Maschine benutzen darf. Einen Vorteil hat der Verkäufer nur aus dem Verkauf der Maschine nebst Eigentumsvorbehalt, nicht aus dem Grundstück des Schuldners. Daher kann eine Dienstbarkeit mit jenem Inhalt nicht bestellt werden (str.; **RZM** 9, 140). Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, die das Recht zur Benutzung eines bestimmten Grundstücks in einzelnen Beziehungen begründet (z. B. ein Gebäudebenutzungsrecht oder ein Wegerecht), kann nicht zur Miethaft auch auf einem andern Grundstück eingetragen werden, welches diese Benutzungsart nicht gewähren kann und soll, weil sich die von der Dienstbarkeit ergriffenen Einrichtungen und Flächen (Gebäude, Wege) nicht auf ihm befinden; das ist namentlich für die Eintragung von Anteilen, Auszügen usw. auf mehreren Grundstücken bedeutungsvoll (**ZW** 1937, 2606⁶⁰).

6. Als eine sonstige Befugnis, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann, kommt hier nur noch der zweite Fall des § 1018, also die Unterlassung gewisser Handlungen auf dem belasteten Grundstück, in Betracht. Denn der erste Fall des § 1018, nämlich die Berechtigung zum Benutzen des Grundstücks in einzelnen Beziehungen, ist im § 1090 Abs 1 bereits vorweg als zulässiger Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bestimmt (A 5). Der dritte Fall des § 1018, nämlich der Ausschluß der Ausübung eines gesetzlichen Benutzungsrechts, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt (Legalservitut), hat aber für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit keine Bedeutung, weil deren Inhaber nicht ein Grundstück, sondern eine Person ist. Allerdings wird dieser Unterschied in der Rechtsprechung gelegentlich verwischt. So ist in **RGF** 49, 195 angenommen, daß eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit auch für den Eigentümer von Bergwerksanlagen (eine Aktiengesellschaft) auf Duldung von schädlichen Einwirkungen aus dem Betrieb der Anlagen bestellt werden kann. In **RG** 119, 211 ist zugelassen, daß das vertragsmäßig eingeräumte Recht auf Duldung unbeschränkter, über die gesetzliche gezogenen Grenzen hinausgehender Einwirkungen von einem Grundstück (Bergbaubetrieb) auf ein anderes Grundstück zum Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemacht wird. Zur Begründung wird ausgeführt, daß an die Stelle des im § 1018 bestimmten herrschenden Grundstücks hier die berechnigte Person trete. Diese Auffassung widerspricht aber dem Wesen der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, deren Umfang sich im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnis des Berechtigten bestimmt (§ 1091), während in den besprochenen Fällen die Duldung der Einwirkungen gerade einem Grundstück als solchem zugute kommt. Es besteht auch kein praktisches Bedürfnis für solche persönlichen Dienstbarkeiten, da nach der Sachlage passend und rechtmäßig eine Grunddienstbarkeit für das Bergwerkeigentum, zu dessen Bestandteilen die Anlagen gehören, oder für das einwirkende Grundstück bestellt werden kann (§ 1018 A 9). Entsprechendes gilt für die in **RGF** 51, 249 angenommene Zulässigkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für den Oberlieger an einem Privatfluß gegenüber dem Eigentümer eines unterliegenden Grundstücks auf Duldung der Zuführung von Wasser aus dem Grundstück des Oberlieggers in den Privatfluß über den durch Niebeschlags-, Haus- und Wirtschaftswasser bestimmten Umfang hinaus. Auch hier kann nur die Bestellung einer Grunddienstbarkeit für das Grundstück des Oberlieggers in Frage kommen. Im übrigen kann wegen des Inhalts einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die auf Unterlassung von Handlungen gerichtet ist, im allgemeinen auf § 1018 A 8 verwiesen werden. Im einzelnen ist hervorzuheben: Die Dienstbarkeit ist auch für eine juristische Person (z. B. eine Gemeinde, eine Aktiengesellschaft, eine Genossenschaft, eine Versicherungsanstalt) zulässig (**RG** 14, 214; 44, 146; 61, 342; 111, 394;

ROG 36 A 216; 42 A 246; 45, 227; 47, 186; 53, 158). Sie kann z. B. dahin gehen, daß auf dem belasteten Grundstück für eine gewisse Zeit keine gewerblichen Betriebe stattfinden, keine Bauten über eine bestimmte Höhe hinaus, keine Fabrikanlagen, Verkaufsläden, Schankwirtschaften eingerichtet werden (**DVG** 5, 316; 10, 118; 21, 37 **Ann**; **ROG** 36 A 216; 39 A 212; 42, 245; 45, 228; **ZFG** 4, 381) oder daß dort nur Personen bestimmter Art oder Zahl wohnen dürfen (**RG** 111, 394; **ROG** 36 A 216; 42, 245; **RZM** 10, 72). Die dem Eigentümer des belasteten Grundstücks obliegende Unterlassungspflicht darf aber nur gerichtet sein auf eine Beschränkung in der tatsächlichen Herrschaft, d. h. in Handlungen, die sich als ein „Verfahren mit der Sache“ im Sinne des § 903 darstellen (**RG** 111, 395; **RZM** 10, 74), auch wenn dadurch der Verpflichtete in seiner persönlichen oder gewerblichen Freiheit beschränkt wird (**ZFG** 4, 382). Eine Beschränkung in der rechtlichen Verfügung über das Grundstück (z. B. ein Verbot der Teilung, der Verpachtung, der Mißbrauchsbestellung, der Übertragung des Eigentums an eine andere Person) kann den Inhalt einer Dienstbarkeit nicht bilden (**DVG** 21, 407; **ROG** 45, 229; auch **RG** 111, 395). In einem Tun kann auch (§ 1018 **U** 4) eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht bestehen. Ein solches Tun (z. B. die Pflicht, eine Fährre dauernd zu unterhalten und im Betrieb zu erhalten) kann nur den Gegenstand einer Realkast (§ 1105) bilden (**DVG** 26, 101). Streift es, ob auch für diese Art der Dienstbarkeit (wegen der andern **Art** 5) ein wirtschaftlicher Vorteil für den Berechtigten, an dessen Erreichung der Berechtigte ein privatrechtliches Interesse hat, unbedingt Erfordernis ist. Aus § 1019, den § 1090 **Abf** 2 nicht mitanführt, ist dies nicht zu entnehmen (a. M. **RG** 61, 341). Daher kann ein als Inhalt der Grunddienstbarkeit nicht statthaftes gewerbliches Wettbewerbsverbot (z. B. das Verbot eines Kinobetriebs) ohne Rücksicht auf das wirtschaftliche Bedürfnis des Berechtigten den Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bilden (**DVG** 45, 229; Gegenbeispiele in § 1019 **U** 4). Einen rechtsschutzwürdigen Vorteil muß allerdings auch diese Dienstbarkeit nach allgemeinen Grundrätzen mit sich bringen. Und da nach § 1091 für den Umfang der Dienstbarkeit das durch sie zu befriedigende persönliche Bedürfnis des Berechtigten im Zweifel bestimmend sein soll, muß sich dieser Vorteil für den Berechtigten ergeben (**RG** 111, 392). Daß aber der Vorteil stets ein rein wirtschaftlicher, lediglich auf dem Gebiet des Privatrechts liegender sein muß, ist nicht anzuerkennen. Vielmehr ist nach Sinn und Zweck des Gesetzes, daß nur allgemein eine „Befugnis“ (zum Verbot der Vornahme einer Handlung auf dem belasteten Grundstück) erfordert, auch ein volks- oder staatswirtschaftlicher Vorteil für genügend zu erachten, wenn er sich nur Verfolgung mit Rechtsbehelfen des Privatrechts eignet (**RG** 111, 392, wo die gegenteiligen Ausführungen in **RG** 61, 338 nicht aufrechterhalten werden; a. M. **ROG** 36 A 217; 42, 246; 47, 186). Daher kann z. B. 338 nicht aufrechterhalten werden; a. M. **ROG** 36 A 217; 42, 246; 47, 186). Daher kann z. B. für den Staat, der zur Beförderung der Bebauung eines Grundstücks mit Landarbeiterwohnhäusern ein Darlehn hingibt, eine Dienstbarkeit des Inhalts bestellt werden, daß die Wohnhäuser nur von Landarbeitern deutscher Staatsangehörigkeit und deren Familien bewohnt werden dürfen (**RG** 111, 384). Zu unbestimmt und deshalb nicht eintragungsfähig ist dagegen die Bestimmung, daß die Wohnungen „nur von deutschstämmigen Landarbeiterfamilien“ benutzt werden dürfen (**RG** **Warn** 1927 **Nr** 143). Zulässig ist die Bestellung einer Dienstbarkeit mit dem Inhalt einer Wohnungsbeschränkung zugunsten eines Bauvereins, der den gemeinnützigen Zweck verfolgt, unbemittelten Personen gesunde Wohnungen zu beschaffen (**RZM** 10, 72). Die dem Rentengutsvererber (Preuß. RentengutsGes. v. 27. 6. 1890) auferlegte Verpflichtung, das Grundstück selbst zu bewohnen und zu bewirtschaften, fällt nicht unter § 1090 und ist überhaupt nicht eintragungsfähig (**RW** 1933, 701¹).

7. Entsprechende Anwendung finden: die §§ 1020 **Satz** 1 (Schonung der Interessen des Eigentümers bei Ausübung der Dienstbarkeit); **1020** **Satz** 2, **1021**, **1022** (Unterhaltungspflicht einer zur Ausübung der Dienstbarkeit gehörenden Anlage); **1023** (Verlegung der Dienstbarkeit, wenn deren jeweilige Ausübung sich auf einen Grundstücksenteil beschränkt), **1024** (Regelung der Ausübung der Dienstbarkeit beim Zusammentreffen mit anderen Dienstbarkeiten oder sonstigen Benutzungsrechten); **1026** (Freiwerden der Grundstücksteile, die außerhalb des Bereichs der auf einen bestimmten Teil beschränkten Ausübung der Dienstbarkeit liegen, im Falle der Teilung des belasteten Grundstücks); **1027** (Klage aus § 1004 wegen Beeinträchtigung der Dienstbarkeit des **RG** 77, 218; § 1027 **U** 4); **1028** (Verjährung des Anspruchs und Untergang der Dienstbarkeit im Falle ihrer Beeinträchtigung durch eine Anlage); **1029** (Besitzschutz für jeden, der sich in Ausübung einer eingetragenen Dienstbarkeit befindet, ohne daß er selbst im Grundbuch eingetragen zu sein braucht; dazu die Übergangsvorschriften in **Art** 191 **GG**); **1061** (Untergang der Dienstbarkeit durch Tod der natürlichen oder Erlöschen der juristischen Person). Wann eine aus der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit berechnete juristische Person endet, bestimmt sich nach den für sie geltenden Vorschriften. Durch die Konkursöffnung wird eine juristische Person zwar regelmäßig aufgelöst (§ 203 **Nr** 3 **AktG**; § 60 **Nr** 4 **GmbHGes**; § 101 **GenG**). Da ihre Rechtspersonalität aber noch für die Zwecke des Konkursverfahrens bis zur Aufteilung des Vermögens fortbesteht, wird anzunehmen sein, daß auch eine für die juristische Person bestellte persönliche Dienstbarkeit erst mit der endgültigen Abwicklung des Konkurses erlischt (**RG** **Recht** 1916 **Nr** 1903; **DVG** 26, 100; aber auch **RZM** 10, 195). Ist eine Gemeinde oder ein Staat Rechtsinhaber, so hört

die Dienstbarkeit durch Einverleibung in eine andere Gemeinde oder einen andern Staat nicht auf. Denn diese juristischen Personen gehen durch die Einverleibung nicht unter, sondern erfahren nur eine Umwandlung, die gleichzustellen ist einer Organisationsveränderung öffentlicher Verbände (RG 3, 333). Ebenso erlischt auch die für eine Aktiengesellschaft bestellte Dienstbarkeit nicht dadurch, daß die Aktiengesellschaft mit einer andern ohne Abwicklung (Liquidation) gemäß § 306 HGB (jetzt §§ 233ff. AktG) verschmolzen wird. Denn auch hier erfährt die berechtigte Aktiengesellschaft, wenn auch ihr gesamtes Vermögen wie bei einer Erbfolge auf die übernehmende Aktiengesellschaft übergeht, nur eine Umwandlung, indem sie fortan ein Teil der übernehmenden Aktiengesellschaft ist. Diese hier schon bisher vertretene, in der Rechtsprechung (RG 123, 294; RGZ 51, 262) aber nicht geteilte Ansicht hat nunmehr ihre Bestätigung gefunden durch das Reichsgesetz v. 13. 12. 1935 (§ 1092 A 1 a. E.).

§ 1091

Der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bestimmt sich im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten¹⁾.

§ I 1046 II 1000; M 3 567; P 3 436.

1. Da das persönliche Bedürfnis des Berechtigten nur im Zweifel maßgebend sein soll, gibt § 1091, abweichend von § 1019, lediglich eine Auslegungsregel. Der Umfang der Dienstbarkeit kann also durch Vereinbarung der Beteiligten so bestimmt werden, daß er das persönliche Bedürfnis des Berechtigten übersteigt oder auch hinter ihm zurückbleibt (RG 60, 320; Seuff 88 Nr 11; RZM 7, 257; DZG 15, 372; RGZ 53, 158; § 1093 A 1). So kann z. B. bestimmt werden: daß die Entnahme von Bodenbestandteilen zum Verkauf im Gewerbebetriebe des Berechtigten stattfinden dürfen (RG 60, 319; RZM 7, 254); daß die Erwerber von Grund und Boden zugunsten einer Bodengesellschaft die Einrichtung öffentlicher Vergnügungs- oder Schankwirtschaften unterlassen sollen, damit dem Ortsteil ein ruhiger und vornehmer Charakter verschafft und so die Möglichkeit eines günstigeren Verkaufs der anderen Ländereien gewahrt wird (DZG 15, 372). Ferner ist das „persönliche Bedürfnis“ des § 1091 im weiteren Sinne aufzufassen. Darunter fällt also auch z. B. das Bedürfnis der Haushaltung oder des Geschäftsbetriebs des Berechtigten (M 3, 567; RZM 7, 257; RGZ 53, 159). Bei der Bestellung einer Dienstbarkeit für mehrere Personen (§ 1090 A 3) kann bestimmt sein, daß jeder Berechtigte sie ganz oder zum Teil ausüben kann. Letzteres wird meist der Fall sein, wenn die Dienstbarkeit den einzelnen Berechtigten Nutzungen gewähren soll, die der Menge nach bestimmt sind.

§ 1092

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist nicht übertragbar¹⁾. Die Ausübung der Dienstbarkeit kann einem anderen nur überlassen werden, wenn die Überlassung gestattet ist²⁾.

§ I 1047 II 1001; M 3 567f.; P 3 436.

1. Die Dienstbarkeit ist nicht übertragbar. Das gilt z. B. auch für ein Ausgedinge, soweit es aus beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten besteht (RGZ 40, 250). Wegen ihrer Nichtübertragbarkeit kann die Dienstbarkeit auch nicht mit einem Nießbrauch (§ 1069 Abs 2) oder mit einem Pfandrechte (§ 1274 Abs 2) belastet werden. Der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung unterliegt sie nur insoweit, als ihre Ausübung gemäß Satz 2 einem andern überlassen werden kann (§ 857 Abs 3, 4 ZPO); nur insoweit gehört sie daher auch zur Konkursmasse des Berechtigten (§ 1 RD). Die Pfändung von Aktenteilen, die aus Dienstbarkeiten und Reallasten gemischt sind, wird behandelt in RW 1932, 1564²; HRK 1932 Nr 1003. Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist auch nicht vererblich (§§ 1090, 1061). Möglich ist aber die Bestellung einer Dienstbarkeit für mehrere Personen, die einander als Berechtigte folgen (§ 1090 A 3). — Der Grundsatz des § 1092 Satz 1 wird durchbrochen vom Reichsgesetz v. 13. 12. 1935 (RGBl I, 1468; dazu DurchfVO v. 12. 6. 1936 — RGBl I, 489 —). Hier wird die einer juristischen Person zustehende beschränkte persönliche Dienstbarkeit im Falle des Vermögensübergangs auf dem Wege der Gesamtrechtsnachfolge und im Falle der Übertragung des Betriebsunternehmens, dem die Dienstbarkeit zu dienen geeignet ist, für übertragbar erklärt. Doch wird damit nicht zugleich die Möglichkeit einer Pfändung oder Verpfändung der Dienstbarkeit eröffnet. Im Falle eines solchen Übergangs oder einer solchen Übertragung tritt der Erwerber dem Eigentümer gegenüber kraft Gesetzes in alle Rechte und Pflichten aus der Dienstbarkeit ein, ohne daß dieserhalb der Eigentümer oder sonstige dinglich Berechtigte Entschädigungsansprüche erheben könnten. Bei einer Vermietung oder Verpachtung des mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücks finden in solchen Fällen die §§ 571—576, 578, 579 entsprechende Anwendung.

2. Die Ausübung der Dienstbarkeit kann einem anderen nur überlassen werden, wenn der Verpflichtete dies gestattet hat. Die Gestattung muß, um gegen Dritte Wirkung zu haben, gemäß § 873 im Grundbuch eingetragen sein; die Eintragung kann durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (§ 874) erfolgen (JZG 15, 30). Dagegen ist die Überlassung durch den Berechtigten an einen anderen der Eintragung nicht fähig. Wird die Dienstbarkeit ohne Gestattung von einem Dritten ausgeübt, so hat der Eigentümer gegen diesen die Eigentumsstörungszustimmung gemäß § 1004 Abs 1. Aber auch wenn die Überlassung der Ausübung an einen anderen gestattet ist, erlangt dieser dadurch kein dingliches Recht. Er kann also die Ausübung nicht durch Klage gegen den Eigentümer erzwingen, sondern sich nur gegen dessen Klage mit der Einrede der Gestattung gemäß § 1004 Abs 2 schützen.

§ 1093

Als beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann auch das Recht bestellt werden, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes unter Ausschluß des Eigentümers als Wohnung zu benutzen¹⁾. Auf dieses Recht finden die für den Nießbrauch geltenden Vorschriften der §§ 1031, 1034, 1036, des § 1037 Abs 1 und der §§ 1041, 1042, 1044, 1049, 1050, 1057, 1062 entsprechende Anwendung²⁾.

Der Berechtigte ist befugt, seine Familie sowie die zur standesmäßigen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen³⁾.

Ist das Recht auf einen Teil des Gebäudes beschränkt, so kann der Berechtigte⁴⁾ die zum gemeinschaftlichen Gebrauche der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen mitbenutzen⁵⁾.

§ I 1050 II 1002; R 3 570f.; B 3 437.

1. § 1093 ist durch die Mieterschutzgesetzgebung nicht beseitigt worden. Der Vertrag auf Bestellung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit braucht nicht zur Umgehung der Mieterschutzgesetzgebung geschlossen zu sein (RG JRSchMSpr 1927 Nr 1524). Keinesfalls aber kann ein rein schuldrechtliches Mietverhältnis durch Eintragung einer Dienstbarkeit nach §§ 1090, 1093 verbindlich werden (HR 1935 Nr 673). — § 1093 betrifft den Fall, daß dem Berechtigten ein Gebäude oder ein Gebäudeteil als Wohnung unter Ausschluß des Eigentümers zur Benutzung eingeräumt ist. Ist der Eigentümer nicht ausgeschlossen, so finden nur die §§ 1090—1092, nicht § 1093 Anwendung (HR 1929 Nr 906). Das Wohnungsrecht kann unentgeltlich oder gegen Entgelt, auch gegen jährliche Zahlung einer bestimmten oder nach dem jeweiligen Mietwert der Wohnung zu bestimmenden Geldsumme eingeräumt werden (RG 54, 233; JW 1923, 760²; DLG 43, 8). Der Berechtigte ist aber nur schuldrechtlich zur Zahlung des Entgelts verpflichtet. Jedoch kann die Beendigung des Wohnungsrechts an die auflösende Bedingung der Nichtzahlung des Entgelts geknüpft werden (DLG 43, 9). Die Aufwertung des Entgelts erfolgt nach § 242; dabei kann ein Mietzinsindex herangezogen werden (RG 24. 1. 1929 VIII 329/28). Zulässig ist die Bestimmung, daß der Berechtigte einen Teil der Wohnräume erweitern und dem Eigentümer selbst Räume vermieten darf (DLG 43, 9). Wird aber bei der Bestellung des Wohnungsrechts bedungen, daß die Vorschriften über ein Mietverhältnis darauf Anwendung finden sollen, so ist das Recht in Wahrheit ein Mietrecht und deshalb nicht eintragungsfähig (RGZ 24 A 121; 53, 160; HR 1935 Nr 673). Im übrigen ist es Sache der Auslegung, ob ein schuldrechtliches Mietverhältnis oder ein dingliches Wohnungsrecht von den Beteiligten vereinbart ist (RG SeuffA 86 Nr 117). Soweit nicht Bestimmungen getroffen sind, die mit einem dinglichen Wohnungsrecht unvereinbar sind, steht der Annahme eines solchen an sich nichts im Wege (RG HR 1929 Nr 907). Bei unzweifelhaft feststehender Ernstlichkeit des Willens der Beteiligten, ein dingliches Recht zu begründen, wird die Vereinbarung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auch nicht dadurch hinfällig, daß neben ihr noch weitergehende schuldrechtliche Verpflichtungen begründet sind (RG HR 1929 Nr 602). Der Inhalt des eingetragenen Rechts ist unter Umständen im Wege der Auslegung festzustellen (§ 873 A 7a gegen Ende). — Vom Nießbrauch unterscheidet sich das Wohnungsrecht dadurch, daß bei diesem nur eine bestimmte Art der Nutzung eingeräumt wird, während der Nießbrauch begrifflich alle Nutzungen umfaßt, von denen nur einzelne ausgenommen sein können. — Die Gewährung einer Wohnung kann auch als Reallast (§ 1105) begründet sein (z. B. wenn ein Mitbenutzungsrecht eingeräumt ist) oder als persönliche Verpflichtung bestehen (RG Warn 1909 Nr 69) oder mit einer Reallastberechtigung (z. B. einem Beförderungszug oder einem Recht auf Leistung von Naturalien, Stellung von Fuhrren u. dgl., wie bei einem Altenteil) verbunden sein (RG Gruch 46, 131; RJA 4, 181; RGZ 53, 168). Im einzelnen Falle ist zu untersuchen, was unter Wohnungsrecht verstanden ist. Bei einem Auszug (Altenteil, Leibgebänge, Leibzucht) ist die Eintragung der Umwandlung eines Wohnungsrechts nach § 1093

in einen Geldrentenanpruch nicht inhaltlich unzulässig, obwohl dadurch aus einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit eine Reallast wird (ZB 1934, 2997²). — Ein Gebäude oder Gebäudeteil muß als Wohnung eingeräumt sein, nicht z. B. als Fabrikraum. Doch kann der Wohnungsberechtigte in der Wohnung seine Geschäfte verrichten (RGZ 53, 159). Auch kann ihm gestattet sein, einen Teil der Räume zu gewerblichen Zwecken zu benutzen (RG StR 1932 Nr 1660). Soll aber ein Gebäude lediglich Geschäftszwecken des Berechtigten dienen, so kann es sich nur um eine gewöhnliche beschränkte Dienstbarkeit handeln, die nach § 1090 darin bestehen kann, daß der Berechtigte befugt ist, das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen (RGZ 53, 159). Auf eine solche Dienstbarkeit findet dann § 1093 keine Anwendung. — Nicht erforderlich ist, daß die Dienstbarkeit einem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten dient. Nach § 1091 bestimmt sich nur der Umfang der Dienstbarkeit im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten (RGZ 53, 158; § 1091 A 1). Daher kann auch eine juristische Person Berechtigter sein. Zwar kann sie selbst von dem Wohnungsrecht keinen Gebrauch machen. Sie übt aber das Recht aus, indem sie natürlichen Personen (z. B. eine Aktiengesellschaft ihren Angestellten) die Räume zum Wohnen überläßt (RGZ 53, 158), vorausgesetzt, daß sie hieran ein privatrechtliches Interesse hat (RG 61, 338; RGZ 53, 158). — Die im § 1093 für das Wohnungsrecht gegebene Regelung ist nicht zwingend. Das Wohnungsrecht ist hier nur als ein besonderer Fall der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit hervorgehoben. Daneben finden die allgemeinen Bestimmungen der §§ 1090—1092 Anwendung. Daher können die Beteiligten in den Grenzen dieser allgemeinen Bestimmungen die Vorschriften des § 1093 durch Vereinbarung abändern (ZFG 1, 410). So kann z. B. nach der gemäß § 1090 Abs 2 entsprechend anzuwendenden, für die Grunddienstbarkeit gegebenen Vorschrift des § 1021 abweichend von der gemäß § 1093 Abs 1 Satz 2 entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 1041 (A 2) bestimmt werden, daß eine zur Ausübung des Wohnungsrechts gehörende Anlage auf dem belasteten Grundstück (z. B. eine in den Wohnräumen befindliche Wasserzufluß- und Abflußanlage) vom Grundstückseigentümer zu unterhalten ist, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert (ZFG 1, 409). Dagegen kann es nicht als Begründung lediglich eines Wohnungsrechts erachtet werden, wenn dem Grundstückseigentümer allgemein die Verpflichtung zur Unterhaltung des als Wohnung zu benutzenden Gebäudes oder Gebäudeteils selbst auferlegt wird. Denn das Gebäude oder der Gebäudeteil ist nicht als eine zur Ausübung des Wohnungsrechts gehörende besondere Anlage anzusehen. Vielmehr handelt es sich bei einer solchen Festsetzung tatsächlich um die Begründung eines Mietrechts oder einer Reallast (RGZ 24 A 122). Die Unübertragbarkeit des Wohnungsrechts (§ 1092 Abs 1) steht nach ZFG 9, 176 bei der allgemeinen Gütergemeinschaft trotz der Vorschrift des § 1439 einer Verfügung des Ehemanns über ein für beide Eheleute bestelltes Wohnungsrecht nicht entgegen.

2. Aus der entsprechenden Anwendung der im Abs 1 Satz 2 genannten, für den Nießbrauch geltenden Vorschriften ergibt sich: Das Wohnungsrecht erstreckt sich im Zweifel auch auf das Zubehör (§ 1031). Der Berechtigte kann den Zustand des Gebäudes durch Sachverständige feststellen lassen (§ 1034), ist zum unmittelbaren Besitz des Gebäudes oder Gebäudeteils berechtigt, hat nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren (§ 1036), darf das Gebäude oder den Gebäudeteil nicht verändern oder wesentlich umgestalten (§ 1037 Abs 1), hat die gewöhnliche Unterhaltungspflicht (§ 1041), die Anzeigepflicht bei Schäden usw. (§ 1042) und die Pflicht zur Gestattung der Ausbesserung und Erneuerung (§ 1044). Eine Verpflichtung, die Verwendung der im § 1043 bezeichneten Bestandteile des Grundstücks dem Eigentümer zu gestatten (§ 1044 Schlußhalb), kommt hier nicht in Frage, weil § 1043 auf das Wohnungsrecht nicht Anwendung findet. Für Verwendungen, die der Wohnungsberechtigte machte, ohne dazu verpflichtet zu sein, kann er Ersatz verlangen; eine Einrichtung, mit der er das Gebäude verfäh, darf er wegnehmen (§ 1049). Veränderungen und Verschlechterungen, die durch eine ordnungsmäßige Ausübung des Wohnungsrechts herbeigeführt sind, hat er nicht zu vertreten (§ 1050). Die Ansprüche des Eigentümers wegen einer Veränderung oder Verschlechterung des Gebäudes und die Ansprüche des Berechtigten auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in 6 Monaten (§ 1057). Die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Wohnungsrechts an einem Gebäude oder Gebäudeteil hat auch die Aufhebung des Wohnungsrechts am Zubehör zur Folge (§ 1062). Die Pflicht zur Zurückgabe der Sache nach Beendigung des Wohnungsrechts (§ 1055) ergibt sich aus der Natur dieses Rechts. An die Stelle der §§ 1059, 1060, 1061, 1065 treten die §§ 1090 Abs 2, 1092 in Verbindung mit den §§ 1024, 1027, 1061. Keine entsprechende Anwendung finden die §§ 1045, 1046 (Versicherungspflicht des Nießbrauchers), 1051—1054 (Recht des Eigentümers auf Sicherheitsleistung, Anordnung einer Verwahrung, Unterlassung eines unzulässigen Gebrauchs), 1056 (Dauer des Mietvertrags über die Beendigung des Nießbrauchs hinaus), 1058 (durch das Wohnungsrecht entstehen also nur Rechte und Pflichten zwischen dem Wohnungsberechtigten und dem Eigentümer, nicht auch dem Besteller, falls dieser nicht Eigentümer ist).

3. Welche Personen zur Familie gehören oder zur standesmäßigen Bedienung und Pflege erforderlich sind und daher in die Wohnung aufgenommen werden dürfen, bestimmt sich im einzelnen Falle nach der Auffassung des Lebens (SeuffA 1 Nr 250; 13 Nr 50; 20 Nr 237). Zur

entgeltlichen oder unentgeltlichen Überlassung der Wohnung oder eines Teiles von ihr an andere als die im Abs 2 bezeichneten Personen ist der Berechtigte nur gemäß § 1092 Satz 2 befugt, also wenn die Überlassung der Ausübung der Dienstbarkeit insoweit gestattet worden ist (§ 3 W 1923, 760²). Jedoch unterliegt die Regelung des Abs 2 ebenso wie die des Abs 1 und des Abs 3 der Abänderung durch eine Vereinbarung der Beteiligten. Diese Vereinbarung bedarf aber zur dinglichen Wirkung der besonderen Einschreibung in das Grundbuch.

4. Nicht bloß der **Berechtigte**, sondern auch die nach Abs 2 mit aufgenommenen Personen sind zur Mitbenutzung der Anlagen und Einrichtungen befugt.

5. Wegen der Landesgesetzgebung vgl. § 1090 A 1 und Art 96 EG (Leibgebings-, Leibzucht-, Altenteils-, Auszugsverträge), wegen Übergangsvorschriften ebenfalls § 1090 A 1. Insbesondere gilt das, was dort über die Notwendigkeit und Zulässigkeit der Eintragung einer zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bemerkt ist, auch für das Wohnrecht (RG Gruch 46, 131).

Sechster Abschnitt

Vorkaufsrecht

§ 1094

Ein Grundstück¹⁾ kann in der Weise²⁾ belastet werden³⁾, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigentümer⁴⁾ gegenüber zum Vorkaufe berechtigt ist⁵⁾.

Das Vorkaufsrecht kann auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden⁶⁾.

EG 952 II 1003; M 3 448ff., 452; P 3 762ff.

1. Im Gegensatz zum persönlichen Vorkaufsrecht (§ 504 „Gegenstand“) kann das dingliche Vorkaufsrecht nur an einem **Grundstück** bestellt werden, nicht an beweglichen Sachen. Dem Grundstück stehen gleich die Berechtigungen mit Grundstücksnatur, also das Erbbaurecht (BD v. 15. 1. 1919 § 11) und die in den Artt 63, 68 EG bezeichneten Rechte. Möglich ist auch die Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts an einem (ideellen) Bruchteil oder an einer bestimmten (realen) Teilfläche eines Grundstücks (§ 1095 A 1, 2).

2. § 1094 bestimmt nur im allgemeinen die **Art und Weise** der Grundstücksbelastung, die sich aus der Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts ergibt. Zur Ergänzung enthalten die §§ 1097, 1098 Einzelvorschriften über den zulässigen Inhalt der Belastung.

3. Gemeint ist eine **Belastung durch Rechtsgeschäft** (§ 873 A 5). Durch Erziehung kann ein dingliches Vorkaufsrecht nicht begründet werden (§ 900). Ein **gesetzliches dingliches Vorkaufsrecht** kennt das BGB nicht. Zwar haben die Miterben nach den §§ 2034ff. ein gesetzliches Vorkaufsrecht mit dinglicher Wirkung, doch nur an dem Nachlassanteil eines anderen Erben, nicht an den einzelnen Nachlassgegenständen. Außerhalb des BGB sind aber im öffentlichen Interesse gesetzliche Vorkaufsrechte reichsgesetzlich z. B. gewährt: den gemeinnützigen Siedlungsunternehmungen im Falle des Verkaufs landwirtschaftlicher Grundstücke (mit Vorrang vor allen andern eingetragenen und gesetzlichen Vorkaufsrechten) durch die §§ 4ff. Reichsiedlungsges v. 11. 8. 1919 nebst BD v. 15. 4. 1937 (dazu RG 108 S. 66, 91; 110 S. 328, 409; 114, 158; 120, 144; 136, 52; 154, 304; RGZ 53, 161; JFG 1, 417; 2, 335; 18, 136); den Ausgebern von Heimstätten im Falle der Veräußerung (auch im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Kontursverwalter) von Heimstätten durch die Heimstätten gemäß § 11 Reichs-Heimstättengef v. 10. 5. 1920; der Reichshauptstadt Berlin durch § 10 der BD v. 3. 12. 1938 über den Einsatz des jüdischen Vermögens. Diese reichsgesetzlichen Vorkaufsrechte haben, abgesehen von Sonderbestimmungen, die Wirkungen rechtsgeschäftlicher dinglicher Vorkaufsrechte (RG 110, 336; RGZ 53, 161; JFG 1, 417; für Bayern DVG 41, 32). Ferner können in den durch das EG der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebieten, z. B. im Bergrecht (Art 67), im Enteignungsrecht (Art 109; vgl. § 57 PrEnteignG v. 11. 6. 1874, dazu RG 35, 306; 73, 316) und im Anerbenrecht (Art 64), auf Grund bestehender oder später erlassener (Artt 3, 128 EG) landesgesetzlicher Vorschriften gesetzliche Vorkaufsrechte begründet werden. Dem Landesrecht zugehörige Familienvorkaufs-, Retrakt- und Näherrechte sind z. B. behandelt in RG JW 1912, 196¹³; RGZ 50, 182; JFG 10, 280). Weiter gibt es landesgesetzliche Bestimmungen, die ein allgemeines gesetzliches Vorkaufsrecht an Grundstücken zugunsten öffentlich-rechtlicher juristischer Personen (Staat, Gemeinden) eingeführt haben (z. B. bayer. Ges über die Güterzertrümmerung v. 13. 8. 1910, sächs. und thüring. Ges über den Verkehr mit Grundstücken v. 20. 11. 1920 und 16. 5. 1923). Diese Bestimmungen finden die Grundlage für ihre Gültigkeit sowohl in Art 109 wie in Art 119

Nr 1 in Verbindung mit Art 3 GG. Denn sie enthalten einerseits eine Beschränkung des Eigentums im öffentlichen Interesse, andererseits eine Beschränkung der Veräußerungsbefugnis (RG 107, 268; 112, 77). Bedenken gegen ihre Gültigkeit wurden früher allerdings aus Art 153 Abs 2 Satz 2 WeimVerf hergeleitet, wenn sie eine Entziehung des Eigentums, also eine Enteignung enthielten (wenn z. B. das Vorkaufsrecht trotz der Nichtigkeit des Kaufvertrags sollte ausgeübt werden dürfen) und keine angemessene Entschädigung dafür gewährten (RG 112, 67). Viele ehemals in Preußen geltende gesetzliche Vorkaufsrechte wurden aufgehoben durch § 2 Nr 6, § 4 Ablösungsgef v. 2. 3. 1850 (dazu RG 5, 223; JW 1910, 846^{us}; 1912, 196^{ts}). — Zur Belastung mit einem dinglichen Vorkaufsrecht im Sinne des § 1094 kann besonders bei Veräußerungen, aber auch in andern Fällen (z. B. für den Mieter oder Pächter) Veranlassung gegeben sein (RG 59, 133; 60, 225; 67, 42). Die Belastung entsteht gemäß § 873 durch dingliche Einigung und Eintragung (RG 125, 262). Der zur Bestellung des Vorkaufsrechts Berechtigte im Sinne des § 873 Abs 1 ist der Grundstückseigentümer. Bestellt aber ein Käufer des Grundstücks vor der Auflassung ein Vorkaufsrecht, so wird die Einigung zwischen ihm und dem Verkäufer durch die spätere Eintragung seines Eigentums gemäß § 185 Abs 2 wirksam (RG 77, 87). In dem Eintragungsbemerk kann zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes gemäß § 874 auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (Prot 3, 762). Für die Einigung gilt hier nichts anderes als sonst für die zu jeder Belastung eines Grundstücks mit einem dinglichen Recht erforderliche Einigung. Insbesondere bedarf sie keiner Form (RG 110, 335; 125, 262). Anders aber liegt die Sache bei dem Grundrechtsgeschäft, wodurch die Verpflichtung zur Bestellung eines Vorkaufsrechts an einem Grundstück begründet wird (§ 873 A 7b, c). Der Vertrag, der diese Verpflichtung wirksam herbeiführen soll, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nach § 313 Satz 1, gleichviel ob er ein persönliches Vorkaufsrecht nach §§ 504 ff. (RG 72, 385; 137, 33) oder ein dingliches Vorkaufsrecht nach §§ 1094 ff. (RG 110, 333; 125, 261) zum Gegenstand hat (RG Warn 1935 Nr 54). Zwar ist der Vertrag, der zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts am Grundstück verpflichtet, noch nicht unmittelbar auf die Übertragung des Eigentums gerichtet, sondern zunächst nur darauf, eine Belastung des Grundstücks mit einem dinglichen Recht herbeizuführen. Mittelbar aber wird durch die Einräumung des Vorkaufsrechts doch schon im voraus die entscheidende Grundlage gelegt für die spätere Verpflichtung auch des Bestellers zur Eigentumsübertragung an den Vorkaufsberechtigten, der sein Recht ausübt. Ist diese Verpflichtung zunächst auch nur eine bedingte, so rechtfertigt sie doch die Anwendung des § 313 auf den Begründungsvertrag. Entbehrt der Vertrag der Form des Satz 1 § 313, so wird der Mangel durch nachträgliche Einigung und Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts nach Satz 2 § 313 geheilt (RG 125, 261; vgl. für das Wiederkaufsrecht RG Warn 1921 Nr 122). Beim persönlichen Vorkaufsrecht dagegen besteht eine solche Heilungsmöglichkeit nicht; insbesondere wird hier der Formmangel aus § 313 Satz 1 auch durch die Eintragung einer Vormerkung nicht geheilt (RG JW 1934, 2545ⁿ). Die Rechtslage beim testamentarischen Vorausernächtnis (§ 2150) eines Vorkaufsrechts für einen Miterben an einem Nachlassgrundstück behandelt RG 108, 84. — Für die rechtsgeschäftliche Aufhebung und Änderung des Inhalts des dinglichen Vorkaufsrechts sind die §§ 875, 876, 877 maßgebend (vgl. § 21 GBD). Das Erlöschen des subjektiv-persönlichen Vorkaufsrechts durch Ausschließung regelt § 1104. Das Erlöschen des nur für einen Verkaufsfall bestehenden Vorkaufsrechts durch die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks und durch eine Verwirkung der Ausübung wird erörtert in § 1097 A 1, 2. Wegen der Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Vorkaufsrechts ist zu verweisen auf § 1098 A 2, § 1103 A 1.

4. Unter dem vorkaufsverpflichteten Eigentümer ist der ursprüngliche Eigentümer zu verstehen, wenn das Vorkaufsrecht nur für einen Verkaufsfall besteht (§ 1097 Halbs 1). Ist aber das Vorkaufsrecht für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt (§ 1097 Halbs 2), so ist vorkaufsverpflichtet der jeweilige Eigentümer, der einen Kaufvertrag über das Grundstück mit einem Dritten abschließt (§ 1097 A 1, 4; § 1098 A 1).

5. Zum Vorkauf berechtigt kann auch eine juristische Person sein. Das Vorkaufsrecht ist gegenüber dem vorkaufsverpflichteten Eigentümer eine Grundstücksbelastung, kraft deren für den Fall des Abschlusses eines Kaufvertrags zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten der Berechtigte befugt ist, in den Kaufvertrag in dem Sinne einzutreten, daß der Kauf als zwischen ihm und dem Verpflichteten unter den mit dem Dritten vereinbarten Bestimmungen zustande gekommen gilt (§§ 505, 1098). Daher ist es, wie bei der Hypothek (§ 1132 A 4), unzulässig, im Range nach einem bereits eingetragenen Vorkaufsrecht ein zweites Vorkaufsrecht für denselben Berechtigten zu begründen (RG A 16, 302). Ein Veräußerungsverbot (§§ 135 ff.) mit der Wirkung der Sperre des Grundbuchs enthält das dingliche Vorkaufsrecht nicht. Der Eigentümer ist an Veräußerungen und Belastungen nicht gehindert (§ 1098 A 5). Gegenüber dritten Erwerbem nach Abschluß eines Kaufvertrags hat aber das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung (§ 1098 Abs 2 und A 5 dort). Von dem Wiederkaufsrecht (§§ 497—503) unterscheidet sich das Vorkaufsrecht besonders dadurch, daß bei ihm die Festsetzung eines bestimmten Kaufpreises nicht zulässig ist (§ 1098 A 2), während das Wiederkaufsrecht die Rücküberlassung für einen bestimmten Preis zum Ziele hat.

Das Wiederkaufsrecht kann auch nach BGB als dingliches Recht überhaupt nicht bestellt werden (M 3, 451; Prot 3, 766). In den durch das EG der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebieten, z. B. im Rentengüterrecht (Art 62), können aber durch Landesgesetz dingliche Wiederkaufsrechte zugelassen werden (RG 84, 100; RZ 45, 225; 50, 178). In ZFG 1, 424 ist die Eintragungsfähigkeit eines bei der Rentengutsgründung nach dem preuß. Ges v. 7. 7. 1891 zugleich bestellten Wiederkaufsrechts nach § 20 MSiedlG v. 11. 8. 1919 erörtert. Hierher zu zählen sind auch die Heimfallansprüche nach § 32 ErbbaurechtsWD und §§ 12 ff. RHeimstättenG v. 10. 5. 1920. Unzulässig ist die Verdinglichung eines Ankaufsrechts durch Eintragung (Vorwort 2 Abs 2 vor § 873). Zulässig sind dagegen Vormerkungen zur Sicherung eines persönlichen Vorkaufsrechts, eines Wiederkaufsrechts und eines Ankaufsrechts (§ 883 A 10). — Übergangsvorschriften enthalten die Artt 168, 184, 189 EG. Bestehende dingliche Vorkaufsrechte des bisherigen Rechts, die nicht eingetragen sind, bedürfen zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung, da eine dem Art 187 EG entsprechende Vorschrift für Vorkaufsrechte nicht gegeben ist. Auf Miteigentum oder Gemeinschaft beruhende dingliche Vorkaufsrechte des bisherigen Rechts sind mit dem Inkrafttreten des BGB aufgehoben (Artt 173, 181 EG).

6. Das zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellte (subjektiv-dingliche) Vorkaufsrecht kann gemäß § 9 Abs 1 GBD auch auf dem Grundbuchblatt des berechtigten Grundstücks vermerkt werden. Wird das berechnigte Grundstück geteilt, so ist das Recht von allen Teileigentümern gemeinschaftlich und im ganzen auszuüben (§ 1103 A 1). Haben die Beteiligten bei der Bestellung des Vorkaufsrechts übereinstimmend gewollt und erklärt, daß das Vorkaufsrecht nur für eine bestimmte Einzelperson begründet werde, hat aber das Grundbuchamt, etwa aus Irrtum über die Bedeutung der Einigungserklärung oder aus Versehen, die Eintragung in das Grundbuchblatt über das belastete Grundstück zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks bewirkt, so besteht zwar das Vorkaufsrecht zu Recht, aber nur als subjektiv-persönliches, nicht als subjektiv-dingliches. Denn durch die Einigung ist die Begründung des Rechts auf die bestimmte Person begrenzt und nicht auf den jeweiligen Eigentümer des andern Grundstücks erstreckt worden (RG 104, 317, eine Entscheidung, die allerdings ein vor dem 1. 1. 1900 eingetragenes Vorkaufsrecht betrifft, deren Ergebnis sich aber insoweit auch für das Recht des BGB durch einschränkende Auslegung der Eintragung halten lassen würde). Erwirbt jedoch demnächst ein Dritter das Grundstück, das nach der Eintragung auf dem Grundbuchblatt über das belastete Grundstück berechnigt ist, durch Rechtsgeschäft und in gutem Glauben an die Nichtigkeit der Eintragung, so erlangt er gemäß § 892 auch dann, wenn die Berechnigung auf dem Grundbuchblatt über das erworbene Grundstück nicht vermerkt ist, das Vorkaufsrecht als ein dem erworbenen Grundstück zustehendes. Denn nach der maßgebenden Eintragung auf dem belasteten Grundstück ist das Vorkaufsrecht Bestandteil des erworbenen Grundstücks (§ 96), dessen rechtsgeschäftlicher Erwerb somit diesen Bestandteil mit umfaßt (RG 104, 139).

§ 1095

Ein Bruchteil eines Grundstücks¹⁾ kann mit dem Vorkaufsrechte nur belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht²⁾.

EG I 953 II 1004; M 3 454; P 3 763.

1. Aus dem Worte „Bruchteil“ folgt, daß ein Vorkaufsrecht an dem Anteil eines Gesamthandeseigentümers (z. B. eines Miterben, eines Gesellschafters) nicht bestellt werden kann (RZ 3 S. 43, 92). Eine bestimmte Teilfläche (realer Teil) eines Grundstücks kann für sich allein mit einem Vorkaufsrecht belastet werden, da die Grundstücksteile nicht wesentliche Bestandteile (§ 93) sind. Der Teil ist dann aber gemäß § 7 GBD abzuschreiben und als selbständiges Grundstück zu buchen (RG HR 1935 Nr 724). Die Belastung des ganzen Grundstücks mit einem auf einen bestimmten Teil beschränkten Vorkaufsrecht ist nicht zulässig, da eine Berechnigung zum Verkauf im Sinne des § 1094 bei den anderen Teilen nicht bestehen soll und nicht besteht (str.; a. M. RZ 2, 104).

2. Da nur der Anteil eines Miteigentümers (§§ 741, 747, 1008) belastet werden darf, kann weder der Alleineigentümer an einem Bruchteil seines Grundstücks noch der Miteigentümer an einem Bruchteil seines Anteils ein Vorkaufsrecht bestellen (M 3, 454; RZ 3, 104). Dasselbe gilt auch für die Reallast (§ 1106) und die Hypothek (§ 1114). Anders ist die Regelung beim Nießbrauch (§ 1030 „Sache“). Nach § 1009 ist ein Vorkaufsrecht am Anteil eines Miteigentümers auch zugunsten des anderen Miteigentümers zulässig.

§ 1096

Das Vorkaufsrecht kann auf das Zubehör¹⁾ erstreckt werden²⁾, das mit dem Grundstücke verkauft wird³⁾. Im Zweifel²⁾ ist anzunehmen, daß sich das Vorkaufsrecht auf dieses Zubehör erstrecken soll.

EG II 1005; P 3 761 ff.

1. Das **Zubehör** (§§ 97, 98) braucht nicht im Eigentum des Vorkaufspflichtigen gestanden zu haben. Denn wenn der Verpflichtete das ihm nicht gehörende Zubehör mitverkauft hat, kann der Berechtigte beim Eintritt in den Kauf ebenso wie der Käufer die Verschaffung des Eigentums an allen mitverkauften Zubehörfstücken vom Verpflichteten verlangen (Prot 3, 762). Der Berechtigte erlangt das Eigentum an dem Zubehör, das dem Verpflichteten gehört, gemäß § 926 Abs 1 mit der Auflassung, an dem Zubehör aber, das dem Verpflichteten nicht gehört, gemäß § 926 Abs 2 mit dem Besitzwerb in gutem Glauben.

2. Die **Erstreckung** kann bei der Bestellung des Vorkaufrechts von den Beteiligten besonders vereinbart werden (Satz 1). Entsprechend dem § 314 gilt sie im Zweifel als vereinbart (Satz 2). Sie ist weder eintragungsbedürftig noch eintragungsfähig, da das Grundbuch nicht dazu bestimmt ist, über Zubehörfstücke Auskunft zu geben (str.).

3. Auf das Zubehör, das nicht zusammen mit dem Grundstück verkauft wird, erstreckt sich das Vorkaufrecht nicht.

§ 1097

Das Vorkaufrecht beschränkt sich¹⁾ auf den Fall des Verkaufs²⁾ durch den Eigentümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört, oder durch dessen Erben³⁾; es kann jedoch auch für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt werden⁴⁾.

§ I 952 II 1006; M 3 452; B 3 757; 6 245.

1. Das **Vorkaufrecht beschränkt sich** mangels einer anderen Bestimmung der Beteiligten **auf den einmaligen Verkaufsfall**, d. h. auf den Verkauf **durch den Eigentümer, dem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört**. Es erlischt also, wenn es bei der ersten Verkaufsgelegenheit seit der Bestellung nicht oder nicht rechtzeitig ausgeübt wird (§§ 510, 1099) oder wenn das Grundstück in das Eigentum eines Sondernachfolgers gelangt, dessen Erwerb auf einem anderen Rechtsgrunde als Kauf (z. B. auf Tausch, Schenkung, Einbringung in eine Gesellschaft, Überweisung bei der Aufhebung einer Gemeinschaft) beruht (RdZ 40 A 134; DZG 41, 21; § 1098 A 2). Der Eigentümer kann dann die Berichtigung seines Grundbuchs durch Lösung des noch eingetragenen Rechts verlangen (§§ 894, 899; GbD § 22; DZG 41, 22). Auch wenn der Eigentümer oder sein Erbe das Grundstück demnächst wiedererlangt, lebt das Recht nicht wieder auf. Das Gesetz gestattet jedoch, das **Vorkaufrecht auch für mehrere oder für alle Verkaufsfälle** zu bestellen (A 4). Mithin kann das Recht so bestellt werden, daß seine wirksame Ausübung zwar auf einen Verkaufsfall beschränkt bleibt, aber unabhängig davon, ob Verkäufer der Eigentümer ist, der das Recht bestellt hat, oder einer seiner Sondernachfolger (DZG 41, 23). Bei diesem Rechtsinhalt ist die Ausübung des Vorkaufrechts im Falle des Verkaufs durch einen Sondernachfolger auch dann noch zulässig, wenn dieser das Grundstück aus einem andern Rechtsgrunde als durch Kauf von dem bestellenden Eigentümer erworben hat. Ist das auf mehrere Grundstücke sich erstreckende Vorkaufrecht für den einmaligen Fall bestellt, daß die Grundstücke getrennt verkauft würden, hat dann der bestellende Eigentümer die Grundstücke zusammen verkauft und verkauft demnächst erst der Sondernachfolger (Käufer) eines der Grundstücke für sich allein, so ist nunmehr ein zur Ausübung des Vorkaufrechts berechtigender Verkaufsfall gegeben (DZG 41, 21).

2. **Dem Verkauf aus freier Hand** steht gleich (RdZ 23, 357; 36, 358; JW 1897, 77¹⁾) die **Zwangsversteigerung** auf Antrag des Erben (§§ 175, 179 ZPO) und die **Zwangsversteigerung** zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft (§§ 180—184 ZPO). In diesen Verfahren ist also die Geltendmachung des Vorkaufrechts zulässig. Das nur auf einen Verkaufsfall gestellte Recht muß daher, wenn es nicht erlöschen soll, hier ausgeübt werden (M 2, 350). Dasselbe gilt nach § 1098 Abs 1 Satz 2 (anders als beim persönlichen Vorkaufrecht nach § 512), wenn der Konkursverwalter das Grundstück aus freier Hand verkauft. Wenn dagegen der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter im Wege der Zwangsversteigerung nach den §§ 172 ff. ZPO erfolgt, erlischt gemäß den §§ 512, 1098 Abs 1 Satz 1 nicht nur das persönliche, sondern auch das dingliche einmalige Vorkaufrecht. Ist zur Zeit der Konkursöffnung das Grundstück bereits verkauft, erklärt aber der Konkursverwalter auf Grund des § 17 RD, den Verkauf nicht erfüllen zu wollen, so ist ein die Ausübung des Vorkaufrechts auslösender Verkaufsfall nicht eingetreten.

3. Aus der Gleichstellung des **Verkaufs durch den Erben** mit dem Verkauf durch den Besteller ergibt sich, daß das Vorkaufrecht auf der Seite des Verpflichteten vererblich ist. Jedoch ist eine (eintragungsbedürftige) Vereinbarung zulässig, daß das Vorkaufrecht mit dem Tode des Bestellers erlöschen soll. Die Frage der Vererblichkeit auf Seiten des Berechtigten ist erörtert in § 1098 A 2. Im Falle des Verkaufs an einen gesetzlichen Erben, des sog. **Kindkaufs**, kann das einmalige Vorkaufrecht nicht ausgeübt werden, auch dann nicht, wenn der Käufer demnächst weiterverkauft. Vielmehr erlischt es gemäß §§ 511, 1098, da es sich auf den Kindkauf nicht erstreckt (str.). Die Auslegungsregel des § 511 wird auch nicht dadurch schlechthin unanwendbar, daß der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht bewirkte Verkauf nicht nur an den gesetzlichen Erben als Käufer, sondern auch

an dessen Ehegatten erfolgt, z. B. in der Weise, daß die Eheleute Käufer zu gleichen Anteilen sind. Denn als Bergünstigung des Erbberechtigten ist in aller Regel auch der Teil des Kaufgeschäfts gedacht und gewollt, zu dem dessen Ehegatte als Mitkäufer aufgetreten ist (RGW 1925, 2128¹⁷). Auf das gesetzliche Vorkaufsrecht nach §§ 4 ff. RSiedlG finden diese Grundsätze keine Anwendung. Ein solches Vorkaufsrecht besteht auch gegenüber Verträgen, in denen kein anderes Entgelt für die Überlassung des Grundstücks vorgesehen ist als ein reichlich bemessenes Anteilstück (§ 18, 136). Weiteres über dieses gesetzliche Vorkaufsrecht bringt § 1098 A 2.

4. Ist das Vorkaufsrecht durch besondere Vereinbarung für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt (RG 77, 84), so besteht es auch dann, wenn es in einem Verkaufsfalle nicht ausgeübt oder auf seine Ausübung in diesem Falle (durch Erlaßvertrag: § 1098 A 2) verzichtet wird, für spätere Fälle des Verkaufs durch den neuen Eigentümer fort (RG JW 1911, 976⁹). Es kann aber auch dann, wenn es an sich gegen jeden Eigentümer wirkt, nur einmal wirksam ausgeübt werden, wogegen eine unwirksame Ausübungserklärung das Recht für künftige Verkaufsfälle bestehen läßt (RG Gruch 72, 205). Im Falle des Verkaufs im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter gemäß den §§ 172 ff. ZVG (A 2) kann das Recht zwar gegenüber dem Ersteher nicht ausgeübt werden. Wenn es aber dem betreibenden Gläubiger im Range vorgeht und daher gemäß § 44 ZVG in das geringste Gebot aufzunehmen ist, bleibt es für künftige Verkaufsfälle bestehen. Andernfalls erlischt es gemäß § 91 ZVG. Dann kann nur Ersatz des Wertes, falls sich ein solcher feststellen läßt (str.), aus dem Erlöse nach § 92 ZVG verlangt werden. Das Vorkaufsrecht kann auch unter zeitlicher Begrenzung für alle Verkaufsfälle eingeräumt werden (RG 108, 356). Die Vereinbarung des § 1097 Halbsatz 2 betrifft den Inhalt des dinglichen Rechts und bedarf daher gemäß §§ 873, 877 der Eintragung. Fehlt diese, so ist die Vereinbarung gegenüber einem Erwerber des Grundstücks auch dann nicht wirksam, wenn er sie gekannt hat, da das Grundbuch nicht im Sinne des § 892 unrichtig ist (str.). In RG 108, 356 ist angenommen, daß bei der Eintragung die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung wegen einer das Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle zeitlich begrenzenden Bestimmung gemäß § 874 zulässig sei. Diese Ansicht ist aber mit § 874 A 4 abzulehnen.

§ 1098

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten¹⁾ bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 504 bis 514²⁾. Das Vorkaufsrecht kann auch dann ausgeübt werden, wenn das Grundstück von dem Konkursverwalter aus freier Hand verkauft wird³⁾.

Dritten⁴⁾ gegenüber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums⁵⁾.

§ I 954, 957, 958 II 1007; R 3 454f., 457, 460; P 3 757f., 761; 6 245f.

1. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten wird durch Abs 1 Satz 1 in Ergänzung des § 1094 Abs 1 inhaltlich näher umgrenzt. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem dritten Erwerber regelt sich nach den §§ 1099 bis 1102. Unter dem Verpflichteten versteht Abs 1 nicht nur den Besteller und seinen Erben, sondern auch die Sondernachfolger, gegenüber denen ein für mehrere Verkaufsfälle gemäß § 1097 Halbsatz 2 bestelltes Vorkaufsrecht wirksam ist.

2. Der Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts soll sich nach den Vorschriften der §§ 504—514 bestimmen. Nun gehört aber das dingliche Vorkaufsrecht, wenn es auch nach § 1098 Abs 2 Dritten gegenüber nur die Wirkung einer Vormerkung hat (RG 84, 107; RGZ 51, 275), zum Kreis der dinglichen Rechte, und der Inhalt dinglicher Rechte unterliegt nicht der freien Vereinbarung. Deshalb sind die für das persönliche Vorkaufsrecht nur mangels anderer Vereinbarung geltenden Vorschriften der §§ 504—514 für das dingliche Vorkaufsrecht zwingend, so daß eine Erweiterung seines Umfangs darüber hinaus unwirksam ist (§ I 959; Prot 3, 765; RG 72, 388; 110, 334; Warn 1914 Nr 50; RGZ 51, 275). Daher ist z. B. gegenüber der Vorschrift des § 505 Abs 2, wonach mit der Ausübung des Vorkaufsrechts der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen zustande kommt, unzulässig die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts mit der Festsetzung, daß von dem Berechtigten ein bestimmter Preis zu entrichten sei (RG 104, 123; 154, 358; Warn 1914 Nr 50; OLG 4, 69; 43, 219; RZA 5, 120; RGZ 43, 223; ZFG 1, 286; 4, 347; SeuffA 59 Nr 56). Die Vereinbarung eines dinglichen Vorkaufsrechts mit festem Preise kann aber unter Umständen nach § 140 dahin umgedeutet werden, daß ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht und dessen Sicherung durch eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung vereinbart sei. Diese Umdeutung ist dann möglich, wenn anzunehmen ist, daß die Beteiligten bei Kenntnis der Richtig-

feit ihrer das dingliche Vorkaufsrecht betreffenden Abrede ein durch Vormerkung zu sicherndes schuldrechtliches Vorkaufsrecht vereinbart haben würden. Denn bei einem schuldrechtlichen Vorkaufsrecht ist die Vereinbarung eines festbestimmten Preises trotz der Vorschrift des § 505 Abs 2 nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit auf dem Gebiet des Rechts der Schuldverhältnisse zulässig (RG 104, 122; ZZG 4, 348), und auch gegen die Eintragung der Vormerkung für ein solches schuldrechtliches Vorkaufsrecht bestehen keine Bedenken (§ 883 A 10). Im übrigen ist zur Anwendung der §§ 504—514 zu bemerken: Nach § 504 ist zur Ausübung des Rechts erforderlich, daß über das belastete Grundstück oder einen Teil davon (M 2, 346) in gehöriger Form (§ 313) und auch sonst rechtsgültig ein Kaufvertrag abgeschlossen ist (RG 98, 47; 112, 71; Warn 1927 Nr 12; RGZ 53, 165; SeuffA 76 Nr 108). Der Kaufvertrag berechtigt auch dann, wenn er unter einer Bedingung geschlossen ist, zur Ausübung des Vorkaufsrechts. Denn auch ein bedingter Kauf ist ein fertiger, rechtsgültig geschlossener Kaufvertrag. Tritt der Vorkaufsberechtigte in den bedingten Kauf ein, so muß er es aber auf sich nehmen, daß möglicherweise die Bedingung gegen ihn ausfällt. Er muß auch, falls der Eintritt der Bedingung von ihm herbeigeführt werden kann, das Erforderliche dazu leisten (RG 98, 49). Hängt der Kauf von der Genehmigung eines Dritten oder einer Behörde ab, so sind zwar die Beteiligten bis zur Entscheidung über die Genehmigung unter sich gebunden und können nicht einseitig von dem Vertrag zurücktreten. Bis zur Genehmigung liegt aber ein fertiger, rechtsgültiger Kaufvertrag noch nicht vor. Der Vorkaufsberechtigte ist daher während des Schwebezustandes zur Ausübung des Vorkaufsrechts und zum Eintritt in den Vertrag nicht berechtigt (RG 98, 49; 108, 94; 114, 158; RGZ 53, 165; SeuffA 76 Nr 108; 90 Nr 155). Daraus darf aber nicht gefolgert werden, daß eine gemäß § 4 Satz 2 RSiedlG v. 11. 8. 1919 erlassene Verordnung sich nicht erstrecke auf einen zur Zeit ihres Ergehens bereits beurkundeten, aber noch nicht behördlich genehmigten Grundstückskaufvertrag (RG 154, 304 gegen 105, 359; a. M. aber noch ZZG 16, 284). Ein anderer entgeltlicher oder unentgeltlicher Vertrag (z. B. Tausch, Schenkung, Einbringung in eine Gesellschaft, Überweisung bei Aufhebung einer Gemeinschaft: RG JW 1895, 528⁸⁸; § 1097 A 1) berechtigt nicht zur Ausübung des Rechts (RG 101, 101; ZZG 1, 419). Das gesetzliche Vorkaufsrecht nach dem RSiedlG v. 11. 8. 1919 kann allerdings auch gegenüber einem Tauschvertrag ausgeübt werden (ZZG 1, 417); im übrigen ist dieses Vorkaufsrecht jetzt geregelt durch die BD v. 15. 4. 1937 (RGW I, 546). Das Vorkaufsrecht nach BGB versagt auch gegenüber einer gemischten Schenkung, bei der schenkungshalber das mit dem Vorkaufsrecht belastete Grundstück zu einem im Einverständnis beider Vertragsschließenden unter dem Wert bemessenen Kaufpreise übertragen wird. Denn ein solcher Vertrag kann für die Frage der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht als Kauf gelten, weil die Beteiligten darüber einig sind, daß die Veräußerung teilweise unentgeltlich erfolgt. Der Vorkaufsberechtigte kann daher das Vorkaufsrecht weder zu dem als Kaufpreis bezeichneten Betrage ausüben noch zu einem dem wahren Wert entsprechenden Preise, der ja in dem Vertrag, in den der Vorkaufsberechtigte gemäß § 505 Abs 2 einzutreten hätte, gar nicht als Vertragsbestimmung festgesetzt ist (RG 101, 101; JW 1925, 2128¹⁷). Den sog. Kindskauf (§ 511) erwähnt § 1097 A 3, die Zwangsversteigerung im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter (§ 512) § 1097 A 2, 4. Weiterhin betreffen: § 506 unwirksame Vereinbarungen mit dem Dritten; § 507 vereinbarte Nebenleistungen, die der Vorkaufsberechtigte nicht zu bewirken vermag (ist das dingliche Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle bestellt, so wird durch den Ausschluß der Ausübung in diesem Verkaufsfälle nicht das Vorkaufsrecht für spätere Verkaufsfälle beseitigt: RG JW 1911, 976⁹); § 508 den Fall des sog. Mengetaufs (Gesamtpreis für das Grundstück und andere Gegenstände). Der Vorkaufsberechtigte hat beim Mengetauf einen verhältnismäßigen Teil des Gesamtpreises zu entrichten (RG JW 1911, 956³³). Auch für das dingliche Vorkaufsrecht bedeutsame Einzelfragen aus den §§ 507, 508 behandeln die Entscheidungen RG 121, 137; 133, 76; HR 1935 Nr 724. Ferner regeln: § 509 die Stundung des Kaufpreises; § 513 das gemeinschaftliche Vorkaufsrecht mehrerer; § 514 die Grenzen der Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Vorkaufsrechts (RG 148, 105; 155, 172). Wegen aller Einzelheiten dieser Gesetzesvorschriften wird auf die Anmerkungen zu den erwähnten Paragrafen verwiesen. Den Fall, daß mehreren bezwungen das Vorkaufsrecht zukommt, weil beim subjektiv-dinglichen Vorkaufsrecht das herrschende Grundstück geteilt wird, behandelt § 1103 A 1. Für die nach § 510 Abs 1 vom Verpflichteten unbenutzlich (§ 121 Abs 1) zu erstattende, durch Mitteilung des Dritten ersetzbare (§ 1099 Abs 1) Mitteilung vom Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrags gelten die §§ 130ff. Sie bedarf keiner Form; sie kann schriftlich oder mündlich erfolgen (RGZ 53, 165). Wenn dem Vorkaufsberechtigten eine vollständige Ausfertigung des unter den Kaufparteien geschlossenen Grundstückskaufvertrags zugesandt wird, genügt dies in der Regel (RG 108 S. 67, 95). Macht sich jedoch wegen Unklarheiten der Vertragsurkunde oder aus sonstigen Gründen die Mitteilung weiterer Tatsachen erforderlich, um den Vorkaufsberechtigten in den Stand zu setzen, die Tragweite der Rechte und Verbindlichkeiten, in die er durch Ausübung des Vorkaufsrechts eintreten würde, zu erkennen, so ist er berechtigt, eine für seine Entschließung wesentliche weitere Auskunft zu verlangen (RG 108, 67). Verpflichtet zur entsprechenden Ergänzung der Mitteilung ist dann aber nur der Vorkaufsverpflichtete, nicht der Dritte (Käufer), der überhaupt zur Mitteilung nur berechtigt, nicht ver-

pflichtet ist (RG 108, 68). Die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Erfordernis des Zugehens der Mitteilung als erfüllt gelten soll (§ 130), ist grundsätzlich der Vereinbarung zugänglich (RG 108, 96). Von der Mitteilung ab läuft gemäß § 510 Abs 2 für die Ausübung des Vorkaufsrechts die gesetzliche Frist von 2 Monaten (§§ 187, 188; RG 108, 95) oder die anderweit bestimmte Frist, deren Vereinbarung der Eintragung bedarf. Unterläßt der Verpflichtete die Mitteilung, so kann er sich schadensersatzpflichtig machen. Die Frist läuft dann nicht. Die Vorkaufsberechtigung dauert fort; sie ist zufolge der Eintragung unverjährbar (§ 902). Andererseits kann sie auch schon vor der Mitteilung ausgeübt werden. Denn sie ist bereits mit dem Abschluß des Kaufvertrags erworben. Der Vorkaufspflichtige kann nicht durch Vereinbarung mit dem Dritten von dem Kaufvertrag wieder abgehen, auch wenn das Vorkaufsrecht noch nicht ausgeübt worden ist (§ 506; M 2, 346). Das Recht zur Ausübung des Vorkaufsrechts erlischt nicht durch einseitige Verzichts-erklärung innerhalb der genannten Frist. Vielmehr ist zum Erlöschen erforderlich eine vertragliche Vereinbarung des Berechtigten und des Verpflichteten, also ein Erlaßvertrag gemäß § 397 (RG JW 1912, 858¹⁴). Ist das Vorkaufsrecht für mehrere Verkaufsfälle bestellt, so erlischt es durch Nichtausübung in einem Falle nicht (§ 1097 A 4). Nach § 505 Abs 1 erfolgt die Ausübung des Rechts durch formlose (bei Wahl der Schriftform auch keiner förmlichen Zustellung bedürftige: RG 84, 106) Erklärung des Berechtigten. Diese Erklärung ist auch dann gegenüber dem Verpflichteten abzugeben, wenn das Eigentum an dem Grundstück bereits auf den Käufer oder von diesem auf eine andere Person übertragen worden ist. Der nach § 505 Abs 2 mit der Erklärung zustandekomende Kauf ist ein neuer, selbständiger Vertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den vom Verpflichteten mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen. Der Berechtigte tritt nicht etwa an Stelle des Dritten in den mit diesem geschlossenen Vertrag ein mit der Wirkung, daß das Vertragsrecht des Dritten erlischt (RG 116, 191). Vielmehr bleibt dieses Vertragsrecht an sich bestehen. Sieht der Verpflichtete sich wegen des Rechts des Vorkaufsberechtigten außerstande, den Vertrag dem Dritten gegenüber zu erfüllen, so kann dieser unter Umständen die Rechte wegen Nichterfüllung aus den §§ 325, 326 ausüben (RG JW 1911, 448¹⁴). Das Eigentum am Grundstück erlangt der Berechtigte durch Auflassung und Eintragung, die er vom Verpflichteten auf Grund des Vertrags verlangen kann (A 5). Gerät der Verpflichtete mit der Erteilung der Auflassung in Verzug, so kann der Berechtigte gegen ihn gemäß § 326 vorgehen und danach, wenn der Verpflichtete (Verkäufer) die ihm gesetzte Nachfrist fruchtlos verstreichen läßt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (RG Warn 1922 Nr 71). Hat der Verpflichtete (Verkäufer) das Grundstück an den Käufer aufgelassen, so kann der Berechtigte auf Grund des dinglichen Vorkaufsrechts auch gegen diesen Ansprüche geltend machen, insbesondere auf Grund der Zustimmung zur Auflassung verlangen (A 5). Das Bestehen solcher Ansprüche gegen den Käufer (Dritten) bildet aber kein Hindernis gegen die Erhebung des Schadensersatzanspruchs gegen den Verpflichteten (Verkäufer). Der Berechtigte hat vielmehr die Wahl, ob er durch Geltendmachung des Anspruchs gegen den Käufer (Dritten) auf Erfüllung des Kaufvertrags bestehen oder unter Vorgehen gegen den Verpflichteten (Verkäufer) die Erfüllung ablehnen will (RG Warn 1922 Nr 71). Nach § 514 ist das Vorkaufsrecht, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, nicht durch Rechtsgeschäft übertragbar (JFG 1, 286) und auf Seiten des Berechtigten nicht vererblich. Es kann daher auch nicht mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht (§§ 1069, 1274) belastet und nicht gepfändet (§§ 851, 857 AB) werden. Eine Vereinbarung der Übertragbarkeit oder der Vererblichkeit, die bei der Bestellung und auch noch nachher zulässig ist (RJA 5, 122; DRG 42, 275; vgl. DRG 40, 58: Vorkaufsrecht für „A und seinen Rechtsnachfolger“), bedarf gemäß §§ 873, 877 der Eintragung, da sie den Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts betrifft. Die durch die Ausübung des Vorkaufsrechts dem Berechtigten bereits erworbenen Rechte sind aber in jedem Falle unbeschränkt übertragbar und vererblich. Ist das Vorkaufsrecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestellt (§ 1094 Abs 2), so kann es nur mit dem Eigentum an diesem Grundstück zusammen, nicht für sich allein übertragen oder vererbt werden. Die Vererblichkeit auf Seiten des Verpflichteten ist bereits in § 1097 A 3 behandelt.

3. Die Bestimmung, daß auch beim **freihändigen Verkauf des Konkursverwalters** das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann, enthält für das dingliche Vorkaufsrecht eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 512 (§ 1097 A 2).

4. **Dritter** ist jeder, der nicht Verpflichteter im Sinne des Abs 1 ist, also jeder, der von dem Verpflichteten oder dessen Rechtsnachfolger das Grundstück oder ein Recht am Grundstück erworben hat. Wird über das Vermögen des Verpflichteten der Konkurs eröffnet, nachdem er das Grundstück verkauft und der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausgeübt hat, so kann der Berechtigte gemäß § 24 KO vom Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruchs, also die Auflassung verlangen, da das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung hat. Dem Verwalter steht das Wahlrecht aus § 17 KO nicht zu. Hatte aber der Berechtigte das Vorkaufsrecht zur Zeit der Konkursöffnung noch nicht ausgeübt, so hat der Verwalter das Wahlrecht gegenüber dem Käufer (nicht dem Berechtigten). Der Verwalter kann also das Vorkaufsrecht für diesen Fall bereiteln.

5. Der Anspruch auf Eigentumsübertragung, der durch die Ausübung des Vorkaufsrechts entsteht, soll Dritten gegenüber durch das eingetragene dingliche Vorkaufsrecht wie durch eine Vormerkung gesichert sein. Danach ist Voraussetzung für die Wirkung des Vorkaufsrechts als Vormerkung, daß ein Vorkaufsfall eingetreten ist (**RG** 154, 366), daß also der Verpflichtete mit einem andern einen Kaufvertrag abgeschlossen und der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausgeübt hat (**Prot** 3 S. 752, 758; **M** 3, 455). Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so fehlt ein Anspruch auf Eigentumsübertragung, der gesichert sein könnte (**RG** 108, 356). Der Verpflichtete kann daher zu dieser Zeit noch frei über das Grundstück verfügen, es an einen anderen zum Eigentum übertragen, ohne durch das Vorkaufsrecht beschränkt zu sein (sogar nicht der Eigentumsübertragung ein Verkauf zugrunde liegt), und es wirksam belasten. Auch können Dritte im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung wirksam Rechte an dem Grundstück erlangen (str.). Wenn aber ein Vorkaufsfall eingetreten und das Vorkaufsrecht vom Berechtigten ausgeübt worden ist, so wird der nun entstandene Anspruch auf Eigentumsübertragung nach Maßgabe des § 883 Abs 2 gesichert. Beim persönlichen Vorkaufsrecht erwirbt der Käufer, dem die Kaufsache ungeachtet des Vorkaufsrechts vom Vorkaufsverpflichteten übereignet wird, ein Recht, das ihm weder vom Vorkaufsverpflichteten noch vom Vorkaufsberechtigten wieder entzogen werden kann (**RG JW** 1911, 448¹⁴). Überträgt dagegen beim dinglichen Vorkaufsrecht der Verpflichtete, nachdem er einen Kaufvertrag mit einem andern geschlossen und der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausgeübt hat, das Eigentum an den Käufer oder einen Dritten oder wird das Grundstück nach jenen Ereignissen vom Verpflichteten freiwillig oder gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung belastet, so ist die Rechtslage folgende: Die getroffenen Verfügungen sind zwar trotz des eingetragenen Vorkaufsrechts an sich zulässig, da dieses Recht ebensowenig wie eine Vormerkung das Grundbuch gegen die Eintragung von Eigentumsveränderungen und Belastungen sperrt (**RG JW** 1922, 576²; **RGZ** 53, 162; **OLG** 41, 32). Durch die Eintragung der Verfügungen ist auch das Grundbuch nicht unrichtig geworden (**OLG** 41, 32). Alle jene Verfügungen sind aber dem Berechtigten gegenüber nach § 883 Abs 2 unwirksam, da sie seinen Anspruch auf Eigentumsübertragung vereiteln oder beeinträchtigen würden (**RG JW** 1922, 576²). Ebenso sind unwirksam die Verfügungen, die nach einer dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksamen Eigentumsübertragung der Erwerber etwa weiter zugunsten anderer getroffen hat. Nach § 888 kann der Berechtigte von dem Eigentumserberwerber die Zustimmung zu seiner (des Berechtigten) Eintragung als Eigentümer und von den Erwerbbern der das Grundstück belastenden Rechte die Zustimmung zur Löschung ihrer Rechte verlangen (**RG Warn** 1922 Nr 71). Die Auflassung, die dem Berechtigten das Eigentum verschaffen soll, hat aber stets der Vorkaufspflichtige zu erteilen (Anmerkungen zu § 888; **RG** 108, 356; **JW** 1922, 576²; **SeuffW** 66, 396; **RGZ** 53, 162). Die den Erwerber belangende Klage auf Erteilung der Zustimmung kann mit der Klage gegen den Vorkaufspflichtigen auf Erteilung der Auflassung verbunden werden. Der verklagte Erwerber kann alle Einwendungen erheben, die dem Vorkaufspflichtigen gegenüber dem Anspruch auf Eigentumsübertragung zustehen (**Prot** 3, 763). Alles dieses wird übrigens auch dann gelten müssen, wenn der Erwerb des Dritten in der Zwischenzeit vom Abschluß des Kaufvertrags des Vorkaufspflichtigen mit dem Käufer bis zur Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Berechtigten sich vollzogen hat. Denn die Entstehung des Anspruchs gegen den Vorkaufspflichtigen auf Übertragung des Eigentums hat zur Voraussetzung nicht nur, daß das Vorkaufsrecht ausgeübt wird, sondern auch, daß ein Kaufvertrag abgeschlossen ist. Deshalb ist anzunehmen, daß die mit der Ausübung sich vollendende Entstehung des Anspruchs schon mit dem Kaufabschluß beginnt und daß daher schon von diesem Zeitpunkt ab der Anspruch wie durch eine Vormerkung gesichert ist. Verfügungen in der Zwischenzeit, insbesondere auch Belastungen, werden deshalb dem Berechtigten gegenüber, wenn er das Vorkaufsrecht ausübt, ebenfalls unwirksam sein (str.). In **JZ** 1, 423 ist von diesem Gesichtspunkt aus die Eintragung der Einräumung des Vorrangs von Hypotheken vor einem früher eingetragenen Vorkaufsrecht mit Recht (§ 880 A 1) für zulässig erklärt. Keinesfalls aber beginnt der Vormerkungsschutz aus § 1098 Abs 2 früher, als bis ein wirksamer Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufspflichtigen und einem Dritten vorliegt und damit das Recht des Vorkaufsberechtigten ausübbar geworden ist. Bedarf also der Kaufvertrag, dem gegenüber das Vorkaufsrecht ausgeübt werden soll, der behördlichen Genehmigung nach der Grundstücksverkehrsbekanntmachung v. 15. 3. 1918/26. 1. 1937, so setzt der Vormerkungsschutz nicht schon mit der Beurkundung des Vertrags, sondern frühestens mit seiner behördlichen Genehmigung ein (**RG** 154, 376). Ist der dritte Erwerber im Besitz des Grundstücks, so ist er dem Berechtigten gegenüber (außer zur Bewilligung der Eigentumsumschreibung) auch zur Herausgabe des Grundstücks nebst Zubehör verpflichtet; § 1100 setzt diese Herausgabepflicht voraus (**RG** 84, 108). Seine Gegenansprüche wegen Verwendungen erörtert § 1100 A 4. Unter Umständen kann auch der Verkäufer (Vorkaufsverpflichtete), wenn er das Grundstück dem Käufer übereignet und übergeben hat, nach erfolgter Ausübung des Vorkaufsrechts vom Käufer die Zustimmung zur Auflassung und die Herausgabe des Grundstücks an den Vorkaufsberechtigten verlangen (§ 1102 A 1).

§ 1099

Gelangt das Grundstück in das Eigentum eines Dritten ¹⁾, so kann dieser in gleicher Weise wie der Verpflichtete dem Berechtigten den Inhalt des Kaufvertrags mit der im § 510 Abs 2 bestimmten Wirkung mitteilen ²⁾.

Der Verpflichtete hat den neuen Eigentümer zu benachrichtigen, sobald die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt oder ausgeschlossen ist ³⁾.

§ I 956 II 1008; M 3 456; P 3 703f.; 6 174.

1. Der nach Abs 1 zur Mitteilung des Kaufvertragsinhalts ebenso wie der Vorkaufspflichtige und der Käufer (§ 1098 A 2) berechtigte dritte Eigentümsrwerber ist der Käufer selbst, sofern ihm der Vorkaufspflichtige das verkaufte Grundstück aufgelassen hat. Hat er inzwischen das Grundstück weiterveräußert, so ist zur Mitteilung berechtigt jeder nachfolgende Eigentümer und ferner auch derjenige, der sonst von einem anderen als dem Vorkaufspflichtigen das Eigentum erlangt hat (§ 1100). Denn das eingetragene Vorkaufsrecht hatte das Grundbuch nicht gegen die Eintragung von Eigentumsveränderungen gesperrt (§ 1098 A 5). Dem Grundbuchamt braucht auch zur Vornahme einer solchen Eintragung nicht die Nichtausübung des Vorkaufsrechts nachgewiesen zu werden. Durch § 10 Reichsiedlungsgef v. 11. 8. 1919 und durch § 11 Abs 3 Reichs-Heimstättengef v. 10. 5. 1920 ist aber das Grundbuchamt angewiesen, die Eintragung des Eigentumsübergangs so lange auszusetzen, bis ihm die Nichtausübung des den Siedlungsunternehmungen und den Ausgebern der Heimstätten gesetzlich zustehenden Vorkaufsrechts nachgewiesen ist. Die Form dieses Nachweises erörtern RRG 53, 163; JW 1920, 441¹.

2. Da die Mitteilung die im § 510 Abs 2 bestimmte Wirkung hat, läuft von ihrem Empfang ab die Frist (§ 1098 A 2) für die Ausübung des Vorkaufsrechts ebenso, wie wenn die Mitteilung von dem Vorkaufspflichtigen oder dem Käufer ausgehen würde. Einer Form bedarf die Mitteilung nicht (§ 1098 A 2). Wenn der Berechtigte daraufhin das Vorkaufsrecht ausüben will, hat er die Ausübung gemäß den §§ 505 Abs 1, 1098 nicht den Mitteilenden, sondern dem Vorkaufspflichtigen gegenüber zu erklären (Prot 6, 174). Geschieht dies binnen der Frist nicht, so ist die Ausübung sowohl gegenüber dem Vorkaufspflichtigen als auch gegenüber dem dritten Erwerber ausgeschlossen. Der Dritterwerber braucht das Grundstück an den Berechtigten nicht herauszugeben; sein Erwerb ist vielmehr nun ein endgültiger. Wenn das Vorkaufsrecht nicht auf weitere Verkaufsfälle sich erstreckt, erlischt es überhaupt (§ 1097 A 1, 4).

3. Unterläßt der Vorkaufspflichtige die Benachrichtigung des neuen Eigentümers davon, daß die Ausübung des Rechts erfolgt oder nach fruchtlosem Fristablauf ausgeschlossen ist, so macht er sich dem neuen Eigentümer gegenüber schadensersatzpflichtig. Unter dem „neuen Eigentümer“ ist nach der Fassung der §§ 1099, 1100 der gegenwärtige Eigentümer zu verstehen, also der Eigentümer zur Zeit der Ausübung oder des Ausschusses. Hat also derjenige, an den der Vorkaufspflichtige das Eigentum übertragen hat, das Grundstück in dem Zeitpunkt, wo das Vorkaufsrecht ausgeübt oder ausgeschlossen wurde, bereits weiterveräußert, so besteht die Benachrichtigungspflicht nicht dem ersten, sondern dem späteren Erwerber gegenüber (str.). Denn der gegenwärtige Eigentümer soll alsbald Kenntnis davon erhalten, ob er das Grundstück herausgeben muß oder endgültig behalten darf.

§ 1100

Der neue Eigentümer kann, wenn er der Käufer ¹⁾ oder ein Rechtsnachfolger des Käufers ist ²⁾, die Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten als Eigentümer und die Herausgabe des Grundstücks verweigern, bis ihm der zwischen dem Verpflichteten und dem Käufer vereinbarte Kaufpreis, soweit er berichtigt ist, erstattet wird ³⁾. Erlangt der Berechtigte die Eintragung als Eigentümer, so kann der bisherige Eigentümer von ihm die Erstattung des berichtigten Kaufpreises gegen Herausgabe des Grundstücks fordern ⁴⁾.

§ I 957 II 1009; M 3 457; P 3 758ff.

1. Wenn der Käufer vom Vorkaufspflichtigen nicht das Eigentum übertragen erhalten hat, findet § 1100 keine Anwendung. Der Käufer kann sich dann nach Ausübung des Vorkaufsrechts wegen des etwa inzwischen berichtigten Kaufpreises nur an seinen Verkäufer gemäß den §§ 320ff., 440 halten, nicht an den Vorkaufsberechtigten.

2. Ist der Eigentümer nicht Rechtsnachfolger des Käufers, sondern hat ihm der Vorkaufspflichtige das Eigentum auf Grund eines neuen Verkaufs oder aus einem anderen Rechtsgrunde (z. B. Tausch, Schenkung) übertragen, so ist § 1100 ebenfalls nicht anwendbar. Ein solcher Eigentümer muß mithin die Zustimmung zur Auflassung an den Vorkaufsberechtigten (§ 1098 A 5) erteilen, ohne daß ihm das Zurückbehaltungsrecht aus Satz 1 oder der Anspruch aus Satz 2 zusteht.

Wegen der von ihm bereits gewährten Gegenleistung kann er lediglich seinen Vertragsgegner in Anspruch nehmen. Unter Rechtsnachfolger sind sowohl allgemeine wie Sondernachfolger zu verstehen. Wenn der als Eigentümer eingetragene Käufer weiterverkauft hat, ist sein Rechtsnachfolger auch der zweite und fernere Käufer, der das Eigentum erlangt hat.

3. Die den Vorschriften der §§ 273, 274 unterliegende, also zur Verurteilung Zug um Zug führende Einrede des Zurückbehaltungsrechts kann gegenüber dem Vorkaufsberechtigten, der noch nicht die Eintragung als Eigentümer erlangt hat, nur geltend gemacht werden, **soweit der zwischen dem Vorkaufspflichtigen und dem Käufer vereinbarte Kaufpreis berichtigt ist**. Daher steht auch demjenigen Rechtsnachfolger des Käufers, der von diesem das Grundstück wiederum durch Kauf erworben hat (A 2), das Zurückbehaltungsrecht nur zu wegen des Betrags, den sein Verkäufer an den Vorkaufspflichtigen entrichtet hat, nicht wegen des Kaufpreises, den er an seinen Verkäufer bezahlt hat, auch nicht etwa wegen der Kosten des Kaufvertrags oder der Auflassung. Dieserhalb muß er sich an seinen Verkäufer halten. Aufwertungsgrundsätze für den Erstattungsanspruch, mit dem der Käufer gegenüber dem Vorkaufsberechtigten zurückhalten kann, sind aufgestellt in RG 116, 187.

4. **Nach erfolgter Eintragung des Vorkaufsberechtigten als Eigentümer** steht dem Käufer und seinem Rechtsnachfolger ein Erstattungsanspruch gegen den Vorkaufsberechtigten wegen des vom Käufer an den Vorkaufspflichtigen berichtigten Kaufpreises zu, jedoch nur gegen Herausgabe des trotz jener Eigentumseintragung etwa noch in seinem Besitz befindlichen Grundstücks. Dieser Erstattungsanspruch bleibt auch dann bestehen, wenn das Grundstück zunächst ohne Berichtigung des Anspruchs an den Vorkaufsberechtigten herausgegeben wird. Die Wirkungen des Erstattungsanspruchs auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufspflichtigen einerseits und zwischen diesem und dem Käufer andererseits regeln die §§ 1101, 1102. Im übrigen finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Käufer oder dessen Rechtsnachfolger hinsichtlich der Herausgabepflicht, insbesondere hinsichtlich des Anspruchs des Herausgabepflichtigen auf Ersatz von Verwendungen, nicht die §§ 1001 ff. Anwendung. Denn der Herausgabeananspruch steht dem Vorkaufsberechtigten nicht als Eigentümer zu. Hier greift vielmehr § 292 ein. Denn es handelt sich um einen Anspruch, der an sich ein persönlicher ist, wenn er sich auch gemäß den §§ 1098 Abs 2, 883 Abs 2 auf den dritten Erwerber erstreckt (str.). Hat der Käufer im formgerecht (§ 313 Satz 1) mit seinem Verkäufer geschlossenen Vertrag die Kosten dieses Vertrags übernommen und demnächst die Kosten bezahlt, so kann er vom Vorkaufsberechtigten auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812) Erstattung der Kosten beanspruchen. Denn der Vorkaufsberechtigte hat durch seinen Eintritt in den Vertrag auch die Verpflichtung zur Tragung der Vertragskosten übernommen; der Käufer hat also nunmehr eine dem Eintretenden obliegende Schuld bezahlt (str.). Hat der Käufer beim Abschluß des Kaufvertrags Kenntnis von dem Vorkaufrecht gehabt und mit der Möglichkeit seiner Ausübung gerechnet, so kann angenommen werden, daß er eine fällig gewesene Zahlung auf den Kaufpreis zunächst zwar im eigenen Interesse, um den Kaufvertrag zu erfüllen, zugleich aber für den Fall, daß das Vorkaufrecht ausgeübt werden sollte, für den Vorkaufsberechtigten geleistet hat mit dem Willen, von ihm Ersatz zu verlangen. Dann liegt also insoweit auch eine Geschäftsführung ohne Auftrag im Interesse des Vorkaufsberechtigten vor. Der Käufer ist mithin berechtigt, von dem Vorkaufsberechtigten gemäß den §§ 683, 670, 256, 246 Zinsen von dem gezahlten Kaufpreise seit dem Zeitpunkt der Zahlung zu beanspruchen. Dagegen steht ihm ein Anspruch auf Ersatz von Auslagen zum Zwecke des Vertragsabschlusses (z. B. Kosten der Reise zur Besichtigung des Grundstücks) in keinem Falle zu. Denn den Vorkaufsberechtigten geht es nichts an, welche Maßnahmen der spätere Käufer vor Abschluß des Kaufvertrags zur Entschließung über den Kauf getroffen hat. Hat der Käufer auf Grund des Kaufvertrags zwar nicht das Eigentum an dem Grundstück, aber den Besitz vom Verkäufer übertragen erhalten, so kann er, wenn ihn der Vorkaufsberechtigte nach Erlangung des Eigentums auf Herausgabe verklagt, Gegenansprüche wegen Verwendungen nach den §§ 994 ff. geltend machen (OLG 29, 353). Dabei ist er als unredlicher Besitzer im Sinne des § 990 erst anzusehen, nachdem er von der Ausübung des Vorkaufrechts Kenntnis erlangt hat, nicht schon seit der etwa früher erlangten Kenntnis lediglich vom Bestehen des Vorkaufrechts (OLG 29, 354).

§ 1101

Soweit der Berechtigte nach § 1100 dem Käufer oder dessen Rechtsnachfolger den Kaufpreis zu erstatten hat, wird er von der Verpflichtung zur Zahlung des aus dem Vorkaufe geschuldeten Kaufpreises frei ¹⁾.

§ II 1010; B 3 758.

1. Das Bestehen des Erstattungsanspruchs des Käufers oder seines Rechtsnachfolgers gegen den Vorkaufsberechtigten (§ 1100 A 3, 4) übt auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufspflichtigen die Wirkung aus, daß jener diesem gegenüber in Höhe

des Erstattungsanspruchs von der Pflicht zur Zahlung des aus dem Vorkaufe geschuldeten Kaufpreises frei wird, wie wenn er in dieser Höhe den Kaufpreis aus dem durch die Ausübung des Vorkaufsrechts gemäß den §§ 505 Abs 2, 1098 zustande gekommenen Kauf an den Vorkaufspflichtigen bezahlt hätte (RG 116, 191).

§ 1102

Verliert der Käufer oder sein Rechtsnachfolger infolge der Geltendmachung des Vorkaufsrechts das Eigentum¹⁾, so wird der Käufer²⁾, soweit der von ihm geschuldete Kaufpreis noch nicht berichtigt ist, von seiner Verpflichtung frei³⁾; den berechtigten Kaufpreis kann er nicht zurückfordern⁴⁾.

§ II 1011; B 3 764f.

1. § 1102 findet nur dann Anwendung, wenn der Käufer oder sein Rechtsnachfolger infolge der Geltendmachung des Vorkaufsrechts **das Eigentum verliert**, wenn er also vorher das Eigentum schon erlangt hatte. War ihm das Eigentum überhaupt noch nicht übertragen worden, so bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen ihm und seinem Verkäufer lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen über gegenseitige Verträge (§§ 320ff.; § 1100 A 1, 2). Hat der Käufer beim Abschluß des Kaufvertrags durch eine Mitteilung des Verkäufers (Vorkaufsverpflichteten) oder auf andere Weise Kenntnis davon erlangt, daß auf dem verkauften Grundstück ein Vorkaufsrecht eingetragen sei, so hat nach § 439 Abs 1 der Verkäufer den aus der Belastung sich ergebenden Mangel im Recht ihm gegenüber nicht zu vertreten. Da der Käufer im Falle der Mitteilung von dem Vorkaufsrecht damit rechnen muß, daß ihm durch Ausübung des Vorkaufsrechts das Grundstück entzogen wird, kann als Inhalt des Kaufgeschäfts gelten, der Verkauf erfolge nur unter der Bedingung, daß das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werde. Fällt diese Bedingung durch den Eintritt des Vorkaufsberechtigten in den Kaufvertrag aus, so ist der Vertrag im Verhältnis zum Käufer hinfällig; die Vertragsschließenden müssen sich gegenseitig das Empfangene zurückgeben. Der Verkäufer kann daher, wenn er das Grundstück übereignet und übergeben hat, Rückübereignung und Herausgabe des Grundstücks vom Käufer verlangen. Statt dessen kann er aber auch, wenn er zugleich dem Vorkaufsberechtigten das Grundstück übereignen und den Besitz verschaffen will, um seiner Verpflichtung aus dem zwischen ihm und dem Vorkaufsberechtigten zustande gekommenen Kaufvertrag zu genügen, vom Käufer die Zustimmung zur Auflassung und Herausgabe an den Vorkaufsberechtigten beanspruchen, da der Käufer hierdurch von seiner Rückübereignungs- und Rückgabeverpflichtung dem Verkäufer gegenüber befreit wird (RG JW 1922, 576²⁾).

2. Der § 1102 betrifft nur das Rechtsverhältnis zwischen dem Käufer und seinem Verkäufer (dem Vorkaufspflichtigen). Hat der Käufer, nachdem er das Eigentum übertragen erhalten hatte, das Grundstück weiterverkauft, so bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen ihm und seinem Rechtsnachfolger nach den allgemeinen Grundsätzen über gegenseitige Verträge (§§ 320ff.). Daneben kommt für den Rechtsnachfolger noch der Erstattungsanspruch auf § 1100 gegen den Vorkaufsberechtigten in Betracht (§ 1100 A 3, 4).

3. Da der Käufer infolge der Geltendmachung des Vorkaufsrechts **von seiner Verpflichtung (§ 433 Abs 2) zur Zahlung des noch nicht berichtigten Kaufpreises frei wird**, kann sich der Vorkaufspflichtige wegen dieses Kaufpreises lediglich an den Vorkaufsberechtigten halten, mit dem der Kaufvertrag gemäß den §§ 505 Abs 2, 1098 zustande gekommen ist (RG 116, 191).

4. Dem Käufer, der von seinem Verkäufer (dem Vorkaufspflichtigen) **den berechtigten Kaufpreis nicht zurückfordern kann**, steht lediglich ein Erstattungsanspruch gegen den Vorkaufsberechtigten nach Maßgabe des § 1100 zu (dort A 4).

§ 1103

Ein zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehendes Vorkaufsrecht kann nicht von dem Eigentum an diesem Grundstücke getrennt werden¹⁾.

Ein zugunsten einer bestimmten Person bestehendes Vorkaufsrecht kann nicht mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden werden²⁾.

§ II 1012; B 3 765.

1. Aus dem Grundsatz der **Untrennbarkeit des subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts von dem Eigentum am Grundstücke** folgt: Jenes Recht kann nicht für sich allein veräußert, belastet oder gepfändet (§ 851 BPD) werden. Es wird mitergriffen von der Veräußerung des berechtigten Grundstücks und von der Zwangsvollstreckung in dieses Grundstück (§ 865 Abs 1 BPD, § 20 Abs 2 BPO), so daß der Erwerber und der Ersteher (§ 90 Abs 2 BPO) des Grundstücks es mitervirbt. Auch kann es nicht in ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht umgewandelt werden. Das subjektiv-dingliche

Vorkaufsrecht kann vielmehr nur so durch ein subjektiv-persönliches ersetzt werden, daß jenes Recht (unter Löschung des Vermerks auf dem berechtigten Grundstück: § 9 Abs 2 GBD) aufgehoben und dieses Recht neu begründet wird. Ist das Vorkaufsrecht uneingeschränkt für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks, also nicht nur zugunsten eines bestimmten Teiles (z. B. eines Schlosses) bestellt, so ist jeder Teil des Grundstücks zusammen mit den anderen Teilen (vertreten durch den Eigentümer) als berechtigt anzusehen. Wird das herrschende Grundstück geteilt, so wird hieran nichts geändert. Denn das Vorkaufsrecht ist nicht teilbar und kann nicht von einem Grundstücksteil auf einen anderen übertragen werden. Deshalb steht das Vorkaufsrecht fortan weder den Eigentümern nach dem Verhältnis ihrer Teile noch dem Eigentümer des Hauptteils (sog. Stammgrundstück) allein zu, sondern den Eigentümern aller Teile gemeinschaftlich in der Weise, daß es von ihnen nur im ganzen ausgeübt werden kann (§§ 513, 514, 1098 Satz 1, 1103; RG 35, 306; 73, 320).

2. Da das subjektiv-persönliche Vorkaufsrecht nicht mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden werden kann, ist seine Umwandlung in ein subjektiv-dingliches Recht ausgeschlossen. Wollen die Beteiligten eine derartige Rechtsveränderung, so müssen sie ein neues Vorkaufsrecht begründen. Dieses hat dann aber nicht den Rang des bisherigen Rechts.

§ 1104

Ist der Berechtigte unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens¹⁾ mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn die im § 1170 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen²⁾. Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt³⁾ das Vorkaufsrecht. Auf ein Vorkaufsrecht, das zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks besteht, finden diese Vorschriften keine Anwendung.

§ II 1013; § 3 765; 4 601.

1. Das Aufgebotsverfahren erfolgt nach den §§ 946 ff., 988, 1024 ZPO.

2. Die im § 1170 bestimmten Voraussetzungen sind: Es müssen 10 Jahre seit der Eintragung des subjektiv-persönlichen (Abs 2) Vorkaufsrechts oder seit einer später erfolgten, auf das Vorkaufsrecht bezüglichen Eintragung verstrichen sein; innerhalb dieser Frist darf die Berechtigung nicht anerkannt sein.

3. Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt das (subjektiv-persönliche) Vorkaufsrecht nur dann, wenn das Urteil vorbehaltlos ergangen ist oder wenn der Vorbehalt, den es zugunsten der sich Meldenden gemacht hat (§ 953 ZPO), rechtswirksam beseitigt worden ist (RG 67, 95; RZ 6, 145). Die Löschung kann auf Grund des Urteils im Wege der Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBD herbeigeführt werden.

Siebenter Abschnitt

Reallasten¹⁾

§ 1105

Ein Grundstück²⁾ kann in der Weise³⁾ belastet werden⁴⁾, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten⁵⁾ die Belastung erfolgt, wiederkehrende⁶⁾ Leistungen⁷⁾ aus dem Grundstück zu entrichten sind (Reallast⁸⁾).

Die Reallast kann auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden⁹⁾.

§ I 1061 II 1014; R 3 581; § 3 729 ff.

1. Die Regelung der Reallasten im BGB ist keine vollständige. Die §§ 1105—1112 geben nur Vorschriften allgemeiner Natur. Über die einzelnen Reallasten sind keine Bestimmungen gegeben. Für die Überbau- und Notwegrente (§§ 914, 917) und für die Unterhaltungspflicht bei der zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit dienenden Anlage (§§ 1021, 1022) ist die entsprechende Anwendung der Bestimmungen über die Reallasten vorgeschrieben (vgl. Art 116 GG). Im übrigen ist der Landesgesetzgebung überlassen, nähere Bestimmungen über die einzelnen Reallasten und über die Zulässigkeit derartiger Grundstücksbelastungen zu treffen (RG 113, 97). Auch von einer der Regelung bei den Rentenschulden (§ 1199) entsprechenden Vorschrift, wonach

bei der Bestellung der Rentenschuld ein Betrag bestimmt werden muß, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann, hat das BGB bei der Reallast abgesehen. Daher kann nur aus dem Landesgesetz entnommen werden, ob und unter welchen Voraussetzungen eine persönliche Verpflichtung zur Zahlung einer Ablösumme entsteht (RG 129, 213). Nach dem Artt 113, 115 GG bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über die Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Reallasten, ferner die Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks mit Reallasten unterlagen oder beschränken oder das Maß solcher Rechte näher bestimmen. Nach den Artt 3, 218 GG können daher in diesen Richtungen auch neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen und die bestehenden geändert werden. Danach ist das Verhältnis der Vorschriften des BGB über die Reallasten zum Landesrecht so: Die Vorschriften des BGB regeln zwar auch die landesgesetzlich anerkannten oder nicht ausgeschlossenen Reallasten, werden aber durch die für die einzelnen Reallasten gegebenen landesgesetzlichen Bestimmungen ergänzt (RGZ 21 A 314; DLG 20, 408). Besondere Vorbehalte für die Landesgesetzgebung bezüglich einzelner Reallasten, die zugleich die wichtigsten sind, enthalten GG Art 62 (Rentengutzrenten; die Frage, inwieweit gewisse bei Rentengutzbildungen nach der preussischen Rentengutzgesetzgebung übliche Verpflichtungen in das Grundbuch eingetragen werden können, ist behandelt in A 7 a. E.), Art 96 (Leibgedinge oder Altenteil) und Art 118 (Kulturrenten). Beim Altenteil (Ausgedinge) sind häufig mit Reallastleistungen zugleich auch beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (z. B. Wohnungsrecht, Recht zur Benutzung einzelner Grundflächen zu bestimmten Zwecken) verbunden (RG 90, 172; RN 9, 69; RGZ 40, 251; 53, 168; JW 1932, 1564²; § 1093 A 1). Eine Vereinbarung, wonach der Eigentümer im Falle des von ihm verschuldeten Fortzugs des Altifiers diesem an Stelle der Altenteilsleistungen eine einmalige Abfindung in Geld zu entrichten hat, kann aber weder als beschränkte persönliche Dienstbarkeit noch als Reallast eingetragen werden. Eine solche Abfindungsforderung des Altifiers kann vielmehr nur durch eine Hypothek, die durch den Wegfall der andern Leistungen bedingt ist, gesichert werden (RGZ 53, 166; anders beim Erlaß eines Wohnungsrechts des Altenteilers durch einen Geldrentenanpruch: JW 1934, 2997²). Die Neufestsetzung von Altenteilsleistungen nach dem Währungsverfall wurde geregelt durch das Bes v. 18. 8. und die WD v. 8. 9. 1923 (dazu DLG 44 S. 312, 313). Bergrechtliche Kohlenzehnten als Reallasten behandeln RG 75, 163; 129, 217. Die Zulässigkeit von Reallasten im allgemeinen ist begrenzt für Preußen durch die §§ 3, 6, 91 Abs 2—4 AblöGef v. 2. 3. 1850; Art 30 WGBGB (dazu RG 45, 191; 60, 89; 79, 377; 111, 92; RGZ 21 A 314; 38 A 269; 47, 218; 51, 269; DLG 12, 281; 26 S. 101, 102; 39, 243; ZZG 1 S. 431, 432), für Bayern durch die Artt 85, 86 WGBGB. Nach gemeinem Recht konnten Reallasten beliebig, ohne Beschränkung auf bestimmte Arten, durch Vertrag begründet werden mit dinglicher Wirkung zu Lasten eines Grundstücks und zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks, ohne daß es einer Eintragung in öffentliche Bücher bedurfte (RG 16, 136; Gruch 62, 408). Sie entstanden auch durch Einigung zwischen dem gegenwärtigen Eigentümer des zu belastenden Grundstücks und einer Person, auf die zugleich das Eigentum oder ein eigentumsähnliches Recht an diesem Grundstück übertragen wurde, zugunsten eines anderen Grundstücks mit der Wirkung, daß dieses Grundstück ohne Teilnahme seines gegenwärtigen Eigentümers an der Einigung berechtigt wurde (RG Gruch 62, 409). Doch mußte in Preußen, soweit § 73 WBD v. 5. 5. 1872 galt, die Reallast bis zum 1. Oktober 1873 in das Grundbuch eingetragen werden. Sonst konnte sie gegenüber dritten Personen nicht geltend gemacht werden. Das galt auch gegenüber solchen Dritten, die nach Inkrafttreten des Gesetzes das bisher belastete Grundstück auf Grund eines Kaufvertrags erwarben, selbst wenn sie in dem Kaufvertrag die Reallast dem Verkäufer (nicht dem Berechtigten) gegenüber übernahmen (RG Gruch 62, 412; vgl. für Bayern DLG 35, 328). Für die nach Inkrafttreten des EigGef v. 5. 5. 1872 begründeten Reallasten, soweit sie nach dem AblöGef noch zulässig waren, gilt daselbe nach § 12 Abs 1 EigGef (RG Gruch 65, 500: die mit einem subjektiv-dinglichen Abtätterprivileg verbundene Verpflichtung zum Hundebaug ist nach preussischem Recht eine zur Begründung der Eintragung nicht bedürftige, aber eintragungsfähige und Wirksamkeit gegen Dritte erst durch Eintragung erlangende Reallast). Wie solche an sich ohne Eintragung bestehengebliebenen, jedoch der Wirksamkeit gegen Dritte entbehrenden Rechte nach dem Inkrafttreten des BGB in das Grundbuch einzutragen sind, ist näher erläutert in § 894 A 1 Abs 10. — Die auf einem öffentlich-rechtlichen Titel (RG 44, 243; 45, 188) beruhenden Reallasten (öffentliche Abgaben und Lasten: § 10 Nr 3, 156 ZBG, § 4 GG ZBG) werden durch das BGB nicht geregelt (DLG 1, 203; 3, 98; 12, 281). Kirchen- und Schulbaulasten behält Art 132 GG dem Landesrecht vor; ein ursprüngliches Behtrecht der Kirche wird als Reallast behandelt in RG HR 1934 Nr 1028. Straßenanliegerbeiträge und ihre Dinglichkeit erörtern RG 42, 278; 56, 396; 83, 89; 86, 359; 87, 359; 93, 202; Gruch 26, 1103; 41, 151; JW 1922, 807⁹. Die Grenzen des für Straßenanlieger in Preußen zulässigen Gemeindegebrauchs an einer dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Straße zeigt § 905 A 1 a. E. Die Behandlung der Reallasten im Zwangsversteigerungsverfahren regeln die §§ 51, 92, 121 ZBG, § 9 GGZBG (vgl. unten A 4 a. E.; § 1107 A 1). Mit ihrem Schicksal bei der Enteignung beschäftigen sich die Artt 52, 53, 109 GGGB. Übergangsbestimmungen enthalten die Artt 114, 184, 189 GG.

2. Belastungsfähig sind außer einem **Grundstück** auch die Berechtigungen, auf welche die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden, also das Erbbaurecht (RD v. 15. 1. 1919 § 11) und die in den Artt 63, 68 GG bezeichneten Rechte; ferner der im Anteil eines Miteigentümers bestehende Bruchteil eines Grundstücks (§ 1106). Auch eine bestimmte Teilfläche (realer Teil) eines Grundstücks kann mit einer Reallast belastet werden. Ihre Abschreibung kann nach § 7 Abs 2 GBD unterbleiben, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist und die Vorschriften des § 2 Abs 3 GBD über die Vorlegung einer Karte beachtet sind (anders bei dem berechtigten Grundstück: A 5).

3. Aus der im § 1105 bestimmten Weise der Belastung folgt in Verbindung mit § 1108: Die Reallast als Ganzes ist ihrer rechtlichen Natur nach regelmäßig eine von einer persönlichen (schuldrechtlichen) Verbindlichkeit unabhängige dingliche Grundstücksbelastung, aus der die Verpflichtung des Grundstückseigentümers als solchen zur Entrichtung der einzelnen Leistungen erwächst. Diese Einzelleistungen sind ebenfalls dinglicher Natur, doch so, daß der Grundstückseigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auch persönlich haftet (RG 121, 190: bei der Begründung eines Rentenguts in Preußen als Reallast eingetragene Rentengutsrente). Die Reallast kann aber auch zur Sicherung persönlicher Forderungen verwendet werden. Ist dies nach dem Inhalt des Pfandbestimmungsvertrags geschehen, so sind Reallast und Forderung selbständige Rechte. Das kann z. B. für die Aufwertung der beiden Rechte nach § 31 und § 62 AufwGes von Bedeutung sein (RG 113, 103; 129, 216). Wie der Anspruch auf die Einzelleistungen im Rechtswege geltend gemacht wird, zeigen § 1107 A 2 und § 1108 A 3. Wird das Recht als Ganzes bestritten, so kann im dinglichen Gerichtsstande (§ 24 RD) auf Anerkennung der Reallast geklagt werden (§ 25 RD).

4. Zur Entziehung der Belastung ist gemäß § 873 die Einigung der Beteiligten und die Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Die Überbau- und Notwegrenten, für die nach § 914 Abs 3, § 917 Abs 2 Satz 2 die Vorschriften über Reallasten gelten, werden gemäß § 914 Abs 2 Satz 1, § 917 Abs 2 Satz 2 nicht eingetragen. Von dem schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäft ist die Entstehung der Reallastberechtigung als eines selbständigen dinglichen Rechts nicht abhängig. Auch ist die dingliche Wirksamkeit nicht davon abhängig, ob für die Belastung ein Gegenwert gegeben worden ist (RG 85, 247). Der Gegenwert kann sich z. B. aus einem Kaufvertrag, aber auch aus der Gewährung eines Darlehens ergeben (RG 85, 246). Die Eintragung erfolgt auf dem belasteten Grundstück. Im Falle der subjektiv-dinglichen Reallast kann die Reallastberechtigung auch auf dem Grundbuchblatt des berechtigten Grundstücks gemäß § 9 GBD vermerkt werden. Die einzelnen Leistungen, zu denen die Reallast (das Recht als Ganzes RG 75, 163) verpflichtet, müssen eingetragen werden. Nach § 874 ist aber eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur näheren Bezeichnung des Inhalts der einzelnen Leistung zulässig. Werden Reallasten als Altentgelt (Leibgedinge, Leibzucht, Auszug) eingetragen, so bedarf es nach § 49 GBD auch nicht der Bezeichnung der einzelnen Rechte, wenn auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird. In der Bewilligung genügt regelmäßig die Bestimmbarkeit der Leistungen, also z. B. die Angabe „lebenslängliche Wohnung im Hause und Unterhalt mit allem, was zum Leben erforderlich ist, ausgenommen mit Kleidung“ (GRK 1932 Nr 758). Im Eintragungsvermerk selbst muß der Inhalt der Last wenigstens im allgemeinen so angegeben werden, daß das Recht nach seiner rechtlichen Natur für jedermann aus dem Grundbuch allein erkennbar ist. Inwieweit ist eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung unzulässig, da es sich nicht bloß um eine „nähere Bezeichnung“ im Sinne des § 874 handelt. Dabei ist der Gebrauch des Wortes „Reallast“ zwar nicht erforderlich, wenn sonst die Eintragung sich als eine Reallast deuten läßt; andererseits ist aber die Eintragung dieses Wortes für sich allein auch nicht ausreichend, da der Inhalt einer Reallast ein sehr verschiedenes gestaltet sein kann (RGZ 51, 272; DRG 39, 244; § 874 A 2, 3). Daß ein bestimmter Geldwert zu den einzelnen Leistungen im Grundbuch oder in der Eintragungsbewilligung angegeben wird, ist nicht erforderlich. Aus § 1107 ist in dieser Hinsicht die Anwendung des § 1115 (Hypothekeneintragung) nicht zu folgern (RG 54, 93; RZM 2, 192; RGZ 51, 271; DRG 39, 243). Mangels einer entgegenstehenden Bestimmung ist es auch zulässig anzusetzen, daß zur Feststellung der ziffernmäßigen Höhe der Leistungen außerhalb des Grundbuchs liegende Umstände herangezogen werden, sofern die Eintragungsbewilligung auf sie hinweist (DRG 39, 244). Das Grundbuch muß aber den Inhalt der Leistungen derart erkennen lassen, daß insbesondere mit Rücksicht auf die §§ 45, 46, 92, 121 BGB die Umwandlung der Leistungen in eine Geldforderung möglich ist. Denn nur dann liegt die für jede dingliche Belastung erforderliche Bestimmtheit des Umfangs der Leistungen aus dem Grundstück vor (str.; RZM 2, 193; DRG 7, 34; RGZ 51, 271). Nach § 882 kann der Höchstbetrag des Erlöses für den Fall des Erlöschens durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung bestimmt werden; die Bestimmung bedarf der Eintragung in das Grundbuch. Wie die Reallastberechtigung von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann, so kann für sie auch eine ungewisse Zeitbestimmung gesetzt, z. B. für den Beginn der Leistungen ein nicht kalendermäßiger, sondern nach dem Tage des Eintritts eines Ereignisses ungewisser Zeitpunkt bestimmt werden (DRG 34, 177). — Die rechtsgeschäftliche **Aufhebung** der Belastung erfolgt gemäß § 875 (Aufgabeerklärung und Löschung). Auch zum Verzicht auf

Überbau- und Notwegrenten, die nicht eingetragen werden, ist die Eintragung des Verzichts nach § 914 Abs 2 Satz 2, § 917 Abs 2 Satz 2 nötig. Erforderlich ist weiterhin nach § 876 Satz 2 die Zustimmung der Realgläubiger des herrschenden Grundstücks, die jedoch nach Art 120 Abs 2 Nr 2 GG durch ein landesgesetzlich zugelassenes Unschädlichkeitszeugnis ersetzt werden kann. Ferner sind Erlöschungsgründe: bei einer auf Lebenszeit des Berechtigten gestellten Realkaft (z. B. Altenteil) Eintritt des Todes (§ 23 GBD; RZM 4, 181); Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins (§ 24 GBD); Buchverjährung (§§ 901, 902); Aufgebot (§ 1112); Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks, wenn nicht nach den Versteigerungsbedingungen die Realkaft bestehen bleiben soll (§§ 91, 92 ZVG). Für das Altenteil (Leibgedinge usw.) gilt insoweit bei der Zwangsversteigerung die wichtige Sonderregelung des § 9 GZVG, dazu in Preußen Art 6 AGZVG. Danach bleiben solche Rechte grundsätzlich auch dann bestehen, wenn sie im geringsten Gebot nicht berücksichtigt sind (RG 148, 310; 152, 104; 153, 253; Warn 1935 Nr 43, 83; JW 1934, 3004^a). Im übrigen ist in der Zwangsversteigerung für eine durch den Zuschlag erlöschende, ablösbare Realkaftberechtigung Ersatz aus dem Versteigerungserlöse in Höhe der Ablösungssumme (A 1) zu gewähren (§ 92 Abs 1, 3 ZVG). Diese Ablösungssumme ist aber nicht schon vom Tage des Zuschlags ab zu verzinsen, sondern wird erst im Verteilungstermin fällig. Die bis dahin in Ansatz zu bringenden Einzelleistungen (z. B. Geldrenten) vertreten nach § 1107 die Stelle der Zinsen (RG 85, 248). Dies gilt auch dann, wenn bei einer durch Zahlung von Tilgungsbeiträgen abzutragenden Realkaft die in Geldrenten bestehenden Einzelleistungen die Tilgungsbeiträge mitenthalten; denn diese Tilgung kommt bei der Feststellung der Ablösungssumme mit in Betracht (RG 85, 248). Weitere Beendigungsgründe können sich aus landesgesetzlichen Vorschriften ergeben, insbesondere aus denen über die Ablösung (Art 113 GG; DVG 2, 496; 7, 374). — Die Fragen der Übertragbarkeit und der Übertragung der Realkaft als Ganzes und der einzelnen Leistungen sind geregelt in den §§ 1107, 1111.

5. Derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, kann bei der subjektiv-persönlichen Realkaft eine natürliche oder eine juristische Person sein. Eine subjektiv-dingliche Realkaft (Abs 2) kann nur für ein Grundstück (Begriff § 873 A 4) bestellt werden, nicht für einen Grundstücksbruchteil (anders beim belasteten Grundstück: § 1106). Für einen realen Grundstücksanteil kann die Realkaftberechtigung nur begründet werden, wenn der Teil durch Abschreibung von dem bisherigen und Übertragung auf ein anderes Grundbuchblatt zu einem selbständigen Grundstück umgestaltet wird. Denn die für das belastete Grundstück geltende Vorschrift des § 7 Abs 2 GBD (A 2) ist auf das berechnete Grundstück nicht entsprechend anzuwenden (RGZ 53, 170). Auch kann der Eigentümer zweier Grundstücke nicht das eine zugunsten des anderen mit einer Realkaft belasten. Vgl. hierüber sowie über die aus § 1009 sich ergebende Ausnahme § 873 A 7. Zulässig ist die Bestellung und Eintragung von Realkaften für mehrere Personen auf dieselben Leistungen derart, daß die mehreren Realkaften sich gegenseitig beschränken (z. B. Altenteil für Eheleute: DVG 18, 156). Auch kann eine Realkaft für mehrere Personen als Gesamtberechtigte im Sinne des § 428 bestellt werden (RGZ 18, 132). Die subjektiv-dingliche Realkaft wird Bestandteil des berechtigten Grundstücks (§ 96) und teilt dessen Schicksale. Den Einfluß der Teilung regelt § 1109. Gegenseitige subjektiv-dingliche Realkaften bilden den Streitstoff in RG 10, 172; Gruch 28, 246.

6. Die Leistungen müssen zwar **wiederkehrende** sein, doch ist nicht (wie z. B. im § 1199) erforderlich, daß die Leistungstermine regelmäßig wiederkehren (RG 131, 175; RZM 2, 192; DVG 2, 413; 12, 282; 39, 242). Unregelmäßig wiederkehrende Leistungen sind z. B.: ein Handlohn, eine Kirchenbaukauf (DVG 7, 35); die Unterhaltung einer Einfriedigung um das belastete Grundstück, eines Zaunes, einer Turmuhr, einer Brücke, einer Überfahrt, einer Straße, eines Wehres in einem Flusse, eines Grabens (RG 4, 133; 11, 315; Gruch 55, 1138; RGZ 38 A 269; DVG 2, 413; 8, 127; 12, 281; 22, 407; 26, 101 f.; 35, 327). Ferner haben dauernde Leistungen als wiederkehrende zu gelten, z. B.: die Erhaltung eines bestimmten Zustandes auf dem belasteten Grundstück (RG Gruch 55, 1138); die Unterhaltung und der Betrieb einer Fähre (DVG 26, 101; Gruch 57, 1138); die Unterhaltung eines Zaunes — aber nicht in Preußen nach §§ 1, 2, 6 Ges v. 2. 3. 1850 — (DVG 43, 9). Auch brauchen die einzelnen Leistungen weder gleich oder gleichartig zu sein (RZM 2, 192; DVG 7, 32; 43, 228) noch eine fest bestimmte Höhe zu haben (DVG 12, 281; RGZ 51, 271; RGZ 1, 438; DVG 43, 228). Weiter ist nach allgemeinen Grundbuchsregeln und beim Fehlen eines Verbots die Begründung einer Realkaft auch unter einer auflösenden Bedingung oder auf Zeit, sei es eine bestimmte oder eine unbestimmte (z. B. auf Lebenszeit des Berechtigten), statthaft (RGZ 21 A 314; DVG 2, 495). Insbesondere kann die Realkaft allmählich abtragbar (z. B. durch Leistungen in Geldrenten zur Verzinsung und Tilgung eines gewährten Darlehens) sein (RG 85, 247; RGZ 21 A 312). Dagegen kann eine einmalige Leistung (z. B. die Herstellung einer Wasserleitung, die Beseitigung eines überragenden Gefirnisses, eine einmalige Hofesabfindung) nicht Gegenstand einer Realkaft sein (RG 57, 334; RZM 1, 25; DVG 26, 102). Streitig ist, ob Inhalt einer Altenteils-Realkaft (Art 96 GVBGB, Art 15 Pr. AGVBGB) eine einmalige Leistung (z. B. die Ausrichtung des Begräbnisses des Altenteilers, die Ausstattung seiner unverheirateten Kinder) sein darf. Dies ist dann zu bejahen, wenn es sich um einzelne innerhalb eines Gesamtbereichs wiederkehrender Leistungen festgesetzte, diesem Bereich innerlich angehörende

Leistungen handelt, die ihrer Natur nach nur einmalig sind (§ 370 I, 439). Eine Geldrentenrealast ist nicht eintragbar, wenn die Höhe der Rente nicht bestimmbar ist (§ 370 I, 429). Jedoch kann eine Geldrentenrealast, bei der sich die Höhe der Rente nach dem jeweiligen Preise einer von vornherein festgesetzten Menge von Getreide bestimmt (feste Geldrente im Sinne des § 91 preuß. AblösungsGes: A 1), bestellt und eingetragen werden (§ 370 I, 432). Dasselbe gilt für den Fall der Festsetzung der Einzelleistungen mit einer Goldwertklausel (§ 370 I, 434).

7. Die Leistung kann jeden erlaubten Inhalt haben. Aus einem Grundstück zu entrichten ist sie immer dann, wenn sie in irgendwelcher Beziehung zum dienenden Grundstück steht (RG Bruch 55, 1138). Sie kann bestehen in einem Geben, z. B.: Gewährung von Geld, Nahrungsmitteln oder anderen Sachen (RZM 2, 192; DVG 12, 281); Zahlung einer Rente zur Verzinsung und Tilgung eines Kapitals während einer bestimmten Anzahl von Jahren (RG 85, 247; RGZ 21 A 312; DVG 2, 495); Gewährung von Holz aus Waldungen (RG Warn 1913 Nr 145). Sie kann aber auch bestehen in einem Tun, z. B.: Dienstleistungen, Befestigung (RG Bruch 46, 131); Aufziehen einer Turmuhr (RG 4, 131); Instandhalten einer Brücke, einer Überfahrt (DVG 2, 413; 8, 126; 26, 101f.); Räumung eines Grabens (DVG 12, 281); Anzeihe von jedem abzuschließenden Mietvertrage über das belastete Grundstück, um dem Berechtigten den Eintritt in den Vertrag zu ermöglichen (DVG 7, 35). Schließlich kann sie auch bestehen in der Erhaltung eines bestimmten Zustandes auf dem dienenden Grundstück, z. B.: des Betriebs eines Mineralbades, eines Holzschneidewerks, einer Fähre (RG Bruch 55, 1138; DVG 26 S. 101, 104) oder der ordentlichen Instandhaltung einer Grabstätte, insbesondere beim Altenteil (RMR 1933 Nr 1353; enger RW 1936, 1071²⁶). In einem Unterlassen kann aber die wiederkehrende Leistung nicht bestehen. Die Pflicht eines Grundstückseigentümers zum Unterlassen kann nur Gegenstand einer Dienstbarkeit sein (Str.; M 3, 585; Prot 3, 734; RG 60, 90ff.). Ein wegen Verstößes gegen § 10 GewD unzulässiger Inhalt einer Realast ist die Verpflichtung des jeweiligen Inhabers einer Gastwirtschaft, das Bier während eines bestimmten Zeitraums nur von einer bestimmten Brauerei zu beziehen (RG 59, 109; 63, 333). Zulässig ist bei preuß. Rentengütern die Entrichtung der dem § 4 RentengutsG v. 27. 6. 1890 entsprechenden Verpflichtung zur Gebäudeerhaltung, Inventarhaltung und Versicherung (RGZ 39 A 206; 45 A 220; 51, 234 unter Preisgabe von 26 A 118). Dagegen ist unzulässig die Entrichtung der dem Rentengutserwerber auferlegten Verpflichtung, das Grundstück selbst zu bewohnen und zu bewirtschaften (RW 1933, 701¹). Vgl. auch RG 55, 380 (Schmiedezwang), RG 75, 161 (Kohlenzehnt). Über ein Tun oder die Erhaltung eines Zustandes als Nebenbestandteil einer Grunddienstbarkeit gibt Auskunft § 1018 A 4. Der Unterschied zwischen der Geldrente als Realast und der Rentenschuld erbellt aus § 1199 und RGZ 21 A 312; DVG 2, 496. Den Unterschied zwischen einer Realastberechtigung und einer Grunddienstbarkeit, bei der dem Eigentümer des dienenden Grundstücks die Verpflichtung zur Unterhaltung einer Anlage obliegt, behandeln die A 2, 5 zu § 1021.

8. Wegen der Entrichtung der Einzelleistungen aus dem Grundstück wird verwiesen auf § 1107 A 2 „Befriedigung“. Der Realastberechtigte kann grundsätzlich nur wegen der Einzelleistungen, nicht wegen des Rechts im ganzen die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks betreiben. Das Realastrecht als Ganzes zeigt hinsichtlich der Befriedigung aus dem Grundstück seine Wirksamkeit erst dann, wenn die Zwangsversteigerung von dritter Seite durchgeführt wird (Prot 3, 731). Wenn aber das Recht nach Maßgabe landesgesetzlicher Vorschriften (Art 113 GG) abgelöst ist, kann der Realastberechtigte gegebenenfalls wegen der Ablösungssumme die Zwangsversteigerung betreiben.

§ 1106

Ein Bruchteil¹⁾ eines Grundstücks kann mit einer Realast nur belastet²⁾ werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht³⁾.

© I 1053 II 1015; M 3 586; B 3 734.

1. Nach der den §§ 1095, 1114 (Vorkaufsrecht, Hypothek) entsprechenden Vorschrift kann zwar ein Miteigentümer seinen Anteil mit einer Realast belasten, nicht aber der Alleineigentümer einen Bruchteil seines Grundstücks und auch nicht ein Miteigentümer einen Bruchteil seines Anteils (DVG 20, 407). Hier gilt entsprechend das in § 1114 A 1 Gesagte. Daraus folgt, daß auch der Erwerber einer Grundstückshälfte diese nicht mit einer Realast (z. B. einem Altenteil) belasten kann, wenn ihm die andere Grundstückshälfte bereits gehört (RW 1936, 3479⁶⁶). Dagegen ist es nach § 98 zulässig, daß der Alleineigentümer eine bestimmte Teilfläche (realen Teil) eines Grundstücks belastet, da der einzelne Teil als nicht wesentlicher Grundstücksbestandteil Gegenstand besonderer Rechte sein kann. Die Abschreibung des sonderbelasteten Teils und der Eintragung als selbständiges Grundstück kann nach § 7 Abs 2 GBD unterbleiben, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist (RGZ 20 A 80) und die Vorschriften des § 2 Abs 3 GBD über die Vorlegung einer Karte beachtet sind. Wird das mit einer Realast belastete Grundstück mit einem anderen un-

Belasteten vereinigt (§ 890 Abs 1) oder diesem als Bestandteil zugeschrieben (§ 890 Abs 2) oder wird umgekehrt dieses Grundstück jenem zugeschrieben, so tritt in keinem Falle das andere Grundstück in die Belastung für die Realkaft ein (DVG 11, 332). Anders ist die Rechtslage nach § 1131 bei hypothetarischen Rechten im Falle der Zuschreibung eines Grundstücks zu einem mit solchen Rechten belasteten Grundstück.

2. Die Folge der Belastung nur des Miteigentumsanteils ist, daß die Zwangsvollstreckung aus der Realkaft nur in diesen Anteil stattfindet (§ 864 Abs 2 ZPO). Danach ist die Zwangsvollstreckung in den Anteil auch dann noch zulässig, wenn das Miteigentum nicht mehr besteht, z. B. weil der andere Miteigentümer den Anteil im Wege freiwilliger Auseinandersetzung oder aus sonst einem Rechtsgrunde hinzuerworben hat oder weil beide Miteigentümer das Grundstück an einen Dritten veräußert haben.

3. Soll das Miteigentum im Wege der Teilungszwangsvorsteigerung nach den §§ 180—184 ZPO aufgehoben werden, so muß die Realkaft, wenn sie auf dem Anteil des Antragstellers eingetragen steht, gemäß den §§ 182, 44 ZPO in das geringste Gebot aufgenommen werden. Ist sie dagegen lediglich auf dem Anteil eines anderen Miteigentümers eingetragen, so bleibt sie nach § 182 Abs 1, 2 ZPO bei der Feststellung des geringsten Gebots unberücksichtigt und erlischt nach den §§ 91, 92 ZPO durch den Zuschlag mit der Folge des Ersatzanspruchs aus dem Erlöse nach Maßgabe des Ranges, es sei denn, daß sie auf diesem Anteil einem Recht im Range vorgeht oder gleichsieht, das zugleich auch den Anteil des Antragstellers (mit) belastet (RGZ 26 A 304).

§ 1107

Auf die einzelnen Leistungen¹⁾ finden die für die Zinsen einer Hypothekensforderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung²⁾.

§ 1 I 1051, 1060 II 1016; R 3 584, 593; P 3 731, 738.

1. Auf die einzelnen Leistungen sollen die Vorschriften über Hypothekenzinsen deswegen entsprechende Anwendung finden, weil sie zu der Realkaft im ganzen (der Realkaftberechtigung) in gleichem Verhältnis stehen wie die Hypothekenzinsen zu der Hypothekensforderung (R 3, 593). Die Realkaftberechtigung im ganzen bildet eine selbständige, d. h. von einem persönlichen Anspruch unabhängige, dingliche Belastung des Grundstücks, wodurch die Verpflichtung des Eigentümers zu den während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen begründet wird (R 3, 584). Sie folgt ihren eigenen Regeln und hat auch gegenüber dem Recht auf die Einzelleistungen, die aus ihr fließen, selbständige rechtliche Bedeutung (RG 75, 163; 129, 213), kann Ansprüche (z. B. auf Grundbuchberichtigung nach § 894, auf Feststellung) erzeugen und, wenn sie nach Landesrecht ablösbar ist (§ 1105 A 1), ein Recht auf die Ablösungssumme gewähren (§ 1105 A 4, 8). Auf sie finden die Vorschriften über die Hypothek keine Anwendung. Daher gibt es keine Eigentümerrealkaft entsprechend dem § 1163 Abs 1 Satz 2 (etwa bei einer ablösbaren Realkaft nach Zahlung der Ablösungssumme) oder entsprechend dem § 1168 (Verzicht des Berechtigten). Ebenso sind, wenn die Realkaft auf mehrere Grundstücke eingetragen ist, unanwendbar die §§ 1172 ff. (Besonderheiten der Eigentümerhypothek, Erlöschen der Hypothek an einem der belasteten Grundstücke) und § 1132 Abs 2 (Verteilung auf die einzelnen Grundstücke). In der Zwangsvorsteigerung findet aber § 50 ZPO (Erweiterung der Zahlungspflicht des Ersteheres im Falle des Nichtbestehens einer im geringsten Gebot berücksichtigten Hypothek) auf die Realkaft entsprechende Anwendung (§ 51 ZPO).

2. Die entsprechende Anwendung der Vorschriften über Hypothekenzinsen hat nur insoweit stattzufinden, als nicht durch die §§ 1105 ff. Sonderbestimmungen gegeben sind. Hiernach gilt im einzelnen folgendes: Der die Eintragung der Hypothek betreffende § 1115 ist auf die einzelnen Realkaftleistungen nicht anwendbar, weil die Ausnahmebestimmung in § 1115 Abs 1 Halbs 1 (Angabe des Geldbetrags im Grundbuch) lediglich für die Eintragung der Hypothek gilt und die Eintragung der Realkaft sich nach § 874 BGB, § 49 GPO richtet (RG 54, 93; RZA 2, 192). Dagegen sind anwendbar die §§ 1120—1131, welche die Erstreckung der Haftung für die Hypothek auf die dort bezeichneten Gegenstände (Zubehör, Miet- und Pachtzinsforderungen, Versicherungsgelder) regeln (str.: RG Warn 1916 Nr 282; LZ 1932, 553; DVG 29, 359 für einen Tonnenzins, der auf einer den Grundstücken gleichstehenden selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeit eingetragen war; im Geltungsgebiet des PrAblöfGes. v. 2. 3. 1850 ist aber nach §§ 6, 91 eine Tonnenzinsverpflichtung als selbständige Realkaft ohne feste Geldrente nicht eintragungsfähig: RGZ 47, 218). Steht die Realkaft auf mehreren Grundstücken eingetragen, so kann der Berechtigte gemäß § 1132 Abs 1 wegen der Einzelleistungen die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Teile suchen. Der Abs 2 § 1132 (Verteilung) aber ist nicht anwendbar, da er sich auf Hypothekenzinsen nicht bezieht. Soll der Inhalt der Einzelleistung verändert werden, so gilt hinsichtlich des Erfordernisses der Zustimmung der Eigentümer sämtlicher belasteter Grundstücke das in § 1132 A 2, 3 Bemerkte entsprechend (ZB 1923, 1038¹⁾). Nicht anwendbar ist § 1133, da er nur die Herbeiführung der Fälligkeit des Hypothekenskapitals wegen

¹⁾ BGB, Kommentar von Reichsgerichtsräten. 9. Aufl. III. Bd. (Weßau.)

Gefährdung der Sicherheit betrifft. Dagegen kann der Reallastberechtigte im Falle gefährdender Verschlechterung des Grundstücks durch unwirtschaftliche Einwirkungen und Maßnahmen des Eigentümers, die den Wert oder den Bestand des Grundstücks verringern, zur Sicherung der Einzelleistungen mit Maßregeln einschreiten, die denen in den §§ 1134, 1135 entsprechen. Insbesondere kann er die Unterlassungsklage erheben. Denn er braucht eine nach dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Eigentümer widerrechtliche Gefährdung der Sicherheit seines Rechts nicht zu dulden (str.; RG Bruch 48, 351; Warn 1916 Nr 282; OLG 29, 359). Dem Beklagten sind gegenüber dem Anspruch auf einzelne Reallastleistungen die Einreden aus den §§ 1137, 1138 nicht gegeben, da diese Vorschriften eine dem dinglichen Recht zugrunde liegende persönliche Forderung zur Voraussetzung haben (A 1). Die Befriedigung wegen der Einzelleistungen (wegen des ganzen Rechts § 1105 A 4) aus dem Grundstück erfolgt nach den §§ 1147, 1148 im Wege der Zwangsvollstreckung (Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung) auf Grund eines gegen den eingetragenen Eigentümer gerichteten vollstreckbaren Titels auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Dieser Titel kann auch eine vollstreckbare Urkunde sein, soweit die Voraussetzungen des § 794 Nr 5 ZPO (Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder auf Leistung einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere) vorliegen. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen der Reallast im ganzen ist allerdings, mögen auch die Einzelleistungen in Geldrenten bestehen, nicht zulässig, da § 800 ZPO eine solche Unterwerfung nur in Ansehung einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld gestattet und § 1107 nur den Rechtsinhalt betrifft, überdies auch auf die Reallastberechtigung im ganzen keine Anwendung findet (OLG 5, 132). Für die Befriedigung durch einen Dritten gilt entsprechend § 1150 nebst § 268. Die Übertragung des Anspruchs auf rückständige Einzelleistungen vollzieht sich nach § 1159 Abs 2 in Verbindung mit § 398 durch einen keiner Form bedürftenden Abtretungsvertrag. Dabei richtet sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Bestimmungen (§§ 398—413). Die Vorschriften der §§ 1154 bis 1157 finden daher keine Anwendung. Auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs kann sich der Erwerber nach § 1159 Abs 2 nicht berufen. Pfändung und Überweisung erfolgen nach § 830 Abs 2, § 837 Abs 2 ZPO gemäß den §§ 829, 835 ZPO (ZM 1932, 1564*; JBR 1932 Nr 1003). Die Übertragung des Anspruchs auf noch nicht fällige Einzelleistungen bestimmt sich nach den für die Übertragung des Hauptrechts geltenden Vorschriften, also nach § 873. Soweit es sich dabei um Leistungen der im § 1158 bezeichneten Art handelt, gelten nach § 1158 für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger die §§ 404, 406—408. Bei anderen nicht fälligen Leistungen wird der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugunsten des Erwerbers. Wegen der Übertragbarkeit ist zu verweisen auf § 1111 A 2. Soweit die Einzelleistung übertragbar ist, kann sie auch belastet (z. B. nach §§ 1274, 398 verpfändet) werden. Der Anspruch auf die Einzelleistung erlischt, sofern nicht einem Dritten (z. B. kraft Abtretung) ein Recht darauf zusteht, nach § 1178 Abs 1 bei der Vereinigung des Eigentums mit der Reallastberechtigung in einer Person, obwohl die Reallastberechtigung selbst nach § 889 trotz der Vereinigung nicht erlischt. Für die Dauer der Vereinigung kommen bei fällig werdenden Einzelleistungen, für die der Eigentümer nach § 1108 persönlich haftet, die §§ 1177 Abs 2, 1197 (Vereinigung des Eigentums mit einer verzinslichen Hypothek, deren Forderung dem Eigentümer selbst zusteht) zur Anwendung. Danach kann der Eigentümer und gleichzeitige Reallastberechtigte fällig gewordene Einzelleistungen nur in der von einem anderen ausgebrachten Zwangsverwaltung und auch nur für deren Dauer aus der Zwangsverwaltschaftsverwaltung verlangen, also in der Zwangsversteigerung aus der Zwangsversteigerungsmasse überhaupt nicht (RG 60, 362). Zum Verzicht auf rückständige Einzelleistungen genügt nach § 1178 Abs 2 die formlose Erklärung des Reallastberechtigten gegenüber dem Eigentümer. Solange aber einem Dritten ein Recht an dem Anspruch (z. B. durch Abtretung) zusteht, ist auch die Zustimmung des Dritten erforderlich. Für den Verzicht auf noch nicht fällige Einzelleistungen ist § 875 maßgebend. Danach bedarf es insbesondere der Eintragung in das Grundbuch. — Nach den §§ 194, 197, 201 in Verbindung mit § 902 Abs 1 Satz 2 vollzieht sich die Verjährung rückständiger Einzelleistungen ebenso wie die rückständiger Hypothekenzinsen in einer vierjährigen Verjährungsfrist. Die Frist beginnt mit dem Schluß des Jahres, in dem der Anspruch auf die Einzelleistung zur Entstehung gelangt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Einzelleistungen „regelmäßig“ wiederkehrende oder (§ 1105 A 6) in nicht regelmäßig wiederkehrenden Zeiten zu entrichtende Leistungen sind. Die Bestimmung des § 197 sagt freilich, daß Ansprüche auf Rückstände von Renten, Auszugleistungen, Besoldungen, Wartegeldern, Ruhegehalten, Unterhaltsbeiträgen und allen anderen „regelmäßig“ wiederkehrenden Leistungen ebenso wie Ansprüche auf Rückstände von Zinsen, die nicht regelmäßig wiederkehrende zu sein brauchen, in vier Jahren verjähren sollen. Daraus ist aber nicht zu folgern, daß nur die „regelmäßig“ wiederkehrenden Einzelleistungen aus der Reallast in vier Jahren verjähren. In M 3, 306 war zwar bemerkt, daß zu den regelmäßig wiederkehrenden Leistungen namentlich die Reallasten gehören. Dabei war aber hinzugefügt „soweit bei diesen die bezeichnete Voraussetzung zutrifft“, und es war auf § 1060 verwiesen, der dem § 1107 des Gesetzes entspricht. Nach dieser Geschichte des Gesetzes und bei Berücksichtigung des

Umstandes, daß § 1107 eine Sonderbestimmung darstellt, ist die Auffassung gerechtfertigt, daß auch unregelmäßig wiederkehrende Leistungen aus einer unter § 1105 fallenden Reallast hinsichtlich der Verjährung den Hypothekenzinsen gleichstehen (str.). — Endlich ist noch zu bemerken: § 289 ist auch hier anwendbar. Verzugszinsen von rückständigen Einzelleistungen sind also nicht zu entrichten. Die Wirkung des Urteils über einen Anspruch aus einer Reallast im Falle der Veräußerung des belasteten Grundstücks regelt § 325 Abs 3 BPD. Gewisse Einzelleistungen haben in der Zwangsversteigerung ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung (§ 10 Nr 4 BPO).

§ 1108

Der Eigentümer¹⁾ haftet für die während der Dauer seines Eigentums fällig²⁾ werdenden Leistungen auch persönlich³⁾, soweit nicht ein anderes bestimmt ist⁴⁾.

Wird das Grundstück geteilt⁵⁾, so haften die Eigentümer der einzelnen Teile als Gesamtschuldner⁶⁾.

© I 1056 II 1017; M 3 587, 588; B 3 730, 735f.

1. Sind mehrere Eigentümer des belasteten Grundstücks vorhanden oder steht die Reallast auf mehreren, verschiedenen Personen gehörigen Grundstücken eingetragen, so findet die Vorschrift des § 420 Anwendung. Danach ist, wenn mehrere eine teilbare Leistung schulden, im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteil verpflichtet. Aus dem Abs 2 des § 1108 ist eine regelmäßige Haftung als Gesamtschuldner auch bei teilbaren Leistungen nicht zu entnehmen. Denn hier liegt eine Sonderbestimmung vor, die darauf beruht, daß im Falle der Teilung des belasteten Grundstücks eine Teilung der Schuld unter die verschiedenen Eigentümer nach Köpfen gegenüber dem Berechtigten unbillig erscheint und auch ein Teilungsmaßstab fehlt (M 3, 588). Würden aber mehrere Eigentümer allgemein als Gesamtschuldner haften, so hätte es der Aufnahme des Abs 2 nicht bedurft, da die Grundstücksteile zu selbständigen Grundstücken werden und folglich nunmehr die Reallast auf mehreren, verschiedenen Eigentümern gehörigen Grundstücken lastet. Die Aufnahme des Abs 2 spricht daher gegen die allgemeine Haftung als Gesamtschuldner (str.; M 3, 588). Nur dann, wenn die Miteigentümer oder die Eigentümer der mehreren Grundstücke selbst die Reallast gemeinschaftlich bestellt haben, kann die nur für den Zweifelsfall gegebene Bestimmung des § 420 nicht gelten. Denn dann ist als Wille der Beteiligten ihre Haftung als Gesamtschuldner nach § 421 nicht gemeint. Denn dann ist die Haftung anzunehmen, und zwar ohne Rücksicht auf § 427, der nur dann in Betracht käme, wenn sich die mehreren Eigentümer gegenüber dem Berechtigten durch einen besonderen Vertrag gemeinschaftlich zur Gewährung der teilbaren Leistungen verpflichtet hätten (str.). Das Verhältnis der mehreren Eigentümer zueinander bestimmt sich nach den §§ 748, 755.

2. Soweit die dem Eigentümer obliegenden Einzelleistungen während der Dauer seines Eigentums fällig geworden sind, bleibt seine persönliche Haftung auch dann noch bestehen, wenn er nicht mehr Eigentümer ist, z. B. das Grundstück veräußert oder nach § 928 aufgegeben hat. Durch Vertrag kann diese Haftung sowohl beschränkt wie erweitert werden (M 4). Insbesondere kann sie ausgedehnt werden auf Einzelleistungen, die nicht schon während der Dauer des Eigentums, sondern erst in der Besitzzeit eines Eigentumsnachfolgers oder auch mehrerer aufeinander folgender künftiger Grundstückserwerber fällig werden (RG Seuffl 89 Nr 2). Andererseits haftet kraft Gesetzes der Eigentümer für die zur Besitzzeit eines Rechtsvorgängers fällig gewordenen Leistungen nicht persönlich, sondern nur dinglich mit dem Grundstück. Ebenso haftet für die Rückstände aus seiner Besitzzeit der Besitznachfolger nur dinglich, falls er nicht Erbe ist oder die Schuld ausdrücklich vertraglich übernommen hat. Im Verhältnis zwischen dem bisherigen Eigentümer und dem Besitznachfolger aber bestimmt sich mangels vertraglicher Regelung die Verpflichtung zur Tragung der Leistungen nach § 103.

3. Auch persönlich haftet der Eigentümer für die vom Gesetz bezeichneten (M 2) Einzelleistungen neben der aus § 1105 sich ergebenden dinglichen Haftung mit dem Grundstück (vgl. für früheres Recht RG 16, 141; 60, 56). Diese Haftung trifft ihn ohne Rücksicht darauf, ob er der Besteller der Reallast ist oder nicht (RG 70, 172), und unabhängig davon, auf welche Weise er das Eigentum erworben hat, also z. B. auch dann, wenn ihm das Grundstück als Ersteher zugeschlagen ist (RG 60, 56). Auf die persönliche Haftung finden die allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse Anwendung. Sie erlischt insbesondere nach Maßgabe der §§ 362 ff. Für Art und Umfang der persönlichen Haftung bleibt aber immer maßgebend die dingliche Belastung des Grundstücks, wie sie sich aus dem Grundbuch ergibt; zu einer anders gearteten oder größeren Leistung ist der Eigentümer auch persönlich nicht verpflichtet (RG 108, 295). Für die dingliche Klage auf Leistung zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§ 1107 A 2 „Befriedigung“) ist das Gericht des belegenen Grundstücks nach § 24 BPD ausschließlich zuständig. In diesem Gerichts-

stande kann nach § 26 ZPO auch die persönliche Klage gegen den Eigentümer erhoben werden (vgl. auch § 25 ZPO). Im Falle einer Klage auf künftige Entrichtung von Reallastleistungen gemäß § 258 ZPO darf der beklagte Eigentümer, wenn er das Grundstück im Lauf des Rechtsstreits veräußert, wegen der erst nach der Veräußerung fällig werdenden Leistungen nicht verurteilt werden, da er für diese Leistungen weder dinglich noch persönlich haftet (A 2; RG 70, 172).

4. Eine andere Bestimmung kann schon bei der Bestellung der Reallast oder auch erst nachträglich durch Vertrag zwischen dem Eigentümer und dem Reallastberechtigten getroffen werden. Dabei kann die persönliche Haftung beschränkt oder auch gänzlich ausgeschlossen werden, so daß insoweit eine Reallast mit lediglich dinglicher Haftung auch für die Einzelleistungen besteht. Da aber die dingliche Belastung mit einer Reallast kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift an sich die Wirkung hat, daß der Eigentümer für die zu seiner Besitzzeit fällig werdenden Einzelleistungen persönlich haftet und eine andere Bestimmung vom Gesetze nur zugelassen ist, so betrifft eine solche andere Bestimmung den Inhalt der dinglichen Belastung selbst. Deshalb findet hierauf, wenn sie bei der Bestellung erfolgt, § 873 und, wenn sie nachträglich setzgesetzt wird, § 877 Anwendung. Sie bedarf daher zur dinglichen Wirkung (z. B. gegenüber einem Erwerber der Reallastberechtigung) der Eintragung (str.).

5. Wird das belastete Grundstück geteilt, so haften die einzelnen Teile für die Reallast im ganzen und für die Einzelleistungen so wie bisher. Die Reallastberechtigung wird auf die für die abgetrennten Teile anzulegenden neuen Grundbuchblätter übertragen. Bezüglich der Befriedigung wegen der Einzelleistungen aus der Gesamtheit der Grundstücksteile findet § 1132 Abs 1 gemäß § 1107 Anwendung (§ 1107 A 2 „Befriedigung“). Soll die Übertragung nicht erfolgen, so ist eine Aufgabeklarung des Reallastberechtigten zugunsten der freizulassenden Teile gemäß § 875 erforderlich. Wenn die Reallast mit dem Recht eines Dritten belastet ist, kommt auch § 876 zur Anwendung (vgl. auch § 21 GBO). Gemäß Art 120 Abs 1, 2 Nr 1 GG kann aber nach landesgesetzlicher Vorschrift auf Grund eines Unschädlichkeitszeugnisses die belastungsfreie Abschreibung oder die Verteilung der Reallast auf die einzelnen Teile erfolgen. Bei Reallasten für den Staat oder eine öffentliche Anstalt ist auch Art 121 GG zu beachten. Die Teilbarkeit und Verteilung einer Reallast behandelt DGB 12, 131. Für die aus einer Obergrenze sich ergebende öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Unterhaltung eines natürlichen Wasserlaufs gilt die Regel des § 1108 Abs 2 nicht (JW 1938, 764³⁰). Die Rechtsfolgen der Teilung des Grundstücks des Berechtigten regelt § 1109.

6. Der gesetzgeberische Grund für die Haftung der Teileigentümer als Gesamtschuldner ergibt sich aus A 1. Auf die Gesamthaftung finden die §§ 421—426 Anwendung.

§ 1109

Wird das Grundstück des Berechtigten geteilt¹⁾, so besteht die Reallast für die einzelnen Teile fort²⁾. Ist die Leistung teilbar, so bestimmen sich die Anteile der Eigentümer nach dem Verhältnisse der Größe der Teile; ist sie nicht teilbar, so finden die Vorschriften des § 432 Anwendung³⁾. Die Ausübung des Rechtes ist im Zweifel nur in der Weise zulässig, daß sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird⁴⁾.

Der Berechtigte kann bestimmen, daß das Recht nur mit einem der Teile verbunden sein soll. Die Bestimmung hat dem Grundbuchamte gegenüber zu erfolgen und bedarf der Eintragung in das Grundbuch; die Vorschriften der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung⁵⁾. Veräußert der Berechtigte einen Teil des Grundstücks, ohne eine solche Bestimmung zu treffen, so bleibt das Recht mit dem Teile verbunden, den er behält⁶⁾.

Gereicht die Reallast nur einem der Teile zum Vorteile, so bleibt sie mit diesem Teile allein verbunden⁷⁾.

§ I 1058 II 1019; R 3 590; B 3 736f.

1. Eine Teilung des Grundstücks des aus der subjektiv-dinglichen Reallast Berechtigten erfolgt in der Regel deshalb, weil ein Teil oder mehrere Teile oder auch sämtliche Teile des bisher in einer Hand befindlich gebliebenen Grundstücks durch Veräußerung in das Eigentum eines anderen übergehen. Der Eigentümer kann aber auch kraft seines Eigentums das bisher einheitliche Grundstück ohne eine Veräußerung dergestalt teilen, daß ein bisheriger Bestandteil zu einem selbständigen Grundstück wird, sei es unter Übertragung auf ein anderes Grundbuchblatt, sei es unter Eintragung als selbständiges Grundstück auf dem bisherigen Grundbuchblatt (§§ 3, 4, 7 GBO). Auch auf diesen Fall der Teilung ohne Eigentumswechsel findet § 1109 Anwendung (RGZ 53, 172). Wird umgekehrt das Grundstück des Berechtigten mit einem anderen Grundstück vereinigt

(§ 890 Abs 1) oder einem anderen Grundstück zugeschrieben (§ 890 Abs 2), so wird nach dem Grundfaz der Untrennbarkeit der Realkastberechtigung von dem berechtigten Grundstück (§ 1110) das andere Grundstück nicht mitberechtigt (M 3, 592). Deshalb ist im Grundbuch zu vermerken, daß nur jenes Grundstück berechtigt geblieben ist.

2. Die als Regelfaz aufgestellte Bestimmung, daß die Realkast für die einzelnen Teile fortbelehrt, bedeutet: Die Realkastberechtigung als Ganzes (RG 75, 163) — im Gegensatz zu den einzelnen Leistungen, über die Satz 2 Bestimmung trifft, — besteht für die einzelnen Teile als nunmehr selbständige Grundstücke in der Weise fort, daß die Realkastberechtigung ein gemeinschaftliches Recht der einzelnen Grundstücke im Sinne der §§ 741 ff. ist. Dadurch wird der Umfang der Belastung des verpflichteten Grundstücks selbstverständlich nicht vergrößert. Was bei der Ausübung des Rechts im Hinblick auf eine mögliche größere Beschwerung des Eigentümers zu gelten hat, bestimmt Abs 1 Satz 3. Die Regel des Abs 1 Satz 1 gilt jedoch nicht für die sog. Realkasten mit örtlicher Beziehung zum berechtigten Grundstück. Für diese ist Abs 3 maßgebend. Aber auch für die sog. Realkasten ohne örtliche Beziehung (z. B. Geldleistungen) gilt die Regel nach Abs 2 Satz 1 nicht, wenn der Berechtigte die dort zugelassene Bestimmung nach Maßgabe des Abs 2 Satz 2 trifft, daß das Recht nur mit einem der Teile verbunden sein soll. Ebenso gilt jene Regel nach Abs 2 Satz 3 nicht, wenn der Berechtigte einen Teil des Grundstücks veräußert, den anderen aber für sich behält. Auch wenn der Berechtigte in diesem Falle keine solche Bestimmung trifft, bleibt das Recht nur mit dem ihm verbleibenden Teil verbunden.

3. Sind die Einzelleistungen teilbar (§ 752; DGB 12, 132), so sind die mehreren Berechtigten nur teilberechtigt und zwar, abweichend von der für die Gemeinschaft gegebenen Vorschrift des § 742, nach dem Verhältnis der Größe ihrer Grundstücke. Im Falle der **unteilbarkeit** kann dagegen nach dem anzuwendenden § 432 der verpflichtete Eigentümer nur an alle Berechtigten gemeinschaftlich leisten; jeder Berechtigte kann nur die Leistung an alle fordern, aber verlangen, daß der verpflichtete Eigentümer die geschuldete Leistung für alle Berechtigten hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich (§ 165 FGG) zu bestellenden Verwahrer abtiefert.

4. Nur im Zweifel darf, entsprechend der Vorschrift des § 1025 Satz 1, die Ausübung des Rechts durch die mehreren Berechtigten für den verpflichteten Eigentümer nicht beschwerlicher sein. Diese Auslegungsregel greift daher nicht Platz, wenn bei der Bestellung der Realkast für den Fall der Teilung eine dem verpflichteten Eigentümer beschwerlichere Ausübung für zulässig erklärt ist.

5. Die Bestimmung des Berechtigten, daß die Realkast nur mit einem der Teile verbunden sein soll, bedarf keiner Form. Sie muß aber gegenüber dem Grundbuchamt (§ 875 A 10) erfolgen und in das Grundbuch des belasteten Grundstücks eingetragen werden. Nach der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 876 ist, wenn das Grundstück des Berechtigten mit dem Recht eines Dritten belastet ist, die Zustimmung des Dritten erforderlich, es sei denn, daß sein Recht durch die Aufhebung nicht berührt wird. Nach § 21 GBD ist aber formellrechtlich zur Löschung auf dem Blatt des nicht mehr berechtigten Teiles die Zustimmung nur dann nötig, wenn die Realkastberechtigung auf dem Blatt der berechtigten Grundstücke gemäß § 9 Abs 1 GBD vermerkt ist. Nach Maßgabe des § 878 wird die Bestimmung des Berechtigten durch eine nachträgliche Verfügungsbeschränkung nicht unwirksam. Vgl. ferner Art 120 Abs 2 Nr 2 GG (Unschädlichkeitszeugnis).

6. Veräußert der Berechtigte einen Teil des Grundstücks, so kann er nach Abs 2 Satz 1 bestimmen, daß dem veräußerten oder daß dem zurückbehaltenen Teil das Recht ausschließlich zustehe soll. In beiden Fällen findet § 876 Anwendung (A 5). Trifft der Berechtigte keine Bestimmung, so bleibt nach Abs 2 Satz 3 das Recht ausschließlich mit dem zurückbehaltenen Teil verbunden. Dies wird vom Gesetz als gewollt unterstellt (M 3, 591). Daher erscheint auch in diesem Falle entgegen der herrschenden Meinung die Anwendung des § 876 geboten. Denn das Erlöschen des Rechts für den veräußerten Teil ist nicht eine gesetzliche Folge der Veräußerung, sondern ist ebenso wie in den beiden vorgenannten Fällen auf den Willen des Berechtigten zurückzuführen, der nach dem Gesetz in einem ohne Bestimmung geschlossenen Veräußerungsgeschäft genügend zum Ausdruck gebracht sein soll.

7. Gereicht die Realkast nur einem der Teile zum Vorteil, so erlischt sie bei der Teilung für die anderen Teile (vgl. § 1025 Satz 2). Sie ist auf den Blättern dieser nicht mehr berechtigten Teile von Amts wegen zu löschen (§ 9 Abs 2 GBD). Der Zustimmung Dritter, mit deren Recht das Grundstück belastet ist, bedarf es nach § 876 Satz 2 hier nicht, da ihr Recht durch die Aufhebung der Realkastberechtigung für die anderen Teile nicht berührt wird.

§ 1110

Eine zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehende Realkast kann nicht von dem Eigentum an diesem Grundstücke getrennt werden ¹⁾.

1. Aus dem hier, wie für das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht im § 1003 Abs 1, aufgestellten **Grundsatz der Untrennbarkeit der subjektiv-dinglichen Reallast** folgt: Die Reallast kann für sich allein, ohne das berechnete Grundstück, nicht auf ein anderes Rechtsobjekt, sei es eine Person oder ein anderes Grundstück, übertragen und daher auch nicht gepfändet werden (RG 12, 202). Ihre Belastung kann nur zugleich mit der des Grundstücks erfolgen. Sie geht im Falle der Veräußerung des Grundstücks, sei es auch im Wege der Zwangsversteigerung (§ 865 Abs 1 ZPO; § 20 Abs 2, § 90 Abs 2 ZVG), auf den Erwerber mit über (W 3, 590; Prot 3, 737). Auf die vor dem Inkrafttreten des BGB begründeten Reallasten findet § 1110 gemäß Art 184 EG keine Anwendung. Denn zum Inhalt des Rechts im Sinne des Art 184 gehört auch die nach der früheren Gesetzgebung etwa vorhandene selbständige Übertragbarkeit, da unter dem Inhalt eines Rechts die Gesamtheit der Befugnisse und Verpflichtungen des Berechtigten zu verstehen ist (str.).

§ 1111

Eine zugunsten einer bestimmten Person bestehende Reallast kann nicht mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden werden¹⁾.

Ist der Anspruch auf die einzelne Leistung nicht übertragbar, so kann das Recht nicht veräußert oder belastet werden²⁾.

§ 1059 II 1020; W 3 592; P 3 738.

1. Die Verbindung der subjektiv-persönlichen Reallast mit dem Eigentum an einem Grundstück, also die Umwandlung einer solchen Reallast in eine subjektiv-dingliche, ist verboten, weil dadurch der Verpflichtete beschwert werden würde.

2. Regelmäßig kann die subjektiv-persönliche Reallast als Ganzes veräußert und (z. B. mit einem Nießbrauch, einem Pfandrechte) belastet werden. Beides geschieht nach § 873 (Pfändung nach § 857 Abs 6, § 830 Abs 1 Satz 2 ZPO). Eine Ausnahme hiervon enthält Abs 2 für den Fall, daß die Einzelleistung, deren regelmäßig zulässige Übertragung nach § 1107 erfolgt, ausnahmsweise nicht übertragbar ist. Ob ein solcher Fall vorliegt, bestimmt sich nach den §§ 399, 400, 413. Bgl. auch Art 115 EG und für die Pfändung § 851 ZPO (ZB 1932, 1564²; HR 1932 Nr 1003). Als unübertragbar kommen hier namentlich in Betracht persönliche Dienstleistungen, Pflege, Besorgung usw. durch den Eigentümer des belasteten Grundstücks, wie sie besonders bei Altenteilen häufig sind. Auch wenn nur eine von mehreren Einzelleistungen unübertragbar ist, wie das z. B. beim Altenteil häufig der Fall ist (OLG 8, 131), kann nach der Fassung des Abs 2 das Reallastrecht weder ganz noch zum Teil veräußert oder belastet werden. § 1059 I (W 3, 592) und Prot 3, 738 hatten unter Aufnahme des Wortes „soweit“ sich für die Zulässigkeit der Teilveräußerung entschieden. Dies ist demnach geändert worden (str.). Sind mit Reallasten, wie beim Altenteil häufig, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (z. B. Wohnungsrecht, Recht zum Benutzen eines Gartens) verbunden, so sind die Dienstbarkeiten nicht übertragbar (§ 1092) und deshalb die Reallasten wenigstens dann ebenfalls unübertragbar, wenn nach dem Willen der Beteiligten alle Rechte daselbe rechtliche Schicksal haben sollten (RG 40 A 250; RZ 9, 69; OLG 8, 131; 34, 195). Ein solcher Wille wird regelmäßig bei denjenigen Altenteilen anzunehmen sein, die in einem Gutsüberlassungsvertrag vereinbart sind und sich teils aus Naturalleistungen (Wohnung, Beföstigung), teils aus Geldleistungen zusammensetzen (ZB 1935, 2439²¹). Dagegen sind bei einem lediglich auf die Leistung einer Geldrente gerichteten Altenteil die Einzelansprüche auf die Rentenbeträge abtretbar (RG 140, 60). Grundföhllich ist das subjektiv-persönliche Reallastrecht vererblich, da Gegenteiliges nicht bestimmt ist (str.). Unvererblich ist es jedoch, wenn es nicht veräußerlich ist oder sich aus dem Wesen der Berechtigung ergibt, daß sie (wie z. B. das Altenteil) nur für die Lebenszeit des Berechtigten bestehen soll. § 1111 gilt nach Art 189 EG auch für die früher begründeten Reallasten. — Ist die Reallast zur Sicherung einer persönlichen Forderung bestellt worden, so ist § 1111 für die Frage der Übertragbarkeit der gesicherten Forderung ohne Bedeutung (HR 1934 Nr 1286).

§ 1112

Ist der Berechnete unbekannt, so finden auf die Ausschließung seines Rechtes die Vorschriften des § 1104 entsprechende Anwendung¹⁾.

§ II 1021; P 3 738.

1. Wird der unbekannt Berechnete einer subjektiv-persönlichen Reallast wie ein unbekannter Hypothekengläubiger oder Vorkaufsberechtigter unter den Voraussetzungen der §§ 1104, 1170 BGB im Aufgebotsverfahren nach Maßgabe der §§ 946 ff., 988, 1024 ZPO durch vorbehaltloses (RG 67, 95; RZ 6, 145) Ausschlußurteil mit seinem Recht ausgeglichen, so erlischt das Recht. Dann kann unter Vorlegung des Ausschlußurteils die Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung gemäß § 22 GBD beantragt werden. Dies gilt nach Art 189 EG auch für die früher begründeten Reallasten. Bei einer Reallast, die dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zusteht, also subjektiv-dinglich ist (§ 1105 Abs 2), kommt ein Aufgebot des unbekannt Berechneten nach den §§ 1112, 1104 nicht in Betracht (§ 1104 Abs 2).

Achter Abschnitt

Hypothek Grundschuld Rentenschuld

1. Die Rechtsformen der hypothekarischen Belastung sind **Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld**. Die Begriffsbestimmung für die Hypothek gibt § 1113, für die Grundschuld § 1191 und für die Rentenschuld § 1199. Danach haben alle drei Belastungsarten die Zahlung bestimmter Geldsummen aus dem Grundstück, und zwar die Rentenschuld eine solche Zahlung in regelmäßig wiederkehrenden Terminen, zum Gegenstande. Der Unterschied zwischen der Hypothek einerseits, der Grundschuld und der Rentenschuld andererseits besteht darin, daß die Hypothek begriffsnotwendig eine dem Berechtigten zustehende persönliche Forderung voraussetzt, während die Grundschuld und die Rentenschuld grundsätzlich losgelöst sind aus dem rechtlichen Zusammenhang mit einem persönlichen Forderungsrecht (§ 1192). Bei der Grundschuld (Rentenschuld) haftet dem Gläubiger also lediglich das Grundstück. Dagegen kann der Gläubiger bei der Hypothek sich auch an seinen persönlichen Schuldner halten. Ist dieser zugleich Grundstückseigentümer, so hat der Gläubiger der Hypothek mithin den Zugriff sowohl auf das Grundstück als auch auf das übrige Vermögen des Schuldners. Andererseits ist der Rechtsbestand der Grundschuld (Rentenschuld) unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen einer Forderung, die dem Gläubiger etwa daneben noch zusteht. Freilich hat auch bei der Hypothek das Nichtbestehen oder das Erlöschen der Forderung nicht die Folge, daß das dingliche Recht nichtig ist oder wird. Das dingliche Recht wird dann aber aus einer Hypothek für den Gläubiger zu einer Grundschuld für den Eigentümer (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1). Ferner kann bei der Hypothek der Eigentümer gegenüber der Verfolgung des dinglichen Rechts auch die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend machen (§ 1137). Die Hypothek zerfällt in zwei Arten: die **Sicherungshypothek**, deren Begriffsbestimmung § 1184 gibt, und die gewöhnliche Hypothek, die mit dem im BGB allerdings nicht enthaltenen Ausdruck **Verkehrshypothek** bezeichnet zu werden pflegt. Bei der Geltendmachung des dinglichen Rechts (§ 1147 A 4) aus der Verkehrshypothek wirkt der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch in Ansehung der Forderung, so daß deren Bestehen vermutet wird und dem gutgläubigen Erwerber der Hypothek Einwendungen aus dem persönlichen Schuldverhältnis und aus der Person seines Rechtsvorgängers nicht entgegengesetzt werden können (§§ 1138, 1156, 892, 893, 1140). Dagegen muß der Sicherungshypothekar das Bestehen der Forderung beweisen. Bei der Übertragung der Sicherungshypothek steht der Erwerber hinsichtlich der Einwendungen aus der Forderung nicht anders da als der Erwerber einer persönlichen Forderung (§§ 1184 Abs 1, 1185 Abs 2, 404ff.). Im übrigen finden auf die Grundschuld (Rentenschuld) die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung (§§ 1192, 1199). Auch ist die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt zulässig (§ 1198). Vereintigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek kraft Gesetzes (§ 1177 Abs 1) in eine Grundschuld (**Eigentümergrundschuld**).

2. a) Die **rechtsgeschäftliche Begründung** eines hypothekarischen Rechts vollzieht sich ebenso, wie auch sonst ein dingliches Recht an einem Grundstück bestellt wird. Nach § 873 ist also die Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger über die Hypothekbestellung und die Eintragung in das Grundbuch erforderlich (§ 873 A 7, 10). Ist die Hypothek auf Bewilligung des Eigentümers eingetragen worden und hat der als Gläubiger Eingetragene die Hypothek, sei es auch nur stillschweigend, angenommen, so ist die Einigung zustande gekommen, mögen auch vorher Verhandlungen zwischen Eigentümer und Gläubiger nicht stattgefunden haben; die Eintragungsbewilligung des Eigentümers ist dann Bestandteil der Einigung (RG 54, 384; 89 S. 32, 374). Ist die Einigung der Eintragung vorangegangen, hat sie aber einen weitergehenden Inhalt als der Eintragungsvermerk, so kann aus dem der Eintragung nachfolgenden Verhalten der Beteiligten auf ihre Einigung dahin zu schließen sein, daß die Hypothek so, wie sie eingetragen ist, Bestand haben soll (RG 108, 148). Ist aber das hypothekarische Recht ohne vorangehende Einigung eingetragen worden und ist auch nachträglich keine Einigung zustande gekommen oder ist die Einigungserklärung auch nur eines der Beteiligten (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit) nichtig oder (z. B. wegen Irrtums, Betrugs) anfechtbar und angefochten, so ist das eingetragene Recht nichtig und das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig geworden (RG 89, 31; Gruch 59, 901; JW 1912, 296¹⁵). Der Eigentümer kann dann von dem als Gläubiger Eingetragenen die Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 verlangen (RG 89, 368; JW 1912, 296¹⁵). Eine nichtige Hypothek wandelt sich im Falle ihrer Vereintigung mit dem Eigentum auch nicht gemäß § 1177 Abs 1 in eine Eigentümergrundschuld um (§ 1177 A 1). Erlangt aber ein gutgläubiger Erwerber durch Rechtsgeschäft das nichtige hypothekarische Recht, so erhält dieses gemäß § 892 nunmehr rechtlichen Bestand (§ 892 A 5). Ausnahmen von dem Erfordernisse der Einigung gelten nach § 1188 bei der Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber und nach § 1196 bei der Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer selbst. In diesen Fällen genügt die einseitige Eintragungsbewilligung des Eigentümers. Andererseits erwirbt der Gläu-

biger das hypothekarische Recht schon im Augenblick der rechtsgültigen Bestellung durch Einigung und Eintragung nur dann, wenn die Erteilung des Hypothekenbriefs (Grundschuldbriefs) ausgeschlossen ist (sog. Buchhypothek, Buchgrundschuld). Ist dagegen die Erteilung des Hypothekenbriefs (Grundschuldbriefs) nicht ausgeschlossen (sog. Briefhypothek, Briefgrundschuld), so erteilt der Gläubiger die Hypothek (Grundschuld) erst mit der Übergabe des Briefes vom Eigentümer; bis dahin steht sie dem Eigentümer zu (§§ 1117, 1163 Abs 2, 1192). Enthält dasjenige, dessen Eintragung bewilligt ist, alle Kennzeichen einer Hypothek, so hat es der Grundbuchrichter, auch wenn es in der Eintragungsbewilligung unrichtig (z. B. als Last) bezeichnet ist, als Hypothek in die dafür bestimmte Abteilung des Grundbuchs einzutragen (**RG** 94, 7). Wenn der Grundbuchrichter aber (versehentlich) die Eintragung unter der unrichtigen Bezeichnung bewirkt, sei es auch in eine für Hypotheken nicht bestimmte Abteilung des Grundbuchs, so verlegt er damit nur Ordnungsvorschriften des Reichsjustizministers (Grundbuchverfügung v. 8. 8. 1935). Die Eintragung ist also nicht nichtig; das Eingetragene gilt vielmehr als Hypothek, sofern nur aus dem Eintragungsbemerkel erkennbar ist, daß es sich um eine Hypothek handelt (**RG** 94, 8; § 873 A 10 behandelt die Richtigstellung der Eintragung in einem solchen Fall).

Zwischen der **Briefhypothek** (Briefgrundschuld) und der **Buchhypothek** (Buchgrundschuld) bestehen auch sonst noch Verschiedenheiten. Dies gilt namentlich von der Form der Übertragung und der Belastung (unten b). Ferner wird der Brief in gewisser Hinsicht dem Grundbuch hinsichtlich des öffentlichen Glaubens gleichgestellt (§§ 1140, 1155). Weiter hat der Gläubiger bei der Geltendmachung der Briefhypothek (Briefgrundschuld) und, wenn bei einer solchen Hypothek der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, auch bei der Geltendmachung der Forderung den Brief auf Verlangen vorzulegen (§§ 1160, 1161). Nur für die Briefhypothek gelten auch die §§ 1144, 1145 (Anspruch des Eigentümers auf Aushändigung oder Vorlegung des Briefs zwecks Herstellung eines Teilbriefs bei völliger oder teilweiser Befriedigung des Gläubigers). Die Erteilung des Briefs bildet die Regel (§ 1116 Abs 1). Die Bildung des Briefs kann aber nach Maßgabe des § 1116 Abs 2 ausgeschlossen werden. Bei der Sicherungshypothek ist sie durch das Gesetz (§ 1185 Abs 1) ausgeschlossen, so daß eine solche Hypothek stets Buchhypothek ist.

b) Die **rechtsgeschäftliche Übertragung und Belastung** (mit Nießbrauch, Pfandrecht) erfolgt bei der Buchhypothek (Buchgrundschuld) in der Regel nach § 873 durch Einigung (zwischen dem Gläubiger und dem Erwerber) und Eintragung (§ 1154 Abs 3, § 1069, 1274, 1291). Eine Ausnahme macht § 1187 Satz 3 bei der Sicherungshypothek für Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren. Die Übertragung (Belastung) einer Briefhypothek (Briefgrundschuld) bedarf nicht der Eintragung. Sie kann sich außerhalb des Grundbuchs durch Übergabe des Briefs vollziehen, erfordert aber eine Abtretungs-(Belastungs-)Erklärung in schriftlicher Form (§ 1154 Abs 1, 2, §§ 1069, 1274, 1291). Ausnahmen insoweit enthalten die §§ 1159, 1200 (Rückstände an Zinsen oder anderen Nebenleistungen, Kosten), § 1195 (Grundschuld für den Inhaber des Grundschuldbriefs), § 1200 (Rentenschuld für die einzelnen Rentenschuldleistungen).

c) Für die **rechtsgeschäftliche Inhaltsänderung** ist in der Regel die Vorschrift des § 877 maßgebend. Sonderbestimmungen finden sich aber in den §§ 1116 (Ausschließung und Einführung der Brieferteilung), 1119 (Änderung der Zinsen und Zahlungsbedingungen), 1132 Abs 2 (Verteilung der Gesamthypothek), 1180 (Ersatz der gesicherten Forderung durch eine andere), 1186 (Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek und umgekehrt), 1198 (Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt), 1203 (Umwandlung einer Rentenschuld in eine Grundschuld und umgekehrt). Über die **Rangänderung** trifft § 880 Abs 2 Bestimmung. § 1151 bringt eine Ausnahmegvorschrift für die Rangänderung bei einer Teilung der Hypothekenforderung.

d) Für die **rechtsgeschäftliche Aufhebung** der hypothekarischen Rechte tritt zu den bei allen dinglichen Rechten geltenden Erfordernissen des § 875 noch ein weiteres hinzu: Nach § 1183 (§§ 1192, 1199) muß der Eigentümer zustimmen.

3. a) Kraft Gesetzes: entstehen Sicherungshypotheken in den Fällen des § 1287 BGB und des § 848 Abs 2 ZPO (Verpfändung und Pfändung eines Anspruchs auf Übertragung von Grundeigentum; dazu **FG** 1, 301; 2, 448; 3, 297; 8, 318); werden Hypotheken gemäß verschiedenen Sonderbestimmungen auf einen anderen als den bisherigen Gläubiger übertragen (§ 1143 A 3); wird der Inhalt der Hypothek geändert in den Fällen des § 1177 Abs 1 (Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld bei Vereinigung mit dem Eigentum), der §§ 1164, 1173 Abs 2, 1174, 1182 (Eintritt einer Ersatzforderung in die hypothekarische Sicherung); werden hypothekarische Rechte aufgehoben in den Fällen des § 1181 (Befriedigung aus dem Grundstück; vgl. jedoch § 1182), der §§ 1173—1175 (Gesamthypothek) und der §§ 1178, 1200 (Rückstände an Zinsen usw., Kosten, einzelne Rentenschuldleistungen).

b) **Im Wege der Zwangsvollstreckung:** werden gemäß den §§ 866, 867, 932 ZPO Zwangs- und Arresthypotheken als Sicherungshypotheken eingetragen (vgl. auch die §§ 128, 130 BGB und § 54 FGG: Ersuchen des Vollstreckungsgerichts und des Vormundschaftsgerichts; **FG** 11 S. 225, 230 und **HR** 1933 Nr 1620: Ersuchen des Finanzamts im steuerrechtlichen Verfahren; **Art** 91 GG); werden hypothekarische Rechte, auch Eigentümergrundschulden (**RG** 55, 378; 56

§. 13, 184; 59, 313; 61, 376; 70, 279), gemäß den §§ 830, 857 Abs 6 ZPO gepfändet durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses und, je nachdem ob es sich um eine Briefhypothek (Briefgrundschuld) oder um eine Buchhypothek (Buchgrundschuld) handelt, durch Übergabe des Briefs an den Gläubiger (der die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher, aber nicht die Überweisung des Herausgabeanspruchs zur Einziehung gleichsteht: RG 63, 217) oder durch Eintragung der Pfändung.

4. **Vorbehalte für die Landesgesetzgebung** enthalten im EG die Artt 91 (gesetzlicher Hypothekentitel für den Fiskus usw.), 112 (Bahneinheiten), 113 (Gemeinheitszuteilung und Zusammenlegung von Grundstücken), 117 (Verschuldungsgrenze, Kündigungsbeschränkungen), 120 (Unschädlichkeitszeugnis), 167 (landschaftliche oder ritterschaftliche Kreditanstalten).

5. **Von anderen Reichsgesetzen**, welche hypothekarische Rechte betreffen, sind in erster Reihe zu nennen die Grundbuchordnung, die namentlich in den §§ 13, 19, 26, 27, 28, 37, 39—43, 50, 53 Abs 2, 56 ff. für Hypotheken wichtige formellrechtliche Bestimmungen enthält, und die bereits erwähnten Vorschriften der ZPO, zu denen noch die §§ 800, 897 hinzutreten. Weiter kommen in Betracht: das HypoBankG v. 13. 7. 1899 (§§ 10—20); das RGes v. 4. 12. 1899 betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen (ergänzt durch RGes v. 14. 5. 1914, Bd v. 24. 9. 1932 und RGes v. 20. 7. 1933); das Ges über den Versicherungsvertrag v. 30. 5. 1908; das Ges über Sicherung der Bauforderungen v. 1. 6. 1909 (Bauhypothek: §§ 27 ff.; Baugeldhypothek: §§ 33 ff.).

6. Für hypothekarische Rechte des **früheren Rechtes** ist zu verweisen auf EG Artt 184, 188, 189, 192—195 und auf das RGes v. 17. 3. 1906, betr. die Überleitung von Hypotheken des früheren Rechtes. Solche Hypotheken sind behandelt in RG 47 S. 158, 229; 50, 77; 59, 289; 60, 306; 64, 8; ZB 1904, 403¹; 1906, 18¹⁷. Die frühere Kautionshypothek (jetzt Höchstbetragsicherungs-hypothek: § 1190) bildet den Gegenstand von RG 48, 48; 49, 162; 52 S. 40, 69, 111; 55, 222. Eine unter der Herrschaft des preuß. EigGes v. 5. 5. 1872 eingetragene Hypothek verwandelte sich beim Nichtbestehen der gesicherten Forderung mit dem Inkrafttreten des BGB am 1. Januar 1900, wenn zu dieser Zeit das Grundbuch als angelegt galt, nach Maßgabe der §§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 BGB, Art 192 EGBGB und Art 33 § 1 PrAltGWB in eine Grundschuld für denjenigen, der in diesem Zeitpunkt Eigentümer des belasteten Grundstücks war (RG 48, 48; 50, 80; 51, 399; Bruch 47, 112; 59, 900). Eine Ausnahme bildete die Kautionshypothek, deren Bestand durch die Entstehung der Forderung bedingt war (RG 49, 164; 52, 61). Die Erfordernisse für die Begründung einer Hypothek vor der Anlegung des Grundbuchs (Art 189 EG) nach bayerischem Recht (Bestehen einer rechtmäßigen Forderung erforderlich) sind erörtert in RG Warn 1916 Nr 20.

7. **Aufwertung der Hypotheken.** Die mit der Aufwertung verbundenen Rechtsfragen haben heute ihre praktische Bedeutung im wesentlichen verloren. Es genügt daher nunmehr, hier nur noch einen kurzen Überblick über den Gang der Gesetzgebung und über ihren jetzigen Stand zu geben: Den Anstoß zur Hypothekenaufwertung gab das Urteil des Reichsgerichts vom 28. 11. 1923 (RG 107, 78). Es nötigte den Gesetzgeber zum Eingreifen. Zunächst erging die **3. Steuernotverordnung** v. 14. 2. 1924 (RGBl I, 74). Sie wurde abgelöst durch das **Aufwertungsgesetz** v. 16. 7. 1925 (RGBl I, 117), das die Grundlage für die Aufwertung von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden sowie der hypothekarisch gesicherten persönlichen Forderungen blieb. Ergänzt wurde dieses Gesetz später durch die **Aufwertungsnovelle** v. 9. 7. 1927 (RGBl I, 171). Ihr folgten schließlich zwei Gesetze v. 18. 7. 1930, nämlich das Gesetz über die Fälligkeit und Verzinsung der Aufwertungshypotheken (RGBl I, 300) — **AufwZG** — und das Gesetz über die Vereinfachung der Grundbücher (RGBl I, 305) — **GrVerbG** —. Die im erstgenannten Gesetz vorgesehene Regelung der Verzinsung und Kündigung von Aufwertungshypotheken hat in der Folgezeit noch manche Änderung erfahren. Jetzt gilt für die Verzinsung solcher Hypotheken das **AufwZG** mit den Ergänzungen durch die Verordnungen v. 5. 12. 1930 (RGBl I, 608), 8. 12. 1931 (RGBl I, 700), 27. 9. 1932 (RGBl I, 480) und — in begrenztem Umfang — durch das Gesetz v. 2. 7. 1936 (RGBl I, 533). Die Kündigung und Fälligkeit der Aufwertungshypotheken ist abschließend geregelt worden in den Verordnungen v. 21. 12. 1936 (RGBl I, 1121) und 22. 12. 1938 (RGBl I, 1905).

8. Erhebliche, voraussichtlich aber nur vorübergehende Eingriffe in das Hypothekenrecht des BGB hat die **Krisengesetzgebung seit 1931** mit sich gebracht. Auf die oft verwickelten Einzelheiten dieser Gesetzgebung kann hier nicht näher eingegangen werden. Wer gegenwärtig insbesondere mit Fragen der Verzinsung und der Fälligkeit von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden zu tun hat, muß das Sonderdriftum zum Notrecht heranziehen. Wie in Vorbem 7 zur Aufwertungsgesetzgebung soll auch hier zum Krisenrecht nur das Wesentlichste in großen Zügen angedeutet werden:

Die **Zins- und Zahlungsbestimmungen** für viele Hypotheken und Grundschulden wurden zunächst zwangsweise geändert durch die 4. Notverordnung v. 8. 12. 1931 (RGBl I, 699) Teil 1 Kapitel III Abschnitt 1 (dazu die DurchfVerDen v. 23. 12. 1931 — RGBl I, 793 — und v. 26. 3. 1932 — RGBl I, 171 —). Damit wurde namentlich die zur Wiederherstellung einer gesunden Bodenwirtschaft unerläßliche **Zinsherabsetzung** eingeleitet. Die allgemeine Zins-

ermäßigung nahm später ihren Fortgang im Gesetz über Hypothekenzinsen v. 2. 7. 1936 (RGBl I, 533; DurchfDen v. 2. 7. 1936 — RGBl I, 536, 537), das die Zinshöhe sachlich umgrenzte, und im Gesetz über die Eintragung von Zinseinkünften im Grundbuch v. 11. 5. 1937 (RGBl I, 579), das die Voraussetzungen für die Grundbucheintragung an die Zinsermäßigungen erleichterte (für die Bewilligung des Gläubigers genügt einfache Schriftform; Bewilligung und Zustimmung des Eigentümers sind entbehrlich). Besonders geregelt wurden die Zinsen und Rückzahlungen beim landwirtschaftlichen Realcredit. Hier erging zunächst die BD v. 27. 9. 1932 (RGBl I, 480) mit den DurchfDen v. 24. 11. und 16. 12. 1932 (RGBl I, 534, 562). Dann folgten die Gesetze v. 28. 9. 1934 (RGBl I, 860), 31. 7. 1935 (RGBl I, 1057; DurchfDen v. 4. 6. und 28. 9. 1936 — RGBl I, 480, 852 —), 2. 7. 1936 (RGBl I, 533), 11. 5. 1937 (RGBl I, 579). Für den landwirtschaftlichen Auslandskredit brachten Sondervorschriften die Gesetze v. 20. 7. 1933 (RGBl I, 524), 28. 9. 1934 (RGBl I, 860), 31. 7. 1935 (RGBl I, 1057) sowie die BDen v. 30. 9. 1936 (RGBl I, 859) und 22. 3. 1937 (RGBl I, 425). Die Zinsermäßigung bei Kreditanstalten wurde geregelt durch die Gesetze v. 24. 1. 1935 (RGBl I, 45) und 27. 2. 1935 (RGBl I, 286) sowie durch die BD v. 17. 7. 1935 (RGBl I, 1039). Der Richter darf die Zinsen nicht über die gesetzlich gezogenen Grenzen hinaus weiter senken (Mö Warn 1934 Nr 183; JW 1938, 315^a). Die **Fälligkeit und Kündigung** der Hypotheken und Grundschulden wurde durch eine Anzahl von sogenannten Hypothekemoratorien hinausgeschoben. Auf die BD vom 8. 12. 1931 (RGBl I, 699) folgte die BD v. 11. 11. 1932 (RGBl I, 525), die ergänzt wurde durch die BDen v. 16. 12. 1932 (RGBl I, 551) und 27. 3. 1933 (RGBl I, 149). Dann ergingen die Gesetze über Maßnahmen auf dem Gebiete des Kapitalverkehrs v. 20. 12. 1933 (RGBl I, 1092), 20. 12. 1934 (RGBl I, 1255) und 13. 12. 1935 (RGBl I, 1467), die Verlängerungen der Kündigungsverbote und gesetzlichen Stundungen brachten. Ein besonderes Kündigungsverbot für Hypotheken brachte noch das Gesetz v. 4. 1. 1935 (RGBl I, 1), indem es Kündigungen beim Grundstückskauf zu Siedlungszwecken ausschloß. Zuletzt erging die Verordnung zur Regelung der Fälligkeit alter Hypotheken v. 22. 12. 1938 (RGBl I, 1905).

Noch schwerer hat die **Entschuldungsgesetzgebung** eingegriffen. Sie macht sogar vor dem Hypothekenskapital nicht Halt, sondern ermöglicht dessen zwangsläufige Herabsetzung. Sie begann mit Hilfsmaßnahmen für das **Dithilfgebiet**. Hier erging zunächst das Dithilfgesetz v. 31. 3. 1931 (RGBl I, 117) in der Fassung der BD v. 6. 11. 1931 (RGBl I, 665) nebst zahlreichen DurchfDen und Richtlinien. Dann folgte die Sicherungsverordnung v. 17. 11. 1931 (RGBl I, 675), schließlich die beiden Entschuldungsverordnungen v. 6. 2. 1932 (RGBl I, 59) und 21. 10. 1932 (RGBl I, 509). Auch zu diesen Verordnungen ergingen viele Durchführungbestimmungen. Diese nur für die bedrohte Landwirtschaft des Dithilfgebietes erlassenen Vorschriften fanden ihren Abschluß in der Abwicklungsverordnung zum Dithilfgesetz v. 21. 12. 1934 (RGBl I, 1280) und endlich in der Dithilfeschlußverordnung v. 20. 6. 1936 (RGBl I, 499). Wird diese nur für ein Teilgebiet des Reiches erlassene Gesetzgebung demnächst ihre praktische Bedeutung verlieren, so bleibt von größter Wichtigkeit das für das ganze Reichsgebiet geltende **Entschuldungsgesetz v. 1. 6. 1933** (RGBl I, 331), zu dem bisher 9 DurchfDen sowie die Ablösungsverordnung v. 27. 2. 1937 (RGBl I, 266; regelt die Ablösung mündelsicherer Rechte im Entschuldungsverfahren) ergangen sind. Dieses Gesetz gilt für alle landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gärtnerischen Betriebe, die sich nicht selbst zu entschulden vermögen. Das Entschuldungsverfahren soll die erstinstelligen Hypotheken auf die Grenze der Mündelsicherheit zurückführen, kurzfristige, hochverzinsliche Kredite in niedrige Amortisationsdarlehen mit Festschreibung auf längere Dauer umwandeln und planlose Neuverschuldungen verhüten. Die Eröffnung des Verfahrens macht Belastungen der zum Entschuldungsbetrieb gehörigen Grundstücke im Wege des Rechtsgehalts oder der Zwangsvollstreckung unzulässig und ist im Grundbuch zu vermerken. Die nach Maßgabe des Gesetzes entschuldeten Betriebe heißen „Entschuldungsbetriebe“. Auf den zu ihnen gehörigen Grundstücken ist im Grundbuch der Vermerk einzutragen: „Das Grundstück unterliegt der Entschuldung“. Solche Grundstücke sind nur beschränkt neu belastungsfähig. Die Entschuldung von Eigentümergrundschulden an ihnen ist bei Hypotheken außerhalb der Mündelsicherheitsgrenze ausgeschlossen. Der Grundstückswert jenseits dieser Grenze gilt als mit einer gesetzlichen Sicherungshypothek zugunsten der Deutschen Rentenbank-Kreditanstalt belastet, soweit er nicht durch Hypotheken aus dem Entschuldungsverfahren ausgefüllt wird. — Das **Schuldenbereinigungsgesetz v. 17. 8. 1938** (RGBl I, 1033) wird für Hypotheken, wenigstens nach der Seite der dinglichen Haftung hin, kaum praktische Bedeutung gewinnen (JW 1939, 307^{aa}).

Besonders begünstigt wurde die **Ablösungshypothek für die Hauszinssteuer**. Sie beruht auf der oben erwähnten 4. Notverordnung v. 8. 12. 1931 Teil 2 Kapitel I (RGBl I, 706) in der Fassung der BDen v. 6. 2., 19. 3. und 30. 9. 1932 (RGBl I, 60, 140, 489). Danach darf der Grundstückseigentümer die Gebäudeentwässerungssteuer durch eine Kapitalzahlung (in Höhe des dreifachen Jahresbetrags) ablösen. Nimmt er zur Beschaffung des erforderlichen Kapitals eine Hypothek auf, so hat diese den Vorrang vor allen anderen dinglichen Rechten. Ihre Eintragung wird behandelt in JW 1933, 1418 Nr 1, 2; 1934, 3147^a; SRR 1933 Nr 951, 1030, 1133, 1691.

Schließlich ist die **Devisengesetzgebung** in diesem Zusammenhang nicht zu übersehen. Zur Zeit gilt das Gesetz über die Devisenbewirtschaftung v. 4. 2. 1935 (in der Neufassung v. 12. 12. 1938 RGBl I, 1733) mit der Durchführungsverordnung v. 23. 12. 1938 (RGBl I, 1966) und den Richtlinien v. 22. 12. 1938 (RGBl I, 1851). Die für das Grundstücks- und namentlich das **Hypothekenrecht** wesentlichen Bestimmungen sind zusammengestellt in den Übersichten JW 1935, 1514; 1938 S. 273, 277.

9. [Im **internationalen Privatrecht** entscheidet über Entstehung und Inhalt von Hypotheken und Grundschulden das Recht des Ortes, an dem das belastete Grundstück liegt (RG 103, 261; JW 1903, 250; RGer. JW 1936, 2466). Das Recht am Ort des belasteten Grundstücks beherrscht aber nur das dingliche Recht. Die ihm zugrunde liegende Forderung kann einem anderen Recht unterstehen (RG 139, 76; ZPRspr 1931, 285; 1932, 228 u. 232; RGer JW 1936, 2466). Jedoch ist bei Darlehenshypotheken das Recht, dem die Hypothek untersteht, ein Indiz dafür, welchem Recht oder welchem Erfüllungsort die Parteien das zugrundeliegende Schuldverhältnis unterwerfen wollten (RG 103, 261). Wird die einem ausländischen Recht unterliegende persönliche Forderung anders als nach § 1154 BGB abgetreten, während die Hypothek deutschem Recht untersteht, so geht die **Hypothek** nicht mit der Forderung über, sondern wird zur Eigentümergrundschuld. Realhypotheken ausländischer Rechte, z. B. Art 2121 Code Civil, erstrecken sich nicht auf im Deutschen Reich gelegene Grundstücke. Inwieweit eine Hypothek sich auf bewegliche Sachen miterstreckt, bestimmt zunächst das Recht, dem die Hypothek untersteht. Gelangen die beweglichen Sachen aber ins Ausland, so haften sie nur dann weiter, wenn auch dieses ausländische Recht derartige bewegliche Sachen hypothekarischer Haftung unterwirft.

Das **österreichische Recht** (§§ 447 ff. OABGB) kennt grundsätzlich nur die Buchhypothek. Sie entsteht durch Eintragung im Grundbuch. Die Kredit- oder Kautionshypothek ist Höchstbetragshypothek. Die Zwangshypothek ist mehr als bloße Sicherungshypothek. Gutgläubiger Erwerb ist außer bei Zwangshypotheken möglich. Bei Kredit- und Kautionshypotheken kann die Forderung ohne die Hypothek abgetreten werden; im übrigen erfolgt die Abtretung der Hypothek durch Eintragung. Das Recht des OABGB ist auf alle Hypotheken an Grundstücken in Österreich oder im Sudetenland anzuwenden. (Weißke.)]

Erster Titel

Hypothek

§ 1113

Ein Grundstück¹⁾ kann in der Weise belastet werden²⁾, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt³⁾, eine bestimmte Geldsumme⁴⁾ zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung⁵⁾ aus dem Grundstück zu zahlen ist⁶⁾ (Hypothek).

Die Hypothek kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden⁷⁾.

© I 1062 II 1022; W 3 595, 633; P 3 538, 543.

1. Nur **Grundstücke** (§ 873 A 3) und die ihnen gleichgestellten Berechtigungen (§ 903 A 2) sowie Grundstücksbruchteile, wenn sie im Anteil eines Miteigentümers bestehen (§ 1114), können mit hypothekarischen Rechten (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld; §§ 1113, 1191, 1192, 1199) belastet werden, während Gegenstand von Pfandrechten nur bewegliche Sachen und Rechte sein können (§§ 1204 ff., 1273 ff.). Wenn ein Grundstück hypothekarisch belastet ist, erstreckt sich die Haftung für das hypothekarische Recht aber nicht nur auf die Bestandteile des Grundstücks (§§ 93, 94, 96), sondern in gewissen Grenzen auch auf bewegliche Sachen und Rechte, die in den Rechtskreis des Grundstücks fallen (§§ 1120—1130). Auch Gebäude sind nur zusammen mit dem Grundstück, nicht für sich allein hypothekarisch belastbar (Vorbehalte für das Stodwerkseigentum enthalten die Artt 182, 189 GB). Sofern aber Gebäude nach Maßgabe des § 95 mit dem Grundstück verbunden sind, gelten sie nur als bewegliche Sachen (§ 95 A 1). Werden mehrere selbständige Grundstücke, die einem oder verschiedenen Eigentümern gehören, für dieselbe Forderung hypothekarisch belastet, so entsteht eine **Gesamthypothek** (Gesamtgrundschuld; § 1192). Für diese gelten die Sonderbestimmungen der §§ 1132, 1172—1175, 1181 Abs 2, 1182. Die Wirkung der Zusammenfassung (Zuschreibung oder Vereinigung) mehrerer hypothekarisch belasteter Grundstücke ist geregelt in den §§ 890, 1131. An Grundstücken, die für den öffentlichen Verkehr und Gebrauch bestimmt sind (z. B. öffentliche Wege), ist insoweit, als sie nach Landesrecht (Art 65 GG; § 90 A 1) im Privateigentum stehen (RG 31, 217; JW 1891 S. 140³⁷, 214⁶³; 1894, 185²¹; 1897, 49¹; 1900, 569¹³; 1901, 717¹; 1902, 218²¹; 1908, 153²⁷; Gruch 37, 1015; 39, 883; 43, 1199), auch die Bestellung einer Hypothek zulässig. Das hypothekarische Recht darf aber nur im Rahmen

der Bestimmung solcher Grundstücke ausgeübt werden (DGB 2, 492). Unzulässig ist nach BGB die Bestellung von Besitz- und Nutzungspfandrechten an Grundstücken (§ 873 A 6). Einen Vorbehalt für die Landesgesetzgebung hinsichtlich der sog. Revenüenhypothek bei Familiensidekommissen usw. enthält Art 60 GG.

2. Der § 1113 handelt nur von der rechtsgeschäftlichen **Belastung** eines Grundstücks mit einer Hypothek (§ 873 A 5). Die Erfordernisse dafür sind bereits in Vorbem 2a erörtert. Über die Art und Weise der Eintragung einer Hypothek in das Grundbuch gibt § 1115 nähere Bestimmungen. Die Hypothek kann auch als bedingtes dingliches Recht sowie unter Setzung eines Anfangs- oder Endtermins bestellt werden. Zulässig ist daher z. B. die Bestellung einer Hypothek: für die Forderung der Kosten eines vom Gläubiger auf dem Grundstück des Eigentümers aufzuführenden Baues unter der Bedingung für die Hypothek, daß der Bau völlig schlüsselfertig hergestellt werde (RG 93, 116); für eine fremde Schuld auf bestimmte Zeit (§ 873 A 7; RG 68, 143; 70, 248; RGZ 33 A 238; 46, 237). Bei einer aufschiebenden Bedingung (Anfangstermin) entsteht die Hypothek erst mit dem Eintritt der Bedingung (des Termins), während bei einer auflösenden Bedingung (Endtermin) die Hypothek mit dem Eintritt der Bedingung (des Termins) erlischt (§§ 158, 163; RG 68, 143; JW 1902 Beil 2227^a). Wird eine Hypothek unter der auflösenden Bedingung des Erlöschens der gesicherten Forderung bestellt, so hat dies die rechtliche Folge, daß beim Eintritt der Bedingung (Erlöschen der Forderung) der Eigentümer nicht gemäß den §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 eine Eigentümergrundschuld erlangt (RGZ 46, 237; die Wirkung der einer Hypothek für das Zinsrecht geknüpften auflösenden Bedingung des Erlöschens der Hauptforderung ist erörtert in § 1178 A 3). Zulässig ist auch die Bestellung einer bedingten Sicherungshypothek (§ 1184) oder Höchstbetragshypothek (§ 1190) für den Fall, daß eine auf einem anderen Grundstück eingetragene Verkehrshypothek einen Ausfall erleidet (§ 1132 A 2). Denn dabei handelt es sich nicht um die unzulässige Bestellung einer Gesamthypothek für dieselbe Forderung in Gestalt einer gewöhnlichen Hypothek und einer Sicherungshypothek (§ 1132 A 3). Zwar sichern in diesem Falle die Verkehrshypothek auf dem anderen Grundstück und die aufschiebend bedingte Ausfall-Sicherungshypothek dieselbe Forderung, aber nicht gemeinsam und gleichzeitig. Vielmehr tritt die Sicherung durch die bedingte Hypothek erst dann ein, wenn die Sicherung durch die Verkehrshypothek an dem anderen Grundstück endgültig erloschen ist, wenn und soweit also bei der Zwangsversteigerung des anderen Grundstücks der Ausfall der nicht in das geringste Gebot gefallenen Verkehrshypothek durch den rechtskräftigen Zuschlag gemäß den §§ 52, 91 ZVG festgestellt wird (RG 70, 248; 122, 330; a. M. NZA 9, 137). Die Bedingung enthält eine Verfügungsbeschränkung (§ 892 A 11). Sie bedarf daher zur Wirksamkeit gegenüber gutgläubigen Erwerbern gemäß den §§ 161 Abs 3, 892 Abs 1 Satz 2 der Eintragung in das Grundbuch. Die Eintragung einer nachträglichen Änderung der Bedingung richtet sich nach § 877 (dort A 3, 4). Verschieden von der Bestellung einer bedingten Hypothek ist die Bestellung einer Hypothek für eine bedingte Forderung (§ 1113 Abs 2; A 7). Wird nach der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks eine Ersatzsicherungshypothek für eine Forderung gegen den Ersteher gemäß den §§ 50, 125, 128 ZVG für den Fall eingetragen, daß eine andere, in das geringste Gebot gefallene Hypothek nicht besteht, so ist die Ersatzhypothek sowohl Hypothek für eine bedingte Forderung als auch bedingte Hypothek, da die Forderung gegen den Ersteher nur bedingt besteht und auch das Sicherungsmittel dafür, eben die Ersatzhypothek, durch das Nichtbestehen der andern Hypothek bedingt ist (RGZ 52, 207; DGB 39, 212; § 892 A 9). Die Bestellung einer Hypothek mit auflösender Befristung für den einen und aufschiebender Befristung für den anderen Gläubiger behandelt A 3. Den Rang, der einer Hypothek zu verschaffen ist, wenn ein Darlehn gegen Hypothekbestellung versprochen ist, beleuchtet RG 55, 128, die Bedeutung einer Hypothekbewilligung „an bereitester Stelle“ RGZ 26 A 290.

3. **Derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt**, muß eine bestimmte Person sein, da mit ihm die Einigung über die Hypothekbestellung zu treffen ist. Näheres über die bestimmte Bezeichnung des Gläubigers und das Erfordernis des Besitzes der Rechtspersönlichkeit bringt § 1115 A 3. Da eine Hypothek nur zugunsten des Gläubigers der zu sichernden Forderung bestellt werden kann, muß der dinglich berechtigte Hypothekengläubiger dieselbe Person wie der Gläubiger der Forderung sein. Eine Hypothekeneintragung, bei der keine Personeneinheit von Hypothekengläubiger und Gläubiger der Forderung bestünde, würde des gesetzlich erlaubten Inhalts entbehren (JW 1926, 2547^a; vgl. aber für eine Zwangshypothek aus einem Hinterlegungsurteil JZG 12, 312). Ferner muß der Hypotheken- und Forderungsgläubiger wirtschaftlicher Inhaber der zu sichernden Forderung und vom Eigentümer verschieden sein. Daher kann eine Hypothek nicht für einen Vertreter nicht bezeichneter Gläubiger bestellt werden (DGB 18, 186), es sei denn, daß die Hypothekensforderung ihm als Treuhänder zur eigenen Gektenbnachung (fiduziarisch) zustehen, daß er also nach außen hin die Rechtsstellung eines Gläubigers haben soll (GRN 1930 Nr 219; 1933 Nr 1322; JZG 7, 302). Ferner kann der Eigentümer nicht von vornherein eine Hypothek für sich selbst bestellen (NZA 3, 213). Hat er das Grundstück verkauft, so kann für ihn eine Hypothek zur Sicherung seiner Kaufpreisforderung vor der Umschreibung des Eigentums auf den Käufer weder auf Grund seiner eigenen Bewilligung noch auf Grund einer Bewilligung des Käufers eingetragen werden (JW 1936, 3131^a). Sondervorchriften enthalten die

§§ 1188, 1195, 1196 (Hypothek für Schuldverschreibung auf den Inhaber, Inhabergrundschuld, Grundschuld für den Eigentümer). Als subjektivdingliches Recht (für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks) kann ein hypothekarisches Recht nicht bestellt werden (§ 1115 A 3). Mehrere Personen können Gläubiger einer einheitlichen Hypothek sein, wenn sie in einem Gemeinschaftsverhältnis (Gemeinschaft nach Bruchteilen, Gemeinschaft zur gesamten Hand, Gesamtgläubiger im Sinne des § 428) zueinander stehen (§ 47 BGB; RG 75, 247; Warn 1930 Nr 35; RZM 4, 128; 6, 151; RGZ 46, 226; SMN 1932 Nr 1150; § 1115 A 3). Andernfalls ist die Forderung in selbständige Teile geteilt und kann nur für jeden Teil eine besondere Hypothek bestellt werden (§ 1115 A 3). Die Bestellung einer ungeteilten Hypothek für verschiedene Forderungen, die je einem anderen Gläubiger zustehen, ist unstatthaft (RG 75, 247). Unzulässig ist auch die Bestellung einer Hypothek für eine Forderung, die mehreren zeitlich aufeinander folgenden Gläubigern zustehen soll, da keine Gewißheit über die Art der Vollziehung des Rechtsübergangs auf den nachfolgenden Gläubiger besteht (RGZ 38 A 271; 49, 210). Zulässig ist dagegen die Bestellung einer Hypothek für den einen Gläubiger mit auflösender Befristung (Endtermin; z. B. bis zu seinem Tode) und für einen anderen mit aufschiebender Befristung (Anfangstermin; z. B. vom Tode des ersten Gläubigers ab). Denn hierbei mangelt es nicht an der Bestimmtheit des Gläubigers, und die Hypothek bleibt bei dem Gläubigerwechsel unverändert (RG 76, 90; 11. 2. 1911 V 98/10; RGZ 49, 210; vgl. jedoch RGZ 38 A 271). Unzulässig ist aber die Hypothek für eine Forderung, die entweder dem einen oder dem anderen von mehreren Berechtigten in einem gewissen Falle zustehen wird (z. B. für die Rückgriffsforderung des einen oder des anderen von mehreren Wechselindossanten oder mehreren Mitbürgen, der auf Verlangen des Gläubigers diesen wird befriedigen müssen). Denn hier ist zur Zeit ungewiß, wer der wirkliche Gläubiger der Hypothek ist (DVG 45, 239). Der zulässige Weg ist in solchen Fällen die Bestellung je einer Hypothek für jede bedingte Forderung nach Abj 2 (str.; DVG 7, 196; 45, 239; RZM 4, 128). Auch eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) kann nicht in der Weise bestellt werden, daß die Hypothek, soweit die künftig zur Entstehung gelangende Forderung des ersten Gläubigers den Höchstbetrag nicht anfüllen sollte, einem zweiten Gläubiger für dessen Forderung haften soll. Denn auch hier ist der wirkliche Gläubiger des in der Schwebelage lassenen Hypothekenteils zur Zeit ungewiß; in Wahrheit kann es sich nur um die nicht eintragungsfähige (RG 61, 374; 72, 276; 75, 250) Übertragung des dem Eigentümer als vorläufige, durch die Entstehung der Forderung des ersten Gläubigers auslösend bedingte Grundschuld zustehenden Teiles der Hypothek zugleich mit bedingter Einsetzung einer neuen Forderung (§ 1180) handeln (str.; RG 75, 245; a. M. RZM 2, 187; 4, 129). Ueberdies erfordert § 1190 Abj 1 Satz 2 die Eintragung des Höchstbetrags in das Grundbuch. Diese Eintragung würde für den zweiten (Alternativ-) Gläubiger fehlen. Daß die Höhe des ihm zustehenden Betrags aus dem bei der Schlußfeststellung sich ergebenden Bestand der Forderung des ersten Gläubigers errechnet werden kann, ersetzt die erforderliche Eintragung des ziffernmäßigen Höchstbetrags für ihn nicht. Der Zweck der Bestellung einer Höchstbetragshypothek für zwei (Alternativ-) Gläubiger kann aber im wesentlichen dadurch erreicht werden, daß eine zweite Höchstbetragshypothek und für sie eine Lösungs Vormerkung im Sinne des § 1179 bei der ersten Höchstbetragshypothek eingetragen wird. — Wird ein Teil der Hypothek abgetreten oder ein Teil der Hypothekenforderung gemäß § 1180 Abj 2 durch die Forderung eines anderen Gläubigers ersetzt, so hört die bis dahin einheitliche Hypothek als solche zu bestehen auf. An ihre Stelle treten mehrere selbständige Hypotheken in Höhe der einzelnen Forderungsbeträge (RG 75, 249). Wird das Vermögen einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien als Ganzes an eine Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft und unter Ausschluß der Abwicklung gemäß den §§ 233 ff. AktG (früher §§ 305, 306, 320 Abj 3 HGB) übertragen, so geht auf die übernehmende Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auch eine für die übernommene Gesellschaft als Gläubigerin zu treuen Händen bestellte Hypothek oder Grundschuld über (RFG 7, 299).

4. Inhalt der hypothekarischen Belastung kann nur die Zahlung einer bestimmten Geldsumme sein (§ 1115 A 4). Eine Vereinbarung wahlweiser Leistung von Geld oder anderen Gegenständen ist unzulässig (RGZ 25 A 150; jedoch DVG 14, 93). Die Frage, ob eine Hypothek für ein Darlehen mit der Bestimmung bestellt werden kann, daß die Rückgewähr des Darlehns in Pfandbriefen eines Kreditinstituts zu bewirken ist, wird in § 1115 A 4 behandelt. Auch Nebenleistungen neben dem Kapital können nur auf bestimmte Geldbeträge gerichtet sein (RGZ 29 A 249; 35 A 275; 36 A 235). Sollen Zinsen oder andere wiederkehrende Leistungen für sich allein (ohne die Kapitalforderung) gesichert werden, so kann nur eine Sicherungshypothek zu einem bestimmten Höchstbetrag (§ 1190), nicht eine Verkehrshypothek bestellt werden (RZM 4, 38; RGZ 26 A 290). Für den Anspruch auf eine Leibrente (§ 759) kann eine Verkehrshypothek nicht bestellt werden, da die in wiederkehrenden Leistungen bestehende Rente keinen bestimmten Forderungsgegenstand darstellt (RG Warn 1928 Nr 8); doch wäre die Bestellung einer Höchstbetragshypothek (§ 1190) bei Zusammenfassung der wiederkehrenden bestimmten Leistungen in einem Höchstbetrag möglich. — Seit dem Inkrafttreten des MünzGef v. 30. 8. 1924, das die frühere Papiermarkwährung durch die Reichsmarkwährung ersetzt hat, können Hypotheken für eine Geldsumme in Papier-

mark nicht mehr eingetragen werden (ZFG 3, 340; JW 1925 S. 1765⁴, 1775⁴). Nach § 1 RGef über **wertbeständige Hypotheken** v. 23. 6. 1923 kann aber eine Hypothek in der Weise bestellt werden, daß die Höhe der aus dem Grundstück zu zahlenden Geldsumme durch den am Zahlungstage amtlich festgestellten oder festgesetzten (hierzu die DurchfW v. 29. 6. 1923 §§ 1, 2 und v. 2. 11. 1923) Preis einer bestimmten Menge von Roggen, Weizen, Feingold oder von den in den DurchfW v. 29. 6. 1923 §§ 3, 4 und v. 5. 10. 1923 § 1 bezeichneten Waten (Kohle, Kali) bestimmt wird. Eine Feingoldhypothek kann als Goldmarkhypothek eingetragen werden, wobei eine Goldmark dem Preise von $\frac{1}{2790}$ kg Feingold entspricht (DurchfW v. 17. 4. 1924). Nach dem RGef v. 2. 2. 1928 sind die vor dem 1. 1. 1928 auf Dollarbasis eingetragenen wertbeständigen Hypotheken nicht deshalb unwirksam, weil die Voraussetzungen der DurchfW v. 2. 11. 1923 nicht erfüllt sind. Die bei Feingoldhypotheken erforderliche Umrechnung des Londoner Goldpreises in die deutsche Währung ist neu geregelt durch die NotW v. 10. 10. 1931 (RGW I, 569), zu der die DurchfW v. 15. 4. 1932 (RGW I, 179) erlassen ist. Das RGef über die Umwandlung wertbeständiger Rechte ufm. (Roggenschuldengesetz) v. 16. 5. 1934 (RGW I, 391; dazu DurchfWDen v. 25. 5. und 5. 9. 1934 — RGW I, 448, 824) ersetzt bei wertbeständigen Rechten auf Roggen- und Weizengrundlage je 1 Zentner Roggen durch 7,50 RM und je 1 Zentner Weizen durch 9,50 RM und läßt künftig solche Rechte nicht mehr neu begründen. Über die Eintragung wertbeständiger Hypotheken, zu denen die Reichsmarkhypothek nicht gehört (ZFG 3, 443), hat die Rechtsprechung folgende Grundsätze entwickelt: Bei der Goldmarkhypothek kann die sog. Schwankungsklausel hinzugefügt werden, d. h. die Bestimmung, daß für jede geschuldete Goldmark eine Reichsmark zu entrichten sei, falls sich bei der Umrechnung der Goldmark in Reichsmark für 1 kg Feingold ein Preis von nicht mehr als 2820 und nicht weniger als 2760 RM ergebe (RG 135, 142). Zulässig ist ferner bei der Goldmarkhypothek die Eintragung der Klausel, daß die Reichsmark anstelle der Goldmark trete, wenn bei der Umrechnung der Goldmark in Reichsmark der Reichsmarkbetrag geringer sei (ZFG 4, 398). Den umgekehrten Fall behandeln JW 1933, 620⁸; HRR 1933 Nr 197. Die nachträgliche Eintragung der Reichsmarkklausel bei der in Goldmark eingetragenen Aufwertungshypothek wird erörtert in RG 143, 424; JW 1933, 632⁴; 1934, 3294¹; 1937, 3240⁸⁶. Mit der Ersetzung der Reichsmarkhypothek durch eine Goldmarkhypothek mit Reichsmarkklausel beschäftigen sich JW 1934, 2932²; 1935, 3317³⁴. Zulässig ist auch die Eintragung einer Goldmarkhypothek für eine in Reichsmark bezifferte Forderung, wenn klar ersichtlich ist, daß die Schuld in Goldmark geschuldet sein soll und zurückzahlen ist (ZFG 7, 348; JW 1932, 1565⁴). Den Ausnahmefall einer Goldmarkhypothek für eine Forderung mit Reichsrichtzahlklausel behandelt HRR 1934 Nr 1626. Im übrigen muß der wertbeständige Wertmesser für die Forderung und die einzutragende Hypothek derselbe sein (ZFG 2, 345; HRR 1932 Nr 1228). Dieser Grundsatz gilt aber nur für die Verkehrshypothek und die gewöhnliche Sicherungshypothek (§§ 1113, 1184), nicht für die Höchstbetragshypothek (§ 1190). Daher kann für eine Reichsmarkforderung eine Höchstbetragshypothek in Goldmark, für eine Goldmarkforderung eine Höchstbetragshypothek in Reichsmark eingetragen werden (JW 1933, 1262²). Unzulässig ist bei der Goldmarkhypothek die Eintragung einer festen Feingoldpreisklausel (ZFG 2, 353) und die Eintragung von Aufwertungsklauseln für den Fall eines Versfalls oder einer Änderung der Währung (JW 1932, 1565⁸), sei es auch in der verdeckten Form der Heranziehung des § 607 (JW 1932, 1566⁵). Dasselbe gilt von Klauseln, welche die Wertbeständigkeit der Hypothek auch gegenüber künftigen gesetzlichen Vorschriften gewährleisten sollen (HRR 1933 Nr 730). Über die Eintragung von Stichtagsklauseln vgl. ZFG 2 S. 347, 350, 353; HRR 1934 Nr 1673; über die Eintragung von Zinseszinsen und Wertermittlungsklauseln ZFG 1, 461; über den Stichtag bei der wertbeständigen Höchstbetragshypothek ZFG 2, 353; DLG 43, 233. Eine im Jahre 1930 bestellte Feingoldmarkhypothek für eine damals begründete Dollarkaufpreisschuld wird in ihrer Wertbeständigkeit durch die Dollarabwertung seit 1933 nicht berührt (RG 149, 1). Andererseits kann aber auch bei der Bestellung einer wertbeständigen Verkehrshypothek vertraglich vereinbart werden, daß im Innenverhältnis der Parteien nur eine einfache Währungsschuld (z. B. Pfundschuld) solle geltend gemacht werden dürfen (RG 152, 213). In diesem Falle kann die bei einer Abwertung der Währung entstehende Eigentümergrundschuld (§§ 1163, 1177) erst bei der Tilgung der Forderung nachgewiesen werden (JW 1937, 3109⁸⁸).

5. Auch die gesicherte **Forderung** muß auf Zahlung (für Hinterlegung vgl. ZFG 12, 309) einer bestimmten Geldsumme gerichtet sein. Denn die Zahlung der bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück soll zur Befriedigung der Forderung dienen, und § 1115 schreibt die Eintragung des „Geldbetrags“ der Forderung ausdrücklich vor (Str.; RG Gruch 58, 834; RGZ 35 A 282). Mithin kann ein Anspruch, der etwa lediglich die Berechtigung zum Inhalt hat, bei der Festsetzung einer Entschädigung einen Abzug zu machen, nicht durch Hypothek gesichert werden, weil er nicht auf eine Gelbzahlung gerichtet ist; es sei denn, daß er eine bedingte Forderung auf Rückzahlung in sich schließt (RG JW 1912, 351¹⁰). Die Forderung muß als zum Wesen der Hypothek gehörig im Eintragungsbemerk selbst oder in der dort in bezug genommenen Eintragungsbewilligung (RG 67, 248) so bezeichnet werden, daß sich die Merkmale für die Unterscheidung von anderen Forderungen ergeben. Namentlich ist die Angabe des Gläubigers, des Gegenstandes (§ 241) und des Schuldgrundes erforderlich (RGZ 35 A 281; 38 A.

271; 40, 259; DVG 16, 154; 44, 174; ZFG 3, 426; vgl. aber wegen des Schuldgrundes § 1115 A 8). Als Schuldgrund genügt auch ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis im Sinne der §§ 780 ff. (RG Bruch 58, 1036; RGZ 22 A 307; 26 A 278; RZM 3, 135; DVG 3, 359). An und für sich gehört zur Kennzeichnung der Forderung auch die Angabe des Schuldners. Denn der Hypothekbesteller braucht nicht zugleich der Schuldner der Forderung zu sein. Auch für eine fremde Schuld kann gültig Hypothek bestellt werden (RG 60, 263; ZW 1898, 36⁹¹). Wenn aber nichts anderes erklärt wird (den Fall einer unklaren Erklärung erörtert DVG 21, 4), ist es selbstverständlich, daß der die Hypothek bestellende Eigentümer auch der Schuldner der Forderung ist. Deshalb bedarf es regelmäßig nicht der besonderen Bezeichnung des Schuldners in der Eintragungsbewilligung oder gar im Eintragungsvermerk. Vielmehr ist diese Bezeichnung nur dann erforderlich, wenn der persönliche Schuldner vom Eigentümer verschieden ist. Sie kann dann bei der Eintragung gemäß § 1115 Abs 1 Halbs 2 auch durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung erfolgen (a. M. RGZ 35 A 283, demnächst jedoch aufgegeben durch RGZ 47, 198). Dies gilt auch für die Höchstbetragshypothek (§ 1190), selbst wenn sie für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen (§ 1190 A 1) bestellt worden ist (RG 136; 80; RGZ 47, 198; § 1190 A 2). Zur Vermeidung der Überfüllung des Grundbuchs hat die Aufnahme des persönlichen Schuldners in den Eintragungsvermerk überhaupt zu unterbleiben, wenn nicht besondere zwingende Gründe die Aufnahme zur Klarstellung erfordern (RGZ 47, 201). Weicht der Inhalt des Eintragungsvermerks über die Person des persönlichen Schuldners von dem Inhalt der Eintragung ab, so ist die Hypothek nicht entstanden (§ 873 A 10; ZW 1933, 2921⁴). Der schuldrechtliche Betrag, durch den sich der Eigentümer verpflichtet, eine Hypothek für eine fremde Schuld zu bestellen, bedarf regelmäßig ebensowenig einer Form (RG Warn 1935 Nr 51) wie das schuldrechtliche Versprechen des Eigentümers, für eine eigene Schuld Hypothek zu bestellen (RG 120, 254). Formzwang besteht indessen, wenn die Bestellung der Hypothek schenkweise versprochen wird (RG 120, 255). — Die gesicherte Forderung kann auch mit einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung (z. B. zu Wegebauten, zur Gewährung der Bauerlaubnis seitens einer Stadtgemeinde) verbunden sein (RG Warn 1908 Nr 161; Bruch 56, 977; HRN 1932 Nr 63; vgl. jedoch DVG 16, 163). Dagegen kann eine Hypothek für eine mit Zwangsversteigerungsprivileg ausgestattete gemeine öffentliche Last nicht (auch nicht zwangsweise) eingetragen werden (§ 54 GBD). Deshalb ist z. B. die Eintragung einer Hypothek zur Sicherung von Straßenpflasterkosten oder von Grundvermögensteuer oder von Anliegerleistungen nicht statthaft (ZW 1932, 1062³; HRN 1932 Nr 1092; 1933 Nr 145; 1937 Nr 1110). Selbstverständlich gilt das aber nicht für eine Hypothek zur Sicherung eines Darlehns, das zur Bestreitung solcher öffentlichen Grundstückslasten aufgenommen worden ist (RG 155, 372). Für die nicht mit Zwangsversteigerungsprivileg ausgestatteten Ansprüche aus öffentlichen Lasten kann eine Höchstbetragshypothek eingetragen werden (ZFG 19, 175). Für solche Steuerforderungen des Fiskus kann ohnehin nach § 372 ABGD eine Zwangshypothek (§§ 866 ff. BPD) eingetragen werden (HRN 1930 Nr 238; 1931 Nr 1354; 1932 Nr 1964).

— Das Gesetz (§§ 1113, 1115) geht davon aus, daß jeder Hypothek nur eine einzelne, bestimmte (wenn auch bedingte oder künftige: § 1113 Abs 2) Forderung zugrunde liegt. Sind mehrere Hypotheken für je einen Teil einer einheitlichen Forderung an demselben Grundstück bestellt, so gelten sie als im Verhältnis zueinander selbständige Hypotheken (RG 75, 249; Bruch 58, 430; RGZ 27 A 151; 51, 288; 53, 215; über Einzel-Höchstbetragshypotheken für Teile des gesicherten Forderungskreises § 1132 A 2). Die Eintragung zweier selbständiger Hypotheken an einem Grundstück für dieselbe ganze Forderung ist grundbuchrechtlich abzulehnen, weil dadurch Verwirrung entstehen kann. Wenn jedoch zur Sicherung für alle Forderungen aus einer Geschäftsverbindung zunächst eine und später noch eine (niedrigere) Höchstbetragshypothek an demselben Grundstück eingetragen worden ist, so daß die zweite Hypothek dazu bestimmt ist, den die erste übersteigenden Betrag der schließlich festzustellenden Gesamtforderung zu decken, so sind beide Hypotheken rechtswirksam. Denn dann liegen keine ihrem Inhalt nach unzulässigen Eintragungen vor, obwohl grundbuchrechtlich die zweite Hypothek anders (Erhöhung der Höchstgrenze der ersten Hypothek) hätte eingetragen werden sollen (RG 118, 162; RGZ 49 A 222). Für mehrere Forderungen kann eine einheitliche Hypothek jedenfalls nur dann bestellt werden, wenn die Forderungen sämtlich demselben Gläubiger gegen denselben Schuldner zustehen. Ebensovienig wie für mehrere, verschiedenen Gläubigern zustehende Forderungen (A 3) kann für mehrere Forderungen gegen verschiedene Schuldner eine ungeteilte Hypothek bestehen, weil mit Rücksicht auf die den einzelnen Schuldnern nach § 1137 gegebenenfalls zustehenden verschiedenen Einreden unklare Verhältnisse entstehen und in der Zwangsversteigerung unüberwindliche Schwierigkeiten sich ergeben könnten. Eine Ausnahme ist allerdings zuzulassen, wenn die Schuldner in einer Verpflichtungsgemeinschaft sich befinden, z. B. Gesamtschuldner im Sinne des § 421 sind, so daß das Schicksal der Forderung gegen die mehreren Schuldner, insbesondere hinsichtlich des Erlöschens, einheitlich gestaltet ist (RG 75, 247; 118, 354; RGZ 46, 229; 47, 201; ZFG 2, 439; DVG 46, 238). Leider hat das Reichsgericht neuerdings zunächst in einem auf weitere Beschwerde in einer Grundbuchsache ergangenen Beschluß (RG 126, 272), dann auch in einigen Urteilen, die auf diesen Beschluß ohne weitere Begründung verweisen (RG Warn 1930 Nr 35, 164), den

Grundsatz preisgegeben, daß die Eintragung einer Hypothek für mehrere Forderungen gegen verschiedene, nicht in einer Verpflichtungsgemeinschaft stehende Schuldner abzulehnen ist. Zwar ist zuzugeben, daß eine solche Eintragung nicht inhaltlich unzulässig und darum, wenn sie erfolgt ist, nicht materiellrechtlich nichtig sein mag. Daraus folgt aber noch nicht, daß das Grundbuchamt Anträge auf derartige Eintragungen stattzugeben hätte. Inwieweit ist vielmehr die Begründung in **RG** 126, 272 nicht überzeugend. Das Reichsgericht läßt hier eine einheitliche Höchstbetragshypothek eintragen zur Sicherheit für eine Darlehnsforderung des G gegen A, B und C als Gesamtschuldner sowie für die Ansprüche des G aus beabsichtigten Warenlieferungen an A. Der ausgesprochene Zweck der Hypothekbestellung war, daß im Falle der Abtragung des Darlehns die Hypothek im entsprechenden Maße für den Warenkredit frei werde und nicht etwa eine Eigentümergrundschuld entstehe. Die Gründe des die Eintragung zulassenden reichsgerichtlichen Beschlusses weisen im wesentlichen darauf hin, daß einerseits auch bei der Hypothek für eine Forderung gegen mehrere in Verpflichtungsgemeinschaft stehende Schuldner sowie bei der Hypothek zur Sicherung mehrerer Forderungen gegen denselben Schuldner gewisse Schwierigkeiten entstehen könnten und daß andererseits, wenn Miterben nach § 2060 für eine gegen den Erblasser gerichtete hypothekarisch gesicherte Forderung nur zu Bruchteilen hafteten, von Gesetzes wegen ein Tatbestand der hier in Rede stehenden Art eintrete. Diesen Gründen ist entgegenzuhalten: Wenn schon bei den von ihnen erwähnten, gesetzlich zugelassenen Hypotheken Schwierigkeiten entstehen könnten, obwohl immerhin das Forderungsverhältnis, dem Bestimmtheitsgrundsatz des Diegenenschaftsrechts entsprechend, noch durch die Verpflichtungsgemeinschaft der mehreren Schuldner oder durch die Gleichheit des Gläubigers der mehreren Forderungen hinreichend klar und fest bestimmt und begrenzt ist, so darf diese Erkenntnis doch nicht zu dem Schlusse führen, daß das Grundbuch nun auch noch zu öffnen sei für Hypotheken, bei denen, entgegen dem Bestimmtheitsgrundsatz, beim nun auch noch zu öffnen sei für Hypotheken, bei denen, entgegen dem Spezialitätsprinzip, beim Erlöschen einer Forderung die Entstehung der Eigentümergrundschuld ausgeschaltet und statt dessen die Sicherung eines gänzlich anderen Forderungskreises herbeigeführt werden soll. Aus § 2060 läßt sich nichts für diese Ansicht herleiten. Dort ist nur vorgesehen, daß die ursprünglich einheitlich gegen den Erblasser gerichtete Forderung unter Umständen sich bruchteilweise auf die Erben verteilt. Selbstverständlich folgt dann die Hypothek der Teilung der Forderung. Diesem nachträglich eintretenden, gesetzlich vorgesehenen Ergebnis in einem besonderen Ausnahmefall kann aber keine Regel des Inhalts entnommen werden, daß auch von vornherein eine einheitliche Hypothek für mehrere Forderungen gegen verschiedene Schuldner ohne Verpflichtungsgemeinschaft eingetragen werden dürfe. Auch ein praktisches Bedürfnis für die in **RG** 126, 272 zugelassene Eintragung kann nicht anerkannt werden. Den Belangen der Beteiligten hätte die Eintragung zweier im Range gleichstehender Hypotheken genügt, nämlich einer Verkehrshypothek für die Darlehnsforderung des G gegen A, B und C als Gesamtschuldner und einer Höchstbetragshypothek für die Ansprüche des G gegen A aus dem beabsichtigten Warenkredit. Im Interesse der Sicherheit, Klarheit und Durchsichtigkeit des Grundbuchverkehrs ist zu hoffen, daß das Reichsgericht zu seiner älteren Rechtsprechung zurückkehren wird. Die darin entwickelten Grundsätze gelten insbesondere auch für die Höchstbetragshypothek (**RGZ** 46, 229; **DRG** 40, 64), die allerdings häufig, weil sie vorzugsweise dem wechselnden Kreditverkehr zu dienen bestimmt ist, mehrere Forderungen sichert und sogar für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen bestellt werden kann (§ 1190 A 1). Auch bei ihr muß die Einheitlichkeit des Forderungsverhältnisses wenigstens insofern gewahrt bleiben, als die Forderungen demselben Gläubiger gegen denselben Schuldner zustehen müssen (**RG** 75, 247; 118, 354; **RGZ** 47, 201; **RZA** 16, 338; **DRG** 40, 64; **JFG** 2, 439). Unzulässig ist z. B. die Bestellung einer Höchstbetragshypothek für Forderungen aus einem fortlaufenden Kontokorrentverkehr gegen den Hypothekbesteller und dessen allgemeinen Rechtsnachfolger oder den Nachfolger im Grundstückseigentum (**RZA** 16, 341). Eine Verkehrshypothek kann auch nicht in der Weise bestellt werden, daß eine oder die andere Forderung (z. B. ein Bereicherungsanspruch, wenn die erste Forderung nichtig sei) gesichert sein soll (**RG JW** 1911, 653²⁰). Die nachträgliche Bildung einer Einheitshypothek aus mehreren ursprünglich selbständigen, im Range unmittelbar aufeinanderfolgenden Hypotheken desselben Gläubigers ist in **RG** 145, 47 grundsätzlich für zulässig erklärt worden; die Eintragung erfolgt in Spalte 7 der Abteilung III des Grundbuchs (**AB d. RZA** v. 5. 3. 1937). Ebenso können Teile einer Hypothek, die durch Teilabtretung vorübergehend verschiedene Gläubiger gehabt haben, nimmehr aber wieder in die Hand eines Gläubigers gelangt sind, bei gleichem Range und gleichen Zahlungsbedingungen grundbuchrechtlich (z. B. hinsichtlich der Erteilung eines Hypothekenbriefes) als einheitliche Hypothek behandelt werden (**RG** 145, 50; **RGZ** 46, 239). Der Gesichtspunkt der Unzulässigkeit mehrerer Hypotheken für dieselbe Forderung an demselben Grundstück kommt ferner nicht in Betracht, wenn der Grundstückeigentümer für eine bereits durch Hypothek gesicherte Forderung auch eine für ihn auf demselben Grundstück eingetragene Grundschuld verpfändet. Denn hier handelt es sich nicht um zwei Hypotheken für dieselbe Forderung, sondern um die Sicherung der Forderung einmal durch Hypothek (Pfand an dem Grundstück) und sodann durch Pfand an einer das Grundstück belastenden Grundschuld, wogegen keine rechtlichen Bedenken bestehen (**DRG** 45, 230). Zu

lässig ist auch die Bestellung einer Hypothek für eine bereits durch Grundschuld sei es an demselben sei es an einem anderen Grundstück gesicherte Forderung (RG 132, 136). — Aus den §§ 401, 1113, 1153 Abs 1, 1154 BGB, § 830 ZPO, wonach die Hypothek „für die Forderung“ besteht, und aus der im § 1153 Abs 2 bestimmten Untrennbarkeit der Hypothek von der Forderung bei der Übertragung ist zu entnehmen, daß Forderung und Hypothek bergestalt ein einheitliches Ganzes bilden, daß die Forderung das Hauptrecht, die Hypothek ein die Befriedigung dieses Hauptrechts sicherndes Nebenrecht ist (RG 81, 268). Die Streitfrage, inwiefern nach dem BGB die Hypothek ein von der Forderung abhängiges (akzessorisches) Recht sei, ist für die Rechtsanwendung bedeutungslos. Das Gesetz gibt hierüber nach einzelnen Richtungen besondere Bestimmungen (z. B. §§ 1137, 1138, 1158, 1159, 1163, 1177, 1184, 1185); weitere verallgemeinernde oder einschränkende Folgerungen sind daraus aber nicht zu ziehen. Hervorzuheben ist in dieser Hinsicht nur folgendes: Die Hypothek muß zwar für eine bestimmt bezeichnete Geldforderung bestellt sein; sonst ist die Hypothekseintragung nichtig (OAG 2, 9). Liegt aber diese Voraussetzung vor, so hat die Hypothekseintragung auch dann Bestand, wenn die Forderung in Wirklichkeit nicht besteht oder wenn sie später erlischt. Nur ist in diesen Fällen das als Hypothek Eingetragene rechtlich keine Hypothek, sondern kraft besonderer gesetzlicher Vorschriften (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1) eine Grundschuld, und zwar eine solche, die nicht dem eingetragenen Gläubiger, sondern dem Eigentümer zusteht. Im Falle der rechtsgeschäftlichen Übertragung an einen gutgläubigen Erwerber wird aber das Recht, wenn es sich um eine Verkehrshypothek handelt (Vorbem 1), in der Hand des Erwerbers zu einer wirklichen Hypothek; damit gilt auch die Forderung in Ansehung des dinglichen Rechts als bestehend (§§ 892, 1138). — Der Grundbuchrichter darf die Eintragung der Hypothek nicht von dem Nachweis des Bestehens der Forderung abhängig machen. Vielmehr hat er regelmäßig auf die bloße Angabe des Schuldverhältnisses hin die Eintragung vorzunehmen. Wenn jedoch nach der Angabe das Bestehen einer gegenwärtigen oder die Entstehung einer künftigen Forderung un möglich ist (z. B. wenn die Hypothek für den künftigen Erbteil einer Person bestellt werden soll), hat der Grundbuchrichter die Eintragung der Hypothek abzulehnen (RGZ 40, 260; 52, 182), weil für sie eine Forderung notwendig ist (§§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1). Dies trifft aber, wenn für eine verzinsliche Forderung Hypothek bestellt werden soll, hinsichtlich des Zinsrechts nicht zu in dem Falle, daß dem Grundstückseigentümer zugleich der Nießbrauch oder die Nutznießung (als Ehemann oder Vater: §§ 1383, 1649) an der Forderung zusteht. Denn eine die Entstehung der Zinsforderung hindernde Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person greift hier nicht Platz. Der Nießbraucher oder Nutznießungsberechtigte ist nicht selbst Gläubiger des Zinsrechts, sondern hat nur die Befugnis, das dem Gläubiger der Forderung an sich zustehende Zinsrecht in eigenem Namen auszuüben. Das Zusammenfallen von Nießbrauchsrecht (Nutznießungsrecht) und Schuld in einer Person hat nur die Wirkung, daß während der Dauer des Zusammenfallens der Schuldner keine Zinsen zu zahlen braucht (RGZ 52, 180 gegen RGZ 40, 140; 45, 257; § 99 A 1 a. E.; § 1191 A 2 a. E.). — Soll nur für einen Teil einer Forderung eine Hypothek bestellt werden, so ist der Teil bestimmt anzugeben (OAG 20, 413); es genügt aber eine ziffernmäßige Angabe des Betrages der Teilforderung (RG 113, 233).

6. Daß zufolge der hypothekarischen Belastung aus dem Grundstücke zu zahlen ist, hat in Verbindung mit § 1147 folgende Bedeutung: Der Gläubiger ist berechtigt, mit der dinglichen Klage aus der Hypothek und demnachst im Wege der Zwangsvollstreckung seine Befriedigung aus dem Erlöse oder Ertrage des Grundstücks und der mithaftenden Gegenstände (§§ 1120—1131) zu suchen (RG 47, 269; 55, 222; 56, 324; 65, 418; 93, 236; ZB 1902 Beil 198). Dieses der Hypothek eigentümliche Recht des Gläubigers auf Zwangsvollstreckung in das Grundstück und in die mithaftenden Gegenstände darf nicht völlig ausgeschlossen werden. Eine solche Vereinbarung ist als dem Wesen der Hypothek widersprechend nichtig (RG Gruch 58, 974). Dagegen kann das Recht auf Zwangsvollstreckung dahin eingeschränkt werden, daß der Gläubiger nicht selbst die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreiben, im übrigen aber Zwangsvollstreckungsakte (z. B. Zwangsverwaltung, Pfändung von Mietzinsen) vornehmen und in der von einem Dritten betriebenen Zwangsversteigerung des Grundstücks seine Hypothek geltend machen darf (RG Gruch 58, 975). Zulässig erscheint auch eine Hypothekbestellung mit der Vereinbarung, daß der Gläubiger sich zunächst an das Grundstück halten müsse, oder mit der Vereinbarung, daß der Gläubiger sich überhaupt nur an das belastete Grundstück halten dürfe (A 7 a. E.). — Da das Grundstück selbst nicht verklagt werden kann und im Vermögen des Eigentümers steht, muß dieser im Rechtsstreit die Parteirolle des Beklagten übernehmen. Gegen ihn ist also die Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück auszusprechen. Für die Forderung dagegen haftet das gesamte Vermögen des persönlichen Schuldners. Deshalb ist mit der Klage aus der Forderung gegen ihn, auch wenn er zugleich der Eigentümer ist, die Verurteilung zur Zahlung ohne Einschränkung auf einen Haftungsgegenstand zu verfahren. Die demgemäß zu stellenden Klageanträge — insbesondere auch für den Fall, daß die dingliche und die persönliche Klage gegen den Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, miteinander verbunden werden, — ergeben sich aus § 1147 A 4. Schon diese Ausführungen zeigen, daß die

Hypothek nicht als eine dem § 241 einzuordnende, im Falle der Nichterfüllung mit persönlichen Folgewirkungen versehene Verpflichtung des Eigentümers zur Zahlung mit Beschränkung seiner Haftung auf das Grundstück (sog. Realobligation) begründet ist, sondern daß sie lediglich das Grundstück mit der Verpflichtung belastet, aus ihm an den Gläubiger zu zahlen. Hierin zeigt sich die Dinglichkeit der Hypothek. Denn das Wesen jedes dinglichen Rechts besteht in der unmittelbaren Unterwerfung einer Sache unter die Herrschaft einer Person in bestimmter Beziehung (s. r.; **RG** 73, 143; 93, 236; **RZA** 11, 158). Bei der Geltendmachung der Hypothek durch Klage, Kündigung oder Mahnung (§§ 1141, 1156, 1160) vertritt der Eigentümer als Gegner nur notwendigerweise sein Grundstück. Zwar ist ihm durch § 1142 unter den dort bestimmten Voraussetzungen das Recht gewährt, durch Befriedigung des Gläubigers die Zwangsvollstreckung in das Grundstück abzuwenden. Ihm ist aber nicht die Verpflichtung hierzu auferlegt. Vielmehr hat er nur zu dulden, daß der Hypothekengläubiger zu seiner Befriedigung wegen der Hypothekensforderung die Zwangsvollstreckung in das Grundstück und in die für die Hypothek haftenden Gegenstände betreibt (**RG** 130, 385). Deshalb und weil dingliche Rechte an Grundstücken nur den im Gesetz zugelassenen Inhalt haben dürfen, ist die Eintragung einer Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers als solchen (im Gegensatz zum persönlichen Schuldner), den Hypothekengläubiger unter bestimmten Voraussetzungen zu befriedigen, unzulässig (**RZA** 11, 156). Da die Hypothek sonach kein schuldrechtlicher Anspruch ist, kann für sie zugunsten des Eigentümers (der nicht persönlicher Schuldner ist) auch keine Bürgschaft wirksam übernommen werden. Denn die Bürgschaft setzt nach § 765 eine schuldrechtliche Verbindlichkeit eines Dritten voraus, für die einzustehen der Bürge sich verpflichtet (**RG** 93, 236; § 765 A 3). Ferner ist die Bestellung einer Hypothek nicht als „Eingehung einer Verbindlichkeit“ im Sinne des BGB (z. B. des § 817 Satz 2 Halbf 1) zu erachten, da das Gesetz darunter nur die Begründung eines persönlichen Schuldverhältnisses versteht (§§ 364, 821, 1298, 1412 ff., 1415, 1531 ff., 1660) und die Hypothek eben eine rein dingliche Grundstücksbelastung ist (**RG** 73, 145; vgl. jedoch die nicht zutreffende Beurteilung von **RG** 68, 103 in **RG** 71, 435). Auch für die während seiner Besitzzeit fällig werdenden Zinsen haftet der Eigentümer nicht persönlich (Prot 3, 576). Immerhin ist der Anspruch aus einer Hypothek, da aus dem Grundstück zu zahlen ist, als auf eine „Leistung“ gerichtet anzusehen. Daher findet z. B., wenn der aus einer Hypothek verklagte Konkursverwalter im Konkurs des Eigentümers die Hypothekbestellung nach §§ 29 ff. **RO** einredeweise ansieht, § 41 Abs 2 **RO** (Verweigerung der Leistung nach Ablauf der Anfechtungsfrist) Anwendung (**RG** 95, 226). — Erlischt die Hypothek durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung (§§ 52, 91 **ZVG**), so tritt an ihre Stelle der Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse. Dieser Anspruch gilt aber nicht mehr als ein hypothekarisches Recht, da dieses eben erloschen ist und folglich eine hypothekarische Grundstücksbelastung nicht mehr besteht, sondern als ein Forderungsrecht, insbesondere auch hinsichtlich der Übertragung, der Pfändung und des Verzichts. Die für die frühere Hypothek gegebenen gesetzlichen Vorschriften können höchstens insoweit entsprechend angewendet werden, als nicht ihre Anwendung gerade dadurch ausgeschlossen wird, daß nicht mehr das Grundstück, sondern der Erlös den Gegenstand der Haftung bildet (**RG** 55, 264; 60 S. 224, 253; 63, 216; 64, 215; 65, 419; 70, 279; 125, 367; **ZB** 1906, 387¹³; § 1154 A 1; § 1168 A 1 und für die Höchstbetragshypothek **RG** 55, 222).

7. Wird eine Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt, so entsteht die Hypothek, anders als im Falle der Bestellung einer bedingten Hypothek (A 2), sogleich mit der Eintragung. Eine bereits entstandene, aber noch nicht fällige (z. B. gestundete) Forderung ist keine künftige (**RG** 144, 29). Deshalb fällt auch die für einen Werklohnanspruch (§ 631 Abs 1) bestellte Hypothek nicht unter § 1113 Abs 2, wenn der Werkvertrag abgeschlossen, das Werk aber noch nicht begonnen ist (**RG** **ZB** 1932, 1216¹⁵). Ist die Forderung auflösend bedingt, soll sie z. B. beim Tode des Gläubigers erlöschen (**RGZ** 23 A 238) oder ist ein Widerruf des Schenkungsversprechens, auf das sie sich gründet, vorbehalten (**RGZ** 29 A 245), so steht die Hypothek zunächst dem Gläubiger als wirkliche Hypothek zu. Tritt die Bedingung ein, so verwandelt sich die Hypothek mit dem Erlöschen der Forderung in eine Grundschuld des Eigentümers (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1; **RGZ** 33 A 242). Unter dem Gesichtspunkt der Hypothekbestellung für eine bedingte Forderung ist es auch zulässig, daß für eine schenkungsweise Zuwendung an eine Kirchengemeinde oder eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft eine Hypothek eingetragen wird, bevor die für die Zuwendung erforderliche behördliche Genehmigung (z. B. nach Art 86 **GG**, Art 6 § 1 **Pr.UGBWB**) erfolgt ist. Denn die nicht genehmigte Zuwendung ist nicht von vornherein nichtig, sondern ihre Wirksamkeit ist nur von der Erteilung der Genehmigung abhängig, so daß ein Schwebezustand, ähnlich wie bei einer Bedingung, besteht (**RG** 88, 339). Soll die Forderung erst künftig entstehen, wie dies bei Höchstbetragshypotheken (§ 1190) häufig der Fall ist, oder ist sie aufschiebend bedingt, so erlangt der Gläubiger die Hypothek erst mit der Entstehung der Forderung; bis dahin besteht sie als vorläufige, durch die Entziehung der Forderung auflösend bedingte Grundschuld des Eigentümers (**RG** 51, 43; 75, 250; 144, 28; **ZB** 1902 Weil 223²⁰; 1912, 402²⁴; **RGZ** 45, 290; 49 S. 217, 221; 52, 202; 53, 169; § 1190 A 3). Beispielsfälle: das hypothekarisch gesicherte Darlehn ist noch nicht gewährt, sondern erst zugesagt (**RG** 51, 43; **DRG** 14, 99; **ZB** 1926, 2581¹); gesichert wird eine durch vorzeitige Rückzahlung des Hauptkapitals oder durch unpünktliche Rückzahlung des Kapitals.

bedingte Entschädigungsforderung (RG Bruch 57, 154; RGZ 36 A 233; 49 S. 216, 221; 52, 201; DLG 39, 247); einem Altzinsler soll im Falle seines vom Eigentümer verschuldeten Fortzugs an Stelle der Altenteilsleistungen eine Forderung auf Zahlung einer Geldsumme zustehen (RGZ 53, 169); die hypothekarisch gesicherte Forderung entspringt einem anschließend bedingt abgeschlossenen Versicherungsvertrag (RG 144, 28). Ob und wie die Abtretung und Pfändung der in solchen Fällen zunächst vorhandenen Eigentümergrundschuld sich bewerkstelligen läßt, sagt § 1163 A 3. — § 1113 Abs 2 setzt, wie sich aus Abs 1 ergibt, voraus, daß die künftigen oder bedingten Forderungen eine fest bestimmte Höhe haben. Auch kann eine künftige Forderung nur dann Gegenstand der Sicherung durch Hypothek sein, wenn eine Rechtslage gegeben ist, die schon zur Zeit der Eintragung der Hypothek eine gewisse Gewähr dafür bietet, daß aus ihr in Zukunft eine Forderung entstehen werde (RGZ 37 A 280; 40, 145). Was in § 883 A 10 über den Begriff der „künftigen“ Forderung ausgeführt ist, gilt hier erst recht. Fälle der Bestellung von Verkehrshypotheken für künftige Darlehnsforderungen aus einem Abrechnungsverhältnis und für künftige Wechselforderungen aus einem Wechselverkehr behandeln RG 60, 243; JW 1906, 550¹⁹; 1908, 555²⁰. Für eine künftige Forderung, die mit ihrem Entstehen nach § 607 Abs 2 in ein Darlehen umgewandelt werden soll, kann sogleich eine Darlehnshypothek eingetragen werden (RG 21. 1. 4. 1931 V 214 und 273/30). Zulässig ist eine Hypothek für die (schon jetzt begründete) Forderung aus einem erst nach dem Tode des Schenkers zu erfüllenden Schenkungsversprechen, auch wenn der Widerruf vorbehalten ist (RGZ 29 A 244; 40 A 260); dagegen nicht für den künftigen Erbsanspruch der gesetzlichen Erben (DLG 14, 97; RGZ 40 A 260). Zulässig ist auch eine Vereinbarung der bei der Hypothekbestellung Beteiligten, daß die Forderung erst in der Person eines Abtretungsempfängers entstehen solle (RG Warn 1908 Nr 321; 1911 Nr 184; HRK 1932 Nr 235; § 1163 A 2). — Durch eine Vereinbarung, daß der Gläubiger im Falle der Nichtzahlung der fälligen Forderung seine Befriedigung zunächst aus dem belasteten Grundstück suchen soll, wird die Forderung nicht zu einer bedingten. Vielmehr enthält diese Vereinbarung lediglich eine zulässige Tilgungsbestimmung, die aber nicht eintragungsfähig ist, da sie die Hypothek als solche nicht berührt, sondern nur für die Geltendmachung der Forderung von Bedeutung ist (JW 1925, 802²¹; a. M. RZM 8, 63). Streitig ist, ob eine Vereinbarung, daß der Gläubiger sich überhaupt nur an das belastete Grundstück halten dürfe, zulässig ist. M 3, 611 schließen sie aus, weil dadurch die klare Grenzziehung zwischen Hypothek und Grundschuld verbunkelt werden würde, und meinen, daß dabei der Fall einer Hypothek nicht gegeben sei, vielmehr nur eine Grundschuld eingetragen werden könne. In RG 128, 145 ist die Frage unentschieden gelassen. Sie wird aber zu bejahen sein. Denn auch bei einer solchen Vereinbarung besteht eine Verpflichtung des Schuldners zur Leistung, also eine Forderung gegen ihn. Nur ist beim Ausbleiben der Leistung die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners auf einen einzelnen Vermögensgegenstand, nämlich das Grundstück, beschränkt. Es kann daher für eine so hinsichtlich des Haftungsgegenstandes beschränkte Forderung Hypothek bestellt werden, wenigstens dann, wenn der bestellende Eigentümer zugleich der Schuldner der Forderung ist. Eintragungsfähig ist aus dem bereits erwähnten Grunde auch diese Vereinbarung allerdings nicht. Die schuldrechtliche (persönliche) Klage gegen den Schuldner muß in einem solchen Falle die Einschränkung enthalten, daß die Zwangsvollstreckung nur in das Grundstück zulässig sein solle; die dingliche Klage zeigt keine Besonderheit.

§ 1114

Ein Bruchteil ¹⁾ eines Grundstücks kann mit einer Hypothek ²⁾ nur ³⁾ belastet werden ⁴⁾, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers ⁵⁾ besteht.

© I 1063 II 1023; M 3 638ff.; P 3 543f.

1. Da nach § 1114 ein Bruchteil mit einer Hypothek nicht belastet werden kann, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht, ist die Eintragung einer Hypothek auf einen Bruchteil, der kein Miteigentumsanteil ist, unzulässig (RG 117, 267). Der gesetzgeberische Grund hierfür ist, daß für derartige Belastungen nicht, wie für die Belastung des Anteils eines Miteigentümers, ein praktisches Bedürfnis besteht und ihre Ausschließung mit Rücksicht auf die Erleichterung der Grundbuchführung und der Zwangsversteigerung geboten ist (M 3, 640; RG 68, 79; RZM 4, 53). Daher kann weder der Alleineigentümer einen Bruchteil seines Grundstücks noch der Miteigentümer einen Bruchteil seines Miteigentumsanteils mit einer Hypothek belasten (RZM 3, 104; 4, 39; 16, 137). Auch der Miteigentümer zu einem Bruchteil, der den Anteil eines anderen Miteigentümers hinzuverwirbt, kann nunmehr, gleichviel ob er dadurch Alleineigentümer wird oder Teileigentümer bleibt, weder seinen früheren noch den hinzuverworbenen Bruchteil allein belasten (RZM 3, 104; 4, 39; 16, 137; RGZ 30 A 219; DLG 20, 407; 33, 329). Dies gilt auch dann, wenn die Eintragung über die Bestellung der Hypothek (z. B. für den Kaufpreis) an dem hinzuverworbenen Anteil bereits vor dem Übergang des Eigentums an diesem Anteil zu Stande gekommen ist. Denn die Hypothek kann erst nach der Eintragung des Eigentumsübergangs

eingetragen werden; zu dieser Zeit hat aber der Anteil schon aufgehört, ein selbständiger Anteil zu sein (RZM 3, 104; 4, 39; RÖZ 30 A 219). Dabei macht es keinen Unterschied, ob der frühere und der hinzuerworbene Bruchteil sich in völlig gleichem Rechtszustande befinden oder ob ihre Rechtsverhältnisse, namentlich ihre Belastungen und Rechtsbeschränkungen (z. B. hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Eigentümers) voneinander verschieden sind. Denn auch im letzteren Falle sind sie nach ihrer Vereinigung in einer Hand nicht mehr selbständige Miteigentumsanteile (RZM 4, 39). Daher ist auch dann die Eintragung der Hypothek nicht zulässig, wenn ein Miteigentümer den andern Miteigentumsanteil als Vorerbe erwirbt, ein Testamentvollstrecker ernannt ist und dieser eine Hypothek für einen Vermächtnisnehmer auf den bisherigen Anteil des Erblassers eintragen lassen will. Denn solange die Vorerbschaft dauert, gehört der Anteil des Erblassers dem Vorerben, und die Befugnisse des Testamentvollstreckers finden an der zwingenden Vorschrift des § 1114 ihre Schranke (RZM 16, 136). Ebensovienig kann ein Miteigentümer, der den andern Miteigentumsanteil als Vorerbe erworben hat, den vom Nachbenrecht unberührten Anteil noch besonders mit einer Hypothek belasten (HRN 1936 Nr 724). Unzulässig ist auch die Belastung eines (ideellen) Teils, der kein Bruchteil ist (RG 88, 26). Gehört also ein Grundstück zum Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand, z. B. zum Vermögen einer Gesellschaft (§§ 718, 719), zum Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1442, 1487, 1519, 1549) oder zum Nachlassvermögen einer Erbengemeinschaft (§§ 2033, 2040 Abs 1), so ist die Bestellung einer Hypothek am Anteil eines Mitberechtigten unstatthaft, da dem einzelnen Mitberechtigten ein Anteilsrecht zu einem Bruchteil nur an dem gesamten Vermögen, nicht an den einzelnen Gegenständen zusteht (RG 88, 26; 117, 267; RZM 1, 29; 3, 43; 4, 254; DLG 2, 27; 7, 321; 16, 341; 21, 38). Dies gilt auch dann, wenn die anderen Mitberechtigten ihre Zustimmung erteilen. Denn die Unzulässigkeit folgt nicht aus dem Fehlen der Verfügungsmacht, sondern aus der Art des Belastungsgegenstandes (RG 88, 27; RZM 3, 43; anders war die Rechtslage nach dem früheren preussischen Recht: RG 79, 392). Zulässig ist dagegen die Belastung eines körperlichen (realen) Teiles eines Grundstücks mit einer Hypothek. Nach der Ordnungsvorschrift des § 7 GBO, deren Nichtbeachtung aber die Eintragung der Hypothek nicht unwirksam macht (RG JW 1905, 319^a), ist allerdings der zu belastende Teil zunächst vom Stammgrundstück abzuschreiben und als selbständiges Grundstück zu buchen. Dabei sind die Bestimmungen in § 2 Abs 3 GBO zu befolgen.

2. Dasselbe wie für die Hypothek gilt nach §§ 1192, 1199 auch für die Grundschuld und die Rentenschuld. Für das dingliche Vorkaufsrecht und die Reallast sind in den §§ 1095, 1106 gleiche Vorschriften gegeben. Mit einem Erbbaurecht, einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann nach der Natur dieser Rechte ein Bruchteil überhaupt nicht belastet werden. Wohl aber mit einem Nießbrauch (§ 1030 „Sache“; M 3, 494). Streitig ist, ob § 1114 auch auf eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek entsprechend anzuwenden ist. Dies ist zu bejahen. Denn die Schwierigkeiten der Grundbuchführung und der Zwangsversteigerung, die § 1114 verhüten will (A 1), könnten auch durch die Eintragung einer Vormerkung auf einen vom Verbot des § 1114 betroffenen Teil (A 1) entstehen. Überdies werden im Zwangsversteigerungsverfahren (§§ 48, 119, 120, 124, 125 ZPO; vgl. auch §§ 24, 193 RD) Vormerkungen wie eingetragene bedingte Rechte berücksichtigt. Daher kann z. B. bei ungeteiltem Nachlaß auch eine Vormerkung auf den Anteil eines Miterben an einem zum Nachlaß gehörigen Grundstück nicht eingetragen werden (RZM 4, 253), und zwar selbst dann nicht, wenn sämtliche Miterben die Eintragung bewilligen sollten (A 1).

3. Aus den Worten „kann nur“ folgt: Eine von § 1114 nicht zugelassene Belastung eines Bruchteiles oder eines Teiles, der kein Bruchteil ist (A 1), entbehrt der Rechtswirksamkeit. Erfolgt sie trotzdem, so stellt sie eine ihrem Inhalt nach unzulässige Eintragung im Sinne des § 53 Abs 1 Satz 2 GBO dar, auf die sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht erstreckt (RG 88, 21; RZM 3, 92; DLG 16, 342; 20, 407; 21, 38; 30, 18; 40, 57). Sie wird auch nicht nachträglich, etwa nach § 185 Abs 2, dadurch wirksam, daß der Bruchteil durch späteren Erwerb zu einem Miteigentumsanteil wird. Denn die Unzulässigkeit beruht nicht auf einem Mangel der Verfügungsmacht, sondern auf der Art des Belastungsgegenstandes (RG 88, 21; A 1). Vorbehalte für die Landesgesetzgebung: Art 112 GG (Wahneinheiten); Art 113 GG (Zufammenlegung; DLG 4, 314; RÖZ 32 A 228). Leihhypotheken des bairischen und des rheinisch-französischen Rechts behandelt RG 60, 310.

4. Der rechtsgeschäftlichen Belastung mit einer Hypothek steht nach den §§ 864 Abs 2, 932 ZPO die Eintragung einer Zwangshypothek oder einer Arresthypothek gleich. Daher kann auch eine Zwangshypothek oder eine Arresthypothek nicht eingetragen werden z. B. auf den Anteil eines Miterben an einem zum ungeteilten Nachlaß gehörigen Grundstück (RZM 1, 29; DLG 2, 27; 7, 321; 39, 246; SeuffA 63 Nr 251); eines Ehegatten an einem zum Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft gehörigen Grundstück (DLG 16, 341). Streitig ist, ob im Falle der Zwangsversteigerung eines Miteigentumsanteils auf Ersuchen des Vollstreckungsrichters eine Sicherungshypothek für die Forderung gegen den Ersteher gemäß § 128 ZPO auf den versteigerten Anteil

auch dann eingetragen werden darf, wenn der andere Miteigentümer den Anteil ersteigert hat und so Alleineigentümer des Grundstücks geworden ist. Dies ist zu bejahen. Allerdings entsteht die Sicherungshypothek nach § 128 Abs 3 ZBG erst mit der Eintragung. Aber aus den §§ 90—92 in Verbindung mit § 128 Abs 1 und § 131 ZBG ergibt sich, daß der Ersteher das Grundstück, also auch einen ersteigerten Bruchteil, für den Fall der Nichtzahlung des Versteigerungserlöses belastet mit der Sicherungshypothek erwerben soll und daß zur Durchführung dieses Gesetzeswillens der Vollstreckungsrichter das Grundbuchamt gleichzeitig zu ersuchen hat, den Ersteher als Eigentümer einzutragen und die Eintragung der Sicherungshypothek zu bewirken. Gegenüber diesen Sondervorschriften, aus denen erhellt, daß der Eigentumsübergang auf den Ersteher seine volle Wirkung erst erlangt, wenn auf Ersuchen des Vollstreckungsrichters die aus der Kaufgelberverteilung sich ergebenden Eintragungen im Grundbuch vorgenommen werden, kann § 1114 BGB nicht Platz greifen. Die Ansicht, daß in einem solchen Falle die Sicherungshypothek auf das ganze Grundstück eingetragen werden könne und müsse, ist nicht zu billigen. Denn der Gläubiger würde dadurch eine größere Sicherheit erlangen, als er nach dem Gesetz beanspruchen kann (RG 94, 156; JW 1933, 626¹²; a. M. RM 3 S. 92, 255). In sinngemäßer Anwendung dieser Grundsätze läßt JW 1935, 3647²⁴ die Belastung des auf Grund einer Vermögensübernahme (§ 419) übereigneten Grundstücksbruchteils mit einer Zwangshypothek für einen Gläubiger des Übereigners auch dann noch zu, wenn der für die Schuld mithaftende Übernehmer durch die Übereignung des Bruchteils zum Alleineigentümer des ganzen Grundstücks geworden ist. — Ein Miteigentumsanteil kann auch für sich allein wegen einer auf dem ganzen Grundstück ruhenden Hypothek aus der Pfandhaft entlassen werden (RG 61, 397; 81, 83; RGZ 27 A 146). Das gilt selbst dann, wenn das Miteigentum erst durch die Veräußerung eines Bruchteils des mit der Hypothek belasteten Grundstücks durch den früheren Alleineigentümer entstanden ist. Denn auch dann gelten die nunmehr vorhandenen Miteigentumsanteile als selbständige Grundstücke; die Hypothek ist also eine Gesamthypothek (§ 1132; RGZ 30 A 259). Dagegen ist die Pfandenlassung eines nicht in einem Miteigentumsanteil bestehenden Bruchteils des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks (z. B. bei bestehendem Alleineigentum) nicht statthaft, da dadurch der andere Bruchteil unzulässig mehr, also neu belastet werden würde (RGZ 21 A 116; 27 A 146).

5. Die **Miteigentumsanteile** sollen nach § 47 GBD im Grundbuch in Bruchteilen angegeben sein. Ist dies nicht der Fall, so hat der Grundbuchrichter die Eintragung einer Hypothek auf einen Anteil abzulehnen (RG 54, 86; RGZ 20 A 304; 21 A 110; 27 A 147; DLG 4, 327; 6, 488). Jedoch eine unter Verstoß gegen diese Ordnungsvorschrift bewirkte Hypothekeneintragung nicht unwirksam (RG 54, 86). Streitig ist, ob der Eigentümer, der dadurch Alleineigentümer geworden ist, erworben hat, die nur auf dem einen Anteil haftende Hypothek auf den anderen Anteil erstrecken kann. In RG 68, 79 ist dies entgegen RGZ 26 A 286 jedenfalls dann für zulässig erachtet, wenn dingliche Rechte, die der auf das ganze Grundstück zu erstreckenden Hypothek im Range gleich- oder nachstehen, nicht vorhanden sind oder wenn die Inhaber solcher Zwischenrechte der Erstreckung zustimmen. Darauf hat RGZ 36 A 237 die Erstreckung allgemein und ohne Rücksicht auf das Vorhandensein oder die Zustimmung von Zwischenberechtigten zugelassen. Das erscheint, wenn man eine Erstreckung überhaupt für zulässig hält, folgerichtig. Denn das Verbot des § 1114 bezieht sich auf den Belastungsgegenstand. Ein untauglicher Belastungsgegenstand kann aber nicht deshalb als ein tauglicher gelten, weil keine Zwischenrechte vorhanden sind oder die Inhaber der vorhandenen Zwischenrechte ihre Zustimmung zur Eintragung erteilen. Die an sich zweckmäßig erscheinende Zulassung läßt sich damit rechtfertigen, daß die Erstreckung zur Belastung des ganzen Grundstücks wegen derselben Hypothekenforderung führt und daher die Belastung (nur) eines (nicht mehr einen Miteigentumsanteil darstellenden) Bruchteils nicht zur Folge hat. Erlangt der Miteigentümer, auf dessen Anteil eine Hypothek eingetragen worden ist, demnächst das Alleineigentum an dem ganzen Grundstück, so bleibt die Hypothek an dem Anteil bestehen. Nach § 864 Abs 2 ZBG ist die Zwangsvollstreckung wegen der Hypothek in den Bruchteil zulässig (RG 94, 157; Warn 1911 Nr 11; DLG 40, 58). Auch wenn eine Hypothek je auf die Anteile der Miteigentümer besonders eingetragen worden ist und dann die Miteigentümer das Grundstück unter sich real teilen und das Teilstück des einen Miteigentümers auf ein neues Grundbuchblatt übertragen wird, bleibt die Hypothek so, wie sie bisher auf den Anteilen am ganzen Grundstück bestand, auf den Anteilen an den Teilstücken bestehen und ist so auch auf das neue Grundbuchblatt mitzubetragen (DLG 40, 57). Ist ein Grundstücksbruchteil durch Veräußerung an einen gutgläubigen Erwerber von einer gelöschten, aber aufzuwertenden Hypothek frei geworden, so bleibt der nicht veräußerte Bruchteil für den vollen Aufwertungsbetrag verhaftet. Wird das Grundstück alsdann von den Miteigentümern gemeinschaftlich weiter veräußert, dergestalt, daß wiederum mehrere Personen, aber ohne den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, Miteigentum zu Bruchteilen erwerben, so steht § 1114 der Annahme nicht entgegen, daß die Aufwertungslast nunmehr auf den neuen Eigentumsbruchteilen zu entsprechenden Anteilen lastet (RG HR 1929 Nr 835).

§ 1115

Bei der Eintragung der Hypothek¹⁾ müssen²⁾ der Gläubiger³⁾, der Geldbetrag der Forderung⁴⁾ und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz⁵⁾, wenn andere Nebenleistungen⁶⁾ zu entrichten sind, ihr Geldbetrag⁶⁾ im Grundbuch angegeben werden; im übrigen⁷⁾ kann zur Bezeichnung der Forderung⁸⁾ auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden⁹⁾.

Bei der Eintragung der Hypothek für ein Darlehen einer Kreditanstalt, deren Satzung von der zuständigen Behörde öffentlich bekannt gemacht worden ist, genügt zur Bezeichnung der außer den Zinsen satzungsgemäß zu entrichtenden Nebenleistungen die Bezugnahme auf die Satzung¹⁰⁾.

§ 1 1064 II 1024; M 3 640 ff.; P 3 544 ff.

1. Die Eintragung der Hypothek hat im allgemeinen, wie sich aus den §§ 873, 1113 ergibt, in der Weise zu erfolgen, daß aus dem Grundbuch alles ersichtlich ist, was zur Begründung der hypothekarischen Belastung erforderlich ist und für die Erkennbarkeit der Belastung nach ihrem Inhalt und Umfang Bedeutung hat (M 3, 640; RZM 12, 247; RGZ 26 A 280; 28 A 259; 34 A 279; 35 A 274). So ist z. B. bei bedingten Hypotheken auch die Bedingung einzutragen (§ 874 A 4; § 1113 A 2). Jedoch braucht nicht alles in den Eintragungsvermerk selbst aufgenommen zu werden. Vielmehr genügt in den Grenzen des § 874 eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Da aber § 874 die Bezugnahme nur „zur näheren Bezeichnung des Rechtes“ gestattet, können z. B. Verfügungsbeschränkungen (Bedingung, Konturs, Bestellung eines Testamentsvollstreckers, Nachbarschaft), ein vereinbartes Rangverhältnis (§ 879 Abs 3), der Rangvorbehalt (§ 881 Abs 2) nicht durch Bezugnahme zur Eintragung gebracht werden (A 7). § 1115 gibt nun für die Eintragung der Forderung, die nach dem Befehl der Hypothek (§ 1113) für ihr Bestehen notwendig ist, eine Sonderbestimmung dahin, daß gewisse Merkmale der Forderung im Eintragungsvermerk selbst enthalten sein müssen und daß nur im übrigen die Eintragung der Forderung durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig ist. § 1115 hat aber nur für die Art und Weise der Eintragung maßgebende Bedeutung. Ob abgesehen hiervon eine bewilligte hypothekarische Eintragung ihrem Inhalt nach zulässig ist, bestimmt sich nach § 1113 (RGZ 35 A 274, 280; 36 A 233; DVG 9, 310; 18 C. 161, 186).

2. Aus dem Worte „müssen“ folgt: Die Hypothek ist nichtig, wenn die im Abs 1 Halbs 1 bezeichneten Merkmale der Forderung nicht im Eintragungsvermerk selbst enthalten sind, mag auch ihretwegen auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen worden sein (MG 108, 149; 113, 229; 127, 312). Die unter einer unzulässigen Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung eingetragene Hypothek besteht auch nicht als Eigentümergrundschuld, da diese eine rechtsgültig begründete Hypothek zur Voraussetzung hat. Eine so eingetragene Hypothek ist vielmehr gemäß § 53 Abs 1 Satz 2 GBD von Amts wegen zu löschen (§ 873 A 10; § 874 A 2). Jedoch macht die Nichteintragung des Zinssatzes oder sonstiger Nebenleistungen nur das Nichteingetragene nichtig, nicht die ganze Hypothek (MG 113, 229). Eine bloße Unrichtigkeit der Einschreibung (z. B. die fälschliche Bezeichnung einer Hypothek als Grundschuld) berührt dagegen die Rechtswirksamkeit der Belastung als solcher nicht (MG JW 1898, 272⁴²; 1902 Weil 232). Nach MG 113, 230 und JW 1926, 993³ macht sogar die Angabe eines unrichtigen Berechtigten die Eintragung, sofern nur über die Persönlichkeit des eingetragenen Berechtigten kein Zweifel besteht, nicht im Sinne des § 53 Abs 1 Satz 2 GBD inhaltlich unzulässig. Das gilt auch dann, wenn im Eintragungsvermerk auf die den richtigen Berechtigten bezeichnende Eintragungsbewilligung Bezug genommen ist. Denn diese Bezugnahme erstreckt sich nicht auf die Person des Gläubigers, sondern nur auf andere, nicht besonders eintragungsbedürftige und deshalb auch nicht besonders eingetragene Einzelheiten der Forderung (MG HRN 1933 Nr 1654). Für die Sicherungshypothek ist § 1184 Abs 2 zu beachten.

3. Daß gerade der Name des Gläubigers angegeben wird, ist vom Gesetz nicht als wesentlicher Bestandteil der Einschreibung erfordert. Es genügt daher nach materiellem Recht auch eine Bezeichnung ohne Namensangabe, wenn nur daraus die Person des Gläubigers zweifelsfrei zu entnehmen ist (M 3, 641; MG 72, 40; Warn 1915 Nr 286; RZM 2, 148; 4 C. 130, 257; DVG 26, 130; 27, 242; für Gesamthypotheken SeuffM 86 Nr 166). Regelmäßig wird allerdings bei natürlichen Personen Vor- und Familienname sowie Stand und Wohnort einzuschreiben sein. Dies war auch schon früher meist von den Landesjustizverwaltungen den Grundbuchämtern vorgegeschrieben (MG 72, 40; RGZ 23 A 127; 29 A 182; 39 A 223; RZM 4, 130; DVG 3, 229; 23, 320) und ist jetzt im § 15 Abs 1 a der Grundbuchverordnung des Reichsjustizministers v. 8. 8. 1935 einheitlich für das Reichsgebiet angeordnet. Eine geschiedene Frau behält den Stand (d. i. sozialen Stand, nicht Familienstand: RGZ 42, 179) ihres früheren Ehemanns solange, bis sie durch den Eintritt neuer Umstände (Ergreifung eines eigenen Berufs, Wiederverheiratung) einen anderen Stand erlangt; zur Vermeidung der Irrführung über den Familienstand ist aber

ein Hinweis auf die Ehetrennung, z. B. durch das Wort „frühere“, erforderlich (RGZ 51, 140). Bei juristischen Personen und Handelsgesellschaften ist zur Bezeichnung des Gläubigers der Name oder die Firma und der Sitz im Grundbuch anzugeben (§ 15 Abs 1 b der GrundbVerf v. 8. 8. 1935). Bei Eintragungen für den Fiskus, eine Gemeinde oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts kann ferner auf Antrag des Berechtigten der Teil seines Vermögens, zu dem die Hypothek gehört, oder die Zweckbestimmung der Hypothek durch einen dem Namen des Gläubigers in Klammern beizufügenden Zusatz bezeichnet werden (§ 15 Abs 2 GrundbVerf). Trotz Nichtbeachtung dieser Vorschriften ist aber die Hypothekeneintragung rechtsgültig, wenn der Gläubiger anderweit bestimmt bezeichnet ist. Das gilt insbesondere bei der Eintragung einer Hypothek für einen Einzelkaufmann unter seiner Firma. Zwar bietet eine solche Eintragung namentlich in Anbetracht eines möglichen Wechsels des Firmeninhabers keine genügende Gewähr für die fortdauernde Klarheit der Gläubigereintragung und soll daher vom Grundbuchamt nicht vorgenommen werden (Str.; RZM 3, 196; RGZ 26 A 135; 37 A 227; 38 A 229; DLG 10, 230; 23, 320; FFG 2, 313; a. M. DLG 5, 254). Ist sie aber erfolgt, so bewirkt sie nicht die Nichtigkeit der Hypothek, da durch die Firmeneintragung der Inhaber der Firma als Gläubiger ausreichend bestimmt wird (RG 72, 40; Warn 1915 Nr 286; RGZ 26 A 138; 38 A 230; DLG 5, 255; 45, 204). Wie Miterben, die eine ererbte Firma fortführen, einzutragen sind, erörtert DLG 21, 311. Ist eine Hypothek unrichtig für einen Vertreter (Organ einer juristischen Person, z. B. Regierung in K, Kirchenvorstand, Polizeibehörde: Ceuffl 57 Nr 211; RGZ 39 A 210; 51, 244) oder für eine Vermögensmasse statt auf den Namen des wirklichen Gläubigers eingetragen worden, so ist die Hypothek nicht richtig, sofern der (wahre) Gläubiger sich mit genügender Bestimmtheit aus der Eintragung ergibt. So ist z. B. eine Hypothek nicht richtig, bei der als Gläubiger eingetragen ist: der Bevollmächtigte statt des Geschäftsherrn, des allein zeichnungsberechtigten Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft statt dieser Gesellschaft (RG 79, 74; FZ 1898, 272^{4a}); eine bereits zur Einzelfirma gewordene offene Handelsgesellschaft (RG HR 1931 Nr 1316; 1936 Nr 1276); ein Treuhänder statt der eigentlichen mehreren Gläubiger (RG 79, 121; DLG 18, 186; FZ 1933, 2464²; über die Notwendigkeit der Angabe der Treugeber FFG 8, 352; über die grundsätzliche Unzulässigkeit des „Treuhänder“zusatzes FFG 14, 333; 16, 291); eine Konkursmasse statt des Gemeinschuldners (Ceuffl 44 Nr 79; DLG 5, 7; 15, 329; 27, 243); ein Testamentvollstrecker oder ein Nachlasspfleger oder eine Nachlassmasse, vertreten durch die Testamentvollstrecker, statt der Erben (RZM 2, 241; RGZ 34 A 276; 36 A 226; 40 A 203; DLG 7, 375; 20, 416; 26, 126); eine Kommunalsparkasse statt des Kommunalverbandes (RG 34, 3; 64, 400; 68, 278; RGZ 28 A 71; DLG 4, 488; 8, 205; 9, 360; 24, 244; FZ 1938, 2407¹⁶; § 894 U 1 c); die Firma der Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft statt der Firma der Hauptniederlassung (RG 62, 7; FZ 1904, 297²⁷; RZM 4 S. 47, 224; 7, 148; DLG 9, 351, wo angenommen ist, daß eine von der Zweigniederlassung erworbene Hypothek richtig für die Zweigniederlassung eingetragen wird, wenn diese eine eigene, von der Firma der Hauptniederlassung abweichende Firma hat). Hinreichend bestimmt ist die Gläubigereintragung auch dann, wenn eine Hypothek eingetragen wird für noch unbekannte Erben (nicht den Nachlaß: RGZ 42, 223) oder Nach-erben eines bestimmten Verstorbenen (RG 72, 40; RZM 4 S. 131, 256; RGZ 23 A 128; 36 A 226; 40 A 203; 42, 224; DLG 6, 475). In den §§ 126, 128, 130 BGB ist die Eintragung einer Sicherungshypothek für einen unbekannteten Berechtigten wegen der auf ihn übertragenen Forderung gegen den Erstecher ausdrücklich zugelassen. Dagegen ist die Eintragung einer Hypothek für einen oder den anderen Gläubiger (alternativ) wegen mangelnder Bestimmtheit unzulässig (§ 1113 U 3).

— Von der Frage, wie der Gläubiger eingetragen werden muß, ist zu scheiden die Frage, **wer Gläubiger einer Hypothek sein kann.** Für Personenvereinigungen, die zwar keine juristischen Personen sind, aber nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift unter ihrem Gesamtnamen (Firma) Rechte erwerben können, wie offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften (§§ 124, 161 Abs 2 HGB), kann eine Hypothek bestellt werden (RZM 10, 153). Dasselbe ergibt sich für die Aktiengesellschaften, die Kommanditgesellschaften auf Aktien, die Gesellschaften m. b. H., die Genossenschaften aus den §§ 48, 219 AktG (früher §§ 210, 320 HGB), § 13 GmbHG, § 17 GenG. Dagegen kann ein nichtrechtsfähiger Verein oder eine Gesellschaft des BGB (§§ 54, 705 ff.) nicht Gläubiger einer Hypothek sein, da ihnen die selbständige Rechtspersönlichkeit fehlt (RG FFG 3, 4; RZM 9, 238; 10, 153; RGZ 24 A 86; 39 A 176; DLG 5, 7). Hier können nur die Mitglieder in ihrer Vereinigung das Gläubigerrecht erwerben. Sie sind dann namentlich als Gläubiger einzutragen mit einem Zusatz nach § 47 GBD (RG FFG 3, 3). Die Eintragung der Hypothek für den „Verein X“ oder für die „jeweiligen Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins X“ erhebt diese namentliche Eintragung der Mitglieder nicht und ist wegen Fehlens der grundbuchrechtlich zu erfordernden Bestimmtheit und Klarheit nichtig (RG 127, 309). Ebenso wenig kann Gläubiger sein: eine Stiftung, die erst durch behördliche Genehmigung Rechtspersönlichkeit erlangen kann und der Genehmigung ermangelt (RG 88, 88; über ihre Eintragung als Nacherin unten); eine Heederei (RGZ 40 A 89). Soll eine Hypothek Bestandteil eines solchen unselbständigen Zweckvermögens sein (§ 718), so ist sie für die Gesamtheit der Mitglieder unter Kennzeichnung des zwischen ihnen bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses (§ 47 GBD) einzutragen. Gleiches

gilt von Vermögensmassen, die nur durch eine einheitliche Zweckbestimmung in sich zusammengeschlossen sind und deren Inhaber gewissen Verfügungsbeschränkungen unterliegt, z. B. von der Kontursmasse (DVG 5, 7; 15, 330), der Nachlassmasse (RZM 2, 241), dem Fideikommiß (RÖZ 14, 152). Nur für den Inhaber der Vermögensmasse (Gemeinschuldner, Erbe, Fideikommißbesitzer) kann eine Hypothek bestellt werden. Bei ihrer Eintragung ist ein die Verfügungsbeschränkung kennzeichnender Vermerk hinzuzufügen (DVG 7, 375; RÖZ 36 A 227). Daß aber unrichtige Eintragungen, die diesen Grundfakten nicht entsprechen, gleichwohl rechtsbeständig sein können, ist bereits oben und in A 2 dargelegt. Mehrere Personen können Gläubiger einer Hypothek sein, wenn sie hinsichtlich der Forderung Gesamtberechtigte (Gesamtgläubiger im Sinne des § 428) sind oder in einer Gemeinschaft zur gesamten Hand (z. B. eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft) stehen (§ 1113 A 3). Zulässig ist auch die Bestellung einer Hypothek für mehrere Berechtigte in einer Bruchteilsgemeinschaft, z. B. für Eheleute zu gleichen Rechten und Anteilen (RÖZ 31, 313; DVG 45, 295). Bei der Eintragung sind sie sämtlich mit Bestimmtheit zu bezeichnen (RÖZ 29 A 182); nach der Ordnungsvorschrift des § 47 GBD, deren Verletzung die Eintragung nicht nichtig macht (RÖZ 23 A 225), ist das Gemeinschaftsverhältnis zu vermerken (RÖZ 46, 228; 50, 167; ZFG 14, 333; für Treuhändergemeinschaft ZW 1933, 2464²). Sind im Falle der Erbengemeinschaft Testamentarvollstrecker ernannt, so ist auch dies nach der Ordnungsvorschrift des § 52 GBD zu vermerken, und zwar ohne Namensnennung, da die Testamentarvollstrecker wechseln können (RÖZ 36 A 189; 40, 193; 50, 168). Besteht ein solches Rechtsverhältnis nicht, so kann eine einheitliche Hypothek für mehrere Gläubiger nicht bestellt werden, da dann jedem Teilhaber für sich eine selbständige Forderung zusteht (RZM 4, 246; DVG 45, 239; RÖZ 20 A 102; 26, 129; § 1113 A 3; a. M. RZM 6, 151). So ist z. B. die Bestellung einer einheitlichen Hypothek für mehrere Wechselindossanten oder für mehrere Bürgen zur Sicherung ihrer Rückgriffsansprüche nicht zulässig (§ 1113 A 3). Dagegen ist statthaft die Bestellung einer Hypothek mit auflösender Befristung für den einen und mit aufschließender Befristung für den anderen Gläubiger (§ 1113 A 3). Für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks kann eine Hypothek nicht bestellt werden. Denn abgesehen von der Unbestimmtheit der Gläubigerbezeichnung wäre bei einer solchen Eintragung in Wirklichkeit das Grundstück der Berechtigte. Das Gesetz hat aber die Begründung eines hypothekarischen Rechts als eines subjektiv-dinglichen abweichend von der Regelung bei dem Vorkaufrecht und der Reallast (§§ 1094, 1105) nicht zugelassen (RZM 4, 257). Noch nicht Geborenen kann nach § 1 mangels ihrer Rechtsfähigkeit eine Hypothek in der Regel nicht zustehen. Aus den §§ 331 Abs 2, 2101, 2105, 2162, 2178 folgt aber, daß das Gesetz noch unzeugten Nachkommen (Abkömmlingen) einer bestimmten Person Rechtspersönlichkeit zwar nicht allgemein, aber doch insoweit beilegt, als es sich um Erwerb und Sicherung von Rechten handelt, die ihnen als Dritten in einem Vertrag oder als Macherben oder Vermächtnisnehmern in einer letztwilligen Verfügung rechtmäßig zugewiesen worden sind (M 3, 641; RW 61, 356; 65, 280; RÖZ 29 A 153). In den daraus sich ergebenden Grenzen, insbesondere zur Sicherung der zugewiesenen Rechte, kann auch eine Hypothek für die noch nicht erzeugte Nachkommenschaft eingetragen werden, namentlich wenn dies bei der Zuweisung bestimmt ist (RW 61, 356; 65, 281; RÖZ 29 A 155; a. M. RÖZ 20 A 243). Ferner kann eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Nachkommen auf Einräumung einer Hypothek für ein Vermächtnis eingetragen werden (RZM 3, 136). Auch wer schon erzeugt, aber noch nicht geboren ist (Leibesfrucht: § 1912), kann eine Hypothek nur durch Wahrnehmung solcher Rechte erlangen, für die ihm das Gesetz durch Sondervorschriften (§§ 844, 1592, 1717, 1918, 1923, 1963, 2043, 2141, 2178) ausnahmsweise (§ 1) Rechtspersönlichkeit gewährt (RZM 2, 117). Nach ähnlichen Grundfakten (§§ 84, 1923 Abs 2, 2101 Abs 2, 2105 Abs 2, 2108) kann eine Stiftung, die als Macherbin eingesetzt ist, bei einer Nachlasshypothek als Macherbe eingetragen werden, bevor sie genehmigt ist (RÖZ 28 A 85; 42, 224). Vorausgesetzt ist aber in allen diesen Fällen, daß ein Organ vorhanden ist, das für die Berechtigten die Hypothek durch Einigung mit dem Besteller (§ 873) erwerben kann (RÖZ 34 A 276; 42, 224). Ist ein Pfleger für die Nachkommenschaft bestellt, so kann durch ihn auch im Wege der Umsetzung des unmittelbar zugewiesenen anderen Vermögenswerts eine Hypothek für die Nachkommenschaft erworben werden (RW 65, 278; RÖZ 29 A 156). — Bei der Eintragung der Hypothek hat der Grundbuchrichter nicht nachzuforschen, ob die in der Eintragungsbewilligung als Gläubiger angegebene natürliche oder juristische Person tatsächlich oder rechtlich vorhanden ist. Er hat sich genügen zu lassen, daß der als Gläubiger Bezeichnete nach der Bezeichnung eine natürliche oder juristische Person ist. Beanstanden darf er die Eintragung nur dann, wenn die Unrichtigkeit der Bezeichnung gerichtlich festgestellt ist oder aus den Grundakten sich ergibt (RZM 3, 199; 10, 153; RÖZ 24 A 83; 28 A 75; 36 A 226; DVG 5, 7; 8, 204; 18, 159; RW ZFG 3, 4), oder wenn es sich ersichtlich um einen nicht Rechtsfähigen (z. B. einen Verstorbenen) handelt (DVG 23, 323).

4. Unter dem im Eintragungsbetmerk anzugebenden **Geldbetrag der Forderung** ist das Kapital in einer zahlenmäßig bestimmter Summe zu verstehen, so daß sich der Umfang der Belastung ohne weiteres aus dem Grundbuch ergibt (RW 104, 355; 108, 148). Die Angabe von Merkmalen für die Höhe der Forderung, aus denen eine Summe berechnet werden kann (z. B.

daß die Hypothek für ein Darlehn in gewissen Pfandbriefen bestellt sei), genügt nicht (RGZ 36 A 231). Nach § 28 WBO sind in der Eintragungsbewilligung oder im Eintragungsantrag die einzutragenden Geldbeträge in Reichswährung anzugeben. Das Grundbuchamt hat daher, wenn dies nicht geschehen ist, die Eintragung abzulehnen (RG 106, 81). Eine unter Verletzung dieser Ordnungsvorschrift vom Grundbuchamt vorgenommene Eintragung des Geldbetrags in einer anderen Währung (z. B. einer ausländischen oder in einer nicht mehr bestehenden inländischen) macht aber die Hypothek nicht nichtig (R 3, 642). Die WD über die Eintragung von Hypotheken in ausländischer Währung v. 13. 2. 1920 gestattete, daß bis zum 31. 12. 1925 mit Einwilligung der Landeszentralbehörde (rechtliche Bedeutung dieser Einwilligung: RG 157, 120) bei der Eintragung einer Hypothek für eine in ausländischer Währung zu zahlende Forderung (sog. Valutahypothek) der Geldbetrag in ausländischer Währung angegeben sowie die Währung einer eingetragenen Hypothek in eine ausländische umgewandelt und eine Grundschuld in ausländischer Währung eingetragen werden konnte. Durch RGef v. 18. 12. 1925 wurde die Geltungsdauer dieser WD bis zum 31. 12. 1928, durch RGef v. 17. 12. 1928 bis zum 31. 12. 1929 verlängert. Nach dem RGef v. 12. 3. 1931 (RGBl 1, 31) dürfen nach dem 31. 12. 1929 neue Eintragungen in ausländischer Währung grundsätzlich nur noch vorgenommen werden, wenn sie der Ausführung eines vor diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Vertrags dienen; zugleich ist bestimmt, daß eingetragene Belastungen in ausländischer Währung nicht deshalb unwirksam sind, weil dem Währungsbetrag eine Goldwertklausel beigelegt ist. Im übrigen vgl. hierüber sowie über die sog. Goldklausel und die Kursgarantieklausel A 8. Bei der Eintragung einer wertbeständigen Hypothek (§ 1113 A 4) ist der Geldbetrag durch Art und Menge der Ware zu bezeichnen, deren Preis als Maßstab gewählt ist (RGef über wertbeständige Hypotheken v. 23. 6. 1923 § 3). — Fehlt die Angabe des Kapitalbetrags überhaupt, so ist die Eintragung ihrem Inhalt nach unzulässig und gemäß § 53 Abs 1 Satz 2 WBO von Amts wegen zu löschen. Der im Eintragungsvermerk angegebene Geldbetrag stellt, abgesehen von den Nebenleistungen, den Höchstbetrag der Belastung dar. Auch wenn etwa die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung eine Bestimmung enthielte, aus der eine Belastung mit einem höheren Kapitalbetrag zu folgern wäre (z. B. wenn bei einer Pfandbriefhypothek dort bestimmt ist, daß das Pfandbriefdarlehn in Pfandbriefen zurückzuzahlen sei, und diese nach ihrem Kurse eine höhere Anschaffungsaufwendung erfordern), kann Befriedigung aus dem Grundstück nur in Höhe des eingetragenen Kapitalbetrags verlangt werden (RG 20, 220; 38, 228; 108, 148; Gruch 36, 1094; RGZ 16, 133). — Nach § 14 HypBankG v. 13. 7. 1899 sind die hypothekarischen Darlehen der Hypothekbanken in Geld zu gewähren. Jedoch ist auch die Darlehensgewährung in Hypothekendarlehen der Bank zum Nennwert zulässig, wenn die Satzung der Bank sie gestattet und der Schuldner ausdrücklich zustimmt. Dann muß aber dem Schuldner das Recht eingeräumt werden, die Rückzahlung der Hypothek nach seiner Wahl in Geld oder in Hypothekendarlehen derselben Wattung nach dem Nennwert zu berichtigen. Letzterenfalls kann der Nennbetrag der gewährten Hypothekendarlehen nach Maßgabe des Ges über die Ausgabe wertbeständiger Schulverreibungen auf den Inhaber v. 23. 6. 1923 wertbeständig ausgedrückt werden. Die Eintragung eines solchen hypothekarisch zu sichernden Darlehens erfolgt mit der Zahlungsbestimmung, daß das Pfandbriefdarlehn nach Wahl des Schuldners (Wahlrecht im Sinne der §§ 262 ff.) in Geld oder in Pfandbriefen zurückzugewähren ist. Streitig ist, ob in Anbetracht des wechselnden Kurses der Pfandbriefe die Eintragung der Hypothek nach dem für das Liegenschaftsrecht geltenden Bestimmtheitsgrundsatz auch dann noch zulässig ist, wenn dem § 14 zuwider die Verpflichtung zur Rückgewähr nur in Pfandbriefen festgesetzt ist. Entgegen der herrschenden Meinung wird dies in ZFG 1, 456 sowie 1, 469 bejaht, weil die Zuwiderhandlung gegen § 14 die Vereinbarung nicht nichtig mache, sondern nur Anlaß zum Einschreiten der Aufsichtsbehörden geben könne und weil der Gläubiger nicht in der Lage sei, im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung wegen seiner auf Rückgewähr in Pfandbriefen gerichteten Forderung zu suchen. Dieser Begründung ist aber entgegenzuhalten: Nach § 1113 gehört zum Wesen der Hypothek, daß eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist und daß diese Geldsumme von vornherein so feststehen muß, daß aus ihr die Höhe der Belastung des Grundstücks für jedermann erkennbar ist. Deshalb ist die Eintragungsfähigkeit einer Hypothek mit dem vorbezeichneten Inhalt zu verneinen. Nur für landesrechtliche und ritterchaftliche Kreditanstalten können die durch Art 167 GG aufrechterhaltenen Landesgesetze etwas anderes bestimmen. Auch das ist aber Streitig. In ZFG 2, 366 ist es verneint von dem (unter Einschränkung von RGZ 35 A 274; 53, 203 eingemommenen) Standpunkt aus, daß den genannten Anstalten eine Sonderrechtsentwicklung nur bei Beachtung der das reichsrechtliche Liegenschaftsrecht beherrschenden Grundsätze (hier des Bestimmtheitsgrundsatzes) gewährt ist. Dieser Standpunkt ist aber nicht zu billigen, weil er dem Art 167 eine ganz allgemeine und unbestimmte Einschränkung gibt, für die der Wortlaut des Vorbehalts für die Landesgesetzgebung keinen Anhalt bietet. Ist weder eine Wahlschuld noch eine ausschließliche Pfandbrieflieferungspflicht Gegenstand der hypothekarisch gesicherten Forderung, ist vielmehr nur eine Geldschuld zum Inhalt der Forderung gemacht und dem Schuldner daneben die Befugnis (facultas alternativa) eingeräumt, seine Schuld durch Pfandbriefe zu tilgen, so ändert die Erklärung des

Schuldners, daß er von dieser Befugnis Gebrauch mache, den Gegenstand der Forderung nicht; die Hypothek bleibt nach wie vor für eine Geldforderung bestehen (RG JW 1929 S. 750²¹, 1390²²). Ist aber auch dem Gläubiger die Befugnis eingeräumt, die Rückzahlung der Geldschuld (statt in bar in Pfandbriefen zu fordern, so braucht daran die Eintragungsfähigkeit und die Wirksamkeit der für die Geldschuld einzutragenden oder eingetragenen Hypothek nicht zu scheitern. Das Reichsgericht gelangt in RG 132, 9 zu diesem Ergebnis auf dem Wege über eine vertraglich vereinbarte und rechtlich zulässige (RG Warn 1923/24 Nr 63) facultas alternativa des Gläubigers. Das Kammergericht (JFG 9, 235) ist dem Ergebnis mit etwas anderer Begründung beigetreten, indem es das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner in zwei selbständig gestaltete, sich wechselseitig durch ihre Erfüllung auflösend bedingende Ansprüche zerlegt, nämlich eine durch die Hypothek gesicherte reine Geldforderung und einen durch die Hypothek nicht gesicherten, für sich durch das Verlangen des Gläubigers nach Pfandbrieflieferung aufschiebend bedingten Pfandbrieflieferungsanspruch. Die Begründung des Kammergerichts mag juristisch schärfer sein. Das beiderseits gewonnene Ergebnis entspricht dem praktischen Verkehrsbedürfnis. Eine Verzinsungsklausel, die dem Schuldner die durch § 14 HypoBankG eingeräumte Befugnis zur Rückzahlung in Pfandbriefen nimmt, ist im Grundbuch eintragbar (JFG 11, 199). Wird die Klausel der Hypothek erst nachträglich beigelegt, so ist zur Eintragung die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten erforderlich (§ 877 A 3); die Klausel kann ferner keinen anderen Rang als die Hypothek selbst erhalten (JFG 11, 207).

5. Die Aufnahme des **Zinssatzes** in den Eintragungsvermerk ist als wesentliches Erfordernis deshalb bestimmt, weil durch die Zinsen der Betrag der Forderung erhöht wird und diese höhere Belastung aus dem Grundbuch selbst ersichtlich sein soll (M 3, 642). Ist ein Zinssatz nicht angegeben, so kann wegen der rechtsgeschäftlichen (vorbعدenden) Zinsen Befriedigung aus dem Grundstück nicht verlangt werden (RG 113, 229). Das gilt selbst dann, wenn die Forderung als eine verzinsliche bezeichnet ist (DVG 1, 456). Auch der Anfangstag der Verzinsung muß zur Klarstellung des Umfangs der Belastung eingetragen werden (RGZ 46, 242; DVG 45, 202; Näheres hierüber in A 8). Gesehliche Zinsen, insbesondere Verzugszinsen (§§ 288 ff., 1146), werden in das Grundbuch nicht eingetragen; für sie haftet das Grundstück nach § 1118 ohne weiteres. — Unter dem Zinssatz ist das Verhältnis der Zinsen zur Kapitalsumme zu verstehen, das sich aus der Höhe des Zinses der in der Regel auf 100 angenommenen Kapitaleinheit ergibt (RZA 4, 238). Jedoch genügt auch die Angabe der Zinsvergütung in gewöhnlichen Bruchteilen des Kapitals oder in einer in bestimmten Zeitabschnitten zu entrichtenden Geldsumme, wenn daraus jenes Verhältnis durch einfache Berechnung bestimmt werden kann (RZA 4, 237; RGZ 33 A 258; 36 A 235; 50, 154). Immer aber muß der Umfang der Belastung durch die Zinsen aus dem Grundbuch selbst ersichtlich sein. Deshalb ist unzulässig die Eintragung des Zinssatzes in der Weise, daß als Zinssatz lediglich der jeweilige Bankdiskont oder der jeweilige Lombardzinssatz der Reichsbank angegeben (RZA 7, 135; 9, 61; DVG 45, 230; JW 1932, 114²; 1934, 1506¹) oder daß ohne Bestimmung eines Mindest- und Höchstzinses nur auf einen jeweils von der Gläubigerin, einer öffentlichen Sparkasse, festzusetzenden Zinssatz verwiesen wird (JW 1935, 3576⁹¹; 1933, 1257²⁴). Unzulässig ist auch die Eintragung der Zinsklausel „verzinslich bis höchstens 10% jährlich“, ohne daß wenigstens die im Eintragungsvermerk in bezug genommene Eintragungsbewilligung eine Angabe des regelmäßigen Zinsfußes oder eines bestimmten Mindestzinssatzes enthält (JFG 9, 252; 11, 231; JW 1932 S. 177¹, 2455⁹; wenn JW 1934, 500⁹ trotzdem in solchen Fällen den § 53 WVO ausschalten will, so ist dem nicht beizutreten). Wohl aber ist zulässig die Eintragung eines Höchstzinssatzes mit der Bestimmung, daß, wenn ein bestimmter Prozentzinssatz über Reichsbankdiskont geringer sei, nur dieser geringere Zinssatz zu leisten sei (JW 1926, 833³). Auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels wegen einer nach dem jeweiligen Reichsbankdiskontsatz verzinslichen Forderung darf eine Sicherungshypothek nur so eingetragen werden, daß außer dem im Schuldtitel angegebenen Reichsbankdiskontsatz ein das angemessene Maß nicht übersteigender fester Höchstzinssatz angegeben wird; schon der Eintragungsantrag hat daher eine solche Beschränkung nach oben hin zu enthalten (JW 1934, 1506¹). Die Höhe der Zinsen kann ebenso wie das ganze hypothekarische Recht von einer Bedingung abhängig gemacht werden (RZA 1, 79; 7 S. 158, 264; RGZ 36 A 235). Ist z. B. bestimmt, daß im Falle nicht pünktlicher Zinszahlung eine Erhöhung des Zinssatzes eintreten soll, so genügt die Eintragung des Mindest- und des Höchstzinssatzes (z. B.: „4%, unter Umständen 5%“) oder auch des Höchstzinssatzes allein (z. B.: „bis zu 6%“). Wegen der Voraussetzungen, unter denen der eine oder der andere Zinssatz gelten soll, kann und muß dann aber auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Denn auch bei dieser Angabe ergibt sich aus dem Grundbuch in Verbindung mit der in bezug genommenen Eintragungsbewilligung sowohl der Mindestzinssatz als auch der Höchstbetrag der Belastung (RZA 3, 52; 4, 42; 7, 154; RGZ 36 A 233; DVG 30, 413). Wird in einem solchen Falle später nur der Mindestsatz erhöht, so genügt ebenfalls die Eintragung der Änderung durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (DVG 30, 412). Zinsseszinsen sind, soweit ihre Vereinbarung zulässig ist (für die im § 248 Abs 2 genannten Kreditanstalten), nicht als Zinsen

der Forderung, sondern als „andere Nebenleistungen“ im Sinne der Abs 1, 2 anzusehen (A 6). Die Bestellung einer Verkehrs- oder gewöhnlichen Sicherungshypothek nur für die laufenden Zinsen einer Forderung ist unzulässig, da die Hypothek, wie sich aus den §§ 1113, 1115 ergibt, eine Kapitalforderung voraussetzt und eine bestimmte Geldsumme aus der Eintragung ersichtlich sein muß (RZM 4, 38; RGZ 26 A 290; 50, 155). Es könnte aber eine Höchstbetragshypothek für die Zinsen sowie eine Hypothek für kapitalisierte Zinsrückstände eingetragen werden (RZM 4, 38). Nicht inhaltlich unzulässig im Sinne des § 53 Abs 1 Satz 2 GBD ist auch eine Eintragung, bei der Zinsen und Nebenleistungen (A 6), die in einem Hundertstelsatz der Hauptforderung ausgedrückt sind, in einem Gesamthöchstbetrag angegeben werden, sofern sich nur die nähere Berechnung aus der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergibt (RG ZW 1938, 50²⁸). — Ist ein höherer Zinssatz eingetragen, als vereinbart war, so kann der Eigentümer gemäß § 894 die Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des überschießenden Satzes verlangen (RG ZW 1899, 200²⁹). Besondere, auf Grund des Vorbehalts in Art 167 GG geltende Vorschriften über die Eintragung der Verzinslichkeit von Darlehenshypotheken für landwirtschaftliche Kreditanstalten erörtert RGZ 35 A 274. Ist die Eintragung einer Hypothek für eine verzinsliche Forderung beantragt, ohne daß der Zinssatz angegeben ist, so ist die Hypothek in dieser Art überhaupt nicht eintragbar. Auch die Voraussetzungen für eine Vormerkung aus § 18 Abs 2 GBD fehlen. Deshalb ist eine Fristbestimmung zur Ergänzung des Antrags gemäß § 18 Abs 1 GBD nicht zulässig; der Antrag ist vielmehr glatt zurückzuweisen (RZM 12, 67). Bei Höchstbetragshypotheken findet die Bestimmung über die Angabe des Zinssatzes im Eintragungsvermerk keine Anwendung, weil es nach § 1190 Abs 1 zu ihrem Wesen gehört, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen aber die Feststellung der Forderung vorbehalten wird und nach § 1190 Abs 2 die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet werden (RG 90, 152). Wegen der Eingriffe der Notverordnungs-Gesetzgebung in die eingetragenen Zinssätze ist auf Vorbem 8 vor § 1113 zu verweisen.

6. Andere Nebenleistungen, deren Geldbetrag im Eintragungsvermerk angegeben werden muß, sind solche Forderungen, die nicht die Eigenschaft selbständiger Kapitalforderungen haben, sondern neben der Hauptforderung zu entrichten und von ihr abhängig sind, aber sich nicht als Zinsen darstellen (RZM 7, 156). Daher sind die in Gestalt von Zuschlägen zu den Zinsen zum Zweck allmählicher Tilgung des Kapitals zu entrichtenden Beträge (Amortisationsbeiträge) keine Nebenleistungen. Denn die Zuschläge sind nicht neben dem Kapital, sondern als Kapitalteile zu entrichten; durch sie wird der Umfang der Belastung nicht erweitert, sondern ihre Entrichtung führt allmählich zur Tilgung des Kapitals. Da sonach ihre Festsetzung eine Zahlungsbedingung ist, bedürfen sie nicht der Aufnahme in den Eintragungsvermerk, sondern können durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur Eintragung gebracht werden (RG 54, 88; 89, 131; 91, 299; 104, 72; ZW 1911, 277⁷; SeuffM 58 Nr 170; RZM 3, 137; 11, 248; RGZ 33 A 247; 53, 181). Früher nahm die Rechtsprechung an, daß es sich auch nicht um Nebenleistungen handele bei Vertragsstrafen, welche die Erfüllung einer vom Eigentümer im Interesse der Sicherung der Hypothek übernommenen persönlichen Verpflichtung (z. B. zur Versicherung der Gebäude) bezwecken. Man begründete diese Ansicht damit, daß solche Vertragsstrafen nicht von der Hypothek als Hauptforderung abhängig seien, sondern nach ihrem Verfall selbständige Forderungen darstellten. Daraus wurde gefolgert, daß sie nur durch eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) sichergestellt werden könnten (RGZ 29 A 247; RZM 7, 154; DLG 42, 168). Jetzt nimmt die Rechtsprechung aber einen freieren Standpunkt ein und sieht als Nebenleistung jede Geldleistung an, die nach dem Willen der Beteiligten nicht Hauptleistung sein soll und die in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zu der Hauptleistung steht (ZW 1937, 2973¹⁰). Demgemäß sind Nebenleistungen z. B.: Zinseszinsen (A 5 und unten; RZM 1, 81; RGZ 22 A 167; DLG 20, 408; 42, 168); Provisionen, die bei jeder Veräußerung des Grundstücks an den Gläubiger zu zahlen sind (DLG 42, 168); Vertragsstrafen für unpünktliche Kapital- oder Zinszahlung (RGZ 32 A 252; 36 A 233; 49, 213; RZM 7, 156; DLG 12, 284; 20, 408); Zinszuschläge für den Fall der Nichterfüllung persönlicher Verpflichtungen (DRPflMpr 1936 Nr 121); vereinbarte Mahngebühren (ZFG 9, 255); eine in Prozenten des Kapitals festgesetzte Entschädigung für den Fall vorzeitiger Rückzahlung (RG Gruch 57, 154; RZM 1, 119; 7, 258; RGZ 36 A 233; 49, 216; DLG 8, 204); andere Kosten als solche, für die nach § 1118 das Grundstück ohne weiteres haftet (Kosten der Kündigung und Beitreibung) und die daher der Eintragung nicht bedürfen, z. B. Eintragungskosten, Beiträge zu den Verwaltungskosten (RZM 1, 81; 7, 259; DLG 4, 160; 42, 168; ZFG 1, 465); Jahreszahlungen, die zwecks Bildung eines nicht eingetragenen Kurzausgleichszuschusses als Nebenleistungen eines Pfandbriefdarlehens vereinbart sind (RGZ 33 A 244; vgl. auch RG 79, 127); Vergütungen für Unkosten an Talonsteuer und Couponbogenerneuerung, die alle 10 Jahre bis zur Tilgung des Kapitals entstehen (DLG 34, 206); Haftungszuschläge aus dem DiszusseGes v. 29. 6. 1931 (SRR 1932 Nr 1838). Die Höhe solcher Nebenleistungen muß, sofern nicht ein Ausnahmefall nach Abs 2 (Hypothek für eine Kreditanstalt) vorliegt, im Eintragungsvermerk regelmäßig mit einer bestimmten Geldsumme angegeben werden (RZM 1, 81; vgl. auch RG 79, 127). Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt nicht (DLG 4, 71; 8, 206; ZFG 1, 464). Ist die

Aufnahme unterblieben oder auch nur die Angabe einer bestimmten Geldsumme unterlassen, so haftet das Grundstück für die in der Eintragungsbewilligung festgesetzten Nebenleistungen nicht, selbst wenn auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen ist (RG 79, 127; RGZ 49, 213). Indessen genügt es, wenn die Höhe der Nebenleistungen derartig beschrieben wird, daß jeder, der das Grundbuch einseht, sofort aus dem Grundbuchinhalt allein die Berechnung auf einen Geldbetrag vornehmen kann, z. B. in Prozenten des Kapitals nebst Angabe der Dauer der Leistung (RM 1, 119; 3, 52; 7 C. 157, 264; RGZ 42, 259; 49 C. 213, 216; DLG 8, 206). Auch genügt die Angabe eines Höchstbetrags; der Eintragung einer besonderen Sicherungshypothek (§ 1190) bedarf es in diesem Falle nicht (RM 7 C. 157, 263; DLG 8, 206). Zinsezinsen insbesondere, die sich eine (nicht unter Abs 2 fallende) Kreditanstalt gemäß § 248 Abs 2 gültig hat versprechen lassen, sind eintragungsfähig, wenn durch Angabe des Prozentsatzes und der Dauer der Leistungen der Umfang der Belastung erkennbar ist (ZFG 1, 464). Dies gilt auch für Zinsezinsen bei wertbeständigen Hypotheken (§ 1113 A 4), obwohl hier der Kapitalbetrag, nach dem die Zinsen und Zinsezinsen zu berechnen sind, schwankend ist. Das folgt aus dem Sinn des Ges. v. 23. 6. 1923, dem eine solche Unbestimmtheit des Kapitals zugrundeliegt (ZFG 1, 461). Die Eintragung solcher Zinsen kann aber ebenso wie die Eintragung der Kurseschwankungsklausel (§ 1113 A 4) nicht durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung erfolgen (ZFG 15, 113; JW 1937, 16357). Nach der Ordnungsvorschrift des § 28 Satz 2 GBD sind auch die Geldbeträge der Nebenleistungen regelmäßig in Reichswährung anzugeben (A 4). — Durch die hypothekarische Eintragung eines landwirtschaftlichen Pfandbriefdarlehens wird für sich allein nicht die Haftung des Grundstücks für ein von der Landschaft zur Ausgleiche der Kursdifferenz bewilligtes Zuschußdarlehen begründet, da dieses nicht ein Teil des Pfandbriefdarlehens, sondern ein zweites selbständiges Darlehen ist. Vielmehr kann ein solches Zuschußkapital nebst Zinsen nur durch Eintragung an besonderer Stelle im Grundbuch hypothekarisch gesichert werden (RG 20, 224; 79, 126; RGZ 33 A 247). Den sog. Quittungsgrößen bei landwirtschaftlichen Pfandbriefhypotheken behandelt JW 1932, 3188¹. — Nach den §§ 877, 878 kann der Inhalt der Hypothek dadurch geändert werden, daß durch nachträgliche Festsetzung von Nebenleistungen das Hypothekenrecht erweitert wird. Wie eine solche Rechtsänderung einzutragen ist, zeigt RM 7, 258. Bei einer Zwangshypothek und einer Arresthypothek haftet das Grundstück gemäß den §§ 867, 932 BPD kraft der Hypothek für die Eintragungskosten. Ihre Eintragung ist daher nicht erforderlich und deshalb auch vom Grundbuchamt abzulehnen (RM 2, 246; RGZ 35 A 325). Wegen der Eintragung der Kosten einer früheren fruchtlosen Zwangsvollstreckung vgl. RM 6, 57.

7. Der Grundsatz, daß im übrigen, d. h. abgesehen vom Gläubiger (A 3), vom Geldbetrag der Forderung (A 4, 8), vom Zinssatz (A 5) und vom Geldbetrag anderer Nebenleistungen (A 6), die Eintragung durch Bezugnahme bewirkt werden kann, gilt nur für die Forderung. Für die Frage, inwieweit Bestandteile des dinglichen Rechts durch Bezugnahme eingetragen werden können, kommt nur § 874 zur Anwendung (RM 12, 247; A 1). Ferner sind nach besonderen Vorschriften in den Eintragungsvermerk selbst aufzunehmen: die Ausschließung der Erteilung eines Hypothekenbriefs (§ 1116 Abs 2); die Bezeichnung der Sicherungshypothek als solcher (§ 1184 Abs 2; Ausnahmen: § 1187 Satz 2, § 1190 Abs 3); die Bestellung eines Vertreters nach Maßgabe des § 1189 (auch §§ 1192, 1195); die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung aus einer Urkunde in Ansehung einer Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) nach § 800 BPD (RM 3 C. 95, 133; DLG 7, 354; RGZ 45, 261). Da aber die Unterwerfungsklausel ein Nebenrecht der Hypothek ist, auf das ebenso wie auf die Hypothek selbst § 874 Anwendung findet, so genügt es, wenn die Unterwerfungsklausel im allgemeinen eingetragen und zur näheren Bezeichnung des Inhalts und des Gegenstandes der Unterwerfung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird (RM 4, 270). Wird nach der Eintragung der Unterwerfungsklausel die Leistungspflicht des Schuldners, sei es auch nur hinsichtlich der Fälligkeitbestimmungen, durch eine vollstreckbare Urkunde geändert, so bedarf es der wiederholten Eintragung der Klausel, wenn sie sich auf die geänderten Bestimmungen erstrecken soll (RGZ 45, 260; 52, 190 gegen RGZ 42, 261). Die Fassung der Klausel bei der Eintragung erörtern DLG 6, 476; 7, 354; RGZ 32 A 236. Die Urkunde muß gemäß § 794 Nr 5 BPD über einen Anspruch errichtet sein, der die Zahlung einer bestimmten Geldsumme usw. zum Gegenstande hat. Daher ist bei der Höchstbetragshypothek (§ 1190) wegen der Unbestimmtheit der geschuldeten Summe die Unterwerfung unzulässig (RM 2, 202; RGZ 28 A 149; DLG 3, 295; 8, 149; 13, 196). Vom Grundbuchamt zu beachtende Ordnungsvorschriften enthalten auch die §§ 47, 48 GBD (Eintragung für mehrere Berechtigte oder auf mehrere Grundstücke). Überhaupt nicht eintragungsfähig, weil lediglich persönliche Verpflichtungen oder nicht zulässige Bestandteile einer Hypothek betreffend, sind Bestimmungen, wonach: der Gläubiger gegen Zahlung die Hypothek an einen zu benennenden Dritten abtreten soll (RM 1, 165); der Eigentümer fortgesetzt die Feuerversicherung die Gebäude nachzuweisen hat (RGZ 29 A 247); einem anderen als dem Gläubiger die Verwaltung der Hypothek zustehen soll (DLG 8, 132). Über die Folgen, welche eintreten, wenn bei der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung die Grenzen ihrer Zulässigkeit überschritten sind, ist das Erforderliche in A 2 und § 874 A 2 gesagt.

8. Daraus, daß im übrigen zur Bezeichnung der Forderung die Bezugnahme genügen soll, ergibt sich zunächst eine Bestätigung der Ansicht (A 1), daß bei der Eintragung der Hypothek die gesicherte Forderung als wesentlicher Bestandteil der Hypothek überhaupt zu bezeichnen ist (RG JW 1908, 86²³; RZM 12, 247). Dazu aber ist erforderlich, daß der Grund der Forderung (z. B. Darlehn, Kaufpreis, Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen, unerlaubte Handlung) eingetragen wird, und zwar entweder durch Aufnahme in den Eintragungsvermerk selbst oder durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, die den Grund der gesicherten Forderung enthalten muß (§ 1113 A 5; RGZ 21 A 139; 22 A 308; 26 A 278; RZM 3, 135; 12, 247; DLG 3, 359; 14, 126). Denn nur durch die Angabe des Grundes kann die gesicherte Forderung bestimmt und von anderen Forderungen unterscheidbar bezeichnet werden (RG JW 1908, 86²³; RGZ 22 A 139; 26 A 278). Freilich sagt das Urteil RG Warn 1914 Nr 252: Daß der Schuldner und der Schuldgrund zur Kennzeichnung der Forderung im Eintragungsvermerk oder in der Eintragungsbewilligung anzugeben seien, bilde nur die Regel, nicht eine unverbrüchliche Norm, die keine Ausnahme dulde; es lasse sich sehr wohl denken, daß eine Forderung auch ohne Angabe des Schuldgrundes in anderer Weise, z. B. durch bestimmte Zeitangaben oder Tatsachen, genau bezeichnet werde. Hierzu ist indessen zu bemerken: Wenn eine solche Bezeichnung vorliegen sollte, so würde sich daraus ohne weiteres auch der Schuldgrund der Forderung ergeben. Hiernach genügt jedenfalls z. B. nicht, wenn im Eintragungsvermerk oder in der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung nur angegeben wird „1000 M. Forderung“. Unklarheiten in der Angabe des Schuldgrundes können aber im Wege der Auslegung beseitigt werden (JW 1934, 1422²; § 873 A 7a gegen Ende). Ferner hat eine falsche Bezeichnung des Schuldgrundes nicht die Unwirksamkeit der Hypothek zur Folge. Denn für den Bestand des dinglichen Rechts ist nur die Angabe eines Schuldgrundes überhaupt von Wesentlichkeit (RG 45, 179; Gruch 31, 1048; 34, 963; Warn 1914 Nr 252; JW 1898, 36²¹; 1902, 421¹⁴; 1934, 1422²; RGZ 25 A 150; 26 A 278; DLG 14, 126). — Zur Bezeichnung der Forderung gehören auch gewisse Merkmale, die als ihre Bestandteile oder Nebenrechte anzusprechen sind. Auch diese Merkmale bedürfen daher, da sie für den Inhalt oder den Umfang der Belastung wesentlich sind, der Eintragung, die aber durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bewirkt werden kann. Ein solches Merkmal ist zunächst der Anfangspunkt der Verzinsung (A 5). Er kann jedoch in anderer Weise als durch Benennung eines bestimmten Kalendertags bezeichnet werden (z. B. durch den Hinweis auf eine bestimmte, in der Vergangenheit liegende Tatsache oder auf ein künftiges, wenn auch der Zeit nach ungewisses Ereignis, z. B. den Tod einer bestimmten Person), sofern daraus der Zinsbeginn zweifelsfrei feststellbar ist (RZM 8, 231; RGZ 24 A 128; 46, 242; DLG 14, 95; vgl. aber DLG 15, 376 sowie die beiläufige Bemerkung in RG 62, 379, daß die Angabe des Anfangspunkts der Verzinsung nach § 1115 nicht wesentliche Voraussetzung der Hypothekeneintragung sei). In RG 136, 232 wird die Eintragung einer verzinslichen Grundschuld ohne besondere Angabe des Zeitpunkts des Verzinsungsbeginns dahin ausgelegt, daß die Zinsen seit dem Eintragungstage laufen. Ebenso zu behandelnde Merkmale sind ferner: die Zinszahlungstermine, sofern bei ihnen Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen des BGB (z. B. bei Darlehnszinsen von § 608) vereinbart sind (RGZ 24 A 127; SeuffA 57 Nr 77; DLG 4, 198; 7, 195; 15, 376); die Zahlungsbedingungen bezüglich Zeit, Ort und Art der Zahlung des Kapitals, wenn die Beteiligten von den für das Schuldverhältnis geltenden gesetzlichen Bestimmungen (z. B. §§ 267—271, 609, 1418 ff.) Abweichendes festgesetzt haben (RG 50, 150; 57, 350; DLG 2, 9; 4, 315; 15, 385). Sind die vereinbarten Zinszahlungstermine oder Zahlungsbedingungen nicht eingetragen (in das Grundbuch selbst oder durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung), so sind gegenüber gutgläubigen Erwerbern (§§ 1138, 892) lediglich die gesetzlichen Bestimmungen in dieser Hinsicht maßgebend (DLG 15, 376). Zu den in Anbetracht der Vertragsfreiheit zulässig vereinbarten Zahlungsbedingungen hinsichtlich der Zahlungszeit gehören z. B. Abreden über: sofortige Fälligkeit der Forderung oder ein Kündigungsrecht des Gläubigers, wenn der Eigentümer die Versicherung seiner Gebäude gegen Feuergefahr unterläßt oder seinen Bedarf an Bier von einer anderen Brauerei als der des Gläubigers bezieht (DLG 3, 232; 18, 159; 23, 321; vgl. jedoch RGZ 29 A 247) oder das Grundstück veräußert (DLG 3, 232; 4, 485) oder in Vermögensverfall gerät (RGZ 34 A 320); Fälligkeit bei unpünktlicher Zinszahlung auf Verlangen des Gläubigers (RG JW 1908 S. 234⁵, 550¹¹; DLG 15, 376); andererseits Untüchtigkeit der Hypothek seitens des Gläubigers im Falle pünktlicher Zinszahlung (RGZ 34 A 323). Jedoch ergibt sich aus dem — vorübergehend vom 16. 3. 1923 bis 31. 12. 1931 außer Kraft geblieben (RGef v. 3. 3. 1923; NotWd v. 8. 12. 1931-Teil I Kap. III Abschn. 1 § 8, 12) — § 247 eine Schranke für Vereinbarungen über die Zahlungszeit. Die Bestimmung, daß die vereinbarte vierteljährliche Kündigung bei pünktlicher Zinszahlung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt ausgeschlossen sein soll, verstößt für sich allein aber noch nicht gegen § 247 Abs 1 Satz 2 (JW 1933, 1333³). Weitere Beschränkungen in dieser Beziehung enthalten die §§ 17 Abs 3, 18—21, 49 des HypoBankG v. 13. 7. 1899 für die hypothekarischen Darlehen der Hypothekenbanken. Ähnliche Beschränkungen können schließlich landesrechtlich auf Grund des Vorbehalts in Art 117 Abs 2 GG (Unterjagung der Belastung mit einer unkündbaren Hypothek oder der Ausschließung des Künd-

gungsrechts des Eigentümers) beordnet sein. Stehen einer Vereinbarung derartige beschränkende Bestimmungen entgegen, so kann eine Hypothek mit diesem Inhalt nicht eingetragen werden (DVG 4, 315; RGZ 34 A 322). Wird abgesehen hiervon die eingetragene Zahlungszeit geändert, so bedarf die Änderung zur Wirksamkeit gegenüber jedem späteren Erwerber (§§ 1138, 892) der Eintragung, zu der aber nach § 1119 Abs 2 die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht erforderlich ist (RGZ 34 B 22). Zulässig und eintragungsfähig ist, als die Art der Kündigung und damit eine Zahlungsbedingung betreffend, eine Vereinbarung, wonach der Eigentümer auf das Recht aus § 1160 Abs 2, eine ohne Vorlegung des Hypothekenbriefts usw. erklärte Kündigung als unwirksam zurückzuweisen, Verzicht leistet (RG 57, 342; RM 1, 34). Von den Vereinbarungen über die Art der Zahlung kommt ferner namentlich die Abrede der Zahlung in Gold (sog. **Goldklausel**) in Betracht. Eine solche Vereinbarung ist rechtswirksam und eintragungsfähig, falls sie die Bedeutung hat, daß die Zahlung in Goldmünzen deutscher Reichswährung erfolgen soll (Goldmünzklausel). Daran ändert sich auch dann nichts, wenn nach dem im Deutschen Reiche jeweilig geltenden Münzrecht neben dem Goldgeld auch Silbergeld oder Papiergeld als währungsmäßiges Zahlungsmittel festgesetzt wird (RM 15, 157). Die Goldmünzklausel bleibt auch dann in Kraft, wenn zur Zeit der Zahlung kraft Gesetzesänderung andere Goldmünzen als die zur Zeit der Eintragung ausgeprägt werden. Denn einerseits bleibt der Geldebetrag der Forderung ein bestimmter, gleichviel ob die Zahlung in der einen oder der anderen Art von Reichsgoldmünzen zu bewirken ist; andererseits ist nach § 245, wenn eine Geldschuld in einer bestimmten Münzsorte zu zahlen ist, die sich zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlauf befindet, die Zahlung so zu leisten, wie wenn die Münzsorte nicht bestimmt wäre (Str.; RG 50, 148; 104, 354; 108, 180; RM 1, 71; 3, 197; JFG 1, 451). Durch § 1 BRRG v. 28. 9. 1914 wurden zwar die vor dem 31. 7. 1914 getroffenen Vereinbarungen, nach denen die Zahlung in Gold zu erfolgen hatte, bis auf weiteres für nicht verbindlich erklärt (RG 101, 141; 104, 352). Für spätere Eintragungen wurde aber eine gleiche gesetzliche Anordnung nicht getroffen (RM 15, 157; RGZ 48, 219). Deshalb sowie mit Rücksicht auf § 245 ist, obwohl gegenwärtig Reichsgoldmünzen völlig aus dem deutschen Verkehr verschwunden sind, die Eintragung einer Goldmünzklausel zulässig geblieben (RG 108, 179; RGZ 48, 219; DVG 42, 164; JFG 1, 449; a. M. DVG 43, 13; JW 1923, 126; JFG 1, 445). Dagegen ist bei einer Verkehrshypothek unzulässig die Eintragung einer Vereinbarung, wonach auch dann, wenn Goldmünzen nicht mehr Reichswährungsgeld sein sollten, mit Reichsgoldmünzen oder mit Goldmünzen von gleichem Feingehalt zu zahlen sei (Goldwert- oder Kursgarantieklausel). Denn damit würde der Geldebetrag der Forderung mit Rücksicht auf den wechselnden Kurs des von dem Schuldner anzuschaffenden Geldes ein unbestimmter sein (RG 50, 149; 101, 145; 104, 354; 108, 147; Warn 1924 Nr 143; Gruch 68, 305; RGZ 21 A 322; RM 3, 197; JFG 1, 446). Ob im Einzelfalle eine Goldmünzklausel oder eine Goldwertklausel als vereinbart anzusehen ist, ist Sache der Auslegung. Die in gesetzlicher Rechtsprechung entwickelten Auslegungsgrundsätze sind zusammengestellt in RG 136, 169. Liegt eine Goldwertklausel vor, so kann die Vereinbarung nur durch eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) gesichert werden (RGZ 21 A 324). Dasselbe gilt von einer Zahlungsbedingung dahin, daß eine Summe in ausländischer Währung (z. B. Schweizer Franken) oder in soviel Mark gezahlt werden soll, als am Fälligkeitstage zur Anschaffung jener Summe in ausländischer Währung benötigt werden. Denn auch hier ist der Geldebetrag in Reichswährung, für den das Grundstück haften soll, unbestimmt (DVG 42, 167). Zulässig ist aber die Eintragung einer Sicherungshypothek für eine Forderung in ausländischer Währung, die nach dem Kurse am Tage der Zahlung in Reichswährung gezahlt werden kann (§ 244), zu dem Höchstbetrage an Mark, der sich aus dem Kurse zur Zeit (nicht der Fälligkeit der Forderung, auch nicht der Zahlung, sondern) der Stellung des Eintragungsantrags ergibt. Einer solchen Eintragung steht § 28 Satz 2 GBV, wonach einzutragende Geldebeträge in Reichswährung anzugeben sind, nicht entgegen. Denn diese Bestimmung betrifft lediglich den Betrag der Belastung des Grundstücks, nicht auch den Betrag der zu sichernden Forderung (RG 106, 74; a. M. DVG 42, 163, wo eine besondere Vereinbarung über die Umrechnung der Forderung in inländische Währung nach dem Kurse in einem Zeitpunkt, der mit der Eintragung zusammenfällt oder vorher liegt, erfordert wird). Soweit die Goldklausel eintragungsfähig ist, kann sie durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur Eintragung gebracht werden. Denn (als Goldmünzklausel) betrifft sie nur die Art der Zahlung, ist also eine Zahlungsbedingung und läßt bei ihrer Eintragung den in Reichsmark angegebenen Geldebetrag der Forderung unberührt (RG 50, 150; 108, 148; a. M. RM 1, 72). Die Ansprüche schweizerischer Hypothekengläubiger gegen deutsche Hypothekenschuldner aus der Vorkriegszeit haben eine Sonderregelung erfahren durch das Hauptabkommen zwischen dem Deutschen Reich und der schweizerischen Eidgenossenschaft betr. schweizerische Goldhypotheken in Deutschland usw. v. 6. 12. 1920 und durch das Zusatzabkommen dazu v. 25. 3. 1923. Die Rechtsgültigkeit dieser Regelung und die rechtliche Behandlung der schweizerischen Goldhypotheken und Frankengruppschulden sind behandelt in RG 104, 352; 122, 167; 130, 220; 140, 353; HRM 1934 Nr 901; 1936 Nr 718; 1937 Nr 1114; JW 1925, 1755¹²; 1930, 2949¹⁷; 1931, 3278¹⁴; 1932, 243⁸; 1936, 338²⁰; 1937 S. 408¹⁵, 641³⁰; vgl. auch JW 1935, 20 über das Hauszinssteuer-Sperrento bei den

Frankengrundschulden. Die Eintragung wertbeständiger Hypotheken ist besprochen in A 4 und in § 1113 A 4 .

9. Die **Eintragungsbewilligung**, auf die Bezug genommen werden kann, ist näher behandelt in § 874 A 5 . Ob die Bezeichnung der Forderung mit den Merkmalen, deren Aufnahme in den Eintragungsvermerk selbst nach Abs 1 Halbs 1 nicht erforderlich ist, durch eine Einschreibung in das Grundbuch oder durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung eingetragen werden soll, steht im Ermessen des Grundbuchamts (§ 874 A 2). Die Folgen, welche eintreten, wenn bei der Bezugnahme die Grenzen ihrer Zulässigkeit überschritten werden, sind erörtert in A 2 und § 874 A 2 . Im Falle des Erfordernisses mehrerer Eintragungsbewilligungen (z. B. wenn durch die eine die andere ergänzt werden soll) hat sich die Bezugnahme auf diese sämtlich zu erstrecken (DVG 41, 174). Die Eintragungsbewilligung für eine sog. Beihilfehypotheke muß die einzelnen Hypothekenbedingungen angeben; es genügt zur Bezeichnung des Inhalts des Beihilfelehns nicht, wenn in ihr nur auf die Bestimmungen des Reichsrats v. 10. 1. 1920 verwiesen ist (RGZ 53, 206). Zur Fassung des Bezugnahmevermerks vgl. ZFG 8, 232 .

10. Abs 2 enthält eine Ausnahme von Abs 1 Halbs 1 für **Nebenleistungen** der Forderung, die außer den Zinsen zu entrichten sind. Die danach statt der Aufnahme eines Geldbetrags der Nebenleistungen in den Eintragungsvermerk zulässige Bezugnahme hat zur Voraussetzung: a) die Hypothek muß für ein Darlehn, darf also nicht für eine andere Forderung bestellt sein; b) eine Kreditanstalt, d. h. ein auf den Großbetrieb gerichtetes, den Abschluß von Kreditgeschäften bezweckendes Unternehmen (ritterschaftliche, landschaftliche oder andere Kreditanstalt: Art 167 GG ; $\text{RZA 1, 206; 11, 71; RGZ 47, 203}$), muß Gläubigerin der Darlehnsforderung sein; c) die **Satzung** der Kreditanstalt muß von der zuständigen Behörde öffentlich bekanntgemacht worden sein. Welche Behörde zuständig ist und wie die Veröffentlichung zu erfolgen hat, bestimmt sich nach Landesrecht. Der Grund für das Erfordernis der Bekanntmachung ist, daß auch Dritte über den Umfang der Haftung wegen der Nebenleistungen Gewißheit sollen erlangen können (Prot 3, 545 f.). Deshalb genügt es, wenn die Satzung nur insoweit bekanntgemacht ist, als sie die einzutragenden Nebenleistungen betrifft ($\text{RZA 1, 207; RGZ 40 A 262; DVG 39, 248}$). d) Die Nebenleistungen müssen außer den Zinsen sachungsgemäß zu entrichten sein. Der Zinssatz ist stets in den Eintragungsvermerk selbst aufzunehmen. Wegen derjenigen anderen Nebenleistungen, die nicht in der Satzung, sondern nur in der Eintragungsbewilligung festgesetzt sind, ist eine Bezugnahme ebenfalls nicht statthaft ($\text{RGZ 22 A 169; 33 A 250}$). Satzungsgemäß zu entrichtende Nebenleistungen sind z. B. Zinsen für rückständig gebliebene, sachungsgemäß von der Kreditanstalt vorgeschossene Hypothekenzinsen, dagegen nicht eine Lohnsteuer oder Zinsen für rückständig gebliebene, von der Kreditanstalt sachungsgemäß vorgeschossene Lebensversicherungsbeiträge, wenn der Darlehnsnehmer nach der Satzung zum Abschluß eines Lebensversicherungsvertrags nicht verpflichtet ist (RGZ 47, 202). — Treffen die genannten vier Voraussetzungen zusammen, so kann die Eintragung solcher Nebenleistungen (z. B. Entschädigung für unpünktliche Zinszahlung, Beiträge zu den Verwaltungskosten: A 6) durch **Bezugnahme auf die Satzung** bewirkt werden. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht ($\text{RZA 1, 208; a. M. Prot 3, 546}$). Andererseits ersetzt die Bezugnahme auf die Satzung nicht die Bezugnahme auf die Bewilligung für die übrigen Merkmale der Forderung nach Abs 1 Halbs 2 . Die Eintragungsbewilligung, auf die nach Abs 1 Halbs 2 bei der Eintragung Bezug genommen werden kann, darf aber ihrerseits zur Ergänzung des darin Erklärten auf die Satzung Bezug nehmen, ohne daß diese als Protokollanlage im Sinne des § 176 Abs 2 FGG behandelt zu sein braucht (RGZ 47, 206). Daß im Vermerk der Bezugnahme der Zusatz gemacht wird, die Bezugnahme erfolge „wegen der Nebenleistungen“, ist nach der Fassung des § 1115 Abs 2 nicht notwendig, aber zulässig, da das Gesetz nur den Mindestumfang der Eintragung bestimmt (RZA 11, 71). Der Eintragung in das Grundbuch fähig ist auch die sog. Generalgarantie, d. h. die Haftung aller dem landschaftlichen Kreditverband angehörigen Güter für etwaige Ausfälle des Pfandbriefgläubigers. Die Eintragung erfolgt aber nicht bei der Pfandbriefhypothek in Abteilung III, sondern in Abteilung II des Grundbuchs, da es sich um ein nicht hypothekarisches, das Grundstück belastendes Recht handelt (RGZ 53, 203). — Die hypothekarischen Darlehen der Hypothekenbanken und ihre Eintragung sind in A 4 behandelt.

§ 1116

Über die Hypothek wird ein Hypothekenbrief¹⁾ erteilt²⁾.

Die Erteilung des Briefes kann ausgeschlossen werden. Die Ausschließung kann auch nachträglich erfolgen. Zu der Ausschließung ist die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers³⁾ sowie die Eintragung⁴⁾ in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften des § 873 Abs 2 und der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung⁵⁾.

Die Ausschließung der Erteilung des Briefes kann aufgehoben werden; die Aufhebung erfolgt in gleicher Weise wie die Ausschließung⁶⁾.

§ 1 1106—1108 II 1025; M 3 612ff., 742ff.; P 3 508, 510ff., 638ff.; G 206ff.

1. Der **Hypothekenbrief** wird vom Grundbuchamt erteilt. Er soll eine öffentliche Auskunft über das Bestehen der Hypothek und über alle ihrer Sicherheit dienenden Umstände geben, so daß er für den Verkehr das Einsehen des Grundbuchs entbehrlich macht (RG 77, 425). Er muß nach der zwingenden Vorschrift des § 56 GBD (dazu § 47 GrundbVerf v. 8. 8. 1935) die Bezeichnung als Hypothekenbrief enthalten, den Geldbetrag der Hypothek und das belastete Grundstück bezeichnen und mit Unterschrift und Siegel versehen sein. Fehlen diese Erfordernisse, so hat die Urkunde nicht die Eigenschaft eines Hypothekenbriefs. Weitere Vorschriften über den Inhalt, die aber nur Ordnungsvorschriften sind, gibt § 57 GBD (dazu § 49 GrundbVerf v. 8. 8. 1935). Er schreibt vor, daß der Hypothekenbrief enthalten soll die Nummer des Grundbuchblattes und einen Auszug aus dem Grundbuch. Der Auszug bezieht sich auch auf das Rangverhältnis der Hypothek zu anderen Posten, den Vermerk eines späteren Rangrücktritts und den Vermerk der späteren Erlangung des Vorrangs vor anderen Posten (DVG 9, 345; RGZ 35 A 294) einschließlich der Wiedergabe des bei der zurücktretenden Post eingetragenen Vorrangvermerks (RGZ 45, 291), aber ausschließlich solcher Eintragungen, die der Hypothek zwar zeitlich vorgehen, aber sie völlig unberührt lassen, die insbesondere trotz zeitlichen Vorgehens ihr im Range weder vorgehen noch gleichstehen (RGZ 52, 216). Der Vorrangvermerk ist jedoch nur dann in den Hypothekenbrief aufzunehmen, wenn Zwischenrechte vorhanden sind (ZFG 13, 415). In einen Rangänderungsvermerk auf dem Hypothekenbrief ist nicht die Ranglage in ihrem Endergebnis, sondern jede einzelne Eintragung aufzunehmen (ZFG 16, 286). Ruht die Hypothek nur auf einem Miteigentumsanteil, so bezieht sich der Auszug nicht auf die lediglich auf einem andern Anteil ruhenden Belastungen, mögen sie auch der Hypothek zeitlich vorgehen (RGZ 52, 217 gegen 26 A 304). Erwähnt seien ferner aus der GBD noch § 58 (dazu § 50 GrundbVerf v. 8. 8. 1935): Verbindung der Schuldburkunde mit dem Brief (sollen nachträglich ohne Änderung des ursprünglichen Schuldgrundes Änderungen z. B. der Verzinsungs-, Ründigungs- und Rückzahlungsbedingungen eingetragen werden, so ist die Verbindung der schulbrechtlichen Änderungsurkunde mit dem Hypothekenbrief zwar nicht notwendig, aber auch nicht unzulässig: RGZ 53, 224); § 59: nur ein Brief über eine Gesamthypothek; § 61: Teilhypothekenbrief (§ 1152 BGB); § 66: gemeinschaftlicher Brief über mehrere Hypotheken (RGZ 20 A 103; 39 A 272, 276; HMJ 1932 Nr 759); §§ 67, 68: Erneuerung; § 69: Vernichtung des Briefs. Sollen Eintragungen bei einer Briefhypothek bewirkt werden, so ist nach den Ordnungsvorschriften der §§ 41 Satz 1, 62ff. GBD regelmäßig der Brief dem Grundbuchamt vorzulegen und die Änderung auf ihm zu vermerken. Diese Ordnungsvorschriften haben ihren Grund hauptsächlich darin, daß das Grundbuch keine sichere Auskunft gibt, wer der Gläubiger einer Briefhypothek ist. Denn die Hypothek kann außerhalb des Grundbuchs gemäß § 1154 Abs 1 weiter übertragen sein. Jene Vorschriften sollen darauf hinwirken, daß Brief und Grundbuch übereinstimmen (RM 14, 313). Ausnahmen vom Vorlegungszwang sind enthalten in den §§ 41 Abs 1 Satz 2, 53 Abs 2 GBD (Widerpruchseintragung), §§ 131, 145 ZVG (Löschung einer Hypothek, Eintragung des Vorrangs einer Sicherungshypothek gemäß § 128 ZVG auf Ersuchen des Vollstreckungsrichters). Diese Ausnahmebestimmungen dürfen aber auf andere Fälle nicht ausgedehnt werden (RM 14, 314). Wann für eine Eintragung mit Rücksicht auf § 41 GBD ein beim Grundbuchamt aus anderer Veranlassung befindlicher Hypothekenbrief verwendet werden darf, ist in RGZ 50, 228 erörtert. — Der Hypothekenbrief hat, wie sich namentlich ergibt aus den §§ 1117, 1154 (Erwerb, Übertragung der Hypothek durch Übergabe des Briefs), 1155 (Schutz des öffentlichen Glaubens im Falle des Besitzes des Briefs), 1160 (Verlegung des Briefs bei Geltendmachung der Hypothek), eine selbständige vermögensrechtliche Bedeutung (RGSt 41, 268). Er ist jedoch kein Wertpapier im engeren Sinne. Denn er ist nicht selbständiger Träger des Hypothekenrechts; das Bestehen der Hypothek hängt vielmehr von der Eintragung im Grundbuch ab (str., RG Gruch 51, 921). In manchen Beziehungen ist er vom Gesetz allerdings einem Wertpapier gleichgestellt (vgl. § 1819). Steht der Inhalt des Briefs mit der Eintragung im Grundbuch im Widerspruch, so ist das Grundbuch maßgebend, weil der Hypothekenbrief nicht den öffentlichen Glauben des Grundbuchs hat und nicht dazu bestimmt ist, die zur Begründung dinglicher Rechte erforderliche Eintragung zu ersetzen (M 3, 756; RG 76, 378; 129, 128). Lautet z. B. der Brief über eine Hypothek von 5000 M., ist aber die Hypothek für 3000 M. eingetragen, so besteht die Hypothek nur in letzterer Höhe. Hat der Bucheigentümer, der nicht wahrer Eigentümer ist, eine Briefhypothek bestellt, nachdem gegen sein Eigentum ein Widerspruch (§ 899) eingetragen war, so steht der Widerspruch der Wirksamkeit sowie dem Erwerb der Hypothek durch einen Abtretungsempfänger entgegen, auch wenn er auf dem Hypothekenbrief nicht vermerkt ist (RG 129, 127). Auch sonst wirkt der dem Brief entgegenstehende Inhalt des Grundbuchs auch gegenüber einem gutgläubigen Erwerber. Ist z. B. im Grundbuch die Ausschließung der Brieferteilung der wirklichen Vereinbarung gemäß eingetragen, so gilt die Hypothek, auch wenn ein Brief vorliegt

erteilt ist, als Buchhypothek, insbesondere auch bei der Übertragung. Wer die Hypothek auf Grund des Briefes gutgläubig erwirbt, ist nicht geschädigt gegenüber demjenigen, der die Hypothek als Buchhypothek gemäß § 1154 Abs 3 durch seine Eintragung erworben hat. Andererseits aber wird durch den Inhalt des Briefes, wenn dieser der wirklichen Rechtslage entspricht und das Grundbuch unrichtig ist (wenn z. B. eine Teilzahlung gemäß § 1145 auf dem Brief, nicht aber im Grundbuch vermerkt ist), nach § 1140 der Schutz des Rechtserwerbs im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs ausgeschlossen (§ 1140 A 1). Wenn der Brief hiernach auch eine gewisse selbständige vermögensrechtliche Bedeutung hat, so steht er doch im Abhängigkeitsverhältnis zur Hypothek. Daher kann das Eigentum an ihm nur dem jeweiligen Gläubiger der Hypothek zustehen (§ 952 Abs 2; RG 91, 157; Gruch 47, 957; Warn 1917 Nr 56). Ferner kann der Brief nicht für sich allein und losgelöst von der Hypothek Gegenstand besonderer dinglicher Rechte, z. B. eines Pfandrechts, sein (RG 51, 86; 66, 27; 68, 282; Gruch 47, 957; 49, 366). Auch kann er nicht selbständiger Gegenstand der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung sein. Vielmehr kann seine Pfändung oder die Pfändung eines Anspruchs auf seine Herausgabe nur als Mittel zur Durchführung der Zwangsvollstreckung in das dem Schuldner an der Hypothek zustehende Recht in Frage kommen (RG 74, 80; RGSt 26, 11). Dagegen ist es zulässig, durch Vertrag ein nur zwischen den Vertragsschließenden persönlich wirkendes Zurückbehaltungsrecht an einem Hypothekenbrief zu begründen. Denn dadurch schließt der Eigentümer des Briefes nur das ihm an sich zustehende Recht auf Herausgabe des Briefes für seine Person zeitweise und bedingt aus (RG 51, 87; 66 S. 24, 102; 68 S. 282, 388; 91, 158; JW 1908 S. 447^a, 547^b; Gruch 51, 919). Dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht (§ 369 HGB) unterliegt der Brief nicht (RG 149, 95; HR 1934 Nr 113). Wohl aber kann ein Hypothekenbrief, da ihm die Eigenschaft eines körperlichen Gegenstandes, also einer Sache (§ 90), nicht abzusprechen ist, einem anderen zum Gebrauch unentgeltlich überlassen, geliehen (§ 598) werden, z. B. um damit Sicherheit für eine Forderung zu leisten (RG 91, 158). — Für die Grund- und die Rentenschuld gilt § 1116 in gleicher Weise (§§ 1192, 1200 BGB; § 70 GBD). Insbesondere kann auch der Grundschuldbrief nicht selbständig Gegenstand dinglicher Rechte, z. B. eines Pfandrechts, sein. Wohl aber kann auch ihm durch Vertrag ein nur zwischen den Vertragsschließenden persönlich wirkendes Zurückbehaltungsrecht begründet werden (RG 124, 30). Der nicht auf den Inhaber ausgestellte (§ 1195) Grundschuldbrief unterliegt nicht dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht nach § 369 HGB (RG HR 1934 Nr 113).

2. **Regelung:** ein Hypothekenbrief wird erteilt. Wenn also die Erteilung des Briefes nicht gemäß Abs 2 ausgeschlossen wird, ist die Hypothek eine Briefhypothek. Daraus folgt: Auf Grund eines Urteils, durch das der Eigentümer schlechthin zur Bewilligung der Eintragung einer Hypothek verurteilt ist, kann nur eine Briefhypothek eingetragen werden (RG 21 A 171). Ergeben bei einer Hypotheksvormerkung weder der Eintragungsvermerk noch seine Unterlagen etwas über die Art der zu bestellenden Hypothek, so kann die Umschreibung der Vormerkung in eine Briefhypothek verlangt werden (RG Gruch 58, 1019). Eine Hypothek, bei der die Ausschließung der Brieferteilung nicht eingetragen ist, kann nur als Briefhypothek gemäß § 1154 Abs 1, 2 abgetreten werden. Dazu ist mindestens erforderlich, daß eine Vereinbarung gemäß § 1117 Abs 2 getroffen und (§ 1154 A 3) der Antrag auf Bildung des Briefes beim Grundbuchamt gestellt worden ist (RG 34, 205). Dies gilt auch dann, wenn vereinbart worden ist, auf Verlangen des Gläubigers sei jederzeit ein Brief zu bilden. Denn eine solche Vereinbarung hat zwar die Bedeutung, daß die Erteilung des Briefes zunächst ausgeschlossen und nur eine spätere Aufhebung der Ausschließung vorgesehen werde. Sie hat aber nur schuldrechtliche Natur, so daß sie nicht eintragungsfähig ist und, wenn sie dennoch eingetragen ist, rechtlich als nicht eingetragen gilt (RG 34, 205). Anders verhält es sich jedoch, wenn ein bereits ohne Brief bestehendes hypothekarisches Recht in ein anderes hypothekarisches Recht umgewandelt wird (z. B. eine Buchgrundschuld in eine Hypothek oder eine Buchhypothek in eine Grundschuld). Haben hier die Beteiligten nicht ausdrücklich etwas Gegenteiliges festgesetzt, so ist eine Eintragung dahin anzunehmen, daß auch das andere hypothekarische Recht unverbrieft sein soll. Einer nochmaligen Eintragung der Ausschließung der Brieferteilung bedarf es also nicht, da sich die Ausschließung aus der früheren Eintragung ergibt (RM 8, 283; RG 29, 372). Insbesondere ist die erneute Eintragung auch nicht unzulässig, da sie Unklarheiten verhüten kann (RG 29, 372). — Bei einer Sicherungshypothek ist nach § 1185 Abs 1 ausnahmsweise die Erteilung eines Briefes ausgeschlossen. Soll eine solche Hypothek gemäß § 1186 in eine gewöhnliche Buchhypothek umgewandelt werden, so ist weder eine ausdrückliche Vereinbarung noch die Eintragung der Ausschließung des Hypothekenbriefes erforderlich, da diese aus der früheren Eintragung der Hypothek als Sicherungshypothek von selbst sich ergibt (str.; RM 8, 282). Den Fall der Erweiterung einer Einzelbuchhypothek zu einer Gesamtbuchhypothek behandelt § 1132 A 3. — Nach dem Art 192, 193 EG gilt eine zur Zeit der Grundbuchanlegung bestehende Hypothek als Buchhypothek, wenn sie nicht landesgesetzlich für eine Briefhypothek erklärt wird.

3. **Der Einigung des Gläubigers und des Eigentümers über die Ausschließung des Briefes** bedarf es nicht nur dann, wenn eine Hypothek ursprünglich als Buchhypothek bestellt werden soll,

sondern auch im Falle der nachträglichen Ausschließung, also bei der Umwandlung einer Briefhypothek oder eines Theils davon in eine Buchhypothek (DGB 41, 37; Abtretung eines Theils einer Briefhypothek unter Verzicht auf den Teilbrief). Handelt es sich um eine Gesamthypothek (§ 1132), so müssen die Eigentümer der sämtlichen beteiligten Grundstücke die Einigung erklären. Hat im Falle nachträglicher Ausschließung ein Eigentumswechsel stattgefunden, so ist die Einigung des Gläubigers mit dem gegenwärtigen Eigentümer erforderlich. Die Einigung bedarf zur Rechtswirksamkeit keiner Form. Zur Vornahme der Eintragung braucht die Einigung dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen zu werden (DGB 1, 414). Nach § 19 GBD genügt hierzu die in der Form des § 29 GBD erklärte einseitige Bewilligung des durch die Eintragung in seinem Recht Betroffenen. Dies ist der Eigentümer allein, wenn die Hypothek bei ihrer Begründung als Buchhypothek eingetragen werden soll, da der Gläubiger zu dieser Zeit noch kein Recht am Grundstück hat (RZM 1, 22). Soll dagegen eine Briefhypothek nachträglich in eine Buchhypothek umgewandelt werden, so wird dadurch der Gläubiger ebenfalls in seinem Recht betroffen; auch seine Bewilligung muß daher dem Grundbuchamt beigebracht werden (RZM 1, 22). Unzulässig ist die Ausschließung des Briefs bei Inhabergrundschulden (§ 1195).

4. Einigung und Eintragung der Ausschließung müssen zusammentreffen, wenn die Hypothek eine Buchhypothek sein soll. Fehlt eins dieser Erfordernisse, so ist die Hypothek eine Briefhypothek (A 2). Die Eintragung der Ausschließung, die einer vorangegangenen oder nachträglichen Einigung ermangelt, unterliegt der Berichtigung (§ 894; GBD § 22). Eine solche Hypothek kann der eingetragene Gläubiger nach § 1117 nur dann erwerben, wenn ein Brief ausgefertigt und ihm vom Eigentümer übergeben wird. Für spätere Erwerber aber, die gutgläubig die Hypothek als Buchhypothek erwerben, gilt das Grundbuch gemäß § 892 als richtig. Ist trotz vorliegender Einigung die Eintragung der Ausschließung unterblieben, so kann über die Hypothek überhaupt erst dann verfügt werden, wenn entweder ein Brief nachträglich erteilt oder die Eintragung nachgeholt ist.

5. Aus der entsprechenden Anwendung der §§ 873 Abs 2, 876, 878 folgt: Die Beteiligten sind an die Einigung gebunden, wenn sie in einer der Formen des § 873 Abs 2 erklärt ist. Steht einem Dritten ein Recht an der Hypothek zu (z. B. Pfandrecht, Nießbrauch), so bedarf es zur Umwandlung einer Briefhypothek in eine Buchhypothek seiner Zustimmung (§ 876). Der Eintritt einer Beschränkung des Berechtigten (A 3) in der Verfügung nach seiner Bindung und Stellung des Eintragungsantrags ist ohne Einfluß (§ 878).

6. Auch zur Wiederaufhebung der Briefausschließung, also zur Umwandlung einer Buchhypothek in eine Briefhypothek, ist die Einigung des Gläubigers mit dem Eigentümer zur Zeit der Umwandlung und die Eintragung erforderlich (RZM 2, 36; RGZ 32 B 13; DGB 1, 259). Der Eigentümer zur Zeit der Hypothekbestellung kann seine Sondernachfolger nicht mit dinglicher Wirkung verpflichten, auf Verlangen des Gläubigers die Umwandlung zu bewilligen. Die Einräumung eines solchen Rechts für den Gläubiger ist daher nicht eintragungsfähig (RZM 2, 36). Dagegen kann ein schuldrechtlicher Anspruch auf Umwandlung als Anspruch auf Änderung des Inhalts der Hypothek durch Vormerkung gesichert werden (§ 883 Abs 1). Zur Eintragung der Wiederaufhebung genügt auch der (in der Form des § 29 GBD gestellte) übereinstimmende Antrag des Eigentümers und des Gläubigers auf die nachträgliche Bildung eines Briefs. Denn in diesem Antrag kommen die Eintragungsbewilligung (§ 19 GBD) und der Eintragungsantrag (§ 13 GBD) deutlich zum Ausdruck (RGZ 28 A 151).

§ 1117

Der Gläubiger erwirbt, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, die Hypothek erst¹⁾, wenn ihm der Brief von dem Eigentümer des Grundstücks übergeben wird²⁾. Auf die Übergabe finden die Vorschriften des § 929 Satz 2 und der §§ 930, 931 Anwendung³⁾.

Die Übergabe des Briefes kann durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt auszuhändigen zu lassen⁴⁾.

Ist der Gläubiger im Besitze des Briefes, so wird vermutet, daß die Übergabe erfolgt sei⁵⁾.

GI 1110 II 1026; M 3 746f.; B 3 646, 729.

1. Erst durch die Übergabe des Briefs erwirbt der Gläubiger die Briefhypothek, nicht schon durch die Eintragung der Hypothek für ihn. Insofern unterscheidet sich also die Briefhypothek von der Buchhypothek. Diese Regelung soll verhüten, daß durch eine Verfügung des Gläubigers vor Erfüllung der ihm obliegenden Leistung (Auszahlung der Valuta) ein gutgläubiger Dritter die Hypothek erwirbt, und ermöglichen, daß die Leistung des Gläubigers und der Erwerb

der Hypothek Zug um Zug erfolgen (Prot 3, 729). Bis zur Übergabe des Briefs (oder der sie ersetzenden Vereinbarung des Abs 2) steht die Briefhypothek dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zu (§§ 1163 Abs 2, 1177 Abs 1; RG 77, 108; OLG 26, 135). Er ist mithin auch Eigentümer des Briefs (§ 952 Abs 2; OLG 11, 113; 26, 135). Demzufolge bestimmt § 60 GBD, daß der Brief vom Grundbuchamt dem Eigentümer auszuhändigen ist, falls er nicht eine abweichende Bestimmung in der Form des § 29 Satz 1 GBD getroffen hat. Das Grundbuch ist also bis zur Übergabe des Briefs unrichtig, weil es den Gläubiger als Inhaber des hypothekarischen Rechts nennt (RG 77, 108; RGZ 22 A 310). Der Eigentümer kann bis dahin über die Hypothek als Briefgrundschuld gemäß § 1154 durch Abtretungserklärung und Übergabe des Briefs zugunsten eines Dritten rechtswirksam verfügen oder die Grundschuld durch Anlehnung an eine neue Forderung (§ 1198) in eine Briefhypothek für den Dritten umwandeln (RGZ 22 A 311). Soll allerdings die Abtretung eingetragen werden, so muß der Eigentümer dem Grundbuchamt sein Recht gehörig nachweisen. Dazu wird erforderlich sein die Beibringung einer in der Form des § 29 GBD abgegebenen Erklärung des Buchgläubigers, daß er die Hypothek wegen Fehlens der Briefübergabe nicht erworben habe; die bloße Tatsache, daß das Grundbuchamt den Brief gemäß § 60 GBD dem Eigentümer ausgehändigt hat, genügt zu dem Nachweise nicht (RGZ 22 A 309). Der Gläubiger hat vor der Briefübergabe (oder dem Übergabeersatz des Abs 2) auch dann, wenn er die ihm obliegende Leistung bewirkt hat, nur einen persönlichen Anspruch auf Beschaffung der Hypothek (RG 63 S. 14, 424; 77, 109; OLG 26, 135). Dieser Anspruch hindert aber weder eine Verfügung des Eigentümers über die Hypothek noch die Pfändung der Hypothek (Eigentümergrundschuld) durch einen Gläubiger des Eigentümers (RG 63, 14; 73, 416; OLG 11, 111; 44, 159). Im Konkurs des Eigentümers steht dem Buchgläubiger, der die Hypothek noch nicht durch Briefübergabe erworben, sondern nur einen persönlichen Anspruch auf Beschaffung der Hypothek hat, kein Absonderungsrecht nach § 47 RD zu. Vielmehr kann der Konkursverwalter von ihm gemäß § 894 die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs dahin verlangen, daß an seiner Stelle der Gemeinschuldner als Gläubiger (der Eigentümergrundschuld) eingetragen werde. Wegen des persönlichen Anspruchs auf Bestellung der Hypothek kann der eingetragene Gläubiger nur eine Geldforderung gemäß § 69 RD zur Konkursmasse geltend machen (RG 77, 109; OLG 26, 135). Er kann aber seinen Anspruch, der auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstück gerichtet ist, nach § 883 durch Vormerkung sichern lassen (OLG 7, 367) und dann im Falle des Konkurses des Eigentümers auf Grund des § 24 RD ein Absonderungsrecht geltend machen. Ist zwar der Brief dem Gläubiger übergeben, aber die gesicherte Forderung nicht entstanden, so steht die Hypothek nach § 1163 Abs 1 Satz 1 ebenfalls dem Eigentümer zu. Dieser ist dann auch nach § 952 trotz der Übergabe an den Gläubiger Eigentümer des Briefs (RGSt 39, 185; JB 1906, 714¹²: Unterschlagung der Valuta durch den Notar ohne Aushändigung des Briefs). — Die Vorschriften des § 1117 über das Erfordernis der Briefübergabe oder ihres Ersatzes nach Abs 2 finden auch dann Anwendung, wenn eine Briefhypothek abgetreten (§ 1154) oder verpfändet (§ 1274) oder gepfändet und überwiesen werden soll (§§ 829, 830, 837 BPD; die Frage, ob nicht nur unmittelbarer, sondern auch mittelbarer Briefbesitz des Pfändungsgläubigers zur Entstehung des Pfändungspfandrechts an der Briefhypothek genügt, behandelt RG Warn 1921 Nr 97). Ferner greift § 1117 Platz, wenn ein Nießbrauch an der Briefhypothek bestellt (§ 1069) werden soll. Die Begründung eines solchen Nießbrauchs kann auch mit der Übertragung der Hypothek an einen andern in der Weise verbunden werden, daß der Gläubiger die Hypothek unter Ausschluß der den Inhalt des Nießbrauchs ausmachenden Befugnisse an den andern abtritt. Hierzu ist neben der schriftlichen Erklärung der Abtretung des beschränkten Gläubigerrechts die Übergabe des Hypothekenbriefs an den neuen Gläubiger erforderlich. Für die Übergabe gelten die Vorschriften des § 1117. Sie kann also insbesondere durch eine zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger getroffene Vereinbarung ersetzt werden, daß der bisherige Gläubiger nunmehr als Nießbraucher im Besitz des Hypothekenbriefs verbleiben soll (§§ 1154 Abs 1 Satz 1; 1117 Abs 1 Satz 2; 868; vgl. A 3). Solange eine Übergabe oder eine sie ersetzende Vereinbarung nicht stattgefunden hat, tritt auf Grund der Abtretungserklärung oder der Eintragung in das Grundbuch allein keine dingliche Änderung des Rechtslage ein. Bis dahin verbleibt vielmehr das volle Gläubigerrecht dem bisherigen Gläubiger (RG Warn 1920 Nr 111). Auch strafrechtlich liegt nach RGSt 34, 172 noch keine Sicherungsgewährung durch den Gemeinschuldner im Sinne des § 241 RD bei der Eintragung einer Briefhypothek vor, solange nicht der Brief dem Gläubiger übergeben ist. Die Vorschriften des § 1117 gelten gemäß § 1192 auch für den Erwerb einer Briefgrundschuld durch den Gläubiger (RG 77, 108).

2. Von dem Eigentümer (oder seinem vertretungsberechtigten Vertreter) muß der Brief übergeben sein. Erlangt der Gläubiger den Brief ohne Zustimmung des Eigentümers, z. B. von einem zur Aushändigung nicht befugten Besitztiner (§ 855) oder Makler, so erwirbt er die Hypothek nicht (RG 75, 224; Warn 1915 Nr 172). Dasselbe gilt, wenn er den Brief vom Grundbuchamt versehentlich (§ 60 Abs 1 GBD) ausgehändigt erhält. In solchen Fällen kann aber der Besitz des Briefs dann zum Erwerb der Hypothek führen, wenn nachträglich eine Einigung zwischen

Eigentümer und Gläubiger gemäß § 929 Satz 2 erfolgt. Auch steht es einer Übergabe durch den Eigentümer gleich wenn dieser, sei es auch nur einseitig, dem Grundbuchamt gegenüber gemäß § 60 Abs 2 GBD die Bestimmung getroffen hat, daß der Gläubiger berechtigt sein solle, die Aushändigung des Briefs vom Grundbuchamt zu verlangen, oder daß der Brief vom Grundbuchamt dem Gläubiger übersandt werden solle, und wenn das Grundbuchamt daraufhin den Brief dem Gläubiger (oder seinem Vertreter) aushändigt (RG 66, 100; 77, 108; RGZ 25 A 154; 40 A 322). Hat diese Aushändigung aber nicht stattgefunden, so ist die Übergabe nicht erfolgt (RG 66, 100; 77, 108). Einer mit ihrem Ehemann in häuslicher Gemeinschaft und im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau kann der für sie bestimmte Hypothekenbrief vom Boten des Grundbuchamts auch zu Händen des empfangsbereiten Ehemanns ausgehändigt werden (RG 135, 206). Die Bestimmung gemäß § 60 Abs 2 GBD kann vom Eigentümer nicht einseitig widerrufen werden, weil das Grundbuchamt mit ihrem Eingang nicht mehr den Eigentümer, sondern lediglich den Gläubiger als empfangsberechtigt zu behandeln hat (RZA 10, 79; RGZ 40, 324; vgl. auch RG JW 1908, 547⁵; Warn 1912 Nr 291; a. M. DLG 14, 103). — Steht das Grundstück im Miteigentum mehrerer Personen oder sollen mehrere Grundstücke verschiedener Eigentümer belastet werden, so müssen sämtliche Eigentümer den Brief übergeben (RG 52, 360). Wenn nur einer der Eigentümer den Brief übergibt, erwirbt der Gläubiger die Hypothek auch nicht an dessen Anteil oder Grundstück, es sei denn, daß er durch Verzicht die Hypothek an den anderen Anteilen oder Grundstücken gemäß § 1175 Abs 1 Satz 1 zum Erlöschen bringt (RG 52, 362). — Wird der Hypothekenbrief dem Gläubiger nur vorübergehend in die Hand gegeben (z. B. zur Aufklärung über die Hypothekenverhältnisse) und sogleich zurückgenommen, so liegt eine Übergabe im Sinne des § 1117 nicht vor (RG 75, 223; Warn 1915 Nr 172).

3. Die körperliche Übergabe des Briefes kann gemäß § 929 Satz 2 durch die bloße Einigung über den Übergang des Eigentums an dem Brief ersetzt werden, wenn der Gläubiger bereits im Besitz des Briefes ist (A 1; RG HR 1938 Nr 655). Der Einigung steht gleich die rechtskräftige Beurteilung des Grundstückseigentümers zur Überreignung (§ 894 ZPO). Ferner kann die Übergabe, wenn der Eigentümer im Besitz des Briefes ist, durch die Einräumung des mittelbaren Besitzes an den Gläubiger gemäß den §§ 930, 868 ersetzt werden (z. B. durch die Übernahme der Verwahrungspflicht gemäß § 688; vgl. auch RG Warn 1920 Nr 111 in A 1). Da aus dem BGB etwas Gegenteiliges nicht zu entnehmen ist, kann ein Übergabeerfaß nach diesen Vorschriften auch dadurch rechtswirksam sich vollziehen, daß im voraus vereinbart wird, der Erwerber solle an erst anzuschaffenden Sachen den Besitz auf Grund eines den Besitzerwerb vermittelnden Verhältnisses ausüben (RG 56, 52; JW 1907, 747¹⁸; Gruch 53, 1049). Daher kann auch die Übergabe des Hypothekenbriefs durch eine zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber im voraus getroffene dingliche Einigung dahin, daß der Eigentümer nach Herstellung des Briefes diesen für den Gläubiger verwahren solle, ersetzt werden. Der Erwerber erlangt dann die Hypothek dadurch, daß der hergestellte Hypothekenbrief dem Eigentümer vom Grundbuchamt gemäß § 60 GBD ausgehändigt wird. Da aber der Eigentümer in solch einem Falle den Verwahrungsvertrag mit sich selbst schließen soll (§ 181), muß er nach Empfangnahme des Briefes in erkennbarer Weise zum Ausdruck bringen, daß er den Brief für den Gläubiger besitzt (RG 73, 415). — Befindet sich ein Dritter im Besitz des Briefes, so genügt nach § 931 die Abtretung des Herausgabeanspruchs (RG 54, 111). Dieser Anspruch muß aber so beschaffen sein, daß er dem Eigentümer das Recht gewährt, den Brief in Besitz zu nehmen und in seine Verfügungsgewalt zu bringen. Hätte der Eigentümer z. B. inzwischen die Hypothek als Briefgrundschuld auf einen anderen übertragen (A 1) und dann diesen zum Teil befriedigt, so stände ihm kein Herausgabeanspruch, sondern nur ein Anspruch auf Vorlegung des Briefes an das Grundbuchamt zwecks Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 896 zu (RG 69, 41). Durch die Abtretung eines solchen Anspruchs würde aber der (erste) Gläubiger die Hypothek auch bezüglich des vom Eigentümer durch die Befriedigung des anderen erlangten Teiles nicht erwerben (RG 69, 43). Die Abtretung des Herausgabeanspruchs kann auch unter einer aufschiebenden Bedingung erfolgen, da § 158 auch auf Verträge, die eine dingliche Rechtsänderung zum Gegenstand haben, Anwendung findet. Der Erwerber erlangt dann (z. B. wenn der Dritte den Brief für den Eigentümer in Verwahrung hat) mit dem Eintritt der Bedingung den mittelbaren Besitz (§ 868) an dem Brief (DLG 26, 133). Eine solche bedingte Abtretung kann auch schon vor der Herstellung des Briefes wirksam vereinbart werden für den Fall, daß der Dritte den unmittelbaren Besitz an dem Brief nach dessen Herstellung so erlangen werde, daß der Eigentümer mittelbarer Besitzer sei, also z. B. für den Fall, daß der Eigentümer den hergestellten Brief durch das Grundbuchamt an einen Dritten aushändigen lasse, mit dem er einen Verwahrungsvertrag geschlossen hat (DLG 26, 133). Eine Überweisung zur Einziehung steht der Abtretung nicht gleich. Denn dadurch wird der Anspruch nicht übertragen, sondern dem Pfändenden wird nur die Ermächtigung erteilt, den Anspruch im eigenen Interesse geltend zu machen (RG 63, 218).

4. Die als Erfaß der Übergabe zugelassene Vereinbarung der Berechtigung des Gläubigers, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, ist nicht einseitig widerruflich (RG JW 1908, 547⁵; DLG 8, 139; 14, 102). Sie bedarf zu ihrer Rechtswirksamkeit keiner Form (RG

Gruch 56 S. 983, 986; *RGZ* 25 A 155; *DZG* 45, 282). Bei ihr ist der Gebrauch der Worte des Abs 2 nicht erforderlich. Vielmehr genügt jede vom Gläubiger angenommene Erklärung des Eigentümers oder der sonst in irgendeiner Weise erkennbar kundgegebene übereinstimmende Wille, woraus die Erteilung der genannten Befugnis an den Gläubiger erhellt (*RG* Warn 1912 Nr 291; *RGZ* 26 A 95; 32 A 242). So kann z. B. im Falle einer Teilabtretung eine solche Vereinbarung darin gefunden werden, daß die den Antrag auf Aushändigung des zu bühnenden Teilhypothekenbriefs enthaltende Abtretungsurkunde von dem Abtretenden dem Erwerber übergeben und dann von diesem dem Grundbuchamt zur Umschreibung eingereicht wird (*RG* Warn 1912 Nr 291). Sie kann auch darin liegen, daß der Erwerber die in der Abtretungsurkunde enthaltene Aushändigungerklärung, sei es auch nur stillschweigend, annimmt (*DZG* 45, 282). Das Grundbuchamt darf allerdings den Brief dem Gläubiger nur dann aushändigen, wenn der Eigentümer die in A 2 erwähnte Bestimmung in der Form des § 29 Satz 1 *GBD* getroffen hat (*RGZ* 25 A 154). Ist dies nicht geschehen und hat daher das Grundbuchamt gemäß § 60 Abs 1 *GBD* den Brief dem Eigentümer ausgehändigt, so kann der Gläubiger sich den Brief nur dadurch verschaffen, daß er auf Grund der Vereinbarung gegen den herausgabepflichtigen, aber nicht herausgabebereiten Eigentümer ein Urteil auf Herausgabe erstritten und dann den Brief dem Eigentümer durch den Gerichtsvollzieher gemäß § 883 *ZPO* wegnehmen läßt (*RGZ* 21 A 173). Ist aber die Bestimmung vom Eigentümer formgerecht getroffen, so hat das Grundbuchamt dem vom Gläubiger gestellten Antrag auf Aushändigung des Briefs auch dann stattgegeben, wenn der Antrag formlos gestellt ist; denn für den Antrag ist eine Form nicht vorgeschrieben (*RM* 6, 78). — Zweck der Vorschrift des Abs 2 ist, zu verhüten, daß der Erwerb der Hypothek durch eine Verzögerung der Ausfertigung des Briefs verzögert wird, und durch die Erteilung des Rechts auf Aushändigung des Briefs den mittelbaren Besitz des Briefs im voraus auf den Gläubiger zu übertragen (Prot 3, 729). Ist die Vereinbarung schon vor der Eintragung getroffen, so erwirbt der Gläubiger, falls die zu sichernde Forderung besteht (§ 1163 Abs 1; *RGSt* 39, 184), die Hypothek mit der Eintragung und das Eigentum am Brief gemäß § 952 mit der Herstellung (*RG* 66, 102; 81, 425; 89, 161; *ZW* 1908, 547^o; *RGZ* 25 A 155; 35 A 288; 40, 324; *DZG* 11, 114; 45, 267). Von der tatsächlichen Aushändigung des Briefs an den Gläubiger sind diese Folgen nicht abhängig. Weber wird der Erwerb der Hypothek bis zur Aushändigung aufgeschoben, noch wird der Erwerb deswegen rückgängig, weil der Gläubiger den Brief nicht erhält. Denn nach Abs 2 erseht die „Vereinbarung“ ohne weiteres die Übergabe des Briefs (str.; *RG* 89, 161; *ZW* 1908, 547^o; vgl. *RG* 64, 313; 66, 210; Gruch 56, 984; a. M. *SeuffA* 57 Nr 78). Dies gilt auch dann, wenn der Eigentümer trotz der Vereinbarung bei der Stellung des Eintragungsantrags nicht gemäß § 60 Abs 2 *GBD* die Anweisung zur Aushändigung an den Gläubiger erklärt und der Brief deshalb nach § 60 Abs 1 *GBD* nicht dem Gläubiger, sondern dem Eigentümer vom Grundbuchamt ausgehändigt wird (str.). Liegt andererseits eine Vereinbarung nicht vor, so bewirkt die vom Eigentümer dem Grundbuchamt gegenüber einseitig erklärte Anweisung nicht für sich allein den Erwerb der Hypothek. Vielmehr muß in diesem Falle noch die tatsächliche Aushändigung des Briefs an den Gläubiger hinzutreten (*RG* 66, 100; 77, 108; 89, 161; *ZW* 1908, 547^o; *DZG* 11, 114; A 2). Erfolgt die Vereinbarung erst nach der Eintragung der Hypothek, so erwirbt der Gläubiger die Hypothek im Zeitpunkt der Vereinbarung, nicht erst mit der Ausfertigung oder gar der Aushändigung des Briefs. Wird die Vereinbarung gemäß § 894 *ZPO* durch ein vom Gläubiger erstrittenes rechtskräftiges Urteil erseht, das den Eigentümer zur Bestellung der Briefhypothek und zur Bewilligung der Aushändigung des Briefs verurteilt (*RG* 66, 102), so gelten die bisher entwickelten Grundsätze für den Zeitpunkt des Erwerbs in gleicher Weise (*RGZ* 21 A 172). Das Grundbuchamt hat auf Grund des Urteils den Brief dem Gläubiger auszuhändigen (§ 894 *ZPO*; § 60 Abs 2 *GBD*). Ist der Eigentümer aber lediglich zur Hypothekbestellung verurteilt und der Brief daher ihm ausgehändigt worden (§ 60 Abs 1 *GBD*), so erwirbt der Gläubiger, wenn er auf Grund des Urteils den Brief dem Eigentümer durch den Gerichtsvollzieher wegnehmen läßt, die Hypothek gemäß § 897 *ZPO* erst im Zeitpunkt der Wegnahme. — Die Vereinbarung muß vom Eigentümer mit dem Gläubiger geschlossen sein. Eine zwischen dem Eigentümer und einem Dritten (z. B. dem Erwerber des Grundstücks) zugunsten des Gläubigers getroffene Vereinbarung, wonach eine Hypothek für den Gläubiger bestellt und diesem die fragliche Ermächtigung erteilt wird, kann zwar den Gläubiger gemäß § 328 schuldrechtlich berechtigen, von dem Verpflichteten (in dem gewählten Falle von dem Grundstücksverwerber) die Einwilligung in die Aushändigung des (nach Eintragung der Hypothek) auszufertigenden Briefs (auch im Klagewege) zu verlangen, ersetzt aber nicht die Briefübergabe im Sinne des Abs 2. Denn auf den dinglichen Vertrag finden die Vorschriften des *GBD* über Verträge auf dem Gebiet des Rechtes der Schuldverhältnisse und damit insbesondere auch die §§ 328 ff. über Verträge zugunsten eines Dritten mit der Wirkung eines unmittelbaren Rechtsverwehrs des Dritten keine Anwendung (*RG* 66, 100; 98, 283; *DZG* 14, 102). Die Frage, ob und inwieweit dem Gläubiger, der gemäß § 952 Eigentümer des Briefs geworden ist, im Falle der Verweigerung der Herausgabe des Briefs durch das Grundbuchamt ein privatrechtlicher Anspruch auf Herausgabe gegen den Justizfiskus zusteht, behandelt *RGZ* 40, 322. Die Vereinbarung zwischen

dem Eigentümer und dem Gläubiger, daß der zu bildende Brief dem die Hypothekenbestellung beurkundenden Notar ausgehändigt werden solle, begründet nicht ohne weiteres einen Anspruch des Gläubigers gegen den Notar auf Herausgabe des diesem übermittelten Briefes (RG HRR 1932 Nr 319).

5. Angesichts der aus dem Besitz des Briefes folgenden Vermutung für die Übergabe muß der die Übergabe bestreitende Eigentümer den Beweis führen, daß der Brief ohne seinen Willen in den Besitz des Gläubigers gelangt ist (§ 292 BPO). Aber auch dieser Beweis nützt ihm nichts, wenn der Gläubiger einen persönlichen Anspruch auf Beschaffung des Briefes hat. Denn der Gläubiger kann in diesem Falle durch Klage oder Widerklage gegen den Eigentümer ein Urteil auf Abgabe der zu einer Eintragung im Sinne des § 929 Satz 2 (N 3) erforderlichen Erklärung erstreiten. Andererseits folgt aus Abs 3, daß dem Gläubiger, der nicht im Besitz des Briefes ist, keine Vermutung für den Erwerb der Hypothek zur Seite steht, also auch nicht eine Vermutung aus § 891 wegen der für ihn erfolgten Eintragung der Hypothek. Er muß dann, wenn er sein Gläubigerrecht geltend machen will, den Beweis führen, daß er, obwohl er nicht im Besitz des Briefes ist, die Hypothek durch Übergabe oder Übergabeersatz erworben hat (str.; a. M. RGZ 22 A 310). Hat der im Besitz des Briefes befindliche Gläubiger die Hypothek an einen Dritten übertragen, so gilt die Hypothek, auch wenn der Gläubiger den Brief ohne Willen des Eigentümers erlangt hat, gemäß §§ 1138, 892 zugunsten des Dritten als dem Gläubiger zustehend, es sei denn, daß der Dritte beim Erwerb bösgläubig war (Prot 3, 646; 3, 729). Für die Zeit der Übergabe des Briefes besteht keine Vermutung. Kommt es auf den Zeitpunkt der Übergabe an (z. B. im Falle einer Konkursöffnung), so muß der Zeitpunkt nachgewiesen werden (RZA 6, 67; RGZ 40 A 281).

§ 1118

Kraft der Hypothek¹⁾ haftet das Grundstück auch für die gesetzlichen Zinsen²⁾ der Forderung sowie für die Kosten³⁾ der Kündigung⁴⁾ und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung⁵⁾.

EG I 1066 II 1027; R 3 847ff.; B 3 549.

1. **Kraft der Hypothek** bedeutet: kraft Gesetzes ohne besondere Bewilligung und Eintragung. Die im § 1118 bezeichneten Zinsen und Kosten sind daher nicht eintragungsbedürftig. Auch ist ein Antrag auf ihre Eintragung vom Grundbuchamt abzulehnen, weil überflüssige Eintragungen vom Grundbuch fernzuhalten sind (RZA 1, 81; 2, 246; RGZ 35 A 325). Wenn jedoch die Eintragung bewirkt worden ist, so ist weder das Grundbuch unrichtig noch die Eintragung im Sinne des § 53 Abs 1 Satz 2 GWB ihrem Inhalt nach unzulässig (RGZ 35 A 325). § 1118 gilt für alle Arten der Hypothek und nach den §§ 1192, 1199 auch für Grundschulden und Rentenschulden. Für Höchstbetragshypotheken enthält aber § 1190 Abs 2 eine Sondervorschrift. Die Vorschrift des § 1118 gilt nach Art 192 GG vom Zeitpunkt der Grundbuchanlegung ab auch für die vor dem 1. 1. 1900 eingetragenen hypothekarischen Rechte. Erfahren diese dadurch gegenüber dem früheren Recht eine Erweiterung (z. B. durch den Eintritt der in einigen Rechtsgebieten früher ohne Nachtrag nicht bestehenden Haftung für gesetzliche Zinsen), so gilt die Erweiterung nur für die nach der Grundbuchanlegung entstehenden Nebenforderungen, während eine eintretende Minderung (z. B. bei der in einigen Rechtsgebieten früher bestehenden Haftung für Eintragungskosten: N 3) auch solche Nebenforderungen ergreift, die schon vorher entstanden waren. Die nach früherem Recht eingetragenen besonderen Kautionshypotheken für Zinsen und Kosten sind behandelt in RG 61, 374; Gruch 59, 134; RZA 7, 127; OLG 4, 160; 12, 292.

2. Als **gesetzliche Zinsen** kommen hier vornehmlich Verzugszinsen (§§ 288, 289) und Prozeßzinsen (§ 291) in Betracht. Weitere Fälle gesetzlicher Zinsen enthalten: § 1146 (aus dem Grundstück gebührende Verzugszinsen, wenn der Eigentümer mit der Befriedigung des Gläubigers im Verzuge ist); § 452 (Verzinsung des Kaufpreises); § 641 Abs 2 (Vergütung beim Werkvertrag); §§ 668, 675, 698, 1834 (eigennützige Verwendung fremder Gelder durch Beauftragte, Verwahrer, Vormünder). Über die gesetzlichen Zinsen bei der Bauhypothek vgl. §§ 27 Abs 4, 34 Abs 2 des BauZG v. 1. 6. 1909. Für rechtsgeschäftliche Zinsen haftet das Grundstück nur dann, wenn sie nach Maßgabe des § 1115 eingetragen sind. Dies gilt auch von solchen Verzugszinsen, die über die durch das Gesetz (§ 246; GWB § 352) bestimmte Höhe hinaus rechtsgeschäftlich festgesetzt sind (OLG 14, 100). Ferner haftet das Grundstück nicht für Schadensersatzansprüche, die nach den §§ 286, 288 Abs 2, 289 Satz 2 aus einem Verzuge über die gesetzlichen Verzugszinsen hinaus geltend gemacht werden können (OLG 14, 101).

3. Für andere **Kosten** als die im § 1118 bezeichneten (z. B. Verwaltungskosten, Kosten für Registerauszüge, Stempel, Taxen, für Vermerke auf Hypothekenbriefen) haftet das Grundstück nur, wenn ihre Eintragung besonders bewilligt und nach Maßgabe des § 1115 vollzogen ist (RZA 1, 83; SeuffA 66 Nr 63). Dies gilt auch für die Kosten der Eintragung (R 3, 648; RG 72, 333; RGZ 49, 231). Bei der Zwangs- und der Arresthypothek aber haftet das Grundstück gemäß §§ 867

Abj 1 Satz 3, 932 Abj 2 ZPO auch für die Eintragungskosten kraft Gesetzes (die Besonderheiten der Zwangspfandhypothek gegenüber der Vertragspfandhypothek erörtert näher § 1184 A 4). Für die Ablehnung des Antrags auf ihre Eintragung und für die Wirkung ihrer Eintragung gilt das in A 1 Bemerkte.

4. Kosten der **Ründigung** im Sinne des § 1118 sind nur solche, die durch eine nach § 1141 für die dingliche Hypothek wirksame Ründigung gegenüber dem Eigentümer entstehen, nicht Kosten der Ründigung gegenüber dem persönlichen Schuldner, der nicht der Eigentümer ist. Die Ründigungskosten sind unter entsprechender Anwendung der §§ 91, 788 ZPO (z. B. bezüglich der Vertretung durch einen Anwalt) nur soweit erstattungsfähig, als sie zur zweckentsprechenden Geltendmachung des Hypothekenrechts notwendig waren. Dahin sind besonders zu rechnen Kosten der Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher und Kosten für die Bestellung eines Vertreters nach § 1141 Abj 2.

5. Unter den Kosten der **die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung** sind nur Kosten der gegen den Eigentümer als solchen mit der dinglichen Klage gerichteten Rechtsverfolgung zu verstehen. Für Kosten einer persönlichen (schuldrechtlichen) Klage gegen den Schuldner haftet das Grundstück nicht (RG 90, 172). Ist die dingliche Klage mit Rücksicht darauf, daß der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, mit der persönlichen Klage verbunden worden, so erstreckt sich die Haftung nicht auf die durch die Verbindung entstehenden Mehrkosten (R 3, 650; RG 1, 105; 90, 172). Auch wenn auf Grund der vertragsmäßig übernommenen schuldrechtlichen Verpflichtung zur Bestellung einer Hypothek geklagt und dann auf Grund des obliegenden Urteils die Hypothek eingetragen worden ist, haftet das Grundstück nicht ohne weiteres für die Kosten jenes Rechtsstreits (RG 90, 172). Wenn es sich aber um eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) handelt und die Kostenforderung zu dem Kreise der durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Forderungen gehört, so muß bei der Bemessung des Höchstbetrags der einzutragenden Hypothek die Kostenforderung mitberücksichtigt werden (RG 90, 172). — Der Begriff „Rechtsverfolgung“ umfaßt alle Rechtshandlungen, die auf Herbeiführung der Befriedigung aus dem Grundstück gerichtet und hierfür zweckentsprechend sind (SeuffA 62 Nr 73). Bei der (dinglichen) Klage macht es keinen Unterschied, ob der gewöhnliche Prozeß oder der Urkundenprozeß (§ 592 ZPO) oder das Mahnverfahren (§ 688 ZPO) gewählt wird. Die Rechtsverfolgung umfaßt auch die Zwangsvollstreckung, aber nur die Vollstreckung in das Grundstück, nicht die in das übrige Vermögen des Eigentümers, der zugleich persönlicher Schuldner ist. Insbesondere gehören zu den Kosten der Rechtsverfolgung auch die Kosten, die dem Gläubiger durch das Betreiben der Zwangsversteigerung oder durch den Beitritt zu der von einem anderen Gläubiger betriebenen Zwangsversteigerung erwachsen (§ 109 ZPO). Die auf Befriedigung aus dem Grundstück gerichtete Rechtshandlung (z. B. die Klage) muß aber rechtlich begründet sein, wenn § 1118 anwendbar sein soll. Denn andernfalls kann sie nicht als zweckentsprechend gelten. Ebenso haftet das Grundstück auch für solche Kosten, die an sich Kosten der Rechtsverfolgung sind, dann nicht, wenn das vom Hypothekengläubiger eingeleitete Verfahren auf Befriedigung aus irgendeinem Grunde nicht zu Ende geführt, z. B. die Klage oder der Antrag auf Zwangsversteigerung von ihm zurückgenommen wird. Anders mag die Rechtslage vielleicht dann zu beurteilen sein, wenn gesetzgeberische Maßnahmen (z. B. eine Notverordnung) dem Hypothekengläubiger die bereits eingeleitete dingliche Rechtsverfolgung vor ihrer Durchführung abschneiden (SRR 1934 Nr 1288). Im übrigen ist aber als „die“ Befriedigung des § 1118 nur die tatsächlich erreichte Befriedigung anzusehen. Daher müssen die Rechtshandlungen gerade diese Befriedigung bezweckt haben und für ihre Erreichung mitwirkend gewesen sein (RG Warn 1910 Nr 61). Deshalb können Kosten eines zunächst aufgegebenen Versuchs der Befriedigung bei einer später durchgesetzten Befriedigung nicht aus dem Grundstück erstattet verlangt werden, namentlich dann nicht, wenn inzwischen der Eigentümer gewechselt hat. Der Gläubiger muß sich wegen solcher Kosten anderweitig sichern, ehe er den unternommenen Versuch aufgibt. Die Kosten der Beteiligung des Hypothekengläubigers an einem von anderer Seite betriebenen Zwangsversteigerungsverfahren fallen aber auch dann unter § 1118, wenn dieses Verfahren aus einem nicht in der Person des Hypothekengläubigers liegenden Grunde nicht durchgeführt wird (ZW 1933, 708^a). Streitig ist die Frage, ob das Grundstück für die Kosten von Rechtshandlungen haftet, durch die der Gläubiger im Falle der Verschlechterung des Grundstücks gemäß § 1133 die sofortige Fälligkeit der Hypothek oder im Falle der drohenden Verschlechterung gemäß § 1134 Abj 2 die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln (z. B. die Zwangsverwaltung) herbeiführt. Die Frage ist zu bejahen, wenn im unmittelbaren Anschluß an die Rechtshandlungen und die dadurch bewirkten Maßregeln das Verfahren auf Befriedigung durchgeführt wird. Denn die Rechtshandlungen erscheinen dann als auf diese Befriedigung gerichtet. Insbesondere ist diese Befriedigung durch die auf Grund des § 1134 Abj 2 herbeigeführten Maßregeln bezweckt. Denn durch die Verhinderung der Verschlechterung sollte die möglichst vollständige Befriedigung erzielt werden (§§ 25, 10 Abj 2 ZPO; OLG 26, 136; a. M. OLG 18, 163; 38, 71). Wird aber ein Verfahren auf Befriedigung vom Hypothekengläubiger nicht durchgeführt, so entfällt auch hier die Haftung des Grundstücks für die Kosten solcher Rechtshandlungen (RG 72, 332; OLG 38, 71). Überhaupt nicht zu den Kosten des § 1118 gehören die Kosten der

Unterlassungsklage aus § 1134 Abs 1, da diese Klage stets nur auf Sicherung, nicht auf Befriedigung gerichtet ist. Für die Höhe der in die Haftung fallenden Kosten gilt wie bei der Kündigung (A 4), daß nur die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten erstattet verlangt werden können. Die Kosten der Vertretung durch einen Anwalt im Zwangsversteigerungsverfahren erörtert RG 22, 322 und JW 1934, 777¹, die Kosten einer Vorkaufvollmacht ABsch 1935, 149 und JW 1935, 3657². Die Behandlung der Kosten in der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung regeln die §§ 10 Abs 2, 12, 37 Nr 4, 66, 110, 114, 155 BZG. Die nötigen Ausgaben des Gläubigers bei der Zwangsverwaltung haben nach § 10 Nr 1 BZG ein Vorrecht (RG 17, 273; 23, 233; 25 C. 227, 237; 38, 312; 41, 321; 73, 397).

§ 1119

Ist die Forderung unverzinslich oder ist der Zinssatz niedriger als fünf vom Hundert, so kann die Hypothek¹⁾ ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten²⁾ dahin erweitert³⁾ werden, daß das Grundstück für Zinsen bis zu fünf vom Hundert⁴⁾ haftet.

Zu einer Änderung der Zahlungszeit und des Zahlungsorts ist die Zustimmung dieser Berechtigten gleichfalls nicht erforderlich⁵⁾.

§ 1 1065 II 1028; M 3 640f.; P 3 548, 782f.; 4 602.

1. § 1119 gilt für alle Arten der Hypothek und nach den §§ 1192, 1200 auch für Grundschulden und Rentenschulden. Bei der Höchstbetragshypothek werden aber nach § 1190 Abs 2 die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet. Daher ist § 1119 Abs 1 auf sie nicht anwendbar. Wenn aber eine solche Hypothek in eine gewöhnliche Hypothek umgewandelt wird, so können Zinsen bis zu 5% nach Maßgabe des § 1119 Abs 1, also ohne Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten, hinzugefügt werden (RG 60, 244; RGZ 21 A 160; 31 A 341; RZM 3, 156). Das gilt indessen nicht für frühere Zinsen, sondern nur für Zinsen vom Tage der Eintragung der Umwandlung ab (RGZ 21 A 160; 31 A 341; RZM 3, 156; 8, 60; 11, 60). Bei einer Gesamthypothek (§ 1132) ist die Zinserhöhung auch an einem der belasteten Grundstücke allein zulässig (RGZ 21 A 163). § 1119 findet gemäß Art 192 GG auch auf die vor dem 1. 1. 1900 eingetragenen Hypotheken Anwendung, und zwar gleichviel, ob die gleich- oder nachstehenden Berechtigten vor oder nach diesem Zeitpunkt eingetragen sind. Auch für Aufwertungshypotheken konnte § 1119 zur Anwendung kommen (JW 1926, 624³).

2. Ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten soll die Zinserhöhung bis zu 5% mit dem Range der bisherigen Hypothek erfolgen können, um die Kündigung nicht oder gering verzinslicher Hypotheken zu verhüten (M 3, 646; RZM 4, 249; 10, 148). Notwendig ist aber nach den §§ 877, 873 die Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger und die Eintragung, da es sich um eine Änderung des Inhalts der Hypothek handelt (RGZ 29 A 176). Zur Vornahme der Eintragung genügt für das Grundbuchamt gemäß § 19 GBD eine in der Form des § 29 GBD erklärte Eintragungsbewilligung des Eigentümers, der allein durch die Eintragung in seinem Recht betroffen wird (RGZ 29 A 177). Bei einer Briefhypothek ist außerdem der Brief vorzulegen, auf dem das Grundbuchamt die Zinserhöhung zu vermerken hat (§§ 41, 62 GBD). In der Eintragungsbewilligung braucht eine besondere Erklärung über den Rang der Zinserhöhung nicht enthalten zu sein, da diese ohne weiteres den Rang des geänderten Rechts teilt (RGZ 26 A 140). Da die Eintragung der Zinserhöhung (bis zu 5%) eine Änderung des Hypothekenrechts enthält, so ist sie nicht in die für Neueintragungen, sondern in die für Inhaltsänderungen bestimmte Spalte aufzunehmen (RZM 3, 248; 7, 261). Die Eintragung in einer unrichtigen Spalte hat aber nicht die Rechtsunwirksamkeit der Zinserhöhung zur Folge. Ist die Hypothek mit dem Recht eines Dritten belastet, so bedarf es nach den §§ 877, 876 auch der Zustimmung des Dritten. Erfolgt eine Zinserhöhung nach der Beschlagnahme des Grundstücks in der Zwangsversteigerung (§ 20 BZG), so ist sie dem betreibenden Gläubiger gegenüber gemäß § 23 BZG, §§ 135, 136 BGB unwirksam, soweit er dadurch in seinem Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück beeinträchtigt wird. Anderen, sei es auch gleich- oder nachstehenden Realberechtigten gegenüber gilt dies aber nicht, da die Beschlagnahme nicht zu ihren Gunsten wirkt (DRL 26, 136).

3. Die Erweiterung des Zinsrechts nach Maßgabe des § 1119 ist nicht bloß für die seit der Eintragung der Zinserhöhung laufenden Zinsen zulässig. Vielmehr können die Zinsen bis zu 5% (ohne Zustimmung der Gleich- oder Nachberechtigten mit dem Range der bisherigen Hypothek) von der Eintragung der Hypothek ab erhöht werden, da das Gesetz in dieser Hinsicht keinen Unterschied macht (RZM 10, 146). Eine Ausnahme besteht insoweit nur für die Höchstbetragshypothek (A 1). Kapitalisierte Zinsrückstände sind aber als selbständige neue Hypotheken einzutragen (RZM 10, 147). — Eine Zinsherabsetzung enthält, da das Zinsrecht ein Teil des Hypothekenrechts und somit selbst Hypothek ist (§§ 1145 Abs 1 u. 2, 1158, 1159, 1178), die teil-

weise Aufhebung der Hypothek. Sie bedarf daher nach den §§ 875, 1183 der Aufgabenerklärung des Gläubigers, der Zustimmung des Eigentümers und der Löschung des Zinsrechts (HR 1932 Nr 1657; 1933 Nr 1012). Die Löschung hat das Grundbuchamt nur dann zu bewirken, wenn ihm sowohl die Löschungsbewilligung des Gläubigers (§ 19) als auch die Zustimmung des Eigentümers (§ 27) in der Form des § 29 GBD beigebracht wird (RG 72, 362).

4. Nur für Zinsen bis zu fünf vom Hundert kann die Hypothek ohne Zustimmung der Gleich- oder Nachberechtigten erweitert werden. Dabei sind unter Zinsen die laufenden Erträge einer Kapitalschuld, wie der Schuldner sie zu gewähren hat, zu verstehen. Andere Nebenleistungen (§ 1115 A 6), mögen sie sich auch als Vergütungen für die Gewährung eines durch die Hypothek gesicherten Darlehens darstellen, z. B. Abschlußprovisionen, Entschädigungen für die Beschaffung des Darlehens, Vergütung für Unkosten von Talonsteuer und Couponbogenerneuerung, sind nicht dazu zu rechnen, selbst wenn sie in Form von Zinszuschlägen versprochen werden (DVG 34, 206). Soll eine Hypothek durch Eintragung solcher Nebenleistungen in der Weise erweitert werden, daß diese den Rang der Hypothek erhalten, so ist dazu die Zustimmung der Gleich- oder Nachberechtigten (§ 877) erforderlich. Jedoch bedarf es der Zustimmung der Gleich- oder Nachberechtigten nicht, wenn bei sog. Strafsinsen für den Fall unpünktlicher Rückzahlung des Kapitals nicht eine Erhöhung des Betrags erfolgt, sondern nur innerhalb des bisher für die Nebenleistungen eingetragenen Gesamtzinses die Bedingungen für ihren Verfall verschärft oder erweitert werden (§ 877 A 3). Wenn das Zinsrecht über fünf vom Hundert hinaus erweitert werden und die 5% übersteigenden Zinsen den Rang der Hypothek haben sollen, so ist die Zustimmung der Gleich- und Nachberechtigten erforderlich. Dies trifft auch dann zu, wenn eine über 5% hinausgehende Verzinsungspflicht aus einer bisher nur bedingten zu einer unbedingten gemacht werden soll (ZFG 11, 234). Anders liegt die Sache dagegen bei einer die Belastung nicht erweiternden Umwandlung von Nebenleistungen in Zinsen (RM 3, 131). Wird die erforderliche Zustimmung der Gleich- und Nachberechtigten nicht beigebracht, so können die übersteigenden Prozente nur mit dem Range nach diesen Berechtigten eingetragen werden (DVG 1, 481; RM 3, 248; 7, 261; 10, 148). Das gilt selbst dann, wenn gleichzeitig ein Teil der Hypothek gelöscht werden soll und die Zinserhöhung sich nur auf den Rest bezieht (HR 1932 Nr 320). Immer handelt es sich aber bei den übersteigenden Prozenten um eine Erweiterung der bisherigen Hypothek, nicht um die Bestellung einer neuen Hypothek, da die Hauptforderung dieselbe bleibt. Deshalb ist auch die Eintragung dieser Prozente nicht in der für neue Eintragungen, sondern in der für „Veränderungen“ bestimmten Spalte (A 2) zu bewirken, und zwar mangels Zustimmung der Gleich- und Nachberechtigten mit Angabe des Ranges der Prozente hinter ihnen (str.; RG 132, 106; RM 3, 248; 7, 261; RGZ 26 A 290; 48, 217; § 879 A 5; § 1115 A 5). Die Erteilung eines besonderen Hypothekenbriefes für die übersteigenden Prozente ist ausgeschlossen (DVG 1, 481). Auch bei den folgenden Hypotheken und in den darüber gebildeten Hypothekenbriefen ist nicht (gemäß § 41 GBD) zu vermerken, daß die übersteigenden Prozente im Range nachstehen, da es sich weder um eine abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses im Sinne des § 879 Abs 3 noch um eine nachträgliche Rangänderung nach § 880 handelt (RGZ 48, 216 gegen RGZ 33 A 250). Wird mit Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten eine Hypothek durch nachträgliche Festsetzung anderer Nebenleistungen als Zinsen erweitert, so kann die Eintragung in der Weise bewirkt werden, daß die Erweiterung bei der Hypothek vermerkt wird (RM 7, 258; RGZ 40, 283). Ist die Zustimmung nicht beigebracht, so kann auch hier die Eintragung nur mit dem Vermerk erfolgen, daß die Nebenleistungen den Gleich- oder Nachberechtigten im Range nachstehen (DVG 34, 206). Die nachträgliche Vereinbarung von Amortisationsbeiträgen wird erörtert in A 5. — Die Erweiterung einer Hypothek (auch einer Höchstbetragshypothek: § 1190) oder einer Grundschuld durch nachträgliche Erhöhung des eingetragenen Kapitalbetrags bedeutet keine Änderung des Inhalts der Hypothek oder ihrer Nebenleistungen. Sie ist daher überhaupt nicht statthaft. Wegen des weiteren Betrags kann nur eine neue Hypothek (Grundschuld) in der Hauptspalte der dritten Abteilung des Grundbuchs (ZFG 16, 248) eingetragen werden (RGZ 40, 282; RW 1931, 623⁴). Dies gilt grundsätzlich auch bei der nachträglichen Zufügung solcher Bestimmungen, durch welche die Haftung des Grundstücks für die Stammpforderung nur möglicherweise erweitert wird (RG 143, 426), und ebenso bei der Auswechslung der Forderung nach § 1180 (RG Warn 1934 Nr 10). Ist aber eine solche Erweiterung (versehentlich) eingetragen (in Spalte Veränderungen), so ist die Eintragung nicht als inhaltlich unzulässig und deshalb unwirksam, sondern (falls die Hypothek sonst zulässig ist; vgl. § 866 Abs 3 BPD) als Eintragung einer neuen Hypothek an letzter Stelle zu erachten. Denn der Vermerk an unrichtiger Stelle des Grundbuchblatts bewirkt nicht die Unwirksamkeit. Das Grundbuch wird vielmehr nur insoweit unrichtig, als die erweiternde Eintragung den Rang nachstehender Rechte beeinträchtigt (RG 143, 428; Warn 1934 Nr 10). Im Entschuldungsverfahren nach dem Ges. v. 1. 6. 1933 können die in unfindbare Tilgungshypotheken umgewandelten rückständigen Zinsforderungen eingetragener Hypotheken auf Ersuchen des Entschuldungsamts als Kapitalerweiterungen bei den letzteren eingetragen werden; sie teilen dann den Rang des Hauptrechts und unterliegen dessen Zins- und Zahlungsbedingungen (ZFG 13, 106). Bei wertbeständigen Hypotheken nach dem Ges. v.

23. 6. 1923 (§ 1113 A 4) wird der Kapitalumfang bei Bemessung nach einem Warenpreis durch dessen Wertentwicklung endgültig festgelegt. Er ist daher über die hierdurch gezogene Grenze hinaus nicht erweiterungsfähig. Deshalb kann auch nicht der eine Warenpreis durch den anderen zugelassenen Warenpreis ersetzt werden, mögen auch die im Range gleichstehenden Gläubiger zustimmen und nachstehende Gläubiger nicht vorhanden sein (str.; *RF* 7, 345). Ebenso ist unstatthaft der Übergang aus der Reichsmarkhypothek in eine Goldmarkhypothek (*OLG* 45, 231) oder in eine Feingoldhypothek (*ZW* 1930, 3859¹) und aus der Goldmarkhypothek in eine Feingoldhypothek (*RF* 8, 361). Dagegen hat die Rechtsprechung, grundsätzliche Anfangsbedenken (*ZW* 1931, 619¹) überwindend, den Übergang aus der Goldmarkhypothek in eine Reichsmarkhypothek zugelassen. Die Eintragung einer solchen Umwandlung an der bisherigen Stelle machen Reichsgericht und Kammergericht, streng rechtlichen Erwägungen folgend, zunächst allerdings davon abhängig, daß keine Nachberechtigten vorhanden waren oder daß die vorhandenen zustimmten (*RG* 143, 424; *HR* 1934 Nr 1114). Rechts- und staatspolitischen Gesichtspunkten Rechnung tragend, hat aber neuerdings das Reichsgericht die Eintragung auch ohne Zustimmung der vorhandenen gleich- oder nachstehenden Berechtigten für zulässig erklärt (*RG DR* 1939, 445¹⁰). Bei Feingoldhypotheken stellt die Änderung des Stichtags für die Umrechnung des Goldpreises in die deutsche Währung noch keine Erweiterung des Umfangs der Hypothek dar und ist mithin eintragungsfähig (str.; *ZW* 1932, 349¹; *HR* 1932 Nr 1153, aber auch Nr 762). Auch die sog. Schwankungsklausel (§ 1113 A 4) kann noch nachträglich ohne Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten eingetragen werden (*RG* 135, 142). Die Erweiterung einer Rentenschuld behandelt § 1200 A 2. Besonders gilt für die Erhöhung von Hypotheken auf Grund des *RGes* über die Durchführung einer Rinzermäßigung bei Kreditanstalten vom 24. 1. 1935 (*RGBl* I, 45) nebst Durchf. *Den* (*ZW* 1936 S. 825⁴², 829⁴³) und für die *Zusatzhypotheken* aus der Zinsleichterung beim landwirtschaftlichen Realcredit (*ZW* 1937, 116³⁴). Die allgemeine „Umwandlung“ einer Aufwertungshypothek in eine nicht aufgewertete Hypothek ist nicht eintragbar (*ZW* 1936, 2343³⁸); wohl aber kann eine solche Hypothek von Goldmark auf Reichsmark umgestellt werden (*ZW* 16, 270; § 1113 A 4). Der Zinsfuß einer Aufwertungshypothek kann im allgemeinen ohne Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten auf 6% festgeschrieben werden (*ZW* 1936, 2343³⁹). — Wird die Zahlungsart durch Vereinbarung der sog. Goldklausel (§ 1115 A 8) geändert, so bedarf es zu einer solchen Änderung der Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten. Das gilt nicht nur formellrechtlich für die Vornahme der Eintragung nach § 19 *GGD*, weil diese Berechtigten in ihrem Recht betroffen werden (*RGZ* 48, 218). Vielmehr ist auch die materielle rechtliche Wirksamkeit der Goldklausel gegenüber diesen Berechtigten von ihrer Zustimmung abhängig, da die eine Änderung des Inhalts der Hypothek enthaltende Eintragung der Klausel die Haftung des Grundstücks verstärkt und sich somit als eine neue Belastung darstellt (§ 877 A 3; *RG* 108, 183; *RGZ* 48, 219/221; *OLG* 42, 166; *RF* 1, 455). Dasselbe gilt für die nachträgliche Vereinbarung der *Barzahlungsklausel* bei einer Pfandbriefhypothek (§ 1115 A 4 a. E.).

5. Eine **Änderung der Zahlungszeit oder des Zahlungsorts** (d. h. der Zeit der Fälligkeit oder des Orts der Erfüllung: *RG* 101, 316) bedarf zwar nicht der Zustimmung der Gleich- oder Nachberechtigten, wie *Abf 2* zur Beseitigung von Zweifeln bestimmt (*Prot* 4, 602), wohl aber nach den §§ 873, 876, 877 der Einigung des Gläubigers und des Eigentümers sowie der Zustimmung des an der Hypothek etwa berechtigten Dritten. *RGZ* 29 A 176 erörtert die formellrechtliche Frage, ob derjenige, zu dessen Gunsten die Änderung erfolgt, Betroffener im Sinne des § 19 *GGD* ist. — Um eine Änderung der Zahlungszeit, nicht um eine Erweiterung der hypothekarischen Belastung handelt es sich auch dann, wenn nachträglich die Zahlung von Tilgungsbeiträgen (Amortisationsleistungen) vereinbart wird. Denn diese Beiträge sind keine Nebenleistungen, sondern Abschlagszahlungen auf die Hauptforderung (§ 1115 A 6). Daher bedarf es der Zustimmung der Gleich- oder Nachberechtigten auch dann nicht, wenn die *Zahresleistungen* 5% (A 4) übersteigen (*RA* 11, 248).

§ 1120

Die Hypothek erstreckt sich¹⁾ auf die von dem Grundstücke getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile²⁾, soweit sie nicht³⁾ mit der Trennung nach den §§ 954 bis 957 in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers oder des Eigenbesizers des Grundstücks gelangt sind⁴⁾, sowie auf das Zubehör des Grundstücks mit Ausnahme der *Zubehörstücke*, welche nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt sind⁵⁾.

§ I 1067 II 1029; *M* 3 650f., 653, 655ff.; *P* 3 649f., 653ff.

1. Die §§ 1120—1131 geben besondere Bestimmungen darüber, daß und inwieweit die Hypothek sich erstreckt auf getrennte Erzeugnisse und sonstige Bestandteile sowie *Zubehörstücke* (§§ 1120 bis 1122), auf *Miet- und Pachtzinsforderungen* (§§ 1123—1126), wiederkehrende Leistungen

(§ 1126), Versicherungsansprüche (§§ 1127—1130), zugeschriebene Grundstücke (§ 1131). Ein Recht des Hypothekengläubigers auf den Besitz der Sachen ergibt sich daraus aber nicht (RG 125, 368). Ebensovienig darf grundsätzlich angenommen werden, daß der Hypothekengläubiger etwa gegen jede ihm unerwünschte Veränderung des Wirtschaftsbetriebes auf dem Grundstück oder auch nur des Bestandes, des Zustandes und des Wertes der haftenden Gegenstände durch Maßnahmen des Eigentümers oder dritter Personen geschützt sei. Der Umfang seines Schutzes ist vielmehr gesetzlich begrenzt durch die §§ 1121—1135; der Wert der haftenden Gegenstände als solcher ist aber überhaupt nicht Träger der dinglichen Haftung (RG Warn 1934 Nr 56). — Daß für die Hypothek mit dem Grundstück auch die ungetrennten Bestandteile haften, gleichviel ob sie wesentliche oder unwesentliche und ob sie vor oder erst nach der Hypothekbestellung Bestandteile geworden sind, folgt schon aus den §§ 93 ff.; diese Haftung setzt § 1120 als selbstverständlich voraus (RG 26, 346; 83, 56). Nicht wesentliche Bestandteile aber haften für die Hypothek dann nicht, wenn besondere Rechte an ihnen entgegenstehen, insbesondere dem Eigentümer das Verfügungsrecht über sie fehlt (z. B. nach berggesetzlichen Bestimmungen bei gewissen Bodenbestandteilen). Hier greift aber zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers der Hypothek der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§§ 891, 892) hinsichtlich der im Bestandsverzeichnis enthaltenen Angaben über die Grundstücksbestandteile ein (§ 892 A 6). Wesentliche Bestandteile können gemäß § 93 von der Haftung nicht ausgeschlossen werden (RG 62, 410). Werden daher z. B. bewegliche Sachen nach ihrer Veräußerung an den Grundstücksbesitzer mit dem Grundstück als dessen wesentliche Bestandteile vereinigt, so treten sie auch dann in die Haftung für die Hypothek ein, wenn der Veräußerer sich das Eigentum an ihnen vorbehalten hat; gemäß den §§ 93, 946 erlischt das Eigentum des Veräußerers an den Sachen trotz des Vorbehalts (RG 26, 346; 36, 261; 50, 241; 62, 411; 63 S. 172, 421; 67, 32; 140, 224). Dies gilt selbst dann, wenn der Hypothekengläubiger beim Erwerb der Hypothek von dem Vorbehalt Kenntnis hatte (RG JW 1904, 138²). Auch durch Mobiliarzwangsvollstreckung können wesentliche Bestandteile nicht der Haftung für die Hypothek entzogen werden. Der Hypothekengläubiger kann gegen eine solche unzulässige Zwangsvollstreckung Erinnerung bei dem Vollstreckungsgericht gemäß § 766 ZPO einlegen oder Widerspruchslage gemäß § 771 ZPO erheben (RG 34, 377; 55, 201). Eine Ausnahme hiervon gilt für noch nicht getrennte Früchte insofern, als ihre Pfändung unter den Voraussetzungen des § 810 Abs 1 ZPO an sich zulässig ist. Eine solche an sich zulässige Pfändung eines persönlichen Gläubigers hindert indessen den Hypothekengläubiger nicht, demnachst seinerseits die Beschlagnahme dieser Früchte im Wege der Zwangsversteigerung des Grundstücks herbeizuführen. Die Beschlagnahme beseitigt dann die Pfändung zwar nicht. Der Pfändungsgläubiger kann der Beschlagnahme aber nicht nach § 771 ZPO, § 37 Nr 5 ZVG widersprechen, sondern sein Pfandrecht nur nach § 37 Nr 4 ZVG wahren. Der Hypothekengläubiger kann dagegen einer Pfändung, die nicht für einen ihm vorgehenden Anspruch erfolgt ist, sowohl mit der Widerspruchslage aus den §§ 810 Abs 2, 771 ZPO als auch mit der Klage aus § 805 ZPO begegnen (RG 143, 244). — Zu den Vermehrungen des Grundstücks, die als Bestandteile in die Haftung auch für früher bestellte Hypotheken eintreten, gehören z. B. Anpflanzungen, natürliche Zulandungen eines angrenzenden Flußbetts, ungetrennte Erzeugnisse, neuerrichtete Gebäude. Auch die während des Konkurses des Grundstücksbesitzers vom Konkursverwalter dem Grundstück einverleibten Samen und Pflanzen haften für die Hypotheken. § 15 W steht dem nicht entgegen, da die Erweiterung des Haftungsgegenstandes kraft Gesetzes eintritt (RG 53, 353; 59, 369). Wenn im Falle des Grenzüberbaues der Nachbar den Überbau dulden muß und daher als Entschädigung eine Geldrente erhält (§ 912), haftet nach den §§ 96, 876, 1126 die Rente als Bestandteil des Nachbargrundstücks für die auf diesen lastenden Hypotheken, während der Überbau als Teil des ganzen Gebäudes für die Hypotheken des anderen Grundstücks mithaftet. Errichtet der Eigentümer zweier aneinander grenzender Grundstücke ein Gebäude auf der Grenze, so haften den Hypothekengläubigern der beiden Grundstücke nur die bis zur Grenze reichenden Gebäudeteile. Werden in der Zwangsversteigerung die Grundstücke verschiedenen Erstehern zugeschlagen, so erwerben diese das Gebäude gemäß den §§ 93, 94 Abs 1 (ZVG §§ 20 Abs 2, 93 Abs 2) ebenfalls nur je bis zur Grenzschmittlinie (RG 65, 363; 70, 201; § 94 A 1; § 921 A 1). Gemäß § 95 Abs 1 (nur zu einem vorübergehenden Zweck oder in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück) errichtete Gebäude sind nicht Bestandteile des Grundstücks (§ 95 A 1) und unterliegen daher nicht der Hypothekhaftung. Die Haftung der mit dem Grundstück verbundenen Rechte (§ 96) ist erläutert in § 1126 A 1. Die Trennung der Bestandteile vom Grundstück hebt die Haftung nicht auf, sofern nicht das Gesetz (§§ 1120, 1121, 1122) etwas anderes vorschreibt (A 2). Werden Grundstücksstücke (Parzellen) abgetrennt, so müssen die Hypotheken auf die Grundbuchblätter der Teile übertragen werden, sofern nicht die Gläubiger die Teile aus der Pfandhaft entlassen. Ist die Übertragung (versehentlich) unterblieben, so steht den Gläubigern nach § 894 ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Hypotheken zu. Indessen bestehen insoweit Vorbehalte für die Landesgesetzgebung in Art 120 GG (Unschädlichkeitszeugnis) und in Art 113 GG (Zusammenlegung von Grundstücken, Gemeinheitsteilung). Ist nach reichsgesetzlicher oder landesgesetzlicher Vorschrift wegen Enteignung von Grund-

eigentum oder nach landesgesetzlicher Vorschrift wegen Beschädigung eines Grundstücks durch Bergbau dem Grundstückseigentümer eine Entschädigung zu gewähren, so haftet für die Hypotheken gemäß den Artt 52, 53, 67 Abs 2, 109 Satz 2 EG die Entschädigung (RG 69, 247). — Die bisher entwickelten Grundsätze und die §§ 1120—1131 finden auch auf Grundschulden und Rentenschulden Anwendung (§§ 1192, 1200). Ob sie auch für die einzelnen Leistungen einer Reallast gelten, ist in § 1107 A 2 erörtert. Für die unter der Herrschaft des früheren Rechts bestellten Hypotheken bestimmt sich von dem Zeitpunkt ab, in dem das Grundbuch nach Art 186 EG als angelegt anzusehen ist, der Umfang der Haftung gemäß Art 192 EG nach dem Recht des BGB (RG 46, 173; 47, 198; 50, 72; 55, 289; JW 1902 Beil 217). Insbesondere gilt dies für die Frage, ob auch Zubehör des Grundstücks (§§ 97, 98) für die Hypothek haftet (§ 1120) und was als Zubehör anzusehen ist (RG 46, 174; 47, 198; 55, 289; JW 1902 Beil 217). Sachen, die nach BGB Zubehör sind, unterliegen der Haftung, auch wenn sie nach früherem Recht nicht Zubehöreeigenschaft hatten; umgekehrt scheiden Zubehörstücke des früheren Rechts von der Haftung aus, wenn sie nach BGB nicht Zubehör sind (RG 46, 173; 55, 288; JW 1902 Beil 217). Im ersten Falle treten die Sachen nur in dem Rechtszustand zur Zeit des Inkrafttretens des BGB (z. B. behaftet mit einem Pfandrecht, das durch eine nach früherem Recht zulässige Pfändung erworben ist) in die Haftung ein (RG 46, 174; JW 1902 Beil 217). — Die Haftung von Gegenständen für die Hypothek schließt selbstverständlich eine Vertragsklage gegen den Eigentümer auf Herausgabe der Gegenstände nicht aus; auch bedarf es der Zuziehung der Hypothekengläubiger zu dem Rechtsstreit nicht (RG Warn 1908 Nr 113). Eine vertragmäßige Erweiterung des Umfangs der Erstreckung ist unzulässig, da der Inhalt des dinglichen Hypothekenrechts nicht durch Parteibereinbarung anders geregelt werden kann, als im Gesetz bestimmt ist (RG 63, 373). Andererseits können auch die Grenzen der Haftung für die Hypothek nicht mit dinglicher Wirkung eingeschränkt werden. So hat z. B. eine Abmachung zwischen dem Eigentümer und dem Hypothekengläubiger, daß ein Gegenstand, auf den sich nach dem Gesetz die Haftung für die Hypothek erstreckt, von der Haftung freigegeben werde, höchstens zwischen den Vertragsschließenden persönliche schuldrechtliche Bedeutung (RG 125, 365; HR 1933 Nr 305; 1936 Nr 481). — Eine den Grundstücken gleichstehende selbständige Kohlenabbaugerechtigkeit (vgl. für Preußen Art 40 AÜBGB) umfaßt nicht allein das unter der Erdoberfläche liegende Kohlenfeld, sondern alle der Ausbeute der gewonnenen Kohlen und anderen Fossilien dienenden bergbaulichen Anlagen, mögen sie Bestandteile im Sinne der §§ 93, 94 sein oder als bewegliche Sachen dem Betriebe zu dienen bestimmt und deshalb nach § 97 Abs 1, § 98 Nr 1 Zubehör sein. Bei einer solchen Gerechtigkeit erstreckt sich daher die Hypothek auf alle diese Gegenstände. Dabei sind die Anlagen, soweit sie Bestandteile sind, gleichzustellen einem mit einer Hypothek belasteten Grundstück im Sinne des § 1120 (RG 61, 190; Gruch 61, 322; DLG 29, 359). — Wie das geringste Gebot in der Zwangsversteigerung festzustellen ist (§§ 44, 45 ZVG), wenn zweifelhaft ist, ob der vollstreckbare Anspruch des betreibenden Gläubigers als lediglich schuldrechtlicher oder als dinglicher aus einer Hypothek geltend gemacht ist, erörtert RG Warn 1914 Nr 188.

2. Daß getrennte Erzeugnisse und sonstige Bestandteile (z. B. auch Teile eines abgebrochenen Gebäudes) grundsätzlich (Ausnahmen A 4) für die Hypothek haften, ist im § 1120 nur deshalb ausdrücklich bestimmt, weil Zweifel darüber beseitigt werden sollten, ob eine Hypothek an beweglichen Sachen bestehen könne. An sich würde das Ergebnis der Gesetzesvorschrift schon daraus von selbst folgen, daß die Hypothek sich auf alle ungetrennten Bestandteile erstreckt (A 1) und daher einzelne Bestandteile nicht allein durch Lösung der Verbindung mit dem Ganzen von der Haftung frei werden können (Nr 3, 654). Durch die Trennung, d. h. Loslösung als bewegliche Sachen vom Grund und Boden oder dessen Bestandteilen (z. B. Gebäuden), werden aber die Bestandteile zu selbständigen Sachen. Nach § 865 Abs 2 ZPO unterliegen sie, falls sie nicht zu Zubehörstücken (§§ 97, 98) werden (über diesen Fall A 5), der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen für persönliche Gläubiger, solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist. Vor einer solchen Beschlagnahme kann der Hypothekengläubiger der Pfändung nicht widersprechen. Streitig ist, ob er nach § 805 ZPO einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung im Wege der Klage gegen den pfändenden Gläubiger geltend machen kann. Dies ist mit der herrschenden Meinung (RG 42, 90; 69, 93; DLG 15, 168; Seuffl 59, 296; a. M. DLG 13, 212) zu bejahen. Denn nach § 1121 Abs 1 werden getrennte Bestandteile von der Haftung für die Hypothek erst dann frei, wenn sie veräußert und von dem Grundstück entfernt worden sind. Solange daher der Gerichtsvollzieher die gepfändeten Bestandteile noch nicht vom Grundstück fortgeschafft und veräußert hat, ist die Haftung der Gegenstände für die Hypothek nicht erloschen und der Hypothekengläubiger als ein nicht im Besitz der Gegenstände befindlicher Pfandgläubiger im Sinne des § 805 ZPO anzusehen. Auch wenn ein einzelner Hypothekengläubiger wegen seiner Hypothek auf Grund eines vollstreckbaren Titels getrennte Bestandteile pfänden läßt, können die anderen Hypothekengläubiger ihm gegenüber Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung erheben. Das gilt aber nur dann, wenn sie ihm im Range vorgehen; denn andernfalls steht ihnen kein Vorzugsrecht zu (RG Warn 1936 Nr 91). Werden Bestandteile, die bereits für einen persönlichen Gläubiger gepfändet sind, demnächst auch für einen

Hypothekengläubiger gepfändet, so erlangt dieser zwar auf Grund seiner Pfändung kein Vorzugsrecht; vielmehr hat jener Gläubiger kraft seiner früheren Pfändung an sich ein vorgehendes Pfändungspfandrecht. Der Hypothekengläubiger kann aber auch in diesem Falle auf Grund des § 805 ZPO vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse verlangen, sofern nicht andere ihm im Range vorgehende Hypothekengläubiger ein gleiches Recht geltend machen. Ist die Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt, so ist die Mobilienzwangsvollstreckung in getrennte Bestandteile nach § 865 Abs 2 Satz 2 ZPO unzulässig und wirkungslos (RG 59, 91; JW 1905, 89³⁸). Die Hypothekengläubiger können dann gegen eine Pfändung Erinnerung beim Vollstreckungsgericht gemäß § 766 ZPO und Widerspruchslage aus § 771 ZPO erheben (RG 55, 209; 63, 373; 69, 93). Nach den §§ 21 Abs 1, 148 ZWO wird aber die Beschlagnahme getrennter land- und forstwirtschaftlicher Erzeugnisse nicht durch Einleitung der Zwangsversteigerung, sondern nur durch Einleitung der Zwangsverwaltung bewirkt. Nach RG 143, 33 (auch 143, 244) werden solche Erzeugnisse, wenn sie zur Zeit der Einleitung der Zwangsversteigerung noch mit dem Boden verbunden waren und deshalb von der Beschlagnahme in diesem Verfahren ergriffen wurden, durch eine vor der Versteigerung stattfindende Trennung von der Beschlagnahme auch dann nicht frei, wenn sie fortan kein Zubehör, sondern Verkaufsgut darstellen. Auf Rechtsbedenken, die sich gegen diese Ansicht erheben lassen (z. B. Wen z in „Der deutsche Rechtspfleger“ 1934 Sp. 393 ff.), kann hier nicht näher eingegangen werden. Sind Bestandteile nach der Trennung durch Verarbeitung oder Umbildung derart umgestaltet, daß sie neue Sachen von wirtschaftlicher Selbständigkeit werden (z. B. Bodenbestandteile durch Verarbeitung zu Ziegelsteinen), oder werden sie mit anderen Sachen verbunden oder vermischt, so verlieren sie nach den §§ 949, 950 die Eigenschaft als getrennte Bestandteile und werden daher von der Haftung für die Hypothek frei, sofern sie nicht Zubehörsstücke des Grundstücks geworden sind (DVG 14 S. 105, 106). Gleichgültig ist, ob die Trennung schon vor oder erst nach Bestellung der Hypothek geschehen ist. Auch im ersten Falle muß das Getrennte in die Haftung eintreten. Denn es ist und bleibt ein „getrennter Bestandteil“, und § 1120 bestimmt allgemein, daß die Hypothek sich auf getrennte Bestandteile erstreckt (str.; a. M. DVG 11, 122).

3. Aus den Worten „**soweit nicht**“ folgt, daß das Vorliegen eines der Fälle, in denen ausnahmsweise (A 2) die Hypothek sich auf getrennte Bestandteile nicht erstreckt, von demjenigen zu beweisen ist, der Rechte darauf gründet (RG JW 1911, 704²; DVG 6, 271).

4. Die Fälle, in denen Bestandteile mit der Trennung (A 2) nach den §§ 954—957 in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers oder des Eigenbesizers gelangen und daher ausnahmsweise (A 2) aus der Haftung für die Hypothek ausscheiden, sind der Erwerb des Eigentums durch eine Person, die: zur Aneignung von Bestandteilen dinglich berechtigt ist (§ 954), z. B. den Erbbauberechtigten (ZD v. 15. 1. 1919 § 1 Abs 2) oder den Nießbraucher (§§ 1030, 1039); das Grundstück zur Ausübung eines Nutzungsrechts (z. B. eines Nießbrauchs), das tatsächlich nicht zu bestehen braucht, gutgläubig besitzt (§ 955 Abs 2); auf Grund eines persönlichen Rechts zur Aneignung von Bestandteilen berechtigt und in Besitz des Grundstücks ist (§§ 956, 957), z. B. den Pächter (ist er nicht im Besitz, so bleiben die von ihm getrennten Bestandteile bis zu ihrer Entfernung vom Grundstück nach § 1121 der Haftung unterworfen). Der Eigentumserwerb des gutgläubigen Eigenbesizers (§§ 872, 955 Abs 1) enthält dagegen keinen Ausnahmefall. Trotz des Erwerbs durch einen solchen anderen als den Eigentümer (§ 953) bleiben nach dem Gesetz die getrennten Bestandteile in der Haftung, damit der Besitzer nicht günstiger gestellt sei als der Eigentümer (M 3, 656). Streitig ist, ob im Falle eines persönlichen, mit Besitz verbundenen Nutzungsrechts (z. B. Pacht) oder eines dinglichen Nutzungsrechts (z. B. Nießbrauch) die getrennten Bestandteile auch dann von der Haftung frei werden, wenn das persönliche Recht später als die Hypothek begründet ist und das dingliche Recht der Hypothek im Range nachsteht. Dies ist entgegen der herrschenden Meinung zu bejahen. Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob das Nutzungsrecht älter oder jünger ist als die Hypothek. Die Bestimmungen über das Erlöschen der Haftung in den §§ 1121, 1122 sind getroffen, „um das Interesse des Eigentümers an der pfandreien Verfügung über die mit dem Grundstück haftenden Gegenstände zu wahren“ (M 3, 661). Sie sprechen also dafür, daß der Eigentümer nicht behindert sein soll, auch nach der Eintragung einer Hypothek ein Nutzungsrecht mit der Wirkung zu bestellen, daß Bestandteile, insbesondere Erzeugnisse, mit der Trennung frei von der Haftung für die Hypothek in das Eigentum des Nutzungsberechtigten übergehen (DVG 4, 328; 14, 104). Im Falle der Pacht gilt ferner die Besonderheit, daß nach den §§ 21 Abs 3, 146, 148 ZWO das Recht des Pächters auf den Fruchtgenuß von der Beschlagnahme durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung nicht berührt wird, die Hypothekengläubiger also durch eine solche Beschlagnahme den Pächter auch an der Gewinnung noch ungetrennter Früchte nicht hindern können (DVG 13, 202). Nach § 809 ZPO ist für sie schließlich eine Mobilienzwangsvollstreckung auch in getrennte Früchte ausgeschlossen. Ertrag dafür bietet ihnen die Haftung der Pächtzinsen nach den §§ 1123 ff.

5. Das Zubehör (§§ 97, 98) muß in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt sein, wenn es für die Hypothek haften soll. Daher haftet z. B. nicht: das dem Pächter gehörige Inventar (RG 9, 303); das unter Vorbehalt des Eigentums für den Veräußerer vom Grund-

stückseigentümer erworbene Zubehör (RG 53, 351; 140, 224; JW 1904, 403³); das zur Zeit der Befestellung der Hypothek zwar auf dem Grundstück befindliche, aber vom Grundstückseigentümer auf einen anderen gemäß § 930 übertragene Zubehör, das aber für die vor der Veräußerung bestellten Hypotheken mangels Entfernung vom Grundstück gemäß § 1121 Abs 1 haftet (M 3, 656; Prot 3, 549 f.; RG Recht 1918 Nr 82, 863; DVG 26, 139; 30, 102; JW 1927, 402¹¹; Seuffl 66 Nr 13). Zubehörstücke, die der Grundstückseigentümer in unmittelbarem Anschluß an seinen eigenen Erwerb veräußert, unterliegen der Hypothekhaftung, auch wenn Erwerb und Veräußerung, zeitlich gesehen, zusammenfallen (RG Warn 1937 Nr 10). Der gute Glaube des Hypothekenerwerbers hinsichtlich des Eigentums des Grundstückseigentümers ist einflußlos. Denn § 892 bezieht sich nicht auf Rechte an Zubehörstücken, über die das Grundbuch keine Auskunft gibt (RG JW 1901, 382; DVG 18, 164; Seuffl 66 Nr 13). Auch durch Parteivereinbarung kann fremdes Zubehör der Haftung nicht unterworfen werden, da § 1120 den Umfang der Haftung zwingend begrenzt (RG 63, 371; A 1). Die Rechtslage des fremden Zubehörs im Zwangsversteigerungsverfahren regeln die §§ 20, 37 Nr 5, 55 Abs 2 ZVG (RG 38, 222; 42, 245; 49, 253; 63, 373; 127, 272; Gruch 46, 1035; JW 1905, 175¹⁷). Fremdes Zubehör ist für eine nur auf dem Anteil eines Miteigentümers lastende Hypothek auch das dem anderen Miteigentümer allein gehörige Zubehör. Denn § 1120 erfordert, daß der Eigentümer des belasteten Gegenstandes Eigentümer des Zubehörs ist (vgl. jedoch RG Gruch 33, 913). Sind die Miteigentümer die einzigen Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft und ruht die Hypothek auf dem ganzen Grundstück, so ist das Zubehör, das zum Gesellschaftsvermögen gehört, mit Rücksicht darauf, daß die Gesellschafter die alleinigen Träger des Gesellschaftsvermögens sind (RG 56 S. 206, 432; 65 S. 23, 230), kein fremdes Zubehör für die Hypothek (DVG 20, 413). Gehört das Zubehör nur einem der beiden Grundeigentümer, ist aber das ganze Grundstück mit der Hypothek belastet, so erstreckt sich die Hypothekhaftung auf das dem einen Grundeigentümer gehörige Zubehör. Denn die Hypothek ergreift mit dem ganzen Grundstück auch den Anteil des einen Eigentümers und erfafst damit auch das zu diesem Anteil gehörige Zubehör (RG 132, 325). — Da die Schlußworte des § 1120 sich als Ausnahmebestimmung kennzeichnen, hat derjenige, der behauptet, daß Zubehörstücke nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt sind, hierfür die Beweislast (RG JW 1911, 707²). Wenn jedoch der Ersteller eines Grundstückes Zubehörstücke, die vor dem Zuschlag von dem Grundstück entfernt worden sind, mit der Behauptung herausverlangt, der ihm erteilte Zuschlag erstrecke sich auf die Gegenstände (§§ 20, 55 ZVG), so trifft ihn die Beweislast dafür, daß der Vollstreckungsschuldner der Eigentümer der Zubehörstücke gewesen und daß die Beschlagnahme der Zubehörstücke trotz ihrer Entfernung vom Grundstück wirksam geblieben sei (§ 23 ZVG). Denn er stand vor dem Zuschlag zu dem Grundstück in keiner Rechtsbeziehung und kann nur Rechte geltend machen, die durch den Zuschlag unmittelbar in seiner Person entstanden sind (RG JW 1911, 707²). Gehören Zubehörstücke dem Grundstückseigentümer, so ist es für die Haftung gleichgültig, ob sie die Zubehöreigenschaft schon vor oder erst nach der Hypothekbestellung erlangt haben; § 1120 macht in dieser Hinsicht keinen Unterschied (str.; RG 53, 352). Die Mobilierzwangsvollstreckung in Zubehörstücke ist nach § 865 Abs 2 Satz 1 ZPD unzulässig. Die Pfändung ist schlechthin unwirksam und kann in keiner Weise (z. B. auch nicht durch Genehmigung des Schuldners) gültig werden (RG 59, 88; 60, 73; JW 1904, 575¹⁰; Gruch 49, 1067). Die Hypothekengläubiger können dagegen Erinnerung beim Vollstreckungsgericht nach § 766 ZPD und Widerspruchsklage aus § 771 ZPD erheben (RG 55, 207; 63, 373; 69, 93; Gruch 56, 800). Dies gilt auch bei Bestandteilen, die nach der Trennung Zubehörstücke werden. Wie die Rechte der Hypothekengläubiger auf Zubehörstücke, die bei der Zwangsversteigerung von dem Zuschlag ausgeschlossen worden sind, geltend gemacht werden, ist erörtert in RG 55, 414; JW 1897, 340⁴⁹; 1903, 434¹⁰ und in § 1181 A 1.

§ 1121

Erzeugnisse und sonstige Bestandteile des Grundstücks sowie Zubehörstücke werden von der Haftung frei, wenn sie veräußert¹⁾ und von dem Grundstück entfernt werden²⁾, bevor sie zugunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind³⁾.

Erfolgt die Veräußerung vor der Entfernung, so kann sich der Erwerber dem Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß er in Ansehung der Hypothek in gutem Glauben gewesen sei⁴⁾. Entfernt der Erwerber die Sache von dem Grundstück, so ist eine vor der Entfernung erfolgte Beschlagnahme ihm gegenüber nur wirksam, wenn er bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben ist⁵⁾.

1. Die **Veräußerung** ist nur die eine Voraussetzung für das Freiwerden der Erzeugnisse, sonstigen Bestandteile (§ 1120 A 2, 4) und Zubehörstücke (§ 1120 A 5) von der Haftung für die Hypothek. Unter dieser Veräußerung ist die Eigentumsübertragung zu verstehen (RG 143, 246). Der Abschluß eines auf Übereignung gerichteten schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts (z. B. eines Kaufvertrags) genügt mithin für sich allein noch nicht. Es muß vielmehr die Einigung über den Eigentumsübergang und die Übergabe gemäß den §§ 929 ff. erfolgt sein (RG Gruch 61, 32; 64, 98; DLG 26, 151). Daher ist auch der Eigentumsvorbehalt an wesentlichen Bestandteilen, der nur eine persönliche Verpflichtung zur Duldung der Trennung und Wegnahme begründen kann (RG 63, 416; JW 1908, 671; SeuffA 59, 218; 66, 322), noch keine Veräußerung. Ferner fällt hierunter nicht die rechtsgeschäftliche Belastung (z. B. durch Bestellung eines Pfandrechts, eines Nießbrauchs), weil dabei keine Übereignung stattfindet (RG Gruch 31, 432; SeuffA 59, 296; § 1122 A 5). Ebenfalls gehört hierher die Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung, soweit sie überhaupt zulässig ist (§ 1120 A 2, 5; RG 143, 246). Die Haftung gepfändeter (getrennter) Bestandteile erlischt daher selbst dann nicht, wenn der Gerichtsvollzieher sie vom Grundstück entfernt; erst die Versteigerung (§§ 935, 936) vor der Beschlagnahme hebt die Haftung auf (RG 25, 21; 143, 246; Gruch 31, 432; 49, 1048; § 1122 A 4). Zu beachten bleibt aber die Entlastungsmöglichkeit nach § 1122 (dort A 4) und die Vorschrift des § 1208. Gemeint ist ferner in § 1121 eine die Bestandteile oder Zubehörstücke allein betreffende, auf ihre Ablösung vom Grundstück gerichtete Veräußerung. Daher erlischt im Falle der Veräußerung des Grundstücks nebst Zubehör die Haftung von Zubehörstücken trotz ihrer Entfernung durch den Erwerber nicht, wenn der Erwerber das Grundstück zwar übergeben, aber nicht aufgelassen erhalten, also das Eigentum nur an dem Zubehör, nicht auch am Grundstück erlangt hat. Die Veräußerung durch den Konkursverwalter steht nach § 6 RD der Veräußerung durch den Eigentümer gleich. Die Haftung erlischt also, wenn Bestandteile oder Zubehörstücke vor der Beschlagnahme (A 3) vom Konkursverwalter veräußert und vom Grundstück entfernt werden (RG 42, 90; 69, 90). Streitig ist, ob der Verwalter den Erlös zur Konkursmasse ziehen darf oder ob die Hypothekengläubiger Anspruch darauf erheben können. Letzteres ist in der Regel zu verneinen, auch dann, wenn die Hypothekengläubiger dem Konkursverwalter gegenüber vor der Entfernung die Gegenstände für sich beansprucht haben (a. M. RG 42, 87). Die Veräußerung des Verwalters ist auch keine Pfändung im Sinne des § 865 Abs 2 Satz 1 RPd; sie ist also insbesondere bei Zubehörstücken nicht unzulässig und nichtig (a. M. RG 69, 92; JW 1908, 561²⁷). Ist aber die Verfügung des an Stelle des Gemeinschuldners handelnden Verwalters unwirtschaftlich für die Benutzung des Grundstücks, so kann für die (bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks ausgefallenen) Hypothekengläubiger ein Masseanspruch aus § 59 Nr 1 oder Nr 3 RD, namentlich in Höhe des Erlöses, gegeben sein (RG 69, 90; JW 1908, 561²⁷; DLG 37, 212). Die Einziehung von Miet- oder Pachtzinsen durch den Verwalter behandelt § 1124 A 4. Übrigens ist der Verwalter nicht berechtigt, Zubehörstücke, die der Gemeinschuldner vor der Konkursöffnung verkauft und dem Käufer übereignet hat, die aber noch nicht vom Grundstück entfernt worden sind, dem Käufer deswegen vorzuenthalten, weil sie mangels ihrer Entfernung noch der Haftung für die Hypothek unterliegen (A 2). Denn sie gehören nach den §§ 1, 6 RD nicht zur Konkursmasse und unterliegen daher nicht dem Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Verwalters (RG 99, 210). Ausnahmeweise erlischt unter den Voraussetzungen des § 1122 Abs 1 die Haftung der in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft getrennten Erzeugnisse oder sonstigen Bestandteile durch Entfernung vom Grundstück auch ohne Veräußerung. Ferner bewirkt nach § 1122 Abs 2 die Aufhebung der Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft das Erlöschen der Haftung von Zubehörstücken auch ohne Veräußerung.

2. Die Haftung erlischt nicht schon durch die Veräußerung allein (RG 99, 211; JW 1905, 175¹⁷; 1911, 46³⁵; 1927, 402¹¹; Gruch 64, 98; SeuffA 74 Nr 120). Sie erlischt auch nicht durch Entfernung vor der Beschlagnahme allein (DLG 26, 151), selbst wenn dieser Entfernung später, aber erst nach der Beschlagnahme, die Veräußerung nachfolgt (DLG 26, 141). Vielmehr erlischt die Haftung nur beim Zusammentreffen von Veräußerung und Entfernung vor der Beschlagnahme (RG Warn 1915 Nr 118; DLG 4, 373; 37, 213). Liegen diese Voraussetzungen vor, so erlischt die Haftung aber auch dann, wenn die Veräußerung und Entfernung nicht innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erfolgten (SeuffA 59 Nr 82) und wenn der Erwerber Kenntnis von der hypothekarischen Belastung hatte (DLG 26, 151). Entfernung, also Wegschaffung vom Grundstück, ist grundsätzlich etwas anderes als Besitzübergabe, wenn beides auch zusammenfallen kann. Besitzübergabe ohne Entfernung genügt nicht. Deshalb erlischt die Haftung von Zubehörstücken nicht schon dadurch, daß der Eigentümer sie einem Gläubiger sicherungshalber zum Eigentum überträgt und als Ersatz der Übergabe gemäß § 930 vereinbart wird, der Eigentümer solle die Gegenstände fortan zur Leihe haben (RG Warn 1911 Nr 36). Eine den Grundstücken gleichstehende Abbaugerechtigkeit (Borbem 4 vor § 873) erstreckt sich nicht allein auf das unter der Erdoberfläche liegende Kohlenfeld, sondern umfaßt auch alle der Ausbeute der gewonnenen Kohlen und anderen Fossilien dienenden bergbaulichen Anlagen (RG 61, 190). Bei ihr sind diese Anlagen, soweit sie Bestandteile (nicht Zubehör) sind, gleichzustellen dem in § 1121 gemeinten, mit der

Hypothek belasteten Grundstück. Daher sind Gegenstände, die sich noch innerhalb solcher Anlagen befinden, nicht als „von dem Grundstück entfernt“ im Sinne dieser Vorschrift zu erachten, auch wenn sie aus Schächten herausgenommen worden sind (RG Gruch 61, 322). Weiter muß die Entfernung, wie sich aus den Worten „veräußert und entfernt“ ergibt, mit der Veräußerung derart im Zusammenhang stehen, daß sie entweder von vornherein oder doch, wenn die Veräußerung erst hinterher vorgenommen wird, im Endergebnis als infolge der Veräußerung geschehen erscheint. Auch muß die Fortschaffung eine dauernde Volllösung des Veräußerten vom Grundstück zum Ziel haben. Denn ist etwas zwar veräußert, aber ohne Beziehung auf diese Veräußerung aus anderem Anlaß entfernt worden, so ist es nicht im Geseßsinn veräußert und entfernt, und eine Fortschaffung, die nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt, kann nicht als Entfernung mit Rücksicht auf eine Veräußerung angesehen werden (str.; RG JW 1911, 46³⁵). Daher erlischt die Haftung zwar, wenn die Fortschaffung (z. B. auf einen Markt) zum Zwecke der Veräußerung erfolgt und dann die Veräußerung nebst Besitzübergabe stattfindet. Denn auch in diesem Falle treffen Entfernung und Veräußerung zusammen. Die Haftung erlischt aber nicht, wenn nach der Veräußerung die Fortschaffung für einen anderen als den Erwerber bewirkt wird (str.). Ebenjowenig erlischt sie z. B. dann, wenn die Fortschaffung in Vollziehung einer einstweiligen Verfügung durch den Gerichtsvollzieher erfolgt zur Verwahrung bis zur Entscheidung über den zwischen dem Eigentümer und einem andern streitigen Herausgabeanspruch (RG JW 1911, 46³⁵; 1933, 2014¹). Dagegen liegt eine auf dauernde Volllösung vom Grundstück gerichtete und deshalb die Hypothekenhaftung beendigende Entfernung vor, wenn der Gerichtsvollzieher die Wegschaffung vornimmt in Vollziehung einer einstweiligen Verfügung, die der bereits zum Eigentümer gewordene Erwerber der Sache gegen den veräußernden Grundstückseigentümer erwirkt hatte, um der Beschlagnahme der veräußerten Sache durch die Hypothekengläubiger zuvorzukommen und vorzubeugen (RG 144, 152). In einer Wegschaffung auf Grund einer Sicherungsübereignung wird regelmäßig noch keine für die Dauer berechnete Volllösung zu finden sein; eine solche Wegschaffung beendet daher die Hypothekenhaftung in der Regel nicht (HRN 1934 Nr 1118). Wird ein veräußertes Zubehörstück in verschiedene Teile zerlegt, so daß es die Natur als Einheitsfache einbüßt, und wird dann ein Teil (z. B. der Dampfkessel einer Lokomobile) für den Erwerber vor der Beschlagnahme in einer Weise entfernt, daß die Entfernung keine bloß vorübergehende und die Trennung von den andern auf dem Grundstück zurückbleibenden Teilen eine dauernde ist, so wird jener Teil von der Haftung für die Hypothek frei. Er bleibt nicht etwa deswegen in der Haftung, weil er mit den andern Teilen eine Einheit gebildet hat und die Hypothek sich auf diese weiter erstreckt (RG Gruch 64, 97; a. M. DVG 39, 250). Möglicherweise sind auch die anderen Teile von der Haftung für die Hypothek nach § 1122 Abs 2 frei geworden, sofern sie nämlich für sich allein nicht mehr als Zubehör (§ 97) des Grundstücks anzusehen sind (z. B. für sich allein nicht betriebsfähige Teile einer Lokomobile, die Zubehör eines Sägewerks war) und die Aufhebung der Zubehörerschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erfolgt ist (RG Gruch 64, 98). Ist die Haftung durch Veräußerung und Entfernung erloschen, so steht den Hypothekengläubigern auch ein Anrecht auf den Kaufpreis oder den Zwangsversteigerungserlös (§ 1) nicht zu (RG 25, 21). Doch kann ihnen, namentlich im Falle des sog. kalten Abbrennens des Eigentümers, ein Schadensersatzanspruch gegen die Erwerber von Bestandteilen oder Zubehörstücken unter den allgemeinen Voraussetzungen der §§ 823 ff. zustehen (RG 42, 170; 44, 186; 69, 91; 73, 333; Gruch 48, 380; 55, 664; § 1134 Abs 3). Ferner können die Hypothekengläubiger, wenn sie wegen ihres dinglichen Anspruchs einen Vollstreckungstitel besitzen und die sonstigen Voraussetzungen des Anfechtungsgesetzes v. 20. 5. 1898 vorliegen, die Veräußerung und Entfernung von Zubehörstücken als ihnen gegenüber unwirksam anfechten (RG 100, 89; Gruch 57, 1005). Das gilt auch dann noch, wenn durch den Zuschlag des Grundstücks in der Zwangsversteigerung, welche veräußerte und entfernte Gegenstände nicht erfaßt, das Hypothekenrecht an dem Grundstück bereits erloschen ist. Denn die vorgängige Inanspruchnahme des Grundstücks ist zwar an sich nach § 2 Anfechtungsgesetz der Anfechtung. Die Versteigerung des Grundstücks kann aber die Anfechtung von Veräußerungen nicht beeinträchtigen, die für den Hypothekengläubiger nachteilig waren und mit dem Zwangsversteigerungsverfahren nichts zu tun hatten (RG 100, 90).

3. Vor der Beschlagnahme zugunsten des Gläubigers müssen Veräußerung und Entfernung stattgefunden haben. Folgen diese Rechtsakte der Beschlagnahme erst nach oder wird die Beschlagnahme auch nur in der Zwischenzeit zwischen Veräußerung und Entfernung oder zwischen dieser und der etwa späteren Veräußerung ausgebracht, so erlischt die Haftung nicht (JW 1927, 402¹¹). Die Hypothekengläubiger oder der Zwangsverwalter können die Zurückschaffung der entfernten Sachen, soweit sie hiernach noch der Haftung für die Hypothek unterliegen, insbesondere von Zubehörstücken, verlangen (SeuffW 74 Nr 120). Unter Umständen ist aber der Erwerber nach Abs 2 Satz 2 durch seinen guten Glauben in Anfechtung der Beschlagnahme geschützt (§ 5). Durch die Beschlagnahme verwicklicht der Hypothekengläubiger sein dingliches Recht an den Erzeugnissen, sonstigen Bestandteilen und Zubehörstücken. Dadurch ist er fortan gegen den Verlust des Rechts durch Veräußerung und Entfernung geschützt. Diese Beschlagnahme wird gemäß den §§ 20, 21, 146, 148 ZVG durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung bewirkt.

teilen oder Zubehörstücken nicht widersprechen (DZG 3, 337; SeuffA 63, 66). Wegen der Rechtsbehelfe gegen eine Pfändung solcher Gegenstände und wegen des Anspruchs auf den Versteigerungserlös ist zu verweisen auf § 1120 A 2.

4. Abs 2 Satz 1 bedeutet: Im Falle einer **Veräußerung vor der Entfernung**, d. h. einer Veräußerung (A 1), der noch nicht eine Entfernung (A 2) nachgefolgt ist, erlischt die Haftung der veräußerten Sache (Bestandteil oder Zubehör) für die Hypothek nicht schon deswegen, weil der **Erwerber** bei dem Erwerb in **Ansehung der Hypothek in gutem Glauben ist**, weil ihm also weder bekannt noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist (§ 932 Abs 2), daß die Hypothek an dem Grundstück besteht. Die Vorschrift enthält mithin eine Einschränkung des Grundsatzes in § 936 Abs 1 Satz 1, Abs 2 (Erlöschen der Rechte Dritter infolge gutgläubigen Eigentumserwerbs). Sie ist mit Rücksicht darauf gegeben, daß die Kenntnis eines eingetragenen Rechts bei jedem, der im Widerspruch damit erwerben wolle, vorauszusetzen sei (M 3, 662). Auch wenn also der Erwerber in gutem Glauben ist, erlischt die Haftung erst mit der Entfernung (A 2). Bewirkt der Hypothekengläubiger vor der Entfernung die Beschlagnahme, so kann der Erwerber sich nicht auf § 936 berufen, also nicht geltend machen, daß kraft seines guten Glaubens die Haftung bereits erloschen sei. Gegebenenfalls kann er sich aber auf seinen guten Glauben hinsichtlich der Beschlagnahme nach Abs 2 Satz 2 berufen (A 5). Erfolgt die Veräußerung nach der Entfernung, so kommt es auf den guten Glauben überhaupt nicht an. Die Haftung erlischt dann wegen des Zusammenstehens von Entfernung und Veräußerung, auch wenn der Erwerber Kenntnis von der Hypothek hat (A 2).

5. Abs 2 Satz 2 bedeutet: Werden Bestandteile oder Zubehörstücke nach ihrer Veräußerung, aber **vor der Entfernung beschlagnahmt** und demnach **von dem Erwerber entfernt**, so ist dem Erwerber gegenüber die **Beschlagnahme nur wirksam**, d. h. die Haftung der Sachen für die Hypothek nur dann nicht erloschen (A 2, 3), wenn der Erwerber **bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben ist**, wenn ihm also die Beschlagnahme bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist (§ 932 Abs 2). Die Vorschrift entspricht dem § 135 Abs 1, 2 (Wirksamkeit eines Veräußerungsverbots nur gegenüber einem bösgläubigen Erwerber). Der Hypothekengläubiger, der die Haftung der vor der Beschlagnahme veräußerten und nach der Beschlagnahme entfernten Sache für seine Hypothek geltend macht, muß also die Bösgläubigkeit des Erwerbers hinsichtlich der Beschlagnahme beweisen. Ist jedoch der Versteigerungs- oder der Zwangsverwaltungsvermerk (vor der Entfernung) in das Grundbuch eingetragen, so gilt gemäß den §§ 23 Abs 2 Satz 2, 146 ZVG die Beschlagnahme als dem Erwerber bekannt (SeuffA 74 Nr 120). Ferner steht nach den §§ 23 Abs 2 Satz 1, 146 ZVG die Kenntnis des Antrags auf Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung der Kenntnis der Beschlagnahme gleich. Aus der Vorschrift des § 1121 Abs 2 Satz 1 ist nicht zu folgern, daß die Rechtslage anders ist, wenn die Entfernung vor der Beschlagnahme und die Veräußerung nach dieser erfolgt. Vielmehr ist auch für diesen Fall anzunehmen, daß die Haftung nur dann nicht erlischt, wenn zur Zeit der Veräußerung die Beschlagnahme (Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung) im Grundbuch vermerkt oder der Erwerber hinsichtlich der Beschlagnahme bösgläubig ist (str.; vgl. §§ 135, 136, 892 Abs 1 Satz 2, 932).

§ 1122

Sind die Erzeugnisse oder Bestandteile innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft von dem Grundstücke getrennt worden¹⁾, so erlischt ihre Haftung auch ohne Veräußerung²⁾, wenn sie vor der Beschlagnahme von dem Grundstück entfernt werden³⁾, es sei denn, daß die Entfernung zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt⁴⁾.

Zubehörstücke werden ohne Veräußerung von der Haftung frei, wenn die Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor der Beschlagnahme aufgehoben wird⁵⁾.

§ 1 1068 II 1030; M 3 661 ff.; P 2 249; 3 556 ff.; 6 247 ff., 284 f.

1. Unter der **Trennung von Erzeugnissen oder sonstigen Bestandteilen innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft** ist die Loslösung vom Grund und Boden zu Zwecken wirtschaftlicher Benutzung des Grundstücks zu verstehen (SeuffA 58 Nr 78; DZG 8, 417). Wird bei der Trennung ein Zweck verfolgt, der für die Benutzung des Grundstücks unwirtschaftlich ist, so ist die Anwendung des Abs 1 ausgeschlossen. Dies gilt namentlich auch dann, wenn beabsichtigt wird, die weitere Bewirtschaftung des Grundstücks aufzugeben (RG 69, 88; DZG 34, 213; 36, 178). Ebenso scheidet Abs 1 bei einer den Grundstücken gleichstehenden, selbständigen Kohlenabbauergerechtigkeit aus, wenn Bestandteile aus den Schächten herausgenommen werden, weil die Grube eröffnet ist (RG Gruch 61, 323; DZG 29, 360).

2. Die Bestimmung, daß auch ohne Veräußerung die Haftung erlischt, ist eine Ausnahme von § 1121, wonach die Haftung von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen nur durch Veräußerung und Entfernung (vor der Beschlagnahme) erlischt. Eine Veräußerung allein ohne Entfernung aber bewirkt das Erlöschen der Haftung auch dann nicht, wenn die Bestandteile in ordnungsmäßiger Wirtschaftsführung getrennt sind. Auf Zubehörstücke bezieht sich Abs 1 nicht (A 3).

3. Die Entfernung vor der Beschlagnahme, die erste Voraussetzung für das Erlöschen der Haftung nach Abs 1, braucht nicht wie die Trennung (A 1) innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft geschehen zu sein (RG 143, 249). Auch im Falle einer unwirtschaftlichen Entfernung erlischt die Haftung. Danach könnte es scheinen, als ob die Regel des § 1121 Abs 1, wonach Veräußerung und Entfernung zum Freiwerden erforderlich sind, namentlich bei landwirtschaftlichen Grundstücken für ordnungsmäßig getrennte Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile durch § 1122 Abs 1 tatsächlich zur Ausnahme gestaltet werde. Es ist jedoch zu beachten, daß besonders die Erzeugnisse nach der Trennung häufig Zubehörstücke sein werden (§ 98 Nr 2; DVG 14 S. 105, 106) und daß die Haftung dieser Zubehörstücke durch Entfernung allein ohne Veräußerung nach § 1121 Abs 1 nicht erlischt (A 2). Der Begriff Entfernung ist erläutert in § 1121 A 2. Auch die Fortschaffung auf ein anderes selbständiges Grundstück desselben Eigentümers ist eine regelmäßig dem Gesetz genügende Entfernung (vgl. jedoch RG Recht 1919 Nr 1107).

4. Die zweite Voraussetzung für das Erlöschen der Haftung, daß die Entfernung nicht zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt, ist gegeben, wenn nach den gegenwärtig obwaltenden Verhältnissen eine Rückaffung auf das Grundstück nicht mehr in Aussicht steht (RG 47, 202). Eine Entfernung zum Zweck der rechtsgeschäftlichen Pfandbestellung erfüllt diese Voraussetzung nicht (str.). Werden dagegen ordnungsmäßig getrennte und zulässig im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändete Erzeugnisse oder Bestandteile durch den Gerichtsvollzieher vor der Beschlagnahme vom Grundstück entfernt, so erlischt in aller Regel ihre Haftung für die das Grundstück belastenden Hypotheken. Nur unter ganz besonderen Umständen kann ausnahmsweise angenommen werden, daß diese Entfernung nur zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt und deshalb die Hypothekenhaftung bestehen geblieben sei. Solche Umstände hat der Hypothekengläubiger darzulegen und zu beweisen, wenn er sich auf das Weiterbestehen der Haftung berufen will (RG 143, 241). Gelingt dieser Beweis, so ist davon auszugehen, daß nach der Regel des § 1121 Abs 1 die Haftung der entfernten Erzeugnisse oder Bestandteile erst mit dem Pfandverkauf oder der Versteigerung vor der Beschlagnahme erlischt (§ 1121 A 1).

5. Aufhebung der Zubehörerschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft (A 1) liegt z. B. vor, wenn bei einem Landgut das zum Wirtschaftsbertrieb bestimmte ältere Vieh (§ 98 Nr 2) durch neues ersetzt und zum Verkauf gestellt oder wenn Dünger auf ein anderes mit der Hypothek des Gläubigers nicht belastetes Grundstück desselben Eigentümers gebracht wird. Die Haftung erlischt hier gemäß Abs 2 auch ohne Veräußerung. Soweit die Zubehörerschaft ohne Entfernung aufgehoben werden kann, ist die Entfernung auch zum Erlöschen der Haftung für die Hypothek nicht erforderlich (§ 97 A 13). Dagegen wird durch Veräußerung allein ohne Aufhebung der Zubehörerschaft im Sinne des Abs 2 das Freiwerden von der Haftung auch dann nicht bewirkt, wenn die Veräußerung innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erfolgt (RG JW 1905, 175¹⁷; SeuffA 58 Nr 78; a. M. DVG 8, 417). Nach der Regel des § 1121 Abs 1 muß in diesem Falle vielmehr die Entfernung hinzukommen (§ 1121 A 1, 2). Durch Verpfändung und Entfernung vom Grundstück wird wegen des vorübergehenden Zweckes (A 4) die Zubehörerschaft gemäß § 97 Abs 2 Satz 2 nicht aufgehoben; die Haftung erlischt dadurch also nicht (§ 1121 A 1). Die Pfändung von Zubehör ist nach § 865 Abs 2 Satz 1 BPO überhaupt unzulässig und wirkungslos (RG 59, 88; 60, 73; Gruch 49, 1067). Eine Aufhebung der Zubehörerschaft „innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft“ kann nicht in Frage kommen, wenn die wirtschaftliche Benutzung des Grundstücks überhaupt aufgegeben ist (RG 69, 88; Gruch 61, 323; A 1). Auch erlischt die Haftung nicht allein dadurch, daß die Benutzung der Gegenstände als Zubehör (z. B. bei einer selbständigen Kohlenabbaugerechtigtheit wegen Erlaufens der Grube) nachträglich unmöglich wird (RG 47, 202; Gruch 61, 323; DVG 29, 359). Anders liegt die Sache dagegen, wenn innerhalb eines großen Fabrikbetriebes nur ein einzelner, unwirtschaftlich gewordener Erzeugungszweig dauernd stillgelegt wird. Die Maschinen dieses Zweiges hören dann auf, Zubehör des Fabrikgrundstücks zu sein und scheiden aus der Hypothekenhaftung aus (RG Warn 1934 Nr 56; § 97 A 13 a. E.). Nicht nur für den Grundstückseigentümer selbst, sondern auch für seinen Konkursverwalter findet das Recht zur Veräußerung von Grundstückszubehör seine Begrenzung in dem Gebot ordnungsmäßiger Wirtschaftsführung. Verfügt der Konkursverwalter entgegen diesem Gebot (Veräußerung von Zubehör, böllige Aufgabe der bisherigen wirtschaftlichen Benutzung des Grundstücks), so können sich später in der Zwangsversteigerung ausfallende Hypothekengläubiger an den hinterlegten Erlös für das Zubehör halten (RG HRN 1936 Nr 669). Der Fall, daß ein Zubehörstück veräußert und in Teile zerlegt, dann ein Teil vom Grundstück entfernt wird und die übrigen Teile auf dem Grundstück zurückbleiben, ist in § 1121 A 2 erörtert.

§ 1123

Ist das Grundstück vermietet oder verpachtet, so erstreckt sich die Hypothek auf die Miet- oder Pachtzinsforderung¹⁾.

Soweit die Forderung fällig ist, wird sie mit dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritte der Fälligkeit von der Haftung frei, wenn nicht vorher die Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt²⁾. Ist der Miet- oder Pachtzins im voraus zu entrichten, so erstreckt sich die Befreiung nicht auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende Kalendervierteljahr; erfolgt die Beschlagnahme innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs, so erstreckt sich die Befreiung auch auf den Miet- oder Pachtzins für das folgende Kalendervierteljahr³⁾.

§ I 1067, 1069 II 1031; R 3 651, 657ff., 664; B 3 540f., 553ff., 556, 560ff.

1. Der gesetzgeberische Grund für die Haftung der Miet- oder Pachtzinsforderungen ist, daß diese an die Stelle der dem Zugriff der Hypothekengläubiger durch die Vermietung oder Verpachtung entzogenen (§ 21 Abs 3 BZG) Früchte oder Nutzungen treten sollen (R 3, 658; DZG 13, 202). Nach den §§ 57, 57a, b, 152 BZG werden Miet- oder Pachtverhältnisse auch durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung nicht aufgehoben. Die Haftung nach § 1123 Abs 1 beginnt, wie bei den Früchten (§ 1120), mit der Hypothekentrugung, nicht erst mit der Beschlagnahme. Sie umfaßt grundsätzlich nicht nur die Zinsbeträge, die für die Zeit nach der Hypothekentrugung aus vorher abgeschlossenen Verträgen zu entrichten sind, und zwar ohne Rücksicht auf ihre Fälligkeit, sondern sie erstreckt sich auch auf die rückständigen Zinsbeträge für die Zeit vorher (str.) und auf die durch spätere Miet- oder Pachtverträge begründeten Zinsforderungen (RG 68, 13; 81, 150). Einschränkungen dieses Grundsatzes ergeben die §§ 1123 Abs 2, 1124, 1125. Danach hat das dingliche Recht des Hypothekengläubigers an dem Miet- oder Pachtzins nicht eine die Befreiung von der Haftung oder Verfügungen des Eigentümers schlechthin verbindende Wirkung (wie das Pfandrecht, das der § 1128 für die Haftung der Forderung gegen den Versicherer vorsieht). Vielmehr muß der Hypothekengläubiger sein dingliches Recht an der Miet- oder Pachtzinsforderung durch Beschlagnahme geltend machen. Solange die Forderung nicht zugunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen worden ist, kann sie nach Maßgabe des § 1123 Abs 2 von der Haftung frei werden und kann der Eigentümer über sie verfügen. Auch im Falle der Beschlagnahme bleibt eine vor der Beschlagnahme vorgenommene Verfügung des Eigentümers dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam, soweit sie sich nicht auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als die im § 1124 Abs 2 bezeichnete bezieht. Unerheblich ist, ob der Miet- oder Pachtzins für das nackte Grundstück oder für das nach § 1120 der Hypothek mitverhaftete Zubehör zu entrichten ist (RG 136, 410). Ob der Zins in Geld oder in anderen Leistungen zu entrichten ist, macht für die Haftung gleichfalls keinen Unterschied. Ebenjowenig ob der Eigentümer oder der Eigenbesitzer oder ein dem Hypothekengläubiger im Range nachstehender Nießbraucher vermietet oder verpachtet hat (RG 68, 13; 81, 149; DZG 26, 141). Ein Nießbraucher kann auch, obwohl ihm nach den §§ 1030, 99 Abs 3 die Mietzinsen zustehen (RG 68, 10; 80, 316; 81, 149), gegen die auf Grund eines dinglichen Schuldtitels bewirkte Pfändung der (nicht etwa gemäß § 1123 Abs 2 von der Haftung frei erworbenen) Mietzinsen durch den im Range vorgehenden Hypothekengläubiger nicht Widerspruchsklage nach § 771 BZG erheben (§ 1124 Abs 5). Dagegen wird durch einen im Range vorgehenden (älteren) Nießbrauch das Recht des nachstehenden Hypothekengläubigers auf die Mietzinsen ausgeschlossen (DZG 15, 366).

2. Erfolgt die Beschlagnahme, deren rechtliche Bedeutung für das Hypothekenrecht an der Miet- oder Pachtzinsforderung bereits in A 1 beleuchtet ist, nicht innerhalb eines Jahres seit der Fälligkeit der Zinsforderung, so wird diese frei. Die nach Ablauf eines Jahres seit der Fälligkeit erfolgende Beschlagnahme des rückständigen Zinses ist unwirksam. Jedoch enthält Abs 2 Satz 2 eine Einschränkung dieser Regel für den Fall, daß der Zins im voraus zu entrichten ist. Der Vollzug der Beschlagnahme ist im allgemeinen schon besprochen in § 1121 A 3. Im einzelnen ist hier aber zu bemerken: Die Einleitung der Zwangsversteigerung bewirkt nach § 21 Abs 2 BZG nicht die Beschlagnahme der Miet- oder Pachtzinsforderungen (RG 64, 418; 76, 118; 81, 147; JW 1913, 55⁴⁾). Die Beschlagnahme durch Einleitung der Zwangsverwaltung wird nach den §§ 146, 148 BZG dem Drittschuldner (der Zinsforderungen) gegenüber erst nach Maßgabe des § 22 Abs 2 BZG (Kenntnis oder Zustellung des Zahlungsverbots) wirksam (RG 64, 416). Im übrigen kann die Beschlagnahme für den Hypothekengläubiger auch durch Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Vollziehung eines Arrestes (§§ 829, 845, 930 BZG; RG 76, 117; 81, 148; 103, 139; Warn 1916 Nr 171; DZG 7, 38; 14, 109; 18, 165; a. M. 18, 169) oder durch Vollziehung einer nach Maßgabe des § 935 BZG (Gefahr der Einziehung

oder sonstigen Verfügung) erlassenen einstweiligen Verfügung bewirkt werden (RG 52, 138; DLG 23, 235; a. M. 3, 180; 21, 98). Dabei ist aber vorausgesetzt, daß diese Maßnahmen nicht lediglich wegen der durch die Hypothek gesicherten persönlichen Forderung, sondern wegen des dinglichen Anspruchs aus der Hypothek auf Grund eines dinglichen Schuldtitels erfolgen (RG 52, 138; 76, 116; 81, 147; 103, 139; Warn 1916 Nr 171; DLG 29, 245). Ist über das Vermögen des Eigentümers der Konkurs eröffnet, so ist zwar eine Pfändung und Arrestvollziehung in Mietzinsforderungen wegen der gegen den Gemeinschuldner bestehenden persönlichen Hypothekenforderung nach den §§ 14, 15 RD nicht zulässig. Wohl aber kann der Hypothekengläubiger, der wegen des dinglichen Hypothekenrechts ein Absonderungsrecht hat (§ 47 RD) und die abgeordnete Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren verlangen kann (§ 4 Abs 2 RD), auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels wegen dinglicher Ansprüche aus seiner Hypothek die Beschlagnahme auch gegenüber dem Konkursverwalter ausbringen, und zwar nicht nur durch Zwangsverwaltung oder Vollziehung einer einstweiligen Verfügung (RG 52, 140; DLG 10, 419; 15, 285), sondern auch durch Pfändung von Mietzinsforderungen (DLG 29 S. 245, 246; a. M. DLG 10, 419; 15, 285; anscheinend auch RG 52, 139). Die Abtretung von Mietzinsforderungen an einen Hypothekengläubiger hat nicht die Bedeutung der Beschlagnahme (RG 76, 119). Wenn das Grundstück zwangsversteigert wird, gebühren die Zinsforderungen gemäß § 56 ZVG vom Zuschlag an dem Ersteher. Sie können von ausgefallenen früheren Hypothekengläubigern also nicht mehr in Anspruch genommen werden. Laufende Zinsforderungen werden zwischen Ersteher und Schuldner nach dem Verhältnis der Dauer ihrer Berechtigung gemäß § 101 Nr 2 verteilt. Nur auf den Anteil des Schuldners können die ausgefallenen Hypothekengläubiger Anspruch erheben (RG 64, 419; 86, 365; Warn 1912 Nr 230; DLG 5, 336). Ist zugleich das Zwangsverwaltungsverfahren eingeleitet, so darf der Versteigerungsrichter nicht die in der Zwangsverwaltemassse befindlichen Mietzinsforderungen zur Zwangsversteigerungsmasse ziehen und sie den Hypothekengläubigern zuweisen. Vielmehr ist es nach § 155 ZVG Sache des Zwangsverwalters, die Mietzinsforderungen, soweit die Hypothek sich auf sie erstreckt, geltend zu machen und auf die im § 10 Ziff 1—5 ZVG bezeichneten Ansprüche zu verteilen (RG Warn 1912 Nr 230; ZVG 1913, 55⁴⁷). Hypothekengläubiger als Gläubiger der vierten Klasse sind hierbei nach § 10 Ziff 4 ZVG nur insoweit zu berücksichtigen, als laufende Beträge wiederkehrender Leistungen zu berichtigen sind. Sie bleiben also unberücksichtigt mit ihren Kapitalforderungen, es sei denn, daß sie betreibende Gläubiger sind und deshalb nach § 10 Ziff 5 ZVG auch mit der Kapitalforderung zur Hebung gelangen. Etwasige Überschüsse der (nach Befriedigung des betreibenden Gläubigers) aufzuhebenden Zwangsverwaltung sind an den Schuldner auszuführen und können von seinen Gläubigern, auch von Hypothekengläubigern, die nicht betreibende Gläubiger sind, nur im Wege der Mobilienpfändung in Anspruch genommen werden (RG ZVG 1913, 55⁴⁷). Bei der Beschlagnahme im Wege der Zwangsverwaltung kann der Zwangsverwalter (§ 152 Abs 1 ZVG) auch die mit der Miet- oder Pachtzinsforderung verbundenen Nebenrechte an Stelle des Vermieters oder Verpächters (Grundstückseigentümers) geltend machen, namentlich dessen gesetzliches Pfandrecht nach § 559 oder § 585 (str.). Dasselbe gilt bei der Beschlagnahme durch Pfändung für den pfändenden Hypothekengläubiger, wenn ihm die Miet- oder Pachtzinsforderung überwiesen ist (§§ 835, 836 ZVG).

3. Abs 2 Satz 2 bedeutet: Ist entgegen der Regel der §§ 551, 584 kraft besonderer Vereinbarung der Miet- oder Pachtzins im voraus zu entrichten, so kann der Mieter oder Pächter sich wegen des Zinses für bestimmte Zeit nicht auf die Befreiung von der Haftung nach Abs 2 Satz 1 berufen, wenn er mit dem Zins, der für einen über ein Jahr hinausgehenden Zeitraum im voraus zu entrichten war, ein Jahr lang im Rückstand ist und erst nach Ablauf des Jahres die Beschlagnahme erfolgt. Nach der früheren Fassung des Gesetzes war dies der Zins „für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr“. Wenn z. B. der Mieter oder Pächter den Zins am 1. Januar 1913 für 2 Jahre im voraus hätte zahlen sollen und die Beschlagnahme am 1. Mai 1914 erfolgte, ohne daß bisher Zahlung geleistet war, so haftete danach dem Hypothekengläubiger zwar gemäß Abs 2 Satz 1 nicht der Zins für die Zeit bis zum 1. Oktober 1914, wohl aber gemäß dem bisherigen Abs 2 Satz 2 der Zins für die spätere Zeit bis zum 1. Januar 1915. Durch Art 2 Gef. zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen v. 8. 6. 1915 hat Abs 2 Satz 2 die jetzige Fassung erhalten. Jetzt erstreckt sich also die Befreiung nicht auf den Zins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende Kalendervierteljahr, es sei denn, daß die Beschlagnahme innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs erfolgt; in diesem Ausnahmefall erstreckt sich die Befreiung auch noch auf den Zins für das folgende Kalendervierteljahr. Mitbin würde, wenn dieses Gesetz in den vom Beispiel gewählten Zeiträumen bereits in Kraft gewesen wäre, dem Hypothekengläubiger nur noch der Zins für die Zeit bis zum 1. Juli 1914 nicht haften. „Innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs“ bedeutet nach § 189 Abs 1 „innerhalb der letzten fünfzehn Tage eines Kalendervierteljahrs“, also im März und Dezember die Tage vom 17. bis zum 31., im Juni und September die Tage vom 16. bis zum 30. (nach anderer Meinung soll der letzte halbe Monat stets am 16.

des betreffenden Monats beginnen). Nach jenem Beispiel würde daher, wenn die Beschlagnahme z. B. am 16. oder 30. Juni 1914 erfolgt wäre, wie nach der ursprünglichen Gesetzesfassung dem Hypothekengläubiger der Zins für die Zeit bis zum 1. Oktober 1914 nicht haften. Das neue Gesetz ist am 20. 6. 1915 in Kraft getreten (Art 6). Übrigens führt § 1124 Abs 2 auch dann zu demselben Ziel, wenn vor der Beschlagnahme der Zins bezahlt oder in anderer Weise über ihn verfügt worden ist (§ 1124 Abs 7). Aus § 1123 Abs 2 Satz 2, § 1124 Abs 2 ergibt sich daher der Grundsatz, daß dem Hypothekengläubiger der Zins für die genannten, der Beschlagnahme nachfolgenden Zeiten unter allen Umständen haften soll (R 3, 664; Prot 3, 562). Nach der 4. RotWd v. 8. 12. 1931 Teil III § 12 (RGBl 1931 I 711) sind die §§ 1123, 1124, soweit sie die Wirksamkeit von Verfügungen und Rechtsgeschäften in Ansehung von Miet- und Pachtzinsforderungen gegenüber den Hypothekengläubigern betreffen, einstweilen mit der Änderung anzuwenden, daß die in ihnen erwähnten Verfügungen und Rechtsgeschäfte nur für den laufenden Kalendermonat und, wenn die Verfügung oder das Rechtsgeschäft nach dem 15. Tage des Monats vorgenommen wird, für den folgenden Kalendermonat wirksam sind. Diese Regelung ist als vorübergehende Notmaßnahme gedacht. Wie lange sie gelten wird, ist nicht abzusehen.

§ 1124

Wird der Miet- oder Pachtzins eingezogen ¹⁾, bevor er zugunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen worden ist, oder wird vor der Beschlagnahme ²⁾ in anderer Weise über ihn verfügt ³⁾, so ist die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam ⁴⁾. Besteht die Verfügung in der Übertragung der Forderung auf einen Dritten, so erlischt die Haftung der Forderung ⁵⁾; erlangt ein Dritter ein Recht an der Forderung, so geht es der Hypothek im Range vor ⁶⁾.

Die Verfügung ist dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam, soweit sie sich auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende Kalendervierteljahr bezieht; erfolgt die Beschlagnahme innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs, so ist die Verfügung jedoch insoweit wirksam, als sie sich auf den Miet- oder Pachtzins für das folgende Kalendervierteljahr bezieht ⁷⁾.

Der Übertragung der Forderung auf einen Dritten steht es gleich, wenn das Grundstück ohne die Forderung veräußert wird ⁸⁾.

§ 1 1069 II 1032; R 3 663f.; P 3 560ff.

1. Unter Einziehung ist nicht nur das Erfordern und die Annahme der Zahlung zu verstehen, sondern auch eine Aufrechnung des Vermieters oder Verpächters und die Annahme einer Hingabe an Zahlungs Statt auf die Zinsforderung. Hierher gehören weiter auch die Hinterlegung des Zinsbetrags durch den Mieter oder Pächter unter Ausschließung des Rechts zur Zurücknahme (§§ 372, 376) und die Aufrechnung des Mieters oder Pächters. Denn auch diese Maßnahmen haben nach den §§ 378, 389 kraft Gesetzes die gleiche Wirkung wie die Annahme der Zahlung durch den Vermieter oder Verpächter (§ 1125; DZ 34, 208; zur Hinterlegung aber auch A 4).

2. Die Einziehung der Zinsforderung oder die sonstige Verfügung darüber ist dem Hypothekengläubiger gegenüber nur dann wirksam, wenn sie vor der Beschlagnahme zugunsten des Gläubigers erfolgt. Die Bedeutung der Beschlagnahme für die Wirkung des dinglichen Rechts des Hypothekengläubigers an der Miet- und Pachtzinsforderung ist in § 1123 Abs 1 erörtert. Nach der Beschlagnahme ist die Einziehung (Verfügung) gegenüber dem Gläubiger ohne Wirkung. Die Haftung der Forderung für seine Hypothek bleibt bestehen, insbesondere gilt im Falle der Einziehung ihm gegenüber die Forderung als noch ungetilgt. Die Beschlagnahme ergreift die Mietzinsforderung in ihrer Gesamtheit, mithin auch insoweit, als sie auf die Inanspruchnahme eines Sicherungsmittels, insbesondere eines Bürgen, gerichtet ist (RG 144, 199). Wie die Beschlagnahme der Miet- oder Pachtzinsen durch einen Hypothekengläubiger bewirkt werden kann, ist bereits in § 1123 Abs 2, § 1121 Abs 3 besprochen. Hervorzuheben ist besonders, daß die Beschlagnahme auch dadurch erfolgen kann, daß der Hypothekengläubiger auf Grund eines dinglichen (mangelfreien: RG Warn 1917 Nr 292) Vollstreckungsmittels gegen den Grundstückseigentümer dessen Mietzinsforderungen gemäß den §§ 828, 829 ZPO pfänden läßt (RG 81, 147; 86, 138; 88, 101; 101, 9; 103, 139; Gruch 58, 1032; Warn 1922 Nr 67; DZ 26, 144). Über die Beschlagnahme im Falle eines an dem Grundstück bestellten Nießbrauchs vgl. A 5. War die (z. B. durch Anordnung der Zwangsverwaltung) erfolgte Beschlagnahme zur Zeit der Verfügung über Miet- und Pachtzinsen bereits auf Beschwerde durch eine vollstreckbare Entscheidung des Beschwerdegerichts wieder aufgehoben, so ist die Verfügung auch dann wirksam, wenn auf weitere Beschwerde die Entscheidung des Be-

schwerdegerichts aufgehoben und die Beschwerde gegen die erstinstanzliche Anordnung der Beschlagnahme zurückgewiesen wird. Das gilt aber nicht, wenn vor der Verfügung die Vollziehung der Entscheidung des Beschwerdegerichts gemäß § 572 Abs 2, 3 ZPO ausgesetzt worden war (RG 84, 200). Zahl der Mieter oder Pächter im Falle der Zwangsverwaltung zwar nach der Beschlagnahme, aber vor der Kenntnis von ihr oder vor der Zustellung des Zahlungsverbots (§§ 22 Abs 2, 23 Abs 2 Satz 1, 151 Abs 3 ZPO) an den Vermieter oder Verpächter oder an dessen Besessionar oder Pfandgläubiger, so wird er befreit, da die Beschlagnahme vorher gegen ihn nicht wirksam ist (§ 1123 A 2). Der Hypothekengläubiger kann dann nur einen Anspruch auf Erstattung gegen die Zahlungsempfänger erheben, und zwar aus dem Grunde der ungerechtfertigten Bereicherung, wenn sie gutgläubig, aus dem Grunde der unerlaubten Handlung, wenn sie schlechtgläubig hinsichtlich der Beschlagnahme waren. Ferner sind nach § 1123 Abs 2 Satz 1 mehr als einjährige Rückstände von der Haftung frei. Sie werden also von der Beschlagnahme nicht betroffen (§§ 20 Abs 2, 146, 148 ZPO). Der Mieter oder Pächter wird daher durch ihre Zahlung befreit, auch wenn er die Beschlagnahme kennt (RG 81, 147).

3. Eine andere Verfügung als Einziehung ist z. B. die Übertragung oder der Erlaß seitens des Vermieters oder auch die Aufrechnung der Mietzinsforderung mit einer Forderung des Mieters gegen den Vermieter durch Aufrechnungsvertrag, der nicht (RG 72, 378) wie die einseitige Aufrechnung (§ 387) Fälligkeit erfordert (DVG 34, 208). Ferner gehört hierher die Belastung der Forderung, z. B. durch Verpfändung. Weiter stehen den rechtsgeschäftlichen Verfügungen des Vermieters die Verfügungen gleich, die gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung durch Pfändung und Überweisung (§§ 804, 829, 835, 836 ZPO) bewirkt werden (RG 29, 240; 58, 185; 59, 184; 64, 418; 76, 118; 80, 316; 93, 124; 103, 140; Gruch 59, 1063; Warn 1915 Nr 62; 1916 Nr 171; DVG 4, 229; 7, 24 ff.; 8, 208; 10, 122; 26, 143; JW 1927, 861²⁰). Auch die Einleitung der Zwangsverwaltung — sei es durch einen dinglichen, sei es durch einen persönlichen Gläubiger — gehört hierher (§§ 21 Abs 2, 148 Abs 1, 155 Abs 2, 10 Nr 1, 4 ZPO; RG JW 1913, 55⁴⁷). Erfolgt die Pfändung wegen des dinglichen Anspruchs eines Hypothekengläubigers, so ist darin zugleich eine Beschlagnahme enthalten (A 2; RG 103, 140; JW 1927, 861²⁰). Im Falle des Konkurses des Vermieters sind gemäß § 6 Abs 2 KO die Verfügungen des Konkursverwalters maßgebend (RG 23, 59; 52, 140; 64, 32; JW 1903 Beil 101). Den Fall der Bestellung eines Nießbrauchs erörtert A 5. Keine Verfügung im Sinne von § 1124 stellen Abmachungen eines Nießbrauchs erörtert A 5. Keine Verfügung im Sinne von § 1124 stellen Abmachungen dar, die nicht zur Befriedigung, sondern lediglich zur Bemessung des Pacht- oder Mietzinses gedient sind, mögen sie auch naturgemäß auf die Erfüllung des Vertrags einwirken oder mit ihr verknüpft sein (RG 136, 414). Deshalb kommt insbesondere keine dem § 1124 unterliegende Verfügung in Betracht, wenn schon nach dem Mietvertrag der Mietzins vor auszuzahlen war und demgemäß vorausgezahlt worden ist. Solche aus dem Mietvertrag selbst hervorgehende Voraussetzungen stellen sich lediglich als Abreden über die Bestimmung des Mietzinses dar. Sah also der Mietvertrag vor, daß der Mietzins für die ganze Vertragszeit oder für einen Teil davon vorausgezahlt war, und hat der Mieter demzufolge seine Vertragspflicht erfüllt, so ist für die Anwendung des § 1124 kein Raum (RG 127, 116; 136, 407; 144, 194). Abreden und Zahlungen dieser Art sind daher sowohl dem Beschlagnahmegläubiger als auch dem Zwangsverwalter gegenüber wirksam (RG 136, 407; 144, 197; JW 1930, 2986¹²; 1933, 927¹⁴; JHR 1929 Nr 2035; 1936 Nr 529; am A. M. JW 1932 S. 3013¹⁷, 3207³⁵; 1933, 2223³). Dagegen liegt eine Verfügung im Sinne des § 1124 vor, wenn die Vorauszahlung der Miete für einen längeren Zeitraum abweichend von dem ursprünglich in und maßgebenden Mietvertrag erst nachträglich vereinbart worden ist (RG Warn 1933 Nr 99). Eine solche Vereinbarung ist auch dann gegeben, wenn nachträglich verabredet wird, daß gegen sofortige Zahlung eines bestimmten Betrags das an sich noch laufende Mietverhältnis für einen Teil der Räume sofort enden solle, der Mieter aber die übrigen Räume ohne besondere Vergütung noch für die ursprünglich vorgesehene Zeit weiterbenutzen dürfe (JW 1936, 1465³⁵). Ebenso ist § 1124 anwendbar, wenn der Mietzins nach dem Mietvertrag in regelmäßigen, auf die gesamte Mietzeit verteilten Zeitabschnitten zu entrichten ist und in dem Mietvertrag oder in einem (gleichzeitig oder später abgeschlossenen) Nebenvertrag lediglich vereinbart wird, daß die einzelnen Mietzinsraten an den Fälligkeitsterminen nicht an den Vermieter selbst, sondern an jemand anders (z. B. einen Darlehensgläubiger des Vermieters) gezahlt werden sollen (RG 144, 194). Für die Anwendung des § 1124 ist also stets allein entscheidend, wann nach dem Mietvertrag der Mietzins zu zahlen war und demgemäß gezahlt worden ist (RG 144, 198; für Zahlungen vor der Fälligkeit vgl. aber auch JW 1936, 3132¹⁶). Der § 1124 spricht aber nur von Verfügungen über den Mietzins selbst, nicht von Verfügungen über Nebenrechte, z. B. eine für die Mietzinspflicht übernommene Bürgschaft; daher unterliegt ein vor der Beschlagnahme vereinbarter Erlaß einer solchen Bürgschaft nicht den Beschränkungen dieser Vorschrift (RG 151, 379). Vereinbarungen zwischen Vermieter und Mieter, die ersichtlich nur zur Umgehung des § 1124 getroffen werden, sind unwirksam (JW 1936, 3264²⁵).

4. Da vor der Beschlagnahme die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam ist, so wird das hypothekarische Recht an der Mietzinsforderung, wenn und soweit diese durch die Verfügung aufgehoben oder beschränkt wird, ebenfalls beseitigt oder eingeschränkt.

Wird z. B. die Zinsforderung mit dem Recht eines Dritten belastet, das diesen zur Einziehung der Forderung berechtigt (z. B. mit einem rechtsgeschäftlichen Pfandrecht oder einem Pfändungspfandrecht: §§ 1282 BGB, 804, 829 ZPO), so wird zwar dadurch die Forderung von der Haftung noch nicht frei, aber das Recht geht (soweit nicht die Vorschrift des Abs 2 Platz greift) der Hypothek im Range vor (A 6), auch wenn es für einen persönlichen Gläubiger oder für einen nachstehenden Hypothekengläubiger begründet worden ist. Wenn dann der Dritte die Forderung einzieht, so erlischt die Haftung (RG 58, 185; 59, 177; 76 S. 118, 135; Warn 1915 Nr 117; 1916 Nr 170, 171; 1917 Nr 18; DLG 4, 229; 7, 25; 8, 208; 26 S 95, 143). Haben mehrere Hypothekengläubiger gepfändet, so geht das ältere Pfändungspfandrecht ohne Rücksicht auf den Rang der Hypotheken (immer vorausgesetzt, daß nicht Abs 2 Platz greift) vor. Zieht der Konkursverwalter (A 3) Miet- oder Pachtzinsen vor der Beschlagnahme ein, so haben die Hypothekengläubiger keinen Anspruch auf den eingezogenen Betrag. Dieser fließt vielmehr zur Konkursmasse des Vermieters, da die Zinsforderung durch die rechtmäßige Einziehung getilgt und daher das dingliche Recht der Hypothekengläubiger daran erloschen ist (RG 23, 59; 52, 140; 64, 32; JW 1895, 506¹²; 1903 Beil 101). Ein bloßer Widerspruch gegen die Einziehung oder die Beanspruchung der Zinsbeträge gegenüber dem Verwalter nützt dem Hypothekengläubiger nichts (str.). Er muß die Beschlagnahme (§ 1123 A 2) ausbringen, wenn er gegen die Einziehung durch den Verwalter gefordert sein will (RG 52, 140; JW 1895, 506¹²). Das (namentlich im Falle der Einziehung) Empfangene tritt nicht in die Haftung ein. Im Falle der Hinterlegung (A 1) ist aber auch der Anspruch gegen die Hinterlegungsstelle als Anspruch aus dem Mietverhältnis anzusehen. An ihm setzt sich mithin die Haftung ebenso fort, wie ein rechtsgeschäftliches oder durch Pfändung erlangtes Pfandrecht (§§ 1281, 1287; RG 49, 359; 74, 108). Wenn also über das Vermögen des Grundstückseigentümers der Konkurs eröffnet wird, so ist der Konkursverwalter nicht berechtigt, über das hinterlegte Geld zu verfügen und es den Hypothekengläubigern, die ihr Absonderungsrecht daran geltend machen, zu entziehen (RG 74, 109). — Aus der Bestimmung, daß vor der Beschlagnahme die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam ist, folgt nur, daß der Eigentümer bis zur Beschlagnahme über die Mietzinsforderungen trotz ihrer Haftung für die Hypothek zu verfügen darf wie andere Schuldner über ihr pfandfreies Vermögen. So wenig aber andere Schuldner über ihr Vermögen zum Zwecke der Benachteiligung ihrer Gläubiger verfügen dürfen, ebensowenig darf das der Hypothekenschuldner über die Mietzinsforderungen. Liegen bei der Verfügung des Eigentümers die Voraussetzungen der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz vor, so hat der Hypothekengläubiger nach § 7 AnfG gegen den durch die Verfügung Erwerbenden (z. B. den Zessionar) einen Anspruch auf Rückgewähr. Da das erloschene Pfandrecht nicht wiederhergestellt werden kann, ist dieser Anspruch darauf zu richten, daß der Hypothekengläubiger aus dem ihm in ansechtbarer Weise entzogenen ehemaligen Pfandgegenständen seine Befriedigung suchen dürfe (RG Gruch 57, 1005; Warn 1917 Nr 70; JW 1919, 572⁷; DLG 26 S. 128, 145). Dieses Anspruchs geht der Hypothekengläubiger nicht dadurch verlustig, daß in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks sein dingliches Recht durch den Zuschlag erlischt, ohne daß er aus dem Versteigerungserlöse Befriedigung erlangt (RG Warn 1917 Nr 70). Wie die Voraussetzungen einer Anfechtung nach § 3 Abs 1 Nr 2 AnfG zu den Voraussetzungen der §§ 1123 Abs 2, 1124 Abs 2 BGB sich verhalten, ist näher erörtert in RG 143, 232. Die Bestellung eines Nießbrauchs am Grundstück ist keine Verfügung im Sinne des § 1124 (A 5). Sie kann auch von persönlichen Gläubigern des Eigentümers nicht angefochten werden, wenn nach Deckung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und der laufenden Hypothekenzinsen kein Überschuß aus den Einnahmen, insbesondere den Mietzinsen, verbleibt (RG Gruch 44, 962; 51, 1110; Warn 1911 Nr 354; 1912 Nr 469; 1914 Nr 354; 1917 Nr 18). Eine Abtretung von Mietzinsforderungen, bei der der Abtretungsempfänger Verpflichtungen übernimmt, wie sie nach § 1047 zum gesetzlichen Inhalt des Nießbrauchs gehören, steht aber einer Nießbrauchsbestellung in Anfechtung der Anfechtung nicht gleich (RG 143, 234). Im übrigen ist die Anfechtung einer Nießbrauchsbestellung nach dem Anfechtungsgesetz näher behandelt in RG Warn 1914 Nr 162; JW 1918, 176; 1919, 572.

5. Der rechtsgeschäftlichen Übertragung an einen Dritten, wodurch die Haftung der Zinsforderung erlischt, steht gleich die Überweisung an Zahlungs Statt im Wege der Zwangsvollstreckung (§§ 835, 836 ZPO; A 3). Dasselbe gilt nach Abs 3 im Falle der Veräußerung des Grundstücks unter Vorbehalt der Zinsforderung für den Veräußernden. Streitig ist, ob die Bestellung eines Nießbrauchs am Grundstück hierunter fällt, ob also bereits durch die Bestellung des Nießbrauchs die Haftung der nunmehr dem Nießbraucher zustehenden Miet- oder Pachtzinsen erlischt. Dies ist zu verneinen. Die Bestellung des Nießbrauchs enthält keine rechtsgeschäftliche Übertragung der einzelnen Zinsforderungen. Diese entstehen vielmehr, wie sich aus den §§ 577, 571 Abs 1 ergibt, in der Zeit nach der Belastung des Grundstücks mit dem Nießbrauch neu in der Person des Nießbrauchers (RG 68, 13; 80, 316; 81, 149; 101, 9; Gruch 58, 1032). Auch ist die Nießbrauchsbestellung überhaupt keine Verfügung über die Zinsforderungen im Sinne des Abs 1 Satz 1, sondern nur eine Verfügung über das Grundstück selbst (RG 68, 10; 81, 149; 88, 101; Gruch 58, 1032; 59, 1062; Warn 1915 Nr 62; 1916 Nr 171; 1917 Nr 18; 1922 Nr 67; SeuffA 61 Nr 9; DLG 14, 130; a. M. DLG 4, 328). Deshalb erlangt der Nießbraucher dadurch nicht etwa

gemäß Abs 1 Satz 2 Halbs 2 ein Recht an den Zinsforderungen, das den (sei es auch früher bestellten) Hypotheken im Range vorgeht. Vielmehr bestimmt sich das Rangverhältnis zwischen dem Nießbrauch und den Hypotheken nach § 879, insbesondere dahin, daß das unter Angabe eines früheren Tages im Grundbuch eingetragene Recht den Vorrang hat (RG 81, 150; 88, 101; Gruch 58, 1032; 59, 1062; § 1123 A 1). Erst wenn der Nießbraucher die Zinsforderungen einzieht (A 4) oder in anderer Weise darüber verfügt, insbesondere sie an einen Dritten überträgt (Abs 1 Satz 2 Halbs 1), erlischt die Haftung dieser Forderungen für die Hypothek (RG 68, 13; 93, 124; 101, 9). Überläßt der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs nach § 1059 einem andern, so liegt auch darin keine Verfügung. Denn der andere erlangt keine dingliche, sondern nur eine schuldrechtliche Rechtsstellung zum Nießbraucher. Die dem Nießbrauch unterliegenden Mietzinsforderungen gehen nicht in sein Vermögen über. Er ist nur berechtigt, die Mietzinsforderungen für eigene Rechnung, aber nicht in eigenem Namen einzuziehen (RG 101, 6). Die Hypothekengläubiger sind also auf Grund eines dinglichen Vollstreckungsmittels zu der (eine Beschlagnahme enthaltenden: A 2) Pfändung der Mietzinsen für das zur Zeit der Pfändung laufende und gegebenenfalls (§ 1124 Abs 2 Halbs 2) folgende Kalendervierteljahr mit Wirkung gegenüber dem Nießbrauch und der Übertragung seiner Ausübung berechtigt, solange nicht der Nießbraucher oder der Ausübungsberechtigte diese Mietzinsen eingezogen oder sonst über sie verfügt hat (RG 101, 9). Andererseits tritt der Nießbraucher nach den §§ 1030, 99 Abs 3 mit der Bestellung des Nießbrauchs in die, wenn auch noch betagten, Mietzinsforderungen kraft eigenen Rechts dargestellt als Berechtigter ein, daß sie als aus dem Vermögen des Eigentümers ausgeschieden zu gelten haben (RG 80, 316; 81, 149; 86, 138; 93, 123). Deshalb ist eine (rechtsgeschäftliche) Übertragung der, wenn auch betagten, Mietzinsforderungen durch den Eigentümer an den Nießbraucher nichtig, weil dieser seine eigenen Forderungen nicht nochmals erwerben kann (RG 80, 316; 86, 138; Warn 1922 Nr 67). Hat jedoch die Abtretung bereits vor der Nießbrauchbestellung stattgefunden, so bleibt sie als Verfügung im Sinne des § 1124 in Geltung (RG Warn 1922 Nr 67). Hat der Nießbraucher gegen den Grundstückseigentümer eine vollstreckbare Forderung, so kann er Mietzinsen, obwohl sie ihm ohnehin zustehen, doch noch für sich pfänden lassen. Denn er schützt sich dadurch noch besonders gegenüber anderen Gläubigern des Grundstückseigentümers (RG 86, 135; Warn 1916 Nr 170). Dies ist namentlich dann von Bedeutung, wenn ein (anderer) Hypothekengläubiger die Beschlagnahme ausbringt. Er folgt die Beschlagnahme durch Pfändung der Mietzinsen (A 2), so ist nur erforderlich, daß die Pfändung gegen den Grundstückseigentümer auf Grund eines gegen ihn gerichteten dinglichen Schuldtitels bewirkt wird. Denn dadurch wird in gesetzmäßiger Weise der Wille des Hypothekengläubigers gegenüber dem Hypothekenschuldner zum Ausdruck gebracht, die Mietzinsen endgültig zur Dedung der Hypothekenforderung in Anspruch zu nehmen und dem Hypothekenschuldner die Verfügung darüber zu entziehen (RG 81, 147; 88, 101; Warn 1916 Nr 170; 1922 Nr 67). Zur Beschlagnahme ist nicht erforderlich, daß der Hypothekengläubiger auch einen Schuldtitel auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den Nießbraucher erlangt hat und daß die Pfändung auch gegen den Nießbraucher bewirkt wird. Denn die Beschlagnahme kann begrifflich nur gegen den Hypothekenschuldner ausgebracht werden; der Nießbraucher am Grundstück ist aber nicht Hypothekenschuldner (RG Gruch 58, 1033; 59, 1063; 60, 863; a. M. RG 93, 124; Warn 1922 Nr 67; dahingestellt gelassen in RG 101, 10, weil dort ein Duldungstitel gegen den Nießbraucher vortrag und angenommen wurde, daß die Zwangsvollstreckung auch gegen den Nießbraucher dadurch bewirkt sei, daß ihm der ergangene Pfändungsbeschluß ebenso wie dem Eigentümer und den Mietern zugestellt worden sei). Auch zur Pfändung ist an sich nicht erforderlich, daß sie außer gegen den Grundstückseigentümer auch gegen den Nießbraucher an dem Grundstück vorgenommen wird. Die Bestimmung in § 737 ZPO, wonach die Zwangsvollstreckung in die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände ohne Rücksicht auf den Nießbrauch zulässig ist, wenn der Besteller zur Leistung und der Nießbraucher zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist, bezieht sich nur auf den Nießbrauch an einem Vermögen und beruht auf der Vorschrift des § 1086 BGB, wonach wegen Forderungen, die gegen den Besteller des Nießbrauchs an einem Vermögen vor der Bestellung entstanden sind, die Gläubiger ohne Rücksicht auf den Nießbrauch Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen verlangen können (RG 81, 151; Gruch 58, 1033; 59, 1063; 60, 862; a. M. RG 93, 124). Übrigens könnte der Hypothekengläubiger einen Duldungstitel gegen den Nießbraucher an dem Grundstück nur erlangen, wenn er dem Nießbraucher im Range vorgeht und die Mietzinsen noch nicht nach § 1123 Abs 2 oder § 1124 von der Haftung für seine Hypothek frei geworden wären, insbesondere der Nießbraucher noch nicht darüber verfügt hätte. Nun kann allerdings der Nießbraucher die Unzulässigkeit der gegen den Eigentümer gerichteten Pfändung der Mietzinsen mit der Widerspruchsklage aus § 771 ZPO geltend machen, weil ihm die Mietzinsen zustehen. Hat aber der auf Grund eines dinglichen Vollstreckungsmittels pfändende Hypothekengläubiger mit seiner Hypothek den Vorrang vor dem Nießbrauch, so kann er die Widerspruchsklage durch Berufung auf sein besseres Recht zurückschlagen (RG 81, 150; 86, 138; 88, 101; Gruch 58, 1031; Warn 1915 Nr 62, 256; 1916 Nr 171; ZW 1921, 239¹¹; OLG 26, 142). Sind jedoch die Mietzinsen auch vom Nießbraucher (z. B. auf Grund eines dinglichen Schuldtitels aus einer für ihn eingetragenen, im Range nachstehenden Hypothek) und zwar schon früher

gepfändet, so geht der Mißbraucher jenem Hypothekengläubiger vor. Denn die Pfändung enthält eine Verfügung (A 3), und durch diese vor der Beschlagnahme erfolgte Verfügung sind die gepfändeten Mietzinsen von der Haftung für die Hypothek frei geworden (RG Gruch 60, 860). Hat dagegen der Mißbraucher eine Pfändung nicht ausgebracht, so kann er sich nicht darauf berufen, daß auch ihm eine Hypothek zustehe und daß der Mißbrauch zur höheren Sicherheit der Hypothekenforderung diene. Das gilt selbst dann, wenn seine Hypothek der Hypothek des pfändenden Gläubigers im Range vorgeht. Denn der Mißbrauch ist rechtlich ein besonderes, selbständiges, seine Kraft Dritten gegenüber nur aus seiner Eintragung ziehendes Recht, das an dem Range der Hypothek, zu deren Sicherheit es bestellt ist, nicht teilnimmt. Da die Pfändung des anderen Hypothekengläubigers eine Verfügung enthält (A 3), unterliegen die gepfändeten Mietzinsen der Haftung für die Hypothek des Mißbrauchers mangels vorheriger Beschlagnahme für diesen nach § 1124 Abs 1 Satz 1 nicht mehr (RG 101, 9; Gruch 58, 1033; Warn 1915 Nr 62). Gleiches gilt, wenn der Mißbraucher zwar dieselben Mietzinsen auf Grund seiner vorgehenden Hypothek ebenfalls gepfändet hat, aber erst später; denn schon vorher war durch die frühere Pfändung über die Mietzinsen im Sinne des § 1124 verfügt worden (RG Warn 1915 Nr 117). Jedoch ist im ersten und im dritten Falle in Betracht zu ziehen, daß die Pfändung auf Grund eines dinglichen Schuldtitels gegen den Eigentümer zugleich eine Beschlagnahme enthält; ferner ist die Vorschrift des § 1124 Abs 2 zu beachten; schließlich ist zu berücksichtigen, daß bei einer Beschlagnahme durch mehrere Hypothekengläubiger grundsätzlich die des vorgehenden Hypothekengläubigers das Vortrecht gewährt. Danach stehen in beiden Fällen dem früher pfändenden, aber nachstehenden Hypothekengläubiger (im ersten Falle also dem Mißbraucher) nur die Mietzinsen für das Kalendervierteljahr, in dem die Beschlagnahme durch den vorgehenden Hypothekengläubiger erfolgt ist, und gegebenenfalls (Beschlagnahme im letzten halben Monat) noch für das folgende Kalendervierteljahr zu, während auf die weiteren Mietzinsen der zwar später pfändende, aber dadurch beschlagnehmende, im Range vorgehende Hypothekengläubiger (im dritten Falle also der Mißbraucher) Anspruch hat (RG Gruch 59, 1061; 60, 860). Die Unsechtheit der Mißbrauchsbestellung nach dem AnfsG ist bereits in A 4 a. E. behandelt. — Auch wenn die Übertragung an einen Hypothekengläubiger erfolgt, erlischt die Haftung für die anderen Hypothekengläubiger, gleichviel, ob diese jenem im Range nachstehen oder vorgehen. Das Gesetz macht in der Wirkung der Übertragung keinen Unterschied bezüglich der Person des Dritten (str.; DVG 18, 169; 26, 143; a. M. 18, 165). — Das für die Übertragung geleistete Entgelt haftet den Hypothekengläubigern nicht.

6. Ein Dritter erlangt ein Recht an der Zinsforderung durch eine Verfügung z. B. dann, wenn ihm vom Vermieter die Zinsforderung verpfändet wird oder wenn er gegen den Vermieter die Forderung für sich pfänden läßt (A 3). Ein solches Recht geht der Hypothek im Range vor, auch wenn diese bereits vor seiner Erlangung bestand. Jedoch haftet die Forderung mit der aus dem Recht sich ergebenden Beschränkung für die Hypothek weiter. Bringt der Hypothekengläubiger die Beschlagnahme aus, so kann er (falls nicht inzwischen die Zinsforderung eingezogen oder an einen Dritten übertragen ist: A 4, 5) den zur Befriedigung des Rechts nicht erforderlichen Teil der Forderung für sich in Anspruch nehmen (str.). Die Wirkung der Bestellung eines Mißbrauchs am Grundstück ist in A 4 a. E., A 5 besprochen.

7. Wurde von einem Hypothekengläubiger die Beschlagnahme ausgebracht (A 2), so waren nach der früheren Gesetzesfassung ihm gegenüber Vorausverfügungen über Zinsforderungen für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme „laufende und das folgende Kalendervierteljahr“ unwirksam. Wenn z. B. die Beschlagnahme am 1. Mai eines Jahres erfolgt war, hatte der Hypothekengläubiger Anspruch auf die Miet- oder Pachtzinsen für die Zeit vom 1. Oktober desselben Jahres ab, auch wenn sie vorher einem Dritten übertragen, verpfändet, überwiesen waren (A 3, 5; RG 64, 416). Durch Art 2 des Ges zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- oder Pachtzinsforderungen v. 8. 6. 1915 hat Abs 2 die jetzige Fassung erhalten. Danach ist die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam, soweit sie sich auf den Zins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende Kalendervierteljahr bezieht; erfolgt aber die Beschlagnahme innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs, so ist die Verfügung insoweit wirksam, als sie sich auf den Zins für das folgende Kalendervierteljahr bezieht. Die Bedeutung der Worte „innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs“ erörtert § 1123 A 3. Nimmehr ist also im Falle der Beschlagnahme am 1. Mai eine frühere Verfügung schon vom 1. Juli ab, im Falle der Beschlagnahme am 16. oder 30. Juni erst vom 1. Oktober desselben Jahres ab dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam. Das Gesetz ist am 20. 6. 1915 in Kraft getreten (Art 6). Eine Übergangsbestimmung gibt Art 4. Welche „Verfügungen“ für § 1124 in Betracht kommen, ist in A 1, 3 dargelegt. Unter „Verfügung ... bezieht sich“ ist zu verstehen eine Verfügung, die denjenigen Mietzins zum Gegenstand hat, der das Entgelt für die Gewährung des Mietgebrauchs während des betreffenden Kalendervierteljahrs darstellt (RG Gruch 59, 1063). Falls die Zinsforderung vorher eingezogen worden ist (A 1), kann der Hypothekengläubiger vom Mieter oder Pächter nochmals Zahlung des Zinses für diese Zeit verlangen. Vgl. jedoch A 2 über den Zeitpunkt, in dem die Beschlagnahme gegenüber dem Mieter oder Pächter wirksam wird. — Hat der Hypothekengläubiger

die Beschlagnahme im Wege der Pfändung (wegen seines dinglichen Anspruchs) ausgebracht, so kann er seinen Anspruch auf die Zinsbeträge ohne Überweisung mit der hypothekarischen Klage geltend machen. Auch ist im Falle der Beschlagnahme durch Zwangsverwaltung gemäß § 152 ZPO geltend machen. Auch ist im Falle der Beschlagnahme durch Zwangsverwaltung gemäß § 152 ZPO der Zwangsverwalter berechtigt, die Zinsbeträge zur Masse einzuziehen mit der Maßgabe, daß das dingliche Recht des Hypothekengläubigers die eingezogenen Beträge erregt (RG 44, 310; 80, 314; JW 1913, 55¹⁷; OLG 34, 208). Anderen Hypothekengläubigern, die keine Beschlagnahme für sich ausgebracht haben, steht ein Anspruch auf die Zinsbeträge nicht zu. Eine Vorausverfügung (z. B. Abtretung der Miet- oder Pachtzinsforderung für die Zeit, die über die freigelassene hinausgeht) zugunsten eines Hypothekengläubigers ist gegenüber einem andern Hypothekengläubiger, der die Beschlagnahme ausbringt, ebenfalls unwirksam, mag auch dieser Hypothekengläubiger jenem im Range nachstehen (str.; OLG 18, 169; a. M. 18, 168). Dies gilt auch dann, wenn beide Hypothekengläubiger die Zinsforderung gepfändet haben, der eine aber nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels wegen seiner persönlichen Forderung, der andere dagegen auf Grund eines dinglichen Titels. Denn nur diese Pfändung bewirkt die Beschlagnahme (A 2), während jene sich als (unwirksame) Vorausverfügung darstellt. Ist die Vorausverfügung überhaupt unwirksam (A 2; siehe oben), so ist sie dem Hypothekengläubiger gegenüber überhaupt unwirksam (A 2; vgl. dort a. E. aber auch über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Beschlagnahme gegenüber dem Mieter oder Pächter im Falle der Zwangsverwaltung). Dies gilt aber nicht, wenn zwei Hypothekengläubiger die Zinsforderung nacheinander auf Grund dinglicher Schuldtitel pfänden und die Hypothek des später pfändenden Gläubigers der des früher pfändenden im Range vorgeht. Bei einem solchen Wettstreit der ihr dingliches Recht durch Pfändung verwirklichenden Hypothekengläubiger ist für die Wirkung der Pfändung nach §§ 879 ff. das Rangverhältnis zwischen den Hypotheken maßgebend. Im Verhältnis der beiden Hypothekengläubiger zueinander ist also die Pfändung des vorgehenden Gläubigers, obwohl sie die spätere ist, als Beschlagnahme, die die Pfändung des nachstehenden Gläubigers, obwohl sie die frühere ist, als (unwirksame) Vorausverfügung anzusehen (str.; RG 103, 140; Warn 1915 Nr 117; OLG 26, 144; 39, 252). Soweit die vorher erfolgte Vorausverfügung nur den freigelassenen Zeitraum betrifft, kommt Abs 1 zur Anwendung. Daher geht z. B. im Falle der Vorauspfändung der Pfändungsgläubiger bezüglich eines solchen Zinsanteils dem Hypothekengläubiger im Range vor (OLG 39, 252; A 6). — Auch eine an sich unwirksame Vorausverfügung wird, weil die Unwirksamkeit nur gegenüber dem die Beschlagnahme ausbringenden Hypothekengläubiger besteht (RG 64, 420; OLG 8, 6), wirksam, wenn der Gläubiger sie nachträglich genehmigt oder anberweitigt befriedigt wird oder auf die Hypothek verzichtet oder wenn die Beschlagnahme wieder wegfällt (RG 64, 420). Daraus folgt: Derjenige, zu dessen Gunsten die Verfügung erfolgt ist, kann dem Hypothekengläubiger, der sich auf die Unwirksamkeit der Verfügung kraft seiner Beschlagnahme beruft, den Einwand entgegenzusetzen, daß die Beschlagnahme nicht rechtmäßig sei, z. B. dem Hypothekengläubiger ein zur Zwangsverfolgung geeigneter Titel nicht zur Seite stehe (RG Warn 1917 Nr 292). Gegen denjenigen, vollstreckt der Beschlagnahme die Miet- oder Pachtzinsforderung für die Zeit, die über die freigelassene hinausgeht, übertragen erhalten oder ein Recht daran (z. B. Pfandrecht, Pfändungspfandrecht) erlangt und dann die Forderung im voraus eingezogen hat, steht dem demnächst beschlagnehmenden Hypothekengläubiger überhaupt kein Anspruch zu, weder ein Anspruch auf Erstattung des eingezogenen Betrags noch auf Rückübertragung oder Beseitigung des an der Forderung erlangten Rechts. Denn bei einem solchen Sachverhalt liegt weder eine ungerechtfertigte Verletzung noch eine unerlaubte Handlung vor noch ist sonst ein rechtlicher Grund für einen Anspruch ersichtlich (str.). Parallelvorschriften zum § 1124 enthalten die §§ 573, 574 BGB, §§ 57, 57b ZPO, § 21 Abs 2, 3 RD: Unwirksamkeit von Vorausverfügungen gegenüber dem Grundstückserwerber, dem Grundstücksersther, der Konkursmasse des Vermieters oder Verpächters. Die Fristberechnung des § 1124 Abs 2 greift auch dann Platz, wenn die Zwangsverwaltung während eines früher eingeleiteten Konkursverfahrens angeordnet war und der Konkursverwalter das ursprünglich zur Konkursmasse gezogene Mietgrundstück erst nach der Beschlagnahme in der Zwangsverwaltung aus der Konkursmasse freigegeben hat (RG 138, 72). Sind Mietzinsen von einem Hypothekengläubiger auf Grund eines dinglichen Schuldtitels gepfändet, so daß eine Verfügung und zugleich eine Beschlagnahme vorliegt (A 3), und wird dann von einem nachstehenden Hypothekengläubiger die Zwangsverwaltung ausgebracht, so läßt diese Beschlagnahme die frühere, zugunsten des vorgehenden Hypothekengläubigers erfolgte Mietzinspfändung nicht dauernd unberührt. Vielmehr ergibt die Pfändung im Verhältnis zu der durch die Zwangsverwaltung erfolgten späteren Beschlagnahme als Verfügung über den Mietzins gemäß § 1124 Abs 2 in dem Sinne, daß vom Ablauf des zur Zeit der Anordnung der Zwangsverwaltung laufenden Kalendervierteljahrs ab die Mietzinsen nicht mehr auf Grund der Pfändung an den im Range vorgehenden Hypothekengläubiger, sondern nach den §§ 146, 148, 21 Abs 2 ZPO an den Zwangsverwalter zu zahlen sind (JW 1927, 861²⁰). — Wegen der in der *RotW* v. 8. 12. 1931 getroffenen Bestimmungen wird verwiesen auf § 1123 A 3 am Schluß. — Ob § 1124 Abs 2 auch zugunsten eines nicht hypothekarisch gesicherten, die Zwangsverwaltung betreibenden Gläubigers (entsprechende Anwendung finden kann, ist streitig. Diese Frage wird mit der jetzt herrschenden Ansicht (RG Warn

1933 Nr 99; JW 1932, 193²⁴; 1933, 926¹³; 1935, 3058²⁷; SMR 1934 Nr 1119; a. M. z. B. JW 1927, 2583²⁹) zu bejahen sein. Die lange Zeit lebhaft umstrittene Frage, ob die Vorzugsstellung, welche § 1124 Abs 2 dem beschlagnehmenden Hypothekengläubiger bei Verfügungen über Miet- oder Pachtzinsansprüche gewährt, auch den solche Ansprüche pfändenden Gläubigern öffentlicher Grundstückslasten zukomme, ist nunmehr gesetzlich geregelt durch das RGes v. 9. 3. 1934 (RGBl I, 181).

§ 1125

Soweit die Einziehung des Miet- oder Pachtzinses dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam ist, kann der Mieter oder der Pächter nicht eine ihm gegen den Vermieter oder den Verpächter zustehende Forderung gegen den Hypothekengläubiger aufrechnen¹⁾.

§ II 1033; § 3 561 f.

1. § 1125 bedeutet: Der Mieter oder Pächter kann gegen den Hypothekengläubiger, der die Miet- oder Pachtzinsforderungen beschlagnahmt hat (§ 1123 Abs 2, § 1124 Abs 2) und ihn nun wegen des noch nicht gezahlten Zinses in Anspruch nimmt, mit einer ihm gegen den Vermieter oder Verpächter zustehenden Forderung nicht aufrechnen bezüglich einer Zinsforderung für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende, gegebenenfalls (wenn die Beschlagnahme innerhalb des letzten halben Monats des Kalendervierteljahrs erfolgt ist) auch das folgende Kalendervierteljahr. Die Aufrechnung ist also insoweit unzulässig, als eine Vorausverfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber nach § 1124 Abs 2 unwirksam ist. Dies gilt auch im Falle einer früheren Vereinbarung zwischen Mieter und Vermieter dahin, daß der Mieter seine Forderung gegen den Vermieter mit der künftigen Schuld aus der laufenden Miete sollte aufrechnen dürfen (OLG 34, 208). Im Falle einer durch Vertrag zwischen Mieter und Vermieter sogleich vollzogenen Aufrechnung findet § 1124 Anwendung (dort Abs 3). Im übrigen kann der Mieter oder Pächter auch mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger (oder Zwangsverwalter: § 1124 Abs 7) aufrechnen (§ 404). An dieser Aufrechnung hindert ihn auch nicht ein im Mietvertrag formularmäßig zugunsten der Mietzinsforderung vereinbartes Aufrechnungsverbot, wenn der Vermieter in Konkurs gegangen ist und der Mieter ohne Aufrechnung mit seiner Gegenforderung auf die Konkursquote angewiesen wäre (JW 1933, 1148²⁸).

§ 1126

Ist mit dem Eigentum an dem Grundstück ein Recht auf wiederkehrende Leistungen verbunden¹⁾, so erstreckt sich die Hypothek auf die Ansprüche auf diese Leistungen²⁾. Die Vorschriften des § 1123 Abs 2 Satz 1, des § 1124 Abs 1, 3 und des § 1125 finden entsprechende Anwendung³⁾. Eine vor der Beschlagnahme erfolgte Verfügung über den Anspruch auf eine Leistung, die erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig wird⁴⁾, ist dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam.

§ I 1067 II 1034; M 3 652, 659, 663 f.

1. Mit dem Eigentum an dem Grundstück verbundene Rechte sind z. B. Grunddienstbarkeiten, subjektiv-dingliche Vorkaufrechte und Reallasten (§§ 1018, 1094 Abs 2, 1105 Abs 2), ferner die Rente für einen Überbau oder einen Notweg (§§ 912—917), schließlich landesrechtliche Berechtigkeiten, die an ein Grundstück geknüpft sind (§ 96 Abs 1). Solche Rechte gelten nach § 96 als Bestandteile des herrschenden Grundstücks und haften daher für die dieses Grundstück belastende Hypothek, gleichviel, ob sie vor oder nach der Hypothekbestellung begründet worden sind (RG 83 S. 54, 200; § 96 Abs 2). Soweit sie von dem herrschenden Grundstück nicht getrennt werden können (§§ 1103 Abs 1, 1110), findet § 1120 auf sie keine Anwendung. Ihre Beschlagnahme erfolgt durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung des Grundstücks selbst. Von den erwähnten Rechten kommen als Rechte auf wiederkehrende Leistungen, die von § 1126 betroffen werden können, hauptsächlich Reallasten und Renten für einen Überbau und für einen Notweg in Betracht (vgl. auch §§ 1021, 1022).

2. Die Ansprüche auf die einzelnen Leistungen haften der Hypothek grundsätzlich ebenso wie Miet- oder Pachtzinsforderungen (vgl. § 99 Abs 2, 3). Ausnahmen sind behandelt in Abs 3, 4. Die Beschlagnahme der Ansprüche erfolgt hier ebenfalls (§ 1123 Abs 2) nicht durch Zwangsversteigerung, sondern durch Zwangsverwaltung des Grundstücks (§§ 21 Abs 2, 148 ZWO) oder durch Pfändung (wegen des dinglichen Anspruchs des Hypothekengläubigers).

3. Nur § 1123 Abs 2 Satz 1, § 1124 Abs 1, 3 und § 1125 (Erlöschen der Haftung mit dem Ablauf eines Jahres nach Eintritt der Fälligkeit, Wirksamkeit von Verfügungen, Zulässigkeit der Aufrechnung) finden entsprechende Anwendung, nicht § 1123 Abs 2 Satz 2 und § 1124 Abs 2.

Letztere Vorschrift ist durch Satz 3 ersetzt (A 4). Aus dem Ausschluß der Anwendung des § 1123 Abs 2 Satz 2 folgt, daß Ansprüche, die nicht innerhalb eines Jahres nach der Fälligkeit beschlagnahmt werden, auch dann mit dem Ablauf eines Jahres von der Haftung frei werden, wenn die wiederkehrenden Leistungen im voraus zu entrichten sind (über den Grund der Abweichung vgl. Prot 3, 562).

4. Die Abweichung von § 1124 Abs 2 (A 3) besteht darin, daß die Worte „(Miet- oder Pachtzins) für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr“ (§ 1124 A 7) ersetzt sind durch „(Anspruch auf eine Leistung), die erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig wird“. Eine Verfügung (§ 1124 A 1, 3) über den Anspruch auf jede andere Leistung ist vor der Beschlagnahme dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam.

§ 1127

Sind Gegenstände, die der Hypothek unterliegen¹⁾, für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer des Grundstücks²⁾ unter Versicherung gebracht³⁾, so erstreckt sich die Hypothek auf die Forderung gegen den Versicherer⁴⁾.

Die Haftung der Forderung gegen den Versicherer erlischt, wenn der versicherte Gegenstand wiederhergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist⁵⁾.

© I 1067, 1070 II 1085; W 3 651, 659f., 664f.; B 3 555f., 562f.; 6 243f.

1. Vorweg ist zu bemerken, daß die §§ 1127 ff. eine auf die besonderen Bedürfnisse des Grundstücksverkehrs zugeschnittene Ausnahmeregelung bilden und deshalb einer entsprechenden Anwendung auf das Pfandrecht an beweglichen Sachen unzugänglich sind (RG HR 1934 Nr 1677). Unter Versicherung gebrachte Gegenstände, die der Hypothek unterliegen, können sein das Grundstück selbst oder seine Bestandteile, namentlich Gebäude, hängende oder stehende Erzeugnisse (z. B. auch ein Wald: Prot 3, 567), getrennte Bestandteile oder auch Zubehörstücke. Ob die Haftung der Gegenstände vor oder nach der Bestellung der Hypothek eingetreten ist, ist gleichgültig. Wenn jedoch die Haftung beweglicher Gegenstände zur Zeit des Eintritts des Schadens bereits gemäß den §§ 1120 ff. erloschen ist, so erstreckt sich die Hypothek nicht auf die Versicherungsforderung. Denn die Haftung der Versicherungsforderung soll nur die beim Eintritt des Schadens bestehende Haftung der ganz oder zum Teil untergehenden Gegenstände ersetzen. Deshalb unterliegt auch eine schon vor der Bestellung der Hypothek begründete Versicherungsforderung nicht der Haftung für diese Hypothek, da hierfür die untergegangenen Gegenstände niemals gehaftet haben (str.).

2. Für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer des Grundstücks sind die Haftungsgegenstände nicht nur dann versichert, wenn die Versicherungsverträge von dem Eigentümer oder dem Eigenbesitzer (§ 872) abgeschlossen sind, sondern auch dann, wenn ein Dritter für deren Rechnung (z. B. ein Miethbraucher gemäß § 1045, ein Mieter, Pächter) die Gegenstände versichert hat (Prot 6, 244), sei es auch in eigenem Namen (RG Warn 1913 Nr 228). Eine Versicherung für fremde Rechnung liegt vor, wenn derjenige, der den Versicherungsvertrag mit dem Versicherer in eigenem Namen abschließt (z. B. der Ehemann der Eigentümerin), durch diesen Vertrag das Interesse eines anderen versichert (RG Warn 1913 Nr 228). Sind Haftungsgegenstände (z. B. Gebäude nebst Hotelinventar und Hausstandsfachen), die beim Güterstand der Verwaltung und Nutzung zum eingebrachten Gut der Ehefrau gehören, von dem Ehemann gegen Feuergefähr versichert, so sind die Gegenstände mit Rücksicht auf die dem Ehemann nach den §§ 1359, 1374 obliegende Versicherungspflicht als für die Ehefrau versichert auch dann zu erachten, wenn der Ehemann die Versicherung in eigenem Namen genommen und die Gegenstände als sein Eigentum bezeichnet hat (RG 76, 136). Auch erwirbt selbst in diesem Falle die Ehefrau nach § 1381 den Anspruch auf die Versicherungssumme, es sei denn, daß der Ehemann den Anspruch nicht für die Ehefrau erwerben wollte (RG 76, 133). Hat der Anspruch als von der Ehefrau erworben zu gelten und handelt es sich um Gegenstände, bei denen die Geltendmachung der Haftung für die Hypothek nach den §§ 1129, 1124 Abs 1 eine Beschlagnahme voraussetzt (A 4), so bewirkt eine vor der Beschlagnahme erfolgte Verfügung (Abtretung, Pfändung) nur dann das Freiwerden des Anspruchs von der Haftung, wenn die Verfügung den Anspruch als einen solchen der Ehefrau (nicht des Ehemanns) zum Gegenstande hat (RG 76, 135). Nach den §§ 74, 75 VerVBG (A 3) stehen auch bei der Versicherung für fremde Rechnung im eigenen Namen die Rechte aus dem Versicherungsvertrag (nicht dem Versicherungsnehmer, sondern) dem Versicherten zu. Der Haftung der Forderung gegen den Versicherer für die Hypothek steht danach nicht etwa der Umstand entgegen, daß die Forderung einem anderen als dem (versicherten) Eigentümer oder Eigenbesitzer gehört (RG Warn 1913 Nr 228).

3. Unter Versicherung gebracht sind die Haftungsgegenstände, gleichviel, gegen welche Gefahr sie versichert sind, ob gegen Feuergefähr oder gegen die Gefahren von Explosionen, Hagelschaden, Viehsterben, Bruchschaden (z. B. bei Glas- und Spiegelscheiben: W 3, 667), kalten

Blickschlag. Für den Bereich der §§ 1127—1130 (vgl. ferner §§ 1045, 1046, 1358, 1654) kommen aus dem VerfWG namentlich in Betracht die §§ 49—68 über den Inhalt des Vertrags und die §§ 74—80 über die Versicherung für fremde Rechnung (A 2); § 192 enthält Vorbehalte für Versicherungen bei landesrechtlichen öffentlichen Anstalten. — Eine Verpflichtung des Eigentümers zur Versicherung besteht nach dem BGB dem Hypothekengläubiger gegenüber nicht. Sie kann aber durch Vertrag übernommen werden. Auch kann ein Unterlassen der Versicherung, namentlich von Gebäuden gegen Feuergefahr, unter Umständen ein Vorgehen des Gläubigers nach § 1134 rechtfertigen (RG 37, 356; 52, 296).

4. Auf die Forderung gegen den Versicherer erstreckt sich die Hypothek, nicht auf die Versicherungsgelder. Besteht trotz des Abschlusses eines Versicherungsvertrags und des Eintritts eines Schadens keine Forderung für den Versicherten, ist z. B. der Vertrag rechtsunwirksam, so hat der Hypothekengläubiger ebenfalls keinen Anspruch. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Versicherte wegen eigenen Verschuldens die Entschädigung nicht fordern kann (RG 72, 214). Jedoch enthalten in dieser Hinsicht für den Fall der Gebäudeversicherung die §§ 100—105 VerfWG (A 3) Ausnahmegvorschriften zugunsten des Hypothekengläubigers (die nach § 106 auch für Realkast-, Grundschuld- und Rentenschuldgläubiger gelten). Namentlich kann die aus einer Überversicherung oder aus einer Doppelversicherung sich ergebende Nichtigkeit des Vertrags (§§ 51 Abs 2, 59 Abs 3) einem Hypothekengläubiger, der seine Hypothek dem Versicherer angemeldet hat, (mit gewisser zeitlicher Einschränkung) nicht entgegengehalten werden. Ist ferner der Versicherer wegen des Verhaltens des Versicherungsnehmers (bei der Versicherung für fremde Rechnung auch des Verhaltens des Versicherten: RG 157, 318) von der Verpflichtung zur Leistung frei (§ 61), so bleibt gleichwohl seine Verpflichtung gegenüber einem Hypothekengläubiger bestehen, auch wenn dieser die Hypothek nicht angemeldet hat (§§ 100 Abs 3, 101 Abs 1 Satz 1). Hier tritt also an die Stelle der pfandweisen Haftung der (untergegangenen) Forderung des Versicherungsnehmers ein selbständiger, unmittelbarer Anspruch der Hypothekengläubiger auf die Versicherungssumme (RG 102, 352; 124, 93). Wird das (gegen Feuergefahr) versicherte Gebäudestück veräußert, ohne daß der Erwerber in das Versicherungsverhältnis eintritt, so erlischt das Versicherungsinteresse des Verkäufers und damit auch die Haftung seiner Versicherungsansprüche für die Hypotheken regelmäßig erst mit der Eigentumsübertragung, nicht schon mit der Übergabe des Grundstücks an den Erwerber. Ein Brand zwischen Übergabe und Auflassung berechtigt also in der Regel den Versicherer nicht, sich auf das Erlöschen des mit dem Verkäufer geschlossenen Versicherungsvertrags zu berufen. Anders könnte die Rechtslage allerdings zu beurteilen sein, wenn der Kaufpreis schon vor der Auflassung voll bezahlt oder der Käufer unbedingt zahlungsfähig ist, der Verkäufer den Hypothekengläubigern nicht als persönlicher Schuldner haftet und der Käufer bereits anderweitig eine auskömmliche neue Versicherung genommen hat (RG Warn 1933 Nr 178). Die Reihenfolge, in der mehrere Hypothekengläubiger sich an die Versicherungssumme halten dürfen, richtet sich nach der Rangordnung ihrer Hypotheken untereinander (RG 102, 353). Der Anspruch bleibt auch dann für den Hypothekengläubiger bestehen, wenn die Hypothek bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks ausgefallen und gelöscht ist (RG 102, 354; 124, 94). Zugleich ist im § 102 bestimmt, daß die Hypothek auf den Versicherer übergeht, soweit er auf Grund der §§ 100, 101 den Gläubiger befriedigt; wie dieser Übergang und der Rang des übergegangenen Rechts im Verhältnis zu anderen eingetragenen oder vorgemerkten Rechten nachzuweisen ist, wird in JW 1935, 1505²³ näher dargelegt. Ist die Hypothek bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks ausgefallen und gelöscht, so ist der Übergang allerdings gegenstandslos (RG 102, 354; 124, 94). Wenn in anderen Fällen der Versicherer die Entschädigungssumme an den Hypothekengläubiger zahlt, so wird die Hypothek gemäß § 1163 Abs 1 Satz 2 BGB zur Eigentümergrundschuld. Die Zahlung bewirkt nicht etwa eine Befriedigung „aus“ dem Grundstück oder den für die Hypothek haftenden Gegenständen im Sinne des § 1181 Abs 1, 2 und damit ein Erlöschen der Hypothek (RG 56, 323), es sei denn, daß der Hypothekengläubiger die Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung betreibt. „Forderung gegen den Versicherer“ ist gleichbedeutend mit Forderung aus dem Rechtsgrunde der Versicherung. Eine solche Forderung ist, wenn die Versicherungsgelder unter Verzicht auf die Rücknahme hinterlegt werden, auch die Forderung gegen den Staat. Denn der Rechtsgrund ist derselbe. Daher erstreckt sich die Hypothek auch auf diese Forderung, die an die Stelle der ursprünglichen Forderung gegen den Versicherer tritt (RG 74, 108). — Die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Haftung seitens des Gläubigers und für die Zulässigkeit von Verfügungen über die Versicherungsforderung seitens des Versicherten vor der Geltendmachung sind in den §§ 1128, 1129 verschieden geregelt, je nachdem es sich um versicherte Gebäude oder um andere versicherte Gegenstände handelt. Im ersten Falle ist dem Hypothekengläubiger ohne weiteres ein Anspruch auf die Versicherungsforderung gegeben; Verfügungen darüber zu seinem Nachteil sind grundsätzlich ausgeschlossen. Im letzten Falle ist (nach §§ 1129, 1124 Abs 1) eine Beschlagnahme Voraussetzung für die Geltendmachung; bis dahin sind Verfügungen zulässig (RG 64, 28; 76, 135; 78, 24; DLG 30, 107). Jedoch kann auch in diesem Falle durch den Versicherungsvertrag ebenso wie nach den eine Gebäudeversicherung betreffenden §§ 100, 101 VerfWG unter Umstän-

den ein unmittelbarer Rechtsanspruch (§§ 328ff.) gegen den Versicherer für die Hypothekengläubiger begründet sein (**RG** 8, 169; 25, 218). Wegen der Verfügung über die Versicherungsforderung, wenn der Ehemann eingebrachtes Gut der Ehefrau versichert hat: **U** 2. Der Umfang der Haftung der Versicherungsforderung für die Hypothek bestimmt sich nach dem Betrag der Hypothek, für den der Grundstückseigentümer dem Hypothekengläubiger am Tage des Versicherungsfalles haftet. Denn nach diesem Zeitpunkt kommt die Haftung des versicherten Gegenstandes (z. B. des abgebrannten Gebäudes) nicht mehr in Frage. Ist aber der Gläubiger ein Grundschuldgläubiger, der vom Eigentümer eine Eigentümergrundschuld vor Eintritt des Versicherungsfalles abgetreten erhalten hat, so haftet die Versicherungsforderung dem Grundschuldgläubiger in voller Höhe der Grundschuld, auch wenn der Gläubiger das Abtretungsentgelt zum Teil erst nach dem Eintritt des Versicherungsfalles gezahlt hat. Denn der Gläubiger hätte die von einer Forderung nicht abhängige Grundschuld (§ 1191 **A** 1) bereits durch die Abtretung ohne Rücksicht auf die Zahlung des Abtretungsentgelts in voller Höhe erworben (**RG** 124, 93). — Der Schutz des § 1127 **Ab** 1 gebührt auch einem solchen Hypothekengläubiger, dessen Hypothek zur Zeit des Versicherungsfalles noch nicht eingetragen, aber bereits durch Vormerkung gesichert war; ihm gegenüber bleibt die Verpflichtung des Versicherers aus § 101 **VerfW** bestehen (**RG** 151, 389). — Landeseigentliche Einschränkungen der Haftung lassen zu **EG** Artt 110 (Wiederherstellung zerstörter Gebäude), 120 **Ab** 2 **Pr** 3 (Unschädlichkeitszeugnis). Die §§ 1127—1130 finden gemäß Art 192 **EG** von der Anlegung des Grundbuchs ab auch auf ältere Hypotheken Anwendung. Nach Artt 52—54, 67, 109 **EG** erstreckt sich die Hypothek gemäß den entsprechenden Vorschriften des § 1128 auch auf die Entschädigungsforderung, die nach Reichs- oder Landesgesetzen im Falle der Enteignung oder des Bergschadens dem Grundstückseigentümer zusteht, vorausgesetzt, daß der Hypothekengläubiger keine besondere Entschädigung erhält (**RG** 69, 247). Nach **RGZ** 27 **B** 51 und 46, 214 sind aber die Artt 52, 53, 67, 109 **EG** nicht auf die Entschädigungsforderung für die Grundabtretung nach den §§ 142, 144 **Pr. Allg. BergG** v. 24. 6. 1865 anwendbar, weil diese Grundabtretung nicht im öffentlichen Interesse erfolgt.

5. Der wiederhergestellte oder als Ersatz angeschaffte Gegenstand tritt an Stelle der Versicherungsforderung in die Haftung in gleicher Weise ein, wie der versicherte zerstörte oder beschädigte Gegenstand darin stand (**M** 3, 665; **RG** 133, 119). Zum **Erwischen** der Haftung der **Versicherungsforderung** ist aber nicht erforderlich, daß der versicherte Gegenstand vollständig wiederhergestellt und voller Ersatz für die hypothekarische Sicherheit geschaffen ist. Auch bei nur teilweiser Wiederherstellung des früheren Zustandes erlischt die Haftung. Das gilt allerdings nur insoweit, als die Hypothekengläubiger durch den Wert des Wiederhergestellten die frühere Sicherheit wiedererlangt haben; der über diesen Wert hinausgehende Betrag der Versicherungsforderung verbleibt in der Haftung (str.; **RG** 78, 25; **Warn** 1909 **Nr** 144; **SeuffA** 74 **Nr** 175; **DZG** 26, 145). In der Zwangsversteigerung geht also die über den Wert der Wiederherstellungsarbeiten hinausgehende Versicherungsforderung nach den §§ 20 **Ab** 2, 55 **Ab** 1, 90 **Ab** 2 **ZVG** auf den Ersteher über (**RG** 78, 24; **Warn** 1909 **Nr** 144). Soweit dagegen die Haftung schon vor Einleitung der Zwangsversteigerung erloschen war, erwirbt der Ersteher die Versicherungsforderung nicht (**RG** 78, 24; **SeuffA** 74 **Nr** 175). Wird an Stelle des versicherten Gegenstandes ein neuer (z. B. ein Gebäude) hergestellt, so braucht dieser neue Gegenstand nicht vollständig fertiggestellt zu sein; es genügt, daß das schon hergestellte gleichwertigen Ersatz bietet (**RG** **Warn** 1909 **Nr** 144). Soweit durch die Wiederherstellungsarbeiten die Haftung der Versicherungsforderung erloschen ist, werden vorher erfolgte Verfügungen des Eigentümers darüber (z. B. Abtretungen), deren Wirksamkeit die bestehende Haftung entgegenstand (**A** 4), wirksam und bleiben es (**RG** 78, 24). Den Fall der Wiederherstellungspflicht des Eigentümers gegenüber dem Versicherer regelt § 1130. Den Hypothekengläubigern gegenüber besteht aber eine Wiederherstellungspflicht des Eigentümers in keinem Falle, z. B. auch dann nicht, wenn der Eigentümer ein abgebranntes Gebäude unter Verwendung der an ihn ausgezahlten Versicherungsgelder auf einem anderen ihm gehörenden Grundstück wieder errichtet hat. In einem solchen Falle kann zwar gegen den Versicherer ein Anspruch auf nochmalige Zahlung gegeben sein, wenn etwa die Auszahlung der Versicherungsgelder zu Unrecht erfolgt ist (§ 1128 **A** 5). Aber gegen den Eigentümer können die Hypothekengläubiger nur mit Maßnahmen nach den §§ 1133, 1134 unter den dort vorgesehenen Voraussetzungen, insbesondere bei Gefährdung ihrer Hypotheken, vorgehen (**DZG** 31, 345). Wird nach der Wiederherstellung der Gegenstand von neuem versichert, so erstreckt sich die Hypothek kraft Gesetzes auf die neue Forderung gegen den Versicherer (**RG** 102, 353). Ist im Falle der Gebäudeversicherung (§ 1128 **A** 1) die Forderung des Versicherungsnehmers wegen seines Verhaltens nach dem Abschluß des Versicherungsvertrags (**RG** 141, 87; 142, 68) untergegangen und an die Stelle ihrer pfandweisen Haftung nach § 101 **VerfW** ein selbständiger, unmittelbarer Anspruch der Hypothekengläubiger auf die Versicherungssumme getreten (**A** 4), so findet **Ab** 2 des § 1127 auch auf diesen Anspruch Anwendung, obwohl § 101 **VerfW** die Vorschrift nicht wiederholt. Wird also das Gebäude (z. B. von dem Ersteher des zwangsversteigerten Grundstücks) wiederaufgebaut, so erlischt der Anspruch ebenfalls, da die vor der Zerstörung des Gebäudes dem Hypothekengläubiger gewährte Sicherheit nun wiederhergestellt ist und der Hypotheken-

gläubiger ungerechtfertigt bereichert würde, wenn er sich auch noch aus der Versicherungssumme bezahlt machen könnte (RG 102, 352; 133, 124). Handelt es sich jedoch um eine Hypothek, die bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks schon, bevor das Gebäude wiederaufgebaut wurde, ausgefallen und gelöscht worden ist, so erlischt durch den Wiederaufbau der Anspruch für eine solche Hypothek nicht. Denn der Gläubiger einer solchen Hypothek hatte bereits durch das Eintreten des Versicherungsfalles Rechte auf die in der Zwangsversteigerung nicht mit zum Verkauf gelangten Brandentschädigungsgelder erworben, und diese Rechte sind ihm durch die Löschung der Hypothek nicht verlorengegangen (RG 102, 354). Die Verjährung des Versicherungsanspruchs fällt nicht unter § 101 VerjZG (RG 142, 69). — In der Zwangsverwaltung hat der Verwalter an Stelle des Grundstückseigentümers dessen Rechte an der Versicherungsforderung geltend zu machen. Auch wenn die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen ist, darf der Zwangsverwalter sie in Empfang nehmen und sie zur Wiederherstellung oder, falls diese nicht mehr möglich ist, zur Befriedigung der Hypothekengläubiger verwenden. Übertragen kann er die Versicherungsforderung vor der Wiederherstellung nur an den Erwerber des Grundstücks oder an solche Gläubiger des Versicherungsnehmers, welche Arbeiten oder Lieferungen zur Wiederherstellung übernommen oder bewirkt haben. Eine Übertragung an andere Personen ist den Hypothekengläubigern gegenüber unwirksam. Im übrigen gilt auch hier § 1127 Abs 2 (RG HR 1936 Nr 594).

§ 1128

Ist ein Gebäude versichert¹⁾, so kann der Versicherer die Versicherungssumme mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger an den Versicherten erst zahlen²⁾, wenn er oder der Versicherte den Eintritt des Schadens dem Hypothekengläubiger angezeigt hat³⁾ und seit dem Empfange der Anzeige ein Monat verstrichen ist. Der Hypothekengläubiger kann bis zum Ablaufe der Frist dem Versicherer gegenüber der Zahlung widersprechen⁴⁾. Die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist; in diesem Falle wird der Monat von dem Zeitpunkt an berechnet, in welchem die Versicherungssumme fällig wird⁴⁾.

Im übrigen finden die für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften Anwendung⁵⁾; der Versicherer kann sich jedoch nicht darauf berufen, daß er eine aus dem Grundbuch ersichtliche Hypothek nicht gekannt habe³⁾.

§ I 1070 II 1036; W 3 660f.; P 3 563ff.

1. Eine Gebäudeversicherung liegt vor, wenn der versicherte Gegenstand nach allgemeiner Verlehrsauflassung ein Gebäude ist und der Versicherungsvertrag seine Versicherung als Gebäude zum Ausdruck bringt. Ist nach dem Vertrage eine Versicherung für einen beweglichen Gegenstand genommen (Mobiliarversicherung), so ist kein Gebäude versichert, auch wenn der versicherte Gegenstand in Wirklichkeit ein Gebäude ist. Umgekehrt gilt dies auch dann, wenn zwar ein Gebäudeversicherungsvertrag (Immobilienversicherung) geschlossen, der versicherte Gegenstand aber tatsächlich kein Gebäude ist. Sind aber die eingangs erwähnten beiden Voraussetzungen gegeben, so hat regelmäßig nicht nur das Ganze, sondern jeder einzelne Teil davon als versichertes Gebäude im Sinne des § 1128 zu gelten. Wenn dagegen ein einzelner Bestandteil ausschließlich unter Versicherung gebracht oder noch gegen eine andere Gefahr versichert ist (z. B. Glas- oder Spiegelscheiben gegen Bruchschaden, während die Versicherung des ganzen Gebäudes auf Feuerschaden, Explosion oder Blitzschlag sich bezieht; § 1127 A 3), so findet auf eine Entschädigungsforderung aus einer solchen Versicherung nicht § 1128 Anwendung, sondern § 1129 (§ 1127 A 4). Denn insoweit ist nicht ein „Gebäude“ versichert. Dasselbe ist anzunehmen, wenn einzelne Teile (z. B. Maschinen oder andere einem Gewerbe dienende Geräte) noch besonders zwar gegen dieselbe Gefahr, aber nicht als Bestandteile oder Zubehörfüße des Gebäudes durch Gebäudeversicherungsvertrag, sondern als bewegliche Sachen versichert sind. Denn diese Teile sind dann als von der Gebäudeversicherung ausgenommen anzusehen (RG 69, 316; 74, 109). Maßgebend für die Anwendbarkeit des § 1128 oder aber des § 1129 ist also stets die Art der abgeschlossenen Versicherung (RG 157, 316). Ist in einem einheitlichen Versicherungsvertrag ein Gebäude mit Inhalt versichert, so ist durch Auslegung zu ermitteln, ob der Gebäudeinhalt (z. B. Maschinen als Gebäudezubehör) in die Gebäudeversicherung einbezogen oder als bewegliche Habe versichert werden sollte (RG 157, 317). Ferner folgt aus § 1127, daß für § 1128 nur solche Gebäude in Betracht kommen, auf die sich die Hypothek erstreckt, also z. B. nicht Gebäude, die nach § 95 keine Bestandteile des Grundstücks sind. Die entsprechende Anwendung des § 1128 auf Entschädigungsforderungen wegen Enteignung und Vergschadens nach den Artt 52—54, 67, 109 GG ist bereits in § 1127 A 4 a. E. erörtert.

2. Der im Abs 2 gegebene Regelsatz über den Rechtsanspruch des Hypothekengläubigers auf die Entschädigungssumme (A 5) wird zur Erleichterung für den Versicherer durch die Vorschriften des Abs 1 dahin eingeschränkt (DVG 26, 147), daß unter bestimmten Voraussetzungen der Versicherer die Versicherungssumme mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger an den Versicherten zahlen kann. Liegen diese Voraussetzungen vor, so wird eine stillschweigende Zustimmung des Hypothekengläubigers zur Auszahlung an den Versicherten allein angenommen. Zahlt dann der Versicherer an den Versicherten, so ist er befreit; die Haftung der Versicherungsforderung für die Hypothek erlischt. Andere Verfügungen des Versicherten als die Empfangnahme der Zahlung oder sonstige Einziehung (§ 1124 A 1, 3) haben aber diese Wirkung nicht, selbst wenn jene Voraussetzungen gegeben sind (DVG 14, 111). Dies gilt insbesondere auch im Falle der Abtretung an einen Dritten oder der Pfändung der Versicherungsforderung für einen persönlichen Gläubiger. Erst durch die Zahlung an diese Rechtsnachfolger (beim Vorliegen der Voraussetzungen) erlischt die Haftung. Im Falle der Pfändung für einen persönlichen Gläubiger kann ein Hypothekengläubiger, dessen Hypothek vor der Pfändung bestellt ist, (trotz Vorliegens der Voraussetzungen) gemäß § 805 BPO einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung geltend machen, solange die Zahlung nicht erfolgt ist.

3. Die erste Voraussetzung für die Zulässigkeit der Zahlung an den Versicherten ist, daß der Versicherer oder der Versicherte den Eintritt des Schadens dem Hypothekengläubiger angezeigt hat. Nur wenn die Anzeige untunlich ist (z. B. weil der Aufenthaltsort des Hypothekengläubigers sich nicht ermitteln läßt), darf sie nach Abs 1 Satz 3 unterbleiben. Andererseits kann sich der Versicherer gemäß Abs 2 dem Hypothekengläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß er eine aus dem Grundbuch ersichtliche Hypothek nicht gekauft habe. Der Grundsatz der Öffentlichkeit des Grundbuchs gilt hier auch gegenüber dem Versicherer (Prot 3, 565). Hat er aber den aus dem Grundbuch ersichtlichen Gläubigern die Anzeige gemacht, so hat er gemäß § 891 seiner Pflicht genügt, auch wenn andere (z. B. infolge Abtretung von Briefhypotheken) die wirklich Berechtigten sind (DVG 26, 147). Eine erst nach Erstattung der Anzeige erfolgte Umschreibung einer Hypothek im Grundbuch kommt für ihn nicht in Betracht, es sei denn, daß sie ihm vor der Auszahlung der Versicherungssumme an den Versicherten bekannt geworden ist (§ 893; DVG 26, 148). Ist der Versicherte selbst eingetragener Gläubiger (z. B. einer Eigentümergrundschuld), so bedarf es (was z. B. für den Fall einer in das Grundbuch nicht eingetragenen Abtretung einer Eigentümerbriefgrundschuld in Betracht kommt: A 5) einer Anzeige an ihn nicht. Denn seine Kenntnis von dem Brandschaden ist vorauszusetzen; auch räumt das Gesetz ihm selbst das Recht an die Hypothekare ein (DVG 26, 149). Auf die Anzeige, die seiner Form bedarf, finden die §§ 130—132 Anwendung.

4. Die zweite Voraussetzung ist, daß ein Monat seit dem Empfange der Anzeige oder, wenn diese untunlich ist (Abs 1 Satz 3), seit Fälligkeit der Versicherungssumme verstrichen ist, ohne daß der Hypothekengläubiger dem Versicherer gegenüber Widerspruch gegen die Zahlung erhoben hat. Aber auch wenn die beiden Voraussetzungen vorliegen, also der Hypothekengläubiger nach Anzeige nicht innerhalb der Frist widersprochen hat, erlischt die Haftung der Versicherungsforderung noch nicht. Vielmehr muß die nunmehr zulässige Zahlung an den Versicherten hinzutreten (A 2). Bis dahin kann der Hypothekengläubiger zwar nicht mehr durch Widerspruch, aber noch durch Beschlagnahme wegen seiner Hypothek auf Grund eines vollstreckbaren Titels (§ 1121 A 3) die Auszahlung verhindern (DVG 14, 112). Der Widerspruch kann auch schon vor einer Anzeige dem Versicherer gegenüber wirksam erklärt werden; nach dem Zweck der Vorschriften des § 1128 Abs 1 Satz 1, 2 (A 2) ist ihnen nichts Gegenteiliges zu entnehmen (DVG 26, 147). Auch der Erwerber einer Hypothek, für den die Hypothek noch nicht im Grundbuch umgeschrieben ist (A 3), kann vor jeder Anzeige oder auch nach einer Anzeige an seinen eingetragenen Rechtsvorgänger dem Versicherer gegenüber Widerspruch erheben; er muß aber sein Gläubigerrecht dem Versicherer gehörig nachweisen (DVG 26, 148). Ist vor der Anzeige oder nach der Anzeige vor Ablauf eines Monats wirksam Widerspruch erhoben, so darf der Versicherer nicht an den Versicherten zahlen, widrigenfalls er auf Verlangen des Hypothekengläubigers noch einmal zahlen muß (A 5). Der Widerspruch bedarf ebensowenig wie die Anzeige einer Form (A 3). Er steht einer Beschlagnahme gleich und wirkt daher nur zugunsten des widersprechenden, nicht auch anderer Hypothekengläubiger (i. r.). Diese gelten bei Unterlassung eines eigenen Widerspruchs als mit der Zahlung an den Versicherten einverstanden, so daß die Zahlung ihnen gegenüber wirksam ist. Eine Ausnahmebestimmung über die Wirksamkeit der Zahlung an den Versicherten enthält § 1130.

5. Aus der Anwendung der für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften im übrigen folgt: Der Hypothekengläubiger kann vom Versicherer Zahlung der Entschädigungssumme verlangen, soweit die Einziehung zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Der Anspruch geht, wenn die Hypothek nicht fällig ist, auf Zahlung an ihn und den Versicherten gemeinschaftlich (§ 1281), wenn aber die Hypothek ganz oder zum Teil fällig ist, auf Zahlung an ihn allein (§§ 1282 Abs 1, 1228 Abs 2). Statt Zahlung an den Hypothekengläubiger und den Versicherten gemeinschaftlich (im Falle der Nichtfälligkeit) kann Hinterlegung für beide (§ 1281 Satz 2) und statt Zahlung an den Gläubiger allein (im Falle der Fälligkeit der Hypothek) Abtretung der Versicherungs-

forderung an Zahlungs Statt (§ 1282 Abs 1 Satz 2) verlangt werden. Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist der Hypothekengläubiger nicht befugt (§ 1282 Abs 2). Auch die erwähnten Ansprüche sind ihm aber versagt, wenn ihm gemäß § 1128 Abs 1 Anzeige von dem Schaden erstattet ist und er nicht rechtzeitig der Auszahlung an den Versicherten widersprochen hat (OLG 5, 320). Einer Beschlagnahme bedarf er zur Geltendmachung jener Rechte nicht (RG 122, 133; OLG 14, 110). Jedoch kann er seine Verfriedigung aus der Versicherungsforderung auch im Wege der Zwangsvollstreckung suchen, wenn er einen vollstreckbaren Titel hat (§§ 1282 Abs 2, 1277). War an den Hypothekengläubiger keine Anzeige erstattet oder hatte er nach Erstattung der Anzeige rechtzeitig Widerspruch erhoben und hat trotzdem der Versicherer an den Versicherten (oder an dessen Konkursverwalter) allein Zahlung geleistet, so muß der Versicherer auf Verlangen des Gläubigers noch einmal zahlen (RG 64, 29). Gegen den Versicherten (oder dessen Konkursmasse) aber hat der Gläubiger keinen Anspruch auf Herausgabe. Denn die Empfangnahme der Zahlung hat keine Rechtsbeziehung zwischen den beiden geschaffen. Der Versicherte ist auch nicht auf Kosten des Gläubigers, dessen Forderung gegen den Versicherer bestehengeblieben war, ohne Rechtsgrund bereichert (RG 64, 30). Hat ein Grundschuldgläubiger widersprochen, der durch schriftliche Abtretung einer Eigentümerbriefgrundschuld und Übergabe des Grundschuldbriefs Grundschuldgläubiger geworden ist, ohne daß eine Umschreibung im Grundbuch stattgefunden hat (§§ 1154, 1192), so hat der Versicherer, der an den Eigentümer zahlt, nach den §§ 407, 1275 an den Gläubiger nur dann noch einmal Zahlung zu leisten, wenn er bei der Zahlung die Abtretung kannte (RG 74, 118; OLG 26, 149). Unter Umständen kann aber schon der Widerspruch in Verbindung mit einer an sich nicht ungläubwürdigen Anzeige der Abtretung die Kenntnis in ausreichender Weise vermitteln (RG 74, 120). — Was die dem Versicherer gegen die Klage des Hypothekengläubigers aus Abs 2 zustehenden Einwendungen betrifft, so kann er mit Rücksicht auf § 101 VerwG nicht mit dem Einwand gehört werden, daß er dem Kläger nichts zu zahlen brauche, weil er gegenüber dem Versicherungsnehmer von der Leistung frei geworden sei (§ 1127 A 5; RG 122, 133). Auch kann er nicht einwenden, daß er zur Zahlung nur gegen Abtretung der Hypothek verpflichtet sei. Denn er würde mit der Abtretung zum Nachteil des Versicherungsnehmers gegen Zahlung der Entschädigung die Hypothek eintauschen, also seine Entschädigungspflicht nicht oder nicht voll erfüllen (RG 122, 134). Dagegen kann er dem Hypothekengläubiger den Einwand entgegensetzen, daß er den Versicherungsvertrag wegen arglistiger Täuschung durch den Versicherungsnehmer beim Vertragschluß mit Erfolg angefochten habe (RG 141, 82). Auch die Einrede der Verjährung des Versicherungsanspruchs greift nicht nur dem Versicherungsnehmer, sondern auch dem Hypothekengläubiger gegenüber durch (RG 142, 69). — Ist mehreren Hypothekengläubigern nicht angezeigt oder von mehreren rechtzeitig widersprochen worden, so kann nur derjenige von ihnen, der im Range der erste Hypothekengläubiger ist, die vorbezeichneten Rechte geltend machen (§ 1290).

§ 1129

Ist ein anderer Gegenstand als ein Gebäude versichert¹⁾, so bestimmt sich die Haftung der Forderung gegen den Versicherer nach den Vorschriften des § 1123 Abs 2 Satz 1 und des § 1124 Abs 1, 3²⁾.

§ 1 1070 II 1037; M 3 666f.; P 3 563ff., 567; 4 602.-

1. Die Haftung der Forderung aus einer Versicherung anderer Gegenstände als eines Gebäudes (z. B. Zubehörsstücke, Früchte, die als bewegliche Sachen selbständig versichert sind: § 1128 A 1) bestimmt sich nicht, wie bei Gebäuden, nach den Vorschriften über das Forderungspfandrecht (§ 1128), sondern nach dem in § 1129 aufgeführten Vorschriften über die Haftung der Miet- oder Pachtzinsforderungen. Denn über diese Gegenstände, an deren Stelle im Falle der Zerstörung die Versicherungsforderung in die Haftung eintritt, kann der Eigentümer frei verfügen, solange nicht der Hypothekengläubiger ihre Beschlagnahme ausgebracht hat (Prot 3, 565).

2. Nach den Vorschriften des § 1123 Abs 2 Satz 1 und des § 1124 Abs 1, 3 wird die Versicherungsforderung mit dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritt der Fälligkeit von der hypothekarischen Haftung frei, wenn nicht vorher die Beschlagnahme durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung oder durch Pfändung (§ 1121 A 3) zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt ist (§ 1123 Abs 2 Satz 1; dort A 2). Der Versicherte kann vor der Beschlagnahme die Forderung einziehen oder sonst mit Wirkung gegenüber dem Hypothekengläubiger darüber verfügen (RG 8, 169; 25, 218; 72, 214). Die Haftung erlischt, wenn vor der Beschlagnahme die Entschädigungssumme an den Versicherten (oder an seinen Konkursverwalter) gezahlt, die Versicherungsforderung auf einen Dritten übertragen, das Grundstück ohne die Forderung veräußert wird (§ 1124 Abs 1, 3; dort A 1—6; RG 64, 30; 76, 135). Im übrigen ist zu verweisen auf § 1127 A 4 und die Ausnahmebestimmung des § 1130. Die Frage, inwieweit die an den Erntekäufer abgetretene Feuerversicherungsforderung des Eigentümers für verbrannte, aber noch nicht vom Grundstück entfernte Erntevorräte dem Hypothekengläubiger weiter haftet, ist erörtert in LZ 1932, 553.

§ 1130

Ist der Versicherer nach den Versicherungsbestimmungen nur verpflichtet, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen¹⁾, so ist eine diesen Bestimmungen entsprechende Zahlung an den Versicherten²⁾ dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam³⁾.

§ 1 1070 II 1088; M 3 665f.; P 3 562f.

1. Versicherungsbestimmungen, wonach der Versicherer nur verpflichtet ist, die Entschädigungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen, können aus einer besonderen vertraglichen Regelung oder aus der Satzung der Versicherungsanstalt oder aus dem Gesetz sich ergeben. Vorbehalte für die Landesgesetzgebung in dieser Hinsicht enthalten Art 75 GG und § 193 Abs 1 VerfWG (§ 1127 A 3). Nach § 97 VerfWG kann der Versicherungsnehmer im Falle einer solchen Bestimmung bei der Gebäudeversicherung die Zahlung erst dann verlangen, wenn die bestimmungsmäßige Verwendung des Geldes gesichert ist. Nach § 193 Abs 2 VerfWG können die Landesgesetze bestimmen, in welcher Weise die Verwendung des Geldes zu sichern ist. Ihre Vorschriften sollen der Sicherung der Hypothekengläubiger dienen. Die landesgesetzliche Regelung betrifft nicht nur das Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer, sondern sie ergreift auch das Verhältnis zwischen Versicherer und Hypothekengläubiger. Demnach muß der Hypothekengläubiger, wenn nach den Vorschriften der Landesgesetzgebung verfahren worden ist (z. B. der Versicherer den Entschädigungsbetrag zur Sicherung der bestimmungsmäßigen Verwendung bei der gesetzlichen Hinterlegungsstelle hinterlegt hat und die Auszahlung des hinterlegten Betrags, dem Fortschreiten des Baues entsprechend, in angemessenen Teilbeträgen veranlaßt wird), dieses Verfahren auch als Erfüllung ihm gegenüber gelten lassen (RG 131, 149). Nach § 98 VerfWG kann die Forderung des Versicherungsnehmers vor der Wiederherstellung des Gebäudes nur an den Erwerber des Grundstücks oder an solche Gläubiger des Versicherungsnehmers übertragen werden, welche Arbeiten oder Lieferungen zur Wiederherstellung des Gebäudes übernommen oder bewirkt haben. Jedoch ist eine Übertragung an Gläubiger, die bare Vorschüsse zur Wiederherstellung gegeben haben, wirksam, wenn die Verwendung der Vorschüsse zur Wiederherstellung erfolgt. Diese Vorschriften stellen sich als Veräußerungsverbote zum Schutz bestimmter Personen im Sinne des § 135 BGB dar. Daher ist eine Verfügung (z. B. Abtretung), die ihnen zuwider getroffen wird, nicht nichtig, sondern nur jenen Personen gegenüber unwirksam. Anderen Personen (z. B. dem Versicherungsnehmer selbst) gegenüber ist sie dagegen wirksam und muß von ihnen gelten gelassen werden (RG 95, 208). Weitere Bestimmungen zum Schutz der Hypothekengläubiger enthält § 99 VerfWG. Ist bei einem Gebäude eine Bestimmung über die Wiederherstellung nicht getroffen und unterläßt der Eigentümer die Wiederherstellung, so kann der erststellige Hypothekengläubiger die Versicherungssumme für sich in Anspruch genommen hat, so können die anderen Hypothekengläubiger nach § 1134 vorgehen (§ 1134 A 7). Sie werden sich auch durch Pfändung der durch Befriedigung des erststelligten Hypothekengläubigers entstandenen Eigentümergrundschuld (§ 1127 A 4) zu sichern suchen müssen.

2. Eine den Versicherungsbestimmungen entsprechende Zahlung an den Versicherten, durch die der Versicherer befreit wird, ist im Falle der Verpflichtung des Versicherten, zuvor die Verwendung der Entschädigungssumme zum Wiederherstellungszwecke sicherzustellen (für die Gebäudeversicherung vgl. A 1), erst dann gegeben, wenn zur Zeit der Zahlung diese Verwendung gesichert ist (OLG 8, 139). Da aber schon die Sicherung der Verwendung hinreicht, ist auch genügend, daß die Versicherungssumme tatsächlich zur Wiederherstellung verwendet ist, mag auch durch die Verwendung der volle Erfolg der fertigen Wiederherstellung nicht erreicht worden sein. Eine Verwendung zur Wiederherstellung liegt auch dann vor, wenn die Versicherungssumme zur Tilgung von Bauschulden giebt hat (SeuffA 74 Nr 175). Bestimmen die Versicherungsbedingungen dagegen über eine solche vorherige Sicherstellung nichts, so wird der Versicherer durch die Zahlung an den Versicherten auch dann frei, wenn der Verwendungszweck nicht sichergestellt war und demnach die Gelder überhaupt nicht zur Wiederherstellung verwendet werden (OLG 5, 319; M 3, 665). Kann nach den Versicherungsbedingungen die Auszahlung der Entschädigungssumme an den Eigentümer schon vor der Wiederherstellung erfolgen, sofern sämtliche eingetragenen Gläubiger in die Auszahlung willigen, wird demgemäß die Auszahlung von den Gläubigern bewilligt und von dem Versicherer bewirkt, nimmt dann aber der Eigentümer die Wiederherstellung nicht vor, sondern verwendet das Geld anderweit, so steht dem Hypothekengläubiger, der bei der späteren Zwangsversteigerung des Grundstücks ausfällt, auf Grund des Vertrags, der sich aus der Einwilligung unter der Bedingung der auf die Auszahlung folgenden Wiederherstellung ergibt, ein Schadenersatzanspruch gegen den Eigentümer insoweit zu, als die Hypothek bei erfolgter Wiederherstellung Befriedigung aus dem Grundstück erlangt hätte (OLG 29, 362).

3. Aus der Wirksamkeit der bestimmungsgemäßen Zahlung gegenüber dem Hypothekengläubiger folgt, daß durch eine solche Zahlung der sog. Wiederherstellungsgelder an den Versicherten die Haftung der Versicherungsforderung für die Hypothek erlischt. Der Hypotheken-

gläubiger kann auch nicht durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder durch Pfändung die Zahlung an den Eigentümer verhindern. Denn der Versicherer braucht eben nur zur Wiederherstellung an den Herstellungspflichtigen zu zahlen, nicht an einen anderen zu dessen Befriedigung. Überhaupt ist eine Pfändung durch einen Hypothekengläubiger oder gar einen persönlichen Gläubiger unzulässig, weil ihr die Zweckbestimmung der Wiederherstellungsgelder entgegensteht (soweit nicht die Pfändung für solche Gläubiger erfolgt, an die ausnahmsweise die Übertragung zugelassen ist: A 1). Im Falle der Zwangsverwaltung ist der Verwalter befugt, an Stelle des Eigentümers die Versicherungsgelder in Empfang zu nehmen und zur Wiederherstellung zu verwenden. Daher kann der Versicherer an ihn wirksam zahlen. Der Hypothekengläubiger, der die Zwangsverwaltung ausgebracht hat, erlangt aber dadurch kein Sonderrecht auf Befriedigung aus der Versicherungsforderung (str.). Entspricht die Zahlung nicht den Versicherungsbestimmungen (A 1, 2), wird z. B. an einen Zessionar des Versicherten gezahlt, der die Gelder für sich behält, so braucht der Hypothekengläubiger sie nicht gegen sich gelten zu lassen, es sei denn, daß sie nach § 1128 (im Falle der Gebäudeversicherung) oder nach § 1129 (bei der Versicherung anderer Gegenstände) ihm gegenüber wirksam ist. Auch kann er selbst in diesem Falle die nochmalige Zahlung nicht zu seiner Befriedigung, sondern nur zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes verlangen (str.; SeuffA 74 Nr 175). Werden die zu Unrecht ausgezahlten Gelder tatsächlich zur Wiederherstellung (z. B. zur Bezahlung von Forderungen der Baugläubiger) verwendet, so erlischt die Haftung der Versicherungsforderung nach § 1127 Abs 2 in jedem Falle, mag auch der Bau nicht zur Vollendung gebracht worden sein (SeuffA 74 Nr 175).

§ 1131

Wird ein Grundstück nach § 890 Abs 2 einem anderen Grundstück im Grundbuche zugeschrieben¹⁾, so erstrecken sich die an diesem Grundstücke bestehenden Hypotheken auf das zugeschriebene Grundstück²⁾. Rechte, mit denen das zugeschriebene Grundstück belastet ist, gehen diesen Hypotheken im Range vor³⁾.

§ 1107 II 1039; R 3 651f., 654; B 3 549ff.; 6 252f.

1. Der Begriff der Zuschreibung eines Grundstücks zu einem anderen nach § 890 Abs 2 (im Gegensatz zur Vereinigung mehrerer Grundstücke gemäß § 890 Abs 1) und die Erfordernisse der Zuschreibung sind behandelt in § 890 A 2, 3, 4, 6.

2. Auf das zugeschriebene Grundstück erstrecken sich die an dem Hauptgrundstück bestehenden Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden (§§ 1192, 1199). Zugunsten dinglicher Rechte anderer Art erweitert sich der Belastungsgegenstand durch die Zuschreibung nicht (§ 890 A 6). Die Erstreckung der Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden tritt kraft Gesetzes ein. Sie ist nicht wegen des vom Eigentümer nach § 890 Abs 2 gestellten Zuschreibungsantrags als auf Rechtsgeschäft beruhend anzusehen (RG 68, 82). Daher haben mehrere hypothekarische Rechte, die sich erstrecken, an dem zugeschriebenen Grundstück nicht untereinander gleichen Rang, sondern denselben Rang, den sie an dem Hauptgrundstück haben (str.; DLG 26, 190). Hypotheken werden durch die Erstreckung nicht zu Gesamthypotheken (§ 890 A 6). Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden an dem zugeschriebenen Grundstück erstrecken sich ebensowenig wie sonstige dingliche Rechte daran auf das Hauptgrundstück (§ 890 A 6). Waren auf dem Hauptgrundstück Hypotheken gelöst, die nach den §§ 14, 15 AufwG der Aufwertung kraft Vorbehalts oder Rückwirkung unterlagen, so trat trotz der Lösung das zugeschriebene Grundstück in die Haftung für die Hypotheken in Höhe des Aufwertungsbetrags ein (JW 1926, 64²⁾). Da in der Wirkung die gesetzliche Hypothekenerstreckung nach § 1131 einer rechtsgeschäftlichen Belastung des zugeschriebenen Grundstücks gleichsteht, darf nach Eröffnung des Entschuldungsverfahrens ein unbelastetes Grundstück einem mit Hypotheken belasteten Grundstück nicht als Bestandteil zugeschrieben werden (JW 16, 218). Aus demselben Grunde ist der Zuschreibungsantrag eines Testamentvollstreckers als eine Verfügung im Sinne des § 2205 anzusehen (JW 17, 63).

3. Alle dinglichen Rechte am zugeschriebenen Grundstück, nicht bloß Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden, gehen den Hypotheken (Grundschulden oder Rentenschulden) des Hauptgrundstücks bezüglich der Belastung des zugeschriebenen Grundstücks im Range vor, Hypotheken auch solchen Hypotheken, die bereits vor der Zuschreibung auch auf dem Hauptgrundstück eingetragen standen (DLG 26, 190; 39, 221). Bleibt hiernach das zugeschriebene Grundstück mit Rechten besonders belastet, so behält es trotz der Zuschreibung seine Selbständigkeit insofern, als die Gläubiger es zu ihrer Befriedigung ohne das Hauptgrundstück zur Zwangsversteigerung bringen oder im Falle der Zwangsversteigerung des ganzen Grundstücks Eingelausgebote verlangen können. Wird das ganze Grundstück auf Grund eines Gesamtausgebots zugeschlagen, so ist unter entsprechender Anwendung des § 112 BwG der Erlös auf die beiden Grundstücke zu verteilen (RG 31 A 242).

§ 1132

Besteht ¹⁾ für die Forderung ²⁾ eine Hypothek ³⁾ an mehreren Grundstücken ⁴⁾ (Gesamthypothek), so haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung ⁵⁾. Der Gläubiger kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Teile suchen ⁶⁾.

Der Gläubiger ist berechtigt, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke in der Weise zu verteilen, daß jedes Grundstück nur für den zugeheilten Betrag haftet ⁷⁾. Auf die Verteilung finden die Vorschriften der §§ 875, 876, 878 entsprechende Anwendung ⁸⁾.

§ 1 1071, 1078 II 1040; M 3 668, 682ff.; P 3 568, 573f., 629.

1. Eine Gesamthypothek besteht nicht nur dann, wenn mehrere Grundstücke von vornherein mit einer Hypothek für dieselbe Forderung belastet worden sind (§ 48 Abs 1 Satz 1 GBD) oder wenn nachträglich an einem Grundstück Hypothek für eine Forderung bestellt ist, für die eine Hypothek bereits an einem anderen Grundstück bestand (§ 48 Abs 1 Satz 2 GBD), sondern auch dann, wenn das mit einer Hypothek belastete Grundstück in mehrere selbständige Grundstücke zerlegt und die Hypothek auf die Grundbuchblätter für die abgeschriebenen Teile übertragen worden ist (§ 48 Abs 1 Satz 2, § 46 Abs 2 GBD; RZM 8, 272; 11, 128; JZ 1927, 274^a). Streilig ist, ob im Falle des Übergangs des belasteten Grundstücks von einem Alleineigentümer auf mehrere Miteigentümer nach Bruchteilen eine Gesamthypothek entsteht. Diese Frage ist zu bejahen. Nach herrschender und richtiger Meinung entsteht eine Gesamthypothek, wenn Miteigentümer ihre Anteile besonders gleichzeitig oder nacheinander mit einer Hypothek für dieselbe Forderung belasten (RGZ 30 A 260; auch RG 52, 360; 81, 83). Ebenso entsteht auch bei einer Gewerkschaft alten Rechts, bei der das Bergwerk nicht Eigentum der Gewerkschaft als solcher, sondern Eigentum der Gewerker nach Bruchteilen ist (RGZ 52, 210), im Falle der getrennten Belastung der Anteile der Gewerker am Bergwerk (Stufe) mit einer Hypothek für dieselbe Forderung eine Gesamthypothek (RGZ 52, 211 mit dem Zusatz: Ist gegen die Gewerkschaft ein nach § 50 Abs 2 BPD zulässiges Urteil auf Zahlung einer Geldsumme erlassen, so kann eine Zwangshypothek in das Grundbuch über das Bergwerk, das zum Zweckvermögen der Gewerkschaft gehört, als Einzelhypothek eingetragen werden). Dieselben Grundstücke müssen aber auch bei der nachträglichen ideellen Teilung eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks gelten. Denn aus § 1114 folgt, daß Miteigentumsanteile hinsichtlich der hypothekarischen Belastung selbständigen Grundstücken gleichstehen (RGZ 52, 217). Im Falle der Verteilung des belasteten Eigentums in Miteigentumsanteile, die verschiedenen Personen gehören, oder im Falle der Abveräußerung eines Bruchteils des Grundstücks durch den bisherigen Alleineigentümer an einen anderen ist mithin die Hypothek ebenso wie im Falle der realen Teilung des Grundstücks kraft Gesetzes als an mehreren Grundstücken haftend anzusehen (RG 123, 75; 146, 365; JZ 11, 237; RGZ 30 A 258; vgl. auch RG 20, 270 und für den Fall, daß zwei Personen ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück je zur Hälfte käuflich erwerben und die Hypothek als Gesamtschuldner übernehmen, JZ 1, 482 in § 1173 A 2). War im Falle der Abveräußerung eines Bruchteils eine gelicherte, aber nach dem AufwG aufzuwertende und wiedereinzutragende Hypothek auf dem aberäußerten Bruchteil wegen der Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 20 AufwG, § 892 BGB) nicht wiedereintragbar, so haftet sie fortan zum vollen Betrage auf dem dem bisherigen Alleineigentümer verbliebenen Bruchteil allein (RG 123, 74). Eine Gesamthypothek entsteht auch dann, wenn mehrere Miteigentümer gemeinsam eine Hypothek am ganzen Grundstück bestellen (A 4). — Den Hypothekenbrief für eine Gesamtbrieftypothek regeln die §§ 59, 63 GBD. Wird eine solche Hypothek an mehreren Grundstücken bestellt, die im Eigentum verschiedener Personen stehen, so erwirbt der Gläubiger die Hypothek nur dann, wenn ihm der Brief von allen Eigentümern übergeben wird (§ 1117 A 2). Wenn mit einer Brieftypothek nachträglich noch ein anderes Grundstück belastet werden soll, ist nach § 48 Satz 2, § 41 Satz 1 GBD der Hypothekenbrief dem Grundbuchamt vorzulegen und mit ihm nach § 63 GBD zu verfahren. Zulässig ist auch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Brieftypothek, die mit der bereits bestehenden Hypothek eine Gesamthypothek bilden soll (z. B. wenn der Eintragung der neuen Hypothek ein Hindernis entgegensteht). Auf eine solche Vormerkung sind die §§ 41, 48, 63 GBD nicht anwendbar; insbesondere bedarf es nicht der Vorlegung des Briefs (RZM 12, 267). — Soll eine Gesamtbuchhypothek übertragen oder belastet (verpfändet, gepfändet) werden, so muß die Übertragung oder Belastung mit Rücksicht darauf, daß die Gesamthypothek ein einheitliches hypothekarisches Recht an mehreren Grundstücken ist, auf sämtliche belastete Grundstücke eingetragen werden (§§ 873, 1154 Abs 3, 1274; BPD § 230; SeuffA 86 Nr 166). Fehlt die Eintragung auch nur auf einem Grundstück, so ist die Verfügung überhaupt unwirksam (RG 63, 74; RZM 8, 136; 12, 254; RGZ 39 A 250). Da die einheitliche Eintragung unzulässig ist, tritt auch keine Heilung ein, wenn die Hypothek später auf dem Grund-

buchblatt, auf dem die Eintragung nicht erfolgt war, gelöscht wird (RZM 12, 254; 13, 138). Ist ein rechtsgeschäftlich bestelltes Pfandrecht an der Gesamthypothek auf dem einen Grundstück früher als eine Pfändung der Hypothek eingetragen, auf dem anderen Grundstück aber umgekehrt die Pfändung früher als die Pfandbestellung, so hat die Pfändung den Vorrang vor dem Pfandrecht, und zwar an der Hypothek auf beiden Grundstücken (RÖZ 39 A 248). Dieses Rangverhältnis ergibt sich aus dem Zusammenhalt der verschiedenen Eintragungen auf den beiden Grundstücken. Der Inhalt der Eintragungen ist aber nicht, wie in RÖZ 39 A 248 angenommen ist, wegen der Verschiedenheit der Zeitfolge unzulässig. Aus dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Hypothekenrechts darf auch nicht der Schluß gezogen werden, die Gesamthypothek könne wirksam nur durch einen einheitlichen, alle Grundstüdzigentümer gemeinsam als Drittschuldner ausführenden Beschluß gepfändet werden; vielmehr kann eine wirksame Pfändung auch in der Weise erfolgen, daß nacheinander mehrere Pfändungsbeschlüsse gegen den Gesamthypothekgläubiger ergehen, die erst im Zusammenhalt miteinander das Gesamtrecht an allen Grundstücken erfassen (RZM 1936, 887²²). Wohl aber folgt aus dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Hypothekenrechts, daß zu Änderungen des Inhalts einer Gesamthypothek, die der Zustimmung des Eigentümers bedürfen (§§ 873, 877), die Zustimmung der Eigentümer sämtlicher belasteten Grundstücke erforderlich ist. Die Wirkungen der vollständigen oder teilweisen Befriedigung des Gläubigers einer Gesamthypothek sind verschieden, je nachdem die Befriedigung erfolgt durch einen der mehreren Eigentümer (§§ 1143 Abs 2, 1173, 1176) oder durch den persönlichen Schuldner (§§ 1174, 1176) oder aus einem der mehreren Grundstücke (§§ 1181 Abs 2, 1182). Die Folgen des Verzichts und der Ausschließung des Gläubigers bei der Gesamthypothek ergeben sich aus den §§ 1175, 1176.

2. Die mehreren Grundstücke müssen für eine und dieselbe Forderung hypothekarisch belastet sein (RÖ 63, 74; 81, 79; RZM 2, 94; 3, 208; 8, 136; 11, 128; RÖZ 39 A 248). Dieser Fall liegt nicht vor, wenn von mehreren Gesamtschuldnern (§ 421) jeder an seinem Grundstück für die gegen ihn gerichtete Forderung dem Gläubiger eine Hypothek bestellt (RÖ HRN 1931 Nr 1653) oder wenn von dem Hauptschuldner Hypothek für die Hauptforderung und von dem Bürgen für die Bürgschaftsforderung Hypothek bestellt ist. Hier besteht also keine Gesamthypothek, sondern es bestehen selbständig nebeneinanderstehende Einzelhypotheken des Gläubigers. Wie der Gläubiger einer Gesamthypothek nach den §§ 1175 Abs 1 Satz 2, 1176 lediglich bezüglich eines Grundstücks auf einen Teil der Hypothek verzichten oder ihn gemäß den §§ 875, 1183 aufheben (RZM 4, 409) kann, so ist es auch zulässig, daß eines von zwei Grundstücken nur für einen Teil der an dem anderen Grundstück in vollem Umfang gesicherten Forderung mit der Hypothek belastet wird. Dann besteht für diesen Teil eine Gesamthypothek, im übrigen eine Einzelhypothek an dem anderen Grundstück (RÖZ 21 A 169; DÖZ 20, 414; 26, 164). Ebenso ist es zulässig, daß eine Grundstück hinsichtlich der Nebenleistungen, insbesondere der Zinsen, höher zu belasten als das andere Grundstück. Auch in diesem Falle ist die Hypothek bezüglich der höheren Nebenleistungen eine Einzelhypothek (RÖZ 21 A 168; RZM 11, 128). Unzulässig ist es aber, daß die Hypothekenforderung hinsichtlich der Zahlungs- und Kündigungsebedingungen für die einzelnen Grundstücke verschieden gestaltet wird. Denn die Fälligkeit gehört zum Inhalt der Forderung, und dieselbe Forderung kann nicht bald als fällig, bald als nicht fällig gelten (str.; RZM 11, 127; RZM 1923, 1038²). Allerdings kann, da der Gläubiger sich an jedes Grundstück nach seinem Belieben halten kann, zwischen ihm und dem Eigentümer für eines der Grundstücke eine andere Fälligkeit der Hypothek vereinbart werden. Eine solche Vereinbarung betrifft aber nicht die Forderung, sondern das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer als solchem (§ 1157). — Aus der Begriffsbestimmung, die § 1132 für die Gesamthypothek gibt, aus dem Wesen der Hypothek als Nebenrecht der Forderung, zu deren Sicherung sie dient (§ 1113 A 5), und aus der in § 1153 Abs 2 bestimmten Untrennbarkeit der Hypothek von der Forderung bei der Übertragung ist zu folgern, daß für dieselbe Forderung nicht mehrere Einzelhypotheken an verschiedenen Grundstücken bestellt werden können, sondern nur eine Gesamthypothek, und daß in allen Fällen, in denen eine Hypothek an mehreren Grundstücken für dieselbe Forderung besteht, eine Gesamthypothek vorliegt (RÖZ 35 A 314; 49, 223). Das gilt auch dann, wenn in den Eintragungsvermerken die ausdrückliche Bezeichnung als Gesamthypothek fehlt (Seuffl 86 Nr 166; HRN 1935 Nr 1406). Soll eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) für alle Forderungen des Gläubigers aus der Geschäftsverbindung mit dem Eigentümer an mehreren Grundstücken bestellt werden, so kann dies nur in der Weise geschehen, daß eine Gesamthypothek zu einem einheitlichen Höchstbetrag bestellt wird. Unzulässig wäre es, je eine selbständige Hypothek an den einzelnen Grundstücken zu je einem Teil des in Wirklichkeit gewollten (ganzen) Höchstbetrags zu bestellen. Denn die gesicherten Forderungen wären dem Grunde und dem Umfange nach bei jeder Hypothek dieselben. Die Hypotheken hätten also trotz ihrer Einzelntragung nach § 1132 rechtlich als Gesamthypothek zu gelten. Damit stände aber in Widerspruch, daß die Höchstbeträge bei den einzelnen Hypotheken sich nur als Teilbeträge darstellen (RÖZ 49, 222; RZM 1920, 447¹¹). Wie aber bei andern Hypotheken die gesicherte Forderung geteilt (§ 1151) und eine Hypothek in selbständige Einzelhypotheken für die einzelnen Forderungsteile zerlegt

oder je eine Einzelhypothek für einen Teil an verschiedenen Grundstücken oder an demselben Grundstück bestellt werden kann (§ 1113 A 5; *RG* 113, 233), so ist dies auch zulässig hinsichtlich des Kreises von Forderungen, der durch Höchstbetragshypothek gesichert ist oder gesichert werden soll. Es muß dann aber bei den Einzelhypotheken für die Teilbeträge klargestellt sein, um welche Teilbeträge es sich bei jeder von ihnen handelt. So kann z. B. eine neue Einzel-Höchstbetragshypothek an dem einen Grundstück für den Teil des Kreises der Forderungen bestellt werden, der sich bei der Feststellung des Schlußgutabens des Gläubigers als nicht durch eine schon bestehende Einzel-Höchstbetragshypothek an dem andern Grundstück gedeckt ergeben würde. Die neue Hypothek ist dann als eine bedingte Hypothek (§ 1113 A 2) anzusehen (*RGZ* 53, 215; *JW* 1920, 447¹¹; *JFG* 1, 492).

3. Eine Hypothek muß an den mehreren Grundstücken bestehen. Daraus folgt, daß das hypothekarische Recht an allen Grundstücken gleichartig sein muß. Andernfalls würden innerhalb der einheitlichen Gesamthypothek verschiedene Gesetzesvorschriften für die einzelnen belasteten Grundstücke Platz greifen können, z. B. beim Erwerb der Hypothek (§ 1117), bei der Abtretung (§ 1154 Abs 1, 3), bei der Rechtsvermutung für das Bestehen der persönlichen Forderung (§§ 1138, 1156, 1184, 1185 Abs 2). Unzulässig ist daher z. B.: die nicht einheitliche Veränderung des Gläubigerrechts auf den einzelnen haftenden Grundstücken (*DOG* 45, 21; Näheres unten); die Bestellung einer Gesamthypothek in der Weise, daß dieselbe Forderung durch Buchhypothek an dem einen und durch Briefhypothek an dem anderen Grundstück gesichert wird oder durch eine Verkehrshypothek und eine Sicherungshypothek (*RG* 70, 245; 77, 175; 98, 111; *RMZ* 2, 94; 3, 208; 12, 271; *RGZ* 40 A 299; *DOG* 10, 100; 20, 413); die Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine Verkehrshypothek nur auf einem der haftenden Grundstücke (*JFG* 4, 412). Zulässig ist aber die Bestellung einer Verkehrshypothek an dem einen Grundstück und zugleich einer aufschiebend bedingten Ausfall-Sicherungshypothek an einem anderen Grundstück für dieselbe Forderung (§ 1113 A 2; unten A 5). Aus der notwendigen Einheitlichkeit der Gesamthypothek ist auch zu folgern: Soll eine Einzelbuchhypothek nachträglich durch Bestellung einer Hypothek an einem anderen Grundstück für dieselbe Forderung zu einer Gesamtbuchhypothek erweitert werden, so braucht die Bewilligung der Eintragung der neuen Hypothek nicht ausdrücklich die Ausschließung der Erteilung des Hypothekenbriefs gemäß § 1116 Abs 2 zu enthalten. Denn diese Ausschließung hat als von den Beteiligten selbstverständlich gewollt zu gelten (*RG* 77, 176). — Streift ist, ob die Eintragung einer Zwangshypothek (§ 867 *BPO*) für eine bereits durch Vertragshypothek gesicherte Forderung auf ein anderes Grundstück desselben Schuldners zulässig ist. Dies ist zwar zu bejahen, da das Bestehen einer Vertragshypothek der Zwangsvollstreckung aus dem Schuldtitel durch Eintragung der Zwangshypothek an einem anderen Grundstück nicht entgegensteht (*RMZ* 3, 211; 14, 202; *DOG* 5, 332). Durch diese Eintragung wird aber keine Gesamthypothek begründet, da die hypothekarischen Rechte an den mehreren Grundstücken verschiedenartige sind (a. M. *DOG* 5, 332; *RMZ* 3, 208; *RGZ* 27 A 142). Vielmehr sind die Hypotheken als Einzelhypotheken anzusehen. Allerdings können für eine und dieselbe Forderung in der Regel nicht mehrere Einzelhypotheken bestehen, weil die Einheitlichkeit der Forderung sie mit Notwendigkeit zu einer einheitlichen, also zu einer Gesamthypothek zusammenfaßt (*RMZ* 3, 139; *DOG* 10, 100). Aber in dem hier behandelten Falle hat die Forderung durch den Schuldtitel eine neue besondere Kraft und Gestalt erlangt. Daher ist die Zwangshypothek für diese vollstreckbare Forderung als selbstständig für sich bestehende Hypothek zu erachten, mit der Maßgabe, daß durch einmalige Befriedigung mit tilgender Wirkung die Forderung des Gläubigers bei beiden Hypotheken erlischt. Die Entscheidungen in *RGZ* 44, 285 (gegen *RMZ* 3, 208) und in *RMZ* 14, 223 (gegen *RMZ* 14, 202) waren dieser Begründung allerdings entgegengetreten und hatten die Eintragung einer Zwangshypothek bei schon vorhandener Vertragshypothek für dieselbe Forderung überhaupt für unzulässig erklärt; das Kammergericht ist von ihnen aber jetzt mit Recht wieder abgerückt (*JFG* 13, 82). Denn § 1132 Abs 1 Satz 1 bestimmt lediglich, daß jedes Grundstück für die ganze Forderung haftet, wenn für die Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken besteht. Aus dieser für die vertragsmäßig bestellte Hypothek des *BGB* gegebenen Bestimmung kann aber nicht gefolgert werden, daß dem durch Vertragshypothek an dem einen Grundstück des Schuldners gesicherten Gläubiger, der wegen der Forderung nachträglich einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt, wegen des Bestehens der Vertragshypothek die nach der *BPO* sonst zulässige Zwangsvollstreckung in ein anderes Grundstück des Schuldners im Wege der Eintragung einer Zwangshypothek zu versagen sei. Zwar wird durch die Erlangung des Schuldtitels die rechtliche Natur der Forderung nicht geändert (*RG* 78, 408). Aber der Schuldtitel gewährt dem Gläubiger das Recht, sich zwangsweise ein weiteres Sicherungsmittel für die Forderung zu beschaffen. Der Auffassung der Vertragshypothek und der Zwangshypothek als Einzelhypotheken steht auch nicht entgegen, daß der Kreis der dinglichen Rechte im *BGB* ein geschlossener ist. Die Zwangshypothek gilt freilich nach ihrer Eintragung gemäß den §§ 866, 867 *BPO* auch als eine Sicherungshypothek im Sinne des *BGB*; jedoch bestehen für sie nach § 868 *BPO* Sonderbestimmungen (*RG* 78, 407). Im übrigen ist sie, obwohl die Vorschriften des *BGB* über die vertragsmäßige Sicherungshypothek für sie gelten, doch ein von dieser verschiedenes

Rechtsgebilde. Denn sie gelangt durch einen Zwangsvollstreckungsakt auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels zur Entstehung, beruht also nicht auf einer Einigung der Beteiligten. Vor allem aber bestimmt sich die Zulässigkeit der Eintragung einer Zwangshypothek als einer Zwangsvollstreckungsmaßregel lediglich nach der ZPD. Diese enthält keine Bestimmung, aus der die Unzulässigkeit der Eintragung einer Zwangshypothek bei schon vorhandener Vertragshypothek für dieselbe Forderung zu entnehmen wäre (RG 98, 107 ff.). Auch aus § 867 Abs 2 ZPD, wonach der Gläubiger den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen hat, wenn mehrere Grundstücke des Schuldners mit der Zwangshypothek belastet werden sollen, ist nicht zu folgern, daß der Gläubiger auf einen Teil der auf dem einen Grundstück eingetragenen Vertragshypothek verzichten müßte, um für den anderen Teil der Forderung eine Zwangshypothek auf ein anderes Grundstück eintragen lassen zu können. Hätte das Gesetz gewollt, daß der Gläubiger auf ein Vertragsrecht in dieser Weise verzichten müßte, um sein Vollstreckungsrecht, und zwar auch nur in beschränktem Umfange, ausüben zu können, so hätte es hierüber ausdrücklich Bestimmung treffen müssen. Etwas ähnliches war im § 1131 Entw I des BGB geplant; der Plan ist aber nicht Gesetz geworden. Auf diesem Standpunkt steht auch RG 98, 108. Dort ist ausgeführt: Wenn bereits eine Zwangshypothek für die ganze Forderung eingetragen sei und dann für dieselbe Forderung noch eine Zwangshypothek auf ein anderes Grundstück eingetragen werden solle, so müsse allerdings in entsprechender Anwendung des § 867 Abs 2 ZPD der Gläubiger in Höhe des neu einzutragenden Betrags auf die bereits bestehende Zwangshypothek Verzicht leisten (ebenso mit ergänzenden Ausführungen jetzt ZFG 18, 152); mangels einer Gesetzesvorschrift gelte dies aber nicht für die Eintragung einer Zwangshypothek nach erfolgter Eintragung einer Vertragshypothek für dieselbe Forderung. Übrigens kann auch für die durch Vertragshypothek gesicherte Forderung in Vollziehung eines Arrestes eine Arresthöchstbetragshypothek gemäß § 932 Abs 1 ZPD eingetragen werden. Nach der Natur dieser Hypothek scheint es aber noch unannehbarer, daß die vorbezeichnete Verteilung stattfinden müßte, obwohl § 867 Abs 2 nach § 932 Abs 2 ZPD auch auf die Arresthöchstbetragshypothek anzuwenden ist. Erlangt der Gläubiger demnächst für die Forderung einen vollstreckbaren Schuldtitel, so kann er die Arresthypothek in eine Zwangshypothek umwandeln lassen (RGZ 40, 314). Bei der Eintragung der Zwangshypothek wird § 48 Abs 1 GBD dahin entsprechend anzuwenden sein, daß bei der Vertragshypothek vermerkt wird, für die gesicherte Forderung sei auch noch eine Zwangshypothek auf einem anderen Grundstück eingetragen. Dadurch wird größere Sicherheit dagegen geboten, daß der Gläubiger aus beiden Hypotheken doppelte Befriedigung wegen seiner Forderung erlangt (RG 98, 111; ZFG 13, 82). — Aus der Einheitlichkeit des hypothekarischen Rechts folgt ferner: Die Gesamthypothek kann nicht an den einzelnen Grundstücken verschiedenen Gläubigern zustehen. Das Hypothekenrecht an einem Grundstück kann also auch nicht für sich allein auf einen anderen übertragen werden, sofern nicht der Gläubiger auf das Hypothekenrecht an dem anderen Grundstück gemäß § 1175 Abs 1 Satz 2 verzichtet (ZFG 3 S. 357, 360). Die Hypothekenrechte an den einzelnen Grundstücken können auch nicht verschieden belastet (insbesondere durch Pfandbestellung, Pfändung: § 1274; ZPD §§ 804, 830) werden (RG 63, 75; RZM 8, 136; RGZ 39 A 248; DW 12, 289). Dagegen ist eine Änderung des Ranges bei den einzelnen Hypothekenrechten für sich allein zulässig, da ihr Rangverhältnis zu anderen Rechten an den einzelnen Grundstücken nicht das Wesen der Gesamthypothek berührt. Daß die Erhöhung oder Ermäßigung des Kapitals oder der Nebenleistungen der einzelnen Hypothekenrechte für sich allein zulässig ist, folgt aus dem in A 2 Bemerkten. Daher bedarf es in diesen Fällen nur der Zustimmung des Eigentümers des einzelnen Grundstücks (§§ 880 Abs 2 Satz 2, 877, 873), nicht aller Eigentümer (A 1), und im Falle der Erhöhung der Zustimmung der im Range nachstehenden Berechtigten gemäß den §§ 877, 1119. Für Zwangs- und Arresthypotheken gilt nach den §§ 867 Abs 2, 932 Abs 2 ZPD die bereits erwähnte Sondervorschrift, daß der Betrag der Forderung von dem Gläubiger auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen ist, wenn die hypothekarische Sicherung auf mehrere Grundstücke des Schuldners eingetragen werden soll. Hierdurch ist die Eintragung einer Gesamthypothek für die ganze Forderung ausgeschlossen. Die Hypotheken für die einzelnen Teilbeträge sind besondere Einzelhypotheken (DW 3, 201; 5, 332). Eine (wesentlich erfolgte) Eintragung als Gesamthypothek ist im ganzen inhaltlich unzulässig im Sinne des § 53 (54) Abs 1 Satz 2 GBD. Dadurch entsteht auch nicht etwa nach § 868 ZPD, der überhaupt nicht in Betracht kommt, eine Eigentümergrundschuld (RGZ 40 A 310; HRK 1936 Nr 1439). Die Einzelhypotheken über gleichhohe Beträge können aber nachträglich im Wege der Forderungsauswechslung (§ 1180) und Umwandlung (§ 1186) zu einer Darlehns Gesamthypothek werden (HRK 1933 Nr 201; 1935 Nr 866). Auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels gegen verschiedene Eigentümer mehrerer Grundstücke als Gesamtschuldner ist die Eintragung einer Gesamtzwangshypothek wegen der ganzen Forderung zulässig. Denn § 867 Abs 2 ZPD schreibt die Verteilung nur bei mehreren Grundstücken desselben Schuldners zu seinen Gunsten vor (RZM 2 S. 87, 97; DW 11, 329).

4. Mehrere Grundstücke müssen belastet sein. Den Begriff des Grundstücks und die Frage, wann mehrere selbständige Grundstücke vorliegen, behandelt § 873 A 4. Danach kann eine Gesamt-

hypothek auch im Falle der Eintragung der belasteten Grundstücke auf ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt bestehen, sofern die Grundstücke als selbständige gebucht sind (§ 4 GBD). Auch dann entsteht eine Gesamthypothek, wenn mehrere Miteigentümer eine Hypothek am ganzen Grundstück bestellen (RG 146, 365). Die abweichende Ansicht der früheren Auflagen wird aufgegeben. Aus der nunmehr vertretenen Auffassung folgt: Befriedigen die Miteigentümer des Grundstücks, aus dem eine solche Gesamthypothek ruht, gemeinschaftlich den Hypothekengläubiger, so fällt ihnen die dadurch entstehende Eigentümergrundschuld (§§ 1163, 1172, 1177) nicht zu realen Teilen, sondern gemeinschaftlich zu, und zwar regelmäßig nach dem Verhältnis ihrer Eigentumsbruchteile; jeder Miteigentümer kann über seinen ideellen Anteil an der Eigentümergrundschuld frei verfügen; die Verfügung über das ganze Recht steht nur allen Miteigentümern gemeinschaftlich zu (RG 16, 345; § 1172 A 1). Den Einfluß der Zuschreibung oder der Vereinigung der belasteten Grundstücke auf die Gesamthypothek erörtert § 890 A 3, 6. — Wird für eine Forderung, für die bereits eine Hypothek an einem Grundstück besteht, noch eine Hypothek an einem anderen Grundstück bestellt, so daß nun eine Gesamthypothek entsteht, so ist nach der Ordnungsvorschrift des § 48 Abs 1 GBD auf dem Blatt jedes Grundstücks die Mitbelastung des anderen von Amts wegen zu vermerken. Hat das neu zu belastende Grundstück ein eigenes Grundbuchblatt, so genügt zur Entstehung der Hypothek an diesem Grundstück nicht, wenn lediglich bei der Hypothek an dem bisher allein belasteten Grundstück vermerkt wird, daß nunmehr auch das andere Grundstück für die Hypothekenforderung hafte. Ein solcher Mißhaftvermerk ist für sich allein keine Eintragung der Hypothek auf das Grundbuchblatt über das andere Grundstück im Sinne des § 873 RG Warn 1915 Nr 116). Diese Eintragung muß vielmehr auf dem Blatt des neu zu belastenden Grundstücks erfolgen und die wesentlichen Merkmale der Hypothek enthalten (SeuffA 86 Nr 166). Sind aber mehrere selbständige Grundstücke auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt gebucht (§ 4 GBD) und soll in die Haftung für eine bereits eingetragene Hypothek ein weiteres Grundstück des Bestandsverzeichnis neu eintreten, so ist nicht erforderlich, daß die Hypothek auf dieses Grundstück nochmals ihrem vollen Inhalt nach unter einer neuen Nummer eingetragen wird. Denn dadurch würde eine unnötige Anfüllung des Grundbuchs, die zu vermeiden ist, herbeigeführt werden. Die neue Hypothekeneintragung kann auf anderem, einfacherem Wege im Sinne des § 873 deutlich erkennbar bewirkt werden, nämlich so, daß bei der gebuchten Hypothek der Mißhaftvermerk in den Spalten 5 bis 7 „Veränderungen“ eingetragen wird und ferner in der die Bezeichnung des belasteten Grundstücks betreffenden Spalte 2 die laufende Nummer des neu belasteten Grundstücks beigelegt wird. Die Eintragung des Mißhaftvermerks allein genügt aber auch hier nicht (RG Warn 1915 Nr 116). — Auf ein Grundstück können nicht mehrere Hypotheken für dieselbe Forderung eingetragen werden. Denn das aus der Hypothekbestellung gemäß § 1113 folgende Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück kann nicht für dieselbe Forderung mehrfach gewährt werden (OW 6, 478; RGZ 53, 215). Dies gilt auch dann, wenn die neue Hypothek einen besseren Rang als die frühere haben soll (a. M. OLG 12, 282). Hier muß der Weg der Vorrangseinräumung beschritten werden. Wird jedoch nur ein Teil einer Forderung durch Hypothekeneintragung gesichert, so kann nachträglich für den andern Teil an demselben oder an einem andern Grundstück eine weitere Einzelhypothek eingetragen werden (RGZ 53, 217; auch RG 113, 233). Ist eine Höchstbetragshypothek eingetragen, so kann eine weitere Einzel-Höchstbetragshypothek an demselben oder an einem anderen Grundstück eingetragen werden für den Betrag des Kreises der gesicherten Forderungen, der sich bei der Feststellung des Schuldguthabens des Gläubigers als durch die erste Hypothek nicht gedeckt ergeben würde. Die zweite Hypothek ist dann als eine bedingte Hypothek (§ 1113 A 2) anzusehen (oben A 2 a. E.). Ist eine Höchstbetragshypothek für Forderungen aus einer Kreditgewährung eingetragen, so kann aber auch im Falle der Erhöhung des Kredits eine weitere Einzel-Höchstbetragshypothek allein für die aus dem weiteren Kredit sich ergebenden Forderungen an demselben oder an einem andern Grundstück bestellt werden (RGZ 53, 212). — Die mehreren Grundstücke müssen im Inland belegen sein. Ist ein Grundstück im Ausland belegen, so ist die Hypothek an dem inländischen Grundstück nur als Einzelhypothek anzusehen (RGZ 39 B 46; vgl. auch RG 55, 263). Ist aber ein hypothekarisch belastetes Grundstück infolge der Grenzziehung des Versailler Vertrags zum Teil bei Preußen verblieben, zum Teil an Polen gefallen, so ist die Hypothek Gesamthypothek an dem preussischen und polnischen Grundstück geworden (RG 157, 287).

5. Die ganze Forderung, für die jedes Grundstück haftet, kann auch ein Teilbetrag einer Forderung sein, wenn für diesen allein Gesamthypothek bestellt ist (A 2). Unzulässig ist aber die Bestellung einer Gesamthypothek mit der Abrede, daß das eine Grundstück nur für den aus dem anderen nicht beizutreibenden Betrag haften soll. Denn der gesetzliche Inhalt dinglicher Rechte kann durch Parteiabrede nicht geändert werden (RZA 9, 137). Zulässig ist dagegen nach RG 70, 248 die Eintragung einer selbständigen Sicherungshypothek mit der Bedingung, daß eine auf einem anderen Grundstück eingetragene Verkehrshypothek einen Ausfall erleide (§ 1113 A 2; oben A 3).

6. Das freie Wahlrecht hinsichtlich der Befriedigung aus den Grundstücken kann der Gesamthypothekengläubiger dadurch ausüben, daß er entweder selbst die Zwangsvollstreckung (in einzelne oder mehrere Grundstücke wegen der ganzen Forderung oder eines Teiles davon) betreibt (§ 1145)

oder daß er, wenn ein anderer betreibender Gläubiger ist, bestimmt, ob und zu welchem Betrage seine Befriedigung aus dem einzelnen oder den mehreren zur Zwangsversteigerung gestellten Grundstücken erfolgen soll (§ 50 Abs 2 Nr 2, Abs 3, §§ 63, 112, 122, 123 ZPO). Das Wahlrecht erfährt aber für den Fall der gemeinsamen Zwangsversteigerung mehrerer belasteter Grundstücke (§§ 2, 18 ZPO) auf Betreiben eines nachstehenden Gläubigers Einschränkungen durch die Vorschriften des § 64 ZPO. Dagegen wird es durch ein neben der Hypothek bestehendes Pfandrecht an einer beweglichen Sache des Schuldners für dieselbe Forderung nicht eingeschränkt (§ 1230; RG 98, 74). Die Pfandhaftung gibt dem Schuldner lediglich unter den Voraussetzungen des § 777 ZPO ein Widerspruchsrecht gegen die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen (RG 98, 109). Regelmäßig erlischt die Gesamthypothek an allen Grundstücken, wenn der Gläubiger aus einem von ihnen befriedigt wird (§ 1181 Abs 2). Ausnahmsweise bleibt aber die Hypothek an den anderen Grundstücken bestehen für den Erlassanspruch des Eigentümers, aus dessen Grundstück die Befriedigung erfolgt ist (§ 1182). Sucht der Gesamthypothekengläubiger nur aus einem der belasteten Grundstücke seine Befriedigung, so haben die ihm im Range nachgehenden Hypothekengläubiger dieses Grundstücks ein Ablösungsrecht (§§ 1150, 268).

7. Infolge der Verteilung des Forderungsbetrags auf die einzelnen Grundstücke erlischt die Hypothek an diesen in Höhe der darauf nicht zugeordneten Beträge. Die Gesamthypothek zerfällt in Einzelhypotheken für die Teilbeträge (RG 113, 233). Das Erlöschen der Mitbelastung ist gemäß § 48 Abs 2 ZPO von Amts wegen zu vermerken. Handelt es sich um eine Briefhypothek, so ist gemäß den §§ 64, 68, 69 ZPO für jedes Grundstück ein neuer Brief zu erteilen (SeuffA 60 Nr 56). Die Verteilung wird besonders in Fällen der Teilabtretung zweckmäßig erscheinen können. Verlangen kann sie im Falle der Eigentümer-Gesamthypothek jeder Eigentümer der belasteten Grundstücke nach Maßgabe des § 1172 Abs 2.

8. Aus der entsprechenden Anwendung der §§ 875, 876, 878 folgt: Die Verteilung ist vom Gläubiger gegenüber dem Grundbuchamt oder den Eigentümern der belasteten Grundstücke zu erklären (§ 875 Abs 1). Sie bedarf der Eintragung auf die in Betracht kommenden Grundbuchblätter (§ 875 Abs 1). Vor der Eintragung ist der Gläubiger an seine Erklärung und nun gebunden, wenn er sie in der Form des § 875 Abs 2 abgegeben hat (§ 875 Abs 1; RGZ 37 A 307). Durch eine nach der Bindung und dem Eintragungsantrag eintretende Verfügungsbeschränkung des Gläubigers wird die Erklärung nicht unwirksam (§ 878; dort Abs 3). Ist die Gesamthypothek mit dem Recht eines Dritten belastet, so ist dessen Zustimmung zu der Verteilung erforderlich (§ 876; dort Abs 3). Die Zustimmung der Eigentümer ist nicht notwendig. Denn die Anwendung des für die Aufhebung der Hypothek geltenden § 1183 ist für die Verteilung nicht vorgeschrieben. Streitig ist, ob dennoch (formellrechtlich) zur Vornahme der Eintragung nach § 27 Abs 1 ZPO die Vorbringung dieser Zustimmung vom Grundbuchamt zu erfordern ist. Das ist zu verneinen, weil die Eintragung der Verteilung keine Löschung im Sinne dieser Gesetzesvorschrift ist (RG 70, 91; RGZ 37 A 307; 47, 209; a. M. RZA 2, 240).

§ 1133

Ist infolge einer Verschlechterung des Grundstücks¹⁾ die Sicherheit der Hypothek gefährdet²⁾, so kann der Gläubiger dem Eigentümer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung bestimmen³⁾. Nach dem Ablauf der Frist ist der Gläubiger berechtigt, sofort Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen⁴⁾, wenn nicht die Gefährdung durch Verbesserung des Grundstücks oder durch anderweitige Hypothekenbestellung⁵⁾ beseitigt worden ist⁶⁾. Ist die Forderung unverzinslich und noch nicht fällig, so gebührt dem Gläubiger nur die Summe, welche mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der Zahlung bis zur Fälligkeit dem Betrage der Forderung gleichkommt⁷⁾.

§ 1 1073 II 1041; R 3 670 ff.; P 3 569 f.

1. Vorausgesetzt wird im § 1133 eine bereits eingetretene Verschlechterung des Grundstücks. Im Falle einer erst drohenden Verschlechterung können nur Maßregeln nach § 1134 in Frage kommen (RG 52, 296). Unter Verschlechterung ist zu verstehen eine den allgemeinen Verkehrswert minderende, infolge bestimmter Ereignisse oder auch allmählich (z. B. durch Unterlassung von Vorkehrungen gegen Beschädigungen des Grundstücks: DRG 32, 389) nach Eintragung der Hypothek eintretende Veränderung des Zustandes des Grund und Bodens oder seiner Bestandteile (RG Warr 1934 Nr 56). Beispielsfälle: Abbruch oder Verfallenlassen von Gebäuden, auch deren Wertminderung infolge Alters (str.). Dagegen ist die Unterlassung der Versicherung, insbesondere von Gebäuden gegen Feuergefahr, nicht eine „bereits eingetretene“ Verschlechterung im Sinne des § 1133. Aus dieser Unterlassung kann sich nur die „Besorgnis“ der Verschlechterung gemäß § 1134 ergeben

RG 52, 295; a. M. DLG 4, 485). Dasselbe gilt auch für die Herabsetzung der Versicherungssumme bei der Versicherung eines an Stelle eines alten abgebrochenen Gebäudes errichteten neuen Gebäudes (DLG 34, 212; vgl. RG 37, 358). Durch § 1135 ist der Verschlechterung des Grundstücks auch noch die Verschlechterung und die unwirtschaftliche Entfernung von Zubehörstücken gleichgestellt. Daraus folgt, daß die Verschlechterung und die Beseitigung anderer für die Hypothek haftender Gegenstände als Bestandteile und Zubehörstücke (§§ 1123 ff.) nicht unter § 1133 fallen. Eine wirtschaftlich berechnete Teilstillegung eines Fabrikbetriebes auf dem Grundstück fällt auch dann nicht unter § 1133, wenn sie nach den §§ 97, 98, 1122 Abs 2 zur Folge hat, daß Gegenstände, die bisher der Hypothekenhaftung unterlagen, kraft Gesetzes aus dieser Haftung ausgescheiden (RG Warn 1934 Nr 56; offen gelassen wird, ob von einer Verschlechterung im Sinne der §§ 1133 ff. dann gesprochen werden könnte, wenn ein für einen bestimmten Betrieb eingerichtetes Grundstück diesem Betrieb völlig entfremdet und gerade dadurch notwendig eine Entwertung des Grundstücks herbeigeführt wird). Daß der Eigentümer die Verschlechterung verschuldet oder doch verursacht hat, ist nicht erforderlich. Auch Verschlechterungen durch einen Dritten (z. B. einen Pächter) oder durch Naturereignisse (z. B. Windbruch, Hochwasser) fallen unter § 1133 (M 3, 671; Prot 3, 570; DLG 34, 213).

2. Eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung liegt vor, wenn nach dem Range der Hypothek und dem Verhältnis des Betrags des Kapitals und der Nebenleistungen zu dem Wert des Grundstücks infolge der Verschlechterung die Gefahr besteht, daß die Hypothek im Falle der Zwangsversteigerung nicht mehr in dem Maße wie vor der Verschlechterung aus dem Erlöse befriedigt werden würde (RG JW 1897, 319⁴³; Gruch 42, 1043; DLG 12, 285; 14, 112; 34, 213). Auf die Höhe des danach zu besorgenden Ausfalls kommt es nicht an. Andererseits aber ist die Anwendbarkeit des § 1133 für den Gläubiger einer solchen Hypothek ausgeschlossen, auf deren Sicherheit die Verschlechterung ohne Einfluß ist (M 3, 672; RG Warn 1935 Nr 68). Die Vorschriften des § 1133 finden auch auf Grundschulden und Rentenschulden (§§ 1192, 1200, 1201 Abs 2) sowie gemäß Art 192 GG auf ältere Hypotheken Anwendung (RG 50, 72); ferner auf die Renten, die auf preuß. Rentengütern haften (RG Gruch 48, 356).

3. Die dem Eigentümer (§ 1148) zur Beseitigung der Gefährdung zu bestimmende Frist ist vom Gläubiger nach dem Zeitaufwande zu bemessen, der für Maßnahmen zur Beseitigung der Gefährdung nach Lage des Falles erforderlich ist. Ihre Angemessenheit ist im Rechtsstreit auf die Hypothekenklage nachzuprüfen (M 3, 673). Wird die Gefährdung innerhalb der Frist beseitigt, so gelangt der Gläubiger nicht zu dem Recht auf Befriedigung aus § 1133. Die Fristbestimmung ist nicht erforderlich, wenn der Grundstückseigentümer die Aufforderung des Gläubigers, die Gefährdung durch geeignete Maßnahmen zu beseitigen, ernstlich ablehnt (DLG 34, 211). Dagegen erübrigt sich die Fristbestimmung nicht dadurch, daß der Eigentümer nur die sofortige Zahlung des Hypothekensbetrags verweigert. Denn eine solche Zahlungspflicht ergibt sich erst dann, wenn er nicht innerhalb einer gesetzten Frist (A 6) die Gefährdung gemäß Satz 2 beseitigt hat (DLG 34, 211).

4. Das Recht, sofort Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen, obwohl die Hypothek noch nicht fällig ist, hat der Gläubiger wegen der ganzen Hypothek, nicht nur wegen des gefährdeten Teils. Eine Sonderbestimmung insoweit enthält aber § 17 Abs 1 des HypBankG v. 13. 7. 1899 für den Fall, daß eine Hypothekenbank Gläubigerin ist. Der Gläubiger kann das Befriedigungsrecht dadurch ausüben, daß er aus der Hypothek die dingliche Klage erhebt und dann die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung betreibt (§ 1147). Bei der Rentenschuld kann der Gläubiger gemäß § 1201 Abs 2 Satz 2 die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstück verlangen. Wegen der persönlichen Forderung steht dem Gläubiger ein Recht auf sofortige Befriedigung gegen den persönlichen Schuldner (insbesondere den, der nicht Eigentümer ist) nicht zu (RG 39, 321). Gegen einen Anspruch des Eigentümers aus einem mit der Hypothekbestellung im Zusammenhang stehenden gegenseitigen Vertrage kann der Gläubiger, wenn die Hypothek gefährdet ist, auch ein Zurückbehaltungsrecht nach § 321 geltend machen (RG 53, 244). — Wird durch die unwirtschaftliche Veräußerung von Bestandteilen oder Zubehör (§ 1135), ein sog. kaltes Abbrennen, der Ausfall einer Hypothek in der Zwangsversteigerung verursacht, so kann für den Gläubiger ein Anspruch auf Schadenersatz gegen den Eigentümer und die Erwerber gemäß den §§ 823, 830 gegeben sein (RG 42, 170; 44, 189; 69, 91; JW 1907, 332¹; 1909, 416¹⁶; Warn 1910 Nr 281). Dasselbe gilt auch bei einer anderen Verschlechterung des Grundstücks, wenn sie vom Eigentümer schuldhaft verursacht ist (DLG 32, 389). Auch der Verwalter im Konkurse über das Vermögen des Eigentümers haftet nach § 82 RD dem Gläubiger für einen Ausfall an der Hypothek, der durch schuldhaft Verschlechterung während der Verwaltung des zur Konkursmasse gehörenden Grundstücks entstanden ist (DLG 29, 389).

5. Daß die Beseitigung der Gefährdung durch Wiederherstellung des früheren Zustandes erfolgt, ist nicht erforderlich. Das Gesetz verlangt nur eine Beseitigung der Gefährdung durch Verbesserung des verschlechterten Grundstücks oder durch anderweitige Hypothekbestellung. Die erste Beseitigungsart kann auch durch Herstellung eines anderen Zustandes als des vor der Verschlechterung vorhanden gewesenem geschehen, wenn dadurch nur das Grundstück eine solche

Verbesserung erfährt, daß die Hypothek nicht mehr gefährdet ist (z. B. Errichtung eines neuen Gebäudes an Stelle eines abgebrochenen: DLG 34, 212). Der **anderweitigen Hypothekbestellung**, d. h. Hypothekbestellung auf einem anderen als dem verschlechterten Grundstück (M 3, 673), steht nicht gleich eine Sicherheitsleistung durch Verpfändung beweglicher Sachen oder Forderungen (M 3, 673).

6. Da dem Gläubiger schon nach dem Ablauf der Frist das Befriedigungsrecht zustehen soll, wenn nicht die Gefährdung beseitigt „worden ist“ (nicht „wird“), so kann nur eine Beseitigung der Gefährdung bis zum Ablauf der Frist, nicht eine spätere, die Entstehung des Befriedigungsrechts abwenden (str.; DLG 34, 211).

7. Der **Abzug des Zwischenzinses** von einer **unverzinslichen Forderung** ist deshalb vorgeschrieben, weil durch die Gefährdung der Hypothek die Forderung noch nicht fällig wird und daher der Gläubiger durch die vorzeitige Zahlung des vollen Betrags einen ungerechtfertigten Vorteil erlangen würde (M 3, 673). Die zu zahlende Summe berechnet sich, wenn z. B. zwischen der Zahlung und der Fälligkeit 30 Tage liegen, bei einer Forderung von 1000 und dem gesetzlichen Zinsfuß von 4% gemäß der Hoffmannschen Berechnungsart nach folgender Gleichung:

$$x = 1000 - \frac{x \cdot 4 \cdot 30}{100 \cdot 365}$$

§ 1134

Wirkt der Eigentümer oder ein Dritter ¹⁾ auf das Grundstück ²⁾ in solcher Weise ein, daß eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen ist ³⁾, so kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen ⁴⁾.

Geht die Einwirkung von dem Eigentümer ⁵⁾ aus, so hat das Gericht auf Antrag des Gläubigers die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln anzuordnen ⁶⁾. Das gleiche gilt, wenn die Verschlechterung deshalb zu besorgen ist, weil der Eigentümer die erforderlichen Vorkehrungen gegen Einwirkungen Dritter oder gegen andere Beschädigungen unterläßt ⁷⁾.

§ I 1072 II 1042; M 3 686f.; P 3 568f.

1. Eine **Einwirkung durch den Eigentümer oder einen Dritten** setzt § 1134 voraus, während im § 1133 auch Verschlechterungen infolge von Naturereignissen genügen (§ 1133 A 1). Ein schuldhaftes Handeln ist aber auch hier nicht erforderlich (DLG 5, 321; JW 1933, 634⁵⁾). Vielmehr kann eine auf die Tätigkeit des Eigentümers oder eines Dritten (z. B. eines Pächters, Mieters, Nießbrauchers) zurückzuführende Verschlechterung des Grundstücksbestandes auch dann die Unterlassungsklage rechtfertigen, wenn beabsichtigt wird und die Möglichkeit besteht, den früheren Zustand wiederherzustellen (DLG 5, 321; vgl. aber auch 21, 99).

2. Als **Einwirkungen auf das Grundstück** sind nicht bloß solche Maßnahmen anzusehen, die den Grund und Boden oder dessen Bestandteile betreffen (z. B. Ausstorfen, Abbruch eines Gebäudes, Abholzen eines Waldes), sondern auch Verschlechterungen oder Verringerungen des sonst zum Grundstück gehörigen, der Hypothekhaftung unterliegenden Bestandes (z. B. des Zubehör eines Gutes: DLG 34, 213). Dagegen gehören nicht hierher Einwirkungen auf die Mietzinsen, da diese nicht Grundstückssteil sind (DLG 18, 171).

3. Eine **die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung** (§ 1133 A 1, 2) braucht noch nicht eingetreten zu sein (anders im § 1133). Es genügt vielmehr die **Beforgnis** der Verschlechterung (DLG 10, 123; SeuffA 59 Nr 262). Sie liegt z. B. vor, wenn der Eigentümer: mit dem Abholzen eines Waldes beginnt oder einem anderen einen Wald zum Abholzen überläßt (RG Warn 1910 Nr 281); Zubehör eines Gutes verkauft, ohne Ersatzstücke anzuschaffen (M 3, 670; § 1135; RG Warn 1915 Nr 118; DLG 29, 359; 34, 213; 36, 178; SeuffA 59 Nr 262); ohne einen ersichtlichen wirtschaftlichen Zweck ein Gebäude abzubrechen anfängt (nach DLG 41, 177 stellt sich aber der Abbruch eines derart baufälligen Gebäudes, daß die Maßregel aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, nicht als Verschlechterung dar, auch wenn der Eigentümer über das Abbruchmaterial anders als zur Wiederverwendung für das Grundstück verfügt); notwendige Einrichtungen eines Hauses mit der Absicht der Wegschaffung herausnimmt. Die Entblößung eines landwirtschaftlichen Grundstücks von den zur Fortführung der Wirtschaft notwendigen Erzeugnissen wird auch nicht dadurch zu einer berechtigten Maßnahme, daß zuvor gegen die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft das gesamte Vieh veräußert und fortgeschafft worden ist (DLG 34, 213). Ist eine gefährdende Verschlechterung bereits eingetreten, sind aber noch weitere Verschlechterungen zu besorgen, so stehen dem Gläubiger sowohl die Rechte aus § 1133 (DLG 12, 133) als auch die Sicherungsmaßnahmen aus § 1134 zu (Prot 3, 569). Ist die Sicherheit der Hypothek durch schuldhaft e Verschlechterung seitens des Eigentümers oder eines Dritten (Konkursverwalter: RG Warn

1936 Nr 669) gefährdet worden (§ 1135 A 1), so kann für den Gläubiger, der in der Zwangsversteigerung einen Ausfall erleidet, ein Schadenersatzanspruch aus § 823 gegen den Einwirkenden gegeben sein (RG 42, 170; 44, 186; 69, 91; 73, 335; JW 1907, 332¹⁰; 1910, 162³⁴; Warn 1910 Nr 281, 403; 1915 Nr 118; 1917 Nr 17; Gruch 53, 1009; 55 S. 124, 664; SeuffA 65, 99; 66, 322; 75 Nr 133; DLG 29, 358). Dabei gilt § 1134 als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs 2 (RG 73, 333; JW 1909, 416¹⁵; DLG 26, 151; SeuffA 75 Nr 133; 88 Nr 55). Der Schutz gebührt auch schon demjenigen, der durch Blancoabtretung eine Anwartschaft auf die Hypothek erlangt hat (RG JW 1936, 3234⁸). Hat der Dritte wesentliche Bestandteile weggeschafft, so kann er sich zur Abwendung des Schadenersatzanspruchs regelmäßig auch nicht auf einen Eigentumsvorbehalt berufen. Denn die Gegenstände sind trotz des Eigentumsvorbehalts nach den §§ 93, 946 Eigentum des Grundstückseigentümers und unterliegen daher der Haftung für die Hypothek (RG 73, 335). Ausnahmsweise kann aber die Schadenersatzpflicht des Dritten entfallen, wenn er sich über seine Befugnis zur Wegnahme in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befinden hat (RG 73, 336; DLG 26, 151; 29, 359; SeuffA 75 Nr 133). Zum Nachweis eines erlittenen Schadens muß der ausgefallene Hypothekengläubiger dartun, daß ein höheres Meistgebot erzielt worden wäre und daß er daraus eine Dedung auf seine ausgefallene Hypothek erhalten hätte, wenn die Verschlechterung nicht erfolgt wäre, z. B. Zubehörstücke nicht vom Grundstück fortgeschafft worden wären, sondern sich zur Zeit des Zuschlags noch auf dem Grundstück befunden hätten (RG 73, 338; DLG 26 S. 150, 152). Ist der ausgefallene Hypothekengläubiger selbst Ersterer des Grundstücks, so muß er sich den Mehrwert, den das Grundstück über sein Meistgebot hinaus hat, auf seinen mit dem Schadenersatzanspruch geltend gemachten Ausfall anrechnen lassen (RG 73, 340; DLG 29, 359).

4. Die **Klage auf Unterlassung** künftiger gefährdender Einwirkungen ist gegen den Einwirkenden (Eigentümer, Dritten, gegebenenfalls beide) zu richten (RG 44, 188). Das Gericht des belegen Grundstücks ist ausschließlich zuständig (§ 24 ZPO). Die Vollstreckung erfolgt nach § 890 ZPO. Ob die Hypothekenforderung fällig ist oder nicht, ist für die Begründung der Klage gleichgültig. Auch ist die Beschlagnahme des Grundstücks für den Hypothekengläubiger nicht Voraussetzung der Klage (RG Warn 1910 Nr 403).

5. Abs 2 setzt eine **Einwirkung** (A 1—3) durch den **Eigentümer** voraus. Eine Einwirkung durch einen Dritten gibt nur die Unterlassungsklage aus Abs 1, sofern nicht ein Fall nach Abs 2 Satz 2 vorliegt. Der Unterlassungsanspruch gegen den Dritten aus Abs 1 kann aber unter Umständen eine einstweilige Verfügung gegen ihn nach § 935 ZPO rechtfertigen (JW 1933, 634⁵; A 6).

6. Die **zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln** sind vom Prozeßgericht entweder auf Klage des Gläubigers durch Urteil oder auf Antrag des Gläubigers durch einstweilige Verfügung (§§ 935 ff. ZPO) **anzuordnen** (RG JW 1912, 237⁵; SeuffA 56 Nr 127; DLG 36, 178). Sie können z. B. in einem Verbot der Veräußerung oder der Wegschaffung (A 3) bestehen (DLG 29, 359; 36, 178). Auch eine Sequestration (d. h. eine Verwahrung und Verwaltung durch einen Vertrauensmann: RZA 9, 133) kann gemäß § 938 Abs 2 ZPO angeordnet werden (SeuffA 56 Nr 127). Da die Art der erforderlichen Maßregel dem freien Ermessen des Gerichts unterliegt (§ 938 Abs 1 ZPO), ist auch zulässig die Anordnung der Zwangsverwaltung mit der Bestimmung, daß die Vorschriften des ZPO über die Zwangsverwaltung (§§ 146 ff.) entsprechend anzuwenden seien (RZA 9, 130; DLG 23, 235; auch RG 52, 140; JW 1912, 237⁵; Gruch 48, 352). § 25 ZPO gibt dem Gläubiger besondere Schutzbefugnisse gegen Einwirkungen durch den Schuldner während des Zwangsversteigerungsverfahrens.

7. Als eine **Unterlassung von Vorkehrungen gegen Beschädigungen**, welche die Besorgnis einer dem Gläubiger gefährdenden Verschlechterung rechtfertigt, kann z. B. angesehen werden: Vernachlässigung der Instandhaltung des Grundstücks, namentlich ungenügende Feldbestellung (M 3, 670); Nichterneuerung von Versicherungsverträgen zur Abwendung des durch Feuergefahr drohenden Schadens (RG 52, 295; DLG 8, 6). Daß die Beschädigung oder die Unterlassung von Vorkehrungen auf Verschulden des Eigentümers beruht, ist nicht erforderlich. Auch Beschädigungen durch Naturereignisse können genügen.

§ 1135

Einer Verschlechterung des Grundstücks im Sinne der §§ 1133, 1134 steht es gleich¹⁾, wenn Zubehörstücke, auf die sich die Hypothek erstreckt²⁾, verschlechtert oder den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider von dem Grundstück entfernt werden³⁾.

§ 1 1074 II 1043; M 3 674; P 3 570.

1. Aus dieser Gleichstellung mit einer Verschlechterung des Grundstücks folgt: Wenn Zubehörstücke bereits verschlechtert oder unwirtschaftlich entfernt worden sind, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 1133 (Ablauf der zu setzenden Frist zur Verbesserung oder zur Zurückschaffung) sofort Befriedigung aus dem Grundstück suchen. Droht erst die Verschlechterung

oder die Entfernung durch den Eigentümer oder einen Dritten, so steht dem Gläubiger die Unterlassungsklage zu (§ 1134 Abs 1). Ist der Eigentümer der Einwirkende, so sind auf Antrag des Gläubigers die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln anzuordnen (§ 1134 Abs 2). Diese Rechte hat aber, wie aus der Bezugnahme auf die §§ 1133, 1134 sich ergibt, der Gläubiger nur dann, wenn durch die bereits eingetretene oder noch zu besorgende Verschlechterung oder unwirtschaftliche Entfernung die Sicherheit der Hypothek gefährdet wird (RG 50, 72; OLG 36, 178). Dagegen braucht er eine Beschlagnahme der Zuehörstücke vor der Ausübung seiner Rechte nicht herbeizuführen. Hat der Eigentümer oder ein Dritter (Konkursverwalter: RG HRK 1936 Nr 669; § 1122 A 5) durch Verschlechterung oder unwirtschaftliche Entfernung (z. B. von maschinellen Gegenständen, die zum Betriebe einer auf dem Grundstück befindlichen Fabrik notwendig sind, oder von totem oder lebendem Inventar eines Landgutes) schuldhaft das Hypothekenrecht verletzt (sog. kaltes Abbrennen), so kann für den an der Hypothek einen Ausfall erleidenden Gläubiger ein Schadenersatzanspruch aus § 823 BGB gegen den Täter gegeben sein (§ 1134 A 3). Haben Dritte dem Eigentümer bei der Wegschaffung mit dem Bewußtsein, daß dadurch der Wert des Grundstücks gemindert und die Sicherheit der Hypothek gefährdet werde, Beihilfe geleistet, so haften sie, auch wenn sich die Beteiligung eines jeden in verschiedenen Einzelhandlungen vollzogen hat, für den ganzen Schaden als Gesamtschuldner mit dem Eigentümer gemäß § 830 Abs 1, 2 (RG Warn 1917 Nr 17). Vor der Einleitung der Zwangsversteigerung steht dem Hypothekengläubiger ein Anspruch auf Zurückschaffung der Gegenstände zu (RG Warn 1910 Nr 403). Der Dritte kann sich ihm gegenüber nicht mit Erfolg darauf berufen, daß der Eigentümer ihm die Gegenstände verkauft oder sonst seine Einwilligung in die Wegnahme erteilt habe. Denn mag die Wegschaffung auch dem Eigentümer gegenüber berechtigt gewesen sein, dem Hypothekengläubiger gegenüber ist sie widerrechtlich (RG 44, 189; 73, 335; Gruch 55, 667; Warn 1915 Nr 118). Den Schutz des Gläubigers gegen eine Pfändung von Zuehör behandelt § 1120 A 5. Wer die Gewähr für die Sicherheit einer Hypothek übernommen hat, kann die Haftung für den Ausfall, den der Gläubiger bei der Zwangsversteigerung erleidet, insoweit ablehnen, als der Ausfall darauf zurückzuführen ist, daß der Gläubiger gegen Verwüstungen, die ihm bekanntgegeben sind, nicht Sicherungsmaßregeln (§ 1134 A 6) getroffen hat (RG 375 1912, 237⁵).

2. Zuehörstücke, auf die sich die Hypothek erstreckt, sind nur solche, die zur Zeit der Hypothekbestellung oder nachher in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt (§ 1120 A 5) und nicht nach den §§ 1121, 1122 von der Haftung frei geworden sind. Getrennte Erzeugnisse, die nicht Zuehörstücke sind, sowie Miet- oder Pachtzinsforderungen stehen überhaupt nicht unter dem Schutz des § 1135, mögen sie auch nach den §§ 1121 ff. für die Hypothek haften. In dieser Hinsicht kann sich der Gläubiger nur durch Beschlagnahme schützen (M 3, 674; OLG 18, 171).

3. Nur die unwirtschaftliche Entfernung (RG Warn 1915 Nr 118; SeuffA 63, 66), nicht auch eine Veräußerung der Zuehörstücke wird hier vorausgesetzt, während nach den §§ 1121, 1122 Zuehörstücke von der Haftung für die Hypothek nur dann frei werden, wenn sie entfernt und veräußert worden sind. Da § 1135 erschöpfend regelt, wann eine Verfügung über Zuehörstücke einer Verschlechterung des Grundstücks im Sinne der §§ 1133, 1134 gleichsteht, kann diese Vorschrift beim Ausschneiden von Zuehörstücken aus der Hypothekenhaftung gemäß § 1122 Abs 2 keine Anwendung finden (RG Warn 1934 Nr 56). Die §§ 24, 25 BGB regeln den Fall der Entfernung durch den Schuldner während des Zwangsversteigerungsverfahrens. Nach § 8 der Bekanntmachung über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. 3. 1918/26. 1. 1937 kann die zuständige Behörde dem Eigentümer oder Besitzer von lebendem oder totem Inventar eines landwirtschaftlichen Grundstücks die Veräußerung oder Entfernung des Inventars oder einzelner Stücke untersagen, wenn hierdurch die ordnungsmäßige Bewirtschaftung des Grundstücks zum Schaden der Volksernährung gefährdet werden würde.

§ 1136

Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet¹), das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten²), ist nichtig³).

§ I 1077 II 1044; M 3 681f.; P 3 578.

1. Nur auf eine Verpflichtung gegenüber dem Hypothekengläubiger (Grundschuld-, Rentenschuldgläubiger) findet § 1136 Anwendung (RG Warn 1908 Nr 381). Der Eigentümer kann sich grundsätzlich nach § 137 Satz 2 jedem Dritten gegenüber mit schuldrechtlicher Wirkung verpflichten, das Grundstück nicht zu veräußern und nicht weiter zu belasten. Nur eine dem Hypothekengläubiger gegenüber eingegangene Verpflichtung dieses Inhalts ist nichtig (RGZ 39 A 160). Daher findet § 1136 z. B. keine Anwendung, wenn der Eigentümer die Verpflichtung eingeht gegenüber einem Pächter oder demjenigen, von dem er das Grundstück käuflich erwirbt. Wird in solchen Fällen zugleich eine Hypothek für den anderen Teil bestellt (z. B. eine Restkaufgeldhypothek für den

Verkaufser), so kommt es darauf an, ob nach dem Vertrage die Abrede zu der Hypothekbestellung berät in Beziehung gesetzt ist, daß anzunehmen ist, sie wäre überhaupt nicht getroffen worden, wenn nicht der andere Teil zugleich Hypothekengläubiger werden sollte. Ist das anzunehmen, so greift § 1136 Maß. Diese Gesetzesvorschrift erfordert also, daß die Verpflichtung vom Eigentümer dem andern gegenüber gerade in seiner Eigenschaft als dinglicher Gläubiger eingegangen ist, daß sie zur Stärkung des dinglichen Rechts dienen soll (RG 55, 78; JW 1912, 145²³; Warn 1912 Nr 81; Gruch 56, 600; SM 1929 Nr 1573; RGZ 39 A 159). Eine solche Beziehung ist nicht anzunehmen, wenn gegenüber dem Veräußerer bei gleichzeitiger Bestellung einer Restkaufgelbhypothek oder einer Hypothek für eine im Falle der Zuwiderhandlung vom Käufer zu zahlende Vertragsstrafe die Verpflichtung eingegangen wird, das Grundstück nur an Personen deutscher Nationalität (nicht an eine Person fremder Nationalität) zu veräußern (RG 55, 78; 73, 17; Gruch 51, 807; Warn 1913 Nr 311; RGZ 42, 280; den umgekehrten Fall des Verbot der Weiterveräußerung an einen andern als den Angehörigen einer bestimmten fremden Nation behandelt RG 77, 419). Auch nicht unter § 1136 fallende Verpflichtungen dieser Art haben aber nach § 137 Satz 1, 2 keine dingliche Wirkung, sondern nur persönliche Wirkung zwischen den Vertragsschließenden. Sie können also auch nicht als dem jebeizmaligen Grundstückseigentümer obliegende Veräußerungsbeschränkungen in das Grundbuch eingetragen werden (RG 73, 18; RGZ 21 A 133; 29 A 246). Ist die vom § 1136 verbotene Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger übernommen, so macht es für ihre Richtigkeit keinen Unterschied, ob die Abrede schon zur Zeit der Hypothekbestellung oder erst später getroffen worden ist (RG Warn 1908 Nr 381). Eine gesetzliche Beschränkung der Belastbarkeit folgt für Heimstätten aus den §§ 17 ff. HeimstättG v. 10. 5. 1920 (dazu JZG 3, 447).

2. Eine von § 1136 erfasste Verpflichtung, das Grundstück nicht zu veräußern, enthält auch die vom Eigentümer übernommene Verpflichtung, einem Hypothekengläubiger für den Fall des Verkaufs einen Gewinnanteil zu gewähren und das Grundstück nicht ohne seine Genehmigung zu veräußern, sofern die Gewinnbeteiligung das Entgelt für die Gewährung eines Darlehns gegen Hypothekbestellung war (RG JW 1912, 145²³). Eine Verpflichtung, das Grundstück nicht weiter zu belasten, liegt auch dann vor, wenn die weitere Belastung mit anderen dinglichen Rechten als Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden (z. B. mit Realkaften) verboten sein soll. Andere unzulässige Vereinbarungen, durch die der Inhalt des Hypothekenrechts abweichend von dem gesetzlichen bestimmt wird, ergeben sich aus § 1149. Zulässig dagegen ist, wie aus § 1179 folgt, eine Vereinbarung, wonach der Eigentümer über die ihm anfallende Eigentümerhypothek nicht verfügen, sondern sie löschen lassen soll. Ferner ist zulässig die Festsetzung des Eintritts der Fälligkeit der Hypothek für den Fall der Veräußerung oder der weiteren Belastung des Grundstücks. Denn dabei handelt es sich nur um die Vereinbarung einer Rückzahlungsbedingung.

3. Nichtig ist die Vereinbarung nicht nur gegenüber Dritten, was schon aus § 137 Satz 1 folgen würde, sondern auch gerade in dem schuldrechtlichen Verhältnis zwischen Eigentümer und Gläubiger (Mot 3, 682; RG JW 1912, 145²³). Der Gläubiger kann also einer der Vereinbarung zuwider geschehenen Veräußerung oder Belastung nicht entgegenreten, auch keinen Schadensersatzanspruch deswegen geltend machen. Ob die Nichtigkeit der Vereinbarung auch andere gleichzeitig getroffene Vertragsabreden nicht macht, bestimmt sich nach § 139 (RG JW 1926, 1959²⁴). Erfolgt die Vereinbarung gleichzeitig mit der Hypothekbestellung, so wird auch diese regelmäßig nichtig sein. Daher hat das Grundbuchamt die Eintragung der Hypothek abzulehnen. Nichtig ist nach § 134 auch die Einigung über die Bestellung einer Hypothek, die sich als eine dem § 1 des (auf Grund des Art 107 GG erlassenen) preuß. Ges. betr. die Zulassung einer Verschuldungsgrenze für land- und forstwirtschaftlich genutzte Grundstücke v. 20. 8. 1906 widersprechende Belastung darstellt (RGZ 46, 220). Ergibt sich für den Grundbuchrichter aus den vorhandenen Eintragungen (wobei nicht nur hypothekarische Rechte, sondern auch andere eingetragene Rechte in Betracht zu ziehen sind), daß durch die neue Belastung die Verschuldungsgrenze überschritten wird, so darf er die Eintragung der Hypothek nicht vornehmen (RGZ 46, 220).

§ 1137

Der Eigentümer kann gegen die Hypothek¹⁾ die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung²⁾ sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden³⁾ geltend machen. Stirbt der persönliche Schuldner, so kann sich der Eigentümer nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Schuld nur beschränkt haftet⁴⁾.

Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht dadurch, daß dieser auf sie verzichtet⁵⁾.

1. § 1137 gewährt gewisse Einreden dem **Eigentümer gegen die Hypothek**, d. h. gegenüber der dinglichen Klage aus der Hypothek (RG 81, 85). Auf die persönliche Klage aus der hypothekarisch gesicherten Forderung bezieht sich § 1137 ebensowenig wie auf die dingliche Klage gegen einen anderen als den Eigentümer (z. B. gegen einen das Hypothekenrecht beeinträchtigenden Dritten). Inwieweit Einreden gegenüber der persönlichen Klage erhoben werden können, bestimmt sich nach den Vorschriften des Rechtsgebiets, dem die gesicherte Forderung angehört, also des Rechts der Schuldverhältnisse, des Familienrechts, des Erbrechts, und nach den Vorschriften des allgemeinen Teiles. Ferner betreffen die Einreden des § 1137 nur die der Hypothek zugrunde liegende Forderung. Weitere Einreden und Einwendungen (über den Unterschied § 886 A 2) können für den Eigentümer gegenüber der dinglichen Klage namentlich auf Grund seines persönlichen Rechtsverhältnisses zum Gläubiger gegeben sein oder gegen das Bestehen des dinglichen Hypothekenrechts überhaupt oder doch gegen das Gläubigerrecht des Klägers sich richten. Aus dem besonderen persönlichen Rechtsverhältnis (nicht zu verwechseln mit dem persönlichen Schuldverhältnis) können Einreden z. B. dem vom persönlichen Schuldner verschiedenen Eigentümer dahin zustehen, daß nach einer mit dem (dinglich klagenden) Gläubiger getroffenen Vereinbarung die Hypothek gegen ihn erst nach Ablauf einer bestimmten Frist oder nach Eintritt eines Ereignisses oder nicht eher, als bis die Zwangsvollstreckung wegen der Hypothekenforderung gegen den persönlichen Schuldner fruchtlos ausgefallen sei, geltend gemacht werden dürfe oder daß der Gläubiger unter gewissen Bedingungen auf die Hypothek verzichten sollte. Solche Einreden kann der Eigentümer nach § 1157 auch einem Rechtsnachfolger des Gläubigers entgegenhalten, soweit nicht der Erwerber durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt ist. Dagegen kann sich der Eigentümer regelmäßig nicht auf Einreden berufen, die seinem Besitzvorgänger zustanden. Denn es handelt sich um Rechte aus einem persönlichen Rechtsverhältnis, die auf den Grundstücksnehmer nur übergehen, wenn er Gesamtnachfolger ist oder sich auf eine Abtretung stützen kann (M 3, 700; § 1157 A 1). — Einwendungen, die sich gegen das Bestehen des dinglichen Hypothekenrechts richten, sind z. B. solche, mit denen geltend gemacht wird: die Hypothek sei im Grundbuch nicht oder nicht richtig oder nicht vollständig (§ 1115) eingetragen; die Einigung über die Hypothekbestellung sei nichtig (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit oder Verfügungsbeschränkung des Bestellenden, wegen Scheingeschäfts) oder durch Anfechtung (z. B. wegen Irrtums, Betrugs, Drohung) nichtig geworden (RG 68, 102; 89, 29); die Hypothek sei wegen des Ausfalls einer aufschiebenden Bedingung nicht entstanden oder durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins erloschen. Eine Anfechtung der Hypothekbestellung muß aber vom Anfechtungsberechtigten erklärt worden sein; das für einen früheren Eigentümer (z. B. den Besteller der Hypothek) begründete Anfechtungsrecht geht nicht auf seinen Sondernachfolger über (M 3, 698). Einem gutgläubigen, rechtsgeschäftlichen Erwerber der Hypothek können die Einwendungen gemäß § 892 nicht entgegengesetzt werden. — Einwendungen gegen das Gläubigerrecht gerade des Klägers sind z. B.: die Hypothek stehe nicht dem Gläubiger zu, obwohl er als Gläubiger eingetragen oder bei der Briefhypothek gemäß § 1155 ausgewiesen sei, sondern dem Eigentümer, weil die Forderung nicht entstanden (§ 1163 Abs 1 Satz 1; RG 68, 97; Warn 1909 Nr 214) oder erloschen (§ 1163 Abs 1 Satz 2; RG 72, 377) oder auf den Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, durch Befriedigung des Gläubigers übergegangen sei (§§ 1143, 1153) oder weil bei einer Briefhypothek der Brief dem Gläubiger nicht vom Eigentümer übergeben sei (§ 1163 Abs 2) oder der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet habe (§ 1168); die Hypothek stehe dem persönlichen Schuldner nach Maßgabe des § 1164 zu; sie sei auf einen Dritten durch Ausübung des Ablösungsrechts gemäß den §§ 268, 1150 übergegangen. Jedoch ist der gutgläubige Erwerber der Hypothek auch gegen diese Einwendungen gemäß § 892 geschützt. — Sämtliche vorbezeichneten Einreden und Einwendungen können gegen alle Hypothekenarten, insbesondere auch gegenüber der dinglichen Klage aus einer Sicherungshypothek (§ 1184) gegeben sein. Sie greifen grundsätzlich auch Platz gegenüber Klagen aus Grundschulden und Rentenschulden (§§ 1192, 1200); ausgenommen sind hier allerdings die Einreden und Einwendungen, die sich gegen die Forderung richten, insbesondere also die Einreden aus § 1137. Bestehen dauernde Einreden gegen die Hypothek, so kann der Eigentümer vom Gläubiger den Verzicht auf die Hypothek verlangen (§ 1169). Die Einrede der Rechtshängigkeit behandeln RG 52, 259 (gegenüber nochmaliger Klage des Bessionars) und 54, 49 (wegen vorheriger Minderungsklage auf Teillösung einer Kaufgelberhypothek), die Begrenzung der Rechtskraftwirkungen RG SMR 1933 Nr 1655.

2. Die dem **persönlichen Schuldner zustehenden Einreden gegen die Forderung** sind dem Eigentümer, auch wenn er nicht selbst der persönliche Schuldner ist, gegenüber der dinglichen Klage aus der Hypothek (A 1) wegen der grundsätzlichen Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung gewährt. Von den Einreden des § 1137 sind zu unterscheiden Einwendungen, durch die behauptet wird, die Forderung sei nicht entstanden oder erloschen (M 3, 698). Diese berühren das Hypothekenrecht selbst nicht, sondern richten sich nur gegen das Gläubigerrecht des Klägers (A 1). Das Reichsgericht hat allerdings mehrfach (RG 68, 102; 91, 223; Warn 1909 Nr 214) angenommen, daß auch derartige Einwendungen (Aufrechnung; Minderung des Kaufpreises;

Nichtigkeit des Kaufgeschäfts im Falle einer Hypothek für eine Kaufpreisforderung) unter § 1137 fallen. Dem ist aber nicht beizutreten (so auch ausdrücklich für die Aufrechnung: RG SeuffA 89 Nr 78). Denn im § 1137 sind nur Einreden im engeren Sinne (§ 886 A 2) gemeint, wonach der Schuldner berechtigt sein soll, die Befriedigung der an sich bestehenden Forderung dauernd oder zur Zeit zu verweigern (R 3, 699; vgl. bezüglich einer Hypothek, deren Forderung gemäß § 607 Abs 2 in eine Darlehnsforderung umgewandelt ist: RG 62, 51; JW 1909, 460¹⁷). In Betracht kommen namentlich die Einreden: der Stundung der Forderung; des nicht erfüllten Vertrags, wenn die Hypothekenforderung durch einen gegenseitigen Vertrag begründet worden ist (§ 321); des Zurückbehaltungsrechts (§ 273) wegen eines Gegenanspruchs des Schuldners (RG 78, 32); der rechtskräftigen Abweisung der Klage wegen der Forderung gegen den persönlichen Schuldner; der Vereinbarung, daß die Forderung nicht klagbar sein solle (RG 67, 390); der Verpflichtung des Gläubigers, die Forderung während einer bestimmten Zeit nicht geltend zu machen (WVJ 53, 175). Ferner ist hierher zu zählen für den Fall, daß die Hypothekenforderung durch ein selbständiges Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 begründet worden ist, die (Verreicherungs-) Einrede aus § 812 Abs 2 dahin, daß ein rechtlicher Grund für das Anerkenntnis nicht vorhanden gewesen oder später weggefallen sei (RG 86, 304), ebenso die Verreicherungs-einrede aus § 821 (RG HR 1934 Nr 862). Gegenüber dem gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerber der Hypothek ist die Geltendmachung solcher Einreden durch § 1138 eingeschränkt. Gänzlich ausgeschlossen ist die Einrede der Verjährung der Forderung hinsichtlich des Kapitalbetrags. Denn nach § 223 Abs 1 hindert die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek besteht, den Gläubiger nicht, seine Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen. Dagegen steht dem Eigentümer gegenüber dem dinglichen (d. h. auf Befriedigung aus dem Grundstück gerichteten) Anspruch auf Rückstände an Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen gemäß § 223 Abs 3 die Einrede der Verjährung der Forderung zu. § 902 Abs 1 Satz 2 läßt auch die Verjährung solcher dinglichen Ansprüche selbst zu. — Eine Ausnahmebestimmung gibt Abs 1 Satz 2 für die Einrede der beschränkten Haftung des Erben des Schuldners (A 4). Weiter kann eine Einrede, daß durch Zwangsvergleich im Konkurse des Schuldners die Forderung herabgemindert sei, nicht geltend gemacht werden, da nach § 193 RD die Hypothek durch den Zwangsvergleich nicht berührt wird. Nicht hierher gehört die Einrede aus einer bei der Hypothekbestellung getroffenen Vereinbarung, daß der Gläubiger sich nur an das belastete Grundstück halten dürfe (über die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung: § 1113 A 7 a. E.). Denn für die dingliche, gerade nur das Grundstück betreffende Klage aus der Hypothek (A 1) ist diese Vereinbarung bedeutungslos (RG 128, 246). — Aus der Art der oben genannten Einreden ergibt sich: Wenn eine Hypothek für eine Forderung gegen mehrere nicht in Verpflichtungsgemeinschaft stehende Schuldner bestellt werden könnte (§ 1113 A 5), so brauchten die Einreden den mehreren Schuldnern nicht gemeinsam zuzustehen, sondern könnten verschieden sein (RG 118, 358).

3. Dem Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, sind auch die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden gewährt, weil er zum persönlichen Schuldner in einem ähnlichen Verhältnis steht wie der Bürge zum Hauptschuldner. Der Eigentümer kann danach (§ 770 Abs 1) die Befriedigung verweigern, solange dem persönlichen Schuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten (z. B. wegen Irrtums, Betrugs, Drohung). Das Anfechtungsrecht selbst steht ihm aber nicht zu. Er hat vielmehr nur die verzögerliche Einrede, bis das Anfechtungsrecht des persönlichen Schuldners (z. B. durch Ablauf der Anfechtungsfrist oder durch Verzicht: A 5) erloschen ist. Hat der Schuldner bereits die Anfechtung erklärt, so ist die Forderung nichtig (§ 142). Dann kann der Eigentümer einen Einwand gegen das Gläubigerrecht des Klägers erheben (A 1). Dasselbe gilt, wenn die Forderung durch Aufrechnung seitens des Schuldners oder des Gläubigers getilgt ist (A 1). Vor der Aufrechnung, die der Eigentümer selbst nicht erklären kann, steht ihm ebenfalls die verzögerliche Einrede zu, solange sich der Gläubiger (nicht auch der Schuldner) durch Aufrechnung der Hypothekenforderung gegen eine fällige Forderung des Schuldners befriedigen kann (§ 770 Abs 2). Die Einrede der Vorausklage (§§ 771 ff.) gegen den persönlichen Schuldner ist dem Eigentümer nicht gewährt. Ist dagegen die Hypothek für die Forderung aus einer Bürgschaftsübernahme bestellt, der Bürge also der persönliche Schuldner der gesicherten Forderung, so kann der Eigentümer die Einrede der Vorausklage gegen den Hauptschuldner als eine dem persönlichen Schuldner (Bürgen) zustehende Einrede (A 2) geltend machen. Wird der Eigentümer mit der dinglichen Klage aus einer Höchstbetragshypothek in Anspruch genommen, so kann er nicht einwenden, daß die Höhe der gesicherten Forderung zunächst gegen den persönlichen Schuldner festgestellt werden müsse; vielmehr ist diese Feststellung auf die dingliche Klage gegen den Eigentümer selbständig zu treffen (RG HR 1930 Nr 1616).

4. Wie dem Bürgen (§ 768 Abs 1 Satz 2), so ist auch dem Eigentümer gegenüber der dinglichen Klage (A 1, 3) die Einrede der beschränkten Haftung des Erben des persönlichen Schuldners (§§ 1975 ff.) ver sagt. Vgl. auch die §§ 1971, 1990 Abs 2, 2016 (durch Aufgebot der Nachlassgläubiger wird der Hypothekengläubiger nicht betroffen; Zwangs- und Arresthypothek nach Eintritt des Erbfalls).

5. Entsprechend der zugunsten des Bürgen (A 3) im § 768 Abs 2 gegebenen Vorschrift soll trotz **Verzichts des persönlichen Schuldners auf eine Einrede** diese dem Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist, erhalten bleiben. Streitig ist, ob Abs 2 sich auch auf „die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden“ des Abs 1 Satz 1 (A 3) bezieht. Dies ist mit der herrschenden Meinung zu verneinen. Aus dem Wortlaut des Abs 2 und seinem Zusammenhang mit Abs 1 Satz 1 ergibt sich, daß die Bestimmung nur „die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden“ des Abs 1 Satz 1 (A 2) betrifft (vgl. auch § 768 Abs 2 mit § 770; W 3, 669). Wenn also der Schuldner auf das ihm zustehende Anfechtungsrecht verzichtet oder durch Verfügung über seine Gegenforderung bewirkt, daß der Gläubiger die Hypothekenforderung nicht mehr aufrechnen kann, so verliert der Eigentümer die in A 3 genannten verzögerlichen Einreden.

§ 1138

Die Vorschriften der §§ 891 bis 899 gelten für die Hypothek¹⁾ auch²⁾ in Ansehung der Forderung³⁾ und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden⁴⁾.

§ I 1083, 1085 II 1046; W 3 694ff., 702f.; B 3 580, 584f.

1. Nur für die Hypothek, d. h. für das dingliche Recht, gilt die Bestimmung des § 1138, nicht auch für das persönliche Schuldverhältnis (RG HR 1934 Nr 870; 1935 Nr 116). Ein Streit lediglich um das dingliche Recht liegt sowohl dann vor, wenn der Gläubiger gegen den Eigentümer dinglich klagt, als auch dann, wenn der Eigentümer dem Gläubiger das dingliche Recht mit der Berichtigungsklage nach § 894 streitig macht (RG 137, 97). Klagt aber der Gläubiger nicht mit der dinglichen Klage aus der Hypothek (gegen den Eigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück), sondern mit der Klage aus dem Schuldverhältnis (gegen den persönlichen Schuldner), so steht ihm die Rechtsvermutung aus § 891 für das Bestehen der Forderung nicht zur Seite. Ebensovienig schützt ihn im Falle des rechtsgeschäftlichen Erwerbs der Forderung von dem ursprünglichen Gläubiger der öffentliche Glaube des Grundbuchs gemäß § 892. Vielmehr muß er hier das Bestehen der Forderung beweisen (RG 49 S. 8, 367; 93, 237; JW 1908, 658⁸⁾) und sich alle Einwendungen entgegensetzen lassen, wie sie sonst einem persönlichen Schuldner gegenüber dem Gläubiger oder dessen Rechtsnachfolger (§§ 404, 407) zustehen (RG 49, 367; 93, 237; Warn 1909 Nr 24; 1914 Nr 245; HR 1934 Nr 870). Dies gilt auch dann, wenn die Schuldklage mit der dinglichen Klage verbunden ist. Die Entscheidung auf die beiden Klagen kann daher unter Umständen verschieden ausfallen (RG 49, 367; Warn 1914 Nr 245). Aus der begrenzten Wirkung des § 1138 für das dingliche Hypothekenrecht folgt auch, daß sich der Hypothekengläubiger im Rechtsstreit mit einem Dritten (z. B. einem Grundstücksäufer, der früher vorübergehend als Eigentümer eingetragen war, aber der Berichtigungsklage des Verkäufers aus § 894 hatte weichen müssen) für den Bestand der persönlichen Forderung nicht auf die Vorschriften der §§ 1138, 892 berufen kann (HR 1937 Nr 696). Auf die Sicherungshypothek (§ 1184) findet § 1138 keine Anwendung (§ 1185 Abs 2). Die Geltung des § 1138 für ältere Hypotheken regeln die Artt 184, 192 GG (RG 47, 229; 52, 101).

2. Die Vorschriften der §§ 891 ff. würden ohne die Bestimmung des § 1138 nicht auch in Ansehung der gesicherten Forderung, sondern nur in Ansehung des dinglichen Rechts als solchen gelten.

3. In Ansehung der Forderung haben die Vorschriften der §§ 891 bis 899, wenn der dingliche Anspruch geltend gemacht wird (A 1), folgende Bedeutung:

a) Nach § 891 gilt die Rechtsvermutung für das Bestehen der Forderung, die sich aus dem Eintragungsvermerk oder aus der in bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergibt. Der klagende Gläubiger, der als solcher eingetragen oder bei der Briefhypothek gemäß § 1155 ausgewiesen ist, kann sich lediglich hierauf beziehen und braucht zur Begründung der Klage das Bestehen der Forderung weder näher darzulegen noch nachzuweisen. Der beklagte Eigentümer muß die Vermutung entkräften. Er muß also beweisen, daß die Forderung nicht entstanden (z. B. das Darlehn nicht ausbezahlt) ist oder nicht mehr besteht (RG 49, 8; 68, 102; OVG 15, 109). Dieser Beweis ist auch dann erbracht, wenn dargetan wird, daß derjenige, der als Bevollmächtigter des Eigentümers bei der Begründung der Forderung aufgetreten ist, keine ausreichende Vollmacht hatte (RG SeuffA 87 Nr 122). Zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung braucht der Eigentümer nur zu beweisen, daß zur Zeit der Eintragung oder im Falle der Briefhypothek zur Zeit der Übergabe des Briefs die Forderung nicht entstanden war; eine spätere Entstehung muß der Gläubiger dargetun (str.; RG 49, 9; a. M. HR 1933 Nr 1646). Bei vorangegangenem Darlehnsversprechen kann aber eine tatsächliche Vermutung für die nachträgliche Darlehnsübergabe sprechen (str.). Ferner genügt der Nachweis, daß aus dem im Grundbuch angegebenen Schuldgrunde eine Forderung nicht erwachsen ist. Behauptet dann der Gläubiger, der Schuldgrund sei unrichtig bezeichnet, die Hypo-

thet sei für eine andere Forderung bestellt, so muß er dies und das Bestehen der anderen Forderung beweisen (RG 49, 302; 57, 321; JW 1901, 92²⁸; DRG 6, 124). Dies gilt auch dann, wenn der Gläubiger von vornherein die Unrichtigkeit des Schuldgrundes zugestieht; der Eigentümer ist dann eines Nachweises überhoben (RG 49, 9; 57, 321). Ist aber die gesicherte Forderung nach dem Grundbuch eine Darlehnsforderung, so trifft den Gläubiger nicht schon dann die Beweislast, wenn er zugesteht, ein bares Darlehn nicht gegeben zu haben. Denn nach § 607 Abs 2 kann eine Darlehnsforderung auch durch die Vereinbarung begründet werden, daß das aus einem anderen Rechtsgrunde geschuldete Geld als Darlehn geschuldet werden solle. Deshalb muß der Eigentümer trotz jenes Zugeständnisses des Gläubigers beweisen, daß eine Umwandlungsabrede nicht getroffen sei oder daß eine Forderung, die in ein Darlehn umgewandelt sein könnte, nicht bestehe oder daß die in die Abrede einbezogene Forderung tatsächlich nicht entstanden sei (RG 57, 322; JW 1905, 318⁴; 1906, 550^{18, 19}; 1910, 576⁸; 1922, 489¹³; Warn 1909 Nr 358; Gruch 49, 912; auch RG 56, 237; JW 1906, 18¹⁷; Gruch 49, 916; 51, 941; 27. 2. 1935 V 298/34; s. jedoch RG 49, 9; 51, 45). Bei der Führung dieses Beweises kann sich der Eigentümer auch auf gesetzliche Auslegungsregeln (z. B. die §§ 1618, 685) berufen (RG HR 1933 Nr 1423). Kommt bei einer als Darlehnshypothek eingetragenen Post eine aus einem Grundstückskauf herkommende, nach § 607 Abs 2 in ein Darlehn umgewandelte Kaufpreisteilforderung als gesicherter Anspruch in Betracht, so erbringt der Eigentümer den ihm obliegenden Beweis zur Widerlegung der Vermutung aus den §§ 1138, 891 nicht schon durch den Hinweis auf die Tatsache, daß in dem gemäß § 313 Satz 1 beurkundeten Vertrag kein entsprechender Kaufpreisteil aufgeführt ist. Denn dieser Vertragsinhalt widerlegt noch nicht die Gegenbehauptung des eingetragenen Hypothekengläubigers, daß in einer nach § 313 Satz 2 geheilten mündlichen Nebenabrede ein solcher Kaufpreisteil vereinbart worden sei (RG Warn 1934 Nr 95). Liegt ein Schuldversprechen nach § 780 oder ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 vor, so muß der Eigentümer es gemäß § 812 Abs 2 entkräften (RG 57, 322; JW 1910, 704³; Gruch 49, 917; 27. 2. 1935 V 298/34); in einer bloßen Kreditzusage kann aber ein die Darlehnshingabe erlegendes Schuldversprechen nach § 780 noch nicht gefunden werden (RG 141, 383). Ist der Eigentümer der angreifende Teil, klagt er z. B. auf Löschungsabwilligung, so trifft ihn zur Begründung der Klage in jedem Falle die volle Beweislast für das Nichtbestehen der Forderung (RG 49, 302; 57, 321; 98, 126; JW 1902, 421¹⁴; 1906, 18¹⁷; 1922, 489¹³; Warn 1909 Nr 358). Dies gilt auch dann, wenn der eingetragene Schuldgrund der Forderung Darlehn ist und der Gläubiger zugesteht, daß die Forderung nicht durch wirkliche Hingabe eines Darlehns begründet worden sei, aber zugleich behauptet, daß die eingetragene Forderung durch die bei der Eintragung zugrunde liegende Schuldburkunde scheinweise zur Entstehung gelangt sei. Denn in diesen Erklärungen liegt keineswegs das Zugeständnis, daß der Hypothek eine rechtsbeständige Forderung überhaupt nicht untergelegt sei. Vielmehr würde, wenn die zuletzt genannte Behauptung richtig wäre, sich daraus immer noch die Entstehung einer rechtsgültigen Hypothek ergeben. Deshalb liegt in einem solchen Falle dem klagenden, sich auf die Nichtentstehung der Hypothek für den Gläubiger stützenden Eigentümer gegenüber den Erklärungen des Gläubigers der Beweis ob, daß die durch die Hypothek gesicherte Forderung auch die von dem Gläubiger behauptete Weise nicht entstanden sein kann und nicht entstanden ist (RG 98, 126). Den Fall einer letztwillig als Ausstattung (§ 1624) zugewendeten „Darlehns“hypothek behandelt RG Warn 1937 Nr 125. — Ist die Hypothek (versehentlich) gelöscht (oder bei Abschreibung des Grundstücks nicht mit übertragen: § 47 Abs 2 GBD), so wird nach § 891 Abs 2 vermutet, daß die Forderung nicht besteht. Der Gläubiger muß also in diesem Falle bei der dinglichen Klage (anders bei der Schuldklage) nicht nur beweisen, daß die Forderung entstanden ist, sondern auch, daß sie noch besteht (str.).

b) Aus der Anwendung des § 892 folgt: Zugunsten des rechtsgeschäftlichen Erwerbers einer Hypothek, der als Gläubiger eingetragen oder bei der Briefhypothek gemäß § 1155 ausgewiesen ist, gilt im dinglichen Streit (A 1) nicht nur das dingliche Recht trotz rechtsunwirksamer Bestellung der Hypothek als rechtsgültig begründet (RG 69, 268), sondern auch die Forderung als bestehend, selbst wenn sie nicht entstanden ist (RG 137, 97; für eine Baugelddarlehnsforderung: RG 77, 157; für eine Kaufpreisforderung bei Nichtigkeit des Kaufgeschäfts: RG 91, 223; Gruch 50, 988; 58, 1023; SeuffA 77 Nr 33) oder inzwischen erloschen war (z. B. durch Aufrechnung getilgt oder im Falle einer Hypothek für eine Kaufpreisforderung durch Minderung des Kaufpreises verringert: RG 91, 223). Diese Vermutung zugunsten der Forderung entfällt (abgesehen von § 325 BGD; dazu JW 1934, 440¹³) nur dann, wenn das Nichtbestehen der Forderung dem Erwerber zur Zeit des Erwerbs oder zur Zeit der Stellung des Antrags auf die (bei der Buchhypothek nach § 1154 Abs 3 erforderliche) Eintragung des Erwerbs bekannt oder aus dem Grundbuch ersichtlich ist (z. B. aus der Vormerkung eines Minderungsanspruches wegen Mängel gegenüber einer Kaufgeldhypothek: Warn 1909 Nr 214) oder bei Briefhypotheken aus dem Brief (§ 1140) hervorgeht (RG 52, 260; 72, 377; Warn 1909 Nr 24; 1922 Nr 14) oder wenn ein Widerspruch gegen die Forderung (unten d) eingetragen ist. Ergibt sich aber aus der Rechtsnatur der Forderung, daß sie beim Eintritt gewisser Ereignisse (z. B. Konkurs des Gläubigers) kraft Gesetzes erlischt, so kann sich derjenige, der die Forderung rechtsgeschäftlich sich hat verpfänden lassen, beim Eintritt des

Erlösungsgrundes nicht auf die §§ 1138, 892 berufen mit der Begründung, ihm sei die Rechtslage insoweit bei der Verpfändung nicht bekannt gewesen (RG 144, 30). Einem Rechtsnachfolger des gutgläubigen, durch die Vermutung geschützten ersten Erwerbers kommt dessen Erwerb auch dann zugute, wenn er selbst bösgläubig ist (§ 892 A 2). Eine Kenntnis des Bestehens von Einwendungen gegen die Hypothekforderung (z. B. von Gegenforderungen, mit denen die Hypothekforderung im Wege der Aufrechnung getilgt wurde) steht die Kenntnis der Art und der wahrheitlichen Berechtigung der Einwendungen voraus; inwieweit diesem Erfordernis genügt ist, muß in freier Würdigung der Verhältnisse des Einzelfalles geprüft werden (RG 78, 33; 21. 2. 1906 V 475/05; 23. 12. 1908 V 101/08; 2. 1. 1909 V 95/08; 8. 3. 1911 V 287/10). Auch ein trotz Kenntnis der den Einwendungen zugrunde liegenden Tatsachen bestehender Rechtsirrtum über das Nichtbestehen von Einwendungen kann die Kenntnis der Einwendungen selbst ausschließen (Prot 6, 222; RG 91, 223; Gruch 50, 988; 58, 1023; JW 1911, 153¹¹; Warn 1912 Nr 392; § 1157 A 4). Nur ist selbstverständlich nicht jeder vom Erwerber aufgestellten Behauptung, daß er sich im Rechtsirrtum befunden habe, ohne weiteres Glauben beizumessen, sondern zu prüfen, ob wirklich Anhaltspunkte für einen Rechtsirrtum gegeben sind (RG 91, 223; Gruch 58, 1023; JW 1911, 153¹¹; Warn 1912 Nr 392; § 892 A 10). Bei einer Tilgungshypothek (Amortisationshypothek) genießt der rechtsgeschäftliche Erwerber den Vertrauensschutz nach den §§ 1138, 892 auch dann, wenn beim Erwerb zwar aus dem Grundbuch (oder aus der dort in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung) ersichtlich oder dem Erwerber bekannt war, daß die Hypothekforderung in Raten getilgt werden mußte und daß die Zahlungstermine teilweise bereits verstrichen waren, wenn er aber damals nicht wußte um die weder aus dem Grundbuch noch aus dem Hypothekenbrief ersichtliche Tatsache, daß die Raten gezahlt waren (RG JW 1934, 1043⁹). — Eine Ausnahme bestimmt § 1159 für Forderungen auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen und auf Erstattung von Kosten.

c) Die Anwendung des § 893 ergibt: Wie in Ansehung des dinglichen Hypothekenrechts, so gilt auch in Ansehung der gesicherten Forderung im Falle der dinglichen Klage (nicht auch der Schuldklage) der Gläubiger, der als solcher eingetragen oder bei der Briefhypothek gemäß § 1155 ausgewiesen ist, zugunsten des Eigentümers, der an ihn eine Leistung auf die Forderung bewirkt oder darüber ein verfügbares Rechtsgeschäft mit ihm vornimmt (z. B. die Zahlungsbedingungen ändert), als der wirklich Berechtigte, es sei denn, daß das Nichtbestehen der Berechtigung dem Eigentümer bekannt oder aus dem Grundbuch ersichtlich ist oder bei der Briefhypothek aus dem Brief (§ 1140) hervorgeht oder daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen ist. Entsprechendes gilt, wenn der (wahre) Gläubiger ein Rechtsgeschäft mit dem Bucheinrentümer, der nicht der wirkliche Eigentümer ist, vornimmt. Bei der Kündigung kommt es aber nach § 1141 Abs 1 Satz 2 auf den guten Glauben des Gläubigers an das Eigentum des Eingetragenen nicht an. Ist an einen früheren Gläubiger geleistet oder mit ihm ein Rechtsgeschäft vorgenommen worden, so finden hinsichtlich der Wirksamkeit gegenüber dem jetzigen Gläubiger die §§ 1156, 1157 Anwendung.

d) Nach den anzuwendenden §§ 894 bis 899 kann der Eigentümer von dem Gläubiger oder dieser von jenem die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen, wenn das Grundbuch in Ansehung der Forderung mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht (§ 894), z. B. wenn eine getroffene Kündigungsbestimmung im Grundbuch nicht eingetragen ist (RGZ 53, 175). Ferner kann der Eigentümer, soweit dies erforderlich ist, auch zunächst die Eintragung des Gläubigers (§ 895) und bei der Briefhypothek die Vorlegung des Briefes (§ 896) verlangen. Die Kosten der Berichtigung regelt § 897, den Ausschluß der Verjährung des Anspruchs § 898. Einen Schutz des Anspruchs gegenüber dritten Rechtserwerbern (§ 892 Abs 1 Satz 1) durch Eintragung eines Widerspruchs gibt § 899. Ist z. B. die Forderung nicht entstanden oder erloschen und steht daher gemäß § 1163 Abs 1 die Hypothek dem Eigentümer zu, so kann dieser von dem zu Unrecht als Gläubiger Eingetragenen die Zustimmung zu seiner Eintragung als Gläubiger verlangen und zur Sicherung dieses Anspruchs die Eintragung eines Widerspruchs veranlassen. Gleiches gilt für die Zustimmung zur Eintragung einer gegen die Forderung bestehenden Einwendung (die „Einreden“ nach § 1137 werden in A 4 behandelt). Eine Sondervorschrift für die Widerspruchseintragung bei einer Darlehnsbuchhypothek wegen des Einwandes der nicht erfolgten Darlehnshingabe enthält § 1139.

4. Die dem Eigentümer nach § 1187 zustehenden Einreden sind dort in A 2, 3 behandelt. Die §§ 891 bis 899 finden aber auch Anwendung auf Einwendungen gegen die Forderung, die sich nicht als solche „Einreden“ kennzeichnen (§ 1137 A 1). Das folgt daraus, daß das Gesetz jene Vorschriften ganz allgemein „auch in Ansehung der Forderung“ gelten läßt (A 3b—d). Die „Einreden“ sind gegenüber einem gutgläubigen Erwerber der Hypothek nach § 892 nicht wirksam. Der Eigentümer kann vom Gläubiger, dem gegenüber die Einreden wirksam sind, gemäß § 894 die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch ihre Eintragung verlangen und sich ihre Geltendmachung gegenüber dritten Rechtserwerbern nach den §§ 892 Abs 1 Satz 1, 899 durch Eintragung eines Widerspruchs sichern (RGZ 53, 175).

§ 1139

Ist bei der Bestellung einer Hypothek für ein Darlehen die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen worden¹⁾, so genügt zur Eintragung eines Widerspruchs²⁾, der sich darauf gründet, daß die Hingabe des Darlehens unterblieben sei³⁾, der von dem Eigentümer an das Grundbuchamt gerichtete Antrag²⁾, sofern er vor dem Ablauf eines Monats nach der Eintragung der Hypothek gestellt wird⁴⁾. Wird der Widerspruch innerhalb des Monats eingetragen, so hat die Eintragung die gleiche Wirkung, wie wenn der Widerspruch zugleich mit der Hypothek eingetragen worden wäre⁵⁾.

§ 1 1085, 1111 II 1047; W 3 703f., 747f.; P 3 584f., 647.

1. Nur für die Darlehnsbuchhypothek gibt § 1139 eine Sondervorschrift gegenüber § 1138 (dort A 3d). Diese Sondervorschrift dient zum Schutz des Eigentümers in dem (regelmäßigen) Fall, daß die Hypothek eingetragen wird und damit der eingetragene, aber nach § 1163 Abs 1 Satz 1 noch nicht wirklich berechnigte Gläubiger die Möglichkeit der Verfügung über die Hypothek erlangt, bevor das Darlehn ausgezahlt ist. Die Vorschrift gilt weder für die Darlehnsbriefhypothek, bei der nach den §§ 1117, 1154, GBD § 42 der Gläubiger erst mit der Übergabe des Briefs die Verfügungsmöglichkeit erlangt und der Eigentümer sich mithin durch Zurückhaltung des Briefs schützen kann, noch bei der Hypothek für eine andere Forderung als das Darlehen. Auch auf Sicherungshypotheken für ein Darlehn (§ 1184) findet § 1139 nach § 1185 Abs 2 keine Anwendung.

2. Zur Eintragung eines Widerspruchs genügt der Antrag des Eigentümers. Eine Eintragungsbewilligung des Gläubigers oder eine einstweilige Verfügung, wie § 899 sie verlangt, ist hier nicht erforderlich. Der beim Grundbuchamt zu stellende einseitige Antrag ist auf die Eintragung eines Widerspruchs dahin zu richten, daß wegen Nichtzahlung des Darlehns die Hypothek nicht dem als Gläubiger Eingetragenen, sondern dem Antragsteller zustehe (§ 1163 Abs 1). Einer Form bedarf der Antrag (materiellrechtlich) nicht. Das Grundbuchamt hat aber die Eintragung nur dann vorzunehmen, wenn der Antrag in der Form des § 29 GBD gestellt ist. Denn es handelt sich nicht um einen reinen Verfahrensantrag im Sinne des § 13 GBD, sondern zugleich um die zur Eintragung erforderliche Erklärung über die unterbliebene Darlehns hingabe (str.).

3. Nur wenn die Einwendung der Nichtzahlung des Darlehns durch Widerspruchseintragung gesichert werden soll, genügt der Antrag des Eigentümers. Wegen der Sicherung anderer Einwendungen verbleibt es bei der Vorschrift des § 899 (§ 1138 A 3d, 4).

4. Das einzige Erfordernis für die Rechtfertigung des Antrags ist, daß er innerhalb Monatsfrist seit der Hypothekseintragung gestellt wird. Eines Nachweises, daß das Darlehn tatsächlich nicht ausgezahlt ist, bedarf es nicht. Im Falle des Streitens über die Darlehns hingabe wird aber durch die Widerspruchseintragung an der Beweislast (§ 1138 A 3) nichts geändert. Der Widerspruch sichert nur dem Eigentümer die Geltendmachung des Einwandes der unterbliebenen Darlehns hingabe gegenüber einem Hypothekerverwerber. Wird der Antrag erst nach Ablauf der Frist gestellt, so kann der Widerspruch nur unter den Voraussetzungen des § 899 eingetragen werden.

5. Die rückwirkende Kraft des innerhalb Monatsfrist eingetragenen (nicht bloß beantragten) Widerspruchs zeigt sich (als Ausnahme von § 892) namentlich darin, daß der Einwand der unterbliebenen Darlehns hingabe auch einem gutgläubigen Hypothekerverwerber gegenüber selbst dann geltend gemacht werden kann, wenn der Erwerb in der Zeit zwischen der Hypothek- und der Widerspruchseintragung stattgefunden hat.

§ 1140

Soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief¹⁾ oder einem Vermerk auf dem Briefe²⁾ hervorgeht³⁾, ist die Berufung auf die Vorschriften der §§ 892, 893 ausgeschlossen⁴⁾. Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Briefe oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruche gleich⁵⁾.

§ 1 1116 II 1048; W 3 756; P 3 659.

1. Stimmen Grundbuch und Hypothekenbrief nicht überein, so ist in der Regel der Inhalt des Grundbuchs maßgebend (§ 1116 A 1). Der Hypothekengläubiger kann sich daher nicht auf einen Inhalt des Hypothekenbriefs berufen, der für ihn günstiger ist als der Inhalt des Grundbuchs. Insbesondere muß er alle aus dem Grundbuch ersichtlichen Einwendungen gegen sich gelten lassen, auch wenn der Hypothekenbrief nichts davon enthält (RG 76, 378; 81, 86; RZA

12, 261). Nur zuungunsten des Hypothekengläubigers sind im § 1140 von jenem Grundsatze abweichende Bestimmungen gegeben (DVG 12, 168). Nach § 1157 gelten sie auch für die dort bezeichneten Einreden des Eigentümers gegen den bisherigen Gläubiger. Um Unstimmigkeiten zwischen Brief und Grundbuch möglichst zu verhüten, sind in der GBD die Vorschriften der §§ 41, 62 (Vorlegung des Briefs, Vermerk der Eintragungen darauf) gegeben. Vgl. auch § 68 Abs 2 GBD (Übertragung der Vermerke auf einen neuen Brief).

2. Ein nachträglicher Vermerk auf dem Hypothekenbriefe, aus dem die Unrichtigkeit des Grundbuchs hervorgeht, steht dem vom Grundbuchamt dem Brief ursprünglich gegebenen Inhalt gleich, auch wenn er kein amtlicher (§ 62 GBD), sondern ein formloser Privatvermerk und gleichviel von wem er auf den Brief gesetzt ist. Z. B. kann ihn auch der Eigentümer auf den Brief setzen, um Einwendungen, die aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind, sich zu erhalten. In Betracht kommt besonders der Vermerk über eine Teilzahlung (§ 1145). Der Gläubiger ist bei teilweiser Befriedigung durch den Eigentümer, einen Ablösungsberechtigten oder den persönlichen Schuldner nach Maßgabe der §§ 1145, 1150 (263), 1167 dem Befriedigenden gegenüber zu einem entsprechenden Vermerk sogar verpflichtet.

3. Aus dem Brief oder dem Vermerk geht die Unrichtigkeit des Grundbuchs hervor, wenn bei Unterstellung der Richtigkeit des ursprünglichen Briefinhalts oder des nachträglichen Vermerks das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht, gleichviel, ob nach dieser Richtung eine bestimmte Tatsache angeführt ist (z. B. Leistung einer Abschlagszahlung, Erlaß eines gerichtlichen Veräußerungsverbots) oder sonst eine Abweichung des Briefinhalts von dem Buchinhalt sich ergibt. Beispielsfall: der Brief lautet der Hypothekbestellung entsprechend über eine Hypothek von 3000 M., das Grundbuch über eine solche von 5000 M.

4. Die Ausschließung der Berufung auf die Vorschriften der §§ 892, 893 bedeutet: Falls das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht (§ 892 Abs 1 Satz 1) und dies aus dem Brief oder einem Vermerk darauf hervorgeht oder falls der Gläubiger mit dem Bucheigentümer ein verfügendes Rechtsgeschäft vornimmt (§ 893) und aus dem Briefinhalt sich der wahre Eigentümer ergibt, können der rechtsgeschäftliche Erwerber der Hypothek oder eines Rechts daran und der verfügende Gläubiger den Inhalt des Grundbuchs auch dann nicht für sich in Anspruch nehmen, wenn gegen die Unrichtigkeit kein Widerspruch eingetragen und ihnen die Unrichtigkeit unbekannt gewesen ist. Ferner muß der rechtsgeschäftliche Erwerber Verfügungsbeschränkungen (§ 892 Abs 1 Satz 2), die auf dem Brief vermerkt sind, gegen sich gelten lassen, auch wenn sie aus dem Grundbuch nicht ersichtlich und ihm nicht bekannt gewesen sind. Auf die Kenntnis von dem Briefinhalt kommt es nicht an. Der Briefinhalt hat aber nicht, wie der Grundbuchinhalt gemäß § 891, die Vermutung der Richtigkeit für sich. Vielmehr muß derjenige, der sich auf den vom Grundbuch abweichenden Briefinhalt beruft, beweisen, daß dieser Inhalt der wirklichen Rechtslage entspricht und das Grundbuch unrichtig ist. Das Grundbuchamt wird aber eine Eintragung bei einer Hypothek, die sich mit dem Briefinhalt in Gegensatz stellen würde, ohne weiteres abzulehnen haben.

5. Aus der Gleichstellung des verbrieften Widerspruchs mit dem gebuchten folgt, daß durch jenen die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ausgeschlossen wird (§ 892 Abs 1 Satz 1), ohne daß der Widerspruch in das Grundbuch eingetragen ist.

§ 1141

Hängt die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung ab, so ist die Kündigung für die Hypothek nur wirksam ¹⁾, wenn sie von dem Gläubiger ²⁾ dem Eigentümer ³⁾ oder von dem Eigentümer ³⁾ dem Gläubiger ²⁾ erklärt wird. Zugunsten des Gläubigers gilt derjenige, welcher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, als der Eigentümer ⁴⁾.

Hat der Eigentümer keinen Wohnsitz im Inland oder liegen die Voraussetzungen des § 132 Abs 2 vor ⁵⁾, so hat auf Antrag des Gläubigers das Amtsgericht, in dessen Bezirke das Grundstück liegt, dem Eigentümer einen Vertreter zu bestellen ⁶⁾, dem gegenüber die Kündigung des Gläubigers erfolgen kann.

§ 1 1079 II 1049; M 3 687ff.; P 3 574ff.

1. Die Wirksamkeit der Forderungskündigung für die Hypothek, d. h. für die Geltendmachung des dinglichen Anspruchs gegen den Eigentümer auf Befriedigung aus dem Grundstück, wird durch § 1141 ausgeschlossen, wenn die Kündigung von dem persönlichen Schuldner, der nicht zugleich der Eigentümer ist, dem Gläubiger oder von diesem jenem erklärt wird. Für die Forderung selbst, also im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem persönlichen Schuldner, ist eine solche Kündigung aber wirksam (DVG 18, 172). Die hierdurch dem Schuldner gegenüber eingetretene Fälligkeit der Forderung berechtigt nach § 1142 auch den Eigentümer, den Gläubiger

zu befriedigen. Das gesetzliche Kündigungsrecht des § 247 Abs 1 Satz 1 gilt auch für die Hypothekenforderung und bedarf zu seiner Erhaltung gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung (ZB 1933, 1333³). Eine gegen § 247 Abs 1 Satz 1 verstoßende Vereinbarung ist nach § 134 nichtig und folglich auch nicht eintragungsfähig (ZFG 16, 133). — Ist die Kündigung gemäß § 1141 erklärt und also für die Hypothek wirksam, so wirkt sie auch für und gegen einen späteren Erwerber des Grundstücks sowie für und gegen einen späteren Rechtsnachfolger des Gläubigers, selbst wenn sie ihnen nicht bekannt und im Grundbuch, in das die Tatsache der Kündigung überhaupt nicht gehört, nicht eingetragen gewesen ist (RG Warn 1911 Nr 244; DLG 30, 197). Denn die Kündigung, von der die Fälligkeit der Forderung nach Gesetz (z. B. beim Darlehn: § 609) oder Rechtsgeschäft abhängt, steht gleich der Erfüllung einer Bedingung, die eingetragen oder unmittelbar durch das Gesetz bestimmt ist (M. 3, 689). Nach § 1156 muß ferner der Rechtsnachfolger des Gläubigers auch eine erst nach der Übertragung der Hypothekenforderung dem bisherigen Gläubiger gegenüber vom Eigentümer erklärte Kündigung gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen war. Die Wirksamkeit der Kündigung gegenüber dem Ersteller des Grundstücks in der Zwangsversteigerung regelt § 54 ZVG. Andererseits ist eine gemäß § 1141 (zwischen Eigentümer und Gläubiger) erklärte Kündigung nicht gegenüber dem persönlichen Schuldner wirksam, macht also diesem gegenüber die Forderung nicht fällig (RG 104, 357; DLG 39, 256). Durch eine solche einseitige Willenserklärung des Gläubigers oder des Eigentümers wird mithin die Hypothek trotz ihrer akzessorischen Natur für sich allein, unabhängig von der persönlichen Forderung fällig (RG 116, 246). Daraus ist zu folgern: Wenn der Gläubiger und der Eigentümer ohne Zuziehung des persönlichen Schuldners die Fälligkeitsbestimmungen ändern, so ist diese Vereinbarung zwar für die Hypothek wirksam, für die persönliche Forderung verbleibt es aber bei den bisherigen Fälligkeitsbestimmungen (DLG 39, 256). Wird durch Vereinbarung zwischen Eigentümer und Hypothekengläubiger die Fälligkeit der Hypothek geändert, ohne daß die Änderung in das Grundbuch eingetragen wird, so wirkt die Vereinbarung nicht gegenüber dem späteren Erwerber des Grundstücks, es sei denn, daß in der Vereinbarung eine Kündigung enthalten ist (RG Warn 1911 Nr 244). Auf Sicherungshypotheken (§ 1184) findet § 1141 keine Anwendung (§ 1185 Abs 2). Da hier die Fälligkeit des dinglichen Anspruchs durch die Forderung bedingt ist, muß die Kündigung zwischen dem persönlichen Schuldner und dem Gläubiger erklärt werden (§ 1185 Abs 4). Für die Grundschuld und die Rentenschuld sind Sondervorschriften in den §§ 1193, 1201, 1202, für die Eigentümergrundschuld in § 1177 Abs 1 gegeben. Eine Form der Kündigung ist nicht vorgeschrieben. Sie kann auch durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers (§ 132 Abs 1) oder durch Klagerhebung (RG 53, 212; ZB 1903, 238³; 1908, 270⁴) erfolgen. Einer Annahme bedarf sie zur Wirksamkeit nicht (§ 130). Sie ist nicht einseitig widerruflich, behält vielmehr ihre Wirkungen für die Gestaltung des Rechtsverhältnisses bis zur Aufhebung und beiderseitigen Willen und wirkt nicht nur gegen den Gesündigten, sondern auch gegen den Kündigenden selbst; der Gesündigte kann sich also auf die durch die Kündigung herbeigeführte Fälligkeit berufen und braucht sich eine einseitige Zurücknahme nicht gefallen zu lassen (RG Gruch 55, 673). — Die Voraussetzungen und den Verlust des von unpünktlicher Zinszahlung abhängigen Kündigungsrechts behandeln RG ZB 1903 Weil 23; Warn 1908 Nr 283; 1913 Nr 223; Gruch 48, 817; 55, 672; DLG 15, 376. Für Verbote oder Beschränkungen der Kündigungsausschließung durch die Landesgesetzgebung findet sich ein Vorbehalt in Art 117 Abs 2 GG, der nicht nur dingliche hypothekarische Rechte betrifft, sondern auch schuldrechtliche Hypothekenforderungen umfaßt (DLG 26, 200; HRR 1934 Nr 557). Die Eingriffe der Übergangs-Gesetzgebung seit 1931 in das Recht des BGB, insbesondere in dessen Fälligkeitsvorschriften für Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden sind behandelt in Vorbem 8 vor § 1113.

2. Die Kündigung kann wirksam erfolgen **von dem oder an den Gläubiger**, der als solcher im Grundbuch eingetragen ist oder bei der Briefhypothek gemäß § 1155 sich ausweist. Auch wenn das Grundbuch oder die Urkunden des § 1155 bezüglich seines Gläubigerrechts unrichtig sind, muß der wahre Gläubiger die Kündigung nach den §§ 893, 1138 zugunsten des Eigentümers gelten lassen, es sei denn, daß zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer die Unrichtigkeit bekannt oder ein Widerspruch gegen das Gläubigerrecht eingetragen war. Bei der Briefhypothek geben die §§ 1160, 1161 Sondervorschriften für den Nachweis der Berechtigung des kündigenden Gläubigers, insbesondere die Verpflichtung zur Vorlegung des Hypothekenbriefs. Sind mehrere Personen Gläubiger, so muß die Kündigung von allen und an alle gemeinschaftlich erfolgen, es sei denn, daß sie Gesamtgläubiger sind (§§ 428, 432). Besondere Bestimmungen sind zu beachten bei der Kündigung von Hypotheken, die verpfändet (§§ 1283, 1284, 1286, 1291) oder mit einem Nießbrauch belastet sind (§§ 1074, 1077, 1080) oder die zum eingebrachten Gut der Ehefrau (§§ 1398, 1403), zum ehelichen Gesamtgut (§§ 1443, 1520 Abs 2, 1549, 1551 Abs 2) oder zu einer Vorerbschaft gehören (§ 2114). Hat der eingetragene Gläubiger die (Brief-) Hypothek zur Sicherungsübergabe an einen andern abgetreten, so ist er nicht mehr zur Kündigung befugt, da der andere nach außen als der Verfügungsberechtigte gilt (DLG 39, 254).

3. Da die Kündigung für die Hypothek nur dann wirksam ist, wenn sie dem Eigentümer oder von dem Eigentümer erklärt worden ist, liegt in der Anmeldung der Hypothek zum Zwangsversteigerungsverfahren noch keine Kündigung nach § 1141 (RG HR 1934 Nr 811). Ferner muß der rechtsgeschäftliche Erwerber eines Grundstücks, wenn eine Kündigung ihm gegenüber oder durch ihn wirksam sein soll, die Auflassung erhalten haben und als Eigentümer eingetragen sein (DVG 34, 214). Hat aber der Erwerber eine vorher ihm gegenüber von dem Gläubiger erklärte Kündigung nicht zurückgewiesen, sondern ausdrücklich oder auch nur stillschweigend gebilligt und wird er demnächst als Eigentümer eingetragen, so ist die Kündigung als von Anfang an wirksam zu erachten (DVG 34, 214). Hat der Erwerber vor der Vollendung seines Eigentumserwerbs dem Gläubiger die Hypothek gekündigt und die Zurücknahme des Kapitals gegen Erteilung der Lösungsunterlagen verlangt, hat aber der Gläubiger diese Erklärungen zurückgewiesen, so bleibt die Kündigung auch nach der Vollendung des Eigentumsübergangs unwirksam. Das gilt insbesondere auch dann, wenn zur Zeit der Kündigung Auflassung und Eigentumsumschreibung schon vorlagen, die Vollendung des Erwerbs aber noch von einer behördlichen Genehmigung abhing. Zwar möchte die später erteilte Genehmigung in Ansehung des Eigentumsübergangs rückwirkende Kraft haben. Daraus folgt aber nicht die Heilung der unwirksamen Kündigung, die der Erwerber während des Schwerezustands ausgesprochen und die der Gläubiger zurückgewiesen hatte (RG 141, 222). Steht eine Hypothek im Grundbuch als für die Lebenszeit des Gläubigers unkündbar eingetragen, haben aber Gläubiger und Eigentümer die Kündbarkeit des Rechts mit bestimmter Frist vereinbart und hat alsdann der Gläubiger dem Eigentümer freigestellt gekündigt, so braucht ein Grundstückserwerber, der das Eigentum schon vor dem Eintritt der durch die Kündigung herbeigeführten Fälligkeit der Hypothek erlangt hat, die Kündigung nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er zu der Zeit, wo der Antrag auf Umschreibung des Eigentums gestellt wurde (§ 892 Abs 2), die von dem Grundbuchinhalt abweichende Vereinbarung über die Kündbarkeit der Hypothek kannte; auf eine Kenntnis von der Kündigung selbst kommt es nicht an (RG 1. 3. 1935 V 323/34). — Bei der Gesamthypothek (§ 1132) ist die Kündigung nur für und gegen den Eigentümer wirksam, in dessen Person sie eintritt (§ 425 Abs 2). Besteht an dem belasteten Grundstück Miteigentum nach Bruchteilen, so muß nach den §§ 741, 744, 747 von allen Miteigentümern und an alle gemeinschaftlich gekündigt werden (RZM 12, 151). Bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand (Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft) bestimmt sich die Berechtigung zur Kündigung und zu deren Entgegennahme nach dem einzelnen Rechtsverhältnis (RZM 12, 151). Unzulässig ist daher die Eintragung, daß im Falle des Übergangs des Eigentums auf eine Mehrheit von Personen jede gegenüber einem der neuen Eigentümer (Miteigentümer, Gemeinschaftler) erklärte Kündigung auch gegen die übrigen Eigentümer wirken soll (RZM 12, 150).

4. Abweichend von den §§ 893, 1138 gilt zugunsten des Gläubigers der im Grundbuch eingetragene Nichteigentümer als Eigentümer, auch wenn zur Zeit der Kündigung dem Gläubiger das Nichteigentum des Eingetragenen bekannt oder ein Widerspruch gegen die Eigentumseintragung eingetragen war (DVG 18, 172). Der wahre Eigentümer muß also eine dem Bucheigentümer gegenüber vom Gläubiger oder eine diesem gegenüber von jenem erklärte Kündigung gelten lassen, während der Gläubiger die Kündigung des Bucheigentümers nicht als für ihn wirksam anzuerkennen braucht. Sind daher z. B. gütergemeinschaftliche Eheleute als Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks eingetragen, so ist (nach § 1443) die Kündigung der Hypothek an den Ehemann auch nach dem Tode der Ehefrau gegenüber dem Manne und den Erben wirksam (DVG 18, 172). Hat aber der Gläubiger selbst wesentlich dem Bucheigentümer gegenüber gekündigt, so kann er nicht nachträglich die Kündigung als unwirksam behandeln, da dies gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

5. Die Voraussetzungen des § 132 Abs 2 liegen vor, wenn der Gläubiger sich über die Person des Eigentümers in einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis befindet oder der Aufenthalt des Eigentümers unbekannt ist.

6. Die Bestellung eines Vertreters des Eigentümers überhebt den Gläubiger der Verzögerung durch eine öffentliche Zustellung (§ 132 Abs 2). Das Verfahren der Bestellung regelt sich nach den §§ 1 ff., 11, 12, 19 RFGG. Es ist mit der Bestellungsverfügung und ihrer Bekanntmachung an den Antragsteller und an den bestellten Vertreter beendigt (RFG 13, 273).

§ 1142

Der Eigentümer ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen¹⁾, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden²⁾ oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist³⁾.

Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen⁴⁾.

1. Unter den im Abs 1 bestimmten Voraussetzungen soll der vom persönlichen Schuldner verschiedene (ebenso *RG* 13, 277; a. *M. DLG* 10, 123; zweifelnd *DLG* 39, 131) **Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers berechtigt** sein. Das Gesetz will ihm damit die Abwendung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§ 1147) ermöglichen. Nach dieser Zweckbestimmung der Vorschrift hat der zum Eigentümer gewordene Ersteher in der Zwangsversteigerung im Zeitraum zwischen der Erteilung des Zuschlags und der Ausführung des Teilungsplans kein Befriedigungsrecht nach § 1142 gegenüber einem Hypothekengläubiger, dessen nach § 91 *BGB* erloschene Hypothek an der Forderung des früheren Eigentümers auf den vom Ersteher zu zahlenden Vererlös sich fortsetzt. Daher kann der Ersteher sich einem solchen Gläubiger gegenüber auch nicht auf eine dem früheren Eigentümer und persönlichen Schuldner zustehende *facultas alternativa* berufen und so seine Barzahlungspflicht herabmindern (*RG* 127, 354). — Aus dem Recht des Eigentümers zur Befriedigung folgt, daß der Gläubiger dessen Leistung auch dann nicht ablehnen kann, wenn der persönliche Schuldner widerspricht. § 267 Abs 2 (Widerspruch des Schuldners im Falle der Leistung durch einen Dritten) findet hier keine Anwendung (*RG Warn* 1909 Nr 348). Der Eigentümer kann ferner, ebenso wie der Schuldner, den Gläubiger auch durch ein nur wörtliches Angebot gemäß § 295 in Annahmeverzug setzen (*RG Warn* 1909 Nr 348). Die Wirkung der Befriedigung ist nach den §§ 1143, 1153 die, daß der (vom persönlichen Schuldner verschiedene) Eigentümer die Forderung mit der Hypothek erwirbt. Ein Dritter kann den Gläubiger nur nach Maßgabe des § 267 an Stelle des Schuldners befriedigen. Ein Recht zur Befriedigung mit der Wirkung des Hypothekerwerbs hat er nicht, es sei denn, daß ihm ein Ablösungsrecht nach den §§ 268, 1150 zusteht. — § 1142 gilt für alle Hypothekenarten, nach § 1192 auch für die Grundschuld (A 4). Die Wirkung der Befriedigung des Grundschuldgläubigers erörtert § 1143 A 6. Eine Verpflichtung des Eigentümers zur Befriedigung im Sinne einer sog. Realobligation besteht nicht (§ 1113 A 6; *DLG* 1, 260; 9, 65). Daher ist auch ein Verzug des Eigentümers als solchen nicht möglich (*ZW* 1937, 894²⁴). Ferner ist die Eintragung einer Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers, die Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen zu befriedigen, unzulässig (*RZM* 11, 156).

2. Wann die Forderung dem Eigentümer gegenüber fällig geworden ist, bestimmt sich nach dem durch Gesetz (§§ 271, 609, 614, 771 ff., 1133; auch § 25 *AufwG*; Vorbem 7, 8 vor § 1113) oder Rechtsgeschäft für den Eintritt der Fälligkeit bestimmten Inhalt der Forderung. Gängt die Fälligkeit von einer Kündigung ab, so muß diese gemäß § 1141 von dem oder an den Eigentümer erfolgt sein (*RG* 111, 401).

3. Wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist, besteht das Befriedigungsrecht des Eigentümers selbst im Falle einer dem § 1141 nicht entsprechenden (A 2) und daher dem Eigentümer gegenüber unwirksamen Kündigung, von der die Fälligkeit abhängt. Nach der Auslegungsregel des § 271 Abs 2, die aber bei Hypothekensforderungen ihrer Natur nach in der Regel nicht Platz greifen wird (*ZW* 1924, 1621¹⁴; *HR* 1935 Nr 738), ist der Schuldner im Zweifel auch schon vor der für die Leistung (durch Gesetz oder Rechtsgeschäft) bestimmten Zeit zur Bewirkung der Leistung berechtigt (*DLG* 28, 90).

4. Daß die Befriedigung auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung seitens des Eigentümers erfolgen kann, ist im Abs 2 zur Vermeidung von Zweifeln bestimmt, weil die Leistung hier nicht sowohl die Tilgung einer Schuld als vielmehr den Erwerb einer Forderung (A 1) bezweckt (M 3, 694). Zugleich enthält Abs 2 hinsichtlich der Aufrechnung eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß ein Dritter eine ihm fremde Schuld wider Willen des Gläubigers nicht durch selbständige Erklärung der Aufrechnung tilgen kann (§ 387; *RG* 78, 384). Der Eigentümer kann danach auch dann, wenn er mit der dinglichen Klage aus der Hypothek belangt wird, eine ihm zustehende persönliche Forderung gegen den Hypothekengläubiger einredeweise zur Aufrechnung stellen. Für die Hinterlegung sind die §§ 372 ff., für die Aufrechnung die §§ 387 ff. maßgebend. Der Eigentümer kann daher insbesondere (§ 387) nur mit einer ihm selbst zustehenden Gegenforderung aufrechnen. Auf Grund einer Aufrechnungsbefugnis des persönlichen Schuldners steht ihm nach den §§ 1137, 770 Abs 2 nur eine verzögerliche Einrede zu (§ 1137 A 3). Im Falle des Konkurses über das Vermögen des Gläubigers sind für die Zulässigkeit der Aufrechnung die §§ 53, 55 *KD* maßgebend. Auch gegenüber einer Grundschuld kann der Eigentümer mit einer persönlichen Forderung aufrechnen. Denn § 1142 ist gemäß § 1192 auf die Grundschuld entsprechend anzuwenden (*Prot* 4, 505; *RG* 78, 409; *ZW* 1910, 704²; *Gruch* 58, 1038; *Warn* 1914 Nr 323). Das gilt selbst dann, wenn die Grundschuld zu einer Konkursmasse gehört (*RG ZW* 1910, 704²; *Gruch* 58, 1038). Dagegen ist der Gläubiger einer Hypothek oder Grundschuld nicht berechtigt, eine Gegenforderung des Eigentümers (der nicht persönlicher Schuldner ist) wider dessen Willen zur Aufrechnung zu ziehen. Denn er hat aus dem dinglichen Hypothekenrecht keinen Anspruch auf Zahlung schlechthin gegen den Eigentümer, sondern nach den §§ 1113, 1147, 1192 nur ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung. Mithin sind der Anspruch und die Gegenforderung nicht im Sinne des § 387 auf gleichartige Leistungen gerichtet. Dies bestätigen auch die §§ 592 Satz 2, 688 Abs 1 Satz 2, 794 Nr 5 Satz 2 *BPD*, in denen die Gleichstellung des Anspruchs aus einer Hypothek mit dem Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme für die dort beregelten Verfahren besonders bestimmt worden ist (*Prot* 4, 603; *RG Warn* 1914 Nr 323;

DOG 12, 305). — Die Vorschrift des § 1142 Abs 2 ist zwingendes Recht. Eine ihr zuwiderlaufende Vertragsklausel kann also nicht durch Eintragung ins Grundbuch verbindlich werden (HR 1933 Nr 911; ZZ 13, 275). Eine Aufrechnung des Eigentümers mit nur einem Teil der Gegenforderung ist in Anbetracht des den §§ 266, 242 zugrunde liegenden Rechtsgedankens unstatthaft, weil sich für den Gläubiger namentlich durch Vervielfältigung der ihm nach den §§ 1144, 1145 Satz 2 obliegenden Verpflichtungen erhebliche Belästigungen durch die stückweise erfolgende Befriedigung ergeben würden (RG 79, 359; DOG 28, 90).

§ 1143

Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner¹⁾, so geht, soweit²⁾ er³⁾ den Gläubiger⁴⁾ befriedigt⁵⁾, die Forderung auf ihn über⁶⁾. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 Abs 1 finden entsprechende Anwendung⁷⁾.

Besteht für die Forderung eine Gesamthypothek, so gelten für diese die Vorschriften des § 1173⁸⁾.

§ I 1094, 1095 II 1051; Nr 3 725ff.; B 3 607f., 631ff.

1. § 1143 findet nur dann Anwendung, wenn der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner ist (RG 81, 77). Beispielsfälle: Der Eigentümer hat zwar im Kaufvertrag mit dem früheren Eigentümer und persönlichen Schuldner die Hypothek übernommen, der Gläubiger hat aber die Schuldbüchse nicht gemäß den §§ 415, 416 genehmigt (RG 80, 319; RGZ 27 A 279; RZM 5, 213; A 3); der Eigentümer hat das Grundstück verkauft, der Käufer die Hypothek übernommen, der Gläubiger die Schuldbüchse genehmigt, vor der Übertragung des Grundstücks an den Käufer (den neuen persönlichen Schuldner) hat aber der Verkäufer den Gläubiger befriedigt, so daß für ihn eine Eigentümerhypothek im Sinne des § 1177 Abs 2 entstanden ist (RG 121, 42). Ist dagegen der Eigentümer selbst der persönliche Schuldner, so erlischt gemäß § 362 die Forderung durch die Befriedigung in der Regel. Dann geht auf ihn gemäß den §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 nur das dingliche Recht als Grundschuld über (RG 80, 319). Hat er jedoch als Gesamtschuldner oder als Mitbürge für die Schuld Hypothek bestellt, so geht auf ihn durch die Befriedigung nach den §§ 426 Abs 2, 774 Abs 2 die Forderung und somit nach den §§ 412, 401, 1153 Abs 1 auch die Hypothek insoweit über, als er von den übrigen Schuldnern oder von den Mitbürgen Ausgleichung verlangen kann. Im übrigen erlischt die Forderung auch in diesem Falle; insoweit erlangt er auch hier nur das dingliche Recht als Grundschuld (RGZ 50, 209; A 3). Sind Eigentümer Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft, also Gemeinschaft zur gesamten Hand, und befriedigt einer der Miterben den Gläubiger nicht aus Mitteln des Nachlasses im Namen aller Miterben, sondern aus eigenen Mitteln in eigenem Namen, so ergibt sich folgende Rechtslage: War der Erblasser persönlicher Schuldner der Forderung und hatten daher die Erben nach § 2058 für diese gemeinschaftliche Nachlassverbindlichkeit als Gesamtschuldner, so geht die Forderung mit der Hypothek in Höhe des dem Befriedigenden gegen seine Miterben zutreffenden Ausgleichungsanspruchs auf den Befriedigenden über; im übrigen erlischt die Hypothekenforderung und fällt die Hypothek als Grundschuld der Erbengemeinschaft zu (RGZ 50, 208).

2. Soweit der Gläubiger befriedigt wird, tritt der Forderungsübergang ein. Bei teilweiser Befriedigung also hinsichtlich des Teilbetrags. Auch die Leistung von Tilgungsbeiträgen auf Amortisationshypotheken, für die der zahlende Eigentümer nicht persönlich haftet, bewirkt den Übergang der Forderung in Höhe der gezahlten Beträge, da die Tilgungsbeiträge, auch wenn sie als Zuschläge zu den Zinsen festgesetzt werden, nicht neben dem Kapital, sondern als Kapitalteile zu dessen allmählicher Tilgung zu entrichten sind (RG 54, 92; RZM 3, 138; RGZ 26 A 147; § 21 HypBankG v. 13. 7. 1899). Anderes kann jedoch auf Grund des Vorbehalts für die Landesgesetzgebung im Art 167 GG für landschaftliche oder ritterschaftliche Pfandbriefhypotheken gelten, wenn nach der Satzung die Tilgungsbeiträge zu einer Tilgungsmasse anzusammeln sind (RG 27, 219; Urn 32, 402; RGZ 20 A 206, 319). Betrifft die Befriedigung nur Rückstände von Zinsen und sonstigen Nebenleistungen oder Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, so findet insoweit zwar auch die Übertragung der Forderung auf den Eigentümer statt, aber die Hypothek für diesen Forderungsteil erlischt hier gemäß § 1178 Abs 1 (unten A 6; § 1178 A 3, 4). — Durch die teilweise Befriedigung erlangt der Eigentümer die Rechte aus den §§ 1144, 1145 auf die Urkunden zur Berichtigung des Grundbuchs, den Vermerk der Teilbefriedigung auf dem Hypothekenbrief und die Herstellung eines Teilhypothekenbriefs. Der dem Gläubiger verbleibende Rest der Hypothek hat aber den Vorrang vor dem auf den Eigentümer übergehenden Teil, weil nach den §§ 1143 Abs 1 Satz 2, 774 Abs 1 Satz 2, 1176 der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann (RG 126, 181).

3. Voraussetzung für den Forderungsübergang ist, daß der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner (A 1) ist, die Befriedigung des Gläubigers bewirkt. Daß er (z. B. der Erbe des bis-

herigen Eigentümers) als Eigentümer eingetragen ist, verlangt das Gesetz nicht. Will er aber demnächst über die Hypothek verfügen, so kann sich das Bedürfnis für seine Eintragung formell-rechtlich aus den §§ 39, 40 GBD ergeben. Auf die Befriedigung durch einen früheren oder einen zukünftigen Eigentümer (der z. B. das Grundstück gekauft, aber noch keine Auflassung erhalten hat) findet § 1143 ebensowenig Anwendung wie auf die Befriedigung durch einen sonstigen Dritten (RÖZ 26 A 303; RZA 4, 233). Regelmäßig erlischt in diesen Fällen die Forderung (§ 267; RG 94, 90; 96, 139) und erlangt der Eigentümer das dingliche Recht als Grundschuld (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1; RG 93, 236), gleichviel, ob der Dritte (z. B. der frühere Eigentümer) persönlicher Schuldner ist oder nicht. Nur ausnahmsweise geht die Forderung und damit zugleich die Hypothek (§§ 412, 401, 1153) auf den befriedigenden Dritten über (RÖZ 41, 251; ZFG 1, 498). Dies ist der Fall (RG 96, 139), wenn der Dritte: persönlicher Schuldner ist und vom Eigentümer (z. B. im Falle der vom Gläubiger nicht genehmigten Schuldübernahme: A) 1) Ersatz verlangen kann (§ 1164; RG 93, 236; RÖZ 26 A 303); Ablösungsberechtigter nach Maßgabe der §§ 268, 1150 ist (RG 53, 404; 93, 237); zugleich mit dem Eigentümer Gesamtschuldner oder Mitbürge ist und von dem Eigentümer Ausgleicheung verlangen kann (§§ 426 Abs 2, 774 Abs 2; RG 93, 237; RÖZ 26 A 150; 28 A 124; ZFG 1, 498; A 1); Bürge und der Eigentümer Hauptschuldner ist (§ 774 Abs 1; RG 53, 403; 93, 236; RÖZ 26 A 150; RZA 12, 251); als nicht unbeschränkt haftender Erbe des Eigentümers im Nachlaßkonkurs eine Nachlaßverbindlichkeit aus eigenen Mitteln berichtigt (§ 225 Abs 2 RD; RG 55, 160). Kein Dritter ist der Konkursverwalter im Konkurse des Eigentümers. Die Befriedigung durch ihn bewirkt ebenso den Übergang der Forderung nebst Hypothek auf den Eigentümer wie die Befriedigung durch diesen, mit der Maßgabe, daß die Hypothek in die Konkursmasse fällt, weil der Erwerb aus Mitteln der Masse erfolgt (DÖW 9, 378). Ferner steht die Befriedigung durch einen Dritten im Namen und mit Vertretungsmacht oder Genehmigung des Eigentümers der Befriedigung durch diesen gleich (RÖZ 41, 250). Zahlt anderseits der Eigentümer nicht in seiner Eigenschaft als Eigentümer, sondern für den Schuldner (z. B. wegen einer ihm obliegenden Befreiungspflicht), so findet § 1143 keine Anwendung. Vielmehr erlischt die Forderung gemäß § 362; lediglich das dingliche Recht, die Hypothek, geht hier nach den §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 als Grundschuld auf den Eigentümer über (RG 80, 319; 143, 287; RZA 5, 210; RÖZ 27 A 280). Wenn der Eigentümer die Hypothek übernommen hat, die Schuldübernahme aber vom Gläubiger nicht genehmigt ist (A 1), so ist anzunehmen, daß der zahlende Eigentümer zur Erfüllung der ihm nach § 415 Abs 3 gegenüber dem persönlichen Schuldner obliegenden Verpflichtung und zur Tilgung der Schuld, also für den persönlichen Schuldner die Zahlung leistet, es sei denn, daß besondere Umstände vorliegen, aus denen zu entnehmen wäre, daß er trotz seiner Verpflichtung nur für sich als Eigentümer hat zahlen wollen (RG 80, 320; 143, 287). — Wenn der Gläubiger einer Hypothek, die auf dem ganzen, mehreren Miteigentümern gehörenden Grundstück (§ 1132 A 4) lastet, von einem Miteigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, in eigenem Namen (nicht im Namen aller Miteigentümer: RG 51, 398; RZA 8, 61) befriedigt wird, so erwirbt der befriedigende Miteigentümer gemäß den §§ 1143, 1153, 1009 die Hypothek als solche (Forderung nebst Hypothek) im ganzen Umfang (nicht etwa nur zu einem Bruchteil) und an dem ganzen Grundstück (str.; RG Grund 55, 670; a. M. RÖZ 41, 245; DÖW 18, 173). Ist die Hypothek aber an jedem Anteil der Miteigentümer gesondert bestellt (§ 1132 A 1), so ist § 1173 entsprechend anzuwenden. Dann erwirbt also der den Gläubiger befriedigende Miteigentümer die Forderung nebst der Hypothek nur an seinem Anteil; die Hypothek an dem anderen Anteil erlischt, sofern dem Befriedigenden nicht ein Ersatzanspruch gegen den anderen Miteigentümer zusteht (RÖZ 41, 245). Die Rechtsfolgen, die eintreten, wenn der befriedigende Miteigentümer auch persönlicher Schuldner ist, erörtert § 1163 A 6. Der Fall, daß Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft Eigentümer und zugleich persönliche Schuldner sind und die einer von ihnen aus eigenen Mitteln den Gläubiger befriedigt, ist in A 1 besprochen. Sind die Miterben nicht zugleich persönliche Schuldner, so erwirbt der Befriedigende, der zwar nach § 2033 nur über seinen Anteil an dem ganzen Nachlaß, nicht über seinen Anteil an dem Grundstück als einzelнем Nachlaßgegenstand verfügen kann, aber als Teilhaber der Eigentümergemeinschaft zur gesamten Hand doch im Sinne des § 1143 als „Eigentümer“ anzusehen ist, nach den §§ 1143 Abs 1, 1153 die ganze Forderung nebst der Hypothek (str.; a. M. RÖZ 50, 208; die Hypothek wird nach § 1163 Abs 1 Satz 2 zur Eigentümergrundschuld zugunsten der Erbengemeinschaft). Befriedigt er dagegen den Gläubiger aus Mitteln des Nachlasses für diesen, so geht nach den §§ 1143 Abs 1, 1153, 2041 die ganze Forderung nebst der Hypothek auf die Erbengemeinschaft über. Wird eine Hypothek, mit der ein zu einer Vorerbschaft gehörendes Grundstück belastet ist, von dem Vorerben (der nach den §§ 2100 ff. als Eigentümer des Grundstücks gilt: RÖZ 50, 211) mit eigenen Mitteln bezahlt, so geht, je nachdem die persönliche Schuld eine Nachlaßverbindlichkeit ist oder nicht, die Hypothek nach den §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 als Eigentümergrundschuld oder nach § 1143 als Eigentümerhypothek (§ 1177 Abs 2) auf den Vorerben persönlich über. Sie fällt also nicht in den Nachlaß (str.; RÖZ 50, 210). Zahlt der Vorerbe dagegen mit Mitteln der Erbschaft, so gehört, je nachdem die persönliche Schuld eine Nachlaßverbindlichkeit ist oder nicht, die nach den §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 entstehende Eigentümergrundschuld oder die nach den §§ 1143, 1153 mit der

Hypothek übergehende Forderung gemäß § 2111 Abs 1 Satz 1 („zur Erbschaft gehört, was der Vorerbe durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erworbt“) zum Nachlaß (str.; RGZ 43, 263; 50, 212).

4. Der wirkliche Gläubiger muß befriedigt sein. Ist aber an den eingetragenen oder bei der Briefhypothek an den gemäß § 1155 sich ausweisenden Gläubiger Zahlung geleistet, ohne daß der Empfänger der wirkliche Gläubiger ist, so gilt gemäß § 893 zugunsten des gutgläubigen Eigentümers die Zahlung als an den wahren Gläubiger erfolgt.

5. Die Befriedigung kann nach § 1142 Abs 2 auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung erfolgen (§ 1142 Abs 4). Einen besonderen Fall dieser Art regelt § 1171 (Ausschlußurteil). Ob die Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer freiwillig (§ 1142) oder im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§ 1147) bewirkt wird, ist gleichgültig. Im zweiten Falle wird der Befriedigungswille des Eigentümers durch die Zwangsvollstreckung ersetzt (str.; Brot 6, 257; RG 81, 77; RZM 11, 304). Jedoch besteht insofern ein Unterschied, als bei der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung nur die Forderung, nicht auch die Hypothek auf den Eigentümer übergeht; die Hypothek erlischt nach § 1181 (RG 81, 78).

6. Die Forderung geht über kraft Gesetzes, ohne daß es einer Übertragungserklärung des Gläubigers, der Eintragung in das Grundbuch und bei der Briefhypothek der Übergabe des Briefes (§ 1154) bedarf (OLG 35, 331). Mit der Forderung gehen nach den §§ 412, 401, 1153 auch die Nebenrechte (dazu gehören aber nicht die nur zur Sicherheit übertragenen Rechte: RG 89, 195; 91, 279; SeuffA 66, 408), insbesondere die Hypothek, auf den Eigentümer über, so daß dieser nunmehr Gläubiger der Hypothek ist (RZM 12, 252). In RG 85, 363 ist dahingestellt gelassen, ob und inwiefern der Rechtsübergang sich auch erstreckt auf den Anspruch gegen einen Bürgen. Für den Fall des § 1225 (Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verpfänder, der nicht der persönliche Schuldner ist) wird allerdings die Ansicht vertreten, daß der Anspruch gegen einen Bürgen nicht oder doch nur beschränkt auf den Verpfänder übergehe. Diese Meinung beruht darauf, daß im § 1225 außer § 774 Abs 1 auch § 774 Abs 2 (Mitbürgen haften einander nur nach § 426) für entsprechend anwendbar erklärt ist (§ 1225 Abs 2, 3). § 1143 Satz 2 schreibt aber nur die entsprechende Anwendung des § 774 Abs 1 vor. Auch sonst ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen, daß die aus dem Übergang der Forderung nach den §§ 401, 412 sich ergebende Regel des Übergangs bei dem Anspruch gegen einen Bürgen im § 1143 nicht oder nur mit Einschränkung gelten soll. Es wird daher für § 1143 bei dieser Regel sein Bewenden haben müssen. § 775 gewährt nur unter gewissen Voraussetzungen dem Bürgen gegen den Hauptschuldner einen Anspruch auf Befreiung von der Bürgschaft (str.; OLG 35, 331). Befriedigt der Bürge den Eigentümer, auf den die Hauptforderung nebst dem Anspruch aus der Bürgschaft übergegangen ist, so erlischt die Bürgschaft. Gemäß den §§ 774 Abs 1 Satz 1, 1153 geht dann die Forderung nebst der Hypothek auf den Bürgen über. Wenn demnach der Eigentümer als dinglicher Schuldner, um die Zwangsversteigerung seines Grundstücks abzuwenden, wiederum den zum Hypothekengläubiger gewordenen Bürgen befriedigt, so geht auch wieder die Forderung nebst der Hypothek auf ihn über, nunmehr aber nicht der Anspruch gegen den Bürgen, da die Bürgschaft erloschen ist. Läßt es der Eigentümer jetzt zur Zwangsversteigerung kommen, so stellt sich heraus, ob und in welcher Höhe der Bürge dafür, daß er den ursprünglich zum Gläubiger der Hauptforderung gewordenen Eigentümer befriedigt hat, aus dem Grundstück Ersatz erlangt (OLG 35, 332). — Für den Übergang der Hypothek gelten folgende Einschränkungen: Nur die Hypothek für die Hauptforderung und die laufenden Zinsen geht über. Die Hypothek für Rückstände an Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu ersetzen sind, erlischt gemäß § 1178 Abs 1; insofern erlangt also der Eigentümer nur die persönliche Forderung (RG 55, 162; 143, 282; A 2). Ferner kann die Hypothek, solange sie mit dem Eigentum in einer Hand vereinigt ist, nach § 1177 Abs 2 nur unter dem für die Eigentümergrundschuld im § 1197 vorgeschriebenen Beschränkungen geltend gemacht werden. Im übrigen gehen Forderung und Hypothek so über, wie sie dem bisherigen Gläubiger zustanden. Insbesondere kann der Eigentümer auch die Schuldklagen gegen den persönlichen Schuldner erheben. Ob und was für ein Rechtsverhältnis hinsichtlich der Richtigkeit der Forderung zwischen ihm und dem persönlichen Schuldner besteht, ob er von diesem Ersatz beanspruchen kann oder nicht, ist für den Übergang gleichgültig. Selbst der Umstand, daß der Eigentümer dem Schuldner gegenüber zu der Befriedigung verpflichtet war (z. B. wegen einer vom Gläubiger nicht genehmigten Schuldübernahme: A 1), hindert den Übergang nicht, sofern nur der Eigentümer für sich (als Eigentümer: A 3) die Zahlung leistet (RGZ 27 A 280; RZM 5, 213). Der Schuldner kann aber auf Grund des zwischen ihm und dem Eigentümer bestehenden Rechtsverhältnisses Einwendungen gegen die Schuldklagen erheben (A 7). Ferner stehen dem Schuldner gemäß § 412 die Einwendungen zu, die bereits zur Zeit des Übergangs der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger bestanden (§ 404), aber auch sonstige Einwendungen, die das Gesetz dem Schuldner im Falle der Übertragung einer Forderung dem neuen Gläubiger gegenüber gewährt (§§ 406—408). Z. B. kann der Schuldner geltend machen, daß die Forderung durch Zahlung oder durch Erlaß (§ 397) erloschen sei. Die Forderung gilt zwar auch in diesen Fällen, wenn der zahlende Eigentümer gutgläubig ist, gemäß den §§ 892, 1138 als fortbestehend, aber nur in Ansehung der

Hypothek, nicht in Ansehung des persönlichen Schulverhältnisses (§ 1138 A 1). Der Eigentümer hat ferner die Rechte aus § 1144 auf Aushändigung der zur Grundbuchberichtigung erforderlichen Urkunden und bei Briefhypotheken auf Aushändigung des Briefes. An dem Hypothekenbrief erlangt er übrigens im Falle voller Befriedigung des Gläubigers gemäß § 952 das Eigentum, so daß er ihn von jedem Besitzer herausverlangen kann. Den Fall der teilweisen Befriedigung erörtert A 2. Durch eine Veräußerung des Grundstücks gehen dem Eigentümer die durch den Übergang erlangten Rechte nicht verloren (RGZ 26 A 303; 28 A 136). — Auch auf Sicherungshypotheken findet § 1143 mangels einer gegenteiligen Bestimmung (§ 1185 Abs 2) Anwendung (RG 65, 417). Bei der Grundschuld ist der Eigentümer nicht „persönlicher Schuldner“. Die durch § 1192 gebotene entsprechende Anwendung des § 1143 Abs 1 Satz 1 führt aber dazu, daß infolge der Befriedigung des Gläubigers wegen des Grundschuldkapitals durch den Eigentümer die Grundschuld ebenfalls auf diesen übergeht. Dies wird bestätigt durch den von der Redaktionskommission 2. Lesung für die Grundschuld aufgestellten ersten Entwurf, dessen § 1139b Abs 2 lautet: „Soweit der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, geht die Grundschuld auf ihn über“ (Prot 4, 505; RG 60, 247; 78, 67; Warn 1934 Nr 93; RZA 9, 125). Der Übergang ist nicht etwa aus § 1163 Abs 1 Satz 2 zu entnehmen (§ 1192 A 1 Abs 3). Ein Grundstückseigentümer, der Eigentümergrundschulden als Sicherheit für die persönliche Schuld eines andern hingegeben hat, kann von dem Gläubiger, der sich aus den Grundschulden befriedigt, die Abtretung der Forderung gegen den persönlichen Schuldner verlangen. Das folgt zwar nicht aus § 1143, läßt sich aber aus der wirtschaftlichen Verwandtschaft zwischen der Sicherungsabtretung einer Eigentümergrundschuld und der Bestellung einer Hypothek für eine Fremdschuld herleiten (RG 150, 374). — Wird ein Hypothekengläubiger, nachdem seine Hypothek durch Zuschlag des belasteten Grundstücks in der Zwangsversteigerung gemäß den §§ 52 Abs 1, 91 Abs 1 ZVG erloschen ist, von dem bisherigen Eigentümer (Vollstreckungsschuldner) befriedigt, so geht auf diesen mit der Forderung auch der an die Stelle der Hypothek getretene Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse (§ 1168 A 1) über; der zahlende frühere Eigentümer kann also im Verteilungstermin den Erlöseanteil für sich in Anspruch nehmen (RG 65, 418).

7. Die entsprechende Anwendung des § 774 Abs 1 ergibt: Wie der Hauptschuldner gegenüber dem Bürgen, auf den die Forderung infolge Befriedigung des Gläubigers übergegangen ist, so kann auch der persönliche Schuldner der Hypothekenforderung gegen die Schuldklage des nach § 1143 Abs 1 Satz 1 zum Gläubiger gewordenen Eigentümers (A 6) Einwendungen aus einem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis nach § 774 Abs 1 Satz 1, 3 geltend machen, z. B. die Einrede, daß der Eigentümer: ihm die Forderung gestundet habe; die Zahlung an den Gläubiger auf Grund eines Schenkungsverprechens für ihn geleistet habe; infolge der vom Gläubiger nicht genehmigten Schuldübernahme beim Kauf des früher ihm gehörigen Grundstücks zur Bezahlung der Schuld verpflichtet gewesen sei (RG 143, 287; RGZ 27 A 279; RZA 5, 213; A 3). Ferner kommt die Einrede des persönlichen Schuldners, daß er die Schuld ohne eigenes Interesse, nur aus Gefälligkeit für den Eigentümer eingegangen sei und von diesem das Verprechen erhalten habe, nicht in Anspruch genommen zu werden, für die Anwendung des § 1143 Abs 1 Satz 1 in Betracht (RG SeuffA 88 Nr 96). Der persönliche Schuldner kann die auf § 1143 gestützte Klage auch durch die Einwendung abwehren, daß ihm selbst, wenn er den Gläubiger befriedigt hätte, der § 1164 zur Seite stehen würde (RG 143, 278). Die Anwendung des § 774 Abs 1 Satz 2 im Falle der teilweisen Befriedigung erörtert A 2. Bei der Grundschuld kommt die im § 1143 Abs 1 Satz 2 angeordnete entsprechende Anwendung des § 774 Abs 1 nicht in Frage, da ihr eine persönliche Forderung nicht zu Grunde liegt; bei ihr ist also nur § 1143 Abs 1 Satz 1 anwendbar (A 6; RG Warn 1934 Nr 93).

8. Nur für die Gesamthypothek gelten die Vorschriften des § 1173. Der Übergang der durch die Gesamthypothek gesicherten Forderung auf den befriedigenden Eigentümer eines der belasteten Grundstücke vollzieht sich nach den Vorschriften des § 1143 Abs 1 ebenso wie bei der durch Einzelhypothek gesicherten Forderung, vorausgesetzt, daß der Eigentümer nicht persönlicher Schuldner ist. Befriedigen mehrere Eigentümer, die nicht persönliche Schuldner sind, den Gläubiger zum Teil, so geht die Forderung zu den geleisteten einzelnen Teilbeträgen auf sie über. Die Hypothek dagegen erlangt der Eigentümer, soweit er den Gläubiger befriedigt (bei nur teilweiser Befriedigung mit Vorrang des Restes: § 1176 u. oben A 2), nach § 1173 nur an seinem Grundstück, es sei denn, daß er von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder von dessen Rechtsvorgänger Erfaß verlangen kann (§ 1173 nebst Bem).

§ 1144

Der Eigentümer¹⁾ kann gegen Befriedigung des Gläubigers²⁾ die Aushändigung des Hypothekenbriefes³⁾ und der sonstigen Urkunden⁴⁾ verlangen⁵⁾, die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlich sind⁴⁾.

① I 1096, 1119 II 1052; R 3 731, 758f.; P 3 610, 665.

1. Der **Eigentümer** hat die Rechte aus § 1144 ohne Rücksicht darauf, ob er persönlicher Schuldner ist oder nicht (RG 132, 15). Es kommt für diese Rechte also nicht darauf an, ob der Eigentümer durch die Befriedigung des Gläubigers die Forderung zum Erlöschen bringt und nur die Hypothek gemäß den §§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1 als Grundschuld erwirbt oder ob die Forderung mit der Hypothek gemäß den §§ 1143, 401, 412, 1153, 1177 Abs 2 auf ihn übergeht (RG 80, 320; Warn 1925 Nr 36; RZA 11, 139; RGZ 40, 341). Die Vorschrift des § 1144 findet auch dann Anwendung, wenn ein Ablösungsberechtigter (§§ 268, 1150; § 1150 A 2) oder der persönliche Schuldner (§ 1167), der nicht Eigentümer ist, den Gläubiger befriedigt. Auf die kein dingliches Recht gewährenden Hypothekvermerkungen (z. B. im Falle des § 648) ist § 1144 nicht anwendbar. Vielmehr bestimmt sich bei ihnen nach dem gesicherten Schulverhältnis (vgl. § 320), ob der Gläubiger Befriedigung nur Zug um Zug gegen Lösung der Vormerkung verlangen kann (RG 56, 251).

2. **Gegen Befriedigung des Gläubigers**, also Zug um Zug gegen Zahlung, kann der Eigentümer die Aushändigung der im § 1144 bezeichneten Urkunden verlangen (RG JW 1904, 175¹⁷). Bestände die Vorschrift nicht, so könnte der Eigentümer erst nach der Befriedigung des Gläubigers von diesem gemäß den §§ 894ff. die Zustimmung zur Berichtigung des durch die Befriedigung unrichtig gewordenen Grundbuchs (§ 894 A 3; § 1163 A 3) und die Vorlegung des Hypothekenbriefs an das Grundbuchamt zwecks Grundbuchberichtigung verlangen sowie gemäß den §§ 402, 412, 413 die Auslieferung der im Besitz des befriedigten Gläubigers befindlichen, zum Beweise der Forderung und des Hypothekenrechts dienenden Urkunden fordern. Nach den §§ 368, 371 kann er allerdings eine Quittung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form und die Rückgabe des von ihm ausgestellten Schuldscheins auch schon Zug um Zug gegen Zahlung verlangen. § 1144 gibt nun dem Eigentümer gegenüber jenen Vorschriften weitergehende Rechte, die ihn namentlich dagegen schützen sollen, daß der Gläubiger in der Zwischenzeit von der Befriedigung bis zur Aushändigung der Urkunden noch über die Hypothek verfügt. Verweigert der Gläubiger auf das Angebot der Zahlung die verlangte Aushändigung, so kommt er in Annahmeverzug (§ 206), der den Eigentümer zur Hinterlegung mit befreiender Wirkung berechtigt (§§ 372, 378). Klagt der Gläubiger auf Zahlung, so steht dem Eigentümer das Zurückbehaltungsrecht gemäß den §§ 273, 274 zu (RG 55, 227). Jedoch braucht der Gläubiger in der Klage aus der Hypothek nicht die Aushändigung der Urkunden anzubieten; es ist vielmehr Sache des beklagten Eigentümers, die Einrede des Zurückbehaltungsrechts zu erheben, um dadurch herbeizuführen, daß er nur Zug um Zug gegen Aushändigung der Urkunden verurteilt wird (OLG 29, 365). Daraus, daß gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung verlangt werden kann, ist nicht etwa zu folgern, daß der Aushändigungsanspruch jederzeit unter Befriedigung des Gläubigers geltend gemacht werden könnte. Da § 1144 sich dem § 1142 anschließt, ist vielmehr der Anspruch nur dann gerechtfertigt, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers nach Maßgabe des § 1142 berechtigt ist, also wenn die Hypothekenforderung ihm gegenüber fällig geworden oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist (RG 111, 401). — Das Wort „Befriedigung“ umfaßt hier ebenso wie im § 1142 alle Arten freiwilliger Tilgung, auch die durch Hinterlegung (RG Gruch 56, 994). Der Gläubiger kann verlangen, daß er zugleich wegen der Nebenverbindlichkeiten, auch wegen der, für die das Grundstück nach § 1118 kraft der Hypothek haftet (gesetzliche Zinsen, Kosten), befriedigt wird (RG Gruch 58, 668; OLG 26, 136). Andererseits kann der Eigentümer, wie sich aus § 1145 Abs 1 ergibt, auch gegen nur teilweise Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung der zur Grundbuchberichtigung oder Lösung des betreffenden Hypothekenteils erforderlichen Urkunden beanspruchen (§ 1145 A 2). Dies gilt auch bei einer Höchstbetragshypothek (§ 1190), wenn das Bestehen einer Forderung aus dem gesicherten Rechtsverhältnis in Höhe eines Teils des eingetragenen Höchstbetrags festgestellt ist (RG Warn 1914 Nr 322). Ist der Gläubiger zur Aushändigung des Hypothekenbriefs nicht in der Lage (z. B. weil die Briefhypothek verpfändet ist), so kann der Eigentümer die Zahlung verweigern (RG 52, 143). — Wegen anderer persönlicher Ansprüche gegen den Eigentümer kann der Gläubiger die Aushändigung der Urkunden, insbesondere einer lösungsfähigen Quittung, nicht verweigern. Ihm steht auch selbst dann, wenn die Forderung aus demselben Rechtsverhältnis herrührt, kein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 zu. Denn § 1144 gewährt dem Eigentümer ein unbedingtes Recht auf die Aushändigung gegen Befriedigung; auch würde ein Verweigerungsrecht den tatsächlichen Erfolg haben, daß der Gläubiger wegen der anderen Ansprüche ebenfalls durch die Hypothek gesichert wäre (RG 107, 94; Warn 1911 Nr 392; 1925 Nr 36; OLG 10, 123). Anders liegt die Sache nur dann, wenn der Eigentümer für seine Person schuldrechtlich dem Gläubiger gegenüber weitergehende Verpflichtungen übernommen hat (RG 132, 15; Warn 1925 Nr 36). Ist aber eine Hypothek für eine Geldforderung bestellt, hat der Eigentümer und Schuldner daneben die Verpflichtung persönlich übernommen, Pfandbriefe zu liefern, und ist in der Schulurkunde die Vereinbarung getroffen, daß bis zur tatsächlichen (Rück-) Gewähr der Pfandbriefe sowohl die Geldforderung als auch die dafür bestellte Hypothek fortbestehen solle, so ist damit dem Gläubiger die Befugnis eingeräumt, bis zur Gewährung der Pfandbriefe oder bis zur sonstigen Erledigung dieser Verpflichtung nicht nur die Annahme des Geldes, sondern auch die Aushändigung der im § 1144 genannten Urkunden, insbesondere der Lösungsurkunde, zu verweigern (RG 132, 15; § 1115 A 4

a. G.). Ist die Hypothek verpfändet und der Pfandgläubiger nach dem Eintritt der Fälligkeit seiner Forderung gemäß § 1282 zur Einziehung der verpfändeten Hypothek berechtigt, so ist er befugt, an Stelle des Pfandschuldners die lösungsfähige Duitung über die Hypothek zu erteilen (RGZ 23 A 147; 31 A 316; 34 A 310). Dann findet § 1144 auch auf ihn Anwendung (ZB 1921, 255¹, wo aber angenommen wird, der Pfandgläubiger müsse sich vom Pfandschuldner die Lösungsbewilligung verschaffen und der Hypothekenschuldner könne ihn auf diese Verschaffung sowie auf seine Zustimmung zur Lösung Zug um Zug gegen Befriedigung verklagen).

3. Die Aushändigung des Hypothekenbriefs, nicht bloß die Vorlegung an das Grundbuchamt gemäß § 896 (A 2) kann der Eigentümer, falls er den Gläubiger voll befriedigt, abweichend von § 402 (A 2) auch dann verlangen, wenn der Gläubiger sich nicht im Besitz des Briefs befindet. Ist der Brief abhanden gekommen oder vernichtet, so ist der Gläubiger verpflichtet, den Brief im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklären zu lassen (§ 1162; ZB § 1003ff.) und die Erteilung eines neuen Briefs gemäß § 67 GBD herbeizuführen. Den Fall einer nur teilweisen Befriedigung regelt § 1145. An dem Brief erlangt der Eigentümer gemäß § 952 durch volle Befriedigung des Gläubigers Eigentum, durch teilweise Befriedigung Miteigentum.

4. Die Aushändigung der sonstigen, zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Lösung der Hypothek erforderlichen Urkunden, die nicht nur bei Briefhypotheken, sondern auch bei Buchhypotheken in Betracht kommen (RG Gruch 58, 667), kann der Eigentümer verlangen, auch wenn sie noch nicht vorhanden und nicht im Besitz des Gläubigers sind. Der Gläubiger muß sie dann beschaffen oder in der für die Grundbuchberichtigung oder Lösung erforderlichen Form ausstellen. Der Eigentümer hat regelmäßig die Wahl zwischen Berichtigungs- und Lösungsurkunden (RG 101, 234; Gruch 58, 670; 60, 318). Will er die Hypothek löschen lassen, so kann er eine in der Form des § 29 GBD erklärte Lösungsbewilligung verlangen (RGZ 39 A 232). Diese Bewilligung genügt nach § 19 GBD zur Lösung, sofern der Eigentümer gemäß § 27 GBD zustimmt. Zwar ist der Gläubiger nach erfolgter Befriedigung in Wahrheit nicht mehr Inhaber der Hypothek, so daß ihm an sich die Verfügung darüber nicht mehr zusteht. Kraft seiner Eintragung als Gläubiger ist er aber dem Grundbuchamt gegenüber zur Lösungsbewilligung formell legitimiert (RGZ 26 A 150; 29 A 186; 32 A 260; 40, 296). Dagegen reicht eine bloße Lösungsbewilligung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer nicht aus. Denn sie erbringt nicht den Nachweis, daß der Eigentümer durch Befriedigung des Gläubigers Inhaber der Hypothek geworden ist (RZA 8, 41; RGZ 32 A 257; 40, 296). Eine in der Form des § 29 GBD ausgestellte Duitung genügt aber und kann erfordert werden (RGZ 39 A 232; DLG 20, 416; aber auch 23, 325) sowohl zur Berichtigung des Grundbuchs als auch zur Lösung. Denn dadurch wird gemäß § 22 GBD nachgewiesen, daß das Grundbuch unrichtig und infolge der Befriedigung nicht mehr der Gläubiger, sondern der Eigentümer Inhaber der Hypothek ist. Der Eigentümer kann daraufhin entweder durch einen formlosen Antrag nach den §§ 13, 30 GBD die Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen oder durch eine von ihm als Hypotheksinhaber und zugleich als Eigentümer (§§ 19, 27 GBD) abgegebene, auf Lösung gerichtete Erklärung in der Form des § 29 GBD die Lösung herbeiführen (RG 56, 327; Gruch 60, 320; RGZ 26 A 149; 28 A 138; 32 A 260; DLG 20, 419). Unter Umständen kann der Gläubiger ein berechtigtes Interesse daran haben, einen Anspruch auf Erteilung einer Lösungsbewilligung abzulehnen. Dann wird ein solcher Anspruch ungerechtfertigt sein, z. B. wenn bereits eine beglaubigte Duitung über die erfolgte Befriedigung ausgestellt worden ist (RG Gruch 60, 320). Die häufig noch neben der Duitung erklärte Lösungsbewilligung ist bedeutungslos, da der Gläubiger nach seiner eigenen Duitungserklärung nicht mehr Inhaber der Hypothek und daher über sie zu verfügen nicht mehr berechtigt ist (RGZ 26 A 150; 32 A 260; 40, 296). In der Duitung muß aber der Gläubiger nicht nur den Empfang der Zahlung bekennen, sondern auch angeben, daß der Eigentümer als solcher die Zahlung geleistet habe, weil sonst nach den §§ 426 Abs 2, 774, 1150, 1164 (§ 1143 A 3) die Möglichkeit offen bleibt, daß die Hypothek durch die Zahlung der Forderung auf einen anderen als den Eigentümer übergegangen ist (RGZ 26 A 149; 28 A 133; 29 A 186; 40, 295; DLG 8, 315). Ferner kann der Eigentümer zwecks Berichtigung des Grundbuchs verlangen, daß die Duitung ergibt, ob er persönlicher Schuldner ist oder nicht, weil er nach den §§ 1143, 1163 Abs 1, 1177 (§ 1143 A 1) die Hypothek im ersten Falle als Grundschuld, im zweiten Falle als Hypothek mit der Forderung erlangt (DLG 2, 320; RGZ 45, 285; 51, 287; a. M. RZA 1, 163). Wenn der Gläubiger in der Duitung die Person des Zahlenden unrichtig bezeichnet, kann sich daraus für ihn eine Schadensersatzpflicht ergeben (RG Gruch 50, 1082). Wie zur Lösung eine Lösungsbewilligung, so genügt zur Grundbuchberichtigung auch eine Umschreibungsbewilligung des Gläubigers (RGZ 39 A 232). Sie muß aber je nach der Sachlage auf Umschreibung in eine Grundschuld oder in eine Hypothek gerichtet sein und im ersten Falle die Erklärung enthalten, daß die Forderung erloschen sei (RZA 7, 152; RGZ 27 A 278; a. M. RZA 5, 212; 9, 218). Neben einer lösungsfähigen Duitung kann nicht noch eine urkundliche Umschreibungsbewilligung verlangt werden, da die Duitung zur Berichtigung des Grundbuchs genügt (DLG 18, 173). Ist der Gläubiger nicht als solcher im Grundbuch eingetragen, so ist er auch verpflichtet (vgl. §§ 39, 40 GBD), dem Eigentü-

mer die zum Nachweis seines Gläubigerrechts erforderlichen Urkunden auszuhändigen (z. B. die in der Form des § 29 GBD erklärte Abtretung des als Gläubiger Eingetragenen; den Erbschein über dessen Beerbung; das Testamentsvollstrederezeugnis: *HRN* 1932 Nr 1210). Die Verpflichtung eines Gläubigers, welcher befreiter Vorerbe ist, zur Beschaffung der Einwilligung des Nachbarn behandelt *RG* 69, 260. Eine Abtretung an einen Dritten kann nicht verlangt werden (A 5).

5. Daraus, daß der Eigentümer die Aushändigung der fraglichen Urkunden **verlangen kann**, folgt nicht, daß der Gläubiger die etwa notwendige Herstellung der Urkunden (A 3, 4) auf seine Kosten zu bewirken hätte. Vielmehr hat nach den §§ 369, 897 grundsätzlich der Eigentümer die Kosten zu tragen (*RG* 22. 6. 1932 V 95/32; *DZG* 6, 271). Die Klage aus § 1144 kann, falls der Gläubiger die Hergabe der Urkunden vor der Befriedigung verweigert, auf die Aushändigung des Hypothekenbriefs und der sonstigen Berichtigungs- oder Löschungsurkunden Zug um Zug gegen Befriedigung gerichtet werden (A 2; vgl. § 726 Abs 2 ZPO). Sie findet aber auch noch nach erfolgter Befriedigung des Gläubigers (nicht in den §§ 894, 896, sondern) in § 1144 ihre Rechtfertigung (A 2, 3). Für sie ist gemäß § 24 ZPO das Gericht des belegen Grundstücks ausschließlich zuständig, weil der Eigentümer damit die dingliche Belastung für sich selbst in Anspruch nimmt (*SeuffA* 58, 373; 64, 33; *DZG* 15, 255; 17, 87; 29, 82; *HRN* 1933 Nr 1886; teilweise a. M. *DZG* 21, 65; *ZW* 1921, 255). Mehrere Miteigentümer, die auf Grund ihrer Zahlung gemeinschaftlich klagen, sind notwendige Streitgenossen im Sinne des § 62 ZPO (*RG* 60, 269). Die Zwangsvollstreckung erfolgt nicht gemäß § 887 oder § 888 ZPO, sondern nach § 883 ZPO im Wege der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher (*RG* Gruch 50, 1110). Im Konkurse des Gläubigers steht dem Eigentümer wegen seines Aushändigungsanspruchs ein Aussonderungsrecht (§ 43 KO) zu (*RG* 60, 251; 86, 240). — Zur Abtretung der Hypothek an einen Dritten besteht eine gesetzliche Verpflichtung des Gläubigers nicht (*RGZ* 39 A 233). Auch auf Grund einer vom Eigentümer erteilten Abtretung des Anspruchs auf Umschreibung der Hypothek kann der Fessionar nicht die Bewilligung der Umschreibung auf seinen Namen vom Gläubiger verlangen. Denn das Grundbuch ist durch die Befriedigung nur insofern unrichtig geworden, als die Hypothek auf den Eigentümer übergegangen ist. Der Gläubiger ist daher nur verpflichtet, dieser Grundbuchberichtigung zuzustimmen (*RG* 59, 294). Nach der herrschenden Meinung soll aber eine Abrede dahin zulässig und eintragungsfähig sein, daß der Gläubiger auf Verlangen des Eigentümers verpflichtet sei, die Hypothek an einen von diesem zu benennenden Dritten, der sich zur Auszahlung bei Fälligkeit erbiete, abzutreten. Aus dieser Abrede soll dann dem Eigentümer eine Einrede im Sinne des § 1157 gegen die Geltendmachung der Hypothek bis zur Abtretungserklärung zustehen. Diese Ansicht begegnet indessen rechtlichen Bedenken. Die Verdinglichung einer derartigen Abrede durch Eintragung könnte nur dann als den Inhalt des Hypothekenrechts betreffend für zulässig erachtet werden, wenn die Abrede eine Tilgungsbedingung enthielte. Dies ist aber nicht der Fall, da die Hypothekensforderung gerade bestehenbleiben und der Gläubiger die Zahlung des Dritten als Abtretungsentgelt anzunehmen verpflichtet sein soll (*RZA* 1, 165).

§ 1145

Befriedigt der Eigentümer den Gläubiger nur teilweise¹⁾, so kann er die Aushändigung des Hypothekenbriefs nicht verlangen²⁾. Der Gläubiger ist verpflichtet, die teilweise Befriedigung auf dem Briefe zu vermerken³⁾ und den Brief zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs oder der Löschung dem Grundbuchamt⁴⁾ oder zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs für den Eigentümer der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Notare vorzulegen⁵⁾.

Die Vorschrift des Abs 1 Satz 2 gilt für Zinsen und andere Nebenleistungen nur, wenn sie später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Gläubiger befriedigt wird, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden. Auf Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 haftet, findet die Vorschrift keine Anwendung⁶⁾.

§ 1119 II 1052; Nr 3 759; § 3 610, 605; 6 253.

1. Die Vorschriften des § 1145 finden bei der Briefhypothek zunächst auf den Fall der **teilweisen Befriedigung durch den Eigentümer** Anwendung, und zwar gleichviel, ob dieser persönlicher Schuldner ist oder nicht (§ 1144 A 1). Sie sind aber weiterhin auch anzuwenden auf die Fälle teilweiser Befriedigung des Gläubigers durch einen Ablösungsberechtigten (§§ 268, 1150) oder durch den persönlichen Schuldner, der nicht Eigentümer ist (§ 1167), und auf den Fall eines teilweisen Verzichts des Gläubigers auf die Hypothekensforderung (§ 1168 Abs 3). Gelangt die Forderung teilweise nicht zur Entstehung, so daß die Hypothek zu diesem Teil dem Eigentümer zusteht (§ 1163 Abs 1), so ist zwar mangels einer Bestimmung hierfür § 1145 nicht anwendbar. Da aber

der Eigentümer gemäß § 952 Miteigentümer des Hypothekenbriefs und das Grundbuch hinsichtlich des Teiles unrichtig ist, so kann er nach den §§ 749, 752, 1152 Teilung durch Herstellung eines Teilhypothekenbriefs und nach § 896 Vorlegung des Stammbriefs zu diesem Zweck sowie gemäß § 894 Zustimmung des Gläubigers zur Umschreibung des Hypothekenteils verlangen (RG 59, 317; 69, 40). Im Zusammenhang mit § 1145 stehen die §§ 31 Abs 2, 40, 52 HypBankG v. 13. 7. 1899. Zu beachten ist, daß der Gläubiger nach § 266 zur Annahme von Teilleistungen nicht verpflichtet ist (RG Gruch 68, 306; vgl. auch über die Berechtigung zur Befriedigung § 1144 A 2).

2. Die **Aushändigung des Hypothekenbriefs**, wie im Falle voller Befriedigung des Gläubigers nach § 1144, kann der Eigentümer hier **nicht verlangen**. Denn der erteilte Brief muß dem Gläubiger zum ausschließlichen Besitz verbleiben, damit eineingeschränkt über den ihm zustehenden Hypothekenteil verfügen kann (RG 69, 41; Gruch 54, 1023). Dagegen kann der Eigentümer auch bei nur teilweiser Befriedigung gemäß § 1144 die Aushändigung der zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung des bezahlten Hypothekenteils erforderlichen Urkunden (§ 1144 A 4) beanspruchen. Das ergibt sich aus den Worten „zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs oder der Löschung“ (RG Warn 1914 Nr 322).

3. Der (auch nur privatchriftliche) **Bemerk des Gläubigers über die teilweise Befriedigung** schließt nach § 1140 für den Fall, daß der Gläubiger über den getilgten Hypothekenteil verfügt, die Berufung des Erwerbers auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs aus (§ 1140 A 2). Soll er zugleich als Quittung für die Berichtigung des Grundbuchs dienen (§ 1144 A 4), so bedarf er der Form des § 29 GBD.

4. **Zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs** durch Umschreibung des bezahlten Hypothekenteils oder zur **Löschung** dieses Teils hat der Eigentümer gemäß § 41 GBD dem Grundbuchamt den Brief vorzulegen, damit darauf gemäß § 62 GBD die Eintragung vermerkt werden kann. § 1145 gewährt ihm gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Vorlegung zu diesen Zwecken. Im Falle der Umschreibung des Teils auf den Eigentümer hat der dem Gläubiger verbleibende Teil nach § 1176 auch ohne ausdrückliche Bestimmung den Vorrang.

5. Der **Anspruch auf Vorlegung des Briefes zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs** (§ 1152) ist dem Eigentümer, der den bezahlten Hypothekenteil auf seinen Namen umschreiben lassen will, gewährt, damit er über den Teil verfügen kann. Zwar genügt zur Abtretung und zur Belastung des Teils auch die Übergabe des Stammbriefs an den Erwerber oder die Einräumung des Mitbesitzes (§ 866) daran (RG 65, 62; 69, 39; 75, 221; NZA 2, 85; 6, 64). Aber der Gläubiger ist zur Herausgabe des Briefs nicht verpflichtet (A 2). Über die Herstellung des Teilbriefs, für die nach § 61 Abs 1 das Grundbuchamt, die durch Landesgesetz zu bestimmenden Gerichte und die Notare zuständig sind, trifft § 61 Abs 2, 3 GBD Bestimmung. Den Fall, daß der bezahlte Teil zur Eigentümergrundschuld wird (§ 1144 A 1), erörtert § 1152 A 1.

6. Der Abs 2 verjagt dem Eigentümer für den Fall der **Bezahlung gewisser Zinsen oder anderer Nebenleistungen**, namentlich der im laufenden oder folgenden Kalendervierteljahr fällig werdenden, und für den Fall der **Entrichtung von Kosten** des § 1118 den Anspruch auf den Vermerk der Zahlung und auf Vorlegung des Briefs. Das entspricht den Sonderbestimmungen, die für diese Nebenleistungen und Kosten in den §§ 1158, 1159, 1178 bezüglich der Zulässigkeit von Einwendungen gegenüber einem neuen Erwerber ohne Rücksicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs und hinsichtlich der Nichterlangung einer Eigentümerhypothek gegeben sind, sowie dem Umstand, daß die Eintragung derartiger Tilgungen nicht zulässig ist (Prot 6, 253). Der erste Satz des Abs 2 ergibt die Möglichkeit, daß der Eigentümer die Hypothek in Ansehung künftiger Zinsen erwirbt, während die Hypothek im übrigen beim Gläubiger bleibt (§ 1178 A 3).

§ 1146

Liegen dem Eigentümer¹⁾ gegenüber die Voraussetzungen vor, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt²⁾, so gebühren dem Gläubiger Verzugszinsen³⁾ aus dem Grundstücke⁴⁾.

§ 1140 II 1053; M 3 790; B 3 711f.

1. § 1146 enthält eine das dingliche Hypothekenrecht erweiternde Bestimmung für den Fall des Verzugs des **Eigentümers**, der nicht persönlicher Schuldner ist. Daß das Grundstück kraft der Hypothek für Verzugszinsen haftet, die wegen Verzugs des persönlichen Schuldners verlangt werden können, folgt bereits aus § 1118. Die Vorschrift des § 1146 findet mangels einer entgegenstehenden Bestimmung (§ 1185 Abs 2) auch auf Sicherungshypotheken Anwendung. Desgleichen auf Grundschulden (§ 1192) sowie auf Rentenschulden hinsichtlich der Ablösungssumme, aber nicht der einzelnen Leistungen (§§ 1199, 1200 Abs 1, 289).

2. Die **Voraussetzungen, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt**, ergeben sich aus den §§ 284, 285. Danach ist namentlich die Mahnung an den Eigentümer (§ 284 Abs 1 Satz 1) erforderlich, wenn nicht für die Leistung, was bei Hypotheken meistens der Fall sein wird, eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist (§ 284 Abs 2). Zur Wirksamkeit der Mahnung ist nicht erforderlich, daß der Gläubiger sich zur Aushändigung der im § 1144 genannten Urkunden erbietet (OGB 23, 170).

8. Nach § 288 Abs 1 gebühren dem Gläubiger **Verzugszinsen** zu 4 vom Hundert, unbeschadet des Rechts auf Fortbezug höherer Zinsen, die von der Hypothek vereinbarungsgemäß zu entrichten sind. Dies ist besonders von Bedeutung, wenn die Hypothek unverzinslich oder zu weniger als 4 vom Hundert verzinslich ist. Dagegen ist dem Gläubiger das Recht nicht gewährt, gemäß den §§ 286, 288 Abs 2, 289 Satz 2 Ersatz eines weiteren Schadens aus dem Grundstück zu verlangen (M 3, 790). Nur ein persönlicher Anspruch gegen den Eigentümer kann in dieser Hinsicht nach allgemeinen Grundrissen der Haftung für Schadenzufügung, insbesondere nach § 823 Abs 1, unter Umständen gegeben sein. Ein solcher Schadenserzaksanspruch ist z. B. dann dem Hypothekengläubiger zugubilligen, wenn der Eigentümer schuldhaft durch nicht stichhaltige Einwendungen die Befriedigung des Gläubigers verzögert (JW 1933, 634⁶). Auch Prozeßzinsen als solche vom Eintritt der Rechtshängigkeit der dinglichen Klage ab gebühren dem Gläubiger nicht, da der dingliche Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück keine Geldforderung im Sinne des § 291 ist. Zinsen von der Klagerhebung ab können daher nur als Verzugszinsen beim Vorliegen der Voraussetzungen des Verzugs zu dieser Zeit verlangt werden. Das Nähere hierzu ergibt sich einerseits aus § 284 Abs 1 Satz 2 (Klagerhebung steht der Mahnung gleich), andererseits aus § 284 Abs 1 Satz 1 (Fälligkeit erforderlich); zu beachten bleibt auch § 285. Wohl aber haftet das Grundstück nach § 1118 für die Prozeßzinsen, zu denen der persönliche Schuldner auf die Schuldfolge verurteilt wird. Sind der Eigentümer und der persönliche Schuldner zugleich im Verzug, so stehen dem Gläubiger nur einmal Verzugszinsen zu.

4. Nur aus dem Grundstück nach Maßgabe des § 1147 kann der Gläubiger die Verzugszinsen verlangen. Er ist aber nicht berechtigt, wegen des Verzugs des Eigentümers den persönlichen Schuldner in Anspruch zu nehmen.

§ 1147

Die Befriedigung¹⁾ des Gläubigers aus dem Grundstück²⁾ und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt³⁾, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung⁴⁾.

§ I 1075 II 1054; M 3 675 ff.; § 3 571 f.

1. Der Umfang der Befriedigung, die der Gläubiger auf Grund des dinglichen Hypothekenrechts aus dem Grundstück suchen kann, ergibt sich aus den §§ 1113, 1115 in Verbindung mit § 1118 (gesetzliche Zinsen der Forderung, Kosten der Kündigung, Kosten der Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung) und § 1146 (Verzugszinsen bei Verzug des Eigentümers, der nicht persönlicher Schuldner ist). Nach § 1118 hat der Gläubiger insbesondere auch wegen der Kosten der dinglichen Klage oder einer vollstreckbaren Urkunde (§ 794 Nr 5 ZPO), für die er zahlungspflichtig ist, das Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück. Im Zwangsversteigerungsverfahren kann er dieses Recht nach den §§ 10 Abs 2, 12 Nr 1, 37 Nr 4, 110, 114 ZPO durch Anmeldung geltend machen, ohne daß er eines besonderen vollstreckbaren Titels (eines Kostenfestsetzungsbeschlusses) bedarf, sofern er nicht etwa wegen der Kosten allein die Zwangsversteigerung betreibt. Wird der Eigentümer auf die dingliche Klage verurteilt, so sind ihm nach § 91 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zur Last zu legen. Denn unterliegende Partei ist er für seine Person, nicht als Vertreter des Grundstücks, das nicht Partei sein kann. Er haftet dem Gläubiger für die Erstattung der diesem erwachsenen Kosten (§§ 103 ff. ZPO) ebenso wie der Staatskasse auch mit seinem sonstigen Vermögen (DVG 3, 319; vgl. auch MG JW 1901, 183). Legt aber das Prozeßgericht dem Gläubiger die Kosten auf, etwa wegen eines sofortigen Auerkennnisses des Eigentümers gemäß § 93 ZPO, so kann der Gläubiger nicht, wie vereinzelt gemeint wird, trotzdem Befriedigung wegen seiner Kosten aus dem Grundstück suchen. Denn die Auserlegung der Kosten enthält die Abweisung des Anspruchs auf Erstattung der Rechtsstreitkosten (§ 308 Abs 2 ZPO) und beseitigt diesen Anspruch ebenso vollkommen wie die Auserlegung der Kosten im Falle der Abweisung der ganzen Klage (DVG 3, 319; GRM 1937 Nr 588). Für die Anwendung des § 93 ZPO ist aber in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung zu bemerken: Wenn der Eigentümer nach Eintritt der Fälligkeit der Hypothekenforderung den Gläubiger nicht gemäß § 1142 befriedigt, so gibt er Veranlassung zu der dinglichen Klage. Auch ein sofortiges Auerkennnis befreit ihn also nicht von der Kostenlast, es sei denn, daß er die Befriedigung vergeblich versucht oder sich zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde gemäß § 794 Nr 5 ZPO erboten hat (DVG 3 S. 318, 319; 6, 386; 9, 65; 11, 52; 13 S. 102, 103; 15, 86; 18, 163; SeuffA 59 Nr 113; a. M. DVG 1, 259; vgl. auch DVG 23, 112). Ob dem Gläubiger die Aufforderung an den Eigentümer zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde vor Klagerhebung anzufinnen ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls (GRM 1937 Nr 588).

2. Die Befriedigung aus dem Grundstück erfolgt durch Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (MG 47, 270; 56, 324; 81, 73; 93, 236; DVG 1, 259; § 1181 A 1). Ihr unterliegen nach den §§ 864 Abs 1, 870 ZPO auch die mit Hypotheken belastbaren Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten (das Erbbaurecht: RD v. 15. 1. 1919 § 11; nach Landesrecht: Artt 63, 67, 68, 69, 196 GG; vgl. § 2 GGZPO). Nach

der dem § 1114 entsprechenden Vorschrift des § 864 Abs 2 ZPO steht ferner insoweit einem Grundstück gleich ein Grundstücksbruchteil, wenn er 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. Der zweite Fall ist z. B. dann gegeben, wenn ein Miteigentümer seinen Anteil mit einer Hypothek belastet hat und demnächst die Miteigentumsanteile sich in einer Hand vereinigt haben. Zulässig ist die Zwangsvollstreckung in den Anteil eines Miteigentümers auch dann, wenn ein früherer Alleineigentümer das ganze Grundstück mit einer Hypothek belastet hat und späterhin das Grundstück in das Miteigentum mehrerer gelangt ist (RG 20, 270; § 1132 A 1). Die Zwangsvollstreckung in das Grundstück kann der Gläubiger nach seiner Wahl durch den Antrag auf Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung betreiben (§§ 864, 866, 869 ZPO; §§ 15 ff., 146 ff. ZVG) sowie durch den Beitritt zu einem bereits anhängigen Verfahren (§§ 27, 146 ZVG). Die Eintragung einer Zwangshypothek (§§ 866, 867 ZPO) kommt hier nicht in Betracht. Vorbehalte für die Landesgesetzgebung zu Bestimmungen, wonach der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück lediglich im Wege der Zwangsverwaltung suchen kann, finden sich in den Artt 60, 192 Abs 2 EG, zur Regelung der Zwangsvollstreckung in die einem Eisenbahn- oder Kleinbahnunternehmen gewidmeten Grundstücke und sonstige Vermögensgegenstände (Bahneinheit) im Art 112 EG.

3. Die Befriedigung aus den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, also aus den in den §§ 1120—1130 behandelten Gegenständen, kann zunächst im Wege der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung des Grundstücks gesucht werden, da diese Verfahren nach § 865 Abs 1 ZPO die Gegenstände mitumfassen. Jedoch umfaßt nach § 21 ZVG die Beschlagnahme bei der Zwangsversteigerung, anders als bei der Zwangsverwaltung (§ 148 Abs 1 ZVG), die Gegenstände nicht ausnahmslos, namentlich nicht Miet- und Pachtzinsforderungen. Solange die Gegenstände noch nicht durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung beschlagnahmt sind (§§ 20, 22, 146, 151 ZVG), kann der Gläubiger aus ihnen auch im Wege der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen (Pfändung) Befriedigung suchen (OLG 10, 420). Nur Zubehörsstücke können nicht gepfändet werden (§ 865 Abs 2 ZPO; § 1121 A 3). Wesentliche Bestandteile des Grundstücks aber unterliegen vor der Trennung überhaupt nicht der Pfändung, ausgenommen nach § 810 ZPO ungetrennte Früchte (§ 1120 A 1). Aus Gebäudeversicherungsforderungen kann der Gläubiger nicht nur im Wege der Pfändung, sondern nach § 1128 Abs 2 ausnahmsweise auch durch Einziehung sich befriedigen (§ 1128 A 5). — Streiftig ist, ob der Hypothekengläubiger, dessen Hypothek durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung erloschen ist (§§ 52, 91 ZVG), wegen des Ausfalls sich an die für die Hypothek haftenden Gegenstände, die von der Beschlagnahme nicht mitbetroffen sind, an die Zwangsversteigerung ausgleichsweise wenden kann, auf Grund seines dinglichen Rechts trotz dessen Löschung halten darf. Dies ist zu bejahen, sofern die Gegenstände nicht nach Maßgabe der §§ 1121 ff. inzwischen von der Haftung für die Hypothek frei geworden sind. Denn da die Löschung lediglich die Folge des Zuschlags ist, kann ihre Wirkung bei Hypotheken, die nicht durch Befriedigung aus dem Grundstück erloschen sind, nicht über das zugefallene Grundstück hinaus auch auf die vom Zuschlag nicht betroffenen, der Hypothek haftenden Gegenstände erstreckt werden. Vielmehr müssen solche Hypotheken an den genannten Gegenständen trotz des Erlöschens der Grundstückshaftung durch den Zuschlag ebenso bestehen bleiben wie im Falle der Anordnung einer besonderen Versteigerung der Gegenstände gemäß § 65 ZVG (RG 55, 414; 125, 366; 143, 243; 144, 154; JW 1911, 46³⁵; Gruch 48, 1064; OLG 3, 337; 14, 33; 30, 103; 33, 166; a. M. OLG 11, 137). Dies gilt auch bei Zubehörsstücken, die von dem Grundstückseigentümer zwar veräußert, aber nicht vom Grundstück entfernt worden sind, auf die sich also nach den §§ 1120, 1121 Abs 1 die Hypothek weiter erstreckt (§ 1121 A 2, 3) und die der Ersterher des Grundstücks kraft Einstellung der Zwangsvollstreckung in sie gemäß § 55 Abs 2, § 37 Nr 5 ZVG durch den Zuschlag nicht erworben hat (JW 1927, 402¹¹; § 97 A 1). Sind aber die haftenden Gegenstände durch den Zuschlag auf den Ersterher übergegangen (§ 90 ZVG), so können sich die Hypothekengläubiger selbstverständlich (§§ 91, 92 ZVG) an die Gegenstände wegen ihres Ausfalls nicht halten (RG Gruch 48, 1024).

4. Die Voraussetzungen für die Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung ergeben sich aus den §§ 704—752, 794—801 ZPO, §§ 16—18, 146, 147 ZVG. Besonders ist erforderlich ein vollstreckbarer Schuldtitel gegen den Eigentümer (§§ 16, 17 ZVG). Nach § 1148 gilt jedoch der als Eigentümer Eingetragene zugunsten des Gläubigers als der wirkliche Eigentümer. Da nach § 1113 die hypothekarische Belastung darin besteht, daß eine Geldsumme zur Befriedigung wegen der gesicherten Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist, und da nach § 1147 die Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, ist die dingliche Klage zur Erlangung eines vollstreckbaren Urteils zu richten auf die Verurteilung des Eigentümers dahin, daß er zur Befriedigung des Klägers wegen des Hypothekenskapitals und der Nebenforderungen (A 1) die Zwangsvollstreckung in das Grundstück und in die für die Hypothek haftenden Gegenstände zu dulden hat (RG 49 S. 107, 110; RM 11, 156; OLG 35, 332; vgl. dazu die Vorschläge in JW 1921, 1353; 1922, 213). Die Fassung des Antrags dahin, „bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu zahlen“, ist nicht zu billigen, weil

nach dem BGB dem Eigentümer eine Zahlungspflicht nicht obliegt (vgl. jedoch **RG** 63, 183). Die Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, brauchen in den Antrag nicht aufgenommen zu werden, da die Zwangsvollstreckung in das Grundstück die mitumsaßt (**U** 3). Die Klage kann nach den §§ 592 Satz 2, 688 Abs 1 Satz 2 **ZPO** auch im Urkundenprozeß und im Mahnverfahren erhoben werden. Ist der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner, so kann mit der dinglichen Klage die Schuldklage verbunden werden. Der Antrag ist dann zu richten auf die Beurteilung des Beklagten dahin, daß er an den Kläger die Hypothekensumme zu zahlen und zur Befriedigung des Klägers wegen der Summe die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden hat. Den Gerichtsstand für die dingliche und die mit dieser verbundene Schuldklage regeln die §§ 24, 25 **ZPO**. Auch der Gläubiger der auf Grund eines schuldrechtlichen Schuldtitels eingetragenen Zwangshypothek (§ 867 **ZPO**) kann aus dieser die dingliche Klage erheben. Er hat an der Erlangung eines dinglichen Schuldtitels neben dem schuldrechtlichen ein Interesse, weil im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks seine Rechte auf Grund des dinglichen Schuldtitels weitergehend sind (§ 26 **ZBG**; **RG** 76, 119; **JW** 1936 S. 2003⁹⁹, 2354¹⁰⁰; **HR** 1937 Nr 588) und, wenn er Mietzinsen aus dem Grundstück auf Grund eines solchen Schuldtitels pfändet, die Pfändung als Beschlagnahme nach den §§ 1123, 1124 (§ 1123 **U** 2; § 1124 **U** 2) gilt (**OLG** 35, 332). Über die Vollstreckbarkeit des gegen den Eigentümer erlassenen Urteils gegen den Rechtsnachfolger im Falle der Veräußerung des Grundstücks nach Eintritt der Rechtshängigkeit finden sich besondere Vorschriften in § 325 Abs 3 **ZPO**, § 26 **ZBG**. Im übrigen sind die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung gegen einen Rechtsnachfolger geregelt durch die §§ 727—731, 738, 742, 744, 745, 749 **ZPO**, die auch für die Hypothekensklage gelten. — Ferner kann die Zwangsvollstreckung erfolgen auf Grund einer nach Maßgabe des § 794 Nr 5 oder des § 800 **ZPO** vom Eigentümer erteilten vollstreckbaren Urkunde. Das gilt aber nicht, wenn die Urkunde eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) betrifft. Denn bei dieser fehlt die nach § 794 Nr 5 **ZPO** erforderliche Bestimmtheit des zu zahlenden Geldbetrags (**HR** 2, 203; **OLG** 3, 295; 8 S. 148, 149; 9, 230; 13, 196). Inwieweit der Hypothekengläubiger zur Vollstreckung in ein Grundstück, das eine Ehefrau im gesetzlichen Güterstand erworben hat, eines Duldungstitels gegen den Ehemann bedarf, obwohl der frühere Eigentümer sich gemäß § 800 **ZPO** der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hatte, ist eingehend erörtert in **HR** 1938 Nr 1138. Im Art VIII **GG** **ZPO** Nov. v. 17. 5. 1898 findet sich ein Vorbehalt für landesgesetzliche Vorschriften über vollstreckbare Hypothekenurkunden. Zu beachten sind ferner: § 794 Nr 1 **ZPO** (vollstreckbare gerichtliche Vergleiche) und § 1044a **ZPO** (für vollstreckbar erklärte Vergleiche vor dem Schiedsgericht). Nach § 75 **AufwG** findet auch aus den vor der Aufwertungsstelle abgeschlossenen Vergleichen (z. B. über gelöste, nach §§ 14, 15 kraft Vorbehalts oder Rückwirkung aufzuwertende Hypotheken) die Zwangsvollstreckung statt (**RG** 136, 62). — Ist der Gläubiger zugleich Eigentümer, also Eigentümerhypothekar, so kann er nach den §§ 1177, 1197 **ZB** Abs 1 nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben. Ist der Eigentümer im Konkurs, so kann der Gläubiger nach den §§ 4 Abs 2, 47 **KO** abgesonderte Befriedigung aus dem Grundstück unabhängig vom Konkursverfahren betreiben. Die dingliche Klage ist aber nach den §§ 6, 11 **KO** gegen den Konkursverwalter zu richten (**RG** **JW** 1901, 183; **OLG** 15, 86; auch **RG** 52, 140; **Gruch** 45, 624). Auch der Konkursverwalter kann die Zwangsvollstreckung betreiben (§§ 126, 127 **KO**, §§ 172—174 **ZBG**). — Das Recht des Hypothekengläubigers auf Zwangsvollstreckung in das Grundstück und die mithaftenden Gegenstände darf nicht völlig ausgeschlossen werden. Eine solche Vereinbarung widerspricht dem Wesen der Hypothek (§ 1113) und ist daher nichtig (**RG** **Gruch** 58, 974). Zulässig ist dagegen eine Vereinbarung, die das Recht auf Zwangsvollstreckung nur in der Weise beschränkt, daß dem Gläubiger zwar die Befugnis, selbst die Zwangsversteigerung des Grundstücks zu betreiben, genommen wird, im übrigen aber Zwangsvollstreckungsakte (z. B. Zwangsverwaltung, Pfändung von Mietzinsen) freigestellt bleiben und das Recht, seine Hypothek in einer von einem Dritten betriebenen Zwangsversteigerung geltend zu machen, unbenommen ist (**RG** **Gruch** 58, 975). Solche Beschränkungsklauseln können aber nicht in das Grundbuch eingetragen werden (**JW** 1931, 3282²). Vgl. hierzu auch § 1113 **U** 7 a. E., § 1120 **U** 1 a. E., § 1137 **U** 2. — Ist das Grundstück zwangsversteigert worden und die Hypothek gemäß § 91 **ZBG** durch den Zuschlag erloschen, so tritt an die Stelle der Hypothek das Recht auf Befriedigung aus dem vom Ersteher zu zahlenden Versteigerungserlös (§ 1113 **U** 6). Die Art und Weise der Übertragung und Pfändung dieses Rechts, die Anwendbarkeit des § 1163 Abs 1 darauf und die Wirkung des Verzichts auf dieses Recht behandeln § 1154 **U** 1, § 1163 **U** 3, § 1168 **U** 1. War die Hypothek einem Dritten verpfändet, so ergreift das Pfandrecht nunmehr (nach dem Surrogationsgrundfah) dieses Befriedigungsrecht (**RG** **Warn** 1915 Nr 85). Bei der Verteilung des Erlöses im Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren sind dingliche Rechte in der Reihenfolge ihres Ranges zu berücksichtigen. Das gilt auch dann, wenn ein solches Recht dem zugleich persönlich haftenden Vollstreckungsschuldner zusteht. Dieses Recht ist also nicht etwa ohne weiteres an letzter Stelle zu berücksichtigen. Vielmehr muß der Vollstreckungsgläubiger bei der dinglichen Rechtsverfolgung mit dem besseren Rang voreingetragener Rechte sich abfinden, und der dinglich vorberechtigte Schuldner braucht sich aus seiner Stellung nicht verdrängen zu lassen (**RG** **JW** 1937, 2101⁷).

§ 1148

Bei der Verfolgung des Rechtes aus der Hypothek¹⁾ gilt zugunsten des Gläubigers derjenige, welcher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, als der Eigentümer²⁾. Das Recht des nicht eingetragenen Eigentümers, die ihm gegen die Hypothek zustehenden Einwendungen geltend zu machen, bleibt unberührt³⁾.

§ II 1055; M 3 223; P 3 575f.

1. § 1148 gewährt dem Gläubiger bei der Verfolgung des Rechtes aus der Hypothek, also bei Erhebung der dinglichen Klage (§ 1147 A 4), eine Erleichterung hinsichtlich der Feststellung der Person des richtigen Beklagten (z. B. im Falle einer Erbfolge, der Eigentumseintragung auf Grund einer nützigen Auflassung), wie sie ihm § 1141 Abs 1 Satz 2 auch bei der Kündigung zuteil werden läßt. Für die Schuldklage gegen den Eigentümer als persönlichen Schuldner gilt die Vorschrift nicht. Entsprechend anwendbar ist § 1148 bei der Verfolgung des Rechts aus öffentlichen Lasten am Grundstück. Dem wahren Grundstückeigentümer steht daher keine Vollstreckungsgegenklage zu, wenn wegen rückständiger Grundvermögenssteuern die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zunächst gegen den Bucheigentümer eingeleitet worden ist und dann nach Umschreibung des Eigentums auf den wahren Eigentümer gegen diesen fortgesetzt wird (ZB 1937, 3159¹²).

2. Aus dem in A 1 angegebenen Grunde wird bestimmt, daß zugunsten des Gläubigers, während sonst für die Rechtsverfolgung der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§§ 892, 893) nicht besteht (M 3, 223), der als Eigentümer Eingetragene als der Eigentümer gilt. Damit wird nicht bloß eine widerlegbare Vermutung, sondern, über § 891 hinausgehend, eine unwiderlegbare Fiktion aufgestellt, kraft deren der Eingetragene für die dingliche Klage als der richtige Beklagte anzusehen ist, auch wenn er nicht der wahre Eigentümer ist (z. B. weil er beim Erwerb des Grundstücks geisteskrank war). Das gilt selbst dann, wenn der Gläubiger das Nichteigentum kennt oder ein Widerspruch gegen das Eigentum eingetragen ist. Der Eingetragene kann also niemals den Einwand erheben, daß er in Wirklichkeit nicht Eigentümer sei (RG 94, 57). Das gegen ihn erlassene Urteil berechtigt den Gläubiger, gemäß den §§ 17 Abs 1, 146 ZPO die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung des Grundstücks zu betreiben. Der wahre Eigentümer kann hiergegen nicht auf Grund des § 750 ZPO den Einwand geltend machen, daß die Zwangsvollstreckung unzulässig sei, weil ein vollstreckbarer Schuldtitel gegen ihn selbst nicht vorliege. Er kann den Gläubiger nicht zwingen, gegen ihn von neuem die dingliche Klage zu erheben (Prot 3, 575). Der Gläubiger aber, zu dessen Gunsten allein die Fiktion gilt, ist auch zur Klage gegen den wirklichen Eigentümer berechtigt. Erlangt er einen vollstreckbaren Titel gegen ihn, so kann er dessen Eintragung gemäß § 14 ZPO ertirken und dann gegen ihn die Zwangsvollstreckung betreiben. Ist über das Vermögen des Eigentümers der Konkurs eröffnet, so ist für die dingliche Hypothekenklage der Konkursverwalter ohne Rücksicht darauf, ob er das Grundstück gemäß § 117 KO in Besitz und Verwaltung genommen hat oder nicht, gemäß § 6 Abs 2 KO der richtige Beklagte. Nur dann scheidet er aus dieser Rolle aus, wenn er das Grundstück aus der Masse freigegeben hat; dazu ist eine Erklärung gegenüber dem Gemeinschaftschuldner erforderlich (RG 94, 56).

3. Die dem nicht eingetragenen Eigentümer gegen die Hypothek zustehenden Einwendungen, die ihm erhalten bleiben, können z. B. darauf gerichtet sein: daß die Hypothek überhaupt nicht bestehe, weil sie vom Nichteigentümer bestellt und dem Gläubiger das Nichteigentum bekannt gewesen sei (§ 892); daß die Hypothek gegen ihn, den wahren Eigentümer, zufolge eines persönlichen Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem Gläubiger nicht geltend gemacht werden dürfe (§ 1137 A 1). Überhaupt kann er alle Einwendungen geltend machen, die sonst einem Eigentümer gegenüber der dinglichen Klage zustehen (§ 1137 A 1—5). Die auf solche Einwendungen gestützte Klage (deren Erhebung zur Geltendmachung der Einwendungen erforderlich ist: RG 94, 57) wird als Feststellungsklage (auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses: § 256 ZPO) aufzufassen sein, auch wenn sie erst nach Beginn der Zwangsvollstreckung erhoben wird (RG 59, 305; ZB 1884, 299¹⁸; 1903, 398⁹). Eine Widerspruchsklage nach § 771 ZPO ist sie im letzteren Falle nicht, da nicht ein dem Kläger an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung zustehendes, die Veräußerung hinderndes Recht geltend gemacht wird. Ebenso wenig ist die Klage eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO, da diese die Geltendmachung der Einwendung gegen den Anspruch durch den Urteilschuldner zur Voraussetzung hat (Str.; a. M. Prot 3, 576). Der nicht eingetragene Eigentümer muß in jedem Falle zunächst seine Klageberechtigung durch den Nachweis dargetun, daß er der wahre Eigentümer ist.

§ 1149

Der Eigentümer kann¹⁾, solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist²⁾, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen¹⁾, zum Zwecke

der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken²⁾.

§ 1077 II 1056; § 3 679ff.; § 3 573.

1. Da im Gebiet des Sachenrechts der Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht besteht, kann der Eigentümer nicht die hypothekarischen Rechte der Hypothekengläubiger mit dinglicher Wirkung erweitern. Für seine Person kann er allerdings im allgemeinen Verpflichtungen nach dieser Richtung eingehen; die daraus sich ergebenden Rechte können freilich nicht zum Nachteil der übrigen Gläubiger geltend gemacht werden. § 1149 enthält nun aber in dieser Hinsicht, wie aus den Worten „kann nicht“ folgt, die noch weitergehende Bestimmung, daß zwei derartige Verpflichtungen auch dann, wenn sie vom Eigentümer nur für seine Person übernommen worden sind, überhaupt nichtig sein sollen, sofern ihre Festsetzung vor dem Eintritt der Fälligkeit der Hypothekenforderung erfolgt. Das Gesetz umfaßt mit dieser Regelung ganz allgemein nicht bloß den dinglichen Vertrag, sondern auch schuldrechtliche Verträge, die auf Übertragung des Eigentums gerichtet sind (§§ 92, 104). Der erste Fall des § 1149 betrifft das Verbot der sog. *lex commissoria*. Verboten wird damit eine Vereinbarung des Inhalts, daß das Pfandgrundstück dem Gläubiger für die Hypothek verfallen solle, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks seiner Verbindlichkeit aus der Hypothek zur Verfallzeit nicht Genüge leiste. Dieses Verbot gilt ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger berechtigt sein soll, das Grundstück in Zahlung zu nehmen, oder ob ihm das Grundstück ohne weiteres an Zahlungs Statt zufallen soll (§§ 130, 228). Nicht hierunter fällt aber z. B.: eine nicht an die Bedingung der Nichtbefriedigung des Gläubigers geknüpfte, sondern unabhängig hiervon ohne einen Schwebezustand und selbständig getroffene Vereinbarung, auch wenn der Vertrag die Übertragung des Eigentums am Grundstück zum Zwecke der Befriedigung des Hypothekengläubigers zum Gegenstand hat (§§ 130, 229; JW 1935, 2886¹⁰⁾; die Übernahme der Verpflichtung durch den Eigentümer, einem Hypothekengläubiger noch vor der Fälligkeit seiner Forderung das belastete Grundstück unabhängig von der Zahlung der Forderung am Fälligkeitstermin zu einem bestimmten Preise zu überlassen (§§ 92, 105); die Vereinbarung zwischen Eigentümer und Hypothekengläubiger, daß jener diesem gegen Lösungsbewilligung einen Bruchteil des Grundstücks aufzulassen habe, falls der Kurswert der Währung, in der die hypothekarisch gesicherte Forderung ausgedrückt ist, unter eine bestimmte Grenze sinken sollte (HR 1933 Nr 198); die Festsetzung der Verpflichtung des Eigentümers, das Grundstück an denjenigen, von dem er es durch Kauf erwirbt, für den Fall der nicht pünktlichen Zahlung des durch Hypothek zu sichernden Kaufpreises zurückzuübertragen (§ 3, 681). Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen, auch vor dem Eintritt der Fälligkeit, ergibt sich daraus, daß die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück nicht „zum Zwecke der Befriedigung“ erfolgen soll (§ 3, 195). Natürlich bleibt im Einzelfall zu prüfen, ob etwa die Vereinbarung wucherisch und deshalb nach § 138 Abs 2 nichtig ist. Soweit Bedenken gegen die Rechtsverbindlichkeit nicht bestehen, kann der Anspruch auf Übertragung des Eigentums nach § 883 Abs 1 Satz 1, 2 durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden (§ 3, 195). Die an sich zulässigen Vereinbarungen bedürfen aber zur Rechtsgültigkeit der im § 313 vorgeschriebenen Form. Die Anwendung des § 1149 wird indessen nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß für das zu Eigentum zu übertragende Grundstück ein bestimmter Preis vereinbart wird. Ist die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums zu der Nichtzahlung der Hypothekenforderung am Fälligkeitstermin in Beziehung gesetzt und von dieser Nichtzahlung abhängig gemacht, so ist der Tatbestand des § 1149 auch dann gegeben, wenn ein Preis für das zu übereignende Grundstück festgesetzt ist. Das gilt sogar dann, wenn der festgesetzte Preis höher als die Hypothekenforderung ist und deshalb die Preisbestimmung die Verpflichtung des Gläubigers zur Herausgabe des Überschusses an den Eigentümer als notwendige Folge mit sich bringt. Denn auch hier ist die Absicht der Beteiligten darauf gerichtet, daß der Gläubiger, wenn die Zahlung der Hypothekenschuld durch den Eigentümer am Fälligkeitstermin nicht erfolge, Befriedigung durch Erlangung des Eigentums an dem Grundstück bei gleichzeitiger Verrechnung der Hypothekenforderung auf die Preisforderung erhalten solle. Auch hier ist also dem Gläubiger das Recht eingeräumt, zum Zwecke seiner Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen (§§ 92, 101).

2. Nur solange nicht die Forderung dem Eigentümer gegenüber fällig geworden ist, kann der Eigentümer dem Gläubiger die im § 1149 bezeichneten Rechte nicht rechtsverbindlich einräumen. Entsprechende Vorschriften für das Pfandrecht gelten nach den §§ 1229, 1245. Wird dagegen erst dann, wenn die Fälligkeit (nicht dem persönlichen Schuldner, sondern) dem Eigentümer gegenüber (§ 1142 A 2) eingetreten ist, zwischen diesem und dem Hypothekengläubiger vereinbart, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, zum Zwecke seiner Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung, also auf andere Weise als nach § 1147 (z. B. durch freihändigen Verkauf) zu bewirken, so sind diese Vereinbarungen im Verhältnis zwischen Eigentümer und Gläubiger (§ 1) wirksam. Die erste Vereinbarung bedarf der Form des § 313. Der Anspruch daraus kann gemäß § 883 Abs 1 Satz 1 durch Eintragung einer

Vormerkung gesichert werden. Auf die Vereinbarung der zweiten Art trifft dies nicht zu, da sie nicht auf Übertragung des Eigentums, sondern auf Duldung der Veräußerung gerichtet ist. Wenn dem Gläubiger z. B. der Privatverkauf gestattet ist, so schließt er den Kaufvertrag mit dem Käufer. Die Auflassung hat dann auf Erfordern der Eigentümer dem Käufer zu erteilen (vgl. §§ 39, 40 BBO, § 894 BGB). Wird aber der Gläubiger vom Eigentümer auch zur Auflassung (unwiderruflich: § 168 Satz 2) ermächtigt, so muß die Vereinbarung hier ebenfalls in der Form des § 313 geschlossen werden (RG 50, 163).

§ 1150

Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke¹⁾, so finden die Vorschriften der §§ 268, 1144, 1145 entsprechende Anwendung²⁾.

§ 1 1031, 1032 II 1057; Nr 3 690ff.; § 3 577ff.; 4 603f.

1. Wie § 268 gegenüber dem persönlichen Gläubiger, der die Zwangsvollstreckung in einem dem Schuldner gehörenden Gegenstand betreibt, so gewährt § 1150 gegenüber dem seine **Befriedigung aus dem Grundstück verlangenden Hypothekengläubiger** ein Ablösungsrecht. Eine entsprechende Vorschrift für das Pfandrecht findet sich im § 1249. Das Ablösungsrecht ist nicht zum Schutz des Schuldners gegeben, sondern um dem Berechtigten die Möglichkeit zu gewähren, die ihm durch die Zwangsvollstreckung des betreibenden Gläubigers drohende Gefahr des Verlustes eines Rechts oder seines Besitzes abzuwenden (RG 91, 303; 123, 340). Daher ist unerläßliche Voraussetzung des Ablösungsrechts und des aus seiner Ausübung sich ergebenden Rechtsübergangs, daß die Befriedigung des Gläubigers erfolgt zum Zweck der Abwendung einer Vollstreckungsgefahr, die den Ablösenden mit dem Verlust eines Rechts am Gegenstand der Vollstreckung bedroht (RG 146, 317). § 1150 erweitert beim dinglichen Hypothekenrecht das Ablösungsrecht gegenüber § 268 insofern, als er nicht erfordert, daß der Gläubiger bereits die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung (§ 1147) betreibt, sondern das Ablösungsrecht auch schon dann gewährt, wenn der Gläubiger gerichtlich oder außergerichtlich Befriedigung aus dem Grundstück verlangt (RZM 15, 161). Es ist also nicht einmal erforderlich, daß der Hypothekengläubiger bereits die dingliche Klage gegen den Eigentümer erhoben hat. Vielmehr kann das Ablösungsrecht auch schon dann geltend gemacht werden, wenn der Gläubiger den Eigentümer zur Zahlung aufgefordert (RG 91, 302) oder die Hypothek gekündigt hat (RG Grund 55, 673) und die Fälligkeit eingetreten oder der Gläubiger schon vorher (§ 1142 Nr 3) zur Annahme der Zahlung verpflichtet ist. Denn bereits hierdurch ist das Interesse des Ablösungsberechtigten in Anbetracht der drohenden Zwangsversteigerung hinreichend gefährdet (Prot 3, 578). Unter Umständen kann auch in dem Vorgehen eines vorläufig nur bedingten Gläubigers (z. B. in seiner Beschwerde gegen den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren) ein Ablösungsrecht diesem gegenüber gegeben sein (OLG 42, 41). Ist als Zahlungsbedingung gesetzt, daß der Gläubiger, wenn die Zinsen zur Verfallzeit nicht pünktlich gezahlt würden, sofort und ohne Kündigung die Zahlung des Kapitals verlangen könne, und hat sich der Grundstückseigentümer wegen aller fälligen Kapital- und Zinsbeträge der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, so kann daraus entnommen werden, daß der Gläubiger ein für allemal im voraus das Verlangen aus Befriedigung aus dem Grundstück gestellt habe für den Fall, daß Zinsen oder Kapital zur Verfallzeit nicht gezahlt würden. Danach kann angenommen werden, daß in dem Augenblick, wo die Zahlung zur Verfallzeit unterbleibt, das Verlangen der Befriedigung aus dem Grundstück hervorgetreten ist. Denn daß das Verlangen der Befriedigung aus dem Grundstück nach Eintritt der Fälligkeit des hypothekarischen Anspruchs von dem Gläubiger zum Ausdruck gebracht sein müsse, ergibt sich aus § 1150 nicht (RG SeuffA 76 Nr 22). Dagegen genügt nicht eine Mahnung an den (vom Eigentümer verschiedenen) persönlichen Schuldner oder die Erhebung der Schuldklage gegen ihn, da hierbei nicht Befriedigung „aus dem Grundstück“ verlangt wird. Die Zweckbestimmung des Ablösungsrechts steht zwar einer Ablösung im Laufe des Zwangsversteigerungsverfahrens nicht grundsätzlich entgegen (RG 1. 11. 1930 V 411/29), kann aber dann nicht mehr erfüllt werden, wenn das abzulösende Recht am Grundstück schon durch den Zuschlag erloschen ist. Im Verteilungstermin besteht also kein Ablösungsrecht mehr, da eine Beseitigung der Versteigerung nicht mehr in Frage kommt, die Ablösung vielmehr nur den Zweck hätte, dem Ablösenden einen besseren Rang zu sichern (RG 123, 340). Die Ablösung in der Zwischenzeit vom Zuschlag bis zum Verteilungstermin erörtert A 2. — Werden öffentliche Steuerforderungen unter den Voraussetzungen der §§ 1150, 268 abgelöst, so gehen sie, auf den Ablösenden über, scheiden aus ihren hoheitsrechtlichen Beziehungen aus und sind fortan im ordentlichen Rechtsweg verfolgbar (RG 146, 319). Der in JW 1934, 2793¹⁾ (auch 1935, 2155²⁾) vertretenen Ansicht, daß bei solchen Forderungen für ein Ablösungsrecht nach § 1150 überhaupt kein Raum sei, ist nicht beizupflichten; sie beruht auf einer zu engen Auslegung des Gesetzeswortlauts (str.; JW 1937, 3181³⁾). Löst ein Hypothekengläubiger eine Steuerschuld ab, so muß er die Steuerforderung so hinnehmen, wie sie im Steuerverfahren festgestellt ist; die Frage von Zuschlägen und Zinsen im Steuerwesen ist der Nachprüfung der Gerichte entzogen (RG SeuffA 92 Nr 93).

2. Aus der **entprechenden Anwendung der Vorschriften der §§ 268, 1144, 1145** folgt: Ablösungsberechtigt (§ 268 Abs 1) sind alle an dem Grundstück oder den für die Hypothek haftenden beweglichen Gegenständen (§§ 1120 ff.) dinglich Berechtigten, die durch die Zwangsvollstreckung der Gefahr ausgesetzt sind, ihr Recht zu verlieren, z. B. Grunddienstbarkeitsberechtigte (RG JW 1913, 1147^a), nachstehende Hypothekengläubiger (JW 1934, 2793¹), der Bürge für eine Hypothekenforderung (OLG 29, 366), der Berechtigte aus einer Auflassungsvormerkung (HRR 1934 Nr 1663), schließlich auch der Besitzer des Grundstücks, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren (z. B. mit Rücksicht auf § 57 Satz 2 ZBW Mieter, Pächter: RG 90, 355; 91, 302). Der Besitzer muß aber als solcher, um den Verlust des Besitzes durch die Zwangsvollstreckung zu verhüten, die Zahlung geleistet haben. Hat z. B. ein als Eigentümer eingetragener Besitzer, der aber, wie sich durch eine Anfechtung der ihm erteilten Auflassung demnächst ergeben hat, nicht wahrer Eigentümer ist, Zahlung an einen Hypothekengläubiger zur Erfüllung einer ihm gegenüber dem Vorbesitzer obliegenden Verpflichtung geleistet, so findet § 1150 keine Anwendung (RG 80, 321). Wenn das an sich zur Ablösung berechtigte Recht erst entstanden ist, nachdem die Zwangsvollstreckung in das Grundstück eingeleitet war und der Rechtserwerber hiervon Kenntnis erlangt hatte, so wird dadurch das Ablösungsrecht nicht ausgeschlossen; das Gesetz bietet für einen solchen Ausschluß keinen Anhalt (OLG 29, 367). Wer aber einen Hypothekengläubiger befristet zu einer Zeit, wo er selbst ein dingliches Recht am Grundstück noch nicht erworben, sondern nur bewilligt erhalten hat, hat nicht kraft Ablösungsrechts nach § 1150 geleistet (RG Seuff 88 Nr 34). Für den Grundstückseigentümer, der schon nach § 1142 zur Befriedigung des Hypothekengläubigers berechtigt ist, kommt § 1150 nicht in Betracht. Ist er nicht zugleich persönlicher Schuldner der hypothekarisch gesicherten Forderung, so geht nach § 1143 durch die Befriedigung die Forderung und damit nach § 1153 auch die Hypothek auf ihn über. Ist er zugleich persönlicher Schuldner, so erwirbt er nach § 1163 Abs 1 Satz 2, § 1177 Abs 1 die Hypothek für die getilgte Forderung als Eigentümergrundschuld. Dies gilt auch dann, wenn das Grundstück zur Zwangsversteigerung gestellt ist und die Befriedigung des Hypothekengläubigers vor dem Zuschlag erfolgt. Durch den Zuschlag erlischt zwar nach § 91 Abs 1 ZBW die Hypothek, falls sie nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben soll (nicht in das geringste Gebot fällt), als dingliches Recht am Grundstück. Die durch die erloschene Hypothek gesicherte Forderung bleibt aber (bis zum Abschluß der Verteilung) bestehen und als Sicherung für sie tritt an die Stelle des Grundstücks das aus der Hypothek fließende Recht auf den Versteigerungserlös (RG 75, 313; 88, 300; 102, 120; 123, 339). Tilt nun der Schuldner-Eigentümer die bestehengebliebene Forderung bis zum Verteilungstermin, so erwirbt er das dem Gläubiger erwachsene Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös (RG 88, 300; 123, 339; 127, 353). Der Ersteher des zwangsversteigerten Grundstücks ist in der Regel zur Ablösung einer nicht in das geringste Gebot fallenden Hypothek nicht berechtigt. Zwar kann er wie jeder Dritte den Gläubiger der Hypothek (das aus ihr fließende Recht) auf den Versteigerungserlös in der Zeit vom Zuschlag bis zum Verteilungstermin gemäß § 267 befriedigen; die Hypothek (das Recht auf den Erlös) geht dadurch aber nicht auf ihn über (RG 123, 339; 127, 354). Der Ersteher ist aber gegenüber einem Hypothekengläubiger, dessen Hypothek ausgefallen und infolge des Zuschlags gelöscht ist, ablösungsberechtigt, wenn dieser den Zuschlagsbeschluß ansieht. Denn wenn die Anfechtung Erfolg hat und der Zuschlagsbeschluß aufgehoben wird, verliert der Ersteher das Eigentum am Grundstück, und der Gläubiger hat trotz der Löschung (§§ 90, 91 Abs 1 ZBW) immer noch ein dingliches Recht am Grundstück, das aufschiebend bedingt von der rechtskräftigen Aufhebung des Zuschlags in der Weise abhängt, daß es in diesem Falle als überhaupt nicht erloschen gilt. Der Gläubiger sucht mithin durch die Anfechtung des Zuschlags noch Befriedigung wegen seiner (ausgefallenen) Hypothek aus dem Grundstück (OLG 42, 40). — Beim Vorhandensein mehrerer Ablösungsberechtigter, deren Ablösungsrecht sich aus verschiedenen Rechtsverhältnissen ergibt, kann jeder für sich allein das Ablösungsrecht ausüben (RG 83, 392). Dabei hat keiner vor dem andern ein Vorrrecht. Erst durch die vollzogene Befriedigung, nicht schon dadurch, daß einer von mehreren Ablösungsberechtigten die Befriedigung dem Gläubiger in Aussicht stellt oder mit ihm vereinbart, erledigt sich das Ablösungsrecht der übrigen (str.). Einem persönlichen Gläubiger, mag er auch die Beschlagnahme des Grundstücks ausgebracht haben, steht das Ablösungsrecht nicht zu. — Die Befriedigung des Gläubigers muß, sofern er das verlangt, wegen des ganzen ihm geschuldeten Betrags bewirkt werden, bei einer nach dem Aufwag aufgewerteten Höchstbetragshypothek aber nur in Höhe des Aufwertungs Betrags der Hypothek, nicht der durch sie gesicherten höheren persönlichen Forderung (RG 123, 150). Nimmt der Gläubiger aber eine Teilbefriedigung an, so treten die Wirkungen der Ablösung nur in Höhe des geleisteten Teilbetrags ein (RG 146, 320; JW 1916, 670^a). Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung mit einer Forderung des Ablösenden an den Gläubiger erfolgen (§ 268 Abs 2; § 1142 A 4). Für die Aufrechnung enthält dies eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß ein Dritter eine ihm fremde Schuld wider Willen des Gläubigers nicht durch selbständige Erklärung der Aufrechnung tilgen kann (§ 387; RG 78, 384). — Die Wirkung der Ablösung ist, daß die Forderung mit der Hypothek kraft Gesetzes (ohne Abtretung) auf den Ablösenden übergeht (§ 268 Abs 3 Satz 1;

§§ 401, 412, 1153 Abs 1; **RG** 91, 302). Ist die Hypothek eine Gesamthypothek, so erwirbt der Ablösende die Hypothek an allen belasteten Grundstücken, wenn er bezüglich des Grundstücks, aus dem der Gläubiger Befriedigung verlangt, ablösungsberechtigt ist (**DVG** 26, 192). Im Falle teilweiser Befriedigung, die in Frage kommt, wenn der Gläubiger nur wegen eines Teils seiner Hypothekenforderung Befriedigung verlangt (**RG** 146, 320), hat der dem Gläubiger verbleibende Rest der Forderung den Vorrang (§ 268 Abs 3 Satz 2; s. unten). Da die Befriedigung durch den Ablösenden gleichsteht der Befriedigung durch den Eigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist (a. M. **DVG** 35, 196, wo nur § 402 für anwendbar erachtet wird), kann der Ablösende zur Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) nach den §§ 1144, 1145 Zug um Zug gegen Befriedigung des Gläubigers (§ 1144 A 2) die Aushändigung der hierzu erforderlichen Urkunden (§ 1144 A 4) verlangen. Bei Briefhypotheken kann er weiter beanspruchen: im Falle voller Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Briefs (§ 1144 A 3); im Falle teilweiser Befriedigung die Vorlegung des Briefs zwecks Herstellung eines Teilhypothekenbriefs (§ 1145 A 5). Gemäß § 75 **ZWG** hat die Befriedigung des die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigers nach Beginn der Versteigerung die Einstellung des Verfahrens zur Folge. Im Falle der Ablösung eines Zinsrückstandes tritt der auf den Ablösenden übergehende Zinsanspruch im Range hinter den dem Hypothekengläubiger verbleibenden Anspruch auf das Hypothekenskapital zurück, so daß dem Kapital nunmehr der Vorrang vor den Zinsen gebührt. Das ergibt sich einerseits aus der Bedeutung, die der Ablösung im allgemeinen beizulegen ist, andererseits aus der Berücksichtigung des § 1178, wonach die Zahlung durch den Schuldner selbst nicht die Entstehung einer Eigentümergrundschuld, sondern das Erlöschen der Hypothek für den abgelösten Zinsrückstand zur Folge gehabt hätte (**RG** 131, 325). Auch wenn später ein anderer Berechtigter das Hypothekenskapital zum Teil ablöst, behält der Teil den Vorrang vor jenem Zinsrückstand. Denn § 1150 in Verbindung mit § 268 Abs 3 Satz 2 begründet kein persönliches Recht des Gläubigers (so noch **RG** 82, 133), sondern ein der Hypothek anhaftendes dinglich wirksames Recht, wonach gemäß § 1176 die einzelnen Teile des Hypothekenskapitals beim gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Übergang ihr Rangverhältnis untereinander nicht verändern (**RG** 131, 326). Voraussetzung für die Wirkung der Ablösung ist, daß die Befriedigung des Gläubigers auf sein Verlangen der Befriedigung aus dem Grundstück erfolgt (A 1). Hat der Ablösungsberechtigte mit dem Gläubiger, der die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieb, vereinbart, der Gläubiger solle die Zwangsvollstreckung zur Aufhebung bringen, dafür wolle er bestimmte Zahlungen auf die Hypothek (z. B. auf die Zinsen der Hypothek) leisten, hat dann der Gläubiger dieser Vereinbarung gemäß die Zwangsvollstreckung zur Aufhebung gebracht und leistet demnach der Ablösungsberechtigte die zugesagten Zahlungen, ohne daß der Gläubiger zuvor wieder die Zwangsvollstreckung betrieben oder sonst Befriedigung aus dem Grundstück verlangt hätte, so findet ein Übergang der Hypothek auf den Ablösungsberechtigten nicht statt (**DVG** 29, 366), es sei denn, daß eine Bürgschaft in der Vereinbarung zu finden ist und daher der Übergang nach den §§ 774, 412, 1153 erfolgt. — Wenn dem zur Duldung der Ablösung verpflichteten Gläubiger noch andere nachstehende Hypotheken an demselben Grundstück zustehen, kann er die Ablösung weder verlangen noch von der Befriedigung auch der anderen Hypotheken abhängig machen. Vielmehr geht auch in diesem Falle die von der Ablösung betroffene Hypothek in ihrem bestehenden Rechtszustande auf den Ablösenden über. Insbesondere behält sie den Vorrang vor den anderen Hypotheken des Gläubigers. Daß nach § 268 Abs 3 Satz 2, § 1150 (vgl. die ähnlichen Bestimmungen in den §§ 426, 774, 1143, 1164, 1176, 1225, 1249, 1607, 1709) der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann, hat nur folgende Bedeutung: Durch die Ablösung darf der Gläubiger der von der Ablösung betroffenen Hypothek keinen Nachteil erleiden. Insbesondere hat also, wenn der Gläubiger nur mit einem Teilbetrag seiner Hypothek, wegen dessen er Befriedigung aus dem Grundstück verlangt hat, befriedigt wird, der ihm verbleibende Restbetrag der Hypothek den Vorrang vor dem auf den Befriedigten den übergehenden Teilbetrag (**RG** 76, 198; 82, 135; 126, 181). Überhaupt darf sich die Lage des Gläubigers durch die Ablösung nicht verschlechtern gegenüber der Lage, in die er durch eine Zahlung des Schuldners nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, also durch eine Tilgung der Forderung, geraten wäre (**RG** 131, 324). Soweit aber dem Gläubiger noch eine andere Hypothek zusteht, ist er als unbeteiligter Dritter anzusehen. Die Bestimmung hat nicht die Tragweite, daß der Ablösende bei Konkurrenz mit dem ursprünglichen Gläubiger diesem schlechthin und überall weichen müßte (str.; **RG** 82, 133; 83, 404; **ZW** 1913, 1147^a; **Gruch** 58, 922; **RJN** 15, 162). Hatte der Gläubiger einen Teilbetrag der Hypothek auf einen anderen übertragen, ohne diesem den Vorrang vor dem Restbetrag zu gewähren (§ 1151 A.1), und wird er wegen des Restbetrags später befriedigt, so steht dem Erwerber des Teilbetrags der Vorrang nicht zu, da der übertragene Teil eine selbständige, einem anderen gehörige Hypothek geworden ist und Mitübertragung eines dem Teil im Hinblick auf eine Ablösung anhaftenden Rechts nicht in Frage kommen kann (**RG** 82, 138). Dabei ist es ohne Belang, ob den beiden Hypotheken eine einseitige Forderung zu Teilbeträgen oder mehrere verschiedene Forderungen zugrunde liegen. Denn für die Zulässigkeit und Wirkung der Ausübung des Ablösungsrechts aus § 1150 kommen allein die dinglichen Hypothekenrechte in Betracht, nicht die gesicherten persönlichen Forderungen (**RG** **ZW** 1913, 1147^a). Betrifft die

Ablösung rückständige Zinsen und Kosten, so kann der Gläubiger nicht geltend machen, er sei durch die Ablösung insofern benachteiligt, als die Hypothek für die Zinsen und Kosten nach § 1178 erloschen wäre, wenn der Schuldner selbst die Befriedigung bewirkt hätte. Denn insofern käme nicht bezüglich der durch die Ablösung betroffenen Hypothek, sondern nur bezüglich der anderen Hypothek ein Nachteil in Frage, der aber außer Betracht zu bleiben hat (str.; RG JW 1913, 1147^a; ähnlich Warn 1914 Nr 275: löst B, dem eine der Hypothek des A im Range nachstehende Hypothek zusteht, eine andere Forderung des A ab, die zwar nicht eingetragen ist, aber in der Zwangsversteigerung nach § 10 Nr 2 das Vorrecht vor der Hypothek des A hat, so kann A wegen seiner Hypothek nicht geltend machen, er sei darum benachteiligt, weil die Forderung erloschen wäre, wenn der Schuldner gezahlt hätte). Hat die andere Hypothek gleichen Rang mit der abgelösten Hypothek desselben Gläubigers und gründet sich das Ablösungsrecht auf ein eingetragenes Recht am Grundstück, so hat die auf den Ablösenden übergegangene Hypothek den Vorrang vor der anderen Hypothek, wenn erst nach der Eintragung des zur Ablösung berechtigenden Rechts die andere Hypothek mit der Bestimmung eingetragen worden ist, daß sie gleichen Rang mit der vor dem Recht des Ablösungsberechtigten eingetragenen (demnächst abgelösten) Hypothek habe, und wenn der Ablösungsberechtigte nicht seine Zustimmung dazu gegeben hat. Denn der Ablösungsberechtigte hatte bereits durch seine Eintragung eine Anwartschaft auf die Ablösung und den Erwerb der ihm vorgehenden Hypothek mit deren Rang erlangt für den Fall, daß der Hypothekengläubiger Befriedigung aus dem Grundstück verlange. Diese Anwartschaft konnte ihm gemäß § 880 Abs 5 nicht dadurch verflümmert werden, daß der nachträglich eingetragenen anderen Hypothek der gleiche Rang mit der vorgehenden Hypothek eingeräumt wurde (§ 880 A 9). — Besteht die abgelöste Hypothek zugleich als Gesamthypothek auch an einem anderen Grundstück, das dem Gläubiger selbst gehört (hat z. B. der Eigentümer des anderen Grundstücks die Gesamthypothek durch Befriedigung des ursprünglichen Gläubigers für einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer des mitbelasteten Grundstücks gemäß § 1173 Abs 2 erworben: § 1173 A 7), so geht nicht, wie sonst bei einer Gesamthypothek (A 2), auch die Hypothek an dem anderen (dem abgelösten) Gläubiger selbst gehörigen Grundstück auf den Ablösenden über. Denn ein solcher Übergang würde dem abgelösten Gläubiger zum Nachteil im Sinne des § 268 Abs 3 Satz 2 gereichen, da sein Grundstück mit der Hypothek belastet bliebe (DZ 26, 193). Nun kann aber die Gesamthypothek nicht in zwei verschiedenen Gläubigern zustehende Einzelhypotheken für dieselbe Forderung zerfallen. Deshalb und weil der abgelöste Gläubiger Befriedigung aus dem ihm nicht gehörigen Grundstück verlangt hatte, ist es so anzusehen, als ob er (durch die Ablösung) Befriedigung aus diesem Grundstück erlangt hätte. Unter entsprechender Anwendung des § 1181 Abs 2 ist also im Ergebnis anzunehmen, daß die Hypothek an seinem Grundstück erlischt. — Wenn der Gläubiger einer Hypothek, die auf dem ganzen, mehreren Miteigentümern gehörenden Grundstück lastet, die Hypothek allen Miteigentümern gegenüber kündigt, von denen einer nicht persönlicher Schuldner der Hypothekenforderung ist, so kommt ein Ablösungsrecht dieses Miteigentümers nicht in Frage. Denn er ist schon nach § 1142 zur Befriedigung des Gläubigers wegen der ganzen Hypothek berechtigt und erwirbt durch die Befriedigung nach den §§ 1143, 1153, 1009 die ganze Hypothek als solche (Forderung nebst Hypothek) an dem ganzen Grundstück (RG Gruch 55, 670). — Vereitelt oder erschwert der Gläubiger schuldhaft ein bestehendes Ablösungsrecht (z. B. dadurch, daß er die angebotene Befriedigung zurückweist oder daß er im Falle der Haftung mehrerer Grundstücke für die Hypothek die wertvollsten Grundstücke arglistig aus der Pfandhaft entläßt), so ist er (insbesondere, wenn das Grundstück demnächst zwangsversteigert wird) nach § 823 Abs 1 oder § 826 dem Ablösungsberechtigten zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet. Der Schaden kann z. B. im Falle der Entlassung von Grundstücken aus der Pfandhaft dem Ablösungsberechtigten dadurch ersetzt werden, daß ihm das Ablösungsrecht mit einem der Verringerung der Pfandgrundstücke entsprechenden verhältnismäßigen Betrage gestattet und demgemäß das Zwangsversteigerungsrecht des Ablösungsgegners auf diesen verhältnismäßigen Betrag beschränkt wird (RG 83, 393; 90, 355; 123, 340).

§ 1151

Wird die Forderung geteilt¹⁾, so ist zur Änderung des Rangverhältnisses der Teilhypotheken untereinander²⁾ die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich³⁾.

© II 1058; § 3 84f., 585.

1. Die Forderung wird geteilt, wenn ein Teil vom Gläubiger abgetreten oder für einen Gläubiger des Gläubigers gepfändet (RM 3, 84) oder auf einen anderen vererbt wird (RM 4, 171) oder wenn die Forderung mit der Hypothek zu einem Teil auf den Eigentümer, den persönlichen Schuldner oder einen Dritten kraft Gesetzes übergeht (§ 1143 A 3). In der zweiten Gruppe von Fällen hat der dem Gläubiger verbleibende Restbetrag den Vorrang (§§ 1176, 1143, 774, 426, 1150, 268). In der ersten Gruppe haben dagegen die Teilbeträge gleichen Rang, wenn nicht ein anderes

Bestimmt worden ist (RG JW 1911, 277⁵; RGZ 25, 303; 29 A 184; für Tilgungshypotheken § 1176 A 1). Übrigens kann auch ohne Änderung oder Wechsel in der Person des Gläubigers eine Teilung der Forderung eintreten, wenn diese in der Weise zerlegt wird, daß die Teile im Verhältnis zueinander durch ihre rechtlichen Beziehungen (z. B. durch verschiedenen Rang) oder durch Art oder Umfang der damit verbundenen Rechte (z. B. hinsichtlich des Zinssatzes, der Fälligkeit) sich als gesondert darstellen (RM 4, 172; 15, 318). Zur Eintragung einer solchen Teilung ist die Bewilligung des Gläubigers in der Form des § 29 GBD erforderlich (JFG 14, 146). Weitere Fälle der Teilung erörtert § 1152 A 1, 4. Durch die Teilung, insbesondere im Falle der Abtretung eines Teils, treten an die Stelle der bisher einheitlichen Hypothek mehrere selbständige Hypotheken in Höhe der Teilbeträge (RG 52, 361; 75, 249; § 1176 A 1 a. E.). Wenn eine Hypothekenforderung nach und nach durch Teilzahlungen getilgt wird, so entstehen mit jeder Teilzahlung gemäß den §§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1 Eigentümergebundenschulden, die selbständig sind und über die der Eigentümer gesondert verfügen kann. Er kann aber auch die mehreren Grundschulden zu einer einzigen Grundschuld vereinigen oder gemäß § 1198 wieder in eine einzige Hypothek umwandeln, obwohl sie verschiedenen Rang haben (RG 145, 50; § 877 A 4; § 1113 A 5). Über mehrere Einzelhypotheken, insbesondere Einzel-Höchstbetragshypotheken, für je einen Forderungsteil vgl. § 1132 A 2, 4. Von wertbeständigen Hypotheken (§ 1113 A 4) können nicht auf Reichsmark lautende Teile abgezweigt werden (RG 131, 88; HR 1935 Nr 1014).

2. § 1151 betrifft sowohl den Fall, daß die **Änderung des Rangverhältnisses der Teilhypotheken untereinander** (A 1), also die Einräumung des Vorrangs eines Teils vor dem anderen, schon bei der Teilung der Forderung erfolgt, als auch den Fall, daß diese Änderung erst nachher erfolgt. Denn die Fassung des Gesetzes („wird die Forderung geteilt“) deckt auch den Fall einer bereits geschenehen Teilung, und es liegt auch kein einleuchtender Grund vor, beide Fälle verschieden zu behandeln (str.; RM 8, 240; JFG 4, 427). Gleichartig (z. B. hinsichtlich der Zinsen, der Fälligkeit) brauchen die Teile nicht zu sein (JFG 4, 432). Auf eine Änderung des Inhalts, wodurch das ganze Recht eine andere Gestalt gewinnt, bezieht sich die Vorschrift aber nicht. Für eine solche Änderung sind die §§ 877, 873 maßgebend, wonach eine Einigung mit dem Eigentümer erforderlich ist (JFG 4, 433).

3. Daß zu der Rangänderung die **Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich** ist, bildet eine Ausnahme von § 880 Abs 2 Satz 3. Sie wird gemacht zur Vermeidung unnötiger Erschwerungen (Prot 3, 94). Die übrigen Vorschriften des § 880 (insbesondere über das Erfordernis der Einigung zwischen dem Zurücktretenden und dem Vortretenden) finden auch auf diese Rangänderung Anwendung. Die Rangänderung ist im Grundbuch sowohl bei dem zurücktretenden als auch bei dem vortretenden Teil zu vermerken (§ 880 A 4; RM 12, 256). Wenn eine für künftig entstehende Forderungen aus einem Kreditverhältnis bestellte Höchstbetragshypothek durch entstandene Forderungen noch nicht voll angefüllt ist, kann der Gläubiger ohne Zustimmung des Eigentümers die Hypothek nicht im vollen eingetragenen Betrag, sondern nur in Höhe des Betrags der Anfüllung teilen und das Rangverhältnis der Teilhypotheken untereinander ändern (A 1). Denn in Höhe des nicht angefüllten Betrags steht dem Eigentümer eine vorläufige Eigentümergebundenschuld zu (§ 1190 A 1; a. M. RM 15, 318).

§ 1152

Im Falle einer Teilung der Forderung ¹⁾ kann ²⁾, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist ³⁾, für jeden Teil ein Teilhypothekenbrief hergestellt werden ⁴⁾; die Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks ist nicht erforderlich ⁵⁾. Der Teilhypothekenbrief tritt für den Teil, auf den er sich bezieht, an die Stelle des bisherigen Briefes ⁶⁾.

§ 1122 II 1059; M 3 761f.; B 3 665f.

1. Die **Teilung der Forderung** ist in § 1151 A 1 behandelt. Eine reale Teilung wird im § 1152 nicht erfordert. Auch wenn nur ein Bruchteil der Forderung abgetreten wird, kann ein Teilhypothekenbrief gebildet werden (M 3, 761). Dasselbe gilt, wenn die Hypothekenforderung auf eine Bruchteilsgemeinschaft (z. B. im Falle der Abtretung der Briefhypothek an mehrere neue Gläubiger zu gleichen Rechten und Anteilen) übergeht (RGZ 39 A 268). Für eine Teilung der Forderung in Hauptforderung und Zinsen gelten die Ausführungen in A 4 und § 1158 A 3. Wird die Forderung bei einer Teilung des belasteten Grundstücks in der Weise auf die einzelnen Grundstückssteile verteilt, daß jedes Grundstück nur für den zugeteilten Betrag haftet, so ist für die Herstellung eines Teilhypothekenbriefs kein Raum, da die Hypotheken für die Teilbeträge nicht Teile derselben Hypothek, sondern wegen der Verschiedenheit der belasteten Grundstücke selbständige Hypotheken sind. Hier ist unter entsprechender Anwendung des § 64 GBD für jedes Grundstück ein neuer Brief zu erteilen (RM 4, 170; auch RG 52, 361). Nach § 1192 findet § 1152 auch auf Grundschulden Anwendung. Daraus ist zu entnehmen, daß auch dann eine Teilung im Sinne des § 1152 vorliegt, wenn ein Teil der Hypothek (z. B. durch Befriedigung des

Gläubiger nach den §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1) Eigentümergrundschuld geworden ist. Auch hier kann also auf Antrag des Eigentümers oder eines Erwerbers der Grundschuld von dem Stammhypothekenbrief, den der Gläubiger gemäß § 1145 Abs 1 Satz 2 vorzulegen hat, ein Teilgrundschuldbrief (nicht ein selbständiger Grundschuldbrief: § 65 GBD) für die Eigentümergrundschuld hergestellt werden (RZM 11, 139; RGZ 40, 339; DLG 23, 213).

2. Ein Teilhypothekenbrief kann hergestellt werden. Notwendig ist das aber nicht. Auch dann, wenn ein Teil der Briefhypothek abgetreten wird, ist zur Übereignung des Teils die Herstellung eines Teilbriefs nicht unbedingt erforderlich. Dem Erfordernis der Briefübergabe (§ 1154) kann durch Übergabe des Stammbriefs oder durch Einräumung des Mitbesizes (§ 866) an ihm genügt werden (RG 69, 39; 75, 222; RZM 2, 85; 6, 64; DLG 9, 314; 23, 213; 41, 37; § 1145 A 5; über die Erfordernisse der Einräumung des Mitbesizes § 1154 A 3). Auch zur Eintragung der außerhalb des Grundbuchs vollzogenen Teilabtretung genügt die Vorlegung des Stammbriefs (RZM 2, 84; 3, 108; A 6). Die Erfordernisse des Erlases der Briefübergabe durch eine Vereinbarung nach § 1117 Abs 2 im Falle der Abtretung eines Teils einer Briefhypothek behandelt § 1154 A 3. Überträgt der Gläubiger einen Teil der Briefhypothek an einen anderen, so hat der Erwerber auch dann, wenn der Übertragung kein Kaufgeschäft zugrunde liegt (§§ 433, 437, 444), nach den §§ 398, 401, 402, 1154 Abs 1, 1117, 1152 einen Anspruch darauf, daß ihm zur Verschaffung der Hypothek ein Teilhypothekenbrief von dem Übertragenden übergeben wird (RG 63, 424). Geht ein Teil einer Briefhypothek kraft Gesetzes auf einen anderen (den Eigentümer, den persönlichen Schuldner oder einen Dritten) über, so ist der Gläubiger nur verpflichtet zur Vorlegung des (Stamm-) Hypothekenbriefs an das Grundbuchamt oder einen zuständigen Notar zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs (§§ 896, 1145, 1150, 1167, 1168; RG 59, 318; 69, 36; 75, 222). Einen Anspruch auf die Einräumung des Mitbesizes am (Stamm-) Brief hat der andere gegen den Gläubiger nicht (RG 69, 41; 75, 222; DLG 41, 37).

3. Soll eine Hypothek, bei der die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist (Buchhypothek), zu einem abgeordneten Teil in eine Briefhypothek umgewandelt werden, so ist nach § 1116 Abs 3 die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers sowie die Eintragung der Aufhebung der Briefausschließung erforderlich. Der demnächst hergestellte Brief ist kein Teilhypothekenbrief, sondern ein gewöhnlicher Hypothekenbrief, der gemäß den §§ 56—58 GBD herzustellen ist (RGZ 39 A 274).

4. Die Herstellung des Teilhypothekenbriefs erfolgt gemäß § 61 GBD (dazu auch §§ 47ff., insbesondere § 48 Abs 2 GrundbVerf. v. 8. 8. 1935). Die im Abs 2 Satz 1 des § 61 GBD vorgeschriebenen Erfordernisse, insbesondere die Bezeichnung als Teilhypothekenbrief und eine beglaubigte Abschrift der im § 56 Satz 2 GBD vorgesehenen Angaben des Stammhypothekenbriefs, sind zwingend. Ist diesen Erfordernissen nicht genügt, so ist der Teilhypothekenbrief ungültig und kann nicht hinsichtlich des abgetretenen Teils an die Stelle des Stammbriefs (A 6) treten (RG Warn 1912 Nr 291). Der Teilhypothekenbrief kann für jeden Teil hergestellt werden, also auch für Zinsen, sofern der Teil die Zinsforderung betrifft (RG 86, 219; für Rückstände gilt aber § 1159). Die Sonderung der beglaubigten Abschrift des Stammbriefs von derjenigen der Schulbureau behandelt RZM 2, 141. Unzulässig ist die Erteilung eines mehrere Hypotheken umfassenden Briefs (§ 66 GBD), wenn sich unter ihnen eine Teilhypothek befindet (RZM 1, 15).

5. Zur Herstellung des Teilhypothekenbriefs ist nicht erforderlich die Zustimmung des Grundstückseigentümers, da er auch gegen die Verlegung der Forderung in selbständige Teile (§ 1151) keinen Widerspruch erheben kann. Dagegen ist die Zustimmung des Stammgläubigers erforderlich, weil sein Recht dadurch betroffen wird (RZM 2, 84).

6. Der Teilhypothekenbrief tritt an die Stelle des Stammbriefs derart, daß er als gewöhnlicher Hypothekenbrief für die Teilhypothek gilt. Bei Verfügungen über die Teilhypothek ist also nur die Übergabe (zur Übereignung) oder die Vorlegung (zur Vornahme von Eintragungen) des Teilbriefs, nicht auch die des Stammbriefs erforderlich. Wenn jedoch die durch Übergabe des Stammbriefs (A 2) oder des bereits hergestellten Teilbriefs außerhalb des Grundbuchs vollzogene Teilabtretung (RG 64, 312) oder der kraft Gesetzes eingetretene Teilübergang (RG 59, 318; 69, 38) im Grundbuch vermerkt werden soll, so muß gemäß den §§ 41, 62 GBD sowohl der etwa bereits hergestellte Teilbrief als auch der Stammbrief vorgelegt werden, da durch diese Eintragung beide Teile der Hypothek betroffen werden (RZM 6, 63). Der eingereichte Stammbrief ist vom Grundbuchamt demjenigen zurückzugeben, der ihn im eigenen Namen vorgelegt hat; ist der Brief in fremdem Namen überreicht, so ist er demjenigen zurückzugeben, in dessen Namen er eingereicht ist (DLG 44 S. 161, 163).

§ 1153

Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über ¹⁾.

Die Forderung kann nicht ²⁾ ohne die Hypothek ³⁾, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden ⁴⁾.

1. Die **Übertragung der Forderung** hat den **Übergang der Hypothek** mit Notwendigkeit zur Folge, mag sie sich vollziehen auf Grund eines Vertrags (Abtretung: § 398) oder einer gerichtlichen Anordnung (Überweisung an Zahlungs Statt: §§ 835, 837 ZPO; Zuschlag in der gemäß § 844 ZPO angeordneten öffentlichen Versteigerung: RGZ 31 A 316; 33 A 269) oder kraft Gesetzes (RG ZW 1908, 33^r; Fälle in § 1143 A 3; ferner z. B. Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft, Erbfolge: §§ 1438, 1922). Rechtsgrundsätzlich kann der Gläubiger die Forderung und die Hypothek auch auf den Grundstückseigentümer und auf den persönlichen Schuldner übertragen. In solchen Fällen ist aber zu prüfen, ob nicht die Übertragung (durch schriftliche Abtretungserklärung und Übergabe des Hypothekenbriefs) lediglich die beiderseits gewollte äußere Form für die in Wirklichkeit beabsichtigte Schuldtilgung bildet (RG HR 1929 Nr 139). Die Vorschrift des § 1153 gilt für die Hypothek als zwingende Vorschrift neben der Bestimmung des nachgiebigen Rechts in § 401 (und § 412), wonach Nebenrechte (z. B. auch Ansprüche auf Bestellung einer Hypothek oder eines Pfandes: RG Warn 1929 Nr 158) nur dann auf den neuen Gläubiger übergehen, wenn nichts anderes bestimmt ist (RG 85, 364; Warn 1917 Nr 145; RZM 12, 252). Der gesetzgeberische Grund für die hier gegebene zwingende Vorschrift ist, daß die Übertragung der Forderung ohne die Hypothek ein in sich widerspruchsvoller Akt sein würde. Denn die lediglich zur Sicherung der Forderung dienende Hypothek kann nur dem jeweiligen Gläubiger zustehen; für den früheren Gläubiger würde sie ein inhaltloses und folglich nutzloses Recht sein (M 3, 706). Auf Grundschulden findet § 1153 keine Anwendung (§ 1191 A 1). Auch wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt ist, geht sie bei der Abtretung der Forderung nicht ohne weiteres mit über. Denn sie gehört nicht zu den im § 401 genannten Nebenrechten, sondern besteht selbständig gegenüber der Forderung (RZM 12, 251). Auch auf Hypothekvormerkungen und auf die im Falle der Zwangsversteigerung an die Stelle der Hypotheken tretenden Rechte auf den Versteigerungserlös ist ihrer rechtlichen Natur nach (§ 883 A 8; § 1168 A 1) § 1153 unanwendbar. Für die Verpfändung einer hypothekarisch gesicherten Forderung dagegen gilt nach § 1274 sowohl Abs 1 wie Abs 2 des § 1153 ebenfalls (RG Warn 1918 Nr 56). Dasselbe gilt nach § 1069 für die Belastung einer Hypothek mit einem Nießbrauch (ZFG 4, 416). Übrigens kann die Übertragung oder Verpfändung einer Hypothek durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden; eine solche Vertragsklausel ist eintragungsfähig und im Hinblick auf § 892 auch eintragungsbedürftig (HR 1934 Nr 557; § 1154 A 1 a. E.).

2. Aus den Worten „**kann nicht**“ folgt: Werden Forderung und Hypothek nicht zusammen übertragen (wird z. B. erklärt, es werde nur die Forderung, nur die Hypothek übertragen: RG Warn 1917 Nr 145), so ist die Übertragung nichtig. Die Erklärung, daß „die Hypothek“ abgetreten werde, wird aber in der Regel als Abtretung der Hypothek und der Forderung aufzufassen sein. Ist anderseits die Abtretung „der Forderung“ unter Erwähnung der Hypothek (z. B. einer Anzahl Tilgungsraten einer Hypothek) erklärt, ohne daß die Beteiligten über das Schicksal der Hypothek etwas vereinbart haben, weil sie nicht daran dachten oder eine besondere Übereinkunft darüber nicht für erforderlich hielten, so tritt ohne weiteres die gesetzliche Folge des Abs 1 ein, also der Mitübergang auch der Hypothek (RG Warn 1917 Nr 145). Auf die Grundschuld, die von einer Forderung unabhängig ist, finden die Vorschriften des Abs 2 keine Anwendung (RZM 12, 252). Als Folge daraus, daß Forderung und Hypothek die gleichen rechtlichen Schicksale teilen, ergibt sich auch: Ist eine Forderung nach § 829 ZPO gepfändet und dann für sie eine (schon vorher bewilligte) Hypothek eingetragen worden, so ergreift das Pfändungspfandrecht auch die Hypothek, ohne daß es einer nochmaligen Pfändung gemäß § 830 ZPO bedarf (ZFG 4, 413). Eine weitere Folge der untrennbaren Zusammengehörigkeit von Forderung und Hypothek war die, daß im Falle der Aufwertung einer abgetretenen Hypothek für die Berechnung des dem Zessionar zustehenden Goldmarkbetrags (§§ 2, 3 AufwG) bei Hypothek und Forderung der Zeitpunkt seines Erwerbs maßgebend war (RG 117, 436). Daneben fand aber unter Umständen auch zugunsten des Zedenten eine Aufwertung der Hypothek und der Forderung nach dem Zeitpunkt seines Erwerbs statt (§ 17). Eine gewisse Durchbrechung erfuhr der Grundsatz des § 1153 Abs 2 BGH durch § 10 AufwG. Denn wenn die persönliche Forderung höher aufgewertet wurde als die Hypothek, so konnte der Gläubiger die persönliche Forderung, soweit sie den Aufwertungsbeitrag der Hypothek überstieg, vom Schicksal der Hypothek trennen (RG HR 1929 Nr 2081).

3. Will der Gläubiger die **Forderung ohne die Hypothek** übertragen, so muß er zuvor auf die Hypothek verzichten (§ 1168; RG 45, 186) oder sie durch Einigung mit dem Eigentümer in eine Grundschuld umwandeln (§ 1198). Bei der Höchstbetragshypothek ist nach § 1190 Abs 4 ausnahmsweise die Übertragung der Forderung ohne die Hypothek zulässig.

4. Die **Übertragung der Hypothek ohne die Forderung** kann dadurch ermöglicht werden, daß der Hypothek bei ihrer Übertragung eine andere Forderung gemäß § 1180 untergelegt wird (RG 35, 242; 45, 187). Ferner geht in verschiedenen Fällen (§ 1143 A 3), namentlich wenn die Forderung erlischt, die Hypothek allein zwar nicht als solche, aber als Grundschuld kraft Gesetzes auf den Eigentümer über. Weiter gibt es (bei der Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner; bei der Gesamthypothek) Fälle, in denen die Hypothek ohne die Forderung

als Hypothek für eine Ersatzforderung auf einen anderen kraft Gesetzes übergeht (§§ 1164, 1173 Abs 2, 1174, 1182).

Soll eine Anteilshypothek im Sinne des § 741 ganz oder zu einem ziffernmäßig begrenzten Betrage auf einen andern übertragen werden, so müssen alle an der Gemeinschaft beteiligten Gläubiger bei der Abtretung mitwirken (§RN 1935 Nr 663).

§ 1154

Zur Abtretung der Forderung¹⁾ ist Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form²⁾ und Übergabe des Hypothekenbriefs³⁾ erforderlich⁴⁾; die Vorschriften des § 1117 finden Anwendung³⁾. Der bisherige Gläubiger hat auf Verlangen des neuen Gläubigers die Abtretungserklärung auf seine Kosten öffentlich beglaubigen zu lassen⁵⁾.

Die schriftliche Form der Abtretungserklärung kann dadurch ersetzt werden, daß die Abtretung in das Grundbuch eingetragen wird⁶⁾.

Ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen, so finden auf die Abtretung der Forderung die Vorschriften der §§ 873, 878 entsprechende Anwendung⁷⁾.

© I 1087, 1112 II 1061; R 3 705, 707ff., 748ff.; P 3 586f., 647ff., 713ff.; 6 240f.

1. Die Abtretung der Hypothekenforderung bewirkt nach § 1153 Abs 1 den Übergang auch der Hypothek. Die Hypothekenforderung ist zwar schuldrechtlicher Natur, ihre Abtretung kann aber nur in den durch § 1154 vorgeschriebenen Formen (DVG 26, 153) und gemäß § 1153 Abs 2 nicht ohne gleichzeitige Übertragung der Hypothek erfolgen. Die Abtretung ist nach § 398 ein Vertrag, der die Übertragung des Gläubigerrechts des bisherigen Gläubigers auf den neuen Gläubiger zum Gegenstande hat (RG 54, 147; RZ 6, 67). § 1154 setzt an sich voraus, daß die abgetretene Forderung besteht. Indessen kann beim Nichtbestehen der Forderung der Abtretungsempfänger durch die §§ 892, 1138 gegen Einwendungen des Eigentümers aus der Nichtentstehung der Forderung in der dinglichen Rechtsstellung geschützt sein. Hat z. B. A an seinem Grundstück für B eine Darlehenshypothek bestellt mit der Vereinbarung nach § 1117 Abs 2 und hat demnach B nach Eintragung der Hypothek und Bildung des Hypothekenbriefs, aber ohne Hingabe des Darlehens an A, die Hypothek gemäß § 1154 durch schriftliche, öffentlich beglaubigte (§ 1155) Abtretungserklärung und durch die Vereinbarung, daß der Abtretungsempfänger sich den noch nicht an B ausgehändigten Brief vom Grundbuchamt auszuhändigen lassen solle, an den in Ansehung der Nichtingabe des Darlehens gutgläubigen C abgetreten, so hat C das dingliche Gläubigerrecht wirksam erlangt und ist gegen einen Grundbuchberichtigungsanspruch des A aus § 894 gesichert (RG 137, 95; § 1138 A 1, 3 b). Das für den Abtretungsvertrag begrifflich wesentliche Erfordernis, daß der alte Gläubiger aus dem Schuldverhältnis ausscheiden (RG 128, 132) und an seine Stelle der neue Gläubiger treten soll, ist nicht gegeben, wenn der Abtretende vereinbarungsgemäß berechtigt bleiben soll, im eigenen Namen die Forderung von dem Schuldner einzuziehen. Denn der wesentliche Inhalt des Gläubigerrechts besteht darin, daß der Gläubiger befugt ist, die dem Schuldverhältnis entsprechende Leistung vom Schuldner im eigenen Namen zu fordern (RG 90, 276; JW 1905, 718^o; 1914, 528^o; 1916, 959^o; Warn 1911 Nr 14). Deshalb liegt keine rechtswirksame Abtretung vor, wenn das Recht zur Einziehung in eigenem Namen auf den Abtretungsempfänger überhaupt nicht übergehen, sondern dauernd und bedingungslos bei dem bisherigen Gläubiger verbleiben soll. Dagegen ist bei der Forderungsabtretung die Sezung einer Zeitbestimmung oder einer Bedingung zulässig. Daher steht es der Wirksamkeit der Abtretung nicht entgegen, wenn vereinbart wird, daß dem Abtretenden nur noch bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder bis zum Eintritt einer Bedingung das Recht zur Einziehung in eigenem Namen zustehen soll (RG 90, 276; JW 1905, 718^o; 1914, 528^o; 1916, 959^o; RGF 49, 207; DVG 41, 177). Hat der Abtretende in der Abtretungsurkunde erklärt, daß er die Hypothek an den Abtretungsempfänger zum Eigentum abtrete, sollten jedoch nach getroffener Vereinbarung in Wirklichkeit die Gläubigerrechte an der Hypothek (Hypothekenforderung) auf den Abtretungsempfänger nicht übergehen, so liegt eine Abtretung nur zum Schein (§ 117) vor. Der Abtretungsempfänger erwirbt also die Hypothek auch dann nicht, wenn der Abtretende dem Abtretungsempfänger den Hypothekenbrief übergibt. Wenn aber demnach der Abtretungsempfänger die Briefhypothek seinerseits durch schriftliche Abtretungserklärung und Übergabe des Hypothekenbriefs an einen Dritten abtritt, so muß nach den Rechtsgedanken, die sich aus den Vorschriften der §§ 172, 405, 409 über die Wirkungen der Aushändigung von Vollmachtsurkunden, Schuldscheinen und Abtretungsurkunden ergeben, dem ursprünglichen Gläubiger verjagt werden, sich dem Dritten gegenüber darauf zu berufen, daß er die Hypothek in Wirklichkeit nur zum Schein an den ersten Abtretungsempfänger abgetreten habe und die Hypothek daher ihm noch gehöre. Nur dann wäre dieser

Einwand zulässig, wenn der Dritte bei seinem Erwerb die Scheinnatur der ersten Abtretung gefannt hat oder hätte kennen müssen (RG 90, 278; auch 81, 260). — Der Abtretungsvertrag ist ein für sich bestehender, in seiner rechtlichen Wirkung von der Wirksamkeit des schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäfts, in dem er seine Veranlassung fand, unabhängig (abstrakter) Vertrag, der unmittelbar eine Rechtsänderung in bezug auf die Hypothek zum Gegenstande hat (RG JW 1911, 653²⁵). Auch bei der Abtretung der Hypothek zu Sicherungszwecken (fiduziarische Abtretung) wird der Erwerber Inhaber der Hypothek und zur Verfügung darüber befugt (RG Bruch 50, 990; DLG 45, 273; auch RG 90, 249). Im Verhältnis zum Abtretenden bedarf er allerdings zu Verfügungen dessen Zustimmung (RG JW 1901, 181). Er tritt zu diesem in ein Treuverhältnis, das ihn nach den Grundätzen des Auftrags (§§ 662 ff.) verpflichtet, das Interesse des Abtretenden wahrzunehmen, namentlich hinsichtlich der ordnungsmäßigen Verfolgung, auch bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks (RG 59, 190; 76, 347; 116, 330; Warn 1934 Nr 77; JW 1911, 953³⁰). Nach seiner Befriedigung hat er den überschießenden Erlös an den Abtretenden herauszugeben (RG 59, 192; 116, 332; Warn 1934 Nr 77) und im Falle der Tilgung der gesicherten Forderung die Hypothek zurückzuübertragen (RG 95, 244; 102, 385; JW 1906, 545⁴; Warn 1934 Nr 77; DLG 45, 273). Nur unter besonderen Umständen kann bei einer Sicherungsabtretung angenommen werden, daß der Sicherungsnehmer nicht bloß schuldrechtlich zur Rückübertragung der Hypothek nach Beenigung des Sicherungsverhältnisses verpflichtet ist, sondern daß die Sicherungsabtretung durch den Fortfall des Sicherungsverhältnisses auflösend bedingt ist und deshalb mit dem Eintritt dieser Bedingung ohne weiteres ihre dingliche Wirkung verliert (RG HRN 1930 Nr 2145). Die Vorschrift des § 1223 Abs 1 ist bei der Sicherungsabtretung einer Hypothek entsprechend anwendbar (RG Warn 1934 Nr 78, offen gelassen in Nr 77); ob daselbe auch für § 1223 Abs 2 gilt, ist streitig (§ 1223 A 5). Hat bei der Sicherungsabtretung der Sicherungsnehmer die Abtretungserklärung vom Gläubiger der abgetretenen Hypothek, den Hypothekengläubiger aber mit dessen Einwilligung von einem Dritten empfangen, dem der Hypothekengläubiger den Brief unter Bestellung eines Zurückbehaltungsrechts übergeben hatte, so darf im Zweifel der Sicherungsnehmer nach Erledigung des Sicherungszwecks den Hypothekengläubiger für Rechnung des Hypothekengläubigers dem Dritten zurückgeben, von dem er ihn erhalten hatte, indem er daneben dem Hypothekengläubiger die Rückabtretungserklärung erteilt (RG 148, 202). — Die Eingehung der Verpflichtung zur Abtretung einer Hypothek fällt nicht unter § 1154. Sie bedarf auch bei einer Briefhypothek keiner Form (RG 54, 148; Warn 1908 Nr 505). Sie verpflichtet zur Verschaffung der Hypothek (RG 63, 423; 65, 62; DLG 12, 133; für den Fall der Abtretung eines Briefhypothekenteils § 1152 A 2) und begründet auch die Klage auf formgerechte Beurkundung der Abtretung (RG 54, 146; 63, 321; Warn 1908 Nr 505). Ferner findet § 1154 auf die Übertragung kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung keine Anwendung. Jedoch vollzieht sich die Pfändung und Überweisung einer Hypothekensforderung nach den §§ 830, 837 ZPO in ähnlicher Weise. An die Stelle der Abtretungserklärung tritt die Überweisung an Zahlungs Statt (§ 835 ZPO). Nur diese, nicht auch die Überweisung zur Einziehung, ist eintragbar (RGZ 26 A 302; 28 A 137; 33 A 274). Die Überweisung setzt eine wirksam gewordene Pfändung voraus (RGZ 28 A 136). Dazu ist bei der Briefhypothek die Übergabe des Briefs, bei der Buchhypothek die Eintragung der Pfändung erforderlich. Die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner genügt nicht (RG Warn 1909 Nr 434; RGZ 35 A 298), ebensowenig bei der Briefhypothek die Eintragung der Pfändung (RGZ 35 A 299), es sei denn, daß der Gläubiger bereits im Besitz des Briefs ist (DLG 9, 129). Die Erwirkung der Übergabe des Briefs behandeln RG 59, 318; 63, 217; 74, 83; Bruch 50, 1110; 54, 1023; DLG 11, 112; 13, 223; 16, 308. Im Falle einer gemäß § 844 ZPO angeordneten öffentlichen Versteigerung einer Briefhypothek wird diese durch den Zuschlag nebst Briefübergabe auf den Ersteher übertragen (RGZ 31 A 316; 33 A 269). Pfändung und Überweisung einer Grundschuld oder Rentenschuld folgen nach § 857 Abs 6 ZPO den gleichen Regeln. Sie gelten auch dann, wenn es sich um eine Eigentümergrundschuld handelt (RG 55, 378; 56 S. 13, 184; 59, 313; 61, 376; 70, 279; JW 1905, 81²²). Die Pfändung einer Teilbriefgrundschuld vor Bildung des Teilbriefs behandelt JW 1938, 900⁶. Wird das Handelsgeschäft eines Einzelaufmanns, dem eine Geschäftshypothek gehört, mit der Firma auf einen anderen übertragen, so wird die Hypothek nicht gemäß § 25 Abs 1 Satz 2 HGB, der sich nur auf Forderungen bezieht, die durch formlosen Vertrag übertragen werden können, auf den andern übertragen, sondern nur durch Abtretung nach § 1154 (DLG 45, 204). — Weiter gelten selbst für die Abtretung die Vorschriften des § 1154 nicht ohne Ausnahmen. Solche Ausnahmen finden sich insbesondere in den §§ 1159 Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen, 1187 Satz 3 (Sicherungshypothek für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber oder aus Orderpapieren), 1190 Abs 4 (Höchstbetragshypothek), 1195 (Grundschuld für den Inhaber des Grundschuldbriefs). — Ist die Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld: §§ 1192, 1200) durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung erloschen (§§ 52, 91 ZPO), so ist der an ihre Stelle tretende Anspruch auf den Ersteigerungserlös nach dem Zuschlag — aber nicht vorher (RG 70, 278; 125, 367; JW 1933, 276⁴; HRN 1932 Nr 156; 1933 Nr 306; SeuffA 86 Nr 10) — gemäß den für ein Forderungsrecht

geltenden Vorschriften (§§ 398 ff., **BPD** § 829) zu übertragen oder zu pfänden (**RG** 55, 264; 63, 216; 64 S. 216, 311; 70, 278; 78, 62). Die Pfändung einer Eigentümergrundschuld nach dem Zuschlag erwähnt § 1163 A 3. — Andererseits finden die Vorschriften des § 1154 nach den §§ 1069, 1274, 1291 auch auf die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts an einer Hypothekenforderung, Grundschuld oder Rentenschuld in der Weise Anwendung, daß statt der Abtretung die Bestellung des Nießbrauchs oder die Verpfändung zu erklären ist (**RG** Gruch 49, 101; Warn 1930 Nr 163; **RZM** 12, 262; **DZG** 29, 377). Nur die Vorschrift des § 1117 Abs 1 Satz 2 bezüglich der Briefübergabe wird bei der Verpfändung durch die §§ 1205, 1206 ersetzt (**RG** 68, 278; 79, 306; 85, 434). Die schriftliche Verpfändungserklärung muß die gesicherte Forderung angeben (**RG** 136, 424), ist aber natürlich sowohl in diesem als auch in anderen Punkten auslegungsfähig (**RG** 136, 424; 149, 95; **SeuffA** 87 Nr 168; Warn 1932 Nr 137; 1935 Nr 102). Zur Auslegung können bei der Verpfändung an eine Bank die allgemeinen Bankbedingungen, denen der Verpfänder sich unterworfen hat, mit herangezogen werden (**RG** Warn 1933 Nr 115). In der Übersendung eines Grundschuldbriefs an einen Notar zur „Deponierung“ für einen Gläubiger wegen einer im Überbenudungsschreiben näher bezeichneten Forderung kann sowohl die Erteilung der Verpfändungserklärung als auch die Übergabe des Grundschuldbriefs an den Pfandgläubiger enthalten sein (**RG** **HRR** 1935 Nr 675). Unter Umständen kann eine einheitliche schriftliche Verpfändungserklärung sich auch aus mehreren zusammenhängenden Urkunden ergeben (**RG** 148, 349; Warn 1936 Nr 144). Einen besonders gelagerten Fall der Verpfändung verschiedener Teile einer Hypothek, über die nur ein Hypothekenbrief besteht, behandelt **ZB** 1936, 1136¹⁵. Die Begründung eines Nießbrauchs an einer Briefhypothek kann auch mit der Übertragung der Hypothek an einen andern in der Weise verbunden werden, daß der Gläubiger die Hypothek unter Ausschluß der den Inhalt des Nießbrauchs ausmachenden Befugnisse an den andern abtritt. Hierzu ist erforderlich, daß die Erklärung der Abtretung des beschränkten Gläubigerrechts in schriftlicher Form erteilt wird (**A** 2) und die Übergabe des Hypothekenbriefs an den neuen Gläubiger erfolgt. Für diese Übergabe gelten die Vorschriften des § 1117 (**RG** Warn 1920 Nr 111; **DZG** 41, 177). Die Übergabe kann daher insbesondere durch eine zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger getroffene Vereinbarung ersetzt werden, daß der bisherige Gläubiger als künftiger Nießbraucher im Besitz des Hypothekenbriefs verbleiben soll (§§ 1154 Abs 1 Satz 1, 1117 Abs 1 Satz 2, 868; **A** 3). Solange aber eine Übergabe oder eine sie ersetzende Vereinbarung nicht stattgefunden hat, tritt auf Grund der Abtretungserklärung oder der Eintragung in das Grundbuch allein keine dingliche Änderung der Rechtslage ein, verbleibt vielmehr dem bisherigen Gläubiger das volle uneingeschränkte Gläubigerrecht (**RG** Warn 1920 Nr 111). Ferner gilt § 1154 auch für die Abtretung einer Eigentümerhypothek oder einer Eigentümergrundschuld (**RG** **ZB** 1907 S. 12¹⁴, 711¹⁴; **A** 3 a. E. und § 1163 A 3). Über Abtretung, Belastung, Pfändung einer Gesamthypothek vgl. § 1132 A 1, über Abtretung von Hypothekenzinsen und über die Zulässigkeit der Abtretung des Zinsrechts § 1158 A 3. — Wird eine Forderung, für welche die Eintragung einer Briefhypothek bewilligt ist, vor der Eintragung der Hypothek abgetreten, so erwirbt der Abtretungsempfänger, wie überhaupt die Abtretung eines künftigen Rechts erst mit dessen Entstehung wirksam wird (**RG** 67, 166; 74, 418), eine Hypothek erst nach ihrer Eintragung und nach der Übergabe (oder Ersetz der Übergabe) des hergestellten Hypothekenbriefs (**RG** 74, 416). Der Abtretende wird mangels einer Eintragung der Hypothek für ihn überhaupt nicht Hypothekengläubiger. Deshalb mußte z. B. auch die Frage verneint werden, ob er für sich nach § 17 AufwG neben dem Abtretungsempfänger eine Aufwertung verlangen konnte (**RG** 128, 130). — Der vereinbarte Ausschluß der Abtretungsbefugnis (§ 399) ist eintragungsfähig, da keine Verfügungsbeschränkung (§ 137), sondern eine Bestimmung des Inhalts der Forderung in Frage steht (**RGZ** 29 A 246; § 1153 A 1 a. E.). — Der Erbe des Hypothekengläubigers braucht sich, wenn er einen Teilbetrag der ererbten Hypothek abtritt, nicht zuerst selbst als Gläubiger eintragen zu lassen (§ 40 **GBD**), und zwar auch dann nicht, wenn er dabei das Rangverhältnis des Teilbetrags vor dem Rest bestimmt (**ZB** 7, 372). — Eine gelöschte, aber nach § 14 (kraft Vorbehalts) oder § 15 (kraft Rückwirkung) AufwG aufwertungsfähige Hypothek konnte nach allgemeinen Grundsätzen abgetreten werden. War sie ein Buchrecht, so war mithin die Übertragung erst nach der (gemäß § 20 AufwG erfolgten) Wiedereintragung möglich. War aber über die Aufwertungshypothek ein neuer Brief zu bilden, so konnte sie schon vor der Wiedereintragung in den Formen der §§ 1154, 1117 (also durch schriftliche Abtretungserklärung und die Vereinbarung, daß der neue Gläubiger sich den zu bildenden Brief vom Grundbuchamt ausständigem lassen sollte) abgetreten werden (**RG** 120, 234; **ZB** 1928 S. 1347⁴, 1354¹¹, 1818⁴; **HRR** 1931 Nr 738).

2. Während sonst die Forderungsabtretung keiner Form bedarf, ist im § 1154 für die Briefhypothek (für die Buchhypothek gilt Abs 3) zur Abtretung der Forderung die **Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form** (§ 126 Abs 1) erforderlich. Dagegen bedarf die zur Übertragung weiterhin erforderliche Annahmeerklärung des anderen Vertragsteils (**A** 1; §§ 145 ff.) auch hier nicht der Schriftform (**RG** 68, 409; 136, 424; **RZM** 6, 66). Sie kann vielmehr sogar stillschweigend (z. B. dadurch, daß nach der Umschreibung der Hypothek der Brief angenommen wird)

erfolgen (RG JW 1913, 205^{1a}). Aus den Worten „Erteilung der Abtretungserklärung“ ist nicht zu schließen, daß die §§ 158, 163 auf die Hypothek unanwendbar seien. Da keine gesetzliche Bestimmung (wie z. B. bei der Aufrechnung, der Auflassung) entgegensteht, kann die Abtretung auch unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder mit einem Anfangs- oder Endtermin erfolgen (RG JW 1912, 681³). Möglich ist daher z. B. auch eine Abtretung an A unter der auflösenden Bedingung des Aufhörens seines Gläubigerrechts beim Eintritt einer ungewissen Tatsache und zugleich an B unter der aufschiebenden Bedingung des Aufhörens des Gläubigerrechts des A (RGJ 49, 210). Beim Eintritt einer beigefügten aufschiebenden Bedingung wird die Abtretung endgültig wirksam mit der Folge, daß damit auch die Hypothek übergeht, wenn der Hypothekenbrief übergeben ist (RG Warn 1928 Nr 145). — „Erteilt“ ist die Abtretungserklärung noch nicht mit der unterschriftlichen Vollziehung der Urkunde. Andererseits ist hier ebenso wie bei der in den §§ 368, 761, 766, 780, 781, 798 vorgesehenen Erteilung einer Erklärung in schriftlicher Form die Aushändigung der Urkunde nicht unbedingt notwendig. Auch eine sonstige, die Einräumung der Verfügung darüber enthaltende Entäußerung (z. B. die Zubilligung des Rechts an den Abtretungsempfänger, sich aus Gerichtsakten eine beglaubigte Abschrift der Abtretungserklärung geben zu lassen) kann genügen (RG 148, 353; Warn 1936 Nr 144; Gruch 51, 181; 62, 623; DVG 18, 174; JW 1927, 460¹; über „Erteilung“ einer Lösungsabwilligung an den Grundstücks Eigentümer RG 116, 346). Wenn der bisherige Gläubiger den Herausgabeanspruch, der ihm gegen einen im Besitz der Abtretungserklärung befindlichen Dritten (z. B. Notar) zusteht, an den Erwerber abtritt, so ist nach § 931 die Abtretungserklärung erteilt (RG Warn 1928 Nr 145; 1935 Nr 22). Wird eine Briefhypothek mehrmals nacheinander abgetreten, ohne daß eine Umschreibung im Grundbuch erfolgt, so ist nicht erforderlich, daß dem späteren Erwerber außer der von seinem unmittelbaren Vormann ausgestellten Abtretungserklärung auch die den früheren Erwerbern erteilten Abtretungsurkunden übergeben werden. Die früheren Fessionare hatten durch die ihnen erteilten Abtretungsurkunden die Hypothek erworben und waren daher zur Verfügung über die Hypothek berechtigt. Die früheren Abtretungsurkunden kommen nur als Beweismittel dafür in Betracht, daß die Hypothek durch aufeinanderfolgende Fessionen rechtswirksam auf den letzten Fessionar übergegangen ist (RG Gruch 62, 621). Will der letzte Fessionar die Hypothek im Grundbuch für sich umschreiben lassen, so muß er allerdings sein Gläubigerrecht dem Grundbuchamt durch Vorlegung aller Abtretungsurkunden, und zwar in der Form des § 29 GBD, nachweisen (RG 126, 170). Jedoch betrifft dies lediglich das formelle Grundbuchrecht, wie auch § 29 GBD nur eine Ordnungsvorschrift ist (RG Gruch 62, 624). Übrigens mußte das Grundbuchamt zu jenem Nachweis auch beglaubigte Abschriften der sorgerechten Fessionenurkunden genügen lassen, da es sich nicht, wie z. B. bei einer Vollmacht, um Ausweis- (Legitimations-) Urkunden handelt. — Da die Abtretung einen Vertrag zwischen bestimmten Personen voraussetzt, ist eine Abtretungserklärung (auch bei der Grundschuld: § 1192), in welcher der Name des neuen Gläubigers offengelassen wird (Blankoabtretung), rechtsgrundsätzlich unwirksam (Prot 3, 651 ff.; RG 63, 230). Dagegen ist die Verpfändung einer Briefhypothek oder -grundschuld durch schriftliche Erklärung ohne Nennung des Pfandgläubigers (Blanko-verpfändung) wirksam, wenn demnächst die Urkunde und der Hypotheken- oder Grundschuldbrief einem Gläubiger zwecks Pfandbestellung übergeben werden. Denn die Nennung des Namens des Pfandgläubigers ist hier, wo die Hypothek oder die Grundschuld nach wie vor für einen bestimmten Gläubiger im Grundbuch und im Brief eingetragen bleibt, nicht so wesentlich, daß die Schriftform nach § 126 als nicht gewährt zu gelten hätte (RG 78, 30; 4. 3. 1908 V 163/07). Auf diesen Grundsatz und weiter darauf sich stützend, daß nach den §§ 1154, 1274 auf „Erteilung“ der Verpfändungserklärung besonderes Gewicht zu legen sei, hat das Reichsgericht es für zulässig erklärt, daß die Verpfändung einer Briefhypothek oder -grundschuld mittels Benutzung einer alten, inzwischen ungültig gewordenen Verpfändungsurkunde auch ohne Änderung des früheren Datums erfolge, wenn der Pfandschuldner und der Pfandgläubiger dieselben Personen geblieben seien, der Inhalt der Urkunde auch für die zweite Verpfändung passe und der Pfandgläubiger die vorher zurückgegebene Urkunde nun mit dem Brief wiedererhalte (RG 78, 26). Um eine Blankoabtretung im eigentlichen Sinne handelt es sich nicht, wenn der Hypothekengläubiger eine Abtretungsurkunde, in der nur der Name des neuen Gläubigers unausgefüllt geblieben ist, einem anderen mit der Ermächtigung aushändigt, über die Hypothek frei zu verfügen (RG 81, 261). Hierin liegt die im voraus erteilte Einwilligung (§ 185) in die von dem anderen zu treffende Verfügung (RG HRM 1930 Nr 783). Zwar richtet sich die Ermächtigung nicht an einen bestimmten Dritten, wohl aber an jeden, mit dem der andere nach seiner Entschließung demnächst in Verhandlung treten und abschließen möchte (§ 171). Vereinhart nun der andere einen Abtretungsvertrag mit einem Dritten als Abtretungsempfänger und füllt er die Abtretungsurkunde durch Einsetzung des Namens des Dritten aus, so kommt ein rechtswirksamer Abtretungsvertrag zwischen dem Gläubiger und dem Dritten mit schriftlicher Abtretungserklärung zustande (RG 81, 260; Gruch 60, 325). Eine solche Ermächtigung kann im Falle einer Briefhypothek (Briefgrundschuld) ohne weiteres darin gefunden werden, daß der Gläubiger dem anderen außer der vorbezeichneten Abtretungsurkunde auch noch den Brief aushändigt (RG aaO.). Neuerdings ist die Recht-

sprechung des Reichsgerichts dazu übergegangen, abweichend von den in **RG** 63, 234, **JB** 1928, 174³⁰ vertretenen strengen Grundsätzen bei Blankoabtretungen, die nachträglich vom Abtretungsempfänger besetzt, d. h. mit Ermächtigung des Abtretenden, ausgefüllt worden sind, die Rechtswirksamkeit vom Zeitpunkt der Ausfüllung an allgemein zu bejahen (**RG JB** 1930 S. 61^o, 3481^o; **Gruch** 71, 282; vgl. auch bereits **RG** **Recht** 1915 Nr 892). — Die Abtretungserklärung wird durch die rechtskräftige Verurteilung zu ihrer Abgabe gemäß § 894 **BPD** ersetzt. Die Eintragung der Abtretung ist nicht (wie bei der Buchhypothek: **Abj** 3) erforderlich (**RG JB** 1907, 711¹⁹). Sie kann auch nicht durch Parteiabrede entzogen (§ 1154 neben Abtretungserklärung und Briefübergabe als weiteres Erfordernis für den Hypothekübergang aufgestellt werden (**RG Gruch** 51, 183). Nach **Abj** 2 bildet aber die Eintragung einen Ersatz für die schriftliche Abtretungserklärung. — Wenn einen zur Eigentümergrundschuld geordneten Teil einer Briefhypothek der frühere Eigentümer an seinen Besitznachfolger, darauf dieser an seinen Besitznachfolger abtritt und dann der letztere die Teilgrundschuld (unter Umwandlung in eine Hypothek: § 1198) an den Hypothekengläubiger überträgt, so kann in den beiden ersten Abtretungserklärungen eine Genehmigung (§ 185 **Abj** 1) zur Verfügung über die Teilgrundschuld gefunden werden (**RZM** 11, 292). — Soll eine abgetretene Hypothek an den ursprünglichen Gläubiger zurückübertragen werden, so genügt nicht die Rückgabe der Abtretungsurkunde, sondern es bedarf wiederum einer schriftlichen Abtretung (**DZG** 35, 11).

3. Übergabe des Hypothekenbriefs durch den Abtretenden ist zum Erwerb der Hypothek erforderlich. Besitzwerb allein genügt also nicht. Der Erwerber muß vielmehr den Besitz an dem Brief mit dem Willen des sich des Besitzes zu seinen Gunsten entschlagnenden Abtretenden erlangen (**DZG** 26, 134). Die Übergabe des Hypothekenbriefs und die Anwendung der Vorschriften des § 1117 sind im allgemeinen schon in § 1117 **Abj** 3, 4, 5 behandelt. Auf diese Ausführungen kann verwiesen werden. Im einzelnen ist hier noch folgendes hervorzuheben: Bei der Abtretung der ganzen Hypothek ersetzt die Einräumung des Mitbesitzes an dem Brief nicht die Übergabe des Briefs (**RG JB** 1928, 2783²; 1.10.1930 V 9/30; anders bei der Teilabtretung, über die Näheres unten gesagt wird). Wohl aber wird die körperliche Übergabe von dem bisherigen an den neuen Gläubiger gemäß § 1117 **Abj** 1, 2 ersetzt durch: die Einigung über den Übergang, wenn der neue Gläubiger den Brief bereits besitzt (§ 929 **Satz** 2), z. B. wenn der Eigentümer einen zur Eigentümergrundschuld gewordenen Teil einer Briefhypothek unter Umwandlung in eine Hypothek (§ 1198) wieder an den Gläubiger abtritt (**RZM** 11, 292); die Erlangung des mittelbaren Besitzes seitens des Erwerbers auf Grund der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses (§§ 930, 868; die Abtretung unter Vorbehalt des Nießbrauchs erörtert **Abj** 1); die Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den besitzenden Dritten (dem z. B. die Briefhypothek unter Übergabe des Briefs verpfändet worden ist: § 931), ein Rechtsgeschäft, das auch durch schlüssige Handlungen, möglicherweise sogar schon durch die Abtretung der Forderung allein, stillschweigend erklärt sein kann (**RG** 7.5.1930 V 271/29), auch in der Bewilligung der Aushändigung der „Schuldurkunde“ an den neuen Erwerber (**RG** 54, 111; 65, 63; 85, 433; **Warn** 1928 Nr 145) oder in der Bestimmung der Abtretungsurkunde, der „Brief werde mit der Urkunde dem Erwerber ausgehändigt“, liegen kann (**RG Warn** 1935 Nr 22); die Vereinbarung, daß der neue Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt auszuhändigen zu lassen (§ 1117 **Abj** 2). Im letzten Falle ersetzt die Vereinbarung die Briefübergabe nur dann, wenn sie vom Erwerber mit dem bisher wirklich Berechtigten getroffen wird, also dann nicht, wenn der Abtretende (z. B. wegen Nichtigkeit der Hypothekbestellung für ihn) nicht Hypothekengläubiger war und auch nicht Hypothekengläubiger werden konnte (**RG** **SeuffA** 92 Nr 152). Eine wirksame Vereinbarung kann auch in der Weise zustandekommen, daß die vom Bedenten dem Fessionar überhandte Abtretungsurkunde, welche die Erklärung des Bedenten enthält, daß der Hypothekenbrief vom Grundbuchamt dem Fessionar ausgehändigt werden solle, vom Fessionar mit dem Antrag auf Umschreibung der Briefhypothek auf seinen Namen dem Grundbuchamt eingereicht wird. Die hierin liegende Annahme des Angebots auf Übertragung der Hypothek einschließlich der Erklärung des Bedenten über die Aushändigung des Hypothekenbriefs braucht gemäß § 151 nicht gegenüber dem Bedenten erklärt zu werden, da eine solche Erklärung nach der Verkehrsform nicht zu erwarten ist (**RG** 93, 250). Zum Übergang der Briefhypothek ist aber erforderlich, daß das Grundbuchamt die Verfügungsmacht über den Brief erlangt hat. Denn die Vereinbarung soll dem neuen Gläubiger den mittelbaren Besitz an dem im unmittelbaren Besitz des Grundbuchamts befindlichen Brief verschaffen und der Abtretende soll dadurch, daß er den Brief aus den Händen gegeben hat, an einer nachmaligen Abtretung gehindert sein (**Prot** 3, 729; **RG** 64, 313; 65, 64; 66, 210; 69, 43; 84, 315; **Warn** 1912 Nr 291; **DZG** 18, 175; 35, 337). Es genügt aber auch eine Vereinbarung im voraus, wenn demnach der Brief eingereicht oder, falls ein solcher (wie z. B. bei der Umwandlung einer Buchhypothek in eine Briefhypothek oder bei der Kraftloserklärung des abhanden gekommenen Briefs) noch nicht vorhanden ist, vom Grundbuchamt hergestellt wird (**RG** 66, 210; **RGZ** 40, 281; 45, 299; **DZG** 44, 315; 45, 282). Im letzten Falle braucht der Hypothekenbrief dem Grundbuchamt sogar noch nicht fertig vorzuliegen; es genügt zur Anweisung auf den Besitz, daß die Herstellung erfolgen kann und muß (**RG** 66, 206; 84, 316). Deshalb konnte auch eine gelöschte, aber wieder einzutragende

Aufwertungshypothek von mehr als 500 GM schon vor der Wiedereintragung durch schriftliche Abtretungserklärung und die Vereinbarung, daß der neu zu bildende Brief vom Grundbuchamt dem Abtretungsempfänger auszuhändigen sei, übertragen werden (RG HR 1928 Nr 1419). Geschieht die Einreichung oder die Herstellung des Briefs, so gilt rückwirkend der Brief als bereits mit der Aushändigungsvereinbarung übergeben (RG Warn 1935 Nr 58). Denn diese Vereinbarung ist in § 1117, auf den § 1154 verweist, der Übergabe gleichgestellt (DVG 45, 282). Natürlich kann die Rückwirkung sich aber nicht über den Zeitpunkt hinaus erstrecken, in welchem die Hypothek selbst zur Entstehung gelangt ist. Wird also eine Hypothek bereits vor ihrer Eintragung abgetreten, so kann ihr Übergang auf den neuen Gläubiger, selbst wenn eine Vereinbarung nach § 1117 Abs 2 getroffen wird, nicht vor der Eintragung der Hypothek wirksam werden (RG JW 1935, 2430²). Ist ein abhanden gekommener Hypothekenbrief durch Ausschlußurteil (§ 1017 ZPO) für kraftlos erklärt (§ 1162 BGB), so genügt die Vorlegung des Ausschlußurteils beim Grundbuchamt mit dem Antrag auf Bildung eines neuen Hypothekenbriefs. Denn dadurch ist nach § 67 BGB die Bildung eines neuen Hypothekenbriefs gewährleistet, und die Vereinbarung über die Aushändigung des Briefs hat einen bestimmten, auf diesen Brief sich beziehenden Inhalt (RG 84, 316; RGZ 45, 299). Wenn dagegen zwar das Aufgebotsverfahren eingeleitet, aber ein Ausschlußurteil noch nicht erlassen ist, hat eine Vereinbarung, daß der Hypothekenerwerber berechtigt sein solle, sich den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt auszuhändigen zu lassen, nicht die Wirkung des Übergabeerlasses. Denn bis zum Erlaß des Ausschlußurteils gilt der alte Hypothekenbrief als noch vorhanden, und hinsichtlich des neu zu bildenden, auszuhändigenden Briefs fehlt es an dem unmittelbaren Besitz des Grundbuchamts, wenn das Grundbuchamt einen solchen Brief überhaupt noch nicht bilden kann (RG 84, 314). Grundsätzlich kann aber zur Vollendung des Erwerbs an der abgetretenen Hypothek die Aushändigung des Briefs an den neuen Gläubiger nach dem Willen des Gesetztes nicht erforderlich sein, da sonst die Bestimmung über den Erlaß der körperlichen Übergabe durch Besitzanweisung überflüssig wäre (RG 66, 206; 74, 418; RGZ 25 A 153; 26 A 95). Ebensovienig ist für den Zeitpunkt des Erwerbs die etwa hinzutretende Eintragung der Abtretung maßgebend (RGZ 35 A 287). Ist neben der Abtretung die Vereinbarung im voraus getroffen und der Hypothekenbrief dem Grundbuchamt, das ihn gemäß der Vereinbarung aushändigen soll, eingereicht worden, so ist der Übergang der Hypothek auf den Erwerber bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung erfolgt, da die Vereinbarung durch § 1154 Abs 1 Satz 1 der Übergabe des Briefs gleichgestellt ist (RG Warn 1912 Nr 291). Hierfür ist allerdings, da zu der Vereinbarung eine der Übergabe des Briefs gleichstehende Sachlage hinzukommen muß und die Übergabe von dem Abtretenden durch Übertragung des Besitzes zu bewirken ist, Voraussetzung, daß der Brief von dem Abtretenden oder doch mit seinem Willen dem Grundbuchamt eingereicht ist (RG Warn 1912 Nr 291; JW 1925, 1125²). Besagt die notariell beglaubigte Abtretungserklärung des alten Gläubigers, er „trete die Hypothek unter Übergabe des Briefs ab und bewillige und beantrage die Eintragung der Abtretung und die Aushändigung des Briefs an den neuen Gläubiger“, so kann der Urkunde im Wege der Auslegung entnommen werden, daß die Übertragung der Hypothek wenn nicht schon durch die Ausstellung und Beglaubigung der Abtretungsurkunde, so doch jedenfalls durch die Aushändigung von Abtretungsurkunde und Brief an den neuen Gläubiger erfolgt ist (JW 1935, 713²). Die Vereinbarung nach § 1117 Abs 2 kann von dem Abtretenden nicht einseitig widerrufen werden (RG 93, 251; Warn 1912 Nr 291). Wohl aber kann er, wenn er den Erwerber zur Einreichung des Briefs ermächtigt hat, diese Ermächtigung gemäß § 168 widerrufen. Diese Widerrufsmöglichkeit besteht aber nur bis zur Einreichung des Briefs, da mit der Einreichung die Hypothek auf den Erwerber übergegangen ist (RG Warn 1912 Nr 291). — Ist der neue Gläubiger im Besitz des Briefs, so wird vermutet, daß die Übergabe erfolgt sei (§ 1117 Abs 3; RGZ 40, 281). Wenn der bisherige Gläubiger zur Abtretung verurteilt ist (A 2), gilt nach § 897 ZPO die Übergabe des Briefs als erfolgt, sobald der Gerichtsvollzieher den Brief zum Zwecke der Ablieferung an den neuen Gläubiger wegnimmt. — Bei einer Teilabtretung ist die Herstellung und Übergabe eines Teilbriefs zum Erwerb der Hypothek nicht notwendig (vgl. § 1152, der für den Fall der Teilung der Hypothekensforderung die Herstellung eines Teilhypothekenbriefs nur für zulässig erklärt, aber nicht vorschreibt). Vielmehr genügt auch die Übergabe des Stammbriefs oder die Einräumung des Mitbesitzes (§ 866) daran (RG 69, 39; 75, 222; RZA 2, 85; 6, 64; DVG 9, 314; 23, 213; 26, 134). Die Einräumung des Mitbesitzes erfordert im Falle des unmittelbaren Besitzes des Abtretenden eine gemeinsame Vereinbarung des Abtretenden und des Erwerbers mit einem zu bestellenden Treuhänder unter Übergabe des Briefs an ihn, im Falle des unmittelbaren Besitzes eines Dritten auf Grund eines der in § 868 bezeichneten Verhältnisse (z. B. auf Grund Verpfändung, Verwahrung) außer einer Vereinbarung zwischen dem Abtretenden und dem Erwerber über den Mitbesitz eine Willensäußerung des ersteren gegenüber dem unmittelbaren Besitzer, daß dieser den Brief nur an ihn und den Erwerber gemeinschaftlich herausgeben dürfe (RG 85, 439; a. M. DVG 26, 134, wonach die Abtretung des Herausgabeanpruchs gegen den Dritten in Höhe der abzuzeigenden Teilhypothek genügen soll, weil danach der Erwerber nach Maßgabe des zwischen ihm und dem Abtretenden bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses berechtigt sei,

über den Brief für sich zu verfügen). Wenn aber der Stammbrief dem Abtretungsempfänger nur vorübergehend in die Hand gegeben und sogleich zurückgenommen wird, liegt eine Übergabe nicht vor (RG 75, 223; RGZ 21 A 332; 30 A 238; DVG 9, 314). Eine Vereinbarung nach § 1117 Abs 2 genügt auch hier für sich allein nicht. Vielmehr muß zum mindesten noch die tatsächliche Einreichung des über die ganze Post gebildeten Hypothekenbriefs beim Grundbuchamt hinzukommen (RG 64, 312; 65, 64; 69, 43). Die Einreichung muß durch den Abtretenden oder mit seinem Willen durch einen anderen zwecks Herstellung des an den Erwerber auszuhandigenden Teilhypothekenbriefs bewirkt sein (RG Warn 1912 Nr 291). — Beantragt der neue Gläubiger unter Vorlegung der Abtretungserklärung und des Briefs beim Grundbuchamt die Umschreibung, so braucht er (nach § 26 GBD) nicht nachzuweisen, daß er den Brief vom bisherigen Gläubiger übergeben erhalten hat (RGZ 7, 138; DVG 40, 40). — Die bisher entwickelten Grundsätze gelten auch dann, wenn eine Briefgrundschuld oder eine Eigentümergrundschuld, die aus einer Briefhypothek entstanden ist, ganz oder zum Teil übertragen werden soll (RG 64, 308; 65, 62; 69, 36; 75, 222). Ist eine Briefhypothek nur zum Teil Eigentümergrundschuld geworden, so ist der Eigentümer zwar gemäß § 952 Miteigentümer des Hypothekenbriefs (RG 59, 318; 69, 40). Er hat aber keinen Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes an dem Brief, da dem Hypothekengläubiger der Brief zum ausschließlichen Besitz verbleiben muß, damit er uneingeschränkt über den ihm zustehenden Hypothekenteil verfügen kann (RG 69, 41; 75, 222). Vielmehr kann der Eigentümer nur entweder die Vorlegung des Briefs an das Grundbuchamt zur Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 896 verlangen oder nach den §§ 749, 752, 1152 die Aufhebung der Gemeinschaft an Hypothekenbrief und die Vollziehung der Teilung in Natur durch Herstellung eines Teilhypothekenbriefs beanspruchen (RG 59, 318; 69, 42; 75, 222). Dieser Anspruch ist aber kein Anspruch auf Herausgabe im Sinne des § 931; durch seine Abtretung kann also nicht die Übergabe des Briefs nach den §§ 1154 Satz 1, 1117 Abs 1 ersetzt werden (RG 69, 43).

4. Jedes der beiden **Erfordernisse**, schriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe, kann dem andern nachfolgen. Liegt aber eines von beiden nicht vor, so geht die Hypothek, auch im Verhältnis zwischen den Beteiligten, nicht auf den Erwerber über, so daß z. B. im Falle des Konkurses des alten Gläubigers die Hypothek in dessen Konkursmasse fällt (RG 65, 64; RGZ 6, 67). Daher verjagt insbesondere beim Mangel der Briefübergabe das Recht des Besessionars, wenn der Zedent die Hypothek nochmals, und zwar nunmehr unter Briefübergabe (A 3), an einen Dritten abtritt oder wenn es einem Gläubiger gelingt, eine mit der Wegnahme des Hypothekenbriefs verbundene Pfändung der Hypothek auszubringen (RG 65, 64). Kommt es auf den Zeitpunkt des Erwerbs an (z. B. im Falle einer dazwischenliegenden Konkursöffnung), so wird dieser durch die Abtretungserklärung und deren Datum allein noch nicht nachgewiesen (RGZ 25 A 163; 40, 281; RGZ 6, 66). Regelmäßig wird aber aus einer, sei es auch nur formlosen, Abtretungserklärung die Verpflichtung des Abtretenden zur Verschaffung der Hypothek (A 1) zu entnehmen sein (RG 63, 424; 65, 64; Warn 1908 Nr 64, 505). Ist zu der Abtretung (Verpfändung, Pfändung) einer Briefhypothek die erforderliche Briefübergabe nicht hinzutreten, so ist die Verfügung in vollem Umfang unwirksam. Sie wird auch nicht in Ansehung der persönlichen Forderung nachträglich dadurch wirksam, daß die Hypothek gelöst und der Hypothekenbrief vernichtet wird (RG 76, 231) oder daß die Hypothek in der Zwangsversteigerung durch den Zuschlag gemäß den §§ 52, 91 ZVG erlischt (RG 59, 316; 63, 216; 76, 234). Was erforderlich ist, wenn bei der Abtretung zugleich die Zins- oder Zahlungsbedingungen geändert werden sollen, zeigt RGZ 29 A 176. Hat der Notar, der die Abtretungserklärung beurkundet hat (A 5), zunächst diese Urkunde und den dem Besessionar bereits übergebenen Hypothekenbrief dem Grundbuchamt mit dem Antrag auf Umschreibung der Hypothek und Rückgabe des Briefs an den Besessionar eingereicht, demnächst aber den Antrag auf Umschreibung zurückgenommen, so darf das Grundbuchamt den Hypothekenbrief nicht an den Abtretenden auszuhändigen. Denn beide Erfordernisse für die Abtretung liegen bereits vor. Im Falle der Ausuhändigung des Briefs an den alten Gläubiger kann daher ein Schadensersatzanspruch für den neuen Gläubiger wegen schuldhafter Amtspflichtverletzung des Grundbuchamts bestehen (RG Warn 1928 Nr 150).

5. Die **öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärung** (§ 129; FGG §§ 167, 183, 191) kann der neue Gläubiger jederzeit, auch erst nach der Abtretung, verlangen. Diese Beglaubigung hat namentlich den Vorteil, daß dem neuen Gläubiger der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach Maßgabe des § 1155 zustatten kommt (RG 126, 170; vgl. auch § 39 Abs 2 GBD) und daß der Erwerber die Hypothek geltend machen, kündigen und mahnen kann, ohne vom Eigentümer oder Schuldner einen Widerspruch nach den §§ 1160, 1161 gewärtigen zu müssen (DVG 36, 167). Der Anspruch auf die Beglaubigung besteht, gleichviel ob die Abtretung zu Eigentum oder nur zu Sicherungszwecken erfolgt ist (RG 115, 307). Voraussetzung aber ist, daß der Beanspruchende wirklich „neuer Gläubiger“ ist, daß er also die Hypothek rechtswirksam erworben hat. Das ist z. B. nicht der Fall, wenn die gehörige Briefübergabe fehlt oder wenn die Abtretungserklärung nicht rechtswirksam ist (RG 115, 304). Liegt eine an sich rechtswirksame Abtretungserklärung bereits vor, ist diese Erklärung aber nicht klar genug, um den Abtretungsempfänger nach außen

hin einwandfrei als neuen Gläubiger auszuweisen, so kann dem Beglaubigungsanspruch vorangehend zunächst auch noch ein Anspruch auf Abgabe einer neuen, die schon bestehende Rechtslage klarstellenden Abtretungserklärung begründet sein. Dieser Anspruch läßt sich zwar nicht aus § 1154 Abs 1 Satz 2, wohl aber aus § 242 herleiten (RG Warn 1935 Nr 102). Wird die Hypothek weiter abgetreten, so geht der Anspruch auf Beglaubigung nach § 401 auf den zweiten Zessionar mit über (RG 115, 307; DZG 23, 21). Der Anspruch besteht nach § 1192 auch bei der Abtretung von Grundschulden (RG 115, 307). Inwieweit dem Beglaubigungsanspruch des Zweiterwerbers der Grundschuld noch die Einrede entgegengesetzt werden kann, daß der Ersterwerber nach dem Innenverhältnis zum Grundstückseigentümer in der Verfügungsbefugnis über die Grundschuld fiduziarisch beschränkt gewesen sei, erörtert RG 135, 357. Der Beglaubigungsanspruch aus § 1154 Abs 1 Satz 2 steht im Sinne des § 592 ZPO nicht einem Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme gleich und kann daher nicht im Urkundenprozeß verfolgt werden (RG HR 1933 Nr 1265). Das dem Verlangen des neuen Gläubigers stattgebende Urteil ersetzt die Beglaubigung (ZB 1935, 1185²; a. M. ZB 1934, 2247³). Die **Beglaubigungskosten hat** — abweichend von § 403 Satz 2 — **der bisherige Gläubiger zu tragen**.

6. Die vollzogene **Eintragung der Abtretung**, nicht schon die Abrede, daß sie stattfinden soll (RG 54, 146), ersetzt die **Schriftform der Abtretungserklärung**. Sie ersetzt aber nicht etwa auch die Übergabe des Briefs (A 3, 4). Zur Vornahme der Eintragung ist außer einem (formlosen) Antrag eines Beteiligten (§§ 13, 30 GBD) nach den Ordnungsvorschriften der §§ 19, 26, 29 GBD die in der Form des § 29 GBD abgegebene, die Abtretung als Grund angehende Eintragungsbewilligung (RGZ 40, 268) oder Umschreibungsbewilligung (RGZ 40, 272) des bisherigen Gläubigers sowie nach §§ 41, 62 GBD die Vorlegung des Briefs erforderlich (RG Warn 1912 Nr 260). Der gesetzgeberische Grund für die Zulassung des Ersatzes der Schriftform durch die Eintragung ist gerade der, daß die Eintragung auf dem Brief zu vermerken ist und dadurch der Berechtigte bereits einen Ausweis in öffentlicher Urkunde erhält (Prot 3, 648; RG Warn 1912 Nr 260). Jedoch braucht die Übergabe des Hypothekenbriefs von dem bisherigen an den neuen Gläubiger selbst dann, wenn dieser den Eintragungsantrag stellt, dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen zu werden, da § 26 GBD ein solches Erfordernis für die Vornahme der Eintragung formellrechtlich nicht aufstellt (RGZ 51, 280). Ebensovienig bedarf es für das Grundbuchamt des Nachweises der Annahme der Abtretung durch den neuen Gläubiger (A 2). Daraus folgt: Ist die einer Erbengemeinschaft gehörende Hypothek an einen Miterben abgetreten worden, so bedarf es zur Eintragung der Übertragung nicht der Weibringung einer (zustimmenden) Erklärung des erwerbenden Miterben (RGZ 51, 283); falls für diesen die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Abtretungsvertrags erforderlich ist, bedarf es auch nicht der Weibringung dieser Genehmigung (RGZ 51, 284). Die Eintragung hat für den Erwerber auch dann, wenn die Briefhypothek durch schriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe rechtswirksam übertragen ist, namentlich den Vorteil, daß er gegen anderweite Verfügungen des bisherigen Gläubigers, der etwa den Brief wieder erlangt, geschützt ist und bei der Geltendmachung der Hypothek sein Gläubigerrecht nicht gemäß § 1160 nachzuweisen braucht. Vgl. auch die §§ 55 GBD, 9 Nr 1, 44 ZBG. Erforderlich ist schließlich noch für die Eintragung der Abtretung regelmäßig eine bestimmte Angabe des Zeitpunkts, von dem ab die Zinsen abgetreten werden (§ 1158 A 3; für die Verpändung ZFG 11, 260).

7. Die **entsprechende Anwendung der §§ 873, 878 bei der Abtretung einer Buchhypothek** ergibt: Zur Übertragung einer Buchhypothekforderung ist die Einigung zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger und die Eintragung der Abtretung erforderlich (§ 873). Die Einigung bedarf, abweichend von der Abtretungserklärung bei einer Briefhypothek (A 2), keiner Form. Erfolgt die Einigung über die Abtretung erst nach der Eintragung, so wird die Buchhypothek erst mit dem Zeitpunkt der Einigung erworben (RG 117, 436; § 873 A 10). Zur Vornahme der Eintragung genügt (§§ 19, 29 GBD) die in der Form des § 29 GBD abgegebene, einseitige Eintragungsbewilligung des bisherigen Gläubigers und ein (formloser) Antrag eines Beteiligten (§§ 13, 30 GBD). Eine in der Zwischenzeit des § 878 eintretende Verfügungsbeschränkung des Abtretenden macht dessen Umschreibungsbewilligung nicht unwirksam. Die Erfordernisse für die Übertragung einer Gesamtbuchhypothek erläutert § 1132 A 1. — Vollenbet sich der Abtretungserwerb, auf den eine Klage des Erwerbers gestützt wird, erst im Laufe des Rechtsstreits, so liegt eine Klageänderung vor, wenn der zur Zeit der Klagerhebung noch fehlende und damals auch vom Kläger noch nicht dargelegte volle Abtretungsstatbestand nach seiner Vollenbung nachträglich behauptet wird (RG SeuffA 87 Nr 34). Das wird sowohl für die Abtretung der Briefhypothek nach § 1154 Abs 1, 2 wie für die Abtretung der Buchhypothek nach § 1154 Abs 3 gelten müssen. Doch ist die Zulässigkeit einer solchen Klageänderung jetzt durch die neue Fassung des § 264 ZPO und den Wegfall des § 527 ZPO wesentlich erweitert.

§ 1155

Ergibt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefs ¹⁾ aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ²⁾, so finden die

Vorschriften der §§ 891 bis 899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre ³⁾. Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht gleich ein gerichtlicher Überweisungsbefehl ⁴⁾ und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung ⁵⁾.

§ 1 1114 II 1062; R 3 751 ff.; P 3 654; 6 249.

1. Da die Briefhypothek nach § 1154 Abs 1 nur im Falle der Briefübergabe auf einen im Grundbuch nicht eingetragenen neuen Gläubiger übertragen sein kann, ist im § 1155 als erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 891—899 erfordert, daß der nicht eingetragene Gläubiger (also im Falle des gegenwärtigen Rechtserwerbs an der Hypothek der unmittelbare Vormann des Erwerbers, zu dessen Gunsten § 892 zur Anwendung kommen soll) **Besitzer des Hypothekenbriefs** ist. Es genügt aber auch ein nach den §§ 930, 931 vom bisherigen Gläubiger erlangter, mittelbarer Besitz, da dieser gemäß den §§ 1154 Abs 1, 1117 Abs 1 Satz 2 der körperlichen Briefübergabe gleichsteht (RG 86, 264). Daß der Vormann des letzten Erwerbers, wenn für diesen § 892 in Frage kommt, den Besitz des Briefs auf rechtmäßigem Wege erlangt hat, ist nicht erforderlich. Eigenbesitz des Vormanns genügt auch dann, wenn der Vormann ihn unrechtmäßigerweise (z. B. durch Unterjalousung) erlangt hat. Der gutgläubige Erwerber braucht die Rechtmäßigkeit des Besitzes seines Vormanns nicht nachzuprüfen (RG 93, 43). Daß der gegenwärtige Besitzer (der letzte Erwerber) den Brief von dem bisherigen Gläubiger übergeben erhalten hat, wird nach den §§ 1154 Abs 1, 1117 Abs 3 vermutet (RG 93, 44). Daher braucht er dies nicht nachzuweisen, wenn er vor dem Grundbuchamt (§ 39 Abs 2 GBD) über die Hypothek verfügen will (RN 7, 139). Steht aber fest, daß er ohne Übergabe in den Besitz des Briefs gelangt ist, so ist er nicht Gläubiger und kann sich für seinen Erwerb nicht auf § 1155 berufen (RG 56, 416). Überträgt er indessen demnächst die Hypothek unter den Erfordernissen des § 1155 an einen hinsichtlich seiner Besitzerlangung gutgläubigen Dritten, so erwirbt dieser die Hypothek nach den §§ 1155, 892 rechtmäßig, und zwar mit der Wirkung, daß späteren Erwerbern auch eine bei ihnen nach der bezeichneten Richtung etwa vorhandene Bösgläubigkeit nicht mehr schadet (§ 891 A 5).

2. **Zweite Voraussetzung ist: Aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen** (§ 1154 A 5) muß sich das Gläubigerrecht des Briefbesizers ergeben, also in dem Falle des gegenwärtigen Rechtserwerbs an der Hypothek das Gläubigerrecht desjenigen, von dem der erwirbt, zu dessen Gunsten § 892 zur Anwendung kommen soll. Die Hypothek muß mithin in öffentlich beglaubigter Form zunächst von dem eingetragenen Gläubiger und dann weiter von den Erwerbern an andere Gläubiger abgetreten sein, bis sie auf den Briefbesitzer gelangt ist (RN 3, 147). Diese gesetzliche Regelung bezweckt, die fortlaufende Kette der Übertragungsakte zur Erkenntnisquelle für das Gläubigerrecht der aus dem Grundbuch nicht ersichtlichen Vormänner zu machen und die Beteiligten gegen Mängel zu schützen, soweit nach dieser Richtung der Inhalt der Urkunden reicht. Der Erwerber, dem die Hypothek von einem nicht eingetragenen, aber durch den Besitz des Briefs und durch eine zusammenhängende Reihe öffentlich beglaubigter Erwerbssurkunden ausgewiesenen Gläubiger abgetreten wird, soll daher genau so sichergestellt sein, als wenn sein Rechtsurheber im Grundbuch eingetragen wäre (RG 151, 80). Aus den Worten „zusammenhängende Reihe“ ist jedoch nicht zu folgern, daß eine Mehrheit von Abtretungserklärungen vorliegen müßte. Es kommt nur auf den Nachweis des Zusammenhangs mit dem eingetragenen Gläubiger, nicht auf die Zahl der Zwischenmänner an. Daher genügt auch nur „eine“ Abtretungserklärung des eingetragenen Gläubigers an den Briefbesitzer (RG 86, 263; 93, 44). Ist aber der zuerst Abtretende nicht eingetragener Gläubiger (DVG 8, 140) oder ist die Hypothek auf andere Weise als durch Abtretung oder nach Maßgabe des § 1155 Satz 2 auf einen Zwischengläubiger übergegangen (RN 3, 146) oder liegt eine nicht oder nicht ordnungsmäßig (RG 135, 359) öffentlich beglaubigte (privatschriftliche) Abtretungserklärung inmitten, so kann zwar das Gläubigerrecht auf den Briefbesitzer gemäß § 1154 übergegangen sein; er steht aber in der Anwendung der §§ 891 bis 899 (A 3) nicht einem eingetragenen Gläubiger gleich. Wird in dem zuletzt genannten Falle die fehlende öffentliche Beglaubigung nachgeholt, so gilt der Briefbesitzer erst von nun an, insbesondere zugunsten späterer Erwerber, nicht auch für die Vergangenheit als eingetragener Gläubiger. — Nach § 129 Abs 2 wird die öffentliche Beglaubigung durch eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt. Eine notarielle Urkundenausfertigung steht einer öffentlichen Beglaubigung gleich (RG 85, 61; 93, 44; DVG 29, 368). Dies gilt auch dann, wenn der Ausfertigung eine gefälschte Urkunde oder überhaupt keine Urkunde zugrunde liegt. Die Ausfertigung ist dann zwar widerrechtlich, vielleicht sogar unter Verstoß gegen § 348 StGB aufgenommen; sie bleibt aber trotzdem eine echte Urkunde (RG 85, 61; 93, 44; DVG 29, 368). Aber auch wenn in der Reihe der Abtretungserklärungen die eine oder die andere gefälscht ist, wird dadurch nicht die Anwendung des § 1155 ausgeschlossen, sofern die Urkunde den Schein einer echten, öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung hervorruft. Für den gutgläubigen Erwerb des letzten Erwerbers,

zu dessen Gunsten § 892 zur Anwendung kommen soll (A 3), genügt es, daß durch Urkunden, die sich äußerlich als öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen darstellen, der Schein der Berechtigung des Vormanns zur Verfügung über die Hypothek vermittelt wird (RG 85, 58; 86, 263; 93, 44; Warn 1915 Nr 209; DLG 29, 388). — Obwohl § 1155 nur von Abtretungserklärungen spricht, gehören hierher auch die Vollmachten zu Abtretungserklärungen, die von Bevollmächtigten abgegeben sind. Denn diese Vollmachten bilden einen Bestandteil der die Eintragung im Grundbuch erziehenden Legitimation (RG Gruch 60, 324). Ist also in der Reihe der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen eine Abtretung nicht von dem Gläubiger selbst, sondern von einem Vertreter vorgenommen worden, so ist zum Ausweis des Gläubigerrechts nach § 1155 auch der Nachweis der Vertretungsmacht durch öffentlich beglaubigte Urkunde insoweit erforderlich, als der Vormann zur Eintragung seines Erwerbs im Grundbuch die Vertretungsmacht des Vertreters seines Bedenken durch öffentliche Urkunde hätte nachweisen müssen. Ist aber für einen minderjährigen Gläubiger die Abtretung durch den Vater als gesetzlicher Vertreter vorgenommen worden, so bedarf es des urkundlichen Nachweises der Vertretungsmacht des Vaters nicht, da diese vermutet wird. Gegen den Einwand, daß der Vater tatsächlich nicht gesetzlicher Vertreter gewesen sei, ist der Zweiterwerber daher durch § 1155 geschützt (RG 151, 78). Bei rechtsgeschäftlicher Vertretung reichen verborgene Mängel der Vollmachten (z. B. ihre Fälschung) dem gutgläubigen (letzten) Erwerber (§ 892) nicht zum Nachteil, wie auch gegenüber der Eintragung im Grundbuch nicht zum Nachteil des gutgläubigen Erwerbers auf verborgene Mängel der vorgelegten Vollmachten zurückgegangen werden kann (RG Warn 1915 Nr 209; DLG 29, 390). Daß bei den aufeinander folgenden Abtretungen dem späteren Erwerber jedesmal außer der von seinem unmittelbaren Vormann ausgestellten („erteilten“: § 1154 A 2) Abtretungserklärung auch die Abtretungsurkunden, die den früheren Erwerbern von ihren Vormännern erteilt worden sind, übergeben sein müssen, ergibt sich aus § 1155 nicht (RG Gruch 62, 624).

3. Aus der Anwendung der §§ 891 bis 899 in gleicher Weise, wie wenn der Briefbesitzer als Gläubiger eingetragen wäre, folgt: Ergibt sich aus der in A 2 bezeichneten Reihe von Urkunden das Gläubigerrecht des Briefbesitzers, so streitet für sein wirkliches Gläubigerrecht die Rechtsvermutung aus § 891. Wer das Gläubigerrecht trotzdem bestreitet (z. B. mit der Behauptung, die Übertragung an den Briefbesitzer sei nichtig oder dem nicht eingetragenen Rechtsvorgänger habe das Gläubigerrecht nicht zugestanden und dies sei dem Briefbesitzer beim Erwerb bekannt gewesen), muß das Gegenteil beweisen. — Erwirbt jemand durch Rechtsgeschäft (ein Erwerb kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung) steht dem rechtsgeschäftlichen Erwerb nicht gleich: § 892 A 4) vom Briefbesitzer die Hypothek (§ 1154) oder ein Recht daran (z. B. ein Pfandrecht: § 892 A 3), so gilt gemäß § 892 zugunsten des Erwerbers der Briefbesitzer als der wirkliche Gläubiger, es sei denn, daß der Mangel des Gläubigerrechts dem Erwerber zur Zeit des Erwerbs (im Falle der Abtretung also zu der Zeit, in der Abtretungserklärung und Briefübergabe zusammen vorliegen: RG 89, 160; § 1154 A 4) bekannt ist oder gemäß § 1140 aus dem Brief sich ergibt oder daß ein Widerspruch gegen das Gläubigerrecht im Grundbuch eingetragen oder auf dem Brief bemerkt ist (RW 1926, 181^o). Daß im Falle der Abtretung der letzte Erwerber seinerseits auf eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung seinen Erwerb gründen kann, ist nicht erforderlich. Denn einerseits genügt zur Anwendung des § 892 jeder rechtsgültige rechtsgeschäftliche Erwerb von dem Briefbesitzer, der beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 1155 als eingetragener Gläubiger gilt, und andererseits wird die Hypothek nach § 1154 Abs 1 Satz 1 auch durch eine privatschriftliche Abtretungserklärung in Verbindung mit der Briefübergabe erworben. Überträgt aber ein solcher Erwerber die Hypothek weiter, so muß dem zweiten Erwerber zwar hinsichtlich der Vormänner der Schutz aus § 892 ebenso wie dem ersten Erwerber zugestanden werden, da dessen Rechte auf ihn übergehen. Da aber der auf Grund einer privatschriftlichen Abtretungserklärung Erwerbende nicht als eingetragener Gläubiger gilt, so können dem zweiten Erwerber hinsichtlich der Rechtsgültigkeit des Erwerbs des ersten Erwerbers oder des Fortbestehens des Gläubigerrechts (z. B. im Hinblick auf die den Übergang auf einen anderen Bewirkende Befriedigung) alle bestehenden Einwendungen ohne Rücksicht auf seine Kenntnis usw. entgegengesetzt werden (lit.). Der Schutz des § 892 erstreckt sich übrigens im Bereich des § 1155 ebensowenig wie im Falle des Erwerbs von einem eingetragenen (RG 69, 268; 84, 245; § 892 A 6 Abs 2) auf den Rechtsakt, durch den der (letzte) Erwerber die Hypothek erlangen will. Ist diese Erwerbshandlung rechtsunwirksam (z. B. weil der Veräußerer geschäftsunfähig oder weil die dem Erwerber erteilte Abtretungserklärung fälschlich angefertigt war), so erwirbt der Erwerber die Hypothek auch im Falle seines guten Glaubens an die Rechtswirksamkeit des Erwerbsakts nicht (RG Warn 1915 Nr 209; 1935 Nr 2; DLG 29, 389). — Der Briefbesitzer gilt, auch wenn er nicht wahrer Gläubiger ist, als eingetragener Gläubiger im Sinne des § 893 hinsichtlich des Schutzes eines Gutgläubigen, der an ihn auf Grund der Hypothek eine Leistung bewirkt oder mit ihm in Ansehung der Hypothek ein Rechtsgeschäft der im § 893 gemeinten Art (§ 893 A 4) vornimmt. Ist der Briefbesitzer nicht wirklicher Gläubiger, so hat der wahre Berechtigte, um sich gegen einen Rechtsverlust durch einen gutgläubigen Erwerber schützen zu können, die aus den §§ 894—899 sich ergebenden Rechte (auf Berechtigung

des Grundbuchs, Eintragung eines Widerspruchs usw.) so, als ob der Briefbesitzer im Grundbuch eingetragen stände. — § 1155 erweitert den Schutz des öffentlichen Glaubens, indem beim Vorliegen der fraglichen Urkundenreihe der Briefbesitzer einem eingetragenen Gläubiger gleichgestellt wird. Hinsichtlich des Inhalts des Grundbuchs selbst (z. B. der Rechtsgültigkeit der Hypothek, des Bestehens der Forderung, der Zulässigkeit von Einwendungen) gelten die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs unmittelbar auch hier. Namentlich greifen die §§ 892, 1133 zugunsten eines gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbers der Briefhypothek auch dann ein, wenn sein Gläubigerrecht sich auf andere Urkunden als die des § 1155 (z. B. auf privatschriftliche Abtretungserklärungen) gründet. Dem § 1155 ist daher nicht etwa der Rechtsatz zu entnehmen, daß nur unter den hier aufgestellten Voraussetzungen ein gutgläubiger, einwandfreier Erwerb von einem bloß fiktiv berechtigten möglich sei (RG 135, 361). — Wenn im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks der Erwerber einer Briefhypothek im Verteilungstermin den Brief vorlegt und sich gemäß § 1155 ausweist, so ist der auf die Hypothek entfallende Versteigerungserlös an ihn, nicht an den als Gläubiger Eingetragenen auszuführen. Das gilt auch dann, wenn die Übertragung erst kurz vor der Auszahlung stattgefunden und der Erwerber sein Recht nicht gemäß § 114 ZPO angemeldet hat (RG 73, 300; 77, 296).

4. Aus der Gleichstellung eines gerichtlichen Überweisungsbeschlusses mit einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung folgt nicht, daß schon zugunsten desjenigen, dem die Hypothek im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesen wird, sein briefbesitzender Schuldner, dessen Gläubigerrecht sich aus einer Urkundenreihe gemäß § 1155 ergibt, für die Anwendung der §§ 892 ff. als eingetragener Gläubiger gilt. Denn nur einem rechtsgeschäftlichen Erwerber stehen diese Vorschriften über den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zur Seite (A 3). Erst wenn er die Hypothek weiter überträgt oder mit einem Recht belastet, steht zugunsten des Erwerbers der Überweisungsbeschuß der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung gleich mit der Wirkung, daß der Erwerber den Schutz aus den §§ 1155, 892 ff. (A 3) genießt. Unter dem Überweisungsbeschuß ist nur eine Überweisung der Hypothekenforderung an Zahlungs Statt zum Nennwert überhaupt nicht das Gläubigerrecht, sondern nur die Ermächtigung zur Einziehung der Hypothek (§§ 835 Abs 1 u. 2, 837 ZPO). Eine Übertragung nach § 118 ZPO gehört auch nicht hierher. Dagegen steht ein Beschluß aus § 844 ZPO dem gerichtlichen Überweisungsbeschuß gleich (ZB 1935, 3236²⁷).

5. Nicht eine kraft Gesetzes erfolgte Übertragung der Forderung ist der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung gleichgestellt, sondern ein öffentlich beglaubigtes Anerkennnis dieser Tatsache. Demnach muß derjenige, der vor dem Übergang Gläubiger war, gegenüber dem jetzigen Gläubiger rechtsgeschäftlich in öffentlich beglaubigter Form anerkannt haben, daß die Tatsache, die kraft Gesetzes den Übergang bewirkt, eingetreten und daß zufolge dieser Tatsache die Hypothekenforderung auf den Empfänger der Erklärung übergegangen sei (§ 408 Abs 2; RGZ 27 A 127; 35 A 292; 52, 189; DLG 10, 95; a. M. DLG 18, 178 insofern, als das Anerkennnis jener Tatsache allein für genügend erachtet wird). Ein solches Anerkennnis soll für die Geltung des Briefbesizers als eingetragenen Gläubigers (A 2, 3) einer Abtretungserklärung gleichstehen. Der bloße Nachweis des kraft Gesetzes erfolgten Übergangs, mag er auch in öffentlicher Form erbracht sein, genügt nicht (RGZ 25 A 162; 35 A 292; 52, 189; RM 9, 210; DLG 32, 413). Der Fall des Übergangs kraft Gesetzes durch Erbgang scheidet daher von vornherein aus, weil eine Anerkennniserklärung des Erblassers als bisherigen Gläubigers nicht in Frage kommen kann. Insbesondere ist ein Erbschein oder eine letztwillige Verfügung, wodurch der Übergang auf den Erben nachgewiesen wird, kein Anerkennnis (str.; RGZ 25 A 162; 27 A 127; 35 A 292; RM 9, 210; DLG 10, 35). Eine andere Frage ist es bei der Erbfolge, ob die Urkundenreihe des § 1155 (vgl. auch § 39 Abs 2 GBD) dadurch unterbrochen wird, daß ein Abtretender in der Reihe die Hypothek durch Erbgang, nicht durch Abtretung usw. erlangt hat. Dies wird zu verneinen sein, weil in der Gesamtnachfolge Erblasser und Erbe hinsichtlich des Gläubigerrechts an der Hypothek als eine Person gelten (str.; RM 9, 207). Auch eine Quittung über eine Zahlung, die den Übergang der Hypothek auf einen anderen zur Folge hat, genügt für § 1155 Satz 2 nicht, da sie kein Anerkennnis des erfolgten Übergangs enthält (str.; ZB 1926, 181⁵; ZF 1, 487; 3, 395; DLG 46, 50). Ebensovienig genügt eine nach der Bezahlung einer Hypothek erteilte Löschungsbewilligung (RG Warn 1928 Nr 116; Ceuff 82 Nr 22; HRN 1930 Nr 398). — Die Fälle, in denen eine Hypothekenforderung auf einen anderen kraft Gesetzes übergeht, ergeben sich aus § 1143 Abs 1 und aus den §§ 268, 426 Abs 2, 774, 1143, 1163 Abs 1 Satz 2, 1164, 1168, 1173, 1174, 1182, 1438, auch ZPO § 868. Gleichzustellen sind die Fälle, in denen die Hypothek ohne die Forderung (als Grundschuld) kraft Gesetzes übergeht (§ 1143 Abs 3), sowie der Fall des § 1163 Abs 1 Satz 1 (Nichtentstehen der Forderung), zumal die Vorschrift des § 1155 nach § 1192 auch auf die Grundschuld Anwendung findet. Hierher gehört namentlich ein (öffentlich beglaubigtes) Anerkennnis des als Hypothekgläubiger Eingetragenen, daß wegen Nichtentstehung oder wegen Erlöschens der gesicherten Forderung die Hypothek gemäß § 1163 Abs 1 auf den Eigentümer als Grundschuld (§ 1177 Abs 1) übergegangen sei (RG Warn 1930 Nr 163). Ferner findet ein Übergang kraft Gesetzes statt,

wenn eine Gemeinde, welche Gläubigerin einer Hypothek ist, in eine andere eingemeindet wird (RG 64, 401; 87, 284; RGZ 41, 213; 51, 213; 52, 187; DVG 32, 412). — Das Anerkenntnis kann durch eine rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe der anerkennden Erklärung gemäß § 894 ZPO ersetzt werden. Die Verpflichtung zur Abgabe des Anerkenntnisses ergibt sich aus den §§ 403, 412, 1144. Hat der letzte Inhaber die Hypothek kraft Gesetzes erworben, so kann er auch beim Vorhandensein eines Anerkenntnisses ebensowenig wie im Falle der Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung für seinen Erwerb den Schutz des öffentlichen Glaubens (§§ 1155, 892) in Anspruch nehmen, da nur der rechtsgeschäftliche Erwerb geschützt wird (A 4).

§ 1156

Die für die Übertragung der Forderung¹⁾ geltenden Vorschriften der §§ 406 bis 408 finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger in Ansehung der Hypothek²⁾ keine Anwendung³⁾. Der neue Gläubiger muß jedoch eine dem bisherigen Gläubiger gegenüber erfolgte Kündigung des Eigentümers gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen ist⁴⁾.

§ I 1089 II 1083; W 3 711 ff.; P 3 589 ff., 664 f., 683.

1. Der Begriff **Übertragung der Forderung** umfaßt nicht nur die Abtretung der Hypothekenforderung (§§ 398 ff., 1154), sondern auch (vgl. § 408 Abs 2) ihren Übergang kraft Gesetzes (§ 412; § 1143 A 3; § 1155 A 5) und die Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 835 ZPO). Ob die Forderung durch Buchhypothek oder durch Briefhypothek gesichert ist, macht keinen Unterschied. Dagegen findet § 1156 auf Sicherungshypotheken gemäß § 1185 Abs 2 keine Anwendung. Für Forderungen auf Zinsen, andere Nebenleistungen und Kosten gelten die abweichenden Bestimmungen der §§ 1158, 1159.

2. Nur auf das **Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger** und nur in **Ansehung der Hypothek** (§ 1138 A 1) finden die §§ 406—408 keine Anwendung. Für das Verhältnis zwischen dem persönlichen Schuldner und dem neuen Gläubiger und gegenüber der Schuldfolge des letzteren gelten die §§ 406—408 ebenso wie die anderen auf Einwendungen des Schuldners gegenüber dem neuen Gläubiger bezüglichen Vorschriften der §§ 404, 405, 409—411. Innerhalb dieses Verhältnisses gilt z. B. § 407 für die Frage, ob die Mitteilung des Grundstücksveräußerers von der Schuldbüchnahme des Erwerbers nach § 416, die an den früheren Hypothekengläubiger erfolgt ist, dem neuen Gläubiger gegenüber wirksam ist (RG 67, 413; 80, 92; Warn 1914 Nr 245; JW 1916, 908⁷⁾). Ist der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner und wird gegen ihn vom neuen Gläubiger sowohl die dingliche Klage aus dem Hypothekenrecht als auch die Schuldfolge aus der persönlichen Forderung erhoben (§ 1138 A 1; § 1147 A 4), so kann der Beklagte mit einer Einwendung aus den §§ 406—408 gegenüber der Schuldfolge durchbringen, während sie ihm der dinglichen Klage gegenüber verjagt ist (A 3).

3. Da die **Vorschriften der §§ 406—408 keine Anwendung finden**, kann der Eigentümer nicht, wie der persönliche Schuldner gegenüber der Schuldfolge (A 2), die nachstehend genannten Einwendungen, die sich auf Ereignisse nach der Übertragung gründen, gegenüber der dinglichen Klage des neuen Gläubigers erheben. Zunächst nicht die Einrede der Aufrechnung mit einer ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Forderung, auch wenn die im § 406 bestimmten Ausnahmen von der Aufrechnungsbefugnis des Schuldners in seiner Person nicht vorliegen (SeuffA 62 Nr 137; DVG 26, 154). Nur wenn die Aufrechnung bereits vor der Übertragung dem bisherigen Gläubiger gegenüber erklärt und die Hypothekenforderung dadurch getilgt war, kann der Eigentümer dies auch gegenüber dem neuen Gläubiger (§ 1137 A 1) geltend machen, im Falle einer rechtsgeschäftlichen Übertragung aber gemäß § 1138 auch nur dann, wenn der neue Gläubiger beim Erwerb nicht gutgläubig war (§ 1138 A 3; SeuffA 62 Nr 137; DVG 26, 154). Ferner kann der Eigentümer sich nicht gemäß § 407 Abs 1 (§ 412) auf Leistungen (z. B. Zahlung auf die Hypothek) oder Rechtsgeschäfte (z. B. Stundung, Erlaß, Aufrechnungserklärung) berufen, die er (oder der persönliche Schuldner) nach der Übertragung an den bisherigen Gläubiger bewirkt oder mit diesem vorgenommen hat. Das gilt auch dann, wenn ihm die Übertragung nicht bekannt gewesen ist. Nur dann kann er sich auf jene Tatsachen berufen, wenn ihm die Vorschriften der §§ 893, 1155 zur Seite stehen (z. B. bei der Briefhypothek der bisherige Gläubiger noch als solcher im Grundbuch eingetragen und die Abtretung nicht in öffentlich beglaubigter Form erklärt ist). § 893 betrifft aber nur Leistungen und dingliche Verfügungen über das im Grundbuch eingetragene Recht, nicht Verpflichtungen aus schuldrechtlichen Verträgen in Ansehung des Rechts (JW 1916, 908⁷⁾). Weiter kann der Eigentümer nicht gemäß § 407 Abs 2 (§ 412) ein rechtskräftiges Urteil, das in einem nach der Übertragung anhängig gewordenen Rechtsstreit (vgl. §§ 265, 325 ZPO) mit dem bisherigen Gläubiger über die Hypothek oder die

persönliche Forderung ergangen ist, gegenüber dem neuen Gläubiger zur Geltung bringen, auch wenn er die Übertragung beim Eintritt der Rechtsabhängigkeit nicht gekannt hat. Durch § 408 wird der Dritte, an den die Forderung nochmals übertragen ist, hinsichtlich der im § 407 bezeichneten Maßnahmen des Schuldners dem bisherigen Gläubiger gleichgestellt. — Dagegen finden die Vorschriften der §§ 404, 405, 409—411 an sich auch auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger Anwendung. Einen Beispielsfall für Einwendungen nach § 404 und für die Anwendung des § 405 bei einer nur zum Schein erfolgten Anerkennung des Bestehens der Hypothekenforderung durch den Hypothekbesteller enthält RG Warn 1914 Nr 245. Weiter gehört hierher, wenn die Hypothekenforderung durch ein selbständiges Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 begründet worden ist, die (Vereicherungs-)Einrede aus § 812 Abs 2, daß der rechtliche Grund für das Schuldanerkenntnis nicht vorhanden gewesen oder später weggefallen sei. Da diese Einrede gewissermaßen als innerer Mangel dem Schuldanerkenntnis von vornherein anhaftet, so kann sie nach § 404 (und § 405, der das Anerkenntnis ausdrücklich erwähnt) auch gegenüber dem neuen Gläubiger (Rechtsnachfolger des Vereicherten) geltend gemacht werden (RG 86, 304). Ferner gilt dies z. B. dann, wenn der Eigentümer gemäß § 1137 dem neuen Gläubiger eine Einrede entgegensetzt, die dem persönlichen Schuldner gegenüber dem bisherigen Gläubiger zusteht und die Geltendmachung der Hypothekenforderung dauernd ausschließt (RG JW 1916, 9087). Jedoch greift bei der Verkehrshypothek gegenüber Einwendungen aus den §§ 404, 405 der Schutz eines gutgläubigen Erwerbs nach den §§ 1138, 1157 ein. Bei der Sicherungshypothek gilt dagegen § 1138 nach § 1185 Abs 2 nicht (RG 91, 225; JW 1916, 9087). § 410 erfährt Änderungen durch die Vorschriften der §§ 1144, 1145, 1160.

4. Daß eine Kündigung des Eigentümers gegenüber dem bisherigen Gläubiger, wenn die Übertragung nicht eingetragen und auch dem Eigentümer nicht bekannt ist, auch gegenüber dem neuen Erwerber wirkt, ist eine Ausnahme von § 407 Abs 1, § 1156 Satz 1 (A 3). Die Kündigung des Gläubigers ist im § 1141 geregelt.

§ 1157

Eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses¹⁾ gegen die Hypothek²⁾ zusteht, kann auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden³⁾. Die Vorschriften der §§ 892, 894 bis 899, 1140 gelten auch für diese Einrede⁴⁾.

RG I 1084 II 1064; M 3 700; P 3 530, 532; 6 253.

1. § 1156 versagt dem Eigentümer nur die Einwendungen aus den §§ 406—408, also Einwendungen auf Grund von Ereignissen, die nach der Forderungsübertragung eingetreten sind. Nach den §§ 404, 1137 kann aber der Eigentümer die zur Zeit der Forderungsübertragung gegen den bisherigen Gläubiger begründeten Einwendungen des persönlichen Schuldners aus dem hypothekarisch gesicherten Schuldverhältnis auch gegenüber der dinglichen Klage des neuen Gläubigers geltend machen, soweit nicht die Wirkung eines gutgläubigen Erwerbs (§ 1138) entgegensteht (§ 1156 A 3). Darüber hinaus trifft § 1157 Bestimmung über Einreden des Eigentümers auf Grund eines zwischen ihm selbst und dem bisherigen Gläubiger bestehenden persönlichen Rechtsverhältnisses. Unter diesem Rechtsverhältnis ist also zunächst nicht das Schuldverhältnis zwischen dem persönlichen Schuldner und dem bisherigen Gläubiger zu verstehen. Auf Einreden daraus bezieht sich § 1157 nicht. Dieser Grundsatz wird allerdings in der Rechtsprechung nicht immer streng durchgeführt. So wird z. B. in RG 91, 223 bei einer Hypothek für eine Kaufpreisforderung auch die Einrede der Minderung des Kaufpreises und der Unstiftlichkeit (Nichtigkeit) des Kaufgeschäfts hierher gerechnet. Weiterhin bezieht sich § 1157 nicht auf Einwendungen, die den Bestand des dinglichen Rechts (z. B. die Rechtsgültigkeit der Hypothekbestellung) oder den Eintritt von dinglichen Rechtsänderungen (z. B. den Übergang der Hypothek kraft Gesetzes auf einen anderen durch Befriedigung des Gläubigers) zum Gegenstand haben (§ 1137 A 1). Bei der Frage, ob solche Einwendungen einem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden können, kommen die §§ 892, 1140 (Rechtserwerb in gutem Glauben) unmittelbar zur Anwendung. Denn diese Einwendungen richten sich gegen die Nichtigkeit des Grundbuchinhalts (vgl. jedoch RG 74, 214, wo § 1157 auch auf den Fall des Freiverdens von der dinglichen Pfandung für anwendbar erachtet wird). § 1157 betrifft nach der Fassung des Gesetzes also nur schulrechtliche Beziehungen zwischen dem Eigentümer als solchem und dem bisherigen Gläubiger (RG Warn 1908 Nr 454; SeuffA 64, 194). Beispielsfälle für solche Beziehungen sind aufgeführt in § 1137 A 1. Namentlich kommen also in Betracht die Einreden der Stundung und des Erlasses, ferner aber auch die eine Geltendmachung der Hypothek dauernd ausschließenden Einreden, die den Eigentümer nach § 1169 (dort A 1) zum Verlangen des Verzichts auf die Hypothek berechtigen (RG 74, 215; Gruch 60, 508: Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung). Schließlich gehören in den Geltungsbereich des § 1157 folgende Einreden: daß der Eigentümer nach § 1142 Abs 2 aufgerechnet habe (RG 91, 223); daß nach der getroffenen Vereinbarung der Gläu-

biger während der Besitzzeit des Eigentümers die Hypothek nicht sollte abtreten dürfen (§§ 399, 405; *RGZ* 29 A 246); daß die Hypothek dem Bedenten nur zur Sicherheit bestellt worden sei und er sie deshalb nicht oder nur unter Beschränkungen habe abtreten dürfen (*RG* 91, 225; 135, 364; *ZW* 1901, 181; *Warn* 1910 Nr 17); daß der Gläubiger, wenn der Eigentümer Teile des belasteten Grundstücks veräußere, die veräußerten Parzellen gegen Abzahlung eines Teils der Hypothekenforderung aus der Haftung entlassen solle (*RGZ* 33 A 261); daß fällige Raten einer Darlehenshypothek durch Verrechnung (z. B. mit Vorkauforderungen des Eigentümers) getilgt werden sollen (*DVG* 18, 161). Die Frage, ob und inwieweit einem neuen Gläubiger der Einwand des Börsenspiels (§§ 55, 59 *BörsGes*) entgegengesetzt werden kann, ist in *RG* 147, 149 behandelt. — Nur dem Eigentümer, in dessen Person das Rechtsverhältnis begründet ist, steht eine Einrede daraus auch gegenüber dem neuen Gläubiger zu. Ein Sondernachfolger im Eigentum kann sich darauf nicht berufen (§ 1137 A 1). Hat der Eigentümer mit dem Gläubiger z. B. vereinbart, dieser dürfe, wenn jener eine Parzelle verkaufe, sie wegen der Hypothek nicht in Anspruch nehmen, so kann der Eigentümer der Parzelle, auf welche die Hypothek übertragen wurde, gegen die dingliche Klage des ursprünglichen Gläubigers oder gar seines Rechtsnachfolgers nicht auf Grund von § 1157 die Nichthaftung der Parzelle einwenden (a. M. *RGZ* 33 A 261). Die Hypothek kann aber als eine auflösend bedingte an der Parzelle für den Fall der Abtretung gestaltet werden. Diese Bedingung ist eintragungsfähig und zur Wirksamkeit gegenüber den Rechtsnachfolgern des Gläubigers auch eintragungsbedürftig. — Ob der (vom neuen Gläubiger mit der dinglichen Klage belangte: A 2) Eigentümer nur dinglich für die Hypothek haftet oder zugleich auch persönlicher Schuldner der Hypothekenforderung ist, macht keinen Unterschied. § 1157 trifft nach seinem Wortlaut beide Fälle (*RG* 81, 85). Wenn z. B. ein Gläubiger, der die Hypothek durch (erste) Abtretung erlangt hat, gegenüber dem Eigentümer, der zugleich der persönliche Schuldner ist, zur Befriedigung des ursprünglichen Gläubigers verpflichtet war (z. B. kraft einer Schulübernahme beim Kauf eines anderen Grundstücks des Eigentümers, die von dem ursprünglichen Gläubiger nicht genehmigt war: § 415 Abs 3), so kann der Eigentümer (und persönliche Schuldner) der dinglichen Klage eines neuen Gläubigers (zweiten Besizers) die aus der Befriedigungsverpflichtung (des ersten Besizers) sich ergebende Einrede (falls sie nicht nach Satz 2 ausgeschlossen ist: A 4) gemäß § 1157 Satz 1 entgegensetzen (*RG* 81, 82).

2. § 1157 betrifft nur Einreden gegen die Hypothek, d. h. gegenüber der dinglichen Klage (§ 1147 A 4) des neuen Gläubigers (*RG* 81, 85). Der mit der Schuldklage belangte, vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner kann sich auf die rein persönlichen, die schuldrechtliche Forderung nicht berührenden Abmachungen zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger überhaupt nicht berufen (§ 1141 A 1). Ob das dingliche Recht aus einer Verkehrshypothek oder aus einer Sicherungshypothek geltend gemacht wird, ist gleichgültig (§ 1185 Abs 2; *RG* 74, 215). Auch auf Grundschulden findet § 1157 gemäß § 1192 Anwendung. Hier ist die Vorschrift sogar von besonderer Bedeutung, weil die Grundschuld nicht von einer Forderung abhängig ist und die dem Eigentümer gegen die Hypothek nach § 1137 zustehenden Einreden des persönlichen Schuldners gegen die zugrunde liegende Forderung für die Grundschuld nicht in Betracht kommen (*RG* 91, 223; *Warn* 1908 Nr 454). Das der Grundschuldbestellung zugrunde liegende schuldrechtliche Grundgeschäft ist als ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 1157 zwischen dem die Grundschuld bestellenden Eigentümer und dem ursprünglichen Gläubiger anzusehen (*RG* *Warn* 1908 Nr 454; 1914 Nr 292). Daher greift z. B. hier Platz die den Eigentümer zum Verlangen des Verzichts auf die Grundschuld nach § 1169 (dort A 1) berechtigende Einrede, daß die Grundschuld ohne rechtlichen Grund bestellt sei (§ 812), weil sie zur Sicherung einer Forderung habe dienen sollen, die Forderung aber nicht entstanden sei (*RG* 78, 67; *Warn* 1914 Nr 292; *SeuffA* 64, 194; 74 Nr 200; *RGZ* 53, 221). Ferner ist statthaft die Einrede, daß die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung gegen den Eigentümer fiduziarisch bestellt sei und der bisherige Gläubiger wegen der Tilgung der Forderung zur Rückübertragung der Grundschuld verpflichtet gewesen wäre (*RG* 91, 225; *DVG* 31, 347). Da diese Einrede sich auf das fiduziarische Rechtsverhältnis gründet, das von vornherein die bedingte Verpflichtung zur Rückübertragung der Grundschuld enthielt, greift sie (Bözgläubigkeit des Erwerbers hinsichtlich des fiduziarischen Rechtsverhältnisses nach § 1157 Satz 2 vorausgesetzt: A 4) gemäß § 404 auch dann durch, wenn die Tilgung an den bisherigen (abtretenden) Gläubiger erst nach der Abtretung erfolgt ist (*RG* 91, 225). Die Vorschrift des § 1157 kommt auch dann zur Anwendung, wenn der Eigentümer zunächst für sich selbst eine Eigentümergrundschuld bestellt hat, alsdann die Grundschuld fiduziarisch an einen ersten Fremdgäubiger abtritt und dieser nunmehr unter Verletzung seiner fiduziarischen Pflicht die Grundschuld an einen zweiten (nicht gutgläubigen: A 4) Fremdgäubiger überträgt. In einem solchen Falle ist die Einrede, die erst bei der ersten Abtretung für den Eigentümer-Grundschuldgläubiger gegen den ersten Fremdgäubiger aus dem fiduziarischen Abtretungsverhältnis begründet worden ist, doch noch als eine dem § 1157 zugehörige anzusehen (*RG* 135, 357). Auch bei folgendem Tatbestand wurde eine Einrede aus § 1157 anerkannt: Der frühere Grundstückseigentümer A wollte seinen Gläubiger C dinglich sichern; beide vereinbarten, daß A auf den Namen seines Strohmanns B eine Grundschuld eintragen lassen und B die Grundschuld an C für dessen Forderung gegen A ver-

pfänden sollte. A ließ die Grundschuld auf den Namen des B eintragen, verkaufte dann aber noch vor ihrer Verpfändung an C das Grundstück dem D und verpflichtete sich ihm gegenüber zur Löschung. In Kenntnis aller dieser Vorgänge ließ C sich später die Grundschuld von B verpfänden und klagte, nachdem D Grundstüdeigentümer geworden war, die verpfändete Grundschuld gegen D ein. Die Klage scheiterte daran, daß D die Löschungspflicht des A aus dem Kaufvertrag dem C im Wege der Einrede aus den §§ 1157, 1192 entgegenhielt (**RG** Warn 1934 Nr 157).

3. Dem neuen Gläubiger (§ 1156 A 1) können die fraglichen Einreden entgegengesetzt werden ohne weitere Voraussetzungen als die aus § 1157 Satz 2 sich ergebenden. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß bei der Abtretung vom bisherigen an den neuen Gläubiger die Formen des § 1155 beobachtet sind (**RG** 135, 365). Ebeniowenig wird vorausgesetzt, daß die Einreden eingetragen sind. Die Eintragung ist aber zulässig (**RGZ** 33 A 261; 53, 222; **OLG** 10, 414 f.; 18, 162). Dies folgt aus den §§ 1157 Satz 2, 894. Kraft besonderer Gesetzesvorschrift ist also beim Fehlen der Eintragung der Einredetatsachen das Grundbuch als unrichtig anzusehen, obwohl das die Einreden begründende Rechtsverhältnis an sich ein rein persönliches ist. Der Eigentümer kann mithin gemäß § 894 sogar die Eintragung zwecks Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Dagegen ist die Eintragung einer Vormerkung nicht zulässig. Denn es steht kein Anspruch auf Aufhebung der Hypothek oder Änderung des Inhalts usw. im Sinne des § 883 in Frage (str.; **RGZ** 33 A 259). Nur ein Widerspruch kann nach Satz 2 zu dem Zwede eingetragen werden, die Verufung des neuen Gläubigers auf seinen guten Glauben auszuschließen (A 4). Wegen der Hypothek für Zinsen, andere Nebenleistungen, Kosten finden sich abweichende Bestimmungen in den §§ 1158, 1159. Um das Entgegensetzen einer Einrede gegen die Hypothek handelt es sich nicht, wenn der Eigentümer gegen den Scheinzeßionar einer Hypothek auf Einräumung des Vorrangs vor einer anderen Hypothek klagt, weil der Scheinzeßent ihm gegenüber die Verpflichtung übernommen habe, der anderen Hypothek, falls sie eingetragen werde, den Vorrang einzuräumen. Ein solche Klage kann nur in § 826 ihre Begründung finden, wenn Zeßent und Zeßionar zusammengewirkt haben, um dem Eigentümer das Recht auf die Vorrangseinräumung zu entziehen (**RG** 95, 160). Geben die Vereinbarungen zwischen dem Eigentümer und dem bisherigen Gläubiger dahin, daß eine Einrede nur diesem, nicht einem Zeßionar gegenüber solle geltend gemacht werden dürfen, eine Rechtsgestaltung, die möglich und zulässig ist, so kann der Eigentümer dem neuen Gläubiger die gegen den alten Gläubiger begründete Einrede nicht entgegensetzen (**RG** HRN 1931 Nr 940).

4. Aus der Geltung der §§ 892, 894—899, 1140 auch für diese Einrede folgt: Eine zur Zeit der Hypothekenübertragung gegenüber dem bisherigen Gläubiger bestehende Einrede im Sinne des § 1157 (A 1) kann der Eigentümer der dinglichen Klage (A 2) des neuen Gläubigers nur dann gemäß Satz 1 entgegensetzen, wenn das Bestehen der Einrede dem neuen Gläubiger zur Zeit des Hypothekenerwerbs bekannt war (**RG** Warn 1914 Nr 292) oder aus dem Grundbuch (A 3) oder bei der Briefhypothek aus dem Brief sich ergab (**RG** 81, 86) oder wenn der Eigentümer einen Widerspruch in das Grundbuch hat eintragen (**RGZ** 53, 222) oder bei der Briefhypothek auf dem Brief hat vermerken lassen. Der durch § 892 gewährleistete Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs schließt die Geltendmachung der Einreden des Eigentümers gegenüber der dinglichen Klage aus der Hypothek (Grundschuld: A 2) nicht nur dann aus, wenn der Erwerber der Hypothek (Grundschuld) die den Einreden zugrunde liegenden Tatsachen nicht kannte, sondern auch dann, wenn er trotz Kenntnis der tatsächlichen Unterlagen infolge eines Rechtsirrtums der Meinung gewesen ist, daß der Hypothek (Grundschuld) eine Einrede nicht entgegenstehe (**RG** 91, 223; **OLG** 31, 349; § 1138 A 2 b). In **RG** 91, 224 wird aber ausgeführt: Bestand zwischen dem Eigentümer und dem bisherigen Gläubiger einer Briefgrundschuld ein fiduziarisches Rechtsverhältnis dahin, daß die Grundschuld nur zur Sicherung einer Forderung gegen den Eigentümer dienen sollte, war dies dem neuen Gläubiger beim Erwerb der Grundschuld bekannt und wußte er auch, daß der bisherige Gläubiger nach Tilgung der Forderung zur Rückübertragung der Grundschuld an den Eigentümer verpflichtet war, so schließt seine irrümliche Annahme, daß durch die auf sein Verlangen bewirkte Umschreibung der Grundschuld auf den bisherigen Gläubiger im Grundbuch der Mangel der Verfügbarechtigung des bisherigen Gläubigers beseitigt sei, seine Bösgläubigkeit nicht aus. Denn sein Rechtsirrtum betrifft nicht das Bestehen der Einrede des Eigentümers aus dem fiduziarischen Rechtsverhältnis, sondern die rechtlichen Wirkungen der auf den bisherigen Gläubiger erfolgten Grundschuldumschreibung hinsichtlich des Schutzes des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. In **RG** 153, 366 ist die rechtliche Stellung des Treugebers gegenüber dem Dritterwerber einer Hypothek behandelt in einem Falle, wo der Treuhänder abredewidrig über die ihm anvertraute Hypothek verfügt hatte; dem Treugeber wird hier die Widerspruchslage aus § 771 **BGB** verweigert gegenüber einem Gläubiger des Treuhänders, der dessen Anspruch auf Rückübertragung der Hypothek gegen den Dritterwerber gepfändet hatte. Hat der Grundstüdeigentümer A seinem Gläubiger B eine Grundschuld bestellt zur Sicherheit für alle Ansprüche des B gegen A, so darf B selbst dann, wenn A „für den Fall der Abtretung oder Verpfändung der Grundschuld auf das Widerspruchsrecht nach § 1160 verzichtet“ hat, die Grundschuld nicht an C verpfänden für Ansprüche des C gegen B; hat B das doch getan und C dabei die Sicherungsabreden zwischen A und B gekannt, so kann A von C die Herausgabe

des Grundschuldbriefs an B oder bei dessen Einverständnis auch an sich selbst verlangen (RG 26. 9. 1934 V 23/34). — Die durch § 1157 Satz 2 angeordnete Einschränkung der Zulässigkeit der Einreden gilt nur für den Fall eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs des neuen Gläubigers. Wird die Hypothek kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung übertragen (§ 1156 A 1), so finden die im § 1157 Satz 2 genannten Vorschriften keine Anwendung. Der Eigentümer kann einem solchen neuen Gläubiger die Einreden gemäß § 1157 Satz 1 unbeschränkt entgegensetzen (§ 892 A 4). — § 891 ist nicht für anwendbar erklärt; es wird daher nicht vermutet, daß die eingetragene Einrede wirklich besteht.

§ 1158

Soweit¹⁾ die Forderung auf Zinsen oder andere Nebenleistungen²⁾ gerichtet ist, die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung³⁾ Kenntnis erlangt, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden, finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger die Vorschriften der §§ 406 bis 408 Anwendung; der Gläubiger kann sich gegenüber den Einwendungen, welche dem Eigentümer nach den §§ 404, 406 bis 408, 1157 zustehen, nicht auf die Vorschriften des § 892 berufen⁴⁾.

§ I 1090, 1112 II 1068; W 3 713, 714, 750; P 3 591; 4 604; 6 253.

1. Die Hypothek für Zinsen oder andere Nebenleistungen folgt den gleichen Regeln wie die Hypothek für die Kapitalforderung, soweit nicht durch besondere Vorschriften (z. B. die §§ 1159, 1178) etwas anderes bestimmt ist (RG 72, 364; Warn 1915 Nr 85; HRK 1932 Nr 1657). Zu diesen besonderen Vorschriften gehört auch § 1158. Soweit die Forderung auf Zinsen usw. übertragen wird, gilt die Vorschrift des § 1158 also auch dann, wenn die Zinsforderung mit der Hauptforderung zusammen Gegenstand der Übertragung ist.

2. Den Begriff „andere Nebenleistungen“ erläutert § 115 A 6.

3. Der Begriff **Übertragung** umfaßt sowohl die rechtsgeschäftliche Abtretung als auch den Übergang kraft Gesetzes und die Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1156 A 1). Soweit aber der öffentliche Glaube des Grundbuchs auf Einwendungen gegenüber dem neuen Gläubiger Wirkungen äußert (A 4), greifen diese Wirkungen nur im Falle der rechtsgeschäftlichen Abtretung Platz. Die Form der Abtretung der durch Hypothek gesicherten Forderungen auf Zinsen oder andere Nebenleistungen ist verschieden, je nachdem es sich um rückständige oder noch nicht fällige Zinsen usw. handelt. Über Rückstände trifft § 1159 Bestimmung (dort A 2). Die Abtretung noch nicht fälliger Zinsen usw., mag sie auch diese allein betreffen, erfolgt ebenso wie die der Hauptforderung (RG 72, 364), bei Briefhypotheken also gemäß § 1154 Abs 1, 2 (schriftliche Abtretungserklärung oder Eintragung und Briefübergabe), bei Buchhypotheken gemäß § 1154 Abs 3 (Eintragung und Eintragung). Im ersten Falle ist der Stammbrief zu übergeben oder der Mitbesitz daran einzuräumen (§ 1152 A 2) oder ein über das abgetretene Zinsrecht hergestellter Teilhypothekenbrief (RG 86, 219; § 1152 A 4) zu übergeben (§ 1154 A 3). Ferner erfolgt auch die rechtsgeschäftliche Verpfändung sowie die Pfändung der Hypothek für die Hauptforderung. Nach § 1274 Abs 1 BGB ist also bei Briefhypotheken die schriftliche Verpfändungserklärung (RG Bruch 49, 47) oder die Eintragung der Verpfändung in das Grundbuch und die Übergabe des Hypothekenbriefs (unter Anwendung der §§ 1205, 1206), bei Buchhypotheken die Eintragung über die Pfandrechtsbestellung und die Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Zur Pfändung gehört nach § 830 Abs 1 ZPO bei Briefhypotheken die Übergabe des Briefs, bei Buchhypotheken die Eintragung der Pfändung (RG 74, 83). — Wird eine verzinsliche Hypothekensforderung abgetreten ohne eine Erklärung über die Zinsen oder ohne Angabe des Tages, von dem ab die Zinsen auf den Erwerber übergehen sollen, so wird im Wege der Auslegung festzustellen sein, ob und von welchem Zeitpunkt ab die Zinsen mitübertragen worden sind. Die Eintragung der Abtretung wird das Grundbuchamt zur Wahrung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ablehnen dürfen, wenn Zweifel nach diesen Richtungen bestehen (RGZ 29 A 185; 40, 273; 46, 235; 51, 294; 53, 187). Solche Zweifel bestehen aber nicht, wenn mit der Hypothekensforderung die rückständigen, laufenden und künftigen Zinsen übertragen werden; in diesem Falle kann die Abtretung ohne Angabe des Zeitpunkts des Zinsübergangs eingetragen werden (RGZ 6, 323; JW 1832, 3276¹⁾). Dasselbe gilt bei einem Übergang kraft Gesetzes durch Gesamtrechtsnachfolge (RGZ 50, 194) sowie dann, wenn bei einer bedingten oder befristeten Abtretung der Hypothek (§ 1154 A 1) das Zinsrecht (s. unten) an mehrere nacheinander Berechtigte übertragen wird (DVB 41, 177). Im Falle der Verpfändung erstreckt sich nach § 1289 Satz 1 das Pfandrecht ohne weiteres auch auf die Zinsen. Jedoch gilt dies nur dann, wenn dem verpfändenden Gläubiger nicht nur die Hauptforderung, sondern auch das Zinsrecht zusteht, da er andernfalls über das Zinsrecht nicht ver-

fügen durfte. Deshalb kann der Grundbuchrichter auch für die Eintragung der Verpfändung einer Hypothek eine zweifelsfreie Erklärung darüber verlangen, ob und von welchem Zeitpunkt an die Zinsen mitverpfändet sind (RGZ 46, 240). Berechtigt ist dieses Verlangen aber nur für die Eintragung der Verpfändung einer Briefhypothek (so auch noch ZFG 11, 260 mit gewissen Einschränkungen für Sonderfälle). Denn bei ihr ist zwar der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Verpfändung der Hauptforderung auch maßgebend für den Beginn der Verpfändung der Zinsen, der Zeitpunkt der zur Verpfändung erforderlichen Übergabe des Hypothekenbriefs (§§ 1274, 1154) und damit des Beginns der Verpfändung der Zinsen ist aber aus dem Grundbuch nicht ersichtlich, so daß ohne eine bestimmte Erklärung Zweifel über diesen Zeitpunkt des Beginns sich ergeben können. Bei der Buchhypothek dagegen ergibt sich der Zeitpunkt der Mitverpfändung der Zinsen ohne weiteres daraus, daß der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Verpfändung mit dem Zeitpunkt ihrer Eintragung zusammenfällt (§§ 1274, 1154 Abs 3, 873). Wird also die Verpfändung der Buchhypothek ohne besondere Bemerkung hinsichtlich der Zinsen eingetragen, so sind gemäß § 1289 Satz 1 die Zinsen seit der Eintragung der Verpfändung als mitumfaßt anzusehen (RGZ 53, 186). — Wird bei der Abtretung der Zinsfuß herabgesetzt, so handelt es sich insoweit um eine teilweise Aufhebung des hypothekarischen Rechts im Sinne der §§ 875, 1183; neben der Aufgabenerklärung des Gläubigers ist also die Zustimmung des Eigentümers und die Eintragung der Zinsherabsetzung erforderlich (RG 72, 365; HRR 1932 Nr 1657). Diese Eintragung ist „Löschung der Hypothek“ im Sinne des § 27 Abs 1 GBD; dem Grundbuchamt muß daher die Zustimmungserklärung des Eigentümers in der Form des § 29 GBD beigebracht werden (RG 72, 362; RM 4, 168; RGZ 27 A 48). — Das Zinsrecht (Zinsbezugsrecht) oder das Recht auf andere Nebenleistungen kann ganz oder zum Teil für sich allein an einen anderen abgetreten oder, was dem gleichsteht, bei der Abtretung der Hauptforderung dem Abtretenden vorbehalten werden. Denn durch die Teilung des Gläubigerrechts wird das Zinsrecht oder das Recht auf Nebenleistungen nicht von der Forderung losgelöst, sondern bleibt von ihrem Bestande abhängig (RG 74, 81; 86, 219; RGZ 40 S. 274, 275; 46, 240; 49, 218; 51, 290; 53, 188; DLG 41, 177; a. M. DLG 12, 130). Steht das Recht auf die künftigen Zinsen einem anderen als dem Gläubiger der Hauptforderung zu, so kann es gegen den Berechtigten selbständig gepfändet werden (RG 74, 81). Das Zinsrecht bleibt aber auch dann, wenn es einem anderen als dem Gläubiger der Hauptforderung zusteht, von dem Bestande der Hauptforderung rechtlich abhängig. Erlischt die Hauptforderung, so erlischt auch das abgetrennte Zinsrecht (RGZ 42, 270; 46, 236). Die Eigentümergrundschuld, in die sich die Hypothek beim Erlöschen der Forderung umwandelt, ist aber nach § 1177 Abs 1 Satz 2 auch in diesem Falle eine verzinsliche (§ 1178 A 3). Wird das Zinsrecht auf Lebenszeit abgetreten oder vorbehalten, so wird hierin regelmäßig die Bestellung eines Nießbrauchs an der Forderung zu erblicken sein (§§ 1038, 1069, 1076; RG 74, 83; 86, 220; RGZ 40, 275). Ist dies der Fall, so ist fortan die Hypothek mit dem Recht eines Dritten belastet und folglich gemäß § 876 zu ihrer Löschung die Zustimmung des Nießbrauchsberechtigten erforderlich (RG 86, 220; ZFG 2, 293). Ist dagegen die Hypothek nur in Ansehung der Hauptforderung abgetreten, das Recht auf den Bezug der künftigen Zinsen aber dem ursprünglichen Gläubiger verblieben, ohne daß eine Nießbrauchbestellung vorliegt, ist mithin die Hypothek in eine solche über die Hauptforderung und in eine Zinshypothek geteilt, so findet § 876 keine Anwendung (so auch ZFG 18, 37). Dann ist der ursprüngliche Gläubiger nicht verpflichtet, zur Löschung der Hypothek über die Hauptforderung, zu der es seiner Zustimmung nicht bedarf, mitzuwirken. Der Erwerber der Stammhypothek kann über diese verfügen, insbesondere sie einziehen und ihre Löschung bewilligen, ohne daß er verpflichtet wäre, dem Hypothekenschuldner gleichzeitig auch eine Löschungsbewilligung über die selbständig gewordene Zinshypothek zu verschaffen (RG 86, 220). Auch wenn der Eigentümer eine aus einer verzinslichen Hypothek ihm zugefallene Eigentümergrundschuld unter Umwandlung in eine Hypothek für eine neue Forderung (§ 1198) an einen anderen abtritt, kann er sich das Zinsrecht (§ 1177 Abs 1 Satz 2) vorbehalten. Die Eigentümergrundschuld wird dann geteilt in eine Hypothek für die Hauptforderung des neuen Gläubigers und in eine Grundschuld des Eigentümers für das Zinsrecht (RGZ 51, 290). Ist in solchem Falle die neue Forderung eine unverzinsliche und führt der Eigentümer nicht zugleich gemäß § 875 (RGZ 51, 290) die Löschung der Grundschuld für das Zinsrecht herbei, so wird anzunehmen sein, daß er sich das Zinsrecht vorbehält. Jedoch wird auch hier das Grundbuchamt vor der Eintragung der Umwandlung und der Abtretung eine bestimmte Erklärung darüber erfordern dürfen, ob die Grundschuld für das Zinsrecht mitabgetreten werden oder dem Eigentümer verbleiben soll (RGZ 51, 291). Will der abtretende Hypothekengläubiger sich den Nießbrauch (auf Lebenszeit) an der Hypothek vorbehalten, so kann er dies nicht in der Weise bewirken, daß er für sich den Nießbrauch bestellt. Denn niemand kann einen Vertrag mit sich selbst schließen und ein Recht für sich selbst an eigener Sache oder eigenem Recht begründen (§ 873 A 7a). Vielmehr ist erforderlich, daß er sich mit dem neuen Hypothekengläubiger über die Bestellung des Nießbrauchs einigt und daß die Eintragung des Nießbrauchs erfolgt (§§ 1069, 1154 Abs 3, 873). Wenn es sich um eine Briefhypothek handelt, ist nötig, daß er sich mit dem neuen Hypothekengläubiger einigt, daß dieser ihm den Hypothekenbrief wieder aushändigt und eine schriftliche Bestellungserklärung,

die aber durch die Eintragung des Nießbrauchs ersetzt werden kann, abgibt (§§ 1069, 1154 Abs 1, 2, § 873; RGZ 51, 291). — In RGZ 42, 269 ist ausgeführt: Wenn eine Hypothek mit den Zinsen von einem bestimmten Zeitpunkt abgetreten sei, so könne der neue Gläubiger ohne Zustimmung des bisherigen Gläubigers wegen der früheren Zinsforderung die Hypothek löschen lassen sowie mit dem Eigentümer gemäß § 1180 Abs 1 die Ersetzung der Forderung durch eine neue bewirken; denn auch die frühere Zinsforderung sei von der Hauptforderung abhängig; durch die Löschung oder die Ersetzung der Hauptforderung werde aber diese und somit auch die Zinsforderung ohne weiteres von der Verbindung mit dem Grundstück gelöst. Gerade wegen dieser Löslichkeit ist aber die Zustimmung des alten Gläubigers erforderlich, weil der neue Gläubiger über einen ihm nicht zustehenden Teil der aus Hauptforderung und Zinsen sich zusammensetzenden Hypothekenforderung durch jene Maßnahmen verfügt (§ 1180 Abs 2); die Hypothek für die früheren Zinsen des alten Gläubigers besteht fort, bis sie nach § 1178 Abs 1, 2 erlischt. Es ist auch nicht etwa ohne weiteres anzunehmen, daß der alte Gläubiger bei einer derartigen Abtretung auf die früheren Zinsen verzichtet habe. Das BGB enthält keine Bestimmung, wonach das Recht auf solche früheren Zinsen (Zinsrückstände) bei der Abtretung nicht vom Hauptrecht getrennt, insbesondere nicht vom Abtretenden ausdrücklich oder stillschweigend zurückgehalten werden könnte (RG Warn 1914 Nr 244). Deshalb ist auch nicht zu billigen die Ansicht des Kammergerichts in ZZG 18, 35, daß grundsätzlich dann, wenn bei einer Verkehrshypothek der Anspruch auf das Kapital und der Anspruch auf die Zinsen verschiedenen Gläubigern zusteht (z. B. im Falle der Abtretung der Hypothek ohne die Zinsen), die Hypothek einschließlich der Zinsen allein auf die Bewilligung des Kapitalgläubigers ohne Bewilligung des Zinsgläubigers zu löschen sei, sofern nicht der Zinsgläubiger Nießbraucher sei. — Wird eine verzinsliche Hypothek auf die Ehefrau des Grundstücks Eigentümers übertragen, so bleiben das Zinsrecht und die Zinsrechtshypothek für die Ehefrau bestehen, obwohl dem Eigentümer als Ehemann das Nutznießungsrecht an der Hypothek zusteht. Die Hypothek kann daher mit den Zinsen auf die Ehefrau im Grundbuch umgeschrieben werden (§ 889 A 1). Die Bestellung einer Hypothek für das Zinsrecht der Hypothekenforderung ist auch dann zulässig, wenn dem Grundstücks Eigentümer der Nießbrauch oder ein Nutznießungsrecht (als Ehemann oder Vater: §§ 1383, 1649) an der Forderung zusteht (§ 1113 A 5 a. E.).

4. Die Vorschriften des § 1158 betreffen das **Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger** nur für den Fall der Übertragung noch nicht fälliger Zinsen usw., gleichviel ob die Hauptforderung mit den Zinsen oder diese allein (A 3) übertragen worden sind. Für das Rechtsverhältnis bei der Übertragung rückständiger Zinsen usw. gilt § 1159. Sind noch nicht fällige Zinsen übertragen, so gibt § 1158 Bestimmungen über Einreden, die der Eigentümer gegenüber der zu übertragenden Zinsen betreffenden dinglichen Klage des neuen Gläubigers (§ 1156 A 2) erheben kann. Bei der Zinsschuldklage gegen den persönlichen Schuldner sind dagegen ausschließlich die §§ 404—411 maßgebend (RG Warn 1914 Nr 245). Von entscheidender Bedeutung ist bei der dinglichen Klage der Zeitpunkt, in dem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt hat. Verlangt der neue Gläubiger Zinsen, die nicht später als in dem Kalendervierteljahre der Kenntniserlangung oder dem folgenden Vierteljahre, also entweder schon vor der Kenntniserlangung oder doch in diesem Halbjahr fällig geworden sind (gleichgültig, ob sie im voraus oder nachträglich und für welchen Zeitraum sie zu entrichten sind; a. M. DVG 4, 73), so kann ihm der Eigentümer insoweit zunächst alle bereits zur Zeit der Übertragung gegen den bisherigen Gläubiger begründeten Einwendungen nach den §§ 404, 1157 entgegensetzen (z. B. Vorauszahlungen an den bisherigen Gläubiger auf die Zinsen des Halbjahrs), ohne daß sich der neue Gläubiger auf die Vorschriften des § 892, also auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, berufen kann. Ferner aber kann der Eigentümer bei diesen Zinsen, anders als bei der übertragenen Hauptforderung (§ 1156 A 3), auch Einwendungen erheben nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 406—408, also auf Grund von Ereignissen, die nach der Übertragung eingetreten sind, ohne daß auch hier dem neuen Gläubiger der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zur Seite steht. Der Eigentümer ist also namentlich befugt, mit einer ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Forderung aufzurechnen (§ 406) sowie eine Leistung, die er an den bisherigen Gläubiger bewirkt hat, oder ein Rechtsgeschäft, das zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger vorgenommen worden ist, dem Klagenanspruch entgegenzusetzen (§ 407 Abs 1; RG Warn 1914 Nr 245). Die genannten Vorschriften machen aber die Zulässigkeit der Einwendungen nach gewissen Richtungen davon abhängig, daß der Einwendende (dort der Schuldner) von der Übertragung keine Kenntnis hatte. Soweit diese Voraussetzung nicht zutrifft (z. B. wenn der Eigentümer, als er eine Zahlung auf die Zinsen an den bisherigen Gläubiger leistete, bereits Kenntnis von der Übertragung hatte), kann der Eigentümer dem neuen Gläubiger die Einwendungen aus den §§ 406—408 nicht entgegensetzen (RG Warn 1914 Nr 245). Der § 405 (Ausschluß des Einwandes des Scheines im Falle der Abtretung unter Vorlegung der Schulburtunde) ist im § 1158 nicht erwähnt, findet aber trotzdem Anwendung, da er nur eine Einschränkung der im § 404 zugelassenen Einwendungen enthält (DVG 29, 384). — Klagt dagegen der neue Gläubiger übertragene Zinsen ein, die nach dem vorbezeichneten Halbjahr fällig geworden sind, so kann ihm der Eigen-

tümer insoweit Einwendungen aus Rechtshandlungen mit dem bisherigen Gläubiger weder gemäß den §§ 404, 1157 noch gemäß den §§ 406—408 entgegensetzen. Nur dann wären solche Einwendungen möglich, wenn die sie begründenden Tatsachen dem neuen Gläubiger zur Zeit des Erwerbs der Forderung bekannt waren oder aus dem Grundbuch oder bei der Briefhypothek aus dem Brief sich ergaben. Dies folgt nicht aus § 1158, wohl aber aus den §§ 892, 1138, 1140, 1156, 1157. Für diese Zinsen gilt also dasselbe wie für die übertragene Hauptforderung. — Die Berufung auf die §§ 891, 893 und die Anwendung der §§ 894—899 werden durch § 1158 nicht beschränkt.

§ 1159

Soweit die Forderung auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen ¹⁾ gerichtet ist, bestimmt sich die Übertragung ²⁾ sowie das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger ³⁾ nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften ²⁾. Das gleiche gilt für den Anspruch auf Erstattung von Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 haftet ⁴⁾.

Die Vorschriften des § 892 finden auf die im Abs 1 bezeichneten Ansprüche keine Anwendung ³⁾.

§ I 1090, 1112, 1121 II 1069; W 3 713, 750, 760; B 3 591, 663; 4 604.

1. Die Hypothek für Zinsen oder andere Nebenleistungen folgt den gleichen Regeln wie die Hypothek für die Kapitalforderung, soweit nicht durch besondere Vorschriften (z. B. die §§ 1158, 1178) etwas anderes bestimmt ist (RG 72, 364; Warn 1915 Nr 85; HR 1932 Nr 1657; JW 1916, 485). Zu diesen besonderen Vorschriften gehört auch § 1159. **Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen** (§ 1115 A 6) sind solche Zinsen usw., die zur Zeit der Übertragung bereits fällig sind, bei denen also der Termin für ihre Fälligkeit vorübergegangen ist, ohne daß der Anspruch auf sie getilgt wurde oder sonst erlosch (RG 91, 301; JW 1911, 953³; RZA 12, 145). Form und Wirkungen der Übertragung noch nicht fälliger Zinsen usw. sind erörtert in § 1158 A 3, 4. Weitere Sondervorschriften für die im § 1159 erwähnten Forderungen enthalten § 1160 Abs 3 (Urkundenvorlegung) und § 1178 (Eigentümerhypothek).

2. Während das hypothekarisch gesicherte Zinsrecht auf die künftig fällig werdenden Zinsen nur unter denselben Erfordernissen wie die Hypothekenhauptforderung (§ 1154) übertragen werden kann (RG JW 1916, 485³; § 1158 A 3), erfolgt die **Übertragung der Zinsrückstände usw. nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden Vorschriften** der §§ 398 ff., also durch formlosen Vertrag, gleichviel ob es sich um eine Buch- oder eine Briefhypothek handelt. § 1154 findet hier also keine Anwendung (RG 88, 163). Die Eintragung der Übertragung ist unzulässig. Denn das dingliche Hypothekenrecht besteht zwar auch für Zinsrückstände, aber aus den §§ 1145 Abs 2, 1159, 1160 Abs 3, 1178 ist zu entnehmen, daß die Verfügung über sie (z. B. auch ein Rangrücktritt: RZA 12, 150) nicht nach sachenrechtlichen, sondern nach schuldrechtlichen Grundfäßen zu erfolgen hat (DVG 15, 338; RZA 12, 146). In RG 88, 160 ist jedoch angenommen, daß der Gläubiger einer Hypothek für Zinsrückstände einer anderen Hypothek den Vorrang mit dinglicher Wirkung einräumen könne, ohne daß es dazu der Eintragung der Rangänderung (§ 880 Abs 2 Satz 1) und der Zustimmung des Eigentümers (§ 880 Abs 2 Satz 2) bedürfe. In der Begründung wird abgelehnt, aus der Unmöglichkeit, eine Rangänderung der Hypothek für Zinsrückstände einzutragen, die Folgerung zu ziehen, daß eine solche Rangänderung eben unmöglich sei. Vielmehr wird wegen jener Unmöglichkeit der Wegfall des Eintragungszweckes für diesen Fall angenommen und die Zustimmung des Eigentümers nicht für erforderlich erachtet, weil der gesetzgeberische Grund für dieses Erfordernis, nämlich die Rücksichtnahme auf eine Schädigung, die sich für den Eigentümer aus dem Rangrücktritt bei einer Hypothek in den Fällen ergeben könne, in denen er die Rechte auf Grund der §§ 1143, 1164, 1168, 1170 ff. erwerbe, bei der Hypothek für Zinsrückstände nach § 1178 nicht zutrefte. Diese Begründung begegnet aber durchgreifenden Rechtsbedenken. Da die durch Hypothek gesicherte Forderung auf Zinsrückstände, auch soweit die Hypothekensicherung in Betracht kommt, schuldrechtlichen, nicht sachenrechtlichen Grundfäßen unterliegt, ist bei einer solchen Hypothek eine Rangänderung mit dinglicher Wirkung nach § 880 nicht möglich. Der Rang kann nur durch ein schuldrechtliches Rangänderungsabkommen mit lediglich schuldrechtlicher Wirkung zwischen den an dem Abkommen Beteiligten geändert werden. Wenn daher z. B. der Gläubiger einer Hypothek für Zinsrückstände einer nachstehenden Hypothek den Vorrang einräumt und dann seine Hypothek an einen Dritten abtritt, so hat die Vorrangseinräumung gegenüber dem dritten Erwerber keine Wirkung. Der Erwerber behält vielmehr den Rang, der sich aus der eingetragenen, die Zinsrückstände mitumfassenden Hypothek für die Hauptforderung ergibt, es sei denn, daß er in die Verpflichtung des Bedenten über die Einhaltung der Rangänderung eingetreten ist (str.; a. M. RG 88, 160). — Unzulässig ist hier auch die Herstellung eines Teilhypothekenbriefs. Wegen der öffentlichen Beglaubigung der Übertragung vgl. § 403. Die Mitübertragung der Hypothek für die Forderung ist nicht gemäß

§ 1153 Abs 2 notwendig. Ob sie als mitübertragen zu gelten hat, bestimmt sich nach § 401 (DZG 15, 338). Die Pfändung und Überweisung regeln die §§ 830 Abs 3, 837 Abs 2 ZPO entsprechend (RG 74, 83; RZM 12, 149). Die Verpfändung erfolgt nach § 1274 Abs 1 BGB ebenso wie die Übertragung, also durch formlosen Verpfändungsvertrag; nach den §§ 1279, 1280 ist aber weiter die Anzeige des Gläubigers an den Schuldner von der Verpfändung erforderlich.

3. Auf das **Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger**, also für die Einwendungen, die dem Eigentümer gegenüber der die abgetretenen Zinsrückstände usw. betreffenden Klage des neuen Gläubigers (§ 1158 A 4) zustehen, kommen nicht die §§ 1156, 1157, sondern ebenso wie bei der Schuldklage gegen den persönlichen Schuldner die §§ 404—411 zur Anwendung (DZG 15, 337; RZM 12, 148). **Auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs** (§ 892) kann sich der Gläubiger gegenüber diesen Einwendungen gemäß Abs 2 nicht berufen (RG 88, 162). Daher kann z. B. im Falle der Abtretung einer Hypothek mit Zinsen der Erwerber sich wegen des Erwerbs der Hypothek für Zinsrückstände nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen, wenn diese Hypothek gemäß § 1178 Abs 1 Satz 1 dadurch erlöschen ist, daß die fällig gemessene Zinsforderung durch Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person untergegangen ist (DZG 34, 216). — Die Forderung bleibt auch in der Hand des neuen Gläubigers eine Forderung auf rückständige Zinsen (neben dem Kapital zu entrichtende Leistungen). Das ist besonders für ihre Befriedigung aus dem Grundstück in der Zwangsversteigerung nach § 10 Nr 4 ZVG von Bedeutung (RG 91, 301). — Eine Berufung des neuen Gläubigers auf die Vermutung des § 891 kommt nicht in Frage, weil der neue Gläubiger hinsichtlich der Zinsrückstände nicht eingetragen wird (str.).

4. Wegen der hier mit den Zinsrückständen gleichgestellten **Kosten** der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung (§ 1118) ist zu verweisen auf § 1118 A 3, 4, 5.

§ 1160

Der Geltendmachung der Hypothek kann, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist¹⁾, widersprochen werden²⁾, wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt³⁾; ist der Gläubiger nicht im Grundbuch eingetragen, so sind auch die im § 1155 bezeichneten Urkunden vorzulegen⁴⁾.

Eine dem Eigentümer gegenüber erfolgte Kündigung oder Mahnung ist unwirksam, wenn der Gläubiger die nach Abs 1 erforderlichen Urkunden nicht vorlegt und der Eigentümer die Kündigung oder die Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist⁵⁾.

Diese Vorschriften gelten nicht für die im § 1159 bezeichneten Ansprüche⁶⁾.

§ I 1117, 1118, 1121, 1123 II 1065; R 3 757, 758, 762; P 3 663.

1. **Eine Geltendmachung der Briefhypothek** (auf die Buchhypothek bezieht sich § 1160 nicht), also eine Verfolgung des dinglichen Anspruchs aus der Hypothek (wegen der persönlichen Forderung vgl. § 1161), liegt zunächst dann vor, wenn der Gläubiger die dingliche Klage (§ 1147 A 4) erhebt. Ob die Klage auf Leistung oder auf Feststellung gerichtet wird, ist für die Anwendung des § 1160 gleichgültig (RG Warn 1934 Nr 124). Die Hypothek wird aber auch dann im Sinne des § 1160 geltend gemacht, wenn der Gläubiger außergerichtlich seine Befriedigung betreibt (§ 1150 A 1), z. B. aufrechnen will (DZG 12, 305), oder wenn er wegen Gefährdung der Sicherheit Maßregeln nach den §§ 1133—1135 ergreift. Für die Kündigung und die Mahnung gibt Abs 2 besondere Bestimmungen. Nicht anwendbar ist § 1160, wenn der Hypothekengläubiger gegen den Besitzer des Hypothekenbriefs den Anspruch auf Herausgabe geltend macht. Dabei braucht er nur sein Gläubigerrecht darzutun, da sich dann sein Eigentum an dem Hypothekenbrief aus § 952 ergibt und sein Anspruch als ein solcher des Eigentümers nach § 985 darstellt (RG Warn 1917 Nr 56).

2. **Von einem jeden kann widersprochen werden**, gegen den sich die Geltendmachung richtet, also nicht nur von dem Eigentümer, der auf Befriedigung belangt wird, sondern z. B. auch von demjenigen, den der Gläubiger gemäß § 894 auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs in Anspruch nimmt oder gegen den der Gläubiger wegen Beeinträchtigung seines Hypothekenrechts klagt. Doch kann unter besonderen Umständen das Widerspruchsrecht entfallen, wenn seine Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Einen Beispielsfall bietet RG HR 1930 Nr 1926: Bei einer zu Unrecht gelöschten Hypothek war der alte Brief für kraftlos erklärt und vernichtet, ein neuer Brief mangels Wiedereintragung der Hypothek noch nicht erteilt; der auf Wiedereintragung in Anspruch genommene Eigentümer berief sich trotz Kenntnis des Gläubigerrechts des Klägers und der Unmöglichkeit einer eigenen Gefährdung auf § 1160; damit wurde er nicht gehört. Aus ähnlichen Erwägungen ist in RG Warn 1934 Nr 124 eine Feststellungsklage des Hypothekengläubigers ohne Vorlegung des ihm abhanden gekommenen Hypothekenbriefs zuge-

lassen worden, weil ihm das Aufgebotsverfahren nach § 1162 durch § 8 GrBerG versperrt war und er ohne Feststellungsklage nicht zu seinem Recht gelangen konnte. Soweit der Widerspruchsberechtigte ein Recht auf die Aushändigung des Briefs hat, z. B. im Falle des § 1144 (Befriedigung Zug um Zug gegen Aushändigung: § 1144 A 2), bleibt dieses Recht neben dem Widerspruchrecht bestehen.

3. Da der Geltendmachung widersprochen werden kann, wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt, so ist Voraussetzung für die Wirksamkeit der Widerspruchserhebung, daß der zum Widerspruch Berechtigte die Vorlegung verlangt und der Gläubiger darauf die Vorlegung unterlassen hat (RG 55, 226; 57, 348; JW 1911, 327²²). Die Rechtshandlung, mit der die Hypothek geltend gemacht wird, ist also nicht von vornherein unwirksam, wenn bei ihrer Vornahme nicht sogleich der Brief vorgelegt wird. Soweit es sich um die gerichtliche Geltendmachung handelt, gehört insbesondere die Vorlegung (abgesehen vom Urkundenprozeß: §§ 592, 593 Abs 2 ZPO) nicht zur Begründung der Klage (RG 55, 226; 56, 416; 57, 348). Daher kann ein Versäumnisurteil erlassen werden, auch wenn der Brief nicht vorgelegt wird. Hat der Widerspruchsberechtigte die Vorlegung verlangt, so ist dem Gläubiger eine angemessene Frist zur Vorlegung zu gewähren, namentlich im Rechtsstreit sein Antrag auf Anberaumung eines neuen Termins zum Zwecke der Vorlegung gerechtfertigt. Denn er braucht den Brief nicht immer bei sich zu tragen und darf das Verlangen auf Vorlegung abwarten (RG 55, 228). Anders liegt die Sache natürlich, wenn bereits feststeht, daß der Gläubiger den Brief nicht vorlegen kann oder will (RG 55, 228; 68, 389). Kommt der Gläubiger dem Verlangen auf Vorlegung nicht rechtzeitig nach, so hat die Erhebung des Widerspruchs die Wirkung, daß die Geltendmachung der Hypothek unzulässig und somit die betreffende Rechtshandlung unwirksam wird. Deshalb ist insbesondere im Falle der gerichtlichen Geltendmachung die Klage abzuweisen, nicht etwa der Gegner Zug um Zug gegen Vorlegung des Briefs zu verurteilen (RG 55, 224). Die Vorlegung hat nach dem Wortlaut des § 1160 an dem Ort zu erfolgen, an dem die Hypothek geltend gemacht wird. Die nur auf die Fälle der §§ 809, 810 sich beziehende Vorschrift des § 811 (Vorlegung an dem Ort, an welchem die vorzulegende Sache sich befindet) ist hier nicht anwendbar (str.). — Das Recht zum Widerspruch ist ein selbständiges Recht, das seine Grundlage lediglich darin findet, daß der Brief nicht vorgelegt wird. Daher geht der Widerspreche durch die Erhebung des Widerspruchs seiner ihm nach den materiellen Rechtsverhältnissen zustehenden Einwendungen gegen die Geltendmachung der Hypothek, insbesondere gegen das Gläubigerrecht des das hypothekarische Recht Verfolgenden, in keiner Weise verlustig. Wenn z. B. bei der gerichtlichen Geltendmachung der Kläger dem Verlangen nach Briefvorlegung nachgegeben ist, kann der Beklagte immer noch einwenden, der Kläger sei trotz des Briefbesizes nicht wahrer Gläubiger, weil er den Brief nicht von dem früheren Gläubiger übergeben erhalten, sondern sich widerrechtlich angeeignet habe (RG 56, 414). Für die Kosten des Rechtsstreits im Falle nachträglicher Briefvorlegung kommt § 94 ZPO in Betracht. — Zur Erwirkung der Vollstreckungsklausel auf Grund einer vollstreckbaren notariellen Urkunde berechtigt nicht die Innehabung des zu vollstreckenden Anspruchs als solchen, sondern der Umstand, daß nach dem Inhalt des Titels derjenige, für den die Vollstreckungsklausel erteilt werden soll, als die zur Betreibung der Zwangsvollstreckung ausgewiesene Person erscheint. Der Notar ist daher nicht befugt, vor der beantragten Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde über die Bestellung einer Grundschuld die Vorlegung des Grundschuldbriefs zum Nachweis der materiellen Berechtigung des Antragstellers zu verlangen (JFG 7, 51). Dagegen ist in JFG 8, 348 angenommen, daß das Grundbuchamt, wenn es die vollstreckbare Ausfertigung wegen einer Briefhypothek erteilen soll, die Vorlegung des Briefs selbst dann zu fordern hat, wenn der Schuldner für sich und seine Rechtsnachfolger auf die Rechte des § 1160 gegenüber dem Gläubiger verzichtet hat (A 5).

4. Die im § 1155 bezeichneten Urkunden, die außer dem Hypothekenbrief (A 3) vorzulegen sind, wenn der Gläubiger zur Zeit der Geltendmachung der Hypothek im Grundbuch nicht eingetragen ist, sind die in einer zusammenhängenden Reihe auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen usw. (§ 1155 A 2, 4, 5), aus denen sich das Gläubigerrecht des Briefbesizers ergibt. Daß die Vorlegung von privatchriftlichen Abtretungserklärungen nicht genügt, folgt aus dem Wortlaut des § 1160 sowie daraus, daß nur beim Vorliegen der Urkunden in öffentlich beglaubigter Form der Briefbesitzer gemäß § 1155 in Ansehung der Vorschriften der §§ 891—899 einem im Grundbuch eingetragenen Gläubiger gleichgestellt ist (§ 1155 A 2).

5. Für den Fall, daß die Briefhypothek gegenüber dem Eigentümer durch Kündigung (Wesen und Voraussetzungen: § 1141 A 1) oder Mahnung geltend gemacht wird, schränkt Abs 2 das Widerspruchrecht des Eigentümers ein. Wenn er die Vorlegung des Briefs und, falls der Gläubiger nicht eingetragen ist, auch die Vorlegung der im § 1155 bezeichneten Urkunden verlangt und der Gläubiger diesem Verlangen nicht nachkommt, so muß der Eigentümer die Kündigung oder die Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121), zurückweisen. Nur unter diesen Voraussetzungen wird die Kündigung oder die Mahnung unwirksam (RG 57, 348). Die unverzügliche Zurückweisung muß im Rechtsstreit, wie die Gesetzesfassung („wenn . . .“)

ergibt, der Eigentümer beweisen. Ähnliche Vorschriften finden sich auch in den §§ 111 Satz 2, 174 Satz 1, 182 Abs 3, 410 Satz 2, 1831 Satz 2; sie sollen ebenso wie § 1160 dem Schutz der Beteiligten dienen (RG 74, 268). Aber auch wenn jene Voraussetzungen nicht vorliegen oder der Eigentümer die Vorlegung des Briefs usw. überhaupt nicht verlangt hat, kann er doch, falls demnächst die Hypothek ohne Vorlegung des Briefs eigentlich geltend gemacht wird, noch das Widerspruchsrecht gemäß Abs 1 ausüben (RG 57, 349). Im übrigen ist eine Kündigung oder Mahnung überhaupt nur dann wirksam, wenn der Eigentümer erkennen kann, daß sie vom Gläubiger ausgeht. Daher erfordert z. B. die Kündigung eines Pessionars zu ihrer Wirksamkeit mindestens die Anzeige, daß die Hypothek an den Kündigenden übertragen sei (RG Warn 1908 Nr 32). — Da das Geßetz dem Eigentümer, in den Fällen des Abs 1 auch dem sonstigen Widerspruchsberechtigten (A 2) es überläßt, ob er das Widerspruchsrecht ausüben will oder nicht, so kann er jedenfalls für seine Person auch auf das Widerspruchsrecht im voraus wirksam verzichten. Streitig ist, ob der Eigentümer auch mit Wirksamkeit für seine Rechtsnachfolger darauf verzichten kann und ob dieser Verzicht eintragungsfähig ist. Dies ist zu bejahen, und zwar nicht nur für den Fall des Abs 2 (RG 57, 342; RZM 1, 34), sondern auch für den Fall des Abs 1 (a. M. RZM 1, 36). Ein Unterschied zwischen beiden Fällen ist nicht zu finden (RG 57, 345). Die Bejahung rechtfertigt sich daraus, daß in beiden Fällen das Geßetz die Geltendmachung der Hypothek ohne Vorlegung des Briefs usw. an sich zuläßt und die Ausübung des Widerspruchsrechts in das Belieben des Widerspruchsberechtigten stellt. Wenn also auch sonst im Sachverhalt keine Vertragsfreiheit besteht, so ist doch gerade die Vorschrift des § 1160 nicht als eine zwingende, zum Wesen der Hypothek gehörende, sondern als eine mehr äußerliche, der Parteivereinbarung unterliegende Einschränkung der Geltendmachung des Hypothekenrechts anzusehen. Die Beseitigung dieser Einschränkung durch Parteivereinbarung ist als eine Abänderung der nach dem Geßetz nur mangels einer abweichenden Abrede geltenden Befriedigungsbedingungen aufzufassen, deren Eintragung (RG 57, 349; RZM 1, 166) zulässig ist (RZM 12 S. 149, 151). Verzichtet freilich der Eigentümer nur für seine Person auf das Widerspruchsrecht, so ist ein solcher Verzicht nicht eintragungsfähig, da es sich dann nur um das Aufgeben eines persönlichen Rechts handelt (OLG 10, 420).

6. Der Geltendmachung der Hypothek kann gemäß Abs 3 weder nach Abs 1 noch nach Abs 2 widersprochen werden, wenn die Geltendmachung lediglich Forderungen auf **rückständige Zinsen oder andere Nebenleistungen oder auf Kosten (§ 1159)** zum Gegenstande hat. Vgl. aber für den Fall, daß der Gläubiger nicht eingetragen ist, § 410 in Verbindung mit § 1159 Abs 1 Satz 1.

§ 1161

Ist der Eigentümer der persönliche Schuldner, so finden die Vorschriften des § 1160 auch auf die Geltendmachung der Forderung Anwendung¹⁾.

© I 1120 II 1066; M 3 760; B 3 605.

1. Nur wenn der **Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner** ist (d. h. gegenwärtig ist, wenn auch nicht ursprünglich), kann er nach § 1160 Abs 1 der Geltendmachung der durch Briefhypothek gesicherten persönlichen Forderung, insbesondere der gerichtlichen Geltendmachung durch Schuldklage, widersprechen und im Falle der Kündigung oder der Mahnung ein Widerspruchsrecht gemäß § 1160 Abs 2 ausüben, sofern der Brief und, falls der Gläubiger nicht eingetragen ist, auch die im § 1155 bezeichneten Urkunden nicht vorgelegt werden. Diese Rechte stehen ihm aber auch hier nicht zu, wenn die Geltendmachung auf Rückstände an Zinsen usw. oder auf **Kosten (§ 1159)** sich beschränkt (§ 1160 Abs 3). Dem persönlichen Schuldner, der nicht Eigentümer ist, stehen hinsichtlich der in Betracht kommenden Urkunden nur die schuldrechtlichen Befugnisse aus den §§ 371 (Quittung, Rückgabe der Schuldburkunde), 410 (Aushändigung der Abtretungsurkunde), 810 (Wissichtnahme) zu. Auf Briefgrundschulden findet § 1161 mangels einer Forderung (§ 1192) keine Anwendung.

§ 1162

Ist der Hypothekenbrief abhanden gekommen oder vernichtet, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden¹⁾.

© I 1123 II 1067; M 3 762; B 3 606.

1. Die im § 1162 (vgl. auch § 136 ZPO) für zulässig erklärte **Kraftloserklärung des abhanden gekommenen** (d. h. dem unmittelbaren Besitzer ohne seinen Willen oder ohne sein Zutun verloren gegangen) **RG 101, 225) oder vernichteten Hypothekenbriefs** (Grundschulb-, Rentenschuldbriefs: §§ 1192, 1199) im Wege des Aufgebotsverfahrens erfolgt gemäß ZPO §§ 946—959, 1003—1018 und den auf Grund des Vorbehalts im § 1024 ZPO erlassenen landesgesetzlichen Vorschriften über die Veröffentlichung und die Aufgebotsfrist. Mit der Erlassung des (nach § 957 ZPO nur durch Anfechtungsklage anfechtbaren) Ausschlußurteils verliert der Brief für und gegen alle seine

Kraft. Wenn er etwa wieder zum Vorschein kommt, können auf Grund seiner Besitzerlangung auch Gutgläubige keine Rechte an der Hypothek erwerben (R 3, 763; RÖG 45, 298). Das Urteil für sich allein erlegt gemäß § 1018 Abs 1 ZPO den Brief, soweit (z. B. in den Fällen der §§ 1160, 1161) dessen Vorlegung zur Geltendmachung des Hypothekenrechts oder der persönlichen Forderung gegen den Eigentümer oder den persönlichen Schuldner erforderlich ist (Prot 3, 666). Dabei ist vorausgesetzt, daß derjenige, der das Ausschlußurteil erwirkt hat (§ 1004 Abs 2 ZPO), eingetragener Gläubiger ist oder sein Gläubigerrecht nachweist (RZA 8, 158). Ebenso genügt die Vorlegung des Urteils zur Lösung der Hypothek (§ 41 Abs 2 Satz 2 GBD; R 3, 763; RÖG 45, 296). Soll dagegen die Hypothek übertragen oder belastet werden, so muß ein neuer Brief hergestellt werden, da zum Erwerb der Hypothek oder des Rechts daran die Briefübergabe erforderlich ist; die Übergabe des Ausschlußurteils genügt nicht (RÖG 45, 296; DÖG 38, 11; für die Eintragung § 41 Abs 2 Satz 1 GBD). Die Übergabe des Briefs kann aber auch in diesem Falle durch eine Vereinbarung gemäß § 1117 Abs 2 (Berechtigung des Erwerbers, sich den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt ausshändigen zu lassen) erlegt werden (§ 1154 Abs 3). In den Fällen der Befriedigung des Gläubigers nach Maßgabe der §§ 1144, 1145, 1167 kann der Befriedigende die Ausshändigung oder Vorlegung des neuen Briefs verlangen. Die Herstellung des neuen Briefs erfolgt gemäß den §§ 67, 68 GBD. Dabei ist es nach dem Wesen der Kraftloserklärung ohne Belang, ob das Urteil vom dem Vorlegenden und die Brieferneuerung Beantragenden selbst oder von einem Dritten erwirkt war. Wenn das Urteil auf Antrag eines Dritten ergangen ist, braucht dieser seine Rechte aus dem Urteil dem Vorlegenden auch nicht abgetreten zu haben (RÖG 45, 298). Erwirkt jemand nach Erlass des Ausschlußurteils die Pfändung einer Hypothek, die der Pfändungsschuldner von dem eingetragenen Gläubiger durch Abtretung erworben haben soll, und beantragt nunmehr der Pfändungsgläubiger beim Grundbuchamt die Ausshändigung des neu zu erteilenden Hypothekenbriefs, so muß er, auch wenn er das Ausschlußurteil vorlegt, dem Grundbuchamt nachweisen, daß die Hypothek gemäß § 1154 Abs 1 vom Pfändungsschuldner erworben, insbesondere daß diesem der Hypothekenbrief übergeben worden ist. Die Vorschrift des § 1117 Abs 3, wonach vermutet wird, daß die Übergabe erfolgt sei, wenn der Gläubiger im Besitz des Briefs ist, findet auf den Besitz des Ausschlußurteils nicht dahin Anwendung, daß zu vermuten wäre, der Pfändungsschuldner habe den Hypothekenbrief vom eingetragenen Gläubiger übergeben erhalten (RZA 15, 319). Auch ein zerstörter Brief, der zur Zeit der Zerstörung sich beim Grundbuchamt befunden hat, ist ein vernichteter Brief im Sinne des § 1162. Auch er kann also für kraftlos erklärt werden. Denn § 1162 unterscheidet nicht, unter welchen Umständen und von wem die Vernichtung erfolgt ist (str.). Dagegen ist ein Brief nicht als vernichtet anzusehen, wenn er vom Grundbuchamt gemäß § 69 GBD unbrauchbar gemacht worden ist. Das gilt auch dann, wenn die Unbrauchbarmachung versehentlich erfolgt ist. Denn bei der Unbrauchbarmachung wird der Brief nicht gänzlich zerstört (RÖG 48, 228). Wird nach den §§ 1170, 1171 der unbekannte Gläubiger der Hypothek ausgeschlossen, so wird auch der Brief kraftlos (§ 1170 Abs 2 Satz 2; § 1171 Abs 2 Satz 2). — Das in § 1162 vorgesehene Aufgebotsverfahren ist ein außerordentlicher Rechtsbehelf, der mit Rücksicht auf seine schwerwiegenden Folgen für die durch das Aufgebot betroffenen Personen nur in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen des Abhandeltommens und der Vernichtung des Hypothekenbriefs Anwendung finden darf. Das Aufgebotsverfahren ist also nicht schon dann zulässig, wenn der zur Herausgabe des Hypothekenbriefs Verurteilte sich der Vollstreckung gesellschaftlich mit Erfolg entzieht. In einem solchen Falle kann aber unter Umständen der Anfechtungsklage aus § 957 Abs 2 Nr 1 ZPO, die sich gegen das dennoch erlassene Ausschlußurteil im unzulässigen Aufgebotsverfahren richtet, der Einwand des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses entgegengelegt werden (RG 155, 73; teilweise anders SRR 1936 Nr 401).

§ 1163

Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist¹⁾, nicht zur Entschung gelangt²⁾, so steht die Hypothek³⁾ dem Eigentümer zu⁴⁾. Erlischt die Forderung⁵⁾, so erwirbt der Eigentümer⁶⁾ die Hypothek³⁾.

Eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, steht bis zur Übergabe des Briefes³⁾ an den Gläubiger dem Eigentümer zu⁷⁾.

© I 1092, 1094, 1097 II 1070; R 3 720, 729, 733; B 3 591, 604.

1. Die Vorschriften des § 1163 sind zwingendes Recht. Sie können also nicht durch Vereinbarung mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen oder geändert werden (SRR 1933, 64²; A 4). Erste Voraussetzung für ihre Anwendung ist, daß eine Hypothek bestellt ist. Nach den §§ 873, 1113 muß also nicht nur eine Hypothek als solche im Grundbuch eingetragen sein, sondern dieser Eintragung muß auch eine rechtsgültige Einigung zwischen dem bestellenden Eigentümer und dem Gläubiger über die Sicherung einer Forderung durch Hypothek zuorunde liegen. Ist dies

nicht der Fall, so ist die Eintragung nichtig und besteht ein dingliches Recht überhaupt nicht (**RG** 106, 139), selbst wenn die einseitige Eintragungsbewilligung des Eigentümers, auf Grund deren (§ 19 **BPD**) die Hypothek eingetragen ist, an sich rechtswirksam ist. Dasselbe gilt, wenn zwar eine Einigung stattgefunden hat und auch die Einigungserklärung des Eigentümers rechtsgültig, aber die Einigungserklärung des Gläubigers (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit) nichtig oder (z. B. wegen Irrtums oder Betrugs) anfechtbar und angefochten ist (**RG** 68, 101; 70, 356; **ZB** 1903 Weil 50¹¹³; **RZM** 4, 118; **DZG** 11, 114; 15, 339; § 1177 A 1). Da in solchen Fällen die Hypothekeneintragung nichtig ist, kann der Eigentümer ebensowenig wie sonst jemand durch einen Übergang kraft Gesetzes (anders verhält es sich beim gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerb gemäß den §§ 892, 1138) ein hypothekarisches Recht nach Maßgabe des § 1163 erlangen, mögen auch die weiteren Voraussetzungen des § 1163 gegeben sein (**RGZ** 53, 195; **ZFG** 14, 105). — Die Vorschriften des Abs 1 gelten auch für Sicherungshypotheken (§§ 1184, 1185), einschließlich Höchstbetragshypotheken (§ 1190), namentlich im Falle der Nichtentstehung (Abs 1 Satz 1) der gesicherten Forderungen (**RG** 62, 168; **ZB** 1911, 277⁴). Die Eigentümergrundschuld wegen Nichtentstehens der Forderung der Höchstbetragshypothek ist näher behandelt in § 1190 A 1. Die Anwendung des Abs 2 auf diese Hypotheken kommt aber nicht in Frage, weil Sicherungshypotheken nur Buchhypotheken sein können (§ 1185 Abs 1). Bei Zwangs- und Arrest-Sicherungshypotheken (§§ 867, 932 **BPD**) gilt daneben noch die Sonderbestimmung des § 868 **BPD** (Erwerb durch den Eigentümer, wenn die zu vollstreckende Entscheidung aufgehoben, die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird usw.). Näheres hierüber findet sich in A 6. Für die Gesamthypothek geben die §§ 1172—1175 besondere Bestimmungen. Auf die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, finden die Vorschriften des § 1163, wie überhaupt die Vorschriften über den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer (als Eigentümergrundschuld oder Eigentümerhypothek: § 1177), keine Anwendung, da nach § 1178 Abs 1 eine solche Hypothek im Falle ihrer Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person erlischt. Unanwendbar ist § 1163 auf Hypothekvormerkungen (§ 883 A 8). — Für die in jährlichen Teilbeträgen zu tilgenden Hypotheken (Amortisationshypotheken) der landschaftlichen und ritterschaftlichen Kreditanstalten sind auf Grund des Vorbehalts im Art 167 **GG** nach Maßgabe der Satzungen häufig Ausnahmebestimmungen in Geltung. Sie gehen namentlich nach der Richtung, daß die Hypothekenforderung schon mit der Ausfertigung der Pfandbriefe (nicht erst mit ihrer Aushändigung oder der Zahlung des Verkaufserlöses an den Eigentümer) entsteht (**ZB** 1932, 1579¹¹) und daß der Eigentümer erst nach völliger Tilgung des Kapitals oder doch nur auf Grund einer in gewissen Beiträmen statthafter Aufrechnung eine Eigentümerhypothek erlangt (**RG** 27, 218; 64, 211; 74, 405; 104, 74; **ZB** 1907, 702²; Warn 1915 Nr 196; **RGZ** 20 A 206, 319; 23 A 146; 53, 184; **DZG** 8, 6; 14, 116). Wenn dagegen derartige Hypotheken andern Gläubigern (z. B. einer Kreisparfasse) zustehen, gelten auch für sie die Vorschriften über die Eigentümerhypothek, insbesondere auch § 1163 Abs 1 Satz 2 hinsichtlich der entrichteten Tilgungsbeiträge, die nicht Nebenleistungen, sondern Teilzahlungen auf das Kapital sind (§ 1115 A 6; **RG** 54, 90; 89, 131; 91, 299; 104, 72; **RGZ** 24 A 246; 46 S. 238, 266; **DZG** 6, 148; § 21 Abs 2 **HypBankV** v. 13. 7. 1899). Auch wenn die Tilgungsbeiträge nicht in bestimmten Summen, sondern in Form von Zuschlägen zu den Zinsen oder sonst in Prozenten des ganzen Kapitals zu entrichten sind, entsteht bei der Amortisationshypothek eine Eigentümerhypothek nicht etwa erst im Zeitpunkt der Beendigung des Schuldverhältnisses. Die gegenteilige Ansicht kann nicht damit begründet werden, daß wegen der Entrichtung der Beträge vom ganzen Kapital die Forderung keine Zerlegung in einen getilgten und einen ungetilgten Teil zulasse. Denn in solchen Fällen gibt der Kapitalbetrag nur den Maßstab für die Höhe der jeweilig zu entrichtenden Tilgungsbeiträge ab. Durch die Zahlung der fälligen Beträge wird aber die Hypothekenforderung, soweit sie noch besteht, in Höhe der danach zu erreichenden Tilgungsbeiträge getilgt, da insoweit die Zahlung auf die Kapitalforderung erfolgt. Mithin tritt auch hier kraft Gesetzes die Folge des Übergangs des entsprechenden Teils der Hypothek auf den Eigentümer ein (**RG** 104, 72; **ZB** 1934, 1977¹). Hieran kann auch eine bei der Bestellung der Hypothek getroffene Vereinbarung nichts ändern, daß die Zahlung der Tilgungsbeiträge nicht sofort zur Tilgung der Hypothekenforderung dienen, sondern daß die gezahlten Beträge zunächst als besonderes Guthaben des Schuldners bis zur Erreichung des ganzen Kapitals oder eines bestimmten Teilbetrags aufzusammeln seien und erst dann, wenn das Guthaben zu gewisser Höhe gelangt sei, die Tilgung der Hypothekenforderung im Wege der Aufrechnung oder Verrechnung eintreten solle. Eine solche Vereinbarung hat keine dingliche Wirkung. Sie erstrebt nichts anderes als eine Ausschließung des § 1163 Abs 1 Satz 2, indem erreicht werden soll, den Übergang der Hypothek zu dem der Zahlung entsprechenden Teil auf den Eigentümer zunächst zu verhindern und erst stattfinden zu lassen, wenn die Zahlungen eine bestimmte Höhe erreicht haben. Dem steht aber entgegen, daß den Vorschriften des Sachenrechts die Natur der zwingenden Rechtsnorm innewohnt (**RG** 104, 72; 142, 159). Einen abweichenden Standpunkt nimmt allerdings **RGZ** 53, 184 ein zu einer Vereinbarung, nach der die Tilgungsbeiträge dem Schuldner auf ein besonderes Amortisationskonto gutzuschreiben waren, der Gläubiger aber berechnigt sein sollte, das Guthaben auf rückständige Beträge der Hypothekenforderung zu verrechnen. Hier

hat das Kammergericht angenommen: die Teilzahlungen seien zunächst nicht als auf die Hypothekenschuld geleistet anzusehen; erst wenn der Gläubiger aufrechne, werde insoweit die Hypothekensforderung getilgt und damit eine Eigentümergrundschuld zur Entstehung gebracht; andererseits sei die Vereinbarung der Verlautbarung im Grundbuch nicht zugänglich, weil sie sich nicht als eine die Hypothekensforderung betreffende Zahlungsbedingung darstelle. Die Entscheidung ist im Ergebnis und in der Begründung bedenklich. Denn jede solche Vereinbarung kann nur schuldrechtliche Wirkung haben, etwa insofern, als sie den zahlenden Schuldner und Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verbindet, erst dann den durch die gezahlten Tilgungsraten abgetragenen Hypothekenteil für sich in Anspruch zu nehmen, wenn sich der Übergang der Hypothek bis zu der festgesetzten Höhe vollendet hat (RG 104, 73; 142, 160). Anders aber ist die Rechtslage dann zu beurteilen, wenn die geleisteten Zahlungen nur bedingt als Tilgungsleistungen anzusehen sind. Ist z. B. vereinbart, daß die zu einem Tilgungsguthaben angesammelten Leistungen des Schuldners unter bestimmten Voraussetzungen zu gunsten einer Sicherungsmasse des Gläubigers verfallen sollen, und treten dann nach einer Reihe von Leistungen die Verfallbedingungen ein, so ist der Eigentümer nicht etwa nur schuldrechtlich verpflichtet, keine Eigentümergrundschuld für sich in Anspruch zu nehmen, sondern die Erfüllungswirkung der Schuldnerleistungen fällt mit dinglicher Wirkung fort; die zunächst nur bedingt getilgte Hypothekensforderung besteht also wieder in alter Höhe zu Recht, und die Hypothek ist auch insoweit, als sie vorübergehend Eigentümergrundschuld geworden war, wieder mit dinglicher Wirkung (auch gegen den Konkursverwalter des Eigentümers) eine Gläubigerhypothek (RG 142, 160). Enthält bei einer Tilgungshypothek die im Eintragungsvermerk in Bezug genommene Eintragungsbewilligung die Bestimmung, daß erst am Jahreschluß der 8% des Kapitals übersteigende Teil der zur Verzinsung und Tilgung in Vierteljahresraten zu entrichtenden Jahresleistung von 9 $\frac{1}{2}$ % als Kapitalabzahlung verrechnet werden soll, so liegen in der Entrichtung der drei ersten Vierteljahresraten ebenfalls zunächst nur bedingte Tilgungsleistungen auf das Kapital vor. Wäthin entsteht erst mit der Entrichtung der letzten Vierteljahresrate eine endgültige Eigentümergrundschuld in Höhe des durch die vier Raten im Laufe des Jahres gezahlten Tilgungsbetrags von 1 $\frac{1}{2}$ % des Kapitals (RG 143, 70). Im Anschluß hieran ist zu bemerken: In den Reglements der landwirtschaftlichen oder ritterschaftlichen Kreditanstalten finden sich vielfach Bestimmungen, wonach bei der Bestellung von Amortisationshypotheken die gezahlten, zu einem Amortisationsfonds gesammelten Tilgungsbeiträge mit dem Grundstück auf jeden neuen Eigentümer übergehen sollen. Bei den Hypotheken dieser Kreditanstalten sind solche Bestimmungen zulässig geblieben (Art 167 EG; zur Abtretbarkeit dieser Hypotheken an einen neuen nicht privilegierten Gläubiger HRN 1933 Nr 1760). Dagegen ist eine entsprechende Vereinbarung bei Amortisationshypotheken anderer Gläubiger unwirksam, da der Amortisationsfonds weder Zubehör (§ 97) noch Bestandteil (§ 96) des Grundstücks ist und die Folge der sachenrechtlichen Vorschriften, daß die durch die Zahlung der Tilgungsbeiträge auf den Eigentümer übergehende Teilhypothek dem Eigentümer verbleibt, auch wenn das Grundstück von einem neuen Eigentümer erworben wird, durch Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden kann (RG 104, 73). — Für Hypotheken des früheren Rechts vgl. die Artt 192, 194 EG und RG 48, 48; 51, 398; 54, 83; 60, 359; Gruch 47, 114; JW 1901, 239; WGG 46, 265 (Preußen); DVG 26, 154 (Bavern), insbesondere für Kautionshypotheken RG 52 S. 62, 113, 415; JW 1902 Weil 272²¹¹. — Auf Grundschulden findet Abs 1 keine Anwendung, auch wenn sie zur Sicherung von Forderungen bestellt sind (§ 1191 A 1; § 1192 A 1 Abs 3).

2. Die Forderung ist nicht zur Entstehung gelangt, wenn z. B. das durch die Hypothek zu sichernde Darlehn weder ausbezahlt noch durch eine Umwandlungsvereinbarung noch durch ein abstraktes Schuldanerkenntnis (RG 141, 383; 19. 12. 1934 V 213/34) begründet worden ist (§ 607). Hat aber der Schuldner vereinbarungsgemäß mehr zurückzahlen als er empfangen hat und ist für die volle zurückzuzahlende Summe Hypothek bestellt (sog. Dannohypothek), so ist die Forderung, sofern nicht etwa Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (z. B. nach § 138 BGB) Platz greift, von vornherein zum eingetragenen Betrage entstanden, so daß für eine Eigentümerhypothek (Grundschuld) kein Raum vorhanden ist (RG HRN 1932 Nr 235). Dagegen liegen Fälle des § 1163 Abs 1 Satz 1 vor: wenn bei einer aufschiebend bedingten Forderung die Bedingung ausgefallen ist (§ 158; dieser Fall ist wohl zu unterscheiden von der Bestellung einer bedingten Hypothek: § 1113 A 2, 7); wenn das Rechtsgeschäft, aus dem die Forderung entspringen sollte, nichtig ist (z. B. wegen Verstoßes gegen die guten Sitten: RG 68, 101; 71, 435; JW 1909, 683²; 1912 S. 632², 853²; oder wegen Nichterteilung der zur Gültigkeit erforderlichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts: RG JW 1911, 653^{2a}); wenn das Rechtsgeschäft (z. B. wegen Irrtums, Betrugs) anfechtbar und rechtzeitig angefochten ist (§§ 121, 124, 142). Bei den zuletzt erwähnten Fällen ist jedoch zu beachten, daß die Nichtigkeit (Anfechtbarkeit) nicht zugleich auch die Hypothekenbestellung selbst ergreifen und damit die Entstehung einer Eigentümerhypothek ausschließen darf (A 1; RG 68, 101). Wenn z. B. der Hypothekbestellung ein wucherisches Grundrechtsgeschäft zugrunde liegt, so ist nicht nur die gesicherte Forderung, sondern auch die Hypothek nichtig; denn durch § 138 Abs 2 ist auch die „Gewährung“ wucherischer Vermögensvorteile für nichtig erklärt (Str.; RG 57, 97; JW 1906, 736³; 1913, 540³). Hat der Grundstückseigentümer schenkungsweise die

Zahlung einer Geldsumme und zugleich die Bestellung einer Hypothek für diese Forderung versprochen, ohne daß dabei die im § 518 Abs 1 vorgeschriebene Form beobachtet worden ist, und wird demnächst auf seine Bewilligung die Hypothek eingetragen (und im Falle einer Briefhypothek der Hypothekenbrief dem Beschenkten übergeben), so ist die Rechtslage dahin zu beurteilen: Das Schenkungsversprechen ist zwar hinsichtlich der Hypothekbestellung im Sinne des § 518 Abs 2 vollzogen, so daß diese an sich rechtmäßig ist, zumal die dingliche Einigung über die Hypothekbestellung überhaupt keiner Form bedarf (RG 88, 370; Warn 1913 Nr 249). Das Zahlungsverprechen ist aber nicht vollzogen, da insoweit nur die Zahlung selbst sich als die Bewirkung der versprochenen Leistung, durch die nach § 518 Abs 2 der Mangel der Form geheilt wäre, darstellen würde, nicht aber die Eintragung der Hypothek, die nur zur Sicherheit der Forderung aus dem Leistungsverprechen dienen soll. Daraus ergibt sich, daß die Forderung, für welche die Hypothek eingetragen ist, nach den §§ 125, 518 Abs 1 nichtig ist und daß die Hypothek daher als Grundschuld dem Eigentümer zusteht (RG 88, 369). Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nichtig, so tritt auch nicht etwa ein Bereicherungsanspruch, der sich aus der Nichtigkeit ergibt, an die Stelle jener Forderung in die Hypothekensicherheit ein (RG JW 1911, 653²⁰). Im Zweifelsfalle ist aber für die Frage, ob gerade die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, zur Entstehung gelangt ist oder nicht, die Bezeichnung der Forderung im Grundbuch nicht unbedingt ausschlaggebend. Vielmehr kommt es darauf an, welche Forderung nach dem Inhalt der Einigung Gegenstand der Sicherung gewesen ist. Eine unrichtige Bezeichnung im Grundbuch wirkt weder zugunsten des Gläubigers noch zugunsten des Eigentümers (§ 1115 A 8). Die Beweislast für die Nichtentstehung der Forderung ist in § 1138 A 3 a erörtert. — Ist die Hypothek für eine Forderung bestellt, die noch nicht besteht, aber demnächst entstehen soll (z. B. bei Baugeldhypotheken häufig) und gelangt dann die Forderung nachträglich zur Entstehung, so geht die bisher als Grundschuld des Eigentümers (§ 1113 A 7) bestehende Hypothek nunmehr auf den als Gläubiger Eingetragenen als wirkliche Hypothek über (RG 51, 43; 60, 21; 61, 37; JW 1911, 277⁴; 1912, 402²⁴; SeuffA 60 Nr 151; DLG 46, 2). Ist eine Buchhypothek für ein erst in Aussicht genommenes Darlehen rechtsgeschäftlich bestellt und in das Grundbuch eingetragen worden, so erwirbt der eingetragene Gläubiger mit der Hingabe des Darlehns die Hypothek unmittelbar kraft Gesetzes auch dann, wenn in der Zeit zwischen der Bestellung der Hypothek und der Hingabe des Darlehns ein Wechsel im Eigentum des belasteten Grundstücks stattgefunden hat (RG 153, 167). Anders gestaltet sich dagegen die Rechtslage bei einer nicht durch Rechtsgeschäft begründeten, sondern im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß § 866 ZPO eingetragenen Sicherungshypothek, die nach der Veräußerung des Grundstücks kraft der Sondervorschrift des § 868 ZPO dem neuen Eigentümer als Eigentümergrundschuld zufällt (RG JW 1911, 277⁴). Da für die Zeit und die Art, in welcher die Forderung zur Entstehung gebracht (die Hypothek valutiert) werden soll, im Gesetz keine Schranken festgesetzt sind, kann die Forderung auch durch einen Zessionar zur Entstehung gebracht werden, wenn der als Gläubiger Eingetragene die noch nicht valutierte Hypothek an den Zessionar abgetreten hat auf Grund der zwischen ihm und dem Grundstückseigentümer getroffenen Vereinbarung, daß der Zessionar die Forderung zur Entstehung bringen solle (§ 1113 A 7). Der Zessionar, der die Forderung zur Entstehung bringt und somit die Hypothek erwirbt, ist dann als der erste wahre Hypothekengläubiger anzusehen (RG Warn 1908 Nr 321; 1911 Nr 184; vgl. auch RG 106, 139). Dieses Ergebnis läßt sich rechtlich auch so begründen, daß der nichtberechtigte Buchgläubiger die Abtretung mit Zustimmung des berechtigten Eigentümers (Eigentümer-Grundschuldgläubigers) vorgenommen hat (§ 185; RG 1. 2. 1935 V 268/34). Mit der Forderungsbegründung durch den Zessionar entsteht zwischen ihm und dem Grundstückseigentümer ein unmittelbares Schuldverhältnis auch dann, wenn die Hypothekaluta dem Zedenten ausgehändigt und die Übertragung der Hypothek nach außen in das Gewand eines Hypothekentaufs gekleidet wird (RG HR 1936 Nr 725).

3. Die Hypothek, die nach Abs 1 Satz 1 oder nach Abs 2 dem Eigentümer zusteht oder nach Abs 1 Satz 2 von ihm erworben wird, ist in Wirklichkeit keine Hypothek, sondern nach § 1177 Abs 1 in der Hand des Eigentümers eine Grundschuld (RG 51 S. 44, 116; 52 S. 9, 339; 55, 264; 57, 211; 66, 288; 73, 174; 77, 108; 78, 409; 94, 8). Nur geht bei der Verwandlung der Hypothek in die Grundschuld gemäß § 1177 Abs 1 Satz 2 von der Forderung, für welche die Hypothek bestellt worden ist, so viel auf die Grundschuld mit über, daß in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend bleiben. Der Übergang auf den Eigentümer vollzieht sich kraft Gesetzes, ohne daß es einer rechtsgeschäftlichen Übertragung bedarf. In dem Augenblick, in dem die den Übergang und zugleich die Umwandlung bewirkende Tatsache (Nichtentstehung der Forderung, Erlöschen der Forderung, Nichtübergabe des für die eingetragene Hypothek gebildeten Briefs) vorliegt, ist das eingetragene dingliche Recht keine Hypothek des eingetragenen Gläubigers, sondern eine Grundschuld des Eigentümers (RG 94, 8; RGZ 20 A 190, 282; 26 A 147, 149; 28 A 289). Das Grundbuch ist dann also unrichtig insofern, als es den eingetragenen Gläubiger als Inhaber und das eingetragene Recht als Hypothek aufführt. Der Eigentümer kann von dem Buchgläubiger die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894

verlangen. Von einem Nachweis des Eintritts der Tatsache hängt aber der Übergang (die Umwandlung) selbst nicht ab. Durch einen solchen Nachweis wird vielmehr nur dargetan, daß das eingetragene Recht bereits dem Eigentümer als Grundschuld gehört. Ist die Forderung z. B. durch Befriedigung des Gläubigers erloschen (A 5), so genügt zur Berichtigung des Grundbuchs, also zur Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer als Grundschuld, gemäß § 22 GBD eine in der Form des § 29 GBD ausgestellte Quittung des Gläubigers, worin er bekennt, Zahlung erhalten zu haben, und zwar unter Nennung des Zahlenden (RGZ 20 A 190; 26 A 149; 28 A 138; 32 A 259; 40, 294; 52, 205; RG 73, 174; RM 11, 63). Eine bloße Löschungsbewilligung des Gläubigers ist dagegen nicht genügend, weil er nicht mehr wahrer Berechtigter ist (RM 8, 41; RGZ 32 A 259; 40, 296; 48, 186; 50, 221; 52, 206; § 1144 A 4). Im Falle der Pfändung der Hypothek und ihrer Überweisung zur Einziehung ist der Pfändungsgläubiger zwar zur Erteilung der Quittung über die an ihn ausgezahlte Forderung, aber nicht zur Löschungsbewilligung bezüglich der Hypothek befugt (§ 875 A 5). Alles dies bezieht sich jedoch nur auf die formellen Erfordernisse, die dem Grundbuchamt zur Vornahme der Umschreibung auf den Eigentümer nachzuweisen sind. Regelmäßig wird hier eine einseitige Erklärung des Gläubigers genügen (HRM 1933 Nr 199). Für den Prozeß ist folgendes zu beachten: Dem befriedigten Eigentümer, der auf Löschungsbewilligung klagt, kann vom verklagten Gläubiger nicht entgegengehalten werden, daß ein Urteil auf Löschungsbewilligung nicht genüge, am beim Grundbuchamt die Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld herbeizuführen (RG 101, 234). Denn der Eigentümer ist berechtigt, statt der Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung auf ihn die Löschungsbewilligung vom Gläubiger zu verlangen. Denn er ist zur Verfügung über die zur Grundschuld gewordene Hypothek befugt und gibt dadurch, daß er die Löschungsbewilligung verlangt, seine Einwilligung im Sinne des § 185 Abs 1 zu dieser dem Gläubiger an sich nicht zustehenden Verfügung über die Hypothek. Andererseits ist der Buchgläubiger formellrechtlich in der Lage, die Löschungsbewilligung zu erklären, und wird nicht dadurch beschwert, daß er zur Bewilligung der Löschung statt zur Bewilligung der Umschreibung der Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer verurteilt wird (RG 101, 234; Gruch 58, 670). In der Regel wird übrigens bei der Verurteilung des Gläubigers zur Löschungsbewilligung auch der Klagegrund, daß er durch den Eigentümer bedrängt sei, festgestellt werden. Dann wird das rechtskräftige Urteil (§ 894 BPD) dem Grundbuchamt eine ausreichende Grundlage dazu bieten, auf Antrag des Eigentümers nicht nur die Löschung, sondern auch die Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld vorzunehmen (RG 101, 234). Handelt es sich um eine Briefhypothek, so kann der Eigentümer gemäß den §§ 896, 1144 die Aushändigung des Briefs verlangen. Bei nur teilweiser Befriedigung durch den Eigentümer kann dieser nach § 1145 die Vorlegung des Briefs zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs fordern. Im Falle der Nichtentstehung der Forderung oder der Nichtübergabe des Briefs (Abs 1 Satz 1, Abs 2) wird durch ein vom Gläubiger in der Form des § 29 GBD erklärtes Anerkenntnis dieser Tatsache dargetan, daß auf Grund der Hypothekeneintragung eine Grundschuld des Eigentümers besteht (RGZ 22 A 310). Ist bei einer Briefhypothek die Forderung nur teilweise zur Entstehung gelangt, so steht dem Eigentümer das Mitigentum an dem Brief gemäß § 952 zu. Er kann aber von dem Hypothekengläubiger, der in der freien Verfügung über die Resthypothek nicht beschränkt werden darf, weder die Aushändigung des Briefs noch die Gewährung des Mitbesitzes daran verlangen, sondern nur gemäß § 896 die Vorlegung des Briefs zur Berichtigung des Grundbuchs oder gemäß den §§ 749, 752, 1152 die Vorlegung zur Herstellung eines Teilhypothekenbriefs (RG 59, 318; 69, 40). Der so als Inhaber ausgewiesene Eigentümer kann über die Hypothek (Grundschuld) verfügen. Er kann sie durch Aufgabenerklärung (Löschungsbewilligung) gegenüber dem Grundbuchamt oder dem etwa Begünstigten (§ 875 A 7, 8; §§ 19, 29 GBD) zur Aufhebung (Löschung) bringen (RG 66, 288; 73, 174; RGZ 48, 186) oder sie an einen anderen übertragen. Gegenstand der Übertragung ist dann aber nicht die Hypothek als solche, deren Forderung durch die Übertragung nicht etwa entsteht oder wieder auflebt, sondern die Grundschuld. Dies ist bei der Übertragung zum Ausdruck zu bringen (RGZ 27 A 278; DLG 14, 113, jedoch auch RM 9, 218). Für die Form der Übertragung sind gemäß § 1192, je nachdem ob die eingetragene Hypothek verbrieft ist oder nicht, § 1154 Abs 2 (schriftliche Abtretungserklärung oder Eintragung der Abtretung) und Übergabe des Briefs) oder die §§ 1154 Abs 3, 873 (Einigung und Eintragung der Abtretung) maßgebend (RG JW 1907, 71^a). Wird die Übertragung in das Grundbuch eingetragen, so ist zu vermerken, daß sich die Hypothek in eine Grundschuld umgewandelt habe und die Grundschuld übertragen worden sei. Der Eigentümer kann die Grundschuld aber auch gemäß den §§ 1198, 877 wieder zu einer Hypothek umgestalten und dadurch, daß er durch Vereinbarung mit dem Buchgläubiger oder im Falle der Abtretung durch Vereinbarung mit dem neuen Gläubiger eine (neue) Forderung der Grundschuld unterlegt (§ 1198 A 1). Dies gilt auch dann, wenn die Beteiligten, nachdem die Hypothekenforderung durch Zahlung erloschen und die Hypothek zur Eigentümergrundschuld geworden ist, nachträglich vereinbaren, die Zahlung solle nicht als zur Tilgung der Hypothekenforderung gesehen gelten, sondern anderweitig verrechnet werden. Durch eine solche Vereinbarung lebt nicht etwa die zur Grundschuld gewordene Hypothek als solche wieder auf. Zur Neubegründung der Hypothek bedarf es vielmehr der erwähnten besonderen Umwandlung der Grund-

schuld in eine Hypothek. Die Vereinbarung über die Verrechnung hat für sich allein nur schulrechtliche Bedeutung (RG Warn 1930 Nr 53). Bei der Tilgung der Hypothekenforderung durch nach und nach erfolgende Teilzahlungen entstehen mit jeder Teilzahlung (Teil-) Grundschulden, die vom Eigentümer vereinigt oder wieder zu einer einzigen Hypothek umgewandelt werden können (§ 1151 Nr 1). — Mit dem Eintritt der Tatsache, wodurch die Hypothek in eine Grundschuld umgewandelt wird, kann diese auch von den Gläubigern des Inhabers (Nr 4, 6) gepfändet werden. Zur Pfändung ist gemäß den §§ 857 Abs 6, 830 ZPO die Zustimmung des Pfändungsbeschlusses an den Inhaber nötig; ferner ist bei der Briefhypothek (Briefgrundschuld) die Übergabe des Briefs an den Gläubiger oder die Wegnahme im Wege der Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher (§ 883 ZPO; RG Gruch 50, 1110) erforderlich (RG 56, 184; 59, 313; 61, 376; 70, 279; ZB 1905, 81²²; Gruch 54, 1024; wegen einer Vorpfändung nach § 845 ZPO vgl. DVG 23, 213) und bei der Buchhypothek (Buchgrundschuld) die Eintragung der Pfändung (RG 55, 378; 56, 13). Die Übergabe des Briefs wird nicht gemäß § 931 dadurch ersetzt, daß der Pfändungsgläubiger den Anspruch des Grundschuldnehmers auf Herausgabe des (gemäß §§ 952 Abs 1, 2 in sein Eigentum gelangten: RG 59, 318; 69, 40) Briefs gegen den Buchgläubiger oder einen dritten Besitzer sich zur Einziehung überweisen läßt (§§ 835, 886 ZPO). Denn eine solche Überweisung steht der Abtretung nicht gleich; der Pfändungsgläubiger muß sich also den Besitz des Briefs, nötigenfalls durch Klage gegen den Besitzer, verschaffen (RG 63, 214). Wenn der Pfändungsgläubiger die Eintragung der Pfändung beantragt, muß er dem Grundbuchamt ebenso wie der Eigentümer, der über die Grundschuld verfügen will, in gehöriger Form nachweisen, daß die Hypothek dem Eigentümer als Grundschuld zusteht (RGZ 3, 107; 5, 270; RGZ 22 A 171; 29 A 186; 33 A 275; ZFG 1, 498). Wird ohne diesen Nachweis die Pfändung einer „angeblichen“ Eigentümergrundschuld eingetragen, so ist die Eintragung sowohl materiellrechtlich wirkungslos (mit der Folge, daß die §§ 891, 892 auf sie keine Anwendung finden: § 891 Nr 3; § 892 Nr 6) als auch formellrechtlich im Sinne des § 52 (54) Abs 1 Satz 2 ZPO inhaltlich unzulässig (ZFG 1, 496). Näheres über die Rechtsstellung des Pfändungsgläubigers bringt ZFG 13, 404. — Veräußert der Eigentümer, dem die Hypothek als Grundschuld zugefallen ist, das belastete Grundstück, so bleibt er Gläubiger der Grundschuld (Nr 6; RG 129, 30; Gruch 58, 668; Warn 1914 Nr 21; auch im Falle einer Höchstbetragshypothek). Dasselbe gilt, wenn das Grundstück zwangsversteigert wird und die Grundschuld als Teil des geringsten Gebots bestehen bleibt (RG 94, 9; Warn 1914 Nr 21). Ist bei der Zwangsversteigerung die Eigentümergrundschuld gemäß § 91 ZPO durch den Zuschlag erloschen, so kann der an die Stelle der Eigentümergrundschuld getretene Anspruch auf Befriedigung aus dem baren Versteigerungserlöse (RG 55, 264; 63, 216; 65, 418; 75, 316; 77, 296), da ein Drittschuldner nicht vorhanden ist, nach Maßgabe der §§ 829, 857 Abs 2 ZPO gepfändet werden. Es bedarf zur Wirksamkeit der Pfändung jetzt also nicht mehr einer Übergabe des Hypothekenbriefs bei der Eigentümer-Briefgrundschuld und einer Eintragung bei der Eigentümer-Buchgrundschuld; vielmehr genügt die Zustimmung des Pfändungsbeschlusses an den früheren Eigentümer (RG 55, 264; 63, 216; 64 S. 216, 311; 70, 279; 75, 316; ZB 1906, 387²³). Die Pfändung einer Eigentümergrundschuld nach deren Erlöschen durch den Zuschlag wird regelmäßig als Pfändung des Anspruchs auf Befriedigung aus dem Erlöse zu deuten sein (RG 75, 316). — Zur Rechtswirksamkeit der Verfügungen über die Eigentümergrundschuld selbst ist nach dem BGB nicht erforderlich, daß der Eigentümer als Inhaber der Grundschuld eingetragen (die Hypothek als Grundschuld auf ihn umgeschrieben) ist. Streitig ist, ob nach der Ordnungsvorschrift des § 39 Abs 1 ZPO die vorherige Umschreibung auf den Eigentümer vom Grundbuchamt zu erfordern ist, wenn auf Grund der Verfügung eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen soll. Dies ist zu bejahen. Es genügt nicht etwa, daß der Eigentümer als solcher im Grundbuch eingetragen ist. Denn durch die auf die Hypothek (Grundschuld) bezügliche Eintragung wird nicht das Eigentumsrecht „betroffen“, sondern ein das Eigentumsrecht belastendes hypothekarisches Recht. Bei diesem Recht am Grundstück ist der Grundstückseigentümer aber nicht schon deswegen als „Berechtigter“ eingetragen, weil das Grundstückseigentum für ihn eingetragen ist (RG 72, 277; a. M. RGZ 1 S. 125, 162; 2, 198; 3, 202; 11, 290; RGZ 33 A 274, 280; 36 A 258; ZFG 1, 487). Daher ist zur Eintragung der Abtretung oder der Pfändung der Eigentümergrundschuld deren Umschreibung auf den Namen des Eigentümers Voraussetzung. Jedoch bedarf es hierzu nicht der Eintragung eines besonderen Umschreibungsvermerks. Vielmehr genügt auch ein zunächst die Umschreibung und dann die Abtretung oder Pfändung enthaltender gemeinsamer Eintragungsvermerk. Dasselbe gilt, wenn die Grundschuld durch Unterlegung einer (neuen) Forderung wieder in eine Hypothek umgewandelt werden soll (DVG 6, 327). Zur Löschung bedarf es der Umschreibung nicht, wenn der Buchgläubiger die Löschung bewilligt und der Eigentümer ihr zustimmt. Denn jener gilt dem Grundbuchamt gegenüber als zur Aufhebung der Hypothek berechtigt, so daß für die Löschung die Erfordernisse der §§ 19, 27 ZPO gegeben sind (RGZ 29 A 188; 22 A 259), sofern nicht aus den eingereichten Urkunden sich ergibt, daß der bewilligende Gläubiger durch Übergang der Hypothek auf den Eigentümer in Wirklichkeit nicht Gläubiger ist (RGZ 26 A 150; 29 A 188). — Im Zusammenhang hiermit steht die Frage, ob eine künftige, möglicherweise entstehende Eigentümergrundschuld im voraus übertragen, ver-

pfändet, gepfändet werden kann. Dies wurde früher von der herrschenden Meinung an sich bejaht, weil es sich um ein künftiges Recht handle, das in einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis seine Grundlage habe (RG 51, 115; 55, 334; 56, 14; 97, 226; JW 1904, 365³⁰; 1932, 3191¹⁰; RZM 2, 198; 5, 271; RGZ 33 A 283; DVG 7, 315). Doch wurde die Eintragung derartiger Verfügungen für unzulässig erklärt, weil namentlich aus § 39 GBD sich ergebe, daß das von der einzutragenden Verfügung betroffene Recht ein gegenwärtiges und ein eingetragenes sein müsse (RG 61, 374; 72, 276; 75, 250; 97, 227; JW 1912, 297¹⁷; RZM 5, 270; RGZ 45, 269; für die Pfändung RGZ 22 A S. 163, 171; 26 A 46; 28 A 141; 29 A 186; 33 A 274; DVG 22, 380; 26, 200). Bei der Briefhypothek könnte hiernach also die künftige Eigentümergrundschuld abgetreten (§ 1154) oder gepfändet (§§ 830 Abs 1, 857 Abs 6 BZD) werden, wenn die Übergabe des Hypothekenbriefes erlangt werden könnte. Die Zulässigkeit solcher Verfügungen wird aber überhaupt zu verneinen sein. Denn eine ungewisse Aussicht auf die Erlangung eines Gegenstandes, der gegenwärtig noch einem anderen gehört, kann nicht als ein Vermögensrecht erachtet werden, das in das Vermögen eines Dritten übertragen oder an dem für den Dritten ein Recht erworben werden könnte. Anders liegt die Sache freilich, wenn die Hypothek, wie es bei Höchstbetragshypotheken (§ 1190) häufig der Fall ist, für eine künftige oder aufschiebend bedingte Forderung bestellt ist. Denn hier steht das dingliche Hypothekenrecht schon gegenwärtig dem Eigentümer als durch die Entstehung der Forderung auflösend bedingte Grundschuld zu (§ 1113 A 7, § 1190 A 1). Eine solche Eigentümergrundschuld kann abgetreten und gepfändet werden, weil sie ein gegenwärtiges Recht des Eigentümers ist. Auch die Eintragung ihrer Abtretung und Pfändung ist zulässig, aber erst, nachdem die Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer mit der Bedingung umgeschrieben ist, daß die Grundschuld später dem als Hypothekengläubiger Eingetragenen als Hypothek für die Forderung zustehen werde, wenn die Forderung zur Entstehung gelange. Mit der Entstehung der Forderung wird dann allerdings die Abtretung oder die Pfändung hinfällig (§ 1190 A 1). Auch die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts hat sich mit diesen Fragen wiederholt beschäftigt. In RG 120, 111 war eine Höchstbetragshypothek für einen Gläubiger des Eigentümers gepfändet, „soweit sie nicht zum vollen Höchstbetrag in Anspruch genommen ist und der Grundstückseigentümer Anspruch auf eine Eigentümergrundschuld hat“. In RG Warn 1929 Nr 151 waren gepfändet, „die angeblichen Ansprüche des Schuldner-Eigentümers, die ihm aus der Höchstbetragshypothek wegen Nichtentstehung der gesicherten Forderung oder wegen Befriedigung der entstandenen Forderung zustehen oder künftig zustehen werden.“ In beiden Fällen war die Pfändung in das Grundbuch eingetragen worden. Das Reichsgericht hat beide Pfändungen für wirksam erklärt. Im ersten Falle führte es zur Begründung aus: Bei der Höchstbetragshypothek könne die bis zur endgültigen Feststellung der Nichtentstehung einer gesicherten Forderung dem Eigentümer zustehende, auflösend bedingte Eigentümergrundschuld auch in ihrem vorläufigen Zustand gepfändet werden; die Pfändung bedürfe zur vollen Wirksamkeit allerdings der Eintragung im Grundbuch; diese Eintragung habe im gegebenen Falle zwar der Ordnungsvorschrift des § 39 (§ 40) GBD widersprochen, sei aber deshalb nicht inhaltlich unzulässig im Sinne des § 53 (§ 54) Abs 1 Satz 2 GBD und somit auch nicht materiellrechtlich unwirksam. Im zweiten Falle spricht das Reichsgericht in den Gründen von einer „Anwartschaft des Eigentümers auf die Eigentümergrundschuld“; diese Anwartschaft stelle bereits ein „künftiges Recht“ dar, das in einem schon gegenwärtig bestehenden Rechtsverhältnis seine Grundlage habe; über künftige Rechte könne verfügt werden. Das Ergebnis beider Entscheidungen mag im Einzelfall der Billigkeit entsprochen haben. Gegen die Begründungen und namentlich gegen ihre Erstreckung auf andere als Höchstbetragshypotheken sind aber rechtliche und praktische Bedenken zu erheben. Nicht nur der formellrechtliche Grundsatz des § 39 GBD, sondern auch der materiellrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz (Vorbem 3d vor § 873) steht den Grundbucheintragungen derartiger Pfändungen entgegen. Denn ohne Zuhilfenahme außergrundbuchlicher Feststellungen ist solchen Vermerken im Grundbuch überhaupt nicht zu entnehmen, ob und inwieweit das gepfändete Recht bestehen soll. Die Vermerke entbehren also der im Verleghschaftsrecht dringend gebotenen Klarheit und Bestimmtheit. Von einer „Anwartschaft“ des gegenwärtigen Eigentümers auf die für einen andern eingetragene Hypothek kann übrigens im allgemeinen wohl kaum gesprochen werden, zumal bei einem Eigentumswechsel die künftig etwa entstehende Eigentümergrundschuld dem neuen Eigentümer zufallen kann (A 6). Aber auch das praktische Bedürfnis spricht nicht dafür, solche Pfändungen ins völlig Ungewisse hinein wirksam werden zu lassen. Könnten sie sonst doch schließlich von allen Gläubigern eines Grundstückseigentümers gegen sämtliche Hypotheken des Grundstücks gerichtet werden, ein kaum erwünschtes oder auch nur erträgliches Ergebnis, auch wenn man von den Grundbuchämtern die Beachtung des § 39 GBD erwartet. Bei praktischer Betrachtung der Rechtsfrage läßt sich auch die Erwägung nicht unterdrücken, ob es zweckmäßig ist, nach materiellem Recht Pfändungen zuzulassen und damit herauszufordern, die bei gehöriger Beachtung des formellen Grundbuchsrechts doch nicht voll wirksam werden können. Das Reichsgericht hat übrigens in RG 145, 353 sich dieser Betrachtungsweise genähert. Es ist zu hoffen, daß sie sich nunmehr allgemein durchsetzen wird. — Unter dem die Hypothek erlangenden Eigentümer ist nicht der eingetragene Eigentümer als solcher, sondern der wahre Eigentümer zu verstehen. Ist z. B. die Auflassung,

auf Grund deren der Eigentümer eingetragen ist, von vornherein nichtig oder durch Anfechtung nichtig geworden, so steht die Eigentümergrundschuld dem bisherigen Eigentümer zu (§ 80, 320). — Unzulässig ist die Eintragung einer *Vormerkung* zur Sicherung eines Anspruchs gegen den Eigentümer auf Übertragung der Hypothek oder Bestellung eines Pfandrechts daran für den Fall, daß die Hypothek zur Eigentümergrundschuld werden sollte (§ 883 A 2 Abs 4). Den Rang einer Teileigentümergrundschuld regelt § 1176. Außerhalb des § 1163 liegende Fälle der Umwandlung einer Hypothek in eine Eigentümergrundschuld, die Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen sowie die rechtliche Bedeutung der Eigentümergrundschuld im Zwangsversteigerungsverfahren und im Konkurse sind erörtert in § 1177 A 2, 3.

4. Im Falle der Nichtentstehung der Forderung steht die *Hypothek* (als Grundschuld: A 3) dem *Eigentümer zu*, der zur Zeit der Eintragung der Hypothek Eigentümer ist, gleichviel, ob er im Zeitpunkt der etwa erst später erfolgenden Feststellung der Nichtentstehung noch Eigentümer ist oder nicht (§ 51, 43; 55, 220; 68, 101; 75, 249; 78, 404; Gruch 58, 669; RÖZ 38 A 281). Auch wenn sich die Nichtentstehung erst ergibt, nachdem er das Grundstück veräußert oder ein anderes es durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung erworben hat, besteht die Grundschuld für den früheren Eigentümer, nicht für den Grundstückserwerber (§ 55, 222; 78, 409; JZ 1912, 853⁴). Ist die Hypothek für eine künftige oder eine aufschiebend bedingte Forderung bestellt, so besteht sie (§ 1113 A 7) zunächst als vorläufige, durch die Entstehung der Forderung auflösend bedingte Eigentümergrundschuld. Fällt dann diese auflösende Bedingung durch Nichtentstehung der Forderung aus, so wird nunmehr die vorläufige Eigentümergrundschuld zur endgültigen. Auch diese Grundschuld steht dem Eigentümer zur Zeit der Eintragung der Hypothek zu, nicht dem Nachfolger im Eigentum zur Zeit des Ausfalls der auflösenden Bedingung (RÖZ 49, 219). Die Rechtslage bei der Höchstbetragshypothek erläutert § 1190 A 1. Ist eine Kaufpreisforderung, für die ein Grundstückskäufer Hypothek bestellt hat, nicht zur Entstehung gelangt (z. B. weil der Kaufvertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist: A 2), so steht die Hypothek (als Grundschuld) dem Käufer, nicht dem Verkäufer zu (§ 68, 101), vorausgesetzt, daß die Hypothekbestellung selbst rechtmäßig ist (A 1). Im Falle des Miteigentums nach Bruchteilen steht die Grundschuld den Miteigentümern nicht zu realen Teilen, sondern gemeinschaftlich zu, und zwar regelmäßig zu ideellen Anteilen, die dem Verhältnis ihrer Eigentumsbruchteile entsprechen. Jeder Miteigentümer kann über seinen Anteil an der Grundschuld frei verfügen; die Verfügung über das ganze Recht steht nur allen Miteigentümern gemeinschaftlich zu (§ 1132 A 4; § 1172 A 1). Ist die Forderung nur teilweise zur Entstehung gelangt, so besteht die Hypothek zu diesem Teil als Hypothek des Gläubigers, zum andern Teil als Grundschuld des Eigentümers. Der Teil des Gläubigers hat nach § 1176 den Vorrang. Wie der Hypothekenbrief in diesem Falle zu behandeln ist, erörtert A 3. Die Rechtslage, die entsteht, wenn die Forderung nach der Hypothek eintragung zur Entstehung gelangt oder wenn sie durch einen Zessionar zur Entstehung gebracht wird, ist in A 2 besprochen. Eine vertragmäßige Ausschließung des Eintritts der Eigentümergrundschuld wirkt nur schuldrechtlich und ist nicht eintragungsfähig (A 1; § 1177 A 3). Die Wirkung einer solchen Ausschließung im Konkurse über das Vermögen des verpfändeten Eigentümers behandelt § 1179 A 5.

5. Gleichgültig ist, aus welchem *Grunde die Forderung erlischt*, ob durch Rücktritt (§ 346; RG HR 1933 Nr 1413), Zahlung (§ 362), Leistung an Erfüllungs Statt (§ 364), Hinterlegung (§ 378), Aufrechnung (§ 389), Erlaß (§ 397; den Verzicht auf die Hypothek regelt § 1168), Ausschluß des unbekanntes Gläubigers im Aufgebotsverfahren (§ 1171 Abs 2), Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins (§§ 158, 163; der Fall der auflösend bedingten Forderung ist wohl zu unterscheiden von dem Fall der auflösend bedingten Hypothekbestellung: § 1113 A 2, 7) oder durch Vereinigung von Forderung und Schuld in derselben Person (z. B. infolge Erbfalls). Bei Prämienansprüchen von Lebensversicherungsgesellschaften kommt auch der Konkurs der Gesellschaft als Erlösungsgrund und damit als Anwendungsfall des § 1163 Abs 1 Satz 2 in Betracht (RG 144, 26). Bei wertbeständigen Hypotheken für Währungsschulden kann § 1163 Abs 1 Satz 2 auch im Falle der Abwertung der Währung Platz greifen (§ 1113 A 4 a. E.). Die Beiträge zu den Tilgungsfonds der preuß. landschaftlichen Kreditanstalten führen gemäß den Vorbehalten, die in Art 167 GG und Art 21 preuß. AGWB für die Satzungen dieser Anstalten gemacht sind, keine Tilgung der den einzelnen Teilzahlungen entsprechenden Teile der Landeshypotheken herbei; eine Tilgung tritt vielmehr erst im Wege der Verrechnung mit dem angesammelten Tilgungsfonds ein (RG 104, 74; 110, 85; hierzu im übrigen A 1). Auch hat die Befriedigung des Gläubigers nicht immer das Erlöschen der Forderung zur Folge. Vielmehr geht zuweilen die Forderung und damit auch die Hypothek auf den Befriedigenden über, so daß § 1163 Abs 1 Satz 2 keine Anwendung findet. Diese Fälle behandelt § 1143 A 3. Ferner gilt für die Vereinigung von Forderung und Schuld nach § 1164 Abs 1, 2 eine Ausnahme: Ist der persönliche Schuldner von dem Eigentümer verschieden, so erlischt zwar die Forderung, aber die Hypothek geht in Höhe der etwaigen Ersatzforderung auf den Schuldner, nicht auf den Eigentümer über. Ist die Hypothek für den Hypothekenschuldner selbst gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen worden, so erlischt die Forderung nicht durch die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person

(§ 875 A 2). Hat der Hypothekenschuldner und Eigentümer den Hypothekengläubiger beerbt und ist die dadurch als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangene Hypothek auf ihn umgeschrieben oder gelöscht worden, ist aber demnächst durch Anordnung der Nachlassverwaltung oder Eröffnung des Nachlasskonkurses die Forderung gemäß § 1976 mit rückwirkender Kraft wieder aufgelebt, so ist auf Antrag des Nachlassverwalters oder des Konkursverwalters die Hypothek als solche (für den Erben) im Wege der Berichtigung des Grundbuchs (§ 894 BGB, § 22 GBO) umzuschreiben oder wieder mit dem früheren Range einzutragen, soweit dem nicht ein inzwischen eingetretener rechtsgeschäftlicher Erwerb (z. B. durch Übertragung der Grundschuld an einen Dritten oder durch Bestellung einer Hypothek für einen Dritten) unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892) entgegensteht (RZM 16, 148). Zahlt der Eigentümer und persönliche Schuldner eine Nachlasshypothek an den nicht befreiten (§ 2136) Vorerben ohne Zustimmung des Nacherben aus, so erlischt nach den §§ 2113 Abs 1, 2114 Satz 2 das Schuldverhältnis nicht; der Zahlende erwirbt also die Hypothek nicht als Eigentümergrundschuld. Dasselbe gilt, wenn der Vorerbe durch Vertrag mit dem Eigentümer gemäß § 397 ohne Zustimmung des Nacherben anerkennt, daß das Schuldverhältnis nicht bestehe (RZM 50, 217).

6. Derjenige erwirbt die Hypothek (als Grundschuld: A 3), welcher zur Zeit des Erlöschens der Forderung Eigentümer ist; nicht der Hypothekbesteller, der nicht mehr Eigentümer ist, mag er auch durch Befriedigung des Gläubigers die Forderung zum Erlöschen bringen (RG 55, 220; 73, 404; Gruch 58, 669; insbesondere für den Fall einer Höchstbetragshypothek; RZM 38 A 281; A 3 Mitte und RG HR 1934 Nr 813 für den Fall der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks und der dadurch herbeigeführten Verwandlung der Hypothek in das Recht auf Wertersatz aus dem Versteigerungserlös). Im Falle der Veräußerung des Grundstücks oder der Auflassung des bereits verkauften Grundstücks an den Käufer nach dem Erlöschen der hypothekarisch gesicherten Forderung bleibt der Veräußerer der allein verfügungsberechtigte Inhaber der Grundschuld (RG 129, 30; RZM 26 A 303; 28 A 136; DZ 3, 224; 40, 38; FFG 1, 498). Befriedigt der Käufer den Gläubiger in der Zeit zwischen Auflassung und Eintragung seines Eigentums, so fällt die Grundschuld dem Verkäufer zu, da dieser zur Zeit des Erlöschens der Forderung noch Eigentümer ist; er wird aber dem Käufer zur Lösung verpflichtet sein (str.; a. M. RZM 4, 233). — Aus § 1163 Abs 1 Satz 2 folgt, daß das Zusammenwirken zweier Personen zum Übergang der Hypothek erforderlich ist: des Gläubigers, in dessen Person die Forderung erlischt, und des Eigentümers, der die Hypothek erwirbt (FG 7, 363). Wenn das mit der Hypothek belastete Grundstück im Miteigentum mehrerer steht und die Miteigentümer gemeinschaftlich den Gläubiger befriedigen, so fällt ihnen die Eigentümergrundschuld nicht zu realen Teilen, sondern gemeinschaftlich zu, und zwar regelmäßig nach dem Verhältnis ihrer Eigentumsbruchteile; jeder Miteigentümer kann über seinen ideellen Anteil an der Grundschuld frei verfügen; die Verfügung über die ganze Grundschuld steht nur allen Miteigentümern gemeinschaftlich zu (§ 1132 A 4; § 1172 A 1). Zahlt ein Miteigentümer für sich allein im eigenen Namen, so erwirbt er die Hypothek gemäß § 1173 an seinem Anteil als Grundschuld in ganzer Höhe, während die Hypothek an den anderen Anteilen erlischt, soweit nicht für den Befriedigenden ein Erlösanspruch besteht (str.; RZM 11, 286; DZ 18, 173). Das gilt sowohl dann, wenn die Hypothek ursprünglich nur auf einzelnen Grundstücksbruchteilen haftete (§ 1132 A 1), als auch dann, wenn sie von vornherein auf das ganze Grundstück eingetragen worden ist (§ 1132 A 4; § 1173 A 2 a. G.). Sind die Miteigentümer Gesamtschuldner der Hypothekensforderung (haben sie z. B. das Darlehn, zu dessen Sicherheit die Hypothek bestellt ist, gemeinsam aufgenommen), so geht nach den §§ 426 Abs 2 Satz 1, 412, 1153 die Forderung nebst der Hypothek in Höhe des dem Zahlenden gegen die anderen Miteigentümer zustehenden Ausgleichsanspruchs auf den Zahlenden über; insoweit bleibt sie Gesamthypothek am ganzen Grundstück; in Höhe des Restbetrags erwirbt der Zahlende eine Grundschuld nur an seinem Grundstücksbruchteil (§ 1173 A 2). Den Fall, daß der zahlende Miteigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, erörtert § 1143 A 3. Dort sind auch die Fälle behandelt, in denen einer von mehreren Miterben, welche Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks sind, oder ein Vorerbe, zu dessen Vorerbschaft das mit der Hypothek belastete Grundstück gehört, den Hypothekengläubiger befriedigt. — Im Falle der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück (§ 1147) erlischt gemäß § 1181 Abs 1 ausnahmsweise mit der Forderung auch die Hypothek, so daß der Eigentümer diese nicht erwirbt. Nach § 868 ZPO „erwirbt der Eigentümer“ eine Zwangshypothek (auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels eingetragene Sicherungshypothek), wenn die dort aufgeführten aufhebenden Entscheidungen, Anordnungen oder Maßnahmen erfolgen. Zu ihnen gehört auch ein in der Berufungsinstanz erlassenes vorläufig vollstreckbares Urteil (FG 3, 451). Ferner erwirbt der Eigentümer nach § 932 Abs 2 ZPO eine Arresthypothek (in Vollziehung eines Arrestes eingetragene Höchstbetragshypothek), wenn der Arrestbefehl durch eine vollstreckbare Entscheidung (§§ 925 Abs 2, 926, 927 ZPO) aufgehoben wird. Unter dem erwerbenden Eigentümer ist, entsprechend dem § 1163 Abs 1 Satz 2 BGB, der Eigentümer zur Zeit des Eintritts eines jener prozeduralen Tatbestände zu verstehen. Hat also seit der Eintragung ein Eigentumswechsel stattgefunden, so erwirbt nicht der frühere Eigentümer, gegen den sich die Eintragung gerichtet hat, sondern der gegenwärtige Eigentümer die Hypothek (RG

78, 402; *JB* 1911, 277⁴; *RZM* 10, 160; 11, 55; a. M. *OLG* 26, 156 für den Fall der Aufhebung des Arrestes gemäß § 925 Abs 2 *ZPO* wegen Mangels eines Arrestgrundes). Neben diesen Bestimmungen der *ZPO* finden aber auf die Zwangs- und die Arresthypothek auch die Vorschriften des *BGB* über den Erwerb einer Hypothek durch den Eigentümer Anwendung (a. M. *OLG* 11, 114). Denn Zwangs- und Arresthypotheken sind Sicherungshypotheken im Sinne der §§ 1184, 1190 *BGB*, und ihr Wesen, insbesondere das der zugrunde liegenden Forderung, wird nicht dadurch geändert, daß die Eintragung auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels oder Arrestbefehls erfolgt. Daher erwirbt der Eigentümer eine Zwangshypothek z. B. nach § 1163 Abs 1 Satz 2 *BGB*, wenn er die vollstreckbare Forderung tilgt, und nach § 1168 *BGB*, wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (*RG* 78, 407). Ferner steht dem Eigentümer nach den §§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 *BGB* eine Arresthypothek als Grundschuld zu, wenn die Arrestforderung nicht besteht (*RG* 78, 408). Dies gilt auch gegenüber einem gutgläubigen Erwerber der Arresthypothek, da bei der Eintragung der Hypothek auf Grund eines Arrestes sich aus dem Grundbuch selbst ergibt, daß ihr Bestehen als Hypothek für den Gläubiger durch die Feststellung des Nichtbestehens einer Forderung auflösend bedingt ist (*OLG* 26, 11). Ist ein nach dem *BGB* zur Eigentümerhypothek führender Tatbestand eingetreten, so hat der Übergang der Hypothek stattgefunden; ein später eintretender Tatbestand nach den §§ 868, 932 Abs 2 *ZPO* kann eine Änderung nicht mehr herbeiführen; umgekehrt können die Vorschriften des *BGB* einen bereits nach den Bestimmungen der *ZPO* eingetretenen Übergang der Hypothek nicht mehr nachträglich beeinflussen (*RG* 78, 407). Aus einer nichtigen Hypothekenintragung, auch der einer Zwangs- und Arresthypothek, kann eine Eigentümergrundschuld überhaupt nicht entstehen (*A* 1; § 1177 *A* 1).

7. Die dem Eigentümer bis zur Übergabe des Briefes (als Briefgrundschuld: *A* 3) zustehende Hypothek wird zur wirklichen Hypothek des Gläubigers, wenn diesem der Brief vom Eigentümer übergeben wird (§ 1117). Vorausgesetzt ist dabei, daß die gesicherte Forderung entstanden und nicht inzwischen erloschen ist. Andernfalls steht nach Abs 1, der auch für die Briefhypothek des Abs 2 gilt, die Hypothek trotz Übergabe des Briefes doch noch immer dem Eigentümer als Briefgrundschuld zu (*RG* 69, 40; *JB* 1912, 402²⁴; *RGSt* 39, 184). Aber auch die Briefhypothek wird von dem Gläubiger schon mit der Eintragung erworben, wenn vorher die Aushändigung des Briefes an den Gläubiger gemäß § 1117 Abs 2 vereinbart und die zu sichernde Forderung gleichfalls vorher entstanden ist (§ 1117 *A* 4). § 1163 Abs 2 findet gemäß § 1192 auch auf Briefgrundschulden Anwendung (*RG* 77, 108; § 1192 *A* 1 Abs 3).

§ 1164

Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger¹⁾, so geht die Hypothek insoweit auf ihn über²⁾, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann³⁾. Ist dem Schuldner nur teilweise Ersatz zu leisten, so kann der Eigentümer die Hypothek, soweit sie auf ihn übergegangen ist, nicht zum Nachtheile der Hypothek des Schuldners geltend machen⁴⁾.

Der Befriedigung des Gläubigers steht es gleich, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen⁵⁾.

§ II 1071; *B* 3 605, 630, 727f.

1. § 1164 bestimmt aus Billigkeitsgründen eine Ausnahme von der Regel des § 1163 Abs 1 Satz 2, wonach beim Erlöschen der Forderung die Hypothek (als Grundschuld) auf den Eigentümer übergeht. Für diese Ausnahme ist Voraussetzung, daß der vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner der den Gläubiger Befriedigende ist und die Forderung durch die Befriedigung zum Erlöschen bringt (*RG* 65, 417; *RGSt* 50, 209). Wird der Gläubiger von dem Schuldner, der zugleich Eigentümer ist, oder von einem Dritten, der nicht Gesamtschuldner, Mittbürge oder Ablösungsberechtigter ist (§§ 268, 426 Abs 2, 774 Abs 2, 1150), befriedigt, so gilt die Regel des § 1163 Abs 1 Satz 2 (*RG* 96, 139). Befriedigt den Gläubiger der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, so erwirbt er nach den §§ 1143, 401, 412, 1153 die Forderung mit der Hypothek (§ 1143 *A* 1, 3, 6). Unter Befriedigung sind auch im § 1164 alle Rechts-handlungen zu verstehen, die das Erlöschen der Forderung herbeiführen (§ 1163 *A* 5). Auch der Erlaß durch Vertrag gemäß § 397 gehört dazu (für). Dies wird bestätigt durch Abs 2, wonach auch die Vereinnung von Forderung und Schuld der Befriedigung gleichsetzen soll.

2. Die Hypothek geht auf den persönlichen Schuldner insoweit über, als er Ersatz verlangen kann. Kann er nur für einen Teil des aus seinem Vermögen zur Befriedigung des Gläubigers geleisteten Ersatz beanspruchen, so geht beim Erlöschen der Forderung der andere Hypothekenteil nach der Regel des § 1163 Abs 1 Satz 2 (*A* 1) auf den Eigentümer über, und zwar gemäß § 1177 Abs 1 als Grundschuld. Das Rangverhältnis zwischen den beiden Hypothekenteilen behandelt *A* 4. Es fragt sich nun, ob die Hypothek insoweit, als der Erlasanpruch besteht, als wirkliche

Hypothek oder als Grundschuld auf den Schuldner übergeht, und ob, wenn ersteres zutrifft, die durch die Hypothek gesicherte Forderung auch ferner die ursprüngliche Forderung (in Höhe des Ersatzanspruchs) oder nunmehr die Ersatzforderung ist. Abzulehnen ist zunächst, daß die Hypothek zur Grundschuld wird. Das Gesetz enthält keine Bestimmung, daß die „Hypothek“, die auf den Schuldner übergehen soll, sich ebenso wie im Falle der Vereinerung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person nach § 1177 Abs 1 in eine Grundschuld verwandeln soll. Die auf den Schuldner übergehende Hypothek bleibt also eine wirkliche Hypothek (Prot 3, 728; RG 81, 82; NZ 11, 302). Einer Hypothek muß aber begrifflich (§ 1113) eine Forderung zugrunde liegen. Diese Forderung kann nur die Ersatzforderung sein. Dem einerseits muß die ursprüngliche Forderung, die der persönliche Schuldner befriedigt, naturgemäß erlöschen, und anderenteils erlangt der Schuldner gerade erst dadurch einen Ersatzanspruch, daß er die Forderung aus seinen Mitteln tilgt. Der Eigentümer kann aber nicht durch diese Tilgung zum persönlichen Schuldner der ursprünglichen Forderung werden. Auszuschließen ist hierbei freilich, weil nicht von § 1164 betroffen, der Fall, daß neben dem befriedigenden Schuldner auch der Eigentümer selbst Schuldner ist, daß also für die Forderung ein Gesamtschuldverhältnis besteht (z. B. wenn beide gemeinsam ein Darlehn aufgenommen haben und der Eigentümer für das Darlehn Hypothek bestellt hat). Befriedigt ein Gesamtschuldner, der nicht zugleich Eigentümer ist, den Gläubiger, so geht auf ihn, soweit er von dem anderen Gesamtschuldner (und Eigentümer) Ausgleichung verlangen kann, die Forderung des Gläubigers gegen den letzteren gemäß § 426 Abs 2 über und insoweit daher gemäß den §§ 401, 412, 1153 auch die Hypothek, so daß diese in seiner Hand als Hypothek für die ursprüngliche Forderung (in Höhe des Ausgleichungsanspruchs) besteht (RG 65, 414; 67, 130; RGZ 50, 209; § 1143 A 3). Dasselbe gilt nach den §§ 774, 401, 412, 1153, wenn der Bürge die Forderung, für die der Eigentümer auch persönlich haftet, an den Gläubiger bezahlt (RG 65, 139). In den Fällen des § 1164 dagegen tritt ebenso, wie die Hypothek kraft Gesetzes auf den Schuldner übergeht, die Ersatzforderung kraft Gesetzes an Stelle der ursprünglichen Forderung in die Hypothekensicherung ein, und zwar in der Weise, daß nunmehr der Eigentümer oder der etwa ersatzpflichtige Rechtsvorgänger im Eigentum der persönliche Schuldner dieser Hypothekforderung ist (RG 129, 30; JW 1926, 359³). Für die Einwendungen, die gegen die Schuldfrage oder die dingliche Klage des früheren Schuldners, jetzigen Gläubigers, erhoben werden können (vgl. über die dingliche Klage § 1137), gilt nichts anderes als sonst, wenn der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist. Nur richten sich die aus dem persönlichen Schuldverhältnis zu entnehmenden Einwendungen jetzt gegen das Bestehen der Ersatzverpflichtung. Dem zum Gläubiger gewordenen Schuldner steht aber für seinen Rechtsserwerb der Schutz des § 892 nicht zur Seite, da er die Hypothek nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes erwirbt (§ 892 A 4). — Der Schuldner hat nach § 1167 gegen den von ihm befriedigten Gläubiger die Rechte aus den §§ 1144, 1145 auf die zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Urkunden (RG JW 1926, 359³). Will er die Hypothek auf seinen Namen umschreiben lassen, so muß er nicht nur diese Urkunden (z. B. Quittung des Gläubigers, Hypothekenbrief) dem Grundbuchamt vorlegen, sondern auch urkundlich (§ 29 GB) nachweisen, daß ihm eine Ersatzforderung zusteht. Ist über das Schuldverhältnis keine Urkunde errichtet, so ist der Nachweis zu führen durch ein Anerkenntnis des Eigentümers oder durch ein Urteil gegen ihn. Der Berichtigungsanspruch kann vorläufig durch einen Widerspruch (§ 899), aber nicht durch eine Vormerkung (§ 883) gesichert werden; doch kann und muß das Grundbuchamt eine einstweilige Verfügung und ein Eintragungsersuchen, die auf Eintragung einer „Vormerkung“ lauten, in das Begehren nach Eintragung eines Widerspruchs zur Sicherung des Grundbuchberichtigungsanspruchs umdeuten (JW 1937, 2918²). — Eine Pfändung des Ersatzanspruchs kann infolge seiner Verbindung mit der Hypothek nur nach Maßgabe des § 830 ZPO erfolgen, nicht nach § 829 (RG 81, 75). — § 1164 gilt für alle Hypothekenarten, auch für die Sicherungshypothek. Eine Änderung der Art (z. B. Umwandlung der Verkehrshypothek in eine Sicherungshypothek und umgekehrt) bewirkt der Übergang auf den Schuldner nicht. Für die Gesamthypothek gibt § 1174 Sonderbestimmungen. Die Anwendbarkeit des § 1164 auf Hypotheken des früheren Rechtes regelt Art 192 GB (dazu RG 53, 378). Auf Grundschulden ist § 1164 unanwendbar (§ 1192 A 1). Unzulässig ist eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung einer Hypothek im Falle ihres Übergangs auf den persönlichen Schuldner (§ 1179 A 6).

3. Der persönliche Schuldner kann nach der von ihm bewirkten Tilgung der Forderung z. B. dann von dem Eigentümer Ersatz verlangen, wenn bei der Veräußerung eines Grundstücks, das mit einer Hypothek für eine Schuld des Veräußerers belastet ist, die Übernahme der Schuld durch den Erwerber vereinbart war, die persönliche Haftung des Veräußerers aber fortbesteht, weil die Schuldübernahme mangels Genehmigung des Gläubigers nicht gemäß den §§ 416, 416 zustande gekommen ist (RG 53, 382; 58, 425; 65, 137; 81, 71; 129, 30; 143, 284; JW 1908, 32⁷; 1926, 359³; NZ 11, 302; OLG 31, 128; 45, 23). Dies gilt auch dann, wenn im Falle der Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks der Ersteher eine bestehenbleibende Hypothek, für die der Vollstreckungsschuldner persönlich haftet, gemäß § 53 Abs 1 ZVG übernommen hat (RG 89, 78). Weitere Beispielsfälle für einen Ersatzanspruch des persönlichen Schuldners gegen den Eigentümer: Der persönliche Schuldner ist eine Darlehensschuld unter Hypothekbestellung des Eigentümers eingegangen,

um das Geld zur Befriedigung eines Anspruchs des Eigentümers gegen ihn an diesen zahlen zu lassen; demnächst erweist sich der Anspruch als nicht bestehend (RG 53, 378). Wenn ein Hypothekengläubiger, der einen vollstreckbaren Schuldtitel nur wegen seiner persönlichen Forderung erlangt hat, auf Grund dieses Schuldtitels die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks betreibt und bei der Kaufgeldverteilung den baren Versteigerungserlös für die persönliche Forderung in Anspruch nimmt, so geht seine in das geringste Gebot gefallene Hypothek, soweit er aus dem dem Schuldner gehörenden Versteigerungserlöse wegen der Forderung befriedigt wird, auf den Schuldner (früheren Eigentümer) als Hypothek für dessen Ersatzanspruch gegen den Ersteher (§ 53 ZVG mit §§ 415, 416 BGB) über (RG 76, 120). Vgl. auch die §§ 2166 ff. Wenn mehrere Personen Gesamtschuldner der Hypothekensforderung sind und einer von ihnen den Hypothekengläubiger befriedigt, so ergibt sich die Art des Ersatzanspruchs aus § 1166 A 1 a. E. — Ein Ersatzanspruch im Sinne des § 1164 besteht z. B. nicht, wenn der nach der Auflassung als Eigentümer eingetragene Käufer einen Hypothekengläubiger befriedigt und dann die Auflassung durch Anfechtung des Verkäufers gemäß § 142 von Anfang an nichtig wird, der Verkäufer also in Wirklichkeit Eigentümer geblieben ist (RG 80, 321). Desgleichen nicht, wenn bei einem Grundstückskauf die Vertragsschließenden die Übernahme einer Hypothek von der Entschließung des Hypothekengläubigers, die Hypothek stehen zu lassen, abhängig machen und wenn dann die Verbindung dadurch ausfällt, daß der Hypothekengläubiger sich entschließt, die Hypothek sich auszahlen zu lassen. Zahlt darauf der Verkäufer und persönliche Schuldner die Hypothek an den Gläubiger aus, so hat er gegen den Käufer keinen Ersatzanspruch, sondern nur eine Kaufgeldforderung aus dem Verträge, die unabhängig von der Hypothek besteht. In diesem Falle erlischt die hypothekarisch gesicherte Forderung, und die Hypothek wird zur Eigentümergrundschuld, so daß nunmehr eine durch Grundschuld gesicherte Kaufgeldforderung vorhanden ist, die — entwertet — der freien Aufwertung nach § 63 Abs 3 AufwG unterlag (RG 131, 154). — Der Übergang der Hypothek auf den persönlichen Schuldner vollzieht sich auch dann, wenn nicht der gegenwärtige Eigentümer selbst, sondern ein **Rechtsvorgänger im Eigentum**, also irgendein früherer Eigentümer, der Ersatzpflichtige ist. Hat der gegenwärtige Eigentümer das Grundstück durch Zuschlag der Zwangsversteigerung erworben, so ist allerdings sein Eigentum kein vom Vollstreckungsschuldner abgeleitetes Recht; er ist auch nicht Rechtsnachfolger des Vollstreckungsschuldners (RG 80, 351; 89, 79). Dennoch ist der Vollstreckungsschuldner und frühere Eigentümer als Rechtsvorgänger des Erstehers im Sinne des § 1164 (und also auch des § 1165) anzusehen. Denn aus dem allgemeinen Ausdruck „Rechtsvorgänger“ im § 1164 ist nicht zu entnehmen, daß der gegenwärtige Eigentümer ein von dem früheren Eigentümer abgeleitetes Eigentum haben muß. Auch ist nicht ersichtlich, weshalb dem persönlichen Schuldner, der einen Ersatzanspruch gegen den früheren Eigentümer erlangt, weniger Sicherung dann gewährt sein sollte, wenn der gegenwärtige Eigentümer das Grundstück durch freiwillige Veräußerung vom früheren Eigentümer erworben hat. Übrigens ist der Vollstreckungsschuldner im § 53 Abs 1 ZVG für den dort behandelten Fall auch als „Veräußerer“ bezeichnet (RG 89, 80). Könnte der persönliche Schuldner, wenn er den Gläubiger befriedigen würde, von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen und für diesen Ersatzanspruch gemäß § 1164 die Hypothek in Anspruch nehmen, so kann er einer Klage des Eigentümers, der den Gläubiger befriedigt und sich nunmehr auf § 1143 beruft, eine die Klage abwehrende Einwendung entgegensetzen (RG 143, 278).

4. Daß bei dem auf einen Teil beschränkten **Ersatzanspruch der Eigentümer** die Hypothek **nicht zum Nachteil der Hypothek des Schuldners** geltend machen kann, bedeutet: Der auf den befriedigenden persönlichen Schuldner übergehende Hypothekenteil hat als Hypothek für den teilweisen Ersatzanspruch den Vortang vor der durch die Tilgung der Forderung auf den Eigentümer als Grundschuld übergehenden (A 2) Resthypothek. Ähnliche Vorschriften finden sich in den §§ 268, 426, 774, 1176, 1607, 1709 (dazu RG 76, 198).

5. Eine **Bereinigung von Forderung und Schuld in einer Person** findet z. B. statt, wenn der Schuldner den Gläubiger oder dieser jenen beerbt, oder wenn der Gläubiger das Grundstück vom Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner der Hypothekensforderung ist, erwirbt und dabei die Hypothek in Anrechnung auf den Erwerbspreis übernimmt (BVG 31, 196). Da die **Bereinigung der Befriedigung des Gläubigers gleichstehen soll**, so erlischt zwar durch die Bereinigung die Hypothekensforderung; wenn aber der Schuldner im Falle der Befriedigung des Gläubigers vom Eigentümer (oder einem Rechtsvorgänger) Ersatz verlangen könnte, wird die Hypothek für die Forderung gegen den Schuldner zur Hypothek für die Ersatzforderung gegen den Eigentümer (oder den Rechtsvorgänger), der nunmehr der persönliche Schuldner ist (A 2). Andersfalls wird die Hypothek zur Grundschuld des Eigentümers (§ 1163 Abs 1 Satz 2). — § 1164 Abs 2 ist entsprechend anwendbar in Fällen, wo bei Verschiedenheit von dinglichem und persönlichem Schuldner die hypothekarisch gesicherte Forderung kraft Gesetzes aus bestimmten, in der Person des persönlichen Schuldners begründeten Umständen erlischt, z. B. beim Erlöschen eines hypothekarisch gesicherten Anspruchs des Fürsorgeverbands auf Grund des Gesetzes über die Befreiung von der Pflicht zum Ersatz von Fürsorgekosten v. 22. 12. 1936 (SRR 1938 Nr 726).

§ 1165

Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek oder hebt er sie nach § 1183 auf oder räumt er einem anderen Rechte den Vorrang ein¹⁾, so wird der persönliche Schuldner insoweit frei²⁾, als er ohne diese Verfügung nach § 1164 aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können³⁾.

§ II 1072; B 3 609, 636.

1. Im Zusammenhang mit § 1164 (RG 53, 381) und entsprechend der zugunsten des Bürgen im § 776 gegebenen Vorschrift gewährt § 1165 dem persönlichen Schuldner, der nicht zugleich der Eigentümer ist, Schutz gegen folgende ihm nachteilige Verfügungen des Gläubigers über die Hypothek: den **Verzicht auf die Hypothek** (§ 1168), die **Aufhebung der Hypothek** (§ 1183) und eine **Rangverschlechterung** (§ 880). Die Vorschrift beruht auf der Erwägung, daß im Verkehr die persönliche Haftung des Schuldners nur zur Ergänzung der etwa unzulänglichen dinglichen Sicherheit dient (Prot 3, 609). Unter die vom § 1165 umfaßten Verfügungen fällt nicht ein Geschehenlassen oder Gestatten der Verschlechterung des Grundstücks, der vom Gläubiger hätte entgegengetreten werden können (z. B. die Unterlassung von Sicherungsmaßregeln nach den §§ 1133—1135 gegen die Wegschaffung von Zubehör). Insbesondere ist hierin kein Verzicht auf die Hypothek zu erblicken, da dieser eine rechtsgeschäftliche Handlung des Gläubigers erfordert (RG 58, 428; 65, 397). Unter den Voraussetzungen des § 826 kann aber in solchen Fällen ein Schadensersatzanspruch des Schuldners gegen den Gläubiger gegeben sein (RG 58, 429). Auch ist aus dem Rechtsgedanken im § 1165 zu entnehmen, daß der persönliche Schuldner, der von dem in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks mit der Hypothek ausfallenden Gläubiger in Anspruch genommen wird, einwenden kann, der Gläubiger habe bei Wahrung der Rechte auf Befriedigung aus dem Grundstück absichtlich zum Nachteil des Schuldners gehandelt (RG 12. 10. 1910 V 565/09; 14. 12. 1910 V 34/10). Wenn nach der Zwangsversteigerung des Grundstücks der Hypothekengläubiger im Verteilungstermin einen Teilungsplan genehmigt, in dem ein anderes Recht zu Unrecht vor seiner Hypothek in Ansatz gebracht worden ist, so ist darin eine Vorrangseinräumung im Sinne des § 1165 jedenfalls dann nicht zu finden, wenn der Gläubiger nicht den Willen gehabt hat, den Rang zu ändern, sondern wenn er lediglich im Vertrauen auf die im Teilungsplan vom Gericht getroffene Anordnung über die Reihenfolge der aus dem Erlöse zu befriedigenden einzelnen Ansprüche die Verteilung genehmigt hat (OLG 38, 72). § 1165 setzt die Kenntnis des Gläubigers vom Bestehen der persönlichen Forderung voraus; jedenfalls ist die Vorschrift nicht anwendbar, wenn der Gläubiger in schulbloßer Nichtkenntnis davon gehandelt hat (RG HR 1929 Nr 199). — § 1165 findet auf alle Hypothekenarten Anwendung (§ 1164 A 2). Wegen der Gesamthypothek ist zu verweisen auf § 1174 A 2. Die Frage, ob und inwieweit § 1165 bei der Gesamthypothek auch auf den Eigentümer, der im Falle der Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers einen Ersatzanspruch gegen einen anderen Eigentümer erlangen würde, entsprechend anwendbar ist, wird in § 1173 A 7 erörtert. Dazu ist insbesondere zu beachten der in RG 89, 77 entschiedene Fall: A hatte für B an zwei Grundstücken Hypothek bestellt; C erwarb das eine Grundstück durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung und übernahm die bestehenbleibende Hypothek gemäß § 53 Abs 1 ZWO; B genehmigte die Übernahme nicht, so daß A persönlicher Schuldner blieb, aber gegen C einen Anspruch auf Befriedigung des Gläubigers B hatte. Hätte nun A den B befriedigt, so hätte er gegen C einen Ersatzanspruch erlangt (§ 1164 A 3). B erwarb demnächst in erneuter Zwangsversteigerung das vorher von C ersteigerte Grundstück durch Zuschlag und führte die Löschung der Hypothek auf diesem Grundstück herbei. A war nunmehr frei, weil er nach § 1164 wegen seines im Falle der Befriedigung des Gläubigers B ihm zustehenden Ersatzanspruchs gegen C als den Rechtsvorgänger des gegenwärtigen Eigentümers B (§ 1164 A 3 a. E.) Befriedigung aus der auf ihn übergehenden Hypothek an diesem Grundstück hätte erlangen können. — Die Anwendbarkeit des § 1165 auf Hypotheken des früheren Rechts erörtert RG 53, 378. Auf Grundschulden ist § 1165 unanwendbar (§ 1192 A 1).

2. Der Gläubiger ist an der Vornahme der in A 1 bezeichneten Verfügungen, die der Einwilligung des persönlichen Schuldners nicht bedürfen, an sich rechtlich nicht behindert. Aber **der persönliche Schuldner wird insoweit frei**, als er im Sinne des Schlüßhalbjahes durch die Verfügungen benachteiligt wird. Unter „Freiwerden“ des Schuldners ist nach dem Sprachgebrauch des BGB (vgl. § 1181 Abs 2) das Erlöschen der Schuld kraft Gesetzes zu verstehen. In dem Augenblick also, in dem die dem Schuldner nachteilige Verfügung (z. B. Entlassung eines Trennstücks aus der Pfandhaft, Gewährung des Vorrangs für eine andere Hypothek) getroffen wird, tritt das Erlöschen der Schuld ein (RG 89, 77 in A 1). Nicht etwa steht dem Schuldner, wie im Falle des § 1166, nur das Recht zu, wegen der nachteiligen Verfügung die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern und gegenüber der Schuldklage eine entsprechende Einrede zu erheben (str.; RG 58, 427). Da aber der Schuldner nur „insoweit“ frei wird, als er benachteiligt ist, so muß er allerdings gegenüber der Schuldklage Art und Umfang der Benachteiligung beweisen. Das Erlöschen der Forderung würde im Falle der Rangverschlechterung, bei der die Hypothek be-

stehen bleibt, den Übergang der Hypothek (in Höhe der Benachteiligung des Schuldners) als Grundschuld auf den Eigentümer zur Folge haben, wenn § 1163 Abs 1 Satz 2 zur Anwendung zu bringen wäre. Jedoch ist aus der nach § 880 Abs 2 Satz 2 zur Rangänderung erforderlichen Zustimmung des Eigentümers zu folgern, daß die Hypothek dem Gläubiger verbleibt, und zwar als Grundschuld (str.). — Der Schuldner kann sich auf § 1165 nicht nur dann berufen, wenn er während des Bestehens der Hypothek, sondern auch dann, wenn er erst nach dem Ausfall der Hypothek in der Zwangsversteigerung vom Gläubiger mit der Schuldforderung in Anspruch genommen wird. Denn seine Schuld war schon im Augenblick der Verfügung in Höhe seiner Benachteiligung erloschen (RG 58, 427). Übrigens kommt dies nur für den Fall der Rangverschlechterung in Betracht, da im Falle des Verzichts der Eigentümer gemäß den §§ 1168, 1177 die Hypothek als Grundschuld erwirbt und im Falle der Aufhebung die Hypothek überhaupt erlischt. — Eine Einwilligung des Schuldners in die Verfügung wird unter Umständen als ein vertragsmäßiges Anerkenntnis des Fortbestehens des Schuldverhältnisses trotz der Verfügung aufgefaßt werden können (str.). Sie kann dann ebenso wie eine Zahlung des Schuldners an den Gläubiger nach Maßgabe des § 812 Abs 1, 2 (sofern nicht § 814 entgegensteht) zurückgefordert werden, wenn sich die Benachteiligung durch die Verfügung demnächst herausstellt. Auch ist eine Vereinbarung, wodurch die Geltung des § 1165 im Voraus ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, zulässig, weil § 1165 nur schuldrechtliche Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner betrifft.

B. Voraussetzung für das Erlöschen der Schuld (A 2) infolge des Verzichts, der Aufhebung oder der Rangverschlechterung (A 1) ist, daß der persönliche Schuldner ohne diese Verfügung nach § 1164 aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können, daß er also im Falle der Befriedigung des Gläubigers eine Ersatzforderung gegen den Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger gehabt und aus der demzufolge im ursprünglichen Rechtszustand auf ihn übergegangenen Hypothek (§ 1164 A 2, 3), d. h. mit der dinglichen Forderung aus dem Grundstück (§ 1147), Befriedigung wegen seiner Ersatzforderung hätte erzielen können (RG 53, 381; 89, 77 in A 1). Hätte ihm die Hypothek auch schon vor der Verfügung (z. B. vor der Rangverschlechterung) keine Befriedigung aus dem (etwa geringwertigen) Grundstück gewährt, so bewirkt die Verfügung nicht das Erlöschen der Forderung. Andererseits bleibt die Möglichkeit einer Befriedigung des ersatzberechtigten persönlichen Schuldners aus dem sonstigen Vermögen des Eigentümers (im Wege der Schuldforderung wegen der Ersatzforderung) für die Anwendbarkeit des § 1165 außer Betracht.

§ 1166

Ist der persönliche Schuldner berechtigt, von dem Eigentümer Ersatz zu verlangen, falls er den Gläubiger befriedigt¹⁾, so kann er, wenn der Gläubiger die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt²⁾, ohne ihn unverzüglich zu benachrichtigen³⁾, die Befriedigung des Gläubigers wegen eines Ausfalls bei der Zwangsversteigerung insoweit verweigern⁴⁾, als er infolge der Unterlassung der Benachrichtigung einen Schaden erleidet⁵⁾. Die Benachrichtigung darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist⁶⁾.

§ II 1073; P 3 611 ff., 888; 4 512.

1. Im engen Zusammenhang mit den §§ 1164, 1165 gewährt § 1166 einen Schutz dem von dem Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldner, der im Falle der Befriedigung des Gläubigers von dem Eigentümer Ersatz zu verlangen berechtigt ist (§ 1164 A 3). Könnte der persönliche Schuldner nicht Ersatz verlangen, so steht ihm der Schutz nicht zur Seite, da er kein Recht darauf hat, daß er aus dem Grundstück von seiner Schuld befreit wird (Prot 3, 613). Aber auch auf andere Fälle der persönlichen Haftung für eine Hypothekenforderung, insbesondere auf das Verhältnis des Gläubigers zu einem Bürgen (§ 1164 A 2), ist diese Sonderbestimmung nicht anwendbar (RG 65, 138; Warn 1912 Nr 82; JW 1907, 30⁸²; DZ 34, 77). Hier kann aber im Einzelfall aus dem besonderen Inhalt des Schuldverhältnisses oder aus den geschäftlichen Beziehungen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 157) die vertragsmäßige Verpflichtung zu einer dem § 1166 entsprechenden Benachrichtigung sich ergeben (RG 65, 140). Dies gilt auch für das Verhältnis des Erwerbers einer Hypothek zu demjenigen, der die Hypothek unter Übernahme der Gewähr für ihre Güte übertragen hat. Läßt der Gläubiger in solchen Fällen den persönlich Haftenden geslistentlich über sein Betreiben der Zwangsversteigerung in Kenntnis, um das Grundstück billig zu erstehen und dann wegen des Ausfalls sich an den persönlich Haftenden zu wenden, so kann auch ein Schadenersatzanspruch nach § 826 gegeben sein (RG 65, 142). — § 1166 gewährt nach seinem Wortlaut nur dem persönlichen Schuldner Schutz, der gegen den „Eigentümer“ einen Ersatzanspruch hat, während § 1164 auch den persönlichen Schuldner miteinbegreift, dem ein Ersatzanspruch gegen „einen Rechtsvorgänger des Eigentümers“ zusteht. Da aber § 1166 und § 1164 in engem Zusammenhang stehen und beide Vor-

schriften denselben Zweck verfolgen, nämlich den, einen nur persönlich verpflichteten Schuldner, dem ein Erfasanspruch gegen den dinglich Verpflichteten zusteht, mit Rücksicht hierauf dagegen zu schützen, daß er durch seine Inanspruchnahme seitens des Gläubigers eine Vermögenssündbuße erleide, so ist auch für die Anwendung des § 1166 dem Bestehen eines Erfasanspruchs gegen den gegenwärtigen Eigentümer das Bestehen eines Erfasanspruchs gegen einen Rechtsvorgänger des Eigentümers, also gegen einen früheren Eigentümer (§ 1164 Abs 3), gleichzustellen. Dies ist umso mehr berechtigt, als die 2. Kommission, auf deren Beschlüssen die Vorchrift beruht (Prot 3, 613), durch die Bestimmung des Erfasanspruchs als Erfordernis nur bezweckte, den Fall auszuscheiden, daß der persönliche Schuldner auch dem Eigentümer gegenüber zur Tragung der Schuld verbunden wäre. Hieraus wird in *RG JW* 1916, 1409² die Anwendbarkeit des § 1166 auf folgenden Tatbestand gefolgert: Der gegenwärtige Eigentümer hatte das Grundstück von einer offenen Handelsgesellschaft, die persönliche Schuldnerin einer Restkaufhypothek war, unter Übernahme der Hypothek erworben; einem aus der Gesellschaft ausgeschiedenen, aber nach den §§ 128, 159 *HGB* für die persönliche Schuld noch mithaftenden Gesellschafter hätte also im Falle der Befriedigung des Hypothekengläubigers ein Erfasanspruch gegen einen Rechtsvorgänger des Eigentümers zugestanden, weil er nach § 738 Abs 1 *BGB*, § 105 Abs 2 *HGB* Erfas seiner Anwendung von der Gesellschaft hätte verlangen können. Dieser Erfasanspruch ist jedoch kein solcher im Sinne des § 1166. Denn er beruht auf dem Gesellschaftsverhältnis, nicht auf Rechtsbeziehungen zwischen dem schuldrechtlich Verpflichteten und der Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als früherer Grundstückseigentümerin. Vielmehr verhält es sich hier nicht anders, als wenn mehrere Personen Gesamtschuldner der Hypothekenforderung sind und einer von ihnen die dem Eigentümer (hier nach § 415 Abs 3) obliegende Verpflichtung, den Hypothekengläubiger zu befriedigen, an Stelle des Eigentümers erfüllt. Sofern der den Hypothekengläubiger befriedigende Gesamtschuldner nicht aus dem Verpflichtungsverhältnis des Eigentümers gegenüber den Gesamtschuldnern für sich allein (vgl. §§ 420, 428) einen vertraglichen Anspruch auf Erfas des Geleisteten gegen den Eigentümer hat, steht ihm doch jedenfalls gegen diesen wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812) ein Erfasanspruch zu. Von diesem rechtlichen Gesichtspunkt aus erscheint die besprochene Entscheidung im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung, zutreffend. — § 1166 findet auf alle Hypothekenarten Anwendung, auch auf Hypotheken des früheren Rechts (*DVG* 8, 114), aber nicht auf Grundschulden (§ 1192 Abs 1).

2. Nur wenn der Gläubiger selbst die Zwangsversteigerung betreibt, liegt ihm die Benachrichtigungspflicht ob. Von einer Zwangsversteigerung, die ein anderer betreibt, brauchen die Hypothekengläubiger ihre persönlichen Schuldner nicht zu benachrichtigen (Prot 3, 612; *RG* 65, 138; *JW* 1902 Weil 222⁷⁰; *DVG* 29, 369). Jedoch ist der einem bereits eingeleiteten Verfahren beitretende Gläubiger einem betreibenden Gläubiger auch insoweit gleichzustellen (§ 27 *ZVG*; *DVG* 8, 145; 29, 369).

3. Der Gläubiger hat den persönlichen Schuldner unverzüglich zu benachrichtigen, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs 1 Satz 1), sobald (*DVG* 12, 136) auf seinen Antrag die Zwangsversteigerung eingeleitet oder sein Beitritt zum Verfahren zugelassen ist (A 2). Dem Schuldner soll dadurch Gelegenheit gegeben werden, durch eigenes Mitbieten oder Herbeischaffung anderer Bieter den Ausfall der Hypothek des Gläubigers zu verhindern (Prot 3, 612; *DVG* 26, 159). Die Benachrichtigung muß der Einleitung der Zwangsversteigerung nachfolgen und die Mitteilung enthalten, daß die Zwangsversteigerung eingeleitet sei. Eine vorhergehende Benachrichtigung, daß der Gläubiger (z. B. wegen Nichtzahlung der Hypothekenzinsen) beabsichtige, die Zwangsversteigerung zu betreiben, genügt nicht (*DVG* 26, 159). Von dem weiteren Verfahren, insbesondere von der Anberaumung des Versteigerungstermins, muß sich der Schuldner auf Grund der Benachrichtigung selbst Kenntnis verschaffen. Die Frage der Schadensersatzpflicht eines vom Gläubiger bevollmächtigten Rechtsanwalts, der die Benachrichtigung des Schuldners unterlassen hat, behandelt *RG JW* 1909, 496¹⁰. Sind mehrere Personen Gesamtschuldner der Hypothekenforderung, so muß der Gläubiger, wenn er seinen Anspruch gegen alle Gesamtschuldner sich ungeschwächt erhalten will, jeden für sich über das Versteigerungsverfahren unterrichten (§ 425; *RG JW* 1916, 1409²; A 1).

4. Bei einer Unterlassung der Benachrichtigung erlischt nicht die Schuld kraft Gesetzes, wie im Falle des § 1165 (dort A 2), sondern der Schuldner kann die Befriedigung des Gläubigers wegen des Ausfalls verweigern. Dem Schuldner steht also gegenüber der Schuldfrage des Gläubigers nur eine Einrede auf Abzug des Schadensbetrags von der an sich bestehenden Forderung zu. Hat der Schuldner noch rechtzeitig vor dem Versteigerungstermin anderweit (z. B. weil er selbst Hypothekengläubiger war) Kenntnis von dem Verfahren erlangt, so kann er den Einwand nicht erheben, weil sein Schaden dann nicht in ursächlichem Zusammenhang mit der Unterlassung der Benachrichtigung seitens des Gläubigers steht (Prot 3, 613; *RG* 54, 372; *Wam* 1911 Nr 273; *Gruch* 61, 137). Auf das Recht, das § 1166 ihm gewährt, kann der Schuldner im voraus verzichten. Da jedoch ein solcher Verzicht lediglich das persönliche Schuldverhältnis betrifft, ist er nicht eintragungsfähig (str.).

5. Der Schuldner muß gegenüber der Schuldklage beweisen, daß und zu welchem Betrage er infolge der Unterlassung einen Schaden erlitten hat. Denn nur insoweit, als dies der Fall ist, kann er die Befriedigung des Gläubigers verweigern (RG Bruch 61, 139). Er hat also darzutun, daß er, wenn der Gläubiger ihn von der Zwangsversteigerung rechtzeitig (A 3) benachrichtigt hätte, in der Lage gewesen wäre, selbst oder durch andere die Hypothekenforderung auszubieten und hierdurch den Ausfall des Gläubigers zu verhindern (RG 54, 374). Ferner muß er im Bestreitungsfall nachweisen, daß ihm im Falle der Befriedigung des Gläubigers eine Ersatzforderung gegen den Eigentümer zustände (A 1). Behauptet der Gläubiger, daß er den Schuldner unverzüglich benachrichtigt habe, so muß er dies beweisen. Denn aus § 1166 ergibt sich, daß der Gläubiger, der die Zwangsversteigerung selbst betreibt, die gesetzliche Verpflichtung zur Benachrichtigung hat; die Erfüllung dieser Verpflichtung ist also zur Rechtfertigung der Ausfallklage erforderlich (str.; RG 54, 373). Entspricht der Versteigerungszpreis dem wirklichen Wert des Grundstücks, so wird ein Schaden des Schuldners nicht nachweisbar sein. Hat der Gläubiger das Grundstück selbst ersteigert, so braucht er sich den Betrag, um den der Wert des Grundstücks den Versteigerungszpreis übersteigt, nicht abrechnen zu lassen, da er keinen Schadenersatzanspruch, bei dem eine Ausglei chung mit dem erlangten Vorteil stattzufinden hätte, geltend macht, sondern eine Forderung auf Grund des ursprünglichen Schuldverhältnisses (RG 65, 57). Den Fall, daß der Gläubiger nur einen Teil seiner Ausfallforderung geltend macht, behandelt das Urteil RG 54, 374 ff.

6. Da nur dann die Benachrichtigung unterbleiben darf, wenn sie untunlich ist, muß der Gläubiger, der die Benachrichtigung unterlassen hat, die Untunlichkeit (z. B. wegen des unbekanntem Aufenthaltsorts des Schuldners) beweisen, wenn er sich darauf beruft. Ist der Schuldner von seinem früheren Wohnort bezogen und kommt ein an ihn gerichtetes Benachrichtigungsschreiben als unbestellbar von der Post zurück, so braucht der Gläubiger keine Nachforschungen nach dem Verbleib des Schuldners anzustellen; die Benachrichtigung hat dann vielmehr als untunlich zu gelten (DZ 31, 352).

§ 1167

Erwirbt der persönliche Schuldner, falls er den Gläubiger befriedigt, die Hypothek¹⁾ oder hat er im Falle der Befriedigung ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs²⁾, so stehen ihm die in den §§ 1144, 1145 bestimmten Rechte zu³⁾.

© J 1096, 1119 II 1074; M 3 731, 758; B 3 610, 665.

1. Der von dem Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner erwirbt im Falle der Befriedigung des Gläubigers die Hypothek: wenn er vom Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann (§ 1164 A 2, 3); wenn die Forderung mit der Hypothek (wie z. B. in den Fällen der Gesamtschuld oder der Bürgschaft: § 1164 A 2) auf ihn übergeht; im Falle der Gesamthypothek, wenn er vom Eigentümer eines der Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann (§ 1174).

2. Der vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner hat im Falle der Befriedigung des Gläubigers ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs z. B.: wenn durch die Hypothekbestellung für seine Schuld Sicherheit vom Eigentümer geleistet worden ist; wenn er beim Verkauf des Grundstücks sich dem Erwerber gegenüber zur Freistellung des Grundstücks von der Hypothek verpflichtet hat.

3. In den in A 1, 2 bezeichneten Fällen kann der persönliche Schuldner vom Gläubiger nicht nur, wie sonst, Quittung über die Zahlung (§ 368) und Rückgabe des Schuldscheins (§ 371) sowie in den Fällen des Hypothekübergangs kraft Gesetzes Anerkennung dieses Übergangs in urkundlicher Form (§§ 410, 412) verlangen, sondern ihm stehen auch auf Grund des seine Rechte erweiternden § 1167 die in den §§ 1144, 1145 bezeichneten Rechte zu, also die Rechte, die durch diese Vorschriften dem den Gläubiger befriedigenden Eigentümer gegeben sind. Das Nähere hierüber ist in den Erläuterungen zu diesen Paragraphen gesagt. Hervorzuheben ist hier, daß der Schuldner bei der Briefhypothek vom Gläubiger, den er vollständig befriedigt, die Aushängung des Briefs (§ 1144), im Falle teilweiser Befriedigung aber die Vorlegung des Briefs zu den im § 1145 bezeichneten Zwecken (Grundbuchberichtigung, Löschung, Teilhypothekenbrief) verlangen kann (§ 1145). Will er in den Fällen der A 1 die Hypothek auf seinen Namen umschreiben lassen, so muß ihm der Gläubiger ein Befriedigungsbekanntnis in der Form des § 29 GBD ausstellen (§ 1144). Für den weiter erforderlichen Nachweis einer Ersatzforderung, über deren Bestehen der Gläubiger keine Auskunft geben und daher auch keine bestätigende Urkunde ausstellen kann, gelten sinngemäß die Ausführungen in § 1164 A 2. Soll in den Fällen der A 2 die Hypothek gelöscht werden, so genügt eine vom Gläubiger in der Form des § 29 GBD ausgestellte Löschungsbewilligung. Jedoch bedarf es zur Löschung nach § 27 GBD auch der Zustimmung des Eigentümers. Die Vorschrift des § 1167 gilt für alle Hypothekenarten, aber nicht für Grundschuld (§ 1192 A 1).

§ 1168

Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek¹⁾, so erwirbt sie der Eigentümer²⁾.

Der Verzicht ist dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer gegenüber zu erklären³⁾ und bedarf der Eintragung in das Grundbuch⁴⁾. Die Vorschriften des § 875 Abs 2 und der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung⁵⁾.

Verzichtet der Gläubiger für einen Teil der Forderung auf die Hypothek, so stehen dem Eigentümer die im § 1145 bestimmten Rechte zu⁶⁾.

§ 1 1091 II 1075; Nr 3 719; § 3 602.

1. Nach § 875 ist zur Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück die Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe, und die Löschung des Rechts im Grundbuch erforderlich. Dabei ist es gleichbedeutend, ob der Berechtigte erklärt, er gebe das Recht auf oder er verzichte auf das Recht (Prot 3 S. 70, 616). Bei der Hypothek aber ist zu unterscheiden zwischen dem **Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek** und der Aufhebung der Hypothek (RG 78, 69). Ein Verzicht liegt nach § 1168 Abs 2 Satz 1 vor, wenn der Gläubiger eine gewisse Erklärung hinsichtlich des hypothekarischen Rechts in der Form des Abs 2 Halbs 1 abgegeben hat und der Inhalt dieser Erklärung in das Grundbuch eingetragen ist. Die Aufhebung der Hypothek dagegen ist nach den §§ 875, 1183 zustande gekommen, wenn der Gläubiger eine gewisse Erklärung hinsichtlich der Hypothek in der Form des § 875 Satz 2 abgegeben, der Eigentümer seine Zustimmung zur Aufhebung erklärt hat und die Hypothek im Grundbuch gelöscht ist. Der Verzicht hat nicht die Wirkung, daß das hypothekarische Recht erlischt, sondern bewirkt nur, daß der Verzichtende seines Gläubigerrechts verlustig geht und das hypothekarische Recht vom Eigentümer erworben wird (Prot 3, 602; RG 78, 69; JFG 4, 437). Deshalb wird die Erklärung des Verzichtenden etwa dahin zu lauten haben: „Ich verzichte auf die mir an der Hypothek zustehenden Rechte“, und wird demgemäß in das Grundbuch einzutragen sein: „Der Gläubiger hat auf die ihm an der Hypothek zustehenden Rechte verzichtet.“ Will der Gläubiger dagegen die Hypothek zur Aufhebung bringen, so wird er, ohne Beziehung auf seine persönliche Berechtigung, gemäß § 875 etwa zu erklären haben: „Die Hypothek wird aufgegeben.“ In beiden Fällen sind die Erklärungen einseitige. Auch im Falle der Aufhebung ist aus dem weiteren Erfordernis der Zustimmung des Eigentümers nicht etwa zu folgern, daß ein dinglicher Vertrag zwischen Gläubiger und Eigentümer notwendig sei; vielmehr ist die Zustimmung auch eine einseitige Erklärung (Prot 3, 615). Verzichtserklärung und Aufhebungserklärung müssen nur inhaltlich voneinander verschieden sein und ergeben, daß der Wille des Verzichtenden nur auf die Beseitigung seines hypothekarischen Gläubigerrechts, der Wille des Aufhebenden (z. B. bei Entpfung eines Grundstücksteils) auf die Beseitigung des Hypothekarrechts überhaupt gerichtet ist (RZM 3, 35; 11, 155; RGZ 25 A S. 275, 316; DZ 15, 380; § 875 U 3). Eine Löschungs-bewilligung z. B. ist keine Verzichtserklärung. Ob darin sachlich eine Aufhebungserklärung zu erblicken ist, wird nach Lage des Einzelfalls unter Berücksichtigung der zugrunde liegenden Rechtsvorgänge zu entscheiden sein. Formellrechtlich (§ 19 GBD) rechtfertigt sie jedenfalls den Antrag auf Löschung der Hypothek (wenn der Eigentümer zustimmt: § 27 GBD), aber nicht den Antrag auf Eintragung eines Verzichts (RGZ 32 A 260; 38 A 275; RZM 8, 41; 10, 242; JFG 18, 203). Dies gilt auch von einem Urteil, durch das der Hypothekengläubiger zufolge Anfechtung des Konkursverwalters (§§ 29 ff. KO) zur Bewilligung der Löschung der für ihn vom Gemeinschuldner bestellten Hypothek (gemäß § 894 BGD) verurteilt worden ist (RGZ 39 A 226). Die löschungsfähige Quittung des Hypothekengläubigers enthält regelmäßig weder eine Aufgabenerklärung nach § 875 noch eine Verzichtserklärung nach § 1168, sondern lediglich die materiellrechtliche Erklärung des § 368 BGB in Ansehung der persönlichen Forderung und die formale Grundbucheintragung nach § 19 GBD (JFG 11, 184). Laßt der Eigentümer dann die kraft Gesetzes (§ 1163) auf ihn übergegangene Hypothek löschen, so enthält sein Lösungsantrag die Aufgabenerklärung des § 875 und zugleich die Zustimmung des § 1183 (RG HR 1931 Nr 1643). — Der Verzicht hat nicht zur Folge, daß die persönliche Forderung erlischt. Vielmehr bleibt diese für den Verzichtenden bestehen (RG Warn 1911 Nr 191; RZM 3, 36), sofern er sie nicht durch einen (formlos gültigen) Erlaßvertrag mit dem persönlichen Schuldner gemäß § 397 aufhebt. Durch einen solchen Vertrag wird übrigens die Hypothek nach den §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 ebenfalls zur Eigentümergrundschuld, es sei denn, daß der Schuldner infolge der Befriedigung des Gläubigers durch den Erlaß eine Erlaßforderung gegen den Eigentümer erlangt und daher § 1164 Platz greift (§ 1164 U 1). Steht bei einer Höchstbetragshypothek die Nichtentstehung der gesicherten zukünftigen Forderung ganz oder zu einem Teil bereits fest, so hat eine Verzichtserklärung des eingetragenen Gläubigers nicht die Bedeutung des § 1168. Vielmehr bedeutet sie nur das Anerkenntnis des Gläubigers, daß die Forderung nicht entstanden und die der vorläufigen Eigentümergrundschuld anhaftende auslösende Bedingung (§ 1190 U 1) nunmehr im Umfange des Verzichts endgültig in Wegfall gekommen sei; an der Eigentümergrundschuld selbst ändert der Verzicht nichts (RG 97, 228). — § 1168 findet auf alle Hypothekenarten Anwendung, auch auf Sicherungshypotheken. Eine Ausnahmebestimmung gibt § 1178 Abs 2

bei der Hypothek für Rückstände an Zinsen usw. und für Kosten. Unanwendbar ist § 1168 auf Hypothekvermerkungen (§ 883 A 8). Den Verzicht auf eine Grundschuld behandelt § 1192 A 1 Abs 2, 3. — Ist die nicht in das geringste Gebot aufgenommene Hypothek gemäß den §§ 52, 91 ZBG durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung erloschen, so kann weder ein Verzicht nach § 1168 noch eine Aufhebung nach den §§ 875, 1183 mehr in Frage kommen. Denn die Hypothek bleibt zwar zunächst auch noch nach dem Zuschlag bis zur Berichtigung des Grundbuchs auf Grund des Erschens des Vollstreckungsgerichts (§ 130 ZBG) im Grundbuch eingetragen, besteht aber als dingliches Recht an dem zwangsversteigerten Grundstück nicht mehr. An ihre Stelle ist das Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse getreten (RG 55, 264; 63, 216; 69, 251; 71, 412; 76, 377; 121, 75). Streitig ist, ob dieses Recht auf den Vollstreckungsschuldner übergeht, wenn der Gläubiger nach dem Zuschlag, insbesondere im Verteilungstermin, auf die Geltendmachung des Rechts verzichtet. Dies ist zu verneinen. Das Hypothekenrecht als solches ist durch den Zuschlag nicht minder beseitigt, als wenn es rechtsgeschäftlich aufgehoben und im Grundbuch gelöscht wäre. Auch ist der Vollstreckungsschuldner nicht mehr Eigentümer des Grundstücks (§ 90 ZBG), so daß eine Eintragung des Verzichts auf ein Recht an seinem Grundstück nicht stattfinden kann. Der Ersteher ist zwar Eigentümer, aber sein Grundstück ist mit dem Hypothekenrecht nicht belastet. Auch die Vertreter der gegenteiligen Meinung wollen die für eine bestehende Hypothek geltenden Grundätze, insbesondere den § 1168, auch das Recht am Versteigerungserlöse nur entsprechend zur Anwendung gebracht wissen, weil das Hypothekenrecht nach dem Erlöschen sich an dem Versteigerungserlöse fortsetze und dieser dem Vollstreckungsschuldner gehöre. Letzteres ist allerdings richtig. Nach dem aus den §§ 10, 37 Nr 5, 92, 109, 110, 118, 128 ZBG sich ergebenden Grundsatz, daß der Versteigerungserlös an die Stelle des Grundstücks tritt, ergreift das Ersatzrecht im Verhältnis zu anderen Rechten am Grundstück, namentlich hinsichtlich des Ranges, den Versteigerungserlös in denselben Grenzen der Befugnisse und Beschränkungen, wie sie für die Hypothek aus dem Stande der Grundstücksbelastungen folgten (RG 55, 264; 69, 251; 71, 413; 76, 377; 101, 120; 123, 339; 125, 367; 127, 355; JW 1908, 555¹⁰; RM 12, 275). Aber ein Hypothekenrecht und überhaupt ein Recht am Grundstück ist das Ersatzrecht nicht, da es nicht an einem Grundstück, sondern an der Forderung des Vollstreckungsschuldners gegen den Ersteher auf Zahlung des haren Versteigerungserlöses besteht (RG 55, 264; 63, 216; 69, 251; 76, 377; 121, 75). Wollte man das Ersatzrecht noch als ein Hypothekenrecht ansehen, so müßte man folgerichtig auch den Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse, der nach § 92 ZBG an die Stelle eines nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichteten, durch den Zuschlag erlöschenden Rechts tritt, noch als ein Recht an einem Grundstück, mithin z. B. an die Stelle einer Grunddienstbarkeit tretenden Wertersatzanspruch als Grunddienstbarkeit ansehen. Das würde aber mit der rechtlichen Natur dieser dinglichen Rechte an Grundstücken unvereinbar sein (RG 76, 377). Zur Aufhebung der anderen dinglichen Rechte, z. B. auch des Nießbrauchs oder der Reallast, genügt vor dem Zuschlag nach § 875 die Aufgabenerklärung oder die Verzichtserklärung des Berechtigten. Die Zustimmung des Eigentümers ist nicht erforderlich. Auch findet ein Übergang des Rechts auf den Eigentümer kraft jener Erklärungen des Berechtigten nicht statt. Daher muß auch nach dem Zuschlag zur Aufhebung des an die Stelle der dinglichen Rechte tretenden Rechts auf Wertersatz aus dem Versteigerungserlöse die einseitige Erklärung des Berechtigten, daß er das Ersatzrecht aufgabe oder daß er darauf verzichte, genügen. Weshalb aber für das an die Stelle des Hypothekenrechts tretende Ersatzrecht etwas anderes gelten soll, ist nicht einzusehen. Will der Hypothekengläubiger dem bisherigen Eigentümer (Vollstreckungsschuldner) das Ersatzrecht zuweisen, so ist nicht der für die bestehenden hypothekarischen Rechte eigentümliche Verzicht mit der Wirkung des gesetzlichen Übergangs auf den Eigentümer, sondern die rechtsgeschäftliche Übertragung des Ersatzrechts gemäß § 413 der gegebene Weg. Das Gesetz hätte darüber Bestimmung treffen müssen, wenn für das Recht auf den Versteigerungserlös bezüglich des Übergangs auf den bisherigen Eigentümer durch Verzicht etwas Ähnliches hätte gelten sollen wie für das Hypothekenrecht, wenn insbesondere die Formvorschrift des § 1168 Abs 2 auch hier hätte Platz greifen sollen. Erklärt also der Gläubiger, daß er auf das Ersatzrecht verzichte oder daß er auf den Versteigerungserlös keinen Anspruch erhebe, so ist darin eine Aufhebungserklärung im gewöhnlichen Sinne zu erblicken. Fraglich kann nur sein, ob auf diese Aufhebung § 1183 entsprechend anzuwenden und folglich zur Wirksamkeit der Aufhebungserklärung die Zustimmung des bisherigen Eigentümers zu erfordern ist. Auch dies ist zu verneinen. Denn § 1183 ist gleichfalls eine der Hypothek eigentümliche Bestimmung, die darauf beruht, daß dem Eigentümer die Möglichkeit erhalten bleiben soll, die Hypothek zu erwerben und über sie zu verfügen (§ 1183 A 1). Hiervon kann aber nicht mehr die Rede sein, nachdem der Vollstreckungsschuldner seines Eigentums verlustig gegangen und die Hypothek durch den Zuschlag erloschen ist. Wenn man mit der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Hypothek beginnt, ist eine Grenze nicht zu finden. Z. B. müßten dann für das Ersatzrecht auch entsprechend gelten: § 1153 (Untrennbarkeit der Hypothek von der Forderung), die Vorschriften für die Übertragung und die Pfändung der Hypothek (dagegen § 1154 A 1), der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 (dagegen RG 76, 377). Zugabegeben ist allerdings, daß auf den persönlichen Schuldner, der nach dem Zuschlag den Gläubiger befriedigt

und einen Ersatzanspruch gegen den bisherigen Eigentümer hat, das an die Stelle der Hypothek getretene Erbschaftsgeld gemäß § 1164 übergeht. Dies ist aber aus dem Grundsatz zu folgern, daß, soweit es sich um ein Recht oder eine Anwartschaft auf den Erwerb der Hypothek kraft Gesetzes oder um Wahrung sonstiger Rechte Dritter (z. B. auch Verfügungsbeschränkungen: §§ 2113, 2114) handelt, nach dem Zuschlag an die Stelle der Hypothek das Erbschaftsgeld tritt (RG 75, 316). Von diesem Gesichtspunkt des Bestehens einer Anwartschaft aus ist auch der Ansicht beizufügen, daß das an die Stelle der erloschenen Hypothek getretene Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös entsprechend dem § 1163 Abs 1 Satz 2 auf den Eigentümer übergeht, wenn der Hypothekengläubiger nach dem Zuschlag aus dem Vermögen des Eigentümers (z. B. aus anderen Sicherheiten, die ihm gegeben worden sind) Befriedigung erlangt (RG 88, 304). Näher läge hier im übrigen die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Pfandrecht an einer Forderung (hier der Forderung des Vollstreckungsschuldners gegen den Ersteher). Nach § 1255 genügt zur Aufhebung des Pfandrechts die Erklärung des Pfandgläubigers, daß er das Pfandrecht aufgeben will. Erklärt daher der Gläubiger, daß er auf den Versteigerungserlös keinen Anspruch erhebe oder daß er darauf verzichte, so wird der Erlös von seinem Rechte frei, so daß der betreffende Erlösteil den nachstehenden Berechtigten zufällt. Zum Verzicht, der die persönliche Forderung unberührt läßt, bedarf es keines Erlösvertrags nach § 397. Da es sich um ein Recht auf dinglicher Grundlage handelt, genügt vielmehr eine formlose einseitige Erklärung gegenüber dem Vollstreckungsschuldner (nicht gegenüber dem persönlichen Schuldner der Forderung) oder gegenüber dem Vollstreckungsgericht, das bei der Verteilung des Erlöses jenen vertritt (RG 55, 260; 60, 253; Gruch 54, 1027; vgl. auch RG 64, 194; 71, 412; zweifelnd RG 88, 305). Den Verzicht auf das an die Stelle einer Grundschuld tretende Recht auf den Versteigerungserlös erörtert § 1192 A 1 Abs 3. — Wird die persönliche Schuld gemäß den §§ 414, 415 von einem anderen übernommen, so daß der bisherige Schuldner frei wird, so tritt nach § 418 Abs 1 Satz 2, 3 die gleiche Wirkung ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Der Eigentümer erwirbt also die Hypothek. Willigt aber der (vom Schuldner verschiedene) Eigentümer (wie z. B. in dem regelmäßigen Falle der Schuldübernahme durch den Erwerber nach § 416) in die Schuldübernahme ein, so behält der Gläubiger die Hypothek.

2. Der Eigentümer erwirbt die Hypothek kraft Gesetzes, ohne daß es seiner Eintragung als Gläubiger bedarf, in dem Augenblick, in dem der Verzicht (durch die Eintragung oder die etwa erst nachfolgende Verzichtserklärung: A 4) rechtswirksam vollzogen ist. Erwerber ist derjenige, der in diesem Zeitpunkt Eigentümer ist. Er erwirbt die Hypothek gemäß § 1177 Abs 1 als Grundschuld. Bleibt die persönliche Forderung in der Hand des Gläubigers bestehen (A 1), so wird die Forderung von dem hypothekarischen Recht getrennt. Aus § 1168 ergibt sich, daß beim Verzicht auf die Hypothek stets zwei Personen zusammenwirken müssen: der Gläubiger, der das dingliche Recht aufgibt, und der Eigentümer, dem dieses Recht erhalten wird (ZfW 7, 363). Für die Gesamthypothek gelten die Sonderbestimmungen des § 1175. Die Frage, ob der Eigentümer als Inhaber der Grundschuld eingetragen sein muß, wenn er über diese verfügen will, behandelt § 1163 A 3.

3. Für die Verzichtserklärung dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer gegenüber gilt hinsichtlich der Form und des Zeitpunkts der Wirksamkeit das in § 875 A 7, 8 Bemerkte. Der erforderliche Inhalt der Erklärung ist bereits in A 1 klargestellt. Ein vom eingetragenen Gläubiger dem Eigentümer gegenüber erklärter Verzicht ist nach § 893 auch dann wirksam, wenn der Eingetragene nicht wahrer Gläubiger ist (str.).

4. Während zur Aufhebung der Hypothek nach § 875 die Löschung erforderlich ist, bedarf der Verzicht der Eintragung in das Grundbuch. Wie der Inhalt des Eintragungszuvermerks zu gestalten ist, zeigt A 1. Für die Stelle der Einschreibung sind gemäß § 1 GBD die Anordnungen des Reichsministers der Justiz maßgebend. Nach dem der Grundbuchverfügung vom 8. 8. 1935 beigegebenen Grundbuchmuster gehört der Verzichtszuvermerk in die Spalten 5—7 der dritten Abteilung. Immerhin ist eine Einschreibung an unrichtiger Stelle auf die Wirksamkeit des Verzichts ohne Einfluß (§ 873 A 10). Die Eintragung ist auch im Falle einer Briefhypothek erforderlich. Gemäß § 41 GBD ist dem Grundbuchamt der Brief vorzulegen (vgl. auch § 62 GBD). Der Zustimmung des Eigentümers bedarf es auch nach formellem Recht nicht, da er in seinem Eigentumsrecht nicht im Sinne des § 19 GBD betroffen wird (RGZ 25 A 317; DRG 6, 101; 10, 89; RZ 11, 155). Für die vorherige Eintragung des Gläubigers gelten die §§ 39 ff. GBD. Die Verzichtserklärung braucht der Eintragung nicht notwendig voranzugehen. Folgt sie dieser nach, so liegt ein wirksamer Verzicht erst im Zeitpunkt der nachträglichen Verzichtserklärung vor (§ 873 A 7c, 10). Wegen des Verzichts auf aufgewertete Hypotheken und Grundschulden kann auf die früheren Auflagen dieses Erläuterungsbuchs verwiesen werden. Die Eintragung des Verzichts auf eine Eigentümergrundschuld ist unzulässig, weil ein Verzicht begrifflich nur dann möglich ist, wenn Gläubiger und Eigentümer verschiedene Personen sind (A 2). Mithin kann nur eine Aufhebung der Eigentümergrundschuld gemäß § 1183 (A 1) erfolgen (ZfW 4, 433).

5. Aus der entsprechenden Anwendung der §§ 875 Abs 2, 876, 878 folgt: Vor der Eintragung des Verzichts ist der Gläubiger an seine Erklärung nur gebunden, wenn er den Verzicht dem Grundbuchamt gegenüber erklärt oder eine in der Form des § 29 GBD ausgestellte Urkunde über die Bewilligung der Eintragung des Verzichts dem Eigentümer ausgehändigt hat (§ 875 Abs 2; § 875 Nr 9, 10, 11). Ist die Hypothek mit dem Recht eines Dritten belastet, so bedarf es dessen Zustimmung zum Verzicht (§ 876). Die Verzichtserklärung wird nicht unwirksam durch den Eintritt einer Verfügungsbeschränkung des Gläubigers in der Zeit zwischen der bindenden Abgabe der Erklärung und der Stellung des Eintragungsantrags (§ 878).

6. Verzichtet der Gläubiger für einen Teil der Forderung auf die Hypothek in der Form des Abs 2, so erwirbt der Eigentümer nur diesen Teil als Grundschuld. Die Hypothek des Gläubigers für den anderen Forderungsteil hat nach § 1176 den Vorrang vor der Grundschuld. Ebenso wie im Falle des Verzichts auf die ganze Hypothek kann der Eigentümer auch hier auf Grund der Verzichtseintragung und seiner Eigentumseintragung die Grundschuld auf seinen Namen umschreiben lassen. Bei der Briefhypothek wird der Eigentümer im Falle des völligen Verzichts Eigentümer des Briefs gemäß § 952, kann also vom Gläubiger die Herausgabe des Briefs verlangen, falls ihm dieser nicht schon nach der Verzichtseintragung ausgehändigt worden ist (§ 985; RG 69, 40). Im Falle des teilweisen Verzichts stehen dem Eigentümer die im § 1145 bestimmten Rechte zu, insbesondere das Recht auf Vorlegung des Briefs zum Zwecke der Umschreibung der Teilgrundschuld auf seinen Namen und zum Zwecke der Herstellung eines Teilgrundschuldbriefs. Dagegen kann er weder die Aushändigung des Briefs noch die Einräumung des Mitbesitzes verlangen (RG 69, 42).

§ 1169

Steht dem Eigentümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird ¹⁾, so kann er verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet ²⁾.

§ I 1093 II 1076; M 3 724f.; B 3 601f.

1. Eine dem Eigentümer zustehende Einrede, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird, ist z. B. die Einrede: der rechtskräftigen Abweisung des Gläubigers mit seiner Hypothekenforderung (§ 1137 Abs 2); der Hypothekbestellung ohne rechtlichen Grund (§ 821; RG HRK 1934 Nr 862); aus § 812 Abs 2 (Bereicherungseinrede), daß für das selbständige Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781, worauf die Hypothekenforderung gegründet ist, der rechtliche Grund nicht vorhanden gewesen oder später weggefallen sei (RG 86, 305); der Erlangung der Hypothek durch unerlaubte Handlung (§ 853); des gegen § 181 MD verstoßenden Geheimabkommens (RG SeuffA 90 Nr 2); der vom Gläubiger übernommenen Verpflichtung, die Hypothek dauernd nicht geltend zu machen (RG 67, 390); des Bestehens eines Minderungsanspruchs wegen Mängel des gekauften Grundstücks (§ 462) gegenüber der durch Hypothek gesicherten Kaufpreisforderung (RG 71, 12; 74, 294; Gruch 58, 1041). Sonstige dem Eigentümer zustehende Einreden ergeben sich aus den Bemerkungen zu den §§ 1137, 1157. Zu ihnen gehört auch (§ 1137 Abs 1) eine dem persönlichen Schuldner zustehende, die Geltendmachung der Hypothekenforderung dauernd ausschließende Einrede (RG JW 1916, 908⁷). Dagegen gehören nicht hierher die Einreden, die nur verzögerlicher Natur sind, wie die der Stundung, des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrags (§ 202). Auch nicht Einreden, welche die Art der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück betreffen (z. B. daß der Gläubiger nach gestrophener Abrede nur aus den Mietzinsen soll Befriedigung suchen, nicht selbst die Zwangsversteigerung des Grundstücks soll betreiben dürfen: RG Gruch 58, 975). Ferner bezieht sich § 1169 nicht auf Einwendungen, die den Bestand des dinglichen Rechts oder des Gläubigerrechts überhaupt verneinen, z. B. auf den Einwand der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit und erfolgten Anfechtung der Hypothekbestellung oder der Aufrechnung mit einer Gegenforderung. In derartigen Fällen ist die Berichtigungsklage nach den §§ 894ff. gegeben (RG 74, 214, wo aber die Einrede des Eigentümers wegen Freiwerdens von der dinglichen Haftung als unter § 1169 fallend erachtet ist). Deshalb kann der Eigentümer auch nur die Berichtigungsklage nach § 894 und nicht die Verzichtsklage nach § 1169 erheben, wenn er geltend macht, die hypothekarisch gesicherte Forderung sei nicht entstanden oder erloschen, die Hypothek stehe also ihm nach den §§ 1163, 1177 als Grundschuld zu. Hat er aber bei dieser Sachlage irrtümlich die Verzichtsklage erhoben, so ist im nachträglichen Übergang zur Berichtigungsklage keine unzulässige Lageänderung zu erblicken (RG Warn 1934 Nr 96). Weiter kommen für § 1169 nicht in Betracht die Einreden der Verjährung und der beschränkten Erbenhaftung. Denn sie können nach den §§ 902, 223 Abs 1, 1137 Abs 1 Satz 2 gegenüber dem dinglichen Anspruch überhaupt nicht geltend gemacht werden. — Die Vorschrift gilt für alle Hypothekenarten, auch für Sicherungshypotheken (RG 74, 215). Nach § 1192 gilt sie auch für die Grundschuld. So kann z. B. der die Grundschuld bestellende Eigentümer von dem Grundschuldgläubiger den

Verzicht auf die Grundschulb verlangen, wenn sie ohne rechtlichen Grund bestellt ist, weil sie zur Sicherung einer Forderung dienen sollte und die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist (RG 78, 67; Gruch 58, 1042). Dasselbe gilt, wenn der rechtliche Grund für die Grundschulb-Bestellung weggefallen ist, weil die Forderung, zu deren Sicherung die Grundschulb bestellt war, erloschen ist (RG 91, 225). Das Recht des Eigentümers aus § 1169 richtet sich gemäß § 1157 auch gegen den dritten Erwerber der Grundschulb, wenn er beim Erwerb bösgläubig gewesen ist (§ 1157 A 2, 4; § 1191 A 1). Dem § 1169 ähnliche Vorschriften enthalten die §§ 886, 1254 für die Vormerkung und das Pfandrecht.

2. Der Eigentümer kann mit der dinglichen Klage (§ 1004) auf Grund seines Eigentumsrechts den Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek verlangen, weil die Hypothek nur noch formalen Bestand hat. Gesamthandseigentümern steht der Anspruch auch dann gemeinschaftlich zu, wenn die Einredetatsachen nur in der Person eines einzelnen von ihnen entstanden sind (RG JW 1932, 588^o). In dem in A 1 erwähnten Fall eines Minderungsanspruchs gegenüber einer Kaufpreishypothek ist die Klage auf Herabsetzung der Hypothekseintragung selbst dann gegeben, wenn der Anspruch selbst nach § 477 verjährt und nur noch die Einrede der Minderung durch Anzeige des Mangels gemäß § 478 gewahrt ist. Denn § 1169 gewährt einen Anspruch und somit auch eine Klage auf Verzicht immer dann, wenn der Geltendmachung der Hypothek dauernd eine Einrede entgegengesetzt werden kann (RG 71, 14; 74, 294). Statt des Verzichts kann auch Löschungsbewilligung verlangt werden; der Hypothekengläubiger wird dadurch nicht beschwert (RG 86, 305; 91, 226; Gruch 60, 508; JW 1916, 908⁷; HM 1934 Nr 862). Das rechtskräftige Urteil ersetzt gemäß § 894 ZPO die Verzichtserklärung. Wird der Verzicht in das Grundbuch eingetragen, so erwirbt der Eigentümer gemäß § 1168 die Hypothek als Grundschulb. Gegenüber einem gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerber der Hypothek versagt aber die Einrede (§§ 892, 1138, 1156, 1157) und folglich auch die Klage auf Verzicht, es sei denn, daß der Eigentümer vor dem Erwerb einen Widerspruch (nicht Vormerkung: § 1157 A 3) wegen der Einrede hat eintragen lassen (vgl. wegen des Briefs bei der Briefhypothek § 41 Abs 1 GGD). Der Anspruch auf Verzicht als solcher ist nicht eintragungsfähig, weil er sich, wenn die Einrede besteht, aus dem Gesetz von selbst ergibt (RGZ 33 A 260). Doch kann er durch Vormerkung gesichert werden (RGZ 33 A 259). Ferner ist die den Anspruch begründende Einrede gegen die Hypothek eintragungsfähig (RGZ 33 A 261; § 1157 A 3).

§ 1170

Ist der Gläubiger unbekannt¹⁾, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens²⁾ mit seinem Rechte ausgeschlossen werden³⁾, wenn seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung in das Grundbuch zehn Jahre verstrichen sind⁴⁾ und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigentümer in einer nach § 208 zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden ist⁵⁾. Besteht für die Forderung eine nach dem Kalender bestimmte Zahlungszeit⁶⁾, so beginnt die Frist nicht vor dem Ablaufe des Zahlungstags⁴⁾.

Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erwirbt der Eigentümer die Hypothek⁷⁾. Der dem Gläubiger erteilte Hypothekenbrief wird kraftlos⁸⁾.

§ I 1108, 1124 II 1077; W 3 738ff., 763; P 3 617ff., 666; 6 257.

1. § 1170 bestimmt die Voraussetzungen für das Aufgebot einer angeblich erloschenen Hypothek, deren Gläubiger unbekannt ist, so daß die zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen urkundlichen Erklärungen des Inhabers der Hypothek nicht beschafft werden können. Unbekannt ist der Gläubiger, wenn allgemein (nicht nur dem Antragsteller, sondern z. B. auch bei Behörden, Berufsgenossen) unbekannt ist, welche Person letzter Gläubiger ist. Unbekanntheit des Aufenthaltsorts des seiner Person nach bekannten Gläubigers genügt nicht. In diesem Falle kann der Eigentümer gegen den Gläubiger gemäß § 894 auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs klagen und gemäß den §§ 203 ff. ZPO die öffentliche Zustellung der Klage erwirken. Fehlt dann im Falle einer Briefhypothek auch noch der Hypothekenbrief zur Berichtigung des Grundbuchs, so kann der Eigentümer gemäß § 1162 den Brief im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklären lassen. Dagegen steht der Unbekanntheit des Gläubigers der Fall gleich, daß der angebliche Gläubiger sein Recht nicht nachzuweisen vermag; denn mangelndes eines Nachweises ist die Gläubigerschaft eines solchen angeblichen Gläubigers unbekannt (RG 67, 99). — Die Vorschrift gilt für alle Hypothekenarten. Bei Buchhypotheken, einschließlich der Sicherungshypotheken (§ 1185 Abs 1), bei denen zum Erwerb die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch notwendig ist, wird aber die Unbekanntheit des Gläubigers hauptsächlich nur in den Fällen des Übergangs der Hypothek auf einen andern kraft Gesetzes in Frage kommen können. Bei der Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber

gibt § 1188 Abs 2 eine Sondervorschrift. Nach den §§ 887, 1104, 1112, 1269 findet § 1170 auch auf Vormerkungen, Vorkaufrechte, Realkasten und Pfandrechte an einem eingetragenen Schiff Anwendung (vgl. ferner die §§ 138, 140 ZBG).

2. Das **Aufgebotsverfahren** erfolgt nach den §§ 946—959, 982—986 ZPO und den auf Grund des Vorbehalts im § 1024 ZPO (Veröffentlichung des Aufgebots, Aufgebotsfrist) erlassenen landesgesetzlichen Vorschriften. Antragsberechtigt ist der Eigentümer (§ 984 Abs 1 ZPO); ferner auch ein im Range gleich- oder nachstehender Gläubiger, wenn für ihn eine Vormerkung nach § 1179 eingetragen ist (§ 984 Abs 2 ZPO). Die Antragsberechtigung im Falle einer Gesamthypothek ergibt sich aus § 984 Abs 2 ZPO. Zuständig für das Aufgebotsverfahren ist das Amtsgericht des belegenen Grundstücks (§ 983 ZPO).

3. Der Gläubiger wird **mit seinem dinglichen Rechte ausgeschlossen**, nicht mit seiner persönlichen Forderung. Die Ausschließung richtet sich gegen jedermann, der Rechte an der Hypothek geltend machen könnte, mithin auch gegen Inhaber von Rechten, die, wie z. B. ein Pfandrecht oder ein Nießbrauch, die Hypothek belasten. Denn solche Berechtigte sind, wenn auch in beschränktem Maße, „Gläubiger“ der Hypothek (RN 8, 233). Sie müssen daher auch dann, wenn das Aufgebot zu Unrecht erlassen ist, ihre Rechte gemäß § 953 ZPO anmelden, damit sie ihnen im Ausschlußurteil vorbehalten werden.

4. Erste Voraussetzung ist, daß **seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung zehn Jahre verstrichen sind**. Unter „Eintragung“ ist jede Einschreibung zu verstehen, wodurch die Hypothek für sich allein betroffen wird. Daß die Einschreibung eine Rechtsausübung des Gläubigers zum Gegenstand hat, ist nach der allgemein gehaltenen Fassung des Gesetzes nicht zu erfordern. Daher ist z. B. auch im Falle einer bei der Hypothek von Amts wegen vorgenommenen Eintragung die zehnjährige Frist (§§ 187, 188) von dieser Eintragung ab zu rechnen (str.).

5. Zweite Voraussetzung ist, daß **das Recht des Gläubigers nicht innerhalb der zehnjährigen Frist (A 4) von dem Eigentümer nach § 208**, also durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise, **anerkannt ist**.

6. **Einer nach dem Kalender bestimmten Zahlungszeit** (d. h. Zeitpunkt der Fälligkeit: RN 101, 316) ist hier nicht, wie im § 284 Abs 2 beim Schuldnerverzug, eine erst nach Kündigung eintretende Fälligkeitszeit gleichgestellt. Daher beginnt bei den auf Kündigung gestellten Hypothekenforderungen die zehnjährige Frist (A 4) stets mit der letzten Eintragung.

7. **Mit der Erlassung des Ausschlußurteils**, gegen das ein Rechtsmittel nicht stattfindet und nur die Anfechtungsklage nach den §§ 957, 958 ZPO zulässig ist, **erwirbt der Eigentümer die Hypothek** kraft Gesetzes, ohne daß es seiner Eintragung als Gläubiger bedarf. Erwerbender ist, wer zur Zeit der Verkündung des Urteils Eigentümer ist, auch wenn ein früherer Eigentümer den Aufgebotsantrag gestellt hat. Da die persönliche Forderung durch das Urteil nicht berührt wird, sondern für den Gläubiger bestehen bleibt, geht die Hypothek gemäß § 1177 Abs 1 als Grundschuld auf den Eigentümer über. Mithin tritt eine Trennung des dinglichen Rechts von der Forderung ein. Der Eigentümer kann die Grundschuld auf Grund des Urteils auf seinen Namen umschreiben lassen und dann (§ 1163 A 3) zur Löschung bringen oder sonst über sie verfügen. Das Urteil muß jedoch ohne Vorbehalt erlassen sein. Hat sich jemand als Gläubiger gemeldet und ist ihm gemäß § 953 ZPO das angemeldete Recht vorbehalten, so ist er noch nicht ausgeschlossen. Deshalb hat ein solches Urteil für sich allein die Wirkungen des Abs 2 nicht. Denn hier ist vorausgesetzt, daß alle, die als Gläubiger in Betracht kommen können, ausgeschlossen worden sind. Erst wenn der Vorbehalt vom Antragsteller rechtswirksam beseitigt ist (z. B. durch Verzicht des Anmelgenden oder durch seine rechtskräftige Beurteilung zur Verzichtserklärung), treten die Wirkungen des Abs 2 ein (str.; RN 67, 95; RN 6, 145; RW 33 A 210). Die Wirkung des Urteils auf eine Gesamthypothek regelt § 1175. Das Ausschlußurteil erstreckt sich nicht auf eine Hypothek, die vor dem Erlaß des Aufgebots auf einen abgeschriebenen Grundstücksanteil übertragen worden ist (§ 1175 A 4).

8. Bei der Briefhypothek wird **der Hypothekenbrief kraftlos**, ohne daß es seines besonderen Aufgebots nach § 1162 bedarf. Auch ein gutgläubiger Erwerber kann sich fortan für die Rechtswirksamkeit seines Erwerbs nicht auf den Besitz des Briefs berufen. Will der Eigentümer die Grundschuld (A 7) nicht löschen lassen, sondern anderweit (z. B. durch Abtretung, Verpfändung) über sie als Briefgrundschuld verfügen oder sie wieder in eine Briefhypothek für eine (neue) Forderung gemäß § 1198 umwandeln, so muß er die Erteilung eines neuen Briefs beim Grundbuchamt beantragen (§§ 41 Abs 2, 67, 68 ZPO).

§ 1171

Der **unbekannte Gläubiger**¹⁾ kann im Wege des Aufgebotsverfahrens²⁾ mit seinem Rechte auch dann ausgeschlossen werden, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt³⁾ ist und den Betrag der Forderung für den Gläubiger unter Verzicht auf das Recht

zur Rücknahme hinterlegt. Die Hinterlegung von Zinsen ist nur erforderlich, wenn der Zinsatz im Grundbuch eingetragen ist; Zinsen für eine frühere Zeit als das vierte Kalenderjahr vor der Erlassung des Ausschlußurteils sind nicht zu hinterlegen ⁴⁾.

Mit der Erlassung des Ausschlußurteils gilt der Gläubiger als befriedigt, sofern nicht nach den Vorschriften über die Hinterlegung die Befriedigung schon vorher eingetreten ist ⁵⁾. Der dem Gläubiger erteilte Hypothekenbrief wird kraftlos ⁶⁾.

Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach der Erlassung des Ausschlußurteils, wenn nicht der Gläubiger sich vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet; der Hinterleger ist zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hat ⁵⁾.

§ I 1104, 1124 II 1078; Nr 3 740, 763; P 3 617ff., 666.

1. § 1171 bestimmt die Voraussetzungen für das Aufgebot einer noch nicht getilgten Hypothek, deren Gläubiger unbekannt ist. Dieses Aufgebot soll dem Eigentümer die Möglichkeit geben, den Gläubiger zu befriedigen und die Verfügung über die Hypothek zu erlangen. Was unter der Unbekanntheit des Gläubigers zu verstehen ist, zeigt § 1170 A 1. Ist nur der Aufenthaltsort des Gläubigers unbekannt, so findet § 1171 keine Anwendung. Der Eigentümer muß in einem solchen Falle gemäß den §§ 132 Abs 2 (Kündigung), 1142 Abs 2, 372ff. (als Befriedigung des Gläubigers wirkende Hinterlegung), 1163 Abs 1 Satz 2, 1143, 894ff., ZPO §§ 203ff. (Mlage auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung hinsichtlich der durch die Befriedigung zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothek unter Erwirkung der öffentlichen Zustellung) vorgehen. Die Vorschriften gelten für alle Hypothekenarten, auch bei Hypotheken für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 1188). Eine dem § 1171 verwandte Vorschrift enthält § 1269 (unbekannte Schiffspfandgläubiger).

2. Das Aufgebotsverfahren erfolgt nach den §§ 946—959, 982—986 ZPO und den auf Grund des Vorbehalts im § 1024 ZPO (Veröffentlichung des Aufgebots, Aufgebotsfrist) erlassenen landesgesetzlichen Vorschriften. Antragsberechtigt ist (anders als im Falle des § 1170; dort A 2) nur der Eigentümer (§ 984 Abs 1 ZPO), bei der Gesamthypothek jeder Eigentümer bezüglich seines Grundstücks (§ 1173). Zuständig für das Aufgebotsverfahren ist das Amtsgericht des belegenen Grundstücks (§ 983 ZPO).

3. Erste Voraussetzung ist die Berechtigung des Eigentümers zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung. Ob diese Berechtigung vorliegt, bestimmt sich nach dem die Zahlungsbedingungen betreffenden Grundbuchinhalt nebst der Eintragungsbewilligung. Die Berechtigung erfordert nach den §§ 1141, 1142 Fälligkeit oder Kündbarkeit der Hypothekensforderung. Eine Verbindung der Kündigung mit dem Aufgebot ist nicht notwendig. Vgl. aber § 987 Abs 3 ZPO (Verlängerung der Aufgebotsfrist um die Kündigungsfrist).

4. Zweite Voraussetzung ist die Hinterlegung des Forderungsbetrags nebst den nach dem Grundbuchinhalt (§ 1115) zu entrichtenden Zinsen für nicht mehr als vier Kalenderjahre (mit Rücksicht auf die Verjährung: §§ 197, 198) unter Verzicht auf das Rücknahmerecht (§§ 372ff., 376 Abs 2 Nr 1). Der Eigentümer braucht sich aber bei dem Antrag auf Aufgebot nur zur Hinterlegung zu erboten (§ 987 Abs 1 ZPO). Damit ihm nicht Zinsen verloren gehen, genügt es, wenn er erst vor Erlass des Ausschlußurteils hinterlegt.

5. Mit der als Befriedigung des Gläubigers geltenden Erlassung des Ausschlußurteils geht die Hypothek kraft Gesetzes auf denjenigen über, der zu dieser Zeit Eigentümer ist. Wenn der Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, erwirbt er die Hypothek gemäß den §§ 1143, 401, 412, 1153 als Hypothek mit der Forderung, andernfalls gemäß den §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 als Grundschuld (§ 1170 A 7). Ist nach den Vorschriften über die Hinterlegung, was nach den §§ 372, 376 Abs 2 Nr 1, 378 regelmäßig der Fall sein wird, die Befriedigung schon vorher (mit der Hinterlegung) eingetreten, so vollzieht sich auch der Übergang der Hypothek schon in diesem Zeitpunkt. Bei der Gesamthypothek kommen die Vorschriften der §§ 1172, 1173 zur Anwendung. — Der Gläubiger kann sich fortan nur an den hinterlegten Betrag halten. Wer als Gläubiger darauf Anspruch erhebt, muß sein Gläubigerrecht der Hinterlegungsstelle nachweisen. Auch ist sein Recht nach Maßgabe des Abs 3 zeitlich beschränkt. Vgl. Art 145 GG (Ausschluß des Rücknahmerechts des Eigentümers durch Landesgesetz).

6. Für die Kraftlosigkeit des Hypothekenbriefs bei der Briefhypothek gelten sinngemäß die Ausführungen in § 1170 A 8.

§ 1172

Eine Gesamthypothek steht in den Fällen des § 1163 den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu ¹⁾.

Jeder Eigentümer ²⁾ kann, sofern nicht ein anderes vereinbart ist ³⁾, verlangen, daß die Hypothek an seinem Grundstück auf den Teilbetrag ²⁾, der dem Verhältnisse des Wertes seines Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht ³⁾, nach § 1132 Abs 2 beschränkt und in dieser Beschränkung ihm zugeteilt wird ²⁾. Der Wert wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Gesamthypothek im Range vorgehen ⁴⁾.

§ II 1079; § 3 628f.

1. Gehören die mit einer Gesamthypothek (§ 1132) belasteten Grundstücke demselben Eigentümer, so steht in den Fällen des § 1163 (Nichtentstehung, Erlöschen der Forderung; Nichtübergabe des Briefs an den Gläubiger) die Gesamthypothek dem Eigentümer gemäß § 1177 Abs 1 als Gesamtgrundschuld an sämtlichen Grundstücken zu. Gehören die Grundstücke verschiedenen Eigentümern, so steht diesen die Gesamthypothek als Gesamtgrundschuld gemeinschaftlich zu. Vollzieht sich der Übergang nur für einen Teil der Gesamthypothek (z. B. bei teilweisem Erlöschen der Forderung), so hat die Resthypothek den Vorrang vor dem Teil (§ 1176). Wenn ein Recht mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht, finden nach § 741, sofern sich nicht aus dem Gesetz „ein anderes“ ergibt, die Vorschriften der §§ 742—758 Anwendung. Ein anderes ergibt sich, wenigstens im allgemeinen, aus § 1172 nicht. Folglich sind auf diese Gemeinschaft jene Vorschriften anzuwenden (RG 60, 270; JRG 16, 345, gebilligt in RG JW 1938, 3236¹⁴). Die Grundsätze über die Gemeinschaften zur gesamten Hand (Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft) müssen hier dagegen ausscheiden; das Gesetz bietet für ihre Heranziehung keinen Anhalt; insbesondere paßt die Begriffsbestimmung der Gesellschaft im § 705 (Gesellschaftsvertrag, Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, Beiträge) nicht auf die Gemeinschaft der Grundstückeigentümer in Ansehung der auf sie übergegangenene Gesamthypothek (str.). Aus § 1172 Abs 2 wird aber zu entnehmen sein, daß für die Anteile der Teilhaber hier „ein anderes“, als im § 742 für den Zweifelsfall bestimmt ist, zu gelten hat. Hier ist nämlich der Anteil eines jeden Teilhabers von vornherein gleich dem Teilbetrag der Hypothek, der dem Verhältnis des Wertes seines Grundstücks zur Zeit der Entstehung der Gesamtgrundschuld zum Wert der sämtlichen Grundstücke unter Abzug der vorgehenden Belastungen bei den Wertberechnungen entspricht, sofern nicht ein anderes vereinbart ist (Prot 3, 629). Nach § 747 könnte nun an sich jeder Teilhaber über seinen Anteil verfügen, während über die Gesamtgrundschuld im ganzen die Teilhaber nur gemeinschaftlich zu verfügen befugt sind (z. B. bei der Übertragung, Belastung, Inhaltsänderung, Aufhebung, Umwandlung in eine Hypothek für eine neue Forderung gemäß § 1198, Umschreibung der Grundschuld auf die Namen der Eigentümer). Aber ohne eine vorherige Verteilung nach Maßgabe des Abs 2 wird die Verfügung über einen Anteil nicht durchführbar sein, da dieser nicht feststeht (str.; JRG 16, 345, gebilligt in RG JW 1938, 3236¹⁴). Der einzelne Teilhaber kann auch die Grundschuld nicht ohne Zustimmung der anderen Teilhaber auf seinem Grundstück löschen lassen, da hierin eine Verfügung über das Recht im ganzen, nämlich hinsichtlich des Gegenstandes der Haftung, enthalten ist (str.). Wird die Gesamtgrundschuld auf die Eigentümer umgeschrieben, so ist das nach § 1172 Abs 1 eingetretene Gemeinschaftsverhältnis zu vermerken (§ 47 GBD). Gleiches wie nach § 1172 gilt gemäß § 1175 Abs 1, 2 für die Fälle des Verzichts des Gläubigers auf die Gesamthypothek und der Ausschließung des unbekanntenen Gläubigers (§ 1170) hinsichtlich aller belasteten Grundstücke sowie für den Fall der als Befriedigung geltenden Ausschließung nach § 1171 (dort A 5). Abweichendes bestimmen die §§ 1173, 1174 für die dort behandelten Fälle der Befriedigung des Gläubigers.

2. Jeder Eigentümer kann für sich aus der Gemeinschaft ausscheiden und von den anderen Eigentümern verlangen (nötigenfalls mit Klage gegen sie: § 894 ZPO), daß sie in die Beschränkung der Gesamtgrundschuld (A 1) an seinem Grundstück nach § 1132 Abs 2 auf den aus Abs 2 sich ergebenden Teilbetrag willigen. Dieser Teilbetrag entspricht dem Anteil, den der Eigentümer von vornherein an der gemeinschaftlichen Gesamtgrundschuld hatte (A 1). Durch die Zuteilung, die im Wege dieser Einwilligung erfolgt (§§ 1132 Abs 2 Satz 2, 875), wird sein Teil ausgesondert. Die Gesamtgrundschuld wird an seinem Grundstück zur Einzelgrundschuld in Höhe des Teilbetrags. Diese ist auf seinen Namen im Grundbuch umzuschreiben. Verlangen die übrigen Eigentümer (falls noch mehrere Grundstücke belastet sind) für sich keine Verteilung auf ihre Grundstücke, so bleiben sie in Höhe des Restbetrags gemeinschaftliche Berechtigte der Gesamtgrundschuld an ihren Grundstücken. Der abgetrennte Teil wird unter Vermerk des Ausscheidens des Ausscheidenden gelöscht (§§ 1132 Abs 2 Satz 2, 875). Ferner sind die gegenseitigen Mißhaftvermerke

zu löschen (§ 48 Abs 2 GBD). Ist die Gesamtgrundschuld verbrieft, so ist für den Ausgesonderten ein neuer Brief unter entsprechendem Vermerk auf dem bisherigen herzustellen (§ 64 GBD). Nach § 1132 Abs 2 Satz 2 finden auf die Zuteilung auch die §§ 876 (Zustimmung eines an der Hypothek berechtigten Dritten), 878 (Eintritt einer Verfügungsbeschränkung) Anwendung. Wird die Gesamtgrundschuld auf alle Grundstücke verteilt, so entstehen überall Einzelgrundschulden für die Eigentümer. Bei einer verbrieften Gesamtgrundschuld ist jedem Eigentümer ein neuer Brief unter Vernichtung des bisherigen zu erteilen (§§ 59, 64, 69 GBD).

3. Wie gemäß § 1132 Abs 2 der Gläubiger die Gesamthypothek in beliebigen Beträgen auf die einzelnen Grundstücke verteilen kann, ohne daß die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten erforderlich ist, so können auch die Eigentümer als gemeinschaftliche Gläubiger durch Zusammenwirken die Verteilung der Gesamtgrundschuld (A 1) beliebig bestimmen. Sie können also auch hinsichtlich des Anspruchs auf Zuteilung (A 2) unbeschränkt durch andere Rechte an den belasteten Grundstücken etwas anderes vereinbaren, als im Abs 2 vorgeschrieben ist. Aus einer solchen Vereinbarung steht jedem Eigentümer gegen die anderen ein Anspruch auf Zuteilung (A 2) gemäß der Vereinbarung zu. Zur dinglichen Wirksamkeit bedarf die Vereinbarung der Eintragung gemäß den §§ 877, 873, da sie den Bestand der Anteilsrechte der Grundschuldinhaber (A 1) betrifft (str.; ZFG 11, 247). Eine vor der Entstehung der (Eigentümer-) Gesamtgrundschuld getroffene Vereinbarung wirkt nur unter den Beteiligten, nicht auch gegenüber Sondernachfolgern im Eigentum. Eine Eintragung der Vereinbarung bei der Hypothek, an der den Eigentümern zu dieser Zeit noch kein Recht zusteht, ist unzulässig. Der Anspruch der einzelnen Eigentümer aus der Vereinbarung kann auch nicht durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden, da er nicht unter § 883 fällt. Insbesondere ist er, was allein in Frage kommen könnte, nicht als ein bedingter Anspruch auf teilweise Aufhebung eines Rechts am Grundstück anzusehen (str.; § 1163 A 3 „künftige Eigentümergrundschuld“).

4. Maßgebend für die Feststellung des Wertes der Grundstücke und des Umfangs der abzuziehenden Belastungen ist die Zeit der Entstehung der Gesamtgrundschuld. Denn schon in diesem Zeitpunkt hatte jeder Eigentümer einen Anspruch auf Zuteilung des Teilbetrags, der sich aus dem Verhältnis der Grundstückswerte unter Abzug der der Gesamtgrundschuld im Range vorgehenden Belastungen ergibt (A 1). Dieser Anspruch kann ihm durch einseitige Maßnahmen der anderen Eigentümer (z. B. Löschungen vorgehender Belastungen auf ihren Grundstücken) oder durch Veränderungen des Wertes nicht mehr verkümmert werden (str.). Abzuziehen sind nicht nur hypothekarische Rechte einschließlich von Eigentümergrundschulden, und zwar Gesamthypotheken zum vollen Betrage, sondern auch andere im Range vorgehende dingliche Rechte, soweit hierdurch der Belastungswert des Grundstücks vermindert wird. Vormerkungen auf Einräumung solcher Rechte werden als bedingte Belastungen zu berücksichtigen sein unter Vorbehalt anderweiter Berechnung des Teilbetrags für den Fall, daß der gesicherte Anspruch sich als unbegründet erweist (str.). Rangvorbehalte (§ 881) sind keine Belastungen.

§ 1173

Befriedigt¹⁾ der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke²⁾ den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstücke; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt³⁾. Der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer steht es gleich, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird⁴⁾ oder wenn sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers vereinigen⁵⁾.

Kann der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen⁶⁾, so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke Gesamthypothek⁷⁾.

§ I 1094 II 1080; R 3 730; P 3 632 ff.

1. Unter Befriedigung sind alle Arten der freiwilligen Tilgung zu verstehen: Zahlung (§ 362), Leistung an Erfüllungs Statt (§ 364), Hinterlegung (§ 378), Aufrechnung (§ 389). Vgl. auch § 1171 A 4, 5. Abweichende Vorschriften enthalten die §§ 1181 Abs 2, 3, 1182 für den Fall der Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung. Eine Befriedigung des Gläubigers im Sinne des § 1173 und des § 1181 (dort A 1 Abs 2) liegt nicht vor, wenn der Hypothekengläubiger das eine Grundstück in der Zwangsversteigerung erwirbt und die Hypothek als ein Teil des geringsten Gebots (§ 44 ZPO) bestehen bleibt (RGG 51, 301; aber A 5 a. E.).

2. Ob der den Gläubiger befriedigende Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke zugleich persönlicher Schuldner der Hypothekensforderung ist oder nicht, ist für die im § 1173 bestimmten Wirkungen der Befriedigung gleichgültig (§ 1143 Abs 2;

vgl. jedoch A 3). Ist der Befriedigende der Eigentümer sämtlicher belasteten Grundstücke, so findet § 1173 keine Anwendung. Wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist, erlischt in diesem Falle die Forderung; er erwirbt die Gesamthypothek gemäß den §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 als Gesamtgrundschuld an allen Grundstücken. Ist er nicht persönlicher Schuldner, so geht nach den §§ 1143, 401, 412, 1153, 1177 Abs 2 die Forderung mit der Hypothek auf ihn über, so daß er eine wirkliche Gesamthypothek an allen Grundstücken erlangt (RZA 11, 247; ZFG 1, 497). Der Eigentümer kann in beiden Fällen die Grundschuld oder Hypothek an dem einen Grundstück löschen, an dem andern bestehen lassen. Der Einheitslichkeit der Hypothek widerspricht dies nicht (A. M. RZA 11, 246). Auch sonst kann ein Gesamthypothekar nach § 1175 auf die Hypothek an nur einem Grundstück verzichten (§ 1175 A 3). Befriedigen alle (voneinander verschiedenen) Eigentümer der belasteten Grundstücke den Gläubiger gemeinsam, so kommt § 1173 ebenfalls nicht zur Anwendung. Vielmehr gilt dann § 1172 Abs 1 (dort A 1), es sei denn, daß jeder Eigentümer einen besonderen Teilbetrag für sich allein zahlt. Durch eine solche Zahlung erwirbt nach § 1173 jeder Eigentümer ebenso, wie wenn der Eigentümer eines der Grundstücke den Gläubiger zum Teil befriedigt, die Hypothek in Höhe des gezahlten Teiles an seinem Grundstück; die Hypothek erlischt in Höhe dieses Teiles an den anderen Grundstücken, soweit nicht ein Ersatzanspruch gegen die anderen Eigentümer besteht (Abs 2). — Haben mehrere Miteigentümer eines Grundstücks je für sich an ihren Anteilen für dieselbe Forderung Hypothek bestellt (§ 1114) oder ist ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück von dem bisherigen Alleineigentümer auf mehrere Miteigentümer übergegangen, so ist eine Gesamthypothek entstanden (§ 1132 A 1), für die bei der Anwendung des § 1173 nichts Besonderes gilt. Befriedigt also ein Miteigentümer für sich allein aus eigenen Mitteln in eigenem Namen den Gläubiger, so findet je nach seinen Rechtsbeziehungen zu dem andern Miteigentümer das in A 3 oder das in A 6, 7 Bemerkte Anwendung mit der Maßgabe, daß an die Stelle des befriedigenden Eigentümers des einen Grundstücks der befriedigende Miteigentümer mit seinem Miteigentumsanteil und an die Stelle des andern Grundstücks der Miteigentumsanteil des andern Miteigentümers zu setzen ist. Einen Beispielsfall dieser Art bietet ZFG 1, 482: Zwei Personen hatten ein Grundstück je zur Hälfte käuflich erworben und dabei eine auf dem Grundstück lastende Hypothek als Gesamtschuldner übernommen; dann wurde die Hypothek von dem einen Erwerber allein in eigenem Namen getilgt; § 1173 ist hier als mindestens junghemäß anwendbar erklärt worden mit der Rechtsfolge, daß der zahlende Miteigentümer die Hypothek auf seinem Miteigentumsanteil als Eigentümergrundschuld und zugleich wegen seines Ausgleichsanspruchs gegen den andern Miteigentümer nach § 426 in Höhe dieses Anspruchs als Hypothek auf dem andern Miteigentumsanteil erworben habe. Einen weiteren recht verwickelten Beispielsfall behandelt RG SeuffA 88 Nr 122: Ein Miteigentümer zur Hälfte, der eine auf dem ganzen Grundstück lastende Hypothek bei der Ersteigerung der Grundstückshälfte des andern Miteigentümers nach den Versteigerungsbedingungen als bestehenbleibend übernommen und demnächst getilgt hatte, wurde von dem früheren Eigentümer der versteigerten Hälfte in Anspruch genommen; die Frage, aus wessen Grundstückshälfte der Hypothekengläubiger befriedigt worden sei, wurde nach den besonderen Umständen des Falles zu Gunsten des Klägers entschieden. Haben die Miteigentümer eine Hypothek einheitlich an dem ganzen Grundstück bestellt, so ist ebenfalls eine Gesamthypothek entstanden (§ 1132 A 4; § 1163 A 6). Auch in diesem Falle ist daher § 1173 anwendbar (RG 146, 363; HR 1931 Nr 1134).

8. Der befriedigende Eigentümer erwirbt die Hypothek an seinem Grundstück kraft Gesetzes, ohne daß es einer Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen bedarf. Zugleich erlischt die Hypothek an den übrigen Grundstücken kraft Gesetzes, ohne daß (wie im Falle der rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Hypothek nach den §§ 875, 1183) die Zustimmung der anderen Eigentümer oder die Löschung erforderlich ist. Dies gilt auch dann, wenn der Befriedigende den anderen Eigentümern gegenüber zur Bewirkung der Befriedigung verpflichtet war. Die im § 1173 Abs 1 bezeichneten Rechtsfolgen treten ein ohne Rücksicht auf den Beweggrund und den Zweck, die der zahlende Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke mit der Befriedigung des Gläubigers verfolgte; auf das Erlöschen der Haftung der übrigen Grundstücke hat es insbesondere keinen Einfluß, ob der zahlende Eigentümer bei seiner Leistung den inneren Willen hatte, in seiner Eigenschaft als Eigentümer zu zahlen, oder ob er etwa in Erfüllung einer einem Dritten gegenüber eingegangenen schuldrechtlichen Verpflichtung zur Abfindung des Hypothekengläubigers und zum Erwerb der Hypothek wie ein Nichteigentümer handeln wollte (RG 157, 297). Soweit kein Ersatzanspruch nach § 1173 Abs 2 in Frage kommt, wird also die Hypothek stets zur Einzelhypothek an dem Grundstück des Befriedigenden für diesen. An den übrigen Grundstücken entsteht keine Eigentümerhypothek; vielmehr rücken kraft des Erlöschens der Hypothek die nachstehenden Berechtigten vor. Diese Berechtigten und die übrigen Eigentümer können vom Gläubiger gemäß den §§ 894 ff. Zustimmung zur Verichtigung des Grundbuchs durch Löschung verlangen. Formellrechtlich ist aber zur Begründung des Antrags auf Löschung (§ 13 GBD), obwohl die Hypothek bereits erloschen ist und eine Eigentümerhypothek nicht entsteht, nach der Ordnungsvorschrift des § 27 GBD, die unterschiedslos zu jeder Hypotheklöschung die Zustimmung des Eigentümers erfordert, die Zustimmungserklärung des betreffenden Eigentümers in der Form des § 29 GBD dem Grund-

buchamt vorzulegen (RÖZ 24 A 135; 25 A 318; RZM 11, 155; auch RG 72, 367). — Der Befriedigende erwirbt die Hypothek, und zwar im vollen Betrage, gemäß den §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 als Grundschuld, wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist (A 2); andernfalls geht nach § 1143 Abs 1 auch die Forderung auf ihn über, und er erlangt damit (§§ 1153, 1177 Abs 2) die Hypothek als wirkliche Hypothek (RÖZ 51, 287). Läßt der Eigentümer die Hypothek auf seinen Namen umschreiben, so ist zugleich der Vermerk über die Mitbelastung der übrigen Grundstücke von Amts wegen zu löschen (§ 48 Abs 2 GBD). Zur Umschreibung genügt die formgerechte (§ 29 GBD) Quittung des Gläubigers über den Empfang der Zahlung durch den Eigentümer. Der Fall einer nur teilweisen Befriedigung des Gläubigers ist schon in A 2 besprochen. Die Resthypothek des Gläubigers hat in diesem Falle gemäß § 1176 den Vorrang vor der auf den Eigentümer übergehenden Teilhypothek. — Der Regelsatz, daß die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt, gilt nach § 1173 Abs 2 nicht, wenn und soweit dem Befriedigenden ein Ersatzanspruch gegen die übrigen Eigentümer zusteht (A 7). Mit Rücksicht hierauf genügt die lösungsfähige Quittung des Gläubigers allein zur Löschung der Hypothek auf den übrigen Grundstücken nicht (RZM 3, 96; DRG 12, 259; 18, 178; RÖZ 28 A 138; a. M. RZM 4, 267). Vielmehr ist zur Rechtfertigung des Lösungsantrags ein Anerkennung des befriedigenden Eigentümers, daß ihm ein Ersatzanspruch nicht zustehe, beizubringen oder sonst dem Grundbuchamt nachzuweisen, daß der Befriedigende nicht Ersatz verlangen kann.

4. Der gesetzgeberische Grund, weshalb die Übertragung des Gläubigerrechts auf einen der Eigentümer der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer gleichgestellt worden ist, liegt darin, daß eine solche Befriedigung sich gewöhnlich in den Formen der Abtretung vollzieht (Prot 3, 634; DRG 9, 317; 26, 192). Ob aber im Einzelfalle die Übertragung durch Rechtsgeschäft (z. B. Abtretung gemäß § 1154) erfolgt oder kraft Gesetzes (z. B. Beerbung des Gläubigers durch einen der Eigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist), macht für die Anwendbarkeit des § 1173 Abs 1 Satz 2 keinen Unterschied. Auch in den Fällen des gesetzlichen Übergangs erlangt der Gläubiger eine Einzelhypothek an seinem Grundstück, während die Hypothek an den anderen Grundstücken erlischt, sofern nicht Abs 2 Platz greift (A 3). Dagegen liegt ein Fall des Abs 1 Satz 2 nicht vor, wenn ein Eigentümer, nachdem sein Grundstück aus der Pfandhaft für die Gesamthypothek entlassen und diese auf seinem Grundstücke gelöst ist, die Hypothek gegen Befriedigung des Gläubigers übertragen erhält. Denn nach der Enthauptung bestand die Gesamthypothek an seinem Grundstück nicht mehr. Hier erlischt daher die Hypothek an dem andern (mithaftenden) Grundstück nicht (RG 81, 85). War der Zahlende gegenüber dem andern Eigentümer, der persönlicher Schuldner war, zur Zahlung verpflichtet (z. B. nach § 415 Abs 3, weil er das früher ebenfalls dem andern gehörige Grundstück unter Schuldübernahme erworben hatte), so ist in der Regel anzunehmen, daß er für den andern zahlt; die Hypothek wird dann unter Erlöschen der Forderung zur Eigentümergrundschuld (RG 81, 85). Lag dem Zahlenden eine solche Verpflichtung nicht ob, so erwirbt er die Hypothek an dem andern Grundstück als Hypothek für die bestehenbleibende Forderung. War er selbst der persönliche Schuldner, so wird die Hypothek am andern Grundstück zur Eigentümergrundschuld, sofern nicht § 1164 Anwendung findet. Die Rechtsfolgen des § 1173 treten nicht ein, wenn der Gläubiger die Gesamthypothek einem der belasteten Eigentümer (Miteigentümer) auf Verlangen aller, die das Entgelt gemeinschaftlich zahlen, überträgt und die persönliche Forderung insolge des gleichzeitigen Eintritts eines neuen Schuldners an Stelle der Eigentümer erhalten bleibt (RG HRN 1933 Nr 1656). Ferner liegt ein Fall der Übertragung des Gläubigerrechts auf den Eigentümer nicht vor, wenn der Gläubiger das Eigentum an einem der Grundstücke erwirbt (RG 77, 149; RÖZ 51, 301; aber A 5, insbesondere für den Fall des Zuschlags im Zwangsversteigerungsverfahren).

5. Gleiches wie in A 4 gilt im Falle der Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist (Suffl 66, 272), z. B. wenn der Eigentümer (Schuldner) den Gläubiger oder dieser jenen beerbt. Wird dagegen einer der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, vom Gläubiger beerbt (wegen des umgekehrten Falles A 4) oder erwirbt der Gläubiger sonst (z. B. durch Auflassung) nachträglich das Eigentum eines der Grundstücke, ohne in die persönliche Schuld einzutreten, so findet § 1173 keine Anwendung (RG 77, 149). Der Gläubiger behält vielmehr sowohl seine Forderung (gegen den persönlichen Schuldner) als auch die Gesamthypothek; nur ist für seine Hypothek an dem erworbenen Grundstück § 1177 Abs 2 maßgebend. Auch dann ist § 1173 Abs 1 unanwendbar, wenn der Gläubiger, um die Anwendung dieser Vorschrift zu vermeiden, zunächst die Hypothek durch Abtretung von dem bisherigen Gläubiger erwirbt und sich dann die Auflassung eines der belasteten Grundstücke, das er bereits vor der Abtretung gekauft hatte, erteilen läßt. Denn auch hier liegt keiner der beiden Fälle vor, die allein der Befriedigung durch den Eigentümer gleichgestellt sind. In den Maßnahmen, zu denen der Gläubiger berechtigt war, ist auch nicht etwa eine Gesetzesumgehung zu finden (RG 77, 152). Wenn aber der Hypothekengläubiger eines der Grundstücke durch Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren erwirbt, die Hypothek als ein Teil des geringsten Gebots (§ 44 ZWO) bestehenbleibt und der Vollstreckungsschuldner (bisherige Eigentümer) persönlicher Schuldner der Hypothekforderung ist, so tritt Vereinigung der Forderung und Schuld

im Sinne des § 1173 Abs 1 Satz 2 ein. Denn nach § 53 Abs 1 BZG übernimmt der Hypothekengläubiger als Ersteher die Schuld; da er zugleich der Gläubiger ist, hat er auch ohne weiteres als die Schuldübernahme im Sinne des § 416 BGB genehmigend zu gelten. Die Hypothek an dem erworbenen Grundstück wird daher zur Eigentümergrundschuld, während sie an den übrigen mithaftenden Grundstücken erlischt (A 3). Ist dagegen nicht der Vollstreckungsschuldner, sondern ein anderer der persönliche Schuldner, so tritt eine Vereinigung von Forderung und Schuld nicht ein, da § 53 auf diesen Fall keine Anwendung findet; der Gläubiger behält also sowohl seine Forderung als auch seine Gesamthypothek. Dasselbe gilt auch dann, wenn der Vollstreckungsschuldner dem persönlichen Schuldner gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist, wenn er z. B. beim Erwerb des Grundstücks die Hypothek gegenüber seinem Besitzvorgänger, welcher der persönliche Schuldner ist, übernommen, der Gläubiger aber die Schuldübernahme nicht genehmigt hatte (§ 415 Abs 3). Denn auf diesen Fall findet § 53 BZG, der sich nur über die Hypothekenschuld des Vollstreckungsschuldners verhält, keine Anwendung (str.). Wollte man aber unter entsprechender Anwendung dieser Vorschrift annehmen, daß der Hypothekengläubiger (Ersteher) als in die Verbindlichkeit des Vollstreckungsschuldners eingetreten zu gelten hätte, so würden doch die Hypothekenforderung und diese Verbindlichkeit sich nicht decken (RGZ 51, 302; vgl. auch RG 89, 77). Alles dies gilt auch für die Gesamthypothek an Eigentumsbruchteilen (§ 1132 A 1, 4; § 1173 A 2; ZW 1933, 2343^o).

6. Die Fälle, in denen der befriedigende Eigentümer von einem der anderen Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann, sind erörtert in § 1164 A 2, 3. Auszuscheiden sind auch hier die Fälle, in denen der befriedigende Eigentümer und der oder die anderen Eigentümer zugleich persönliche Gesamtschuldner sind oder jener der Bürge, diese die Mitbürger oder die Hauptschuldner sind (str.; a. M. DVG 9, 317). Befriedigt der Bürge-Eigentümer den Gläubiger, so geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner-Eigentümer gemäß § 774 auf ihn über und damit nach den §§ 401, 412, 1153 auch die Hypothek, so daß er nunmehr Gläubiger der für die ursprüngliche Forderung bestehenden Gesamthypothek ist mit der Maßgabe, daß auf die Hypothek an seinem Grundstück § 1177 Abs 2 Anwendung findet. Sind die mehreren Eigentümer zugleich persönliche Gesamtschuldner und steht dem befriedigenden Eigentümer ein Ausgleichungsanspruch gegen die anderen Eigentümer zu, so geht gemäß den §§ 426 Abs 2, 401, 412, 1153 in Höhe des Ausgleichungsanspruchs die Hypothek als Teil-Gesamthypothek für den auszugleichenden Teil der ursprünglichen Forderung auf ihn über, während im übrigen die Forderung erlischt und die Hypothek nach den §§ 1173 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 von ihm als Teil-Einzelgrundschuld an seinem Grundstück erworben wird, an den anderen Grundstücken aber erlischt. Die Teil-Gesamthypothek, deren Gläubiger nunmehr der Befriedigende ist, hat an seinem Grundstück gemäß § 1176 den Vorrang vor der Teil-Einzelgrundschuld. Sind die mehreren Eigentümer Mitbürger, so erwirbt der befriedigende Mitbürge-Eigentümer gemäß den §§ 774 Abs 1, 401, 412, 1153 die Forderung mit der Hypothek; die Hypothek bleibt unverändert Gesamthypothek für die ursprüngliche Forderung mit der Maßgabe, daß auf die Hypothek an seinem Grundstück § 1177 Abs 2 Anwendung findet; in schulrechtlicher Hinsicht können ihm die Mitbürger gemäß den §§ 774 Abs 2, 426 haften. Danach bleiben tatsächlich nur wenige Fälle übrig, in denen ein Ersatzanspruch im Sinne des § 1173 Abs 2 gegeben sein kann. Ein Hauptfall (RG 81, 71; RZ 3, 96; 4, 267; DVG 12, 259; RGZ 47, 215) wird folgender sein: Der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, veräußert eine Parzelle seines Grundstücks. Der Erwerber übernimmt die Hypothek „in Anrechnung auf den Kaufpreis“ (eine immer noch übliche Ausdrucksweise, die eigentlich für das BGB nach § 416 nicht mehr paßt). Die Hypothek wird auf die abgetriebene Parzelle übertragen und damit zur Gesamthypothek. Der Gläubiger genehmigt die Schuldübernahme nicht, so daß der Veräußerer Schuldner bleibt (§§ 415, 416). Dieser befriedigt demnach den Gläubiger. Ihm steht dann ein Ersatzanspruch im Sinne des § 1173 Abs 2 gegen den Erwerber der Parzelle zu. Ein Ersatzanspruch kann aber auch erst nach der Entstehung der Gesamtheit der Grundstücke und ohne erkennbare Beziehung zum Eigentum an dem Grundstück des Ersatzpflichtigen begründet worden sein. So liegt die Sache z. B., wenn einem den Gläubiger wegen Hypothekenzinsen befriedigenden Eigentümer ein Ersatzanspruch gegen den Eigentümer des andern Grundstücks zusteht, weil dieser in einem Pachtvertrag über das Grundstück jenes Eigentümers sich zur Zahlung der Hypothekenzinsen verpflichtet hat (RGZ 47, 216). Ferner ist ein Ersatzanspruch gegeben, wenn der Eigentümer des andern Grundstücks, der früher beide Grundstücke besessen hatte, dem befriedigenden Eigentümer gegenüber, der sein Grundstück von ihm erworben hatte, zur Lösung der Hypothek auf dessen Grundstück vertraglich verpflichtet war (DVG 26, 192).

7. Die Bestimmung, daß in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstück des andern Eigentümers auf den befriedigenden Eigentümer übergeht und mit der Hypothek an dem Grundstück des befriedigenden Eigentümers Gesamthypothek bleibt, hat folgende Bedeutung: Soweit dem befriedigenden Eigentümer ein Ersatzanspruch im Sinne des Abs 2 (A 6) gegen den (oder die) anderen Eigentümer zusteht, tritt kraft Gesetzes an die Stelle der durch die Gesamthypothek ursprünglich gesicherten Forderung der Ersatzanspruch in die hypothekarische Sicherung ein. Der befriedigende Eigentümer

erwirbt die Hypothek als Gesamthypothek für den Erbschaftspruch (RG 81, 71), und zwar auch an seinem eigenen Grundstück, hier jedoch mit der Maßgabe, daß § 1177 Abs 2 Anwendung findet. Alle anderen Meinungen (§ 1182 A 3) über die Bedeutung des Abs 2, zum Teil auf unrichtiger Auffassung des in Abs 2 gemeinten Erbschaftspruchs beruhend, sind abzulehnen. Unzutreffend ist insbesondere die Ansicht, die Hypothek werde an dem Grundstück des befriedigenden Eigentümers, wenn dieser zugleich persönlicher Schuldner sei, gemäß den §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 zur Grundschuld, andernfalls besteshe sie fort als Hypothek für die gemäß § 1143 Abs 1 durch Befriedigung des Gläubigers auf den Eigentümer übergehende ursprüngliche Hypothekenforderung. Nach der eindeutigen Fassung des Gesetzes bleibt die Hypothek mit der Hypothek an dem eigenen Grundstück des Befriedigenden Gesamthypothek. Diese Bestimmung enthält nur eine aus dem Wesen einer Gesamthypothek sich ergebende Beschränkung des auf den Erbschaftberechtigten übergehenden hypothekarischen Rechts zum Schutze gleich- oder nachstehender Rechte (Denkschrift zu § 1156 der Reichstagsvorlage). Eine Gesamthypothek kann aber nicht teils Hypothek für eine Forderung, teils Grundschuld sein; sie kann auch nicht für eine Forderung an dem einen Grundstück und für eine andere Forderung an dem andern Grundstück bestehen (§ 1132 A 2, 3). Vielmehr muß ihr einheitlich eine und dieselbe Forderung zugrunde liegen. Diese Forderung kann nur die Erbschaftforderung sein. Denn die ursprüngliche Forderung ist, wenn der ersatzberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, durch die Befriedigung des Gläubigers erloschen (nämlich in den Fällen, in denen wirklich ein Erbschaftspruch im Sinne des Abs 2 besteht: A 6; § 1164 A 1, 2). Das Gesetz macht auch für den Übergang der Hypothek als Gesamthypothek an beiden Grundstücken keinen Unterschied, je nachdem ob der Erbschaftsberechtigte zugleich persönlicher Schuldner ist oder nur dinglich haftet (Prot 3, 624 ff.). Persönlicher Schuldner der Erbschaftshypothekenforderung, auch bei der Hypothek am Grundstück des Befriedigenden, ist der andere Eigentümer (RG 81, 71). — Erreicht der Erbschaftspruch nicht den ganzen Betrag der ursprünglichen Forderung, so geht nach den §§ 1173 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 der überschüssende Teil der Hypothek, unter Erlöschen an den übrigen Grundstücken, als Teil-Einzelgrundschuld auf den Befriedigenden über. Diese Teil-Einzelgrundschuld steht am Grundstück des Befriedigenden der Teil-Gesamthypothek gemäß § 1176 im Range nach, da der Befriedigende als neuer Gläubiger der (nur mit anderer Forderung versehenen) Gesamthypothek bezüglich des Restteils anzusehen ist. Erstreckt sich die dem Erbschaftspruch zugrunde liegende Verpflichtung nur auf die Zahlung von Hypothekenzinsen (A 6 a. E.), so geht, wenn der Erbschaftspruch wegen Befriedigung des Gläubigers hinsichtlich der Zinsen besteht, ebenfalls die Hypothek an dem anderen Grundstück als Hypothek für die Erbschaftforderung auf den ersatzberechtigten Eigentümer über. Diese Hypothek stellt sich als Hypothek für eine Hauptschuld, nicht als Hypothek für Zinsen dar, da die Erbschaftforderung auch hier an die Stelle der Zinsforderung tritt (RGZ 47, 216). — Der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist und dem im Falle der Befriedigung des Gläubigers ein Erbschaftspruch im Sinne des Abs 2 gegen den (oder die) anderen Eigentümer zustehen würde, wird nach Maßgabe des § 1165 von seiner persönlichen Schuld frei, wenn der Gesamthypothekengläubiger über die Hypothek an dem (oder an einem) andern Grundstück den Erbschaftspruch beeinträchtigende Verfügungen der im § 1165 bezeichneten Art (z. B. Verzicht auf die Hypothek am Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers oder Einräumung des Vorrangs für nachstehende Hypotheken) trifft (Prot 3, 636; RG 89, 79). Ist dagegen der im Falle der Befriedigung des Gläubigers ersatzberechtigte Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner, so kann § 1165 keine Anwendung finden. Denn diese Vorschrift ist, ähnlich wie § 776 zum Schutze des Bürgen dient, zum Schutze des dem Hypothekengläubiger persönlich mithaftenden Schuldners gegeben und daher unanwendbar, wenn zwischen dem Erbschaftsberechtigten und dem Hypothekengläubiger kein persönliches Schuldverhältnis besteht. Der Gesamthypothekengläubiger kann in dem ihm nach § 1132 zustehenden Recht, nach seinem Willen sich an eines der ihm haftenden Grundstücke zu halten und das andere ganz oder zum Teil freizugeben, nicht dadurch beschränkt sein, daß im Falle seiner Befriedigung durch einen der Eigentümer diesem ein Erbschaftspruch gegen den andern Eigentümer zustehen würde. Er verliert daher durch eine solche Verfügung über die Hypothek an dem einen Grundstück (z. B. Verzicht auf die Hypothek) nicht sein dingliches Recht an dem einem etwa ersatzberechtigten Eigentümer gehörigen andern Grundstück (RG JW 1913, 1149^o). Mithin wird auch dann, wenn der ersatzberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, der Umfang der dinglichen Haftung dieses Eigentümers nicht durch nachteilige Verfügungen über die Hypothek an dem andern Grundstück vermindert; der Eigentümer kann also auch nicht auf Grund solcher Verfügungen die völlige oder teilweise Lösung der Hypothek oder einen Verzicht auf die Hypothek an seinem Grundstück nach § 1169 verlangen. Auch ein Schadenserbschaftspruch, der zur Aufrechnung gestellt werden könnte, ist mit Rücksicht auf die dem Gesamthypothekengläubiger nach § 1132 zustehenden Rechte zu verneinen (str.; a. M. anscheinend RG 74, 213). — Ist der Erbschaftspruch nicht Alleineigentümer, sondern nur Miteigentümer des andern Grundstücks, so geht die Hypothek nur an seinem Anteil über (RGZ 47, 216).

§ 1174

Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, dem eine Gesamthypothek zusteht¹⁾, oder vereinigen sich bei einer Gesamthypothek Forderung und Schuld in einer Person, so geht, wenn der Schuldner nur von dem Eigentümer eines der Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann²⁾, die Hypothek an diesem Grundstück auf ihn über; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt²⁾.

Ist dem Schuldner nur teilweise Ersatz zu leisten und geht deshalb die Hypothek nur zu einem Teilbetrag auf ihn über, so hat sich der Eigentümer diesen Betrag auf den ihm nach § 1172 gebührenden Teil des übrigbleibenden Betrags der Gesamthypothek anrechnen zu lassen³⁾.

§ II 1081; B 3 631, 636ff.

1. § 1174 regelt in Ergänzung des § 1164 die Wirkungen einerseits der Befriedigung eines Gesamthypothekengläubigers durch den persönlichen Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke ist, andererseits der Vereinigung der Forderung und Schuld in einer Person bei einer Gesamthypothek, die auch hier (vgl. § 1164 Abs 2) der Befriedigung gleichgestellt ist. Diese ergänzende Regelung bezieht sich auf den Fall, daß der Schuldner nur von dem Eigentümer eines der Grundstücke oder von dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann. Was das Gesetz unter Befriedigung, Ersatzanspruch, Vereinigung von Forderung und Schuld versteht, ist im § 1164 A 1—4 dargelegt. Ist der persönliche Schuldner zugleich Eigentümer eines der belasteten Grundstücke, so findet nicht § 1174, sondern § 1173 Anwendung (§ 1173 A 2, 3). Hat der persönliche Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer ist, überhaupt keinen Ersatzanspruch, so liegt ebenfalls kein Fall des § 1174 vor; vielmehr steht die Gesamthypothek, da die Forderung nach § 1163 Abs 1 Satz 2 durch die Befriedigung des Gläubigers erlischt, gemäß § 1172 Abs 1 den Eigentümern der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu, und zwar als Gesamtgrundschuld (§ 1172 A 1). Kann der befriedigende persönliche Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer ist, von allen Eigentümern Ersatz verlangen, so trifft nicht § 1174 zu, sondern § 1164, der insoweit auch für die Gesamthypothek gilt, in Verbindung mit § 1172 Abs 1: In Höhe des Ersatzanspruchs wird die ursprünglich für die befriedigte Forderung haftende Gesamthypothek zur Gesamtgrundschuld (§ 1132) für die Ersatzforderung gegen die ersatzpflichtigen Eigentümer als die Schuldner der Ersatzhypothekenforderung und geht so auf den bisherigen Schuldner über (§ 1164 A 2); in Höhe des überschüssigen Betrags wird die Hypothek gemeinschaftliche Teil-Gesamtgrundschuld der Eigentümer (§ 1172 A 1).

2. In dem sonach von § 1174 allein betroffenen Falle, daß durch Befriedigung seitens des (lediglich) persönlichen Schuldners oder durch Vereinigung von Forderung und Schuld ein Ersatzanspruch nur gegen einen (oder einige) der Eigentümer der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke oder dessen Rechtsvorgänger ausgelöst wird, geht die Hypothek an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers als Einzelhypothek (wenn mehrere Eigentümer, jedoch nicht alle, ersatzpflichtig sind, als Gesamthypothek) für die an die Stelle der ursprünglichen Forderung tretende Ersatzforderung (§ 1164 A 2; § 1173 A 7) kraft Gesetzes auf den bisherigen Schuldner über, während sie an den übrigen Grundstücken kraft Gesetzes, ohne daß es einer Löschung bedarf (§ 1173 A 3), erlischt. Befriedigt der persönliche Schuldner den Gesamthypothekengläubiger nur zum Teil, so gilt für diesen Teil hinsichtlich des Übergangs am Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers und hinsichtlich des Erlöschens an den übrigen Grundstücken dasselbe. Die Resthypothek des Gläubigers an jenem Grundstück geht nach § 1176 der Teilhypothek des Schuldners im Range vor. Dabei ist für beide Fälle (volle oder teilweise Befriedigung) vorausgesetzt, daß der Schuldner in ganzer Höhe des gezahlten (oder durch Vereinigung von Forderung und Schuld erloschenen) Betrags Ersatz verlangen kann. Beschränkt sich sein Ersatzanspruch auf einen Teilbetrag, so wird in Höhe des überschüssigen Betrags die Hypothek gemäß § 1172 Abs 1 zur gemeinschaftlichen Gesamtgrundschuld der Eigentümer. Ferner findet auf diesen Fall Abs 2 Anwendung. — Dem befriedigenden Schuldner stehen nach dem auch hier anzuwendenden § 1167 die Rechte aus den §§ 1144, 1145 (zweites Grundbuchberichtigung) zu. Ferner sind die bei der Einzelhypothek zum Schutz des persönlichen Schuldners in den §§ 1165, 1166 gegebenen Vorschriften hier ebenfalls entsprechend anzuwenden (RG 89, 79; § 1173 A 7).

3. Abs 2 bedeutet: Hat der Schuldner nur wegen eines Teiles des Betrags (sei es des vollen Hypothekentetrags oder eines Teiles davon), zu welchem er den Gesamthypothekengläubiger befriedigt hat (oder eine Vereinigung von Forderung und Schuld eingetreten ist), einen Ersatzanspruch lediglich gegen einen (oder einige) der Eigentümer (für den Fall des Ersatzanspruchs gegen alle: A 1) und erlangt er deshalb nur eine Teilhypothek (oder eine Teil-Gesamthypothek)

an dem Grundstück (oder an den Grundstücken) des ersatzpflichtigen Eigentümers (oder der ersatzpflichtigen Eigentümer) für die **Ersatzforderung**, während die Gesamthypothek in Höhe des überschließenden Betrags gemäß § 1172 Abs 1 zur gemeinschaftlichen Gesamtgrundschuld der Eigentümer wird (A 2), so hat sich der ersatzpflichtige Eigentümer den Betrag der **Teilhypothek** des Schuldners an seinem Grundstück auf den ihm nach § 1172 gebührenden Anteil an der **gemeinschaftlichen Gesamtgrundschuld** anrechnen zu lassen. Mithin verringert sich dieser Anteil, dessen Berechnung sich aus den Darlegungen in § 1172 A 1—4 ergibt, zugunsten der anderen mitberechtigten Eigentümer um den Betrag der **Teilhypothek** des Schuldners. Ist dieser Betrag gleich dem Anteil oder höher als dieser, so entfällt der Anteil des ersatzpflichtigen Eigentümers überhaupt; dann steht die gemeinschaftliche Gesamtgrundschuld (bezüglich des vorgenannten überschließenden Betrags) den anderen Eigentümern allein zu. Auf die verschiedenen anderen Meinungen über die Art und Weise der Anrechnung wird nicht eingegangen, da die Vorschrift des Abs 2 wohl kaum jemals für die Rechtsanwendung in Frage kommen wird.

§ 1175

Verzichtet der Gläubiger auf die Gesamthypothek ¹⁾, so fällt sie den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu; die Vorschriften des § 1172 Abs 2 finden Anwendung ²⁾. **Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek an einem der Grundstücke**, so erlischt die Hypothek an diesem ³⁾.

Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger nach § 1170 mit seinem Rechte ausgefloßen wird ⁴⁾.

§ II 1082; § 3 629, 637.

1. Abs 1 Satz 1 betrifft den Fall, daß der Gläubiger auf die Gesamthypothek an allen belasteten Grundstücken, die verschiedenen Eigentümern gehören, ganz oder zum Teil verzichtet. Den Inhalt der Verzichtserklärung und die sonstigen Erfordernisse des Verzichts erläutert § 1168 A 1, 3, 4, 5. Der Unterschied zwischen dem Verzicht auf die Gesamthypothek und deren Aufhebung ergibt sich aus § 1183 A 1. Der Verzicht muß auf alle Grundstücke eingetragen werden (RGZ 24 A 136).

2. Die Gesamthypothek fällt infolge des Verzichts kraft Gesetzes den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu, ohne daß es ihrer Eintragung als Gläubiger bedarf (§ 1168 A 2). Die persönliche Forderung des Gläubigers wird durch den Verzicht nicht berührt (§ 1168 A 1). Sie trennt sich von der Hypothek. Diese wird in der Hand der Eigentümer gemäß § 1177 Abs 1 zur Gesamtgrundschuld. Bezüglich der Höhe des Anteils der einzelnen Eigentümer an der Gemeinschaft und bezüglich des Rechts jedes Eigentümers auf entsprechende Zuteilung einer Einzelgrundschuld an seinem Grundstück aus der gemeinschaftlichen Gesamtgrundschuld finden die Vorschriften des § 1172 Abs 2 Anwendung (§ 1172 A 2, 3, 4). Verzichtet der Gläubiger auf einen Teil der Hypothek an allen Grundstücken, so hat die ihm verbleibende Rest-Gesamthypothek gemäß § 1176 den Vorrang vor der den Eigentümern gemeinschaftlich zufallenden Teil-Gesamthypothek.

3. Abs 1 Satz 2 betrifft den Fall des Verzichts des Gläubigers auf die Gesamthypothek an einem der Grundstücke. Ein solcher Verzicht bewirkt nicht, wie der Verzicht auf die Einzelhypothek nach den §§ 1168 Abs 1, 1177 Abs 1, die Entstehung einer Grundschuld für den Eigentümer des vom Verzicht betroffenen Grundstücks, sondern die **Hypothek erlischt an diesem Grundstück** kraft Gesetzes im Zeitpunkt des Zusammentreffens der Verzichtserklärung und der Verzichts eingetragen, ohne daß es der Löschung oder der Zustimmung des Eigentümers zu der Eintragung des Verzichts bedarf (§§ 1168 A 4, 1173 A 3; so jetzt auch das Kammergericht in HRN 1932 Nr 513 gegen RGZ 24 A 135); die im Range nachstehenden Berechtigten rücken vor. Soll aber die Hypothek an diesem Grundstück gelöscht werden, so ist nach der Ordnungsvorschrift des § 27 Abs 1 GBD die Zustimmungserklärung des Eigentümers erforderlich (§ 1173 A 3; RGZ 24 A 135; RZV 2, 240; 11, 155; DLG 6, 101; 14, 131). Eine abweichende Meinung vertreten, sofern der Verzicht im Grundbuch eingetragen ist, die Entscheidungen in RGZ 47, 209 und HRN 1932 Nr 513 mit der Begründung: Der Fall sei gleichzustellen dem des § 1132 Abs 2; es handle sich lediglich um die grundbuchmäßige Verlautbarung des Erlöschens der Hypothek als einer gesetzlichen Folge der nicht an die Zustimmung des Eigentümers geknüpften Eintragung des Verzichts. Dieser Ansicht ist aber nicht beizupflichten: § 1132 Abs 2 betrifft die Eintragung einer Verteilung, während hier eine Löschung der Hypothek im Sinne des § 27 Abs 1 GBD vorzunehmen ist; für die rechtliche Gleichstellung der beiden verschiedenen Fälle fehlt eine gesetzliche Grundlage. An den anderen Grundstücken besteht die Hypothek für den Gläubiger wie bisher weiter. Ist die Löschung der Hypothek nur auf einem der Grundstücke bewilligt und beantragt, so darf sie nicht auch auf den übrigen mitlastenden Grundstücken erfolgen (§ 875 A 3). — Wenn der Gläubiger einer Einzelhypothek auf die Hypothek an einem Treuhandstück oder, falls das Grundstück mehreren Miteigentümern gehört, auf die Hypothek an dem Anteil eines Miteigentümers

(§ 1114) verzichtet (z. B. das Trennstück im Falle der Veräußerung aus der Pfandhaft entläßt), so ist die Vorschrift des Abs 1 Satz 2 entsprechend anzuwenden. Die Hypothek an dem Trennstück oder dem Anteil wird also nicht nach den §§ 1168 Abs 1, 1177 Abs 1 zur Grundschuld für den Eigentümer (Miteigentümer), sondern erlischt. Denn durch die Absonderung des Trennstücks oder des Miteigentumsanteils wird die Einzelhypothek zur Gesamthypothek (§ 1132 A 1; *RG* 52, 362; 81, 82; *RGZ* 24 A 136; 25 A 317). Der Verzicht bedarf aber auch in diesen Fällen der Eintragung auf das Trennstück oder den Bruchteil (*RG* 101, 120; *RGZ* 24 A 136). Der ausdrücklichen Eintragung des Verzichts steht die pfandfreie Abschreibung nach § 47 Abs 2 *GBD* gleich. Unter Preisgabe seiner früheren Rechtsprechung hat nunmehr auch das Kammergericht (*JKG* 11, 243) sich zu der Rechtsauffassung bekannt, daß die auf Pfandentlastung eines Trennstücks gerichtete Willenserklärung eines Hypothekengläubigers jedenfalls regelmäßig als Verzichtserklärung im Sinne des § 1175 Abs 1 Satz 2 aufzufassen sei und daß daher zur pfandfreien Abschreibung des Trennstücks regelmäßig nicht die Zustimmung des Grundstückseigentümers nach § 1183 erforderlich sei. Formellrechtlich bleibt immerhin § 27 Abs 1 *GBD* zu beachten. Ist die Eintragung der Pfandentlastung (Löschung der Hypothek auf dem Trennstück) sowie die Abschreibung des Trennstücks unterblieben, so hat die Pfandentlastung nur die schuldrechtliche Folge, daß der Gläubiger sein Pfandrecht an dem entlassenen Trennstück nicht geltend machen soll. Wird sodann das ganze Grundstück zwangsversteigert und erlischt die Hypothek durch den Zuschlag (§ 91 *ZWG*) mit der Folge, daß an ihre Stelle das Recht auf den Versteigerungserlös tritt (§ 1168 A 1), so hat die Pfandentlastung nur die schuldrechtliche Wirkung, daß der Gläubiger aus dem auf das Trennstück entfallenden Versteigerungserlöse keine Befriedigung suchen darf (*RG* 101, 120). Ist dagegen die Eintragung der Pfandentlastung (Löschung auf dem Trennstück) erfolgt, so hat die Pfandentlastung dingliche Wirkung. Dann ist das Trennstück von der Haftung für die Hypothek frei, selbst wenn seine Abschreibung von dem Grundstück entgegen der Vorschrift des § 7 Satz 1 *GBD* unterbleibt; denn diese Vorschrift ist nur eine Ordnungsvorschrift (*RG* 101, 120). — Ferner tritt nach § 418 Abs 1 Satz 2, 3 im Falle einer Schuldübernahme, durch die der persönliche Schuldner der Hypothekenforderung befreit wird, das Gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, es sei denn, daß der Eigentümer seinerseits in die Schuldübernahme eingewilligt hat. Wird also von einem oder einigen der Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke in die Schuldübernahme nicht eingewilligt, so erlischt die Hypothek an dem Grundstück des nicht einwilligenden Eigentümers.

4. Ist der (unbekannte) Gläubiger durch Ausschlußurteil nach § 1170 mit seinem dinglichen Recht (§ 1170 A 3) an allen Grundstücken (auf Aufgebotsantrag sämtlicher Eigentümer) ausgeschlossen, so fällt die Hypothek nach § 1175 Abs 1 Satz 1 allen Eigentümern gemeinschaftlich zu. Bezieht sich die Ausschließung nur auf eins (oder einige) der belasteten Grundstücke (weil nur der Eigentümer dieses Grundstücks das Aufgebot beantragt hat), so erlischt die Hypothek nach § 1175 Abs 1 Satz 2 auch nur an diesem Grundstück (*RGZ* 34 A 301). Gleiches gilt auch dann, wenn das Aufgebot einer Einzelhypothek beantragt, dann aber ein Teil des belasteten Grundstücks vor Erlaß des Aufgebots veräußert und unter Übertragung der Hypothek nach einem anderen Grundbuchblatt abgeschrieben war, so daß eine Gesamthypothek entstand; das Ausschlußurteil erstreckt sich in diesem Falle nicht auf die Hypothek an dem abgeschriebenen Grundstücksanteil (*DLG* 29, 277). — Auf die als Befriedigung des Gläubigers wirkende Ausschließung nach § 1171 finden die §§ 1172, 1173, nicht § 1175 Anwendung.

§ 1176

Wegen die Voraussetzungen der §§ 1163, 1164, 1168, 1172 bis 1175 nur in Ansehung eines Teilbetrags der Hypothek vor, so kann die auf Grund dieser Vorschriften dem Eigentümer oder einem der Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner zufallende Hypothek nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden ¹⁾.

© I 1095, 1097 II 1083; *M* 3 730, 733; *P* 3 608.

1. Der § 1176 entspricht einer Reihe von Einzelvorschriften, die auch sonst für Fälle gegeben sind, in denen der Übergang einer Forderung auf einen andern kraft Gesetzes stattfindet. Solche Fälle finden sich insbesondere in den §§ 426 Abs 2, 774 Abs 1 Satz 2, Abs 2 (Gesamtschuldner, Bürge, Mitbürgen), 1143 Abs 1 Satz 2 (Befriedigung des Hypothekengläubigers durch den persönlichen Schuldner), 268 Abs 3 Satz 2, 1150 (Befriedigung des Hypothekengläubigers durch einen Ablösungsberechtigten), 1182 (Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers aus einem der belasteten Grundstücke). Im Einklang mit diesen Einzelvorschriften ist im § 1176 für die Fälle der §§ 1163, 1164, 1168, 1172 bis 1175, in denen die Hypothekenforderung auf den oder einen der Eigentümer (§§ 1163, 1168, 1172, 1173, 1175) oder auf den persönlichen Schuldner (§§ 1164, 1174, kraft Gesetzes übertragen wird, durch

eine gemeinsame Vorschrift bestimmt, daß eine Übertragung, die nur in Ansehung eines Teilbetrags erfolgt, nicht zum Nachteil der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden kann. Die Bestimmung beruht auf der Erwägung, daß billigerweise aus dem teilweisen Übergang auf einen andern keine weiteren Folgerungen gegen den Gläubiger zu ziehen seien als diejenigen, die sich aus einem teilweisen Erlöschen des Rechts ergeben würden (Mot 3, 730; *RG JW* 1911, 277^a). Danach hat die Resthypothek des Gläubigers in diesen Fällen insbesondere den Vorrang vor dem auf den andern übergebenden Teil (*RG JW* 1911, 277^a; *Gruch* 47, 406; *RGZ* 21 A 167; 25 A 303; 28 A 139; 29 A 179; 52, 279; auch *RG* 76, 198). Diese Folge tritt kraft Gesetzes ein (*RG Gruch* 47, 906). Deshalb ist eine Vereinbarung, wodurch die Folge noch besonders festgesetzt wird, bedeutungslos und als überflüssig von der Eintragung in das Grundbuch auszuschließen (*RGZ* 21 A 165; 28 A 139). Wenn aber der übergegangene Hypothekteil auf den Namen des Eigentümers oder des persönlichen Schuldners umgeschrieben werden soll, so ist ein Vermerk über das Rangverhältnis des Teils zu der Resthypothek des Gläubigers in das Grundbuch aufzunehmen, da vor dem Übergang die Teile gleichen Rang hatten und nun eine Änderung dieses Ranges eingetragen ist (*RGZ* 25 A 306). Soll nach dem Übergang der Vorrang der Resthypothek beseitigt werden, so handelt es sich um eine Rangänderung; daher müssen die Erfordernisse des § 880 beobachtet werden. Eine im voraus getroffene Vereinbarung, daß gegebenenfalls die Resthypothek nicht den Vorrang haben soll, ist zulässig und eintragungsfähig, da sie den Inhalt des Hypothekenrechts betrifft (*RGZ* 29 A 184). Da § 1176 den Vorrang nicht dem Gläubiger persönlich, sondern der ihm verbleibenden Hypothek gewährt, bleibt ihr Vorrang auch dann erhalten, wenn sie demnächst auf einen andern übergeht, mag dieser neue Gläubiger auch der Inhaber des andern Teils oder der Eigentümer sein (*RGZ* 52, 279).

— § 1176 setzt voraus, daß dem Gläubiger ein Teil der Hypothek verbleibt. Geht die ganze Hypothek in Teilbeträgen auf andere über (z. B. wenn Miteigentümer zwar gleichzeitig, aber je nur für ihren Teil den Gläubiger befriedigen), so stehen die Teile im Range gleich. Wird aber eine Hypothekforderung nach und nach durch Teilzahlungen getilgt, so entstehen mit jeder Teilzahlung Eigentümergrundschulden, welche verschiedenen Rang haben (§ 1151 A 1). Weiter hat § 1176, wie sich aus der Gegenüberstellung der Worte „in Ansehung eines Teilbetrags“ und „der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek“ ergibt, zur Voraussetzung, daß der Übergang auf den andern, insbesondere in den Fällen des § 1163 auf den Eigentümer, einen Teil einer einheitlichen, dem Gläubigerrecht einer Person allein unterliegenden Hypothek betrifft. Die Eintragung einer Hypothek für eine Mehrzahl von Inhaberschuldverschreibungen (§ 1187) enthält nicht lediglich ein einziges Hypothekenrecht für einen einzigen Gläubiger, sondern eine Mehrzahl von Hypotheken, die je für sich selbständig bestehen. Daher ändert sich der Rang unter ihnen nicht, wenn die Hypothek für eine Teilschuldverschreibung wegen Nichtbestehens der Forderung (z. B. bei Nichtbegebung: § 1187 A 2) Eigentümergrundschuld ist. Wird ferner von einer Hypothek, die mit einer Hypothek eines andern Gläubigers gleichen Rang hat, ein Teilbetrag zur Eigentümergrundschuld (z. B. beim Verzicht des Gläubigers), so steht diese zwar der Resthypothek im Range nach, nicht aber auch der anderen Hypothek; vielmehr behalten Resthypothek und Eigentümergrundschuld zusammen gleichen Rang mit der anderen Hypothek. Dies gilt auch dann, wenn beide Hypotheken unter derselben Nummer eingetragen sind, da sie trotz einer solchen Eintragung selbständige, von einander verschiedene Hypotheken sind (*OLG* 26, 162). — Für rechtsgeschäftliche Übertragungen von Teilbeträgen ist hinsichtlich des Ranges weder im § 1176 noch sonst im Gesetz eine Bestimmung gegeben. Da vor der Abtretung alle Teile gleichen Rang haben (*RG JW* 1911, 277^a), bleibt dieses Rangverhältnis auch dann bestehen, wenn der Gläubiger einen Teil an einen andern abtritt. Gleiches gilt für die Pfändung eines Hypothekteils im Wege der Zwangsvollstreckung. Jedoch kann im ersten Falle (was auch regelmäßig geschieht) von den Beteiligten das Rangverhältnis ausdrücklich anderweit geregelt werden (§ 1151; *RG JW* 1911, 277^a) oder ein anderes Rangverhältnis als gewollt aus den Umständen sich von selbst ergeben (*RGZ* 29 A 179). Im zweiten Falle muß die Pfändung und Überweisung des Teils, wenn es der Pfändungsgläubiger beantragt, mit dem Vorzugsrecht vor dem Überrest ausgesprochen werden. Aus § 1176 ist nicht zu folgern, daß ein Teil der Hypothek, den der Gläubiger mit Vorrang vor dem Überrest abgetreten hat und der dann (z. B. durch Zahlung an den Besiznar) auf den Eigentümer übergeht, nunmehr der Überresthypothek des ursprünglichen Gläubigers im Range nachzusehen hat. Denn infolge der Teilabtretung sind an die Stelle der bisher einheitlichen Hypothek mehrere selbständige Hypotheken in Höhe der Teilbeträge getreten (*RG* 75, 249). Daher ist für eine Anwendung des § 1176 kein Raum mehr (Str.; *RG JW* 1911, 277^a). Weiter ist aus § 1176 nichts für die Frage zu entnehmen, wie Tilgungsbeiträge (Amortisationsleistungen), die auf eine Hypothek zu leisten sind, nach einer Teilabtretung zu verrechnen sind. Solche Leistungen betreffen die ganze Hypothek und damit zugleich alle ihre Teile. Deshalb sind sie verhältnismäßig auf die einzelnen Teile zu verrechnen (*RG JW* 1911, 277^a). Hat der Eigentümer einen durch Befriedigung des Gläubigers zur Eigentümergrundschuld gewordenen Teil einer Hypothek an einen Dritten abgetreten und bringt dann dieser Dritte auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels wegen der Grundschuld die Pfändung von Mietzinsen aus, so wird die Grundschuld

zwar im Sinne des § 1176 zum Nachteil der dem Gläubiger verbliebenen Resthypothek geltend gemacht, doch muß der Hypothekengläubiger, wenn er nicht seinerseits auf Grund seiner Resthypothek die Beschlagnahme ausgebracht hat, die Pfändung nach dem auch hier trotz des § 1176 maßgebenden (RG 83, 404) § 1124 Abs 1 als Verfügung über die Mietzinsen (§ 1124 Abs 3) gegen sich ebenso gelten lassen wie die Pfändung eines anderen, sei es auch nachstehenden Hypothekengläubigers (a. M. JW 1916, 289^a mit zutreffender Fußnote). — Im § 21 Abs 2 AufwG ist bei dem Aufwertungsanspruch mehrerer Personen, die durch Übergang kraft Gesetzes oder durch rechtsgeschäftliche Abtretung an einer Hypothek beteiligt sind, über deren Rangverhältnis Abweichendes von § 1176 und § 1151 (dort Abs 1) bestimmt (RG 120, 212).

§ 1177

Vereinigt sich die Hypothek¹⁾ mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht²⁾, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld³⁾. In Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinsfußes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts bleiben die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend⁴⁾.

Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu⁵⁾, so bestimmen sich seine Rechte aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften⁶⁾.

§ I 1098 II 1084; R 3 733; P 3 572, 610, 720.

1. Die Hypothek kann durch die Vereinigung mit dem Eigentum die im § 1177 Abs 1, 2 bestimmte rechtliche Gestaltung naturgemäß nur dann gewinnen, wenn sie als Hypothek überhaupt rechtsgültig besteht. Within muß sie gemäß § 873 als Hypothek durch rechtswirksame Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber über die Bestellung dieses Rechts und durch Eintragung begründet worden sein. Ist die Eintragung ohne eine solche Einigung erfolgt und kommt auch nachher eine Einigung nicht zustande oder ist die Einigungserklärung auch nur eines der Beteiligten (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit, Wuchers, Scheinabrede: RG 57, 95; JW 1902 Weil 202; 1906, 736³; 1913, 540²; Warn 1913 Nr 353; DVG 5, 9) nichtig oder (z. B. wegen Irrtums oder Betrugs) anfechtbar und angefochten (RZA 9, 59), so besteht ein hypothekarisches Recht überhaupt nicht (§ 873 Abs 4). Daher kann auch durch Vereinigung mit dem Eigentum nicht eine Hypothek (Abs 2) oder eine Grundschuld (Abs 1) für den Eigentümer daraus entstehen (RG 68, 101; 70, 356; 78, 64; 106, 139; JW 1903 Weil 50¹¹³; Warn 1913 Nr 353; Gruch 59, 901; RZA 4, 118; DVG 5, 9; 11, 114; 15, 339). Streitig ist, ob dies für den Fall des Abs 1 auch dann zu gelten hat, wenn der Hypothekeneintragung zwar nur eine einseitige, aber an sich gültige Eintragungsbewilligung des Eigentümers zugrunde liegt (wenn z. B. der Eigentümer eine Darlehenshypothek hat eintragen lassen in der Meinung, der als Gläubiger Bezeichnete werde ihm das Darlehen gegen Hypothekbestellung gewähren, eine Einigung aber demnächst nicht zustande kommt, oder wenn die Einigungserklärung des andern Teils nichtig ist). Dies ist zu bejahen, weil ein dingliches Recht am Grundstück grundsätzlich nicht durch einseitige Rechtshandlungen des Eigentümers begründet werden kann (RG 70, 353; 106, 139; RGZ 40, 259). Die von der Gegenmeinung herangezogenen Vorschriften der §§ 1188, 1190, wonach zur Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldbeschreibung auf den Inhaber oder zur Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer selbst die Eintragungsbewilligung des Eigentümers allein für genügend erklärt ist, kennzeichnen sich als Ausnahmsvorschriften mit Rücksicht auf die besondere Natur dieser Rechte. Abgesehen hiervon ist die Hypothekeneintragung bei mangelnder Einigung nichtig, auch wenn die Eintragungsbewilligung des Eigentümers an sich rechtswirksam ist. Damit ist aber auch ihre Umwandlung in eine (gültige) Eigentümergrundschuld nach Abs 1 ausgeschlossen. Die Eintragungsbewilligung des Eigentümers und die daraufhin (vgl. § 19 BVD) erfolgte Hypothekeneintragung können auch nicht gemäß § 140 in die Bestellung und Eintragung einer Grundschuld für den Eigentümer im Sinne des § 1196 umgedeutet werden. Denn bewilligt und vorgenommen ist die Eintragung einer „Hypothek“ für die „Forderung“ eines „anderen“, während nach der zwingenden Vorschrift des § 1196 die dort bezeichnete Grundschuld auf Grund der einseitigen Bewilligung des Eigentümers nur dann rechtsgültig begründet wird, wenn die Eintragung einer „Grundschuld“ „für ihn“ bewilligt und bewirkt wird (RG 70, 353; RGZ 40, 259; RZA 12, 275). — Handelt es sich um eine Zwangshypothek (§ 867 BVD) oder Arresthypothek (§ 932 BVD) und fehlte bei ihrer Eintragung eine in der BVD für die Zwangsversteigerung oder Arrestvollziehung zwingend vorgeschriebene Voraussetzung (z. B. vollstreckbarer Schuldtitel, Voraussetzungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung nach den §§ 750ff., Einhaltung der Fristen des § 929 Abs 2, 3 für die Arrestvollziehung), so kann daraus keine Eigentümergrundschuld entstehen, weil die Hypothekeneintragung überhaupt nichtig ist. Insbesondere findet dann auch die Vorschrift des § 868 BVD über den Erwerb solcher Hypotheken durch den Eigentümer (§ 1163 Abs 6) keine

Anwendung (RZ 11, 244; 15, 245; RGZ 43, 251; 49, 239; 53, 195). Eine Nichtigkeit ist unheilbar, so daß z. B. eine unter Verletzung der §§ 751 Abs 2, 921 ZPO eingetragene Arresthypothek auch durch nachträgliche ordnungsmäßige Sicherheitsleistung des Arrestgläubigers keine Gültigkeit erlangt. Denn aus den Vorschriften des BGB über das Rangverhältnis zwischen mehreren eingetragenen Rechten (§§ 879 Abs 1, 2, 880, 883 Abs 3, 900 Abs 2) ist zu entnehmen, daß ein eingetragenes Recht keinen Rang haben kann, der sich nicht aus seiner Eintragung, sondern aus späteren, noch dazu aus dem Grundbuch nicht ersichtlichen Ereignissen ergeben möchte (s; RGZ 53, 189). Nichtig und daher einer Eigentümerhypothek nicht zugänglich ist auch eine Zwangs- oder Arresthypothek, welche der Vorschrift des § 14 RD zuwider nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Grundstückseigentümers eingetragen worden ist (DVG 26, 158). Dagegen wirkt eine Anfechtung der Hypothekbestellung gemäß den §§ 29ff. RD oder auf Grund des Anfechtungsgesetzes nur zugunsten der Konkursgläubiger oder des anfechtenden Gläubigers und läßt im übrigen den Bestand der Hypothek unberührt (RG 24, 92; 47, 219; 70, 113; RGZ 39 A 227; Bruch 36, 1113). — Liegt eine rechtswirksame Hypothekbestellung vor, so gelten die Vorschriften des § 1177 für alle Hypothekenarten, auch für Sicherungshypotheken, mit Ausnahme der Hypotheken für die in § 1178 bezeichneten Forderungen. Näheres hierüber und über die Anwendung des § 1177 auf Höchstbetragshypotheken findet sich in § 1163 A 1. Die Frage, ob § 1177 Abs 1 auf die vor dem Inkrafttreten des BGB entstandenen preussisch-rechtlichen Eigentümerhypotheken Anwendung findet, erörtern einerseits RGZ 21 A 160; DVG 12, 289, anderseits RZ 1, 162. Für altes bair. Hypothekenrecht, das die Eigentümerhypothek nicht kannte, ist insoweit zu verweisen auf DVG 31, 351.

2. Eine Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, tritt hauptsächlich in den Fällen des § 1163 ein, also: wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt (§ 1163 Abs 1 Satz 1); wenn die Forderung erlischt (§ 1163 Abs 1 Satz 2); wenn bei der Briefhypothek der Brief dem Gläubiger nicht übergeben ist. Im einzelnen kann insoweit Bezug genommen werden auf § 1163 A 1—7. Weitere Fälle sind: Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer oder des Eigentums durch den Gläubiger kraft Übertragung oder Erbgang (RZ 5, 210; RGZ 20 A 318; 25 A 301; DVG 18, 177); Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek (§ 1168; dort A 2); Ausschließung des Gläubigers mit seinem Recht im Wege des Aufgebotsverfahrens (§ 1170; dort A 7); Erlassung eines als Befriedigung des Gläubigers geltenden Ausschlußurteils gemäß § 1171, wenn der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist (§ 1171 A 5); Übergang der Gesamthypothek auf die Eigentümer sämtlicher belasteten Grundstücke in den Fällen des § 1172 Abs 1 (dort A 1), des Verzichts des Gläubigers gemäß § 1175 Abs 1 Satz 1 (dort A 2), der Ausschließung des Gläubigers mit seinem Recht gemäß § 1170 (§ 1175 Abs 2; dort A 4); Übergang von Arrest- oder Zwangshypotheken auf den Eigentümer gemäß § 868 ZPO (§ 1163 A 1). — Dagegen entsteht keine Eigentümergrundschuld, wenn der Gläubiger auf den Versteigerungserlös, der auf seine durch den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren erloschene Hypothek entfällt, im Verteilungstermin verzichtet (§ 1168 A 1). Aus den in § 1168 A 1 dargelegten Gründen ist auch die Frage zu verneinen, ob eine Eigentümergrundschuld entsteht, wenn der Ersteher, der zugleich Hypothekengläubiger ist, den auf seine Hypothek entfallenden Betrag von dem zu zahlenden Versteigerungspreis in Abzug bringt. Die Hypothek ist durch den Zuschlag erloschen. Das Recht auf Befriedigung aus dem Erlös wird durch den Abzug wie durch Zahlung tilgt (str.; a. M. RZ 2, 194). Wenn allerdings ein solcher Abzug nicht erfolgt, der Vollstreckungsrichter die Forderung gegen den Ersteher, der das Bargebot nicht berichtigt hat, auf diesen selbst als den Berechtigten gemäß § 118 Abs 1 ZPO überträgt und die Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 128 Abs 1 ZPO veranlaßt, so wird diese Sicherungshypothek, bei der Forderung und Schuld in einer Person vereinigt sind, als Eigentümergrundschuld zu erachten sein (vgl. jedoch RZ 12, 274). Weiter entsteht eine Eigentümergrundschuld nicht, wenn der Ersteher mit dem Gläubiger, dessen Hypothek außerhalb des geringsten Gebotes stand und deshalb an sich durch den Zuschlag erlöschen würde, eine Vereinbarung über das Bestehenbleiben der Hypothek gemäß § 91 Abs 2 ZPO trifft. Die Hypothek bleibt in diesem Falle vielmehr als solche bestehen, und zwar für die ursprüngliche Forderung, die der Ersteher gemäß § 414 übernimmt (RZ 2, 152).

3. Die Hypothek verwandelt sich in eine Grundschuld kraft Gesetzes, ohne daß es der Eintragung des Eigentümers als Gläubigers der Grundschuld bedarf. Wer als der berechtigte Eigentümer in Betracht kommt, ist für die in A 2 genannten einzelnen Fälle näher erörtert in § 1163 A 4, 6, 7, § 1168 A 2, § 1170 A 7, § 1171 A 5, § 1172 A 1, § 1175 A 2. Die rechtliche Natur der dem Eigentümer zufallenden Grundschuld ist im allgemeinen dieselbe wie die der gewöhnlichen Grundschuld. Der Eigentümer hat die Befugnis zur Weltendmachung der Grundschuld als eines das Grundstück belastenden Rechts und zur Verfügung über sie. Insbesondere hat er auch die Befugnis zu ihrer Aufhebung (Löschung; § 875) in gleicher Weise wie jeder andere Grundschuldgläubiger. Er kann die Grundschuld ferner an einen andern übertragen oder für einen

andern belasten oder auch gemäß § 1198 wieder in eine Hypothek umwandeln für eine neue Forderung. Andererseits unterliegt sie der Pfändung seiner Gläubiger. Alles Einzelne hierzu, insbesondere zu den Fragen, ob zur Verfügung über die Grundschuld die vorherige Eintragung des Eigentümers als Gläubiger erforderlich ist, welche Nachweise dem Grundbuchamt zur Eintragung der Verfügung zu erbringen sind und ob eine künftige Eigentümergrundschuld übertragen, verpfändet und gepfändet werden kann, enthält § 1163 A 3, wo die Hauptfälle der Eigentümergrundschuld behandelt sind. Durch eine Veräußerung des Grundstücks geht der Eigentümer der Grundschuld nicht verlustig (§ 1163 A 6). Im Falle des Konkurses fällt sie gemäß § 1 RD in seine Konkursmasse (RG Warn 1909 Nr 145). Dies gilt auch dann, wenn erst nach der Konkursöffnung der Konkursverwalter durch Befriedigung des Gläubigers aus Mitteln der dem Gemeinschaftsdner gehörenden Masse die Forderung zum Erlöschen bringt (§ 1163 Abs 1 Satz 2; § 6 RD). Dagegen steht in anderen Fällen einer erst nach der Konkursöffnung eintretenden Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum (z. B. wenn der Eigentümer den Gläubiger beerbt) die Grundschuld als neuer Erwerb dem Gemeinschaftsdner zur freien Verfügung (RG 61, 41). — Kommt das Grundstück zur Zwangsversteigerung und geht die Grundschuld dem Anspruch des betreibenden Gläubigers vor, so ist sie gemäß § 44 ZVG in das geringste Gebot aufzunehmen und bleibt für den bisherigen Eigentümer (Vollstreckungsd Schuldner) gegenüber dem Ersteher als Grundstücksbelastung bestehen (RG 94, 9). Geht ihr der Anspruch des betreibenden Gläubigers vor und erlischt sie daher durch den Zuschlag gemäß den §§ 52, 91 ZVG, so kann der auf sie entfallende Versteigerungserlös in Anspruch genommen werden von dem Eigentümer (Vollstreckungsd Schuldner) oder im Falle seines Konkurses von dem Konkursverwalter (RG 52, 5; 55, 264; 63, 216; 65, 418; 75, 316; 77, 296; 88, 305; ZW 1906, 424*; Warn 1908 Nr 237; 1909 Nr 145; Bruch 31, 404; 44, 1214; 52, 1075) oder auch von einem (dinglichen oder persönlichen) Gläubiger des Eigentümers, wenn dieser Gläubiger die Grundschuld vor dem Zuschlag oder das Recht auf den Erlös nach dem Zuschlag gepfändet hat (RG 55, 264; 63, 216; 64 S. 216, 311; 70, 279; 75, 316; ZW 1906, 387¹³). Die Erfordernisse dieser beiden Pfändungsarten sind erörtert in § 1154 A 1, § 1163 A 3. Der auf die Grundschuld zugefallene Erlösteil fällt nicht etwa den nachstehenden Hypothekengläubigern oder sonst dinglich Berechtigten zu. Verzichten allerdings die Empfangsberechtigten, insbesondere der etwa noch verfügungsberechtigte Eigentümer, auf den Erlösteil (im Verteilungstermin), so scheidet sie ebenso, wie wenn ein Hypothekengläubiger für seine Hypothek auf den Erlös verzichtet, aus dem Verteilungsverfahren aus; dann ist der Erlösteil unter die nachstehenden Berechtigten zu verteilen (§ 1168 A 1). Abgesehen hiervon ist die Geltendmachung der Eigentümergrundschuld auch dann nicht unzulässig, wenn ihr Erwerb zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerks aus dem Grundbuch nicht ersichtlich war und das Recht nicht gemäß § 37 ZVG angemeldet ist; es genügt vielmehr der Nachweis des Bestehens der Eigentümergrundschuld bei der Kaufgeldervertellung (RG 77, 296; vgl. auch 73, 300). — Eine Einschränkung der Befugnis zur Geltendmachung der Grundschuld, solange sich diese in der Hand des Eigentümers befindet (RG 60, 363), ergibt sich jedoch aus § 1197. Danach kann der Eigentümer nicht selbst die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben. Ferner gebühren ihm Zinsen von der Grundschuld nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung, also nur dann, wenn ihm, wie das durch die Zwangsverwaltung geschieht (§§ 20—24, 148 ZVG), die Einkünfte aus dem Grundstück entzogen sind (RG 60, 362). Dies gilt auch zugunsten der Inhaber der die Grundschuld belastenden Rechte (z. B. eines Nießbrauchers, eines Pfandgläubigers). Daher kann z. B. derjenige, dem die Grundschuld vom Eigentümer verpfändet worden ist, ebensowenig wie der Eigentümer selbst Zinsen aus dem Zwangsversteigerungserlöse beanspruchen (RG 60, 359). Ist zugleich die Zwangsverwaltung eingeleitet, so kann er sich wegen der Zinsen auch nur an die Zwangsverwaltungsmasse halten, nicht an den Versteigerungserlös (RG 60, 362). — Unterschiede zwischen der aus der Hypothek hervorgegangenen Eigentümergrundschuld und einer Grundschuld, die von vornherein als Eigentümergrundschuld bestellt worden ist, zeigen sich insofern, als die erstere gewisse Rechtsverhältnisse der Hypothek, aus der sie entstanden ist, zu sich herübernimmt (RG 70, 357; RGZ 29 A 181). Je nachdem die Hypothek Briefhypothek oder Buchhypothek war, ist auch die Eigentümergrundschuld Briefgrundschuld oder Buchgrundschuld. Ferner bleiben nach § 1177 Abs 1 Satz 2 in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts die Bestimmungen maßgebend, die für die durch die Hypothek gesicherte Forderung getroffen waren (A 4). Im übrigen ist die Eigentümergrundschuld aber ebenso wie eine andere Grundschuld von einer Forderung losgelöst, insbesondere auch von der durch die Hypothek gesichert gewesenen Forderung, selbst wenn diese, wie z. B. im Falle des Verzichts auf die Hypothek (§ 1168 A 1), nach der Umwandlung der Hypothek in die Grundschuld noch in der Hand des bisherigen Gläubigers bestehen bleibt (RG SeuffW 74 Nr 162). Daher können dem Berechtigten oder dessen Rechtsnachfolger, sofern nicht § 1177 Abs 1 Satz 2 Platz greift, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden nicht gemäß § 1137 ent-

gegengesetzt werden. — Die Umwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld tritt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind, mit Notwendigkeit ein. Sie kann durch Parteibereinbarung nicht ausgeschlossen werden. In Anbetracht der Vertragsfreiheit auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse kann sich aber, wie auch durch § 1179 bestätigt wird, der Eigentümer zugunsten eines andern wirksam verpflichten, die ihm zufallende Grundschuld nicht für sich geltend zu machen, sondern zur Löschung zu bringen (RG 52, 5; DLG 10, 425; 3. B. zugunsten: eines nachstehenden Hypothekengläubigers; auch des Gläubigers der Hypothek selbst, wenn er, wie bei der Hypothek für ein Baugeldbdarlehn, bei einer teilweisen Nichtentfaltung der Forderung ein besonderes Interesse an der Löschung hat). Allerdings wirkt diese Verpflichtung an sich nur im Verhältnis zwischen den Beteiligten persönlich. Gemäß § 1179 kann aber der Anspruch auf Löschung durch Eintragung einer Vormerkung mit Wirksamkeit gegen Dritte versehen werden. Die Wirkung der Vereinbarung im Falle des Konkurses des Eigentümers behandeln RG JW 1906, 424⁹; 1908, 200¹⁵. Eine der Ausschließung der Umwandlung gleiche Wirkung könnte auch dadurch herbeigeführt werden, daß die Hypothek unter der auflösenden Bedingung ihres Erlöschens beim Eintritt der Voraussetzungen für die Entstehung der Eigentümergrundschuld (z. B. beim Erlöschen der Forderung) bestellt würde (§ 1113 A 2; RGZ 46, 237). Den Fall, daß die Hypothek für das Zinsrecht (für sich allein) unter der auflösenden Bedingung des Erlöschens der Hauptforderung bestellt worden ist, erörtert § 1178 A 3. — Fälle, in denen aus einer gesetzlichen Bestimmung sich ergibt, daß die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person und daher die Verwandlung der Hypothek in eine Grundschuld nur eine bedingte oder befristete ist und beim Eintritt der Bedingung oder des Endtermins der frühere Rechtszustand kraft Gesetzes wieder eintritt, finden sich in den §§ 1976, 1991 Abs 2, 2143, 2175, 2377. Insbesondere ergibt sich aus § 2143, daß, wenn der Hypothekengläubiger Vorerbe des Grundstückseigentümers und zugleich persönlichen Schuldners wird, zwar zunächst die Forderung erlischt und die Hypothek zur Eigentümergrundschuld wird, daß aber beim Eintritt des Nacherbsalles kraft Gesetzes die Forderung wieder aufliebt und die Grundschuld wieder zur Hypothek wird (DLG 34, 29).

4. Die für die Forderung getroffenen Bestimmungen in Ansehung der Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen bleiben maßgebend auch dann, wenn die Grundschuld nicht mehr dem Eigentümer zusteht, sondern auf einen andern übergegangen ist (RGZ 46, 235). Soweit solche Bestimmungen, gleichviel ob rechtsgeschäftliche oder gesetzliche, in Frage kommen, ist es so anzusehen, als ob die Forderung noch fortbestünde und durch die Grundschuld gesichert sei (M 3, 734). In dieser Beziehung können dem die Grundschuld geltend machenden Berechtigten (dem Eigentümer oder dessen Rechtsnachfolger) auch Einreden gemäß § 1137 entgegengesetzt werden. Zinsen gebühren aber dem Eigentümer nach § 1197 Abs 2 nur dann, wenn das Grundstück auf Antrag eines andern zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung. Überträgt er jedoch die Grundschuld als solche oder unter Umwandlung in eine Hypothek (§ 1198) auf einen andern, so gebühren diesen auch die Zinsen, sofern sie ihm übertragen worden sind (RGZ 46, 235). Zulässig ist der Vorbehalt der Grundschuld für das Zinsrecht im Falle der Abtretung der Grundschuld unter ihrer Umwandlung in eine Hypothek für die Forderung des neuen Gläubigers (§ 1158 A 3). — Die bei der gewöhnlichen Grundschuld für die Kündigung und den Zahlungsort in den §§ 1193, 1194 gegebenen Vorschriften gelten bei der Eigentümergrundschuld nicht (RG 107, 80). Aus § 1177 Abs 1 Satz 2 ergibt sich also ein Unterschied zwischen der Eigentümergrundschuld und der gewöhnlichen Grundschuld (A 3).

5. Der Hauptfall, in dem bei der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, ist der des § 1143. Er liegt also vor, wenn der Eigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger befriedigt. Weitere Fälle sind: wenn der Gläubiger die Hypothek als solche an den nicht persönlich haftenden Eigentümer abtritt (RN 5, 212; RGZ 21 A 181); wenn der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger beerbt (§§ 1922, 1942); wenn der Gläubiger, dem die Forderung gegen einen Dritten zusteht, das Eigentum am Grundstück erwirbt. Vgl. ferner § 1171 A 5 (Ausschlußurteil, als Befriedigung des Gläubigers wirkend) und § 1173 A 3, 7 (Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers durch einen der Eigentümer).

6. Da sich die Rechte des Eigentümers aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften bestimmen, finden auf diese Hypothek des Eigentümers die Vorschriften des § 1197 in gleicher Weise wie auf die Eigentümergrundschuld des Abs 1 Anwendung (A 3). Dies gilt auch für den Nießbraucher oder Pfandgläubiger, dem der Eigentümer an der Eigentümerhypothek einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht bestellt hat (RG 60, 350). Im übrigen aber ist die forderungsbekleidete Eigentümerhypothek eine wirkliche Hypothek für die ursprüngliche Forderung. Der Eigentümer kann sie als Hypothek auf seinen Namen umschreiben lassen oder als Hypothek (ohne vorherige Umwandlung) an einen Dritten übertragen (RGZ 30 A 233; DLG 34, 29). Andererseits können ihm die Einreden aus § 1137 auf Grund des persönlichen Schuldverhältnisses entgegengesetzt werden, wenn er

nach einer Veräußerung des Grundstücks die dingliche Klage gegen den neuen Eigentümer erhebt. Hat er die Forderung mit der Hypothek kraft Gesetzes erlangt (wie in den Fällen des § 1143 und des Erwerbs durch Erbgang), so steht ihm den Einreden gegenüber der Schutz des § 1138 nicht zur Seite.

§ 1178

Die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen¹⁾ sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind²⁾, erlischt, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt³⁾. Das Erlöschen tritt nicht ein, solange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht⁴⁾.

Zum Verzicht auf die Hypothek für die im Abs 1 bezeichneten Leistungen genügt die Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Eigentümer. Solange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht, ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderrüflich⁵⁾.

§ 1 1001, 1101 II 1085; W 3 720, 735; P 3 614; 4 805; 6 245.

1. Die Hypothek für die Zinsen folgt den gleichen Regeln wie die Hypothek für die Kapitalforderung, soweit nicht durch besondere Vorschriften (z. B. die §§ 1158, 1159) etwas anderes bestimmt ist (RG 72, 364; Warn 1915 Nr 85). Zu diesen besonderen Vorschriften gehört auch § 1178. Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen im Sinne des § 1178 sind solche Zinsen usw., die zur Zeit der Vereinigung der hierfür bestehenden Hypothek mit dem Eigentum (Abs 1) oder zur Zeit des Verzichts (Abs 2) bereits fällig sind, bei denen also der Termin für ihre Fälligkeit vorübergegangen ist, ohne daß der Anspruch auf sie getilgt wurde oder sonst erlosch (§ 1159 A 1; RG 91, 301; JW 1911, 953³⁰). Für die erst später fällig werdenden Zinsen usw. gelten die allgemeinen Vorschriften über die Entstehung einer Eigentümerhypothek aus einer Hypothek (A 3) und über den Verzicht auf eine Hypothek (A 5). Jedoch gebühren dem Eigentümerhypothekar während der Vereinigung auch die später fällig werdenden Zinsen nur nach Maßgabe des § 1197 Abs 2 (§ 1177 A 3). Für eine erweiterte Anwendung des § 1178 auch in Ansehung künftiger Zinsen und Nebenleistungen tritt ein JW 1932, 1576⁶. Ob es sich um vertragsmäßige Zinsen handelt (§ 1115 A 5) oder um solche, für die nach § 1118 die Hypothek kraft Gesetzes haftet (§ 1118 A 2), macht für die Anwendung des § 1178 keinen Unterschied. Was unter den Begriff „andere Nebenleistungen“ die Anwendung des § 1178 keinen Unterschied. Was unter den Begriff „andere Nebenleistungen“ fällt, zeigt § 1115 A 6. Tilgungsbeiträge bei Amortisationshypotheken gehören nicht dazu. Sie sind, auch wenn sie rückständig sind, der Eigentümerhypothek zugänglich (§ 1163 A 1). Beim Verzicht auf sie findet Abs 2 keine Anwendung (A 5).

2. Unter den **Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind**, sind nicht, wie es nach dem Wortlaut scheint, alle Kosten zu verstehen, aus deren Erstattung aus dem Grundstück der Gläubiger Anspruch hat (§ 1118 A 3), sondern nur diejenigen Kosten, für die das Grundstück gemäß § 1118 kraft Gesetzes ohne besondere Bewilligung und Eintragung haftet (§ 1118 A 1), also die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung (§ 1118 A 4, 5). Wie sich aus dem Zusammenhalt des § 1178 mit den §§ 1118, 1145 Abs 2 Satz 2, 1159 Abs 1 Satz 2, 1160 Abs 3 ergibt, gelten andere Kosten, die eintragungsbefähigt sind, auch dann, wenn sie bei der Eintragung ihrem Schuldgrunde nach als Kosten bezeichnet sind, im Sinne des Gesetzes überhaupt nicht als „dem Gläubiger (stets) zu erstattende Kosten“. Sie sind vielmehr besonders begründete Forderungen, die nur insofern nicht völlig selbständig sind, als sie in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Hauptforderung stehen (W 3 S. 714, 720, 735; JW 7, 127). Deshalb findet auf sie auch § 1178 keine Anwendung. Bei ihnen gelten also die allgemeinen Vorschriften über die Entstehung einer Eigentümerhypothek, wenn auf Grund einer besonderen Eintragungsbewilligung ein Höchstbetrag für Kostenforderungen bei der Hypothekeneintragung ausgemorfen oder eine besondere Höchstbetragshypothek gemäß § 1190 für Kostenforderungen eingetragen worden ist, mögen auch zu den Kostenforderungen die des § 1118 mit gehören (str.; JW 7, 127; a. M. DVG 4, 160; 12, 292). Zinsen- und Kostenkautionshypotheken des früheren Rechts, die nach dem Inkrafttreten des BGB und nach der Anlegung des Grundbuchs gemäß Art 192 GG als Höchstbetragshypotheken im Sinne des § 1190 gelten, werden behandelt in RG 61, 375; Warn 1915 Nr 85; andererseits DVG 12, 293. Ihretwegen ist ferner zu verweisen auf Art 194 GG und auf das RWef betr. die Überleitung von Hypotheken des früheren Rechts v. 17. 3. 1906.

3. Die Vorschrift, daß die Hypothek für die im Abs 1 Satz 1 bezeichneten Forderungen erlischt, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt (Fälle der Vereinigung: § 1177 A 2), enthält eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 889 und von dem im § 1177 gegebenen Vorschriften über die Wirkungen der Vereinigung von Hypothek und Eigentum in der Hand einer Person (RG 72, 365; JW 1911, 953³⁰). Der § 1178 Abs 1 Satz 1 greift insbesondere dann Platz,

wenn der Eigentümer des Grundstücks oder ein für ihn handelnder Dritter Zinsrückstände an den Hypothekengläubiger bezahlt (**RG** 91, 299; 100, 157; 143, 285). Die Vorschrift soll verhindern, daß sich durch die Zahlung von Zinsrückständen zwischen die Hypotheken eines Grundstücks Eigentümergrundschulden (§§ 1163, 1177) einschleiben, die durch den Grundfaß der Rangvahrung für den Grundstückseigentümer nicht gefordert werden, die überdies aus dem Grundbuch nicht ersichtlich wären und im Endergebnis den Realcredit des Eigentümers durch Entwertung der zweiten und weiteren Hypotheken gefährden würden (**RG** 136, 79; 143, 286). Die Hypothek, die bis zur Vereinigung für die Rückstände an Zinsen usw. besteht (**RZA** 12, 147), wird aufgehoben, ohne daß es der Löschung bedarf. Sie kann daher nicht Gegenstand einer Eigentümerhypothek sein (**RG** 88, 164). Die Frage, ob mit Rücksicht hierauf bei einer Hypothek für Zinsrückstände eine Rangänderung mit dinglicher Wirkung nach § 880 ohne Eintragung (§ 880 Abs 2 Satz 1) und ohne Zustimmung des Eigentümers (§ 880 Abs 2 Satz 2) möglich ist, erörtert § 1159 A 2. — Dagegen bleibt eine Hypothek für Zinsen und andere Nebenleistungen sowie für Kosten, die nicht unter die Vorschrift fallen (A 1, 2), trotz ihrer Vereinigung mit dem Eigentum bestehen, und zwar je nach der Sachlage entweder nach § 1177 Abs 1 als Eigentümergrundschuld oder nach § 1177 Abs 2 als Hypothek des Eigentümers. Für die Wirkung der Vereinigung ist es sowohl bei den unter § 1178 fallenden Forderungen als auch bei den anderen Nebenforderungen gleichgültig, ob die ganze Hypothek mit dem Eigentum vereinigt wird oder ob die Vereinigung nur in Ansehung der Nebenforderungen eintritt. Wie sich auch aus § 1145 Abs 2 ergibt, kann insbesondere die Hypothek für noch nicht fällige Zinsen, das Zinsrecht, sowie für noch nicht fällige andere Nebenforderungen für sich allein zur Eigentümerhypothek werden, während die Hypothek für die Hauptforderung bei dem bisherigen Gläubiger verbleibt (z. B. wenn der Gläubiger gemäß § 1168 auf das Zinsrecht verzichtet). Die Zinsforderung oder eine andere Nebenforderung ist allerdings vom Bestehen der Hauptforderung abhängig. Aber die Hypothek für sie ist ebenfalls eine hypothekarische Belastung des Grundstücks für eine Forderung, und die Entstehung der Eigentümerhypothek aus einer Hypothek hat überhaupt nicht zur Voraussetzung, daß die gesicherte Forderung besteht (str.; **RG** 72, 365; 74, 81; **RZA** 7, 129; **RGZ** 42, 270; 49 S. 218, 221; 51, 290). Erlischt die Hypothek für die Hauptforderung, so erlischt zufolge der Abhängigkeit (§ 1158 A 3) auch die etwa aus der Hypothek für das Zinsrecht oder das Nebenleistungsrecht für sich allein entstandene Eigentümergrundschuld, auch wenn sie einem anderen als dem Gläubiger der Haupthypothek zusteht (**RG** 74, 81; **RGZ** 42, 270; 49, 218). Wie in § 1113 A 5 a. E. dargelegt ist, kann eine Hypothek für das Zinsrecht der Hypothekenforderung auch dann bestellt werden, wenn dem Grundstückseigentümer zugleich der Nießbrauch oder die Nuznießung (als Ehemann oder Vater: §§ 1383, 1649) an der Forderung zusteht. Zu verweisen ist ferner auf § 889 A 1. Danach erlischt das Zinsrecht nicht, wenn der Grundstückseigentümer den Nießbrauch an einer auf seinem Grundstück eingetragenen verzinlichen Hypothek erlangt. Wenn die Ehefrau oder ein Kind des Grundstückseigentümers eine auf dem Grundstück eingetragene verzinliche Hypothek erwirbt, so bleiben trotz des Nuznießungsrechts des Ehemannes oder Vaters das Zinsrecht und die Zinsrechtshypothek für die Ehefrau oder das Kind bestehen. Ist aber der Ehemann oder Vater persönlicher Schuldner der Zinsforderung, so erlischt die Hypothek für Zinsrückstände nach § 1178 Abs 1 Satz 1. Denn der Ehemann oder Vater erwirbt gemäß den §§ 1383, 1652 diese Zinsen; die Zinsforderung erlischt also durch Vereinigung von Forderung und Schuld in seiner Person; mithin vereinigt sich die Hypothek für diese Zinsen mit dem Eigentum in einer Person. Deshalb erwirbt z. B. ein Dritter, dem die Hypothek mit Zinsen von der Ehefrau abgetreten wird, die Hypothek für Zinsrückstände nicht; auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs kann er sich nach § 1159 nicht berufen (**DZ** 34, 216). Die Hypothek für das Zinsrecht kann auch ebenso wie die Hypothek für die Hauptforderung (§ 1113 A 2) unter einer Bedingung bestellt werden (**RGZ** 46, 237). Als aufschiebend bedingt bestellt ist regelmäßig die Hypothek für Strafzinsen und für sonstige Entschädigungen im Falle der vorzeitigen Fälligkeit der Hauptschuld anzusehen, so daß hier beim Ausfall der Bedingung keine Eigentümergrundschuld entsteht. Ist aber nach den Umständen des Einzelfalls ausnahmsweise eine solche Hypothek als unbedingt bestellt anzusehen, so findet § 1178 Abs 1 Satz 1 entsprechende Anwendung (**RG** 136, 76; **JFG** 9, 270). Wird bei der Hypothek für das Zinsrecht als auflösende Bedingung das Erlöschen der Hauptforderung gesetzt, so hat der Eintritt der Bedingung die rechtliche Folge, daß die Eigentümergrundschuld, in die sich die Hypothek für die Hauptforderung nach § 1163 Abs 1 Satz 2, § 1177 Abs 1 Satz 1 umwandelt, anders als sonst (§ 1177 Abs 1 Satz 2) eine unverzinliche ist (**RGZ** 46, 237). Eine solche Bedingung ist z. B. als gesetzt anzusehen bei Tilgungshypotheken hinsichtlich der Zinsen der gezahlten Tilgungsbeiträge, wenn die in Hundertteilen des Kapitals festgesetzten, Zinsen und Tilgungsbeiträge umfassenden Jahresleistungen bis zur vollständigen Tilgung des Kapitals von dessen vollem ursprünglichen Betrage zu entrichten sind (str.; **RGZ** 46, 236). Der abweichenden Meinung, der Zinsfaß gelte auch für die Grundschuld über die getilgten Beträge, steht die Erwägung entgegen, daß damit eine Erweiterung der Zinspflicht einträte; denn bei der Resthypothek bleibt die Pflicht zur Zinszahlung für das ganze ursprüngliche Kapital bestehen. — Die Zulässigkeit und die Erfordernisse der Übertragung und der Pfändung

einer Hypothek für noch nicht fällige Zinsen (das Zinsrecht) sind am Ende dieser Anmerkung und in § 1158 A 3 besprochen. Erlischt die Hypothek infolge des Zuschlags in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks (§ 91 ZVG), so tritt ebenso wie bei der Hypothek für das Kapital (§ 1147 A 4) an die Stelle der Hypothek für die Zinsen das Recht auf Befriedigung aus dem vom Ersterer zu zahlenden Versteigerungserlös. War die Hypothek einem Dritten verpfändet, so ergreift nunmehr (nach dem Surrogationsgrundsatz) das Pfandrecht dieses Befriedigungsrecht (RG Bruch 59, 131). Befriedigt der persönliche Schuldner, der nicht zugleich Grundstückseigentümer ist, den Gläubiger wegen der Rückstände an Zinsen usw. und kann er vom Eigentümer Ersatz verlangen, so erlischt in Höhe des Ersatzanspruchs die Hypothek für die Rückstände nicht. Denn insoweit findet keine Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person statt; § 1178 greift also nicht Platz; vielmehr geht diese Hypothek insoweit als Hypothek für den Ersatzanspruch gemäß § 1164 (dort A 3) auf den persönlichen Schuldner über (RG 143, 284; DVG 31, 128; a. M. Seuffl 64 Nr 71). Bewirkt nicht der Grundstückseigentümer oder der von diesem verschiedene persönliche Schuldner, sondern ein Dritter die Zahlung von Zinsrückständen, so erlischt nach den §§ 267, 362 in der Regel die Zinsforderung und die Hypothek dafür, so daß ein Übergang auf den Dritten nicht stattfindet (RG 94, 90; 100, 157). Das gilt auch von einem Nießbraucher, der nach § 1047 rückständige Hypothekenzinsen bezahlt, da er damit keine eigene Schuld, sondern eine Schuld des Eigentümers bezahlt (RG 100, 157). Wenn jedoch der Dritte mit dem Willen zahlt, die Forderung für sich zu erwerben, und der Hypothekengläubiger die Forderung an ihn überträgt (§ 1159), so geht die Forderung nebst der Hypothek dafür (§ 1153 Abs 1) auf ihn über. Tritt der Hypothekengläubiger auf Grund eines schuldrechtlichen Vertrags mit dem Grundstückseigentümer die Hypothek an einen Dritten ab, so stellt die Zahlung des Dritten an den Hypothekengläubiger keine Tilgung der gesicherten Forderung, sondern die Leistung des Abtretungsentgelts dar. Die Hypothek für Zinsrückstände bleibt also bestehen und geht, soweit sie von der Abtretung umfaßt wird, auf den Dritten über (RG HR 1931 Nr 833). In solchen Übertragungsfällen erwirbt der Dritte die Forderung und die Hypothek auch dann, wenn er Nießbraucher des Grundstücks ist und die Zahlung aus Einkünften des Grundstücks leistet. Denn er ist zwar nach § 1047 dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, die Zinsen einer Hypothek, die bereits zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf dem Grundstück lastete, zu bezahlen; ihm gebühren aber die Nutzungen des Grundstücks (§ 1030), und er hat darüber freie Verfügung, so daß er sie auch zum Erwerb der Zinsrückständeforderung verwenden kann (RG 100, 157). Nimmt der Hypothekengläubiger eine solche mit dem Ausdruck des Willens des Erwerbers geleistete Zahlung an, so liegt ihm auch die Übertragung ob; denn er hat kein Recht darauf, daß der Nießbraucher aus den Einkünften für den Eigentümer zahlt (RG 100, 158). Im Zwangsversteigerungsverfahren über das Grundstück können nachstehende Hypothekengläubiger den auf die Zinsrückstände entfallenen Versteigerungserlös nicht für ihre Hypotheken in Anspruch nehmen, weil auch dann, wenn der Nießbraucher die Zinsrückstände nicht bezahlt hätte, die Hypothek dafür ihnen vorgehen würde (RG 100, 158).

4. Ein den Eintritt des Erlöschens der Hypothek hinderndes Recht eines Dritten an dem Anspruch auf rückständige Zinsen usw. oder auf Kosten ist z. B. ein Nießbrauchsrecht oder ein Pfandrecht. Die Hypothek für diese Forderungen bleibt, solange das Recht des Dritten besteht, trotz ihrer Vereinigung mit dem Eigentum bestehen, und zwar für den Eigentümer. Hört das Recht auf (z. B. der Nießbrauch nach den §§ 1061 oder 1063, 1064 mit 1068, 1072; das Pfandrecht nach den §§ 1252 ff. mit 1273, 1278), so erlischt das hypothekarische Recht des Eigentümers ohne weiteres. Wenn der Verwalter im Konkurse des Eigentümers den Hypothekengläubiger befriedigt, geht die Hypothek für das Kapital auf den Gemeinschaftschuldner über; die Hypothek für rückständige Zinsen und Kosten aber erlischt. Weder der Verwalter, auf den nur die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bezüglich des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens des Gemeinschaftschuldners (nach § 6 KO) übergegangen ist, noch die Konkursgläubiger, denen ein Pfandrecht an der Konkursmasse nicht zusteht, haben ein das Erlöschen der Zinsen- und Kostenhypothek hinderndes Recht im Sinne des Abs 1 Satz 2 (DVG 9, 378). — Bezahlt der vom persönlichen Schuldner verschiedene Grundstückseigentümer Zinsrückstände und erwirbt er damit nach § 1143 die befriedigte Forderung des Gläubigers (§ 1143 A 6), so erlischt die Hypothek für die Zinsrückstände nach § 1178 Abs 1 Satz 1 (A 3). Die Ausnahmeschrift des § 1178 Abs 1 Satz 2 kann hier auch dann nicht Platz greifen, wenn etwa der persönliche Schuldner, falls er die Rückstände bezahlt hätte, einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger haben und dafür nach § 1164 auch die Hypothek erlangen würde (§ 1178 A 3). Denn die Befriedigung rückständiger Zinsforderungen des Hypothekengläubigers durch den vom persönlichen Schuldner verschiedenen Grundstückseigentümer hilft gerade den Hauptfall des Erlöschens der Zinshypothek nach § 1178 Abs 1 Satz 1, und aus der Rechtsstellung, die § 1164 dem persönlichen Schuldner gegenüber dem Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger zuweist, läßt sich ein Recht eines Dritten an dem Anspruch auf die bezahlten Zinsrückstände gemäß § 1178 Abs 1 Satz 2 nicht herleiten (RG 143, 282).

5. Da die Rückstände von Zinsen usw. und die Kosten des Abs 1 aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind (A 1, 2), eine Eintragung des Verzichts sowie eine Verzichtserklärung gegenüber dem Grundbuchamt gemäß § 1168 Abs 2 also nicht in Betracht kommen kann, so bestimmt Abs 2

Satz 1, abweichend von § 1168 Abs 2 (RZM 12, 149), daß zum Verzicht auf die Hypothek für diese Leistungen die Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Eigentümer genügt. Die Erklärung bedarf keiner Form. Die Wirkung des Verzichts ist nach § 1168 Abs 1 die, daß der Eigentümer die Hypothek erwirbt. Das hat aber nach § 1178 Abs 1 Satz 1 zur Folge, daß die Hypothek erlischt, ohne daß es der Löschung im Grundbuch bedarf. Solange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht (A 4), ist indessen die Zustimmung des Dritten zu dem Verzicht des Gläubigers erforderlich. Da auch hier eine Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt nicht in Betracht kommen kann, bestimmt Abs 2 Satz 3, abweichend von § 876 Satz 3, daß die Zustimmung demjenigen gegenüber zu erklären ist, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Nach § 183 würde die vor dem Verzicht abgegebene Zustimmungserklärung noch bis zur Verzichtszerklärung wider-ruflich sein. Um dies auszuschließen, wird im Abs 2 Satz 3 die Zustimmung für unwiderruflich erklärt. Die Unwiderruflichkeit der Verzichtszerklärung versteht sich von selbst (§ 130 Abs 1). — Ein Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek für Zinsen usw. oder Kosten, die nicht unter Abs 1 Satz 2 fallen (A 1, 2), bedarf nach der Regel des § 1168 Abs 2 der Eintragung (z. B. ein Verzicht auf das Zinsrecht). Hier wird es sich in Wirklichkeit aber meistens nicht um einen Verzicht, sondern um die teilweise Aufhebung der Hypothek handeln (über den Unterschied § 1168 A 1), so z. B. im Falle der Herabsetzung des Zinsfußes (§ 1119 A 3). Dann kommen die Vorschriften der §§ 875, 1183 zur Anwendung (RG 72, 365; RZM 4, 168; DLG 10, 89; GRM 1932 Nr 1657; 1933 Nr 1012).

§ 1179

Verpflichtet sich ¹⁾ der Eigentümer ²⁾ einem anderen gegenüber ³⁾, die Hypothek ⁴⁾ löschen zu lassen ⁵⁾, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt ⁶⁾, so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung ⁵⁾ eine Vormerkung ⁷⁾ in das Grundbuch eingetragen werden ⁸⁾.

§ II 1086; § 3 605ff.

1. Die Fassung des Gesetzes „verpflichtet sich“ trifft, wörtlich genommen, nur den Regelfall, daß die Verpflichtung des Eigentümers durch Vertrag begründet ist. Immerhin wird auch dann, wenn dem Eigentümer bei einer Zuwendung durch letztwillige Verfügung eine solche Verpflichtung zugunsten eines Dritten auferlegt worden ist, schon unmittelbar auf Grund der letztwilligen Verfügung eine Vormerkung eingetragen werden können, ohne daß der Eigentümer zuvor in Erfüllung der Anordnung sich dem Begünstigten gegenüber noch besonders vertraglich verpflichten müßte. Ein die Verpflichtung begründender Vertrag bedarf keiner Form. Er kann sowohl bei der Bestellung der Hypothek als auch später (z. B. wenn bei der Veräußerung des Grundstücks oder bei der Übertragung eines Nachlaßgrundstücks an einen der Miterben eine nachstehende Hypothek eingetragen wird: Prot 3, 606) geschlossen werden.

2. Der Eigentümer als solcher muß der sich Verpflichtende sein. Ist die Hypothek auf ihn bereits übergegangen, so kommt er nicht mehr als Eigentümer, sondern als Gläubiger in Betracht. Dann greift nicht die Sondervorschrift des § 1179, sondern § 883 Platz, so daß bei der Hypothek Vormerkungen einer jeden, in den Rahmen dieser Regelvorschrift fallenden Art (z. B. für den Anspruch auf bedingte Aufhebung, auf Übertragung, Belastung, Rangänderung) zulässig sind. Einer erweiternden Auslegung des § 1179, wie sie in ZZG 11, 250 beifürwortet wird, ist nicht beizutreten. Die Bedeutung des § 1179 besteht gerade darin, daß die Eintragung einer Vormerkung (auf Löschung) gegen den Eigentümer zugelassen wird, obwohl ihm ein Recht an der von der Vormerkung betroffenen Hypothek noch nicht zusteht (Prot 3, 607; RZM 3, 131; A 4, 5).

3. Die Verpflichtung wird einem andern gegenüber nicht nur dann übernommen, wenn der Begünstigte, wie das in der Regel der Fall sein wird, ein gleich- oder nachstehender Hypothekengläubiger ist. Nach der allgemein gehaltenen Fassung des Gesetzes ist der Vorschrift des § 1179 vielmehr auch dann genügt, wenn die Verpflichtung zugunsten desjenigen eingegangen wird, der ein nachstehendes Recht am Grundstück erst erwerben will (RZM 3, 129), oder sogar zugunsten eines Dritten, der am Grundstück überhaupt nicht dinglich berechtigt ist oder berechtigt werden soll (RG 63, 154; JW 1932, 1550²; RZM 3, 129; 7, 143; RGZ 52, 279). Ferner kann der Begünstigte auch der Gläubiger der von der Verpflichtung betroffenen Hypothek selbst sein. Denn daß der „andere“ nicht nur ein anderer als der Eigentümer, sondern auch ein anderer als der Hypothekengläubiger sein muß, ist der Fassung des Gesetzes nicht zu entnehmen. Auch der Gläubiger der Hypothek kann aber ein Interesse an der Löschungs Vormerkung haben, z. B. im Falle des teilweisen Erlöschens der Hypothekenforderung (RG 52, 8; RZM 11 S. 73, 146; SeuffW 58 Nr 143; RGZ 42, 316; DLG 26, 165). Streitig ist, ob eine Löschungs Vormerkung auch zugunsten des „jeweiligen“ Gläubigers einer (nachstehenden) Hypothek zulässig ist. Diese Frage, für deren Entscheidung nicht die Grundsätze des Sachenrechts, sondern die des Rechts der Schulverhältnisse maßgebend sind, ist unter Berücksichtigung der §§ 328 ff. und in Anbetracht der Vertragsfreiheit auf dem Gebiet des Rechts der Schulverhältnisse in dem Sinne zu be-

jahren, daß der gegenwärtige Hypothekengläubiger mit dem Eigentümer rechtswirksam vereinbaren kann, der Lösungsanspruch solle zunächst ihm zustehen, für den Fall aber, daß die Hypothek auf einen andern übergehe und dann der Anspruch noch nicht inzwischen durch eine Verfügung des jeweils Berechtigten erloschen sei, für den andern ausschließlich und aus eigenem Recht gegeben sein (RG Buch 54, 1026; RZM 7, 142; vgl. auch RG 63, 152). So aufgefaßt ist durch die Vereinbarung nicht etwa die Hypothek als die Anspruchsberechtigte bestimmt, so daß die Unzulässigkeit der Begründung eines subjektiv-dinglichen Anspruchs einzubenden wäre (RZM 7, 68), sondern der Dritte, der durch das Gläubigerrecht an der Hypothek bestimmt wird, ist der Anspruchsberechtigte deswegen, weil die Vereinbarung im voraus auch zu seinen Gunsten getroffen worden ist (vgl. § 883 A 2 Abs 5). Ergibt sich dieser Inhalt der Vereinbarung aus der Eintragungsbewilligung, so dürfen wegen der Bezeichnung des jeweils Berechtigten keine übertriebenen Anforderungen an die Bewilligung gestellt werden (HRN 1933 Nr 200). — Der Anspruch hat einen Vermögenswert und ist seiner Natur nach nicht an die Person des Berechtigten gebunden. Er kann daher mit der Vormerkung auch auf einen andern übertragen werden (RG 52, 11; RZM 7, 145). Ist der Gläubiger einer Hypothek der Berechtigte, so wird im Falle der Übertragung der Hypothek, wenn auch die Lösungs Vormerkung kein Nebenrecht der Hypothekforderung im Sinne des § 401 ist, doch die Mitübertragung der Rechte aus der Vormerkung als gewollt und stillschweigend erklärt anzusehen sein, sofern nicht ein ausdrücklicher Vorbehalt gemacht worden ist (RG 143, 73; JW 1938, 3166¹⁷; RZM 7, 145; RGZ 43, 256; DLG 26, 169). Räumt dagegen der zugleich aus der Vormerkung berechtigte Hypothekengläubiger einer andern Hypothek vor seiner Hypothek den Vorrang ein, so ist daraus allein ohne ausdrückliche Erklärung nicht die Abtretung der Rechte aus der Vormerkung an den andern Hypothekengläubiger zu entnehmen. Denn regelmäßig wird es nicht im Willen des vormerkungsberechtigten Hypothekengläubigers liegen, außer seiner besseren Rangstellung auch noch seine Rechte aus der Vormerkung zugunsten des andern Hypothekengläubigers aufzugeben (DLG 26, 169). — Nur für natürliche oder juristische Personen kann eine Lösungs Vormerkung eingetragen werden, daher nicht für eine Behörde, die als solche keine juristische Persönlichkeit hat (DLG 36, 168).

4. Nur bei einer Hypothek (und einer Grundschuld: § 1192 A 1 Abs 2; für die Eigentümergrundschuld A 6) läßt das Gesetz die Lösungs Vormerkung zu. Auch bei Hypotheken für Schuldverschreibungen auf den Inhaber ist sie statthaft (§ 1187 A 2). Auf andere Rechte findet die Sonderbestimmung des § 1179 aber keine Anwendung. Bei ihnen kann ein Anspruch auf Lösung (Aufhebung) nur nach Maßgabe der Regelvorschrift des § 883 durch Vormerkung gesichert werden (DLG 6, 124). Auch diese Regelvorschrift verjagt aber bei der Verpflichtung zur Lösung einer Vormerkung (z. B. auf Einräumung einer Hypothek), da die Vormerkung überhaupt kein Recht am Grundstück ist (DLG 6, 123; § 883 A 8). Die Hypothek muß ferner schon bestehen oder doch gleichzeitig mit der Eintragung der Vormerkung bestellt werden (A 1; RGZ 23 A 154). Eine erst künftig einzutragende Hypothek ist keine „Hypothek“. Daß ein Anspruch auf Lösung gegen den Eigentümer durch Vormerkung gesichert werden kann, obwohl dem Eigentümer noch kein Recht an der Hypothek zusteht, ist eine Ausnahmebestimmung (A 2, 5), die nicht auf einen Fall ausgebeht werden darf, in dem die Hypothek überhaupt noch nicht eingetragen ist (RGZ 23 A 154; JW 18, 41). Auf eine einzelne Hypothek braucht die Lösungs Vormerkung nicht beschränkt zu sein. Vielmehr kann sie auch bezüglich mehrerer oder aller eingetragenen Hypotheken gleichzeitig begründet werden. Für Hypotheken des früheren Rechts und für die Übergangszeit gelten die Artt 192, 194 GG (dazu RGZ 20 A 206; 23 A 146).

5. Der Eigentümer muß sich verpflichtet haben, die Hypothek löschen zu lassen. Nur für den Anspruch auf Lösung gestattet § 1179 die Eintragung einer Vormerkung. Die Vorschrift betrifft nicht etwa nur einen im Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen besonders hervorgehobenen Fall des § 883, sondern ist, wie bereits in A 2, 4 bemerkt ist, eine Ausnahme von der Regelvorschrift des § 883 insofern, als sie die Eintragung einer Vormerkung unter Voraussetzungen zuläßt, die nach § 883 eine solche Eintragung nicht rechtfertigen würden (str.; RG 72, 277; 84, 81; 97, 227; 145, 354; a. M. RZM 3, 129; 8, 156; RGZ 26 A 161; 33 A 284; DLG 10, 245). Insbesondere ist der Anspruch auf Lösung kein künftiger oder bedingter Anspruch auf Aufhebung der Hypothek im Sinne des § 883 Abs 1 (str.; RG 84, 81; a. M. RGZ 33 A 284). Ein solcher Anspruch kann nur dann gegeben sein, wenn die Hypothek, auf deren Aufhebung der Anspruch künftig oder bedingt bestehen soll, bereits dem Verpflichteten zusteht. Denn § 883 Abs 1 erfordert, daß der zu sichernde Anspruch, mag er auch ein zukünftiger oder bedingter sein, ein Recht am Grundstück, also ein für den Verpflichteten bestehendes Recht am Grundstück betrifft (RG 84, 81; RZM 13, 152; DLG 15, 333; RGZ 45, 270; § 1163 A 3). Demnach ist aus dem lediglich einen Lösungsanspruch betreffenden § 1179 nichts dafür zu entnehmen, daß auch andere auf eine Hypothek gerichtete Ansprüche gegen den Eigentümer, schon bevor er die Hypothek erlangt hat, nach § 883 (der allein in Frage kommen kann) durch Vormerkung gesichert werden könnten. Vielmehr sind solche Ansprüche (z. B. auf Abtretung, Änderung des Inhalts, Belastung mit einem Pfandrecht, Unterlegung einer andern Forderung für den Fall der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum) von der Vormerkungssicherung ausgeschlossen (RG 72, 274; 84, 81; 145, 352; Warn 1908 Nr

272; Gruch 53, 1123; *RGZ* 45, 270). Fraglich könnte vielleicht sein, ob § 1179 (im Gegensatz zu § 883) nicht wenigstens im Falle eines Anspruchs auf Einräumung des Vorrangs, insbesondere zugunsten einer Nachhypothek, entsprechend anzuwenden sei, weil es sich dabei um eine teilweise Löschung handle (*RG* 72, 277). Auch dies ist aber zu verneinen, da die Rangänderung einer Inhaltsänderung oder einer Übertragung näher steht als einer Löschung (§ 880 A 2) und die Wirkungen, namentlich beim Vorhandensein von Zwischenrechten, wesentlich andere sind (§ 880 A 2). So führt z. B. die Erfüllung des gesicherten Anspruchs bei der Löschungs Vormerkung zur Beseitigung der betroffenen (künftigen) Eigentümergrundschuld aus dem Grundbuch, während sie bei einer Rangrücktrittsvormerkung nur die Änderung des Ranges der Eigentümergrundschuld zur Folge haben würde. Im Falle der zwangsweisen Versteigerung des belasteten Grundstücks gebührt der auf die Eigentümergrundschuld entfallende Versteigerungserlös dem aus einer Löschungs Vormerkung für eine nachstehende Hypothek Berechtigten nur insoweit, als er nicht zur Dedung von Zwischenrechten erforderlich ist, während der aus einer Rangrücktrittsvormerkung Berechtigte an der Stelle der Eigentümergrundschuld den Erlös für sich beanspruchen könnte (*RG* 84, 78; a. M. *RM* 13, 152). An sich ist jedoch nach dem das Recht der Schuldverhältnisse beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit in allen solchen Fällen die Begründung eines Anspruchs gegen den Eigentümer zulässig, obwohl er noch nicht Gläubiger der Hypothek ist. Kann aber dieser Anspruch durch Vormerkung nicht gesichert werden oder ist er trotz Zulässigkeit einer Sicherung nach § 1179 nicht gesichert worden, so hat er nur im Verhältnis zwischen den Vertragsschließenden (schuldrechtlichen), nicht auch gegenüber Dritten (dingliche) Wirkung (*RG* Gruch 54, 160). Wird über das Vermögen des Verpflichteten der Konkurs eröffnet, nachdem die Hypothek auf ihn übergegangen ist, so ist der Konkursverwalter trotz des schuldrechtlichen Anspruchs gegen den Gemeinschuldner berechtigt (und den Konkursgläubigern gegenüber verpflichtet), im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks den auf die Hypothek (Eigentümergrundschuld) entfallenden Betrag des Versteigerungserlöses für die Konkursmasse zu erheben. Der Anspruchsberechtigte kann (z. B. im Falle eines Anspruchs auf Einräumung des Vorrangs oder auf Unterlegung einer andern Forderung) nur eine Konkursforderung gemäß den §§ 3, 69 *KD* (z. B. wegen seines Ausfalls infolge der Vornahme des Erlöses) gegen die Konkursmasse geltend machen, da weder ein Aussonderungsanspruch (§ 43 *KD*) noch ein Masseanspruch (§ 59 *KD*) in Frage kommt und auch eine Vormerkung (§ 24 *KD*) nicht eingetragen ist (*RG* Warn 1908 Nr 272; Gruch 53, 1123). Vom Reichsgericht wird jedoch in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß im Falle der Verpflichtung zur Löschung der Eigentümer auf die Hypothek zugunsten des Berechtigten endgültig verzichtet (*RG* 19, 59; 52, 5; Gruch 44, 1214; 52, 1075; *JW* 1906, 424^a; Warn 1908 Nr 237; *SeuffA* 61 Nr 176; *DZG* 12, 134; vgl. *RG* Gruch 54, 161), daß im Falle der Verpflichtung zur Einräumung des Vorrangs dem Berechtigten der Vorrang endgültig zustehe (*RG* Gruch 31, 404; 52, 1075; 5. 6. 1907 V 437/06; 2. 10. 1907 V 119/07) und daß der Konkursverwalter dies gelten lassen müsse, auch wenn die Verpflichtung formlos (vgl. für den Verzicht die §§ 1168, 875, für die Vorrangseinräumung den § 880 A 2) übernommen und eine Vormerkung (§ 24 *KD*) nicht eingetragen ist. In *RG* 134, 257 wird auf diese streitige Frage nicht eingegangen. Hier ist aber der Nachlasskonkursverwalter nicht für befugt erachtet, für die Konkursmasse Eigentümergrundschulden der Erben (Gemeinschuldner) in Anspruch zu nehmen, die aus früheren Hypotheken dadurch entstanden sind, daß ein neuer Hypothekengläubiger mit einem von ihm zur ersten Stelle gewährten neuen Hypothekendarlehn die vorgehenden Hypotheken abgelöst hatte. Dem ist beizustimmen. Denn der neue Hypothekengläubiger hatte es übernommen, die alten Hypothekenforderungen für die Erben (Gemeinschuldner) mit Mitteln zu tilgen, die er ihnen zu diesem Zweck zur Verfügung stellte, und die Erben hatten zuvor versprochen, die alten Hypotheken löschen zu lassen. Bei dieser Sachlage waren die Grundschulden, welche der neue Hypothekengläubiger den Erben verschaffte, ihnen anvertraut wie fremdes Gut, worüber sie gemäß der Weisung des neuen Hypothekengläubigers nur zu dessen Vorteil durch Löschung verfügen durften. Der neue Hypothekengläubiger kann in einem solchen Falle mit Recht der Verwertung der Eigentümergrundschulden für die Konkursmasse widersprechen. Die Eigentümergrundschulden sind zu löschen.

6. Die Verpflichtung zur Löschung muß für den Fall der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person übernommen sein. Verpflichtet sich der Eigentümer zur Löschung für einen andern Fall (z. B. für den Fall, daß er nach einer Veräußerung des Grundstücks die Hypothek als persönliche Schuldner für einen Erbschaftsanspruch gemäß § 1164 erlangt oder daß ein Dritter sie erwirbt) oder ohne jede Rücksicht auf den Fall der Vereinigung, so kann der Anspruch auf Löschung weder nach § 1179 (*RM* 3, 131; *DZG* 10, 425) noch nach § 883 (A 5) durch Vormerkung gesichert werden. Bei einer Eigentümergrundschuld (§ 1196) ist eine Vormerkung nach § 1179 denkgesetzlich ausgeschlossen (*HR* 1935 Nr 128). — Die Löschungs vormerkung braucht sich nicht notwendig auf die ganze Hypothek zu erstrecken, sondern kann von vornherein auf bestimmte einzelne Teile (z. B. auf die Hypothek für Nebenleistungen) beschränkt sein (*RGZ* 49, 221). Die Fälle, in denen die Hypothek als Grundschuld oder als wirkliche Hypothek (mit der Forderung) sich mit dem Eigentum vereinigt, sind besprochen in § 1177 A 2, 5. Auch der Fall des § 1163 Abs 1 Satz 1 (Nichtentziehung der Forderung) kann dazu gehören, obwohl eine „Verpflichtung zur Löschung, wenn

sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person vereinigt", ihrem Wortlaut nach einen erst künftig eintretenden Tatbestand zur Voraussetzung zu haben scheint, während das Nichtbestehen der Hypothekenforderung ein bereits gegenwärtig gegebener Sachverhalt ist (RG 52, 9; 84, 85; 93, 116; 125, 136; Gruch 59, 371; JW 1908, 275¹¹; Warn 1911 Nr 124, 184, 193, 379; 1912 Nr 393; RGZ 26 A 163; RM 8, 154; DLG 10, 425). Bei der Höchstbetragshypothek für künftige Forderungen (§ 1190) tritt die den Vormerkungsberechtigten zur Ausübung seines Rechts auf Löschung berechtigende Vereinigung erst ein, wenn und soweit festgestellt wird, daß eine Forderung nicht entstanden ist und nicht mehr entstehen kann (RG 125, 136; § 1190 A 1). Die Vormerkung kann alle Fälle der Vereinigung von Hypothek und Eigentum umfassen oder auf einen oder einzelne von ihnen beschränkt sein. Inwieweit jenes oder dieses zutrifft, ist Sache der Auslegung (RG JW 1908, 275¹¹; Gruch 59, 371). Bei Baugeldhypotheken wird die Forderung regelmäßig erst durch Zahlungen des Baugeldgebers je nach dem Fortschreiten des Baus zur Entstehung gebracht und deshalb in der Regel anzunehmen sein, daß eine gleichzeitig oder bald nachher eingetragene Lösungs vormerkung auch den Fall der Nichtentstehung der Forderung erfassen soll (RG Warn 1911 Nr 193; 1912 Nr 393; Gruch 59, 371; A 7). Ist dagegen die Hypothek für ein gewöhnliches Darlehn bestellt und in der Eintragungsbewilligung der Empfang des Darlehns anerkannt, auch gar noch die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung für gewisse Fälle erklärt, so kann die Auslegung sehr wohl gerechtfertigt sein, die Vormerkungseintragung habe nicht für jeden Dritten erkennbar die Bedeutung, daß auch ein Anspruch auf Löschung wegen Nichtentstehung der Forderung durch die Vormerkung gesichert sein soll (RG Gruch 59, 371). Für Dritte, welche die Hypothek rechtsgeschäftlich erworben haben und dann von dem Vormerkungsberechtigten nach Maßgabe der §§ 883 Abs 2, 888 auf Bewilligung der Löschung in Anspruch genommen werden (A 7), ist in dieser Hinsicht allein der Eintragungsvermerk nebst der Eintragungsbewilligung maßgebend. Ergibt sich daraus nicht, daß auch ein Anspruch auf Löschung wegen Nichtentstehung der Forderung gesichert ist, so kann ein solcher Anspruch gegen sie auch dann nicht geltend gemacht werden, wenn der Vormerkungsberechtigte gegen den Eigentümer nach der mit diesem getroffenen Abrede einen derartigen Anspruch hat und ihnen dies bekannt war. Denn zur Wirksamkeit der Vormerkung gegenüber dritten Erwerbem ist erforderlich, daß der zu sichernde Anspruch im Eintragungsvermerk selbst oder durch Bezugnahme auf die ihn enthaltende Eintragungsbewilligung zur Eintragung gebracht worden ist (RG Warn 1914 Nr 321; JW 1937, 111²⁶).

7. Da § 1179 von einer Sicherung des Lösungsanspruchs durch Vormerkung spricht, finden auf das Wesen dieser Vormerkung (z. B. auf die Unmöglichkeit, einen Widerspruch gegen sie einzutragen: ZFG 7, 243) und auf ihre Wirkungen die §§ 883 ff. Anwendung, obwohl diese Vorschriften zunächst nur die regelmäßige Vormerkung (A 5) betreffen (RG JW 1908, 275¹¹; Warn 1908 Nr 642; 1911 Nr 124, 193; Gruch 54, 1025; RM 8, 156; DLG 14, 118; 39, 259). Von Bedeutung sind diese Wirkungen hauptsächlich im Verhältnis zu Dritten. Der Eigentümer (der die Lösungsverpflichtung übernommen hat) ist, sobald die Vereinigung eintritt, auf Grund des Vertrags dem Berechtigten gegenüber zur Herbeiführung der Löschung verpflichtet (RG 52, 5; 63, 152; 84, 82; RGZ 42, 316; DLG 26, 170). Auch im Falle der Vereinigung nur eines Teiles der Hypothek (z. B. bei teilweiser Nichtentstehung oder teilweisem Erlöschen der Forderung) muß er den Teil löschen lassen, mag auch die Vormerkung nicht auf diesen Teil beschränkt sein (A 6), sondern sich auf die ganze Hypothek erstrecken. Bei der mit einer Lösungs vormerkung belasteten Höchstbetragshypothek, die auch zur Sicherung künftig aus einem Kreditverhältnis entstehender Forderungen bestellt ist (§ 1190), tritt die Lösungs pflicht des Eigentümers ein, wenn und soweit festgestellt ist, daß eine Forderung nicht entstanden ist und nicht mehr entstehen kann (RG 125, 136; A 6; § 1190 A 1). Ist ein nachstehender Hypothekengläubiger der Vormerkungsberechtigte, so braucht der Verpflichtete (Eigentümer) seine Verpflichtung nicht durch Einräumung des Vorrangs der Hypothek des Berechtigten vor der Eigentümergrundschuld zu erfüllen, da seine Verpflichtung nur auf Löschung geht und er auch im Falle des Bestehens von Zwischenrechten den Berechtigten durch eine Vorrangseinräumung besser stellen könnte (RG 84, 83). Andererseits braucht auch der Berechtigte sich mit der Vorrangseinräumung nicht zu begnügen, da sein Recht die Löschung zum Inhalt hat (RG 84, 82). Besteht die nachstehende Hypothek des Berechtigten zu einem geringeren Betrage als die Eigentümergrundschuld, so kann es sich fragen, ob der Berechtigte die Löschung der ganzen Eigentümergrundschuld verlangen kann oder nur ihre Löschung in Höhe der Summe seines Hypothekentkapitals und aller Nebenverbindlichkeiten (RG 63, 155; 84, 83). Wenn die unbeschränkte Lösungsverpflichtung übernommen ist und kein anderer Wille der bei der Verpflichtungsübernahme Beteiligten erhellt, ist die Frage im ersten Sinne zu beantworten, da der Berechtigte zur Verbesserung der Sicherheit seiner Hypothek ein Interesse an der Beseitigung der ganzen vorgehenden Eigentümergrundschuld hat (RG 63, 158). — Durch die Vormerkung wird der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer (als Hypothek oder Grundschuld) nicht gehindert; er tritt, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, trotz der Vormerkung kraft Gesetzes ein (RG 57, 211; Gruch 52, 1070; SeuffA 64, 456; 65, 411; RM 8, 156; 15, 163; DLG 26, 186; ZFG 14,

319). Auch die Verfügung über die erlangte Hypothek ist dem Eigentümer nicht entgegen, während er vor Erlangung der Hypothek nicht über sie verfügen konnte (§ 1163 A 3). Wie jedem anderen Berechtigten, bei dessen Recht eine Vormerkung gemäß § 883 eingetragen ist, so sieht auch dem Eigentümer an sich die Verfügung über das erlangte Recht zu, da die Vormerkung nur zum Schutz des Vormerkungsberechtigten dient (§ 883 A 11; RZM 8, 154; 15, 242; 15, 163; DVG 26 S. 165, 166, 169; 39, 259; JFG 7, 243). Der Eigentümer kann also die auf ihn übergegangene Hypothek (Grundschuld) trotz der Vormerkung z. B. auf seinen Namen umschreiben lassen, an einen Dritten übertragen, mit einem Pfandrecht belasten, im Range gegenüber einem andern Recht nachsetzen. Ebenso ist eine Pfändung der Hypothek (Grundschuld) durch seine Gläubiger zulässig und eintragbar (RZM 8, 154; DVG 39, 259). Das alles gilt aber nur, solange noch nicht der Vormerkungsberechtigte von seinem Lösungsanspruch Gebrauch gemacht hat und die Löschung erfolgt ist (DVG 39, 259). Eine Verfügung in diesem Sinne ist auch dann gegeben, wenn der Eigentümer zur Forderung der Hypothekenforderung durch eine andere (§ 1180) oder zur Umwandlung einer Sicherungs- (Höchstbetrags-) Hypothek in eine gewöhnliche Hypothek (§ 1186; § 1190 A 1) seine Zustimmung erteilt (RZM 11, 242; A 5; § 1186 A 2; dazu auch RG Warn 1914 Nr 76). Das Grundbuchamt darf die Eintragung der Verfügung nicht ablehnen, auch wenn der Vormerkungsberechtigte nicht zustimmt, da die Verfügung durch nachträgliche Genehmigung des Vormerkungsberechtigten voll wirksam werden kann (RZM 8, 157; 15, 163; DVG 26, 166). Genehmigt dieser aber die Verfügung nicht, so ist sie gemäß § 883 Abs 2 ihm gegenüber unwirksam. Der Vormerkungsberechtigte kann nach § 888 von dem Dritten, der ein Recht an der Hypothek (Grundschuld) des Eigentümers erlangt hat, die Zustimmung zu der Löschung verlangen (RZM 15, 163). Dieses Verlangen ist z. B. begründet, wenn bei einer mit der Lösungsformerkung belasteten, zur Sicherung von Forderungen aus einem Kreditverhältnis bestellten Höchstbetragshypothek nach Feststellung, daß ein Teil nicht forderungsbekleidet, also zur endgültigen Eigentümergrundschuld geworden ist (§ 1190 A 1), dieser Teil nach § 1198 in eine Hypothek für einen neuen Gläubiger (Abtretungsempfänger) umgewandelt oder wenn nach § 1180 oder § 1198 bestimmt wird, daß der Teil nunmehr zur Sicherung der für einen neuen Gläubiger aus dessen Kreditverhältnis zum Eigentümer entstehenden Forderungen dienen soll. Denn in beiden Fällen liegt eine Verfügung des lösungspflichtigen Eigentümers vor, durch die das Recht des Vormerkungsberechtigten beeinträchtigt wird (RG 125, 140; § 1180 A 1; § 1190 A 5). Das Zustimmungsverlangen des Vormerkungsberechtigten ist auch dann noch gerechtfertigt, wenn der verpflichtete Eigentümer das Grundstück veräußert hat und die Bereinigung der Hypothek mit dem Eigentum erst in der Person des Erwerbers eintritt. Der Erwerber muß der Löschung zustimmen. Persönlich verpflichtet zur Herbeiführung der Löschung bleibt aber in allen Fällen der sich ursprünglich Verpflichtende (§ 888 A 1). — Eine Löschung von Amts wegen findet nicht statt (JFG 14, 319). — Umfaßt die Lösungsformerkung den Fall der Nichtentstehung der Hypothekenforderung (A 6) und ist dies nach dem Inhalt des Grundbuchs für jedermann erkennbar (RG 93, 117; Warn 1914 Nr 321), so ist nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts der Vormerkungsberechtigte, namentlich wenn er ein im Range nachstehender Hypothekengläubiger ist, nicht nur gegen Verfügungen des Eigentümers über die Eigentümergrundschuld, sondern auch gegen Verfügungen des eingetragenen, aber wegen Nichtentstehung der Forderung nicht wahren Gläubigers über die Hypothek gemäß den §§ 883 Abs 2, 888 geschützt (RG 93, 117; JW 1908, 275¹¹; Warn 1911 Nr 124, 184, 193, 379; 1912 Nr 393). Das gilt ohne Rücksicht darauf, ob der durch die Verfügung Erwerbende hinsichtlich des Bestehens und der Bedeutung der Vormerkung oder hinsichtlich des durch sie gesicherten Anspruchs auf Löschung in gutem oder bösem Glauben gewesen ist (RG 93, 118; Gruch 52, 1070; JW 1908, 275¹¹; Warn 1911 Nr 124). Diese Rechtsprechung hat ihren gerechtfertigten Grund darin, daß der Lösungsanspruch des Vormerkungsberechtigten, wenn er nicht in dieser Weise geschützt wäre, durch Verfügungen des Buchgläubigers leicht bereitet werden könnte. Zur Begründung des Ergebnisses sei aber bemerkt: Anspruchsverpflichteter ist, wie aus dem Wortlaut des § 1179 folgt, der Eigentümer. Wie ferner aus § 883 Abs 1, 2 sich ergibt, sind mit Unwirksamkeit gegenüber dem Vormerkungsberechtigten solche Verfügungen bedroht, die der Inhaber des Grundstücks oder des Rechts, das von der herbeizuführenden Rechtsänderung betroffen wird, seiner ihm dem Vormerkungsberechtigten gegenüber obliegenden Verpflichtung zuwider vornimmt. Auch kann die im § 883 Abs 2 Satz 2 gleichgestellte Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter nur eine Verfügung sein, die als von dem Anspruchsverpflichteten selbst vorgenommen gilt. Gegen Verfügungen eines andern, dem nach Lage der Sache die Möglichkeit zur Verfügung gegeben ist, richtet sich also die Wirkung der Vormerkung an sich nicht. Man kann die Lösungsformerkung auch nicht zugleich als einen Widerspruch im Sinne des § 899 zugunsten des Vormerkungsberechtigten auffassen. Denn einerseits besteht für diesen kein dingliches Recht an der Hypothek außerhalb des Grundbuchs, das durch den Widerspruch gesichert werden könnte; andererseits könnte ein Widerspruch wegen Nichtentstehung der Forderung überhaupt nur für den Eigentümer gegen den Gläubiger gemäß den §§ 1138, 899 oder § 1139 eingetragen werden. Gibt indes der Eigentümer, wie das häufig, namentlich wenn die Forderung erst durch einen Jessionar zur Entfte-

hung gebracht werden soll (§ 1163 A 4), der Fall sein wird, seine Einwilligung zu der Verfügung des als Gläubiger Eingetragenen, so ist hierin eine von ihm vorgenommene Verfügung über die wegen Nichtentstehung der Forderung ihm zustehende Eigentümergehrschuld zu erblicken, die nach § 883 Abs 2 gegenüber dem Vormerkungsberechtigten unwirksam ist. Weiter wird dem Erwerber, der die Hypothek von dem Buchgläubiger erlangt, häufig bekannt sein, daß die Forderung nicht entstanden und somit der Verfügende nicht wahrer Gläubiger ist. Besonders wird diese Kenntnis oft anzunehmen sein, wenn der Erwerber weiß, daß bei der Hypothek eine Löschungs Vormerkung eingetragen ist, die den Fall der Nichtentstehung der Forderung umfaßt. Vornehmlich aber wird die Kenntnis ohne weiteres sich ergeben, wenn es sich um eine Baugeldhypothek handelt, also um eine Hypothek, deren Forderung erst durch die Zahlung von Darlehen als Baugelder für einen Neubau an den Eigentümer je nach Fortschreiten des Baues zur Entstehung gebracht werden soll. Ist dem Erwerber beim Erwerb bekannt, daß er eine Baugeldhypothek erwirbt, bei der eine Löschungs Vormerkung eingetragen ist, und ist die Forderung (ganz oder zum Teil) nicht zur Entstehung gelangt, so wird es in der Regel nicht noch eines (andern) Beweises für die Kenntnis der Nichtentstehung der Forderung bedürfen. Hat aber der Erwerber diese Kenntnis, so hat er durch die Verfügung des nicht wahren Gläubigers (mangels guten Glaubens: § 892) die Hypothek nicht erworben; vielmehr steht sie nach wie vor dem Eigentümer zu. Deshalb ist der Löschungsanspruch des Vormerkungsberechtigten auch gegen den Erwerber begründet. Der Löschungsanspruch wegen Nichtentstehung der Forderung ist jedoch, namentlich bei Baugeldhypotheken, nicht sofort mit der Eintragung der Vormerkung gegeben, sondern sinngemäß erst nach der Abwicklung des Kreditverhältnisses und nachdem eine solche Sachlage eingetreten ist, daß eine Entstehung der Forderung nicht mehr zu erwarten ist (RG 27. 3. 1912 V 465/11; SeuffA 60 Nr 12, 135, 136). — Häufig ist bei Baugeldhypotheken mit einer Löschungs Vormerkung eine Vorrangseinräumung verbunden, indem ein Hypothekengläubiger der Baugeldhypothek den Vorrang vor seiner Hypothek einräumt und zugleich eine Löschungs Vormerkung für sich als Gläubiger seiner Hypothek eintragen läßt. Dabei wird oft an die Vorrangseinräumung die Bedingung geknüpft, daß die Forderung der Baugeldhypothek gemäß dem Baugeldvertrag zur Entstehung gebracht werde (§ 880 A 3; RG 86, 224; Warn 1913 Nr 353). Das Verhältnis zwischen Vormerkung und Vorrangseinräumung hinsichtlich der dem zurücktretenden Hypothekengläubiger zustehenden Rechte ist dann folgendes: Wenn die Darlehnsforderung auf irgendeine Weise zur Entstehung gebracht wird, so ist der zunächst bedingt bestehende Löschungsanspruch ausgeschlossen, sofern nicht auch für die Löschungs Vormerkung in dieser Hinsicht besondere einschränkende Bestimmungen festgesetzt sind. Den Vorrang aber hat die Baugeldhypothek nur insoweit, als die Forderung gemäß dem Baugeldvertrage, insbesondere je nach Fortschreiten des Baues, zur Entstehung gebracht worden ist (§ 880 A 3; RG 27. 3. 1912 V 465/11; Warn 1913 Nr 353; a. M. DZ 26, 173). Letzteres gilt allerdings gegenüber einem dritten Erwerber der Baugeldhypothek nur dann, wenn die Bedingung für die Vorrangseinräumung sich aus dem Grundbuch ergibt oder dem Erwerber zur Zeit des Erwerbs bekannt war (RG 76, 376; 27. 3. 1912 V 465/11; DZ 26, 174). War dem Gläubiger, der einen Bau auf dem Grundstück des Eigentümers ausführen sollte, als Bedingung für die Sicherung seiner Baukostenforderung durch die Hypothek die vollständige Fertigstellung des Baues gesetzt, hat aber der Eigentümer den Eintritt der Bedingung durch Vorenthaltung der von einem Dritten gezahlten Baugelder wider Treu und Glauben vereitelt, so ist gemäß § 162 die Hypothekenforderung als in Höhe der Kosten des hergestellten Teiles des Baues zur Entstehung gelangt anzusehen (RG 93, 114). — Das geschilderte Verhältnis zwischen Vormerkung und Vorrangseinräumung ist besonders dann von Bedeutung, wenn in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks der Vormerkungsberechtigte den auf die Baugeldhypothek entfallenden baren Versteigerungserlös für sich in Anspruch nimmt, teils auf Grund der Vormerkung, teils weil die Bedingung für die Vorrangseinräumung nicht erfüllt sei. Gelangt nämlich das Grundstück zur Zwangsversteigerung, so darf der Eigentümer, auf den die Hypothek als Grundschuld übergegangen ist, den auf die Hypothek entfallenden Versteigerungserlös nicht für sich erheben, wenn die Vormerkung zugunsten eines nachstehenden Berechtigten eingetragen ist und dieser bei Erhebung des Erlösteils einen Ausfall erleiden würde. Vielmehr ist der Erlösteil zunächst auf die etwaigen Zwischenberechtigten und den Vormerkungsberechtigten nach Maßgabe ihrer Rangverhältnisse zu verteilen (RG 57, 209; 63, 152; 84, 83; 93, 118; 125, 137; 143, 73; Gruch 52, 1070; 54, 1025; Warn 1908 Nr 642; 1911 Nr 124; DZ 26, 166). Voraussetzung dafür ist allerdings, daß der Vormerkungsberechtigte die Rechte aus der Vormerkung in dem Verteilungsverfahren geltend macht, insbesondere gegen die Zumeisung des Erlösteils an den Eigentümer Widerspruch erhebt. Gleiche Wirkung bei der Zuweisung des Erlösteils hat die Vormerkung weiter gemäß § 883 Abs 2 auch gegenüber solchen Dritten, die nach der Eintragung der Vormerkung Rechte an der auf den Eigentümer übergangenen Hypothek erworben haben (RG 63, 152; JW 1908, 275¹¹; Warn 1911 Nr 124, 379; Gruch 52, 1070; 54, 1027). Das gilt selbst dann, wenn sie beim Erwerb des Rechts hinsichtlich der Wirkung oder des Umfangs der Vormerkung in gutem Glauben gewesen sind (RG JW 1908, 275¹¹; Warn 1911 Nr 124, 379). Denn

hier sind lediglich die tatsächlichen Verhältnisse (z. B. inwieweit die Forderung nicht entstanden und daher die Hypothek auf den Eigentümer übergegangen ist) sowie die (objektive) Bedeutung der Vormerkung (z. B. ob sie sich auf eine oder mehrere Hypotheken des Vormerkungsberechtigten bezieht) maßgebend (RG 63, 152; JW 1908, 275¹¹). Ferner darf auch der Gläubiger der vorgehenden Hypothek, wenn und soweit die Bedingung für die Vorrangseinräumung nicht erfüllt ist, den auf die Hypothek entfallenden Versteigerungserlös nicht zum Nachteil des zurückgetretenen Gläubigers für sich in Anspruch nehmen, mag auch an sich die Hypothekenforderung zur Entstehung gebracht sein und eine (von der Löschungsvormerkung betroffene) Eigentümergrundschuld nicht bestehen. — Steht in der Zwangsversteigerung die mit der Vormerkung behaftete Hypothek im geringsten Gebot, so bleiben Hypothek und Vormerkung unverändert bei Bestand. In RZM 11, 73 ist allerdings angenommen, daß bei einer ins geringste Gebot fallenden Hypothek die für den Gläubiger dieser Hypothek (A 3) eingetragene Vormerkung erlischt, wenn sie bei der Festsetzung des geringsten Gebots nicht besonders berücksichtigt ist. Dies ist aber nicht zutreffend, da mit der Hypothek auch der für den Fall ihrer Vereinigung mit dem Eigentum gegebene vorgemerkte Löschungsanspruch ohne weiteres bestehen bleibt. Fällt dagegen die Hypothek, bei der die Vormerkung eingetragen ist, nicht in das geringste Gebot, so erlischt nach § 91 ZVG mit der Hypothek auch die Vormerkung. Kraft des bestehenbleibenden schuldrechtlichen Löschungsanspruchs kann aber der Anspruchsgläubiger unter den bereits oben dargelegten Voraussetzungen Widerspruch erheben gegen die Zuweisung des Erlöses auf die ihm vorgehende Hypothek, die zu seinen Gunsten vormerkungsbehaftet war und mit dem Eigentum sich in einer Hand vereinigt hatte. Um diesen Widerspruch mit Erfolg zu erheben, braucht er nicht nachzuweisen, daß er bereits für seinen Löschungsanspruch ein Urteil gegen den Eigentümer erstritten oder daß dieser sich dem Anspruch durch eine freiwillige Erklärung unterworfen hätte (RG 125, 137). Dies alles gilt auch für die Löschungsvormerkung bei einer Höchstbetragshypothek, die zur Sicherung künftiger entstehender Forderungen bestellt ist, wenn und soweit feststeht, daß eine Forderung nicht entstanden ist und nicht mehr entstehen kann, also insbesondere dann, wenn die nicht im geringsten Gebot stehende Hypothek durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung erloschen ist (§ 91 Abs 1 ZVG) und damit spätestens im Verteilungstermin die Möglichkeit aufhört, daß noch neue Forderungen aus dem gescherten Rechtsverhältnis entstehen (RG 125, 136; § 1190 A 1). Wenn in einem solchen Falle die Löschungsvormerkung zugunsten des Gläubigers einer nachstehenden Hypothek bestellt ist und dieser Hypothek andere Hypotheken (oder Grundschulden) im Range gleichstehen, so nehmen die letztgenannten Hypotheken nicht in gleicher Weise wie die vormerkungsberechtigte Hypothek an der Zuweisung des Erlöses teil, der auf den nicht forderungsbekleideten Teil der vormerkungsbelasteten Hypothek entfällt. Zwar würden, wenn der Eigentümer diesen ihm als Grundschuld zustehenden Teil der belasteten Hypothek in Erfüllung seiner Löschungsverpflichtung vor der Zwangsversteigerung hätte löschen lassen, die der vormerkungsbegünstigten Hypothek im Range gleichstehenden Rechte gemeinschaftlich mit ihr vorgeückt sein. Das wäre aber lediglich eine Folge des durch die Löschung herbeigeführten Ausscheidens dieses Hypothekenteils aus dem Grundbuch gewesen. Ist die Löschung unterblieben und in der Zwangsversteigerung das Recht auf den Versteigerungserlös an die Stelle der durch den Zuschlag erloschenen vormerkungsbelasteten Hypothek getreten (§ 1168 A 1), so kann zwar der Vormerkungsberechtigte, wie oben dargelegt ist, kraft seines trotz des Zuschlags noch fortwirkenden schuldrechtlichen Löschungsanspruchs im Wege des Widerspruchs gegen den Teilungsplan verlangen, daß der Erlösteil, der auf die Eigentümer-Teilgrundschuld entfällt, so zugewiesen werde, wie wenn das Recht des Eigentümers auf den Erlös ihm gegenüber nicht bestände. Die im Range gleichstehenden, aber nicht durch Löschungsvormerkung geschützten Rechtsinhaber, die kein Recht zum Widerspruch haben, müssen dagegen den Teilungsplan mit dem ihnen vorgehenden Recht des Eigentümers auf den Erlösteil für die Eigentümer-Teilgrundschuld gegen sich gelten lassen, können also ihrerseits auf den Erlös nur insoweit Anspruch erheben, als er ihnen beim Bestehen des Rechts des Eigentümers nach ihrem Rangverhältnis (unter Berücksichtigung etwaiger Zwischenberechtigter) in gewöhnlicher Weise gebührt (RG 127, 282). — Die Wirkungen der Löschungsvormerkung aus § 1179 im Konflikt des Vormerkungsberechtigten sind bereits in A 5 behandelt. Nach § 984 ZVG ist der Vormerkungsberechtigte zum Aufgebot der Hypothek gemäß § 1170 antragsberechtigt.

8. Für die Eintragung der Vormerkung gilt das in § 883 A 9, § 885 A 1—3 Bemerkte. Danach ist insbesondere zur Vornahme der Eintragung eine in der Form des § 29 GBD erklärte Eintragungsbewilligung des Eigentümers oder eine gegen ihn gerichtete einstweilige Verfügung erforderlich. Aus der Eintragung muß sich der Umfang des Löschungsanspruchs ergeben (A 6). § 1179 kommt nicht als Ausnahme von § 39 GBD in Betracht. Denn nicht der zukünftige Gläubiger der Hypothek, sondern der gegenwärtige Eigentümer als solcher hat nach dem Gesetz die Vormerkung zu bewilligen. Dieser aber ist entweder eingetragen oder muß sich nach jener Ordnungsvorschrift als Eigentümer eintragen lassen. Ist die betroffene Hypothek eine Briefhypothek, so ist nach den §§ 41, 62 GBD der Brief vorzulegen, da sich die Vormerkung gegen das hypothekarische Recht richtet, mag es auch später eine andere Gestalt gewinnen (RGZ 21 A 175; RZM 6, 164; SRR 1935 Nr 128).

Der Gläubiger der Hypothek ist allerdings, wenn nicht besondere Rechtsbeziehungen zwischen ihm und dem Eigentümer bestehen, zur Vorlegung des Briefs nicht verpflichtet. Denn solange nicht die Hypothek (ganz oder zum Teil) auf den Eigentümer übergegangen ist, steht eine Berichtigung des Grundbuchs (durch Eintragung der Vormerkung) im Sinne von §§ 894 ff. (vgl. §§ 1144, 1145) nicht in Frage (DVG 18, 181). Wie die Ordnungsvorschrift des § 43 GVO (Vorlegung der Urkunde) im Falle der Eintragung einer Löschungs Vormerkung bei einer Hypothek für Schulverschreibungen auf den Inhaber zu erfüllen ist, zeigt RGZ 50, 198. — Der Zustimmung des Hypothekengläubigers bedarf es zur Eintragung nicht, da sein Recht nicht durch die Vormerkung betroffen wird (RGZ 26 A 161; 50, 200). Die Eintragung ist auf dem Hypothekenbrief über eine von der Vormerkung begünstigte Hypothek nicht zu vermerken (RGZ 12, 324). Unter Umständen ist die Eintragung gebührenfrei (§ 56 Abs 3 Satz 2 KostD; HR 1939 Nr 184).

§ 1180

An die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, kann eine andere Forderung gesetzt werden¹⁾. Zu der Änderung ist die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers²⁾ sowie die Eintragung in das Grundbuch erforderlich³⁾; die Vorschriften des § 873 Abs 2 und der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung⁴⁾.

Steht die Forderung, die an die Stelle der bisherigen Forderung treten soll, nicht dem bisherigen Hypothekengläubiger zu¹⁾, so ist dessen Zustimmung erforderlich; die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Die Vorschriften des § 875 Abs 2 und des § 876 finden entsprechende Anwendung⁵⁾.

§ II 1087; B 3 725; 6 245.

1. Um den Umweg zu ersparen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (§ 1168) und dann der Eigentümer die hierdurch zur Entstehung gelangte Eigentümergrundschuld (§ 1177 Abs 1) wieder in eine Hypothek für eine andere Forderung umwandelt (§ 1198), bestimmt § 1180, daß an die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, eine andere Forderung gesetzt werden kann. Voraussetzung ist, daß die Hypothek rechtsgültig bestellt und daß sie eine wirkliche Hypothek ist (RG 139, 129). Eine nichtige Hypothek kann auch zur Sicherung einer anderen Forderung nicht dienen. Die Auswechslung der Forderung darf ferner nicht zu einer Erweiterung der Grundstückshaftung in Ansehung des Hypothekenskapitals führen (RG Warn 1934 Nr 10; § 1119 A 4 a. E.). Einer Grundschuld, mag sie als solche bestellt oder aus einer Hypothek (als Eigentümergrundschuld) entstanden sein, kann eine Forderung nur in der Weise untergelegt werden, daß sie gemäß § 1198 in eine Hypothek umgewandelt wird (RG 48, 56; 121, 43; RZA 7, 153). Ist die Grundschuld eine Eigentümergrundschuld, so kann dies nur unter gleichzeitiger Abtretung an einen andern geschehen, da niemand eine Forderung gegen sich selbst begründen kann (RZA 3, 212; 7 S. 151, 227). — Die Wirkung der Änderung besteht darin, daß die alte Forderung aus der hypothekarischen Sicherung ausscheidet und die neue Forderung in diese eintritt. Auf das Bestehen der ausscheidenden Forderung hat die Änderung keinen Einfluß. Sie kann dem bisherigen Gläubiger gegen den persönlichen Schuldner, auch wenn dieser zugleich der Eigentümer ist, erhalten bleiben, hat dann aber nur noch schuldrechtliche Bedeutung (RGZ 42, 268; DVG 41, 178). Das Fortbestehen der alten Forderung bildet also auch kein Hindernis, daß Zinsen der neuen Forderung für eine Zeit, in der noch Zinsen der alten Forderung rückständig sein können, in die hypothekarische Haftung einbezogen werden (RGZ 42, 268; DVG 41, 178). Da aber der Gläubiger durch die Einigung mit dem Eigentümer im Falle des Abs 1 oder durch die Zustimmung im Falle des Abs 2 auf die Hypothek für die alte Forderung verzichtet, kann der persönliche Schuldner nach Maßgabe des § 1165 frei werden, wenn er aus der Hypothek hätte Erfaß erlangen können. Mit der neuen Forderung ist es so anzusehen, als ob die Hypothek von vornherein für sie und nur für sie bestellt worden wäre. Der Eigentümer kann also der dinglichen Klage fortan Einreden gemäß § 1137 nur noch aus dem neuen, nicht mehr aus dem früheren Schuldverhältnis entgegensetzen. Erlischt die neue Forderung, so wird die Hypothek gemäß den §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 zur Eigentümergrundschuld, auch wenn die früher gesicherte Forderung noch besteht. Hinsichtlich des dinglichen Rechts (z. B. der Rechtsgültigkeit der Hypothek) gilt der neue Gläubiger als rechtsgeschäftlicher Erwerber, so daß ihm der Schutz des § 892 (nicht auch der des § 1138) zur Seite steht. — Aus Abs 2 folgt, daß im Wege des § 1180 nicht nur eine neue Forderung des bisherigen Gläubigers, sondern auch die Forderung eines neuen Gläubigers der Hypothek untergelegt werden kann. Einer Auswechslung von zwei Forderungen desselben Gläubigers steht nicht entgegen, daß die alte Forderung unbedingt war, die neue aber bedingt ist (RZA 7, 354). Wird die alte Forderung

gegen die Forderung eines neuen Gläubigers ausgewechselt, so ist dieser Fall wohl zu unterscheiden von der Abtretung der Hypothek (RZA 7, 227). Während bei der Auswechslung die Hypothek als solche für die andere Forderung umgestaltet wird und in dieser Gestalt für den andern Gläubiger neu entsteht (Abs 1 erfordert deshalb auch eine Einigung des Gläubigers und des Eigentümers, wie § 873 sie für die Bestellung der Hypothek verlangt), wird bei der Abtretung die Forderung mit der Hypothek unverändert auf den neuen Gläubiger übertragen, so daß lediglich ein Gläubigerwechsel stattfindet. Deshalb finden die Vorschriften des § 1154 auf die Unterlegung der Forderung eines neuen Gläubigers nach § 1180 keine Anwendung. Zur Auswechslung der Forderung des alten Gläubigers mit der Forderung des neuen Gläubigers ist eine Abtretung der Hypothek an diesen überhaupt nicht erforderlich (str.; MG Warn 1908 Nr 272; JW 1935, 3570⁴⁸; RGZ 40, 271; 49, 226; DZB 26, 171; 41, 181). Da jedoch die Hypothek die Gestaltung als Hypothek für die Forderung des andern Gläubigers neu gewinnt, müssen die Vorschriften des § 1163 Abs 1 Satz 1, Abs 2 und des § 1117 zur Anwendung kommen. Ist mithin die neue Forderung nicht zur Entstehung gelangt, so steht die umgestaltete Hypothek (als Grundschuld: § 1177 Abs 1) dem Eigentümer zu. Dasselbe gilt bei der Briefhypothek bis zur Übergabe des Briefes an den neuen Gläubiger. Daher ist zum Erwerb der Hypothek für die Forderung des neuen Gläubigers außer der Einigung zwischen ihm und dem Eigentümer (Abs 1) sowie der Zustimmung des alten Gläubigers (Abs 2) die Entstehung der andern Forderung und bei der Briefhypothek die Übergabe des Briefes gemäß § 1117 erforderlich (str.; DZB 10, 87). Ist der Eigentümer selbst Gläubiger der Hypothek, hat er z. B. den früheren Hypothekengläubiger befriedigt, obwohl er nicht der persönliche Schuldner war, und ist deshalb die Hypothek nach den §§ 1143 Abs 1 Satz 1, 1153 Abs 1 auf ihn als Eigentümerhypothek (§ 1177 Abs 2) übergegangen, so wird in der Forderungsauswechslung für den neuen Gläubiger in der Regel zugleich eine Abtretung liegen. Dann ist auch eine Erklärung der Abtretung (bei Briefhypotheken in schriftlicher Form, die durch die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch ersetzt wird: § 1154) erforderlich (RGZ 45, 284). Die Umwandlung einer Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für die Forderung eines neuen Gläubigers behandelt § 1198 A 1. — Innerhalb des Betrags der Hypothek können auch mehrere Forderungen, selbst wenn sie verschiedenen Gläubigern zustehen, an die Stelle der bisherigen Forderung gesetzt werden. Die Hypothek zerfällt dann in Teilhypotheken. Wie sich die Rangverhältnisse der Teile gestalten, zeigt § 1151 A 1. Der Eigentümer braucht nicht persönlich Schuldner der neuen Forderung zu sein, da auch für eine fremde Schuld Hypothek bestellt werden kann (MG 60, 262). Die bloße Änderung einer unrichtigen Bezeichnung der Forderung fällt aber nicht unter § 1180. Sie erfolgt im Wege der Berichtigung des Grundbuchs (§ 894; GBD § 22). Die Vorschriften des § 1180 finden auf alle Hypothekenarten Anwendung. Auch einer Höchstbetragshypothek (§ 1190) kann eine andere Forderung, sei es eine dem Betrage nach bestimmte, sei es eine unbestimmte, bis zur Höhe des Höchstbetrags untergelegt werden, vorausgesetzt, daß die Hypothek nicht Eigentümergrundschuld ist, daß also eine den Höchstbetrag anfüllende Forderung aus dem gesicherten Rechtsverhältnis bereits entstanden ist (§ 1190 A 1). Soll vor der Entstehung einer Forderung ein anderes Rechtsverhältnis der Höchstbetragshypothek zugrunde gelegt werden, so wird nicht § 1180, sondern entsprechend dem § 1198 (dort A 1) nur § 877 mit § 873 zur Anwendung zu bringen sein, da hier für die künftige Verwandlung der Grundschuld in eine Hypothek eine andere Bedingung als bisher (§ 1190 A 1) gesetzt wird (MG 125, 140 läßt dahingestellt, ob § 1180 oder § 1198 anzuwenden ist; a. M. RGZ 45, 286; 49, 224, wo auf die Auswechslung des bisherigen Forderungskreises mit einem neuen Forderungskreise § 1180 für anwendbar erachtet ist; dabei ist aber nicht berücksichtigt, daß die Forderungen erst künftig entstehen sollen, daß also Forderungen, die ausgewechselt werden könnten, noch nicht bestehen und deshalb die Hypothek noch dem Eigentümer als vorläufige Eigentümergrundschuld zusteht: § 1190 A 1). Dabei ist es auch zulässig, daß in den Kreis der Forderungen, die aus dem neuen Rechtsverhältnis künftig entstehen würden, die Forderungen, die aus dem alten Rechtsverhältnis entstehen sollten, miteinbezogen werden, sofern der (künftige) persönliche Schuldner derselbe bleibt (RGZ 45, 286; 49, 224). Eine (gewöhnliche) Sicherungshypothek bleibt trotz der Unterlegung einer neuen Forderung Sicherungshypothek, es sei denn, daß sie zugleich gemäß § 1186 (RGZ 46, 233; DZB 26, 171) in eine Verkehrshypothek umgewandelt wird. Wenn einer Gesamthypothek (§ 1132) eine neue Forderung untergelegt werden soll, ist Einigung des neuen Gläubigers mit den Eigentümern sämtlicher belasteten Grundstücke erforderlich. Die Anwendbarkeit des § 1180 auf Hypotheken des früheren Rechts regelt Art 192 GG (dazu MG 48, 56; 50, 81). Auf eine Hypothekvormerkung findet § 1180 keine Anwendung, da sie lediglich zur Sicherung des vorgemerkten Anspruchs dient und mit ihm steht oder fällt (DZB 20, 419).

2. Gläubiger und Eigentümer, deren Einigung über die Ersetzung der gesicherten Forderung durch eine andere erforderlich ist, müssen verschiedene Personen sein (§ 873 A 7 a). Deshalb kann im Falle der Hypothek des Eigentümers (§ 1177 Abs 2) dieser nicht für sich allein die Forderung durch eine andere ersetzen, solange die Hypothek sich in seiner Hand befindet (RZA 3, 212). Unter dem Gläubiger ist der Gläubiger der andern Forderung, also wenn die Forderung einem andern als dem bisherigen Gläubiger zusteht (A 1), der neue Gläubiger zu verstehen (FG 7,

355). Die Einigung bedarf zur Wirksamkeit keiner Form; sie kann auch der Eintragung nachfolgen (§ 873 A 7 c). Ist die Eintragung erfolgt, so greift die Vermutung des § 891 für die Neugestaltung Platz; der Eigentümer, der fortan das Fehlen der Einigung geltend macht, hat ihren Mangel zu beweisen (RG Warn 1936 Nr 79).

3. Formelrechtlich ist zu der (notwendigen): DKG 6, 124 **Eintragung** der Ersetzung zunächst gemäß § 19 GBD die in der Form des § 29 GBD erklärte Eintragungsbewilligung des Eigentümers erforderlich. Weiterhin wird aber auch die Bewilligung des bisherigen Gläubigers in derselben Form nicht nur im Falle des Abs 2, wo seine Zustimmung ausdrücklich verlangt wird (RZM 7, 232), sondern auch im Falle des Abs 1, wo sein Recht ebenfalls von der Eintragung betroffen wird, dem Grundbuchamt vorzulegen sein. Dagegen bedarf es nicht der Bewilligungen des persönlichen Schuldners, der nicht zugleich Eigentümer ist, des neuen Gläubigers (beim Gläubigerwechsel: JW 1935, 3570⁴⁹) und regelmäßig auch nicht der gleich- und nachstehenden dinglich Berechtigten (A 5). Einzutragen ist, daß an die Stelle der bisherigen die neue Forderung gesetzt ist. Für die Bezeichnung der neuen Forderung und des sonstigen Inhalts der Einschreibung ist § 1115 maßgebend (RGZ 31 A 339). Steht die neue Forderung demselben Gläubiger zu wie die alte, so ist unbedingt erforderlich, daß der Name des Gläubigers im Umwandlungsvermerk noch einmal ausdrücklich genannt wird; es genügt vielmehr, wenn seine Gläubigerschaft an der neuen Forderung sich aus dem gesamten Grundbuchinhalt zweifelsfrei ergibt (RG 147, 298). Soll bei der Forderungsauswechslung zugleich ein neuer Gläubiger an die Stelle des bisherigen treten (A 1), so ist einzutragen, daß die Hypothek auf den neuen Gläubiger umgeschrieben werde unter Eintritt der neuen Forderung an die Stelle der bisherigen (RGZ 45, 285). Bei einer Briefhypothek ist die mit dem Brief verbundene alte Schulurkunde abzutrennen (§ 65 Abs 1, 2 GBD) und die neue Schulurkunde mit dem Brief zu verbinden (§ 58 Abs 1 GBD).

4. Die entsprechend anzuwendenden §§ 873 Abs 2, 876, 878 betreffen: die Bindung der Beteiligten an die Einigung vor der Eintragung (§ 873 A 13—17); das Erfordernis der Zustimmung Dritter, denen ein Recht an der Hypothek zusteht (§ 876 A 1, 6—8); den nachträglichen Eintritt einer Verfügungsbeschränkung der die Einigung Erklärenden (§ 878). Die im § 873 Abs 2 für die Bindung vor der Eintragung vorgeschriebene Form findet auf den schulrechtlichen Vertrag, in dem die Übernahme der Verpflichtung zur Ersetzung der Forderung vereinbart wird, keine Anwendung (§ 873 A 13; RG 50, 81; Warn 1908 Nr 272). Ist aber der Grundstückseigentümer eine solche schulrechtliche Verpflichtung dem Gläubiger der neuen Forderung gegenüber eingegangen, so kann er der schon vor der Eintragung des Forderungswechsels, also an sich verfrüht erhobenen dinglichen Klage des neuen Gläubigers aus § 1147 nicht mit dem Einwand begegnen, das Grundstück habe dem Kläger noch nicht; denn der Beklagte darf sich nicht auf den Mangel einer dinglichen Rechtslage berufen, die herzustellen er dem Kläger gegenüber schulrechtlich verpflichtet ist (RG HR 1934 Nr 1679). Nach der Eintragung sind die Beteiligten auch an ihre formlosen Einigungserklärungen gebunden (§ 873 A 7 c, 13; RG 60, 262). Die vertragsmäßig übernommene Verpflichtung des Eigentümers, der Hypothek, falls sie ihm zufällt, eine andere Forderung des Gläubigers unterzulegen, kann als bedingter Anspruch auf eine Änderung des Inhalts des hypothekarischen Rechts nach § 883 Abs 1 Satz 1, 2 durch Vormerkung gesichert werden (DKG 6, 150). Die Wirksamkeit einer solchen Verpflichtung im Konkurse des Eigentümers erörtert DKG 5, 8.

5. Wenn die neue Forderung einem andern Gläubiger zusteht, so ist die Zustimmung des bisherigen Hypothekengläubigers erforderlich. Sie ist gegenüber dem Grundbuchamt (§ 875 A 7, 10) oder gegenüber dem durch die Zustimmung Begünstigten (§ 875 A 8) zu erklären. Einer Abtretung durch den bisherigen Hypothekengläubiger bedarf es nicht, da nicht er, sondern der Eigentümer die Hypothek dem neuen Gläubiger überläßt (RZM 7, 227; A 1). Vor der Eintragung der Ersetzung ist der Hypothekengläubiger an seine Zustimmung nur gebunden, wenn er sie in einer der Formen des § 875 Abs 2 (§ 875 A 10, 11) erklärt hat. Steht einem Dritten an der bisher gesicherten Forderung ein Recht zu, so ist nach dem auch hier (A 4) anzuwendenden § 876 die Zustimmung des Dritten (§ 876 A 1, 6—8) neben der Zustimmung des Gläubigers erforderlich. Der Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten bedarf es nicht, es sei denn, daß bei der Einsetzung der neuen Forderung die Verzinsungs- oder Rückzahlungsbedingungen über den Rahmen des § 1119 hinaus geändert werden (JFG 11, 213). Dies gilt auch dann, wenn an die Stelle einer durch die Hypothek gesicherten aufschiebend bedingten Forderung eine unbedingte Forderung gesetzt wird (§ 877 A 3). Auch die Zustimmung des persönlichen Schuldners ist nicht erforderlich (vgl. jedoch § 1165; A 1). Ob der gegenwärtige Gläubiger, dem die Hypothek mit den Zinsen von einem bestimmten Zeitpunkt ab übertragen worden ist, zur Einsetzung einer neuen Forderung der Zustimmung des früheren Gläubigers wegen der früheren Zinsen bedarf, ist in § 1158 A 4 erörtert. — Soll die Forderung einer für A auf dem Grundstück 1 eingetragenen Hypothek mit der Forderung einer für B auf dem Grundstück 2 eingetragenen Hypothek umgewechselt werden und unterliegen die Hypotheken der Aufwertung nach dem AufwG, so müssen die Goldmarkbeträge nach dem Erwerbstatag der Forderungen festgestellt werden (DKG 45, 282) und die Umwandlungseintragungen zu diesen Beträgen erfolgen.

§ 1181

Wird der Gläubiger aus dem Grundstücke befriedigt¹⁾, so erlischt die Hypothek²⁾.

Erfolgt die Befriedigung des Gläubigers aus einem der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke, so werden auch die übrigen Grundstücke frei²⁾.

Der Befriedigung aus dem Grundstücke steht die Befriedigung aus den Gegenständen gleich, auf die sich die Hypothek erstreckt³⁾.

§ 1 1078, 1092 II 1088; W 3 687, 720; P 3 620; G 257.

1. Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück wegen seines dinglichen Hypothekenrechts erfolgt gemäß § 1147 im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§ 1147 A 2, 4). Alle anderen Befriedigungsarten (§§ 1142 A 4, 1163 A 5), z. B. die freiwillige Zahlung, haben die Wirkungen des § 1181 nicht. Sie führen, je nachdem wer der Befriedigende ist (Eigentümer, persönlicher Schuldner usw.), zwar das Erlöschen der Forderung oder deren Übergang auf einen andern herbei (§ 1143 A 3), aber nicht das Erlöschen der Hypothek; vielmehr wird diese auf einen andern übertragen (als Grundschuld auf den Eigentümer oder als Hypothek auf den Erwerber der Forderung). Dies gilt auch dann, wenn die Mittel zur Befriedigung durch Veräußerung des Grundstücks oder von Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, beschafft worden sind. § 1181 kommt also nur dann zur Anwendung, wenn die Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erzwungen ist (RG 47, 266; 56, 324). Auch der freihändige Verkauf des Grundstücks durch den Konkursverwalter steht der Befriedigung durch Zwangsvollstreckung nicht gleich (RG Warn 1932 Nr 48). Die Zwangsvollstreckung in das Grundstück wird durch Zwangsversteigerung oder durch Zwangsverwaltung bewirkt. Dabei geschieht die Befriedigung regelmäßig durch bare Zahlung; im Falle der Zwangsversteigerung durch Auszahlung des auf die Hypothek entfallenden Teils des baren Versteigerungserlöses seitens des Vollstreckungsgerichts (§§ 49, 117 ZVG); im Falle der Zwangsverwaltung durch Zahlung des der Hypothek aus dem Überschuß der Nutzungen zugeteilten Betrags (§§ 157, 158 ZVG; RG JW 1913, 55⁴⁷). In der Zwangsverwaltung greift § 1181 auch dann Platz, wenn der Zwangsverwalter laufend Tilgungsraten einer Tilgungshypothek aus den Grundstücksnutzungen bezahlt (ZVG 11, 254). Als Zahlung gilt auch die Hinterlegung des Bargebots seitens des Ersteheres gemäß § 49 Abs 2 ZVG, §§ 372 ff., 376, 378 BGO (§ 107 Abs 1, 3 ZVG) sowie die Anweisung des Vollstreckungsgerichts auf den im Falle des § 117 Abs 2 ZVG (Nichterzweigen des Berechtigten) hinterlegten Betrag des Erlöses. Ferner wirkt wie die Befriedigung aus dem Grundstück:

a) die Vereinbarung zwischen dem Ersteher und dem Gläubiger gemäß § 91 Abs 2 ZVG, daß eine Hypothek, die nach den gesetzlichen oder vereinbarten Versteigerungsbedingungen nicht bestehenbleiben (§§ 44, 59 ZVG), also nach § 91 Abs 1 ZVG durch den Zuschlag erlöschen würde, dennoch bestehenbleiben soll (§ 91 Abs 3 Satz 2 ZVG; RGZ 51, 301), eine Vereinbarung, die aber nur dann wirksam ist, wenn auf der Gläubigerseite der wirklich Berechtigte, nicht ein lediglich buch- oder briefmäßig ausgegebener, sachlich nicht Berechtigter mitgewirkt hat (RG Warn 1934 Nr 148);

b) die gerichtliche Übertragung der Forderung gegen den Ersteher wegen Nichtberichtigung des Bargebots, es sei denn, daß der Gläubiger vor Ablauf von drei Monaten dem Gericht gegenüber den Verzicht auf die Rechte aus der Übertragung erklärt oder die Zwangsversteigerung gegen den Ersteher beantragt (§ 118 Abs 1 Satz 1, Abs 2 mit §§ 128, 132, 133 ZVG; A 2);

c) die gerichtliche Übertragung der Forderung gegen den Ersteher bei einer nach den §§ 60, 61 ZVG erfolgten Festsetzung von Zahlungsfristen für den das geringste Gebot übersteigenden Betrag des Meistgebots (§ 118 Abs 1 Satz 2, Abs 2 Satz 1 ZVG);

d) der Zuschlag des Grundstücks an den Hypothekengläubiger zu einem Meistgebot, das hinter $\frac{7}{10}$ des Grundstückswerts zurückbleibt, sofern bei einem Gebot bis zu $\frac{7}{10}$ die Hypothek gedeckt gewesen wäre (§§ 3, 4, 23 der WD über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung v. 26. 5. 1933; dazu RG 146, 113).

Dagegen hat die im § 125 Abs 1 ZVG geregelte Übertragung der aus § 50 ZVG (Nichtbestehen einer bei der Festsetzung des geringsten Gebots berücksichtigten Hypothek) sich ergebenden Forderung gegen den Ersteher nicht die Wirkung der Befriedigung aus dem Grundstück (§ 125 Abs 3 ZVG). Auch darin liegt keine Befriedigung aus dem Grundstück, daß der Hypothekengläubiger selbst das Grundstück im Zwangsversteigerungsverfahren zugeschlagen erhält, sofern die Hypothek als Teil des geringsten Gebots bestehenbleibt (RGZ 51, 301).

Die Wirkungen des Zuschlags in der Zwangsversteigerung auf eine nach den Versteigerungsbedingungen nicht bestehenbleibende Hypothek sind folgende: Nach den §§ 52, 91 Abs 1 ZVG erlischt jede Hypothek, die nicht in das geringste Gebot fällt, ohne weiteres durch den Zuschlag. Dieses Erlöschen steht aber nicht gleich dem Erlöschen infolge einer Befriedigung

aus dem Grundstück im Sinne des § 1181. Denn bei einer solchen Befriedigung wird das dingliche Recht gänzlich beseitigt. Dagegen bewirkt der Zuschlag nur, daß die Hypothek als dingliches Recht an dem zwangsversteigerten Grundstück nicht mehr besteht. Die gesicherte Forderung bleibt bestehen (A 2) und als Sicherung tritt an die Stelle des Grundstücks das aus der Hypothek fließende Recht auf den Versteigerungserlös (RG 75, 313; 88, 300; 102, 120; 123, 339; 127, 355). Haften für die Hypothek noch andere nicht mitversteigerte Gegenstände, so bleibt die Hypothek an ihnen durch den Zuschlag unberührt. Erst wenn der Gläubiger (volle oder teilweise) Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse erhält, erlischt die Hypothek (ganz oder zum Teil) auch an diesen Gegenständen. Fällt der Gläubiger aus, so bleibt die Hypothek an ihnen bestehen, mögen sie mitbelastete Grundstücke oder mithaftende bewegliche Sachen (§§ 1120ff.) sein (str.; RG 55, 417; JW 1911, 46³⁶; Gruch 48, 1067). Dabei ist aber nicht an Gegenstände zu denken, deren Sonderversteigerung gemäß § 65 ZVG angeordnet ist. Ihr Erlös gehört zur Teilungsmasse (§ 107 Abs 1 Satz 2 ZVG). Vielmehr kommen (abgesehen von andern Grundstücken) nur Gegenstände in Betracht, die zwar für die Hypothek haften, aber der Beschlagnahme nach § 21 ZVG nicht unterliegen, sowie Gegenstände, bei denen nach erfolgter Einstellung (§ 769 Abs 1, 2 ZPO) die Fortsetzung des Verfahrens vom betreibenden Gläubiger nicht gemäß § 31 ZVG (z. B. weil er befriedigt ist) beantragt wird (RG 125, 369). In solche Gegenstände können ausgefallene Hypothekengläubiger (nachdem sie dinglich geklagt und einen vollstreckbaren Titel erlangt haben) die Zwangsvollstreckung betreiben (RG 55, 414; DRZ 14, 33; JW 1927, 402; A 3), vorausgesetzt, daß nicht die Haftung für die Hypothek nach den §§ 1121ff. inzwischen erloschen ist (RG 125, 368). Hinsichtlich des Umfangs der mit dem Grundstück zugleich versteigerten Gegenstände, deren Erlös mit zur Teilungsmasse gehört, geht die **Tragweite des Zuschlagsbeschlusses** dahin: Nach § 90 Abs 2 ZVG erwirbt der Ersteher durch den Zuschlag zugleich mit dem Grundstück auch die Gegenstände, auf welche sich die Hypothek erstreckt hat. Sein Erwerb an diesen Gegenständen steht aber unter der aus § 55 Abs 1 ZVG sich ergebenden Voraussetzung, daß ihre Beschlagnahme (§§ 20, 21 ZVG) zur Zeit der Versteigerung noch wirksam ist (was z. B. nach § 23 Abs 1 Satz 2 ZVG nicht der Fall ist, soweit der Schuldner über beschlagnahmte bewegliche Sachen nach der Beschlagnahme in den Grenzen ordnungsmäßiger Wirtschaft verfügt hat). Inwieweit landwirtschaftliche Erzeugnisse, die zur Zeit der Beschlagnahme noch mit dem Boden verbunden, zur Zeit der Versteigerung aber abgeerntet waren und bis zum Zuschlag unveräußert auf dem Grundstück verblieben sind, kraft des Zuschlags in das Eigentum des Ersteheren übergehen, ist in RG 142, 33 erörtert (vgl. hierzu aber auch § 1120 A 2). Gollent entgegen der gesetzlichen Regel über die Erstreckung des Zuschlags Gegenstände von der Versteigerung ausgeschlossen werden (z. B. Bestandteile, Zubehörstücke), so ist dies durch eine vom Versteigerungsgericht auf Antrag angeordnete Versteigerungsbedingung nach § 65 ZVG herbeizuführen. Diese Bedingung bedarf nach § 82 ZVG der Aufnahme in den Zuschlagsbeschluss, widrigenfalls der Zuschlag, sofern er nicht mit der Beschwerde nach § 83 Nr 5 ZVG mit Erfolg angefochten wird, rechtskräftig als unter den gesetzlichen Bedingungen, also unter Mitversteigerung der genannten Gegenstände, erteilt gilt (RG 60, 48; 67, 380; 127, 274; RG JW 1920, 902⁹; Gruch 52, 877). Nach § 55 Abs 2 ZVG erstreckt sich die Versteigerung auch auf Zubehörstücke, die im Besitz des Schuldners, aber im Eigentum eines Dritten stehen, sofern nicht der Eigentümer sein Recht nach § 37 Nr 5 ZVG geltend gemacht hat. Zu dieser Geltendmachung genügt nicht die bloße Anmeldung (RG 60, 48; 67, 380; JW 1920, 902⁹), wohl aber ein vor der Erteilung des Zuschlags vom Eigentümer der Gegenstände erwirkter Beschluss des Versteigerungsgerichts über die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Versteigerungsverfahrens in die Gegenstände. Liegt ein solcher Beschluss vor, so scheiden die Gegenstände aus dem Versteigerungsverfahren kraft Gesetzes aus. Der Zuschlag erstreckt sich dann also nicht auf sie, auch wenn der Aufhebungs- oder Einstellungsbeschluss im Zuschlagsbeschluss nicht erwähnt wird (str.; RG 70, 399; 127, 272).

2. Soweit der Gläubiger (voll oder teilweise) aus dem Grundstück (A 1) befriedigt wird, **erlischt die Hypothek** nicht nur an dem Grundstück, aus dem die Befriedigung erlangt ist, sondern auch an allen mithaftenden Gegenständen (A 1); **bei der Gesamthypothek werden auch die übrigen mitbelasteten Grundstücke frei**. Im Falle der in A 1a genannten, als Befriedigung wirkenden Vereinbarung bleibt aber die Hypothek an dem versteigerten Grundstück bestehen. Ferner gibt § 1182 für die Gesamthypothek eine Sonderbestimmung. — Das Erlöschen tritt kraft Gesetzes außerhalb des Grundbuchs mit der Wirkung ein, daß das dingliche Recht gänzlich aufgehoben wird und auch nicht an den Eigentümer fällt (A 1). Die Löschung ist also nur eine Berichtigung des Grundbuchs, die von Amts wegen auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts erfolgt (§§ 130, 158 ZVG), aber auch von den Beteiligten angeregt werden kann. Ist eine Gesamthypothek durch Befriedigung des Gläubigers aus einem der belasteten Grundstücke auch an den übrigen Grundstücken erloschen, so ist das Vollstreckungsgericht nicht befugt, um die Löschung der Hypothek auf den nicht versteigerten Grundstücken zu ersuchen; auch das Grundbuchamt darf diese Löschung nicht von Amts wegen vornehmen; vielmehr ist gemäß der für Hypotheklöschungen jeder Art geltenden Vorschrift des § 27 GVB die Zustimmung der Eigentümer dieser Grundstücke (RZA 3, 48; DRZ 14, 124;

auch **RG** 72, 367) und ein Antrag eines Beteiligten (z. B. auch eines nachstehenden Hypothekengläubigers) auf Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung (§§ 13, 22 **GBD**) erforderlich (**RZM** 3, 48). Nötigenfalls kann gegen den noch eingetragenen Gläubiger, der ebenjowenig wie der Eigentümer über die Hypothek zu verfügen befugt ist, gemäß § 894 auf Zustimmung zur Löschung geklagt werden (**DZG** 14, 124). Dazu sind auch nachstehende Hypothekengläubiger befugt, deren Hypotheken vorrücken. Das rechtskräftige Urteil rechtfertigt dann (bei Zustimmung des Eigentümers) den Löschantrag (§ 894 **BPD**). Zu beachten bleibt auch § 48 **Abf** 2 **GBD** (Löschung des Mitbelastungsvermerks von Amts wegen). Wenn die Entstehung einer Ersatzhypothek gemäß § 1182 in Frage kommen kann, muß zur Begründung des Löschantrags dem Grundbuchamt weiter nachgewiesen werden, daß eine Ersatzhypothek nicht entstanden ist (z. B. durch Anerkenntnis des Eigentümers, aus dessen Grundstück der Gläubiger befriedigt ist: **RZM** 3, 49). Hat freilich inzwischen ein Dritter durch Rechtsgeschäft die noch nicht gelöschte Hypothek unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs erworben, so ist sie in seiner Hand wieder zu einer rechtsbeständigen Hypothek geworden (§ 892); dann ist die Löschung ausgeschlossen. Als Wirkung der Befriedigung ist im **Abf** 2 nicht, wie im **Abf** 1, das „Erlöschen“, sondern das „Freiwerden“ bezeichnet, weil die Gesamthypothek nach § 1182 als Ersatzhypothek bestehen bleiben kann. Im übrigen ist beides sachlich gleichbedeutend. Ist für die an den Gläubiger übertragenen Forderung gegen den Ersteher eine Sicherungshypothek nach Maßgabe der §§ 118, 128 **BWB** eingetragen und dabei gemäß § 123 **BWB** vermerkt, daß die Forderung andern Berechtigten übertragen werde, wenn das Recht des Gläubigers nach den besonderen Vorschriften über die Gesamthypothek erlöschen sollte, so gilt der Gläubiger nach **Abf** 1 b bezeichneten drei Monate als aus dem Grundstück befriedigt; damit ist die bedingte Zuweisung der durch die Sicherungshypothek gesicherten Forderung gegen den Ersteher an die andern Berechtigten hinfällig geworden; der Gläubiger kann also jetzt von diesen nach § 894 die Zustimmung zur Löschung der bedingten Zuweisung, die ihn in der Verfügung über die Sicherungshypothek behindert, verlangen (**DZG** 34, 169). — Die persönliche Forderung des Gläubigers wird durch das Erlöschen der Hypothek infolge des Zuschlags (§§ 52, 91 **BWB**) nicht berührt. Nur wenn und soweit der Gläubiger demnächst aus dem Versteigerungserlöse befriedigt wird, ist er auch wegen der Forderung als befriedigt anzusehen. Das Gesetz sagt zwar nicht ausdrücklich, daß die Befriedigung wegen der Hypothek zugleich die Befriedigung wegen der Forderung bewirkt. Dies folgt aber aus § 1113, wonach die hypothetensartige Belastung darin besteht, daß „zur Befriedigung wegen der gesicherten Forderung“ eine Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Die Befriedigung des Gläubigers hat in der Regel gemäß § 362 **Abf** 1 das Erlöschen der Forderung zur Folge (**RG** 81, 71; 104, 75; **RZM** 11, 304). Ist aber der Eigentümer, aus dessen Grundstück der Gläubiger befriedigt wird, nicht zugleich der persönliche Schuldner, so geht die Forderung (ohne die Hypothek) auf ihn über (§ 1143 **Abf** 5). Auch durch die in **Abf** 1 a, b, c genannten Vereinbarungen und Übertragungen gilt der Gläubiger als wegen der persönlichen Forderung befriedigt; denn das Gesetz legt diesen Rechtshandlungen die Wirkung der Befriedigung aus dem Grundstück bei (**RG** 70, 413; **DZG** 33, 110). Der persönliche Schuldner wird also, wenn er zugleich der Eigentümer (Vollstreckungsschuldner) ist, frei, obwohl der Gläubiger (zunächst wenigstens) eine Zahlung noch nicht erhält; die Forderung geht auf den (früheren) Eigentümer (ohne die Hypothek) über, wenn er nicht zugleich persönlicher Schuldner ist. Die Folge davon ist, insbesondere im Falle der Vereinbarung gemäß § 91 **Abf** 2 **BWB** (**Abf** 1 a), daß die Hypothek zwar als dingliches Recht an dem nunmehr dem Ersteher gehörenden Grundstück bestehen bleibt, aber von der ursprünglich gesicherten Forderung losgelöst ist und daher fortan nur als Grundschuld besteht, sofern sie nicht bei der Vereinbarung zugleich gemäß § 1198 in eine Hypothek für die Forderung gegen den Ersteher umgewandelt wird. Eine Schuldübernahme des Ersteheren wegen der ursprünglichen Forderung kann nicht in Betracht kommen, da die Forderung entweder erlischt oder auf einen andern als den bisherigen Gläubiger übergeht (str.; a. **M.** **RG** 70, 414; **RZM** 6, 152; **DZG** 9, 140).

3. Die der Befriedigung aus dem Grundstück in der Wirkung (**Abf** 2) gleichstehende **Befriedigung aus den Gegenständen, auf die die Hypothek erstreckt** (§§ 1120 ff.), erfolgt gemäß § 1147 ebenfalls nur (**Abf** 1) im Wege der Zwangsvollstreckung (**RG** 56, 324). Von der Zwangsversteigerung des Grundstücks werden diese Gegenstände mitumfaßt, soweit nicht Ausnahmen im § 21 **Abf** 1, 2 **BWB** angeordnet sind. Die Zwangsverwaltung ergreift auch die von der Zwangsversteigerung nicht betroffenen Gegenstände (§ 148 **Abf** 1 Satz 1 **BWB**). Ferner treten die Wirkungen des § 1181 **Abf** 1, 2 auch dann ein, wenn der Hypothekengläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen aus den Gegenständen (volle oder teilweise) Befriedigung erhält (§§ 819, 835 f., 844 **BPD**). Jedoch ist hierbei Voraussetzung, daß der Gläubiger wegen seines dinglichen Rechts, also namentlich auf Grund eines mit der dinglichen Klage erstrittenen vollstreckbaren Urteils, die Zwangsvollstreckung betrieben hat. Wenn er nur wegen der persönlichen Forderung (mit der Schuldlage) Befriedigung gesucht hat, wird durch die so erlangte Befriedigung die Hypothek nicht zum Erlöschen gebracht; vielmehr geht sie, wenn die Forderung durch die Befriedigung erlischt, gemäß § 1163 **Abf** 1 Satz 2, § 1177 **Abf** 1 als Grundschuld auf den Eigentümer über (**RG** 56, 325).

Dies alles gilt auch bei der Befriedigung des Gläubigers aus Forderungen gegen den Versicherer, auf die sich die Hypothek gemäß den §§ 1127, 1128 erstreckt. Eine freiwillige Zahlung der Versicherungsgelder vom Versicherer an den Gläubiger löst aber die Wirkungen des § 1181 Abs 1, 2 nicht aus, sondern nur eine im Wege der Zwangsvollstreckung (Pfändung der Forderung) erwirkte Zahlung (RG 56, 322; vgl. auch § 102 VerfUG).

§ 1182

Soweit im Falle einer Gesamthypothek der Eigentümer des Grundstücks, aus dem der Gläubiger befriedigt wird ¹⁾, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann ²⁾, geht die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über ³⁾. Die Hypothek kann jedoch, wenn der Gläubiger nur teilweise befriedigt wird, nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek und, wenn das Grundstück mit einem im Range gleich- oder nachstehenden Rechte belastet ist, nicht zum Nachteile dieses Rechtes geltend gemacht werden ⁴⁾.

§ II 1089; B 3 024; 6 257.

1. § 1182 bringt aus Billigkeitsgründen eine Ausnahme von § 1181 Abs 2. Diese Ausnahme entspricht der Regelung, die im § 1173 für die freiwillige Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers durch den Eigentümer eines der mitlastenden Grundstücke getroffen ist. In gleicher Weise wird hier bei der zwangsweisen Befriedigung des Gläubigers im Falle einer Gesamthypothek (§ 1132) dem Eigentümer des Grundstücks, aus dem der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1181 A 1) befriedigt wird, eine sog. Ersatzhypothek (A 3) an dem mitbelasteten Grundstück gewährt, gegen dessen Eigentümer ihm ein Ersatzanspruch zusteht. Voraussetzung ist auch hier (§ 1173 A 2), daß die Eigentümer der der belasteten Grundstücke verschiedene Personen sind. Gehören die Grundstücke derselben Person, so erlischt die Gesamthypothek durch die Befriedigung des Gläubigers aus einem der Grundstücke gemäß der Regel des § 1181 Abs 1, 2 an allen Grundstücken. Der Befriedigung aus dem Grundstück steht auch hier gleich die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung aus den mit dem Grundstück verbundenen Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt (§ 1181 A 3). Für den Fall der Befriedigung des Gläubigers aus dem Anteil eines Miteigentümers an dem im Miteigentum mehrerer nach Bruchteilen stehenden Grundstück gilt das in § 1173 A 2 Bemerkte.

2. Die Fälle, in denen der Eigentümer, aus dessen Grundstück der Gläubiger befriedigt wird, von dem Eigentümer eines der andern Grundstücke oder von dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann, sind zusammengefaßt in § 1173 A 6 und § 1164 A 2, 3. Wenn die Möglichkeit eines solchen Ersatzanspruchs nicht nach der Sachlage ausgeschlossen ist, darf der Grundbuchrichter ohne Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks, aus dem der Gläubiger befriedigt worden ist, die Hypothek an dem andern Grundstück, die Ersatzhypothek geworden sein könnte, nicht löschen (RGZ 47, 214; § 1181 A 2).

3. Außerstenfalls bis zur Höhe der Befriedigungssumme geht die Hypothek, soweit der Ersatzanspruch besteht, an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers auf den ersatzberechtigten Eigentümer kraft Gesetzes über, ohne daß es einer Umschreibung oder einer Briefübergabe bedarf (RGZ 47, 217). Streit besteht auch hier, wie in den ebenfalls den Übergang einer Hypothek in Höhe eines Ersatzanspruchs betreffenden Fällen der §§ 1164, 1173 Abs 2, 1174 (vgl. § 1164 A 2, § 1173 A 7), über die rechtliche Natur der Ersatzhypothek. Nach der einen Meinung verbindet sich das dingliche Recht stets mit der Ersatzforderung dergestalt, daß es fortan als Hypothek für die Ersatzforderung besteht. Eine andere Ansicht erachtet zwar in dem Fall, daß der ersatzberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner der Forderung ist, die der bisherigen Gesamthypothek zugrunde lag, das übergehende hypothekarische Recht ebenfalls als Hypothek für die Ersatzforderung, nimmt aber an, daß der ersatzberechtigte Eigentümer, wenn er nur dinglich für die bisherige Gesamthypothek haftete, die Hypothek an dem ersatzpflichtigen Grundstück als Hypothek für die ursprüngliche Forderung in Höhe des Ersatzanspruchs erlange. Nach einer dritten Meinung verbindet sich das hypothekarische Recht niemals mit der Ersatzforderung; vielmehr ist das Bestehen der Ersatzforderung nach dieser Meinung lediglich Voraussetzung für den Übergang jenes Rechts; die Hypothek soll, wenn der ersatzberechtigte Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, als Hypothek für die ursprüngliche Forderung, andernfalls als Grundschuld in Höhe des Ersatzanspruchs übergehen. Eine vierte Ansicht erachtet die übergebende Hypothek in jedem Falle als Hypothek für die ursprüngliche Forderung in Höhe des Ersatzanspruchs. Der ersten Ansicht ist beizutreten. Ist der ersatzberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner, so erlischt durch die Befriedigung des Gläubigers aus seinem Grundstück auch die ursprüngliche Forderung (§ 1181 A 2). Sie kann daher in diesem Falle nicht der übergebenden Hypothek zugrunde liegen; auch kann die Hypothekenforderung nicht eine dem Ersatzberechtigten als neuem

Hypothekengläubiger gegen sich selbst zustehende Forderung sein. Aber auch als Grundschuld (wegen des Erlöschens der Forderung; § 1163 Abs 1 Satz 2) ist die übergehende Hypothek in diesem Falle nicht anzusehen. Denn nach § 1177 Abs 1 Satz 1 verwandelt sich eine Hypothek nur dann in eine Grundschuld, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Eine solche Vereinigung findet hier aber nicht statt, weil nicht der ersatzpflichtige Eigentümer die Hypothek an seinem Grundstück erwirbt, sondern der Ersatzberechtigte eine Hypothek am fremden Grundstück erlangt. Ferner würden für die Hypothek, wenn sie sich in eine Grundschuld umwandeln würde, die Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen der ursprünglichen Forderung weiter gelten, während zwischen dem Ersatzberechtigten und dem Ersatzpflichtigen Rechtsbeziehungen nur nach Maßgabe des Rechtsverhältnisses bestehen, auf Grund dessen für den Ersatzberechtigten durch die Befriedigung des Hypothekengläubigers aus seinem Grundstück der Ersatzanspruch erwächst, so daß fortan die für die Ersatzforderung bestehenden Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen gelten müssen. Da nun die „Hypothek“ auf den Ersatzberechtigten übergehen soll, eine Hypothek gemäß § 1113 begrifflich eine durch sie gesicherte Forderung voraussetzt und die ursprüngliche Hypothekenforderung bei der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück des persönlichen Schuldners erlischt, so ergibt sich für diesen Fall der notwendige Schluß, daß die auf den Ersatzberechtigten übergehende Hypothek sich kraft Gesetzes mit der Ersatzforderung verbindet. § 1182 macht aber für den Hypothekenübergang keinen Unterschied dahin, ob der Ersatzberechtigte zugleich persönlicher Schuldner der ursprünglichen Hypothekenforderung ist oder nicht. Von dieser Forderung ist darin überhaupt nicht die Rede. Einerseits ist nur über den Übergang der Hypothek, des dinglichen Rechts, Bestimmung getroffen, andererseits die übergehende Hypothek lediglich zu der Ersatzforderung in Beziehung gesetzt. Deshalb und weil der Zweck des § 1182 ist, dem Ersatzberechtigten durch die Hypothek an dem Grundstück des Ersatzpflichtigen Sicherung für seinen Ersatzanspruch zu gewähren (Prot 3, 626), ist anzunehmen: Sowohl dann, wenn der Ersatzberechtigte zugleich persönlicher Schuldner ist, als auch dann, wenn er nur dinglich haftet, geht auf ihn die Hypothek am Grundstück des Ersatzpflichtigen dergestalt über, daß sie als Hypothek für die Ersatzforderung besteht und der Ersatzpflichtige der persönliche Schuldner dieser durch sie gesicherten Forderung ist (RG 81, 71). Im zweiten Falle erwirbt allerdings der ersatzberechtigte Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, durch die Befriedigung des Gläubigers aus seinem Grundstück nach dem entsprechend anzuwendenden § 1143 die ursprüngliche Hypothekenforderung (§ 1143 A 5, § 1181 A 2). Aber diese Forderung ist nicht mehr mit einer Hypothek bekleidet; die Hypothek ist teils zur Hypothek für die Ersatzforderung geworden, teils erloschen; dem Ersatzberechtigten stehen nun beide Forderungen in ähnlicher Weise zu, wie nach § 426 Abs 2 einem den Gläubiger befriedigenden Gesamtschuldner zugleich der Ausgleichungsanspruch gegen den andern Schuldner und die in Höhe dieses Anspruchs auf ihn übergehende Forderung des Gläubigers zusteht (RG 69, 424; 81, 71). — Erstreckt sich die dem Ersatzanspruch zugrunde liegende Verpflichtung nur auf die Zahlung von Hypothekenzinsen (§ 1173 A 6), so geht, wenn der Gläubiger aus dem Grundstück des Ersatzberechtigten wegen Hypothekenzinsen befriedigt worden ist, die Hypothek an dem nicht versteigerten Grundstück in Höhe der Ersatzforderung auf den ersatzberechtigten Eigentümer ebenfalls als Hypothek für die Ersatzforderung über; dabei ist diese Hypothek eine solche für eine Hauptschuld, nicht eine Hypothek für Zinsen, da die Ersatzforderung an die Stelle der Zinsforderung tritt (RGZ 47, 216). — An den Grundstücken der nicht ersatzpflichtigen Eigentümer erlischt die Hypothek gemäß § 1181 Abs 2. Auf Antrag erfolgt die Löschung der Hypotheken an diesen Grundstücken (§ 1181 A 2). Ferner erlischt die Hypothek auch an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers insoweit, als der Ersatzanspruch die Höhe der Befriedigungssumme nicht erreicht. Weiter erlischt die Hypothek, anders als im Falle des § 1173 Abs 2, auch an dem Grundstück des ersatzberechtigten Eigentümers gemäß § 1181 Abs 1 (die Löschung dieser Hypothek auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts erörtert § 1181 A 2). Die Ersatzhypothek besteht also hier nicht als Gesamthypothek (§ 1173 A 7), sondern als Einzelhypothek, nämlich allein an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers. Wenn allerdings derselbe Ersatzanspruch gegen die Eigentümer mehrerer Grundstücke gegeben ist, so erlangt der ersatzberechtigte Eigentümer für seinen Ersatzanspruch eine Gesamthypothek an diesen mehreren Grundstücken. — Für die Rechte, die dem ersatzberechtigten Eigentümer gegen den Gläubiger zur Berichtigung des Grundbuchs zustehen, und für die Nachweise, die der Ersatzberechtigte dem Grundbuchamt beizubringen hat, wenn er die Hypothek auf seinen Namen umschreiben lassen oder sonst über sie verfügen will, gilt das in § 1164 A 2 Bemerkte entsprechend.

4. Wenn der Gläubiger der Gesamthypothek nur teilweise befriedigt wird, kann die Ersatzhypothek (wie nach § 1176 auch für den Fall des § 1173 Abs 2) nicht zum Nachteile der Resthypothek des Gläubigers (die an den nicht versteigerten Grundstücken bestehen bleibt) geltend gemacht werden. Insbesondere geht also die Resthypothek der Ersatzhypothek im Range vor. Ferner kann die Ersatzhypothek, wenn das von ihr erfaßte Grundstück mit einem im Range gleich- oder nachstehenden (hypothekarischen oder sonstigen dinglichen) Rechte belastet ist, nicht zum Nachteile dieses Rechtes geltend gemacht werden. Denn der Berechtigte konnte mit der Möglichkeit rechnen, daß sein Recht durch die Befriedigung der Hypothek aus einem der andern

Grundstücke vorrücken würde. Anders als im Falle des § 1173 Abs 2 steht also hier die Ersatzhypothek auch diesem Recht im Range nach (Prot 3, 627). Das Recht muß aber zur Zeit des Übergangs der Ersatzhypothek bereits bestehen, also vor der zwangsweisen Befriedigung der Gesamthypothek eingetragen worden sein (RZM 11, 306; RGZ 47, 214).

§ 1183

Zur Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft ist die Zustimmung des Eigentümers erforderlich¹⁾. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger gegenüber zu erklären²⁾; sie ist unwiderruflich³⁾.

§ I 1001 II 1090; M 3 719; P 3 615, 725.

1. Die Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft ist zunächst durch § 875 geregelt. Diese Vorschrift bezieht sich ebensowenig wie § 1183 auf die Fälle des Erlöschens der Hypothek kraft Gesetzes (§ 875 A 1). Hier wie dort scheiden also z. B. aus die Fälle des Erlöschens durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins (vgl. ferner die §§ 1173 Abs 1, 1174 Abs 1, 1175 Abs 1 Satz 2, 1181). Zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung ist nach § 875 die gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer abzugebende Erklärung des Gläubigers, daß er die Hypothek aufhebe, und die Löschung der Hypothek im Grundbuch erforderlich (RG 72, 365). Den Unterschied zwischen dieser Erklärung und der zum Verzicht auf die Hypothek nach § 1168 erforderlichen Erklärung des Gläubigers behandelt § 1168 A 1 (dazu DZ 20, 418; 23, 327). Während zur Aufhebung der anderen dinglichen Rechte nach § 875 die Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufhebe, genügt, ist nach § 1183 zur Aufhebung einer Hypothek (und gemäß den §§ 1192, 1200 auch einer Grundschuld und einer Rentenschuld) ferner die Zustimmung des Eigentümers erforderlich, weil er durch die Aufhebung sein Recht auf den Erwerb der Hypothek (§ 1177) verliert (Prot 3, 616; RG 78, 69). Eine Einigung, wie sie § 873 zur Begründung der Hypothek erfordert, ist zur Aufhebung aber nicht nötig; vielmehr genügt die einseitige Erklärung des Gläubigers nach § 875 und die einseitige Zustimmungserklärung des Eigentümers nach § 1183 (RGZ 24 A 216; 25 A 273; 27 B 46; RZM 10, 240). Die Rechtsnatur dieser Erklärungen als einseitiger Rechtsgeschäfte wird auch dadurch nicht geändert, daß sie äußerlich in die Form einer Vereinbarung gekleidet werden (HR 1933 Nr 1012). Aus der Einseitigkeit folgt z. B., daß die im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau zu der Erklärung die vorher erteilte Zustimmung des Ehemanns haben muß (§§ 1395, 1398; HR 1933 Nr 1012). Ferner ergibt sich aus dieser Rechtsnatur der Erklärungen, daß der Gläubiger zugleich als Vertreter des Eigentümers die Zustimmungserklärung abgeben kann; § 181 steht nicht entgegen, wenn beide Erklärungen dem Grundbuchamt gegenüber abgegeben werden (RZM 10, 238; HR 1934 Nr 1053; vgl. RG 76, 92). Steht das Grundstück im Miteigentum, so müssen sämtliche Miteigentümer zustimmen, wenn die Hypothek am ganzen Grundstück aufgehoben werden soll (RZM 1, 120). Nach dem zwischen den Eigentümern bestehenden Rechtsverhältnis (z. B. im Falle ehelicher Gütergemeinschaft: §§ 1443, 1446) kann aber die Zustimmungserklärung des einen zugleich als solche des andern Miteigentümers wirken (RGZ 22 A 140; RZM 4, 168). Soll beim Miteigentum nach Bruchteilen die Hypothek nur an einem Miteigentumsanteil aufgehoben werden, so genügt gemäß § 747 die Zustimmung des einen Miteigentümers allein (RGZ 30 A 258). — Zur Aufhebung einer Gesamthypothek (wohl zu unterscheiden vom Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek, der nach § 1175 Abs 1 Satz 1 bewirkt, daß die Hypothek sämtlichen Eigentümern gemeinschaftlich zufällt: § 1175 A 1) ist die Zustimmung der Eigentümer sämtlicher belasteter Grundstücke und die Löschung auf sämtlichen Grundbuchblättern erforderlich. Soll nur eines der Grundstücke von der Belastung frei werden, so handelt es sich nicht um eine „Aufhebung“ der „Hypothek“, da diese an den andern Grundstücken bestehen bleibt. Vielmehr wird eine Gesamthypothek in Anbetracht ihrer Einseitigkeit (§ 1192 A 3) nur dann aufgehoben, wenn das hypothekarische Recht gänzlich, also an allen Grundstücken beseitigt wird (str.). Die Befreiung nur eines der Grundstücke von der Haftung kann lediglich durch einen Verzicht des Gläubigers (Verzichtserklärung und Eintragung der Erklärung) herbeigeführt werden. Dieser Auffassung neigt jetzt auch das Kammergericht, das früher anderer Meinung war, grundsätzlich zu (ZFG 11, 243). Der Verzicht bewirkt gemäß § 1175 Abs 1 Satz 2 das Erlöschen der Hypothek an dem einen Grundstück, ohne daß es einer Zustimmung des Eigentümers nach § 1183 bedarf. Ist die Löschung nur für eines der Grundstücke bewilligt und beantragt, so darf sie nicht auch auf den übrigen mitbelastenden Grundstücken erfolgen (§ 875 A 3). Formellrechtlich ist § 27 GBD zu beachten (§ 1175 A 3). Diese Grundstücke gelten entsprechend auch dann, wenn ein Trennstück aus der Pfandhaft für eine Einzelhypothek entlassen werden soll (§ 1175 A 3). Dagegen ist weder materiellrechtlich noch nach formellem Recht die Zustimmung des Eigentümers erforderlich, wenn eine Gesamthypothek gemäß § 1192 Abs 2 vom Gläubiger auf die einzelnen Grundstücke verteilt wird (§ 1192 A 8; RG 70, 91; RGZ 37 A 307). — Ist der Eigentümer selbst Gläubiger der Hypothek (Grundschuld),

so genügt seine Aufhebungserklärung gemäß § 875 allein (RG 66, 288; 73, 174). Hat er das Grundstück veräußert, so ist auch noch die Zustimmung des neuen Eigentümers gemäß § 1183 erforderlich (OLG 3, 224; 8, 315; RZM 8, 163). Auch auf die Herabsetzung des Zinsfußes sind die §§ 875, 1183 anzuwenden (§ 1119 A 3; § 1178 A 5). Die Wirkung der Aufhebung ist, daß die Hypothek erloscht. Die nachstehenden Berechtigten rücken vor. Diese Wirkung tritt in dem Zeitpunkt ein, in dem die drei Erfordernisse — Aufhebungserklärung des Gläubigers, Zustimmung des Eigentümers und Löschung — insgesamt vorliegen. Auf eine bestimmte zeitliche Aufeinanderfolge kommt es nicht an. Aufhebungserklärung und Zustimmung können auch der Löschung nachfolgen. Ist die Hypothek mit dem Recht eines Dritten belastet (§ 876 A 1), so bedarf es gemäß § 876 auch dessen Zustimmung (§ 876 A 3, 6—8). Unter Umständen ist der Drittberechtigte auch befugt, statt des Gläubigers die Aufhebungserklärung abzugeben, so z. B. ein Pfandgläubiger oder ein Pfändungsgläubiger (§ 1282; RPD §§ 836, 837; RÖZ 23 A 147; 29 A 187; 31 A 316; OLG 8, 210). Auf die Hypothek für die im § 1178 bezeichneten Forderungen (Rückstände von Zinsen usw., Kosten) findet § 1183 keine Anwendung (§ 1178 A 3, 5). Durch ein gegen den Eigentümer erlassenes Verbot, zum Nachteil eines Dritten über das Grundstück zu verfügen, wird der Eigentümer nicht an der Zustimmung zur Aufhebung der Hypothek behindert. Denn die Aufhebung bringt dem Grundstück nur einen rechtlichen Vorteil; der Eigentümer handelt also durch die Zustimmung nicht verbotswidrig (RFG 4, 418). War aber dem Hypothekengläubiger rechtswirksam verboten, über die Hypothek zu verfügen, so ist die Aufhebung unwirksam (RFG 4, 421).

2. Die gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger zu erklärende Zustimmung des Eigentümers bedarf zur materiellrechtlichen Gültigkeit keiner bestimmten Wortfassung (RG 52, 416) und keiner Form (§ 875 A 7, 8). Formellrechtlich ist allerdings zur Begründung des Löschantrags, der nicht nur vom Eigentümer, sondern auch vom Gläubiger (formlos: § 30 GBD) gestellt werden kann (§ 13 GBD), erforderlich, daß sowohl die Aufhebungserklärung des Gläubigers (§ 19 GBD) als auch die Zustimmung des Eigentümers (§ 27 GBD) in der Form des § 29 GBD erteilt ist (RZM 4, 168; RÖZ 43, 148). Die Aufhebungserklärung (Aufhebungserklärung) ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung; sie wird nach § 130 erst wirksam, wenn sie einem Empfangsberechtigten zugeht (RÖZ 24 A 216; 37 A 223; 43, 149; OLG 5, 407). Als empfangsberechtigt ist nicht nur das Grundbuchamt, sondern auch derjenige anzusehen, zu dessen Gunsten die Erklärung abgegeben wird (RÖZ 37 A 223; 43, 149). Dies ist besonders dann von Bedeutung, wenn ein Dritter in Vertretung des Gläubigers die Löschungsbewilligung erklärt hat und es sich fragt, ob zur Zeit des Zugehens an das Grundbuchamt oder an den Begünstigten die Vertretungsmacht noch bestand (RÖZ 43, 151). Einer Aufhebungserklärung (oder deren Ersatz durch Urteil gemäß § 894 RPD) steht für die Vornahme der Löschung gleich eine Löschungsbewilligung (§ 1163 A 1; RZM 3, 36). Der die Zustimmung des Eigentümers formellrechtlich erfordernde § 27 GBD bezieht sich übrigens nicht bloß auf die rechtsgeschäftliche Aufhebung, sondern auf jede Löschung einer Hypothek, insbesondere auch auf die Fälle, in denen die Hypothek kraft Gesetzes erloschen ist, also die Entstehung einer Eigentümerhypothek nicht in Frage kommen kann und die Löschung lediglich zur Berichtigung des Grundbuchs erfolgt (RG 72, 367; RÖZ 24 A 137; 25 A 318; 26 A 254; OLG 26, 172; materiellrechtlich hat eine solche Zustimmung, z. B. für die Frage des Erfordernisses einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, keine Bedeutung). Formellrechtlich (nicht auch nach BGB: RZM 3, 42) ist ferner gemäß § 39 GBD (Ausnahme § 40) erforderlich, daß der Eigentümer als solcher im Grundbuch eingetragen ist (RÖZ 26 A 254; 27 A 146; RZM 4, 267; OLG 5, 300).

3. Die Bedeutung der Unwiderruflichkeit der Zustimmung ist erörtert in § 875 A 9, § 876 A 8.

§ 1184

Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden¹⁾, daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt²⁾ und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann³⁾ (Sicherungshypothek).

Die Hypothek muß im Grundbuch als Sicherungshypothek bezeichnet werden⁴⁾.

§ I 1125, 1126 II 1092; III 3 764; IV 3 678.

1. Bestellt wird die Sicherungshypothek, wie die Verkehrshypothek, gemäß § 873 durch Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger und Eintragung. Jedoch müssen die Beteiligten sich über das Wesen der Sicherungshypothek klar sein und namentlich ihren Willen darauf richten, daß die Forderung nicht unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs stehen und für den Eigentümer alle Einwendungen aus dem persönlichen Schuldverhältnis gegenüber der dinglichen

Mlage jedes Erwerbers gegeben sein sollen (§ 1185 Abs 2). Daß dabei das Wort „Sicherungshypothek“ gebraucht wird, ist nicht unbedingt notwendig (RGZ 34 A 325). Wird die Einigungserklärung eines Teiles durch ein rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 ZPO ersetzt, so muß die Verurteilung deutlich auf die Bewilligung der Eintragung einer Sicherungshypothek lauten. Sonst kann von dem andern Teil nur die Eintragung einer Verkehrshypothek verlangt werden. Die zu sichernde Forderung ist bei der Bestellung der Sicherungshypothek in gleicher Weise anzugeben wie bei der Bestellung einer Verkehrshypothek (§ 1113 A 5; RGZ 35 A 283). Die Fälle, in denen Sicherungshypotheken kraft Gesetzes entstehen oder im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragen werden, sind zusammengestellt in den Vorbem 3, 4, 5 vor § 1113 sowie § 873 A 1. Auch auf diese Sicherungshypotheken finden grundsätzlich die Vorschriften über die vertragungsmäßige Sicherungshypothek Anwendung (RG 78, 407; 105, 77). Für die wichtigsten von ihnen, die Sicherungshypotheken für Forderungen gegen den Ersteher eines zwangsversteigerten Grundstücks und die Arrest- und Zwangshypotheken, sind aber einige Sondervorschriften gegeben. Daraus sind hervorzuheben: ZPO § 130 Abs 1 Satz 2 (Erstlichmachung im Grundbuch, daß die Eintragung auf Grund eines Zwangsversteigerungsverfahrens erfolgt ist); § 128 Abs 3 Satz 2 (die Hypothek kann im Falle der Vereinigung mit dem Eigentum nicht zum Nachteil bestehengebliebener Rechte usw. geltend gemacht werden; dazu RM 12, 276: die Forderung gegen den Ersteher, der das Bargebot nicht berichtigt hat, kann, wenn auch er mit einem Recht am Grundstück beteiligt war, auf ihn selbst übertragen, und es kann für ihn die Eintragung einer Sicherungshypothek vom Vollstreckungsgericht veranlaßt werden, falls sein Recht mit dem Recht eines Dritten belastet ist); § 128 Abs 1, 2, § 129 (Rangverhältnisse unter mehreren Sicherungshypotheken). Eine Arrest- oder Zwangshypothek kann nicht als Gesamthypothek an mehreren Grundstücken eingetragen werden. Auch gelten für sie hinsichtlich der Entstehung einer Eigentümerhypothek Sondervorschriften (§§ 1132 A 3, 1177 A 2). Wegen der auch für Arresthypotheken geltenden (RG 60, 279; RM 1, 20) Vorschrift des § 866 ZPO, daß eine Zwangshypothek nur für einen die Amtsgerichtliche Zuständigkeitsgrenze in Vermögensstreitigkeiten unter Berücksichtigung der §§ 4, 5 ZPO übersteigenden Betrag (jetzt 1000 M) eingetragen werden darf, sind zahlreiche Streitfragen entstanden, auf die hier nicht einzugehen ist. Die Arresthypothek ist eine Höchstbetrags-Sicherungshypothek (§ 1190) in Höhe des nach § 923 ZPO festgestellten Betrags (§ 932 Abs 1 ZPO). — Die für eine Bauarbeitenforderung bestellte Verkehrshypothek ist nicht etwa deshalb eine Sicherungshypothek, weil der Bau noch nicht fertiggestellt ist (RG Gruch 50, 990). Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß sie nach außen als Verkehrshypothek, dagegen im Innenverhältnis zwischen den Beteiligten als Sicherungshypothek, insbesondere Höchstbetragshypothek, gelten soll (RG 60, 247; Gruch 51, 378; Warn 1917 Nr 19; § 1190 A 4 a. E.).

2. Das wesentliche Merkmal der Sicherungshypothek besteht darin, daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt. Das hat in Verbindung mit dem die Anwendung der §§ 1138, 1156 ausschließenden § 1185 Abs 2 die Bedeutung, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs bei der Sicherungshypothek nicht, wie bei der Verkehrshypothek, auch für die Forderung gilt. Die Sicherungshypothek ist also für den Gläubiger abhängig vom wirklichen Bestehen seiner Forderung (RG 90, 150; Warn 1919 Nr 115). Nicht nur der Schuldner kann gegenüber dem persönlichen Anspruch der Schuldfrage, sondern auch der Eigentümer kann stets gegenüber dem dinglichen Anspruch der Klage aus der Hypothek (§ 1138 A 1) alle gegen die persönliche Forderung begründeten Einwendungen (§ 1137 A 1—3) geltend machen. Diese Einwendungen stehen also dem dinglich verlagten Eigentümer auch dann zu, wenn der klagende Hypothekengläubiger nicht der ursprüngliche Gläubiger, sondern ein gutgläubiger Erwerber der Sicherungshypothek ist. Das gilt in den Grenzen der §§ 406—408 auch für solche Einwendungen, die sich auf Tatsachen gründen, die erst nach der Übertragung der Hypothek an den Erwerber eingetreten sind (§ 1185 A 2, 5). — Dagegen gilt der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§ 892) für den Bestand des dinglichen Rechts auch bei der Sicherungshypothek. Daher kann dem gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerber der Hypothek von dem mit der dinglichen Klage belangten Eigentümer z. B. nicht entgegengesetzt werden, daß die Hypothek wegen fehlender oder nichtiger Einigung über die Hypothekbestellung nicht bestehe oder daß der als Gläubiger eingetragene Rechtsurheber nicht der wahre Gläubiger sei, sofern nicht die solche Einwendungen begründenden Tatsachen sich aus dem Grundbuch ergeben. Auch gegen Einreden, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zustehen, ist der gutgläubige Erwerber nach Maßgabe des § 1157 wie bei der Verkehrshypothek geschützt, da diese Einreden sich nicht gegen die Forderung richten (RG 74, 215). — Nicht zu billigen ist die in ZFG 14, 363 vertretene Ansicht, das Grundbuchamt dürfe, wenn es bei einer Sicherungshypothek zu Unrecht eine Forderungsauswechslung (§ 1180) eingetragen habe, keinen Amtswiderspruch nach § 53 Abs 1 Satz 1 GBD in das Grundbuch bringen, sondern müsse es den Beteiligten überlassen, die Berichtigung des Grundbuchs zu betreiben. Mag auch die unrichtige Eintragung der Forderungsauswechslung nicht unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs stehen, so kann es dem Grundbuchamt, das sein

Versehen und die Unrichtigkeit des Grundbuchs erkannt hat, doch nicht verwehrt werden, auf dem Wege des § 53 GBD das Seine zur Behebung des Mangels zu tun. Die Voraussetzungen des § 53 Abs 1 Satz 1 sind hier gegeben; aus dem Gesetzeszweck läßt sich eine so weitgehende Beschränkung des Anwendungsgebiets der Vorschrift nicht rechtfertigen.

3. Wie bei der Sicherungshypothek die Forderung nicht unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892) steht (A 2), so kann bei ihr der **Gläubiger sich zum Beweise der Forderung auch nicht** (wie bei der Verkehrshypothek gemäß den §§ 891, 1138) **auf die Eintragung berufen** (§ 1185 A 2). Er muß vielmehr ebenso wie bei der Schuldklage gegen den persönlichen Schuldner auf Bestreiten des mit der dinglichen Klage belangten Eigentümers die Entstehung der Forderung nachweisen. Denn im Falle des Nichtentstehens wäre er nicht Gläubiger der Hypothek; diese würde vielmehr nach § 1163 Abs 1 Satz 1 dem Eigentümer selbst zustehen (RG Gruch 52, 1070; Warn 1914 Nr 291; 1919 Nr 115; JW 1911, 277⁴). Wenn aber ein rechtskräftiges Urteil beigebracht wird und feststeht, daß die durch das Urteil festgestellte Forderung in die Hypothekssicherung fällt, bedarf es keines weiteren Beweises. Dagegen genügt nicht ohne weiteres eine vollstreckbare Urkunde, auch nicht, wenn sie die Grundlage für die Eintragung der Sicherungshypothek gemäß § 866 ZPO (Zwangshypothek) gebildet hat. Ist z. B. die Hypothek für eine Bürgschaftsschuld bestellt, so beweist die Urkunde noch nicht die Fälligkeit oder gar das Bestehen der Forderung (RG JW 1911, 277⁴). Streiten der Gläubiger der Sicherungshypothek und ein nachstehender Hypothekengläubiger, zu dessen Gunsten eine Lösungs Vormerkung (§ 1179) bei der Sicherungshypothek eingetragen ist, um die Zuweisung des im Zwangsversteigerungsverfahren auf die Sicherungshypothek entfallenen Versteigerungserlöses, so muß der Gläubiger dieser Hypothek das Bestehen der gesicherten Forderung beweisen, gleichviel ob er oder der Vormerkungsberechtigte die klagende Partei ist. Denn kraft der Vormerkung, die im Falle des Nichtbestehens der Forderung sowohl den Gläubiger wie den Eigentümer verpflichtet, den auf die Eigentümgrundschuld (§ 1185 A 4) entfallenen Erlöseanteil nicht in Anspruch zu nehmen (§ 1179 A 7), steht der Vormerkungsberechtigte im Verhältnis zum Gläubiger hinsichtlich der Erfordernisse für die Geltendmachung der Sicherungshypothek dem Eigentümer gleich (RG Gruch 52, 1072). Erhebt der Grundstücks Eigentümer mit der Behauptung, die durch die Hypothek gesicherte Forderung sei nicht zur Entstehung gelangt, gegen den eingetragenen Gläubiger die Grundbuchberichtigungsklage aus § 894 auf Bewilligung der Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1) oder auch auf Bewilligung der Löschung (RG 86, 305; 91, 226; Gruch 58, 670), so hat der beklagte Buchgläubiger, der sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann, ebenso wie bei der negativen Feststellungsklage wegen einer Forderung die Beweislast dafür, daß die Forderung zur Entstehung gelangt ist, sofern sich nicht schon aus den Eintragungsurkunden ein Beweis dafür ergibt (RG Warn 1919 Nr 115). Dies gilt namentlich dann, wenn die Hypothek für eine künftige Forderung (§ 1113 Abs 2) bestellt ist (RG Warn 1914 Nr 76, 291; § 894 A 5). Für das dingliche Recht dagegen streitet auch bei der Sicherungshypothek die Vermutung aus § 891. Der Gläubiger braucht daher z. B. nicht zu beweisen, daß die Hypothek rechts gültig begründet ist. Wenn er als Gläubiger eingetragen ist, braucht er auch nicht darzutun, daß er die Hypothek rechtswirksam erworben hat.

4. Abs 2 bestimmt zur Verhütung von Täuschungen über den Inhalt des Rechts (M 3, 765) zwingend, daß die **Hypothek im Grundbuch als Sicherungshypothek bezeichnet werden muß**. Diesem gesetzlichen Erfordernis genügt auch eine Beschreibung, aus der sich unzweifelhaft ergibt, daß es sich um eine Sicherungshypothek handelt (RG Gruch 52, 1069; RGZ 34 A 325). War die Einigung auf Bestellung einer Sicherungshypothek gerichtet (A 1), ist aber die Bezeichnung als Sicherungshypothek in das Grundbuch (aus Versehen) nicht aufgenommen worden, so ist die Hypothek nichtig. Wihin kann die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) verlangt werden. Für einen gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerber gilt allerdings solch eine Hypothek als Verkehrshypothek. Den umgekehrten Fall, daß die Eintragung einer Verkehrshypothek bewilligt, aber versehentlich eine Sicherungshypothek eingetragen worden ist, behandelt § 873 A 10. — Die Inhaber- und Order-Sicherungshypotheken der §§ 1187 ff., die Höchstbetrags-Sicherungshypothek des § 1190 und die im Grundbuch als Bauhypothek bezeichnete Hypothek des § 27 Abs. betr. die Sicherung der Bauforderungen v. 1. 6. 1909 gelten auch dann als Sicherungshypotheken, wenn sie nicht als solche im Grundbuch bezeichnet sind. Bei der Eintragung einer Zwangsicherungshypothek (§ 867 Abs 1 ZPO) ist zwar nicht zur rechtswirksamen Entstehung der Hypothek, aber zur ordnungsmäßigen Erledigung des Eintragungsantrags die Angabe erforderlich, daß die Hypothek im Zwangsvollstreckungswege eingetragen ist, soweit dies nicht durch die Bezeichnung des vollstreckbaren Titels schon ersichtlich gemacht wird (RGZ 49, 228). Diese grundbuchmäßige Klarstellung ist deshalb nötig, weil bei der Zwangshypothek einige Besonderheiten gegenüber der Vertragssicherungshypothek gelten, z. B. nach § 868 ZPO für ihren Erwerb durch den Eigentümer, nach § 867 Abs 1 Satz 3 ZPO für die Haftung des Grundstücks in Ansehung der Eintragungskosten (RG 78, 406; § 1118 A 3).

§ 1185

Bei der Sicherungshypothek ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ¹⁾.

Die Vorschriften der §§ 1138 ²⁾, 1139 ³⁾, 1141 ⁴⁾, 1156 ⁵⁾ finden keine Anwendung ⁶⁾.

§ I 1127, 1128 II 1093; R 3 765; P 3 682.

1. Während die Verkehrshypothek nach § 1116 Abs 1 Briefhypothek ist, wenn sie nicht gemäß § 1116 Abs 2 ausdrücklich als Buchhypothek bestellt wird (§ 1116 A 2—4), ist bei der Sicherungshypothek die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen. Einem entsprechenden Vermertis im Grundbuch, wie bei der Verkehrshypothek (§ 1116 Abs 2), bedarf es hier nicht, da aus der nach § 1184 Abs 2 notwendigen Bezeichnung der Hypothek als Sicherungshypothek (bei Inhaber- oder Orderrhypotheken des § 1187 aus der Art der Forderung, bei der Höchstbetragshypothek des § 1190 aus der HöchstbetragsEintragung) sich von selbst ergibt, daß die Hypothek eine Buchhypothek ist. Daher müssen auch gutgläubige Dritte die Hypothek als Buchhypothek ohne weiteres gelten lassen. Demnach finden die auf die Briefhypothek bezüglichen Vorschriften auf die Sicherungshypothek keine Anwendung. Insbesondere sind nicht anwendbar die §§ 1117 (Hypothekenerwerb durch Briefübergabe), 1140, 1155, 1157 Satz 2 (Brief gleichstehend dem Grundbuch), 1144, 1145, 1150, 1167, 1168 Abs 3 (Aushändigung oder Vorlegung des Briefs zur Grundbuchberichtigung), 1152 (Teilbrief), 1154 Abs 1, 2 (Abtretung der Briefhypothek), 1160, 1161 (Vorlegung des Briefs bei der Geltendmachung der Hypothek), 1163 Abs 2 (Eigentümergrundschuld bis zur Übergabe des Briefs), 1162, 1170 Abs 2 Satz 2, 1171 Abs 2 Satz 2 (Strafloserklärung des Briefs).

2. Da die Vorschrift des § 1138, wonach die §§ 891—899 für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden gelten, auf die Sicherungshypothek keine Anwendung findet, so kann zunächst nicht nur bei der Schuldfolge gegen den persönlichen Schuldner, sondern auch bei der dinglichen Hypothekenklage gegen den Eigentümer der Gläubiger sich für das Bestehen der Forderung nicht auf die Vermutung des § 891 berufen (§ 1184 A 2, 3). Er muß vielmehr die Entstehung der Forderung, falls der Gegner sie bestreitet, zur Begründung der Klage beweisen (RG 123, 170). Auch steht ihm selbst dann, wenn er die Hypothek gutgläubig durch Rechtsgeschäft erworben hat, der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gemäß § 892 nur hinsichtlich der Einwendungen und Einreden gegen das dingliche Hypothekenrecht, aber nicht hinsichtlich der Einwendungen und Einreden, die dem Eigentümer sonst auch gegen die Forderung gegeben sind (§ 1137 A 1 ff.; § 1156 A 3 a. E.), zur Seite (auch wenn die Einwendungen sich nicht auf Nebenleistungen usw. beziehen, für die schon die §§ 1158, 1159 Ausnahmebestimmungen geben: RG 106, 82). Daraus ergibt sich weiter von selbst, daß insoweit auch die §§ 894—899 vom Gesetz für unanwendbar zu erklären waren (OLW 26, 11). Hinsichtlich des dinglichen Rechts dagegen gelten diese Vorschriften auch für die Sicherungshypothek (z. B. Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs, Eintragung eines Widerspruchs wegen Nichtigkeit der Hypothekeneintragung). Daß auch § 1157 auf die Sicherungshypothek Anwendung findet, ist bereits in § 1184 A 2 bemerkt. Was sodann die Unanwendbarkeit des § 893 in Ansehung der Forderung anlangt, so wird man in Anbetracht des engen Zusammenhangs der Sicherungshypothek mit der Forderung annehmen müssen, daß Leistungen an den (nicht wahren) Buchgläubiger den Eigentümer (trotz guten Glaubens) nicht befreien (str.). Bei Rechtsgeschäften des Gläubigers mit dem Bucheigentümer oder des Eigentümers mit dem Buchgläubiger (z. B. Änderung der Zahlungsbedingungen) ist hinsichtlich der Wirksamkeit zu unterscheiden, ob sie die Forderung (z. B. Kündigung: A 4) oder das dingliche Recht betreffen.

3. Die Vorschrift des § 1139, welche die Eintragung eines Widerspruchs wegen unterbliebener Auszahlung des gegen Hypothek zugesagten Darlehns zuläßt, ist deshalb für unanwendbar erklärt, weil der Eigentümer gegen die Gefahr eines gutgläubigen Erwerbs der mit einer Forderung noch nicht versehenen Hypothek schon dadurch geschützt ist, daß bei der Sicherungshypothek der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich nicht auch auf die Forderung erstreckt (A 2).

4. Infolge der Unanwendbarkeit des § 1141 und angesichts des Grundsatzes, daß die Sicherungshypothek überhaupt von der Forderung, also auch ihre Fälligkeit von der Fälligkeit der Forderung abhängt, ist die Kündigung hier nicht wie bei der Verkehrshypothek wirksam, wenn sie zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, erklärt ist, sondern nur dann, wenn sie vom Gläubiger gegenüber dem persönlichen Schuldner oder von diesem gegenüber jenem erklärt wird. Der (vom persönlichen Schuldner verschiedene) Eigentümer muß diese Kündigung gegen sich gelten lassen. Die Vorschrift des § 893 ist bei der Sicherungshypothek auf die Kündigung (gegenüber dem Buchgläubiger oder dem Bucheigentümer) nicht anwendbar (A 2). Wurde eine Sicherungshypothek nach dem AufwG auf den Normalfuß von 25% (§ 4), die Forderung aber in einem Ausnahmefall des § 10 nach allgemeinen Vorschriften über den Normalfuß hinaus aufgewertet, so ist die Unanwendbarkeit des § 1141 auch dann von Bedeutung,

wenn der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist. In einem solchen Falle kann das Kündigungsrecht vom Eigentümer nur in seiner Eigenschaft als persönlicher Schuldner und, da der Gläubiger eine Teilzahlung nicht anzunehmen braucht (§ 266 BGB), nur wegen des vollen Aufwertungsbetrags der Forderung ausübt werden, so daß erst durch eine derartige Kündigung die Fälligkeit der Forderung zu ihrem Aufwertungsbetrage sowie die Fälligkeit der für einen Teil dieses Betrags fortbestehenden Sicherungshypothek herbeigeführt wird (RG 111, 401).

5. Aus der Unanwendbarkeit des § 1156 folgt, daß der Eigentümer, anders als bei der Verkehrshypothek, gegenüber der dinglichen Klage eines (sei es auch gutgläubigen) rechtsgeschäftlichen Erwerbers der Sicherungshypothek ebenso wie der persönliche Schuldner gegenüber der Schuldklage des neuen Gläubigers (Zessionars) Einwendungen nach Maßgabe der §§ 406—408 (Aufrechnung gegen den bisherigen Gläubiger; Leistung an diesen; nochmalige Abtretung: § 1156 A 3) geltend machen kann, obwohl die Tatsachen, auf die sich diese Einwendungen gründen, erst nach der Übertragung eingetreten sind.

6. Abgesehen von den nach den §§ 1184 A 2, 3, 1185 A 2—5 unanwendbaren Vorschriften und von den nach § 1184 A 1, 4 für die Bestellung geltenden Besonderheiten finden alle übrigen auf die Buchhypothek (A 1) bezüglichen Vorschriften auch auf die Sicherungshypothek Anwendung (RG 49, 165; RGZ 28 A 270). Insbesondere erfolgt die Abtretung der Sicherungshypothek (und die Belastung mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht) gemäß den §§ 1154 Abs 3, 873 (und 1069, 1274, 1291) durch Einigung und Eintragung (§ 1154 A 7; DKG 12, 133; 18, 204). Sonderbestimmungen gelten aber für die Inhaber- und Orderrhypotheken (§ 1187 Satz 3) und für die Höchstbetragshypothek (§ 1190 Abs 4). Ferner darf auch bei der Sicherungshypothek nach § 1153 Abs 2 die Forderung nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden (RGZ 28 A 270; DKG 18, 204). Eine Ausnahme gilt allerdings auch in dieser Hinsicht gemäß § 1190 Abs 4 für die Höchstbetragshypothek. Weiter ist die Sicherungshypothek, auch die Höchstbetragshypothek, in gleicher Weise wie die Verkehrshypothek der Eigentümergrundschuld (§ 1177 Abs 1) und der Hypothek des Eigentümers (§ 1177 Abs 2) zugänglich (RG 49, 165; 55, 217; 61, 39; Gruch 52, 1070). Die Sicherungshypothek wandelt sich also, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, kraft Gesetzes in eine Buchgrundschuld des Eigentümers um (RN 8, 282; RGZ 28 A 135). Der als Gläubiger Eingetragene ist dann nicht (mehr) berechtigt, über die Hypothek zu verfügen, insbesondere nicht, sie an einen andern abzutreten. Daher ist z. B. die Eintragung der Abtretung einer Sicherungshypothek vom Grundbuchamt abzulehnen, wenn die hypothekarisch gesicherte Forderung nach den Erklärungen in der Abtretungsurkunde zum Teil getilgt ist, die Hypothek aber trotzdem zum ganzen Betrage an einen andern abgetreten wird (a. M. DKG 18, 204 mit der Begründung, daß durch die Umschreibung auf den Zessionar der Bestand der Eigentümergrundschuld nicht berührt werde).

§ 1186

Eine Sicherungshypothek kann in eine gewöhnliche Hypothek, eine gewöhnliche Hypothek kann in eine Sicherungshypothek umgewandelt werden¹⁾. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich²⁾.

§ I 1134 II 1095; R 3 778; B 3 892.

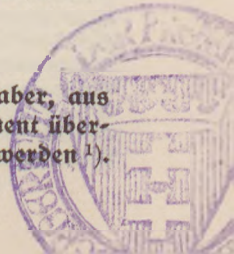
1. Die Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek stellt sich ebenso wie die Umwandlung einer gewöhnlichen Hypothek in eine Sicherungshypothek als Änderung des Inhalts der Hypothek dar. Mithin erfordern beide Umwandlungen gemäß den §§ 877, 873 eine Einigung zwischen Gläubiger und Eigentümer, für deren Form, Bindung usw. nichts Besonderes gilt (§ 873 A 7—9, 13—17), und die Eintragung (RG 49, 165; RGZ 21 A 158; 46, 233; RN 11, 241; DKG 41, 181). Erst wenn die Umwandlung eingetragen ist, kann der Gläubiger über die Hypothek in der umgestalteten Form verfügen (RGZ 21 A 158). Vor der Eintragung der Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine Briefhypothek kann also die (erstrebte) Briefhypothek auch nicht gemäß den §§ 1154, 1117 abgetreten werden (RG 11. 4. 1931 V 248/30). — Die Sicherungshypothek (gleichviel ob gewöhnliche oder Höchstbetragshypothek: § 1190 A 1) kann in eine Buch- oder in eine Briefverkehrshypothek umgewandelt werden. Ein Brief ist nur dann zu erteilen, wenn dies ausdrücklich vereinbart worden ist. Andernfalls muß angenommen werden, daß die Hypothek, wie sie bisher Buchhypothek war, auch ferner Buchhypothek bleiben soll (RN 8, 282; DKG 29, 372; § 1116 A 2). Bei der Umwandlung in eine Buchverkehrshypothek bedarf es nicht der Eintragung eines Vermerks gemäß § 1116 Abs 2 Satz 3, daß die Erteilung des Briefs ausgeschlossen sei. Vielmehr gilt die umgewandelte Hypothek als Buchhypothek, wenn nicht gemäß § 1116 Abs 3 im Grundbuch vermerkt ist, daß die Ausschließung der Erteilung des Briefs aufgehoben sei (§ 1116 A 2). Soll ein Brief erteilt werden, so ist er gemäß

§§ 56 ff. GBD herzustellen und nach § 60 Abs 1 GBD dem Gläubiger auszuhandigen. Im Falle der Umwandlung einer Briefhypothek in eine Sicherungshypothek (gewöhnliche oder Höchstbetragshypothek) wird das hypothekarische Recht gemäß § 1185 Abs 1 zum Buchrecht, auch wenn über die Ausschließung der Brieferteilung eine besondere Einigung und Eintragung gemäß § 1116 Abs 2 nicht erfolgt. Der Brief ist gemäß § 69 GBD unbrauchbar zu machen; eine mit ihm verbundene Schulurkunde ist abzutrennen. — Die Wirkung der Umwandlung besteht bei der Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek hauptsächlich darin, daß vom Zeitpunkt des Zusammentreffens der Einigung und der Eintragung ab der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich gemäß § 1138 auch auf die Forderung erstreckt. Einwendungen, die bisher gegen die Forderung und somit auch gegenüber dem dinglichen Anspruch geltend gemacht werden konnten (§§ 1184 A 2, 1185 A 2, 5), bleiben aber bestehen, sofern nicht ein Verzicht des Eigentümers auf sie nach der Sachlage anzunehmen ist. Im Falle der Umwandlung einer Brief- oder Buchverkehrshypothek in eine Sicherungshypothek untersteht die Hypothek von nun an den Vorschriften der §§ 1184, 1185. — Bei der Umwandlung kann zugleich auch eine Zinserhöhung erfolgen. Näheres hierüber, namentlich für den Fall der Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine Verkehrshypothek, bringt § 1119 A 1—4. Ferner kann bei der Umwandlung zugleich an die Stelle der bisherigen (bei der Höchstbetragshypothek nunmehr festgestellten) Forderung gemäß § 1180 eine andere Forderung gesetzt werden (RZM 11, 241; DVB 41, 181; JW 1935, 3570⁴⁸; für den Fall der Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine Verkehrshypothek § 1190 A 1). Zulässig ist auch die Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Sicherungshypothek. Denn jene hat gegenüber dieser nach § 1190 wesentliche Besonderheiten; es handelt sich also um eine Änderung des Inhalts. Diese Umwandlung vollzieht sich durch eine ins Grundbuch einzutragende Einigung Eigentümer und Gläubiger gemäß den §§ 877, 873 mit Festsetzung der Forderung dem Betrage nach (oder auch gleichzeitige Einsetzung einer neuen bestimmten Forderung nach § 1180: RZM 3, 154). So kann auch eine Arresthypothek (auf Grund eines Arrestbefehls gemäß § 932 ZPD eingetragene Höchstbetragshypothek) nach Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels für die gesicherte Forderung im Wege der Umwandlungsvereinbarung nach den §§ 877, 1186 in eine Zwangshypothek (auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels gemäß § 866 ZPD eingetragene Sicherungshypothek) umgewandelt werden. Die Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger wird hier durch den Schuldtitel und den Antrag des Gläubigers auf Umschreibung ersetzt (RZM 11, 54; DVB 44, 177). Die Umwandlung einer Sicherungs- oder einer Verkehrshypothek in eine Grundschuld und umgekehrt ist zugelassen durch § 1198. — Eine vertragliche Verpflichtung zur Umwandlung wirkt nur schuldrechtlich und ist nicht eintragungsfähig (DVB 6, 123). Ein Ersatz der Bewilligung zur Eintragung der Umwandlung kann durch rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 ZPD geschaffen werden (RW 49, 165).

2. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich, weil die Umwandlung keine höhere Belastung des Grundstücks herbeiführt. Nach RW Barm 1909 Nr 360 ist aber die Umwandlung einer für eine bedingte Forderung bestellten Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek oder Grundschuld nur mit Zustimmung solcher Hypothekengläubiger zulässig, die lediglich mit Rücksicht auf die Bedingtheit der Forderung den Vorrang vor ihren Hypotheken eingeräumt haben. Soll zugleich mit der Umwandlung eine höhere Belastung (z. B. durch Erhöhung der Zinsen über 5%: § 1119 Abs 1) erfolgen, so ist die Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten erforderlich. Ist ferner für einen nachstehenden Hypothekengläubiger eine Löschungsvormerkung gemäß § 1179 bei der Hypothek eingetragen, so bedarf es seiner Zustimmung, widrigenfalls die Umwandlung ihm gegenüber unwirksam ist; denn die Umwandlung stellt sich als eine Verfüzung des Eigentümers über die Hypothek dar (§ 1179 A 7). Ist die Hypothek mit dem Recht eines Dritten belastet, so muß der Dritte gemäß den §§ 877, 876 seine Zustimmung erteilen. Dagegen bedarf es nicht der Zustimmung des persönlichen Schuldners, der nicht zugleich Eigentümer ist. Denn die Umwandlung berührt das persönliche Schuldverhältnis nicht. Das gilt auch dann, wenn eine Sicherungshypothek (z. B. eine Höchstbetragshypothek unter Feststellung der Forderung zwischen Gläubiger und Eigentümer) in eine Verkehrshypothek umgewandelt und somit die Forderung unter den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gestellt wird. Denn auch diese Rechtsänderung hat nur Wirkung in Ansehung des dinglichen Anspruchs des Gläubigers gegen den Eigentümer (§ 1138), nicht in Ansehung der persönlichen Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner (RZM 3, 155).

§ 1187

Für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, kann nur eine Sicherungshypothek bestellt werden¹⁾.



Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist²⁾. Die Vorschrift des § 1154 Abs 3 findet keine Anwendung³⁾.

§ II 1097; B 3 667, 676, 678; 6 259.

1. Um die dauernde inhaltliche Übereinstimmung des persönlichen und des dinglichen Anspruchs zu erzielen, kann für die Forderung aus einer Schuldbeschreibung auf den Inhaber (§§ 793 ff.; ScheckG Art 5; nicht aus Urkunden des § 808), aus einem Wechsel (WechsG Art 1 ff.) oder aus einem andern Orderpapier (§ 363 HGB, z. B. aus kaufmännischen Anweisungen oder kaufmännischen Verpflichtungsscheinen; ferner ScheckG Art 14 ff.) keine Verkehrshypothek, sondern nur eine Sicherungshypothek (§§ 1184, 1185) bestellt werden. Zur Bestellung ist nach der Regel des § 873 die Eintragung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger sowie die Eintragung erforderlich. Jedoch sieht ausnahmsweise § 1188 bei der Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldbeschreibung auf den Inhaber von dem Erfordernis der zweiseitigen Eintragung ab und läßt die einseitige Erklärung des Eigentümers genügen. Bei der Eintragung der Sicherungshypothek des § 1187 wird dem Erfordernis des § 1115 bezüglich der Angabe des Gläubigers genügt, wenn beim Inhaberpapier der jeweilige Inhaber der Schuldbeschreibung, beim Orderpapier der erste Nehmer oder der durch Indossament sich ausweisende Inhaber als Gläubiger eingetragen wird (str.; RZL 2, 149; RGZ 35 B 31). Die Eintragung einer Hypothek für Teilschuldbeschreibungen auf den Inhaber oder für die ihnen gleichzustellenden indossablen Teilschuldbeschreibungen regeln im übrigen die §§ 43, 50 GBD (dazu MG 67, 246; 113, 223; JW 1908, 223⁴⁰; 1926, 993²; JZG 3, 429 ff.: Eintragung für den Teilbetrag einer Gesamtanleihe zugunsten der anleihegebenden Bank oder ihrer Rechtsnachfolger, nämlich der durch Indossament ausgewiesenen Besitzer der Schuldbeschreibungen; RZL 2, 147; RGZ 35 B 29; DLG 19, 287). Hervorzuheben ist: Die Hypothek kann nach § 50 Abs 1 GBD für mehrere Teilschuldbeschreibungen in einem Eintragungsvermerk eingetragen werden unter Angabe der Anzahl, des Betrags und der Bezeichnung der Teile. Dies gilt nicht nur für Inhaber-Teilschuldbeschreibungen, sondern auch für indossable Teilschuldbeschreibungen (RZL 2, 147; RGZ 35 B 29). Trotz solcher Eintragung besteht aber nicht lediglich ein einziges Hypothekenrecht für einen Gläubiger, sondern eine Mehrzahl von Hypotheken, die je für sich selbstständig bestehen (str.; DLG 19, 288; RGZ 38 B 70; 50, 199; § 1176 A 1). — Voraussetzung für die Bestellung ist nach § 1113, daß die Forderungen auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet sind (§ 1113 A 5). Daher kann z. B. für Forderungen aus kaufmännischen Anweisungen oder Verpflichtungsscheinen auf Leistung anderer vertretbarer Sachen eine Hypothek nicht bestellt werden. Bei der Eintragung muß wegen des Erfordernisses der Bestimmtheit der Forderung (§ 1113 A 5) außer Zweifel gestellt werden, welche einzelnen Teilschuldbeschreibungen durch die Hypothek gesichert werden (RGZ 53 S. 210, 213; JZG 1, 490; DLG 44, 175). — Auch eine Höchstbetragshypothek kann für die Forderungen des § 1187 bestellt werden, da § 1190 hinsichtlich der Art der Forderung keinen Unterschied macht (RZL 6, 162; JZG 4, 425). Hier findet bei der Eintragung § 50 GBD keine Anwendung, da nach § 1190 BGB an Stelle des Geldbetrags der gesicherten Forderung lediglich der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, im Grundbuch zu vermerken ist (JW 1926, 2642²⁾). — Die Hypothek muß unmittelbar für das Recht aus dem Inhaber- oder Orderpapier bestellt sein. Eine Hypothek für ein von einer Bank gewährtes Darlehn, über das solche Papiere ausgestellt werden sollen, ist keine Hypothek im Sinne der §§ 1187 ff. (DLG 19, 287; RGZ 35 B 31). Eine Sicherungshypothek zur Sicherung von Forderungen aus Teilschuldbeschreibungen für Inhaber, auf deren Namen sie lauten oder die sich durch Abtretung als Rechtsnachfolger ausweisen, ist nicht eintragungsfähig. Denn dabei würde es sich um eine gewöhnliche Sicherungshypothek (§ 1185) für die benannten Inhaber handeln, und deren Sondernachfolger könnten in das Gläubigerverhältnis gemäß den §§ 1154 Abs 3, 873 nur eintreten, wenn sie auf Grund der Abtretung als Gläubiger in das Grundbuch besonders eingetragen würden (DLG 41, 182).

2. Die Hypothek gilt, abweichend von der Regel des § 1184 Abs 2, als Sicherungshypothek und damit als Buchhypothek (§ 1185 Abs 1), auch wenn sie im Grundbuche nicht als Sicherungshypothek bezeichnet ist. Diese Vorschrift konnte gegeben werden, weil sich aus der Art der im Eintragungsvermerk zu bezeichnenden (§ 1113 A 5; § 1115 A 8) Forderung (aus der Schuldbeschreibung, aus dem Orderpapier) gemäß § 1187 Satz 1 schon von selbst ergeben muß, daß es sich um eine Sicherungshypothek handelt. Im übrigen gelten auch für diese Hypothek die allgemeinen Vorschriften über die Hypothek. Ausnahmen hiervon erörtert A 3. Auch zu einer Eigentümergrundschuld (Eigentümergrundschuld) kann diese Hypothek werden. Bei Schuldbeschreibungen auf den Inhaber wird sie nach den §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 Eigentümergrundschuld, wenn der Aussteller die Urkunde vernichtet oder die Forderung aus der Schuldbeschreibung nach § 801 erlischt. Bevor die Schuldbeschreibung in den Verkehr gebracht wird, ist die Hypothek nach den §§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 Eigentümergrundschuld, da bis dahin die Forderung nicht entfallen ist (MG JW 1913, 200¹²; A 3 a. E.). Dadurch, daß die Schuldbeschreibung im Aufgebotsverfahren (§§ 1004 ff. BGD) für kraftlos erklärt wird, erlischt die Forderung

zung nicht; der Antragsteller kann auf Grund des Ausschlußurteils, das ihn zunächst legitimiert (RG Warn 1912 Nr 378; RGZ 34 A 344), gemäß § 800 vom Aussteller die Erteilung einer neuen Schuldverschreibung verlangen (a. M. RGZ 50, 199). Auch wenn der Eigentümer selbst die Schuldverschreibung erwirbt, erlischt die Forderung nicht; die Hypothek für die Schuldverschreibung wird dann zur forderungsbekleideten Eigentümerhypothek (§ 1177 Abs 2). — Zulässig ist auch eine Löschungsvormerkung (§ 1179) nicht nur bei Hypotheken für Orderpapiere, sondern auch bei Hypotheken für Schuldverschreibungen auf den Inhaber. Auch hier wird durch die Vormerkung der Anspruch auf Löschung der zur Eigentümergrundschuld oder Eigentümerhypothek gewordenen Hypothek gegen widersprechende Verfügungen nach § 883 Abs 2 gesichert (RGZ 50, 199). Die Frage, wie bei der Eintragung einer solchen Vormerkung der Ordnungsvorschrift des § 43 GBD zu genügen ist, behandelt RGZ 50, 198.

3. Die Vorschrift des § 1154 Abs 3, welche die Übertragung einer Buchhypothek regelt, soll auf die Sicherungshypothek des § 1187 keine Anwendung finden, um nicht den Umlauf der Papiere im Verkehr zu hemmen. Mithin bedarf es hier zur Übertragung nicht der Eintragung in das Grundbuch (RGZ 35 B 32; 50, 199). Vielmehr vollzieht sich die Übertragung außerhalb des Grundbuchs in derselben Weise, wie solche Forderungen auch sonst, wenn sie nicht hypothekarisch gesichert sind, übertragen werden, also durch Übergabe der Schuldverschreibung auf den Inhaber und bei den Forderungen aus Orderpapieren durch Indossament (WechsG Art 11 ff.; GBD §§ 364 Abs 1, 365 Abs 1; RG ZW 1913, 200¹²; RGZ 50, 199). Mit der Übertragung der Forderung geht gemäß § 1153 Abs 1 auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger über (RG ZW 1913, 200¹²; RZM 2, 148; RGZ 38 B 70). Will der neue Gläubiger sich eintragen lassen, so muß er bei der Orderhypothek dem Grundbuchamt entweder die Echtheit der vorhergehenden Indossamente in der Form des § 29 GBD nachweisen, da eine Sonderbestimmung für diese Hypotheken formellrechtlich nicht gegeben ist, oder eine Eintragungsbewilligung (vgl. auch § 894 ZPD) des eingetragenen Gläubigers beibringen. Bei der Inhaberpapierhypothek weist sich der Besitzer des Inhaberpapiers schon durch die Vorlegung des Papiers, die gemäß § 43 Abs 1 GBD erforderlich ist, als Berechtigter genügend aus (str.). — Die Belastung der Hypothek mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht erfolgt gleichfalls außerhalb des Grundbuchs (§§ 1069, 1081 Abs 2; §§ 1274, 1292, 1293; RG ZW 1913, 200¹²). Wenn die Schuldverschreibung vom Aussteller noch nicht in den Verkehr gegeben war, wird doch durch die von ihm (auch formlos) erklärte Verpfändung und die Übergabe der Schuldverschreibung an den Pfandgläubiger ein Pfandrecht an der Forderung aus der Schuldverschreibung und damit auch an der Hypothek rechtsgültig begründet, da mit der Übergabe zum Pfande zugleich das Forderungsrecht gegen den Aussteller geschaffen wird. Die Hypothek wird damit aus der bis dahin bestehenden Eigentümergrundschuld (A 2) zur Gläubigerhypothek (RG ZW 1913, 200¹²). Die Pfändung regeln die §§ 830 Abs 3 Satz 2, 831, 837 Abs 2 und die §§ 808, 821 ZPD.

§ 1188

Zur Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber genügt die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek bestelle¹⁾, und die Eintragung in das Grundbuch²⁾; die Vorschrift des § 878 findet Anwendung³⁾.

Die Ausschließung des Gläubigers mit seinem Rechte nach § 1170 ist nur zulässig, wenn die im § 801 bezeichnete Vorlegungsfrist verstrichen ist. Ist innerhalb der Frist die Schuldverschreibung vorgelegt oder der Anspruch aus der Urkunde gerichtlich geltend gemacht worden, so kann die Ausschließung erst erfolgen, wenn die Verjährung eingetreten ist⁴⁾.

© II 1098; P 3 672, 677.

1. Abweichend von der eine Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger erfordernden Regel des § 873 genügt wegen der Unbestimmtheit des Gläubigers zur Bestellung der Inhaberpapierhypothek (nicht auch der Orderhypothek: § 1187 A 1) außer der Eintragung die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt (§ 875 A 7), daß er die Hypothek für den Inhaber der Schuldverschreibung (§ 1187 A 1) bestelle. Da aber diese Bestellungsart nur für „genügend“ erklärt ist, kann die Bestellung, wenn das Inhaberpapier bereits gegeben und der Inhaber bekannt ist, auch gemäß der Regel des § 873 durch Einigung mit diesem Inhaber erfolgen. Die Rechtsgültigkeit der Schuldverschreibung, insbesondere die Frage, ob ihre Ausgabe gemäß § 795 staatlich genehmigt ist, hat das Grundbuchamt ebensowenig zu prüfen, wie sonst die Rechtsbeständigkeit der Forderung, für die eine Hypothek bestellt wird (str.; DLG 18, 187). Die Schuldverschreibung braucht auch nicht vorgelegt zu werden. § 43 Abs 1 GBD bezieht sich, wie aus seinem Wortlaut und dem Zusammenhang mit den vorhergehenden Vorschriften folgt, nur auf spätere rechtsändernde Eintragungen bei der bereits eingetragenen

Hypothek (str.; DZ 6, 105). Für das Grundbuchamt sind nach § 19 GBD die Erklärung der Hypothekbestellung und die Eintragungsbewilligung des Eigentümers, die in der Form des § 29 GBD abzugeben sind, allein maßgebend (str.). Anders verhält es sich bei der Bestellung einer Grundschuld für den Inhaber des Grundschuldbriefs (§ 1195 A 1).

2. Den Inhalt der Eintragung in das Grundbuch erläutert § 1187 A 1.

3. Nach dem anzuwendenden § 878 ist der Eintritt einer Verfügungsbeschränkung des Eigentümers nach Stellung des Eintragungsantrags auf die Wirksamkeit der Bestellungserklärung ohne Einfluß.

4. Abs 2 gibt für die Inhaberehypothek (nicht auch für die Ordrhypothek) hinsichtlich der Ausschließung des unbekanntes Gläubigers im Wege des Aufgebotsverfahrens nach § 1170 eine Sondervorschrift über die Frist, deren Ablauf dort erfordert wird. Die im § 801 bezeichnete Vorlegungsfrist, die verstrichen sein muß, ist entweder die aus § 801 Abs 1 Satz 1 sich ergebende gesetzliche oder die gemäß § 801 Abs 3 vom Aussteller der Urkunde bestimmte. In den Fällen des Abs 2 Satz 2 verlängert sich die Frist um die zweijährige Verjährungsfrist des § 801 Abs 1 Satz 2. Eine entsprechende Verschärfung findet sich in § 986 Abs 2 Z 3 B D.

§ 1189

Bei einer Hypothek der im § 1187 bezeichneten Art kann für den jeweiligen Gläubiger ein Vertreter mit der Befugnis bestellt werden, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten¹⁾. Zur Bestellung des Vertreters ist die Eintragung in das Grundbuch erforderlich²⁾.

Ist der Eigentümer berechtigt, von dem Gläubiger eine Verfügung zu verlangen, zu welcher der Vertreter befugt ist, so kann er die Vornahme der Verfügung von dem Vertreter verlangen³⁾.

§ II 1099; B 3 674, 677; 6 259.

1. Der bei einer Inhaber- oder einer Ordrhypothek des § 1187 für den jeweiligen Gläubiger bestellte Vertreter (sog. „Treuhand“ oder Grundbuchvertreter: RG 117, 372) ist kein Treuhand im eigentlichen Sinne (RG 133, 87), sondern dinglich Berechtigter als Vertreter der Forderungsgläubiger. Nur in dieser Eigenschaft steht ihm das dingliche Recht zu (RG 131, 298). Er hat nach außen eine vom Wechsel der Person des Gläubigers unabhängige Vertretungsmacht (§§ 164 ff.) für denjenigen, der zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung Gläubiger der Hypothek ist. Der Umfang der Vertretungsmacht richtet sich nach den Befugnissen, die ihm bei der Bestellung innerhalb der vom Gesetz im § 1189 Abs 1 Satz 1 bestimmten Grenzen gewährt worden sind. Die Befugnisse werden in der Regel in den Anleihebedingungen festgelegt. Solange sie sich im wesentlichen innerhalb des gesetzlichen Rahmens des § 1189 bewegen, ist die Rechtsstellung des Vertreters nach dieser Vorschrift zu beurteilen (RG Warn 1934 Nr 56). Die Begrenzung für die Gewährung der Vertretungsmacht zieht das Gesetz dahin, daß dem Vertreter die Befugnis erteilt werden kann, bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen mit gleicher Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger, wie wenn sie der zeitige Gläubiger selbst getroffen hätte, und den zeitigen Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten. Danach ist die Gewährung der Vertretungsmacht auf das dingliche Recht beschränkt. Daher kann z. B. die Befugnis zur Vertretung bei der Geltendmachung der gesicherten Forderung nicht erteilt werden (RG 90, 213). Als gewährbare Befugnisse zur Verfügung über die Hypothek kommen namentlich in Betracht das Recht zu Inhalts- oder Rangänderungen und zu Löschungen, einschließlich der Entlassung von Trennstücken aus der Pfandhaft (RG 117, 373; RZA 15, 229; DZ 40, 54; 41, 182). Auch die Erteilung der Befugnis zu Übertragungen und Belastungen sowie zur Empfangnahme von Zahlungen (str.) ist nicht ausgeschlossen. Jedoch ist in solchen Fällen der Besitz der Urkunden (§ 1187 A 1) erforderlich, da diese dem Erwerber oder dem Zahlenden auszuhandigen sind (§ 1187 A 3; § 797; Wechsel Art 39; HGB § 364 Abs 3). Zur Vornahme einer Eintragung auf Grund der Bewilligung des Vertreters oder auf Grund einer gegen ihn erlassenen gerichtlichen Entscheidung (§ 894 Z 3 B D) bedarf es gemäß § 43 Abs 2 GBD der Vorlegung der Urkunden nicht. Ist aus der Art der Gewährung der Vertretungsmacht zu entnehmen, daß die Ausübung gewisser Befugnisse in das pflichtgemäße Ermessen des Vertreters gestellt worden ist, so ist anzunehmen, daß es sich nur um Verhaltensmaßregeln handelt, deren Verletzung zwar den Vertreter den Gläubigern gegenüber verantwortlich macht, aber eine Einschränkung der verliehenen Befugnis zur Vertretung Dritten gegenüber nicht enthält (DZ 41, 183). — Die Geltendmachung der Hypothek, zu der dem „Treuhand“ die Befugnis zur Vertretung des zeitigen Gläubigers (bei Inhaberehypotheken sämtlicher Gläubiger der Teilschuldverschreibungen) allgemeinhin erteilt werden kann, umfaßt sowohl die außergerichtliche

als auch die gerichtliche Verfolgung des dinglichen Rechts, z. B. Mahnung, Kündigung (diese ist aber zugleich eine Verfügung, so daß die Befugnis dazu besonders gewährt sein muß), Erhebung der dinglichen Klage, Wahrnehmung der Rechte aus den §§ 1133 ff. (RG Warn 1934 Nr 56). Dagegen ist er zur Vertretung des Gläubigers (bei Inhaberehypotheken der Gläubiger der Teilschuldverschreibungen), der durch die Vertreterbestellung nicht völlig das Verfügungsrecht über die Hypothek verliert (RGZ 45, 279), nicht befugt, wenn gegen diesen Klage erhoben ist (z. B. auf Bewilligung der Löschung wegen Nichtbestehens der Hypothek). Eine Befugnis hierzu müßte ihm besonders erteilt sein (vgl. § 43 Abs 2 BGB). — Der Vertreter ist ein durch Rechtsgeschäft bestellter Vertreter im Sinne des § 166 Abs 2 (Bevollmächtigter des Gläubigers), kein gesetzlicher Vertreter, da ihm die Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäft erteilt wird und das Gesetz diese Erteilung (innerhalb bestimmter Grenzen) nur für zulässig erklärt (str.; RG JW 1906, 199¹⁸; OLG 20, 423; 41, 184; RGZ 51, 306). Daß einem Vertreter nach § 14 BGB betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen v. 4. 12. 1899 (ergänzt und geändert durch RGef v. 14. 5. 1914, RD v. 24. 9. 1932 und RGef v. 20. 7. 1933) im Rechtsstreit für die Gesamtheit der Gläubiger die „Stellung eines gesetzlichen Vertreters“ zugewiesen wird, ist eine Sonderbestimmung, die sich überdies nur auf den von den Gläubigern nach Maßgabe dieses Gesetzes einseitig bestellten Vertreter bezieht (RG JW 1906, 199¹⁸; RG 90, 215; 117, 372). Hierdurch wird aber gerade bestätigt, daß der Vertreter sonst nicht die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat. Insbesondere ist im Falle der Geltendmachung der Hypothek durch Klagerhebung der Vertreter nicht als Pfleger im Sinne des § 53 BPD anzusehen; der Gläubiger steht also für den Rechtsstreit nicht einer prozeßfähigen Person gleich (str.). Vielmehr kann der Gläubiger den Rechtsstreit selbst führen, wie er durch die Bestellung des Vertreters nicht behindert ist, über die Hypothek selbst zu verfügen. Im Rechtsstreit ist er Partei, auch wenn der Vertreter den Rechtsstreit für ihn führt (RG JW 1906, 199¹⁸). Allerdings kann der Eigentümer bei der Inhaberehypothek den Vertreter durch einseitige Erklärung bestellen (A 2). Aber auch hier bestellt der Eigentümer den Vertreter nicht für sich, sondern für den jeweiligen Gläubiger (bei Inhaberehypotheken die jeweiligen Gläubiger der Teilschuldverschreibungen). Indem der Gläubiger das Gläubigerrecht mit dem Inhalt erwirbt, daß der Vertreter zu seiner Vertretung befugt sein soll, erklärt er zugleich, die Bestellung des Vertreters wie eine durch ihn selbst vorgenommene Verfügung gelten lassen zu wollen. — Die Vertretungsmacht kann aus den gleichen Gründen enden, aus denen sonst ein Vollmachtsverhältnis abläuft (z. B. durch Tod, Geschäftsunfähigkeit, Widerruf, Erlöschen des der Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses). Der Eigentümer ist aber, auch wenn er den Vertreter einseitig bestellt hat, zur einseitigen Aberufung nicht befugt; ebensowenig der Gläubiger. Vielmehr bedarf es nach den §§ 877, 873 der Einigung zwischen ihm und dem Gläubiger (sämtlichen Gläubigern der Teilschuldverschreibungen) sowie der Eintragung (OLG 20, 423). In den Fällen des gesetzlichen Erlöschens (z. B. durch Tod, Geschäftsunfähigkeit) erlischt die Vertretungsmacht außerhalb des Grundbuchs (ohne Eintragung). — Im Verhältnis des Vertreters zu den Gläubigern ist die Tätigkeit des Vertreters als eine Geschäftsbesorgung aufzufassen. Ob er dazu verpflichtet ist oder die Vertretung einseitig niederlegen kann, bestimmt sich nach dem der Bestellung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft (z. B. Auftrag: §§ 662 ff.; Dienst- oder Werkvertrag: § 675). Die Gläubiger werden nach Maßgabe dieses Rechtsgeschäfts die Geschäftsbesorgung vom Vertreter auch dann verlangen können, wenn der Eigentümer den Vertreter einseitig bestellt hat (§ 328; RGZ 45, 274). Regelmäßig entspricht überhaupt dem Recht des Vertreters, die ihm übertragenen Befugnisse für die Gläubiger wahrzunehmen, auch die Pflicht, von den Befugnissen im Interesse der Gläubiger, soweit erforderlich, Gebrauch zu machen (z. B. Überwachung gehöriger Eintragung). Das gilt namentlich dann, wenn den Gläubigern die eigene Wahrnehmung ihrer Rechte nicht möglich ist (RG 90, 214; 117, 374; Warn 1934 Nr 56). Der Vertreter ist aber nicht verpflichtet, im Interesse der Gläubiger einer wirtschaftlich gerechtfertigten Maßnahme zu widersprechen, nur weil sie zum Ausschneiden von Zubehörstücken aus der Hypothekenhaftung gemäß § 1122 Abs 2 führt (RG Warn 1934 Nr 56). Über die Verpflichtung des Vertreters für einen besonderen Fall trifft Abs 2 Bestimmung. Auftraggeber sind der Eigentümer und der oder die Gläubiger. Daher muß eine Kündigung des Auftragsverhältnisses durch den Vertreter beiden, insbesondere jedem einzelnen Gläubiger gegenüber erfolgen (RGZ 45, 274). Die Erklärung der Kündigung gegenüber einer einberufenen Generalversammlung der Gläubiger ist nur dann wirksam, wenn sämtliche Gläubiger erschienen sind (RGZ 45, 274). Die Kündigung an die Gläubiger kann aber durch öffentliche Zustellung (§ 132 Abs 2 BGB; § 206 Abs 2 BPD) bewirkt werden (OLG 20, 423). Die steuerrechtliche Stellung des Vertreters nach § 1189 und der Inhaber der Schuldverschreibungen klärt eine Entscheidung des Reichsfinanzhofs in JW 1937, 2007⁹⁸. — Der durch die Aufsichtsbehörde bestellte Treuhänder der §§ 29ff. HypBankG v. 13. 7. 1899 ist nicht Vertreter der Gläubiger im Sinne des § 1189, sondern Gehilfe der Aufsichtsbehörde (str.; RG 117, 372; OLG 18, 187). Dem auf Antrag des Baugeldgebers vom Amtsgericht bestellten Treuhänder der §§ 35, 36 RGef über die Sicherung der Bauforderungen v. 1. 6. 1909 ist die rechtliche Stellung eines Pflegers beigelegt. Auch ein Gläubigervertreter, der gemäß den §§ 1, 14 des Gesetzes betr. die gemein-

famen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen v. 4. 12. 1899 (in der Fassung der oben erwähnten Nachtragsgesetze) von der Gläubigerversammlung bestellt worden ist, hat eine andere Stellung als der Vertreter des § 1189 (Treuhand). Dieser ist zwar auch Vertreter der Gläubiger, steht aber nach § 1189 Abs 2 zugleich in einem Rechtsverhältnis zum Grundstückseigentümer. Das ist bei jenem Vertreter nicht der Fall. Er wird ohne Zuziehung des Schuldners durch einseitigen Beschluß der Gläubigerversammlung bestellt (RG Warn 1934 Nr 56). Seine Eintragung in das Grundbuch ist im Gesetz nicht vorgesehen und daher auch nicht zulässig (RZA 11, 229). Im übrigen wird seine Rechtsstellung behandelt z. B. in RG 75, 259; 86, 21; 90, 211; RZA 13 S. 21, 101.

2. Die Bestellung des Vertreters betrifft den Inhalt der Hypothek. Daher ist zu ihr gemäß den §§ 873, 1188 bei Inhaberehypotheken die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt genügend, dagegen bei der Drberhypothek die Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger erforderlich (§ 1187 A 1; § 1188 A 1; RGZ 51, 306). Erfolgt die Bestellung der Hypothekbegründung, so handelt es sich um eine Änderung des Inhalts der Hypothek. Deshalb ist nach den §§ 877, 873 stets die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger, bei Inhaberehypotheken mit sämtlichen Gläubigern der Teilschuldverschreibungen notwendig (RZA 6, 162; 11, 229; RGZ 45, 278; RG 90, 217). Die Bestellung ist in diesem Falle auf den dem Grundbuchamt vorzulegenden Urkunden (Schuldverschreibungen) zu vermerken (§ 43 Abs 1 GVB). Der Vertreter erlangt auch ohne seine besondere Zustimmung die Vertretungsmacht. Im Verhältnis zu den Gläubigern und zum Eigentümer bestimmt sich seine Berechtigung und Verpflichtung zur Vertretung nach dem Inhalt der die Übernahme der Vertretung festlegenden Vereinbarungen (A 1). Dies alles gilt auch dann, wenn zum Erfaß eines abgerufenen oder aus einem anderen Grunde weggefallenen Vertreters ein anderer Vertreter bestellt wird, da es sich dabei auch um die nachträgliche Bestellung dieses Vertreters handelt (RGZ 45, 279). Jedoch kann bei der Bestellung eines Vertreters sogleich für den Fall seines Wegfalls ein Nachfolger bestimmt oder in anderer Weise für die Berufung eines Nachfolgers Vororge getroffen, z. B. die Ernennung eines Nachfolgers einer unbeteiligten dritten Stelle übertragen werden (RGZ 51, 307). Auch ist es nicht unzulässig, dem Vertreter bei seiner Bestellung das Recht zu verleihen, sich selbst einen Nachfolger zu bestimmen oder die ihm erteilte Vertretungsmacht auf einen anderen zu übertragen. Denn dadurch werden die Grenzen der im Abs 1 Satz 1 zugelassenen Gewährung von Befugnissen nicht überschritten; vielmehr bleibt die Vertretungsmacht des Nachfolgers die gleiche wie die seines Vorgängers (RGZ 51, 304). Ohne eine solche rechtsgeschäftliche Ermächtigung steht dem Vertreter, der aus persönlichem Vertrauen bestellt worden ist, die Befugnis zur Ernennung eines Nachfolgers nicht zu (RGZ 45, 282). Deshalb ist regelmäßig auch dann, wenn eine Aktiengesellschaft zum Vertreter bestellt ist und demnächst ihr Vermögen ohne Abwicklung (§§ 233 ff. AktG, früher § 306 HGB) auf eine andere Aktiengesellschaft übertragen wird, die übernehmende Aktiengesellschaft trotz der Vermögensverschmelzung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nicht berechtigt, die Vertreterrechte auszuüben (DVG 34, 217). Ausnahmeweise kann aber eine abweichende Beurteilung aus den besonderen Umständen des Einzelfalles sich ergeben (DZMpr 1933 Nr. 153). Nach RG 150, 289 soll sogar regelmäßig als Wille der Beteiligten anzunehmen sein, daß beim Vermögensübergang im Wege der Verschmelzung die Vertreterstellung auf die übernehmende Gesellschaft übergehen soll, eine Entscheidung, gegen die sich weniger von der rechtlichen als von der wirtschaftlichen Seite her vielleicht doch Bedenken erheben lassen. War die Hypothek (Grundschuld) für die übernommene Aktiengesellschaft so bestellt, daß diese nicht Vertreterin anderer jeweiliger Gläubiger, sondern Selbstgläubigerin, wenn auch zu treuen Händen, wurde, so liegt ein Fall des § 1189 überhaupt nicht vor (RGZ 7, 299). Bei Inhaberehypotheken ist die Versammlung der Gläubiger der Teilschuldverschreibungen zur Bestellung eines neuen „Treuhanders“ (Vertreters) im Sinne des § 1189 nicht befugt, da grundsätzlich jeder Gläubiger für sich allein bei der nachträglichen Bestellung eines solchen neuen Vertreters mitzuwirken hat (RGZ 45, 280). Dagegen ist durch § 16 Abs 3 RGes v. 4. 12. 1899 (in der Fassung der in A 1 erwähnten Nachtragsgesetze) für den Fall, daß eine Mitwirkung der Gläubiger von Schuldverschreibungen erforderlich ist, um an Stelle eines weggefallenen Vertreters nach den §§ 1, 14 dieses Gesetzes einen neuen Vertreter zu bestellen, zur Erleichterung bestimmt, daß eine Mehrheit der Gläubigerversammlung von mindestens $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen mit verbindlicher Kraft für alle Gläubiger über die Bestellung beschließen kann. Ferner kann nach § 16 Abs 4 auf Antrag einer bestimmten Anzahl von Gläubigern beim Vorliegen eines wichtigen Grundes das Amtsgericht an Stelle eines solchen weggefallenen Vertreters einen neuen Vertreter bestellen. — Bei der zur Bestellung des Vertreters nach § 1189 erforderlichen Eintragung in das Grundbuch ist im Eintragungsbemerk die Bestellung und der Name des Vertreters anzugeben sowie deutlich erkennbar zu machen, daß der Eingetragene nicht selbst Gläubiger, sondern nur „Treuhand“ und Vertreter für die Teilschuldverschreibungsgläubiger ist (RG 113, 231). Auch die dem Vertreter gewährten Vertretungsbefugnisse sind einzutragen, da sie der Bestellung erst ihren Inhalt geben, so daß ohne ihre Eintragung die Bestellung wirkungslos ist (RZA 15, 131; DVG 41, 182). Jedoch genügt insoweit gemäß § 874 eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (DVG 41, 182).

Zur Vornahme der Eintragung bietet formellrechtlich gemäß § 19 GBD die einseitige, in der Form des § 29 GBD abgegebene Eintragungsbewilligung des Eigentümers die gehörige Grundlage. Wird jedoch erst nachträglich ein Vertreter bestellt, so bedarf es auch der Bewilligung des Gläubigers oder sämtlicher Gläubiger der Teilschuldverschreibungen, da auch ihr Recht durch die Inhaltsänderung im Sinne des § 19 GBD betroffen wird (RGZ 45, 279). Der neu gewählte Vertreter kann nicht selbst seine Eintragung herbeiführen, da seine Vertretungsbefugnis erst mit der Eintragung beginnt (str.; RM 11, 229). Als Vertreter (für die späteren Gläubiger) kann auch der erste Hypothekengläubiger bestellt werden (RM 6, 163). Unzulässig ist die Eintragung einer Hypothek für den „Treuhänder“ nicht bezeichneter Gläubiger von Forderungen, die nicht unter § 1187 fallen (OLG 18, 186).

3. Abs 2 erklärt ohne Rücksicht auf das der Bestellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis (M 1) aus praktischen Gründen (Prot 3, 676) den Eigentümer, und zwar den jeweiligen Eigentümer, nicht bloß den Besteller des Vertreters (Prot 3, 676), für berechtigt, vom dem Vertreter die Vornahme von Verfügungen, zu denen er befugt ist, zu verlangen (nötigenfalls im Wege der Klage), wenn die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen die Verfügung vom Gläubiger selbst verlangt werden könnte (z. B. Entlassung eines Trennstücks aus der Pfandhaft).

§ 1190

Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird¹⁾. Der Höchstbetrag muß in das Grundbuch eingetragen werden²⁾.

Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet³⁾.

Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist⁴⁾.

Die Forderung kann nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden. Wird sie nach diesen Vorschriften übertragen, so ist der Übergang der Hypothek ausgeschlossen⁵⁾.

§ I 1129 II 1096; W 3 797; B 3 688; G 259.

1. Die Höchstbetragshypothek ist eine Sicherungshypothek, auf welche die §§ 1184ff. Anwendung finden, mit der Besonderheit, daß bei der Bestellung nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück für die gesicherte Forderung haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Die Frage, ob bei der Aufwertung einer Höchstbetragshypothek eine im Sinne der §§ 9, 10 Abs 1 Nr 6 AufwG durch Sicherungshypothek gesicherte Forderung anzunehmen ist, wenn noch nicht feststeht, welche bestimmten Forderungen durch die Höchstbetragshypothek gesichert werden sollen, ist in RG 120, 402 erörtert. Den Fall einer Höchstbetragshypothek für alle Forderungen aus einem 1910 begonnenen und bis 1930 ununterbrochen fortgesetzten Kontoforrent behandelt RG 136, 87. Die zur Bestellung der Höchstbetragshypothek erforderliche Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger muß enthalten die Bestimmung des Höchstbetrags der Haftung und einen Vorbehalt für die Feststellung der Forderung im übrigen. Nach der allgemeinen Fassung des Gesetzes kann der Vorbehalt sich nicht nur auf den Betrag der Forderung, sondern auch auf alle ihre sonstigen Merkmale, mit Ausnahme der Person des Gläubigers, beziehen (RGZ 23 A 239; 35 A 284). Während also bei der gewöhnlichen Sicherungshypothek die gesicherte Forderung nach Betrag und Grund bestimmt sein muß, genügt (ist aber in der Regel auch das Mindestfordernis: RGZ 46, 180; OLG 26, 198) bei der Höchstbetragshypothek eine allgemeine Bezeichnung des Rechtsgrundes der zu sichernden noch ungewissen Forderung des Gläubigers in der Weise, daß die Feststellung, welche zur Entziehung gelangten Forderungen in den Kreis der Sicherung fallen, bis zum Höchstbetrag der Grundstückshaftung stattfinden kann (RG 55, 274; 65, 366; RGZ 35 A 284; 46, 180; OLG 34 S. 217, 238). Wenn eine Hypothek allgemein für Forderungen aus einem Geschäfts- und Wechselverkehr bestellt ist, so ist anzunehmen, daß die Feststellung der Forderung vorbehalten und die Hypothek eine Höchstbetragshypothek sein soll, auch wenn sie als solche nicht bezeichnet ist (RGZ 43, 238). Besonders eignet sich die Höchstbetragshypothek zur Sicherung für Forderungen, die aus einer dauernden Geschäftsverbindung, einem eröffneten Kredit (z. B. zur Bebauung des Grundstücks), aus einer Vermögensverwaltung oder ähnlichen Verhältnissen zwischen den Beteiligten künftig entstehen können (RG 51, 115; 55, 221; 61, 37; Gruch 48, 606; 52, 1068; RGZ 43, 238). Weiter wird sie verwendet zur Sicherstellung von Vertragsstrafen und Ersatzansprüchen für den Fall der Nichterfüllung eines Vertrags (RG 55, 274) oder von Ansprüchen auf Nebenleistungen jeder Art, die sich aus einer bestimmten durch anderweitige Hypothek gesicherten Hauptforderung ergeben (OLG 26, 197). Die Hypothek kann aber auch für alle gegen-

wärtigen und künftigen Forderungen des Gläubigers gegen den Besteller oder auch gegen einen Dritten ohne eine weitere Begrenzung und ohne Angabe eines Schuldarundes (A 2) bestellt werden (RG 62, 168; 75, 247; JW 1907, 513¹³; Warn 1930 Nr 164; RGZ 35 A 284; 45, 286; 46, 180; 47, 199; DLG 14, 126; 26, 197). Dies ist sogar der im Rechtsverkehr gebräuchlichste Anwendungsfall der Höchstbetragshypothek. Wenn zu einem Kreis gesicherter Forderungen auch eine Forderung gehört, deren Betrag als schon feststehend hingestellt ist, so kann eine den Betrag dieser Forderung übersteigende Höchstbetragshypothek eingetragen werden (RG 126, 276). Dagegen könnte, da die Unbestimmtheit der zu sichernden Forderung Wesensmerkmal der Höchstbetragshypothek ist und deshalb auch nach § 1190 Abs 2 Zinsen in den Höchstbetrag einzurechnen sind, für eine Einzelforderung, die bereits nach Grund und Betrag feststeht, eine Höchstbetragshypothek nur dann eingetragen werden, wenn in der Eintragungsbewilligung die Forderung als noch unbestimmt hingestellt würde (RG 7, 365; a. M. RGZ 34 A 320). Ebenso kann wegen der Ansprüche aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft für eine nach Grund und Betrag bestimmte Forderung keine Höchstbetragshypothek, sondern nur eine gewöhnliche Hypothek eingetragen werden (RG 11, 258; a. M. die Bemerkungen zu JW 1934, 1794¹⁴). Eine zur Eintragung einer Höchstbetragshypothek ausreichende Unbestimmtheit der Forderung liegt aber auch schon dann vor, wenn nur die nach Abs 2 einzurechnende Zinsforderung oder eine andere mitzuzichernde Nebenforderung, nicht die Höhe des Kapitals unbestimmt ist und späterer Feststellung vorbehalten wird (HR 1933 Nr 202, 1759). Wenn jedoch die Feststellung der Forderung überhaupt nicht vorbehalten, sondern die Forderung als eine in Höhe des angegebenen Betrags von vornherein feststehende eingetragen worden ist, handelt es sich in Wirklichkeit nicht um eine Höchstbetragshypothek, sondern um eine Verkehrshypothek oder eine gewöhnliche Sicherungshypothek (RG Bruch 52, 1069; Warn 1914 Nr 291; RGZ 51, 290; DLG 29, 373). Entscheidend für die Rechtsnatur der Hypothek ist aber stets die gewählte Art der Eintragung. Aus § 1190 darf nicht gefolgert werden, daß zur Sicherung einer noch unbestimmten Forderung (z. B. aus einem Kontokorrent oder einer laufenden Rechnung) nicht auch eine Verkehrshypothek bestellt werden könnte (RG HR 1934 Nr 808; DRZMpr 1935 Nr 636). — Unzulässig ist die Bestellung einer (ungeteilten) Höchstbetragshypothek für verschiedene Forderungen, die je einem andern Gläubiger zustehen (§ 1113 A 3), ein Fall, der aber dann nicht vorliegt, wenn die einheitliche Hypothek neben eigenen Forderungen des Gläubigers, die ihm auch wirtschaftlich zustehen, solche mit sichert, die, aus dem wirtschaftlichen Herrschaftsbereich eines andern stammend, ihm nur zu treuen Händen übertragen sind (RG 10. 11. 1934 V 221/34). Die Frage, ob eine Höchstbetragshypothek für mehrere Forderungen gegen verschiedene, nicht in einer Verpflichtungsgemeinschaft stehende Schuldner eingetragen werden darf und ob, wenn dies verneint wird, die dennoch erfolgte Eintragung gültig ist, wird erörtert in § 1113 A 5; DLG 45, 238 (Höchstbetragshypothek für Ansprüche gegen mehrere Bürgen); NZA 12, 159 (wo die Eintragung einer Höchstbetragshypothek für die Forderungen des Gläubigers gegen den Besteller der Hypothek und dessen allgemeine Rechtsnachfolger oder den Nachfolger im Eigentum des verpfändeten Grundstücks aus dem fortgesetzten Kreditverhältnis für zulässig erachtet wird, weil unklare Verhältnisse dadurch nicht geschaffen würden). Ferner kann eine Höchstbetragshypothek nicht zunächst für den einen und dann für den andern Gläubiger bestellt werden (§ 1113 A 3). Zulässig ist aber die Bestellung in der Weise, daß die eine oder die andere Forderung (z. B. ein Bereicherungsanspruch, wenn die erste Forderung nichtig sei) desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner gesichert sein soll (RG JW 1911, 653²⁸; § 1113 A 5). Über mehrere Höchstbetragshypotheken für je einen Teil des Kreises der gesicherten Forderungen sowie über eine Einzel-Höchstbetragshypothek für den Betrag des Forderungskreises, der sich als durch eine andere Höchstbetragshypothek nicht gedeckt ergeben würde, ist in § 1113 A 2, 5 das Erforderliche gesagt. Von dem dort dargelegten Grundsatz aus, daß die Eintragung mehrerer selbständiger Einzelhypotheken für dieselbe Forderung unzulässig ist, daß vielmehr verschiedenen Hypotheken nur verschiedene Forderungen oder verschiedene bestimmt abgegrenzte Teile einer Forderung zugrunde liegen können, kann die Bestellung mehrerer Einzelhöchstbetragshypotheken für Forderungen aus demselben Forderungskreis an demselben oder an mehreren Grundstücken der erforderlichen Deutlichkeit wegen regelmäßig nur in der Weise erfolgen, daß die zweiten oder dritten Hypotheken für einen den Betrag der ersten oder die Beträge der ersten und zweiten Hypothek übersteigenden Betrag bis zu einem Höchstbetrag bestehen (DLG 43, 15; RGZ 4, 422). Ist für einen Gläubiger eine Höchstbetragshypothek von 60 000 RM und demnächst eine zweite Höchstbetragshypothek von 10 000 RM an demselben Grundstück bestellt worden, so fragt es sich, ob die zweite Hypothek nur den die erste Hypothek übersteigenden Forderungsbetrag sichern oder ob sie zugleich auch bedingt den Gläubiger wegen des Ausfalls sichern soll, den die erste Hypothek im Falle der Zwangsversteigerung etwa erleidet. Die Frage ist nach dem Inhalt des Eintragungsvermerks und der Eintragungsbewilligung zu entscheiden. Wenn die Hypotheken an verschiedenen Grundstücken bestellt sind, so wird in der Regel das erstere anzunehmen sein (RG 134, 221). Im Falle der Erhöhung des Höchstbetrags soll nicht eine zweite Hypothek an demselben Grundstück, sondern die Erhöhung bei der ersten Hypothek eingetragen werden; die trotzdem bewirkte Eintragung einer zweiten Hypothek ist aber nur formellrechtlich fehlerhaft, nicht materiellechtlich unwirksam (§ 1113

U 5). Zulässig ist die Bestellung einer Höchstbetragshypothek an mehreren Grundstücken für dieselbe Forderung, so daß eine Gesamthypothek entsteht. Es kann aber auch für einzelne Forderungen oder für einen Kreis von Forderungen je eine Höchstbetragshypothek an mehreren Grundstücken in der Weise bestellt werden, daß dem Gläubiger vorbehalten wird, seinerzeit nach seinem Ermessen zu bestimmen, an welches Grundstück er sich halten und in welchem Umfang der Forderung er seine Befriedigung aus dem einen oder dem andern Grundstück erlangen will (RG 131, 23). Denn hierbei wird keine Forderung durch mehrere Einzelhypotheken gesichert, sondern jede einzelne Forderung wird nur durch eine einzige, vom Gläubiger seinerzeit zu bestimmende Hypothek gedeckt. Zulässig ist auch die Bestellung einer Höchstbetragshypothek für einen bereits durch eine Grundschuld gesicherten Forderungskreis (§ 1113 U 5; RG 132, 136). — Die Höchstbetragshypothek sollte nach der früher herrschenden Meinung von vornherein dem Gläubiger als wirkliche Hypothek zustehen, auch wenn die gesicherte Forderung noch nicht zur Entstehung gelangt wäre. Erst wenn bei der späteren Feststellung nach Maßgabe des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses sich ergebe, daß gesicherte Forderungen nicht mehr entstehen könnten und die entstandenen den eingetragenen Höchstbetrag nicht erreichten, sollte die Hypothek, soweit der Höchstbetrag durch die entstandenen Forderungen nicht ausgefüllt werde, gemäß § 1163 Abs 1 Satz 1 auf den Eigentümer übergehen (RG 51, 117; 55, 221; 61, 41; Gruch 48, 606; 52, 1070; RZ 4, 242; 5, 272; 9, 65; 11, 56; DLG 4 S. 74, 377; 11, 210; 16, 329; 26, 198). Zutreffend ist jedoch die nunmehr überwiegende, jezt auch vom Reichsgericht stänbig geteilte gegenteilige Ansicht (RG 75, 250; 78, 409; 97, 226; 125, 136; RZ 1912 S. 297¹⁷, 402²⁴; Gruch 58 S. 669, 833; Warn 1917 Nr 272; RGZ 45, 290; 49, 225). Danach steht eine Höchstbetragshypothek, die dem Gläubiger für seine gegen den Eigentümer künftig entstehenden Forderungen bestellt ist, ebenso wie jede andere Hypothek für eine künftige Forderung (§ 1113 U 7) zunächst gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 als vorläufige, durch die Entstehung der Forderungen auflösend bedingte Grundschuld dem Eigentümer zu und wird vom Gläubiger als Hypothek erst dann erlangt, wenn und soweit eine Forderung zur Entstehung gelangt ist. Vorher kann eine Hypothek wegen Fehlens einer Forderung für den Gläubiger nicht bestehen. Andererseits aber hat der Eigentümer die Grundschuld nicht von vornherein als unbedingtes Recht in seinem Vermögen. Vielmehr ist sein Erwerb an der Grundschuld auflösend bedingt: Entstehen während der Dauer des Rechtsverhältnisses, das die Grundlage der hypothekarischen Sicherung bildet, und bis zur vorbehaltenen Feststellung Forderungen der vorgesehenen Art, so geht die Grundschuld als Hypothek für diese Forderungen auf den Gläubiger über. Dies folgt daraus, daß der Vorbehalt der Feststellung der Forderung zum Wesen der Höchstbetragshypothek gehört. Erst wenn diese Feststellung getroffen wird und sich dabei ergibt, daß eine den Höchstbetrag erreichende Forderung weder entstanden ist noch (z. B. wegen Aufhörens des Rechtsverhältnisses) entstehen kann, steht dem Eigentümer, soweit die entstandenen Forderungen den Höchstbetrag nicht anfüllen, eine endgültige, unbedingte, voll wirksame Grundschuld zu (RG 97, 226; 120, 110; 125, 136; Gruch 58, 670; Warn 1914 Nr 21, 322; 1917 Nr 272; 1934 Nr 38; SeuffA 74 Nr 162; RGZ 45, 290; 49, 225; JZ 2, 442). Damit ist übrigens, wenn die Höchstbetragshypothek mit einer Lösungs Vormerkung nach § 1179 (z. B. zugunsten eines nachstehenden Hypothekengläubigers) belastet ist, auch der Augenblick gekommen, in dem der Vormerkungsberechtigte zur Ausübung seines Rechts befugt ist. Denn nunmehr ist der Eigentümer zur Löschung der auf ihn als Grundschuld übergegangenene Hypothek berechtigt und wegen der Vormerkung dem Vormerkungsberechtigten gegenüber auch verpflichtet (RG 125, 136; § 1179 U 6). — Wenn in der Zwischenzeit bis zur Feststellung ein Eigentumswechsel eingetreten ist, erlangt nicht der Eigentümer zur Zeit der Feststellung die Grundschuld (soweit das Nichtbestehen der Forderung festgestellt wird). Vielmehr verbleibt die Grundschuld wegen des Ausfalls der auflösenden Bedingung dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung der Hypothek endgültig; er muß aber wegen des Vorbehalts der Feststellung auch die erst nach seiner Bestzeit entstandenen Forderungen des Gläubigers als unter die Hypothek fallend gegen sich gelten lassen (RG 49, 162; 55, 217; 62, 168; Warn 1917 Nr 272; DLG 16, 333; 26, 199; 31, 356; 41, 184; JZ 2, 443; § 1163 U 4). Übrigens erachtete auch schon die früher herrschende Meinung den Eigentümer zur Zeit der Bestellung als den Grundschuldgläubiger (RG 49, 165; 51, 117; 55, 222; 62, 168; DLG 16, 333), obwohl sich dies nicht rechtfertigen ließ, wenn angenommen wurde, daß erst durch die Feststellung die Voraussetzung für die Entstehung der Eigentümergrundschuld geschaffen würde. Der Fall des Erlöschens der entstandenen Forderung nach einem Eigentumswechsel ist unten erörtert. Die Beweislast im Rechtsstreit, in dem der Eigentümer wegen Nichtentstehung der Forderung auf Grundbuchberichtigung (§ 894) klagt, ergibt sich aus den §§ 894 U 5, 1184 U 3. Auch diese Anmerkung kommt weiter unten noch darauf zurück. In der Zwangsversteigerung kann der Eigentümer zur Zeit der Hypothekbestellung wegen der bestehenden Eigentümergrundschuld ebenso wie sonst wegen einer Eigentümergrundschuld Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse verlangen. Die nachstehenden Berechtigten haben keinen Anspruch auf den der Grundschuld gebührenden Erlösteil (RG 55, 222; 62, 168; Warn 1914 Nr 21). Soweit der Gläubiger den auf die Hypothek entfallenden Erlös wegen der Nichtentstehung einer Forderung oder wegen des Erlöschens der entstandenen Forderung

nicht für sich beansprucht, fällt der Erlös auf Grund der endgültig bestehenden Eigentümergrundschuld dem Eigentümer zu (RG 55, 219). Das gleiche gilt aber auch, soweit der Gläubiger nicht durch Anerkennung des Schuldners oder Urteil nachweisen kann, daß eine Forderung entstanden ist. Mit dem Verteilungstermin endigt die Möglichkeit, daß noch neue Forderungen entstehen (unten). — Verfügungen des Eigentümers über die Eigentümergrundschuld oder Pfändungen der Grundschuld durch seine Gläubiger sind an sich schon vor der Feststellung zulässig insoweit, als nachgewiesen werden kann, daß die zur Zeit entstandenen Forderungen den Höchstbetrag nicht erreichen; auch ihrer Eintragung steht grundsätzlich nichts im Wege (str.; RZL 2, 199, a. M. RZL 5, 271). Doch muß der Eigentümer zuvor gemäß der Ordnungsvorschrift des § 39 BGB als Gläubiger der ihm auflösend bedingt zustehenden Eigentümergrundschuld eingetragen werden (§ 1163 Abs. 3). Wenn demnächst aber aus dem Rechtsverhältnis neue Forderungen entstehen, so sind die Verfügungen und Pfändungen unwirksam, soweit nicht noch ein ungedeckter Teil des Höchstbetrags übrigbleibt. Denn die Erwerber können durch die Verfügungen und die Pfändungen nicht mehr Rechte erlangen, als dem Eigentümer zustanden (§ 161; Seuffl. 66, 277; RZL 5, 270; DZG 4 S. 74, 194). Das Reichsgericht erachtet die Pfändung der vorläufigen Eigentümergrundschuld auch an sich für zulässig, erklärt aber die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch für unstatthaft (RG 75, 250; 97, 226; 120, 111; JW 1912, 297¹⁷; 1935, 2554²; Warn 1929 Nr 151; vgl. jedoch bezüglich der Zulässigkeit der Pfändung Gruch 48, 607). Dabei stellt es die vorläufige Eigentümergrundschuld gleich einer etwa künftig aus einer Gläubigerhypothek entstehenden Eigentümergrundschuld, indem es auf die Entscheidungen Bezug nimmt, welche die Pfändung solcher künftigen Eigentümergrundschulden für zulässig, dagegen die Eintragung der Pfändung für unstatthaft erklären. Diese Entscheidungen sind in § 1163 Abs. 3 zusammengestellt. Wie dort bereits dargelegt ist, besteht aber ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Eigentümergrundschulden, den auch das Reichsgericht jetzt nachdrücklich betont (RG Warn 1934 Nr 38): Ob bei der für eine bestehende Forderung bestellten Hypothek künftig eine Eigentümergrundschuld entstehen und welchem Eigentümer sie zustehen wird, ist ungewiß; die vorläufige Eigentümergrundschuld bei der für eine künftige Forderung bestellten Höchstbetragshypothek dagegen ist eine auflösend bedingte Grundschuld, die dem gegenwärtigen Eigentümer zusteht. Für diese Eigentümergrundschuld und nur für sie gilt das vorher Dargelegte. Die Eintragung ist zur Entziehung des Pfändungspfandrechts gemäß den §§ 830, 857 Abs. 6 BPD erforderlich (RG 76, 233; 97, 228). Daraus folgt: Wird die auflösend bedingte Eigentümergrundschuld zunächst für A und dann für B gepfändet, wird aber demnächst nach erfolgter Feststellung der Nichtentstehung der gesicherten Forderung die Pfändung der nunmehr endgültigen Eigentümergrundschuld zuerst für B und später für A eingetragen, so hat das Pfändungspfandrecht des B das Vorrecht vor dem des A. In RG 97, 223 ist jedoch dem A das Vorrecht zugesprochen mit der Begründung, der Pfändungsbeschluss enthalte zugleich ein Verfügungsverbot; dieses trete rückwirkend (§ 161 BGB) bis zum Zeitpunkt der Pfändung durch die Eintragung in Kraft. Wäre dies zutreffend, so müßte ein vor den beiden Pfändungseintragungen erfolgter rechtsgeschäftlicher Erwerb an der Eigentümergrundschuld gemäß § 892 Abs. 1 Satz 2 den beiden Pfändungen weichen, wenn dem Erwerber zur Zeit des Erwerbs die beiden Pfändungsbeschlüsse bekannt gewesen wären. Dies ist aber aus dem von der Entscheidung herangezogenen § 830 Abs. 2 BPD, der nur eine Sonderbestimmung über die Rückwirkung gegenüber dem Drittschuldner (Gläubiger und Schuldner der Grundschuld ist hier übrigens ein und dieselbe Person) enthält, nicht zu folgern (RG 76, 233). Vielmehr ist das Verfügungsverbot ein Bestandteil der Pfändung; ebenso wie diese erlangt es erst Wirksamkeit mit der Eintragung. Übrigens wäre im Falle des Konkurses über das Vermögen des Grundstückseigentümers das Verfügungsverbot gemäß § 13 RD den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; dem Pfändungsgläubiger, der die Eintragung der Pfändung nicht erlangt hätte, könnte also ein Absonderungsrecht (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 RD) nicht zustehen. Der besprochenen Entscheidung ist jedoch im Ergebnis deswegen beizutreten, weil damals vor der Eintragung der Pfändung für B ein durch einstweilige Verfügung erlassenes Verfügungsverbot zugunsten des A eingetragen worden war. — Zahlungen des persönlichen Schuldners auf entstandene Forderungen bewirken nicht immer, daß die Hypothek des Gläubigers gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2 zur Eigentümergrundschuld wird. Übersteigen z. B. die Forderungen den Höchstbetrag in dem Maße, daß nach Abzug der Zahlungen noch ein den Höchstbetrag mindestens bedeckender Betrag übrigbleibt, so wird die Hypothek des Gläubigers in ihrem Fortbestand durch die Zahlungen nicht berührt, weil das Grundstück bis zum Höchstbetrag für alle Forderungen aus dem Rechtsverhältnis haftet. Anders liegt die Sache nur dann, wenn die Anrechnung der Zahlung gerade auf den Höchstbetrag vereinbart wird (RG 56, 323; RZL 2, 200; dazu auch RG 123, 151 über die Ablösung einer nach dem AufwG aufgewerteten Höchstbetragshypothek mit ihrem Aufwertungsbeitrag). Aber auch wenn und soweit infolge der Zahlungen die Forderungen unter den Höchstbetrag herabsinken, erlangt der Eigentümer noch nicht in allen Fällen eine unbedingte Eigentümergrundschuld. Vielmehr steht der Erwerb der Grundschuld, falls das der Hypothek zugrunde liegende Rechtsverhältnis noch nicht beendet ist, auch hier unter der Bedingung, daß nicht noch bis zur Beendigung des Rechtsverhältnisses weitere Forderungen entstehen und bei der endgültigen Abrechnung als ge-

sicherte festgestellt werden (**RG** JW 1902 Weil 203; **RZM** 2, 200; **DZG** 31, 356). Wird das bei der abschließenden Abrechnung festgestellte Schlußguthaben (Saldo) gezahlt, so wird eine endgültige Eigentümergrundschuld erworben (**RG** 2, 445). Hat seit der Bestellung der Hypothek ein Eigentumswechsel stattgefunden, so erlangt hier nicht der Eigentümer zur Zeit der Bestellung der Hypothek, sondern der Eigentümer zur Zeit der Zahlung gemäß den §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 wie bei einer anderen Hypothek die Grundschuld (§ 1163 Abs 1; **RG** Gruch 58, 670). Dasselbe gilt in anderen Fällen des Erlöschens der entstandenen Forderung. Bei der Höchstbetragshypothek ist also zwischen der vorläufigen Eigentümergrundschuld, die bis zur Entstehung der Forderung nach § 1163 Abs 1 Satz 1 besteht, und der Eigentümergrundschuld, die durch das nachträgliche Erlöschen der gesicherten Forderung nach § 1163 Abs 1 Satz 2 zu Stande kommt, wohl zu unterscheiden. Bei der zuletzt genannten Grundschuld handelt es sich nicht mehr um die ursprüngliche, vorläufige Eigentümergrundschuld, sondern um den Übergang einer Fremdhypothek auf den Eigentümer. Dieser Unterschied kann namentlich für die Rangverhältnisse von Bedeutung sein. Er darf nicht schon deshalb außer acht gelassen werden, weil der Eigentümer auch die nach § 1163 Abs 1 Satz 2 anfallende Grundschuld solange nicht in Anspruch nehmen kann, sondern zur Verfügung des Buchgläubigers der Höchstbetragshypothek halten muß, als das gesicherte Kreditverhältnis noch nicht beendet ist (**RG** Warn 1934 Nr 38). Aus diesen materiellrechtlichen Grundfakten folgt für das formelle Grundbuchrecht: Zur Löschung einer Höchstbetragshypothek für Ansprüche aus einer Geschäftsverbindung reicht im Falle des Eigentumswechsels seit der Hypothekbestellung die Löschungsbewilligung des Gläubigers für sich allein (neben der Zustimmung des gegenwärtigen Eigentümers nach § 27 Abs 1 **GBD**) nur dann aus, wenn die Entstehung der durch die Hypothek gesicherten Forderungen bis zur vollen Höhe des Höchstbetrags durch abschließende Abrechnung festgestellt ist und dem Grundbuchamt nachgewiesen wird. Andernfalls bedarf es auch der Bewilligung desjenigen, der seinerzeit als Eigentümer die Hypothek bestellt hat, da er wegen der ihm möglicherweise zustehenden auflösend bedingten Grundschuld ebenfalls als durch die Löschung Betroffener im Sinne des § 19 **GBD** anzusehen ist (**RG** 2, 441). Entsprechendes gilt, wenn der zahlende Schuldner vom Eigentümer verschieden ist und von diesem Ersatz verlangen kann, für den Erwerb einer Erbschaftshypothek gemäß § 1164. Wenn dagegen der vom persönlichen Schuldner verschiedene Eigentümer nach Entstehung einer Forderung den Gläubiger gemäß § 1142 zum Teil befriedigt, so erwirbt er hier ebenso wie bei einer andern Hypothek nach den §§ 1143, 401, 412, 1153 den bezahlten Teil der Forderung nebst der Hypothek (**DZG** 31, 356). Erfolgt die Befriedigung wegen der entstandenen Teilforderung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung, so erlischt die Hypothek gemäß § 1181 in Höhe des Teiles, so daß ein Übergang auf den Eigentümer nicht stattfindet (wegen der Gesamthypothek vgl. § 1182). — Der Umfang der dinglichen Haftung bestimmt sich endgültig nach der Sachlage bei der Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses oder bei der sonstigen Abrechnung der Beteiligten. Die Feststellung des Betrags der gesicherten Forderung, die außerhalb des Grundbuchs gemäß den §§ 781, 782 durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem persönlichen Schuldner oder durch Urteil bewirkt wird (**RZM** 9, 64; **DZG** 18, 184; 20 S. 388, 415), hat aber keine dingliche Wirkung und führt eine Änderung des ohnehin bestehenden Rechtszustandes der Hypothek nicht herbei. Die Erhebung der dinglichen oder persönlichen Klage ist von einer solchen Feststellung nicht abhängig. Klagt der Grundstückseigentümer gegen den Gläubiger auf Löschungsbewilligung wegen Nichtentstehung der Forderung, so liegt die Beweislast für die Entstehung der Forderung beim Beklagten (§ 894 Abs 5). Wenn der Gläubiger das dingliche Recht aus der Hypothek gegen den vom persönlichen Schuldner verschiedenen Eigentümer geltend macht, so muß er trotz einer zwischen ihm und dem persönlichen Schuldner getroffenen Feststellung die Entstehung der Forderung beim Bestreiten des Eigentümers beweisen. In der Regel wird aber der Vertrag oder ein gegen den Schuldner ergangenes Urteil auf Zahlung der Forderung genügenden Beweis auch dem Eigentümer gegenüber liefern. Es besteht weder eine Vermutung noch ein allgemeiner Erfahrungssatz dahin, daß eine Höchstbetragshypothek nicht oder doch nicht in voller Höhe durch eine Forderung aufgefüllt und deshalb ganz oder teilweise Eigentümergrundschuld sei (**RG** Seuffl 90 Nr 9). Die Feststellung des Bestehens der gesicherten Forderung zwischen Gläubiger und Eigentümer wirkt nur persönlich. Sie hat ebensowenig wie ein gegen den Eigentümer ergangenes Urteil eine Wirkung gegenüber dem persönlichen Schuldner. Auf Grund dieser Feststellung (Anerkennung des Bestehens der Forderung nach Grund und Betrag oder rechtskräftiges Urteil auf Anerkennung) kann aber die Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine Befruchtungshypothek oder in eine gewöhnliche Sicherungshypothek für einen bestimmten Betrag gemäß § 1186 erfolgen (**RG** 60 S. 243, 262; **RZM** 3, 156; 11, 240; **RGZ** 31 A 339; **DZG** 41, 180; 44, 144). Da die Umwandlung eine Änderung des Inhalts des Rechts bewirkt, ist hierzu ferner die Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger über die Umwandlung und die Eintragung nötig (**RZM** 3, 156; **RGZ** 31 A 337; 46, 233; **DZG** 18, 182; 41, 181). Der Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten bedarf es aber nicht (§ 877 Abs 3). Eine gesetzliche Verpflichtung zur Umwandlung besteht für den Eigentümer allerdings nicht (**RG** 49, 162). Im übrigen ist die Zulässigkeit der Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine

gewöhnliche Sicherungshypothek in § 1186 A 1 behandelt. — Auch § 1180 findet auf die Höchstbetragshypothek Anwendung (RG 60, 262; RZM 7, 232; 11, 241; RGZ 45, 287; 49, 225; DLG 31, 354; 44, 144; § 1180 A 1 a. E.). An die Stelle der ursprünglich gesicherten Forderung kann eine andere dem Betrag nach unbestimmte Forderung nach Maßgabe des § 1180 in der Weise gesetzt werden, daß die Hypothek Höchstbetragshypothek bleibt (RGZ 31 A 339; RZM 7, 232). Es kann aber auch nach Maßgabe des § 1180 und des § 1186 eine neue dem Betrag nach bestimmte Forderung eingesetzt und zugleich die Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Hypothek für diese Forderung umgewandelt werden, und zwar auch für einen anderen Gläubiger (RG 60, 262; RZM 11, 241; RGZ 46, 233). Den Fall, daß vor der Entstehung einer Forderung ein anderes Rechtsverhältnis der Hypothek zugrunde gelegt werden soll, erörtert § 1180 A 1. — Hat sich bei der Beendigung des Rechtsverhältnisses endgültig ergeben, daß dem Eigentümer ein Teil der Hypothek als Grundschuld zusteht, weil die entstandenen Forderungen den Höchstbetrag nicht erreichen oder durch Erlöschen (z. B. durch Zahlung) unter den Höchstbetrag herabgesunken sind, so kann der Eigentümer vom Gläubiger gemäß § 894 die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung des Teils auf seinen Namen verlangen oder auf Grund einer mit dem Gläubiger in der Form des § 29 GBD getroffenen Feststellung die Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBD oder die Löschung des Teils gemäß den §§ 27, 29 GBD herbeiführen (RG 56, 327; 125, 136; DLG 18, 183). Die Grundschuld kann ferner gemäß § 1198 wieder in eine Hypothek umgewandelt werden, bei gleichzeitiger Abtretung des dinglichen Rechts auch für die Forderung eines neuen Gläubigers (RG 125, 140; DLG 31, 355; A 5). Steht bereits fest, daß die gesicherte zukünftige Forderung ganz oder zum Teil nicht zur Entstehung gelangt ist, so hat eine Verzichtserklärung des eingetragenen Gläubigers nicht die Bedeutung des § 1168; vielmehr bedeutet sie nur ein Anerkenntnis des Gläubigers über die Nichtentstehung der Forderung und darüber, daß die auflösend bedingte Eigentümergrundschuld im Umfang des Verzichts endgültig eine unbedingte geworden sei (RG 97, 228). — In der Zwangsversteigerung endet die Möglichkeit, daß neue Forderungen entstehen. Denn nun wird festgesetzt, für welche Forderungen auf Grund der Hypothek Befriedigung aus dem Grundstück gesucht werden kann. Diese Rechtslage tritt aber nicht schon mit der Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens oder mit dem Zuschlag, sondern erst mit dem Verteilungstermin ein (str.; RG 51, 119; 55, 222; 125, 136; Gruch 48, 607; a. M. DLG 31, 194 wonach die Fortdauer des gesicherten Rechtsverhältnisses auch über den Verteilungstermin hinaus möglich sein und im Falle dieser Fortdauer für die später noch entstehenden Forderungen der an die Stelle des Grundstücks getretene Versteigerungserlös, der zu hinterlegen sei, ebenfalls haften soll). Wird, bevor die Hypothek völlig angefüllt ist, der Konkurs über das Vermögen des Eigentümers eröffnet, so kann nach den §§ 6, 7, 15 KO nicht mehr dieser, sondern nur noch der Konkursverwalter, falls er nicht das gesicherte Kreditverhältnis löst, die Hypothek weiter anfüllen (RG 61, 42; RZM 1912, 402²⁴). Der Beschluß in RZM 7, 368 behandelt den Einfluß eines im Vergleichsverfahren (nach der alten VergleichsD v. 5. 7. 1927) über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft bestätigten Vergleichs auf eine den Grundbesitz von Gesellschaftern belastende Höchstbetragshypothek. — Kautionshypotheken des früheren Rechts sind behandelt in RG 48, 48; 49, 162; 51, 398; 52 E. 59, 111, 411; 55, 222; RZM 7, 128. Die frühere Zinsen- und Kostenkautionshypothek in Bayern gilt nach dem Inkrafttreten des BGB und der Anlegung des Grundbuchs gemäß Art 192 GG als Höchstbetragshypothek im Sinne des § 1190 (dazu RG 61, 375; Warn 1915 Nr. 85).

2. Der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, muß bei der Höchstbetragshypothek ebenso wie nach § 1115 der Geldbetrag der Forderung bei einer anderen Hypothek, in einem bestimmten Geldbetrag in das Grundbuch eingetragen werden, widrigenfalls die Hypothek nichtig ist. Aus dem Eintragungsvermerk muß ferner hervorgehen, daß die Feststellung des Betrags der Forderung späterer Zeit vorbehalten bleiben soll (RG HRM 1934 Nr. 814). Bei der Arresthypothek ist gemäß § 932 ZPD der nach § 923 ZPD festgestellte Geldbetrag (durch dessen Hinterlegung die Vollziehung gehemmt wird) als Höchstbetrag zu bezeichnen. Eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nach den §§ 794 Nr. 5, 800 ZPD ist bei der Höchstbetragshypothek nicht zugänglich, weil die Unterwerfung auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück gerichtet sein muß (RZM 2, 203; RGZ 28 A 145; DLG 3, 295; 8, 148; 9, 230; 13, 196; jedoch für eine als bestimmt erachtete Rentenforderung DLG 17, 336). Was den Grund der gesicherten Forderung anlangt, so wird, da § 1190 zur Bestellung einer Höchstbetragshypothek abgesehen von dem Höchstbetrag den Vorbehalt der Feststellung der „Forderung“ verlangt, diese Forderung gemäß § 1115 ebenso wie bei anderen Hypotheken (§ 1113 A 5; § 1115 A 1, 8) im Grundbuch vermerkt werden müssen (str.; RGZ 23 A 239; 35 A 284; auch RG ZB 1907, 513¹³; a. M. DLG 14, 127). Nur ist hier unter „Forderung“ nicht ein bestimmter Anspruch zu verstehen, sondern die Begrenzung für die unter die Sicherung fallenden Forderungen, deren Feststellung vorbehalten wird. Wenn das Grundstück für alle Forderungen des Hypothekgläubigers gegen den Hypothekbesteller bis zum Höchstbetrag haften soll (A 1), so wird sich dies aus der einer verständigen Auslegung nicht unzugänglichen (§ 873 A 7 a) Eintragung des Höchstbetrags von selbst ergeben, so daß es eines weiteren Vermerks,

insbesondere der Angabe eines Schuldgrundes oder des Schuldners, nicht bedarf (**RG** 65, 364; 136, 80; **RGZ** 23 A 239; 35 A 283; 47, 199; **DZG** 26, 197). Soll aber ein anderer als der Besteller der Schuldner sein, so wird dieser im Grundbuch vermerkt werden müssen (**RGZ** 35 A 282; **DZG** 31, 355; § 1113 A 5; auch **RG JW** 1907, 513¹⁹). Läßt die vom Besteller für eine fremde Schuld bestellte Höchstbetragshypothek weder durch den Eintragungsvermerk noch durch die darin in Bezug genommene Eintragungsbewilligung den vom Grundstückseigentümer verschiedenen persönlichen Schuldner bestimmen erkennen, so ist die Höchstbetragshypothek nicht wirksam eingetragen (**RPfRspr** 1936 Nr 324). Wenn der Kreis der zu sichernden Forderungen nach der Vereinbarung der Beteiligten beschränkt, insbesondere bestimmt worden ist, daß die Hypothek nur zur Befriedigung der aus einem bestimmten Rechtsverhältnis oder einer bestimmten Geschäftsverbindung sich ergebenden Forderungen dienen soll, so ist die Ausnahme dieser Begrenzung in das Grundbuch notwendig. Jedoch genügt die Eintragung im Wege der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (**RGZ** 23 A 239; 35 A 285). — Höchstbetragshypotheken für Schuldverschreibungen und Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber erörtert § 1187 A 1.

3. Die **Einrechnung der Zinsen in den Höchstbetrag** schreibt Abs 2 vor, weil der Höchstbetrag sowohl die Kapitalbeträge als auch die Nebenleistungen umfaßt. Aus der Bestimmung folgt: Ist die gesicherte Forderung verzinslich, so ist gleichwohl die im § 1115 vorgeschriebene Angabe des Zinssatzes im Eintragungsvermerk bei der Höchstbetragshypothek ausgeschlossen (**RG** 90, 152; **DZG** 13, 235). Ist trotzdem (z. B. bei einer Arresthypothek: A 2) die Verzinslichkeit eingetragen worden, so ist der Zinsvermerk gemäß § 53 Abs 1 Satz 2 **WBN** von Amts wegen zu löschen (**RZM** 7, 74; **RGZ** 39 A 256). Wenn die Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Sicherungshypothek oder eine Verkehrshypothek in ganzer Höhe umgewandelt wird (A 1) und dabei, was nach § 1119 ohne Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten zulässig ist, auch noch Zinsen bis zu 5% eingetragen werden, so dürfen nur Zinsen vom Tage der Eintragung der Ummandlung ab eingetragen werden (§ 1119 A 1). Wenn das Kreditverhältnis, das durch die Hypothek gesichert werden soll, beendet ist und die entstandenen (Haupt-) Forderungen den eingetragenen Höchstbetrag nicht erreichen, kann immer noch durch die laufenden Zinsen die Hypothek weiter angefüllt werden (**RZM** 15, 318). Aus Abs 2 ist aber nicht zu folgern, daß bei der Höchstbetragshypothek Zinsen die Eigenschaft der Hauptforderung haben. Vielmehr haben sie auch hier die rechtliche Natur von Nebenleistungen der Hauptforderung. Die Bedeutung des Abs 2 ist nur die, daß nicht der Vorbehalt der Feststellung auf das Kapital der Forderung beschränkt sein und daneben das Grundstück über den Höchstbetrag hinaus noch für die Zinsen haften soll (**M** 3, 767; **RG** 90, 152). Unter Zinsen sind nicht nur die vertragsmäßigen, sondern auch solche Zinsen zu verstehen, für die bei anderen Hypotheken das Grundstück nach § 1118 kraft Gesetzes haftet (**M** 3, 767; **RZM** 9, 67). Dagegen bezieht sich die Vorschrift nicht auf die im § 1118 genannten Kosten, so daß die Haftung für diese sich über den Höchstbetrag hinaus erstreckt (**M** 3, 768; **RG** 90, 172). Bei Höchstbetragshypotheken, die der Aufwertung unterliegen, sind die Zinsen, falls die Hypothek bei der Feststellung der nach § 9 **AufwG** aufzuwertenden persönlichen Forderung schon durch die Kapitalforderung allein ausgefüllt wird, nicht frei nach § 242 **WGB** aufzuwerten, sondern nach § 28 **AufwG** zu berechnen (**RG HR** 1932 Nr 1050).

4. Während nach § 1184 Abs 2 eine gewöhnliche Sicherungshypothek ausdrücklich als Sicherungshypothek im Grundbuch bezeichnet werden muß, gilt die Höchstbetragshypothek als **Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist**. Denn aus der Eintragung der Hypothek für den Höchstbetrag ergibt sich von selbst, daß die Hypothek eine Höchstbetrags-, also eine Sicherungshypothek ist. Auch die Bezeichnung als Höchstbetragshypothek ist nicht notwendig. Vielmehr genügt es, wenn der Eintragungsvermerk die Hypothek als Höchstbetragshypothek in anderer Weise erkennbar macht, wenn z. B. neben der Eintragung einer Hypothek für einen Gelbbetrag ersichtlich gemacht ist, daß die Feststellung des Betrags der Forderung einer späteren Zeit vorbehalten sein soll (**RG Gruch** 52, 1069). Die Möglichkeit des Vorbehalts bezieht sich aber nicht auf die Person des Gläubigers der Forderung; dieser muß dieselbe Person wie der eingetragene Berechtigte sein (**RGZ** 35 A 284; **DZG** 18, 186). — Zulässig ist auch die Bestellung einer Hypothek in der Weise, daß ihre Eintragung in der Form einer Verkehrshypothek bewirkt wird, während sie im Verhältnis zwischen den Beteiligten als Höchstbetragshypothek für der Höhe nach unbestimmte und wechselnde, demnachst noch dem Betrage nach festzustellende Forderungen bis zum Höchstbetrag des eingetragenen Kapitals und der eingetragenen Zinsen gelten soll (**RG** 60 S. 245, 247; **Gruch** 51, 378; **Warn** 1917 Nr 19; **DZG** 36, 166). Der Gläubiger kann dann die Verkehrshypothek so weit in Anspruch nehmen, als er beweist, daß die zu sichernde Forderung entstanden ist. Diesen Beweis muß er nicht nur für die schulrechtliche Klage, sondern auch für die dingliche Klage aus der Hypothek (§ 1184 Abs 1) erbringen, sofern nicht etwa insoweit aus der Art der Hypothekbestellung und des Geschäftsverkehrs (z. B. Bestellung der Hypothek als Darlehenshypothek mit Kündigung- und besonderen Verzinsungsbestimmungen für eine dem Eigentümer fortlaufenden Kredit gewährende Bank) zu entnehmen ist, daß dem Eigentümer wie bei einer wirklichen Verkehrshypothek (§§ 1138, 891) der Beweis der Tilgung oder des sonstigen Nichtbestehens einer Forderung obliegen soll. Sollte

die zu sichernde Forderung aus einem Kontokorrentverhältnis entstehen, so kommt es für die Verteilung der Beweislast hinsichtlich der Entstehung der Forderung nicht darauf an, ob das Kontokorrent ein eigentliches (§ 355 BGB) oder ein uneigentliches (laufende Rechnung) war (OLG 36, 166). Während des Bestehens des Kontokorrentverhältnisses aber kann der Gläubiger (sofern nichts anderes vereinbart ist) sich aus der Hypothek nicht befriedigen, da so lange einzelne Forderungen und vorgetragene Saldi als gestundet gelten (OLG 36, 167). Dritten Erwerbten der Hypothek gegenüber kann sich der Eigentümer auf die wirklich gewollte Bestellung einer Höchstbetragshypothek, die ein unter den Begriff des Scheingeschäfts (§ 117 Abs 2) fallendes, sog. dissimuliertes Geschäft ist, nach § 892 nur dann berufen, wenn sie Kenntnis davon gehabt haben (RG Warn 1914 Nr 245).

5. Die durch Höchstbetragshypothek gesicherten Forderungen können zunächst ebenso wie die durch andere Buchhypotheken gesicherten Ansprüche gemäß § 1154 Abs 3 nach der für die Übertragung eines dinglichen Rechts geltenden Vorschrift des § 873, also durch Einigung und Eintragung, ganz oder zum Teil abgetreten werden mit der aus § 1153 sich ergebenden Folge, daß auch die Hypothek auf den Erwerber übergeht, und zwar als Höchstbetragshypothek (RZA 7, 227). Eine Feststellung des Betrags der Forderung ist dazu nicht erforderlich, sofern die Übertragung unter Vorbehalt der Entstehung der Forderung erfolgt (ZFG 2, 444). Insbesondere ist eine solche Feststellung dann entbehrlich, wenn bei der Abtretung der ganzen, für entstehende Forderungen aus einem Kreditverhältnis bestellten Höchstbetragshypothek die Beteiligten darüber einig geworden sind, daß der alte Gläubiger aus der Geschäftsverbindung mit dem Hypothekbesteller-Eigentümer ausscheide und der neue Gläubiger in die Geschäftsverbindung eintrete unter Übernahme des bisher entstandenen Guthabens des alten Gläubigers und mit der Abrede, daß weitere Kredite des neuen Gläubigers an den Eigentümer gleichfalls durch die Hypothek gesichert sein sollten (RG 125, 139). Ergibt sich bei einer getroffenen Feststellung das Bestehen einer Forderung über den Höchstbetrag hinaus, so steht weder dem Erwerber für den abgetretenen Mehrbetrag noch dem bisherigen Gläubiger für den ihm etwa verbliebenen überschießenden Restbetrag eine Hypothek zu. Erreicht im Falle der Teilabtretung der abgetretene Teil nicht den Höchstbetrag, so verbleibt der Restbetrag dem bisherigen Gläubiger als Höchstbetragshypothek für seine Forderungen (RZA 3, 90; 7, 227; 9, 64; OLG 4, 320). Vgl. ferner OLG 14, 128 (Folgen der Zahlung vor der Abtretung), OLG 18, 185 (Eintreten eines Dritten in das gesicherte Rechtsverhältnis gegen Abtretung der Höchstbetragshypothek). Eine Abtretung der Hypothek allein ohne die gesicherte Forderung ist nach § 1153 Abs 2 auch hier unzulässig (RZA 4, 240). Ist durch Vertrag zwischen Gläubiger und Eigentümer festgestellt, daß die Hypothek durch Forderungen nicht voll belegt ist, und hat sich somit ergeben, daß die Hypothek zu dem nicht belegten Teil endgültig Eigentümergrundschuld ist (A 1), so darf der Gläubiger diesen Teil, der ihm nicht gehört, nicht abtreten (RZA 9, 64; a. M. OLG 18, 204). Der Teil kann dann nur auf dem Wege der Umwandlung (§ 1198) wieder zu einer Gläubiger-Höchstbetragshypothek für den Abtretungsempfänger werden (RG 125, 140; A 1). Dies hat auch der Grundbuchrichter bei der Prüfung eines Antrags auf Umschreibung zu beachten, wenn sich ein solcher Vertrag aus den vorgelegten Urkunden ergibt. Die bloße Möglichkeit, daß ein Teil der Hypothek nicht belegt ist, berechtigt aber den Grundbuchrichter nicht, die Eintragung der vom Gläubiger erklärten Abtretung der ganzen Hypothek abzulehnen. Denn auch für die Höchstbetragshypothek gilt die für den Grundbuchrichter in erster Linie maßgebende (§ 891 A 4) Vermutung aus § 891, daß der eingetragene Gläubiger der wirklich Berechtigte ist (RZA 9, 64; 12, 154; ZFG 2, 444; a. M. RZA 4, 240). — Ferner kann bei der Höchstbetragshypothek, anders als bei der gewöhnlichen Sicherungshypothek, nach § 1190 Abs 4 die Forderung auch (Begründung hierfür: M 3, 768) nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften, also nach den §§ 398 ff. durch formlosen Vertrag und ohne Eintragung, übertragen werden mit der Maßgabe, daß der Übergang der Hypothek ausgeschlossen ist, daß also der Erwerber nur das Forderungsrecht erlangt und die Hypothek von der abgetretenen Forderung losgelöst wird. Sind alle gesicherten Forderungen in dieser Weise abgetreten, so fällt die Hypothek gemäß den §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 dem Eigentümer als unbedingte (A 1) Grundschuld zu, weil die Hypothekforderung als solche gleichsam erloschen ist (str.; RZA 7, 231). Ist aber nur ein Teil abgetreten, so verbleibt die Hypothek als Höchstbetragshypothek dem bisherigen Gläubiger für seine übrigen Forderungen aus dem gesicherten Rechtsverhältnis (Prot 3, 690). Ist in der Abtretungsurkunde erklärt, die Höchstbetragshypothek sei zwar für den Abtretenden eingetragen, stehe aber in Wirklichkeit dem Abtretungsempfänger zu und werde deshalb an diesen abgetreten, so ist nicht die durch die Hypothek gesicherte Forderung für sich allein ohne die Hypothek, sondern auch die Hypothek abgetreten. Zur Wirksamkeit der Abtretung bedarf es also der Eintragung in das Grundbuch. Ist das deutsche Grundbuch vernichtet (z. B. in den Kolonien im Kriegsfall durch eine feindliche Macht) und somit die Eintragung der Abtretung unmöglich geworden, so ist gleichwohl die Abtretung nicht dahin umzudeuten, daß nur die Forderung allein abgetreten und deshalb zur Wirksamkeit der Abtretung die Eintragung entbehrlich sei (RG 133, 89). — Für die Pfändung der Höchstbetragshypothek gilt die dem § 1190 Abs 4 BGB entsprechende Vorschrift des § 837 Abs 3 ZPO.

Zweiter Titel Grundschuld Rentenschuld

I. Grundschuld

§ 1191

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist (Grundschuld) ¹⁾.

Die Belastung kann auch in der Weise erfolgen, daß Zinsen von der Geldsumme sowie andere Nebenleistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind ²⁾.

§ 1 1135 II 1100; W 3 779; P 3 708.

1. Die im Abs 1 für die Grundschuld gegebene Begriffsbestimmung unterscheidet sich von der im § 1113 Abs 1 für die Hypothek gegebenen nur dadurch, daß die Worte „zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung“ fehlen. Daher gilt das zu § 1113 Bemerkte, soweit es nicht die Forderung betrifft (A 5, 7), auch für die Belastung eines Grundstücks mit einer Grundschuld. Aus der Nichtaufnahme der bezeichneten Worte ergibt sich zugleich der Wesensunterschied zwischen Hypothek und Grundschuld. Während die Hypothek zur Entstehung und zum Bestehen bleiben als Hypothek eine zugrunde liegende Forderung voraussetzt, wegen deren der Gläubiger Befriedigung aus dem gesamten Vermögen des Schuldners neben der Befriedigung des dinglichen Rechts aus dem Grundstück suchen kann, ist die Entstehung der Grundschuld und ihr Fortbestehen als dingliches Recht dieser Art von dem Bestehen einer Forderung sachentrechtlich unabhängig. Der Gläubiger der Grundschuld kann sich zu seiner Befriedigung nur an das belastete Grundstück halten (RG 78, 65; Warn 1913 Nr 57; RGZ 43, 255). Insbesondere läßt das Ausbleiben der sog. Valutazahlung den rechtlichen Bestand der Grundschuld unberührt. Sie wird gemäß § 873 durch Einigung und Eintragung rechtswirksam begründet, auch wenn die versprochene Valuta, das Entgelt für die Bestellung, nicht gewährt wird. Das Entgelt ist lediglich Gegenstand des schuldrechtlichen Grundgeschäfts, das den Anlaß zu der Bestellung der Grundschuld gibt; der Bestand dinglicher Rechte an Grundstücken ist aber sachentrechtlich von dem Grundgeschäft nicht abhängig (§ 873 A 7 b). Die Grundschuld kann auch unentgeltlich, schenkungsweise bestellt werden. Ferner braucht das Entgelt nicht auf eine Leistung gerichtet zu sein; z. B. kann eine Grundschuld an Erfüllungs Statt für eine geschuldete Leistung bestellt werden (RG 78, 65). Allerdings kann und wird sogar in der Regel auch zu der Grundschuld, die der Eigentümer für einen andern bestellt, eine Forderung in Beziehung gesetzt sein; namentlich wird die Grundschuld häufig zur Sicherung einer Forderung dienen (RG 121, 43; ferner RG 121, 191: wird in einem Kaufvertrag vom Käufer eine Grundschuld in Anrechnung auf den Kaufpreis bestellt, so ist zu prüfen, ob mit der Bestellung ein entsprechender Teil des Kaufpreises getilgt oder ob durch die Grundschuld eine Kaufgeldforderung gesichert werden soll). Aber die Forderung ist dann nicht Rechtsinhalt der Grundschuld, sondern nur Beweggrund für ihre Bestellung. Das dingliche Recht erfährt keine Umgestaltung wie regelmäßig die Hypothek (z. B. im Wege der Umwandlung in eine Eigentümergegrundschuld) und wird auch sonst in seinem Bestande nicht berührt, wenn die Forderung (die übrigens in das Grundbuch nicht eingetragen werden darf) nicht entstanden oder erloschen ist oder wenn ihre Geltendmachung durch eine Einrede dauernd ausgeschlossen wird (RG 60, 255; 63, 185; 78, 65; 81, 71; 109, 115; 131, 298; 145, 156; JW 1901, 564¹⁷; 1932, 1550³; Warn 1913 Nr 57; SeuffA 75 Nr 103; NZM 12, 252; RGZ 53, 221). Unter Umständen können freilich die Rechtsgründe, die gegen die Forderung wirken, in gleicher Weise auch gegen die Begründung des dinglichen Rechts ihre Wirkung äußern (z. B. die Geschäftsunfähigkeit des sich Verpflichtenden und gleichzeitig die Grundschuld Bestellenden) oder sonst die Grundschuldbestellung selbst (z. B. wegen Wuchers) nichtig machen (RG Warn 1913 Nr 353). Abgesehen von solchen Sonderfällen wird aber das Nichtbestehen der Forderung nur nach Maßgabe des Rechtes der Schuldverhältnisse auf die Grundschuld von Einfluß sein können, und zwar insoweit, als die Forderung den Rechtsgrund für die Bestellung der Grundschuld, also für die Bewirkung einer Leistung, abgegeben hat. Besteht dieser Rechtsgrund nicht, so wird ein schuldrechtlicher Anspruch auf Beseitigung oder Übertragung der Grundschuld auf Grund des Grundrechtsgeschäfts oder gemäß den §§ 812ff. gegeben sein (RG 63, 185; 73, 143; 78, 65; 85, 91; 124, 93; 143, 115; JW 1901, 465¹⁷; 1931, 2733³⁴; Warn 1913 Nr 57; 1914 Nr 292; SeuffA 75 Nr 103). Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Darlehnsforderung, die erst durch Zahlung des Darlehns zur Entstehung gebracht (valutiert) werden sollte, bestellt ist und die Forderung nicht zur Entstehung kommt (RG 78, 65; 85, 91; JW 1901, 465¹⁷; Warn 1913 Nr 353; 1914 Nr 292; RGZ 53, 221). Dasselbe gilt, wenn eine Grundschuld zur Sicherheit für einen künftigen Erbschaftsanspruch

bestellt ist und der Gläubiger dann vor dem Eintritt des Erbfalls stirbt, so daß der Erbschaftsanspruch nicht zur Entstehung gelangt (**RG** SeuffA 75 Nr 103). Wenn die durch die Grundschuld gesicherte Forderung nicht entsteht oder für sich allein erlischt, tritt also (anders als bei der Hypothek: §§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1) nicht ohne weiteres eine Vereinerung der Grundschuld mit dem Eigentum in einer Person ein. Vielmehr bleibt die Grundschuld für den Grundschuldgläubiger an sich bestehen (**RG** 78, 67; 85, 91; SeuffA 75 Nr 103; **RGZ** 53, 221; § 1192 A 1 Abs 3) und gehört, wenn er stirbt, zu seinem Nachlaß (**RG** SeuffA 75 Nr 103). Der schuldrechtliche Anspruch auf ihre Beseitigung oder Übertragung steht mangels einer besonderen Abtretung lediglich dem Besteller der Grundschuld, nicht einem Sondernachfolger im Eigentum zu (**RG** 68, 102; **JW** 1901, 465¹⁷; **Gruch** 48, 937) und kann unbedingt nur gegenüber dem ursprünglichen Erwerber der Grundschuld, sei es durch Klage, sei es im Wege der Einrede gegen die dingliche Klage aus der Grundschuld, geltend gemacht werden (**JW** 1901, 465¹⁷). Immerhin ist für eine Einrede aus dem Grundrechtsgeschäft, insbesondere wegen des Nichtentstehens oder Erlöschens der Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld bestellt wurde, § 1157 (mit § 1192) auch bei der dinglichen Klage eines späteren Erwerbers der Grundschuld anwendbar. Eine solche Einrede kann also auch dem späteren Erwerber, der beim Erwerb Kenntnis vom Fehlen oder Wegfall des Rechtsgrundes hat oder — wie bei Zinsrückständen (§ 1159 Abs 2) — aus anderen Gründen nicht unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs steht (**RG** 29. 10. 1928 V 126/28), vom Grundschuldbesteller entgegengesetzt werden. Denn das der Grundschuldbestellung zugrunde liegende schuldrechtliche Grundgeschäft ist ein zwischen dem die Grundschuld bestellenden Eigentümer und dem ursprünglichen Gläubiger bestehendes Rechtsverhältnis im Sinne des § 1157. Diese Vorschrift hat, weil die dem Eigentümer bei der Hypothek nach § 1137 zustehenden Einreden gegen die gesicherte persönliche Forderung für die Grundschuld nicht in Betracht kommen, für diese auch hinsichtlich des schuldrechtlichen Grundgeschäfts eine besondere Bedeutung (Denkschrift zur Reichstagsvorlage S. 221; § 1157 A 2; **RG** Warn 1914 Nr 292; **RGZ** 53, 221; auch **RG JW** 1901, 465¹⁷; SeuffA 64, 196). Daraus folgt weiter, daß der die Grundschuld bestellende Eigentümer beim Fehlen oder Wegfall des Rechtsgrundes für die Bestellung, insbesondere wenn die Forderung, zu deren Sicherheit die Grundschuld dienen sollte, nicht zur Entstehung gelangt oder getilgt ist, nach den §§ 1169, 1192 nicht nur von dem ursprünglichen Gläubiger (§ 1169 A 1), sondern auch von dem späteren Erwerber der Grundschuld, der beim Erwerb bösgläubig oder sonst nicht durch § 892 geschützt gewesen ist, den Verzicht auf die Grundschuld im Klagewege verlangen kann (**RG** 91, 225; Warn 1914 Nr 292). Ist ein Fall des § 822 (unentgeltliche Zuwendung an den Dritten) gegeben oder ist der Anspruch auf Aufhebung der Grundschuld vorgemerkt gewesen (§§ 883 Abs 2, 888), so kann auch gegen einen gutgläubigen späteren Erwerber die Beseitigung der Grundschuld durchgesetzt werden. Dagegen findet § 1163 Abs 1 Satz 1 auf die Grundschuld keine Anwendung. Wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung dienen sollte und diese nicht zur Entstehung gelangt ist, so steht die Grundschuld nicht ohne weiteres dem Eigentümer zu (**RG** 60, 251; 78, 66; Warn 1913 Nr 57; § 1192 A 1 Abs 3). Gerade hierin besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld. Aus dem Wesensunterschied der beiden Rechte folgt auch, daß die zur Sicherung einer persönlichen Forderung bestimmte Grundschuld nicht dahin bestellt werden kann, daß nach ihrem Inhalt aus dem Grundstück nur die aus dem persönlichen Schuldverhältnis geschuldeten Beträge zu zahlen sind (**JW** 1932, 1759⁴). Die Abrede, daß Zahlungen auf die persönliche Forderung nicht auf die Grundschuld anzurechnen seien, kann nur mit schuldrechtlicher Wirkung getroffen, aber nicht durch Eintragung in das Grundbuch verdinglicht werden (**JW** 1933, 64²). Bei einer Grundschuld, die zur Sicherung von Ansprüchen aus einer Geschäftsverbindung bestellt ist, wird regelmäßig der Wille der Beteiligten dahin gehen, daß Zahlungen des Schuldners während der Geschäftsverbindung nicht auf die Grundschuld, sondern nur auf die gesicherten persönlichen Ansprüche verrechnet werden sollen; durch solche Zahlungen entsteht keine Eigentümergrundschuld (**HRN** 1936 Nr 402). Deshalb bleibt auch der Grundschuldgläubiger, solange Zahlungen nur auf die gesicherten persönlichen Forderungen, nicht auf die Grundschuld selbst geleistet sind, trotz seiner Befriedigung immer noch allein zur Bewilligung der Löschung der Grundschuld berechtigt (**JFG** 17, 201). Inwieweit der aufschiebende bedingte schuldrechtliche Anspruch des Grundschuldbestellers auf Beseitigung oder Rückübertragung der sicherungshalber bestellten Grundschuld nach Tilgung der gesicherten Forderung einer Abtretung und Pfändung unterliegt und wie sich Inhalt und Umfang der Befugnis des Grundschuldgläubigers zur Verwertung einer solchen Grundschuld zwecks Befriedigung der gesicherten Forderung bestimmen, wird in **RG** 143, 113 näher dargelegt. Inwieweit der fiduziarisch gesicherte Grundschuldgläubiger in der Abtretung der Grundschuld frei oder beschränkt ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles; regelmäßig wird er die Grundschuld nur mit der Maßgabe abtreten dürfen, daß die Befriedigung aus dem Grundstück auch in der Hand des Abtretungsempfängers nur in der jeweiligen Höhe des zu sichernden Schuldbetrags zulässig ist (**RG JW** 1936, 2310⁷). — Für ein und dieselbe Forderung kann an mehreren Grundstücken nur eine Gesamthypothek bestellt werden. Dagegen kann für ein und dieselbe Forderung an dem einen Grundstück eine Hypothek bestellt werden und an dem andern Grundstück eine Grundschuld ohne Gesamt-

haftung in der Weise, daß der Gläubiger in der dinglichen Geltendmachung der Grundschuld nur schuldrechtlich eingeschränkt sein soll insofern, als ihm die Grundschuld nicht in vollem Betrag endgültig gebühren, sondern bloß zu seiner Sicherung zur Verfügung stehen soll, soweit ihm eine Forderung gegen den Hypothekenschuldner erwachsen ist, daß ihm also die Grundschuld insofern nur zu treuen Händen bestellt ist. Denn die Tatsache, daß der Gläubiger berechtigt ist, die Geldsumme, die er kraft seiner Grundschuld aus dem belasteten Grundstück zu verlangen hat, zur Tilgung seiner Forderung gegen den Hypothekenschuldner zu verwenden, andererseits jedoch auch schuldrechtlich verpflichtet ist, die Grundschuld nicht über den Betrag seiner Forderung hinaus geltend zu machen, bildet kein Hindernis dafür, daß ihm zur Sicherung eben dieser seiner Forderung eine selbständige Hypothek an einem anderen Grundstück bestellt wird (RG 132, 136). — Ferner braucht der Grundschuldgläubiger, auch wenn er der ursprüngliche Gläubiger ist, bei Erhebung der dinglichen Klage aus der Grundschuld das Bestehen der Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld dient, nicht zu beweisen. Denn ihm steht nicht nur die Vermutung aus § 891 zur Seite, sondern das Grundschuldrecht wird durch das Nichtbestehen der Forderung an sich überhaupt nicht berührt. Erhebt aber der beklagte Eigentümer, sofern er der Grundschuldbesteller ist, den Einwand, daß der Rechtsgrund für die Grundschuldbestellung nicht bestehe, so wird den ursprünglichen Gläubiger unter Umständen die Beweislast für das Bestehen des Rechtsgrundes in gewissen Grenzen treffen, so z. B. wenn die Parteien darüber einig sind, daß bei der Begründung der Grundschuld die Höhe der Forderung noch nicht feststand und die Feststellung des Forderungsbetrags einer späteren Zeit vorbehalten wurde (RG 60, 249). Ist dagegen in einem solchen Fall die Entstehung der durch die Grundschuld zu sichernden Forderung in bestimmter Höhe festgestellt und geht der Streit nur darum, ob diese Forderung nachträglich durch Tilgung oder in anderer Weise wieder beseitigt worden ist, so trifft die Beweislast nicht den klagenden Grundschuldgläubiger, sondern den beklagten Grundstückseigentümer, der den Einwand des weggefallenen Rechtsgrundes für die Grundschuldbestellung erhebt (RG Warn 1935 Nr 6). Das gilt namentlich auch dann, wenn der Grundstückseigentümer die Grundschuld nach dem Erlöschen der gesicherten Forderung nicht nur gemäß den Grundbüchern der ungerechtfertigten Bereicherung, sondern sogar auf Grund eines vertraglichen Rückgewähranspruchs zurückverlangen kann (RG Warn 1934 Nr 77). — Weiter gehen Grundschuld und Forderung bei der Abtretung getrennte Wege. Die Abtretung der Grundschuld erfolgt nach § 1154 (mit § 1192), die der Forderung nach den §§ 398 ff. Die Vorschriften des § 1153 finden keine Anwendung, auch dann nicht, wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt ist (RZA 12, 251). Die Forderung kann ohne die Grundschuld, die Grundschuld ohne die Forderung abgetreten werden. Weder hat die Abtretung der Grundschuld den Übergang der Forderung noch die Abtretung der Forderung den Übergang der Grundschuld ohne weiteres (d. h. ohne besondere Mitabtretung) zur Folge. Insbesondere kommt bei der Abtretung der Forderung nicht § 401 zur Anwendung, da die Grundschuld kein Nebenrecht der Forderung im Sinne dieser Vorschrift ist (RZA 12, 251). Ob der Erwerber auch die Abtretung der Forderung oder der Grundschuld verlangen kann, bestimmt sich nach dem Rechtsgrunde der Abtretung. Desgleichen geht die Grundschuld, wenn die Forderung kraft Gesetzes (§ 412) auf einen andern übergeht (z. B. gemäß § 774, wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt), nicht ohne weiteres mit über (RZA 12, 251). — Da das Erlöschen der Forderung das Grundschuldrecht nicht berührt, bewirkt weder die Tilgung der Forderung für sich allein den Übergang der Grundschuld auf den Eigentümer gemäß § 1163 Abs 1 Satz 2 (vgl. § 1192 A 1 Abs 3) noch die Bezahlung der Forderung durch den vom Eigentümer verschiedenen Schuldner den Übergang der Grundschuld auf den Schuldner nach Maßgabe des § 1164 (str.). Ebensovienig finden die mit § 1164 in Zusammenhang stehenden §§ 1165, 1166 Anwendung. Ob der Gläubiger, dem die Grundschuld trotz Tilgung der Forderung verbleibt, zur Abtretung der Grundschuld, insbesondere an den zahlenden Schuldner, verpflichtet ist, richtet sich nach dem zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsverhältnis. Übernimmt der Erwerber des Grundstücks, das mit einer zur Sicherung einer Forderung dienenden Grundschuld belastet ist, die persönliche Schuld, so ist § 416 nicht anwendbar. Eine Ausnahmesbestimmung gibt insoweit jedoch § 53 Abs 2 ZBW. — Die Grundschuld ist nicht selbst ein Forderungsrecht oder eine sog. Realobligation. In dieser Hinsicht gilt auch für sie das in § 1113 A 6 für die Hypothek Bemerkte. Daher ist die Bestellung der Grundschuld z. B. auch nicht im Sinne des § 817 Satz 2 eine Leistung, die in der Eingehung einer Verbindlichkeit besteht (RG 63, 188; 73, 143; Warn 1918 Nr 10). Den Nießbrauch und das Pfandrecht an einer Grundschuld regeln die §§ 1080, 1291, die Pfändung einer Grundschuld § 857 Abs 6 ZBW. Dient die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung, so kann diese für sich allein nach § 829 ZBW gepfändet werden; § 830 ZBW betrifft nur die Pfändung einer Forderung, für die eine Hypothek besteht, findet also bei der Pfändung einer Grundschuld keine Anwendung (RG 81, 71).

2. Abs 2 erklärt ausdrücklich die **Grundstücksbelastung für Zinsen oder andere Nebenleistungen der Grundschuld** als zulässig. Die Vorschrift dient zur Verhütung von Zweifeln, die sich daraus ergeben könnten, daß Abs 1 bei der Grundschuld die Bestimmtheit der Geldsumme erfordert (R 3, 780; RZA 14, 307). Auch diese Belastung bedarf nach § 873 der Einigung und Eintragung.

Gemäß § 1115 (mit § 1192) ist bei der Eintragung der Zinssatz oder der Gelbbetrag der anderen Nebenleistungen in den Eintragungsvermerk aufzunehmen. Nach § 1118 (mit § 1192) haftet aber das Grundstück für die gesetzlichen Zinsen und die dort bezeichneten Kosten kraft Gesetzes. Nach § 1192 Abs 2 gelten für die Zinsen der Grundschuld die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung. Das Verhältnis der Grundschuldzinsen zu den Zinsen der persönlichen Forderung, die durch die Grundschuld gesichert werden soll (A 1), behandelt das Urteil RG SeuffA 87 Nr 29. Der Eintragung einer verzinslichen Grundschuld für die Ehefrau des Eigentümers steht der Umstand nicht entgegen, daß dem Eigentümer kraft seines ehemännlichen Nutzungszrechts die Zinsen zufallen müßten. Denn nach § 1196 Abs 1 kann der Eigentümer auch für sich selbst eine verzinsliche Grundschuld bestellen (RGZ 37 A 295; wegen der Eintragung einer verzinslichen Hypothek für die Ehefrau des Eigentümers vgl. § 99 A 1 a. E.; § 1113 A 5 a. E.).

§ 1192

Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt¹⁾.

Für Zinsen der Grundschuld gelten die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung²⁾.

§ 1136, 1138, 1141 II 1101; Nr 3 780, 788, 790; § 3 709, 712.

1. § 1192 Abs 1 stellt zunächst den Regelsatz auf, daß auf die Grundschuld die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung finden, und fügt dann die Einschränkung bei, soweit sich nicht ein anderes (d. h. die Unanwendbarkeit) daraus ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt. Diese Einschränkung bedeutet nicht etwa, daß alle Vorschriften, welche die Hypothekenforderung betreffen, von der Anwendung auf die Grundschuld ausgeschlossen sind. Vielmehr gilt auch für diese Vorschriften der vorangestellte Regelsatz, indem die entsprechende Anwendung in der Weise zu erfolgen hat, daß an Stelle der Forderung die Grundschuld zu setzen ist. Nur diejenigen auf die Hypothekenforderung bezüglichen Vorschriften sind unanwendbar, die unmittelbar im Zusammenhang damit stehen, daß die Hypothek eine Forderung voraussetzt, von dem Bestehen einer Forderung abhängig ist. Andererseits sind auch sonstige Vorschriften von der Anwendung ausgeschlossen, wenn sie mit dem Wesen der Grundschuld unvereinbar sind. Danach sind unanwendbar: § 1115 Abs 1 Halbs 2 (Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur Bezeichnung der Forderung; vgl. jedoch § 874); §§ 1137 (Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis), 1138 (Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf die Forderung und die Einreden aus § 1137; RGZ 43, 254), 1139 (Widerpruch wegen nicht erfolgter Auszahlung des Darlehens), 1142 Abs 1 letzter Halbsatz (HRN 1935 Nr 738), 1143 Abs 1 Satz 2 (entsprechende Anwendung des § 774 Abs 1; vgl. § 1143 A 7), 1153 (Untrennbarkeit der Forderung von der Hypothek; § 1191 A 1), 1161 (Seltendmachung der Forderung), 1163 Abs 1 (Übergang der Hypothek auf den Eigentümer beim Nichtentstehen oder Erlöschen der Forderung; dazu Abs 3 dieser Anmerkung), 1164—1167, 1174 (Rechtsverhältnisse des persönlichen Schuldners zum Gläubiger), 1177 (Eigentümergrundschuld, Hypothek des Eigentümers; unten Abs 3), 1184—1187, 1190 (Sicherungs-, Order-, Höchstbetragshypothek; die Grundschuld für den Briefinhaber regelt § 1195, die Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek und umgekehrt § 1198).

Für die entsprechende Anwendung der übrigen Vorschriften über die Hypothek ist folgendes hervorzuheben: § 1115 Abs 1 Halbs 1 (Abs 2 ist auch anwendbar): Bei der Eintragung der Grundschuld müssen der Gläubiger, die Geldsumme, bei Verzinslichkeit der Zinssatz, der Gelbbetrag etwaiger anderer Nebenleistungen im Grundbuch angegeben werden. — § 1116: Die Grundschuld ist Briefgrundschuld oder (wenn die Erteilung des Briefes ausgeschlossen wird) Buchgrundschuld. Die Herstellung des Grundschuldbriefes regeln die §§ 56, 57, 70 GBD. — § 1117: Der Gläubiger erwirbt die Briefgrundschuld erst, wenn ihm der Brief vom Eigentümer übergeben ist. — §§ 1120—1130: Auf die Gegenstände, die außer dem Grundstück für die Hypothek haften, erstreckt sich auch die Grundschuld. — § 1131: Wird ein Grundstück als Bestandteil einem andern Grundstück zugeschrieben, so erstrecken sich die an diesem Grundstück bestehenden Grundschulden auf das zugeschriebene Grundstück. — § 1132: Die Bestellung einer Gesamtgrundschuld an mehreren Grundstücken ist in der Weise zulässig, daß nur einmal Zahlung zu erfolgen hat. — §§ 1133—1135: Im Falle der Gefährdung der Grundschuld durch Verschlechterung des Grundstücks usw. stehen dem Grundschuldgläubiger dieselben Rechtsbehelfe zu wie dem Gläubiger einer Hypothek. — § 1136: gilt auch für eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Grundschuldgläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten (RG HRN 1929 Nr 1573). — §§ 1142, 1143 Abs 1 Satz 1, § 1176: Der Eigentümer ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Grundschuld fällig

geworden ist. Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen (§ 1142 A 4). Soweit der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, geht die Grundschuld auf ihn über (§ 1143 A 6). Im Falle teilweiser Befriedigung hat der dem Gläubiger verbleibende Teil den Vorrang vor dem dem Eigentümer zufallenden Teil der Grundschuld. — §§ 1144, 1145: Bei voller oder teilweiser Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer kann dieser die Aushändigung oder Vorlegung des Grundschuldbriefs usw. sowie die Aushändigung der sonstigen zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Grundschuld erforderlichen Urkunden verlangen. — §§ 1147, 1181: Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Grundschuld erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung. Wird der Gläubiger auf diesem Wege befriedigt, so erlischt die Grundschuld. — § 1150: Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück, so kann jeder, der im Falle der Zwangsversteigerung Gefahr läuft, ein Recht an dem Grundstück oder den Besitz des Grundstücks zu verlieren, den Gläubiger befriedigen. Soweit er den Gläubiger befriedigt, geht die Grundschuld auf ihn über. — § 1152: Bei der Teilung einer Briefgrundschuld kann für jeden Teil ein Teilgrundschuldbrief hergestellt werden. — § 1154: Zur Abtretung einer Briefgrundschuld ist Übergabe des Grundschuldbriefs und schriftliche Abtretungserklärung, die durch Eintragung der Abtretung in das Grundbuch ersetzt werden kann, erforderlich und zur Abtretung einer Buchgrundschuld Einigung und Eintragung. Die Abtretung einer Grundschuld für den Briefinhaber erläutern § 1195 A 1, § 1187 A 3. — § 1157: Eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Grundschuld zusteht, kann auch einem Sondernachfolger des Gläubigers entgegengesetzt werden, wenn sie ihm zur Zeit des Erwerbs bekannt war oder aus dem Grundbuch oder aus dem Grundschuldbrief sich ergab (§ 1157 A 2, § 1191 A 1). Für die Art der nach dieser Vorschrift in Betracht kommenden Einreden gilt das in § 1157 A 1 Bemerkte. Einreden des die Grundschuld bestellenden Eigentümers auf Grund des der Grundschuldbestellung zugrunde liegenden Grundgeschäftes, insbesondere auf Grund der Forderung, die etwa zu der Grundschuld in Beziehung gesetzt ist, sind erörtert in § 1191 A 1; über Einreden gegen ein Zinsliquidat in der Zwangsversteigerung unten A 2. — § 1160: Der Gestenmäßigung einer Briefgrundschuld kann widersprochen werden, wenn nicht der Brief vorgelegt wird. — § 1163 Abs 2: Eine Briefgrundschuld steht bis zur Übergabe des Briefs an den Gläubiger dem Eigentümer zu. — §§ 1168, 1176: Verzichtet der Gläubiger auf die Grundschuld, so erwirbt sie der Eigentümer. Verzichtet der Gläubiger auf einen Teil, so hat der dem Gläubiger verbleibende Teil den Vorrang vor dem dem Eigentümer zufallenden Teil der Grundschuld. — § 1179: Verpflichtet sich der Eigentümer einem andern gegenüber, die Grundschuld löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Eine Vereinigung der Grundschuld mit dem Eigentum in einer Person findet aber nicht etwa schon nach § 1163 Abs 1 Satz 1 dann statt, wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt ist und die Forderung nicht zur Entstehung gelangt (§ 1191 A 1 sowie Abs 3 dieser Anmerkung). Daher kann eine Löschtvormerkung aus § 1179 für diesen Fall bei der Grundschuld nicht bestellt werden (RG Wann 1913 Nr 57; jedoch auch 1913 Nr 353, wo anscheinend der Standpunkt, daß die Nichtentstehung der Forderung ein Fall der Vereinigung der Grundschuld mit dem Eigentum sei, wenigstens nicht abgelehnt ist). Vielmehr könnte nur eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs gegen den Grundschuldgläubiger auf Aufhebung der Grundschuld für den Fall, daß die Forderung nicht zur Entstehung gebracht werden sollte, nach § 883 Abs 1 Satz 1 in Betracht kommen. Hat aber der Grundstückseigentümer bei der Einräumung des Vorrangs für eine neu einzutragende Grundschuld vor einer schon eingetragenen Hypothek eine Löschtvormerkung nach § 1179 bei der Grundschuld für den zurücktretenden Hypothekengläubiger bestellt und haben die Beteiligten irrtümlich angenommen, durch die Vormerkung werde auch der Fall betroffen, daß die durch die Grundschuld gesicherte Forderung nicht zur Entstehung gelange, so kann hierin der Ausdruck des Willens gefunden werden, daß dem Grundstückseigentümer, soweit diese Forderung nicht zur Entstehung gelange, ein schuldrechtlicher Anspruch gegen den Grundschuldgläubiger auf die Löschung, zu deren Herbeiführung der Eigentümer dem zurücktretenden Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet sei, zustehen solle (RG 85, 89). — § 1183: Zur Aufhebung der Grundschuld durch Rechtsgeschäft ist die Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Die Aufhebung des in der Zwangsversteigerung an die Stelle der Grundschuld tretenden Rechts am Versteigerungserlöse und den Verzicht darauf erörtert Abs 3 dieser Anmerkung. — Eine entsprechende Anwendung des § 1180 ist im Falle der Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek für die Forderung eines neuen Gläubigers zulässig (§ 1198 A 1).

Hieraus ergibt sich insbesondere für die Frage der Verwandlung einer Gläubigergrundschuld in eine Eigentümergrundschuld folgendes: Der Eigentümer erlangt die Grundschuld, wenn er den Gläubiger befriedigt (§§ 1142, 1143; § 1143 A 6), wenn der Gläubiger auf die Grundschuld verzichtet (§ 1168) oder wenn und solange der Eigentümer den für die eingetragene Briefgrundschuld erteilten Grundschuldbrief dem Gläubiger nicht übergibt (§ 1163 Abs 2; RG 77, 108). Weitere Fälle der Eigentümergrundschuld können sich nach den §§ 1170, 1171 (Aus-

schließung des unbekanntem Grundschuldgläubigers auf Grund eines Aufgebots) sowie nach den §§ 1172, 1173, 1175, 1182 (Gesamtgrundschuld) ergeben. Dagegen geht die Grundschuld nicht (wie die Hypothek: § 1163 Abs 1) auf den Eigentümer über, wenn die Forderung, die etwa zu der Grundschuld in Beziehung gesetzt ist, nicht zur Entstehung gelangt oder erlischt (§ 1191 A 1; RG 53, 221; a. M. RG 35 A 329; 43, 264). Namentlich beim Ausbleiben der Zahlung des Betrags, für dessen Rückzahlung die Grundschuld Sicherung bieten sollte, steht die Grundschuld gleichwohl dem die Auszahlung an den Eigentümer unterlassenden Gläubiger zu, wenn sie rechtmäßig bestellt worden ist. Der die Grundschuld bestellende Eigentümer kann nur auf Grund des der Grundschuldbestellung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Grundgeschäfts oder gemäß den §§ 812 ff. die Befreiung der in Erwartung der Zahlung bestellten Grundschuld von dem Gläubiger oder einem dritten bösgläubigen Erwerber nach § 1169 verlangen (RG 78, 67; JW 1929, 248⁵; 1931, 2733³⁴; § 1191 A 1). Eine Eigentümergrundschuld entsteht nicht. Befriedigt der Eigentümer den Grundschuldgläubiger, so erwirbt zwar der Eigentümer die Grundschuld; der Erwerb vollzieht sich aber nach den §§ 1142, 1143, nicht nach § 1163 Abs 1 Satz 2, mag auch die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt sein und diese durch die Befriedigung des Grundschuldgläubigers zugleich erlöschen (RG 78, 68). — Gelangt das Grundstück zur Zwangsversteigerung und fällt die Grundschuld nicht in das geringste Gebot, sondern erlischt sie nach den §§ 52, 91 ZVG durch den Zuschlag, so kommt es darauf an, ob der Gläubiger auf den Teil des Versteigerungserlöses, der auf die Grundschuld entfällt, Anspruch erhebt oder nicht. Im ersten Falle ist ihm, obwohl er keine Zahlung auf die Grundschuld geleistet hat, der Erlösteil auszus zahlen, da die Grundschuld für ihn rechtmäßig bestand. Der Eigentümer kann aber, wenn er der Besteller der Grundschuld ist, von dem Gläubiger den auf seine Kosten ohne rechtlichen Grund erlangten Erlösteil auf Grund des schuldrechtlichen Grundgeschäfts oder gemäß § 812 herausverlangen (str.; RG 78, 64 ff.; JW 1931, 2733³⁴). Erklärt der Gläubiger, daß er auf das an die Stelle der Grundschuld getretene Recht am Versteigerungserlöse (RG 78, 63; Warn 1913 Nr 385) verzichte oder, was gleichbedeutend ist, daß er das Recht aufgabe, so gilt dasselbe, wie wenn ein Hypothekengläubiger solche Erklärungen bezüglich des an die Stelle einer Hypothek getretenen Rechts am Versteigerungserlöse abgibt: Der auf die erloschene Grundschuld entfallende Teil des Versteigerungserlöses wird von dem Recht des Gläubigers frei und fällt ebenso wie beim Verzicht des Vollstreckungsschuldners auf einen Erlösteil, der auf eine ihm zustehende (Eigentümer-)Grundschuld entfallen ist, den nachstehenden Berechtigten zu; das Recht am Versteigerungserlöse geht also insoweit nicht auf den Vollstreckungsschuldner und bisherigen Eigentümer über (str.; § 1168 A 1; RG 60, 251; a. M. Strohal in JheringsJ 59, 149 ff.; DRG 9, 379). Stand freilich dem Grundschuldbesteller wegen der Nichterhebung der Forderung ein Anspruch auf Übertragung der Grundschuld gegen den Gläubiger zu, so kann er diesen dafür verantwortlich machen, daß er auf das Recht am Versteigerungserlöse verzichtet hat, statt es auf ihn, den Grundschuldbesteller, zu übertragen. Begehrt der Gläubiger im Verteilungstermin aus der Grundschuld nichts oder nur einen Teilbetrag mit der Angabe, er habe Valuta nicht oder für den weiteren Teilbetrag nicht gewährt, so ist hierin keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, insbesondere keine Aufhebungs- oder Verzichtserklärung zu finden (str.; RG 78, 70; Warn 1913 Nr 57; JW 1931, 2733³⁴; 1932, 1550⁹). Der Gläubiger kann guten Grund haben, eine solche Erklärung nicht abzugeben, weil er sich mit Rücksicht auf ihre Wirkungen dem Grundschuldbesteller gegenüber verantwortlich machen könnte. Da der Gläubiger den Erlös nicht beansprucht, aber trotz seiner Angabe der Nichtzahlung der Valuta als Grundschuldgläubiger zu behandeln ist, so ist der zur Hebung kommende Betrag (gemäß § 117 ZVG) zu hinterlegen (str.; RG 78, 70). Der Grundschuldbesteller mag dann, soweit die Forderung nicht entstanden ist, vom Gläubiger die Übertragung des hinterlegten verlangen. Die nachstehenden Berechtigten haben keinen Anspruch darauf (RG 78, 71).

2. Daß die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekensforderung auch für die Zinsen der Grundschuld gelten, schreibt Abs 2 neben der Bestimmung im Abs 1 noch ausdrücklich vor, weil wegen Fehlens einer Forderung bei der Grundschuld Zweifel darüber entstehen könnten, ob aus Abs 1 die Anwendbarkeit dieser Vorschriften zu entnehmen sei. Von den anzuwendenden Vorschriften kommen besonders in Betracht die §§ 1115 (Eintragung des Zinsfußes), 1118 (gesetzliche Zinsen), 1119 (Zinsenerhöhung), 1145 Abs 2 (Vorlegung des Grundschuldbriefes im Falle der Befreiung gewisser Zinsforderungen), 1146 (Verzugszinsen), 1160 Abs 3 (Geltendmachung der Zinsforderungen), 1158, 1159, 1178 (Übertragung und Aufhebung von Zinsforderungen). Im Verteilungstermin nach § 125 ZVG, § 878 ZPO kann auch ein nachfolgender dinglich Berechtigter mit Ermächtigung des Grundstückseigentümers sich darauf berufen, daß das einer ihm vorgehenden Grundschuld zugrundeliegende schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft das aus der Grundschuld in der Zwangsversteigerung geltend gemachte Zinsliquidad nicht rechtfertige (§§ 1157, 1178). Wird das Zinsliquidad des Grundschuldgläubigers auf diese Weise beseitigt, so entsteht insoweit keine Eigentümergrundschuld, sondern der nachfolgende dinglich Berechtigte rückt vor (RG 29. 10. 1928 VI26/28). Besondere Vorschriften über die Grundschuldzinsen geben die §§ 1194, 1197 Abs 2.

§ 1193

Das Kapital der Grundschuld wird erst nach vorgängiger Kündigung fällig. Die Kündigung steht sowohl dem Eigentümer als dem Gläubiger zu. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate ¹⁾.

Abweichende Bestimmungen sind zulässig ²⁾.

§ I 1139 II 1102; M 3 788; P 3 710.

1. Bei der Hypothek bestimmt sich die Fälligkeit nach der Forderung. Da der Grundschuld eine Forderung nicht zugrunde liegt, gibt § 1193 für sie besondere Vorschriften über die Fälligkeit. Jedoch nur bezüglich des **Kapitals der Grundschuld**. Dieses wird, wenn nicht Abweichendes bestimmt ist (Abs 2), **erst nach vorgängiger sechsmonatiger Kündigung, die sowohl dem Eigentümer als dem Gläubiger zusteht, fällig**. Über die Fälligkeit der Grundschuldzinsen ist vom Gesetz eine Bestimmung nicht getroffen. Ist bei Festsetzung der Verzinslichkeit die Fälligkeit der Zinsen nicht besonders geregelt, so wird das für Darlehnszinsen vom Gesetz (§ 608) Bestimmte als gewollt anzusehen sein (DVG 7, 195). Auf die Kündigung findet § 1141 Anwendung (der als Eigentümer Eingetragene gilt zugunsten des kündigenden Gläubigers als wahrer Eigentümer).

2. Die bezüglich der Fälligkeit des Kapitals **zulässige, von Abs 1 abweichende Bestimmung** wird durch Vereinbarung der Beteiligten oder in den Fällen der §§ 1195, 1196 (Grundschuld für den Eigentümer, für den Inhaber des Grundschuldbriefs) durch einseitige Erklärung des Eigentümers getroffen. Sie bedarf zur Wirksamkeit gegenüber Dritten der Eintragung (§ 873), die aber nach § 874 durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bewirkt werden kann. Zu einer Änderung der Zahlungszeit ist nach den §§ 1119, 1192 die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht erforderlich. Bei der aus einer Hypothek entstehenden Grundschuld des Eigentümers gilt die Sonderbestimmung des § 1177 Abs 1.

§ 1194

Die Zahlung des Kapitals sowie der Zinsen und anderen Nebenleistungen hat, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, an dem Orte zu erfolgen, an dem das Grundbuchamt seinen Sitz hat ¹⁾.

§ I 1139 II 1108; M 3 789; P 3 710.

1. Da ein persönliches Schulverhältnis, nach dem sich der Zahlungsort bestimmen könnte, bei der Grundschuld nicht in Betracht kommt, ist durch § 1194 hierüber besonders Bestimmung getroffen. Diese Vorschrift bezieht sich nicht nur, wie § 1193 (Zahlungszeit), auf das **Kapital**, sondern auch auf die **Zinsen und anderen Nebenleistungen** (§ 1115 A 6). Sie verordnet, daß die **Zahlung an dem Orte des Grundbuchamtsitzes** zu erfolgen hat, **soweit nicht ein anderes bestimmt ist**. Diese Regelung beruht auf der Erwägung, daß am Sitz des Grundbuchamts etwaige Anstände durch Einsicht des Grundbuchs leicht erledigt werden könnten und der Gläubiger stets Gelegenheit habe, die nach den §§ 1144, 1145 erforderlichen Erklärungen abzugeben (M 3, 789; Prot 3, 711). Es ist also insbesondere, wenn es sich um Abwendung des Verzugs (§ 284) handelt, rechtzeitig am Sitz des Grundbuchamts Zahlung zu leisten, sofern nichts anderes bestimmt ist. Dies gilt auch dann, wenn der Gläubiger an einem anderen Orte seinen Wohnsitz hat und daher das Geld nach § 270 Abs 1 an diesen Wohnsitz zu übermitteln ist. Denn gemäß § 270 Abs 4 werden die Vorschriften über den Leistungsort durch die Übermittlungspflicht nicht berührt. Mithin ist das Geld rechtzeitig von dem Ort des Grundbuchamtsitzes abzusenden (DVG 26, 201). Für die Erfordernisse einer andern Bestimmung und für die Voraussetzungen der späteren Änderung einer solchen Bestimmung gilt das in § 1193 A 2 Bemerkte. Die aus einer Hypothek entstehende Grundschuld des Eigentümers unterliegt der Sondervorschrift des § 1177 Abs 1 (RG 107, 80).

§ 1195

Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird ¹⁾. Auf einen solchen Brief finden die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung ²⁾.

§ II 1104; P 3 712.

1. Während die sog. Inhaberschuldverschreibung nach den §§ 1185 Abs 1, 1187 als Sicherungshypothek stets Buchhypothek ist, kann die sog. **Inhaberschuldverschreibung** nicht als Buchgrundschuld, sondern nur in der Weise bestellt werden, daß der **Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird**. Jedoch finden nach § 1192 auf die Inhaberschuldverschreibung außer den im Satz 2 genannten Vorschriften auch die §§ 1187—1189 (wie übrigens die Vorschriften über die Hypotheken über-

haupt) entsprechende Anwendung. Daher gilt das zu diesen Paragraphen Bemerkte, soweit es die Inhaberehypothek betrifft, auch für die Inhabergrundschuld, es sei denn, daß sich aus dem nach Satz 2 anzuwendenden Vorschriften (A 2) etwas anderes ergibt. Hervorzuheben ist: Nach § 1188 genügt zur Bestellung der Inhabergrundschuld die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt, daß er die Grundschuld für den Briefinhaber bestelle, und die Eintragung in das Grundbuch. Nach § 1189 kann für den jeweiligen Gläubiger (A 2) ein Vertreter mit den dort genannten Befugnissen bestellt werden. Die Behandlung des Inhabergrundschuldbriefs regelt die GBD in den §§ 42 Satz 2, 53 Abs 2 Satz 2 (Vorlegung bei jeder Eintragung, auch eines Widerspruchs, erforderlich, sofern nicht die Eintragung von dem bestellten Vertreter bewilligt ist), 70 Abs 2 (ist die Inhabergrundschuld in Teile zerlegt, so ist über jeden Teil ein besonderer Brief herzustellen).

2. Die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die auf den Inhabergrundschuldbrief entsprechende Anwendung finden, sind die §§ 793 ff. Wegen ihrer Anwendung ist folgendes hervorzuheben: Aus den §§ 793, 794 folgt, abweichend von den §§ 1117, 1163 Abs 2, der jeweilige Inhaber des Inhabergrundschuldbriefs der Gläubiger der Inhabergrundschuld wird. Das gilt auch dann, wenn ihm der Brief nicht von dem (die Grundschuld bestellenden) Eigentümer übergeben ist, ja selbst dann, wenn der Brief dem Eigentümer gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen ist. Die Abtretung der Inhabergrundschuld (auch die Belastung mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht: §§ 1081, 1293) erfolgt nicht gemäß § 1154 Abs 1, 2, sondern durch Übergabe des Briefs (Pfändung nach den §§ 808, 821 ABG). Nicht ausgenommen von der Anwendung im § 1195 ist § 795, dessen Zweck, die Allgemeinheit gegen Ausbeutung durch schwindelhafte Unternehmungen zu schützen, auch bei der Inhabergrundschuld zutrifft. Daher darf der Inhabergrundschuldbrief nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden. Ein ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangter Brief ist nichtig (RG 59, 384; RZ 1, 37; DZ 29, 376). Da das Grundbuchamt nicht dazu mitwirken darf, daß eine nichtige, die Allgemeinheit gefährdende Urkunde in den Verkehr gebracht wird (vgl. auch § 145a StGB), so hat es die Eintragung der Inhabergrundschuld, der die Ausstellung des Briefs und dessen Aushändigung an den Eigentümer nachfolgen müßte, abzulehnen, wenn die staatliche Genehmigung nicht nachgewiesen wird (RG 59, 386; RZ 1, 38; DZ 29, 377). Ist trotzdem die Eintragung (versehentlich) erfolgt, so ist sie nichtig, da eine Inhabergrundschuld nur unter Ausstellung eines Inhabergrundschuldbriefs bestellt werden darf (A 1) und der ohne staatliche Genehmigung erteilte Brief nichtig ist. Sie kann dann auch nicht als Eigentümergrundschuld gelten. Denn diese hat zur Voraussetzung (§ 1177 A 1), daß ein hypothekarisches Recht am Grundstück an sich rechtsgültig bestellt ist (str.). — Die Einwendungen, die gegen den Inhaber des Briefs zulässig sind, ergeben sich aus § 796. Zu ihnen gehört auch die, daß die Bestellung der Grundschuld nicht rechtsgültig erfolgt sei. Befriedigt der Eigentümer den Gläubiger, so erwirbt er gemäß § 797 das Eigentum an dem ihm auszuhändigenden Brief und somit auch die Grundschuld. Er kann über sie verfügen, insbesondere sie lösen lassen, ohne einer Zustimmung des bisherigen Inhabers zu bedürfen. Auch braucht er dem Grundbuchamt den Nachweis der Befriedigung nicht zu erbringen. Auf die Erneuerung des Briefs gegen Rückgabe des alten erscheint § 798 nicht anwendbar, da der Brief nicht von dem Grundschuldbesteller, sondern vom Grundbuchamt erteilt wird. An die Stelle dieser Vorschrift treten die §§ 67, 68 GBD. Für die Kraftloserklärung des Briefs ist nicht § 1162, sondern § 799 (ZBG §§ 1003 ff.) maßgebend. Zahlungssperre: § 802; ZBG §§ 1019 ff. Die Erneuerung des Briefs erfolgt auch hier nicht nach § 800, sondern nach GBD §§ 67, 68. Verjährung: §§ 801, 902. Nach der herrschenden Meinung sollen auch die §§ 803—805, betreffend Zins- und Erneuerungsscheine, sowie § 806 bezüglich der Umschreibung auf den Namen eines bestimmten Berechtigten Anwendung finden. Beides ist jedoch abzulehnen. Über die Herstellung von Zinscheinen enthält die GBD keine Bestimmungen. Sie könnten nur als besondere Grundschuldbriefe gestaltet werden. § 1195 läßt aber offensichtlich die Ausstellung eines Grundschuldbriefs auf den Inhaber nur für ein Grundschuldkapital zu. Ferner ist die Umschreibung auf den Namen eines bestimmten Gläubigers nichts anderes als eine Änderung des Inhalts der Inhabergrundschuld, wodurch diese zur gewöhnlichen Grundschuld wird. Eine solche Umwandlung bedarf nach §§ 877, 878 der Einigung zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer sowie der Eintragung.

§ 1196

Eine Grundschuld kann auch für den Eigentümer bestellt werden¹⁾.

Zu der Bestellung ist die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt, daß die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll, und die Eintragung erforderlich; die Vorschrift des § 878 findet Anwendung²⁾.

① I 1142 II 1105; R 3 791; B 3 712.

1. Das Gesetz gestattet durch die Ausnahmebestimmung des § 1196 (RG 70, 357) die einseitige Bestellung einer Grundschuld (nicht auch einer Hypothek: A 2) für den Eigentümer selbst. Es will ihm auf diese Weise ermöglichen, bei der Aufnahme einer zweifelhafte Hypothek, gegen die er sich später Geld beschaffen kann, sich eine vorgehende Stelle zur Verfügung zu halten (M 3, 792). Die Grundschuld kann nicht bloß als Brief-, sondern auch als Buchgrundschuld bestellt werden. Zur Ausschließung der Brieferteilung genügt, abweichend von § 1116 Abs 2 Satz 2, die einseitige Erklärung des Eigentümers; das folgt aus Abs 2. Veräußert der Eigentümer das Grundstück, so behält er die Grundschuld. Beim Rangvorbehalt dagegen geht die vorbehaltenene Befugnis nach § 881 Abs 3 auf den Erwerber über. Die Befugnisse des Eigentümers auf Grund der Grundschuld regelt § 1197. Die Grundschuld kann auch verzinslich sein; auf die Zinsen findet dann § 1197 Abs 2 Anwendung (RGZ 37 A 294).

2. Die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt (§ 875 A 7, 10), daß die Grundschuld für ihn eingetragen werden soll, bedarf zur Rechtswirklichkeit materiellrechtlich keiner Form. Der Eigentümer muß aber die Erklärung eindeutig dahin abgeben, daß die Grundschuld für ihn eingetragen werden soll (RG 70, 359). Die Bestellung der Eigentümergrundschuld enthält, weil sie die Belastung des Grundstücks mit einem dinglichen Recht bewirkt, eine Verfügung über das Grundstück. Daher bedarf der Ehemann, der mit seiner Ehefrau im Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft nach BGB lebt, zur Bestellung der Eigentümergrundschuld der Einwilligung der Ehefrau (RM 12, 161). Der Vormund bedarf zur Bestellung der Eigentümergrundschuld am Mündelgrundstück nach § 1821 Abs 1 Nr 1, § 1831 Satz 1 der vorhergehenden Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (ZFG 9, 262). Wegen der Voraussetzungen für die Unwiderrücklichkeit der Bestellung gilt das in § 873 A 14—17 Bemerkte. Ist danach die Erklärung für den Eigentümer bindend geworden, so hat eine nach Stellung des Eintragungsantrags eintretende Verfügungsbeschränkung gemäß § 878 auf die Wirksamkeit der Erklärung keinen Einfluß. Formellrechtlich gehört zur Begründung des Eintragungsantrags (§ 13 GBD), daß die Erklärung des Eigentümers aus § 1196 Abs 2 Halbsatz 1 in der Form des § 29 GBD abgegeben ist. Die Eintragung ist nicht schlechthin „für den Eigentümer“, sondern auf den Namen des bestellenden Eigentümers zu bewirken, wie sich aus den Worten „für ihn“ ergibt. — Die Zulässigkeit der Grundschuldbestellung für den Eigentümer durch dessen einseitige Erklärung rechtfertigt nicht die Annahme, daß eine Hypothekbestellung als Bestellung einer Grundschuld des Eigentümers zu gelten hat, wenn die Eintragungserklärung des Gläubigers nichtig, dagegen die Erklärung des Eigentümers rechtsgültig ist (§ 1177 A 1). Die Übertragung, Belastung und Pfändung einer dem Eigentümer zustehenden Grundschuld erfolgt ebenso wie bei der Grundschuld eines Dritten gemäß § 1154 (§§ 1069, 1274, 1291), ZFG §§ 857 Abs 6, 830 (RG 55, 379; 56 S. 12, 184; §§ 1154 A 1, 1163 A 3). Die Rechtsstellung des Verpfändungs- und des Pfändungspfandgläubigers behandeln ZFG 13, 404; HRN 1936 Nr 20; JW 1938, 2494³³. Die Bewilligung der Löschung einer Eigentümergrundschuld durch den Vormund eines minderjährigen Eigentümers bedarf jedenfalls dann nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, wenn der Eigentümergrundschuld im Range nachstehende Rechte im Grundbuch nicht eingetragen sind; soweit aber die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zur Löschung einer Eigentümergrundschuld erforderlich ist, kann sie der Löschungsbewilligung auch zeitlich nachfolgen (ZFG 13, 393).

§ 1197

Ist der Eigentümer der Gläubiger, so kann er nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben.

Zinsen gebühren dem Eigentümer nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung¹⁾.

§ I 1076, 1090, 1143 II 1106; M 3 678, 734, 744; P 3 572, 611, 712.

1. Dem Grundschuldgläubiger, der zugleich Eigentümer ist, wird die Berechtigung, die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung zu betreiben, durch Abs 1 verweigert, um die Benachteiligung nachstehender Berechtigter zu verhüten (Prot 3, 573). Die Vorschrift greift aber nur dann Platz, wenn rechtlich, nicht bloß wirtschaftlich, Eigentum am Grundstück und Gläubigerrecht aus der Grundschuld in einer Person zusammenfallen. Sie hindert daher den Auftraggeber, der zur Sicherung seines auf § 667 gestützten Auslassungsanspruchs gegen den Beauftragten eine Grundschuld erhalten hat, an der Zwangsvollstreckung gegen den als Eigentümer eingetragenen Beauftragten nicht (RG 25. 11. 1931 V 182/31). Durch Abs 2 wird dem Gläubiger der Eigentümergrundschuld ein Anspruch auf Zinsen nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines andern zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung gewährt. Denn die Zinsen sind aus den Einkünften zu decken. Solange daher dem Gläubiger-Eigentümer die Einkünfte gebühren, kann er Zinsen von seiner Grundschuld

nicht verlangen (R 3, 734; RG 60, 361). Der Abs 2 hindert aber nicht, daß der Inhaber aller G. m. b. H.-Anteile aus einer für ihn auf dem Grundstück der G. m. b. H. eingetragenen Grundschuld Zinsen bezieht (RG HR 1929 Nr 389). Ob der Eigentümer die Grundschuld gemäß § 1196 von vornherein für sich bestellt oder ob er sie erst später kraft Gesetzes durch Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld (§ 1177 Abs 1) erlangt hat, macht keinen Unterschied (RGZ 46, 235). Ferner gelten die Vorschriften des § 1197 gemäß § 1177 Abs 2 auch dann, wenn eine Hypothek mit der Forderung auf den Eigentümer übergegangen ist. Das in § 1177 A 4 Bemerkte gilt für alle diese Fälle. Soweit die Beschränkungen des § 1197 nicht in Betracht kommen, ist der Eigentümer wie sonst ein Gläubiger zur Verfügung über die Grundschuld und zu ihrer Geltendmachung befugt. Überträgt er sie an einen andern, so erlangt dieser ein unbeschränktes Grundschuldrecht, da die Beschränkungen des § 1197 nur während der Dauer der Vereinigung von Eigentum und Grundschuld in einer Person gelten. Insbesondere gebühren dem neuen Gläubiger unbeschränkt auch die Zinsen, sofern sie ihm übertragen worden sind (RGZ 46, 235). Bei der Übertragung kann die Grundschuld durch Unterlegung einer Forderung zugleich gemäß § 1198 in eine Hypothek für den neuen Gläubiger umgewandelt werden. Unzulässig ist freilich die Umwandlung der Grundschuld in eine dem Eigentümer selbst zustehende Hypothek (§ 1198 A 1). Der Eigentümer ist auch befugt, einem andern Berechtigten den Vorrang vor der Grundschuld einzuräumen (§ 880). Ferner kann er die Grundschuld mit einem Nießbrauch belasten und verpfänden; sie kann auch gegen ihn gepfändet werden. Die Beschränkung des Abs 2 bezüglich der Zinsen wirkt in solchen Fällen aber auch gegenüber dem Nießbraucher, Pfand- oder Pfändungsgläubiger (§ 1177 A 4). Die Rechtsstellung des Verpfändungs- und des Pfändungspfandgläubigers wird im übrigen näher behandelt in §§ 13, 404; HR 1936 Nr 20; JW 1938, 2494²³. Wird das Grundstück von einem andern zur Zwangsversteigerung gebracht, so kann der Eigentümer von dem Versteigerungserlös den auf das Grundschuldkapital entfallenden Betrag für sich erheben. Dagegen kann er Zinsen im Zwangsversteigerungsverfahren nicht beanspruchen (RG 60, 362). Ist in der Zwangsversteigerung ein für die Eigentümergrundschuld haftendes Zubehörstück von der Versteigerung ausgeschlossen worden (§ 1181 A 1), so kann der (ausgefallene) Grundschuldgläubiger die Zwangsvollstreckung in das Zubehörstück betreiben. Denn § 1197 verbietet dem Eigentümergrundschuld-Gläubiger nur die Zwangsvollstreckung in das eigene Grundstück (RG 125, 369).

§ 1198

Eine Hypothek kann in eine Grundschuld, eine Grundschuld kann in eine Hypothek umgewandelt werden¹⁾. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich²⁾.

§ 1198 I 1144 II 1107; R 3 795; B 3 720; 4 587.

1. Die rechtsgeschäftliche Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld oder einer Grundschuld in eine Hypothek ändert stets den Inhalt der Hypothek oder Grundschuld. Daher bedarf eine solche Umwandlung materiellrechtlich nach den §§ 877, 873 der Einigung zwischen Gläubiger und Eigentümer und der Eintragung (RG 73, 53; Warn 1908 Nr 272, RM 11, 140; DLG 34, 30). Für die Einigung gilt, was Form, Bindung usw. betrifft, nichts Besonderes. Es kann daher auf § 873 A 7—9, 13—17 verwiesen werden. Soll eine Grundschuld in eine Hypothek (Verkehrs- oder Sicherungshypothek) umgewandelt werden (der bei weitem häufigste Fall der Umwandlung), so muß die Einigung wie bei der Bestellung einer Hypothek zum Inhalt haben, daß die an die Stelle der Grundschuld zu setzende Hypothek zur Sicherung des bisherigen Grundschuldgläubigers für eine ihm zustehende Forderung, die bestimmt zu bezeichnen ist, dienen soll (RM 3, 213; RGZ 31 A 339; DLG 45, 314). Deshalb wird z. B. eine durch Bezahlung materiell zur Eigentümergrundschuld gewordene, formell an den Eigentümer abgetretene Hypothek allein dadurch, daß beim Verkauf des Grundstücks der Käufer sie in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt, noch nicht zu einer Hypothek für die Kaufpreisforderung (DLG 45, 314). Formellrechtlich ist zur Vornahme der Eintragung in der Form des § 29 GBD erklärte Umwandlungsbewilligung sowohl des Gläubigers als auch des Eigentümers erforderlich, da beide durch die Umwandlung im Sinne des § 19 GBD in ihrem Recht betroffen werden, sowie der (formlose) Eintragungsantrag eines von ihnen (§§ 13, 30 GBD). — Wird eine Buchverkehrshypothek in eine Buchgrundschuld oder eine Buchgrundschuld in eine Buchverkehrshypothek oder in eine Sicherungshypothek umgewandelt, so bedarf es weder einer Einigung noch der Eintragung eines Vermerks über die Ausschließung der Brieferteilung im Sinne des § 1116 Abs 2. Dies gilt auch dann, wenn eine Sicherungshypothek in eine Buchgrundschuld umgewandelt werden soll (§ 1116 A 2). Wird eine Briefhypothek in eine Grundschuld oder eine Briefgrundschuld in eine Verkehrshypothek umgewandelt, so bleibt das umgewandelte hypothekarische Recht ein verbrieftes, wenn nicht die Erteilung des Briefes gemäß § 1116 Abs 2 ausgeschlossen wird. Dagegen wird bei der Umwandlung einer Briefgrundschuld in eine Sicherungshypothek das hypothekarische Recht stets zum Buchrecht, dabei

einer Sicherungshypothek die Erteilung des Briefs durch das Gesetz (§ 1185 Abs 1) ausgeschlossen ist. Soll die Umwandlung einer Briefhypothek oder Briefgrundschuld eingetragen werden, so ist gemäß § 41 GBD der Brief dem Grundbuchamt vorzulegen. Die Behandlung des Briefs und (bei der Hypothek) der Schulurkunde ist verschieden, je nachdem ob eine Briefhypothek in eine Briefgrundschuld oder Buchgrundschuld oder ob eine Briefgrundschuld in eine Briefhypothek oder Buchhypothek umgewandelt wird (§§ 58, 65, 68, 69, 70 GBD; RZM 6, 75; 11, 138; DLG 10, 125). Soll eine Buchgrundschuld in eine Briefhypothek oder eine Buchhypothek in eine Briefgrundschuld umgewandelt werden, so ist ein Hypothekenbrief oder ein Grundschuldbrief gemäß den §§ 56ff., 70 GBD herzustellen. — Soll bei der Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek nicht eine Forderung des bisherigen Grundschuldgläubigers, sondern die Forderung eines neuen Gläubigers der Hypothek untergelegt werden, so stehen zwei Wege offen. Entweder tritt der bisherige Gläubiger (wozu er aber in der Regel nicht verpflichtet sein wird) die Grundschuld an den neuen Gläubiger ab, und der Eigentümer vereinbart darauf mit dem neuen Gläubiger die Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek für dessen Forderung. Oder der Eigentümer und der neue Gläubiger vereinbaren die Unterlegung der Forderung nebst der Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek, und der bisherige Grundschuldgläubiger erteilt seine Zustimmung (RZM 7 S. 153, 233). Die Zulässigkeit des zweiten Weges ergibt sich daraus, daß nach § 1192 Abs 1 die Vorschriften des § 1180 entsprechend anzuwenden sind (str.). Dem steht nicht entgegen, daß nach § 1192 Abs 1 die Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld nur Anwendung finden, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt. Daraus, daß die Grundschuld eine Forderung „nicht voraussetzt“, folgt nicht, daß ihr nicht eine Forderung unter gleichzeitiger Umwandlung in eine Hypothek untergelegt werden könnte. Meist wird die Sachlage so sein, daß eine Hypothek zur Eigentümergrundschuld geworden ist und nun die Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für die Forderung eines neuen Gläubigers umgewandelt werden soll (RG 121, 42). Da es zur Umwandlung der Einigung zwischen dem Grundschuldgläubiger und dem Eigentümer bedarf, hier aber der Grundschuldgläubiger zugleich Eigentümer ist und eine Einigung nicht mit sich selbst vornehmen kann, so ist in diesem Falle erforderlich, daß der Eigentümer als Grundschuldgläubiger die Grundschuld wenn nicht vor der Umwandlung, so doch mindestens zugleich mit ihr an den neuen Gläubiger abtritt. Dann ist er selbst nicht mehr Grundschuldgläubiger und kann sich als Eigentümer mit dem neuen Gläubiger über die Umwandlung einigen (str.; RZM 7, 153; RGZ 39 A 243; 45, 285; 49, 219; JZG 12, 323; die Auswechslung der Forderung einer Eigentümerhypothek mit einer neuen Forderung für einen neuen Gläubiger erörtert § 1180 A 1). Formellrechtlich ist aber seine in der Form des § 29 GBD abgegebene Erklärung der Umwandlung und der Umschreibungsbewilligung nebst Eintragungsantrag allein ausreißend, da nur er der in dem eingetragenen Recht Betroffene im Sinne des § 19 GBD ist (str.; RZM 3, 214; 7, 233; 9, 218; RGZ 39 A 244; 45, 285; vgl. DLG 2, 319). Zu beachten ist dabei, daß der Eigentümer sich nach der Ordnungsvorschrift des § 39 Abs 1 GBD zuvor oder gleichzeitig als Gläubiger der Grundschuld eintragen lassen muß (str.; § 1163 A 3; RGZ 45, 285; a. M. DLG 1 S. 303, 417; 2 S. 1, 158, 412). Einzutragen ist also, daß die Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangen und dann an den neuen Gläubiger unter Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek für die neue Forderung abgetreten sei (RG Warn 1909 Nr 145; RGZ 45, 285). Zulässig ist auch die Umwandlung der Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für eine bedingte Forderung des neuen Gläubigers; dabei gilt dann für die Eigentümergrundschuld das in § 1113 A 7 Bemerkte (RGZ 49, 219; 51, 288). Dagegen kann der Eigentümer die Eigentümergrundschuld nicht in eine ihm gegen sich selbst zustehende Hypothek umwandeln. Das geht schon deshalb nicht, weil er die für die Hypothek notwendige Forderung nicht gegen sich selbst begründen kann (RZM 3, 213; 7, 151; RGZ 39 A 243). Aber auch in eine Hypothek für eine ihm gegen einen Dritten zustehende Forderung vermag er die Eigentümergrundschuld nicht umzuwandeln. Denn er kann eine Einigung über die Umwandlung nicht mit sich selbst vornehmen und nach materiellem Recht eine Hypothek an seinem Grundstück überhaupt nicht für sich durch einseitige Erklärung bestellen (str.; JZG 7, 356). Sollen die Zahlungsbedingungen der Eigentümergrundschuld (§ 1177 Abs 1 Satz 2) bei der Abtretung und Umwandlung geändert werden, so handelt es sich um eine Änderung des Inhalts des dinglichen Rechts. Dazu bedarf es nach den §§ 873, 877 der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger und der Eintragung der Änderung, wobei jedoch keine Lösung der früheren Bedingungen erfolgt (RGZ 51, 289). Der Eigentümer kann sich bei der Umwandlung und Abtretung die Eigentümergrundschuld für das Zinsrecht vorbehalten (§ 1158 A 3). Hat der Eigentümer die Abtretung einer Eigentümer-Briefgrundschuld und gleichzeitig deren Umwandlung in eine Hypothek für den neuen Gläubiger erklärt und diese Erklärung nebst dem Grundschuldbrief dem neuen Gläubiger übergeben, so ist regelmäßig anzunehmen, daß die Abtretung ohne Rücksicht auf die Umwandlung habe wirksam werden sollen; reicht der neue Gläubiger die Erklärung und den Brief dem Grundbuchamt zur Eintragung der Rechtsänderung ein, so hat er seine Zustimmungserklärung zu der Umwandlung beizubringen (JZG 12, 321). — Wird auf Grund einer zwischen dem Eigentümer, dem bisherigen Gläubiger und dem

neuen Gläubiger getroffenen Vereinbarung eine Hypothek, deren Forderung durch Befriedigung erloschen ist, vom bisherigen Gläubiger an den neuen Gläubiger abgetreten, wie wenn sie noch als Hypothek für die bisherige Forderung bestände, so ist dies dahin aufzufassen, daß die durch die Befriedigung entstandene Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für eine gleichgeartete Forderung des neuen Gläubigers umgewandelt und zugleich an diesen von dem bisherigen Gläubiger mit Genehmigung des verfügungsberechtigten Eigentümers (§ 185 Abs 1) abgetreten wird (RG SeuffA 74 Nr 162; anders OLG 31, 349, wonach ein Verzicht des Eigentümers auf die Rechte aus der Befriedigung vorliegen soll; auf die gesetzliche Folge der Befriedigung, die in der Entstehung der Eigentümergrundschuld besteht, kann aber nicht verzichtet werden). Streitig ist, ob die Umwandlung einer forderungsbekleideten Eigentümerhypothek (auf den Eigentümer übergegangenen Hypothek: § 1177 Abs 2) in eine Eigentümergrundschuld zulässig ist. Dies ist zu bejahen. Denn der Eigentümer kann gemäß § 1196 eine Grundschuld für sich durch einseitige Erklärung bestellen und würde auch durch einen Verzicht nach § 1168 seine Eigentümerhypothek in eine Eigentümergrundschuld umgestalten können (str.; OLG 2, 319; a. M. in zu enger Gesetzesauslegung ZFG 7, 362, weil § 1196 Abs 2 nur für die Bestellung einer Eigentümergrundschuld gelte, nicht aber auf die Umwandlung einer Eigentümerhypothek in eine Eigentümergrundschuld für anwendbar erklärt sei). — Die Wirkung der Umwandlung wird in der Regel durch die Vereinbarung der Beteiligten näher bestimmt werden. Im Falle der Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld erlischt die persönliche Forderung nicht ohne weiteres (M 3, 796). Nimmt aber der Gläubiger die Grundschuld an Erfüllung statt an, so tritt das Erlöschen der Forderung ein (§ 364). Die Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen bleiben, wenn sie vereinbart waren, bestehen, sofern nichts anderes festgesetzt wird (RG 126, 386). Wenn nichts vereinbart war und wird, bestimmen sich fortan diese Bedingungen im Falle der Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek nach dem Recht der Schuldverhältnisse, im Falle der Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld nach den §§ 1193, 1194 (M 3, 795; RG 107, 80). — Eine vom Eigentümer übernommene Verpflichtung, eine Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für eine andere Forderung des Gläubigers oder für einen neuen Gläubiger umzuwandeln, hat nur schuldrechtliche Wirkungen zwischen den Beteiligten. Wird über das Vermögen des Eigentümers der Konkurs eröffnet, so kann der Gläubiger nur eine Konkursforderung gemäß den §§ 3, 69 KO geltend machen (RG Bruch 53, 1121). — Eine rechtsgeschäftliche Umwandlung im Sinne des § 1198 kommt nicht in Frage, wenn eine nach § 1163 Abs 1 Satz 1 oder § 1163 Abs 2 wegen Nichtentstehung der Forderung oder fehlender Briefübergabe zunächst dem Eigentümer (als Grundschuld) zustehende Hypothek demnachst bei nachträglicher Entstehung der Forderung oder Briefübergabe vom Gläubiger (als Hypothek) erworben wird. Hier vollzieht sich die Umwandlung kraft Gesetzes (RG SeuffA 60 Nr 151; OLG 10, 86). Andere Fälle der gesetzlichen Umwandlung sind die der Umwandlung einer Hypothek in eine Eigentümergrundschuld gemäß § 1177 Abs 1 und einer Grundschuld in eine Hypothek gemäß den §§ 1173 Abs 2, 1182.

2. Die Bestimmung, daß die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht erforderlich ist, ist bereits in § 1186 A 2 erläutert. Dort ist auch dargelegt, daß es auch der Zustimmung des etwa von dem Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldners nicht bedarf, wohl aber der Zustimmung Dritter, denen ein Recht an dem hypothekarischen Recht zusteht.

II. Rentenschuld

§ 1199

Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß in regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Rentenschuld)¹⁾.

Bei der Bestellung der Rentenschuld muß der Betrag bestimmt werden, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann. Die Ablösungssumme muß im Grundbuch angegeben werden²⁾.

§ II 1108; B 3 771.

1. Die Rentenschuld kann ebenso wie die gewöhnliche Grundschuld sowohl Buchgrundschuld als auch Briefgrundschuld sein (§§ 1116, 1192, 1200). Abweichend von der Hypothek kann sie auch für den Briefinhaber (§§ 1195, 1200) sowie für den Eigentümer (§§ 1196, 1200) bestellt werden. Sie unterscheidet sich von der gewöhnlichen Grundschuld hauptsächlich dadurch, daß sie nicht auf Zahlung eines Kapitals, sondern auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme (§ 1113 A 4) in regelmäßig (aber nicht notwendig stets in gleicher Höhe) wiederkehrenden Terminen, einer Geldrente, gerichtet ist. Die Zahlung eines Kapitals, nämlich der Ab-

löfungssumme, aus dem Grundstück (§ 1113 A 6) kann der Gläubiger zwar in der Zwangsversteigerung (wenn die Rentenschuld durch den Zuschlag nach den §§ 90 Abs 1, 91 Abs 1 ZVG erlischt und aus dem Bargebot zu dessen ist: RG 86, 259) und in der Zwangsverwaltung des Grundstücks (§§ 92 Abs 3, 158 ZVG) verlangen, sonst aber gemäß den §§ 1201 Abs 2, 1202 Abs 3 nur dann, wenn ein Fall des § 1133 Satz 2 (Recht auf sofortige Befriedigung wegen einer die Sicherheit gefährdenden Verschlechterung des Grundstücks) gegeben ist oder wenn der Eigentümer, dem allein ein Kündigungsrecht zusteht, die Rentenschuld zur Ablösung gekündigt hat. Da so nach die Belastung mit einer Rente gegenüber der Kapitalbelastung in erster Linie das Wesen der Rentenschuld ausmacht und das Gesetz eine Kündigung der Rentenschuld durch den Gläubiger nicht zuläßt, ist zur Bestellung einer Rentenschuld erforderlich, daß die fortdauernde Entrichtung einer seitens des Gläubigers zur Ablösung nicht kündbaren Rente ohne Rücksicht auf ein durch die Einzelzahlungen vom Gläubiger zu erlangendes Kapital festgesetzt wird. Sollen fortlaufend zu entrichtende Beträge zur allmählichen Zurückzahlung eines Kapitals dienen, so kann dafür ein Grundstück nur in der Form der Hypothek oder der gewöhnlichen Grundschuld belastet werden (RZM 1, 122). Ein ähnlicher wirtschaftlicher Zweck läßt sich allerdings auch durch die Begründung einer Reallast erreichen (RG 85, 247; RGZ 21 A 313). Eine zeitliche Beschränkung der Rentenentrichtung ist mit dem Begriff der Rentenschuld kaum vereinbar. Denn nach dem Sinn des Gesetzes soll durch diese Belastungsart ein dauerndes Recht, das nur unter bestimmten Voraussetzungen zur „Ablösung“ gebracht wird, gewährt werden (str.; RZM 1, 124; a. M. ZFG 1, 500; JW 1925, 2270^a: hier wird eine zeitliche Begrenzung des Rentenanspruchs, z. B. für Eheleute auf deren Lebenszeit, mit dem Begriff der Rentenschuld dann nicht für unvereinbar erachtet, wenn durch die Rentenzahlungen nicht die allmähliche Tilgung des Ablösungskapitals bewirkt werden soll). — Von der Reallast unterscheidet sich die Rentenschuld (abgesehen von der Zulässigkeit der Erteilung eines Rentenschuldbriefs sowie der Bestellung für den Briefinhaber und für den Eigentümer) hauptsächlich dadurch, daß der Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Renten nicht persönlich haftet (vgl. § 1108) und daß die Zahlungstermine „regelmäßig“ wiederkehrend sein müssen (vgl. § 1105). Ferner kann zwar eine Reallast (§ 1105 Abs 2), aber nicht eine Rentenschuld zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks (als subjektiv-dingliches Recht) bestellt werden (RZM 4, 257). Beide Rechte werden auch in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung verschieden berücksichtigt: § 92 Abs 2, 3, §§ 121, 158 ZVG. Danach bestimmt sich, wenn eine Rentenschuld durch den Zuschlag erlischt, weil sie nicht in das geringste Gebot gefallen ist, der Betrag der Erschleifung durch die Ablösungssumme (RZM 11, 53). — Die Rentenschuld untersteht den für die gewöhnliche Grundschuld geltenden Vorschriften der §§ 1191 ff., soweit nicht aus den §§ 1199 ff. sich ein anderes ergibt. Unzulässig ist die Bestellung einer Rentenschuld für mehrere nacheinander Berechtigte (DVG 36, 171).

2. Die Ablösungssumme, deren fester Betrag in Geld bei der Bestellung der Rentenschuld bestimmt werden muß, ist bei der Eintragung im Grundbuch selbst anzugeben. Die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt nach den §§ 1200, 1115 nicht. Fehlt die Bestimmung oder die Eintragung der Ablösungssumme, so ist die Rentenschuld nichtig. Die Ablösungssumme muß auch im Rentenschuldbrief angegeben werden (§ 70 Abs 1 Satz 2 GVB). Sie unterliegt der freien Vereinbarung der Beteiligten und braucht in keinem bestimmten Verhältnis zu der Rente zu stehen, kann auch den bei einer Kapitalisierung der Jahresrente sich ergebenden Betrag oder den sonstigen Wert des Rentenbezugsrechts übersteigen. Sie kann, je nachdem die Ablösung in einem früheren oder späteren Zeitpunkt erfolgt, verschieden festgesetzt werden (RG 86, 260; RZM 11, 52).

§ 1200

Auf die einzelnen Leistungen finden die für Hypothekenzinsen¹⁾, auf die Ablösungssumme finden die für ein Grundschuldkapital geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung²⁾.

Die Zahlung der Ablösungssumme an den Gläubiger hat die gleiche Wirkung wie die Zahlung des Kapitals einer Grundschuld³⁾.

© II 1109; B 3 775, 779.

1. Von den für Hypothekenzinsen geltenden Vorschriften, die auf die einzelnen Rentenleistungen entsprechend anzuwenden sind, kommen besonders in Betracht die §§ 197 (vierjährige Verzögerung), 289 (keine Verzugszinsen), 1119 (keine Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten erforderlich im Falle der Erhöhung der Rente bis zu 5% der Ablösungssumme: RZM 11, 52), 1145 Abs 2 (Vorlegung des Rentenschuldbriefs im Falle der Befriedigung), 1158, 1159 (Übertragung), 1160 Abs 3 (Geltendmachung), 1178 (Erlöschen der Rückstände). Auch § 1115 Abs 1 (Angabe des Geldbetrags der Renten im Grundbuch) findet Anwendung (RG 54, 93).

2. Die für ein Grundschuldkapital, also die für die gewöhnliche Grundschuld mit Ausnahme ihrer Zinsen (§ 1192 Abs 2) geltenden Vorschriften, die auf die Ablösungssumme entsprechend anzuwenden sind, ergeben sich aus § 1192 Abs 1. Insbesondere gelten danach die §§ 1154, 1155 für die Übertragung der Rentenschuld. Die für die Höhe der dinglichen Belastung maßgebende Ablösungssumme darf nicht erhöht werden, auch dann nicht, wenn keine nachstehenden Berechtigten vorhanden sind (RZM 11, 51).

3. Die Zahlung der Ablösungssumme wirkt bei der Rentenschuld, was den Übergang des dinglichen Rechts kraft Gesetzes auf den Eigentümer anlangt, gleich der Zahlung des Kapitals bei einer Grundschuld (§§ 1143, 1192). Der Eigentümer erlangt also, wie hier eine Grundschuld, so dort eine Rentenschuld (das Recht auf die Renten). Er erlangt nicht etwa nur eine Grundschuld in Höhe der Ablösungssumme, da eine solche Umwandlung im Gesetz nicht vorgeschrieben ist (str.).

§ 1201

Das Recht zur Ablösung steht dem Eigentümer zu.

Dem Gläubiger kann das Recht, die Ablösung zu verlangen, nicht eingeräumt werden. Im Falle des § 1133 Satz 2 ist der Gläubiger berechtigt, die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke zu verlangen¹⁾.

§ II 1110; § 3 776, 780.

1. Das Recht zur Ablösung, also gemäß § 1202 Abs 1 Satz 1 zur Kündigung der Rentenschuld, steht dem Eigentümer zu, und zwar unbedingt, so daß es auch durch Vereinbarung der Beteiligten nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. jedoch § 1202 Abs 2). Dagegen darf der Gläubiger die Rentenschuld nicht kündigen. Räumt der die Rentenschuld bestellende Eigentümer entgegen dem Verbot des Abs 2 Satz 1 dem Gläubiger das Recht ein, die Ablösung zu verlangen (die Rentenschuld zu kündigen), so ist die Rentenschuldbestellung nichtig. Denn gerade die Unkündbarkeit seitens des Gläubigers ist für die Rentenschuld von wesentlichster Bedeutung. Nur im Falle des § 1133 Satz 2 (Recht auf sofortige Befriedigung wegen einer die Sicherheit der Rentenschuld gefährdenden Verschlechterung des Grundstücks: § 1133 A 1—4) kann der Gläubiger, der die Gefährdung seines Rechts auf die fortdauernde Leistung der Rente nachweisen muß, die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstück (§ 1113 A 6; RZM 11, 53) verlangen. Hat aber der Eigentümer die Rente zur Ablösung gekündigt (§ 1202 Abs 1), so kann auch der Gläubiger nach dem Eintritt der Fälligkeit die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstück verlangen (§ 1202 Abs 3; RG 86, 260). Erlischt in der Zwangsversteigerung die Rentenschuld gemäß den §§ 52, 91 ZVG durch den Zuschlag, weil sie nicht in das geringste Gebot fällt, so hat der Gläubiger Anspruch auf Zahlung der Ablösungssumme aus dem Versteigerungserlös (§ 92 Abs 3 ZVG; RG 86, 259). In der Zwangsverwaltung gilt § 158 ZVG. — In der Geltendmachung der einzelnen Rentenleistung ist der Gläubiger nicht beschränkt. Er kann daher wegen jeder fälligen Rente dinglich klagen und auf Grund des erstrittenen Urteils die Zwangsvollstreckung in das Grundstück und in die nach den §§ 1120 ff. (1192, 1200) mithaftenden Gegenstände betreiben.

§ 1202

Der Eigentümer kann das Ablösungsrecht erst nach vorgängiger Kündigung ausüben¹⁾. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate, wenn nicht ein anderes bestimmt ist¹⁾.

Eine Beschränkung des Kündigungsrechts ist nur soweit zulässig, daß der Eigentümer nach dreißig Jahren unter Einhaltung der sechsmonatigen Frist kündigen kann²⁾.

Hat der Eigentümer gekündigt, so kann der Gläubiger nach dem Ablaufe der Kündigungsfrist die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke verlangen³⁾.

§ II 1111; § 3 776, 781.

1. Die Ablösungssumme wird, wie sich aus Abs 1, 2 ergibt, erst dann fällig, wenn die Zeit, während der die Kündigung seitens des Eigentümers nach den getroffenen Vereinbarungen nicht zulässig sein sollte, abgelaufen ist, der Eigentümer darauf (nicht schon vorher) gekündigt hat und demnächst die gesetzliche sechsmonatige oder die vereinbarte kürzere oder längere Kündigungsfrist verstrichen ist.

2. Nach Art 117 Abs 2 GG bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche die Ausschließung des Kündigungsrechts des Eigentümers nur für eine kürzere Zeit als dreißig Jahre zulassen. Eine Vereinbarung über die Beschränkung des Kündigungsrechts, soweit sie

danach oder nach Abs 1, 2 zulässig ist, bedarf der Eintragung in das Grundbuch. Jedoch genügt hier die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung.

3. Zu Abs 3 vgl. § 1201 A 1. Ist über das mit der Rentenschuld belastete Grundstück die Zwangsversteigerung eingeleitet, so ist eine Kündigung der Rentenschuld, die der Grundstückseigentümer erst nach der Beschlagnahme erklärt hat, demjenigen betreibenden Gläubiger gegenüber, welcher der Rentenschuld im Range nachsteht, unwirksam. Hat der Ersteher im Versteigerungstermin gegen eine solche angemeldete Kündigung Widerspruch erhoben, so kann auch er ihre Unwirksamkeit geltend machen. Das folgt aus der Erwägung, daß der Rentenschuldgläubiger durch die Kündigung nach Abs 3 das Recht erlangt, nach dem Ablauf der Kündigungsfrist die Zahlung der Ablösungssumme an Stelle der Rente zu verlangen, daß also die Kündigung eine Verfügung über das von der Beschlagnahme (§§ 20, 23 ZVG) betroffene Grundstück darstellt, die gegen das zugunsten des betreibenden Gläubigers bestehende Veräußerungsverbot (§§ 135, 136 ZVG) verstößt (RG 86, 255).

§ 1203

Eine Rentenschuld kann in eine gewöhnliche Grundschuld, eine gewöhnliche Grundschuld kann in eine Rentenschuld umgewandelt werden ¹⁾. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich ²⁾.

§ II 1112; § 3 775, 782; 4 587.

1. Daß eine Rentenschuld in eine gewöhnliche Grundschuld und diese in jene umgewandelt werden kann, erschöpft noch nicht die Umwandlungsmöglichkeiten. Wie sich aus den §§ 1186, 1198 ergibt, kann eine Rentenschuld auch unmittelbar in eine Hypothek umgewandelt werden (OLG 36, 137; A 2), indem ihr eine persönliche Forderung untergelegt wird. Zu jeder Umwandlung ist gemäß § 877 eine Einigung des Eigentümers und des Gläubigers sowie die Eintragung der Umwandlung in das Grundbuch erforderlich. Bei der Umwandlung der Rentenschuld in eine Grundschuld wird gemäß § 1200 Abs 1 die Ablösungssumme zum Grundschuldkapital, die Rente zum Zins. Der Betrag des Grundschuldkapitals darf den Betrag der Ablösungssumme nicht übersteigen (Prot 3, 783; RM 11, 53). Ist die Rentenschuld (oder Grundschuld) für den Eigentümer bestellt oder auf den Eigentümer übergegangen (§§ 1196, 1199, 1200 A 3), so genügt seine einseitige Umwandlungserklärung. Zur Vornahme der Eintragung ist erforderlich, daß die Eintragungsbewilligungen (§ 19 GBD) in der Form des § 29 GBD erklärt sind. Die Umwandlung der Rentenschuld in eine Hypothek während des Zwangsversteigerungsverfahrens ist in RG 86, 255 erörtert. Ist eine Rentenschuld in eine verzinsliche Hypothek umgewandelt, bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks aber nur die Rentenschuld in das geringste Gebot aufgenommen und der Zuschlag mit dieser Versteigerungsbedingung erteilt worden, so braucht der Ersteher die Umwandlung, deren Übernahme für ihn eine lästigere Bedingung als die des Zuschlags enthielte, nicht gegen sich gelten zu lassen (OLG 30, 96).

2. Ist dagegen die Rentenschuld (oder Grundschuld) mit dem Recht eines Dritten belastet (§ 876 A 1), so ist gemäß den §§ 876, 877 die Zustimmung des Dritten erforderlich. Wird die Rentenschuld unter Ausnutzung des § 1203 Satz 2 ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten zu deren Nachteil in eine alsbald ohne Kündigung fällige Hypothek umgewandelt (A 1), so kann unter Umständen für diese Berechtigten ein Schadensersatzanspruch nach § 826 begründet sein (OLG 36, 137).

Neunter Abschnitt

Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten

1. Sonderrecht. a) Wertpapierverpfändung im Verkehr von Bank zu Bank nach dem neuen BankverwahrG (oben vor § 688 Vorbem 3d; 7a; § 700 A 5 u. 6; § 929 A 7a; § 948 A 3). Nach bisherigem Rechte mußte die Provinzbank, wenn sie ihr anvertraute Wertpapiere zur Drittverwahrung oder aus einem sonstigen Grund an einen Dritten weitergab, diesem mitteilen, daß es fremde Wertpapiere waren. So sollte erreicht werden, daß insbesondere die Zentralbank an den Wertpapieren grundsätzlich kein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht wegen solcher Forderungen geltendmachen konnte, die ihr gegen jene zustanden; ein solches Pfandrecht durfte vielmehr nur geltend gemacht werden wegen Forderungen, die mit Bezug auf diese Wertpapiere entstanden waren (§ 8 Abs 2 DepotG a. F.). Das neue Gesetz setzt für den Regelfall an Stelle der Fremdanzeige die Fremdvermutung (§ 4). Im Verkehr von Bank zu Bank sollen danach Pfand- und Zurückbehaltungsrechte an Kundenpapieren nur in ganz beschränktem Umfange geltendgemacht werden können, und es bedarf, um dies sicherzustellen, keiner Erstattung

einer Fremdanzeige. Die von einem Verwahrer, der Bank- oder Sparkassengeschäfte im Sinne des Reichsgesetzes über das Kreditwesen vom 5. 12. 1934 (RGBl 1934 I, 1203; 1935 I, 232, 1247, 1456; 1938 I, 1151, 1329; 1939 I, 720, 857; dazu ErlV von Pröhl 2. Aufl., 1939) betreibt, einem Dritten anvertrauten Wertpapiere haben stets als fremde zu gelten. Dem Dritten gilt als bekannt, daß die Wertpapiere dem Verwahrer nicht gehören. Sein guter Glaube an das Eigentum des Verwahrers wird für den Eigentums- und Pfandrechtszwerb nicht geschützt. Der Verwahrer muß, damit ein Pfandrecht wegen anderer Forderungen als der in § 4 Abs 1 Satz 2 bezeichneten geltendgemacht werden kann, dem Dritten für das einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich mitteilen, daß er Eigentümer der Wertpapiere sei (§ 4 Abs 2). Ist er im Falle solcher Anzeige nicht Eigentümer, auch vom Hinterleger nicht zur Verpfändung ermächtigt, so hängt der Pfandrechtszwerb des Dritten von seinem guten Glauben an die Verfügungsmacht des Verwahrers ab (§ 366 BGB). Vgl. Begründung z. BankverwahrG n. F. zu § 4 (Reichsanz. Nr 29 vom 5. 2. 1937). Unwahre Angaben über das Eigentum sind strafbar (§ 35). § 4 gilt sinngemäß auch für die Geltendmachung von Pfandrechten und Zurückbehaltungsrechten an Sammelbestandanteilen (§ 9). Unter gewissen Voraussetzungen ist der Verwahrer berechtigt, die ihm anvertrauten Wertpapiere des Hinterlegers für eigene Verbindlichkeiten des Verwahrers zu verpfänden. Dazu bedarf es einer besonderen Ermächtigung, die aber nur noch zur Verpfändung, nicht mehr zur Aneignung der Wertpapiere berechtigt (Ermächtigungszwang, § 12 Abs 1). Die Ermächtigung muß ausdrücklich und schriftlich und nur für den Einzelfall erteilt sein; eine bloße Unterwerfung unter die Geschäftsbedingungen genügt nicht; eine Verweisung auf andere Urkunden in der Ermächtigungserklärung ist unzulässig (§ 12 Abs 1 Satz 2). Der Verwahrer darf die Wertpapiere oder Sammelbestandteile sodann nur im Zusammenhang mit einer Krediteinräumung für den Hinterleger (Kreditverstrickung) und nur an einen Verwahrer (Gläubigererzeugung) verpfänden (§ 12 Abs 1 Satz 1). Er darf auch auf die Wertpapiere oder Sammelbestandanteile Rückkredit nur bis zur Gesamtsumme der Kredite nehmen, die er für die Hinterleger eingeräumt hat (Kreditgleichheit, § 12 Abs 2 Satz 1). Die Wertpapiere oder Sammelbestandanteile dürfen nur mit Pfandrechten zur Sicherung dieses Rückkredits belastet werden; der Wert der verpfändeten Wertpapiere oder Sammelbestandanteile soll die Höhe des für den Hinterleger eingeräumten Kredits mindestens erreichen, soll diese jedoch nicht unangemessen übersteigen (§ 12 Abs 2 Satz 2 und 3). Dies ist der Fall der **üblichen oder regelmäßigen Verpfändung**; hierbei werden die Wertpapiere oder Sammelbestandanteile beim Drittpfandnehmer auf Pfanddepotkonto (Depotkonto C) verbucht im Gegensatz zum Depot A (Eigendepot), das eigene Werte des Zwischenverwahrers, auch die aus unregelmäßiger Verwahrung (§ 15) und unbefristet verpfändete fremde Werte (§ 12 Abs 4) enthält, und zum Depot B (Uderdepot, pfandsreies Depot). Daneben kennt das Gesetz die „**beschränkte Verpfändung**“ (Ermächtigung des Verwahrers zur Verpfändung nur bis zur Höhe des dem Hinterleger eingeräumten Kredits, für die nicht die gleichen strengen Formvorschriften wie für die Ermächtigung zur regelmäßigen Verpfändung gelten: § 12 Abs 3) und die „**unbeschränkte Verpfändung**“ (Ermächtigung des Verwahrers zur Verpfändung für alle Verbindlichkeiten des Verwahrers und ohne Rücksicht auf die Höhe des für den Hinterleger eingeräumten Kredits, mit noch höherer Verschärfung der Vorschriften für die Ermächtigung: § 12 Abs 4). Bei der „**beschränkten Verpfändung**“ werden die Wertpapiere und Sammeldepotanteile beim Drittpfandnehmer (Zentralbank) auf Sonderpfanddepotkonto (Depotkonto D), bei der „**unbeschränkten Verpfändung**“ auf Eigendepotkonto (Depotkonto A) verbucht. Der zur Verpfändung ermächtigte Verwahrer darf die Ermächtigung, so, wie sie ihm gegeben ist, weitergeben (§ 12 Abs 5). Näheres über diese Neuregelung bei Dpiß DepotG § 12 A 5 ff.; Schröder ZfVDR 1937, 169 ff. Vgl. im übrigen § 1205 A 6 Abs 2 und A 9; § 1207 A 2; § 1208 A 8; § 1245 A 1; § 1258 A 8; § 1282 A 5 Abs 2; § 1292 A 3; § 1293 A. Über zwischenstaatliches Depotrecht, Depotrecht und Auslandsgeschäft, Geltendmachung von Pfand- und Zurückbehaltungsrechten an den einer deutschen Bank von einem ausländischen Unternehmen anvertrauten Wertpapieren, Verpfändung durch eine inländische Bank an eine Bank im Ausland: Schröder BankX XXXVII/XXXVIII (1938), 719; von Coemmerer das. 723; Dpiß Fremdbermutung und Auslandsgeschäft das. XXXVII (1937), 67; Schröder Einführung des Depotrechts in der Ostmark DZ 1939, 163.

b) **Früchtepfandrecht**: § 1204 A 2 und 9; § 1209 A 6; § 1212 A 5; § 1213; § 1257 A 1 und 2.

c) **Inventarpfandrecht**: § 1204 A 5; § 1205 A 5 Abs 4; § 1207 A 2 Abs 2; § 1208 A 11; § 1209 A 4 und 5; § 1230 A 3; § 1232 A 4; vgl. auch § 930 A 6; § 936 A 4; § 994 A 1 a. E.

d) **Stabelfpfandrecht**: § 1205 A 5 Abs 2.

e) **Pfandrechte an Schiffen**: §§ 1259 ff.; § 1242 A 7.

f) **Pfandrechte an Schuldbuchforderungen**: § 1279 A 3.

g) **Pfandgläubigerrechte in der landwirtschaftlichen Entschuldung**: § 1228 A 4; § 1252 A 1.

h) **Pfändungspfandrecht**: A 3a—c vor § 1204; § 1204 A 1 und 8; § 1207 A 2; § 1208 A 9; § 1210 A 2; § 1232 A 3; § 1238 A 2; § 1240 A; § 1242 A 6; § 1244 A 1 d und A 4; § 1247 A 1 und 2; § 1248 A 5; § 1253 A 6; § 1255 A 1; § 1257 A 3; § 1258 A 7; § 1273 A 3; § 1287 A 1 und 2; § 1290 A 2; § 1292 A 5; § 1293 A.

i) Pfandleihe: § 1205 A 8 Abs 1; § 1207 A 4; § 1287 A 2; § 1294 A und zur Rechtserneuerung: Bod ZfWR 1939, 123.

k) Pfandrecht an Steuergutscheinen: 2. DurchfWD zum Neuen Finanzplan v. 1. 7. 1939, §§ 11, 12 RGBl. 1939 I, 1078.

2. Bestrebungen zur Rechtserneuerung auf dem Gebiete des „Mobiliarkredits“ und der Gläubigersicherstellung: vgl. hierüber § 929 A 1 und Vorbem zu § 455 (Eigentumsvorbehalt), § 930 A 6 (Sicherungsübereignung), § 1259 A 7 (Schiffspfandrecht); auch § 398 A 1 (Sicherheitsabtretung). Über die Frage der entsprechenden Anwendung der Pfandrechtsvorschriften auf die Sicherungsübereignung und die Sicherheitsabtretung und sonstige hierauf bezügliche Fragen: § 1205 A 5 Abs 4 und A 6 Abs 1; § 1219 A 5; § 1220 A 5; § 1223 A 4 Abs 2; § 1228 A 3; § 1229 A 1; § 1233 A 1; § 1242 A 6; § 1250 A 3; § 1277 A 2; § 1282 A 6; § 1288 A 2.

3. Zwischenstaatliches Recht. a) Sachpfand (§§ 1204 ff.). Grundsätzlich entscheidet für das Sachpfandrecht das Recht der belegen Sache (vgl. EG Art 7 Abs 3 Satz 2, Art 11 Abs 2, Art 28; RG 8, 112; Gruch 29, 869; auch HansOG 1922 Hauptbl 206⁹⁹; SeuffA 22 Nr 205; 23 Nr 103; Staudinger-Raape zu Art 11 S. 189 f.), insbesondere hinsichtlich der Entstehung und der Verwertung des Pfandrechts, hinsichtlich der Gültigkeit der Verfallabrede und hinsichtlich des aus der Verpfändung entspringenden gesetzlichen Schuldverhältnisses, z. B. der den §§ 1214—1216 entsprechenden Rechtsbeziehungen (vgl. RG HRK 1930 Nr 2066 für den Nießbrauch). Dies gilt auch für das Arrestpfandrecht (RG 8, 112). Doch kann nach Art 55 § 3 des Internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnsachverkehr und Art 55 § 3 desjenigen über den Eisenbahn-Personen- und Gepäckverkehr (Verf vom 28. 8. 1935 RGBl 1935 II, 524, 599; 1938 II, 101, 806, 818, 830, 845, 876) das rollende Material einer Eisenbahn mit Einschluß aller dazugehörigen beweglichen Gegenstände in einem anderen Staate als demjenigen, dem die betreffende Eisenbahn angehört, nur auf Grund einer Entscheidung der Gerichte des Staates mit Arrest belegt oder gepfändet werden, dem die Eigentumsbahn angehört. Ein gesetzliches Pfandrecht kann nur wirksam entstehen, wenn sowohl die Rechtsordnung, die das zugrundeliegende Schuldverhältnis beherrscht, als auch die am Ort der belegen Sache geltende das Pfandrecht übereinstimmend gewähren. Wird die verpfändete Sache in ein anderes Land gebracht, so richten sich die Verwertung des Pfandrechts sowie die aus der Verpfändung entspringenden gesetzlichen Beziehungen nunmehr nach dem anderen Recht. Gesetzliche Pfandrechte, die dieses neue Recht nicht kennt, können daher während des Aufenthalts der Sache in diesem Gebiet nicht geltendgemacht werden. Dasselbe gilt für Vertrags- oder Registerpfandrechte, die diesem Recht unbekannt sind (RG JW 1893, 207⁹⁹; vgl. auch SeuffA 16 Nr 1). Ebenso kann durch die Ortsveränderung eine ursprünglich wirksam vereinbarte Verfallabrede ihre Wirksamkeit verlieren (vgl. SeuffA 19 Nr 107). Für die pfandgesicherte Forderung ist das die Forderung beherrschende Recht maßgebend. Über devisenrechtliche Fragen (Einfluß des Devisenrechts auf das Pfand nach internationalem Privatrecht; Devisengenehmigung bei Verwertung von Sicherheiten): Dietrich ZJ 1934, 1638; 1935, 717.

b) Das Schiffspfandrecht (§§ 1259 ff.) ist zwischenstaatlich nach dem Flaggenrecht des Schiffes zu beurteilen (vgl. aber Planck-Stad § 1260 A 4 Abs 2). Eine nach diesem Recht im Ausland begründete Schiffshypothek ist auch im Deutschen Reich anzuerkennen (RG 45, 276; SeuffA 17 Nr 111; 23 Nr 2). In einem Fall, wo das Flaggenrecht keine Eintragung der Hypothek ins Schiffsregister erforderte, ist die Anerkennung der Hypothek auf Grund von Art 30 EG — wohl zu streng — verweigert worden (RG 80, 130). Ist an einem deutschen Schiff im Ausland ein Pfandrecht durch Eintragung in ein öffentliches Register begründet worden, dem Erwerber eines neuen Pfandrechts aber, das nach der Aufnahme des Schiffes in ein deutsches Schiffsregister in dieses eingetragen worden ist, ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so wird dieses neue Pfandrecht durch das ältere nicht beeinträchtigt (RG 77, 1; Warn 1913 Nr 16; vgl. § 1262). Wegen der Schiffsgläubigerrechte im Sinne des § 754 HGB: RG 81, 283; Warn 1913 Nr 254; DVG Stettin JW 1932, 2635⁹⁹). — Die Rangordnung der Vorzugsrechte in der Zwangsversteigerung richtet sich nach dem Recht des Gerichtsortes. Das gilt auch von einer im Ausland stattfindenden Versteigerung deutscher Schiffe (RG 45, 276; 81, 285; HRK 1930 Nr 1448; vgl. auch ZJ 1911, 52 f. und RG 77, 1). Ist aber nach dem anwendbaren sachlichen Recht ein ausfallender Gläubiger besser berechtigt, so kann er, trotz der abweichenden Zuteilungen in der ausländischen Zwangsversteigerung, die Bereicherungsklage erheben (RG HRK 1930 Nr 1448; vgl. dazu Hamburg HansOG 1929 B Nr 227). — Das Arrestpfandrecht richtet sich nach dem Rechte des Hafens, wo das Schiff mit Arrest belegt wird. Das Verbot, gefegelfertige Schiffe mit Arrest zu belegen (§ 482 HGB), erstreckt sich demnach auch auf Schiffe fremder Flagge. — Näheres über diese Fragen: Staudinger-Raape zu Art 30 S. 803 ff.; Planck-Stad § 1260 A 4; § 1261 A 4; § 1262 A 1 Abs 1, A 2 a. E.

c) Das Pfandrecht an Rechten (§§ 1273 ff.) richtet sich zwischenstaatlich nach der Rechtsordnung, die das verpfändete Recht beherrscht. Wertpapiere werden vielfach wie bewegliche Sachen behandelt; das Pfandrecht an ihnen soll sich nach dem Recht des Ortes richten, wo sie sich befinden. RG 28, 111 erklärt das Recht des Ortes für maßgebend, wo der Verpfändungsvertrag

abgeschlossen wurde. Da aber die Forderung häufig einem anderen Recht unterliegt als dem Recht des Ortes, wo das Wertpapier sich gerade befindet, und dem Gläubiger mit einem Pfandrecht allein am Papier nicht gedient ist, wird, um die missliche Trennung von Recht und Papier zu vermeiden, die Verpfändung des Wertpapiers nach dem Recht zu beurteilen sein, dem die Forderung untersteht oder auf das dieses Recht verweist. — Die Forderungen einer Eisenbahn aus zwischenstaatlicher Beförderung gegen eine andere Eisenbahn, die nicht dem gleichen Staate angehört, können nur auf Grund einer Entscheidung des Gerichts des Staates mit Arrest belegt oder gepfändet werden, dem die forderungsberechtigte Eisenbahn angehört (Art 55 § 2 der beiden Internationalen Übereinkommen über den Eisenbahnfracht- [Personen- und Gepäc]-verkehr; oben A 3a).

Über zwischenstaatliches Bankverwahrrecht: oben A 1a a. G.

[Das österreichische und jüdenländische Recht weicht in mehrfacher Hinsicht vom BGB ab. Zum wirksamen Erwerb des Pfandrechts bedarf es eines Titels (§ 449 OABGB). Grundsätzlich gilt auch der Grundsatz des Faustpfandrechts; die Besitzübertragung kann aber vielfach symbolisch erfolgen, so genügt z. B. die Anbringung eines Verpfändungsvermerks an Maschinen (§ 452 OABGB). Gutgläubiger Erwerb des Pfandrechts ist nur möglich beim Erwerb vom vermeintlichen Erben, dem die Erbschaft eingantwortet worden war (§ 824 OABGB), beim redlichen Erwerb von einem befugten Geschäftsmann oder demjenigen, dem der Eigentümer die Sache anvertraut hatte; doch ist in den beiden letzteren Fällen der Eigentümer berechtigt, die Sache durch Schadloshaltung des redlichen Pfandinhabers auszulösen (§ 456 OABGB). Das Pfand ist Zug um Zug gegen Zahlung der Schuld zurückzugeben (§ 469 OABGB). Der Pfandverkauf kann nur gerichtlich und nur nach vorgängiger Erlangung eines Vollstreckungstitels erfolgen (§ 461 OABGB); der Schuldner hat kein Recht, bei einer Versteigerung mitzubieten (§ 462 OABGB). Das Pfandrecht darf sich auf die Fruchtnießung nicht erstrecken (§ 1372 OABGB). — Für die Anwendung des OABGB ist maßgebend, wo die verpfändete Sache sich befindet. Dabei dürfte von allen Abweichungen vom BGB nur das Auslösungsrecht des § 456 OABGB Schwierigkeiten bereiten. Richtig dürfte es sein, das in Österreich einmal entstandene Lösungsrecht auch bei uns anzuerkennen, zumal Art 94 Abs 2 EG zeigt, daß derartige Lösungsrechte unserer Rechtsordnung nicht fremd sind. Ist also das Pfand in Österreich redlich erworben, so bleibt der Eigentümer auch dann zur Auslösung berechtigt, wenn die Pfandsache inzwischen ins alte Reichsgebiet verbracht worden ist. — Die Verpfändung von Wertpapieren erfolgt in den bezeichneten Rechtsgebieten durch Einigung und Übergabe der Papiere, die von Forderungen durch deren symbolische Übergabe (§ 452 OABGB); wie letztere beschaffen sein muß, ist streitig; richtiger Ansicht nach ist Anzeige der Verpfändung an den Schuldner nötig. Die Verpfändung einer dem österreichischen Recht unterstehenden Forderung erfolgt daher im alten Reichsgebiet durch Einigung und Anzeige an den Schuldner wie nach § 1280 BGB. (Weißke.)]

4. Urkundensteuer bei Verpfändungserklärungen: UrkundensteuerG vom 5. 5. 1936 § 23 RGBl 1936 I, 407; 1938 I, 1556; 1939 I, 370; bei Bestellung von Schiffspfandrechten: das. § 28. Dazu Janberg über Urkundensteuer bei der Bestellung und Abtretung von Grund- und Schiffspfandrechten: DZ 1939, 475.

Erster Titel

Pfandrecht an beweglichen Sachen

§ 1204

1) Eine bewegliche Sache²⁻⁷⁾ kann zur Sicherung einer Forderung⁸⁾ in der Weise belastet werden, daß der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache⁹⁾ zu suchen (Pfandrecht).

Das Pfandrecht kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden^{10) 11) 12).}

§ I 1145 II 1113; W 3 797—799; B 3 440.

1. Die Begriffsmerkmale des Pfandrechts an beweglichen Sachen (Faustpfandrechts, Fahrnispfandrechts) sind im Abs 1 zunächst für das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht gegeben. Sie gelten aber in gleicher Weise für das gesetzliche Pfandrecht (§ 1257) und für das durch Pfändung entstandene Pfandrecht an beweglichen Sachen (BPD § 804). Das Pfandrecht ist danach das dingliche Recht an einer fremden beweglichen Sache, das dem Gläubiger einer Forderung zur Sicherung für diese die Befugnis zur Befriedigung aus der Sache, also ein zur Forderungssicherung gegebenes dingliches Befriedigungsrecht gewährt.

Das Pfändungspfandrecht steht aber unter den Vorschriften des BGB nur, soweit sich nicht aus der BPD etwas anderes ergibt (MG 61, 333; 114, 386; 156, 397; vgl. A 6 zu § 1242; A 3 zu § 1257; A 1h vor § 1204), und nur seinem Inhalt, nicht seiner Entstehung nach. Pfändet also der Gerichtsvollzieher bei dem Schuldner die Sache eines Dritten mit dessen Einverständnis,

So entsteht kein dinglich wirksames Pfändungspfandrecht (ebenso Jonas-Pohle ZPD, 16. Aufl. 1939, § 804 A II 3). Diese von RG 60, 73 offen gelassene Frage ist zu Unrecht beacht in OLG 41, 184. In einem solchen Fall wird aber der Gläubiger in der Lage sein, der Widerspruchsklage des Dritten schuldrechtlich den Einwand des Verzichts entgegenzusetzen. Der Annahme, ein Vertragspfandrecht sei entstanden, steht regelmäßig die fehlende Willensrichtung der Beteiligten und weiter der Umständen entgegen, daß der pfändende Gerichtsvollzieher nicht rechtsgeschäftlicher Vertreter des Gläubigers ist (RG 90, 194).

2. Bewegliche Sache. Wegen des Begriffs Sache vgl. § 90. Da nur bewegliche Sachen verpfändet werden können, so scheiden noch stehende Bäume, Früchte auf dem Halm und sonstige wesentliche Bestandteile eines Grundstücks (§ 94) aus dem Kreise der verpfändbaren Sachen aus. Zu den beweglichen Sachen gehören grundsätzlich auch Schiffe, vor wie nach dem Stapellauf; die §§ 1259—1272 gelten nur für die im Schiffsregister eingetragenen Schiffe und Schiffsanteile (RG 152, 97). In § 1258 wird das Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers (vgl. § 1008 A 2) nicht als Pfandrecht an einem Recht (§ 1273), sondern als Pfandrecht an einer beweglichen Sache (§ 1204) behandelt (RG 146, 336). Der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung sind Früchte, die vom Boden noch nicht getrennt sind, unterworfen (ZPD § 810). Gegenstand eines vertraglichen Pfandrechts können sie, wie andere Bestandteile des Grund und Bodens, nicht sein. In neueren Gesetzen ist aber ein gesetzliches Pfandrecht („Früchtepfandrecht“: ZD vom 27. 9. 1932 § 12 Nr 6 RGBl I, 475; ZD v. 14. 2. 1933 § 8 Nr 4 RGBl I, 65; SchuldenregelungsG v. 1. 6. 1933 § 30 Nr 1 RGBl I, 335; OsthilfeabwicklungsZD v. 21. 12. 1934 § 7 Abs 1 Nr 1 RGBl I, 1282; ZD über die Bevorschussung von Brotgetreide v. 17. 10. 1938 § 2 Abs 3 RGBl I, 1442 [vgl. zum Früchtepfandrecht: Wallinger DRPfl 1938, 170; § 1209 A 6]) eingeführt worden, das auch die noch nicht vom Grundstück getrennten Früchte ergreift (vgl. die ZD v. 23. 1. 1932 RGBl I, 32, 71 und v. 19. 1. 1933 RGBl I, 23, das Gesetz v. 20. 12. 1933 RGBl I, 1095 und jetzt vom 19. 11. 1936 RGBl I, 939, sämtlich die Sicherung der Düngemittel- u. Saatgut-Versorgung betreffend; ferner das Gesetz z. Versorgung mit Schädlingsbekämpfungsmitteln und Hopfenbinde-material vom 25. 4. 1933 RGBl I, 227 [für das Erntejahr 1933] und das Gesetz z. Sicherung von Gräserntebiten vom 28. 3. 1934 RGBl I, 254 [amtl. Begr. DJ 1934, 436], jetzt vom 19. 4. 1939 RGBl I, 796; die ZD z. Sicherung der Düngemittel- und Saatgutversorgung im Lande Österreich vom 7. 10. 1938 RGBl I, 1343; bezgl. in den sudetendeutschen Gebieten vom 13. 1. 1939 RGBl I, 31). Das Früchtepfandrecht erstreckt sich auf Waldbäume, die auf dem Gut gefällt werden, und die daraus geschnittenen Bretter; es ist nicht gesagt, daß es Früchte sein müssen, für welche die Düngemittel beschafft oder verwendet worden sind (HR 1934 Nr 1714). Grundstückszubehör kann, wie veräußert, so auch verpfändet werden, da die Zubehörerschaft die Beweglichkeit nicht aufhebt. Inwieweit Zubehör bei Hypothekbelastung des Grundstücks mit diesem haftet, ergeben die §§ 1120—1122; soweit hiernach verpfändete Zubehörfstücke für die Hypothekforderung haften, geht die hypothekarische Belastung dem Pfandrecht vor. Unpfändbare Sachen (ZPD § 811) sind grundsätzlich nicht unverpfändbar; sie können dann gegebenenfalls auch im Wege des Pfandverkaufs veräußert werden (vgl. A 2 zu § 1233; JW 1936, 2365⁶⁰). Ob ein solcher Verpfändungsvertrag im einzelnen Fall sittenwidrig und deshalb nichtig ist, läßt sich nur nach den vorliegenden Umständen entscheiden. — An einer ihm selbst gehörigen Sache kann der Gläubiger kein Pfandrecht erwerben (vgl. § 1256; für das Pfändungspfandrecht: Jonas-Pohle, ZPD § 804 A II 4).

Der beweglichen Sache ist die übertragbare: RG 140, 225; HR 1937 Nr 1294) Anwartschaft des Käufers einer Sache unter Eigentumsvorbehalt (§ 455; ob. § 929 A 1) gleich zu behandeln; die Verpfändung (oder Übertragung) der Anwartschaft bedarf als Verfügung über belastetes Eigentum derselben Formen wie die Sachverpfändung (oder Übereignung) (vgl. Lehgus, Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt, 1938, 21, 25; Weadter ZMDR 1938, 593).

3. Natürliche Selbständigkeit der Sachen; Teile. Auch Bestandteile beweglicher Sachen können, solange die Bestandteileigenschaft dauert, nicht für sich verpfändet werden, z. B. nicht das Kalb in der Kuh. Entstehung von Sonderpfandrechten an Bestandteilen ist schlechthin unmöglich. Dagegen kann am Anteil eines Miteigentümers ein Pfandrecht bestellt werden (§§ 1009, 1258). Das gilt nicht von unausgeschiedenen Teilstücken einer im Alleineigentum stehenden Sache oder Sachmenge. Der Eigentümer eines Fasses Wein kann nicht ohne Auscheidung ein Drittel davon verpfänden, weil es an der Selbständigkeit der Pfandsache mangelt. Was in A 2 zu § 929 und A 3 zu § 930 für die Übereignung gesagt ist, gilt entsprechend auch für die Verpfändung.

4. Verwertbarkeit. Der Zweck des Pfandrechts, dem Gläubiger Befriedigung aus dem Pfande zu gewähren, führt dazu, von der Verpfändbarkeit solche Sachen auszuscheiden, die ihrer Art nach in der vom Gesetz vorausgesetzten Weise nicht verwertet werden können. Dies gilt insbesondere in der Regel von Urkunden, die nur zum Beweise von Forderungen bestimmt, nicht, wie die Schuldverschreibungen auf den Inhaber, selbst Träger des Vermögenswerts sind. Aus diesem Grunde können Hypothekendriefe, Lebensversicherungsscheine und Schiffsbriefe nicht für sich allein Gegenstand des Pfandrechts sein (RG 51, 86; 66, 26 f.; 149, 95; RG JW 1904, 555¹⁶; 22. 6. 12 V 85/12; 18. 4. 1939 VII 176/38; vgl. auch § 1274 A 1). Dasselbe hat aber auch in der

Regel von Hinterlegungscheinen (RG 14. 4. 16 VII 32/16) und Sparkassenbüchern (RG 68, 282), auch vom Kraftfahrzeugbrief (Spohr AutoR 1937, 7; § 932 A 6) und von den Postsparkbüchern zu gelten (vgl. hierüber Dhnefjorge ZfWR 1938, 615 und wegen der Unpfändbarkeit der Postsparkasseneinlagen überhaupt: § 1274 A 3 a. E.), dagegen nicht auch vom Filminstitut, einer selbständiger Rechtsbeziehungen fähigen Sache, deren Besitz an sich nur die Möglichkeit zur Herstellung von Abzügen gewährleistet (RG 145, 174). Vgl. auch § 1223 A 2 Abs 2. Nicht selten wird jedoch die „Verpfändung“ eines selbständigen Papiers gemäß § 140 als Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts (Verficherungsschein: RG JW 1936, 1828⁸; vgl. auch ZfPrW 1935, 2064; § 986 A 4; § 1280 A 5; § 1287 A 2) oder als Verpfändung des verbrieften Rechts (RG Warn 1932 Nr 137), wenn nicht als Ermächtigung für den Gläubiger anzusehen sein, sich durch Benützung der Urkunde bezahlt zu machen (Abhebung der Sparbeträge, RG 51, 83; vgl. auch RG 66, 27; 136, 426; 149, 94; hierin liegt indessen nur eine persönliche Befugnis, kein Pfandrecht [DVG 26, 204]). Was gewollt ist, ist im einzelnen Fall durch Auslegung zu ermitteln. In einem Schiffsbrief kann aber nicht einmal ein persönliches Zurückbehaltungsrecht bestellt werden, weil ihn das seiner gesetzlichen Bestimmung entziehen würde (SMR 1933 Nr 938). — Unter dem Worte „Verpfändung“ kann sich auch ein anderes Rechtsgeschäft, z. B. eine Sicherungsübereignung oder Abtretung verbergen. So bei der Verpfändung von Mieten (DVG 26, 203).

5. Sachgesamtheiten. Inbegriffe von Sachen können als solche nicht Gegenstand des Pfandrechts sein. Vom Pfandrecht ergriffen werden stets nur die einzelnen körperlichen Sachen. Für jede dieser einzelnen Sachen müssen die Voraussetzungen zur Entstehung des Pfandrechts vorliegen. Bei jeder einzelnen muß, wenn es sich um den Rang des Rechtes handelt, besonders geprüft werden, in welchem Zeitpunkt alle wesentlichen Voraussetzungen für die Entstehung des Rechtes (§§ 1205 ff.) erfüllt worden sind (RG 53, 218 [Holzlager]; RG 68, 49; 70, 228; 95, 235 [Gewerbe- oder Handelsunternehmen]; RG JW 06, 224⁷ [Warenlager]). Dies hindert nicht, die einzelnen zu verpfändenden Gegenstände bei der Einigung über die Pfandbestellung mit der Gesamtbezeichnung zusammenzufassen. Einzelne wirkliche Teile von Sachgesamtheiten können verpfändet werden, gedachte (ideelle) nicht. Mit dem an die Spitze gestellten Grundsatz hat auch das schon in A 6 Abs 1 zu § 930 erwähnte Gesetz, betr. die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter vom 9. 7. 1926 RWBI 1926 I, 399, 412; 1933 I, 121, das sogenannte **Pächterkreditgesetz**, nicht gebrochen. Wird auch „das Inventar“ verpfändet, so werden doch von dem Pfandrecht („**Inventarpfandrecht**“: 3. DurchfWD z. EntschuldungsWD. v. 22. 9. 1932 § 1 RWBI I, 482; WD v. 14. 12. 1932 § 2 RWBI I, 561; WD v. 27. 4. 1933 Art 2 § 3 RWBI I, 232; SchuldenregelungsG v. 1. 6. 1933 § 31 RWBI I, 336; PächterentschuldungsWD v. 12. 3. 1935 Art 1 RWBI 1935 I, 360; KofenD v. 25. 11. 1935 § 117 RWBI 1935 I, 1998; 1938 I, 1684; 1939 I, 850; vgl. auch § 1205 A 5 Abs 4) nur die einzelnen Stücke ergriffen und auch diese nur, soweit sie nicht von der Verpfändung ausgenommen sind (§ 3 des Ges.). Bei jedem einzelnen Stück ist außerdem zu untersuchen, ob es dem Pächter gehört und ob etwa der Gläubiger wegen seines guten Glaubens an das Eigentum des Pächters das Pfandrecht auch dann erworben hat, wenn es dem Pächter nicht gehört (§ 4). Im Wege des Pfandverkaufs wird nicht das „Inventar“ im ganzen veräußert, sondern nur das einzelne Stück; dabei brauchen endlich auch nicht alle Stücke veräußert zu werden (§ 10). „Inventar“ bedeutet in dem genannten Gesetz dasselbe wie in § 586, nämlich die Gesamtheit der beweglichen Sachen, welche der landwirtschaftlichen Betriebsführung auf einem bestimmten Grundstück dienen; nur tritt an die Stelle der Zugehörigkeit zum Grundstück als solchem die Zugehörigkeit zum landwirtschaftlichen Betrieb des Pächters (RG 142, 201). Es kann sich auch um einen Betrieb handeln, bei dem zu einem dem Betriebsinhaber gehörenden Hof Land zum Zwecke land- oder forstwirtschaftlicher Nutzung hinzugepachtet ist (PächterentschuldungsWD v. 12. 3. 1935 Art 1 Abs 2 RWBI 1935 I, 360).

6. Geld kann als bewegliche, körperliche Sache ebenfalls verpfändet werden. Zu prüfen wird jedoch immer sein, ob die Beteiligten die Sicherung durch die Übergabe des Geldes wirklich in dem Sinne vereinbart haben, daß die Geldstücke im Eigentum des Hingebenden bleiben und nur mit einem Pfandrecht zugunsten des Empfängers belastet sein sollen, oder dahin, daß der Empfänger Eigentümer werden soll. Auf dieses wird es hindeuten, wenn eine Verzinsung vereinbart ist. Daß nur die Sicherung der Endzweck des Geschäfts ist, steht der Übereignung nicht im Wege (Sicherungsübereignung). Vgl. im übrigen wegen des „unregelmäßigen Pfandes“: § 1205 A 6 Abs 2.

7. Zukünftige Sachen. Da Sache nach § 90 „körperlicher Gegenstand“ ist und körperliche Gegenstände nur wirklich bestehende Gegenstände sind, so ist es unmöglich, daß ein Pfandrecht an einer zukünftig erst entstehenden oder selbständig werdenden Sache schon vor ihrer Entstehung ins Leben tritt. Dagegen ist es möglich, die Entstehung eines Pfandrechts an einer künftigen Sache rechtsgeschäftlich vorzubereiten (§ 1204 A 10; § 1273 A 1). Die Einigung über die Bestellung des Pfandrechts kann auch über Sachen, die ein selbständiges Dasein noch nicht haben, auf den Fall, daß sie es erlangen, von vornherein getroffen werden. So kann vereinbart werden, daß der Gläubiger ermächtigt sein soll, die Früchte des dem Schuldner gehörenden Grundstücks einzuernten und als Pfand für seine Forderung zu behalten, daß Bestandteile bei ihrer künftigen Trennung verpfändet

sein, Ersatzstücke an die Stelle einzelner abgehender Pfandstücke treten sollen („Surrogierungs“-abrede; **RG** 53, 218). Festzuhalten ist aber dabei, daß das Pfandrecht nicht vor dem Zeitpunkt ins Leben tritt, in dem die Pfandsache als selbständige Sache wirklich besteht, und auch dann nur entsteht, wenn alle Bestellungsbedingungen erfüllt sind (§ 1205).

8. Zur Sicherung einer Forderung. Das Pfandrecht ist in seinem Bestand abhängig von dem Bestande der Forderung, zu deren Sicherung es dienen soll (**RG** 153, 347f.). Es ist von ihr untrennbar, und hat ohne sie keine Lebensfähigkeit; darin liegt seine sog. „akzessorische“ Wesensart begründet (§ 1250 A 1). Die Forderung muß dem Gebiete des Vermögensrechts angehören und entweder auf Geldleistung gerichtet sein oder doch im Falle der Nichterfüllung in eine Geldforderung übergehen können. Das Pfandrecht für die ursprüngliche Forderung verwandelt sich dann ohne weiteres in ein Pfandrecht für die Ersatzforderung (vgl. aber wegen des Pfändungspfandrechts: **RG** 114, 386 und A 2 zu § 1210). Die Forderung kann sich gegen den Pfandbesteller und Eigentümer des Pfandes oder gegen einen Dritten richten (Pfandbestellung für fremde Schulden). Besondere Formvorschriften, wie bei der Bürgschaft, sind dafür nicht gegeben. Ist die Forderung von vornherein nichtig, so entsteht kein Pfandrecht. Ist jedoch im Wege des § 140 statt der von den Beteiligten beabsichtigten Forderung eine andere entstanden, so muß auch das Pfand als für diese bestellt gelten. Ob man noch einen Schritt weitergehen und annehmen darf, daß das Pfandrecht auch zugunsten anderer Forderungen aufrechterhalten wird, die an Stelle der ursprünglich beabsichtigten, aber eines Nichtigkeitsgrundes wegen nicht ins Leben getretenen Forderungen entstanden sind (Verreicherungsansprüche), ist zweifelhaft und jedenfalls nicht im allgemeinen zu bejahen. Eine Ausnahme wird in solchen Fällen zumeist das Recht der Zurückbehaltung (§ 273) der vermeintlich zu Pfand gegebenen Sache bis zur Erfüllung der Forderung bieten (**RG** 66, 26; 136, 426). Wegen der Bestellung eines Pfandrechts für Forderungen aus an sich unwirksamen Börsertermingeschäften: § 54 BörsenG (**RGBl** 1908, 228) und dazu **RG JW** 1921, 464^a (der Erlös auftragsgemäß verkaufter Pfänder haftet nicht für die Vermingeschäfte). Ansprüche, die nicht Forderungen sind, können durch Pfandrecht nicht gesichert werden. So nicht der Ausgleichsanspruch nach § 2050 (**RG** 14. 5. 12 VII 46/12) und die Ansprüche auf Unterlassung, soweit diese nicht im Nichterfüllungsfall in Geldforderungen übergehen. Ebensovienig dingliche Rechte, wie z. B. die Grundschuld oder die Hypothek. Was **RG** 93, 234 für die Bürgschaft ausgesprochen hat, gilt auch für das Pfandrecht. Es kann aber jemand die Gewähr dafür übernehmen, daß eine Grundschuld oder eine Hypothek zur Hebung gelangt, und für die so übernommene Verpflichtung ein Pfandrecht bestellen. Selbstverständlich können auch Vertragsstrafen durch Pfandrecht gesichert werden, selbst wenn sie für den Fall einer Verletzung von Ansprüchen oder Rechten vereinbart sind, die man nicht unmittelbar durch ein Pfandrecht zu sichern vermag.

Die verjährte Forderung kann durch Pfand gesichert werden. Dies ergibt sich aus den §§ 222, 223. Denn abgesehen davon, daß nach § 222 Abs 1 durch die Verjährung der Anspruch nicht erlischt und nach § 223 die Verjährung das bestehende Pfandrecht (abgesehen von dem Pfandrecht für die Zinsenrückstände) nicht berührt, räumt § 222 Abs 2 der Sicherungsleistung für den bereits verjährten Anspruch Wirksamkeit selbst dann ein, wenn die eingetretene Verjährung dem Sicherheitsleistenden unbekannt war. In den übrigen Fällen, in denen das Gesetz zwar die Geltendmachung einer Verbindlichkeit ausschließt, gleichzeitig aber die Rückforderung des zur Erfüllung Geleisteten verjagt, darf hieraus nicht ohne weiteres abgeleitet werden, daß eine natürliche Verbindlichkeit vorliege, die durch Pfand gesichert werden könne. Vielmehr ist auf den Grund der Gesetzesvorschrift zurückzugehen. Überall, wo der Verbindlichkeit die Anerkennung versagt wird, weil sie einem Verhalten zugute käme, das gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist auch die Verstärkung einer solchen Verbindlichkeit und damit die Bestellung des Pfandrechts zu ihren Gunsten ausgeschlossen. So in den Fällen des § 817. Die Anordnung, daß die Rückforderung unzulässig ist, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, beruht nicht auf der Erwägung, daß der beiderseitige Verstoß sich ausgleiche und deshalb die Rechtsänderung Schutz verdiene, sondern auf der Erwägung, daß dem Leistenden gegen den Schädten, den er sich durch den Verstoß selbst zugefügt, kein Rechtsschutz gebühre. Die Möglichkeit der Bestellung des Pfandrechts muß aber auch in den Fällen verneint werden, in denen das Gesetz zwar nicht die zugrunde liegende Rechtshandlung verbietet oder als sittenwidrig erachtet, aber den Gedanken des Zwanges zur Erfüllung als dem Rechtsgefühl zuwiderlaufend ablehnt. So bei Spiel und Wette und beim Heiratsvermittlerlohn (§§ 762 ff., 656). Zuzulassen aber wird die Pfandbestellung dort sein, wo sie zugunsten der Verbindlichkeit aus einer sittlichen Pflicht oder einer Anstandspflicht vorgekommen wird (§ 814). Denn in diesen Fällen ist aus dem Gesetze selbst nichts ersichtlich, was der Verstärkung der sittlichen Pflicht oder der Anstandspflicht durch die Beteiligten entgegenstände. Ob mit der Pfandbestellung gleichzeitig eine klagbare Forderung geschaffen ist, ergeben die Umstände des Falles.

9. Befriedigung aus der Sache bedeutet eine solche durch die Verwertung der Sache selbst, nach Maßgabe des Gesetzes. Ist vereinbart, daß der Gläubiger nur aus den Früchten der Sache Befriedigung suchen, ihm aber nicht gestattet sein soll, sich aus der Sache selbst zu befriedigen, ins-

besondere auch dann nicht, wenn ein nachstehender Pfandgläubiger — etwa ein Pfändungspfandgläubiger — zur Pfandversteigerung schreitet, so ist ein Pfandrecht an der Sache nicht bestellt (vgl. § 1228 A 1). Vereinbar ist dagegen das Pfandrecht an der Sache mit einem Übereinkommen, daß der Pfandgläubiger sich nach und nach aus den Früchten für Zinsen und Kapital zu befriedigen hat und sich nur dann an die Pfandsache selbst halten darf, wenn die Früchte ausbleiben oder ein Dritter zum Pfandverkauf schreitet.

10. Künftige oder bedingte Forderungen sind Ansprüche, deren zukünftiges Entstehen bei der Pfandbestellung in Aussicht genommen wird und die für den Fall ihrer Entstehung durch das Pfand gesichert werden sollen (RG Warn 1912 Nr 345). Die Vorschrift hat Bedeutung für aufschiebend bedingte oder betagte und für solche Forderungen, die nur künftlich möglicherweise entstehen werden. Aus der Freiheit, ein Pfandrecht für künftlich möglicherweise entstehende Forderungen zu bestellen, muß aber weiter geschlossen werden, daß es auch zulässig ist, ein Pfandrecht für eine Forderung zu bestellen, die nur möglicherweise jetzt besteht, deren Bestand aber ungewiß ist. Das ergibt sich auch aus § 232. Pfandbestellungen dieser Art sind insbesondere zur Sicherung der aus einer Geschäftsverbindung „jetzt schon bestehenden oder künftlich noch entstehenden“ Forderungen üblich (RG 22.5.12 V 294/11); der Kreis der Forderungen, denen das Pfandrecht Sicherheit bieten soll, muß bestimmt erkennbar sein (vgl. Allgemeine Geschäftsbedingungen, herausgegeben von der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe, Fassung vom Dezember 1937, I 19 Abs 2 [§ 1205 A 1]: „auch bedingten oder befristeten“; ferner § 1274 A 3). Die nach § 774 auf den Bürgen übergehende Forderung kann zu Gunsten des Bürgen auch schon vor ihrem Übergang auf ihn durch ein Pfandrecht gesichert werden (RG HR 1938 Nr 151). Die Erklärung reicht hin, daß das Pfandrecht zugunsten aller Forderungen eines bestimmten Gläubigers an einen bestimmten Schuldner dienen soll (RG 78, 26; JW 1911, 367²³). Im Grundbuchverkehr kommt dies z. B. dadurch zum Ausdruck, daß die Verpfändung einer Hypothek, die zur Sicherung einer dem Betrage nach unbestimmten Forderung gesehen ist, eingetragen werden kann, ohne daß es der Angabe eines Höchstbetrags der Forderung bedarf (RZA 12, 262). Eine dem § 1115 entsprechende Vorschrift besteht für das Fahrnispfandrecht nicht. Pfandrechte für künftige, betagte, bedingte und ungewisse Forderungen sind, weil jedes Pfandrecht grundsätzlich in seinem Bestande von dem Bestande der Forderung abhängt, insoweit, als eine schon entstandene Forderung noch nicht vorhanden ist, also keine wirklichen Pfandrechte, sondern Rechtsgebilde, die sich zu wirklichen Pfandrechten entwickeln können. Nur aus Gründen des Verkehrsbedürfnisses werden sie vom Gesetz auch während des Schwebezustandes als Pfandrechte bezeichnet und behandelt. — Wegen der Berechnung der Urkundensteuer, wenn es sich um eine Verpfändung von Guthaben und Depots in jeweiliger Höhe zur Sicherung aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen aus einer Bankverbindung handelt: RZinh BanA XXXVII/XXXVIII (1938), 762.

11. Vereinbarte Beschränkungen. Mangels einer entgegenstehenden Bestimmung im Gesetz kann das Pfandrecht bei der Bestellung an Bedingungen geknüpft und zeitlich eingeschränkt werden. Eine Vereinbarung dahin, daß z. B. bei Verpfändung für künftige Forderungen aus einer Geschäftsverbindung das Pfand nur bis zu einer bestimmten Höhe haften soll, beschränkt nicht das Pfandrecht auf einen Wertteil des Pfandgegenstandes; sie schränkt vielmehr nur die Sicherung auf einen Höchstbetrag der Forderungen ein und ist in diesem Sinne zulässig und wirksam. Hat jemand auf Zeit ein Pfand für eine fremde Schuld bestellt, so wahrt der Gläubiger die Frist, wenn er vor ihrem Ablauf dem Verpfänder ankündigt, er werde das Pfand in Anspruch nehmen; so RG 68, 145 unter Hinweis auf § 777, ohne indessen die Frage ausdrücklich zu entscheiden.

12. Zwischenstaatliches Recht und Verhältnis zum österreichischen Recht: vgl. A 3 vor § 1204.

§ 1205

1) ²⁾ Zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, daß der Eigentümer ³⁾ die Sache dem Gläubiger ⁴⁾ übergibt ⁵⁾ und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll ⁶⁾. Ist der Gläubiger im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts ⁷⁾.

Die Übergabe einer im mittelbaren Besitze des Eigentümers befindlichen Sache kann dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt ⁸⁾ ⁹⁾.

© I 1147 II 1114; R 3 800—802; P 3 441—443.

1. Schaffung des Pfandrechts durch Rechtsgeschäft, Pfandbestellung. Die §§ 1205 ff. beschäftigen sich nur mit dem Rechtsgeschäft, das unmittelbar die Schaffung des Pfandrechts zum Gegenstand hat und sie bewirkt. Der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, für eine Forderung ein Pfand zu bestellen, ist ausschließlich nach den Vorschriften über das Recht der Schuldverhältnisse zu beurteilen. Eine solche Verpflichtung ist nicht Voraussetzung der Pfand-

bestellung (RG 26. 11. 13 V 275/13). Ob eine bei Abschluß des Vertrags über die zugrunde liegende Forderung, z. B. des Darlehensvertrags, getroffene, auf die Pfandbestellung bezügliche Abrede lebendig die Übernahme einer Verpflichtung zur Pfandbestellung enthält oder schon die Zustimmung des Pfandrechts führende Einigung über die dingliche Rechtsänderung, ist Sache der Auslegung im Einzelfall. Ebenso ist es Auslegungsfrage, ob die Beteiligten in den auf die dingliche Rechtsänderung gerichteten Erklärungen (Einigung über die Pfandbestellung) zugleich eine Pflicht zur Pfandbestellung — zur Übergabe des Pfandes — haben übernehmen wollen. Auch schon bei der Unterzeichnung von Bankbedingungen (mit sog. Pfandabrede [Pfandklausel]) kann der beiderseitige Vertragswille unmittelbar auf die Begründung von Pfandrechten gerichtet sein (RG 84, 1; 135, 93; Warn 1933 Nr 115). Über die Frage, ob die auf Grund einer (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Unterwerfung unter die Pfandklausel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken bestehende Verpfändung von Werten eines persönlich haftenden Gesellschafters gemäß § 128 HGB auch als Verpfändung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft) zu gelten hat: Diesel BankW 1935/36, 161 (vgl. Allg. Geschäftsbedingungen, herausgegeben von der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe Dezember 1937 I 19 Abs 2, „gegen den Kunden und seine Firma“. Zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen überhaupt: Kaiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935; Haupt, Die Allg. Geschäftsbedingungen der Deutschen Banken, 1937).

2. Verwandtschaft mit den Grundfällen über die Eigentumsübertragung. Die Vorschriften über die Pfandrechtsbestellung schließen sich, obwohl diese nur eine Belastung, keine Veräußerung der Sache bedeutet, eng an die Vorschriften über die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen an; nur wird die Besitzüberlassung an den Erwerber bei der Pfandrechtsbestellung noch strenger und ausnahmsloser gefordert als bei der Eigentumsübertragung. Insbesondere ist § 1205 Abs 1 dem § 929 wörtlich nachgebildet (vgl. daher die Ann zu § 929). Hervorzuheben ist, daß sowohl die Einigung über die Pfandbestellung als auch die Einigung über die Übernahme der Gewalt an der Sache durch den Pfandgläubiger der tatsächlichen Inbesitznahme durch den Pfandgläubiger vorausgehen kann (RG Warn 1912 Nr 433). Es steht sogar nichts im Wege, daß die Beteiligten sich schon einigen, bevor der Verpfänder selbst das Eigentum erlangt hat (künftige Bestandteile von Warenlagern). Das zur Pfandrechtsbestellung erforderliche Einigsein muß aber zur Zeit der Übergabe der Pfandsache noch vorhanden sein (RG Warn 1933 Nr 115). Das braucht allerdings nicht bewiesen zu werden, wenn keine Einwendungen dagegen erhoben werden (RG 20. 12. 18 VII 191/18).

3. Eigentümer. Wegen der Verpfändung durch den Nichteigentümer: § 1207 (gutgläubiger Erwerb) und § 185 (Erwerb durch Verfügung des Nichtberechtigten mit Einwilligung des Berechtigten und Erwerb durch nachträgliches Wirksamwerden [Konkurrenz]).

4. Gläubiger ist bei Bestellung des Pfandrechts für eine künftige oder eine möglicherweise entstehende Forderung (§ 1204 Abs 2) der, dem diese künftige oder mögliche Forderung in Aussicht steht. Eine wirkliche Stellvertretung kommt, wenn ein Pfand bestellt werden soll, ebenso wie wenn eine Sache übereignet werden soll, nur bei der Einigung in Frage (Abs 2 zu § 929). Bei der Übergabe können dritte Personen mitwirken, auf der Seite des Pfandgläubigers aber nur Besitzmittler oder Besitzdiener (Abs 3 zu § 929 und wegen des Besitzmittlers: RG 118, 253, wegen des Besitzdieners: RG 67, 421; 77, 201). Besitzmittler darf der Verpfänder selbst aber nicht sein; eine dem § 930 entsprechende Vorschrift ist für das Bestellen eines Pfandes nicht gegeben. Soll das Pfand einem Abwesenden bestellt werden, so kann bei der Einigung ein Dritter als Vertreter ohne Vertretungsmacht auftreten (§ 177) und, wenn weder ein Besitzdiener noch ein Besitzmittler des Gläubigers gegenwärtig ist, kann der Verpfänder die Sache dem Dritten zur Verwahrung übergeben, den mittelbaren Besitz dem Gläubiger übertragen und die Verpfändung dem Dritten anzeigen. Genehmigt der Gläubiger alsdann die Einigung (§ 184), so ist das Pfandrecht nach Abs 2 entstanden.

5. Übergabe ist die Einräumung des Besitzes an den Gläubiger: der Eigentümer und Verpfänder muß seinen Besitz (oder doch — anders als bei der Übereignung [Abs 4 zu § 929] — seinen Alleinbesitz [§ 1206]) aufgeben (RG 57, 324); der Gläubiger muß den Besitz (oder doch den Mitbesitz [§ 1206]) mit dem Willen des Verpfänders erlangen. Erlangt der Gläubiger den Besitz ohne oder gegen den Willen des verpfändenden Eigentümers, so erlangt er trotz vorheriger Einigung über die Pfandbestellung kein Pfandrecht. Vereinbarung der Mieter mit dem Vermieter, daß dieser an den künftigen in die Mietsräume einzubringenden Sachen zugunsten rückfälliger Miete Pfandrecht haben und zur Besitzergreifung ermächtigt sein soll, so erlangt der Vermieter Pfandrecht nur, wenn die Besitzergreifung auf Grund dieser Vereinbarung mit Zustimmung des Mieters stattfindet, nicht aber dann, wenn der Mieter vor der Besitzergreifung seine Zustimmung zurückgezogen und der Vermieter trotzdem Besitz ergriffen hat (RG 53, 220; JW 05, 290¹⁵). Einigung und Übergabe sind nach § 1205 eben zwei selbständig nebeneinanderstehende Erfordernisse. Die Einigung kann vorhanden sein und doch kann der Eigentümer Über-

gabe und Besitzübergang nicht wollen (RG JW 08, 681¹⁹). Der Pfandgläubiger verliert deshalb das Pfandrecht wieder, wenn er den ihm eingeräumten Pfandbesitz vertragswidrig länger als verabredet behält (RG JW 1914, 681¹⁹).

Die Besitzeinräumung kann auf verschiedene Art vor sich gehen, insbesondere auch durch Überlassung des Besitzes an dem Raume, in dem die Pfandsache lagert. Dazu kann unter Umständen die Übergabe der Schlüssel genügen, selbst wenn sich nachher noch ein ebenfalls das Schloß schließender Schlüssel beim Verpfänder finden sollte (RG Gruch 48, 955). Selbst heimliches Zurückbehalten passender Schlüssel schadet nichts (RG 103, 100). Vorausgesetzt ist aber, daß die Schlüsselübergabe im einzelnen Fall dem Gläubiger auch tatsächlich ein Herrschaftsverhältnis oder Mitherrschaftsverhältnis über die Pfandsache verschafft hat (RG 77, 207). Die Übergabe von Schlüsseln zu einem Raume oder die Überweisung eines Raumes, an dem der Verpfänder die Mitbenutzung tatsächlich und offenkundig behält, genügt für sich allein aber nicht, dem Gläubiger den nach § 1205 nötigen ausschließlichen Besitz zu gewähren (RG 66, 258; SeuffA 66 Nr 70). Es schadet indessen nichts, wenn die Schlüssel dem Verpfänder gelegentlich und vorübergehend zur Vornahme bestimmter Verrichtungen in den Räumen anvertraut werden (RG SeuffA 62 Nr 57, vgl. auch A 4 zu § 929). Darin, daß der Verpfänder die zum Pfand bestimmten Gegenstände gefordert aufstapelt und mit Pfandtafeln versehen läßt, liegt keine Übergabe im Sinne des § 1205, wenn der Verpfänder die Möglichkeit der Schwahtausübung über die Sache behält (RG 74, 146). Anders liegt es, wenn die aufgestapelten Sachen vereinbarungsgemäß durch die Leute des Pfandgläubigers so bewacht werden, daß dadurch der Zutritt des Verpfänders auf sie unmöglich ist (RG Warn 1912 Nr 433). — Wegen der besonders strengen Anforderungen des § 808 BPO: RG 118, 278 und Jonas-Pohle, BPO, 16. Aufl. 1939 § 808 A III 1.

Auch eine **Hinterlegung** kann bei der Pfandbestellung vorkommen. Hinterlegt der Verpfänder ein Wertpapier für den Gläubiger, etwa weil dieser im Verzuge der Annahme ist, und geschieht weiter nichts, so entsteht noch kein Pfandrecht, denn die Hinterlegungsstelle besitzt nur für den Verpfänder, der das Papier jederzeit zurücknehmen kann. Der Gläubiger hat wohl die Befugnis, sich das Papier herausgeben zu lassen; aber die Hinterlegungsstelle besitzt nicht für ihn, weil es an einem Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 fehlt und fehlen muß. Das Rücknahmerecht des Verpfänders steht entgegen (vgl. A 2 zu § 868). Endet dieses Recht des Verpfänders, sei es durch seinen Verzicht, sei es durch die Annahmeerklärung des Gläubigers (§ 376 Abs 2 Nr 1 u. 2), so endet auch der mittelbare Besitz des Verpfänders, die Einräumung des Besitzes an den Gläubiger gilt als geschehen (§ 378) und die Hinterlegungsstelle verwahrt das Papier nur noch für den Gläubiger als mittelbaren Besitzer. Damit ist das Pfandrecht entstanden. Das ist aber keine Besonderheit der Hinterlegung, wie RG 135, 275 meint, sondern nur eine Anwendung der oben in A 4 erwähnten Grundsätze über die Mitwirkung dritter Personen bei der Übergabe. Hinterlegt der Verpfänder das Papier für mehrere sich streitende Gläubiger, so bleibt ihm auch hier zunächst der alleinige mittelbare Besitz, doch kann die Rücknahme schon durch die Annahmeerklärung eines Gläubigers ausgeschlossen werden (A 2 zu § 376). Endet das Rücknahmerecht, so erlangen die Gläubiger mittelbaren Mitbesitz (A 2 zu § 868). Ein Pfandrecht entsteht damit für den von ihnen, der auf Grund der sonstigen Umstände als der Allein- oder der Bestberechtigte anerkannt wird. Haben mehrere ein Recht von derselben Güte, so entstehen für sie Pfandrechte von gleichem Rang. Mit diesen Darlegungen stimmt RG Warn 1914 Nr 58 insofern überein, als auch dort angenommen wird, daß die Übergabe einer Sache an den Notar als Treuhänder aller Beteiligten diese sämtlich zu mittelbaren Mitbesitzern macht und daß mittelbarer Mitbesitz zum Erwerb des Pfandrechts ausreicht.

Von dem Grundsatz des BGB, daß ein Pfandrecht an beweglichen Sachen außer an eingetragenen Schiffen (§ 1204 A 2) nur durch Einräumung des Besitzes (§ 1205) oder doch des Mitbesitzes (§ 1206) bestellt werden kann, hat das Gesetz, betr. die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter, v. 9. 7. 26 (RGW I, 399), das sogenannte **Pächterkreditgesetz** (A 6 zu § 930 und A 5 zu § 1204), eine Ausnahme gemacht. Danach kann der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks an dem ihm gehörenden Inventar einer zugelassenen Kreditanstalt zur Sicherung eines ihm gewährten Darlehens ein Pfandrecht ohne Besitzübertragung bestellen (§ 1). Erforderlich ist dazu die Einigung des Pächters und des Gläubigers darüber, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll, und die Niederlegung des der Schriftform bedürftigen Verpfändungsvertrags bei dem zuständigen Amtsgericht. Der Vertrag muß die Einigung, den Geldbetrag der Forderungen und etwaiger Nebenleistungen, den Zinssatz und die Abreden über die Fälligkeit der Forderung ergeben (§ 2). Die Eintragung des Pfandrechts in ein öffentliches Buch oder die Aufnahme des Vertrags in ein öffentliches Verzeichnis wird zur Entstehung des Pfandrechts nicht erfordert (vgl. A 6 Abs 1 zu § 930, auch A 5 zu § 1204). Aus der Art der Bestellung dieses Inventarpfandrechts ergab sich die Notwendigkeit zahlreicher Einzelvorschriften, namentlich über gutgläubigen Erwerb des Pfandrechts an nicht dem Pächter gehörenden Inventarstücken (§ 4), über das Freiwerden einzelner Stücke von der Haftung durch Verfügungen des Pächters (§ 5), über das Verhältnis des Gläubigers zum Verpächter und zu seinem gesetzlichen Pfandrecht (§ 11), und über das Verhältnis zu Sicherungsübereignungen, die vor dem Inkrafttreten des Ge-

festes vorgenommen worden sind (§ 22). Wenn das Pachtverhältnis durch Kündigung bereits beendet ist, kann die später eingebrachte Ernte nicht mehr unter das Pfandrecht fallen, weil der Pächter sie nicht mehr erwirbt und das Pfandrecht der Kreditanstalt sich nur auf dessen Eigentum erstreckt (RG 19. 12. 30 VII 78/30).

Eine andere, minder erhebliche Ausnahme von dem vorerwähnten Grundsatz hat das **Kabelpfandgesetz vom 31. 3. 25** (RGBl I, 37) gebracht. Ein von der Reichspost genehmigtes und dem Verkehr mit dem Ausland zu dienen bestimmtes Hochseekabel kann nur verpfändet werden durch die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger über die Entstehung des Pfandrechts, die Einwilligung des Reichspostministers und die Eintragung des Pfandrechts in das Kabelbuch (§§ 1, 2). Bei der für den allgemeinen Verkehr nur geringen Bedeutung dieses Gesetzes braucht hier darauf nicht näher eingegangen zu werden. Vor dem Erlaß des neuen Gesetzes waren die Hochseekabel praktisch unverpfändbar.

6. Wegen des Begriffs Einigsein: § 929. Das Einigsein muß sich darauf beziehen, daß dem **Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll**. Hier trennen sich die Wege der Pfandbestellung einerseits und der sonstigen Besitzüberlassungen zum Zwecke der Sicherung andererseits. Als solche kommt einmal in Betracht die Überlassung des Besitzes zur Sicherung in der Form der Einräumung eines rein persönlichen Zurückbehaltungsrechts. Dies wird dann anzunehmen sein, wenn dem Gläubiger die Veräußerung der Sache zum Zwecke der Befriedigung vereinbarungsgemäß nicht zustehen soll. Weiter zählt als nicht pfandrechtl. Sicherungsübergabe hierher die Übergabe von Vollmachten und sonstigen Ermächtigungspapieren (Legitimationspapieren), auf Grund deren der Gläubiger in der Lage ist, der Vereinbarung entsprechend im Falle des Verzugs des Schuldners durch Einhebung von Außenständen und Aneignung des Erlangten sich für seine Forderung zu befriedigen. Der Gläubiger hat hier weder ein Pfandrecht an dem übergebenen Papier, das in der Regel für sich nicht verpfändbar sein wird (§ 1204 A 4), noch ein Pfandrecht an der Forderung, auf die sich etwa das Papier bezieht, sondern ist lediglich Bevollmächtigter zum eigenen Nutzen. Zu scheiden ist dieser Fall wieder von dem der Verpfändung von Inhaberpapieren und von Papieren, die durch Indossament übertragen werden können (§§ 1292—1295), in denen mit dem Pfandrecht am Papier ein Pfandrecht an der Forderung entsteht, und von dem Falle der Pfandbestellung durch Übergabe von Lager Scheinen, Ladescheinen und Konnossementen (HGB §§ 424, 450, 650 [RGBl 1937, 894]), in denen die Übergabe des Scheines die Wirkung der Übergabe der Ware hat. Die Übergabe einer Bescheinigung der Zollbehörde über die Einlagerung von Ware genügt aber nicht als Übergabe der Ware, wenn der Verpfänder die tatsächliche Verfügung darüber behält (RG Warn 1913 Nr 293). Die dritte, wichtigste und häufigste nichtpfandrechtl. Sicherungsübergabe findet bei der **Sicherungsübergabe** statt (§ 930 A 6). Ihre Wirksamkeit hängt im Hinblick auf § 1205 davon ab, ob der erste Wille, Eigentum zu übertragen, vorhanden war (RG 57, 175; 59, 146; 61, 432; 62, 126; JW 02 Beil 259; Warn 1910 Nr 404). Stellt sich die Sicherungsübergabe aber als Scheingeschäft dar, abgeschlossen, um eine Pfandbestellung zu verdecken, so finden nach § 117 Abs 2 die für die Pfandbestellung geltenden Vorschriften Anwendung. Erfüllt das Geschäft die Voraussetzungen der Pfandbestellung, so entsteht Pfandrecht; ist das nicht der Fall, etwa weil der Besitz oder Alleinbesitz bei dem Verpfänder geblieben ist, so ist weder Eigentum übergegangen noch ein Pfandrecht entstanden.

Die Einigung darüber, ob dem Gläubiger ein Pfandrecht zustehen soll, ist auch entscheidend für die Frage der Rechtsnatur des „**unregelmäßigen Pfandes**“ (pignus irregulare). Sind vertretbare Sachen (Geld, Wertpapiere) zur Sicherung für Forderungen dem Gläubiger mit der Ermächtigung übergeben worden, an deren Stelle gleichartige Sachen zurückzugewähren oder darüber zu seinem Nutzen zu verfügen (vgl. DepotG v. 5. 7. 96 § 2), so kann darin wie im Falle des § 700 ein Darlehen des Schuldners an den Gläubiger zu erblicken sein, das der Gegenforderung des Gläubigers zur Deckung dient (vgl. jetzt über die Tauschverwahrung, über die Ermächtigung zur Tauschverwahrung, zur Verpfändung und zur Verfügung über das Eigentum, über die unregelmäßige Verwahrung und das Wertpapierdarlehen, sowie über die dabei einzubaltenden Vorschriften: BankVerwahrG n. F. vom 4. 2. 1937 §§ 10, 11—13, 15—17; RGBl 1937 I, 171; 1938 I, 1848; 1939 I, 386; vor § 688 A 3; § 688 A 1 Abs 2; § 700 A 5 ff.). Dies wird häufig dann der Fall sein, wenn die Sicherungs hingabe unter der Vereinbarung vorgenommen wird, daß dadurch der Gläubiger sofort das Eigentum an dem Hingegebenen erhalten soll (vgl. § 1204 A 6). Wegen des als „**Flaschenpfand**“ hingeegebenen Geldes: Dertmann in LZ 1918, 479 ff. (§ 1229 A 2; § 1247 A 1). Geht aber die Vereinbarung dahin, daß der Gläubiger nicht Eigentum, sondern ein Pfandrecht an den hingeegebenen Papieren erhalten und nur ermächtigt sein soll, sie im Falle des Bedürfnisses (Auslösung, Verschmelzung [RGBl 1937 I, 154], Verlustgefahr, Kurschwankungen) zu veräußern und durch andere zu ersetzen, so liegen Pfandrechte mit wechselndem Pfandgegenstand vor, nämlich zunächst eine Pfandbestellung an den übergebenen Papieren durch die Übergabe und, nach dem Erlöschen dieses Pfandrechts infolge der Veräußerung des Papiers seitens des dazu ermächtigten Gläubigers, eine neuerliche Pfandbestellung an dem Ersatzpapier auf Grund der Einigung, daß dieses vom Gläubiger an Stelle des veräußerten für Rechnung des Verpfänders erworbene und beim Erwerb im Besitz des Gläubigers befindliche Papier gleichfalls wieder dem-

selben Pfandverband unterstellt sein soll (§ 1205 Abs 1 Satz 2). Ist endlich die Sache zwar mit Veräußerungsmächtigung zum Pfand hingegeben, der Erlaß aber nicht vereinbart, so handelt es sich um ein Pfandrecht bis zur Veräußerung durch den Pfandgläubiger (RG 52, 202; 58, 286).

7. Zur Verpfändung einer schon im Besitz des Gläubigers befindlichen Sache genügt die Einigung über das Entstehen des Pfandrechts (vgl. § 929 Satz 2 und A 6 ff. daf.). Mittelbarer Besitz des Gläubigers reicht auch bei der Verpfändung aus (RG 118, 253). Soll der Pfandgläubiger den Besitz der verpfändeten Sache erst in Zukunft und nach § 854 Abs 2 erwerben, so ist neben der Einigung über die Entstehung des Pfandrechts noch die besondere Einigung nach § 854 Abs 2 erforderlich. Beide Einigungen können der Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den künftigen Pfandgläubiger vorangehen. Die Einigung nach § 854 Abs 2 liegt dann darin, daß die Beteiligten darüber einig sind, der künftige Pfandgläubiger solle in die Lage kommen, die Gewalt über die Sache auszuüben, daß dies geschieht und im Augenblick der Inbesitznahme der Übergabewille des bisherigen Besitzers noch fortbesteht (RG LZ 1912, 1470).

8. Die Verpfändung durch Übertragung des mittelbaren Besitzes (Abs 2) geschieht durch Abtreten des Herausgabeanspruchs (A 1 zu § 870). Auch diese Art der Bestellung des Pfandrechts hat sein Vorbild in der Eigentumsübertragung nach § 931. Aber die Vorschriften über die Pfandrechtsbestellung weichen in wesentlichen Punkten vom Vorbild ab. § 931 umfaßt alle Fälle, in denen ein Dritter besitzt, schließt also die Fälle, in denen der Dritte Eigenbesitzer ist, ein; § 1205 Abs 2 schließt diese aus, so daß insoweit nur die Verpfändung des Herausgabeanspruchs nach § 1280 möglich ist, und umfaßt nur die Fälle des mittelbaren Besitzes des Verpfänders (§ 868). § 931 begnügt sich mit dem Erfordernis der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache; § 1205 Abs 2 fügt noch das Erfordernis der Anzeige der Verpfändung an den Besitzer hinzu. Diesen Grundsätzen widerspricht es, wenn RG 23. 11. 28 VII 177/28 zur Entziehung des Pfandrechts auch das Abtreten des dem Eigentümer als solchem zustehenden dinglichen Herausgabeanspruchs erfordert. In dem dort entschiedenen Falle war Ware unter Eigentumsvorbehalt verkauft worden. Dadurch war ein Rechtsverhältnis nach § 868 entstanden (A 3 zu § 868); die Abtretung des darauf beruhenden Herausgabeanspruchs war zur Begründung des Pfandrechts erforderlich und genügend. Die — von einer Anzeige im Sinne des § 409 wohl zu unterscheidende — Anzeige enthält die Verfügungshandlung, durch die der unmittelbare Besitzer berechtigt und verpflichtet wird, die Sache statt an den Verpfänder an den Pfandgläubiger herauszugeben (RG 85 436). Sie ist bei unmittelbarem Mitbesitz mehrerer Personen an alle und, wenn der Besitzmittler des Verpfänders die Sache selbst wieder an einen Besitzmittler weitergegeben hat, nur an den Besitzmittler des Verpfänders zu richten. Die Anzeige ist Mittel zur Kenntlichmachung nach außen, daß die verpfändete Sache nicht mit befreiender Wirkung an den Verpfänder allein herausgegeben werden kann; eine solche Kenntlichmachung ist im Falle des § 1205 Abs 1 Satz 2 nicht nötig, weil der Pfandgläubiger sich schon dadurch schützen kann, daß er nach § 986 Abs 2 die Herausgabe der Pfandsache verweigert (RG JW 1936, 1136¹⁶). In der nach § 1205 Abs 2 erforderlichen Anzeige braucht gerade von Verpfändung oder von Abtretung des Herausgabeanspruchs gesprochen zu werden; es genügt, wenn dem unmittelbaren Besitzer gesagt wird, er besitze die Sache nunmehr für den andern (den Gläubiger), dieser sei jetzt der mittelbare Besitzer (RG 13. 4. 26 VI 596/25; im Recht 1926 Nr 1109 nicht mitabgedruckt). Ebenso RG Warn 1929 Nr 11; 1930 Nr 69. Wenn hier gesagt wird, daß die Anzeige schon vor der Abtretung des Herausgabeanspruchs oder auch vor der Einigung gemacht werden könne, so ist nach dem Zusammenhang damit nicht gemeint (was auch nicht richtig wäre), daß schon die Anzeige einer erst beabsichtigten Verpfändung genüge, vielmehr muß die Verpfändung immer als bereits bewirkt angezeigt werden, auch wenn noch nicht alle Voraussetzungen erfüllt sind. Bei nachfolgender Erfüllung entsteht dann das Pfandrecht. Als empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne des § 130 kann die Anzeige auch stillschweigend erklärt werden (RG 89, 291: Schweigen des Verpfänders auf einen Brief des unmittelbaren Besitzers, worin die Verpfändung als bereits vollendet bezeichnet wird; RG Warn 1929 Nr 11). Die Anzeige kann durch den Pfandgläubiger im Namen des Verpfänders bewirkt werden, jedoch enthält die Verpfändungsurkunde als solche regelmäßig noch nicht die dazu erforderliche Vollmacht (RG 85, 436; § 1280 A 3). Die Vollmacht muß sich auf eine — die Verpfändung erst bewirkende — Willenserklärung des Verpfänders beziehen, nicht nur auf eine Anzeige von einer angeblich schon bewirkten Verpfändung. Die Verpfändungsanzeige erfordert kraft ihrer Eigenschaft als Rechtsvorgang von förmlicher Natur und als Verfügungshandlung volle Bestimmtheit. Sie kann durch bloßes Stillschweigen — z. B. die stillschweigende Genehmigung einer vom Pfandgläubiger ohne Vollmacht vorgenommenen Anzeige — in der Regel nicht erfüllt werden (RG LZ 1932, 884⁴). Soll eine Hypothek oder eine Grundschuld verpfändet werden und befindet sich der Brief nur im mittelbaren Besitz des Hypotheken- oder Grundschuldgläubigers, so kann die nach den §§ 1154, 1192 erforderliche Briefübergabe durch die Abtretung des — vielleicht befristeten — Herausgabeanspruchs und die Anzeige von der Verpfändung an den unmittelbaren Besitzer des Briefes ersetzt werden (RG 25. 10. 16 V 223/16; 85, 436; Warn 1929 Nr 11). Die Anzeige ist nicht deshalb notwendig, weil die Hypothek oder die Grundschuld verpfändet wird, sondern weil die Briefübergabe nach § 1205 Abs 2 ersetzt wird. — Bei der sog. Verpfändung

von Pfandscheinen kann die Verpfändung der im Leihhaus liegenden und im mittelbaren Besitz des Verpfänders befindlichen Sache nach § 1205 Abs 2, kann auch die Verpfändung des Herausgabeanspruchs nach §§ 1279 ff. und kann endlich beabsichtigt sein, daß der Gläubiger die Sache bei dem Leihhaus einlösen und dann nach § 1205 Abs 1 Satz 2 ein Pfandrecht an der Sache erwerben soll. — Wegen der Möglichkeiten, die in Frage kommen, wenn ein Auftraggeber sich durch einen Beauftragten Kredit gegen Verpfändung einer ihm selbst gehörigen Sache verschafft hat und dann die Sache noch dem Beauftragten verpfänden will: **RG LZ** 1923, 389^a.

Auch für die Verpfändung durch Übertragung des mittelbaren Besitzes einer Sache gilt das Gebot, daß die zu verpfändende Sache bestimmt bezeichnet und von anderen unterscheidbar sein muß. Von einer in Verwahrung gegebenen Sachmenge (z. B. 100 Tonnen Teer) kann nicht bezüglich eines Bruchteils (z. B. 10 Tonnen) der mittelbare Besitz dadurch übertragen werden, daß der Anspruch auf Herausgabe von zehn nicht näher bezeichneten Tonnen abgetreten wird (**RG** 52, 385; 127, 340; Warn 1913 Nr 293, 1932 Nr 39; SeuffA 85 Nr 115). Ergibt sich später die genügende Bestimmtheit und Unterscheidbarkeit, etwa weil bei fortdauerndem Eingießeln über die Entstehung des Pfandrechts aus der Sachmenge, von der ein Bruchteil verpfändet werden sollte, eine diesem Bruchteil entsprechende Anzahl ausgesondert und in Pfandbesitz genommen wird oder in der Sachmenge überhaupt nur soviel Einzelstücken verbleiben, als der erwähnte Bruchteil umfaßte, so kann das Pfandrecht nachträglich entstehen (**RG JW** 1912, 797¹⁵; SeuffA 85 Nr 115). — Die Fälle des hier in Frage kommenden mittelbaren Besitzes können verschiedenster Art sein (vgl. § 868). Nicht dazu gehört der Fall der Verpfändung von Wertpapieren, die bei der Bank im Stahlkammerfach (Safe) des Kunden ruhen, dann, wenn der Stahlkammerfachvertrag — wie nach den tatsächlichen Verhältnissen in der Regel — nicht Hinterlegungsvertrag, sondern Mietvertrag ist (vgl. § 535 A 2, § 1206 A 3 Abs 2 und **RG** 141, 99 ff.). Die Verpfändung kann hier — abgesehen von der Übergabe der Papiere — nur durch Einräumung des Verschusses oder Mitverschusses an den Gläubiger bewirkt werden.

9. Von den drei Wegen, die dem Eigentümer und mittelbaren Besitzer für die Übereignung der Sache offen stehen, fällt für die Verpfändung der eine, die Begründung weiteren mittelbaren Besitzes wegen Fehlens einer dem § 930 entsprechenden Vorschrift weg. Er wird gewissermaßen ersetzt durch § 1206 Halbsatz 2. Über den zweiten, die Abtretung des Herausgabeanspruchs, ist in A 8 das Nötige gesagt. Gangbar ist aber auch der dritte: Der Verpfänder kann den mittelbaren Besitzer beauftragen, den Besitz für den Verpfänder zu beenden und die Sache auf die Dauer des Pfandrechts — nur — für den Gläubiger zu besitzen. Führt der Dritte den Auftrag aus, etwa durch Abschluß eines Verwahrungsvertrages mit dem Gläubiger, so ist dieser mittelbarer Besitzer geworden und das Pfandrecht entstanden, vorausgesetzt, daß noch Einigkeit über die Verpfändung besteht. Das geschieht (wie sich aus A 2 zu § 931 ergibt) nach § 1205 Abs 1 Satz 2. Dieser dritte Weg — nicht einer der beiden andern, an sich möglichen — wird regelmäßig bei der Verpfändung des Miteigentumsanteils an den im **Girofammeldepot** ruhenden Wertpapieren benutzt. Die früher gewählte Art der Verpfändung, wobei einzelne Stücke ausgesondert und in regelmäßige Verwahrung für den Gläubiger genommen wurden (vgl. § 688 A 1, § 700 A 6), ist nicht mehr vorgesehen. Durch den grünen Wertpapier­scheck wird die Bank angewiesen, den — zahlenmäßig bezeichneten — Sammeldepotbestand des Verpfänders dem Gläubiger gutzuschreiben. Sie übt dann die Verwahrung der gesamten Wertpapiere der betreffenden Gattung während der Dauer der Verpfändung für den Pfandgläubiger aus, und zwar für ihn als den Mithinterleger neben den übrigen Kontoinhabern; sie bucht den jeweiligen Sammeldepotbestand des Verpfänders von seinem Konto ab, verbucht ihn zugunsten des Pfandgläubigers auf Pfandkonto und erteilt ihm über die Verbuchung eine (grüne) Quittung. In deren Annahme durch den Pfandgläubiger liegt der Abschluß des neuen Verwahrungsvertrages. Der mittelbare Mitbesitz des Verpfänders an den Wertpapieren hat aufgehört, der Pfandgläubiger ist mit Dritten zusammen mittelbarer Mitbesitzer der Wertpapiere geworden und bei dem fortdauernden Eingießen von Verpfänder und Pfandgläubiger über das Entstehensollen des Pfandrechts entsteht dieses auch wirklich, und zwar nach § 1205 Abs 1 Satz 2 (vgl. hierüber auch § 1258 A 8; § 97 GeschwBest der Bank des Berliner Klaffenvereins 1938). So das regelmäßige Verfahren. Wegen der Möglichkeit der Verpfändung von Girofammeldepotanteilen mittels roten oder weißen Wertpapier­schecks oder ohne solchen: **Dpiz DepotG** 1937 §§ 6—8 A 32 ff. S. 98 ff.

Durch einfache „Sperrre“ seiner bei einer Bank ruhenden Wertpapiere kann der Eigentümer kein (dingliches) Pfandrecht zugunsten eines Dritten, etwa behufs Absicherung der ihm von diesem eingeräumten Kredite, begründen. Dies kann in der Form geschehen, daß die Bank die Papiere auf Veranlassung des Eigentümers „sperrt“ und dem Eigentümer mitteilt, darüber dürfe nur mit Zustimmung des Dritten verfügt werden. Denn darin liegt die nach § 1206 erforderliche Einräumung des Mitbesitzes und die weiter erforderliche Bindung der Bank, die Herausgabe nur an den Eigentümer (Verpfänder) und an den Pfandgläubiger gemeinschaftlich zu bewirken (§ 1206 A 2 und 4). Teilt die Bank dem Eigentümer die Errichtung der Sperrre vorbehaltlos mit, dann wird darin zugleich ein stillschweigender schuldrechtlicher Rangrücktritt (vgl. § 1209 A 1)

der Bank mit ihrem eigenen Pfandrecht zu Gunsten des Pfandrechts des Dritten zu finden sein (Goudefroy BankW XXXVII/XXXVIII [1938], 401; vgl. auch Janberg das. 102; Diesel das. 673).

Über Erwerb und Ausübung des Pfandrechts an Wertpapieren durch die Bank: Zahn DZ 1938, 1263.

Wegen Erwerbes des Pfandrechts kraft guten Glaubens: A 3 zu § 1207 und A 3 zu § 934.

§ 1206

1) An Stelle der Übergabe der Sache genügt die Einräumung des Mitbesitzes²⁾, wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet³⁾ oder, falls sie im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann^{4) 5)}.

§ 1 1147 II 1115; W 3 802; B 3 443—445; 6 260—262.

1. **Pfandbestellung durch Einräumung des Mitbesitzes.** Die beiden Fälle, in denen von dem Grundsatz, daß der Verpfänder sich des Besitzes zugunsten des Gläubigers begeben muß, eine Ausnahme gemacht und der Mitbesitz des Verpfänders zugelassen ist, haben eine doppelte gemeinschaftliche Voraussetzung: Einmal muß der Pfandgläubiger den Mitbesitz der Sache haben und ferner muß Vorkehrung getroffen sein, daß der Verpfänder nicht ohne den Pfandgläubiger an die Sache gelangen kann, d. h. der ausschließliche Gewahrsam des Verpfänders muß beseitigt sein (RG 53, 221). Die Vorschrift dient hauptsächlich für die Verpfändung von Warenlagern, aber auch zu andern Zwecken (z. B. zur Bestellung von Sicherheiten [Cautionen]).

2. Für die **Einräumung des Mitbesitzes** kommt sowohl die des gemeinschaftlichen unmittelbaren als auch die des gemeinschaftlichen mittelbaren Besitzes (RG Warn 1914 Nr 58) in Betracht. Über den gemeinschaftlichen unmittelbaren Besitz: § 866 A 1. Dieser kann in den im § 1206 geregelten Fällen im Mitverschluß liegen; die Einräumung des Mitbesitzes kann sich also in der Einräumung des Mitverschlusses erschöpfen (RG JW 06, 224¹⁾), vorausgesetzt, daß der Pfandgläubiger kraft des Mitverschlusses die tatsächliche Gewalt auszuüben vermag, die zum Wesen des Besitzes gehört. Einer besonderen Einräumung des Mitbesitzes bedarf es nicht, wenn ein Verhältnis nach § 1206 bereits besteht; denn damit ist der Mitbesitz schon begründet (RG SeuffA 85 Nr 115).

Die Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes aber liegt immer in der Übernahme einer Verbindlichkeit des unmittelbaren Besitzers gegenüber dem Eigentümer und dem Pfandgläubiger, die Sache auf Grund eines der im § 868 aufgeführten Rechtsverhältnisse nur an beide mittelbare Besitzer herauszugeben (DZ 34, 218). Zur Herstellung des Mitbesitzes ist eine Willensumgebung auch des Eigentümers erforderlich. Mitbesitz des Eigentümers und des Pfandgläubigers tritt deshalb nicht schon ein, wenn sich der unmittelbare Besitzer dem Pfandgläubiger gegenüber verpflichtet, die Sache nur an den Eigentümer und ihn gemeinschaftlich herauszugeben. Eine solche Erklärung ist dem Eigentümer gegenüber wirkungslos und hindert ihn nicht, von dem unmittelbaren Besitzer die Herausgabe an ihn allein zu verlangen (RG 85, 439f.). In RG 118, 40 ist die Frage angeregt, ob mittelbarer Besitzer im Sinne von § 1206 Halbsatz 2 auch der ist, welcher mit einem andern zusammen mittelbarer Besitzer ist und nur mit dem andern gemeinsam über die Sache verfügen darf. Die Frage dürfte zu verneinen sein.

3. Der **Mitverschluß** bedingt einen doppelten Verschluß, entweder so, daß der Zugang mittels zweier verschiedener Schlösser verschlossen ist, deren jedes nur durch einen besonderen Schlüssel geöffnet werden kann, oder so, daß das Öffnen des Schlosses nur mittels zweier Schlüssel möglich ist. Nicht von Mitverschluß kann dann gesprochen werden, wenn zum Öffnen nur ein Schlüssel gehört und Verpfänder wie Gläubiger einen solchen Schlüssel haben, so daß jeder ohne den andern öffnen kann (RG SeuffA 62 Nr 57; 31. 1. 08 VII 161/07). Nicht die Möglichkeit des Mitverschlusses ist entscheidend, sondern die tatsächliche Ausschließung der alleinigen Gewalt des Verpfänders über die Sache. Ist das Rechtsverhältnis so geschaffen, daß der Pfandgläubiger oder sein Beauftragter nur der Form und des § 1206 wegen den zweiten Schlüssel erhält, in Wirklichkeit aber stets durch Öffnen und Offenlassen des Verschlusses dem Verpfänder freien Zutritt geben soll und gibt, so entsteht kein Pfandrecht (RG 77, 201). Dagegen ist die vorübergehende Aushändigung des zweiten Schlüssels an Angestellte des Verpfänders unschädlich, wenn sie nur Kellerarbeiten, Herausnehmen oder Einbringen von Gegenständen oder ähnliches ermöglichen soll und streng danach verfahren wird. Wegen der Schlüsselfrage: auch A 4 zu § 929 und A 5 Abs 2 zu § 1205. — Ist ein Weinslager in gemieteten Räumen durch Einräumen des Mitverschlusses verpfändet und vereinbart, daß Neuerverbungen in die Pfandhaftung eintreten sollen, so entstehen bei ordnungsmäßigem Hergang Vermieterpfandrecht und Vertragspfandrecht gleichzeitig und mit gleichem Rang. Überläßt aber der Pfandgläubiger seinen Schlüssel dem Verpfänder selbst zum Einbringen des neuen Weines, so entsteht das Vertragspfandrecht erst, wenn der Schlüssel dem Pfandgläubiger wieder ausgehändigt wird. Das Vermieterpfandrecht geht in diesem Falle vor.

Nicht jeder Mitverschluß bedeutet aber Mitbesitz. Die von den Banken vermieteten Schrankfächer können nur von der Bank und dem Kunden gemeinsam geöffnet werden, die Bank hat aber keinen Mitbesitz an den in das Fach hineingelegten Gegenständen; denn der Schrankfachvertrag ist Mietvertrag (RG 141, 99 ff.; § 1205 II 8 Abs 2). Danach entsteht ein Pfandrecht der Bank an den in dem Fach aufbewahrten Gegenständen wegen Forderungen der Bank aus andern als den auf das Schrankfach bezüglichen Rechtsgeschäften nur, wenn es durch ausdrückliche Abrede mit dem Kunden begründet und ein entsprechendes Besitz- oder Mitbesitzverhältnis der Bank geschaffen wird (ebenso Dptz DepotG 1937 S. 511, 521; vgl. auch Probst JW 1934, 965). Eine Bestimmung der allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach die Bank wegen aller Ansprüche gegen den Kunden ein Pfandrecht an dessen Wertpapieren hat, bezieht sich im Zweifel nicht auf die in das Schrankfach eingelegten Papiere (DVG Dresden BankA 1912/13, 335²). Diese werden auch nicht betroffen, wenn alle im Mitbesitz der Bank stehenden Gegenstände verpfändet werden, (§ 866 II 1 Abs 2). Die Allgemeinen Geschäftsbestimmungen der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe Dezember 1937 enthalten keine Abrede, wonach das Bankpfandrecht (§ 19 Abs 3) sich auch auf die in den Stahlfächern der Kunden liegenden Werte erstrecken soll.

4. Pfandhalter, Treuhänder. Der Pfandhaltervertrag ist ein zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger — oder auch dem Verpfänder allein — einerseits und dem Pfandhalter andererseits geschlossener schuldrechtlicher Vertrag, durch den der Pfandhalter es übernimmt, das Pfand in treuen Händen zu halten, die Pfandsache zu verwahren und sie nur an den Verpfänder und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich, gegebenenfalls zur Durchführung des Pfandrechts des Pfandgläubigers, herauszugeben (RG 87, 36; Warn 1932 Nr 137; JW 1938, 867²¹; BahRpflz 30, 207). Der Pfandhalter muß den unmittelbaren Besitz haben. Voraussetzung ist auch, daß der Dritte (als Treuhänder) in der bezeichneten Weise gebunden ist. Ob ihm der Zweck des Treuhandabkommens bekannt ist oder nicht, ist belanglos; ebenso ob er sich in die Stellung eines Treuhänders hat begeben wollen. Die Verpflichtung des Dritten, nur an den Verpfänder und den Gläubiger gemeinsam herauszugeben, kann auch stillschweigend, durch schlüssige Handlungen begründet werden. Durch eine wirksame Anfechtung der Erklärungen des Treuhänders kann der Mitbesitz des Pfandgläubigers zunichte gemacht werden (RG JW 1938, 867²¹). Daß eine Mehrzahl von Pfandhaltern mit gemeinschaftlichem Mitbesitz und Mitverschluß aufgestellt wird, ist nicht ausgeschlossen. Wohl aber ist unmittelbarer Mitbesitz des Verpfänders neben dem Pfandhalter unmöglich. In diesem Falle könnte nur in Frage kommen, ob nicht, wenn der Pfandhalter Besitzdiener des Gläubigers ist, Pfandbestellung durch Einräumung von Mitbesitz und Mitverschluß vorliegt. Ebenso liegt kein Pfandhaltervertrag vor, wenn der Pfandgläubiger Besitzer sein und ein Angestellter des Verpfänders als Besitzdiener den Besitz für ihn ausüben soll (RG 66, 258).

5. Wegen minderer Wirkungen des nach § 1206 begründeten Pfandrechts: §§ 1213 Abs 2, 1231.

§ 1207

1) Gehört die Sache nicht dem Verpfänder, so finden auf die Verpfändung die für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften der §§ 932²), 934³), 935⁴) entsprechende Anwendung⁵).

CG I 1147 II 1116; W 3 802; P 3 441—443.

1. Schutz des gutgläubigen Pfandrechterswerbers. Die Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers sind — ausgenommen die über den Einfluß auf die Rechte Dritter, die für das Pfandrecht im § 1208 selbständig geregelt sind — vom Eigentum zur entsprechenden Anwendung auf das Pfandrecht unbeschränkt übernommen. Daß § 933 nicht für anwendbar erklärt ist, bedeutet keine Einschränkung, weil § 933 sich auf den beim Pfandrecht grundsätzlich ausgeschlossenen Fall des Erwerbs unter Vorbehalt des Eigentümers bezieht. Der gute Glaube bei einer — unzulässigen — Verpfändung durch Besitzvorbehalt ist also ohne Bedeutung, weil auch der Eigentümer selbst auf diese Art ein Pfandrecht nicht begründen könnte. Der dem Pfandrechterswerb eigentümliche Übergabeerfaß nach § 1206 ist durch § 1207 ebenfalls geschützt, da diese Vorschrift alle Vorgänge bei der Verpfändung umfaßt. Auf die Bestellung eines Schiffspfandrechts nach § 1260 ist § 1207 aber nicht anwendbar, da es hier an dem Erfordernis der Besitzübertragung fehlt (RG HansRGG 30 B 227; § 1260 II 2). § 1248 gilt hier nicht (§ 1248 II 2).

Auf Orderpapiere beziehen sich die §§ 1207, 1208 nicht, da in § 1293 nur die Inhaberpapiere den Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen unterstellt sind. Auch ein Blankoindossament ändert daran nichts.

Über die Einführung handelsrechtlicher Vorschriften in der Ostmark und in den sudetendeutschen Gebieten, insbesondere die Anpassung der Vorschriften betr. den Schutz des gutgläubigen Erwerbers: WD vom 24. 12. 1938 RWI I, 1999, und vom 28. 2. 1939 RWI I, 391, insbes. Art 8 Nr 13, u. dazu Brandstetter DJ 1939, 159.

2. Gutgläubiger Erwerb bei Verpfändung durch Übertragung des unmittelbaren Besitzes.

Nach den entsprechend anzuwendenden Vorschriften des § 932 erwirbt der Gläubiger durch die Verpfändung Pfandrecht auch dann, wenn der Verpfänder nicht Eigentümer war, es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach §§ 1205, 1206 das Pfandrecht erlangen würde, nicht in gutem Glauben war. Für den Fall, daß auf diese Weise das Pfandrecht einem Gläubiger bestellt wird, der sich schon im Besitz der Sache befindet, gilt dies jedoch nur dann, wenn er den Besitz vom Verpfänder erlangt hatte (im einzelnen § 932 A 1—6). Auf den Erwerb von Pfandrecht durch Pfändung (BPD § 804) findet § 1207 und damit § 932 keine Anwendung. Dem abgesehen davon, daß nach § 804 BPD nur auf das durch die Pfändung entstandene Pfandrecht, nicht auch auf dessen Entstehung die Vorschriften über das Vertragspfandrecht anzuwenden sind (A 1 zu § 1204), würde auch die Anwendung des § 1207 auf das Pfändungspfandrecht durch den inneren Grund des Schutzes des guten Glaubens — das zu schützende Vertrauen auf die Ehrlichkeit der Besitzübertragung — nicht gerechtfertigt (RG SeuffA 62 Nr 57; RG 90, 197f.). Die Meinung, § 1244 gelte auch für das Pfändungspfandrecht (RG 104, 300), ist mit Rücksicht auf die neuere Auffassung von der Stellung des Gerichtsvollziehers und dem Wesen der Zwangsvollstreckung aufgegeben worden (RG 156, 397).

Ob jemandem eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, ist im wesentlichen Frage tatrichterlicher Würdigung; der Tatrichter hat dabei die gesamten Umstände zu berücksichtigen und danach zu beurteilen, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt worden und ob das unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall jedem einleuchten mußte. Bisweilen ist eine Prüfungs- und Nachforschungspflicht des (Pfand)-Erwerbers nur angenommen worden, wenn bestimmte Verdachtsgründe zur Prüfung und Nachforschung Anlaß gaben; einem derartigen Ausdruck kann aber keine allgemeine Gültigkeit beigemessen werden. Die Entscheidung ist vielmehr auf den einzelnen Fall abzustellen (RG 141, 131; 143, 18; RG Warn 1934 Nr 188; HanRWZ 1934 B, 427, 597 [Spediteur]).

Zahlreiche Entscheidungen behandeln die Frage des gutgläubigen Pfanderwerbs von Seiten des Drittpfandnehmers im Rahmen des Wertpapierbelehungsverkehrs. Dieser setzt voraus, daß der gutgläubige Pfanderwerber dann geschützt sein muß, wenn der Verpfänder (die Provinzbank) zwar zur Verpfändung nicht berechtigt war, der Pfandnehmer (Drittpfandnehmer, Zentralbank) seine Berechtigung aber ohne grobe Fahrlässigkeit angenommen hat. Diese Frage beurteilt sich hinsichtlich der Inhaberpapiere nach den Vorschriften der §§ 366, 367 BGB, §§ 1293, 1207, 1208, 932 ff. BGB, hinsichtlich der Ordre-papiere nach denen der §§ 1292, 1273 Satz 1, 1274 Abs 1 BGB (hierzu Gadow Mdsch 1934 246; Zahn DJ 1935, 1263; § 932 A 3; A 1 vor § 1204). Hier sind hervorzuheben RG 71, 337; 87, 332; 117, 96, wo im Anwendungsgebiet des BankdepotG a. F. eine Umkehrung der Beweislast hinsichtlich des guten Glaubens an die Verfügungsbefugnis der Provinzbank angenommen worden ist. Im übrigen ist hinsichtlich der Grundsätze, die für die Schuldfrage in dem bezeichneten Bereich aufgestellt worden sind, auf RG 41, 36; 58, 164; 68, 134; 82, 32; 87, 332; 117, 96; 118, 40, 302; 133, 188; 135, 85; RG BankL XXXIII, 392; JW 1933, 1824 zu verweisen. Hinsichtlich der Umkehrung der Beweislast für den guten Glauben des Pfanderwerbers hat diese Rechtsprechung durch die Neuregelung des DepotG 1937 ihre Bedeutung verloren; es genügt, wenn die Provinzbank erklärt hat, daß die Wertpapiere in ein bestimmtes Depot, z. B. in das Eigendepot kommen sollen, da ihr und der Zentralbank die Bedeutung dieser Einfügung bekannt ist. Abgesehen hiervon hat die bezeichnete Rechtsprechung auch heute noch grundsätzliche Geltung (vgl. DepotG n. F. § 4; A 1 vor § 1204 und näheres hierüber bei Dpitz DepotG 1937 § 4 A 12ff. S. 34, 38 ff.).

Wegen der Bedeutung des Kraftfahrzeugbriefs für den guten Glauben des Erwerbers: § 932 A 6. Vgl. ferner aus der sonstigen Rechtsprechung hinsichtlich des guten Glaubens beim Pfanderwerb: RG Recht 1919 Nr 1110 (wo keine grobfahrlässige Unkenntnis angenommen wird, wenn die Bank eines finanzschwachen Bühnenunternehmens mündelsichere Wertpapiere von ihm annimmt, ohne sich zu erkundigen, ob sie Eigentum des Kunden oder diesem nur zur Sicherheit übergeben worden sind); RG 67, 27 (Unterlassung der Prüfung der Verfügungsberechtigung einzelner Erben bei der Annahme von Nachlaßpapieren zu Pfand nicht als grobe Fahrlässigkeit erachtet); RG Mdsch 1927 Nr 804 (bei neuen Kraftwagen muß der Pfandnehmer den Kaufvertrag einsehen, da sie häufig auf Abzahlung und unter Eigentumsvorbehalt verkauft werden); vgl. auch RG 93, 230; 135, 85; Warn 1913 Nr 325; 1932 Nr 9; 1934 Nr 92. In RG 141, 132 ist darauf hingewiesen, daß bei Verschärfung eines wirtschaftlichen Notstandes die Aufstellung strengerer Erfordernisse geboten sein kann (z. B. wenn ein Spediteur Lombardgeschäfte vornimmt). In aller Regel kann sich nicht auf guten Glauben berufen, wer absichtlich über die Verfügungsbefugnis des Verpfänders im unklaren bleiben will (RG 6. 2. 06 VII 248/05).

Nach dem Pächterkreditgesetz v. 9. 7. 26 (vgl. A 6 zu § 930; A 5 zu § 1204) erwirbt der Gläubiger — vorbehaltlich des § 935 BGB — auch an einem dem Pächter nicht gehörenden Inventarstück das Pfandrecht, es sei denn, daß ihm im Zeitpunkt der — auch von seiner Seite möglichen — Niederlegung des Verpfändungsvertrags bei dem Amtsgericht das Miteigentum des Pächters bekannt war oder bekannt sein mußte (§§ 4 Abs 1 u. 3, 15 Abs 1). Für den Fall, daß das ganze Inventar oder ein-

zelne Stücke dem Verpächter gehören, wird es dem Gläubiger als grobe Fahrlässigkeit anzurechnen sein, wenn er nicht, wie er soll (§ 2 Abs 3) den Verpächter rechtzeitig von der beabsichtigten Bestellung des Pfandrechts benachrichtigt hat. — Bei neueren landwirtschaftlichen Maschinen des Pächters wird dasselbe gelten, was das RG JRsSch 1927 Nr 804 bei neuen Kraftwagen angenommen hat (ob. A 2 Abs 3). Eigentumsvorbehalt ist nicht Sicherungsübereignung; § 22 des Gesf. gewährt dem Maschinenverkäufer keinen Schutz, auch wenn der Verkauf vor dem Inkrafttreten des Gesetzes liegt.

3. Gutgläubiger Erwerb bei Verpfändung durch Übertragung des mittelbaren Besitzes (§ 934 A 1 bis 3). Zu beachten ist: Zum Erwerb nach § 1205 Abs 2 gehört außer der Übertragung des mittelbaren Besitzes (Abtretung des Anspruchs) die Verpfändungsanzeige an den unmittelbaren Besitzer. Wird diese nach der Übertragung des mittelbaren Besitzes erstattet, so entsteht das Pfandrecht erst im Augenblick der Anzeige. Dieser Augenblick muß als für den guten Glauben entscheidend herangezogen werden. Denn, wenn im § 934 gesagt ist, der gute Glaube müsse „zur Zeit der Abtretung“ vorhanden sein, so rechtfertigt sich dies dort um deswillen, weil im Falle des § 931 das Eigentum durch die Abtretung des mittelbaren Besitzes allein ohne Anzeige erlangt wird, und hat dies deshalb dieselbe Bedeutung wie im § 932 die Wendung: „zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde“. Wird die Vorschrift aber in diesem Sinne entsprechend angewendet, so führt sie zu dem bezeichneten Ergebnis. Nur dies ist auch mit der Regelung der Frage des Ranges des gutgläubig erworbenen Pfandrechts im § 1208 vereinbar. Zu beachten ist ferner, daß § 1207 in Verbindung mit § 934 nur den guten Glauben an das Eigentum des Verpfänders schützt, nicht auch den an dessen mittelbarem Besitz. Tritt also jemand einen ihm nicht zustehenden Herausgabeanspruch zum Zwecke der Verpfändung der Sache ab, so entsteht ein Pfandrecht auch dann nicht, wenn der andere Teil den Abtretenden gutgläubig für den berechtigten Inhaber des Herausgabeanspruchs gehalten hat (RG 14. 4. 16 VII 32/16). In einem solchen Fall kann erst die Inbesitznahme der Sache selbst von dem Dritten das Pfandrecht entstehen lassen (vgl. die zweite Möglichkeit des § 934). Die Frage, ob derjenige, welcher durch Verpfändung nach § 1206 Halbs 2 ein Pfandrecht erworben hat, mittelbarer Besitzer im Sinne der §§ 1207, 934 ist, hat RG 118, 35 offen gelassen, sie dürfte aber wohl zu verneinen sein. — Der Empfangsbediener hat wegen anderer Ansprüche als der im § 410 HGB bezeichneten, selbst bei Gutgläubigkeit, kein gesetzliches, aber auch kein vertragliches Pfandrecht an dem nicht dem Empfänger gehörigen Frachtgut (JWB 1934, 2723^o; dazu Schwarz JW 1933, 867; 1934, 2723; 1935, 494; Senftiehl das. 1935, 493; HansRG 1934 B, 427¹²⁹; ferner Metzger DJ 1939, 293 und DVG Hamburg VerR 1939, 1123).

4. Verpfändung gestohlener, verlorener und sonst abhanden gekommener Sachen: § 935. Wegen des Sonderrechts der Pfandleihanstalten vgl. GG Art 94 Abs 2 und über die Pfandleihe allgemein: Pand-Flad Vorbem V vor § 1204; Simons und Hansen, Der Kleinpandkredit, 1937, auch A 1 i vor § 1204.

5. Auf die Verpfändung durch Einräumung des Mitbesitzes ist, je nachdem der unmittelbare oder der mittelbare Mitbesitz eingeräumt wird, § 932 oder § 934, in jedem Fall aber § 935 entsprechend anzuwenden. Zu beachten ist auch hier, daß im § 1206 außer der Einräumung des Mitbesitzes noch ein weiteres Erfordernis für die Entstehung des Pfandrechts aufgestellt ist, das des Mitverschlusses oder der Verpflichtung des Dritten, nur an Eigentümer und Gläubiger gemeinschaftlich herauszugeben, und daß deshalb, wenn dieses weitere Erfordernis zeitlich erst an letzter Stelle erfüllt wird, der gute Glaube des Erwerbers in diesem letzten Augenblicke des Erwerbs vorhanden sein muß (vgl. A 3). Der maßgebende Zeitpunkt ist eben der, in dem das dingliche Recht entstanden wäre, wenn der Eigentümer es bestellt hätte (RG SenftA 85 Nr 115).

§ 1208

1) Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet ²⁾, so geht das Pfandrecht dem Rechte vor ³⁾, es sei denn, daß ⁴⁾ der Pfandgläubiger zur Zeit des Erwerbes des Pfandrechts ⁵⁾ in Ansehung des Rechtes ⁶⁾ nicht in gutem Glauben ist ⁷⁾. Die Vorschriften des § 932 Abs 1 Satz 2, des § 935 und des § 936 Abs 3 finden entsprechende Anwendung ⁸⁾ ⁹⁾ ¹⁰⁾ 11).

© I 1152 II 1117; R 3 806; P 3 452.

1. Erwerb eines Pfandrechts im guten Glauben an das Nichtbestehen älterer Rechte; Vorrang vor diesen. Die Vorschrift des § 1208 erstreckt sich unmittelbar sowohl auf den Fall des Erwerbes eines Pfandrechts vom Eigentümer nach §§ 1205, 1206, wie auf den des Erwerbes des Pfandrechts vom Nichteigentümer im Wege des § 1207. Sie schützt den guten Glauben, schon aber die älteren Rechte insofern, als sie ihren Bestand unangetastet läßt und nur den Rang verändert. Als guter Glaube kommt hier, wo der Rang des Rechtes in Frage steht, nur der gute Glaube an das Nichtbestehen älterer Rechte in Betracht. Der gute Glaube an das Eigentum des

Verpfänders ist nur insoweit von Bedeutung, als ohne ihn, wenn dem Verpfänder das Eigentum fehlt, Pfandrecht des Erwerbers überhaupt nicht entsteht. — Für den Handelsverkehr kommt auch § 366 Abs 2 HGB in Betracht (wegen der Anpassung in der Ostmark und in den süddeutschen Gebieten: § 1207 A 1 Abs 3).

2. Hinsichtlich der **Belastung mit dem Rechte eines Dritten** ist es belanglos, von welcher Art dieses ältere Recht ist, ob Pfandrecht, Nießbrauch, Hypothek (§ 1120) oder fremdländisches Schiffsregisterpfandrecht (RG 77, 4) vorliegt und welchen Ursprungs es ist, ob es rechtsgeschäftlich bestellt, als gesetzliches Recht gegeben oder durch Zwangsvollstreckung (Pfändung) entstanden ist. Doch muß es ein dingliches Recht an der Sache sein, und zwar das eines Dritten. Hat der Pfandgläubiger, ohne es zu wissen, selbst ein vorgehendes Recht an der Sache, so tritt durch den Erwerb des Pfandrechts keine Rangänderung ein.

3. Mit der Anordnung, das **Pfandrecht gehe dem Recht vor**, ist nur der Vorrang des Pfandrechts vor dem unbekanntem älteren Recht ausgesprochen. Die Rangordnung der älteren Rechte untereinander wird vom § 1208 nicht berührt. Zweifel können sich hierbei ergeben, wenn mehrere ältere Rechte von verschiedenem Range bestehen und der Erwerber des neuen Pfandrechts von ihnen ein nachgehendes kennt, in Ansehung der diesem vorgehenden aber in gutem Glauben ist. Das dem gutgläubigen Erwerber bekannte Recht müßte nach § 1208 dem Pfandrecht des Erwerbers vorgehen, den diesem Pfandrecht nachgehenden übrigen, beim Erwerb unbekannt gebliebenen Pfandrechten aber nachgehen. Die zunächst unmöglich scheinende Lösung der Schwierigkeit ergibt sich dann, wenn in Betracht gezogen wird, daß § 1208 lediglich den Schutz des gutgläubigen Erwerbers im Auge hat. Diesem kann nur daran liegen, daß seinem Pfandrecht keine schwerere Belastung vorausgeht, als ihm bei dem Erwerb bekannt war, nicht aber daran, zu wessens Gunsten die ihm vorangehende Belastung wirkt. Nur jenes verbürgt darum § 1208. Kommt es zur Veräußerung des Pfandes und zur Verteilung des Erlöses, so ist hiernach zwar der Betrag, der auf die dem gutgläubigen Erwerber vorgehende Last entfällt, zur Deckung der Vorbelastung zu verwenden, aber nicht gerade zur Befriedigung desjenigen Berechtigten, dessen Recht bei dem gutgläubigen Erwerb bekannt war, sondern zur Befriedigung der außer dem gutgläubigen Erwerber vorhandenen Berechtigten nach der Rangordnung, die unter ihnen ohne Rücksicht auf das Dazwischentreten des gutgläubigen Erwerbers besteht.

4. Die **Beweislast** für das Fehlen des guten Glaubens trifft den Gegner des Erwerbers.

5. **Zur Zeit des Erwerbs des Pfandrechts** muß der Pfandgläubiger gutgläubig sein, das heißt im Zeitpunkt, als der Erwerb tatsächlich vollendet war (vgl. § 1207 A 3, 5).

6. **In Ansehung des Rechtes** weist nicht nur auf den Bestand, sondern auch auf den Inhalt und den Umfang des Rechtes hin. Wenn auch im Regelfall der gutgläubige Erwerber überhaupt den Bestand des Rechtes nicht kennt, so sind doch Fälle denkbar, in denen der Irrtum des Erwerbers sich lediglich auf Inhalt und Umfang des vorgehenden Rechtes bezieht, und es besteht kein hinreichender Grund, in diesen Fällen den Schutz des § 1208 zu verlagern. Der Umstand, daß so eine Spaltung des älteren dinglichen Rechtes in zwei Teile eintreten kann, von denen der eine dem gutgläubig erworbenen Pfandrecht vorgeht, der andere ihm nachgeht, ist ohne wesentlichen Belang, da es sich doch nur um Berechnungen für die Verteilung des Erlöses handelt. Die Gewährung des Schutzes des § 1208 in diesem Fall erschwert aber auch nicht die Beweislast für den Inhaber des verkannten Rechtes. Denn ihm kommt für den Beweis der groben Fahrlässigkeit des Erwerbers die Erwägung zu Hilfe, daß die Kenntnis vom Bestehen eines älteren Rechtes den Pfandrechterswerber zu gewissenhafter Nachforschung nach dessen Inhalt und Umfang verpflichtet, wenn er sich auf entschuldbaren Irrtum hierüber berufen will.

7. Wegen der **Gutgläubigkeit des Erwerbers**: oben A 1 Satz 3 und § 932 A 1, 4.

8. **Einschränkungen des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers.** War der Pfandnehmer bei dem Erwerb des Pfandrechts schon im Besitz der Sache, so gilt Satz 1 nur, wenn er den Besitz vom Pfandgeber erlangt hatte (§ 932 Abs 1 Satz 2; vgl. aber auch A 3 zu § 934). Danach kommt der Schutz des guten Glaubens auch dem zugute, dem im **Wertpapier-Giro-Verkehr** durch grünen Scheck ein Pfandrecht bestellt wird (A 9 zu § 1205). Satz 1 gilt überhaupt nicht, wenn es sich um gekohlene usw. Sachen handelt, die nicht Geld oder Inhaberpapiere sind (§ 935). Wird die Übergabe der Sache durch die Übertragung des mittelbaren Besitzes nach § 1205 Abs 2 erfolgt, so bleibt den etwaigen Rechten des Dritten, also des unmittelbaren Besitzers, ihr Vorrang vor dem neuen Pfandrecht erhalten (§ 936 Abs 3).

9. **Auf das Pfändungspfandrecht** ist § 1208 aus demselben Grund nicht anzuwenden wie § 1207 (vgl. § 1207 A 2). Wegen der gesetzlichen Pfandrechte: § 1257 A 2.

10. **Auf das Pfandrecht an Rechten** darf § 1208 nicht angewendet werden (§ 1273 Abs 2).

11. Nach dem **Pächterkreditgesetz** v. 9. 7. 26 (vgl. § 1204 A 5; § 1207 A 2) geht das Pfandrecht des Gläubigers (Kreditinstituts) dem Recht des Dritten, mit dem ein Inventarstück belastet ist, vor, es sei denn, daß dem Gläubiger im Zeitpunkt der (auch von seiner Seite möglichen) Niederlegung des Verpfändungsvertrags beim Amtsgericht das Recht des Dritten bekannt war oder bekannt sein mußte (§§ 4 Abs 2 u. 3, 15 Abs 1). Das Verhältnis des Pfandrechts des

Gläubigers zum gesetzlichen Pfandrecht des Verpächters ist durch § 11 des Ges. besonders geregelt. Erheblich weicht § 5 Abs 1 vom allgemeinen bürgerlichen Recht ab: Wer vom Pächter an einem mit dem Pfandrecht der Kreditanstalt belasteten Inventarstück ein Recht erwirbt, kann sich, solange der Verpfändungsvertrag beim Amtsgericht niedergelegt ist, nicht darauf berufen, daß er in Ansehung des Pfandrechts in gutem Glauben war (wegen des § 5 Abs 2: A 4 zu § 936).

§ 1209

1) Für den Rang des Pfandrechts ist die Zeit der Bestellung auch dann maßgebend, wenn es für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt ist ^{2) 3) 4) 5) 6)}.

© I 1151 II 1180; M 3 805, 806; P 3 451, 452.

1. Rangverhältnis im allgemeinen. Das Gesetz gibt keine Grund- und Hauptregel für den Rang der Pfandrechte, sondern setzt eine solche dahin, daß für den Rang die Zeit der Bestellung maßgebend ist, nur voraus und läßt sie hier bei der Frage des Pfandrechts für künftige und betagte Forderungen durchscheinen. Die vorausgesetzte Regel des Ranges nach der Bestellzeit besteht allgemein für alle Rechte an der Sache, soweit nicht besondere Vorschriften anders bestimmen, ist also nicht nur für den Rang der Pfandrechte untereinander, sondern auch für das Rangverhältnis zwischen Pfandrechten und andern Rechten an der Sache maßgebend. Unterliegen dieselben Sachen als in ein Grundstück eingebrachte dem Verpächterpfandrecht und als Zubehör eines andern Grundstücks dem Hypothekentrecht, so gebührt dem älteren Verpächterpfandrecht der Vorrang (DVG 271, 153). Der Vorrang des älteren Verpächterpfandrechts ist mit Recht anerkannt. Streitig ist, ob die gesetzliche Rangordnungsregel die Beteiligten unbedingt bindet oder ob und inwiefern den Beteiligten freigegeben ist, Abweichungen bei der Bestellung der Pfandrechte oder nachträglich zu bestimmen. Die überwiegende Meinung geht dahin, daß die Regeln über das Rangverhältnis der dinglichen Rechte an beweglichen Sachen streng bindend sind und der Parteivereinbarung keinen Spielraum gewähren. Durch Aufheben und Neubegründen des vorgehenden Rechts kann unter Umständen die gewünschte Rangänderung herbeigeführt werden. Mehrere Pfandgläubiger können den Rang ihrer Rechte durch Vertrag, wenn auch nicht mit dinglicher, so doch mit schuldrechtlicher Wirkung ändern. Auch für den Fall, daß mehrere Pfandrechte gleichzeitig bestellt werden, ist keine Ausnahme anzuerkennen (wie an dieser Stelle früher angenommen worden war). Sie haben also den gleichen Rang. Soll das vermieden werden, so müssen die Pfandrechte zeitlich nacheinander bestellt werden. Ansprüche aus Rechten von gleichem Rang werden nach dem Verhältnis ihrer Beträge befriedigt (vgl. § 10 BGG).

2. Rang des Pfandrechts für eine künftige oder eine bedingte Forderung (vgl. § 1204 A 10). Dem Standpunkt des Gesetzes, „Pfandrechte“ für künftige (auch aufschiebend betagte) und (aufschiebend) bedingte Forderungen schon während des Schwerebestandes als wirkliche und bestehende Pfandrechte zu behandeln, ebenso aber dem Grundsatz des § 161 entspricht es, auch für den Rang eines solchen Pfandrechts den Zeitpunkt der Bestellung und nicht den des späteren Entstehens oder Fälligwerdens der Forderung oder des Eintritts der Bedingung maßgebend sein zu lassen. Gegenteilige Vereinbarungen sind unzulässig (vgl. A 1). Ist darum ein Pfandrecht für eine künftige Forderung bestellt und wird vor dem Entstehen dieser Forderung für eine andere schon bestehende Forderung ein Pfandrecht durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Pfandbesitzer bestellt, so geht dieses Pfandrecht dem zuerst bestellten für die später entstehende Forderung im Range nach (RG Warn 1912 Nr 345).

3. Aufschiebend bedingte und betagte Pfandrechte. Ist nicht die Forderung, sondern das Pfandrecht bedingt oder betagt, so kann allerdings § 1209 unmittelbar keine Anwendung finden. Es ist denn auch Streit darüber, ob für den Rang derartiger Pfandrechte die Zeit der Bestellung oder die Zeit maßgebend ist, in der die Bedingung eingetreten, der bestimmte Anfangstermin gekommen ist. Der Grundsatz, daß die Beteiligten über die Rangordnung nicht verfügen können und auf dem Gebiete des Pfandrechts an beweglichen Sachen Rangvorbehalte nicht schaffen können (vgl. A 1), und die Bestimmung im § 161 führen aber dazu, das Rangverhältnis aufschiebend bedingter und betagter Pfandrechte nicht anders zu beurteilen als das der Pfandrechte für aufschiebend bedingte und betagte Forderungen (A 2).

4. Ausnahmen von der allgemeinen Regel des Ranges nach der Zeitfolge der Pfandrechtbestellungen ergeben sich aus § 1208 für die Fälle des Erwerbs eines Pfandrechts im guten Glauben an das Nichtbestehen älterer Rechte, und aus § 443 des FGG für die Pfandrechte des Kommissionsärs, Spediteurs, Lagerhalters, Frachtführers (vgl. Luther, Relative Rangverhältnisse im Transportrecht, HansRGZ 1938 A, 161). Durch § 5 Abs 1 des Pächterkreditgesetzes (vgl. § 1208 A 11) wird hinsichtlich des Inventarpfandrechts die Ausnahme beseitigt und so die Regel bestätigt. Wegen des Ranges gesetzlicher Pfandrechte: § 1257 A 2.

5. Das **Pächterkreditgesetz** (A 4) gestattet dem Pächter nicht, sein Inventar an mehrere Kreditanstalten zu verpfänden, verbietet das vielmehr geradezu; deshalb fehlt in dem Gesetz ebenso wie eine Vorschrift über den Rang mehrerer Pfandrechte auch ein Hinweis auf § 1209 (RG 143, 10 f.).

6. Eine besondere Rangordnung schafft die **BO** über die **Bevorzugung von Brotgetreide** vom 17. 10. 1938 (RGBl I, 1442) in § 2 Abs 3 im Falle des schriftlichen Abschlusses von Brotgetreidelieferungsverträgen hinsichtlich der Ernte des Jahres 1938 zugunsten der Vorfußgeber bei ihrem Zusammentreffen mit anderen Pfand- und Vorzugsgläubigern. Sie können bei etwaiger Pfändung von Brotgetreide bei einem Betriebsinhaber wegen ihrer Ansprüche auf Rückzahlung von Vorbüßen vorzugsweise Befriedigung aus einem Teilbetrage von insgesamt 70 v. H. des Verwertungserlöses verlangen. Aus dem ihnen zustehenden Betrag sind jedoch etwaige Ansprüche eines Fruchtpfandrechtsgläubigers nach dem Gesetz vom 19. 11. 1936 (§ 1204 A 2) vorweg abzudecken, soweit sie der Gläubiger geltend gemacht hat. Sonstige Pfand- und Vorzugsrechte werden erst dann berücksichtigt, wenn die Vorfußgeber in den bezeichneten Grenzen wegen ihrer Rückzahlungsansprüche befriedigt sind. Alles dies gilt nicht bei Pfändungen, die vor Abschluß eines Brotgetreidelieferungsvertrags vorgenommen worden sind, und etwaigen Anschlußpfändungen (§ 2 Abs 4). Dazu: Jung RdM 1938, 920; Epping DZ 1939, 367 und wegen der Zwangsvollstreckung in Brotgetreide der Ernte des Jahres 1938: AB d. RM v. 22. 2. 1939 DZ 1939, 394.

§ 1210

1) Das Pfand haftet für die Forderung in deren jeweiligem Bestand²⁾, insbesondere auch für Zinsen und Vertragsstrafen³⁾. Ist der persönliche Schuldner nicht der Eigentümer des Pfandes, so wird durch ein Rechtsgeschäft, das der Schuldner nach der Verpfändung vornimmt, die Haftung nicht erweitert⁴⁾.

Das Pfand haftet für die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen, für die dem Pfandgläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung⁵⁾ sowie für die Kosten des Pfandverkaufs.

§ I 1148, 1149 II 1120; W 3 803, 804; P 3 445—449; 4 606, 607.

1. Der Umfang der Haftung des Pfandes für die Forderung bestimmt sich zunächst durch die Abrede bei der Pfandbestellung. Die Haftung kann von vornherein weiter bestimmt, aber auch mehr beschränkt und insbesondere auch durch einen Höchstbetrag begrenzt sein. Ist eine solche Abrede nicht getroffen, so sind die Vorschriften des § 1210 (als nachgiebiges Recht) anzuwenden (M 3, 803).

2. Forderung im jeweiligen Bestande bedeutet: in dem Bestand, der sich aus der natürlichen Entwicklung der Forderung (Verminderung durch Zahlungen, Vermehrung durch Rückständigwerden von Zinsen, Verfall von Vertragsstrafen, sonstige Veränderungen durch vertragliches Verschulden u. dgl.) in jedem Augenblick ergibt. Eingeschlossen ist aber — sofern nicht Verpfändung für fremde Schuld vorliegt — auch die Erweiterung der Forderung durch spätere Rechtsgeschäfte, wenn sie nur im Rahmen der bisherigen Forderung stattfindet und nicht eine neue selbständige Forderung schafft. Auf die rechtsgeschäftliche Erweiterung der Forderung innerhalb dieses Rahmens erstreckt sich die Haftung des Pfandes selbst dann, wenn vor der Erweiterung andere Rechte an der Sache entstanden sind. Diesen kann auch nicht der Vorrang vor den späteren Erweiterungen gewahrt werden, weil die Haftung für diese Erweiterungen schon von Anfang an als Haftung für künftige Erweiterungen bestand. Ihr Rang bestimmt sich deshalb nach der Zeit der Bestellung des Pfandrechts für die ursprüngliche Forderung. Da nach RG 111, 62f. die Aufwertung, welche für eine Forderung gefordert werden kann, nichts anderes ist, als die Forderung selbst, so haftet das Pfand auch für den Aufwertungsbetrag.

Für das Pfändungspfandrecht gilt (nach § 804 BPD) § 1210 nur, soweit nicht die Vorschriften der BPD entgegenstehen (RG 97, 41; 108, 320; § 1204 A 1 Abs 2). Das trifft gemäß §§ 322, 704 BPD zu, wenn auf Grund eines zur Vertragserfüllung verurteilenden Schuldtitels gepfändet worden ist und der Erfüllungsanspruch sich nachträglich in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung verwandelt hat. Wegen dieses Anspruchs kann das Pfandrecht nicht geltend gemacht werden (RG 114, 386; 156, 397).

3. Zu den Zinsen zählen auch gesetzliche, insbesondere Verzugszinsen; Vertragsstrafen sind einzurechnen, gleichviel ob sie statt oder neben der Erfüllung geschuldet werden (§§ 340—342). Den Schluszeitpunkt, bis zu dem Zinsen berechnet werden dürfen, bildet die Zeit der Pfandverwertung.

4. Beschränkung der Haftung, wenn der persönliche Schuldner nicht Eigentümer des Pfandes ist (Abs 1 Satz 2). Der Satz, daß die Haftung des Pfandes nicht erweitert wird, wenn der Schuldner

die Forderung durch ein Rechtsgeschäft erweitert, das er nach der Verpfändung vornimmt, zeigt deutlich, daß das Gesetz für die Beschränkung der Haftung die Verpfändung für eine fremde Schuld voraussetzt. Der Gedankengang ist also der: Verpfändet man eine Sache für eigene Schuld, so ist mangels anderer Abrede anzunehmen, daß man für den Fall der Erweiterung der Schuld auch die Erweiterung des Pfandes vereinbart haben will; verpfändet man aber eine Sache für fremde Schuld, so tritt die Erweiterung der Haftung nur ein, wenn sie besonders vereinbart ist. Von diesem Gesichtspunkt aus muß angenommen werden, daß Abs 1 Satz 2 auf den Fall des gutgläubigen Pfandrechterserwerbs vom Schuldner als dem vermeintlichen Eigentümer nicht anwendbar ist. Denn infolge des Schutzes des guten Glaubens muß der Pfandgläubiger so behandelt werden, als hätte er von dem Schuldner als dem wirklichen Eigentümer ein Pfandrecht, also ein des Erweiterns fähiges Pfandrecht erhalten. Ebenso kann dem Pfandgläubiger die von vornherein begründete Erweiterungsfähigkeit des Pfandrechts nicht dadurch entzogen werden, daß der Schuldner das Eigentum der Pfandsache, das er bei der Pfandbestellung besaß, später einem Dritten überträgt. Andererseits wird das von einem dritten Verpfänder für fremde Schuld und darum als unerweiterbar bestellte Pfandrecht nicht dadurch von selbst zum erweiterbaren, daß der Drittverpfänder die Pfandsache an den Schuldner veräußert.

5. Zu den **Kosten der Rechtsverfolgung** (Abs 2) gehören auch die Kosten der gegen den Schuldner persönlich gerichteten Rechtsverfolgung.

§ 1211

Der Verpfänder¹⁾ kann dem Pfandgläubiger gegenüber die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden²⁾ geltend machen. Stirbt der persönliche Schuldner, so kann sich der Verpfänder nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Schuld nur beschränkt haftet.

Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht dadurch, daß dieser auf sie verzichtet³⁾.

§ I 1149, 1180 II 1119; R 3 804, 814, 815; B 3 445—449, 460, 461.

1. Unter dem **Verpfänder** ist hier der zu verstehen, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist. Eigentümer braucht der Verpfänder nicht zu sein, um die Rechte des § 1211 zu genießen. Dem Eigentümer, der weder Verpfänder noch persönlicher Schuldner ist, müssen aber die gleichen Rechte zugestanden werden wie dem Verpfänder (RG JW 1912, 749¹³⁾).

2. Dem **Pfandgläubiger gegenüber** kann der Verpfänder die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen, d. h. gegenüber dem Anspruch des Pfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Pfand, zutreffendenfalls im Wege einer besonderen Klage, ähnlich der aus § 767 B.D. a) Die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden. Nur die gegen die Forderung zustehenden Einreden sind dem Verpfänder gegeben, nicht auch sonstige, wie die in Satz 2 erwähnte, die Einrede aus dem Aufgebot der Nachlassgläubiger (§§ 1970 ff., 2061) und die konfuzsrechtlichen Einreden (§§ 1975 ff.). Die Verjährungseinrede ist, obwohl gegen die Forderung zustehend, dem Verpfänder nach § 223 Abs 1 unzugänglich. Die Ansprüche des Schuldners auf Herabsetzung der Leistung (§§ 343, 655) können auch durch Einrede verfolgt werden (RG JW 03 Beil 96); als Einreden richten sie sich gegen die Forderung, auch sie sind daher dem Verpfänder gegeben. Der jenen Bestimmungen zugrunde liegende gesetzliche Gedanke spricht nicht dagegen. — Die im Vergleichsverfahren (Zwangsvergleich im Konkurs) einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft eintretende Begrenzung der persönlichen Haftung der Gesellschafter (§ 109 Nr 3 VerglD, § 211 Abs 2 KO) verhilft dem Verpfänder nicht zu einer Einrede gegen die Höhe der Forderung, obgleich er als Mitgesellschafter nur noch beschränkt haftet (vgl. Diesel BankR 1936/36, 161; § 82 Abs 2 VerglD, § 193 KO). b) Die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden. Hierbei handelt es sich um die Einrede, daß der persönliche Schuldner das der Forderung zugrunde liegende Rechtsgeschäft noch anfechten könne, und die Einrede, daß der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des persönlichen Schuldners befriedigen könne (vgl. § 770 A 1, 2, 3, wobei jedoch zu beachten ist, daß der Verpfänder nach § 1211 Abs 2 die Einrede durch den Verzicht des persönlichen Schuldners nicht verliert). Mit einer Forderung des Schuldners gegen den Pfandgläubiger kann der Verpfänder oder Pfand Eigentümer, wenn er nicht der Schuldner ist, nicht aufrechnen (RG JW 1912, 749¹³⁾); wohl aber darf er die Leistung verweigern, solange der Pfandgläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann (RG LZ 1931, 777).

3. § 1211 **erweitert die Rechte des Verpfänders**. Die ihm selbst zustehenden Einreden, mögen sie sich gegen den Bestand des Pfandrechts richten, mögen sie auf einem besonderen Rechtsverhältnis zum Pfandgläubiger beruhen, sind ihm durch § 1211 nicht abgesprochen.

§ 1212

1) Das Pfandrecht erstreckt sich auf die Erzeugnisse, die von dem Pfande getrennt werden^{2) 3) 4) 5)}.

§ I 1150 II 1121; M 3 805; P 3 449—451.

1. **Forthaftung der Bestandteile, insbesondere der Erzeugnisse der Pfandsache nach der Trennung.** Da wesentliche Bestandteile, solange sie nicht getrennt sind, nach § 93 die rechtliche Lage der Sache teilen, erstreckt sich das Pfandrecht an einer beweglichen Sache ohne weiteres auf deren ungetrennte wesentliche Bestandteile. Die Folge der Trennung und des Selbständigwerdens der Bestandteile ist, soweit nicht besondere Bestimmungen bestehen, die, daß die Rechtsverhältnisse, denen die Sache bis dahin als Bestandteil unterlag, nun für sie als selbständige Sache fortzubauern. Besondere Bestimmungen sind für das Eigentum im Falle der Trennung der Bestandteile in den §§ 954 ff. gegeben, für das Pfandrecht dagegen nicht. Das Pfandrecht besteht also nicht nur an den Erzeugnissen der Sache, sondern auch an allen bis zur Trennung zu ihr gehörenden wesentlichen Bestandteilen der Pfandsache vom Augenblick der Trennung ab als an einer selbständigen Sache fort. Der durch die Trennung etwa eintretende Eigentumswechsel ist auf den Bestand des Pfandrechts ohne Einfluß. Durch Rechtsgeschäft und mit dinglicher Wirkung kann die gesetzliche Regel nicht aufgehoben werden. Der Pfandgläubiger kann sich aber schuldrechtlich zur Freigabe verpflichten.

2. **Erzeugnisse, die vom Pfande getrennt werden,** sind von der in A 1 besprochenen allgemeinen Regel nicht ausgenommen. Nur dies ist der Sinn des § 1212. Früchte der Sache, die nicht Erzeugnisse sind, also insbesondere Erträge, welche eine Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt (§ 99 Abs 3), sind nicht Bestandteile der Sache. Auf sie erstreckt sich daher, abgesehen von besonderer Vereinbarung, das Pfandrecht nicht.

3. **Zubehör** ist nicht Bestandteil (§ 97). Das Pfandrecht erstreckt sich darauf nur insoweit, als die Zubehörsstücke bei der Pfandbestellung mit übergeben wurden. Nach § 314 spricht eine Vermutung dafür, daß bei der Übernahme einer Verpflichtung zur Bestellung eines Pfandes die Absicht der Beteiligten auch auf die Verpflichtung zur Verpfändung des Zubehörs der Pfandsache gerichtet war.

4. **Ein dinglicher Ersatz** (eine Surrogation) der Pfandsache tritt von Gesetzes wegen nur insoweit ein, als bestimmt ist, daß der Pfanderlös in den Fällen der §§ 1219 u. 1247 an die Stelle des Pfandes tritt. Der Erlös für die vom Eigentümer freihändig verkaufte Milch fällt auch dann nicht unter das Pfandrecht, wenn bei der Gesamtbeschlagnahme eines Gutes durch die öffentlich-rechtliche Kreditanstalt (die „Landschaft“) die Milchträge mit gepfändet worden sind (RW 1933, 715¹⁹). Der Pfandgläubiger, bei dem die Pfandsache durch Verschulden eines Dritten zerstört wurde, hat also nicht etwa an Stelle des Pfandrechts an der Sache nun ein Pfandrecht an dem Ersatzanspruch des Eigentümers gegen den Zerstörer oder an der Entschädigung, die der Beschädigte dem Eigentümer geleistet hat. Er hat auch keinen — etwa dem § 281 entsprechenden — Anspruch auf Einräumung eines Pfandrechts an dem Ersatzanspruch oder dem als Ersatz Empfangenen; denn die Rechtsregel des dinglichen Ersatzes ist nicht allgemein gültig, ihre Wirkungen und ihr Umfang sind nach den einzelnen, sie betreffenden Bestimmungen zu bemessen (RW 94, 22; 105, 87 f.; 22.1.29 VII 315/28). Ebenjowenig hat der Pfandgläubiger ein Ersatzpfandrecht an dem Versicherungsanspruch, der aus der Zerstörung der Sache gegen einen dritten Versicherer entstanden ist; wer die Versicherung genommen hat, ist hierbei belanglos. Im Vereinbarungswege können Ersatzpfandrechte geschaffen werden; sie entstehen, wenn die besonderen Voraussetzungen für ihre Bestellung erfüllt sind. Geschützt wird der Pfandgläubiger durch § 823 Abs 1 und durch die Möglichkeit, selbst die Sache zu versichern.

5. **Eine Ausnahme von der Erstreckung des Pfandrechts auf die Erzeugnisse** ergibt sich im Falle des Nutzungspfandes (§ 1213).

§ 1213

1) Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzungen²⁾ des Pfandes zu ziehen^{3) 4)}.

Ist eine von Natur fruchttragende Sache dem Pfandgläubiger zum Alleinbesitz übergeben, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Pfandgläubiger zum Fruchtbezuge berechtigt sein soll⁵⁾.

§ I 1154 II 1122; M 3 807—809; P 3 452, 453.

1. **Nutzungspfand** (vgl. § 1283 Abs 1). Das Gesetz läßt das Nutzungspfand als Art der Verpfändung nur an beweglichen Sachen, Rechten und Forderungen zu, nicht an Grundstücken (M 3, 630, 808). Ein unter der Herrschaft des ALR begründetes Nutzungspfand an Grundstücken ist nach dem Inkrafttreten des BGB weggefallen, wenn es mit einer Hypothek verbunden war (RW 47, 56). Das

Recht des Nutzungspfandgläubigers, die Nutzungen zu ziehen, ist Ausfluß des Pfandrechts, nicht eines neben dem Pfandrecht bestehenden nießbrauchähnlichen Rechts. Aber wie der Nießbrauch nach § 1030 Abs 2 durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden kann, so auch das Nutzungspfand. Der Wortlaut des Gesetzes („die Nutzungen“) spricht nicht zwingend dagegen; Erwägungen des Gesetzgebers, die entgegenstehen könnten, sind nicht erkennbar. Die Nutzungsberechtigung kann auch nach der Bestellung des Pfandes eingeräumt, das gewöhnliche Pfand dadurch in ein Nutzungspfand umgewandelt werden. Entsprechendes gilt für die Umwandlung eines Nutzungspfandes in ein gewöhnliches Pfandrecht.

2. Der Begriff der Nutzung ergibt sich aus § 100.

3. Umfang der Nutzungsberechtigung. Soweit nicht anders vereinbart (vgl. A 1), gebühren dem Nutzungsberechtigten alle Nutzungen, aber nur bis zum Erlöschen seiner Nutzungsberechtigung und jedenfalls nicht länger als bis zum Erlöschen des Pfandrechts. Für die Berechtigung zum Bezuge der Früchte ist § 101 anzuwenden.

4. Folgen der Nutzungsberechtigung. Der Pfandgläubiger hat auf Grund des Nutzungspfandrechts die Befugnis, sich die Erzeugnisse der Pfandsache anzueignen; er erwirbt daran also mit der Trennung Eigentum (§ 954). Pfandrecht entsteht deshalb für ihn an den Erzeugnissen nicht. An den Erträgen, welche die Pfandsache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt (§ 99 Abs 3) erhält der Nutzungsberechtigte Eigentum erst durch die Übereignung der Leistung.

5. Die Auslegungsregel des Abs 2 beschränkt sich auf den Fall der Übergabe der fruchttragenden Sache an den Pfandgläubiger zum Alleinbesitz (Gegensatz: Mitbesitz A 1 Abs 2 vor § 854). Nutzungspfandrecht kann auch bei Pfandbestellung durch Überlassung des Mitbesitzes begründet werden; doch greift dann die Auslegungsregel des Abs 2 nicht Platz. Das „Übergeben“ zum Alleinbesitz ist nicht allzu wörtlich zu nehmen. Die Auslegungsregel gilt auch bei einer Pfandbestellung nach § 1205 Abs 1 Satz 2 und nach § 1205 Abs 2, wenn der Pfandgläubiger nachträglich alleiniger unmittelbarer Besitzer der Sache geworden ist. Andererseits ist die Herausgabe zum Zwecke des Verkaufs im Sinne des § 1231 kein Übergeben zum Alleinbesitz. — Keine Anwendung findet § 1213 Abs 2 bei der Verpfändung von Rechten (vgl. § 1273 Abs 2; A 5 daf.).

§ 1214

1) Steht dem Pfandgläubiger das Recht zu, die Nutzungen zu ziehen, so ist er verpflichtet, für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen²⁾ und Rechenschaft abzulegen³⁾.

Der Reinertrag der Nutzungen wird auf die geschuldete Leistung und, wenn Kosten und Zinsen zu entrichten sind, zunächst auf diese angerechnet⁴⁾. Abweichende Bestimmungen sind zulässig⁵⁾ 6).

§ 1 1164 II 1123; W 3 808, 809; P 3 452, 453.

1. Pflicht zur Sorge für die Gewinnung der Nutzungen im Falle des § 1213. Der Pfandgläubiger hat für die Gewinnung der Nutzungen so zu sorgen, wie es den Umständen und einer sorgfältigen ordnungsmäßigen Geschäftsführung entspricht. Die hierzu nötigen Verwendungen hat er zu machen (vgl. § 1216 W); zu außergewöhnlichen Maßregeln ist er nicht verpflichtet. Eine übermäßige Nutzung, die der Sache schädlich ist, macht ihn ebenso haftbar wie Nachlässigkeit bei der Nutzung.

2. Rechenschaftspflicht. Die Gewinnung der Nutzungen ist für den Pfandgläubiger zugleich eigene und fremde Angelegenheit. Darauf beruht seine Rechenschaftspflicht (W 73, 288). Die Rechenschaft ist nach § 259 abzulegen. Wann und wie oft sie abzulegen ist, bestimmt sich, wenn eine Vereinbarung darüber nicht getroffen worden ist, nach billigem Ermessen. Unnötig und zur Unzeit kann das Ablegen der Rechenschaft nicht verlangt werden. Mit dieser Beschränkung ist es richtig, daß jederzeit Rechenschaft verlangt werden kann. Der Offenbarungseid kann nur unter den Voraussetzungen des § 259 Abs 2, 3 gefordert werden.

3. Reinertrag ist der Betrag, der sich aus der Wertverwertung der Nutzung nach Abzug der Kosten für die gewöhnliche Unterhaltung der Sache und für das Gewinnen und Werthen der Nutzungen ergibt, und, wenn der Nutzungsberechtigte Pfandgläubiger gezogene Früchte nicht verwertet, sondern für sich selbst behalten hat, der Betrag, der sich ergibt, wenn die Kosten der Gewinnung von dem Verkaufswert abgezogen werden.

4. Art der Anrechnung. Aus der Fassung („wird angerechnet“) ergibt sich, daß nicht nur eine Verpflichtung besteht, den Reinertrag in dieser Art zu verrechnen, sondern daß in der hier geregelten Art die Anrechnung von Gesetzeswegen stattfindet. Auch ohne Verrechnung gelten ohne weiteres die Zinsen, die Kostenforderung und die Hauptforderung als bezahlt und erloschen, insofern sie nach Maßgabe des Abs 2 durch den Reinertrag ausgeglichen sind. Die Kosten, von denen hier die Rede ist, sind die auf die Forderung erwachsenen Kosten der Räumigung und der Rechtsverfolgung (§ 1210 Abs 2). Sie gehen bei der Anrechnung des Reinertrags den Zinsen vor (§ 367 Abs 1).

5. **Abweichende Bestimmungen** können insbesondere dahin vorkommen, daß durch die Nutzungen die Zinsen abgegolten sein sollen; in diesem Falle wird zumeist eine Verpflichtung zur Sorge für die Gewinnung der Nutzungen und eine Rechenschaftspflicht nicht bestehen. Aber auch anderweitige Bestimmungen über die Verrechnung sind möglich. Solche können sich auch daraus ergeben, daß im Falle der Pfandbestellung durch Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes ein Pfandhalter aufgestellt ist, dem das Gewinnen der Nutzungen und die Ausführung des Reinertrags an den Pfandgläubiger obliegt.

6. **Entsprechende Anwendung** findet § 1214, wenn ein Pfandgläubiger, z. B. ein Vermieter, der sein gesetzliches Pfandrecht ausgeübt hat, das Pfand nutzt, etwa so, daß er die zurückgehaltenen Möbel des Mieters an dritte Personen vermietet. In der Klage des Mieters auf Auskehrung des Reinertrags kann eine nachträgliche Genehmigung der Vermietung liegen; auch § 687 Abs 2 kann einschlagen (RG 105, 408).

§ 1215

Der Pfandgläubiger ist zur Verwahrung des Pfandes verpflichtet^{1) 2) 3)}.

§ I 1156 II 1124; M 3 810, 811; P 3 454, 455.

1. Die **regelmäßige Voraussetzung der Verwahrungspflicht** ist, daß der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den alleinigen unmittelbaren Besitz des Pfandes erlangt hat. Ist dem Pfandgläubiger, wie für den Regelfall anzunehmen, die Hinterlegung der Sache bei einem Dritten gestattet, so hat er nur ein ihm bei dieser Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten (vgl. § 691 und unten A 2). Erlangt der Pfandgläubiger nur Mitbesitz nach einer der Möglichkeiten des § 1206 oder wird ihm nach § 1205 Abs 2 der mittelbare Besitz eingeräumt, so bleibt die Verwahrungspflicht zunächst ohne Inhalt. Das Pfand ist dann zwar bei einem Dritten hinterlegt — Dritter ist insoweit auch der nach § 1206 Halbf. 1 unmittelbar mitbesitzende Verpfänder —; da es aber nicht der Pfandgläubiger ist, welcher die Hinterlegung vorgenommen hat, so kann ihn ein Verschulden dabei nicht treffen. Die Verwahrungspflicht wird indessen stets wirksam in dem Augenblick, wo der Pfandgläubiger zur Ausübung seines Pfandrechts den unmittelbaren Alleinbesitz erlangt. Bei gesetzlichen Pfandrechten, auf die § 1215 entsprechend anwendbar ist, hat der Pfandgläubiger in der Regel keine Verwahrungspflicht, wohl aber, wenn er z. B. als Vermieter das Pfand zur Ausübung seines Rechts in Besitz genommen hat (RG 16. 9. 24 VII 660/23). Eine Verwahrungspflicht hat er insbesondere dann nicht, wenn das gesetzliche Pfandrecht an Sachen besteht, die sich im unmittelbaren Besitz des Schuldners befinden. Der Schuldner kann nicht verlangen, daß der Gläubiger die Verwahrung übernimmt. Die Pflicht zur Verwahrung des Pfändungspfandes bei der Zwangsvollstreckung ist öffentlich-rechtliche Amtspflicht des Gerichtsvollziehers; eine Verwahrungspflicht des Pfändungspfandgläubigers kommt dabei nicht in Frage (RG SeuffBl 07, 107; RG 18. 10. 12 VII 219/12). Läßt ein Vermieter das vermietete Haus zwangsweise räumen, hält er aber die hinausgeschafften Sachen in Ausübung des Vermieterpfandrechts auf dem Grundstück zurück und nimmt der Gerichtsvollzieher diese auf dem Grundstück verbleibenden Sachen nach § 885 Abs 3 ZPO in amtliche Verwahrung, so trifft den Vermieter als Pfandgläubiger keine Verwahrungspflicht. Ein Bevollmächtigter, der bei diesen Vorgängen für den Vermieter auftritt, ist selbst weder nach § 1215 noch nach § 823 Abs 1 zur Sorge für die Verwahrung der Pfänder verbunden (RG 102, 77 ff.).

2. **Inhalt der Verwahrungspflicht.** Ob die Verpflichtung zur Verwahrung des Pfandes wirklich darauf beruht, daß das Gesetz in dem Pfandbestellungsvertrag zugleich einen für die Dauer des Pfandrechts geschlossenen Verwahrungsvertrag findet, kann dahingestellt bleiben. Von einer unmittelbaren Anwendung der Vorschriften über den Verwahrungsvertrag (§§ 688 ff.) ist jedenfalls nicht die Rede. Nur eine entsprechende Anwendung der §§ 688 ff. kommt in Frage, und diese ist der Hauptsache nach nicht streitig. Bei der Frage der entsprechenden Anwendung der Einzelvorschriften ist aber ein wesentlicher Unterschied im Auge zu behalten. Der Verpfänder übergibt die Pfandsache dem Pfandgläubiger nicht deshalb, weil er ihn im Vertrauen auf seine Befähigung zum Verwahrungsgeschäft als Verwahrer aussersehen hat, wie dies bei § 688 der Fall ist; sondern er übergibt dem Pfandgläubiger die Pfandsache, weil dies zur Befestigung des Pfandes notwendig ist. Der Pfandgläubiger andererseits verwahrt die Pfandsache nicht nur zum Nutzen des Verpfänders, sondern ebenso zum eigenen. Unter diesen Umständen geht es nicht an, die Haftung des Pfandgläubigers nach § 690 zu beschränken; denn es handelt sich um keine bloße Gefälligkeit (RG 25. 4. 22 VII 420/21). Ebenjowenig darf die Auslegungsregel, daß der Verwahrer im Zweifel nicht berechtigt ist, die hinterlegte Sache bei einem Dritten zu hinterlegen (§ 691 Satz 1), auf die Verwahrungspflicht des Pfandgläubigers angewendet werden. Denn jene Auslegungsregel gründet sich gerade auf den bei der Verpfändung zurücktretenden Gedanken, daß die Hinterlegung auf einem dem Verwahrer als solchem geschenktem besonderen Vertrauen beruht (M 2, 574). Der entsprechenden Anwendung des übrigen Inhalts des § 691 sowie der entsprechenden Anwendung der §§ 692, 693, 694 steht dagegen nichts im Wege. Die Verwahrungspflicht umfaßt nur unter besonderen Umständen auch die Erhaltungspflicht. Wer

Aktien als Pfand erhalten hat, verpflichtet sich damit nicht, für den inneren Wert der verpfändeten Aktien Sorge zu tragen. Das gilt auch von der Aktiengesellschaft, der eigene Aktien verpfändet sind (RG 77, 13f.). Die Verpflichtung des Pfandgläubigers kann aber gegebenenfalls soweit gehen, auch ohne Anregung des Pfandschuldners von sich aus die verpfändeten Wertpapiere bei drohendem Kursverlust zu veräußern und durch andere Werte zu ersetzen (RG 109, 182 ff.; LZ 1927, 1339). Wer ein Tier als Pfand fern vom Verpfänder für längere Zeit im eigenen Gewahrsam hat, darf es nicht aus Mangel an Nahrung umkommen lassen. Er wird in diesem Falle nach der zu vermutenden Absicht der Beteiligten bei der Pfandbestellung für das Füttern zu sorgen haben. Eine Pflicht des Pfandgläubigers, die verpfändete Sache gegen Beschädigung und Verlust zu versichern, kann für den Regelfall nicht anerkannt werden.

3. Die Dauer der Verwahrungspflicht kann sich über die Zeit des Bestehens des Pfandrechts hinaus erstrecken, nämlich nach dem Erlöschen des Pfandrechts bis zur Zurückgabe des Pfandes.

§ 1216

Macht der Pfandgläubiger Verwendungen auf das Pfand, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Verpfänders nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag¹). Der Pfandgläubiger ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er das Pfand versehen hat, wegzunehmen²).

§ I 1159 II 1125; W 3 813, 814; B 3 459, 460.

1. **Ersatzansprüche wegen Verwendungen auf das Pfand.** Diese Vorschrift betrifft nur die freiwilligen Verwendungen des Pfandgläubigers auf das Pfand. Sind Vereinbarungen über die Vornahme und den Ersatz von Verwendungen auf das Pfand zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger getroffen worden, so bemißt sich die Ersatzpflicht nach diesen. Die nach § 1214 vom Pfandgläubiger zu machenden Aufwendungen zur Gewinnung der Nutzungen aber sind nicht Verwendungen „auf das Pfand“ und gehören schon deshalb nicht hierher (§ 1214 A 1). Die übrigen, hiernach freiwilligen Verwendungen auf das Pfand wären unmittelbar unter die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff.) zu stellen, wenn sie lediglich der auftragslosen Beforgung eines Geschäfts des Pfandgläubigers gelten würden. Das ist aber nicht die Regel. In der Regel verfolgt der Pfandgläubiger mit den Verwendungen zur Erhaltung der Sache neben dem Nutzen des Verpfänders und noch vor ihm seinen eigenen Nutzen. Damit gerät in Frage, ob auf den Ersatz dieser Verwendungen die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Anwendung zu finden haben. § 1216 unterstellt sie ausdrücklich diesen Vorschriften. Man hat davon auszugehen, daß der Pfandgläubiger, wenn im übrigen die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag bei den Verwendungen vorliegen, nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen kann, gleichviel, ob er zu den Verwendungen durch die Rücksicht auf seinen eigenen Nutzen oder das Beste des Verpfänders bestimmt worden ist (RG 6. 2. 08 VI 205/07). Der Pfandgläubiger kann also stets gleich einem Beauftragten Ersatz verlangen, wenn nur die Verwendung dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen und dem Besten des Verpfänders entspricht (§ 683; HR 1936 Nr 726). Unter Umständen kann sich das Recht des Pfandgläubigers auf öffentliche Versteigerung der von ihm verwahrten Pfandsachen (§§ 1219, 1228, 1235) nach Treu und Glauben in eine Pflicht verwandeln (HR 1936 Nr 726). Hat der Verpfänder bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und Überlastung des Pfandes von dessen Erhaltung keinen Nutzen, so können gegen ihn auch keine Ersatzansprüche wegen Verwendungen erhoben werden. Für die hiernach bestehenden Ansprüche gegen den Verpfänder auf Ersatz von Verwendungen haftet das Pfand nach § 1210 Abs 2. Ist der Verpfänder nicht der Eigentümer des Pfandes und ist das Pfand nicht an den Verpfänder, sondern an den Eigentümer herauszugeben, so kann von diesem der Pfandgläubiger als herausgabepflichtiger Besitzer Ersatz der Verwendungen nach den Bestimmungen der §§ 994 ff. verlangen (Prot 3, 460). Soweit der Verpfänder und der Eigentümer nebeneinander haften, sind sie Gesamtschuldner. Der etwaige Ausgleichanspruch regelt sich nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis. — Vgl. im übrigen auch § 994 A 1 a. E.; § 997 A 1.

2. **Wegnahme von Einrichtungen:** § 258 und die Anmerkungen dazu. Wegen der Verjährung der Ansprüche aus § 1216: § 1226.

§ 1217

Verlezt der Pfandgläubiger die Rechte des Verpfänders in erheblichem Maße und setzt er das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmahnung des Verpfänders fort¹), so kann der Verpfänder verlangen, daß das Pfand auf Kosten des Pfandgläubigers hinterlegt oder, wenn es sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird²).

Statt der Hinterlegung oder der Ablieferung der Sache an einen Verwahrer kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Gläubigers verlangen³⁾. Ist die Forderung unverzinslich und noch nicht fällig, so gebührt dem Pfandgläubiger nur die Summe, welche mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der Zahlung bis zur Fälligkeit dem Betrage der Forderung gleichkommt⁴⁾.

§ I 1156 II 1126; W 3 811; P 3 454—457; 4 599.

1. Besondere Befugnisse des Verpfänders bei Verletzung seiner Rechte durch den Pfandgläubiger (vgl. für den Fall des Wechsels des Pfandgläubigers auch § 1251 Abs. 1, 2). Mißbrauch der Pfandgläubiger seine Besitzerstellung zu erheblicher und hartnäckiger Verletzung der Rechte des Verpfänders, so mutet das Gesetz diesem nicht zu, den Pfandgläubiger im unmittelbaren Besitze zu belassen. Es schützt ihn vielmehr durch Einräumung des Anspruchs auf Herausgabe des Pfandes an einen Dritten (Hinterlegungsstelle oder Verwahrer), sowie durch Gewährung des Rechtes auf vorzeitige Einlösung. Der Verpfänder hat die Wahl zwischen beiden Behelfen.

Die Verletzung der Rechte des Verpfänders wird in der Regel in der Nichterfüllung der Verbindlichkeiten liegen, die dem Pfandgläubiger aus dem Pfandvertrage nach dem Gesetze oder der besonderen Vereinbarung erwachsen sind; sie kann aber auch in der Annäherung ihm nicht zukommender Befugnisse bestehen. Solche Verletzungen sind beispielsweise: die Verletzung der Verwahrungspflicht (§ 1215); die Vernachlässigung der übernommenen Pflege der verpfändeten Tiere; das Ausüben ihm nicht gebührender Benutzung und Nutzung; die Verabsäumung der Pflicht, für das Gewinnen der Nutzungen zu sorgen (§ 1214); die Weigerung, verpfändete Aktien zur Ausübung eines Bezugsrechtes einzusetzen.

In erheblichem Maße müssen die Rechte des Verpfänders verletzt worden sein; eine geringfügige Pflichtverletzung genügt nicht. Die Verletzung darf nach ihrer Schwere zur Bedeutung des Abhilfemittels nicht im Mißverhältnis stehen (vgl. § 1054). Zu einer schweren Schädigung braucht sie nicht geführt zu haben. Die Verletzung muß auch hartnäckig begangen sein.

Eine besondere Form ist für die Abmahnung nicht vorgeschrieben. Die Androhung des Gebrauches der gegebenen Rechtsbehelfe braucht sie nicht zu enthalten.

2. Die Hinterlegung hat bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle entsprechend den Vorschriften in §§ 372 ff. stattzufinden. Eine etwaige Verurteilung zur Hinterlegung zur Hinterlegung wird nach § 883 ZPO vollstreckt. Die Zurücknahme der hinterlegten Sache ist nur mit Zustimmung des Verpfänders zulässig. Das Pfandrecht des Pfandgläubigers dauert während der Hinterlegung fort. Geht das Eigentum an der hinterlegten Sache nach Landesgesetze auf den Staat über, verwandelt sich das Pfandrecht an der Sache in ein Pfandrecht an dem Herausgabeanspruch. Nunmehr gelten die Vorschriften der Hinterlegungsordnung vom 10. 3. 1937 RGBl 1937 I, 285; 1939 I, 377 (A 3a vor § 688), insbesondere die §§ 7, 8, 31 ff. das.; die Art 144—146 GGWB und die auf ihnen beruhenden landesrechtlichen Hinterlegungsvorschriften sind außer Kraft getreten, soweit nicht in den §§ 34, 35, 37 das. etwas anderes bestimmt ist (§ 38 Abs. 2).

Für die Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer gilt § 165 ZGB. Beim Nutzungspfand obliegt dem Verwahrer auch die Verwaltung, Bewertung, Berechnung und Herausgabe der Nutzungen.

3. Das Recht vorzeitiger Einlösung (Abs. 2) steht dem Verpfänder neben dem Anspruch auf Hinterlegung oder auf Herausgabe des Pfandes an einen Verwahrer zur freien Wahl. Die Wahl des eines Weges schließt ein Übergehen zum andern nicht aus. Dem Verpfänder ist insbesondere gestattet, von dem Einlösungsrechte Gebrauch zu machen, wenn der Pfandgläubiger auf die außergerichtliche Aufforderung hin sich zur Hinterlegung oder Herausgabe an einen Verwahrer nicht bereit zeigt. Sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist, hat der Verpfänder das Einlösungsrecht ohnehin nach § 1223 Abs. 2. § 1217 gibt ihm darüber hinaus das Recht zu früherer Einlösung, und zwar auch dann, wenn die Zeit für die Leistung zugunsten des Gläubigers bestimmt sein sollte (vgl. § 271 Abs. 2). Vor etwaigem Schaden wird der Verpfänder durch die — nach § 272 eine Ausnahme darstellende — Befugnis bewahrt, die Zwischenzinsen abzuziehen (§ 1217 Abs. 2 Satz 2). Vgl. hierzu § 1133 Satz 3 und die Anmerkung dazu.

4. Dem Eigentümer der Pfandsache, der nicht Verpfänder ist, stehen die außerordentlichen Befugnisse des § 1217 nicht zu; er ist auf die Rechte aus dem Eigentum, insbesondere nach § 1004 beschränkt. Doch steht ihm andererseits § 991 Abs. 2 zur Seite.

Über die Rechtsfolgen der Einlösung, wenn der Verpfänder nicht persönlicher Schuldner ist: § 1225.

§ 1218

1) Ist der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Minderung des Wertes 2) zu besorgen, so kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen anderweitige Sicherheitsleistung verlangen; die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen 3).

Der Pfandgläubiger hat dem Verpfänder von dem drohenden Verderb unverzüglich Anzeige zu machen, sofern nicht die Anzeige untunlich ist 4).

§ I 1157 II 1127; W 3 812; B 3 457, 458.

1. Rechte des Verpfänders im Falle der Gefahr des Verderbs oder der Entwertung des Pfandes. Das Gesetz gewährt dem Verpfänder, der durch den Besitz des Pfandgläubigers am eigenen wirksamen Schutz seiner Sache gehindert ist, das Recht, die Pfandsache gegen Ersatz durch anderweitige Sicherheit zurückzuverlangen. In der Befugnis hierzu kann unter Umständen das Recht eingeschlossen sein, zu fordern, daß der Gläubiger die Pfandsache, falls ihr Entwertung droht und sie einen Markt- oder Börsepreis hat, verkauft und im Erlös oder in neu anzuschaffenden Sachen oder Wertpapieren Befriedigung oder Deckung sucht (vgl. § 1228 A 1). Dies dem Verpfänder zu verweigern, wäre insbesondere dann, wenn der Kurssturz nicht nur vorübergehend ist und dem Gläubiger im Erlös volle Deckung bevorsteht, so unbillig, daß es nicht als im Sinne des § 1218 gelegen sein kann (§ 242; RG 74, 151; 101, 49). Dem Eigentümer, der nicht Verpfänder ist, steht das Recht aus § 1218 nicht zu.

2. Wesentliche Minderung des Wertes. Während der Verderb ein Unbrauchbarwerden der Sache durch Veränderungen bedingt, die an ihr selbst vorgehen, kann die Wertminderung sowohl auf einer solchen Veränderung beruhen als auch auf äußeren Umständen, die zum Preissturz führen. Hier können insbesondere Wertpapiere in Frage kommen. Die Wertminderung muß wesentlich sein, d. h. sie darf im Verhältnis zum bleibenden Sachwert nicht geringfügig sein. Eine Wertminderung, welche die Sicherheit des Pfandgläubigers gefährdet, wird nicht vorausgesetzt; seinem Schutz dient § 1219.

3. Ablösung durch anderweitige Sicherheitsleistung. Das Recht der Einlösung durch vorzeitige Befriedigung (§ 1217) ist in diesem Falle nicht gegeben. Die Sicherheit kann mit den im § 232 Abs 1 bezeichneten Mitteln geleistet werden und untersteht im übrigen den Vorschriften der §§ 233—238, 240. Hierbei ergibt sich jedoch eine Einschränkung. Dem Verpfänder liegt nur die Pflicht zur anderweitigen Sicherheitsleistung ob, nicht die Pflicht zur Sicherheitsleistung schlechthin. Er hat also nicht unter allen Umständen eine Sicherheit zu leisten, die den Wert der Forderung deckt; er ist vielmehr zu nichts weiter verpflichtet als zur Leistung einer Sicherheit, die für das zurückzugebende Pfand einen genügenden Ersatz bietet. Der Gläubiger muß also zufrieden sein mit einer Sicherheit, welche die Forderung nach den Grundsätzen der §§ 233 ff. deckt, kann aber, wenn nur das zurückzugebende Pfand dazu nicht ausreicht, nur eine Sicherheit im Sicherungswert dieses Pfandes verlangen. Dabei ist als Wert des Pfandes der Wert zur Zeit der Rückgabe zugrunde zu legen.

4. Die Anzeigepflicht besteht nur für den Fall des drohenden Verderbs, nicht auch für den der drohenden Wertminderung. Eine innerliche Berechtigung hat das nur dann, wenn die Wertminderung auf einem Sinken der Preise beruht, deren Bewegung zu beobachten der Verpfänder durch den Mangel des Besitzes nicht gehindert ist. Der Wortlaut des Gesetzes gestattet indessen keine erweiternde Auslegung. Die Anzeigepflicht wird aber immer dann bestehen, wenn die an der Sache sich zeigenden oder ihr drohenden Veränderungen für die nächste Zeit zwar nur eine Wertminderung, für später aber den Verderb besorgen lassen.

§ 1219

1) Wird durch den drohenden Verderb des Pfandes oder durch eine zu besorgende wesentliche Minderung des Wertes die Sicherheit des Pfandgläubigers gefährdet, so kann dieser das Pfand öffentlich versteigern lassen 2).

Der Erlös tritt an die Stelle des Pfandes 3). Auf Verlangen des Verpfänders ist der Erlös zu hinterlegen 4) 5) 6).

§ I 1157 II 1128; W 3 812; B 3 457—459.

1. Versteigerungsrecht des Pfandgläubigers bei Gefahr des Verderbs oder der Entwertung des Pfandes (ähnlich § 930 Abs 3 ZPO). Das Recht auf vorzeitigen Pfandverkauf ist dem Pfandgläubiger nur zu seinem Besten gegeben und an die Voraussetzung geknüpft, daß seine Sicherheit gefährdet ist. Für die Frage, ob eine Gefährdung der Sicherheit des Pfandgläubigers vorliegt: § 237 Satz 1. Ist das Pfandrecht an mehreren Sachen von ein und demselben Verpfänder bestellt (§ 1222), so ist eine Sicherheitsgefährdung im Sinne des § 1219 nicht gegeben, wenn der Gesamtwert aller Sachen noch genügende Sicherheit bietet. Dagegen sind die außer dem Pfand-

recht für die Forderung etwa bestehenden Sicherheiten (Bürgschaften, andere Pfandrechte, Hypotheken) nicht zu berücksichtigen. Die dem Pfandgläubiger obliegende Erhaltungspflicht kann ihn aber auch nötigen, mit dem Pfandschuldner in Verbindung zu treten, damit vom Kursverlust bedrohte Wertpapiere veräußert und durch andere ersetzt werden (RG LZ 1927, 1339). Nach Treu und Glauben kann für den Pfandgläubiger unter Umständen sogar eine Versteigerungspflicht bestehen (HR 1936 Nr 726; § 1216 A 1).

2. Öffentliche Versteigerung: § 383 Abs 3. Über die weiteren Voraussetzungen: § 1220, über die Fälle des Verkaufs aus freier Hand: § 1221, über den Schutz des guten Glaubens § 1244. Der Pfandgläubiger darf mitbieten (§ 1239 A 1); ebenso der Eigentümer (§ 1239 A 1). Die Benachrichtigungspflicht des § 1241 gilt auch hier (§ 1241 A). Der vorzeitige Pfandverkauf (§§ 1219 ff.) ist Pfandveräußerung i. S. von § 1244 (§ 1244 A 1a). Devisenrechtlich ist, auch wenn es sich um die pfandgesicherte Forderung eines Ausländers gegen einen Inländer handelt, keine Genehmigung erforderlich (vgl. § 1247 A 2).

3. Der Erlös tritt an Stelle des Pfandes, d. h. er ersetzt nicht nur das Pfandrecht, sondern alle Rechtsverhältnisse, die hinsichtlich des versteigerten Pfandes bestanden. Hier gilt die Rechtsregel des dinglichen Erlasses, der „Surrogation“ (vgl. RG 94, 24; § 1212 A 4). Der Pfandgläubiger hat also nicht wie der Hypothekengläubiger (§ 1133) ein Recht auf vorzeitige Befriedigung. Wegen weitergehender Rechte bei Beeinträchtigung des Pfandrechts: § 1227.

4. Die Hinterlegung des Erlöses (vgl. § 1217 A 2) hat im Gegensatz zum Fall des § 1217 auf Kosten des Verpfänders, nicht auf Kosten des Pfandgläubigers stattzufinden. Der Eigentümer, der nicht Verpfänder ist, kann sie nicht verlangen.

5. Ob bei der Sicherungsübereignung der Sicherungsnehmer die Rechte des Abs 1 hat, richtet sich nach dem Vertrag. Im Zweifel wird es anzunehmen sein.

Über die Anwendung der §§ 1219—1221 in der Ostmark: B D vom 24. 12. 1938 RGBl I, 1999 Art 8 Nr 14 (dazu Brandstetter DZ 1939, 155), und in den subetendutschen Gebieten: B D vom 28. 2. 1939 RGBl I, 391, 427, 1053 Art 8 Nr 14.

§ 1220

Die Versteigerung des Pfandes ist erst zulässig, nachdem sie dem Verpfänder androht worden ist; die Androhung darf unterbleiben, wenn das Pfand dem Verderb ausgesetzt und mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden ist¹⁾ 4). Im Falle der Wertminderung ist außer der Androhung erforderlich, daß der Pfandgläubiger dem Verpfänder zur Leistung anderweitiger Sicherheit eine angemessene Frist bestimmt hat und diese verstrichen ist²⁾.

Der Pfandgläubiger hat den Verpfänder von der Versteigerung unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatz verpflichtet³⁾.

Die Androhung, die Fristbestimmung und die Benachrichtigung dürfen unterbleiben, wenn sie untunlich sind⁴⁾ 5).

§ I 1157 II 1128; III 3 812; P 3 457—459.

1. Die Androhung der Versteigerung (vgl. §§ 384, 1219) ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 130). Wird sie ohne rechtfertigenden Grund unterlassen, so ist ebenso wie beim Fehlen einer sonstigen Voraussetzung für die Versteigerung nicht nur der Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig, sondern auch die Versteigerung selbst und die sich anschließende Pfandüberweisung sind unwirksam, vorbehaltlich der Rechte aus gutgläubigem Erwerb.

2. Die Bestimmung einer Frist zur Ablösung durch anderweitige Sicherheit ist nur vorgeschrieben für den Fall der Wertminderung, nicht für den des Verderbs. Der Verpfänder kann auch im letzteren Fall jederzeit auf Grund des § 1218 durch anderweitige Sicherheitsleistung die Versteigerung hintanhaltend. Eine dem zuwider vorgenommene Versteigerung wäre unzulässig.

3. Anzeige der Versteigerung. Zeit und Ort der bevorstehenden Versteigerung sind mitzuteilen (vgl. § 373 Abs 5 SGB). Der Verpfänder darf mitbieten oder mitbieten lassen. Die Versteigerung wird nicht unwirksam, wenn die Anzeige unterbleibt. Dagegen ist ein Anspruch des Verpfänders auf Schadensersatz möglich. Eine nachträgliche Anzeige des Pfandverkaufs und seines Ergebnisses ordnet § 1241 an. Diese Vorschrift gilt auch für die Fälle des vorzeitigen Pfandverkaufs nach §§ 1219, 1220, 1221 (vgl. auch § 1241 A).

4. Untunlichkeit der Androhung, Fristbestimmung und Benachrichtigung sind vom Pfandgläubiger zu behaupten und zu beweisen; ebenso die Gefahr des Aufschubs im Sinne des Abs 1 Satz 1.

5. Bei der Sicherungsübereignung kommt es für die Frage, ob die Vorschriften über den Pfandverkauf (§§ 1220 ff.) anzuwenden sind (RG Wam 1932 Nr 86), auf den im Einzelfall zu ermittelnden Vertragswillen an.

§ 1221

1) Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis²⁾, so kann der Pfandgläubiger den Verkauf aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler³⁾ oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person⁴⁾ zum laufenden Preise²⁾ bewirken.

§ 6 166.

1. Verkauf aus freier Hand (vgl. § 385) ist zulässig statt der Versteigerung; die Vorschriften des § 1220 gelten auch hier. Der Pfandgläubiger kann auch hierbei die Sache selbst erwerben.

2. Ein Börsen- oder Marktpreis ist vorhanden, wenn Sachen von der Art des Pfandes an der Börse oder auf dem Markte so häufig verkauft werden, daß sich Durchschnittspreise bilden (RDStG 9, 129). Der Durchschnittspreis am Verkaufstag ist der laufende Preis. Maßgebend ist die Börse oder der Markt, wo sich der Verwahrungsort befindet; dies bestimmt sich nach der Verkehrsausschauung. Dort hat auch der Verkauf stattzufinden. Damit soll nicht gesagt sein, daß für jeden Verwahrungsort nur eine Börse und nur ein Markt in Frage kommen könnte. Vielmehr kann der Markt- und Börsenort je nach der Art der zu verkaufenden Sache verschieden sein. Vgl. auch § 385 A 1, § 383 A 3.

3. Ob ein Handelsmäkler (§ 93) zu Verkäufen solcher Art öffentlich ermächtigt ist, bestimmt sich nach Landesrecht. Die Kursmäkler (§ 30 BörStG) haben die Ermächtigung auf Grund des § 34 BörStG. Vgl. auch § 385 A 2, § 383 A 4.

4. Wer gewerbsmäßig Versteigerungen vornehmen kann, ist reichsrechtlich geordnet (Ges über das Versteigerergewerbe, jetzt in der Fassung der Bef v. 12. 2. 1938 RGBl I, 202, 352; DurchVd [„Versteigerervorschriften“] vom 30. 10. 1934 RGBl I, 1091, 1111; 1935 I, 1109; 1936 I, 59; GebD vom 31. 7. 1935 RGBl I, 1061; dazu Günther, Das Ges über d. Versteigerergewerbe und die Versteigerervorschriften, 1935; Günther, Zur Neuregelung des Versteigerergewerbes, JW 1935, 168).

§ 1222

Besteht das Pfandrecht an mehreren Sachen¹⁾, so haftet jede für die ganze Forderung).

§ I 1150 II 1129; W 3 805; § 3 449.

1. Pfandrecht an mehreren Sachen. Diese Gesetzesvorschrift umfaßt nicht nur den Fall, daß ein und derselbe Verpfänder durch ein und denselben Pfandvertrag mehrere Sachen für ein und dieselbe Forderung verpfändet hat oder daß durch Trennung von Bestandteilen der einheitslichen Pfandsache (Früchte) daraus mehrere Sachen geworden sind, wenn sie auch nach ihrer Entstehungsgeschichte zunächst nur für diese Fälle bestimmt gewesen zu sein scheint. Sie erstreckt sich vielmehr, wie der Zusammenhang des Gesetzes ersehen läßt, auf alle Fälle, in denen für ein und dieselbe ungeteilte Forderung eine Mehrzahl von Sachen zu Pfand gegeben ist, ohne Rücksicht darauf, ob dies zu gleicher Zeit oder zu verschiedenen Zeiten, ob es von ein und demselben Verpfänder oder von verschiedenen Verpfändern geschehen ist, und ohne Rücksicht darauf, ob die verschiedenen Verpfänder von allen Verpfändungen Kenntnis haben. Voraussetzung ist lediglich, daß die Pfandrechte für dieselbe Forderung bestehen. Das ist nicht der Fall, wenn eine Sache für die Hauptforderung, eine andere nur für die Zinsen und Kosten zu Pfand gegeben ist. Hier handelt es sich im Sinne des § 1222 nicht um das Pfandrecht an mehreren Sachen, sondern um mehrere Pfandrechte.

2. Haftung jeder Sache für die ganze Forderung. Eine Verteilung der Haftung auf die mehreren Pfandsachen findet nicht statt. Sie tritt weder von Gesetzes wegen ein, noch kann sie von den Verpfändern erzwungen oder vom Pfandgläubiger einseitig vorgenommen werden, wie es bei der Gesamthypothek nach § 1132 Abs 2 zugelassen ist (RG 23. 3. 12 V 468/11). Eigenartig liegt der Fall dann, wenn zur Sicherung von (der Höhe nach) schwankenden oder unbestimmten Forderungen Pfand in Geld bestellt worden ist und nach Abwicklung der Geschäftsverbindung nur eine Forderung streitig bleibt, die einschließlich aller noch möglichen Nebenforderungen für Zinsen, Kosten usw. niedriger ist als das Geldpfand. Hier wird nach § 242 dem Anspruch des Verpfänders auf Herausgabe des Überschusses stattzugeben sein. Wegen des Rechtes des Pfandgläubigers zur Wahl unter den Pfändern beim Verkauf: § 1230.

Trotz des § 1222 können mehrere verpfändete Sachen in verschiedenem Umfang haften (§ 1210 Abs 1 Satz 2).

§ 1223

Der Pfandgläubiger ist verpflichtet, das Pfand nach dem Erlöschen des Pfandrechts dem Verpfänder zurückzugeben¹⁾.

Der Verpfänder kann die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Pfandgläubigers verlangen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist²⁾ 3).

§ I 1156, 1158, 1161 II 1130; R 3 811—813, 815; P 3 464—467, 450, 461.

1. Die Verpflichtung zur Rückgabe des Pfandes nach Erlöschen des Pfandrechts obliegt dem Pfandgläubiger lediglich gegenüber dem Verpfänder. Dem Eigentümer (vgl. § 1248 AB) oder dem persönlichen Schuldner gegenüber, der nicht zugleich Verpfänder ist, erwächst aus § 1223 keine Rückgabeverpflichtung. Dem Eigentümer ist der Anspruch auf Rückgabe lediglich durch §§ 985 ff. gegeben (RG 2. 3. 10 V 210/09); der persönliche Schuldner hat keinen Anspruch (RG 116, 266 f.). Rückgabe ist Wiedereinräumung des Alleinbesitzes (vgl. § 1205 AB); eine Übertragungspflicht besteht nicht. Beruhte das Pfandrecht auf Mitbesitz des Pfandgläubigers, so ist die Aufgabe dieses Mitbesitzes und die Wiedereinsetzung des Verpfänders in den Alleinbesitz nötig; hatte der Pfandgläubiger den Mitverschluß, so hat er den Schlüssel herauszugeben. Ein Zurückbehaltungsrecht hat der Pfandgläubiger nur nach § 273 (vgl. aber § 369 HGB). Hat der Pfandnehmer durch eigene zurechenbare Handlung das Pfand verloren, so daß er es dem Pfandgeber nicht zurückliefern kann, dann ist nicht etwa die gesicherte Forderung zur vollen Höhe erlobigt, noch viel weniger eine zweite an sich nicht durch das Pfand gesicherte Forderung desselben Gläubigers, wegen deren er das Pfand auf Grund eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts hätte zurückhalten können, vielmehr hängt alles vom Wert des Pfandes im Verhältnis zum Betrag der Forderungen ab (RG 117, 57 f.).

Entsprechend der Vorschrift in Abs 1 ist angenommen worden, daß bei der Verpfändung von Geschäftsanteilen einer GmbH nach Befriedigung der gesicherten Forderung die über die Geschäftsanteile etwa ausgefertigten und dem Gläubiger ausgehändigten Scheine zurückzugeben sind und daß der bisherige Pfandgläubiger jeden Eingriff in die Rechte des Anteilseigners fortan unterlassen muß, keinesfalls aber noch einen Pfandverkauf vornehmen darf (RG 100, 274).

Beweislast: Das Erlöschen des Pfandrechts hat im Streitfall der Verpfänder zu behaupten und zu beweisen. Erlöschungsgründe: §§ 1250 Abs 2, 1252, 1253, 1255, 1256 (§ 1252 AB). Dem Erlöschen steht der Fall des § 1254 gleich.

2. **Einlösungsrecht des Verpfänders (Abs 2).** Die Fassung des Abs 2 erweckt den Anschein, als ob der Verpfänder nur dann, wenn er nicht persönlicher Schuldner ist, Zug um Zug Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung verlangen könnte, während der persönliche Schuldner, der selbst das Pfand bestellt hat, gehalten wäre, vor der Rückgabe des Pfandes zu bezahlen. Diese offenbar nicht im Willen des Gesetzes liegende unbillige Schlussfolgerung ist indessen abzulehnen. Auch der persönliche Schuldner kann als Verpfänder verlangen, daß ihm Zug um Zug gegen die Befriedigung das Pfand zurückgegeben wird (RG 90, 72; 92, 282; JW 1910, 391¹⁰; 1926, 2847¹⁰; 20. 3. 26 V 344/25). Der Verpfänder braucht die gesicherten Forderungen in der Klage nicht zu beziffern, sich nicht unter Angabe ihres Betrages zur Zahlung bereit zu erklären (RG 92, 282; RG 9. 11. 20 VII 195/20). Es ist im Zweifel anzunehmen, daß der Verpfänder trotz seiner Behauptung, nichts mehr schuldig zu sein, schlimmstenfalls doch bereit ist, die etwa gerichtlich festgestellte Schuld zu bezahlen (RG 140, 345). Will der Pfandbesitzer (§ 1223 Abs 2) den Pfandgläubiger durch Aufrechnung (§ 1224) befriedigen, so braucht die zur Aufrechnung benutzte Forderung vorher noch nicht festgestellt zu sein (RG das.). Eine entsprechende Anwendung von § 1223 Abs 2 auf den Eigentümer ist abgelehnt worden (RG LZ 1926, 698⁹). Soweit dem Verpfänder und dem Eigentümer das Einlösungs- und das Befriedigungsrecht zusteht, kommt § 267 Abs 2 nicht zur Anwendung.

Das Einlösungsrecht des Verpfänders ist abtretbar; einzelne Nebenrechte können aber nicht selbständig abgetreten werden. Ist eine Grundschuld verpfändet, so kann, falls nicht § 399 eingreift, das Recht auf Rückübertragung der Grundschuld abgetreten werden, nicht aber das Nebenrecht auf Rückgabe des Grundschuldbriefs, der so nicht selbständig den Gegenstand eines Pfandrechts bilden kann (RG DJZ 1929, 442). Vgl. auch § 1204 A 4.

Über das vom Einlösungsrecht nach § 1223 Abs 2 verschiedene Recht vorzeitiger Einlösung: § 1217 A 3; über das Befriedigungsrecht des Eigentümers und der dinglich Berechtigten: § 1249; über den Einfluß des Devisenrechts auf das Pfand nach zwischenstaatlichem Privatrecht: Dietrich DJ 1935, 1638.

3. **Verhältnis des Abs 2 zu Abs 1.** Vorheriges Erlöschen des Pfandrechts ist nur dann Voraussetzung für den Anspruch des Verpfänders auf Rückgabe des Pfandes, wenn das Pfandrecht auf andere Weise erloschen ist als mittels Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verpfänder; z. B. wenn der persönliche Schuldner zahlt, der nicht der Verpfänder ist, oder in den Fällen der A 1 Abs 3. Dagegen kann der Verpfänder, der sich zur Befriedigung des Gläubigers bereit erklärt, die Verurteilung des Pfandgläubigers zur Herausgabe des Pfandes Zug um Zug gegen die Zahlung der Schuld verlangen (RG 92, 281). Das Zahlungserbieten gehört hier zum Klagegrund. Der Pfandgläubiger kann andererseits den persönlichen Schuldner, auch wenn dieser der Verpfänder ist, auf die Leistung verklagen, ohne die Rückgabe des Pfandes anzubieten. Aber in einem

folchen Fall folgt nicht aus Abs 1 eine Vorleistungspflicht des Schuldner-Verpfänders; er darf vielmehr nach Abs 2 verlangen, daß er nur gegen Rückgabe des Pfandes zu zahlen braucht. Bedenklich ist deshalb RG JW 1914, 76⁸.

4. Hat jemand eine fremde Sache verpfändet und kann ihm das Pfand nicht mehr zurückgegeben werden, so muß ihm der für ihn entstehende Schaden ersetzt werden. Dabei ist es beachtlich, wenn der Verpfänder an der Sache kein Eigentümer-, sondern nur ein Besitz-, „interesse“ hatte; dann geht der Schadenersatzanspruch nur auf Leistung des Wertes, den der Besitz des Pfandstücks unter den gegebenen Verhältnissen für ihn hatte (RG 116, 267). Vgl. über den Schadenersatzanspruch auch RG 117, 57.

§ 1223 ist auf die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung entsprechend anzuwenden (RG 92, 281; JW 1914, 76⁸; Warn 1934 Nr 78). Auch der vorerwähnte (N 4 Abs 1) Gesichtspunkt des „Besitzinteresses“ (RG 116, 267) kommt hier in Betracht. Dagegen ist die entsprechende Anwendung des § 1223 Abs 2 in einem Falle abgelehnt worden, wo zulässigerweise ein Sicherungsnießbrauch bestellt war (RG 67, 378; 101, 5; 106, 109) und nach Befriedigung des Gläubigers der vom Schuldner und Verpfänder verschiedene Eigentümer des Grundstücks den dem Besteller gegen den Nießbraucher zustehenden schuldrechtlichen Anspruch auf Rückgewähr des Nießbrauchs geltend machte (RG LZ 1926, 698⁹).

§ 1224

Die Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verpfänder kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen.

§ 1 I 1183 II 1131; W 3 816; P 3 462.

Recht des Verpfänders zur Aufrechnung und Hinterlegung. Der Verpfänder soll, auch wenn er nicht persönlicher Schuldner ist, das Recht haben, mit Forderungen, die ihm gegen den Pfandgläubiger zustehen, aufzurechnen, als wäre er selbst der persönliche Schuldner. Ebenso soll er die Forderung unter denselben Voraussetzungen und in derselben Art durch Hinterlegung (§§ 372 ff.) zur Tilgung bringen können, wie wenn er sie schuldet (vgl. auch § 1142 Abs 2). Mit Gegenforderungen des persönlichen Schuldners gegen den Pfandgläubiger kann der Verpfänder nicht aufrechnen; sie bieten ihm aber nach § 1211 (§ 770) Grund zu einer verzögerlichen Einrede gegen den Anspruch des Pfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Pfande (RG Warn 1912 Nr 303).

§ 1225

Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 finden entsprechende Anwendung^{1) 2) 3)}.

§ 1 I 1164 II 1132; W 3 816; P 3 462, 403.

1. **Übergang der Forderung auf den Verpfänder infolge der Befriedigung des Gläubigers durch ihn.** Mit der Forderung geht im Falle des § 1225 auch das Pfandrecht über (vgl. §§ 401 Abs 1, 412, 1250). Das Anwendungsgebiet des § 1225 ist dahin abzugrenzen: Die Vorschrift steht nicht zur Seite dem Eigentümer eines Grundstücks, auf dem eine verpfändete Hypothek haftet; befriedigt er den Pfandgläubiger, so bezahlt er keine fremde, sondern seine eigene Schuld. Ist der den Pfandgläubiger befriedigende Verpfänder für die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung auch nur zugleich als persönlicher Schuldner haftbar (z. B. als Gesellschafter für die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung gegen seine Gesellschaft), so trifft § 1225 nicht zu; aus sonstigen Gründen (z. B. nach § 426 Abs 2) kann die Forderung natürlich übergehen (RG 91, 277). Andererseits hat § 1225 zwar nur den Fall im Auge, daß die Befriedigung des Gläubigers nicht aus dem Pfande stattfindet; aber auch wenn dies zutrifft, geht die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung auf den Verpfänder über, der nicht — auch nicht zugleich — der persönliche Schuldner ist (vgl. §§ 1247, 1288 Abs 2); die Forderung des Pfandgläubigers gilt als von dem Gläubiger der verpfändeten und eingezogenen Forderung berichtigt, dadurch werden die Folgen des § 1225 — bei verpfändeten Rechten nach § 1273 Abs 2 — ausgelöst (RG 26. 11. 17 IV 308/17; dieser Teil der Entscheidung ist RG 91, 277 nicht mitabgedruckt, aber Recht 1918 Nr 244—246). Wird der Pfandgläubiger erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Schuldners befriedigt, so können konkursrechtliche Bestimmungen den Verpfänder hindern, die auf ihn übergangene Forderung im Konkurs zu verfolgen (RG Warn 08 Nr 480; LZ 1917, 472⁹). Auf die Rechte aus § 1225 kann der Verpfänder schon bei der Verpfändung verzichten (RG 71, 329). Vgl. im übrigen die Ann zu § 774.

2. **Die entsprechende Anwendung des § 774** bedeutet zunächst, daß der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann und daß Einwendungen des Hauptschuldners aus einem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Verpfänder unberührt bleiben.

Befriedigt der Verpfänder den Gläubiger nur teilweise, so geht die Forderung auch nur zu diesem Teil auf ihn über. Der Gläubiger erleidet aber keinen Nachteil, wenn man annimmt, daß der Verpfänder, soweit er den Gläubiger befriedigt, auch ein dem Pfandrecht des Gläubigers im Range allerdings nachstehendes Pfandrecht erwirbt.

Zu besonderen Zweifeln hat die entsprechende Anwendung des § 774 insofern Anlaß gegeben, als sie auch dessen Abs 2 umfassen soll. Das RG (83, 392; 85, 364) hat die einschlagenden Fragen nur gestreift, noch nicht entschieden; sie sind wesentlich geklärt durch Strohal (ZheringsZ 61, 59 ff.; vgl. auch Weiß, Der Ausgleich unter mehreren Sicherungsverpflichteten, 1937, 1937, S. 43 ff., 55 f.). — Wie bereits in A 5 zu § 774 hervorgehoben, schränkt Abs 2 dieser Vorschrift die Folgen ein, die sich aus Abs 1 ergeben würden, und läßt Mitbürgen einander nur nach § 426 haften. Damit ist nach dessen Abs 2 Satz 1 gesagt, daß trotz §§ 401, 412 die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Mitbürgen auf den zahlenden Mitbürgen nur insoweit übergeht, als er von den übrigen Mitbürgen Ausgleich verlangen kann. Auf mehrere Drittverpfänder angewendet, ergibt das den Satz: Befriedigt ein Drittverpfänder den Pfandgläubiger, so geht das Pfandrecht an den von andern Drittverpfändern verpfändeten Sachen auf den zahlenden Drittverpfänder nur insoweit über, als er von den andern Drittverpfändern Ausgleich verlangen kann. Darüber, ob ein solcher Ausgleichanspruch besteht, sagt weder § 1225 noch § 774 etwas. Denn nicht aus § 774, sondern aus § 769 folgt die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Mitbürgen. Sie führt nach § 426 Abs 1 Satz 1 zu einer Haftung nach Kopfstellen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Dergleichen Vorschriften sind für mehrere Drittverpfänder nicht gegeben. Sie übernehmen eine Schulverbindlichkeit überhaupt nicht. Eine Ausgleichspflicht kann bei ihnen nur auf der Grundlage besonderer Abreden entstehen.

Ebenso geregelt ist der entsprechende Fall im Hypothekennrecht nach § 1143. Dort wird zwar nur auf § 774 Abs 1 verwiesen, dafür aber § 1173 herangezogen. Das ergibt folgenden Rechtsatz: Besteht für eine Forderung eine Gesamthypothek und befriedigt der Eigentümer eines der belasteten Grundstücke, der nicht der persönliche Schuldner ist, den Gläubiger, so geht die Hypothek an dem Grundstück eines jeden der andern Eigentümer auf ihn über, soweit er von ihm oder seinem Rechtsvorgänger — der Ersatzanspruch ihm gegenüber ist auch in den Fällen des § 1225 für genügend anzusehen — Ersatz verlangen darf. Darüber, ob er das kann, sagt auch hier das Gesetz nichts. Auch hier können nur besondere Abreden einen Ersatzanspruch begründen. Bei dieser völlig gleichlaufenden Regelung hat es keine Bedenken, einen Drittverpfänder und den nicht persönlich haftenden Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks in der Frage des Übergangs des Pfandrechts oder der Hypothek rechtlich ebenso zu behandeln wie zwei Drittverpfänder oder wie zwei Eigentümer von Grundstücken, die mit einer Gesamthypothek belastet sind.

3. Für das Verhältnis des Drittverpfänders zu einem Bürgen der pfandgesicherten Forderung bestehen keine besonderen Vorschriften. Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht also die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner nach § 774 Abs 1 auf ihn über, und nach §§ 401, 412 ist daselbe mit den Nebenrechten der Fall, also auch mit dem Pfandrecht an der Sache des Drittverpfänders. § 1225 scheint den Schluß zu rechtfertigen, daß umgekehrt auch ein Drittverpfänder, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung mit den Nebenrechten erwirbt, also auch mit dem Anspruch aus der Bürgschaft. Das würde darauf hinauslaufen, daß das bessere Recht hat, wer zuerst den Gläubiger befriedigt. Hier greift in dessen § 776 ein. Er zeigt, daß dem Bürgen der Rückgriff auf ein für die Hauptforderung bestelltes Pfand unter allen Umständen erhalten bleiben soll. Wird ihm diese Möglichkeit genommen, sei es, daß der Gläubiger das Pfandrecht aufgibt — diesen Fall behandelt § 776 ausdrücklich —, sei es, daß der Gläubiger von dem Eigentümer der Pfandsache befriedigt wird oder daß er sich selbst aus dem Pfande befriedigt — diese Fälle sind dem im § 776 behandelten sinngemäß gleichzustellen, weil auch auf diese Weise der Bürge seiner Rückgriffsmöglichkeit beraubt wird —, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem Pfandrecht nach § 774 hätte Ersatz verlangen können. Der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen erlischt also in Höhe des Pfandwertes und kann deshalb insoweit nicht mehr auf den Drittverpfänder übergehen. Das bessere Recht hat demnach der Bürge. Er hat es auch gegenüber dem Eigentümer eines mit einer Hypothek für die Forderung belasteten Grundstücks; denn dieser steht als solcher nach dem Gesagten und auch nach § 776 einem Drittverpfänder gleich. Bei abweichender Begründung im Ergebnis übereinstimmend Braun-Melchior (ArchZivPr 1930, 207): bei einem Nebeneinander von persönlicher und dinglicher Sicherung steht dem persönlich haftenden Sicherer der volle Rückgriff auf die dingliche Sicherung zu, während umgekehrt kein Rückgriffsrecht gegeben ist. — Von dem besseren Recht des Bürgen gegenüber dem Drittverpfänder geht — unausgesprochen — übrigens auch RG 75, 271 aus. Die Entscheidung betrifft zwar keinen Fall, wo ein Bürge neben einem Drittverpfänder steht; die ganz allgemeingehaltene Sätze auf S. 273 rechtfertigen aber den oben wiedergegebenen Eindruck. Wesentliche Bedeutung für die Streitfrage hat das Urteil allerdings nicht, auf seine Begründung ist deshalb nicht näher einzugehen. Auf den hier vertretenen Standpunkt hat sich OLG Königsberg (SeuffW 76 Nr 85) gestellt. Wenn dort hervorgehoben wird, der Verpfänder, der mehr zahlt, als die Pfandsache wert ist, könne sich wegen des Mehrbetrags, aber auch nur wegen

dieses, an den Bürgen halten, kann dem nicht beigetreten werden (wie es früher an dieser Stelle gesehen ist). Der Verpfänder braucht überhaupt nicht zu zahlen und, wenn der Gläubiger sich aus dem Pfande befriedigt, hat er kein Rückgriffsrecht gegen den Bürgen. Ein solches kann ihm auch nicht dadurch erwachsen, daß er freiwillig mehr zahlt, als dem Pfandwert entspricht.

§ 1226

Die Ersatzansprüche des Verpfänders wegen Veränderungen oder Verschlechterungen des Pfandes sowie die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten. Die Vorschriften des § 558 Abs 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

§ II 1183; P 3 460.

Nach den entsprechend anzuwendenden Vorschriften des Mietrechts beginnt die Verjährung der Ersatzansprüche des Verpfänders wegen Veränderungen und Verschlechterungen des Pfandes (§ 1215) mit der Rückgabe des Pfandes. Wird das Pfand nicht zurückgegeben, so verjähren die Ersatzansprüche gleichzeitig mit dem Anspruch auf Rückgabe des Pfandes. Die Verjährung der Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen oder Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung (§ 1216) beginnt mit dem Wegfall des durch die Verpfändung zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger begründeten Rechtsverhältnisses. Wegen der Verwendungen und der Wegnahme einer Einrichtung vgl. auch §§ 1057, 1049 und RG 152, 102.

Auf die Ansprüche des Eigentümers, der nicht Verpfänder ist, sind die Vorschriften des § 1226 nicht anwendbar.

§ 1227

Wird das Recht des Pfandgläubigers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Pfandgläubigers die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung^{1) 2)}.

§ I 1155 II 1134 M 3 809, 810; P 3 454.

1. Rechtsschutz für das Pfandrecht. Abgesehen von den Rechtsbehelfen, die dem Pfandgläubiger als Besitzer der Sache zustehen (§§ 858 ff., 1007, vgl. RG 57, 325), und den Rechten, die ihm aus dem Pfandvertrag erwachsen, sind dem Pfandgläubiger zum Schutze seines Pfandrechts als eines dinglichen Rechts für den Fall seiner Beeinträchtigung vom Gesetz die gleichen Ansprüche eingeräumt wie dem Eigentümer zum Schutze des Eigentums. Beeinträchtigung setzt ein Tun voraus; bloßes Unterlassen von Handlungen, zu denen keine Rechtspflicht besteht, genügt nicht. In solchen Fällen hat der Pfandgläubiger nur die Rechte aus §§ 1219 ff. Trifft aber § 1227 zu, so hat er bei Entziehung und Vorenthaltung des Besitzes der Pfandsache auf Grund seines Pfandrechts gegen den Besitzer den Anspruch auf Herausgabe nach den §§ 985—997, 999—1003, einschließlich der Schadensersatzansprüche aus den §§ 989—992 (§ 992 A 2 a. E.). Auch hier gilt der Grundsatz, daß die §§ 994 ff. nicht anwendbar sind, wenn die Beziehungen des Pfandgläubigers zum Besitzer auf vertraglicher Grundlage geregelt sind (RG Gruch 57, 997; HR 1926 Nr 1021; RG 142, 422; § 994 A 1). Bei sonstigen Beeinträchtigungen hat der Pfandgläubiger gegen den Störer den Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung (§ 1004; vgl. § 1004 A 2, 7a). Ebenso wie der Eigentümer der Sache hat er ferner das Recht, von dem Besitzer des fremden Grundstücks, auf das die Pfandsache geraten ist, zu verlangen, er möge ihm das Auffuchen und Wegschaffen gestatten (§§ 1005, 867); auch hat er im Besitz der Pfandsache (selbst dem Eigentümer gegenüber) die Vermutung des Pfandrechts für sich (§ 1006; vgl. § 1006 A 2). Bei gemeinschaftlichem Pfandrecht stehen jedem der Pfandgläubiger die Ansprüche aus dem Pfandrecht Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Pfandsache nach § 1011 zu. Die Ansprüche auf Herausgabe und Ersatz von Nutzungen der Pfandsache (§§ 987, 988, 990, 991, 993) stehen dem Pfandgläubiger nur insoweit zu, als er selbst berechtigt ist, die Nutzungen zu ziehen (§ 1213); die Erzeugnisse, auf die sich sein Pfandrecht erstreckt (§ 1212), müssen ihm in jedem Falle herausgegeben werden.

2. Entsprechende Anwendung. Die Vorschrift ist unmittelbar nur für das Pfandrecht an beweglichen Sachen gegeben. Auf das Pfandrecht an einem Recht ist sie höchstens dann entsprechend anwendbar, wenn der Pfandgläubiger in den Besitz eines körperlichen Gegenstandes, z. B. einer Urkunde, gelangt ist (RG 15.5.18 VII 51/18). Wird ein Gut heruntergewirtschaftet, so kann derjenige, dem eine auf dem Gut lastende Hypothek verpfändet ist, nicht nach § 1227, sondern nur nach §§ 1219 ff. vorgehen.

§ 1228

Die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande erfolgt durch Verkauf¹⁾.

Der Pfandgläubiger ist zum Verkaufe berechtigt, sobald die Forderung ganz oder zum Teil fällig ist. Besteht der geschuldete Gegenstand nicht in Geld, so ist der Verkauf erst zulässig, wenn die Forderung in eine Geldforderung übergegangen ist^{2) 3) 4) 5)}.

§ I 1165 II 1135; W 3 817—819; P 3 463.

1. Befriedigung des Pfandgläubigers durch Pfandverkauf. Das Recht des Pfandgläubigers, sich durch den Verkauf der Sache zu befriedigen, ist Hauptgegenstand des Pfandrechts, seine Ausübung dessen natürliche Verwirklichung. Aber nur zu seiner Befriedigung darf der Pfandgläubiger das Pfand verkaufen, also nicht mehr, wenn die Schuld, sei es auch verspätet, getilgt worden ist (RG 100, 277). Der Verkauf der Pfandsache ist nur Recht, nicht Pflicht des Pfandgläubigers (RG 23. 6. 14 II 167/14). Nach BPO § 777 muß sich indessen der Gläubiger, wenn er für seine vollstreckungsfähige Forderung ein Pfandrecht an einer Sache des Schuldners (nicht also auch eines Dritten) hat, den Widerspruch des Schuldners gegen die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen gefallen lassen, soweit der Wert des Pfandes die Forderung deckt (beneficium excussionis realis). Ferner kann im Konkursverfahren über das Vermögen des Eigentümers der Pfandsache der Konkursverwalter den Pfandgläubiger nach RD § 127 zur Ausübung seines Verkaufsrechts anhalten und unter gewissen Voraussetzungen den Pfandverkauf selbst betreiben. Ein Bürge kann nach § 772 Abs 2 verlangen, daß der Gläubiger, dem an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners ein Pfand- (oder ein Zurückbehaltungs-) Recht zusteht, zunächst aus dieser Sache Befriedigung sucht. Vgl. ferner wegen der Verpflichtung zum Pfandverkauf § 1218 A 1. Gänzlicher Ausschluß des Verkaufsrechts durch Vereinbarung ist nicht zulässig (vgl. § 1204 A 9). Gegebenenfalls greift § 139 ein. Ist Geld verpfändet, so bedarf es des Verkaufs nicht, da er nichts anderes ist als die Umwandlung der Sache in Geld. Der Pfandgläubiger kann sich also aus dem Gelde unmittelbar befriedigen, d. h. sich das Geld aneignen. Pfandgläubiger im Sinne des § 1228 ist auch der nachstehende Pfandgläubiger; auch er darf den Verkauf vornehmen, wenn er dazu in der Lage ist (RG 87, 325; 97, 42). Wenn dem Buchbinder die ihm zum Einbinden übergebenen Bücher als solche vertragsmäßig verpfändet sind, darf er nach Eintritt der Verkaufsbefugnis die Bücher auch als solche, nicht nur als bedrucktes Papier (Mafulatur) verkaufen; denn die Verbreitungsbefugnis nach § 11 UrUg verb. mit § 1 VerUg ist ihm stillschweigend mitübertragen. Das wird auch dann anzunehmen sein, wenn ihm die Bücher schlechtbin verpfändet sind, nicht aber, wenn er nach § 647 ein gesetzliches Pfandrecht an den Büchern erlangt hat. Übergeben werden in solchem Fall nur die Bücher, nicht das Verbreitungsrecht. Die Bücher sind nicht dessen Träger. Seine Verpfändung ist nur aus dem Vertragswillen herzuleiten. Ein Pfandvertrag wird aber bei Abschluß des Wertvertrags nicht abgeschlossen, sonst wäre das Pfandrecht auch kein gesetzliches (vgl. SeuffA 69 Nr 122 und Allfeld in LZ 1915, 476 ff.). Über die Zulässigkeit der Befriedigung aus dem Pfande im Wege der Zwangsvollstreckung: § 1233 Abs 2 und A 2; über die Unzulässigkeit der Pfandverkaufabrede: § 1229. Nach Treu und Glauben kann für den Pfandgläubiger unter Umständen eine Versteigerungspflicht bestehen (HRK 1936 Nr 726; § 1216 A 1).

2. Voraussetzung des Verkaufsrechts oder, allgemeiner ausgedrückt, des Rechtes, Befriedigung aus dem Pfande zu suchen, ist bei Geldforderungen lediglich die Fälligkeit der Forderung. Damit ist die sog. Pfandreife eingetreten (RG 98, 72). Unstreitigkeit, insbesondere das Feststehen des Betrags („Liquidität“), ist nicht erforderlich, auch nicht, daß der Schuldner im Vergut ist oder der Gläubiger einen Vollstreckungstitel besitzt, sei es einen für seine Forderung, sei es einen für sein Recht auf Befriedigung aus dem Pfande (vgl. § 1233 Abs 2, 1277, auch § 371 Abs 3 ZGB). Es genügt, daß ein Teil der Forderung fällig ist, z. B. Zinsen. Den Beteiligten steht indessen frei, zu vereinbaren, daß der Pfandverkauf erst nach Mahnung des Schuldners oder erst dann zulässig sein soll, wenn der Schuldner (z. B. für Zinsen) längere Zeit im Rückstand ist. Der Verpfänder, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, kann nach dem Gesetz nicht verlangen, daß vor dem Pfandverkauf die Beitreibung vom Schuldner versucht wird. Vereinbart kann auch dieses werden (vgl. auch BPO § 777). Die erwähnten Vereinbarungen können aber nur mit schuldrechtlicher Wirkung getroffen werden, da vertragliche Abänderungen mit dinglicher Wirkung hier nicht zugelassen sind, wie das ausnahmsweise in § 1245 geschehen ist (vgl. A 1 da.). Abreden, welche die Voraussetzungen des Pfandverkaufs ermäßigen, z. B. das Erfordernis der Fälligkeit der Forderung preisgeben (vgl. jetzt dagegen I, 20 der Allg. Geschäftsbedingungen, herausgegeben von der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe, Fassung vom Dezember 1937; jedoch § 1282 A 5), sind überhaupt unzulässig. Ist die Forderung, für die das Pfandrecht besteht, keine Geldforderung, so gilt für die Zulässigkeit des Pfandverkaufs das weitere Erfordernis, daß sie in eine Geldforderung übergegangen sein muß. Wegen des Pfändungspfandrechts

vgl. insoweit § 1210 II 2 Abs 2. Hat nach dem bestehenden Schuldverhältnis der Pfandgläubiger die Wahl, Geld oder eine andere Leistung zu verlangen, oder ist vereinbart, daß der Schuldner im Falle der Nichterfüllung der ursprünglichen Schuldverbindlichkeit eine Geldsumme zu zahlen hat, so kann der Pfandgläubiger bei Fälligkeit der Forderung ohne weiteres das Verkaufrecht ausüben. In den Fällen der §§ 280, 283, 286 hat er abzuwarten, bis sich die Forderung in eine Schadenersatz-Geldforderung umwandelt. Der Anspruch eines Bürgen auf Befreiung von der Bürgschaft verwandelt sich in einen Geldzahlungsanspruch, sobald der Bürge bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners belangt wird; jedoch genügt dazu nicht schon eine bloße Zahlungsaufforderung des Gläubigers an einen selbst zahlungsunfähigen Bürgen; vielmehr muß die Leistung durch den Bürgen an den Gläubiger tatsächlich geschehen (RG 143, 194). Der Bürge darf dann aus einem ihm vom Hauptschuldner gestellten Pfande Befriedigung suchen (RG 78, 34).

3. Wegen entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Art und Weise des Pfandverkaufs auf die Verwertung einer zur Sicherheit übereigneten Sache: A 6 Abs 4 zu § 930.

4. Sonderrecht. Schon nach § 8b der Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung der Ernte und der landwirtschaftlichen Entschuldung im Osthilfegebiet vom 17. 11. 31 (RGBl I, 675) machte die Eröffnung des Sicherungsverfahrens die Verwertung verpfändeter oder zur Sicherung übereigneter Gegenstände und die Verfügung über verpfändete oder zur Sicherung abgetretene Forderungen unzulässig (vgl. dazu die §§ 14, 15 der Durchführungsverordnung vom 5. 12. 31 RGBl I, 691; ferner § 8 Abs 2 Satz 2 der 6. Osthilfe-DurchfVd vom 7. 7. 1933 RGBl I, 464; andererseits § 8 Abs 3 das., wonach die durch ein Pfandrecht gesicherten Forderungen im Entschuldungsplan bevorzugt behandelt werden sollten). Auf dem Gebiete der landwirtschaftlichen Schuldeneinregelung (SchuldenregelungsG vom 1. 6. 1933 RGBl 1933 I, 331; 1939 I, 972) unterliegt die Verwertung verpfändeter (zur Sicherung übereigneter) Gegenstände besonderen Beschränkungen vom Eingang des Antrags auf Eröffnung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag sowie während der Dauer des Entschuldungs- oder Zwangsvergleichsverfahrens: vgl. Art 5 Abs 2 der 2. DurchfVd in der Fassung des Art 3 Nr I der 3. DurchfVd zum SchuldenregelungsG vom 15. 9. 1933 RGBl I, 641; Art 5 und 11 der Vd üb. d. Vollstreckungsbeschluß im landwirtschaftl. Entschuldungsverfahren vom 27. 12. 1933 RGBl I, 1119; Art 29 der 6. DurchfVd vom 7. 7. 1934 RGBl I, 609 (hierzu Tasche DZ 1935, 1146); Art 7 der Vd über die Behandlung der Mitschuldner und Bürgen im landwirtschaftl. Entschuldungsverfahren vom 16. 2. 1937 RGBl I, 238; Art 33 der 9. DurchfVd zum SchuldenregelungsG vom 24. 11. 1937 RGBl I, 1305, 1346; Art 21 u. 28 der PächterentschuldungsVd vom 12. 3. 1935 RGBl I, 360. — Die Pfandreife ist hinausgeschoben durch das Gesetz zur Sicherung von Gräserkrediten vom 28. 3. 1934 RGBl I, 254 (ob. § 1204 A 2). Der Gläubiger eines Gräserkredites hat ein gesetzliches Pfandrecht an dem aus dem Kredit beschafften Weidevieh; er darf es aber erst geltend machen, wenn das Vieh nach der Verkehrsauffassung verkaufsfähig wird.

5. Über die Anwendbarkeit der §§ 1228—1248 in der DStm arkt Vd vom 24. 12. 1938 Art 8 Nr 14, 15 RGBl I, 1999 (dazu Brandtletter DZ 1939, 155) und in den sudeten-deutschen Gebieten Vd vom 28. 2. 1939 Art 8 Nr 14, 15 RGBl I, 391, 427, 1053.

§ 1229

1) Eine vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig ²⁾.

§ I 1167 II 1136; M 3 820, 821; P 3 467.

1. Das Verbot des Verfallvertrags (lex commissoria) wendet sich gegen die Bedingung der Nichtzahlung; diese ist es, welche die eigentümliche Gefahr des Verfallvertrags schafft. Eine solche im voraus getroffene Vereinbarung ist gefährlich, weil ihre Folgen nicht sofort wirksam werden, sondern erst später und vielleicht überhaupt nicht (Hubernagel DGBR 1936, 410f.). Um dieser ihrer Gefährlichkeit willen will sie vom Gesetzgeber mißbilligt. Das Verbot entspricht einem allgemeinen Rechtsgedanken, daß sich vor Eintritt einer gewissen Sachlage niemand zum Verzicht auf Rechtsbehelfe verpflichten kann, die ihm vom Gesetz für den Fall des Eintritts dieser Sachlage verliehen sind (Wesebeck JW 1935, 2886). Nicht unter das Verbot fällt deshalb eine Abrede, wonach es dem Gläubiger freistehen soll, auch bei rechtzeitigem Zahlungsangebot das Pfand zu erwerben (RG 92, 105; 130, 229; Warn 1926 Nr 153; JW 1935, 2886¹⁰). Das Verbot erfafst aber eine Vereinbarung dahin, daß der Pfandgläubiger bei Eintritt der Verkaufsberechtigung befugt sein soll, das Pfand zum laufenden Markt- oder Börsenpreise zu behalten (M 3, 821), dagegen wiederum nicht den Fall, daß dem Pfandgläubiger durch Vereinbarung die Befugnis eingeräumt wird, das Pfand aus freier Hand zu verkaufen (RG Gruch 48, 409). Ist die Verkaufsberechtigung eingetreten, weil ein Teil der Forderung fällig ist, so kann der Verfall der ganzen

Sache vereinbart werden. Auf die ernsthaft gemeinte Sicherungsübereignung, die Sicherheitsabtretung (vgl. über deren Wesen **RG DRW** 1939, 865¹) und auf den Eigentumsvorbehalt für den Kaufpreis kann § 1229 nach bisher herrschender Meinung nicht angewendet werden. Da aber das Verbot der Verfallabrede einem allgemeinen Rechtsgedanken entspricht und den Schuldner vor unbilligen Gefahren schützen will, so wäre im Zug des neuen Rechtsdenkens eine ausdehnende Rechtsanwendung auch hier durchaus begründbar (vgl. dagegen **RG** 83, 53; oben § 930 A 6c Abs 3; wie hier Kaape, Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung, 1913, 34 f., 62; Lange **DRW** 1939, 851; Lehmann das. 852). Nach Eintritt der Verkaufsberechtigung sind Vereinbarungen über den Verfall des Pfandes durch § 1229 nicht mehr verboten (**RG** I. 4. 16 V 30/16); sie können aber nach § 138 nichtig sein.

2. Folgen der Nichtigkeit. Die Nichtigkeit der Nebenabrede über den Verfall des Pfandes macht in der Regel nicht den ganzen Pfandvertrag nichtig. Durch die Klausel allein wird der Vertrag auch nicht wucherisch (**RG JW** 09, 719⁶). Für diese Frage ist nur maßgebend, was in an sich rechtsgültiger und erzwingbarer Weise an Vermögensvorteilen gewährt worden ist. Deshalb ist § 139 nicht ohne weiteres anwendbar, wohl aber, wenn festgestellt wird, daß die Verfallabrede für den dadurch begünstigten Pfandgläubiger noch von besonderer Bedeutung gewesen ist (**RG** Seuffl 65 Nr 62). Vgl. auch § 1277 Satz 2. — Auch beim Flaschenpfand (§ 1205 A 6) ist eine Verfallabrede unwirksam; sie kann nicht bewirken, daß der Pfandempfänger den Pfandbetrag neben der Rückforderung der Flaschen oder ohne Anrechnung auf den bei deren Verlust zu leistenden Ersatz behalten darf, auch nicht, daß der Pfandbesteller den Anspruch auf Rückerstattung des den Schaden etwa übersteigenden Pfandbetrags verliert (Dertmann LZ 1918, 483 ff.).

§ 1230

Unter mehreren Pfändern kann der Pfandgläubiger, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, diejenigen auswählen, welche verkauft werden sollen¹). Er kann nur so viele Pfänder zum Verkaufe bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind²)³).

§ I 1176 II 1137; W 3 828; P 3 479.

1. Das Auswahlrecht des Pfandgläubigers bei mehreren Pfändern entspricht der im § 1222 über die Haftung der mehreren Pfänder gegebenen Bestimmung. Der Pfandgläubiger ist darin vom Gesetz nach keiner Richtung beschränkt, auch dann nicht, wenn die Ausübung seines Rechtes dem Gegner zum Schaden gereicht, vorbehaltlich natürlich des Verbots der unzulässigen Rechtsausübung im § 226 (**RG** 98, 73). Er kann also nach seine m Belieben auswählen. Abweichende Vereinbarungen binden den Pfandgläubiger persönlich, haben aber keine dingliche Wirkung; der ihnen zuwider vorgenommene Pfandverkauf ist rechtmäßig und gültig, macht jedoch den Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig (§ 1243).

2. Die Beschränkung des Verkaufsrechts auf den Bedarf für die Befriedigung ist dinglicher Art; ein ihr zuwider vorgenommener Verkauf führt nicht nur zu Schadensersatzansprüchen, sondern ist nach § 1243 unrechtmäßig (**RG** 118, 252; 145, 212). Nicht unbedeutlich deshalb **RG** 21. 3. 23 I 125/22, wo ein Verschulden des Pfandgläubigers anerkannt, aber auf das größere Verschulden des andern Teils Gewicht gelegt wird. Durch Vereinbarung kann jedoch dem Pfandgläubiger eine weitergehende Befugnis eingeräumt werden (**RG JW** 08, 142¹³); denn die Vorschrift ist, wie sich aus der Begründung (III, 829) ergibt, nicht zwingenden Rechtes. Ein dahingehender Wille der Beteiligten kann auch aus den Umständen wie aus der Art des Pfandgegenstandes (z. B. Verpfändung von einem Paar Schuhe) entnommen werden. Das Verbot übermäßigen Verkaufs ist auch bei Verpfändung von Sachmengen (Faß Wein, Haufen Getreide) anzuwenden. Ein dabei nach den Umständen gebotener oder unvermeidlicher Überverkauf verstößt aber nicht gegen § 1230. Vgl. auch § 818 (§ 1233 A 2).

3. Nach dem Pächterkreditgesetz (§ 1204 A 5) steht das Inventarpfandrecht der Kreditanstalt dem gesetzlichen Pfandrecht des Verpächters im Range gleich. Nach § 11 aaO. haben die beiden Pfandgläubiger bei einer Verwertung von Inventarstücken sich auf Verlangen gegenseitig die Hälfte des Erlöses zur Befriedigung oder zur Sicherstellung für die pfandgesicherten Forderungen zu überlassen. Daneben gilt aber § 1230 weiter. Über die Art, wie die Pfandgläubiger die hiernach entstehenden Schwierigkeiten überwinden: Lippmann JW 1932, 1033 ff.

§ 1231

1) Ist der Pfandgläubiger nicht im Alleinbesitz²) des Pfandes, so kann er nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung die Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs fordern³). Auf Verlangen des Verpfänders hat an

Stelle der Herausgabe die Ablieferung an einen gemeinschaftlichen Verwahrer zu erfolgen, der Verwahrer hat sich bei der Ablieferung zu verpflichten, das Pfand zum Verkaufe bereitzustellen⁴⁾.

§ II 1188; B 3 463.

1. Anspruch auf Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs. Es handelt sich um den Anspruch gegen den mitbesitzenden Verpfänder oder den Dritten, an den er seinen Mitbesitz übertragen hat. Inwiefern der Pfandgläubiger von andern Dritten, die sich im Alleinbesitz oder Mitbesitz befinden, Herausgabe verlangen kann, ergibt sich nicht aus § 1231, sondern je nach der Rechtsstellung, die diese Dritten gegenüber dem Pfandgläubiger haben, nach den für diese Rechtsstellung geltenden besonderen Vorschriften.

2. Mitbesitz (Satz 1). Den Gegensatz von Alleinbesitz bildet der Mitbesitz. Darin, daß beim unmittelbaren Besitz des Pfandgläubigers der Verpfänder ebenfalls Besitzer, nämlich mittelbarer Besitzer ist (§ 868), liegt kein Mitbesitzverhältnis. Jeder von beiden ist Alleinbesitzer im Sinne des § 1231. Auch wenn der Pfandgläubiger auf dem Wege des § 1205 Abs 2 mittelbarer Besitzer geworden ist, ist er Alleinbesitzer im Sinne des § 1231. Sein Anspruch auf Herausgabe gegen den dritten unmittelbaren Besitzer ist der ihm nach § 870 abgetretene, und es ist seine Sache, diesen geltend zu machen, um die Pfandsache in die Hand zu bekommen, wenn ihm nicht § 986 Abs 2 entgegensteht.

3. Der Herausgabeanpruch (Satz 1) ist auf die Einräumung des Alleinbesitzes gerichtet. Daraus ergibt sich auch die Notwendigkeit der Aufhebung des Mitverschusses des Verpfänders (§ 1206). Ist das Pfandrecht durch Übertragung des mittelbaren Mitbesitzes auf den Pfandgläubiger in der Art bestellt worden, daß der Drittbesitzer verpflichtet ist, nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich herauszugeben, so geht der Anspruch des Pfandgläubigers auf Herausgabe nach § 1231 dahin, daß ihm der mittelbare Alleinbesitz übertragen und der Drittbesitzer ermächtigt wird, das Pfand an ihn allein zum Zwecke des Verkaufs herauszugeben (RG JW 1938, 867²¹). Darüber, wie in diesem Falle im Konkurs des Pfandschuldners das Absonderungsrecht des Pfandgläubigers (§ 4 Abs. 2 KO) zu verfolgen ist: § 1233 A 2 Abs 3. Die Herausgabe der Pfandsache zum Zwecke des Verkaufs ist kein Übergeben zum Alleinbesitz im Sinne von § 1213 Abs 2 (das. A 5).

Wird die Herausgabe der Sache im Wege der Zwangsvollstreckung betrieben, damit später das Pfand wegen einer Geldforderung veräußert werden kann, so liegt eine „Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung“ vor im Sinne von § 19 des 3. Teils der 4. Notverordnung vom 8. 12. 31 (RGBl 1931 I, 699, 712; 1932 I, 294; vgl. jetzt § 18 der WD über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung vom 26. 5. 1933 RGBl 1933 I, 302, 1096; 1934 I, 1070, 1161; 1935 I, 1350; 1936 I, 365, 940; 1937 I, 443) und des § 11 der Verordnung des Reichspräsidenten über landwirtschaftliches Vermittlungsverfahren, Vollstreckungsschutz und Pächterschutz vom 27. 9. 32 (RGBl I, S. 473, 515). Wollte man das nicht annehmen, so wäre der dort verordnete Vollstreckungsschutz vielfach gegenstandslos, namentlich auch für landwirtschaftliche Pächter (Abs 3 aaD.), die nach dem Pächterkreditgesetz Darlehen aufgenommen haben.

4. Ablieferung an einen gemeinschaftlichen Verwahrer (Satz 2). Das Verlangen steht dem Verpfänder sowohl im Falle des unmittelbaren wie des mittelbaren Mitbesitzes zu, unbeschadet natürlich der Rechte des Dritten auf den Besitz. Der Verwahrer ist im Streitfall vom Prozeßgericht (im Urteil) zu bestimmen. Er hat sich dem Pfandgläubiger gegenüber zu verpflichten, das Pfand zum Verkauf bereitzustellen. Verlangt der auf Herausgabe verklagte Verpfänder, nur zur Ablieferung an einen Verwahrer verurteilt zu werden, so muß der Pfandgläubiger seinen Antrag entsprechend ändern; sonst ist er abzuweisen (§ 268 Nr 3, § 308 Abs 1 ZPO).

§ 1232

Der Pfandgläubiger ist nicht verpflichtet, einem ihm im Range nachstehenden Pfandgläubiger das Pfand zum Zwecke des Verkaufs herauszugeben. Ist er nicht im Besitze des Pfandes, so kann er, sofern er nicht selbst den Verkauf betreibt, dem Verkaufe durch einen nachstehenden Pfandgläubiger nicht widersprechen^{1) 2) 3) 4)}.

§ I 1166 II 1139; B 3 819, 820; B 3 466, 467. "

1. Ordnung der Verkaufsberechtigung beim Zusammentreffen mehrerer im Range verschiedener Pfandrechte an der Sache. Die Vorschrift des § 1232 führt zu folgenden Ergebnissen: Der vorgehende Pfandgläubiger ist in der Ausübung seiner Verkaufsberechtigung durch den nachgehenden in keinem Falle gehindert. Ist er im Besitze des Pfandes, so kann er es ohne weiteres verkaufen, wenn die Zeit der Verkaufsberechtigung gekommen ist. Ist nicht er, sondern

der nachstehende Pfandgläubiger Pfandbesitzer, so kann er von diesem auf Grund seines vorgehenden Pfandrechts die Herausgabe verlangen, um den Verkauf zu betreiben. Will er aber den Verkauf nicht selbst betreiben oder kann er es nicht, weil seine Forderung noch nicht fällig ist, so kann er auch den nachgehenden Pfandgläubiger, der das Pfand verkaufen will, daran nicht hindern, muß ihm vielmehr den Besitz zu diesem Zwecke lassen (RG 87, 325; 97, 42). Der nachgehende Pfandgläubiger ist in weniger günstiger Lage. Ist er Besitzer, so kann er allerdings von seiner Verkaufsberechtigung Gebrauch machen, aber nur, wenn nicht der vorgehende Pfandgläubiger den Verkauf betreiben will. Ein Pfandverkauf durch den nachgehenden Gläubiger führt zwar zum Erlöschen auch des vorgehenden Pfandrechts an der Sache und setzt den Erlös an ihre Stelle als Sicherungs- und Befriedigungsmittel (§ 1247), beeinträchtigt aber nicht das vorgehende Pfandrecht als solches, entspricht vielmehr dem Wesen des Pfandrechts überhaupt (RG 87, 325 ff.). Will der vorgehende Pfandgläubiger den Verkauf betreiben oder ist er auch nur im Besitz der Pfandsache, so ist der nachgehende Pfandgläubiger am Gebrauch seiner Verkaufsberechtigung gehindert. Er kann sich zwar dem etwaigen Pfandverkauf des vorgehenden anschließen, aber, wenn dieser zum Verkauf nicht willens oder nicht imstande ist, so hat er nicht das Recht die Herausgabe zu verlangen, um den Pfandverkauf zu betreiben. Es bleibt ihm nur die Möglichkeit der Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist (§ 1249). Erwirbt er auf diese Art das vorgehende Pfandrecht, so kann er die Herausgabe des Pfandes verlangen und den Pfandverkauf zugunsten beider Pfandrechte betreiben.

2. Für mehrere im Range gleichstehende Pfandgläubiger, die sich im gemeinschaftlichen Besitz der Pfandsache befinden, gelten die Regeln von der Gemeinschaft (§§ 741 ff.). Ist nur einer von ihnen im Besitz, so können die anderen nicht mindere Rechte haben als der nachstehende Gläubiger nach § 1232. Darüber hinaus dürfen sie verlangen, an dem Verkauf des Pfandes mitzuwirken, soweit ihnen die Verkaufsberechtigung bereits zusteht.

3. Wegen der Klage auf vorzugsweise Befriedigung gegenüber einem Pfändungspfandrecht: § 805 ZPO.

4. In das Pächterkreditgesetz (§ 1204 A 5) ist eine dem § 1232 entsprechende Vorschrift aus den in A 5 zu § 1209 erörterten Gründen nicht aufgenommen worden (vgl. RG 143, 10f.).

§ 1233

1) Der Verkauf des Pfandes ist nach den Vorschriften der §§ 1234 bis 1240 zu bewirken.

Hat der Pfandgläubiger für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erlangt, so kann er den Verkauf auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken lassen²⁾.

EG I 1169 II 1140; R 3 822, 823; P 3 474—476.

1. Verkaufsverfahren (vgl. § 753 Abs 1, § 2042 Abs 2). Vereinbarungen über ein von den §§ 1234—1240 abweichendes Verkaufsverfahren sind nach § 1245 zulässig (vgl. aber Abs 2 das. und für den Fall, daß das vereinbarte Verfahren nicht innegehalten worden ist, RG LZ 24, 200). In den §§ 1234—1240 ist nur das regelmäßige Verfahren bestimmt. Danach verkauft der Pfandgläubiger im eigenen Namen, aber für Rechnung des Verpfänders. Für Sachmängel braucht er im Falle des § 461 nicht zu haften; für Rechtsmängel haftet er an sich, doch schützen ihn §§ 439, 1244. Besondere landesrechtliche Vorschriften können nach EG Art 94 über das Verkaufsverfahren der gewerblichen Pfandleiher und der Pfandleihanstalten erlassen werden (A 1 i vor § 1204). Wegen der Sicherungsübereignung: A 6 Abs 4 zu § 930; über die Vollstreckung in die dem Gläubiger zur Sicherheit übereignete Sache: Scheld JW 1939, 140. Darüber, ob bei der Sicherungsübereignung der Sicherungsnehmer hinsichtlich der Verwertung der Sache an die Vorschriften über den Pfandverkauf gebunden sein soll, entscheidet der Vertragswille (RG 59, 190; 76, 347; 83, 53; 95, 245; Warn 1932 Nr 86). Bei in blanco abgetretenen Kuxen ist es regelmäßig anzunehmen (RG 107, 339). Wenn aber für die Einlösung einer übereigneten Sache eine Frist und weiter bestimmt ist, daß der Sicherungsnehmer nach fruchtlosem Fristablauf frei über die Sache soll verfügen können, so ist er an die §§ 1220 ff. nicht gebunden (RG Bruch 64, 482). — Eine Pfandveräußerung nach §§ 1233 Abs 1 ist nicht wegen § 5 des Kriegsteilnehmerchutzgesetzes v. 4. 8. 14 (RGBl 328) und wegen der späteren gleichartigen Bestimmungen unzulässig; diese Schutzvorschriften betrafen nur ein Zwangsvollstreckungsverfahren nach den Regeln der ZPO (RG 102, 378). Vgl. WD vom 8. 7. 1924 RGBl I, 663 und Kleine DZ 1935, 299.

Nähere Vorschriften über das vom Gerichtsvollzieher einzuschlagende Verfahren enthalten die §§ 123 ff. prGesetzAnwGVollz.

2. Verkauf nach den Vorschriften über den Verkauf gepfändeter Sachen und Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung (Abs. 2). Ist der Eigentümer des Pfandes zugleich der persönliche Schuldner und hat der Pfandgläubiger gegen ihn einen vollstreckbaren Titel auf Zahlung der Schuld,

so kann er mit diesem Titel auch die Vollstreckung in das Pfand betreiben (vgl. auch § 1277). Diese Vollstreckung ist jedoch gewöhnliche Zwangsvollstreckung, kommt als Pfandveräußerung im Sinne der §§ 1233 ff. überhaupt nicht in Betracht, untersteht ausschließlich den Vorschriften der ZPO, setzt also insbesondere die Pfändung der Sache und deren Zulässigkeit nach den Vorschriften der ZPO voraus und gründet sich nicht auf Abs 2. Deshalb ist es auch keine Geltendmachung des Vermieterpfandrechts, wenn wegen einer ausgeklagten Mietzinsforderung im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändet wird. Das im Abs 2 zugelassene Verfahren hat ein beschränktes Anwendungsgebiet. Er greift nur dann Platz, wenn, was selten sein wird, der Pfandgläubiger gegen den Eigentümer (nicht gegen den Verpfänder oder persönlichen Schuldner, wenn dieser nicht Eigentümer ist) ein vollstreckbares Urteil dahin erwirkt hat, daß dieser den Pfandverkauf dulden muß (RG LZ 1916, 1427¹⁴; JW 1938, 867²¹). Ein solches Urteil wird vorkommen, wenn der Eigentümer des Pfandes gegen die Berechtigung zum Pfandverkauf Einwendungen erhoben hat, oder in ähnlicher Weise, wenn ein durch sog. kaltes Abbrennen geschädigter Hypothekengläubiger die Zwangsvollstreckung in die beiseite geschafften Inventarstücke betreiben will (RG 6. 5. 16 V 446/14) oder auch wenn Sachen, welche dem Vermieterpfandrecht unterliegen, den Eigentümer gemehelt haben (RG 104, 301). Ist das vom Pfandgläubiger erwirkte Urteil vollstreckbar, so hat er das Recht des Pfandverkaufs nach den Regeln der ZPO neben dem Rechte der Veräußerung nach den Vorschriften der §§ 1234 bis 1240. Eine neuerliche Pfändung hat nicht stattzufinden; die Vorschriften der ZPO über die Pfändung (ZPO §§ 803—813) greifen nicht Platz, wohl aber die Vorschriften der §§ 814, 816, 817, 820—823, 825 ZPO. Die einmögliche Frist des § 816 ZPO läuft im Falle des Verzehens nach Abs 2 vom Zeitpunkte der Erlangung des Vollstreckungstitels ab. Die Versteigerung hat an dem Ort stattzufinden, wo das Pfand aufbewahrt wird oder, wenn dieser ungeeignet ist, an einem anderen geeigneten Ort (§ 1236). An Stelle des § 806 ZPO wird § 1242, an Stelle des § 817 Abs 4 ZPO wird BGB § 1239, an Stelle des § 818 ZPO § 1230 Satz 2 BGB, an Stelle des § 819 ZPO § 1247 BGB anzuwenden sein. Die §§ 1244, 1248, 1249 BGB finden auch bei der Pfandveräußerung auf diesem Wege Anwendung (vgl. § 1248 A 2).

Gegen eine Überspannung der Rechte des Eigentümers spricht sich RG 143, 277 (= JW 1934, 1484⁴) aus. Hat ein Gläubiger wegen einer persönlichen Forderung ein Pfandrecht an einer Sache, die im Eigentum eines Dritten steht, klagt er diese persönliche Forderung aus und läßt er auf Grund des erlangten Titels die pfandgebundene Sache pfänden, so darf der Eigentümer dieser Pfändung nicht nach § 771 ZPO widersprechen, obwohl er an sich dazu berechtigt wäre. Er würde damit arglistig handeln; denn auf eine neue, das Pfandrecht verfolgende Klage des Gläubigers gegen ihn selbst müßte er jenem die Sache alsbald zu seiner Befriedigung bereitstellen.

Ein Fall des § 1233 Abs 2 liegt nicht vor, wenn sich der Pfandgläubiger aus den bei einem Pfandhalter hinterlegten und abredgemäß nur an den Verpfänder und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich herauszugebenden Pfändern (§ 1206 A 4) befriedigen will. Hier würde dem Pfandgläubiger eine Verurteilung des Pfandschuldners zur Duldung der Zwangsvollstreckung oder, wenn er sich im Konkurs befindet, zur Duldung der abgesonderten Befriedigung nichts helfen, weil der Pfandhalter hierdurch allein nicht zur Herausgabe ermächtigt wird. Das Urteil muß darauf gerichtet sein, daß der Pfandschuldner (oder sein Konkursverwalter) verurteilt wird, in die Herausgabe der hinterlegten Pfänder in dem Umfange zu willigen, in dem sie zur abgesonderten Befriedigung des Pfandgläubigers wegen seiner fälligen (§ 1228 Abs 2) Ansprüche erfordert werden, insoweit also dem Pfandgläubiger den mittelbaren Alleinbesitz zu übertragen und den Drittbefitzer zur Herausgabe der Pfänder zum Zwecke des Verkaufs zu ermächtigen. Soweit dem Pfandgläubiger diese Leistungsfrage (im Konkurs des Pfandschuldners die Klage auf Feststellung des Absonderungsrechts) zusteht, fehlt zu einer Klage auf Feststellung des Pfandrechts das rechtliche Interesse. Dagegen ist hinsichtlich der erst künftig fällig werdenden Ansprüche möglicherweise eine Feststellungsfrage gegeben (RG JW 1938, 867²¹; § 1206 A 4; § 1231 A 3).

§ 1234

1) Der Pfandgläubiger hat dem Eigentümer den Verkauf vorher anzudrohen und dabei den Geldbetrag zu bezeichnen²⁾, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll. Die Androhung kann erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung erfolgen; sie darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist.

Der Verkauf darf nicht vor dem Ablauf eines Monats³⁾ nach der Androhung erfolgen. Ist die Androhung untunlich, so wird der Monat von dem Eintritte der Verkaufsberechtigung an berechnet.

§ I 1170 II 1141; W 3 823, 824; P 3 476.

1. Androhung des Verkaufs und Wartefrist (vgl. auch § 1003 A 2). Der Verkauf ist nur dem Eigentümer anzudrohen, nicht dem Verpfänder, der nicht Eigentümer ist (vgl. jedoch § 1248), und auch nicht dem persönlichen Schuldner. Auf das Androhen und die Wartefrist kann der Eigentümer

auch vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung nach § 1245 Abs 1 verzichten. Die Nichtbeobachtung der Vorschriften über die Androhung und Wartefrist zieht Schadenersatzpflicht nach sich, gefährdet aber die Gültigkeit des Verkaufs nicht (§ 1243; RG 145, 211; § 124 Abs 2 und 3 prGesetzAnw-GWollz). Im Rechtsstreit hat gegebenenfalls der Pfandgläubiger zu beweisen, daß auch bei ordnungsmäßigem Verkauf kein höheres Ergebnis erzielt worden wäre (RG 77, 205; LZ 1924, 200^b). Die Vorschrift bezieht sich sowohl auf den Fall der Versteigerung wie auf den des freihändigen Verkaufs nach § 1235 Abs 2. Sie soll dem Eigentümer die Einlösung des Pfandes ermöglichen. Was untunlich ist, entscheidet sich nach den Umständen des einzelnen Falles (RG 21. 3. 23 I 125/22). Vgl. Mehring, VerR 1937, 391. — Wegen der Verwertung einer zu Sicherungszwecken bestellten Grundschuld: RG 143, 118; 148, 77; § 1245 A 3).

2. Zeit und Ort des bevorstehenden Verkaufs brauchen bei der Androhung nicht bezeichnet zu werden (vgl. aber § 1237 Satz 2).

3. Kürzere Frist, nämlich eine Woche, gilt wenn die Verpfändung auf der Seite des Pfandgläubigers und des Verpfänders ein Handelsgeschäft ist (HGB § 368). Nach § 22 Abs 3 der BÜ über Druckerlagererische vom 16. 12. 31 (RGBl 1931 I, 763; 1932 I, 424; 1935 I, 420, 691; 1938 I, 1428; 1939 I, 909) beträgt die Frist nur eine Woche auch dann, wenn der Lagervertrag nur auf der Seite des Lagerhalters ein Handelsgeschäft ist. Fristberechnung nach §§ 186 ff. Die Banken pflegen auch die einwöchige Frist durch ihre Geschäftsbedingungen zu beseitigen, so daß sie im Handel mit Wertpapieren ungebrauchlich ist (RG 109, 327; vgl. Allg. Geschäftsbedingungen, herausgegeben von der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe, Fassung vom Dezember 1937, I 20).

§ 1235

Der Verkauf des Pfandes ist im Wege öffentlicher Versteigerung zu bewirken¹). Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so findet die Vorschrift des § 1221 Anwendung²)³).

§ I 1171 II 1142; R 3 824; P 3 476—478; 6 186.

1. Öffentliche Versteigerung (§§ 383 Abs 3, 966, 1219). Der zugrunde liegende Rechtsgedanke geht dahin, daß bei einer öffentlichen Versteigerung am ehesten der wahre Wert als Erlös erzielt wird, weil so ein möglichst großer Kreis von Bietern herangezogen wird. Wer ein Pfand freihändig unter seinem Wert veräußert hat, kann sich also nicht damit entschuldigen, daß bei einer öffentlichen Versteigerung auch kein höheres Gebot abgegeben worden sein würde (RG Warn 1919 Nr 194). Die zur Sicherung der Volksernährung erlassene BÜ über Wein v. 31. 8. 17 und 13. 4. 22 (RGBl 1917, 751; 1922, 455) verbietet in § 2 die Versteigerung von Wein, soweit es sich nicht um eigenes Gewächs handelt. Das bezieht sich nicht auf Pfandversteigerungen, nur auf die üblichen freiwilligen Versteigerungen (vgl. Jonas-Bohle ZPD 16. Aufl., 1939, § 814 IV Abs 2, aber auch DZB 1926, 1099 und RZins 20, 119). Vgl. auch DurchfBÜ z. BÜ zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben vom 23. 11. 1938 § 2 Abs 1 Nr 1 RGBl I, 1642.

2. Verkauf zum Börsen- und Marktpreis vgl. § 1221 und die Anmerkungen dazu. Wer während des Krieges eine ihm verpfändete Ware, die damals keinen Marktpreis hatte, gleichwohl freihändig veräußerte, hat gegen § 1235 Abs 2 verstoßen (Recht 1920 Nr 1899). Auch für den freihändigen Verkauf (§§ 1225 Abs 2, 1221) gelten die Vorschriften über die Androhung des Verkaufs und die Wartefrist (§ 1234 A 1) und das Erfordernis der Bestimmung gemäß § 1238 (A 1 das.); ebenso das Mitbietungsrecht des Eigentümers (§ 1239 A 2).

3. Verzicht auf Beobachtung der Vorschriften des § 1235 ist erst nach Eintritt der Verkaufsberechtigung zulässig (§ 1245 Abs 2). **Verstoß** gegen sie hat Unrechtmäßigkeit des Verkaufs zur Folge (§ 1243 Abs 2).

Über das Rechtsverhältnis, das zwischen dem Gerichtsvollzieher und seinem Auftraggeber bei Pfandversteigerungen besteht: RG 144, 266.

§ 1236

1) Die Versteigerung hat an dem Orte zu erfolgen, an dem das Pfand aufbewahrt wird. Ist von einer Versteigerung an dem Aufbewahrungsort ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, so ist das Pfand an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern²).

§ I 1172 II 1143; R 3 824, 825; P 3 478, 479.

1. Versteigerungsort (§ 383 Abs 2). Anderweitige Vereinbarung der Beteiligten ist nach § 1245 zulässig. Ein Verstoß gegen § 1236 gefährdet nicht die Gültigkeit des Verkaufs, sondern macht nur Schadenersatzpflichtig (§ 1243). In der Vereinbarung eines Aufbewahrungsortes liegt auch die Vereinbarung des Versteigerungsortes. Darüber, ob ein angemessener Erfolg am Orte (in der Ortschaft) der Aufbewahrung des Pfandes zu erwarten und welcher Ort sonst geeignet ist,

befindet zunächst der Pfandgläubiger nach Treu und Glauben. Verlangt aber ein Gegenbeteiligter die Versteigerung an einem anderen Ort, weil dies nach billigem Ermessen dem Besten aller Beteiligten entspreche, so entscheidet mangels einer Einigung das Gericht (§ 1246).

2. Wegen des Verkaufsorts beim Verkaufe zum Markt- oder Börsenpreise § 1221 A 2.

§ 1237

1) Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes²⁾ öffentlich bekanntzumachen. Der Eigentümer und Dritte, denen Rechte an dem Pfande zustehen, sind besonders zu benachrichtigen; die Benachrichtigung darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist³⁾.

§ I 1171, 1172 II 1144; W 3 824, 825; P 3 479.

1. Verzicht auf öffentliche Bekanntmachung ist vor Eintritt der Verkaufsberechtigung unzulässig (§ 1245), Verstoß bewirkt Ungültigkeit des Pfandverkaufs (§ 1243). Eine bestimmte Art der öffentlichen Bekanntmachung ist nicht vorgeschrieben. Sie hat daher so zu geschehen, wie es nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verhältnisse des Verkehrs und die besonderen Umstände des Falles angemessen erscheint. Ortliche Übungen und die besonderen Vorschriften für die Versteigerer sind zu beachten.

2. Allgemeine Bezeichnung des Pfandes. Bezeichnung des Pfandgläubigers, des Eigentümers, des Schuldners hat nicht stattzufinden.

3. Auf Benachrichtigung der Beteiligten (wegen des Eigentümers: § 1248) kann auch vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung verzichtet werden; Unterlassung hat Ungültigkeit des Verkaufs nicht zur Folge (§§ 1245, 1243). Die Zurücknahme der Benachrichtigung hat die Unzulässigkeit des Pfandverkaufs (Staudinger-Rober § 1237 A 2 Abs 3) nur in dem Sinne zur Folge, daß sie wie das Unterlassen der Benachrichtigung wirkt, nicht aber in dem Sinne, daß sie die Unrechtmäßigkeit des Pfandverkaufs zur Folge hätte. Untunlich: § 1234 A 1.

Nach § 22 Abs 4 der WD über Orderlagerscheine vom 16. 12. 1931 RWBl 1931 I, 763 (§ 1234 A 3) hat der Lagerhalter die Benachrichtigung an den letzten ihm bekannt gewordenen ausgewiesenen Besizer des Lagerscheins zu richten (vgl. auch §§ 3, 7 der WD vom 14. 10. 1938 RWBl I, 1428).

§ 1238

1) Das Pfand darf nur mit der Bestimmung verkauft werden, daß der Käufer den Kaufpreis sofort bar zu entrichten hat und seiner Rechte verlustig sein soll, wenn dies nicht geschieht²⁾.

Erfolgt der Verkauf ohne diese Bestimmung, so ist der Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen; die Rechte des Pfandgläubigers gegen den Ersteher bleiben unberührt³⁾. Unterbleibt die sofortige Entrichtung des Kaufpreises, so gilt das gleiche, wenn nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins von dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung Gebrauch gemacht wird⁴⁾.

§ I 1173, 1175 II 1146; W 3 827, 828; P 3 479.

1. Verkaufsbestimmungen beim Pfandverkauf. Das Gesetz nimmt zum Schutze des Pfandgläubigers und der sonst auf das Ergebnis des Pfandverkaufs Angewiesenen auf den Inhalt des Pfandverkaufs bestimmend Einfluß. Es schreibt die Hauptbestimmungen des Verkaufs vor und läßt für die wesentlichsten den Beteiligten nicht die Freiheit, schon bei der Pfandbestellung etwas Abweichendes zu vereinbaren. Hinsichtlich des Kaufpreises ist für den Pfandverkauf aus freier Hand nach §§ 1235 Abs 2, 1221 bestimmt, daß zum laufenden Börsen- oder Marktpreis zu verkaufen ist; für die Versteigerung ergibt sich aus § 156, daß dem Meistbietenden der Zuschlag zu erteilen ist, wenn er überhaupt erteilt wird. Im § 1238 wird weiter zugunsten der außer dem Pfandgläubiger Beteiligten die Vereinbarung mit dem Käufer dahin vorgeschrieben, daß bei Meidung des Rechtsverlustes der Kaufpreis sofort bar zu zahlen ist. Die Vorschrift, die durch Vereinbarung abänderbar ist (§ 1245), gilt sowohl für den freihändigen Verkauf wie für die Versteigerung. Ihre Verletzung zieht die Ungültigkeit des Pfandverkaufs nicht nach sich, auch nicht eine Schadensersatzpflicht des Pfandgläubigers, aber die Rechtsfolge, daß der Pfandgläubiger sich so behandeln lassen muß, wie wenn er den Kaufpreis erhalten hätte.

2. Die Bestimmung, daß der Käufer den Kaufpreis sofort bar zu entrichten hat und seiner Rechte verlustig gehen soll, wenn dies nicht geschieht, ist in den Kaufvertrag aufzunehmen. Insofern besteht für den Pfandgläubiger die Rechtspflicht, für die Aufnahme dieser Bestimmung in den Kaufvertrag bei Meidung des ihm (in Abs 2 Satz 1) angebrohten Rechtsnachteils zu sorgen. Von

selbst ist (anders als im Falle des § 817 B.D.) die bezeichnete Bestimmung nicht Inhalt des Kaufvertrags. Die Abrede der sofortigen Varentrichtung bedeutet, daß der Käufer Zug um Zug gegen Aushändigung der Kaufsache zu bezahlen hat. Der Vorbehalt des Rechtsverlustes ist gleichbedeutend mit dem Vorbehalt der Rechtsverwirkung nach § 360; er hat zur Folge, daß dem Pfandgläubiger als Verkäufer das Recht zusteht, vom Vertrage zurückzutreten, wenn der Kaufpreis nicht sofort bar bezahlt wird.

3. Der Kaufpreis ist als vom Pfandgläubiger empfangen anzusehen, sobald die versteigerte Sache dem Ersteher ausgehändigt worden ist; dies gilt aber nur im Verhältnis zwischen dem Pfandgläubiger einerseits und dem Eigentümer des Pfandes, dem persönlichen Schuldner und den etwa noch in Betracht kommenden dinglich Berechtigten andererseits. Dem Ersteher gegenüber bleibt der Pfandgläubiger unbezahlter Verkäufer, bis er Zahlung erhalten hat. Nach der Unterstellung des Gesetzes, daß der Kaufpreis als vom Pfandgläubiger empfangen anzusehen sei, gilt die Forderung, soweit der Kaufpreisbetrag reicht, als vom Eigentümer berichtigt. Soweit sich ein Mehrerlös berechnet, ist der Pfandgläubiger Schuldner des bisherigen Pfandeigentümers, und diese Schuld tritt an die Stelle des verkauften Pfandes (§ 1247 Satz 2).

4. Unterlassen der Geldmachung des bedungenen Vorbehalts der Rechtsverwirkung vor dem Schluß des Versteigerungstermins hat gegenüber dem Schuldner, dem Eigentümer und den übrigen Pfandbeteiligten die gleiche Folge wie die Unterlassung der Aufnahme des Vorbehalts in den Kaufvertrag. Dem Ersteher gegenüber bleibt der Pfandgläubiger als Verkäufer berechtigt, auch später zurückzutreten. Im Verhältnis zum Eigentümer und den sonstigen Berechtigten hebt ein solcher Rücktritt die einmal eingetretenen Rechtsänderungen aber nicht wieder auf. Bei verspätetem Rücktritt wird also der Pfandgläubiger Eigentümer der ihm zurückgegebenen Pfandsache.

§ 1239

Der Pfandgläubiger¹⁾ und der Eigentümer²⁾ können bei der Versteigerung mitbieten³⁾. Erhält der Pfandgläubiger den Zuschlag, so ist der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen⁴⁾.

Das Gebot des Eigentümers darf zurückgewiesen werden, wenn nicht der Betrag bar erlegt wird. Das gleiche gilt von dem Gebote des Schuldners, wenn das Pfand für eine fremde Schuld haftet⁵⁾.

§ I 1173 II 1145; M 3 825—827; B 3 470.

1. Gegen das Mitbieten des Pfandgläubigers — natürlich nur des den Verkauf betreibenden Pfandgläubigers — besteht das rechtliche Bedenken, daß er nicht zugleich Käufer und Verkäufer sein, nicht einen Vertrag mit sich selbst schließen kann. § 1239 beseitigt das Bedenken auf dem Wege der Ausnahme. Die Folge davon ist, daß der Pfandgläubiger als Meistbietender, dem der Zuschlag erteilt wird, die Stellung des Erstehers, d. h. des Käufers bekommt und das Meistgebot, also den sofort bar zu zahlenden Kaufpreis schuldet. Nimmt er auf Grund des Zuschlags die Pfandsache an sich, so erhält er mithin die Stellung des „Erwerbers aus rechtmäßiger Veräußerung des Pfandes“ (§ 1242 A 3). Diese Ausnahme wird wegen des Vorteils, der darin für Schuldner, Eigentümer und Drittberechtigte liegt, und deshalb zugelassen, weil die Öffentlichkeit der Versteigerung üble Folgen hintanhält. Hieraus ist der Schluß gerechtfertigt, daß nicht nur bei der Versteigerung zur Verwirklichung des Pfandrechts nach § 1235 Abs 1, sondern auch bei der Versteigerung wegen Gefahr des Verfalls oder der Wertminderung nach § 1219 der Pfandgläubiger mitbieten darf (BayObLG 4, 633).

2. Mitbieten des Eigentümers des Pfandes. Dem meistbietenden Eigentümer (§ 1248) könnte entgegengehalten werden, daß es sich für ihn um den Kauf der eigenen Sache handle und dieser unmöglich sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob das erhobene Bedenken schon deshalb unbegründet ist, weil der Eigentümer durch den Kauf nicht das Eigentum des Pfandes, sondern dessen lastenfreien Wiederbesitz erstrebt (M 3, 826), oder deshalb, weil mit der rechtmäßigen Veräußerung das bisherige Eigentum erlischt, der Ersteher also, wenn er Eigentümer war, im gleichen Augenblick sein früheres Eigentum verliert und ein neues gewinnt. Denn jedenfalls ist jedes Bedenken gegen die Zulassung des Eigentümers zum Mitbieten durch die Vorschrift des § 1239 beseitigt. Daß der Eigentümer auch im Falle des § 1219 als Mitbieter zuzulassen ist, kann aus den in A 1 angegebenen Gründen nicht zweifelhaft sein. Er ist aber auch beim freihändigen Verkauf nach § 1235 Abs 2 als Käufer zuzulassen.

3. Was über den Ausschluß vom Mitbieten in den §§ 456, 457 bestimmt ist, gilt auch hier.

4. Die geschuldete sofortige Barzahlung an sich selbst zu leisten (s. A 1), ist der Pfandgläubiger als Ersteher nicht verpflichtet. Es treten hinsichtlich seiner Bestreitung und der dinglichen Rechte Dritter am Erlös die Wirkungen ein, wie wenn er gezahlt hätte, mit der Besonderheit, daß an die Stelle des Erlöses wiederum der Anspruch gegen den Pfandgläubiger als Ersteher tritt (vgl. § 1238 A 3).

5. Die Zurückweisung der Gebote des Eigentümers und des Schuldners mangels Barzahlung ist bis zur Zuschlagserteilung zulässig. Der Verpfänder kann nur, wenn er Eigentümer ist oder nach § 1248 als solcher gilt, zurückgewiesen werden. An die Unterlassung der Zurückweisung sind Rechtsnachteile für den Pfandgläubiger vom Gesetz nicht geknüpft, unbeschadet der Vorschrift des § 1238 Abs 2.

§ 1240

Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen werden.

Wird ein genügendes Gebot nicht abgegeben, so kann der Verkauf durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person aus freier Hand zu einem den Gold- oder Silberwert erreichenden Preise erfolgen.

§ I 1174 II 1147; W 3 827; B 3 479.

Gold- und Silbersachen (ZPD § 820). Ausdehnung auf andere Edelmetalle (Platin) ist nicht zulässig. Auf den Feingehalt kommt es nicht an, solange nicht das beigemischte andere Metall derart überwiegt, daß keine Gold- oder Silbersache mehr vorhanden ist. Wann dies der Fall, ist Laifrage. Die verpfändete Sache muß selbst aus Gold oder Silber sein. Eine Sache, die nur mit Gold oder Silber verziert oder beschlagen ist, zählt nicht hierher, wohl aber eine Sache, die in Gold oder Silber derart gefaßt ist, daß nach der Verkehrsanschauung die Fassung die Hauptsache ist (Halbedler oder unedler Stein in goldenem Ring, RG 11. 10. 1935 VII 48/35, insoweit in RG 149, 19 und in JW 1936, 18^o nicht mit abgedruckt). Abschätzung des Metallwerts ist (anders als in ZPD § 814 für Kostbarkeiten) nicht vorgeschrieben. Bedarf ihrer der Pfandgläubiger, um dem § 1240 zu genügen, so kann er sie auf Pfandkosten vornehmen lassen. Der Wert, der erreicht werden muß, ist der Metallwert zur Zeit der Versteigerung. Gold und Silber in Barren werden in der Regel Markt- oder Börsenpreis haben, daher nach § 1235 Abs 2 behandelt werden können. Sofern dies nicht der Fall, ist § 1240 sinngemäß anzuwenden. Aus freier Hand (Abs 2) darf nur verkauft werden, wenn vergeblich versucht worden ist, zu versteigern.

Auf die Einhaltung der Vorschriften des § 1240 kann vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung nicht verzichtet werden; ihre Verletzung begründet „Unrechtmäßigkeit“ des Pfandverkaufs (§§ 1245, 1243). Werden Gold- oder Silbersachen unter dem Gold- oder Silberwert zugeschlagen, so schützt den gutgläubigen Ersteher § 1244. Werden sie freihändig unter Wert verkauft, so versagt dieser Schutz nach ausdrücklicher Vorschrift des § 1244.

§ 1241

Der Pfandgläubiger hat den Eigentümer von dem Verkaufe des Pfandes und dem Ergebnis unverzüglich zu benachrichtigen, sofern nicht die Benachrichtigung untunlich ist.

§ I 1179 II 1148; W 3 830; B 3 480.

Benachrichtigung des Eigentümers vom Verkaufsergebnis. An ihrer Stelle genügt die Benachrichtigung des Verpfänders, wenn dieser nach § 1248 als Eigentümer zu gelten hat. Unnötig ist sie dann, wenn der Eigentümer selbst Ersteher ist. Daß ein Versteigerungs- oder Verkaufsversuch ergebnislos geblieben ist, braucht auch dann nicht mitgeteilt zu werden, wenn der Versteigerungs- oder Verkaufstermin mitgeteilt worden war. Der Schuldner und der Verpfänder als solcher kann keine Mitteilung beanspruchen. Die Verletzung der Benachrichtigungspflicht kann Schadensersatzansprüche zur Folge haben (§ 1243 Abs 2), auf den schon vollzogenen Verkauf hat sie keinen Einfluß. Der Eigentümer kann auf die Benachrichtigung schon vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung verzichten (§ 1245).

Die Vorschrift ist auch auf die Fälle des vorzeitigen Pfandverkaufs nach §§ 1219, 1220, 1221 anzuwenden. — Untunlich: § 1234 A 1; § 1285 Abs 2.

Vgl. auch hier (wie § 1237 A 3) § 22 Abs 4 der WD über Orderlagerhalter vom 16. 12. 1931 RGBl 1931 I, 763.

§ 1242

Durch die rechtmäßige Veräußerung des Pfandes¹⁾ erlangt der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte²⁾. Dies gilt auch dann, wenn dem Pfandgläubiger der Zuschlag erteilt wird³⁾.

Pfandrechte an der Sache erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt waren. Das gleiche gilt von einem Nießbrauch, es sei denn, daß er allen Pfandrechten im Range vorgeht ^{4) 5) 6) 7)}.

§ I 1180 II 1149; M 3 830, 831; P 3 480.

1. Rechtmäßige Pfandveräußerung (Abs 1). Der Gedankengang ist der, daß eine Pfandveräußerung, wenn sie rechtmäßig ist, d. h. unter Einhaltung der für die Rechtmäßigkeit gerade der Pfandveräußerung gegebenen besonderen Vorschriften gesehen ist, die Wirkung haben soll, wie wenn sie durch den Eigentümer vorgenommen worden wäre. Daß der Veräußernde Pfandgläubiger ist und als solcher zur Veräußerung des Pfandes befugt ist und daß das von ihm vorgenommene Veräußerungsgeschäft den allgemeinen Vorschriften über die Eigentumsübertragung genügt (§§ 929—931), daß also insoweit den Anforderungen an die Pfandveräußerung entsprochen ist, wird hier vorausgesetzt (RG 100, 277). Welche besonderen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der Pfandveräußerung wesentlich sind, ist im § 1243 ausgesprochen: Fälligkeit der Forderung, für die das Pfandrecht besteht, als Geldforderung (§ 1228 Abs 2), Einhalten der Bedarfszrenze bei Pfandrecht an mehreren Sachen (§ 1230 Satz 2), öffentliche Versteigerung oder doch Verkauf durch öffentliche Handelsmänner oder öffentliche Versteigerer zum laufenden Markt- oder Börsenpreis (§ 1235), öffentliche Bekanntmachung von Zeit und Ort der Versteigerung (§ 1237 Satz 1), Einhaltung des Gebots, daß Gold- und Silbersachen nicht unter dem Metallwert abgegeben werden dürfen (§ 1240).

2. Folge der rechtmäßigen Pfandveräußerung ist, daß der Erwerber das erwirbt, was er bei der Veräußerung durch den Eigentümer erlangt hätte, nämlich das Eigentum. Damit erlischt das Eigentum des bisherigen Eigentümers. Andere Rechte Dritter — als solche kommen an beweglichen Sachen nur Pfandrecht und Nießbrauch in Frage — erlöschen nach Abs 2. Ein Nießbrauch kann also bestehenbleiben. Abs 2 betrifft nur den Fall, daß dem Erwerber die Rechte Dritter bekannt sind. Wenn sie ihm unbekannt sind, greift § 936 ein; auch der an erster Stelle stehende Nießbrauch erlischt also, wenn der Erwerber insoweit gutgläubig ist. Die Beschränkung des § 935 gilt im Rahmen des § 1242 nicht; denn es handelt sich hier nicht um Auswirkung des guten Glaubens, und auch wo diese in Frage kommen (§ 1244), ist § 935 ausgeschlossen.

3. Der mitbietende Pfandgläubiger selbst erwirbt ebenso durch den Zuschlag (§ 1239 A 1). Damit macht das Gesetz die Lösung der Streitfrage entbehrlich, ob der Pfandgläubiger als Ersteher auf Grund einer unterstellten Eigentumsübertragung oder auf Grund einer vom Gesetz gegebenen Aneignungsbefugnis erwirbt. Der Pfandgläubiger wird als Ersteher durch den Zuschlag Eigentümer, wie wenn er die Sache vom Eigentümer zu Eigentum übertragen erhalten hätte. Auch hier ist natürlich nur der betreibende Pfandgläubiger in Frage. Die Stellung der übrigen unterscheidet sich nicht von der der unbeteiligten Bieter.

4. Erlöschen der Pfandrechte und des Nießbrauchs (Abs 2). Alle Pfandrechte an der Sache, erlöschen, mögen sie dem, in dessen Ausübung der Verkauf stattfindet, nachfolgen oder im Range vorgehen. An ihre Stelle treten die gleichen Pfandrechte am Erlös oder, wenn der Pfandgläubiger der Ersteher ist, an der Kaufpreisforderung, deren Schuldner er ist (§ 1238 A 3). Aber auch der Nießbrauch erlischt, wenn er nicht den Rang vor allen Pfandrechten hat. Auch er erlischt nicht ohne Ersatz. Der bisherige Nießbraucher an der Sache erlangt nun nach Maßgabe seines Rangens Nießbrauch am Erlös (§ 1067). Ohne Ersatz erlischt nur das Pfandrecht des betreibenden Pfandgläubigers. Ihm fällt der ihn treffende Erlösanteil als Eigentum an; seine Forderung gilt als vom (seitherigen) Eigentümer der Sache berichtigt (§ 1247).

5. Die Vorschriften des § 1242 sind auch anzuwenden, wenn das Pfand in der Pfandversteigerung von seinem seitherigen Eigentümer ersteigert worden ist (§ 1239; A 2 das.).

6. Entsprechende Anwendung. Auf den Verkauf von Pfändern zufolge gesetzlichen Pfandrechts finden die Vorschriften des § 1242 kraft der Bestimmung des § 1257 entsprechende Anwendung. Aber auch für das Pfandpfandrecht wird man die Grundsätze der §§ 1242, 1244 insoweit entsprechend anzuwenden haben, als nicht in der ZPO selbst Vorschriften getroffen sind (RG 61, 330; 87, 325; HRK 1937 Nr 758; vgl. § 1204 A 1). Eine entsprechende Anwendung auf die Sicherungsübereignung kommt nicht in Frage; wer vom Sicherungsnehmer kauft, kauft vom wirklichen Eigentümer.

7. Pfandrechte an Schiffen. Auch Registerpfandrechte an Schiffen erlöschen, wenn das verpfändete Schiff mit Arrest belegt ist und wegen drohender Wertverminderung nach § 930 ZPO nach den Regeln über die Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen versteigert werden muß, durch den Zuschlag. Auf diesen Fall findet § 1262 Abs 1 keine Anwendung; denn er bestimmt lediglich eine Ausnahme von § 936, während es sich im § 1242 Abs 2 um die Sonderregelung für den Pfandverkauf handelt. So mit überzeugender Begründung Obergericht Danzig (ZB 1922, 1339¹) gegen das Kammergericht (RSN 11, 17), dem früher hier beigetreten war.

§ 1243

Die Veräußerung des Pfandes ist nicht rechtmäßig, wenn gegen die Vorschriften des § 1228 Abs 2, des § 1230 Satz 2, des § 1235, des § 1237 Satz 1 oder des § 1240 verstoßen wird¹⁾.

Verleßt der Pfandgläubiger eine andere für den Verkauf geltende Vorschrift, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt²⁾.

§ I 1181 II 1160; R 3 831; P 3 482.

1. **Unrechtmäßige Pfandveräußerung.** § 1243 Abs 1 geht davon aus, daß die allgemeinen — in A 1 zu § 1242 erwähnten — Voraussetzungen des Pfandverkaufs gegeben waren, daß aber mindestens eine der besonderen Vorschriften, von denen die Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufs abhängt, nicht beobachtet ist. Die Unrechtmäßigkeit des Pfandverkaufs läßt das Bestehen der Forderung wie das des Pfandrechts unberührt (§ 1252 A 2). Als dingliche Wirkung unrechtmäßiger Pfandveräußerung ergibt sich, daß unter den bezeichneten Voraussetzungen die im § 1242 bestimmten Folgen des rechtmäßigen Pfandverkaufs nicht eintreten. Der Ersterer erwirbt kein Eigentum, die dinglichen Rechte an der Pfandsache bleiben bestehen — vorbehaltlich der Folgen, die sich aus der Gutgläubigkeit des Erwerbers nach § 1244 ergeben (RG 100, 277). Die Erwerber müssen also, soweit sie nicht durch ihren guten Glauben geschützt sind, den Eigentumsansprüchen des Eigentümers und den Ansprüchen weichen, welche die Berechtigten auf Grund ihrer dinglichen Rechte erheben können. Ihre persönlichen Ansprüche aus dem Kauf gegen den Pfandgläubiger als Verkäufer (Veräußerer) bleiben ihnen aber erhalten. Sie können insbesondere, wenn es dem Pfandgläubiger unmöglich ist, ihnen das lastenfreie Eigentum der verkauften Sache, wie er verpflichtet ist, zu verschaffen (§ 433), nach § 440 verschafen. Der Eigentümer und die dinglich Berechtigten verlieren ihre Rechte nur bei Gutgläubigkeit des Erwerbers. Ein besonderer Schadensersatzanspruch ist ihnen nicht beigelegt — Abs 2 betrifft nur den dort geregelten Fall —, sie können solche Ansprüche aber auf unerlaubte Handlung — z. B. Eingriff in das Eigentum oder das sonstige Recht (RG JW 1926, 2847¹⁰) — oder auf den Pfandvertrag stützen. War die unrechtmäßig verkaufte Sache eine Gattungssache, so kann der Eigentümer verlangen, daß ihm der Pfandgläubiger eine andere Sache von gleicher Art und Güte liefert (RG 106, 88). Die gesetzlichen Vorschriften über das Pfandrecht können dabei als die gewöhnlichen Bestimmungen eines Pfandvertrags (naturalia negotii) in Betracht kommen. Nur der Bereicherungsanspruch gegen den aus dem Erlös des unrechtmäßigen Pfandverkaufs befriedigten Pfandgläubiger bleibt ihnen, wenn diesem ein Verschulden nicht zur Last fällt (RG 77, 207). Der bei Enneccerus, Sachenrecht (9.) § 166 S. 633 A 13, gegen diese Entscheidung erhobene Angriff ist unbegründet: die Rechte des Besitzers nach §§ 989 ff. kamen dem damaligen Beklagten nicht zustatten, weil gerade der Mangel des Besitzes zur Verneinung des Pfandrechts geführt hatte.

2. **Schadensersatzpflicht bei ordnungswidriger Pfandveräußerung.** Abs 2 geht davon aus, daß die allgemeinen Voraussetzungen des Pfandverkaufs gegeben waren, daß auch die in Abs 1 aufgezählten Vorschriften beobachtet sind. Werden andere Vorschriften über die Pfandveräußerung verletzt, mögen sie auf Gesetz, Vereinbarung (§ 1245) oder richterlicher Anordnung (§ 1246) beruhen, so bleibt der Pfandverkauf zwar rechtmäßig, aber der Pfandgläubiger haftet für jeden schuldhaft herbeigeführten Schaden (vgl. § 276 A 1, 2). Dabei hat der Kläger den Verstoß und den Schaden zu beweisen; dem Pfandgläubiger obliegt, sich zu entschuldigen (RG 86, 321; RG 9. 11. 20 VII 195/20). Jeder Schaden entfällt, wenn der Verklagte den Nachweis führt, daß auch im Fall einer Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften das Ergebnis für den Kläger nicht günstiger gewesen wäre, daß insbesondere der doch unvermeidliche Pfandverkauf zu der in Betracht kommenden Zeit keinen höheren Erlös erbracht hätte (RG 77, 205 f., JW 1930, 1347; 2. 1. 24 I 764/22). — Erklärungen, durch welche die Befreiung von den Beschränkungen des Pfandverkaufs gewährt oder durch welche auf Befolgung gesetzlicher Sicherungen verzichtet worden sein soll, sind eng auszulegen (RG JW 1927, 1467⁴). Dabei ist der Maßstab von wirtschaftlicher Vernunft und von Treu und Glauben anzulegen.

§ 1244

Wird eine Sache als Pfand veräußert, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zusteht oder den Erfordernissen genügt wird, von denen die Rechtmäßigkeit der Veräußerung abhängt, so finden die Vorschriften der §§ 932 bis 934, 936 entsprechende Anwendung, wenn die Veräußerung nach § 1233 Abs 2 erfolgt ist oder die Vorschriften des § 1235 oder des § 1240 Abs 2 beobachtet worden sind^{1) 2) 3) 4)}.

§ I 1182 II 1161; R 3 831, 832; P 3 482; 6 262.

1. Gutgläubiger Erwerb des Eigentums durch den Ersteher. Steht dem Eigentumserwerb im Wege, daß der Verkäufer kein Pfandrecht gehabt oder beim Verkauf für die Rechtmäßigkeit der Veräußerung wesentliche Vorschriften nicht eingehalten hat (§§ 1242, 1243 Abs 1), oder fehlt es an beiden, so kann der Mangel durch den guten Glauben des Erwerbers nach § 1244 geheilt werden. Die Vorschriften des § 1244 sind notwendig, weil die §§ 932 ff. an sich nur auf eine Veräußerung durch den angebliehen Eigentümer zutreffen. § 1248 gilt hier nicht (§ 1248 A 2). Ohne § 1244 wäre der gutgläubige Erwerber bei einem Pfandverkauf schutzlos geblieben. § 1244 kann beim Pfandrecht an Rechten im allgemeinen nicht eingreifen (§ 1277 A 1).

a) Vorausgesetzt ist für die Anwendung des § 1244, daß die Sache als Pfand, d. h. in Ausübung des Pfandrechts veräußert wird. Das geschieht auch bei dem vorzeitigen Pfandverkauf nach §§ 1219 f., 1221. Wird die Sache dagegen als Eigensache veräußert, so finden lediglich die Bestimmungen der §§ 932—936 Anwendung.

b) Ist die Sache zwar „als Pfand verkauft“, aber nicht auf eine der bevorzugten Arten veräußert, nämlich nicht nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften (§ 1233 Abs 2) — die das Vorhandensein eines vollstreckbaren Schuldtitels für die Forderung nicht voraussetzen —, nicht im Wege öffentlicher Versteigerung, nicht nach Börsen- oder Marktpreis durch einen öffentlichen Handelsmäkler oder öffentlichen Versteigerer (§ 1235 — oder §§ 1219 f., 1221), nicht durch einen öffentlichen Versteigerer freihändig zum Gold- oder Silberwert nach § 1240 Abs 2, sondern auf anderem, vereinbartem (§ 1245), vom Gerichte nach § 1246 bestimmtem oder willkürlichem Wege, so wird überhaupt kein Schutz für gutgläubigen Erwerb der Pfandsache gewährt (RG 100, 276). Ist dagegen das Pfand auf eine der vorgenannten bevorzugten Arten des Pfandverkaufs veräußert, was der Erwerber im Streitfall zu behaupten und zu beweisen hat, so wird der gutgläubige Erwerb nach § 1244 geschützt.

c) Der gute Glaube des Erwerbers muß darin bestehen, daß er von dem Mangel des Pfandrechts des Verkäufers oder der Nichtinhaltung der für die Rechtmäßigkeit der Pfandveräußerung wesentlichen Vorschrift keine Kenntnis gehabt (RG 100, 277; 104, 300) und daß seine Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat (vgl. § 966 A 2). Inwieweit deckt der gute Glaube alle überhaupt heilbaren Mängel, auch das Fehlen eines vollstreckbaren Titels, wie ihn § 1233 Abs 2 erfordert. Wer eine als Pfand veräußerte Sache erworben hat, kann sich aber nicht darauf berufen, er habe an das Eigentum des Verkäufers geglaubt. Der gute Glaube wird vermutet. Der Gegner hat zu behaupten und zu beweisen, daß der Erwerber die Kenntnis gehabt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht gehabt hat.

d) Der Schutz wird gewährt, wenn auch die übrigen Voraussetzungen der §§ 932, 933, 934, 936 gegeben sind. War die Pfandsache dem Eigentümer gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen, so wird der Eigentumserwerb durch den Ersteher nicht gehindert; denn § 935 ist hier, wo es sich nur um die bevorzugten Arten der Veräußerung handelt (vgl. § 1242 A 2), nicht für anwendbar erklärt. So kann es kommen, daß der Pfandgläubiger, dem eine gestohlene Sache verpfändet war, zwar deshalb Pfandrechte nicht erlangen konnte, doch bei Fortdauer des guten Glaubens als Selbstersteher bei der Pfandversteigerung Eigentum erwirbt (vgl. RG 104, 300). — Wegen der Rechtslage bei der Verwertung eines Pfandungspfandes: unten A 4.

e) Durch den unter den vorstehenden Voraussetzungen gutgläubigen Erwerb wird der Ersteher Eigentümer der Sache, und zwar erlangt er das Eigentum lastenfrei im Sinne des § 1242 Abs 2. Die Pfandrechte erlöschen sämtlich, auch soweit sie ihm bekannt waren, ein Nießbrauch bleibt nur bestehen, wenn er an erster Stelle stand; aber auch dieser erlischt, wenn der Erwerber in dem guten Glauben erwarb, daß er nicht bestche.

2. Behandlung des Erlöses für das unrechtmäßig veräußerte, aber auf den gutgläubigen Erwerber übergegangene Pfand. Bestand der durch den guten Glauben des Ersteher geheilte Mangel nicht im Fehlen des Pfandrechts, sondern in der Nichtbeobachtung einer für die Rechtmäßigkeit der Veräußerung wesentlichen Vorschrift beim Pfandverkauf, so kann die Frage entstehen, ob der Erlös zufolge entsprechender Anwendung des § 1247 Satz 2 in vollem Umfang an die Stelle des Pfandes tritt. Man wird dies bejahen müssen. Denn andernfalls würden die zum Schutz des Eigentümers und der übrigen Berechtigten bestimmten Vorschriften der §§ 1228 Abs 2, 1230 Satz 2, 1235, 1240 Abs 2 gerade zu deren Schaden ausschlagen, was nicht beabsichtigt sein kann. Die Schadensersatzansprüche bleiben den Berechtigten außerdem. Der Pfandgläubiger erwirbt zunächst nur ein Pfandrecht am ganzen Erlös, kann sich aber daraus befriedigen, wenn er zum Verkauf berechtigt war (§ 1228 Abs 2).

3. Nachträgliche Genehmigung der unrechtmäßigen Veräußerung. Den Beteiligten steht es frei, durch Vereinbarung über ihr Eigentum und ihre dinglichen Rechte an beweglichen Sachen wie über ihre gegenseitigen persönlichen Ansprüche zu verfügen; daher können sie selbstverständlich auch nach unrechtmäßiger Pfandveräußerung im Vertragsweg den Rechtszustand herstellen, der bestehen würde, wenn die Veräußerung rechtmäßig gewesen wäre, und eine solche Abrede kann schon aus den Worten entnommen werden, die Beteiligten genehmigten nachträglich

jene Abweichung von der Regel. Daß aber eine gleiche Wirkung nachträglich auch durch eine Entscheidung des Gerichts nach § 1246 herbeigeführt werden könnte, ist nicht anzunehmen (vgl. § 1245 A 5).

4. Die Zulässigkeit der entsprechenden Anwendung des § 1244 auf die Fälle der Veräußerung eines Pfandes kraft eines gesetzlichen Pfandrechts ergibt sich aus § 1257. Die in RG 61, 330; 104, 300; 126, 26 vertretene Meinung, die entsprechende Anwendung auf den Verkauf eines Pfändungspfandes sei nicht ausgeschlossen, ist in RG 156, 397 mit Rücksicht auf die neuere Auffassung von der Stellung des Gerichtsvollziehers und dem Wesen der Zwangsvollstreckung mit Recht aufgegeben worden (vgl. dazu Hubernagel ZMR 1938, 308). Hierbei ist zu beachten, daß bei einer Pfandverwertung nach § 825 ZPO die Wirkung des Eigentumsübergangs und des Untergangs der an der Pfandsache bestehenden Rechte selbst dann eintritt, wenn die Versteigerung durch eine andere Person als den Gerichtsvollzieher vorgenommen wird, sofern der Erwerber hinsichtlich der gerichtlichen Anordnung (§ 825 ZPO) gutgläubig ist. Hierbei handelt es sich aber nicht um einen öffentlich-rechtlichen Vorgang kraft einer dem Dritten zustehenden Amtsbefugnis, sondern um eine schuldrechtliche Einigung, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts untersteht (§§ 929 ff. BGB, § 366 HGB; VersteigG. vom 12. 2. 1938 RGBl I, 202; VersteigVorschr vom 30. 10. 1934 RGBl I, 1091 [oben § 1221 A 4]; Jonas-Pohle ZPO 16. Aufl., 1939, § 825 II 2).

Auf den Verkauf verpfändeter Rechte findet § 1244 Anwendung, wenn der Verkauf durch eine nach § 1277 Satz 1 mögliche Abrede besonders zugelassen ist, die Befriedigung also nicht, wie regelmäßig, auf Grund vollstreckbaren Titels in der Zwangsvollstreckung gesucht zu werden braucht (RG 100, 276; § 1277 A 1).

§ 1245

Der Eigentümer und der Pfandgläubiger können eine von den Vorschriften der §§ 1234 bis 1240 abweichende Art des Pfandverkaufs vereinbaren¹⁾. Steht einem Dritten an dem Pfande ein Recht zu, das durch die Veräußerung erlischt, so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich²⁾.

Auf die Beobachtung der Vorschriften des § 1235, des § 1237 Satz 1 und des § 1240 kann nicht vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung verzichtet werden^{3) 4) 5)}.

§ I 1177 II 1162; W 3 828, 829; P 3 470, 480; 6 301.

1. Vereinbarungen über die Art des Pfandverkaufs sind zugelassen, aber auch nur solche, nicht Vereinbarungen über die Zeit des Pfandverkaufs, über eine andere Art der Pfandverwertung oder gar über deren völligen Ausschluß. Auch die von den Vorschriften des Gesetzes abweichenden Vereinbarungen über die Art des Pfandverkaufs bedürften besonderer Gestattung des Gesetzgebers. Denn, insofern das Gesetz selbst anordnet, wie der Pfandverkauf stattzufinden hat, bestimmt es den Inhalt des Pfandrechts. Vereinbarungen über ein anderweitiges Verfahren ändern also, wenn sie eine selbständige, dingliche Wirkung haben und nicht nur die persönlichen, schuldrechtlichen Verhältnisse der Beteiligten regeln sollen, den Inhalt des Pfandrechts. Die Änderung des Inhalts eines dinglichen Rechtes ist aber grundsätzlich den Beteiligten nicht freigegeben. § 1245 gibt Vereinbarungen dieser Art frei, gestattet also die Abänderung des Inhalts des Pfandrechts mit dinglicher Wirkung und setzt nur für die Abänderung einzelner Bestimmungen im Abs 2 eine zeitliche Schranke. Die in Abs 2 hervorgehobenen Vorschriften bedecken sich nicht mit den nach § 1243 Abs 1 für den rechtmäßigen Pfandverkauf wesentlichen; denn § 1245 betrifft nur Änderungen der §§ 1234—1240, und § 1243 Abs 1 nennt auch andere Vorschriften. Von diesen enthält § 1230 Satz 2 nachgiebiges und mit dinglicher Wirkung abänderbares Recht (vgl. A 2 das.), § 1228 Abs 2 dagegen kann zuungunsten des Eigentümers überhaupt nicht geändert werden und zu seinen Gunsten nur mit schuldrechtlicher Wirkung (vgl. A 2 das.). Die Vorschrift des § 1229 bleibt von § 1245 ebenfalls unberührt. Vgl. auch § 1246 A 1. Hinsichtlich der Ausübung des Pfandrechts an Wertpapieren und anderen Pfändern durch die Banken vgl. die Allg. Geschäftsbedingungen, herausgegeben von der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe, Fassung vom Dezember 1937, § 1 20f., und dazu Zahn DZ 1938, 1267 (§ 1282 A 5).

Nach § 1245 können der Eigentümer oder der Konkursverwalter über sein Vermögen (RG 84, 70) — nicht aber der Verpfänder — mit dem Pfandgläubiger Vereinbarungen jeder Art über das Verkaufsverfahren treffen. Sie können insbesondere bestimmen, daß der Pfandgläubiger berechtigt sein soll, aus freier Hand zu verkaufen; andererseits können sie vereinbaren, daß er nur unter gewissen erschwerenden Voraussetzungen verkaufen und die Pfandsache nicht unter einem bestimmten Preis abgegeben werden darf u. a. m. Ein etwaiger Verzicht des Pfand-

gläubigers auf seine Rechte aus dem Pfandrecht reicht aber nicht weiter, als die Abrede ergibt (RG 84, 70). Vereinbarungen, welche Erschwerungen des Verkaufs enthalten, können derart getroffen werden, daß ihre Nichteinhaltung die Unrechtmäßigkeit des Pfandverkaufs mit allen ihren Wirkungen zur Folge hat; sie können aber auch mit der geringeren Wirkung ausgestattet werden, daß ihre Verletzung nur zu Schadensersatz oder Vertragsstrafzahlung verpflichtet. Ob eine Vereinbarung im Sinne der vollkommeneren oder der geringeren Wirkung getroffen ist, kann im einzelnen Fall zweifelhaft sei und ist Tatfrage. Vereinbarungen, durch die von der Einhaltung schützender Gesetzesvorschriften befreit wird, werden in der Regel so gemeint sein, daß auch bei Nichteinhaltung der Gesetzesvorschrift die Pfandveräußerung rechtmäßig sein soll. Ist dem Gläubiger durch Vereinbarung gestattet, das Pfand freihändig zu verkaufen, so behält er diese Befugnis auch im Konkurs des Pfandbesitzers (RG Bruch 48, 409).

2. Zustimmung Dritter (Abs 1 Satz 2 und 3). Die Zustimmung ist wegen der dinglichen Wirkungen der Vereinbarungen erforderlich. Sie kann nur **gegenüber dem durch die Vereinbarung Begünstigten** erklärt werden. Das bedeutet eine Abweichung von § 182 Abs 1. Als Begünstigter wird bei Erleichterungen des Pfandverkaufs der Pfandgläubiger, bei Erschwerungen der Eigentümer anzusehen sein. Die Zustimmung ist nicht nur nach Abschluß der Vereinbarung zulässig, sondern auch vorher (Einwilligung, § 183); sie ist nach der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift auch in diesem Fall unwiderruflich.

3. Einschränkung der gewählten Vereinbarungsfreiheit (Abs 2). Das hier verfügte Verbot, vor Eintritt der Verkaufsberechtigung auf die Schutzvorschriften der §§ 1235, 1237 Satz 1, 1240 zu verzichten, hat nicht nur die Folge, daß trotz des Verzichts die den unverzichtbaren Vorschriften zuwider vorgenommene Veräußerung unrechtmäßig ist, sondern auch die Folge, daß dem Verzichtenden Schadensersatzansprüche so zustehen, wie wenn er nicht verzichtet hätte. Aus § 1245 Abs 2 folgt übrigens auch, daß die in § 1284 zugelassene Vereinbarung erst nach Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffen werden darf (vgl. § 1277 Satz 2; RG 90, 255) und daß eine Entscheidung nach § 1246 Abs 2 ebenfalls erst nach diesem Zeitpunkt möglich ist (§ 1246 A 2). — Abreden, die nach Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffen werden, sind streng auszulegen. Ist nur vereinbart, daß Wertpapiere durch einen unvereidigten Handelsmäkler verkauft werden dürfen, so ist damit nicht jede sonstige Verwertung des Pfandes erlaubt. Wird das Pfand dennoch in anderer Weise verwertet, so ist die Pfandverwertung unrechtmäßig (RG JW 1927, 1467⁴).

Wegen der Nichtanwendbarkeit des § 1245 Abs 2 auf den Fall der Bestellung einer Grundschuld zu Sicherungszwecken: RG 143, 118 (§ 1234 A 1; § 1277 A 2; § 1284 A 1; § 1291 A 2).

4. Der Einfluß von Vereinbarungen über die Art des Pfandverkaufs auf den gutgläubigen Erwerb gestaltet sich je nach dem Inhalt der Vereinbarung verschieden. Ist — nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung — gültig auf die Einhaltung der §§ 1235, 1240 Abs 2 (öffentlicher Verkauf) verzichtet, so läßt dies zwar den freihändigen Verkauf selbst rechtmäßig erscheinen, aber der Erwerber des Pfandes erlangt, wenn dem Veräußerer das Pfandrecht fehlte, trotz gutem Glauben das Eigentum nicht (vgl. § 1244 A 1b). Sind sonstige Erleichterungen der die Rechtmäßigkeit des Verkaufs bedingenden Gesetzesgebote vereinbart, so kommt die Erweiterung der Rechtmäßigkeit des Verkaufs auch dem gutgläubigen Erwerber zustatten. Die Erleichterungen sind aber dann von dem Erwerber zu behaupten und zu beweisen. Sein guter Glaube an ihr Bestehen genügt nicht. Sind Erschwerungen der Gesetzesvorschriften über die Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufs vereinbart, so schadet ihre Nichtbeachtung dem gutgläubigen Erwerber nicht, wenn sie ihm nicht bekannt waren und die Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht.

5. Nachträgliche Vereinbarungen wegen der Folgen der bei der Veräußerung außer acht gelassenen Bestimmungen über die Art der Pfandveräußerung fallen nicht unter § 1244. Sie haben lediglich die Änderung der durch die ordnungswidrige Veräußerung geschaffenen Rechtsverhältnisse zum Gegenstand. Eine rückwirkende Kraft kommt ihnen nicht zu (vgl. § 1244 A 3 und § 1246 A 2).

§ 1246

Entspricht eine von den Vorschriften der §§ 1235 bis 1240 abweichende Art des Pfandverkaufs nach billigem Ermessen den Interessen der Beteiligten, so kann jeder von ihnen verlangen, daß der Verkauf in dieser Art erfolgt¹). Kommt eine Einigung nicht zustande, so entscheidet das Gericht²).

§ I 1178 II 1153; W 3 829, 830; P 3 479, 480.

1. „Interessen“ (vgl. § 825 BPO). § 1234 fällt nicht unter § 1246, weil die Einlösungsfrist dem Eigentümer nicht gegen seinen Willen verkürzt werden soll. Nicht allen Beteiligten braucht an einer anderen Art des Pfandverkaufs gleich viel zu liegen. Es genügt, wenn die Sachlage so ist, daß für den einen Beteiligten eine andere Art des Pfandverkaufs wesentlich und dies billigerweise anzuerkennen ist, während der andere nicht beeinträchtigt wird. Für den einen Pfandgläubiger kann eine andere Art der Veräußerung des Pfandes, die ihm nicht beschwert, die aber Aussicht auf

Erzielung einen wesentlich höheren Preises bietet, unter Umständen belanglos sein, weil auch bei gewöhnlicher Pfandversteigerung so viel erzielt wird, daß er gedeckt ist; den nachstehenden Pfandgläubigern und dem Eigentümer muß dagegen an der Erzielung des hohen Preises besonders gelegen sein. Der Anspruch nach § 1246 gegen den betreibenden Pfandgläubiger wird auch in einem solchen Fall bestehen. Als Beteiligte kommen außer dem betreibenden Pfandgläubiger der Eigentümer, andere Pfandgläubiger und sonstige Dritte (z. B. Nießbraucher) in Betracht, deren Recht durch die Veräußerung erlöschen würde. Wer sein ihm nach § 1246 zustehendes Recht nicht ausübt, begibt sich seiner. Übt er es aus und kommt es zu einer Einigung, so trifft § 1245 zu. — Auf das Rechtspfand ist § 1246 nicht anwendbar (§ 1277 A 2).

2. Die Entscheidung des Gerichts ist nach FGG § 166 Sache des Amtsgerichts des Ortes, an dem das Pfand aufbewahrt wird. Das Gericht entscheidet im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn tunlich nach Anhörung der Beteiligten. Ein sich etwa entspinnder Streit über das Recht zum Pfandverkauf gehört nicht zu seiner Zuständigkeit (RGZ 24 A 3). Beschwerde ist zulässig nach FGG §§ 19 ff. Die Entscheidung des Gerichts kann, wenn sie einen Verzicht auf die Beobachtung der Vorschriften der §§ 1235, 1237 Satz 1, 1240 in sich schließt, erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung ergehen, wie auch die Einigung in solchem Fall erst nach diesem Zeitpunkt statthaft ist (§ 1245 Abs 2). Soweit Eschwerungen des Pfandverkaufs auferlegt werden, ist es Sache des Gerichts, zu bestimmen, ob die Nichteinhaltung die Unrechtmäßigkeit der Veräußerung zur Folge haben soll (vgl. § 1245 A 1). Wegen des Einflusses der gerichtlichen Entscheidung auf den gutgläubigen Erwerb des Ersteherz vgl. § 1245 A 4. Nach der Pfandveräußerung kann eine gerichtliche Entscheidung zur nachträglichen Rechtfertigung eines abweichenden Verkaufsverfahrens nicht ergehen (vgl. §§ 1244 A 3, 1245 A 5). § 1246 BGB und § 127 RD gelten nebeneinander. Vgl. auch § 1236 A 1.

§ 1247

Soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, gilt die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt. Im übrigen tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes^{1) 2) 3)}.

§ I 1183 II 1154; R 3 833, 834; B 3 482.

1. Die Rechtsverhältnisse am Erlös sind dahin geregelt, daß der Erlös, soweit er nicht zur Befriedigung des Pfandgläubigers dient, an die Stelle des veräußerten Pfandes tritt (Grundsatz des dinglichen Erlasses [§ 1212 A 4; § 1232 A 1; § 1242 A 4; § 1288 A 2]). Die Rechtslage gestaltet sich verschieden, je nachdem der Erlös Barerlös ist oder nicht. — Wegen der Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher bei der Zwangsvollstreckung: § 819 BPO (§ 1233 A 2); wegen des Flaschenpfandes: Dertmann LZ 1918, 483 (§ 1205 A 6; § 1229 A 2).

a) Barerlös. Nach der — zwingenden — Annahme des Gesetzes zieht der Pfandgläubiger den Erlös für sich ein, soweit er ihm gebührt, für die übrigen Berechtigten, soweit ihm darauf kein Recht zusteht. Sind daher dem Pfandgläubiger vorgehende Rechte an der Sache nicht vorhanden gewesen und reicht der Erlös nur gerade oder nicht einmal aus, um dem Pfandgläubiger für seine Forderung Befriedigung zu verschaffen, so wird der Pfandgläubiger mit der Einziehung sofort Eigentümer des ganzen Erlöses und gilt bis zu dessen Betrag als vom Eigentümer des Pfandes befriedigt. Sind durch den Erlös noch andere, ihm vorgehende oder nachgehende Pfandgläubiger gedeckt oder bleibt ein Ueberschuß für den Eigentümer, so wird der Pfandgläubiger mit der Einziehung des Erlöses daran Eigentümer, soweit seine Forderung hinter den vorgehenden gedeckt werden kann. Diese sind ihrem Betrage nach festzustellen (vgl. dazu wegen der Zinsen A 3 zu § 1210). Im übrigen erwirbt der Pfandgläubiger am Geld durch die Einziehung Eigentum für den bisherigen Eigentümer des Pfandes (RG 63, 17), und insoweit dieses geschieht, bestehen an diesem Geld auch die übrigen an der Sache durch den Verkauf erloschenen Pfandrechte. Der Pfandgläubiger erwirbt dann Miteigentum am ganzen Erlös für sich und den vormaligen Pfandeigentümer, wenn er den Erlös ungetrennt in einer Summe entgegennimmt, kann aber die Trennung jederzeit — auch durch Umwechseln — vornehmen. Dadurch scheiden sich die beiden Massen zu Alleineigentum des Pfandgläubigers und des vormaligen Pfandeigentümers mit der Folge, daß nun die Erbschaftsrechte nur das dem letzteren gehörige Geld erfassen. Ist die Forderung des Pfandgläubigers, z. B. bei Pfandverkauf für Zinsen, im Augenblick des Erlöses nur zum Teil fällig, so erlangt er das Eigentum am Erlös durch dessen Einziehung für sich nur soweit, als die fällige Forderung zur Deckung kommt; im übrigen behält er für seine Forderung sein Pfandrecht an dem für den Pfandeigentümer erworbenen Erlösteil und kann sich bei späterem Eintritt der Fälligkeit daraus ohne weiteres befriedigen (vgl. § 1228 A 1). Ist der Pfandgläubiger ganz befriedigt oder wegen vorgehender Rechte ganz ausgefallen, hat er also kein Pfandrecht mehr an dem auf ihn entfallenen Erlös oder Erlösteil, so können die übrigen Pfandgläubiger von ihm auf Grund ihres Pfandrechts, der Eigentümer auf Grund seines Eigentums, die Herausgabe verlangen. Ist ein an der veräußerten Pfandsache

bestehender Nießbrauch bei der Veräußerung nicht bestehengeblieben, sondern erloschen (§ 1242 Abs 2), so besteht nunmehr der Nießbrauch am Erlös; da dieser aus verbrauchbaren Sachen besteht, findet § 1067 Anwendung. Der auf den Nießbrauch treffende Teil des Erlöses fällt darum dem Nießbraucher als Eigentum zu. — Wegen Anwendung des § 1247 Satz 2 auf einen Streit zwischen dem sich auf sein gesetzliches Pfandrecht stützenden Vermieter und einem Gläubiger des Mieters, welcher die Pfandstücke aus dem vermieteten Grundstück weggeschafft und sie an einen gutgläubigen Dritten veräußert hatte: RG 119, 269.

b) Forderung als Erlös. Wird auf Grund besonderer Vereinbarung oder Bestimmung des Gerichts (§§ 1233, 1245, 1246) zulässigerweise das Pfand nicht gegen bar, sondern auf Borg verkauft oder der Kaufpreis nach dem Zuschlag gestundet oder nicht sofort erhoben, so wäre die Annahme möglich, bis zur Zahlung sei überhaupt noch kein Erlös vorhanden und die Folgen des § 1247 könnten erst eintreten, wenn die Zahlung geleistet wird. Der Gebrauch des Wortes „Erlös“ zwingt indessen nicht zu dieser Annahme. Die Rücksicht auf das Recht des Eigentümers und der übrigen Pfandgläubiger führt vielmehr dazu, daß man in diesem Falle die Kaufpreisforderung als den „Erlös“ anzusehen hat. Demgemäß kommt dem Pfandgläubiger nur äußerlich die Stellung des Alleingläubigers der Kaufpreisforderung zu. Sachlich ist er Alleingläubiger nur insoweit, als ihm der Erlös gebührt. Im übrigen ist der Eigentümer Mitgläubiger, und die Pfandrechte, die bisher an der veräußerten Pfandsache bestanden, bestehen nunmehr als Pfandrechte an der Erlösforderung. Man wird aber weiter anzunehmen haben, daß, wenn nichts anderes bestimmt ist, der Pfandgläubiger berufen ist, die Kaufpreisforderung bei Fälligkeit einzutreiben, und daß dann das Gezahlte wiederum an die Stelle der Forderung tritt, endgültig als Erlös gilt und als solcher nach § 1247 zu behandeln ist. Ist der Pfandgläubiger selbst der Ersteher, so ist nach § 1239 Abs 1 Satz 2 der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen, wenn ihm der Zuschlag erteilt worden ist. Dies hat zur unmittelbaren Folge, daß der Pfandgläubiger insoweit, als der Kaufpreis auf seine Pfandforderung fällt, als vom Eigentümer befriedigt gilt, im übrigen aber auf den Restkaufpreis Schuldner bleibt, und zwar Schuldner des Eigentümers, und daß an dieser Forderung nun die Pfandrechte bestehen, die vordem an der Pfandsache bestanden. Auch hier muß der Pfandgläubiger berechtigt sein, den Kaufpreis, soweit er ihm nicht ohnehin gebührt, mit der Wirkung an sich selbst zu zahlen, daß nunmehr das gezahlte Geld als endlicher Erlös an die Stelle des Pfandes tritt. Ganz gleich liegen im Innenverhältnis unter den Pfandbeteiligten die Fälle, in denen der unbefugte gestundete Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen ist (vgl. § 1238 A 3, § 1239 A 4).

Wegen der Anwendung des § 1247 auf den Fall der unrechtmäßigen Veräußerung des Pfandes an einen gutgläubigen Erwerber: § 1244 A 2 und § 1243 A 1.

2. Nach Satz 1 ist es so anzuziehen, daß der Eigentümer die Forderung des Pfandgläubigers **berichtigt** hat, soweit diesem der Erlös gebührt. Hierauf beruht es, daß devisenrechtlich als genehmigungsbedürftige Verfügung über die Forderung eines Ausländers gegen einen Inländer (Gesetz über die Devisenbewirtschaftung vom 12. 12. 1938 § 14 Nr 2 RGBl 1938 I, 1734) auch die Verwertung der für die Forderung gestellten Sicherheiten gilt, selbst wenn die Verfügung über die Sicherheit als solche (z. B. inländische Wertpapiere) nicht genehmigungspflichtig wäre (Richtlinien für die Devisenbewirtschaftung vom 22. 12. 1938 Abschn II Nr 1 ff. RGBl 1938 I, 1851; 1939 I, 640), nicht jedoch auch die Pfandveräußerung wegen drohenden Verfalls oder wegen Wertminderung nach § 1219 oder die Einziehung der verpfändeten Forderung vor Fälligkeit der Hauptforderung nach § 1281 (Hartenstein JW 1935, 739; vgl. auch Dietrich DJ 1935, 1442). Eine weitere Rechtsfolge, wie in dem ähnlichen § 1143, ist an die Berichtigung (§ 1247) nicht ausdrücklich geknüpft. Auch § 1249 Satz 2 trifft unmittelbar nicht zu, da er ein Befriedigen des Pfandgläubigers voraussetzt, das den Pfandverkauf vermeidet. Der **Übergang der Pfandforderung auf den Eigentümer** des verkauften Pfandes folgt aber aus § 1225 (vgl. A 1 daf.). Neben der übergebenen Forderung können dem Eigentümer etwaige Vertragsansprüche oder auch ein Bereicherungsanspruch zustehen.

3. Die **entsprechende Anwendung des § 1247** auf den Verkauf eines gesetzlichen Pfandes ist in § 1257 vorgesehen. Auf die Rechtsverhältnisse des Erlöses aus der Verwirklichung des Pfändungspfandrechts im Wege der Zwangsvollstreckung finden die Vorschriften der **FPD**, insbesondere **FPD** §§ 819, 827 Anwendung. Dagegen bestimmen sich die Rechtsverhältnisse an dem Erlös einer Pfandsache, die nach § 1233 Abs 2 nach den Vorschriften für den Verkauf einer gepfändeten Sache veräußert ist, ausschließlich nach § 1247.

§ 1248

1) Bei dem Verkauf des Pfandes 2) gilt zugunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder als der Eigentümer, es sei denn, daß der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist 3) 4) 5) 6).

1. Unterstellung des Eigentums des Verpfänders. Die Möglichkeit, daß der Verpfänder nicht Eigentümer des Pfandes ist, würde den Pfandgläubiger zwingen, im Pfandverkaufsverfahren, in dem er durch die §§ 1234, 1237, 1239, 1241, 1245, 1246 zu Willenserklärungen gegenüber dem Eigentümer veranlaßt ist, stets wieder die Frage zu prüfen, ob der Verpfänder auch der Eigentümer ist. § 1248 hebt ihn dieser Prüfung. Der Pfandgläubiger soll sich, wenn er nicht vom Gegenteil Kenntnis hatte, darauf verlassen dürfen, daß der Verpfänder der Eigentümer ist; der Eigentümer muß sich zugunsten des Pfandgläubigers gefallen lassen, daß der Verpfänder als Eigentümer behandelt wird. Oft ist für den Pfandgläubiger (wie Speditur, Lagerhalter) nicht erkennbar, wer der Eigentümer der ihm übergebenen Ware ist; eine Nachforschungspflicht ist ihm nicht auferlegt.

2. Nur beim Verkauf des Pfandes gilt die Regel, nicht auch beim Erwerb des Pfandrechts — für diesen gelten die Vorschriften der §§ 1207, 1208 —, auch nicht beim Erwerb der Pfandsache aus dem Pfandverkauf (§ 1239) — für diesen gilt § 1244 —. § 1248 gilt auch nicht bei der Rückgabe der Pfandsache; diese ist nach § 1223 an den Verpfänder zurückzugeben; erheben Verpfänder und Eigentümer Ansprüche auf Herausgabe (§§ 1223, 985), so muß sich der Pfandgläubiger durch Streitverkündung sichern. Die Regel gilt also im Falle des § 1233 Abs 2; der verurteilte Verpfänder darf auch hier als der Eigentümer angesehen werden.

3. Die Fassung des Nebensatzes („es sei denn, daß . . .“) ergibt, daß der Gegner des Pfandgläubigers dessen Kenntnis behaupten und beweisen muß. Nur die Kenntnis schließt den Schutz aus, nicht auch die grob fahrlässige Unkenntnis. Der Schutz steht dem Pfandgläubiger solange zur Seite, als er sich in Unkenntnis befindet. Er braucht also Mitteilungen, die er dem Verpfänder in der irrigen Meinung gemacht hat, dieser sei Eigentümer, später, wenn er erfährt, daß ein anderer Eigentümer war, diesem gegenüber nicht zu wiederholen. Weiß der Pfandgläubiger, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist, und verletzt er gleichwohl beim Pfandverkauf die Vorschriften zum Schutz des Eigentümers, so macht er sich, vorbehaltlich etwaiger Unrechtmäßigkeit des Verkaufs (§ 1243 Abs 1), schadensersatzpflichtig.

4. Die Schutzbestimmung wirkt nur zugunsten des Pfandgläubigers. Inwiefern der Verpfänder sich dem Pfandgläubiger gegenüber zugunsten der Behauptung seines Eigentums auf die Tatsache stützen kann, daß er Besitzer des Pfandes ist, ergibt § 1006.

5. Kraft § 1257 ist § 1248 auf den Fall des Verkaufs des gesetzlichen Pfandrechts entsprechend anzuwenden; auf das Pfandungspfandrecht leidet er keine Anwendung.

6. Vgl. auch die ähnliche Bestimmung für den Nießbrauch in § 1058.

§ 1249

Wer durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde, kann den Pfandgläubiger befriedigen¹⁾, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist²⁾. Die Vorschriften des § 268 Abs 2, 3 finden entsprechende Anwendung³⁾ 4) 5).

§ I 1161—1164 II 1166; R 3 815, 816; P 3 461, 462.

1. Recht zur Einlösung oder Ablösung des Pfandes. Das Einlösungsrecht des § 1249 ist dinglicher Art. Auf seine Verletzung trifft § 823 Abs 1 zu (RG 83, 393). Es steht dem zu, der durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht daran verlieren würde, und kann, abweichend von § 267, auch gegen den Widerspruch des Gläubigers und des Schuldners ausgeübt werden (RG 83, 392). Als Berechtigter kommt in erster Reihe der Eigentümer des Pfandes in Betracht. Er scheidet jedoch dann aus, wenn er der persönliche Schuldner ist. Denn durch dessen Zahlung erlischt die Forderung und damit das Pfandrecht (§ 1252). Der Pfaudeigentümer, der zugleich Bürge ist und als solcher kein Einlösungsrecht hat (RG 53, 403), kann dagegen das Einlösungsrecht geltend machen; denn durch die Zahlung des Bürgen erlischt die Forderung gegen den Hauptschuldner nicht (§ 774). Sodann genießt das Recht des § 1249 jeder dinglich Berechtigte, auch wenn er für die Forderung mithaftet und durch die Zahlung zugleich seine eigene Schuld bezahlen will und bezahlt (RG 70, 409), namentlich aber der Nießbraucher, wenn er nicht an erster Stelle steht und deshalb vor dem Erlöschen seines Rechtes durch die Pfandveräußerung nicht geschützt ist (§ 1242 Abs 2). Endlich hat es jeder andere Pfandgläubiger, mag er dem abzulösenden vorgehen oder nachgehen. Ob auch der Inhaber eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zur Ablösung befugt ist, bleibt zweifelhaft. Denn ein Recht „am Pfand“ hat er strenggenommen nicht. Nicht einlösungsberechtigt ist — anders als nach § 268 Abs 1 — der Besitzer als solcher (RG 53, 1933 Nr 994). Auch der Eigentümer eines Grundstücks soll es nicht sein gegenüber dem Pfandrecht an einer darauf ruhenden Hypothek, weil deren Veräußerung ihm ein Recht nicht entziehen würde (RG 33 03 Beil 55¹²⁶). Wer nur an einem Teil der Pfänder ein Recht hat, dessen Verlust droht, ist zur vollen Leistung verpflichtet, aber auch berechtigt; ihm sind sämtliche Pfänder auszuhändigen (RG 83, 391). Die in dieser Entscheidung offen gelassene Frage, ob unter den an den verschiedenen Pfändern Berechtigten eine Ausgleichspflicht besteht, hat OLG Hamburg (Santß 1920 Weibl

225¹³⁷) bejahend beantwortet und als Maßstab für den Ausgleich den Wert der verschiedenen Pfänder gewährt. Da auf den Einlösenden die gesicherte Forderung mit allen Pfandrechten übergeht (A 6), könnte er sich aus allen Pfändern befriedigen und die übrigen Berechtigten hätten das Nachsehen. Ein Ausgleich muß hier geschaffen werden, damit es nicht zu einem Wettlauf um die begünstigte Stellung des Einlösenden kommt (vgl. Weiß, Der Ausgleich unter mehreren Sicherungsverpflichteten, 1937, S 42). Bedenklich aber ist die ausdehnende Anwendung dieser Grundsätze auf einen nicht hierher gehörigen Fall, wie sie JW 1931, 2751⁹ versucht wird. — Vgl. auch § 268 (Einlösung in der Zwangsvollstreckung) und § 1142 (Recht des Eigentümers zur Einlösung der Hypothek). — Über den Einfluß des Devisenrechts auf das Pfand nach zwiſchenstaatlichem Privatrecht: Dietrich DZ 1935, 1638.

2. Zeit der Befriedigung. Das Ablösungsrecht besteht, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Weder braucht der Pfandverkauf schon angedroht oder im Gange zu sein, noch ist es nötig, daß die Schuld fällig, also die Verkaufsberichtigung des Pfandgläubigers eingetreten ist. Wichtig ist dies dann, wenn eine Schuld vereinbarungsgemäß vor einem bestimmten Zeitpunkt nicht zurückverlangt, aber jederzeit freiwillig zurückgezahlt werden kann. Hiernach wird auch zu beantworten sein, ob eine Teilablösung zulässig ist (§ 266). Ist die Zulässigkeit von Teilleistungen vereinbart oder handelt es sich wie bei Zinsen zu nichtfälliger Hauptforderung nicht um eigentliche Teilleistungen im Sinne des § 266, so ist auch die Teilablösung, vorbehaltlich jedoch des Vorrechts des Pfandrechts für den Ueberrest, zulässig.

3. Die entsprechende Anwendung des § 268 Abs 2 und 3 bedeutet: a) die Zulässigkeit der Befriedigung durch Hinterlegung und Aufrechnung (§§ 1224, 268 Abs 2); b) den Übergang der Forderung auf den Einlösenden (§ 268 Abs 3). Mit der Forderung aber geht auch ohne weiteres das Pfandrecht auf den Einlösenden über (§§ 401, 1250). Vgl. A 1 a. E. — c) Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers, also nicht derart geltend gemacht werden, daß dabei ein anderes dem Gläubiger zustehendes Recht (Zurückbehaltungsrecht) verloren geht oder sonst Schaden entsteht (z. B. wenn schon der Pfandverkauf stattgefunden und Verpflichtungen des Pfandgläubigers als Verkäufers begründet hat). Der dem Satz 2 des § 1249 zugrunde liegende Rechtsgedanke ist für entsprechend anwendbar erachtet worden auf das Verhältnis zwischen dem Armenanwalt und der Staatskasse, die ihn teilweise befriedigt hat, soweit es sich dabei um das beiden zustehende Pfandrecht an einer bestellten Sicherheit handelt (RG 126, 182).

4. Über das Recht des Verpfänders, den Pfandgläubiger zu befriedigen und dagegen die Herausgabe des Pfandes zu verlangen: § 1223 Abs 2 (das. A 2 und 3). Der Einlösende (§ 1249) hat den Zug-um-Zug-Anspruch nicht, er muß den Gläubiger erst befriedigen.

5. Entsprechende Anwendung auf das gesetzliche Pfandrecht ist in § 1257 bestimmt. Auch ist die entsprechende Anwendung auf das Recht der Haftung der zollpflichtigen Ware für die Zollschuld nach § 14 des Vereinszollgesetzes in der Rechtsprechung anerkannt (RG 67, 214; 70, 405; 135, 27). In der zuletzt genannten Entscheidung wird auch mit Recht ausgesprochen, daß das Konkursvorrecht des Staates mit auf den Zahlenden übergeht und daß ein vom öffentlichen Recht ausgehendes Rechtsverhältnis in seiner Fortwirkung Gegenstand bürgerlich-rechtlicher Beurteilung werden kann, was für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs bedeutungsvoll ist (RG 146, 319; 150, 60). Dies muß überall gelten, wo öffentlichrechtliche Forderungen bei Geltendmachung eines Vollstreckungs- oder Konkursvorrechts in einem Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Wettbewerb treten, mit privatrechtlichen Forderungen, die an demselben Vollstreckungsgegenstand oder an derselben gemeinschaftlichen Befriedigungsmasse beteiligt sind (vgl. RG 116, 370), und wo sich infolge der geltenden Rangordnung Anlaß zur Ausübung eines Ablösungsrechts ergibt (RG 146, 320).

§ 1250

Mit der Übertragung der Forderung geht das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über. Das Pfandrecht kann nicht ohne die Forderung übertragen werden¹⁾.

Wird bei der Übertragung der Forderung der Übergang des Pfandrechts ausgeschlossen, so erlischt das Pfandrecht²⁾ 3).

§ I 1186, 1190 II 1167; M 3 836—838; P 3 483, 487.

1. Übergang des Pfandrechts. Die schuldrechtlichen Vorschriften der §§ 401, 412 werden hier für das Pfandrecht mit dinglicher Wirkung wiederholt. Hierbei zeigt sich die Unselbständigkeit des Pfandrechts (§ 1204 A 8). Dieses kann überhaupt nicht selbständig übertragen werden (vgl. auch § 1260 A 4). Ein Ausschluß der persönlichen Forderung von der Abtretung des Pfandrechts macht das Übertragungsgeschäft nichtig; dessen Wirksamkeit kann auch nicht durch Umdeutung (§ 140) begründet werden (RG JW 1938, 44²¹). Der Übergang des Pfandrechts vollzieht sich ohne weiteres von Gesetzes wegen mit der Übertragung der Forderung, gleichviel ob diese selbst

Durch Rechtsgeschäft (RG 145, 331) übertragen wird (§§ 398 ff.) oder kraft Gesetzes (§ 412) oder durch gerichtlichen Beschluß (Überweisung, ZPO § 835). Es bedarf, um den Übergang des Pfandrechts zu bewirken, nicht der Übertragung des Pfandbesitzes. Der gute Glaube des Erwerbers der Forderung an das Bestehen eines tatsächlich nicht vorhandenen Pfandrechts wird vom Gesetz nicht geschützt. Ein bestehendes Pfandrecht erwirbt er auch dann, wenn es nur kraft guten Glaubens des Pfandgläubigers entstanden ist, er selbst aber weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer war.

2. Die Ausschließung des Übergangs des Pfandrechts ist — anders als bei der Hypothek (§ 1153 Abs 2) — zulässig, sie kommt aber in ihrer Wirkung der Aufhebung des Pfandrechts gleich. Man wird daher den allgemeinen (im § 1255 Abs 2) auch für das Pfandrecht anerkannten Grundsatz, daß es zur Aufhebung belasteter Rechte der Zustimmung des an ihnen Berechtigten bedarf, auch hier anwenden und für den Fall, daß das Pfandrecht, dessen Mitübergang ausgeschlossen werden soll, mit dem Recht eines Dritten belastet ist, die Zustimmung dieses Dritten für erforderlich erklären müssen. Mangels der Zustimmung ist die Ausschließung des Übergangs des Pfandrechts unwirksam und das Pfandrecht geht mit über. Während die Ausschließung des Übergangs des Pfandrechts dessen Erlöschen zur Folge hat, tritt eine solche Folge dann nicht ein, wenn sich der bisherige Pfandgläubiger — wie er es mit Wirkung gegenüber dem Erwerber der Forderung tun kann — lediglich den Besitz des Pfandes vorbehalten (vgl. § 1251 A 3). Nicht ausgeschlossen wird auch der Übergang des Pfandrechts, wenn jemand die Forderung abtritt, sich aber vorbehält, die Verwertung eines Pfandes weiterzubetreiben und den Erlös zur Deckung der abgetretenen Forderung für eigene Rechnung zu verwenden; dann wird nämlich die Abtretung beschränkt auf den aus dem Pfande nicht zu deckenden Teil der Forderung (RG 135, 273).

3. Nicht anwendbar ist § 1250 (und ebenso § 401), wenn nicht ein Pfand bestellt, sondern eine Sicherungsübereignung vorgenommen worden ist. Auch eine zur Sicherheit abgetretene Grundschuld bleibt selbständiges Recht, wird nicht Nebenrecht im Sinne der oben angezogenen Vorschriften (RG 135, 274).

§ 1251

Der neue Pfandgläubiger kann von dem bisherigen Pfandgläubiger die Herausgabe des Pfandes verlangen¹⁾.

Mit der Erlangung des Besitzes tritt der neue Pfandgläubiger an Stelle des bisherigen Pfandgläubigers in die mit dem Pfandrechte verbundenen Verpflichtungen gegen den Verpfänder ein²⁾. Erfüllt er die Verpflichtungen nicht, so haftet für den von ihm zu ersetzenden Schaden der bisherige Pfandgläubiger wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat³⁾. Die Haftung des bisherigen Pfandgläubigers tritt nicht ein, wenn die Forderung kraft Gesetzes auf den neuen Pfandgläubiger übergeht oder ihm auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung abgetreten wird⁴⁾.

EG I 1187 II 1158; R 3 837, 838; P 3 483—485.

1. Anspruch des neuen Pfandgläubigers auf Herausgabe des Pfandes. Die Vorschrift entspricht den §§ 1227, 985. Der Anspruch geht nicht stets und notwendigerweise auf Verschaffung des unmittelbaren Besitzes. Der neue Pfandgläubiger wird vielmehr vom bisherigen keinen andern Besitz verlangen können, als dieser selbst vom Verpfänder eingeräumt erhalten hat und übertragen kann, also nur mittelbaren Besitz, wenn der bisherige Gläubiger das Pfand nach § 1205 Abs 2 bestellt erhalten hat, nur die Einräumung des Mitbesitzes und Mitverschlusses im Falle des § 1206. Der neue Pfandgläubiger wird aber auch, wenn das Pfand gemäß § 1217 hinterlegt oder in Verwahrung gegeben ist, vom bisherigen Pfandgläubiger nicht mehr beanspruchen können, als daß dieser ihm gegenüber der Hinterlegungsstelle oder dem Verwahrer die gleiche Stellung einräumt, wie er sie bis dahin besessen hat.

2. Eintritt des neuen Pfandgläubigers in die Verpflichtungen des bisherigen. Hierbei handelt es sich um die Verpflichtungen, die dem bisherigen Pfandgläubiger aus dem Pfandbestellungsvertrag erwachsen sind, nämlich die Pflicht zur Verwahrung des Pfandes, zur Sorge für die Gewinnung der Nutzungen des Nutzungspfandes, die Pflicht zur Rückgabe des Pfandes (§§ 1214, 1215, 1223). Ihrer wird der bisherige Pfandgläubiger durch den Übergang des Pfandrechts auf den neuen Gläubiger nicht ohne weiteres ledig. Sie gehen aber von Gesetzes wegen auf den neuen Pfandgläubiger von dem Augenblick an über, in dem er den (mittelbaren oder unmittelbaren) Besitz des Pfandes erlangt. Streit ist darüber, ob der neue Pfandgläubiger auch in die Rechtslage eintritt, in die sich der bisherige durch hartnäckige Verletzung der Rechte des Verpfänders gebracht hat. Darüber, daß die erwachsenen Schadenersatzansprüche nur den Schadenzufüger selbst treffen, ist man einig, nicht aber darüber, ob § 1217 auf Grund der Verfehlungen des früheren Pfandgläubigers gegen den neuen angewendet werden kann. Man

wird unterscheiden müssen: Sofern schon nach § 1217 das Pfand hinterlegt oder einem Verwahrer übergeben ist, liegt ein fertiger Dauerzustand vor, mit dessen Fortbestand sich der neue Pfandgläubiger bei seinem Erwerb begnügen muß. Wie er vom bisherigen Pfandgläubiger nicht eine Beseitigung dieses Zustandes und Verschaffung des unmittelbaren Besizes verlangen kann (vgl. A 1), so hat er auch gegen den Verpfänder keinen Anspruch auf eine Änderung. Sofern jedoch eine Änderung des Besitzandes bei dem früheren Pfandgläubiger bis zur Erlangung des Besizes durch den neuen noch nicht eingetreten ist, kann dieser auf Grund des § 1217 zur Hinterlegung oder Ablieferung an einen Verwahrer nur dann angehalten werden, wenn er selbst sich Verletzungen der in § 1217 bezeichneten Art hat zuschulden kommen lassen. Denn der Anspruch aus § 1217 beruht auf der persönlichen Vertrauensunwürdigkeit des Pfandgläubigers und ist deshalb seiner Art nach eines Übergangs von einem auf den andern nicht fähig.

3. Die gesetzliche Bürgschaft des bisherigen Pfandgläubigers für die Schadensersatzverbindlichkeit des neuen (vgl. §§ 767 ff.) besteht nur gegenüber dem Verpfänder, nicht gegenüber dem davon verschiedenen Eigentümer. Der bisherige Pfandgläubiger kann sich dieser Verpflichtung dadurch entziehen, daß er sich den Besitz des Pfandes vorbehält (vgl. § 1250 A 2).

4. Der Ausschluß der Haftung beruht auf Billigkeitsgründen, weil in den aufgeführten Fällen dem Pfandgläubiger die Forderung mit dem Pfandrecht schlechthin entzogen wird, ohne daß er sich auch nur den Pfandbesitz vorbehalten kann. Wird die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung in der Zwangsvollstreckung überwiesen (§ 835 ZPO), so haftet der bisherige Pfandgläubiger; doch steht ihm die Einrede aus § 838 ZPO zur Seite.

§ 1252

Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es besteht¹⁻⁵).

© I 1192 II 1159; M 3 840, 841; P 3 490, 491.

1. Erlöschen des Pfandrechts. In den §§ 1252, 1253, 1255, 1256 sind nicht alle Fälle des Erlöschens des Pfandrechts behandelt (§ 1223 A 1). In Betracht kommt außerdem noch als Erlöschungsgrund der Untergang der Pfandsache (RG 96, 185), so z. B. auch das Erlöschen einer Hypothek, an der ein Pfandrecht bestand, durch Zwangsverfeigerung. Weitere Beispiele sind das Erlöschen in den Fällen der Verarbeitung, Verbindung, Vermischung der Pfandsache (§§ 949, 950), das Erlöschen durch die Veräußerung des Pfandes beim Pfandverkauf (§ 1242 Abs 2), das Erlöschen im Falle des Fundes (§ 973), im Falle der Erfindung (§ 945), im Falle des § 1250 Abs 2. Dauernde Wertlosigkeit einer Aktie steht ihrem Untergang rechtlich gleich (RG 96, 185).

2. Erlöschen mit der Forderung. Die Regel kennt keine Ausnahme. Die in § 6 Abs 2 der Osthilfe durch RD vom 12. 3. 1932 RGBl I, 130 angeordnete ist schon durch § 7 der RD vom 7. 7. 1933 RGBl I, 466 wieder beseitigt worden (RG 153, 90). Keine Ausnahme liegt insbesondere darin, daß bei Bestellung des Pfandrechts für die Forderungen aus einer Geschäftsverbindung (Kontokorrent, § 356 HGB) oder in ähnlichen Fällen das Pfand trotz der Begleichung einzelner Forderungen, ja selbst nach Begleichung aller Forderungen forthatet. In Wirklichkeit erlischt hier das Pfandrecht für die einzelnen entstandenen Forderungen mit deren Erlöschen, und dann besteht nur noch das Pfandrecht für die künftig entstehenden. Das gleiche gilt auch für den Fall, daß ein Pfandrecht für eine Forderung und die bei deren Erlöschen (z. B. durch Unmöglichkeit der Leistung) an ihre Stelle tretende Ersatzforderung bestellt ist. Ist der Pfandverkauf unrechtmäßig (§ 1243 Abs 1), so erlischt die Forderung und damit auch das Pfandrecht nicht. In der Mitteilung des Pfandgläubigers an den Schuldner, die Forderung sei erloschen, liegt dann nur das Angebot, das Erlöschen anzuerkennen. Widerspricht der Schuldner und beanstandet er den Pfandverkauf, so lehnt er das Angebot ab (RG LZ 1921, 380^a). Das für eine Bürgschaft bestellte Pfandrecht erlischt mit dem Erlöschen der Hauptschuld und der Bürgschaft (RG 153, 347). — Eine Forderung, die erst künftig entstehen soll, ist erloschen, sobald feststeht, daß sie nicht mehr entstehen kann (RG 145, 336). Wird eine durch Arrestpfändung gesicherte Forderung rechtskräftig abgewiesen, so erlischt das Arrestpfandrecht, ohne daß der Arrestbefehl aufgehoben zu werden brauchte (RG 71, 311).

Das Erlöschen der Forderung hat zu behaupten und zu beweisen, wer das Erlöschen des Pfandrechts geltend macht (vgl. § 1223 A 1).

3. Die verjährte Forderung ist nicht erloschen. Das für sie bestellte Pfandrecht bleibt daher bestehen (§ 223). Der besonderen Ausnahmebestimmung zufolge erlischt jedoch das Pfandrecht für verjährte Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen (§ 223 Abs 3).

4. Ein Wiederaufleben der Forderung, wenn solches nach dem Gesetze mit rückwirkender Kraft derart stattfindet, daß das Erlöschen als nicht eingetreten zu gelten hat, erstreckt sich in seiner Wirkung auch auf das Pfandrecht: so, wenn die zur Befriedigung des Gläubigers geleistete Zahlung später mit Erfolg angefochten und zurückgewährt worden ist (RG 3, 208).

5. Übergangsrecht. Hatte ein vor dem Inkrafttreten des BGB entstandenes Pfandrecht nach dem damals maßgebenden Recht den Inhalt, daß es auch ohne Forderung bestehen und

fortbestehen konnte, so findet, auch wenn das Erlöschen der Forderung nach dem Inkrafttreten des BGB eintritt, § 1252 auf dieses Pfandrecht keine Anwendung (EG Art 184; RG JW 02 Beil 170).

§ 1253

Das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgibt²⁻⁴). Der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts ist unwirksam¹).

Ist das Pfand im Besitze des Verpfänders oder des Eigentümers, so wird vermutet, daß das Pfand ihm von dem Pfandgläubiger zurückgegeben worden sei⁵). Diese Vermutung gilt auch dann, wenn sich das Pfand im Besitze eines Dritten befindet, der den Besitz nach der Entstehung des Pfandrechts von dem Verpfänder oder dem Eigentümer erlangt hat⁶).

§ I 1191 II 1180; R 3 839, 840; P 3 487—490.

1. Rückgabe des Pfandes als Erlöschungsgrund. Die Vorschrift hat ihren rechtlichen Grund darin, daß das Gesetz eine Pfandrechtsbestellung unter Besitzvorbehalt (§ 930) abgelehnt hat. Deshalb läßt schon die Tatsache der Rückgabe des Pfandes das Pfandrecht erlöschen, ohne daß es der Vermutung eines durch die Rückgabe erklärten Verzichts auf das Pfandrecht (vgl. § 1255) bedarf (RG 57, 325; Warn 1912 Nr 261). Aus demselben Grunde muß auch der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts unwirksam bleiben. Sonst würde auf diesem Wege ein Pfandrecht unter Besitzvorbehalt entstehen können. Das Gesetz sieht vom Zweck der Rückgabe vollkommen ab. Die Wirkung des § 1253 tritt ein, auch wenn das Pfand ernstlich nur leihweise zurückgegeben wird oder wenn Kluge dem Verpfänder wieder ausgehändigt werden, damit er sie bei dem Grubenvorstand auf seinen Namen umschreiben lassen kann (RG 26. 10. 15 III 125/15) oder wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder in Verwahrung gibt (RG 1. 4. 24 VII 376/23; 13. 7. 34 VII 84/34). Ebenso tritt sie ein, wenn die Rückgabe infolge Irrtums im Beweggrund, infolge arglistiger Täuschung durch den Schuldner, den Verpfänder oder den Eigentümer geschehen ist — all das unbeschadet der Pflicht des Schadenstifters oder Bereicherten, das Pfand von neuem zu bestellen oder Ersatz zu leisten (RG JW 1912, 459⁶). Immer aber ist der Wille der Besitzüberlassung an den Verpfänder erforderlich (RG JW 1912, 911⁷). Er ist nicht vorhanden, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Pfandschuldner als Vertreter eines anderen Gläubigers herausgibt, dem ein Zweitpfandrecht bestellt werden soll, und dieser dann das Pfand zugleich für den Erstpfandgläubiger in Besitz nimmt (RG 18. 4. 13 VII 10/13) oder wenn ein Pfleger minderjähriger Kinder, denen der Vater Hypotheken verpfändet hat, die Briefe dem Vater zur Aufbewahrung für die Kinder zurückgibt. Keine Ausnahme besteht für im Schiffsregister eingetragene Schiffe. Der Wertunternehmer, welcher das Schiff ausgebessert hat, verliert mit der Rückgabe sein nach § 647 entstandenes Pfandrecht (RG 134, 119; die abweichende Ansicht RG 108, 163 ff. ist aufgegeben worden [vgl. A 84 § 1262; A 1 zu § 1266]). Ist ein Pfand zurückgegeben worden, weil man annahm, die Forderung sei durch die Papiermarkzahlung erloschen, lebt die Forderung aber später kraft Aufwertungsrechts wieder auf, so ist und bleibt das Pfandrecht erloschen (RG JW 1929, 2514⁸). Aber ein Anspruch auf Neubestellung des Pfandrechts ist hier anzuerkennen (JW 1931, 544⁹). Vgl. auch § 1278.

Die Rückgabe ist Wiedereinräumung des Alleinbesitzes, Übergabe an den, der früher schon besaß (§ 1205 A 5; § 1223 A 1; vgl. Weimar VerR 1935, 15). Gleichgültig ist, ob der wiedereingeräumte Alleinbesitz mittelbarer oder unmittelbarer Besitz ist. Auch der Fortfall beschränkenden Mitbesitzes des Pfandgläubigers genügt (RG 92, 267). Einer Rückgabe des Pfandes steht es gleich, wenn der Pfandgläubiger gestattet, daß die verpfändete Sache durch den Verpfänder fortgenommen wird, und das auch geschieht (RG 67, 423). Die Rückgabe eines Pfandes, das ein Dritter für den Pfandgläubiger oder für diesen und den Verpfänder zusammen verwahrt, kann in der Vereinbarung zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder liegen, dieser solle nuncmehr allein den Anspruch auf Herausgabe haben, und in der Anweisung des Pfandgläubigers an den Verwahrer, nun an den Verpfänder allein herauszugeben; die „Rückgabe“ einer im Mitverschluß des Pfandgläubigers und des Verpfänders befindlichen Sache wird in der Regel darin bestehen, daß der Pfandgläubiger seinen Schlüssel dem Verpfänder überläßt. Immer aber muß es sich um eine wirkliche Besitzüberlassung handeln; nicht genügt eine Aushändigung, wenn der Pfandgläubiger zugleich Maßnahmen trifft, die den Verpfänder hindern, mit dem Pfande nach Belieben zu verfahren (RGSt 48, 244). Der Pfandgläubiger muß den Besitz der Pfandsache aufgeben und sie mit dem Willen der Besitzüberlassung dem Verpfänder hingeben und dieser muß sie in Besitz genommen haben (RG Warn 1912 Nr 261, 394; 1914 Nr 58). Erfährt der Verpfänder oder Eigentümer die Pfandsache nur in der Eigenschaft eines Besitzdieners des Pfandgläubigers, so erlischt, falls wirklich ein ernstliches und echtes Besitzdienerverhältnis

nach § 855 vorliegt, das Pfandrecht nicht. So ist es möglich, daß der Pfandgläubiger den Verpfänder als seinen Angestellten zum Verkauf der verpfändeten Sachen verwendet, ohne dadurch sein Pfandrecht zu verlieren. Wird das Pfand ohne Zustimmung des Pfandgläubigers zurückgegeben, so besteht das Pfandrecht ausnahmsweise trotz fehlenden Besitzes und fehlender Erkennbarkeit weiter (RG 57, 325; Warn 1914 Nr 58). Trotz fortdauernden Besitzes erlischt das Pfandrecht, wenn der Pfandbesitz nur für einen bestimmten Zeitabschnitt übertragen worden war und der Pfandgläubiger das Pfand vertragswidrig länger zurückbehält (RG 31. 3. 14 VII 8/14).

2. Das Pfandrecht erlischt sowohl bei Rückgabe an den Eigentümer als auch bei Rückgabe an den Verpfänder, und zwar im zweiten Fall selbst dann, wenn der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht Eigentümer ist. Hat aber der Verpfänder, der auch Eigentümer war, nach der Verpfändung die Pfandsache einem anderen übereignet und davon den Pfandgläubiger in Kenntnis gesetzt, so wird er auch als Verpfänder im Sinne des § 1253 nicht mehr in Betracht kommen können. Das Pfand braucht nicht an den Verpfänder oder Eigentümer selbst zurückgegeben zu werden. Das Pfandrecht erlischt auch, wenn das Pfand statt an ihn auf seine Anweisung oder mit seiner Zustimmung für ihn an einen Dritten ausgehändigt wird (RG 92, 267; 108, 164; JW 1912, 459^a). Hierher gehört aber nicht der Fall, daß der Pfandgläubiger die Pfandsache, die für einen anderen Gläubiger des Schuldners gepfändet wurde, an den von diesem Pfändungspfandgläubiger beauftragten Gerichtsvollzieher zur Versteigerung und gegen Anerkennung seines Rechtes auf vorgläufige Befriedigung herausgibt (RG Recht 1921 Nr 104).

3. Rückgabe im Wege der Zwangsvollstreckung. Nimmt der Gerichtsvollzieher nach ZPO § 883 das Pfand dem Pfandgläubiger weg und übergibt es dem Verpfänder oder Eigentümer, so steht dies der Rückgabe gleich.

4. Gibt der Verpfänder oder Eigentümer die ihm vom Pfandgläubiger zurückgegebenen Pfandsachen dem Pfandgläubiger wiederum zurück (z. B. wenn er sie geliehen erhalten hatte), so führt dies zu keinem Wiederaufleben des Pfandrechts. Aber darin kann und wird sehr häufig eine neuerliche Bestellung des Pfandrechts liegen. Dies selbst dann, wenn etwa der Verpfänder und Pfandgläubiger irrtümlich angenommen haben, das frühere Pfandrecht sei nicht erloschen. Denn beide Teile werden in solchen Fällen bei der Rückgabe an den Pfandgläubiger darüber einig sein, daß ihm das Pfandrecht zustehen soll. Bedenklich hiernach RG I. 4. 24 VII 376/23: A hatte eine ihm gehörige Sache dem B in Pfand, dieser sie später dem A in Verwahrung gegeben; der Klage des B auf Herausgabe der verwahrten Sache begegnete A mit dem Hinweis auf sein Eigentum an der Sache und mit der Behauptung, die Pfandschuld sei schon getilgt; es ist angenommen worden, daß — vorbehaltlich des Beweises der angebliehen Tilgung — das Pfandrecht des B wiederaufleben würde, wenn B auf Grund seines Anspruchs als Verwahrer, also ohne Neubestellung des Pfandrechts, wieder in den Besitz der Sache gelangte.

5. Die Vermutung ist durch Gegenbeweis entkräftbar. Der Umstand, daß der Verpfänder nach der Verpfändung zeitweilig das Pfand in Händen hatte, begründet, wenn er es nicht mehr hat, die Vermutung nicht. Die Beweislast für das Zurückgeben obliegt also in solchem Falle dem, der das Erlöschen des Pfandrechts behauptet (RG JW 1912, 911^a).

6. Entsprechende Anwendung finden die Vorschriften des § 1253 auf das gesetzliche Pfandrecht (§ 1257), soweit dieses den Besitz des Pfandgläubigers voraussetzt (zu § 440 HGB: RG JW 1934, 297¹). Sie finden aber auch entsprechende Anwendung auf das Pfändungspfandrecht. Das Pfandrecht erlischt also, wenn der Schuldner die vom Gerichtsvollzieher in Gewahrsam genommenen Sachen von dem Gläubiger oder dem für ihn tätigen Gerichtsvollzieher zurückerhält. In der Rechtsprechung ist weiterhin angenommen worden, daß die Wegnahme der Pfandzeichen von den nach ZPO § 808 im Gewahrsam des Schuldners belassenen gepfändeten Gegenständen durch den Gläubiger und die Einwilligung des Gläubigers zur Wegnahme der Rückgabe des Pfandes im Sinne des § 1253 gleichstehen und zum Erlöschen des Pfandrechts führen (RG 57 323; 156, 397).

§ 1254

Steht dem Pfandrecht eine Einrede entgegen¹), durch welche die Geltendmachung des Pfandrechts dauernd ausgeschlossen wird, so kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes verlangen²). Das gleiche Recht hat der Eigentümer³) 4).

§ I 1192 II 1161; Nr 3 841; P 3 490—492.

1. Dem Pfandrecht entgegenstehende Einreden sind einmal solche Einreden, die sich nur auf das Pfandrecht, nicht auch auf die gesicherte Forderung beziehen, sodann aber auch Einreden, die gegen die Forderung bestehen, soweit sie nach § 1211 vom Verpfänder gegen den Pfandgläubiger geltend gemacht werden können. Die Einrede der Verjährung der Forderung steht nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 223 (§ 1252 A 3) dem Pfandrecht nicht entgegen. Daß die

Einreden vom persönlichen Schuldner geltend gemacht sind, ist nicht Voraussetzung des § 1254. Selbst der Verzicht des persönlichen Schuldners entzieht die Einrede dem Verpfänder nicht (§ 1211 Abs 2). Vgl. auch § 1169 nebst Anm.

2. Die Klage auf Rückgabe des Pfandes ist vom Verpfänder mit der Behauptung zu stützen, daß der Geltendmachung des Pfandrechts eine persönliche Einrede entgegenstehe. Der Verpfänder trägt dafür die Beweislast. Das Pfandrecht erlischt erst mit der Rückgabe des Pfandes nach § 1253.

3. Dem Eigentümer stehen kraft des § 1254 dieselben persönlichen Einreden gegen das Pfandrecht zu wie dem Verpfänder. Er kann also insbesondere auch den § 1211 und mit ihm die dort dem Verpfänder gegebenen Einreden des Schuldners geltend machen. Seine Prozeßlage ist gegenüber der des Verpfänders insofern günstiger, als er zunächst nur sein Eigentum zu behaupten und zu beweisen hat und abwarten kann, ob der Pfandgläubiger ihm sein Pfandrecht entgegengibt und beweist. Geschieht dies, so kommt der Eigentümer auch im Rechtsstreit in die gleiche Lage wie der Verpfänder; denn nun hat er ebenfalls zu behaupten und zu beweisen, daß die persönliche Einrede gegen das Pfandrecht besteht. Verlangen beide Berechtigte, Eigentümer und Verpfänder, die Herausgabe, so kann der Pfandgläubiger nach seinem Belieben an jeden von ihnen leisten (§ 428). Nachstehenden Pfandgläubigern gewährt § 1254 kein Recht.

4. Verhältnis der Rechte des Verpfänders und des Eigentümers zueinander. Hat der Verpfänder dem Eigentümer gegenüber ein Recht zum Besitz, z. B. als Nießbraucher, so kann der Verpfänder die Herausgabe an sich selbst, der Eigentümer nur die Herausgabe an den Verpfänder fordern, es sei denn, daß dieser den Besitz nicht übernehmen kann oder will. Fehlt dem Verpfänder das Recht zum Besitz, so kann er die Herausgabe nur an den Eigentümer, der Eigentümer aber die Herausgabe an sich selbst verlangen. Das ergibt sich aus § 986.

§ 1255

1) Zur Aufhebung des Pfandrechts durch Rechtsgeschäft genügt die Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer ²⁾, daß er das Pfandrecht aufgibt.

Ist das Pfandrecht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich. ³⁾

§ I 1189 II 1162; W 3 838; B 3 487.

1. Erlöschen des Pfandrechts durch Verzicht. Das Pfandrecht erlischt schon durch einseitige Verzichtserklärung. Es bedarf nicht der Annahme des Verzichts, keines Verzichtsvertrags. Das Pfandrecht erlischt durch die Erklärung selbst gegen den Willen des Verpfänders oder Eigentümers. Eine stillschweigende Erklärung kann genügen, wenn in ihr der Verzichtswille des Pfandgläubigers eindeutig zum Ausdruck kommt (RG SeuffA 89 Nr 80, zum Vermieterpfandrecht). Auch der Rückgabe bedarf es nicht. Findet die Rückgabe zwecks Aufhebung des Pfandrechts statt, so erlischt dieses nach § 1253. Scheitert aber der Versuch der zu diesem Zweck unternommenen Rückgabe an der Annahmeweigerung des Verpfänders oder Eigentümers, so kann in dem Versuch der Rückgabe eine rechtsgeschäftliche Aufhebung des Pfandrechts durch einseitigen Verzicht liegen. Auf das Pfandungspfandrecht ist § 1255 entsprechend anwendbar. — Nach § 193 Satz 2 RD (wie nach § 82 Abs 2 VerglD) wird das Recht des Gläubigers aus einem für seine Forderung bestehenden Pfandrecht durch den Zwangsvergleich nicht berührt. Da die Vorschrift aber nachgiebigen Rechts ist (RG 77, 403; JW 1906, 205²⁷; 1910, 295³; 1914, 77⁹), kann der Gläubiger auf den Vergleichssumme übersteigenden Betrag und zugleich auf das Geltendmachen des Absonderungsrechts verzichten (RG 21. 3. 30 VII 400/29).

2. Erklärung gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer. Sie wirkt selbst dann, wenn der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist.

3. Zustimmung des Dritten. Abweichend von den §§ 182—184 ist bestimmt, daß die Zustimmung unwiderruflich ist und nur gegenüber dem Begünstigten erklärt werden kann. Über entsprechende Anwendung des § 1255 Abs 2 auf den Fall des Ausschlusses des Übergangs des Pfandrechts vgl. § 1250 Abs 2. Der Pfandgläubiger kann die Vorschrift des § 1255 umgehen, indem er das Pfand zurückgibt (§ 1253). Die Rückgabe kann jedoch Schadensersatzansprüche und Bereicherungsansprüche des Dritten begründen.

§ 1256

Das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft ¹⁾. Das Erlöschen tritt nicht ein, solange die Forderung, für welche das Pfandrecht besteht, mit dem Rechte eines Dritten belastet ist ²⁾.

Das Pfandrecht gilt als nicht erloschen³⁾, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat⁴⁾.

§ I 1193 II 1163; R 3 842; P 3 492.

1. Das Zusammentreffen von Pfandrecht und Eigentum tritt ein, wenn der Eigentümer des Pfandes die Forderung erwirbt oder wenn der Pfandgläubiger das Eigentum des Pfandes erlangt. Vgl. auch § 1009 A 3.

2. Das Recht des Dritten hindert das Erlöschen des Pfandrechts auch dann, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen. Es hindert das Erlöschen aber stets nur auf Zeit. Das Pfandrecht erlischt dann in dem Augenblick, in dem das Recht des Dritten in Wegfall kommt, sofern sich in diesem Zeitpunkt Eigentum und Pfandrecht noch vereinigt finden.

3. Das Pfandrecht gilt als nicht erloschen, d. h. es ist zwar erloschen, aber es ist, insoweit als das geschützte Interesse des Eigentümers vorhanden ist, so zu behandeln, als ob es nicht erloschen wäre (unechtes Eigentümerpfandrecht). Ein Recht zum Pfandverkauf hat der Eigentümer trotzdem nicht. Vereinigen sich Forderung und Schuld in einer Person, so ist Abs 2 unanwendbar. Die Forderung geht unter, ohne sie kann das Pfandrecht nicht bestehen.

4. Ein rechtliches Interesse am Fortbestehen des Pfandrechts kann der Eigentümer dann haben, wenn nach dem Pfandrecht, das durch die Vereinigung von Eigentum und Pfandrecht erloschen soll, noch weitere Rechte (Nießbrauch, Pfandrecht) an der Pfandsache bestehen. Denn diese würden beim Erlöschen des vorgehenden Pfandrechts vorrücken und auf Kosten der Aussichten des Eigentümers bessere Aussichten auf Deckung beim Pfandverkauf haben (RG Warn 1914 Nr 98). Das Interesse des Eigentümers kann auch darin bestehen, daß er die Forderung mit dem vorgehenden Pfandrecht übertragen will. Ein anderes Beispiel bietet RG 154, 383 (Unfechtbarkeit des Eigentums[Rechts]erwerbs des Pfandgläubigers auf Grund des AnsG).

§ 1257

Die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht finden auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung^{1—3)}.

§ II 1164.

1. **Kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht, gesetzliches Pfandrecht.** Dahin zählen insbesondere die gesetzlichen Pfandrechte des HGB: das des Vermieters (§ 559), das des Verpächters und des Pächters (§§ 585, 590), des Gastwirts (§ 704), des Werkunternehmers (§ 647) — auch wenn es an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe besteht (RG 108, 163; 134, 118) — und die bei der Hinterlegung entstehenden gesetzlichen Pfandrechte (§ 233; vgl. § 1275 A 2); ferner die gesetzlichen Pfandrechte des HGB, nämlich das des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters, Frachtführers (§§ 397, 410, 421, 440 [vgl. auch § 9 der LagerO der Deutschen Getreide-Handels-Gesellschaft Anlage der VO vom 28. 10. 1931 RGBl 1931 I, 478, 772; 1932 I, 381, 414; 1935 I, 1042; 1938 I, 1428; 1939 I, 909 sowie VO vom 14. 10. 1938 § 1 Abs 1 Nr 1, § 7 RGBl 1938 I, 1428]), der Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs (§§ 457, 440 HGB; Gef z. Änderung des HGB vom 4. 9. 1938 RGBl I, 1149, 1188), des Seeverfrachters (§§ 623, 674), der Seeschiffsgläubiger (§ 755) und die gesetzlichen Pfandrechte für Havereibeiträge (§§ 725, 731) und für Vergungs- und Hilfskosten (§ 751), endlich die auf anderen Gesetzen beruhenden Pfandrechte, wie die gesetzlichen Pfandrechte der Binnenschiffsgläubiger nach BinnenSchG §§ 102ff. (RGBl 1898, 868; 1923 I, 1187; 1933 I, 292, 365; 1936 I, 581; 1939 I, 209) und das sog. Früchtepfandrecht (§ 1204 A 2, § 1228 A 4). Auch die Haftung der zollpflichtigen Ware für den darauf ruhenden Zoll (Vereinzollgesetz vom 1. 7. 69 §§ 14, 100) ist von der Rechtspredung als Ausfluß eines gesetzlichen Pfandrechts angesehen worden (RG 67, 214; 70, 405; jetzt ZollG vom 20. 3. 1939 RGBl I, 529). Nach dem Willen der Beteiligten im einzelnen Fall ist zu entscheiden, ob darin, daß der Eigentümer die dem gesetzlichen Pfandrecht unterliegenden Sachen dem Pfandgläubiger übergibt, eine Aufhebung des gesetzlichen Pfandrechts und Neubestellung eines Vertragspfandrechts liegt oder nur die Besitzübertragung zur Verwirklichung des gesetzlichen Pfandrechts.

2. **Entsprechende Anwendung der Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht.** Streit ist darüber, ob nach § 1257 alle Vorschriften über das rechtsgeschäftliche Pfandrecht auf das gesetzliche entsprechend anzuwenden sind oder nur die Vorschriften über das schon bestehende rechtsgeschäftliche Pfandrecht, nicht auch die Vorschriften über die Entstehung des Pfandrechts, zu denen insbesondere auch die Vorschriften über den Erwerb vom Unberechtigten auf Grund des guten Glaubens gehören. Überwiegend wird mit Rücksicht auf die Fassung des § 1257 die weitergehende Meinung verneint. Dem ist beizutreten (RG 108, 165; 7. 7. 16 VII 138/16; RG 1931, 1061¹⁰⁾). Für den Rang eines gesetzlichen Pfandrechts, sei es im Verhältnis zu anderen gesetzlichen, sei es im Verhältnis zu anderen Vertragspfandrechten, ist also, soweit die Rangverhältnisse nicht besonders geregelt sind (vgl. z. B. § 1209 A 4—6 und hinsichtlich des Früchte-

pfandrechts § 2 Abs 2 und 3 der B.D. vom 23. 1. 1932 (§ 1204 A 2, § 1257 A 1]), lediglich die Zeit der Entstehung maßgebend (§ 1209). § 1208 ist unanwendbar. Zu beachten ist jedoch, daß § 1257 zwar die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das bestellte Pfandrecht gebietet, dadurch aber nicht zugleich die entsprechende Anwendung der übrigen Vorschriften verbietet. Die im BGB unausgesprochen enthaltene allgemeine Ermächtigung und Anweisung, beim Fehlen einer Gesetzesvorschrift für ein zu beurteilendes Rechtsverhältnis die für ähnliche Verhältnisse bestehenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, gestattet und erheischt unter Umständen die entsprechende Anwendung von Vorschriften über das rechtsgeschäftliche Pfandrecht auch außerhalb des Rahmens des § 1257.

Aus der Anordnung der entsprechenden Anwendung ergibt sich ferner, daß die Anwendung nur stattzufinden hat, wenn sie nach der Rechts- und Sachlage des einzelnen Falles möglich ist. Die Anwendung ist deshalb zunächst hinsichtlich aller der Verhältnisse ausgeschlossen, für die bei dem einzelnen gesetzlichen Pfandrecht Sondervorschriften bestehen. Denn diese gehen vor. So müssen die Vorschriften des BGB über das Erlöschen des durch Rechtsgeschäft bestellten Pfandrechts durch Rückgabe des Pfandes an den Eigentümer (§ 1253) hinter die Vorschriften des BGB über die Fortdauer des Pfandrechts des Frachtführers am Gute nach der Ablieferung (BGB § 440 Abs 3) zurücktreten. Dasselbe gilt in den Fällen, in denen die abweichende Vorschrift für das einzelne gesetzliche Pfandrecht nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, aber sich aus seiner Art ergibt. So kann die Vorschrift über die Verpflichtung des Pfandgläubigers zur Verwahrung des Pfandes (§ 1215) auf alle diejenigen Fälle des gesetzlichen Pfandrechts nicht angewendet werden, in denen der Schuldner und Pfandeigentümer unmittelbarer Besitzer des Pfandes bleibt oder doch der Pfandgläubiger nicht den Besitz hat (RG 18. 10. 12 VII 219/12). Dies gilt z. B. für das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und Verpächters (§ 590) im Gegensatz zu dem des Pächters (vgl. jedoch §§ 561, 581 Abs 2, 585; HRN 1936 Nr 726). Vgl. im übrigen über die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das rechtsgeschäftliche Pfandrecht: § 1242 A 6; § 1244 A 4; § 1247 A 3; § 1248 A 5; § 1249 A 5; § 1253 A 6; § 1255 A 1; § 1258 A 7 und über gesetzliche Pfandrechte an der Anwartschaft: Lehgus, Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt, 1938, 27 ff.

3. Das Pfändungspfandrecht ist kein gesetzliches Pfandrecht nach § 1257. Es entsteht nicht allein durch das Gesetz ohne eine darauf gerichtete Willenshandlung, sondern durch die Pfändung, eine auf die Entstehung von Rechten gerichtete Handlung, ein Rechtsgeschäft, das aber auf dem Gebiete des Verfahrens liegt. Über seine Wirkungen bestimmt in erster Linie die ZPD; soweit deren Bestimmungen nicht entgegenstehen, sind die pfandrechtlichen Vorschriften des bürgerlichen Rechts anwendbar (RG 97, 40; 108, 320; 114, 386; 156, 397; Warn 1912 Nr 294; 1913 Nr 30; vgl. § 1204 A 1; § 1275 A 2).

§ 1258

1) Besteht ein Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers, so übt der Pfandgläubiger die Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben²⁾

Die Aufhebung der Gemeinschaft kann vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers nur von dem Miteigentümer und dem Pfandgläubiger gemeinschaftlich verlangt werden. Nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung kann der Pfandgläubiger die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, ohne daß es der Zustimmung des Miteigentümers bedarf³⁾; er ist nicht an eine Vereinbarung gebunden, durch welche die Miteigentümer das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt haben⁴⁾.

Wird die Gemeinschaft aufgehoben, so gebührt dem Pfandgläubiger das Pfandrecht an den Gegenständen, welche an die Stelle des Anteils treten⁵⁾.

Das Recht des Pfandgläubigers zum Verkaufe des Anteils bleibt unberührt⁶⁾ 7) 8).

§ I 1184 II 1165; M 3 834—836; P 3 482; 4 600.

1. Pfandrecht am Miteigentumsanteil — am Bruchteil (§ 1008), aber nach § 1273 Abs 2 auch am Anteil zur gesamten Hand, z. B. dem Anteil eines Miterben an der Erbschaft (RG 83, 30; 84, 396). Der Pfandgläubiger hat ein doppeltes Recht: das Recht, den Anteil als Pfand nach den Regeln über den Verkauf beweglicher Pfänder zur Befriedigung seiner Forderung zu verkaufen (Abs 4), und das Recht, sich durch Betreiben der Aufhebung der Gemeinschaft an der Sache selbst oder deren Erlös ein unmittelbares Pfandrecht und mittels dieses Rechts die Befriedi-

gung zu verschaffen (Abs 2, 3). Über die Art der rechtsgeschäftlichen Bestellung des Anteilspfandrechts enthält § 1258 keine ausdrückliche Bestimmung. Erforderlich ist, daß der Miteigentümer als Verpfänder seinen Mitbesitz — und zwar ungeteilt — dem Gläubiger überträgt und beide einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. In § 1258 wird das Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers nicht als Pfandrecht an einem Recht (§ 1273), sondern als Pfandrecht an einer beweglichen Sache (§ 1204) behandelt (RG 146, 336; § 1204 A 3).

2. Die Teilhaberrechte hinsichtlich der Verwaltung und der Art der Benutzung (§§ 744 bis 746) sind ausschließlich dem Pfandgläubiger zur Wahrnehmung zugewiesen. Er verwaltet aber nicht für eigene Rechnung, sondern für den Verpfänder, erwirbt auch die Früchte nur für diesen, sofern das Pfandrecht nicht Nutzungspfandrecht (§ 1213) ist. Dem Verpfänder und Miteigentümer selbst ist keine Einmischung gestattet. Eine die Besitzverhältnisse abweichend von den §§ 1008, 741, 744 regelnde Abmachung der Miteigentümer wirkt auch zu Gunsten des Pfandgläubigers (RG 146, 337).

3. Die Aufhebung der Gemeinschaft (§§ 749 ff.) kann der Miteigentümer, der seinen Anteil verpfändet hat, nur mehr zusammen mit dem Pfandgläubiger verlangen; mit dem Eintritt der Pfandverkaufs berechtigung erlangt der Pfandgläubiger das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft allein und ohne Mitwirkung des Miteigentümers zu verlangen.

4. Vereinbarungen unter den Miteigentümern über Ausschluß der Gemeinschaftsaufhebung sind für den Pfandgläubiger nicht bindend (vgl. auch § 751 Satz 2).

5. Das Erfaßpfandrecht (Abs 3) an den Gegenständen, die bei der Aufhebung der Gemeinschaft an die Stelle des Anteils treten, also an dem durchs Loß auf den Anteil gefallenen Trennstück oder an dem Erbsteil nach dem Teilungsverkauf (§§ 752, 753) gebührt dem Pfandgläubiger, d. h. es entsteht für ihn nicht kraft Gesetzes, sondern er erlangt nur einen Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts an den Gegenständen (RG 84, 397; ungenau RG 94, 24).

6. Pfandrecht am Bruchteil, der nicht in Miteigentumsanteil besteht, ist bei beweglichen Sachen möglich (anders bei Grundstücken [§ 1114]) und kann namentlich vorkommen, wenn Sachen desselben Eigentümers miteinander verbunden oder vermischt werden, von denen die eine mit einem Pfandrecht belastet ist (RG 67, 425). Auf ein solches Pfandrecht sind die Vorschriften des § 1258 entsprechend anzuwenden. Das Recht, auf Aufhebung der Gemeinschaft zu dringen, wird hier jedoch nur dem Pfandgläubiger zustehen können.

7. Entsprechend anwendbar (§ 1257 A 2) ist § 1258 auf das gesetzliche Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers (das z. B. beim Einbringen von im Miteigentum befindlichen Hausgestühl entstehen kann) und in seinem Abs 1 — nicht Abs 2 u. 3 — auch auf das Pfändungspfandrecht (vgl. § 1257 A 3). Über die Bedeutung des § 1258 für die Pfändung eines Gesellschaftersanteils vgl. RG 95, 231.

8. Die Verpfändung von Giroanmeldepoteanteilen (vgl. § 1205 A 9) ist nach § 747 Satz 1, §§ 1008, 1258 zulässig (§ 9 BantdepotG n. F.). Sie geschieht in der Regel mittels grüner Wertpapierscheids. Das Verfahren ist jetzt in § 97 der Geschäftsbestimmungen 1938 geregelt. Die Besitzübertragung vollzieht sich hierbei im Anweisungswege, entweder nach § 1205 Abs 1 Satz 1 oder nach § 1205 Abs 1 Satz 2 (Näheres hierüber, über die Pfandverwertung und andere Möglichkeiten der Pfandbestellung bei Dpt BantdepotG 1937 §§ 6—8 A 31 ff.; A 1 vor § 1204). Die Vorschriften in § 1258 Abs 2 Satz 2 und namentlich Halbsatz 2 das. stehen nicht entgegen; denn das nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung möglich gewordene Verlangen des Pfandgläubigers nach Aufhebung der Gemeinschaft wird allen billigen Anforderungen entsprechend dadurch erfüllt, daß die Sammelbank die Anzahl von Stücken herausgibt, die auf den verpfändeten Miteigentumsanteil entfällt (§ 419 Abs 2 HGB). Das Recht, die Ausshändigung der Stücke zu verlangen, die an die Stelle des Sammelbestandsanteils treten, billigt auch § 97 Abs 5 der Geschäftsbestimmungen dem Pfandgläubiger ausdrücklich zu. Wenn er darüber hinaus auf seinem förmlichen Recht bestehen sollte, eine Aufhebung der gesamten Gemeinschaft zu verlangen, so würde ihm der Einwand aus § 226 entgegenstehen.

§ 1259

Für das Pfandrecht an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe gelten die besonderen Vorschriften der §§ 1260 bis 1271 (1—7).

© I 1197 II 1166; W 3 847, 848; P 3 494—498, 502.

1. Schiffspfandrecht, Registerpfandrecht an Schiffen. Zwei der besonderen Vorschriften über das Pfandrecht an Schiffen (die weder Grundstücke noch Gebäude sind: RG 152, 97) ist, dem Verpfänder den Besitz des Pfandgegenstandes zu belassen. Daher statt Faustpfandrecht Registerpfandrecht, statt Übergabe des Pfandes Eintragung ins Register. Der Schiffskredit ist kein echter Realcredit, sondern ein dinglich verstärkter Personalkredit (Wüstendörfer ZfA DR 1935, 946). Eintragungsfähig sind auch gesetzliche Pfandrechte und entsprechende Vormerkungen (vgl. A 3 zu § 1263). Pfandregister ist für Seeschiffe das in §§ 4 ff. des Gesetzes über das Flaggen-

recht der Rauffahrtschiffe v. 22. 6. 1899 (RGBl 1899, 319; 1900, 41; 1901, 184; 1903, 257; 1939 I, 209) eingeführte Schiffsregister, für Schiffe der Binnenschifffahrt das in den §§ 119ff. des Gesetzes über die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt v. 15. 6. 1895 in der Fassung der Ref. v. 20. 5. 1898 (§ 1257 A 1) eingeführte Schiffsregister. Aus diesen beiden Gesetzen und den auf Grund ihrer ergangenen weiteren Vorschriften ergibt sich, welche Schiffe in das Register eingetragen werden sollen oder können (vgl. *W* d. *RZM* über Einrichtung und Führung des Schiffsregisters und des Registers für im Bau befindliche Schiffe [Schiffsregisterverfügung] vom 5. 5. 1939 *DZ* 1939, 846 und dazu *Däubler DZ* 1939, 949; ferner *Gilgan*, Das Registergericht und seine Abteilungen, Teil II: Die einzelnen Register, 1939; *Gilgan*, Die berufspolitische Bedeutung der neuen Schiffsregisterverfügung: *DMZ* 1939, 290). Die Vereinheitlichung des Schiffsregisters beseitigt die unterschiedlichen Länderbestimmungen mit Wirkung vom 1. 10. 1939.

2. Die Vorschriften über das Registerpfandrecht an Schiffen gelten nur für die im Register wirklich eingetragenen Schiffe. Für alle tatsächlich nicht eingetragenen Schiffe, selbst wenn in Ansehung ihrer die Möglichkeit, ja sogar die gesetzliche Pflicht zur Aufnahme ins Register bestände, gelten ausschließlich die Vorschriften der §§ 1205—1257 (§ 1204 A 2); an ihnen kann nur ein Faustpfandrecht bestellt werden und nur für besondere seerechtliche Notfälle ein Pfandrecht durch Verbodmung (*HGB* §§ 679ff.).

3. Für die Verpfändung von im Register eingetragenen Schiffen gelten andererseits ausschließlich die besonderen Vorschriften über das Registerpfandrecht. Faustpfandrecht ist an ihnen nicht möglich, wohl aber Verbodmung. Die Bestimmungen der §§ 1259—1271 gelten für ein im Register eingetragenes Schiff auch dann, wenn die Eintragung des Schiffes mangels der gesetzlichen Voraussetzungen nicht hätte geschehen sollen. Eine beschränkte Ausnahme besteht nur für das Arrestpfandrecht (*RZM* 11, 17; Obergericht Danzig in *ZW* 1922, 1339¹⁾).

4. Während die Regelung des Pfandrechts an im Bau befindlichen Schiffen früher nach Art 20 *GG* der Landesgesetzgebung überlassen war, ist inzwischen das Reichsgesetz über die Bestellung von Pfandrechten an im Bau befindlichen Schiffen v. 4. 7. 1926 (*RGBl* 1926 I, 367; 1935 I, 418; 1939 I, 210) ergangen. Es steht ein besonderes Register für Pfandrechte an im Bau befindlichen Schiffen vor (§ 2), macht die Entstehung des Pfandrechts von der Eintragung in dieses Register abhängig (§ 1) und verweist im übrigen auf die Vorschriften des Reichs- und Landesrechts über Schiffspfandrecht und Schiffsregister (§ 3). Eine Anmeldepflicht besteht aber nicht (§ 3), d. h. im Bau befindliche Schiffe, die nicht verpfändet werden sollen, brauchen zum Register nicht angemeldet zu werden. Den Übergang des Schiffes aus dem Register des neuen Gesetzes in das wirkliche Schiffsregister regelt § 4, auf die Zwangsvollstreckung in im Bau befindliche Schiffe bezieht sich § 5. Vgl. dazu die Schiffsregisterverfügung vom 5. 5. 1939 (oben A 1 a. G.).

5. Wegen der Aufwertung von Schiffspfandrechten und der durch sie gesicherten persönlichen Forderungen: § 32 *AustOG* und Art 27, 33 Abs 2 der Durchführungsbestimmungen.

6. Zwischenstaatliches Recht: A 4 vor § 1204.

7. Fragen der Rechtsverneuerung auf dem Gebiete des Seerechts und Schiffspfandrechts behandeln *Wüstenbörfers JZ* 1934, 220; 1935, 265 und bes. 940; *Jahrbuch* I (1933/34), 56; *Ehlerss HanRGG* 1934 A 293.

§ 1260

1) Zur Bestellung des Pfandrechts ist die Einigung des Eigentümers²⁾ des Schiffes und des Gläubigers darüber, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll, und die Eintragung des Pfandrechts in das Schiffsregister³⁾ erforderlich. Die Vorschriften des § 873 Abs 2 und des § 878 finden entsprechende Anwendung⁴⁾.

In der Eintragung müssen der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz angegeben werden. Zur näheren Bezeichnung der Forderung kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden⁵⁾ 6) 7).

§ I 1196, 1198 II 1167; *M* 3 846—848; *P* 3 494—503, 739; 6 391.

1. Da das Gesetz besondere Vorschriften über den Begriff des Schiffspfandrechts für den Fall des Registerpfandes nicht enthält, so ist auch hier die im § 1204 gegebene allgemeine Begriffsbestimmung anzuwenden: Befassung zur Sicherung einer Forderung in der Weise, daß der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache — hier dem Schiffe — zu suchen.

2. Eigentum des Verpfänders ist für die Bestellung des Schiffspfandrechts nach § 1260 ebenso vorausgesetzt wie für die Pfandrechtsbestellung nach § 1205 und die Hypothekbestellung nach § 873. Die Voraussetzung ist aber für den Fall des § 1260 deshalb von größerer Bedeutung, weil der Mangel des Eigentums des Verpfänders hier nicht durch den öffentlichen Glauben des Buches und, wenigstens in der Regel, auch nicht durch den guten Glauben des Erwerbers geheilt

werden kann. Das Schiffsregister kann einen öffentlichen Glauben, wie er im § 892 dem Grundbuche verliehen ist, für sich nicht beanspruchen. Sein Inhalt gewährleistet weder, daß der als Eigentümer eingetragene wirklich Eigentümer ist, noch daß die eingetragenen Rechte am Schiff bestehen. Die Eintragung in das Register ist nur das Mittel, um die Verpfändung ohne Besitzübertragung zu ermöglichen und die Laifache der Verpfändung fundbar zu machen (Prot 3 S. 500, 501). Für den Schutz des guten Glaubens beim Erwerb im Wege des § 1207 aber fehlt es an dem Erfordernis der Besitzübertragung (RG HansRGZ 1930 B 227; § 1207 A 1). Der Schutz des guten Glaubens versagt aber auch dann, wenn zur Eintragung des Pfandrechts in das Register noch die Einräumung des Besitzes hinzutritt; denn diese ist hier ohne rechtliche Bedeutung für die Entstehung des Pfandrechts (RZM 10, 124). Einen gewissen Ersatz für den öffentlichen Glauben des Registers bietet es, daß unter gewissen Umständen das Dulden des falschen Registereintrags die Berechtigten verpflichtet, sich die rechtsgeschäftliche Verfügung (vgl. RG 93, 238) des eingetragenen Nichtberechtigten gefallen zu lassen. So im Falle des als Miteigentümer eingetragenen Korrespondentreeders (RG LZ 1912, 925³; RG 74, 408). Wegen gewisser Ausnahmen: § 1262.

3. Eintragung ins Schiffsregister. Die förmlichen Voraussetzungen für die Eintragung und das Eintragungsverfahren sind in FGG §§ 100 ff. geregelt. Die Vorschriften über die Führung und Einrichtung der Register sind in §§ 4 ff. FlaggenG und in §§ 119 ff. BinnenSchG enthalten (nun auch Schiffsregisterverordnung vom 5. 5. 1939 [oben § 1259 A 1]). Über die Befugnis des Registergerichts zur Anwendung der §§ 132 ff. FGG, um von Amts wegen die Löschung von Schiffen im Schiffsregister herbeizuführen: Giljan DRpsf 1938, 176.

4. Das Schiffspfandrecht kann nur zur Sicherung einer bestimmten Forderung bestellt werden (§§ 1266, 1204; § 1266 A). Die nach § 1260 zu seiner Entstehung erforderliche **Einigung** muß sich daher nicht nur auf die Bestellung eines Pfandrechts, sondern auch darauf beziehen, daß es eine bestimmte Forderung sichern soll (RG HR 1938 Nr 151; § 1250 A 1). Die Einigung ist vor der Eintragung nur bindend, wenn die Erklärungen von einem Gericht oder Notar beurkundet, vor der Registerbehörde abgegeben oder bei ihr eingereicht sind oder wenn der Schiffseigentümer dem Gläubiger eine den Vorschriften der §§ 106, 107 FGG entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat.

5. Das Verlangen der Angabe des Betrags der Forderung deutet auf die Voraussetzung einer Geldforderung hin (vgl. § 1115). Man wird aber deshalb nicht anzunehmen haben, wie nach § 1113 die Hypothek könne nach § 1260 das Registerpfandrecht an einem Schiff nur für eine Geldforderung bestellt werden (a. A. Wüstenbörfers ZMR 1939, 942). Besteht der Gegenstand der Forderung nicht in Geld, so werden die Beteiligten, um dem Gesetz zu genügen, den Anschlag des Geldwerts der geschuldeten Leistung zur Eintragung ins Register anzugeben haben. Was die Angabe des Gläubigers anlangt, so sind die Personen zu bezeichnen. Eine Reederei als solche kann nicht als Gläubigerin eines Schiffspfandrechts eingetragen werden (RZM 11, 97). Nicht eintragbar in das Schiffsregister ist auch eine Unterwerfungsabrede nach § 800 ZPO (RGZ 38 A 187).

Auf die **Währungsschiffspfandrechte** (vgl. ZB 1920, 370, 634) beziehen sich die Gesetze vom 26. 1. 1923 (RGBl I, 90) und vom 29. 3. 1923 (RGBl 1923 I, 232; 1935 I, 418). Nach dem ersten Gesetz kann die Währung bestehender Schiffspfandrechte, wenn die Forderung in ausländischer Währung zahlbar ist, in die ausländische Währung umgewandelt werden. Nach dem zweiten Gesetz und den weiteren vom 21. 12. 1929 (RGBl I, 224) und vom 19. 12. 1930 (RGBl I, 629) dürfen bis auf weiteres Schiffspfandrechte für in ausländischer Währung zahlbare Forderungen in ausländischer Währung eingetragen werden. Durch das Gesetz vom 19. 12. 1930 ist die Reichsregierung ermächtigt worden, den Endzeitpunkt zu bestimmen. Eine Ermächtigung auf dem sachlichen Rechtsgebiet ist der Reichsregierung durch Art III des 3. Gesetzes über die Eintragung von Hypotheken und Schiffspfandrechten in ausländischer Währung vom 12. März 1931 (RGBl 1931 I, 31; 1935 I, 418) erteilt worden. Sie kann gewisse Vorschriften über Schiffspfandrechte in ausländischer Währung den für Hypotheken in solcher Währung gegebenen angleichen. Über die Frage der Rechtserneuerung hierzu: Wüstenbörfers aaO. 942. Wegen **wertbeständiger Schiffspfandrechte** vgl. die BD des Reichsanzlers v. 12. 2. 1924 (RGBl 1924 I, 65; 1935 I, 250) und die zu deren Durchführung ergangene BD v. 17. 4. 1924 (RGBl I, 415).

Das **Schiffsbankengesetz** vom 14. August 1933 (RGBl I 583) hat im § 3 die Schiffspfandbriefbanken der Staatsaufsicht unterworfen. § 6 daf. betrifft die gewöhnlichen und § 36 die wertbeständigen Schiffspfandbriefe. Regelt ist deren Deckung durch Schiffspfandrechte gleicher Gattung und mindestens gleicher Höhe und mit mindestens gleichem Zinsesertrag, bei den wertbeständigen Briefen ferner ihre Ersatzdeckung durch wertbeständige Schuldverschreibungen und ein Kontokorrentrecht.

6. Die Zwangsvollstreckung in ein eingetragenes Schiff geschieht nur im Wege der Zwangsversteigerung (§ 870 Abs 2 ZPO), also nicht auch durch Eintragen einer Sicherungshypothek. Dagegen kann natürlich jemand, der sich verpflichtet hat, ein Pfandrecht an einem eingetragenen Schiff zu bestellen, zur Abgabe dieser Erklärung verurteilt werden; für die Vollstreckung eines solchen Urteils gelten die §§ 894 ff. ZPO. Das im Wege der **Arrestpfändung** begründete Pfandrecht an einem Schiff kann nach § 931 Abs 3 ZPO in das Schiffsregister eingetragen werden.

Die Abtretung der durch das Schiffspfandrecht gesicherten Forderung und damit auch der Übergang des Pfandrechts selbst vollziehen sich außerhalb des Registers, aber die Berichtigung des Registers kann dann nach § 1263 verlangt werden (vgl. auch § 104 FGG).

7. Ausländisches Recht. Über die Frage der Bestellung von Schiffspfandrechten an deutschen Schiffen im Ausland: RG Warn 1913 Nr 16 und RG 77, 1 (§ 1262 A 1); darüber, ob und wann ausländische Schiffspfandrechte im Inland anzuerkennen sind: RG 80, 129.

§ 1261

Das Rangverhältnis der an dem Schiffe bestellten Pfandrechte bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 879 bis 881 und des § 1151¹⁾ 2).

§ II 1168; § 3 506, 507, 739.

1. Rangordnung der Schiffspfandrechte. Durch die Vorschrift des § 1261 wird nur das Rangverhältnis der an einem Schiff durch Eintrag ins Register bestellten Pfandrechte untereinander geregelt. Für deren Rangverhältnis zu den gesetzlichen Pfandrechten (dem der Unternehmer nach § 647 und dem der Schiffsgläubiger [§ 1257 A 1]) und den Pfandrechten der Bodmereigläubiger und für das Rangverhältnis der gesetzlichen Pfandrechte und der Bodmereigläubiger untereinander gelten besondere Vorschriften: so hinsichtlich der Werkunternehmer die Rechtsregel des § 1209, hinsichtlich der Schiffsgläubiger die Vorschrift, daß sie, abgesehen von den in BinnenSchG § 102 Nr 4, 5, 6 bezeichneten Rechten, allen anderen Pfandgläubigern ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung des anderen Pfandrechts vorgehen (FGW § 776; BinnenSchG § 109) und eingehende Bestimmungen über den Rang der einzelnen Schiffsgläubigerrechte untereinander (FGW §§ 766 ff., BinnenSchG §§ 106—109), hinsichtlich der Bodmereigläubiger FGW § 759 (§ 1257 A 1). Die Rangordnung des § 1261 geht der Hauptsache nach dahin, daß über den Rang grundsätzlich die — durch § 114 FGG bestimmte — Reihenfolge der Eintragungen entscheidet (§ 879), daß abweichende Vereinbarungen zulässig sind (§§ 880, 1151), dann aber der Eintragung in das Register bedürfen (§ 879 Abs 3) und daß endlich Rangvorbehalte zulässig sind (§ 881). Hierin liegt eine wesentliche Abweichung von den Grundsätzen des Pfandrechts an beweglichen Sachen und eine Annäherung an die Hypothek.

2. Das — neben dem gesetzlichen Pfandrecht gegebene — Zurückbehaltungsrecht des Werkunternehmers an einem noch in seinem Besitz befindlichen Schiff wegen Ausbesserungsarbeiten kann das Recht der Schiffsgläubiger und der im Schiffsregister eingetragenen Pfandgläubiger auf Befriedigung aus dem Wert des Schiffes nicht vereiteln oder beeinträchtigen. Der Unternehmer kann eine dem Range seines Pfandrechts nicht entsprechende Befriedigung auf dem Umweg über das Zurückbehaltungsrecht nicht erreichen.

§ 1262

Solange das Pfandrecht im Schiffsregister eingetragen ist, behält es im Falle der Veräußerung oder Belastung des Schiffes seine Kraft, auch wenn der Erwerber in gutem Glauben ist¹⁾.

Ist das Pfandrecht mit Unrecht gelöscht, so gelten im Falle der Veräußerung des Schiffes die Vorschriften des § 936 Abs 1 Satz 1, Abs 2 auch dann, wenn der Erwerber das Eigentum ohne Übergabe erlangt; die Vorschrift des § 936 Abs 3 findet keine Anwendung²⁾. Wird ein Pfandrecht, welches dem mit Unrecht gelöschten Pfandrecht im Range nachsteht, auf einen Dritten übertragen, so findet die Vorschrift des § 1208 Satz 1 Anwendung³⁾ 4).

§ I 1201 II 1169; § 3 848, 849; § 3 504.

1. Wirkung des Inhalts des Schiffsregisters auf den Rechtserwerb Dritter. Nur insoweit Pfandrechte eingetragen oder nicht eingetragen sind, verleiht das Gesetz dem Register eine Wirkung nach außen. Die Eintragung des Eigentümers ist rechtlich belanglos. Daß der wahre Eigentümer im Register eingetragen ist, schützt ihn nicht vor dem Verlust seines Eigentums insolge unbefugter Veräußerung durch einen anderen, wenn der dritte Erwerber sich in gutem Glauben befindet und die Voraussetzungen der §§ 932 ff. vorliegen. Der eingetragene Schiffspfandgläubiger aber genießt diesen Schutz. Der dritte Erwerber kann, solange die Eintragung besteht, durch guten Glauben zum Nachteil des eingetragenen Pfandgläubigers nicht erwerben, er kann sich auf die §§ 936, 1032 Satz 2, 1208 nicht berufen; er gilt gewissermaßen infolge des Bestehens der Eintragung des Pfandrechts in bezug auf dieses von Gesetzes wegen als in bösem Glauben gefangen, und diese Gesetzesvermutung läßt keinen Gegenbeweis zu. Wer das nach §§ 930 ff. BPD vom Gerichtsvollzieher versteigerte Schiff in der Versteigerung erworben hat, erwirbt es aber nach der Regel des § 1242 Abs 2 frei von Pfandrechten, auch von dem eingetragenen (Obergericht Danzig JW 1922, 1339¹¹ und A 7 zu § 1242).

Die Vermutung der Bösgläubigkeit bewirkt den Schutz des eingetragenen Pfandrechts nur dann, wenn das Pfandrecht eingetragen ist; daher versagt der Schutz und die §§ 936, 1032 Satz 2, 1208 gegen das Pfandrecht treten in Wirksamkeit, wenn es, ohne erloschen zu sein, gelöscht worden ist. Diese Folge tritt ein sowohl bei gutgläubigem Eigentumserwerb als eines lastenfreien wie bei gutgläubigem Erwerb eines Pfandrechts als eines durch ein vorgehendes Pfandrecht nicht beschränkten. Sie brauchte als natürliche Umkehrung des in Abs 1 ausgesprochenen Grundsatzes im Gesetz weder für den Fall der Veräußerung noch für den der Belastung besonders ausgesprochen zu werden und ist auch in Abs 2 nicht besonders ausgesprochen (vgl. A 2, 3).

Dem durch Eintragung im inländischen Schiffsregister entstandenen, aber versehentlich gelöschten, daher aus dem Register nicht mehr ersichtlichen Pfandrecht steht das Pfandrecht gleich, das im Ausland zur Zeit, als das Schiff noch ein ausländisches war, dort durch Eintragung bestellt worden ist. Es bleibt bestehen; aber es unterliegt, da das ausländische Register im Inland keinen öffentlichen Glauben hat, den Nachteilen, die das inländische Register für das nichteingetragene Recht mit sich bringt (RG 77, 1).

Nach § 1262 Abs 1 begründet die Eintragung des Pfandgläubigers zu seinen Gunsten im Verhältnis zum Eigentümer, etwa zum neuen Erwerber, die Vermutung, daß das eingetragene Pfandrecht besteht. Dem Eigentümer obliegt der Gegenbeweis. Er darf ihn nicht führen, wenn er kein Interesse daran hat (RG Bruch 54, 1003). Das kann der Fall sein, wenn der Erwerber das Bestehen des Pfandrechts im Erwerbsvertrag anerkannt hat.

2. Erleichterung des gutgläubigen Erwerbs der Lastenfreiheit. Dieser Erwerb soll, abweichend von den Grundsätzen der §§ 932 ff., 936, selbst dann eintreten, wenn der Eigentumserwerb nicht durch Übergabe des Schiffes, sondern nach HGB § 474 durch Vereinbarung an Stelle der Übergabe oder im Wege der § 929 Satz 2, §§ 930, 931 vor sich ging (§ 936 A 1 Abs 4).

3. Erwerb der Vorrangsfreiheit bei der Übertragung eines bestehenden Schiffs Pfandrechts. Hier liegt eine Annäherung an den Grundsatz des § 892 (öffentlicher Glaube des Buches) vor. Nach § 892 gilt zugunsten dessen, dem eine bestehende Hypothekforderung übertragen worden ist, eine vorgehende gelöschte, aber nicht erloschene Hypothek als nicht bestehend, d. h. sie geht der übertragenen Hypothek nach, wenn nicht die Unrichtigkeit des Buches dem Erwerber bekannt oder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen ist. Die gleiche Rechtslage wird in § 1262 Abs 2 Satz 2 (im Zusammenhalt mit § 1263 Abs 2) für den Fall der Übertragung eines eingetragenen Schiffs Pfandrechts dadurch herbeigeführt, daß § 1208 Satz 1 für anwendbar erklärt wird. Auf den Fall der Bestellung eines Schiffs Pfandrechts nach einem versehentlich gelöschten ist § 1262 Abs 2 Satz 2 nicht anwendbar, da dieser Fall seine Lösung schon auf Grund des Abs 1 findet (vgl. A 1 Abs 2).

4. Ein gesetzliches Pfandrecht, z. B. nach § 647, das überhaupt nicht in das Register eingetragen war, ist nicht „mit Unrecht gelöscht“ im Sinne des Abs 2; dessen Vorschriften sind insoweit also nicht anwendbar. War es dagegen eingetragen und ist es dann gelöscht worden, so trifft Abs 2 zu. Mit einem gesetzlichen, außerhalb des Registers ent- und bestehenden Pfandrecht muß jedermann rechnen; war es aber eingetragen und ist es dann gelöscht worden, so darf sich ein Gutgläubiger darauf verlassen, daß es nicht mehr besteht (hierüber auch oben § 1253 A 1, § 1266 A 1 und zu RG 108, 163; 134, 119; Wüstendörfer ZfA 1935, 949).

§ 1263

Steht der Inhalt des Schiffsregisters in Ansehung eines Pfandrechts mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange, so kann die Berichtigung des Registers nach den für die Berichtigung des Grundbuchs geltenden Vorschriften der §§ 894, 895, 897, 898 verlangt werden¹⁾.

Ist ein Pfandrecht mit Unrecht gelöscht worden, so kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Schiffsregisters nach § 899 Abs 2 eingetragen werden. Solange der Widerspruch eingetragen ist, gilt im Falle der Veräußerung oder Belastung des Schiffes dem Erwerber gegenüber das gleiche, wie wenn das Pfandrecht eingetragen wäre²⁾.

§ 1203 II 1170; W 3 849; P 3 504.

1. Berichtigung des Schiffsregisters. Nach § 894 kann derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch eine unrichtige Eintragung beeinträchtigt ist, von dem, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird, die Berichtigung verlangen. Hiernach bedürfte es stets der Bewilligung des durch die Berichtigung Betroffenen, und diese Bewilligung müßte im Weigerungsfalle im Klageweg erzwingen werden. Allein wie für das Grundbuch in § 22 GBD, so ist in § 102 FGB für das Schiffsregister bestimmt, daß es der Bewilligung des

von der Berichtigung Betroffenen nicht bedarf, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird. Zu den Fällen der Berichtigung zählt abweichend von den für Grundbuchsachen bestehenden Vorschriften auch die Eintragung des Übergangs des Pfandrechts auf einen anderen Gläubiger im Wege der Übertragung der Forderung, da es zur Übertragung einer durch Schiffspfand gesicherten Forderung (und ebenso zur Belastung einer solchen Forderung) der Eintragung im Register nicht bedarf, die Rechtsänderung vielmehr außerhalb des Registers sich vollzieht.

2. Widerspruch gegen Löschung (§ 1262 Abs 2). Sind andere Eintragungen als Löschungen zu Unrecht bewirkt worden, so kann ein Widerspruch nicht eingetragen werden.

3. Auch Vormerkungen zur Sicherung eines das Pfandrecht betreffenden Anspruchs können auf einstweilige Verfügung (ZGB § 103) oder auf einstweilige Anordnung des Beschwerdegerichts (ZGB § 123) eingetragen werden (RG HansRGZ 1930 B 227), aber nicht Vormerkungen zur Sicherung eines Anspruchs auf Übertragung des Eigentums am Schiff. Auch § 883 kann nicht entsprechend angewendet werden, da es sich dort um Ansprüche handelt, die durch Eintragung bewirkt werden.

§ 1264

Die Haftung des Schiffes beschränkt sich auf den eingetragenen Betrag der Forderung und die Zinsen nach dem eingetragenen Zinssatz¹⁾. Die Haftung für gesetzliche Zinsen und für Kosten bestimmt sich nach der für die Hypothek geltenden Vorschrift des § 1118²⁾.

Ist die Forderung unverzinslich oder ist der Zinssatz niedriger als fünf vom Hundert, so kann das Pfandrecht ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten dahin erweitert werden, daß das Schiff für Zinsen bis zu fünf vom Hundert haftet³⁾.

© II 1171; B 3 508.

1. Umfang der Haftung des Pfandes in Ansehung der Forderung. Das Schiff haftet nicht für den jeweiligen Bestand der Forderung wie das bewegliche Pfand nach § 1210, sondern für den eingetragenen Betrag wie die Hypothek nach § 1113. Bleibt die wirkliche Forderung hinter dem eingetragenen Betrag zurück oder vermindert sie sich, so mindert sich auch die Haftung. Eine Erweiterung oder Wiedererweiterung ist ausgeschlossen. Anders selbstverständlich beim Höchstbetragspfandrecht (§ 1271). — In RG 7. 1. 25 I 173/24 (VerfR 1925, 317) war nicht die Haftung des Schiffes streitig, sondern die Frage, ob der Übernehmer einer Schiffshypothek auch gewisse persönliche Verpflichtungen des bisherigen Schuldners übernommen hatte.

2. Haftung für Zinsen und Kosten. Wegen der gesetzlichen Zinsen der Forderung, der Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung zwecks Befriedigung aus dem Schiff vgl. die Anm zu § 1118.

3. Die Vorschrift des Abs 2 ist dem § 1119 wörtlich nachgebildet.

§ 1265

Das Pfandrecht erstreckt sich auf das Zubehör des Schiffes mit Ausnahme der Zubehörstücke, die nicht in das Eigentum des Eigentümers des Schiffes gelangt sind¹⁾.

Auf die Haftung der Zubehörstücke finden die für die Hypothek geltenden Vorschriften der §§ 1121, 1122 entsprechende Anwendung^{2) 3)}.

© II 1172; B 3 503, 740.

1. Erstreckung der Haftung auf das Zubehör (vgl. die Schlussworte des § 1120). Bei Seeschiffen werden im Zweifel Gegenstände, die in das Schiffsinventar eingetragen sind, als Zubehör des Schiffes angesehen; auf alle Fälle sind aber die Schiffshoote Zubehör (ZGB § 478). Im übrigen ist für die Zubehöreigenschaft ZGB § 97 entscheidend. Über die Frage, ob der Motor eines Seeschiffs (oder eines Flußfahrns) als Zubehör oder als wesentlicher Bestandteil zu gelten hat: RG 152, 91 ff. (94).

2. Freiwerden von Zubehörstücken durch Veräußerung und Entfernung vom Schiff; §§ 1121, 1122.

3. Versicherungsgelder und Fracht unterliegen dem Pfandrecht nicht, wohl aber bleiben ihm getrennte Bestandteile des Schiffes als bewegliche Sachen unterworfen. Im Gegensatz zum Zubehör sind diese auch pfändbar (§ 865 Abs 2 ZPO). Über diese Fragen und zur Rechts-erneuerung: Wüstenbörfner ZMR 1935, 943 ff.

§ 1266

Die Vorschriften der §§ 1205 bis 1257 finden insoweit keine Anwendung, als sich daraus, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt, Abweichungen ergeben. In dem Falle des § 1254 tritt an die Stelle des Anspruchs auf Rückgabe des Pfandes das Recht, die Aufhebung des Pfandrechts zu verlangen¹⁾ 2).

§ I 1197 II 1173; M 3 847, 848; P 3 502.

1. Anwendung der allgemeinen Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen auf das Pfandrecht an eingetragenen Schiffen. Die Vorschriften greifen wie folgt ineinander: Das Pfandrecht an eingetragenen Schiffen ist Pfandrecht an beweglichen Sachen; daher finden darauf an sich die allgemeinen Vorschriften des BGB über das Pfandrecht an beweglichen Sachen unmittelbar Anwendung. Diese sind insoweit nicht anwendbar, als sie durch besondere Vorschriften in den §§ 1260—1265, 1267—1271 ersetzt oder geändert sind. Auch im übrigen können die §§ 1205—1257 nur insoweit Anwendung finden, als sich das mit dem grundsätzlichen Unterschied verträgt, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt (RG 108, 165; 134, 118). Unanwendbar sind daher insbesondere die §§ 1205—1207 (RG 74, 408). Anwendbar sind dagegen die §§ 1204 (RG HRN 1938 Nr 151), 1211, 1216 (RG 97, 66), 1222, 1224, 1225, 1227, 1229, 1249, 1520, 1252, 1253, 1255, 1256, außerdem § 1254 mit der Maßgabe, daß der Verpfänder und Eigentümer die Aufhebung des Pfandrechts verlangen kann, wenn dem Pfandrecht eine Einrede entgegensteht, die seine Geltendmachung dauernd ausschließt. Die Bestimmung in § 1257, daß die Vorschriften über das rechtsgeschäftlich bestellte Pfandrecht auf das kraft Gesetzes bestehende Pfandrecht entsprechende Anwendung finden, ist gleichfalls ohne weiteres anwendbar sowohl auf das gesetzliche Pfandrecht am Schiff nach § 647 als auch auf die gesetzlichen Pfandrechte der Schiffsgläubiger. Entsprechend anwendbar sind danach aber nicht nur die Vorschriften aus den §§ 1205—1256, die für das durch Rechtsgeschäft bestellte Schiffspfandrecht gelten, sondern auch die Vorschriften über das Schiffspfandrecht selbst (RG 108, 165). Von Bedeutung ist hier § 1268, allerdings nur für den Fall des § 647 BGB (gesetzliches Pfandrecht des Werkunternehmers; vgl. RN 4, 221), da für die Befriedigung der Schiffsgläubiger § 761 und BinnenSchG § 103 Abs 3 gelten. Die im Anschluß an RG 108, 165 früher hier vertretene Ansicht, § 1253 gelte nicht für das gesetzliche Pfandrecht des Werkunternehmers an einem Schiff (§ 647), ist in RG 134, 119 unter Zustimmung des Senats, der früher abweichend erkannt hatte, nicht aufrecht erhalten worden. § 1253 ist anwendbar und deshalb endet das Unternehmerpfandrecht mit der Herausgabe des Schiffes. Die Einschränkungen der Anwendbarkeit von §§ 1205—1257 in § 1266 beziehen sich nur auf Abweichungen, die sich daraus ergeben, daß der Pfandgläubiger den Besitz des Schiffes nicht erlangt, d. h. zur Entstehung seines Pfandrechts nicht zu erlangen braucht. § 1266 spricht also gerade für die Anwendbarkeit des § 1253 auf das Unternehmerpfandrecht (vgl. hierzu Wüstendörfer ZAFDR 1935, 949f.; A 1 zu § 1253; A 4 zu § 1262).

2. Eigentümerhypothek. Befriedigt der Schiffseigentümer, der nicht zugleich der persönliche Schuldner ist, den Gläubiger, so geht dessen Forderung zusammen mit dem Pfandrecht auf ihn über. Das Pfandrecht erlischt trotz der Vereinigung mit dem Schiffseigentum nicht, weil der Eigentümer am Fortbestehen ein rechtliches Interesse hat. Dies folgt aus § 1266 in Verb. mit §§ 1225, 1250, 1256 Abs 2 (vgl. Wüstendörfer aaO. 941).

§ 1267

Der Verpfänder kann gegen Befriedigung des Pfandgläubigers die Aushändigung der zur Löschung des Pfandrechts erforderlichen Urkunden verlangen. Das gleiche Recht steht dem persönlichen Schuldner zu, wenn er ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des Schiffsregisters hat.

§ II 1174; P 3 739.

Zur Löschung erforderliche Urkunden sind die den Formerfordernissen des FGG § 107 entsprechenden Urkunden über die Löschungsbevollmächtigung oder das Erlöschen der Forderung.

Die Befriedigung des Pfandgläubigers kann auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung eintreten; dies ergibt sich aus § 1224 (§ 1266 A 1). Vgl. im übrigen §§ 1144, 1167.

§ 1268

Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus dem Schiffe und dem Zubehör nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen¹⁾ 2).

§ I 1204 II 1175; M 3 849, 850; P 3 504; 4 611.

1. Die Befriedigung des Pfandgläubigers durch Zwangsvollstreckung findet nach Maßgabe der §§ 864, 865, 870 Abs 2 ZPO und der §§ 162—170 ZVG statt (vgl. § 1003 A 2). Als Vollstreckungstitel genügt das vollstreckbare Urteil oder die sonst vollstreckbare Urkunde gegen den Schuldner, wenn dieser Eigenbesitzer (§ 872) des Schiffes ist. Befindet sich ein anderer im Eigenbesitz des Schiffes, so muß erst gegen ihn durch Klage auf Duldung der Zwangsversteigerung ein Vollstreckungstitel geschaffen werden (ZVG § 164). Die Unterwerfung des Schiffseigentümers unter die sofortige Zwangsvollstreckung in der Weise, daß die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Schiffes zulässig sein soll, ist unzulässig (RZM 10, 122).

2. Zwangsvollstreckung aus gesetzlichem Pfandrecht an Schiffen: RZM 4, 221 (vgl. § 1266 A).

§ 1269

Ist der Gläubiger unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Pfandrecht ausgeschlossen werden, wenn die im § 1170 oder die im § 1171 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt das Pfandrecht. Die Vorschrift des § 1171 Abs 3 findet Anwendung.

§ II 1176; P 3 507, 508, 739; 6 391, 392.

Aufgebot und Ausschließung unbekannter Schiffspfandgläubiger. Für das Verfahren gelten ZPO §§ 988, 1024 ZPO (vgl. auch HGB § 765; BinnenSchG 110).

§ 1270

Auf das Pfandrecht für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, finden die Vorschriften des § 1189, auf das Pfandrecht für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber finden auch die Vorschriften des § 1188 entsprechende Anwendung.

§ II 1178; P 4 611, 612.

Vgl. die Anm. zu §§ 1188, 1189.

§ 1271

Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Schiff haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Der Höchstbetrag muß in das Schiffsregister eingetragen werden.

Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet.

§ II 1177; P 3 730.

Vgl. §§ 1190 Abs 1, 2 (1264 A 1). Unterschiede gegenüber der Höchstbetragshypothek ergeben sich daraus, daß im Bereich des Schiffspfandrechts ein der Eigentümergrundschuld ähnliches Gebilde nicht entstehen kann. Das Schiff ist also immer nur insoweit belastet, als die gesicherte Forderung reicht. Der eingetragene Höchstbetrag entscheidet nicht.

§ 1272

Die Vorschriften der §§ 1260 bis 1271 gelten auch für das Pfandrecht an einer Schiffspart^{1—4}).

§ I 1205 II 1179; M 3 850, 851; P 3 504—506.

1. Schiffspart im eigentlichen, engeren Sinne ist nach HGB §§ 474 ff. ein Anteil an einem Schiff, das zum Erwerb durch die Seefahrt bestimmt ist, und zwar Anteil eines Miteigentümers mit der Besonderheit, daß in dem Miteigentumsanteil sich zugleich die Teilhaberschaft an der Erwerbsgesellschaft verkörpert. Das Binnenschiffahrtsgesetz kennt den Begriff nicht. Aber § 858 ZPO bezeichnet damit jeden Anteil an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiff. In diesem Sinn ist er auch im § 1272 zu verstehen.

2. Bruchteilverpfändung. Ob es überhaupt möglich ist, einen Bruchteil eines im Alleineigentum stehenden eingetragenen Schiffes zu verpfänden, ist streitig. Hat man anzunehmen, daß im allgemeinen Bruchteile beweglicher Sachen verpfändet werden können — und darüber herrscht

Einigkeit (vgl. § 1258 A 6) —, so muß man jedenfalls bei nicht eingetragenen Schiffen die Bruchteilverpfändung zulassen. Steht aber dies fest, so ist aus der Sonderart des Registerpfandrechts kein triftiger Grund gegen eine solche Bruchteilverpfändung bei eingetragenen Schiffen herzuleiten. Fraglich wird allerdings sein, inwieweit auf dem Gebiete des Seerechts die Möglichkeit der Bruchteilverpfändung neben der der Schiffspart gegeben ist. Soweit man die Bruchteilverpfändung bei eingetragenen Schiffen als zulässig anzuerkennen hat, werden auf ein solches Pfandrecht die Vorschriften über das Schiffspfandrecht und insbesondere die über das Pfandrecht an der Schiffspart entsprechend anzuwenden sein.

3. Für entsprechende Anwendung des § 1258 auf die Schiffspart im Sinne des § 474 HGB ist überhaupt kein Raum, für entsprechende Anwendung auf andere Miteigentumsanteile an eingetragenen Schiffen und Bruchteile, die nicht Miteigentumsanteile sind, kommen nur § 1258 Abs 2, 3 in Betracht, da Abs 1 den Besitz des Pfandes voraussetzt. Hinsichtlich der Bezeichnung der Schiffspart im Eintragungsantrag: RZM 11, 99.

4. Die Zwangsvollstreckung zur Befriedigung aus der verpfändeten Schiffspart ist in ZPO § 858 geordnet, die Zwangsversteigerung zwecks Aufhebung der Gemeinschaft in den §§ 180 ff. ZVG. Das Pfandrecht am ganzen Schiff geht dem an der Schiffspart vor, § 1261 regelt nur den Rang der an dem Schiff bestellten Pfandrechte. Entsprechend bleiben die Pfandrechte am Schiff bei der Zwangsvollstreckung in die Schiffspart außer Betracht (§ 858 Abs 6 ZPO). Der Rang mehrerer Pfandrechte an einer Schiffspart richtet sich nach § 1272 aber wiederum nach der Vorschrift des § 1261.

Zweiter Titel

Pfandrecht an Rechten

§ 1273

Gegenstand des Pfandrechts kann auch ein Recht sein ¹⁾.

Auf das Pfandrecht an Rechten finden die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1274 bis 1296 ein anderes ergibt ²⁾. Die Anwendung der Vorschriften des § 1208 und des § 1213 Abs 2 ist ausgeschlossen ³⁾ 4).

§ 1 1208, 1209, 1214 II 1180; Nr 3 852, 854, 855, 857, 858; P 3 517, 519, 521.

1. Recht als Gegenstand des Pfandrechts (vgl. auch § 1068). Nach dem Wortlaut hat es den Anschein, als ob jedes Recht, gleichviel welcher Art, verpfändet werden könnte. In Wirklichkeit bestehen, abgesehen von der Einschränkung auf übertragbare Rechte im § 1274, wesentliche Einschränkungen. Es scheiden aus: das Eigentum an Sachen, denn es ist die Grundlage des Sachpfandrechts; die Anteile der Miteigentümer, denn sie werden dem Eigentum gleich behandelt (§ 1204 A 3; § 1258 A 1; RG 146, 335); die Rechte, die den Grundstücken gleichgestellt sind, wie das Erbbaurecht (§ 1017, jetzt § 11 Abs 1 der ZD über das Erbbaurecht vom 15. 1. 1919, RGBl 1919, 72; 1935 I, 418), und die auf den Gebieten der landesrechtlichen Vorbehalte durch Landesgesetz den Grundstücken gleichgestellten selbständigen Rechte, für die nur die Belastungsformen des Grundstücksverkehrs in Frage kommen. Aber auch die geschäftlichen Unternehmungen als solche scheiden aus, weil sie wohl den Gegenstand schuldrechtlicher Beziehungen, aber nicht einen einheitlichen dinglichen Rechts bilden können (RG 70, 231; 95, 237). Ferner kommen für eine Verpfändung die Rechte nicht in Betracht, die nicht selbständig verkehrsfähig sind: so die Grunddienstbarkeiten und alle sogenannten subjektivdinglichen Rechte als untrennbar von dem herrschenden Grundstücke, die Hypothek und das Pfandrecht als untrennbar von der Forderung, die sie sichern, der Titel einer Zeitschrift als untrennbar von dieser, die Firma als untrennbar vom Geschäft (RG 68, 55; 95, 236), andererseits unselbständige Einzelbesugnisse, die nur den Ausfluß eines anderen Rechtes bilden, z. B. der Anspruch des Miterben auf Auseinandersetzung, der Anspruch auf Teilung einer ehelichen Gütergemeinschaft (BayObLG 10, 4). Nicht Gegenstand des Pfandrechts können mit Rücksicht auf seinen Zweck und Inhalt auch alle die Rechte sein, die nicht Vermögensrechte sind, sowie solche Rechte, die nicht verwertet, d. h. nicht auf dem Wege der Verreibung oder Veräußerung zu Geld gemacht werden können (vgl. § 1204 A 4).

Hiernach bleiben als Rechte, die den Gegenstand des Pfandrechts bilden können, der Hauptsache nach übrig die Forderungen, Grundschulden, Rentenschulden, angefallenen Erbschaften, Erbteile, d. h. die Rechte der Miterben am Nachlaß als an einem Inbegriff von Rechten und Pflichten (RG 84, 396; 87, 324; 90, 234; über die Zulässigkeit der Eintragung der Verpfändung eines Erbanteils im Grundbuch: RG HRN 1934 Nr 1055; § 1276 A 1), der Pflichtteilsanspruch nach § 2317, wenn er auch nach § 852 ZPO nicht unbeschränkt pfändbar ist, Urheberrechte, Verlags-

rechte, Patentrechte und sonstige selbständige gewerbliche Schutzrechte (über die Zwangsvollstreckung in solche Schutzrechte: *Berner DM* 1939, 217); ferner Steuergutscheine (§ 1293 A) und der Anspruch auf solche (*Durchf. D.* vom 26. 4. 1939 *RGBl* I, 829 § 12), endlich gewisse Gesellschaftsanteile, insbesondere Aktienrechte, Geschäftsanteile bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung. An zukünftigen Rechten kann vor ihrer Entstehung ein Pfandrecht ebenso wenig entstehen und bestehen wie an zukünftigen Sachen. Die Pfandbestellung kann aber, wie für zukünftige Sachen (vgl. § 1204 A 7), so auch für zukünftige Rechte derart vorbereitet werden, daß die Einigung der Beteiligten und selbst die Mitteiluna an den zukünftigen Drittverpflichteten schon vor der Entstehung des Rechtes für den Fall der Entstehung stattfindet, so daß zugleich mit dem Recht auch das Pfandrecht daran ins Leben tritt (*RG* 55, 334; 67, 166; 68, 56; 75, 225; 82, 229; *Warn* 1911 Nr 274). Immer aber muß die künftige Forderung wenigstens bestimmbar sein; sie muß nach dem zur Zeit der Verpfändung geltenden Recht möglich, die Rechtsgrundlage für die Möglichkeit ihrer künftigen Entstehung muß gegeben sein, wenn auch der tatsächliche Tatbestand, an den das Vorhandensein der Forderung geknüpft ist, noch nicht vollständig verwirklicht sein mag (*RG* 134, 227; 149, 21; *RG* *HR* 1935 Nr 576). Der Bestimmbarkeit steht es nicht entgegen, daß im Zeitpunkt der (Abtretungs-)Erläuterung die Person des Schuldners oder der Inhalt des (abgetretenen) Anspruchs noch nicht bezeichnet werden kann; er genügt, daß dies im Zeitpunkt der Abtretung (Verpfändung) möglich ist (*RG* 136, 103). Möglich ist hiernach sogar die Verpfändung „aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen“ gegen einen bestimmten Schuldner (*RG* 136, 425; *RG* *ZB* 1911, 367²³). Eine Vereinbarung, wonach die künftige Forderung einer Fabrik gegen ihre Abnehmer aus einem Werklieferungsvertrag insoweit abgetreten (oder verpfändet) wird, als in ihr das Entgelt für solche bei dem Werk verwendete Waren steckt, die der Abtretungsempfänger (Gläubiger) dem Fabrikherrn geliefert hat, ist mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Abtretungsgegenstandes nichtig (*RG* 142, 139). Dieses Bedenken besteht nicht, wenn alle Forderungen abgetreten (verpfändet) sind, die aus der Weiterveräußerung der gelieferten Ware entstehen, gleichviel, ob diese in unverändertem Zustand oder nach Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung weiterveräußert wird. Nur darf auch hier keine Unklarheit über den Umfang der abgetretenen (verpfändeten) Forderungen bestehen (vgl. *RG* 155, 26; *RG* *ZB* 1939, 563²⁴). Es genügt, daß die Bestimmung (z. B. bei der Haftpflichtversicherung [vgl. darüber *Lhes* *DZ* 1938, 938; 1939, 81, 782; *Feldrich* *DZ* 1938, 1356; 1939, 777; § 1274 A 2]) durch das bei der Verpfändung mindestens als möglich vorausgesetzte (schädigende) Ereignis eintritt. Aktienrechte können schon vor der Ausgabe der Aktienurkunden bestehen; ihre Verpfändung ist alsdann rechtlich möglich (*RG* 86, 155; *RG* 24. 5. 17 II 551/16). Über die Bedeutung der Abrede, daß Forderungen des Kunden, die in die Verfügungsgewalt der Bank gelangt sind, als Pfand für die Ansprüche der Bank an den Kunden dienen sollen: *RG* 116, 200 ff.; über die Verpfändung von künftige möglicherweise entstehenden Eigentümergrundschulden: vgl. A 3 zu § 1163 und A 1 zu § 1190; über die Verpfändung der Anwartschaft beim Eigentumsvorbehalt (§ 455): § 1204 A 2 Abs 2.

2. Die Vorschriften über das Sachpfandrecht sind auf das Pfandrecht an Rechten nicht gleichmäßig anzuwenden. Denn die Voraussetzungen der Entstehung und des Bestandes des Pfandrechts (Einigsein, Übergabe, Eintragung) weichen bei den einzelnen Arten des Pfandrechts an Rechten voneinander ab. Als allgemein anwendbar können angesehen werden die §§ 1204, 1209, 1210, 1211, 1213 Abs 1, 1214, 1222, 1223 (*RG* *DZ* 1929, 442), 1224—1226, 1228 Abs 2, 1229, 1232 (*RG* 87, 325; 97, 42), 1249, 1250, 1252 (*RG* 145, 331), 1256 (*RG* 154, 383). Anwendbar ist auch der Grundsatz, daß ein Pfandrecht nicht durch Vertrag zugunsten eines Dritten bestellt werden kann (A 1 zu § 929 und A 2 zu § 1205). Im einzelnen ist noch zu bemerken: Erlischt ein Pfandrecht an den Anteilen einer GmbH, so ist in entsprechender Anwendung von § 1223 Abs 1 der bisherige Pfandgläubiger verpflichtet, die über die Anteile ausgefertigten und ihm eingehändigten Scheine zurückzugeben und jeden Eingriff in die Rechte der Anteilseigner zu unterlassen (*RG* 100, 277). Die Vorschrift des § 1225 Abs 1 ist entsprechend anwendbar, auch wenn die Befriedigung aus dem Pfande bewirkt wird (*RG* *Recht* 1918 Nr 244—246; vgl. § 1225 A 1). Die übrigen Vorschriften sind — abgesehen von den überhaupt von der Anwendung ausgeschlossenen §§ 1208, 1212, 1213 Abs 2 (§ 1213 A 5) — uneingeschränkt nur auf das Pfandrecht an Inhaberpapieren, sonst teils gar nicht, wie § 1207, teils nur für einzelne Arten des Pfandrechts an Rechten und mit Einschränkungen anwendbar, § 1227 z. B. nur, wenn der Pfandgläubiger in den Besitz eines körperlichen Gegenstandes, etwa einer Urkunde, gelangt ist (*RG* 14. 5. 18 VII 51/18). Unanwendbar sind insbesondere die Vorschriften über den Pfandverkauf (§§ 1228 Abs 1, 1230—1248), da aus Rechten mit Ausnahme der Fälle der §§ 1293, 1295 grundsätzlich nicht durch gewöhnlichen Pfandverkauf, sondern nach § 1277 nur im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung gesucht werden kann (vgl. *RG* 61, 333). Wer einen Erbteil verpfändet erhalten hat, darf dessen Versteigerung, die ein nachstehender Pfandgläubiger auf Grund gerichtlicher Anordnung (§ 857 Abs 5 *ZPO*) vornimmt, nur dann widersprechen, wenn schon vor der Anordnung der Versteigerung seine eigene Rechtsstellung eine abweichende Richtung eingenommen hatte, z. B. durch einen Antrag auf Auseinandersetzung nach § 86 Abs 2 *ZGB*; dies folgt aus dem Grundsatz (§ 1232),

daß der nachstehende Pfandgläubiger das Pfand veräußern darf, wenn bei ihm alle Voraussetzungen dazu erfüllt sind, der vorgehende Pfandgläubiger aber tatsächlich oder rechtlich dazu noch nicht in der Lage ist (**RG** 87, 327; vgl. auch **RG** 97, 42).

3. Das Pfändungspfandrecht an Rechten folgt den Regeln der **ZPO** §§ 828 ff. Gesetzliche Pfandrechte an Rechten sind in **HGB** §§ 399 (Kommissionärpfandrecht an Forderungen), 756, 758 (Pfandrecht der Schiffsgläubiger an der Fracht) gegeben. Auf sie sind die Vorschriften der §§ 1273 ff. entsprechend anzuwenden.

4. Zwischenstaatliches Recht und Verhältnis zum österreichischen Recht: **U 3** vor § 1204.

§ 1274

Die Bestellung des Pfandrechts an einem Rechte erfolgt nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften¹⁾. Ist zur Übertragung des Rechtes die Übergabe einer Sache erforderlich, so finden die Vorschriften der §§ 1205, 1206 Anwendung²⁾.

Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ein Pfandrecht an dem Rechte nicht bestellt werden³⁾.

§ 1 1207, 1208, 1210 II 1181; **M 3** 852—855; **P 3** 517, 519.

1. Die Bestellung des Pfandrechts an Rechten. Der Satz, daß die Pfandbestellung nach den Vorschriften zu geschehen hat, die für die Übertragung des Rechtes gelten, bedeutet nicht, daß zum Zwecke der Pfandbestellung eine Übertragung des Rechtes, d. h. eine — an sich natürlich mögliche — Sicherungsübereignung stattzufinden hätte (**RG** Gruch 49, 97). Vielmehr wird als Willenstatbestand, wie bei jeder Pfandrechtsbestellung, das Einigsein des Verpfänders und des Gläubigers dahin vorausgesetzt, daß dem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung das Pfandrecht an dem Rechte zusehen soll (§ 1205) und daneben wird verlangt, daß die Beteiligten außerdem den äußeren Geschäftstatbestand erfüllen, den das Gesetz für die Übertragung des Rechtes selbst vorschreibt. Sie haben also, wo für die Übertragungserklärung schriftliche Form vorgeschrieben ist, die Pfandbestellungserklärung schriftlich abzugeben; sie haben, wenn die öffentliche Beurkundung der Übertragung vorgeschrieben ist, die Pfandbestellung beurkunden zu lassen; wo für die Übertragung des Rechtes die Eintragung ins Grundbuch vorgeschrieben ist, haben sie die Verpfändung ins Grundbuch eintragen zu lassen, und der Verpfänder hat in den Fällen, in denen z. zur Übertragung einer Grundschuld die Übergabe des Grundschuldbriefs nötig ist, auch zum Zwecke der Verpfändung der Grundschuld dem Gläubiger den Grundschuldbrief zu übergeben (**RG** **ZB** 04, 485⁴; **RG** 21. 3. 08 V 375/07).

Welche Vorschriften für die Übertragung des Rechtes im einzelnen Falle gelten, bestimmt sich nach der Art des zu verpfändenden Rechtes. Hier sollen nur die hauptsächlichsten herausgegriffen werden: Allgemein gilt für Forderungen, für die nichts anderes vorgeschrieben ist, daß zur Übertragung ein (formloser) Vertrag zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger notwendig ist (§ 398, vgl. dazu § 1280). Das gleiche gilt von der Übertragung von Patentrechten (**RG** 75, 225). Für die Abtretung von Hypothekforderungen ist Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich (**RG** 149, 95; vgl. hierzu auch **RG** 63, 230; 78, 26 betr. Hypotheken- oder Grundschulden-Abtretung und -Verpfändung durch eine unausgefüllte Urkunde oder eine wiederverwendete alte Urkunde; die etwa noch verbliebenen Zweifel sind jetzt dahin gelöst, daß die Blankoabtretung unwirksam ist und auch nicht durch nachträgliche Ausfüllung des Namens wirksam wird, daß die Blankoverpfändung aber wirksam ist, wenn auch das Pfandrecht erst mit der abredemäßigen Ausfüllung und durch diese entsteht [**RG** 29. 10. 27 V 56/27]). Darüber, daß ein Vertrag über die Verpfändung von Hypothekenbriefen oder über deren Hinterlegung bei einem Notar zur Sicherheit des Darlehensgläubigers als Verpfändung der Hypotheken selbst aufgefaßt werden kann: **RG** 149, 95; Warn 1932 Nr 137). Die Verpfändung des Hypothekenbriefs allein hat keine Pfandwirkung, weder für die Forderung noch für den Brief (§ 1204 A 4). Ist die Erteilung des Briefes ausgeschlossen, so bedarf es zur Abtretung der Einigung über die Rechtsänderung und ihrer Eintragung in das Grundbuch (§§ 1154, 873). Handelt es sich solchenfalls um eine Gesamthypothek, so entsteht das Pfandrecht daran erst, wenn die Rechtsänderung auf allen beteiligten Grundbuchblättern eingetragen ist (**RG** 63, 74). Wegen der Verpflichtung zur öffentlichen Beglaubigung der Verpfändungserklärung: § 1154 Abs 1 Satz 2; **RG** Warn 1935 Nr 102. Eine durch Hypothek gesicherte Forderung kann ohne die Hypothek wie nicht abgetreten, so auch nicht verpfändet werden (**RG** Warn 1918 Nr 56). Die schriftliche Verpfändungserklärung muß auch die Angabe der Forderung enthalten, welche gesichert werden soll (**RG** 136, 424). Ist die Forderung irgendwie in der Urkunde, wenn auch nur unvollkommen bezeichnet, so genügt es, daß sie in Verbindung mit anderen, selbst außerhalb der Urkunde liegenden Umständen, festgestellt werden kann (**RG** **HR** 1935 Nr 675; Warn 1935 Nr 102; **ZB** 1937, 2619¹⁷). Soweit

für eine Verpfändungs- (oder sonstige Willens-) Erklärung Schriftlichkeit vorgegeschrieben ist, muß die Erklärung in ihrer Gesamtheit in einer Urkunde enthalten sein; erstreckt sie sich über mehrere Blätter, so müssen diese zu einer einheitlichen Urkunde im Rechtssinne zusammengefaßt werden; enthalten sie in sich selbständige Willenserklärungen, so bedarf es außerdem einer Bezugnahme der einen auf die andere (RG 136, 424). Zur „Erteilung“ einer schriftlichen Erklärung (§§ 1274, 1154) ist aber die Ausübung des sie enthaltenden Schriftstücks nicht erforderlich, sondern jeder Vorgang genügt, durch den sich der Erklärende des Schriftstücks in solcher Weise zugunsten des Erklärungsempfängers entäußert, daß dieser darüber verfügen kann (RG 148, 353f.; HR 1935 Nr 675). Dies ist bei der Hypothekenverpfändung wichtig, wenn die Verpfändungserklärung selbst die pfandgesicherte Forderung zwar nicht bezeichnet, diese Angabe sich aber aus ergänzenden Urkunden ergibt, die sich bei den Gerichtsakten befinden, wo sie dem Erklärungsgegner zur Verfügung stehen (RG 148, 353f.). — Über die Verpfändung von Hypothekenforderungen in Bankbedingungen und ihre (zulässige) Bezeichnung durch die Bezugnahme auf ein künftiges Ereignis, den Besitzwerb der Bank an den entsprechenden Hypothekenbriefen: RG Warn 1933 Nr 115; HR 1935 Nr 675. Zur Abtretung eines Geschäftsanteils einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und demgemäß auch zur Verpfändung bedarf es nach GmbHG § 15 Abs 3 eines in öffentlicher Form geschlossenen Vertrags (RG 53, 107; 58, 223; JW 04, 4517; Warn 1912 Nr 92; bloße Übergabe der Anteilscheine genügt nicht, RG 28. 10. 21 VII 78/21). Derselben Form bedarf es zur Verpfändung des Anteils an einem Nachlaß (§ 2033 Abs 1 Satz 2; RG 90, 234).

Der **schuldrechtliche Vertrag**, durch den sich jemand zur Verpfändung eines Rechtes verpflichtet, bedarf keiner Form (vgl. RG 58, 226, betr. die G. m. b. H.-Anteile). Zu beachten ist deshalb, daß in einer Verpfändungserklärung, die zur Bestellung des Pfandrechts an dem Recht nicht genügt, eine Verpflichtung zu einer solchen Bestellung liegen kann (RG JW 1937, 2118²⁰).

Die Ermächtigung, die zur Entstehung des Pfandrechts erforderlichen Mitteilungen an den Schuldner (§ 1280) im Namen des Verpfänders abzugeben, kann auch als Ermächtigung des Pfandgläubigers zum Abschluß des Verpfändungsvertrags mit sich selbst (§ 181) ausgelegt werden (RG JW 1932, 39²). Die Verpfändung eines (Feuer-) Versicherungsanspruchs hinsichtlich der einem Grundstückseigentümer zustehenden Entschädigungen (für bewegliche Sachen) ist in der Weise denkbar, daß der Versicherer in Vollmacht des Eigentümers den Hypothekensicherungsschein an den Pfandgläubiger absendet; in dessen Schweigen nach Entgegennahme des Scheins kann die Annahme des Verpfändungsantrags liegen (RG JW 1932, 2538²⁰, insoweit in RG 135, 159 nicht mit abgedruckt). — Räumt der Abtretungsempfänger einer Forderung einem Pfandgläubiger einen „Vorrang“ an ihr ein, so kann darin die Bestellung eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts liegen (RG JW 1934, 221⁹). Daneben bleibt solchenfalls der Weg über § 185 Abs 2 offen, um eine wegen Nichtanzeige (§ 1280) unwirksame Pfandrechtbestellung wirksam zu machen (Lehmann JW 1934, 221).

2. Verpfändung der Forderung mittels Übergabe einer Sache. In Betracht kommt hauptsächlich die Verpfändung einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld mittels Übergabe des Briefes (vgl. § 1205 A 8; § 1274 A 1 Abs 2). Aber auch Wechsel und Schecks können nach § 1274 verpfändet werden, wenn das wohl auch nicht oft vorkommen wird (vgl. darüber § 1292 A 1). — Durch die Bezugnahme auf die §§ 1205, 1206 wird die Anwendung der §§ 930 u. 931 abgelehnt und die Verpfändung unter Vorbehalt ausgeschlossen, aber die Verpfändung durch Einräumen des Mitbesitzes ermöglicht (RG Warn 1914 Nr 58; HR 1935 Nr 675; RG JW 1934, 1669¹; 1936, 1136¹⁵). Die Begründung eines bloßen Besitztenerverhältnisses im Sinne des § 855 reicht für die Übergabe nicht aus (RG 92, 265).

Für die Verpfändung der Rechte aus dem Lagervertrag ist bei Ausstellung eines Lagerempfangscheins die Anzeige des Verpfänders an den Schuldner (Lagerhalter) erforderlich (§ 1280); bei Ausstellung eines Namenslager Scheins bedarf es außer dem Verpfändungsvertrag auch der Übergabe des Papiers, dann ist also § 1274 Abs 1 Satz 2 anwendbar (Gadow VerK 1937, 158 gegen § 48 C der Allg. Deutschen Spediturbedingungen); über die Verpfändung des Lagergutes selbst mit Hilfe des Lagerempfangscheins, des Namens- und des Inhaberlager Scheins: das. 195.

3. Unübertragbare Rechte sind solche Rechte, die nach besonderer Gesetzesvorschrift oder nach ihrem Inhalt nicht abgetreten werden können, und insbesondere Forderungen, deren Abtretung nach § 399 durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Gesehlich unübertragbar sind u. a. Vereinsmitgliedschaftsrechte (§ 38), unpfändbare Forderungen (§ 400; vgl. § 394 A 1 und RG 106, 125), Vorkaufrechte (§ 514), im Zweifel Ansprüche auf persönliche Dienstleistungen (§ 613), gewisse Ansprüche der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis (§ 717; RG Warn 1910 Nr 55; wobei aber zu beachten, daß § 717 nachgiebiges Recht enthält [RG Warn 1920 Nr 10; vgl. § 1280 A 1; Crisolti JW 1935, 842]), eine dagegen verstößende Verfügung auch nur den geschützten Personen gegenüber unwirksam ist (RG 92, 400); ferner Schmerzensgeldansprüche (§ 847), der Mißbrauch (§ 1059; RG SeuffBl 75, 719), die beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1092), sowie eine Reihe von Rechten aus dem Gebiete des Familienrechts (§§ 1300, 1408, 1427, 1442, 1487, 1519, 1549, 1585, 1623, 1658), der gegen die Versicherungsgesellschaft

gerichtete Befreiungsanspruch eines gegen Haftpflicht Versicherter (RG 70, 257; 158, 12); vgl. aber über die Verpfändbarkeit der Ansprüche des Versicherungsnehmers aus der Haftpflichtversicherung zu Gunsten des durch das Haftpflichtereignis Geschädigten und die damit zusammenhängenden Fragen: Thees DJ 1938, 938; 1939, 81, 782; Heldrich DJ 1938, 1355; 1939, 777 (oben § 1273 A 1 [in Österreich besteht insoweit ein gesetzliches Pfandrecht]). — Nach seinem Inhalt unverpfändbar ist z. B. der Anspruch des Bauarbeiters auf Vergütung des Bauarbeitslohn; die Verpfändung wäre mit dem Vertragszweck unvereinbar. Abgetreten werden kann der Anspruch nur mit Zustimmung der Bauparke und unter gleichzeitiger Übernahme des Bauarbeitervertrags durch den neuen Gläubiger. Durch Vertrag und mit dinglicher Wirkung kann z. B. die Verpfändbarkeit einer Hypothek ausgeschlossen werden (HR 1934 Nr 557). — Ist bei einer Lebensversicherung ein Bezugsberechtigter genannt, so ist die Verpfändung des Anspruchs auf die Versicherungssumme durch den Versicherungsnehmer nur möglich, wenn er die Kennung des Bezugsberechtigten widerrufen darf und auch (der Gesellschaft gegenüber) widerruft. Sonst erwirbt der Bezugsberechtigte beim Tode des Versicherungsnehmers und Versicherter unmittelbar den — vom Pfandrecht unbeschwerten — Anspruch (RG 127, 269ff.; vgl. auch RG 140, 30ff.). Eine Versicherungsforderung, welche sich auf Grundstückszubehör bezieht, kann trotz § 15 BGB verpfändet werden; denn unter unpfändbaren Sachen im Sinne dieser Vorschrift sind nur solche zu verstehen, die keiner irgendwie gearteten Zwangsvollstreckung unterliegen, nicht aber solche, die, wie das Grundstückszubehör, zwar nicht der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen (§ 865 Abs 2 ZPO), wohl aber der in das unbewegliche Vermögen unterliegen (RG 135, 160). — Ansprüche aus der Sozialversicherung sind nur in beschränktem Umfang unpfändbar: RWB § 119; AngewB § 50; über die Frage der Verpfändbarkeit der Ansprüche aus der Handwerkerversicherung: Ges. vom 21. 12. 1938 RWB I, 1900 und dazu Brunn NeumannsZ 1939, 110. Postsparkasseneinlagen sind zwar übertragbar und pfändbar, aber nicht verpfändbar (I. DurchBd z. Erlaß über das Postsparkassenwesen v. 11. 11. 1938 §§ 16, 17 RWB I, 1647). — Über die Verpfändbarkeit von Mitgliederanteilen an Heubergs-Genossenschaften: JW 1938, 3119²⁴. — Als besondere Gesetzesvorschriften, welche die Abtretung und damit auch die Verpfändung von Rechten ausschließen, kommen insbesondere auch landesrechtliche Vorschriften in Betracht: so die Vorschriften der Landesgesetze über die Unzulässigkeit der Abtretung von Gehaltsansprüchen und Ruhegehaltsansprüchen (RG DJ 1911, 1274).

Kann die Ausübung eines nicht übertragbaren Rechtes einem anderen überlassen werden, so kann auch das Recht auf Überlassung der Ausübung übertragen und verpfändet werden (Prot 3, 517). Eine solche Verpfändung begründet aber kein Pfandrecht an dem auszuübenden Recht selbst. Nießbrauchsrechte und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten sind zwar in gewissem Umfang übertragbar; nur insoweit ist auch ihre Belastung mit einem Pfandrecht zulässig. Abgesehen davon kann an einem Nießbrauch oder an einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nur das Recht zur Ausübung verpfändet werden (Ges über die Veräußerung von solchen Rechten vom 13. 12. 1935, RWB 1935 I, 1468; 1936 I, 489; 1939 I, 972 §§ 1, 2 und Begr. DJ 1936, 21; vgl. RG 159, 193 [208]).

§ 1275

Ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, Gegenstand des Pfandrechts, so finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpflichteten die Vorschriften, welche im Falle der Übertragung des Rechtes für das Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten, und im Falle einer nach § 1217 Abs 1 getroffenen gerichtlichen Anordnung die Vorschrift des § 1070 Abs 2 entsprechende Anwendung^{1) 2)}.

§ 1208 II 1182; M 3 853; P 3 518.

1. Das Verhältnis des aus dem verpfändeten Rechte Verpflichteten zum Pfandgläubiger und Pfandverwalter ist gleichartig dem des Drittverpflichteten beim Nießbrauch an einem Recht (vgl. § 1070 Abs 1 u. 2 und §§ 404ff., sowie insbes. zu den §§ 404, 405: RG Warn 1914 Nr 245). Aus § 1275 in Verbindung mit § 407 Abs 1 ergibt sich, daß die Verpfändung von Forderungen, welche auf Leistungen gehen, gegen den Schuldner nicht nur dann wirken, wenn er durch Anzeige des Gläubigers oder Pfandgläubigers, sondern wenn er auf irgendeine Weise Kenntnis vom lang hat. Das ist RG 52, 143 für die Verpfändung von Hypothekensforderungen ausgesprochen, die ohne eine Anzeige nach § 1280 (das. A 2) bewirkt werden kann. Ist diese Anzeige zur Entstehung des Pfandrechts notwendig, so bindet eine auf andere Art erlangte Kenntnis vom Pfandvertrag den Schuldner nicht. Auch die Grundschuld ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann (RG LZ 1916, 947^o; a. M. RG 93, 236). Nach § 1291 gelten aber die Vor-

schriften über das Pfandrecht an einer Forderung auch für das Pfandrecht an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld. Nach §§ 1275, 1157 Satz 1, 1192 kann der Grundstückseigentümer gegenüber dem Erwerber des Pfandrechts an einer Grundschuld alle Einreden geltend machen, die er auf Grund eines zwischen ihm und dem Grundschuldberechtigten bestehenden schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses gegen die Geltendmachung der Grundschuld erheben darf, außer solchen, die dem Pfandgläubiger beim Erwerb des Pfandrechts an der Grundschuld unbekannt waren (§§ 1157 Satz 2, 892), z. B. die Einrede, der Grundschuldberechtigte habe nach den dem Pfandgläubiger bekannten Vereinbarungen bei der Grundschuldbestellung die Grundschuld nicht für sich geltend machen dürfen, sondern nur als „Treuhand“ eines Dritten für diesen erwerben sollen (RG Warn 1934 Nr 157). — Hat ein Kraftfahrer oder ein Tankstellenleiter mit seinem Dienstherrn oder ein Kellner mit dem Gastwirt ausgemacht, sie könnten ihre Vergütung von dem vereinnahmten Geld abziehen und brauchen nur den Rest abzuführen, so kann sich der Dienstherr gegenüber einem Pfandgläubiger nicht auf diese Abrede berufen (RG 5, 136; 6, 204; SeuffA 86 Nr 20; dazu RG 138, 258; vgl. auch JW 1930, 489⁵).

2. **Entsprechende Anwendung** findet § 1275 auf das gesetzliche Pfandrecht nach § 1257, also z. B. wenn Sicherheit geleistet wird durch Hinterlegung von Geld, dieses in das Eigentum des Staates übergeht und der Berechtigte ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung erwirbt (§§ 232, 233; vgl. jetzt HinterlO vom 10. 3. 1937 §§ 8, 34f., 38 RGBl 1937 I, 285; 1939 I, 377; § 233 A 1 u. 2); ebenso auf das Pfändungspfandrecht, soweit nicht besondere Vorschriften der ZPO eingreifen (vgl. § 1257 A 3). Deshalb wird ein Drittschuldner, der in Unkenntnis der durch Erschließung bewirkten Pfändung an den Gläubiger zahlt, auch dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber befreit (RG 87, 415; vgl. JW 1936, 2000⁸²). — Nicht anwendbar sind die §§ 1275, 404ff., wenn es darum geht, ob die von einem Grundstückseigentümer einem Hypothekengläubiger gegenüber eingegangene Verpflichtung, auf eine Eigentümergrundschuld zu verzichten, auch dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber wirksam ist (vgl. RG Gruch 54, 159, aber auch RG Rechts 06 Nr 1629). Es handelt sich bei dieser Frage nicht um das Verhältnis des Schuldners zu seinem Gläubiger, sondern um eine schuldrechtliche Verpflichtung gegenüber einem Dritten.

§ 1276

1) Ein verpfändetes Recht kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben werden. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich. Die Vorschrift des § 876 Satz 3 bleibt unberührt.

Das gleiche gilt im Falle einer Änderung des Rechtes, sofern sie das Pfandrecht beeinträchtigt 2).

§ I 1213 II 1184; Nr 3 856, 857; P 3 520, 521.

1. **Aufhebung und Änderung eines verpfändeten Rechtes** (vgl. § 1071). Eine Änderung des verpfändeten Rechtes liegt auch dann vor, wenn während des Bestehens des Pfandrechts an einem Erbeil einzelne Nachlassbestandteile veräußert oder belastet werden (RZM 6, 239; RG 90, 236; Warn 1932 Nr 138). Demgemäß bedarf es im Falle der Eintragung der Verpfändung eines Erbanteils bei einem Nachlassgrundstück im Grundbuch zur Zwangsversteigerung des Grundstücks auf Antrag eines persönlichen Gläubigers eines Titels gegen den Pfandgläubiger auf Duldung der Zwangsvollstreckung (GRM 1937 Nr 758). Dagegen ist die Veräußerung eines verpfändeten Erbanteils eines im Grundbuch neben anderen als Miteigentümer kraft Erbengemeinschaft eingetragenen Miterben ohne Zustimmung des Pfandgläubigers eintragbar, auch wenn das Pfandrecht nicht im Grundbuch eingetragen ist (GRM 1934 Nr 265). Die Eintragung der Verpfändung eines Erbanteils im Grundbuch ist an sich zulässig und vom Pfandgläubiger zu betreiben (RG 90, 235; auch GRM 1934 Nr 1055; 1937 Nr 758; § 1273 A 1). Die Frage, ob eine Erbauseinanderlegung für den Pfandgläubiger an einem Erbanteil rechtsunwirksam ist, wenn er nicht zugestimmt hat, ist vom RG 84, 399 ebenso offen gelassen, wie es (RG LZ 1916, 592⁶) die ähnliche Frage nicht entschieden hat, ob zur Kündigung einer Gesellschaft durch einen Gesellschafter, dessen Anteil verpfändet ist, die Zustimmung des Pfandgläubigers notwendig ist. Beide Fragen sind aber zu bejahen, weil durch die Maßnahmen des Miterben und des Gesellschafters unmittelbar das verpfändete Recht aufgehoben wird (so jetzt auch für die erste Frage RG 90, 236). Nur mittelbar trifft das zu, wenn ein Grundstückseigentümer, dessen Mietforderung gepfändet ist, sein Haus dem Mieter aufläßt. Hier ist über das Haus verfügt, nicht über das Recht; § 1276 findet keine Anwendung (SeuffA 71 Nr 162). ...Zweifelhafter sind die Fragen, ob der Vermieter, dessen Mietforderung gepfändet ist, den Mietvertrag ohne Zustimmung des Pfandgläubigers aufheben und durch einen neuen Vertrag ersetzen oder ob ein Grundstückseigentümer ohne Zustimmung der Hypothekengläubiger (§ 1127 Abs 1) eine Feuerversicherung kündigen kann. Grundsätze und nicht unlaute Maßnahmen dieser Art erscheinen aber doch zulässig (OLG 31, 358), da sie nicht unmittelbar das gepfändete Recht aufheben.

Ist ein Anteil an einer GmbH verpfändet, so erlangt der Pfandgläubiger dadurch kein Mitbenutzungs- oder Mitverwaltungsrecht (vgl. hierüber Becker WirtschMsch 1937, 571). Das Stimmrecht verbleibt als körperschaftliches Mitverwaltungsrecht ungeteilt beim Anteilseigner (Gesellschafter), auch wenn der Wert des verpfändeten Anteils durch den Beschluß geschmälert wird (RG 139, 227; 157, 58). Indessen kann durch eine besondere Regelung kraft Parteiwillens dem Pfandgläubiger auch das Stimmrecht derart übertragen werden, daß ihn der Verpfänder zur Ausübung des Stimmrechts im eigenen Namen ermächtigt; dann kann der Pfandgläubiger mit dem ihm verpfändeten Geschäftsanteil selbst auch anders stimmen als der Verpfänder mit einem ihm verbliebenen, nicht verpfändeten Anteil (RG 157, 57; dazu Friedrich ZfR 1938, 388; Barz JW 1938, 1400).

Das Bestehen einer Pfandsicherung an einem (bedingten) Schadenersatzanspruch aus § 717 Abs 2 ZPO hindert nicht, daß Schuldner und Gläubiger sich noch nach Aufhebung eines für vorläufig erklärten Urteils über die streitbefangene Forderung mit der Wirkung vergleichen, der Klagenanspruch bestehe als solcher zu Recht, und daß damit der Schadenersatzanspruch wegfällt (RG 145, 328).

Der Zustimmung des Pfandgläubigers bedarf es nach § 1276 an sich auch, wenn der Pfandschuldner (Versicherungsnehmer) ein mit den Rechten aus einer Lebensversicherung verpfändetes Gewinnanteilguthaben zur Dedung eines rückständigen Versicherungsbeitrags bei der Versicherungsgesellschaft verwenden will. Diese ist aber nicht gehindert, ihre Beitragsforderung aus dem aufgesparten Gewinnanteil des Versicherungsnehmers zu deden, weil beide Ansprüche, der eine Spargelbforderung (vgl. Risch JW 1936, 150; auch RG 155, 191) darstellende Gewinnanteilsanspruch und der Anspruch auf den Versicherungsbeitrag, aus demselben gegenseitigen Vertragsverhältnis herrühren; es entspricht der natürlichen und wirtschaftlichen Betrachtungsweise, das Versicherungsverhältnis und das durch eine Nebenabrede begründete Sparverhältnis zu einem einheitlichen, gegenseitige Rechte und Pflichten erzeugenden Vertragsverhältnis zusammenzufassen, nicht aber in getrennte Verträge aufzuspalten. Kann in derartigen Fällen der Versicherungsnehmer (Pfandschuldner) auch nicht ohne den Pfandgläubiger über die aufgesparten Gewinnanteile verfügen, so muß doch der Versicherer berechtigt sein, seine Beitragsforderung aus den von ihm geschuldeten fälligen Gewinnsparbeträgen zu deden (a. A. Risch a. a. O. und für den Fall, daß der Beitragsrückstand des Versicherungsnehmers erst nach der Verpfändung entstanden ist, unter Berufung auf § 406 Pfand-Flad § 1276 A d.). Es handelt sich hierbei nicht um eine eigentliche Aufrechnung. Daß in solchen Fällen nach Treu und Glauben sogar eine Berechnungspflicht des Versicherers bestehen kann, um den — für den Versicherten und den Pfandgläubiger gleich nachteiligen — Verfall des Versicherungsanspruchs zu verhüten, zeigt die zu Unrecht getadelte Entscheidung RG JW 1936, 177¹.

2. Die Vorschriften über die Wirkungen des guten Glaubens dritter Erwerber bleiben unberührt (R 3, 857).

§ 1277

1) Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus dem Rechte nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen, sofern nicht ein anderes bestimmt ist. Die Vorschriften des § 1229 und des § 1245 Abs 2 bleiben unberührt 2).

§ 1 1216 II 1184; R 3 858, 859; R 3 521.

1. Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Rechtspfand findet mangels anderweitiger Vereinbarung, abgesehen vom Verfahren der §§ 1281—1290 (Forderungseinziehung) und von den Fällen der §§ 1293—1295 (Verfahren mit Wertpapieren), auf Grund eines vollstreckbaren Titels im Zwangsvollstreckungswege statt. Der Vollstreckungstitel muß, wie im Falle des § 1233 Abs 2 gegen den Eigentümer des Pfandes, so hier gegen den Inhaber des verpfändeten Rechtes erwirkt werden. Ob das Urteil die Zwangsvollstreckung zwecks Befriedigung des Pfandgläubigers in das verpfändete Recht für unzulässig erklärt oder dahin lautet, daß der Inhaber des Rechtes sie zu dulden hat — so RG 103, 139 —, bleibt sich gleich. Das Ergebnis ist in beiden Fällen das selbe. Auf Grund dieses Vollstreckungstitels ist nicht, wie es im § 1233 Abs 2 heißt, „der Verkauf nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften zu bewirken“, sondern es ist „die Befriedigung nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften zu suchen“. Dieser Wortlaut zwingt zu der Annahme, daß die Zwangsvollstreckung hier trotz des schon bestehenden Pfandrechts mit der Pfändung zu beginnen hat (RG 103, 139; vgl. auch RG in DRZMspr 1931 Nr 163). Es kann nicht anerkannt werden, daß die Notwendigkeit einer nochmaligen Pfändung zu erheblichen Nachteilen führt. Denn bei der Forderungspfändung geschieht die Pfändung und die Überweisung regelmäßig in einem Zuge, und bei der Zwangsvollstreckung in Ansprüche, die nicht Geldforderungen sind, ist das gleiche der Fall mit der Pfändung und der sich anschließenden Anordnung zum Zwecke der Befriedigung (ZPO §§ 846 ff.). Es

besteht also kein zwingender Grund, von der Regel und vom Wortlaut des Gesetzes abzuweichen. Die Zwangsvollstreckung in die Mieten eines mit einem Nießbrauch belasteten Grundstücks muß sich gegen den Nießbraucher richten, da diesem die Mietforderungen kraft eigenen Rechtes zustehen (RG 93, 121; 68, 426; RG Warn 1922 Nr 67). — Der Pfandgläubiger kann es dem Pfandschuldner überlassen, die verpfändete Schuld gegen den Drittschuldner einzuklagen und Zahlung an den Pfandgläubiger zu verlangen. Dann kann der Drittschuldner auch mit einer Forderung gegen den Pfandgläubiger aufrechnen (RG LZ 21, 380^a). — § 1244 kann nach § 1277 Satz 1 bei dem Pfandrecht an Rechten im allgemeinen nicht eingreifen. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn ausnahmsweise und nach besonderer Abrede die Befriedigung durch freihändigen Verkauf gesucht werden darf und gesucht wird (RG 61, 333; 100, 274; § 1244 A 4; § 1295).

2. § 1246 gelangt nicht zur Anwendung. Die einschränkende Bestimmung des Satzes 2, wonach eine vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung vereinbarte Verfallabrede nichtig ist (§ 1229) und wonach auf die Beobachtung der Vorschriften des § 1235, des § 1237 Satz 1 und des § 1240 nicht vor diesem Zeitpunkt verzichtet werden kann (§ 1245 Abs 2), wird auch durch § 1284 nicht aufgehoben (RG 90, 256). Wegen ihrer Anwendung auf **rechtsähnliche Verhältnisse**: LZ 1915, 1333 und RG LZ 1907, 437^a (Sicherungsabtretung eines Versicherungsscheins). § 1277 Satz 2 ist ebensowenig wie die §§ 1234ff., 1284, 1245 Abs 2 anwendbar, wenn es sich nicht um ein Pfandrecht an einer Grundschuld, sondern um die wesentlich anders geartete Bestellung einer Grundschuld zu Sicherungszwecken handelt, wobei der Sicherungsnehmer hinsichtlich der Verwertung freier gestellt ist und alles auf die Vereinbarungen der Vertragsteile, insbesondere auch auf die Natur des Grundgeschäftes, ankommt (RG 143, 118; 148, 77; § 1245 A 3; § 1284 A).

§ 1278

Ist ein Recht, zu dessen Verpfändung die Übergabe einer Sache erforderlich ist, Gegenstand des Pfandrechts, so finden auf das Erlöschen des Pfandrechts durch die Rückgabe der Sache die Vorschriften des § 1253 entsprechende Anwendung.

§ I 1216 II 1185; W 3 850; P 3 521.

Rückgabe der Sache, deren Übergabe zur Verpfändung des Rechtes erforderlich war, an den Verpfänder oder Inhaber des verpfändeten Rechtes führt zum Erlöschen des Pfandrechts. Die Sache kann auch ein **Wechsel** sein, der, sei es nach § 1292, sei es nach § 1274 verpfändet war (A 1 zu § 1292). Im ersteren Fall geht das Pfandrecht unter, auch wenn der Wechsel nicht zurückindossiert wird. Durchstreichen des Pfandinbessaments bringt dann auch die wechselfähige Legitimation. — Ist die Sache im Besitz des Verpfänders oder Inhabers des verpfändeten Rechtes, so wird vermutet, daß er sie vom Pfandgläubiger zurückgehalten hat (§ 1253 A 1—6).

§ 1279

Für das Pfandrecht an einer Forderung gelten die besonderen Vorschriften der §§ 1280 bis 1290^{1—3}).

§ II 1186; P 3 541.

1. Die Vorschriften der §§ 1280—1290 treten für das **Pfandrecht an Forderungen** als besondere Vorschriften neben die der §§ 1273—1278 und die nach § 1273 entsprechend anzuwendenden noch allgemeineren Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen. Sie beschränken und ändern diese allgemeineren Vorschriften, soweit sie ihnen entgegenstehen, ergänzen sie im übrigen und werden selbst wieder für die Fälle des Pfandrechts an Wertpapieren geändert, beschränkt und ergänzt durch die §§ 1292—1296.

2. Auch an Forderungen, die gegen den Pfandgläubiger selbst bestehen, kann ein Pfandrecht zu dessen Gunsten bestellt werden; das Ergebnis ist dann ein **Pfandrecht an eigener Schuld** (RG 57, 363; 116, 207; LZ 1922, 557^a). Die so verpfändete Forderung kann auch dem Pfandschuldner zustehen (RG 116, 207; 20. 5. 11 V 505/10). — Wegen einer Pfandbestellung auf Zeit: RG 68, 141.

3. Eine besondere Vorschrift gilt für die Verpfändung von Forderungen gegen das Reich, die in das **Reichsschuldbuch** eingetragen sind, nach § 11 des Reichsschuldbuchgesetzes in der Fassung der Bef. v. 31. 5. 1910 RGBl 843. Die Verpfändung erlangt (abgesehen von dem Erfordernis des § 1280) dem Reiche gegenüber nur durch die Eintragung in das Buch Wirksamkeit. Über den Vorbehalt zu ähnlichen Bestimmungen für die **Staatschuldbücher**: EG Art 97. Vorschriften über den **öffentlichen Glauben** von Eintragungen im **Reichsschuldbuch** sind enthalten im Zweiten Teil Kap. VI Art 2 der Zweiten Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 5. 6. 1931 (RGBl I, 279, 291). Diese Vorschriften sind rechtsgültig (RG JW 1932,

1969^b). Bemerkenswert ist darin, daß der gute Glaube eines dritten Pfandrechterswerbers nicht nur geschützt wird, wenn er das Pfandrecht durch Rechtsgeschäft erwirbt, sondern auch, wenn dies im Wege der Pfändung geschieht. Dieses Abweichen von den sonst üblichen Vorschriften über die Wirkungen des guten Glaubens (vgl. z. B. A 4 zu § 892), beruht auf dem Bestreben, der Schuldbuchverwaltung möglichst unanfechtbare Unterlagen für ihre Zahlungen zu geben. — Auch die Schuldbuchforderung eines **Vorzugsrentgläubigers** (§§ 18 ff. des AnleiheablosungsG vom 16. 7. 1925 RGBl 1925 I, 137; 1934 I, 233; 1937 I, 578) sind wie pfändbar so auch verpfändbar; indessen ist eine Verwertung des Pfandrechts bis zum Ablauf der Renten nicht möglich; auch Sicherungsabtretungen sind entsprechend statthaft. Gegen weitere Übertragungen der verpfändeten Schuldbuchforderung kann sich der Pfandgläubiger durch die Eintragung einer Beschränkung des Inhalts schützen, daß jede Verfügung über die verpfändete Forderung der Zustimmung des Pfandgläubigers bedarf (v. Kopp, ZB 1935, 680). Muster für die Verpfändung und Sicherungsabtretung der Vorzugsrente bei Schulzenstein-Dieben, Die Vorzugsrente nach dem AnleiheablosG, 2. Aufl., 1925.

§ 1280

Die Verpfändung einer Forderung¹⁾, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt²⁾, ist nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt³⁾.

§ I 1211 II 1187; W 3 855, 856; P 3 510, 520, 541.

1. Forderung (§ 398). Die Verpfändung von Geschäftsanteilen einer G. m. b. H. oder von anderen Gesellschafts-Geschäftsanteilen untersteht der Vorschrift des § 1280 nicht, da diese Anteile keine Forderungen sind (RG 57, 415). Ob dabei der Geschäftsanteil als solcher verpfändet wird oder der Anspruch des Gesellschafters auf Herausgabe der ihm nach der Auseinandersetzung zuzuteilenden Sachen oder Rechte, macht keinen Unterschied; es handelt sich immer um das nämliche Recht (RG 67, 332). Ebenso trifft § 1280 nicht zu bei der Verpfändung eines Erbteils (RG 84, 398); anders bei der Verpfändung einer Pflichtteils- oder Vermächtnisforderung. Die durch Vertrag begründeten Schürf- und Bohrrechte sind im Geltungsgebiet des preussischen Allgemeinen Vergesetzes dingliche Rechte, nicht Forderungen (RG 97, 38).

2. Daß zur Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, bildet nach § 398 bei Forderungen die Regel (§ 1274 A 1). Deshalb ist zur Verpfändung einer Forderung in der Regel die Anzeige nötig. Auch zur Verpfändung eines Sparkassenguthabens genügt die Übergabe des Sparkassenbuchs nicht, sondern ist die Anzeige erforderlich (DVG 18 S. 189, 192). Das gleiche gilt von der Verpfändung von Versicherungsforderungen, insbesondere aus Lebensversicherungen. Die Übergabe des Versicherungsscheins und die Vorlegung der Verpfändungsurkunde durch den Pfandgläubiger an die Versicherungsgesellschaft genügt nicht. Die Anzeige des Gläubigers der Versicherungsforderung (vgl. RG Wam 1913 Nr 135) an die Versicherungsgesellschaft ist nötig. Auch die mangels Anzeige nicht wirksam gewordene Verpfändung als Abtretung aufrechterhalten (§ 140), geht nicht an (RG 79, 306); dagegen kann sie als schuldrechtliche Verpflichtung zur Verpfändung wirksam sein. Ausnahmen sind insbesondere die Hypothekenforderungen (vgl. § 1274 A 1; § 1275 A 1), so dann die Forderungen aus Wechseln und sonstigen Papieren, die durch Indossament übertragen werden können. In diesen Ausnahmefällen tritt die Wirkung der Verpfändung bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 1274 auch gegenüber dem Schuldner der verpfändeten Forderung sofort ohne Anzeige an ihn und ohne seine Kenntnis ein. Hat er in solchem Falle in Unkenntnis der Verpfändung, aber gegen Aushändigung des Hypothekenbriefs oder sonstigen Papiers und deshalb mit befreiender Wirkung gezahlt, so ist er nach § 407 geschützt (RG 52, 143). — Wegen der Verpfändung von Reichsschuldbuchforderungen: § 1279 A 3.

3. Die Verpfändungsanzeige entspricht dem bei der Verpfändung beweglicher Sachen geltenden Erfordernis der Übergabe der Sache an den Pfandgläubiger und ersetzt sie. Die Anzeige ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung (Vorbem 1 vor § 116). Notwendig ist die bewußte und gewollte Mitteilung, die Kundgebung des Willens, anzudeuten (RG HRK 1933 Nr 880; in dem hier entschiedenen Fall ist keine Anzeige angenommen worden, weil dem Drittschuldner eine schriftliche Verpfändungserklärung in Abschrift und mit dem Bemerkens mitgeteilt worden war, die Verpfändungsanzeige sei unterblieben und die Verpfändung deshalb unglücklich). In der Anzeige liegt die tatsächliche Anerkennung der Schuld an den Pfandgläubiger und das Versprechen, die Verpfändung gegen sich gelten zu lassen. Dies braucht aber nicht der Zweck der Anzeige zu sein; ebenso ist die Wirksamkeit der Anzeige nicht davon abhängig, daß sie in der Absicht oder auch nur im Bewußtsein gemacht wurde, dadurch die Verpfändung zum Abschluß zu bringen (RG JW 04, 485^b; RG 63, 282; 89, 289). Dies vorausgesetzt, bedarf die Anzeige nicht ausdrücklicher Worte, sie kann auch durch schlüssige Handlungen geschehen. Gleichgültig ist auch, ob der Gläubiger die Anzeige ungefragt oder erst auf Anfrage des Schuldners macht (RG 13. 6. 11 VII 574/10). Für genügend erachtet worden ist sogar das bloße Stillschweigen auf eine

Mitteilung des Schuldners, ihm sei eine Verpfändung bekannt geworden (RG 89, 291); weniger bedenklich RG 13. 6. 18 IV 386/17, wo es der Anzeige gleichgestellt ist, wenn der verpfändende Gläubiger dem Schuldner gegenüber die diesem bereits anderweit bekannt gewordene Verpfändung anerkennt. Eigenartig lag der Fall RG LZ 1922, 557⁴: A hatte dem B für dessen Forderung an C, weil der A, Forderung an B verpfändet. Eine besondere Anzeige war hier nicht nötig, weil der Pfandgläubiger gleichzeitig der Schuldner der verpfändeten Forderung war. Ebenso RG 116, 207 (vgl. auch RG JW 1932, 2538²⁰). — Erst mit der Anzeige durch den Gläubiger an den Schuldner kommt das mit der Einigung über die Verpfändung begonnene Verpfändungsgeschäft zur Vollendung. Wie daher einerseits das von dem Rechtsvorgänger durch den Abschluß des Verpfändungsvertrags begonnene Geschäft nach dessen Tod vom Rechtsnachfolger fortgesetzt und vollendet werden kann (RG JW 04, 485⁸), so ist andererseits für die Frage der Anfechtung der Verpfändung im Konkurs der Zeitpunkt der Anzeige maßgebend (RG JW 02, 185²¹). Da die Anzeige Willenserklärung des Gläubigers ist, kann sie nicht schon dadurch erkeht werden, daß der Schuldner vom Verpfändungsvertrag anderweit Kenntnis erlangt (RG 13. 6. 11 VII 574/10). Sie wird aber durch Anzeige desjenigen, dem die Forderung verpfändet wird, also des Pfandgläubigers, an den Schuldner dann erkeht, wenn diese Anzeige mit dem Willen des verpfändenden Gläubigers erstattet wird. Anzeige durch Stellvertreter ist zulässig und wirksam, wenn der Stellvertreter sich als solcher zu erkennen gibt; Stellvertreter kann auch der Pfandgläubiger sein (RG 79, 808). Vgl. aber wegen der Anzeige durch Bevollmächtigte und wegen der Unzulässigkeit nachträglicher stillschweigender Genehmigung einer Anzeige eines Nichtbevollmächtigten § 1205 U 8. Die dingliche Bindung tritt auch für die den Verpfändungsvertrag Schließenden erst mit der Anzeige des Gläubigers an den Schuldner ein. Wird die Anzeige zwar unterlassen, aber eine über die Forderung lautende Urkunde (Lebensversicherungsschein) zur Sicherheit übergeben, so kann ein allerdings nur schuldrechtlich wirkendes Zurückbehaltungsrecht an der Urkunde begründet sein (RG 51, 83; § 1204 U 4). Schuldrechtlich ist der Gläubiger dem Schuldner gegenüber auch berechtigt, sich wegen seiner Ansprüche aus der Forderung zu befriedigen, die verpfändet werden sollte (JW 1919, 117¹). — Gemäß § 1275 löst eine Anzeige nach § 1280 auch die Wirkungen des § 409 aus.

§ 1281

Der Schuldner kann nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten¹). Jeder von beiden kann verlangen, daß an sie gemeinschaftlich geleistet wird²); jeder kann statt der Leistung verlangen, daß die geschuldete Sache für beide hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird³).

§ 1217 II 1188; R 3 861; P 3 522—524, 541.

1. Verfangenschaft der verpfändeten Forderung. Die Vorschrift enthält trotz ihrer Fassung — kann nur — nachgiebiges Recht (vgl. § 1284). Solange der Pfandgläubiger noch nicht in der Lage ist, sich aus dem Pfande zu befriedigen, also solange die Forderung des Pfandgläubigers noch nicht fällig oder doch — wenn der geschuldete Gegenstand nicht in Geld besteht — noch nicht in eine Geldforderung übergegangen ist, wird das Pfandrecht durch die Bestimmung geschützt, daß nicht mehr an den Gläubiger der verpfändeten Forderung allein, sondern nur an den Gläubiger und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich geleistet werden darf. Leistet der Schuldner dieser Bestimmung zuwider doch an seinen Gläubiger allein oder trifft er mit dem Gläubiger Abreden, die den Bestand der gepfändeten Forderung gefährden oder das Pfandrecht irgendwie beeinflussen können, so muß er sich vom Pfandgläubiger so behandeln lassen, wie wenn er nicht geleistet hätte, und gegebenenfalls ist er schadensersatzpflichtig (RG 77, 250; 108, 320). Eine Klage des Gläubigers auf Zahlung an ihn allein ist unbegründet. Verlangt er nachträglich Zahlung an sich und den Pfandgläubiger, so muß er die Prozeßkosten tragen, wenn der Schuldner diesen Antrag sofort anerkennt (RG 52, 144). Die Antragsänderung ist nach § 268 Nr 2 ZPO zulässig (RG 93, 198). Eine von § 1281 abweichende Regelung ist regelmäßig als gewollt anzusehen, wenn ein Pächter Unterpachtverträge abschließt; der Pachtzinsanspruch des Pächters unterliegt dann zwar dem gesetzlichen Pfandrecht seines Verpächters (U 1 zu § 585), die Unterpächter dürfen aber an den Pächter allein zahlen. So auch JW 1932, 1066² wo aber der entscheidende Vertragswille nicht genügend betont ist. — Der Versicherungsnehmer darf die nur gepfändete Versicherungsforderung mit den Maßgaben des § 1281 auch noch allein einklagen. Sie erlischt daher, wenn die Klage nicht innerhalb der in den AllgVerfVer vorgesehenen Frist (§ 12 Abs 2 VerfWG) erhoben wird. Das muß auch der Pfandgläubiger hinnehmen; sein Pfandrecht erstreckt sich auf die Forderung in ihrem jeweiligen Bestand. Ob die Säumnis entschuldbar war, ist aus der Person des

Pfandschuldners zu beurteilen. Entsprechendes gilt auch bei einer Verpfändung (RG 12. 4. 32 VII 408/31). Gegen die Verjährung des Versicherungsanspruchs kann sich der Pfandgläubiger durch eigene Klagerhebung schützen (RG 142, 69; vgl. § 101 VerjBG).

2. Das Verlangen auf Leistung auf gemeinschaftlichen Händen zu stellen und nötigenfalls im Klagewege geltend zu machen, ist sowohl der Gläubiger wie der Pfandgläubiger berechtigt. Jeder kann die Mitwirkung des anderen dazu beanspruchen, soweit sie erforderlich ist (§ 1285 Abs 1). Keiner aber ist dem anderen gegenüber verpflichtet, die Forderung für beide einzuziehen. Klagt der Pfandgläubiger mittels der Einmischungsklage (§ 64 ZPO) gegen Gläubiger und Schuldner auf Anerkennung seines Pfandrechts, so kann der Rechtsstreit beider Beklagten gegenüber nur einheitlich entschieden werden (RG 64, 321). — Ein nach § 1281 erhobener Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme an den Gläubiger und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich, nicht aber auch der Anspruch auf Hinterlegung, kann im Urkundenprozeß verfolgt werden (RG 104, 37). Wegen Aufrechnung gegen den Pfandgläubiger gegenüber der Klage des Gläubigers vgl. § 1277 II 1 a. G.

Devisenrechtlich ist, auch wenn es sich um eine pfandgesicherte Forderung eines Ausländers gegen einen Inländer handelt, keine Genehmigung erforderlich (vgl. § 1247 II 2).

3. Die Vorschriften des § 1281 sind auch auf das Arrestpfandrecht an Forderungen entsprechend anwendbar (RG ZB 1912, 753¹⁸; RG 104, 35). Die Entscheidung ist angefochten, sie ist aber richtig und neuerdings bestätigt worden (RG 108, 320; vgl. auch RG 138, 255). Die — bei der Arrestpfändung ausgeschlossene — Überweisung nach § 835 ZPO ist nur nötig, damit der Pfandgläubiger die Forderung für sich, d. h. zu seiner Befriedigung, einziehen kann. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei der entsprechenden Anwendung des § 1281 nur um Sicherungszwecke.

§ 1282

Sind die Voraussetzungen des § 1228 Abs 2 eingetreten, so ist der Pfandgläubiger zur Einziehung der Forderung berechtigt¹⁾ und kann der Schuldner nur an ihn leisten²⁾. Die Einziehung einer Geldforderung steht dem Pfandgläubiger nur insoweit zu, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist¹⁾. Soweit er zur Einziehung berechtigt ist, kann er auch verlangen, daß ihm die Geldforderung an Zahlungsstatt abgetreten wird³⁾.

Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist der Pfandgläubiger nicht berechtigt⁴⁾; das Recht, die Befriedigung aus der Forderung nach § 1277 zu suchen, bleibt unberührt⁵⁾ 6).

© I 1218 II 1189; R 3 861—863; P 3 522—525, 530, 541.

1. Einziehungsrecht des Pfandgläubigers. Es tritt neben seine Befugnis, nach § 1277 zu verfahren (§ 1277 II 1). Das Erfüllungsverlangen des einziehungsberechtigten Pfandgläubigers an den Pfandschuldner hat einerseits den Bestand und die Fälligkeit der verpfändeten Forderung und andererseits die eigene Einziehungsberechtigung des Pfandgläubigers, also den Bestand seiner eigenen Forderung als Geldforderung und deren Fälligkeit (vgl. RG 78, 34), sowie den Bestand des Pfandrechts zur Voraussetzung. Alle diese Voraussetzungen hat der einziehende Pfandgläubiger nötigenfalls nachzuweisen. Kraft seiner Einziehungsbefugnis kann der Pfandgläubiger auch Quittung und Löschungsbewilligung erteilen. Zur Löschung einer verpfändeten Grundschuld oder zu ihrer Umschreibung auf den Eigentümer bedarf es neben der Quittung des Pfandgläubigers und dem Nachweis der Fälligkeit der gesicherten Forderung auch des urkundlichen Nachweises der Fälligkeit der Grundschuld (ZB 1935, 1641²⁰). Soweit dem Schuldner gegen den Gläubiger Einreden wegen der Schuld zustehen, können sie auch gegen den einziehenden Pfandgläubiger geltend gemacht werden. Dieser muß sich grundsätzlich (vgl. §§ 1275, 406) auch die Aufrechnung gefallen lassen, die dem Schuldner wider den Gläubiger der verpfändeten Forderung zusteht. Vgl. auch BahObLGZ 13, 63. Der Rechtsstreit des einziehungsberechtigten Vertragspfandgläubigers greift der Forderung des Gläubigers nicht vor (RG 83, 120). Der Pfandgläubiger hat bei der Verwertung des Pfandes den Nutzen des Pfandschuldners zu berücksichtigen, soweit dies ohne Beeinträchtigung seines eigenen Rechtskreises möglich ist, überhaupt bei der Einziehung ordnungsmäßig zu verfahren und das Mißlingen des Einzugsversuchs zu rechtfertigen (vgl. § 1285 Abs 2). Dazu gehört, wenn er durch Prozeßvergleich einen Teil der verpfändeten Forderung preisgibt und dadurch dem Gläubiger die Einziehung dieses Teils unmöglich macht, die Darlegung, daß bei Durchführung des Rechtsstreits auch nicht mehr zu erlangen oder daß der Vergleichsabschluß aus besonderem Grunde für den Gläubiger nützlich gewesen sei; sonst ist er im Verschuldensfall dem Gläubiger für den Ausfall haftbar (RG 28. 2. 36 V 190/35; vgl. über die entsprechende Rechtslage bei der „erfüllungshalber“ ausbedungenen Abtretung einer Forderung: RG 160, 1).

Abf 1 Satz 2 hindert nicht, daß der Pfandgläubiger im Konkurs die volle Forderung anmeldet. Er hindert aber, daß der Verpfänder einen höheren Betrag zur Zahlung an den Pfandgläubiger einfragt, als zu dessen Befriedigung erforderlich ist. In dem in **RG** 6. 5. 29 IV 705/28 entschiedenen Fall lag die Sache insofern eigentümlich, als der Drittschuldner dem Pfandgläubiger gegenüber den Bestand der Forderung anerkannt und dabei gewußt hatte, daß der Pfandgläubiger sich in seinen Entschlüssen durch das Vertrauen auf den Bestand der Forderung beeinflussen lasse. Deshalb war zwar dem Pfandgläubiger gegenüber ein Verzicht des Drittschuldners auf die Aufrechnung mit den ihm gegen den Verpfänder zustehenden Forderungen angenommen worden, aber der Verzicht ging doch nur so weit, als das Interesse des Pfandgläubigers reichte (**RG** 71, 184). Da der Verpfänder mehr einklagte, als der Pfandgläubiger zu fordern hatte, klagte er insoweit aus eigenem Recht; ihm gegenüber lag kein Verzicht vor, hier war die Aufrechnung zulässig.

Befiehlt das Pfandrecht an einer Forderung, die gegen den Pfandgläubiger selbst gerichtet ist (§ 1279 A 2), so vollzieht sich die Einziehung (§ 1282 Abf 1) durch einfache Erklärung des Pfandgläubigers, die einer Aufrechnungserklärung sachlich gleichkommt (**RG** **JW** 1931, 3101¹⁶).

Das Einziehungsrecht ist kein selbständiges Recht, sondern nur eine einzelne Nebenbefugnis, die nicht ohne die Forderung gepfändet oder auf einen anderen übertragen werden kann (Jonas-Bohle, **RPD** 16. Aufl., 1939, § 835 A V 3, § 857 A I 1 c; a. U. unter Hinweis auf § 857 Abf. 3 Pfand-Frad § 1822 A 1 b a. E.); ist die zugehörige Forderung selbst unpfändbar, so ist es auch die Einziehungsbefugnis (**HRN** 1937 Nr 1262).

2. Die Stellung des Gläubigers zum Schuldner erleidet durch den Eintritt der Einziehungsberechtigung des Pfandgläubigers insofern eine Änderung, als an ihn nicht mehr geleistet werden kann. Dies hindert ihn nicht, von dem Schuldner die Leistung an den Pfandgläubiger zu verlangen (vgl. A 1 Abf 2 und **RG** 49, 201; 77, 145; **Gruch** 49, 1061). Der Pfandschuldner behält die ihm kraft des Anspruchs als Gläubiger zustehenden Rechte, soweit sie mit den Rechten des Pfandgläubigers vereinbar sind. Für den Gläubiger besteht nach dem Gesetz keine Verpflichtung, auf dem bezeichneten Weg die Leistung an den Pfandgläubiger zu erzwingen. Auch eine Pflicht zur Mitwirkung bei der Einziehung ergibt sich im Fall des § 1282 (anders als im Fall des § 1281) für den Gläubiger aus dem Gesetz nicht. Hat aber der Gläubiger durch Widerspruch gegen die Leistung des Schuldners an den Pfandgläubiger den Schuldner zur Leistungsverweigerung und Hinterlegung veranlaßt, so ist anzunehmen, daß der Pfandgläubiger den Gläubiger im Klageweg zwingen kann, in die Leistung an ihn einzuwilligen. Überläßt der Pfandgläubiger dem Gläubiger, die verpfändete Forderung an seiner Stelle vom Schuldner einzuziehen, dann kann dieser dem Gläubiger gegenüber mit einer ihm gegen den Pfandgläubiger zustehenden Forderung aufrechnen (**RG** **LJ** 1921, 380⁹). Die Frage, wem beim Bestehen mehrerer Pfandrechte an einer Forderung die Ausübung des Einziehungsrechts zukommt, ist in § 1290, die Frage der Einziehungspflicht des Pfandgläubigers in § 1285 Abf 2, endlich die Frage nach den Rechtswirkungen der geschehenen Einziehung in den §§ 1287, 1288 geregelt.

3. Die Stellung des Pfandgläubigers zum Schuldner gleicht, soweit er einziehungsberechtigt ist, der des Rechtsnachfolgers des Gläubigers im Sinne des § 727 **RPD**. Er kann deshalb insoweit auch für sich eine vollstreckbare Ausfertigung der Schuldburkunde verlangen, worin der Schuldner sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat (**BabDRLG** 11, 222). Das Kammergericht hat dem Pfandgläubiger auch das Recht beigelegt, die kraft Rückwirkung stattfindende **Aufwertung** der verpfändeten Hypothek nach § 16 **AufwG** anzumelden und die Eintragung eines Widerspruchs im Grundbuch zu beantragen (**JW** 1926, 831¹⁴). — Wird eine verpfändete Hypothek nach Eintritt der Verkaufsberechtigung (§ 1228 Abf 2) auf Grund des Pfandrechts und des Pfandverwertungsrechts nach §§ 1282, 1284 an den Pfandgläubiger abgetreten, so kann er sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch dann berufen, wenn bei der Hypothek vor der Abtretung, aber nach der Verpfändung und nach Eintritt der Verkaufsberechtigung ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist (**RG** 1. 4. 16 V 30/16).

Der Pfandgläubiger kann gegen den Schuldner einen vollstreckbaren Schuldtitel erwirken und dann die Forderung pfänden und sich an Zahlungsstatt zum Nennwert überweisen lassen. Um ihm diesen Umweg zu ersparen, gibt ihm das Gesetz (§ 1282 Abf 1 Satz 3) das Recht, von dem Gläubiger die **Abtretung der Forderung an Zahlungsstatt** zu verlangen, doch nur bis zu dem Betrage, der zu seiner Befriedigung erforderlich ist (vgl. § 364 Abf 1, 365, 437, 438). Nur diese Abtretung kann dem Pfandgläubiger einer Eigentümergrundschuld dazu verhelfen, daß er die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu betreiben vermag, die ihm sonst verweigert wäre (§ 437 Abf 1); soweit auf diesem Wege keine Befriedigung erzielt werden kann, ist die pfandgesicherte Forderung gegen den persönlichen Schuldner erloschen (**DLG** Hamburg **HRN** 1936 Nr 20; **RG** **JW** 1938, 2494²³).

4. Ausschluß anderweitiger Verfügungen über die verpfändete Forderung. Ausgeschlossen — und zwar mit dinglicher Wirkung — ist insbesondere das Recht des Pfandgläubigers zur Verkaufserklärung der Forderung (**RG** 58, 107; 97, 39; vgl. auch **RG** 135, 357 [365]; **RG**St 69, 227). Im übrigen ist „Einziehung“ aber nicht im engsten Sinne aufzufassen (**RG** 58, 108). Bei einer Selbstforderung wird der Pfandgläubiger eine Sache an Zahlungsstatt annehmen dürfen, mit der

Wirkung allerdings, daß seine eigene Geldforderung an den Pfandschuldner dadurch getilgt wird. Mit dieser Wirkung erscheinen auch andere Verfügungen über eine verpfändete Geldforderung zulässig, z. B. Schenkung, Erlaß. Abgesehen hiervon kann ein etwaiger (Teil-)Erlaß von Seiten des Pfandgläubigers die Gläubiger an der Einziehung der Restforderung nur unter besonderen Voraussetzungen, wie etwa dann hindern, daß inzwischen Fristen für ihre Geltendmachung verstrichen sind (RG 28. 2. 36 V 190/35). Geht die verpfändete Forderung nicht auf Geld, so steht § 1287 im Wege. Ob dem Pfandgläubiger verwehrt sein soll, mit der ihm zur Einziehung zur Verfügung stehenden Forderung gegen eine Forderung aufzurechnen, die der Schuldner gegen ihn hat, oder ob eine solche Verfügung über den Rahmen der erlaubten Einziehung hinausgeht, ist streitig. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist die Aufrechnungsbefugnis des Pfandgläubigers bei Geldforderungen anzunehmen (RG 58, 109).

5. Auch § 1282 enthält nachgiebiges Recht. Bei entsprechender Vereinbarung nach § 1284 darf der Pfandgläubiger z. B. auch einen nichtöffentlichen Verkauf der Forderung vornehmen. Immer gilt aber § 1277 Satz 2. Jene Vereinbarung darf also nicht vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffen werden (§ 1245 Abs 2; RG 90, 256). Dasselbe gilt, ebenfalls nach § 1277 Satz 2, von der Verfallabrede des § 1229. Eine Ausnahme wird auch nicht durch § 1282 Abs 1 Satz 3 begründet.

Die Einschränkung der § 1277 Satz 2, § 1245 Abs 2 gilt aber nicht auch hinsichtlich der Notwendigkeit der Fälligkeit der Forderung zum Eintritt der Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers (§ 1228 Abs 2). Es kann also vereinbart werden, daß der Pfandgläubiger die ihm als Pfand haftenden Forderungen, Grund- und Rentenschulden schon vor Fälligkeit seiner Forderung kündigen und einziehen darf (vgl. I 21 Abs 2 der Allg. Geschäftsbedingungen, herausgegeben von der Wirtschaftszgruppe Privates Bankgewerbe, Fassung vom Dezember 1937; ferner § 1228 A 2; § 1245 A 1 Abs 1; § 1277 A 2). Durch eine Verpfändung wird die Forderung einer Beschlagnahme gegenüber dem Gläubiger nicht entzogen (vgl. RG 135, 159 und JW 1932, 2533²⁰).

6. Entsprechend anzuwenden ist § 1282 auf die Durchführung des dem Haftungsgläubiger im Konkurs des Haftpflichtschuldners nach § 157 VerfWG zustehenden Rechtes auf abgeforderte Befriedigung aus dem Entschädigungsanspruch des Haftpflichtschuldners gegen die Versicherungsgesellschaft (RG 93, 209 ff.). Bei der Sicherungsabtretung (vgl. oben § 1229 A 1) von Forderungen ist der Abtretungsempfänger mangels anderer Abrede (z. B. RG JW 1937, 3029¹⁵) nach § 157 BGB dann zur Einziehung für befugt erklärt worden, wenn der Abtretende mit der Erfüllung seiner Zahlungspflicht ihm gegenüber in Verzug gekommen ist (RG 142, 141). Der entscheidende Gesichtspunkt bei jeder Sicherheitsabtretung ist der, ob nach dem Willen der Parteien der Sicherungsnehmer mit der Einziehung der abgetretenen Forderung betraut ist oder nicht; ist verabredet, daß dem Schuldner der abgetretenen Forderung die Abtretung angezeigt werden soll, so läßt dies in der Regel auf den Willen der Parteien schließen, daß der Sicherungsnehmer die ihm zur Sicherheit übertragene Forderung auch voll einziehen dürfe, ohne Rücksicht auf den Betrag seinen eigenen, durch die Abtretung gesicherten Forderung (RG JW 1938, 2350²⁰). Der Schuldner einer nur zur Sicherung abgetretenen und vom Empfänger abrebewidrig weiter übertragenen Forderung kann sich gegenüber dem neuen Gläubiger nicht darauf berufen, daß die zweite Abtretung den ersten zugrundeliegenden Vertrag verlegt habe und daß der ursprüngliche Gläubiger die Einziehung der Forderung nicht wünsche (RG 102, 385). Dasselbe gilt bei der nur zur Kreditbeschaffung (treuhänderisch) vollzogenen Forderungsabtretung (RG JW 1936, 645⁶; dazu und zu den „fiduziarischen“ Abtretungen: Siebert a. a. O.).

§ 1283

1) Hängt die Fälligkeit der verpfändeten Forderung von einer Kündigung ab, so bedarf der Gläubiger zur Kündigung der Zustimmung des Pfandgläubigers nur, wenn dieser berechtigt ist, die Rücklagen zu ziehen²⁾.

Die Kündigung des Schuldners ist nur wirksam, wenn sie dem Pfandgläubiger und dem Gläubiger erklärt wird.

Sind die Voraussetzungen des § 1228 Abs 2 eingetreten, so ist auch der Pfandgläubiger zur Kündigung berechtigt³⁾; für die Kündigung des Schuldners genügt die Erklärung gegenüber dem Pfandgläubiger.

§ I 1217, 1218 II 1190; R 3 860—862; B 3 525—527, 530, 541.

1. **Kündigungsrecht.** Die Frage der Kündigung ist für die Zeit vor dem Eintritt des Befriedigungsrechtes des Pfandgläubigers in Abs 1, 2, für die Zeit nach dem Eintritt dieses Rechtes in Abs 3 geregelt. Alle diese Vorschriften enthalten nachgiebiges Recht (§ 1284). Sind die Ansprüche aus einer Lebensversicherung verpfändet, so darf der Pfandgläubiger das Versicherungsverhältnis nicht kündigen, um dadurch die Rückkaufsumme zu erlangen.

2. Die Berechtigung, die Nutzungen der verpfändeten Forderung zu ziehen, kann nur auf Grund besonderer Vereinbarung nach § 1213 Abs 1 bestehen. Die Rechtsvermutung des § 1213 Abs 2 greift nicht Platz, weil Forderungen, auch wenn sie verzinslich sind, nicht zu den „von Natur fruchttragenden Sachen“ gerechnet werden können. Wegen der Zustimmung: §§ 182—184. Die Zustimmung des Pfandgläubigers könnte danach sowohl dem Gläubiger wie dem Schuldner gegenüber erklärt werden. Wird sie dem Gläubiger gegenüber erklärt, so kann der Schuldner die Kündigung des Gläubigers auf Grund der §§ 182 Abs 3, 111 bei Nichtvorlegen einer schriftlichen Einwilligung zurückweisen. Die Zurückweisung ist auch gegen den Versuch der Kündigung unter Vorbehalt der nachträglichen Zustimmung des Pfandgläubigers zulässig.

3. Ist das Pfandrecht an einer Forderung nur auf eine bestimmte Zeit bestellt, so genügt es zur Einhaltung der Frist, wenn der Pfandgläubiger vor ihrem Ablauf die verpfändete Forderung nach § 1283 Abs 3 kündigt. Wann die Kündigungsfrist endet und wann der Pfandgläubiger sich aus dem Pfand befriedigt, ist unerheblich (RG 27. 9. 15 V 275/15).

§ 1284

Die Vorschriften der §§ 1281 bis 1283 finden keine Anwendung, soweit der Pfandgläubiger und der Gläubiger ein anderes vereinbaren.

© II 1191; P 3 542; 4 601.

Vereinbarungen über abweichendes Verfahren. Aus der Vorschrift ergibt sich keine Einschränkung des § 1277 Satz 2, der für das Pfandrecht an Rechten allgemeine Geltung zu beanspruchen hat (§ 1277 A 2). Die §§ 1229, 1245 Abs 2 sind also als Schranken für die Vereinbarungsfreiheit in der Zeit bis zum Eintritt der Befriedigungsberechtigung auch hier entsprechend anzuwenden (RG 90, 256). Die Vereinbarungen sind gültig, auch wenn sie dem Drittschuldner nicht nach § 1280 angezeigt werden. Jhn schützt § 1275. Immerhin empfiehlt sich die Anzeige.

§ 1285

Hat die Leistung an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich zu erfolgen, so sind beide einander verpflichtet, zur Einziehung mitzuwirken, wenn die Forderung fällig ist¹⁾.

Soweit der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Forderung ohne Mitwirkung des Gläubigers einzuziehen, hat er für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen²⁾. Von der Einziehung hat er den Gläubiger unverzüglich zu benachrichtigen, sofern nicht die Benachrichtigung untunlich ist³⁾.

© I 1217, 1218 II 1192; R 3 862, 863; P 3 530, 532, 542.

1. Die **Mitwirkung** ist für die Zahlungsannahme geboten. Sie kann im Klageweg erzwungen werden (vgl. § 1078 A 1). Im übrigen bleibt sowohl dem Gläubiger als auch dem Pfandgläubiger nach § 1281 Satz 2 das Recht, allein die Hinterlegung oder die Ablieferung der Sache an einen Verwahrer zu verlangen.

2. Die **Einziehungspflicht** (vgl. auch § 1282 A 1 Abs 1) besteht auch schon vor dem Eintritt der Befriedigungsberechtigung, wenn durch Vereinbarung dem Pfandgläubiger das Recht eingeräumt ist, die Forderung allein einzuziehen. Wegen des Gebots der ordnungsmäßigen Einziehung: § 1074 A 2. Wird zur Einziehung Klage nötig, so kann der Pfandgläubiger nach § 72 BPO dem Gläubiger den Streit verkünden. Der Pfandgläubiger hat andererseits nur die Einziehungspflicht, nicht außerdem noch die Pflicht, auch anderweit als bei der Einziehung (vgl. darüber § 1282 A 1) den Nutzen des Gläubigers und des Schuldners wahrzunehmen. Der Pfandgläubiger einer Hypothekforderung ist also nicht verpflichtet, bei einem von dritter Seite eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren zur Deckung der verpfändeten Hypothek Gebote abzugeben (RG JW 1910, 20⁹⁰).

3. **Benachrichtigungspflicht des Pfandgläubigers** (vgl. § 1241). Dabei wird das Ergebnis der Einziehung mitzuteilen und insbesondere bei Geldforderungen der eingegangene Betrag anzugeben sein. Den Schuldner der verpfändeten Forderung trifft keine Mitteilungspflicht (RG JWdsch f. Privatversicherung 1937, 42²).

§ 1286

Hängt die Fälligkeit der verpfändeten Forderung von einer Kündigung ab, so kann der Pfandgläubiger, sofern nicht das Kündigungsrecht ihm zusteht, von dem Gläubiger die Kündigung verlangen, wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer

ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist. Unter der gleichen Voraussetzung kann der Gläubiger von dem Pfandgläubiger die Zustimmung zur Kündigung verlangen, sofern die Zustimmung erforderlich ist.

§ I 1217 II 1193; M 3 860, 861; P 3 525, 527, 542.

Pflicht zur Kündigung der verpfändeten Forderung wegen Gefährdung. Die Vorschrift ist ihrem Zweck nach verwandt mit den Vorschriften der §§ 1218 u. 1219 und der des § 1078 Satz 2. Dem Pfandgläubiger ist, sofern nicht anderweitige Vereinbarungen bestehen, die Kündigung verweigert, solange seine Befriedigungsberechtigung noch nicht eingetreten ist. Der Gläubiger ist im Falle des Nutzungspfandes gebunden, die Zustimmung des Pfandgläubigers zur Kündigung einzuholen (§ 1283). Ob eine Gefährdung der Sicherheit der Forderung im Sinne des § 1286 vorliegt, ist nach den Umständen zu würdigen. Daß die gefährdenden Umstände erst nach der Pfandbestellung eingetreten sind, ist nicht Voraussetzung des Schutzes des § 1286. Die Kündigung kann verlangt werden, auch wenn der Schuldner schon bei der Entstehung der Schuld in schlechten Vermögensverhältnissen war. Dagegen kann die Kündigung nicht wegen unvorteilhafter Anlegung verlangt werden, etwa um den Zinsertrag zu verbessern. Vollstreckt wird das Urteil im Fall des Satzes 1 nach § 888 ZPO, im Fall des Satzes 2 nach § 894 ZPO.

§ 1287

Leistet der Schuldner in Gemäßheit der §§ 1281, 1282, so erwirbt mit der Leistung der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Gegenstande. Besteht die Leistung in der Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, so erwirbt der Pfandgläubiger eine Sicherungshypothek^{1) 2) 3)}.

§ I 1219 II 1194; M 3 864, 865; P 3 532, 533, 536, 542.

1. Wirkungen der Einziehung der verpfändeten Forderung (Erfassungspfandrecht). Die nächste Folge der Leistung des Schuldners, also der Erfüllung der verpfändeten Forderung, ist das Erlöschen der Forderung (§ 362) und damit auch das Erlöschen des daran bestellten Pfandrechts. Dieses erlischt jedoch nicht ohne Ersatz, sofern nicht schon durch die Leistung des Schuldners die Befriedigung des Pfandgläubigers eingetreten ist (§ 1288 Abs 2). Ersatzpfand für die erloschene Pfandforderung wird der zufolge der Einziehung vom Schuldner geleistete Gegenstand, sei es Geld oder ein anderer Gegenstand, z. B. die Wertpapiere, die eine Bank in Erfüllung eines ihrer verpfändeten Anspruchs auf Lieferung als Einkaufskommissionärin dem Kunden übereignet (RG 116, 203 ff.). Der Gläubiger erwirbt den geleisteten Gegenstand ohne Unterschied, ob an ihn und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich geleistet ist oder an den letzteren allein, und zwar erwirbt der Gläubiger daran, wenn der Gegenstand eine bewegliche Sache oder ein Grundstück ist, das Eigentum, der Pfandgläubiger aber erwirbt an der beweglichen Sache ein Pfandrecht, an dem Grundstück eine Sicherungshypothek. Diese entsteht ohne Eintragung; wird das Grundstück nur gegen Eintragung einer Restkaufgeldhypothek aufgelassen, so geht diese der Sicherungshypothek im Range vor. Wenn an dem Pfandgläubiger allein zu leisten ist, handelt er bei dem Eigentumsertwerb, soweit die Einigung über den Eigentumsübergang in Betracht kommt (§ 929 U 5 Abs 2), für den Gläubiger als dessen Vertreter kraft gesetzlicher Vorschrift (vgl. § 1075). Deshalb ist insoweit auch § 166 Abs 1 anzuwenden. Wird die Forderung nach § 1281 eingezogen, so erwerben der Gläubiger und der Pfandgläubiger gemeinschaftlich unmittelbaren Besitz, wird sie nach § 1282 eingezogen, so erwirbt nur der Pfandgläubiger unmittelbaren, der Gläubiger mittelbaren Besitz an der Sache. Auf Grund seines neuen Pfandrechts, nun Pfandrechts an der Sache, kann der Pfandgläubiger, wenn seine Befriedigungsberechtigung eingetreten ist, zur Befriedigung seiner Forderung aus der verpfändeten beweglichen Sache nach §§ 1228 ff., zur Befriedigung aus dem Grundstück nach § 1147 weiter vorgehen. Besteht der Gegenstand der Leistung nicht in einer beweglichen Sache oder einem Grundstück, sondern in der Verschaffung eines Rechtes, so wird durch die Leistung für den Gläubiger das Recht, für den Pfandgläubiger das Pfandrecht am Recht erworben. Die Fälle zu regeln, in denen an dem Gegenstand der Forderung ein Pfandrecht nicht bestehen kann, ist den Beteiligten überlassen. — Was von den Grundstücken gilt, gilt auch von den grundstücksgleichen Rechten. Außerdem ist § 1287 entsprechend anwendbar, wenn ein Anspruch auf Bestellung eines Rechtes an einem Grundstück oder ein Grundbuchberichtigungsanspruch verpfändet ist. Mit der Eintragung des Rechtes entsteht auch das Pfandrecht daran.

Für das Pfandpfandrecht enthält § 848 ZPO eine entsprechende Vorschrift; nach § 13 EntZPO entsteht hier die Sicherungshypothek als Höchstbetragshypothek.

2. Schuldsscheine und ihnen gleichstehende Urkunden unterliegen dem Pfandrecht des Forderungspfandgläubigers nach § 952. Ein selbständiges Pfandrecht an ihnen kann nicht bestellt

werden (§ 1204 A 4). Wem also der Pfandschein eines Leihhauses zu Sicherungszwecken übergeben ist, ohne daß ihm aber die Forderung an das Leihhaus auf Rückgabe der in Pfand gegebenen Sache rechtsgültig verpfändet wäre, der kann an der von ihm bei dem Leihhaus eingelösten Sache kein Pfandrecht nach § 1287 erwerben. Ihm wird nur ein schuldrechtlich wirksames Zurückbehaltungsrecht zugebilligt werden können (RG 51, 86; 66, 27; § 1204 A 4). Über die Frage, ob der Gerichtsvollzieher einen im Besitz des Schuldners vorgefundenen Pfandschein — oder auch ein Sparlassenbuch — pfänden darf: JW 1922, 505 ff.

3. Auch der dem § 1287 entgegengesetzte Fall kann eintreten: der Pfandgegenstand kann sich in ein Forderungsrecht verwandeln. Das geschieht z. B. dann, wenn der Anteil an einer GmbH verpfändet wird und die Satzungen bestimmen, daß der Anteil im Falle seiner Pfändung gegen Entschädigung eingezogen wird. Bei Familiengesellschaften kommt das im Zusammenhang mit der — die Pfändung und Verwertung ja nicht ausschließenden — Anordnung vor, daß die Anteile nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen. An die Stelle des gepfändeten GmbH-Anteils tritt dann der Anspruch auf Auskehrung des Gesellschaftsguthabens. Die Rechtsregel des dinglichen Erlasses, welche zugunsten des Pfandgläubigers für den im § 1287 selbst behandelten Fall gilt, muß auch für den umgekehrten Fall gelten. In dem obigen Beispiel unterliegt also der Auskehrungsanspruch dem Pfändungspfandrecht (RG 142, 378f.).

§ 1288

Wird eine Geldforderung in Gemäßheit des § 1281 eingezogen, so sind der Pfandgläubiger und der Gläubiger einander verpflichtet, dazu mitzuwirken, daß der eingezogene Betrag, soweit es ohne Beeinträchtigung des Interesses des Pfandgläubigers tunlich ist, nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften verzinslich angelegt und gleichzeitig dem Pfandgläubiger das Pfandrecht bestellt wird. Die Art der Anlegung bestimmt der Gläubiger ¹⁾.

Erfolgt die Einziehung in Gemäßheit des § 1282, so gilt die Forderung des Pfandgläubigers, soweit ihm der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt, als von dem Gläubiger berichtigt ²⁾.

© I 1219, 1221 II 1195; R 3 865, 866; P 3 532—534, 542.

1. Die Anlegung des eingezogenen Geldes, das an die Stelle der durch die Leistung erloschenen Forderung getreten ist, kann nur in Frage kommen, wenn die Befriedigungsberechtigung des Pfandgläubigers noch nicht eingetreten ist. Denn andernfalls dient das Geld unmittelbar der Befriedigung des Pfandgläubigers (Abs 2). Im einzelnen ist die Geldanlage nach Einziehung einer pfandbelasteten Forderung ebenso geregelt wie die Wiederanlage nach der Einziehung eines Kapitals, das mit einem Nießbrauch belastet war, nur daß es im § 1288 dem Gläubiger überlassen ist, die Art der Anlage zu bestimmen (§ 1079).

2. Befriedigung des Pfandgläubigers durch die Einziehung. Zieht der Pfandgläubiger auf Grund seines Befriedigungsrechts eine Geldforderung ein, so ergeben sich an dem Eingezogenen dieselben Rechtsverhältnisse wie am Barerlös beim Pfandverkauf nach § 1247 Satz 1. Auch devisenrechtlich gilt das dort (§ 1247 A 2) Gesagte. Nur in einem Punkte ergibt sich eine Abweichung. Aus dem Satz, daß dem Pfandgläubiger die Einziehung der Geldforderung nur insoweit zusteht, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist, ergibt sich, daß der Schuldner über diesen Betrag hinaus an den Pfandgläubiger nicht zahlen darf. Überschreitet er bei der Zahlung diesen Betrag, so braucht der Gläubiger insoweit die Zahlung nicht als für ihn geleistet anzuerkennen. Genehmigt er den Verstoß nicht nachträglich durch Annahme des Mehrbetrags vom Pfandgläubiger, so ist insoweit die Forderung nicht erloschen, sondern sie steht insoweit — nunmehr durch die Befriedigung des Pfandgläubigers vom Pfandrecht befreit — dem Gläubiger noch zu. Der Pfandgläubiger aber hat den Mehrbetrag, um den er nun grundlos bereichert ist, an den Schuldner zurückzugeben. Wenn der Gläubiger der verpfändeten Forderung für die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung nicht persönlich haftet, so erlischt diese nicht, geht vielmehr nach § 1225, § 1273 Abs 2 auf ihn über (RG Recht 1918 Nr 246).

Bei der Sicherheitsabtretung (vgl. oben § 1229 A 1) läßt sich der Anspruch des Abtretenden gegen den befriedigten Abtretungsempfänger auf Herauszahlung des Erlösüberschusses nicht nach den Grundsätzen über die ungerichtfertigte Bereicherung beurteilen. Macht der Abtretungsempfänger geltend, die abgetretene (Hypotheken-)Forderung habe nicht nur zu seiner eigenen Sicherheit, sondern auch zur Befriedigung eines Dritten dienen sollen, so trifft ihn die Beweislast dafür, daß ihn der Abtretende ermächtigt habe, den Erlösüberschuß an den Dritten abzuliefern (RG Warn 1934 Nr 77).

Hat die eingezogene Forderung (infolge Anfechtung des zugrundeliegenden Geschäfts) nicht bestanden, so kann der Schuldner einen Bereicherungsanspruch gegen den Pfandgläubiger geltend machen. Das RG hat dies unter Bezugnahme auf die Rechtslage verneint, die im Falle der Zahlung gemäß einer Anweisung besteht (Veröff. des Reichsamts für Privatversicherung 1934 Nr 2759); es verkennt, daß die Verpfändung beim Fehlen eines Pfandgegenstandes nichtig und daß schon deshalb § 1288 Abs 2 nicht anwendbar ist.

§ 1289

Das Pfandrecht an einer Forderung erstreckt sich auf die Zinsen der Forderung. Die Vorschriften des § 1123 Abs 2 und der §§ 1124, 1125 finden entsprechende Anwendung; an die Stelle der Beschlagnahme tritt die Anzeige des Pfandgläubigers an den Schuldner, daß er von dem Einziehungsrechte Gebrauch mache^{1) 2)}.

§ I 1222 II 1196; R 3 866, 867; P 3 534—536, 543.

1. Erstreckung des Pfandrechts auf die Zinsen der verpfändeten Forderung. Das Gesetz erstreckt, soweit die Beteiligten nichts anderes vereinbart haben, das Pfandrecht an der Forderung auch auf deren — gesetzliche oder vertragmäßige — Zinsen in demselben Umfang, wie es in den — in der Fassung des Gef v. 8. 6. 1915 RGBl 327 (vgl. § 12 der VO über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung vom 26. 5. 1933 RGBl I, 302; 1935 I, 249) geltenden §§ 1123—1125 die Hypothek auf die Mietzinsen des belasteten Grundstücks erstreckt. Die Regelung geht der Hauptsache nach dahin: Die pfandrechtliche Haftung der Zinsen hat ihren Angelpunkt in der Anzeige des Pfandgläubigers an den Schuldner, daß er von dem Einziehungsrecht in Ansehung der Zinsen Gebrauch mache. Damit wird die pfandrechtliche Haftung wirksam für die nach der Pfandbestellung verfallenen Zinsen bis auf ein Jahr von der Anzeige zurück und für die weiter verfallenden. Sind Zinsen schon vor der Anzeige bezahlt oder wegveräußert, so ist die Verfügung dem Pfandgläubiger gegenüber insoweit wirksam, als sie sich nicht auf den Zins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Anzeige laufende Kalendervierteljahr bezieht; nur wenn die Anzeige innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs erstattet wird, ist die Verfügung auch insoweit wirksam, als sie sich auf den Zins für das folgende Kalendervierteljahr bezieht. Im einzelnen vgl. die §§ 1123—1125 und die Bemerkungen dazu. Satz 1 des § 1289 enthält nachgiebiges Recht. Die Haftung der Zinsen kann mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden (RG Warn 1914 Nr 245; RG 74, 81; 86, 218). Soll das Recht auf den Zinsbezug nachträglich auch verpfändet werden, so ist eine neue formgültige Verpfändung nötig. Die vertragliche Mitverpfändung der Zinsen dagegen ist überflüssig und hindert nicht, § 1289 Satz 2 anzuwenden. Unanwendbar ist diese Vorschrift aber auf ein Nupfandrecht im Sinne des § 1213 Abs 1. Hier stehen dem Pfandgläubiger die Zinsen der Forderung von vornherein so zu, als wenn sie ihm abgetreten wären, er erwirbt sie zu Eigentum (RG Warn 1914 Nr 245). Kommt bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks ein verpfändetes Recht zur Hebung und geht das Recht des Pfandgläubigers nicht auf die Zinsen, so steht ihm auch kein Recht an dem auf die Zinsen entfallenden Teil des Versteigerungserlöses zu; die §§ 10, 12 BZG treffen auch auf das Verhältnis des Berechtigten zu seinem Pfandgläubiger zu (RG Warn 1915 Nr 85). — Über die Mitverpfändung von Zinsen bei Buch- und Briefhypotheken: RG HR 1934 Nr 1121.

2. Unter dem Einziehungsrecht ist nicht nur das nach § 1282, sondern auch das nach § 1281 zu verstehen. Das hat wohl auch RG Warn 1914 Nr 245 nicht anders annehmen wollen, obwohl dort zu „Einziehungsrecht“ nur die §§ 1282, 1228 Abs 2 angezogen werden.

§ 1290

Bestehen mehrere Pfandrechte an einer Forderung, so ist zur Einziehung nur derjenige Pfandgläubiger berechtigt, dessen Pfandrecht den übrigen Pfandrechten vorgeht^{1) 2)}.

§ I 1218 II 1197; R 3 863; P 3 532, 543.

1. Einziehungsordnung für den Fall einer Mehrheit von Pfandrechten. Von mehreren Pfandrechten ungleichen Ranges, die an einer Forderung bestehen, gewährt nur das älteste das Einziehungsrecht (§ 1282 A 4). Die nachstehenden Pfandgläubiger können nicht verlangen, daß der Schuldner an alle Pfandgläubiger oder an einen Verwahrer leiste oder hinterlege. In R 3, 863 wird zwar ein solcher Anspruch insoweit für berechtigt erachtet, als der Gläubiger gleichfalls hierzu befugt ist. Allein gegen diese Annahme spricht der Wortlaut des Gesetzes und der Umstand, daß ein derartiges Recht der nachstehenden Pfandgläubiger das Recht des an erster Stelle stehenden beeinträchtigen müßte. Denn als allein Einziehungsberechtigter kann der an erster Stelle stehende Pfandgläubiger verlangen, daß an ihn allein geleistet wird. Die nachstehenden Pfandgläubiger dürfen danach nur Leistung an den vorgehenden

fordern. Die Möglichkeit, daß auch die nachstehenden Pfandgläubiger selbst das Einziehungsrecht erlangen, ist damit nicht ausgeschlossen. Einmal kann der vorgehende Gläubiger zugunsten eines nachstehenden zurücktreten, so daß der Drittschuldner dann an diesen mit befreiender Wirkung zahlen kann (RG SeuffA 69 Nr 68). Außerdem aber scheidet der bisherige Einziehungsberechtigte aus, wenn er aus der verpfändeten Forderung befriedigt, diese selbst aber dadurch noch nicht erschöpft ist. Nach ihm tritt der bisherige zweite als nunmehr erster Pfandgläubiger in das Einziehungsrecht hinsichtlich des Überrestes der Forderung ein. Für den Fall, daß mehrere Pfandrechte gleichen ersten Ranges an derselben Forderung bestehen, greift § 432 ein, und zwar auch bei Geldforderungen. Wollte man es jedem Pfandgläubiger überlassen, den Betrag seiner Forderung oder gegebenenfalls den auf seine Forderung anteilmäßig entfallenden Betrag der verpfändeten Forderung selbständig für sich einzuziehen, so könnte das bei einem nicht voll zahlungsfähigen Drittschuldner zu einer Bevorzugung der zuerst vorgehenden Pfandgläubiger führen, auf die sie keinen Anspruch haben. Der Verkauf einer Forderung fällt nicht unter § 1290.

2. Die gegenseitigen Rechte mehrerer Pfändungspfandgläubiger werden nicht durch § 1290, sondern durch die Vorschriften der BPD bestimmt. Auch der nachstehende kann sich die gepfändete Forderung oder das gepfändete sonstige Vermögensrecht zur Einziehung überweisen lassen (§ 835 BPD); er kann auch die Anordnung des Verkaufs nach §§ 844, 857 BPD erwirken, alles das, selbst wenn die Forderung bereits dem verpfändenden Gläubiger zur Einziehung überwiesen worden ist (RG 97, 40ff.; OLG München HR 1938 Nr 644).

§ 1291

Die Vorschriften über das Pfandrecht an einer Forderung gelten auch für das Pfandrecht an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld¹⁾ 2).

© I 1224 II 1198; M 3 807; B 3 536.

1. Bei der Anwendung der Vorschriften über das Forderungspfandrecht auf das Pfandrecht an Grundschulden und Rentenschulden wird als Schuldner der Eigentümer des Grundstücks zu unterstellen sein; die einzelnen Renten der Rentenschuld sind als Zinsen zu behandeln (§ 1200). Vgl. im übrigen § 1080. Die Bestellung des Pfandrechts an einer künftigen Grundschuld ist schon vor ihrer Eintragung möglich (RG Warn 1911 Nr 274). — Die Angabe der zu sichernden Forderung in der schriftlichen Verpfändungsurkunde ist wesentliches Erfordernis der Verpfändung (RG 136, 424; § 1273 A 1 Abs 2); indessen ist der Schriftform (§§ 1154, 1274) genügt, wenn die Forderung irgendwie in der Urkunde, wenn auch nur unvollkommen, so bezeichnet ist, daß sie in Verbindung mit anderen, selbst außerhalb der Urkunde liegenden Umständen festgestellt werden kann (RG JW 1937, 2519¹⁷). Wegen Blankoverpfändung: § 1274 A 1. Für einen Grundschuldbrief, der auf den Inhaber ausgestellt ist (§ 1195), gilt § 1293.

2. Um kein Pfandrecht an einer Grundschuld handelt es sich, wenn die Grundschuld zur Sicherung eines Gläubigers erst bestellt worden ist. Dann sind die Vorschriften der §§ 1234 ff., 1245 Abs 2, 1277 Satz 2, 1284 nicht anwendbar. Der Sicherungsnehmer ist hinsichtlich der Wertung wesentlich freier gestellt und alles kommt auf die bei dem Abschluß des Grundgeschäftes getroffenen Vereinbarungen an (RG 143, 118; § 1234 A 1; § 1245 A 3; § 1277 A 2; § 1284 A). Sie können dahin gehen, daß nach Eintritt der Fälligkeit der gesicherten Forderung die Grundschuld im Wege der Abtretung verwertet werden darf.

§ 1292

Zur Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann¹⁾, genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers²⁾ und die Übergabe³⁾ des indoffizierten⁴⁾ Papiers⁵⁾ 6).

© I 1225 II 1199; M 3 808; B 3 527—529.

1. Pfandrecht an Wechseln und anderen durch Indossament übertragbaren Papieren, Orderpapieren (vgl. Huec, Recht der Wertpapiere 1936, 18ff., 94ff., 105ff.; A 1 vor § 793). Dazu gehören außer den Wechseln insbesondere Schecks, kaufmännische Anweisungen und Verpfändungsscheine und an Order gestellte Konnossemente, Ladescheine, Lagercheine, Bodmereibriefe, Transportversicherungsscheine (HGB § 363). Für das Wechselrecht gilt seit dem 1. April 1934 das Wechselgesetz vom 21. 6. 1933 (WG) RGBl 1933 I, 399, 409; 1934 I, 571; 1935 I, 251; 1938 I, 421, 1752, für das Scheckrecht das Scheckgesetz vom 14. 8. 1933 RGBl 1933 I, 597, 605; 1934 I, 251; 1935 I, 251; 1938 I, 422, 424, 1754.

Das Indossament, von dem § 1292 spricht, ist das Pfandindossament (vgl. Huec aad. 53); Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, 1938, 225f., 326). Dieses kam schon bisher als offenes und als verstedtes vor. Das offene war in der WD nicht geregelt, wurde aber von der Rechtslehre überwiegend anerkannt und auch von der Rechtsprechung für zulässig

angesehen; RG 120, 210 spricht von „der Kreditform des Pfandindossaments, noch dazu des verdeckten“, rechnet also mit der Möglichkeit auch eines offenen. Jetzt heißt es in Art 19 WG Abs 1 und 2: „Enthält das Indossament den Vermerk ‚Wert zur Sicherheit‘, ‚Wert zum Pfande‘, oder einen andern eine Verpfändung ausdrückenden Vermerk, so kann der Inhaber alle Rechte aus dem Wechsel geltend machen; ein von ihm ausgestellt Indossament hat aber nur die Wirkung eines Vollmachtindossaments. Die Wechselverpflichteten können dem Inhaber keine Einwendungen entgegensetzen, die sich auf ihre unmittelbaren Beziehungen zu dem Indossanten gründen, es sei denn, daß der Inhaber beim Erwerb des Wechsels benützt zum Nachteil des Schuldners gehandelt hat.“ Damit ist das offene Pfandindossament nunmehr auch von Gesetzes wegen zugelassen. Über die Frage, ob daneben das verdeckte noch weiterhin möglich bleibt, ist im WG nichts gesagt. Die Frage ist aber zu bejahen; denn § 1292 spricht nach wie vor schlechthin von „der Übergabe des indossierten Papiers“, und das hier gemeinte Indossament kann sich jedenfalls äußerlich auch als Vollindossament darstellen, wenngleich ihm tatsächlich nur die Wirkungen des Pfandindossaments zukommen sollen. Wird ein Wechsel nach § 1292 verpfändet und dabei ein offenes Pfandindossament ausgestellt, so entsteht ein Pfandrecht mit den Wirkungen, wie sie in Art. 19 WG umschrieben sind. Das ist wohl nicht zweifelhaft. Streit aber herrschte und herrscht noch darüber, welche Rechtsnatur und welche Rechtswirkungen das in § 1292 geregelte Geschäft hat, wenn ein verdecktes Pfandindossament ausgestellt wird. Nach der einen Ansicht handelt es sich dann um die wahre Verpfändung einer Forderung dahin, daß der Verpfänder Gläubiger bleibt, der Pfandgläubiger aber nur ein Pfandrecht an der Forderung erwirbt und außerdem durch das Indossament und die Übergabe des Papiers nach außen hin in die Lage versetzt wird, zwecks Befriedigung seiner pfandgeschützten Forderung — also in Ausübung seines Pfandrechts — die verpfändete Forderung nicht als ihr wirklicher Eigengläubiger, sondern nur in der Rolle des Eigengläubigers einzuziehen oder — soweit dies nach § 1295 gestattet ist — durch Weiterübertragung zu Geld zu machen. Nach der anderen Ansicht handelt es sich um eine Abtretung des Forderungsrechts selbst zum Zwecke der Sicherung dahin, daß der, dessen Forderung durch das Geschäft gesichert werden soll, kein Pfandrecht an der zu seiner Sicherung bestimmten Forderung erwirbt, sondern selbst an Stelle des bisherigen Gläubigers dieser Forderung Gläubiger wird, um sich als solcher für seine zu sichernde Forderung Befriedigung zu verschaffen und, soweit letzteres nicht nötig ist, die Forderung wieder an den ursprünglichen Gläubiger zurückzuübertragen. In den Motiven zum Entwurf des BGB ist die zweite Ansicht vertreten (M 3, 868). Bei der Beratung des Entwurfs in der zweiten Kommission ließ man die Frage unentschieden (Prot 3, 527—529). In der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist dazu bis jetzt noch nicht entscheidend Stellung genommen. Die Rechtswissenschaft sieht überiegend in der Verpfändungsform des § 1292 eine wahre Pfandrechtsbestellung, nicht eine Sicherungsübertragung. Dieser Meinung ist zu folgen (vgl. dagegen LZ 1913, 417 ff.). Wortlaut und Inhalt der §§ 1292, 1294, 1295 und ihre Stellung im BGB führen zu der Annahme, daß die der Begebung des Papiers zugrunde liegende Eintung im Sinne des Gesetzes nicht die Übertragung der Forderung, sondern die Bestellung des Pfandrechts zum Gegenstand haben soll. Die Form der Übertragung durch Indossament aber steht dem nicht entgegen, weil hier auch sonst bei der Übertragung durch Indossament entscheidend für das Rechtsverhältnis nicht das Indossament selbst ist, sondern der Begebungsvertrag (RG SeuffA 80 Nr 47, vgl. über den Begebungsvertrag RG 117, 69 ff.). Die Verpfändung des § 1292 ist also wahre Verpfändung. Dies schließt die Möglichkeit einer Sicherungsübertragung an indossablen Papieren nicht aus. Die Beteiligten können sich vielmehr auch hierauf einigen. Das Rechtsgeschäft untersteht aber dann nicht den Vorschriften des § 1292. Da die Form des § 1292 „genügt“, aber nicht erfordert wird, so kann das Recht aus einem Wechsel — oder einem sonstigen Drerpapier (DVG 26, 206) — auch nach der Regel des § 1274 in den Formen verpfändet werden, die für die Übertragung des Rechtes gelten, also durch Pfandvertrag und die Übergabe des — nicht indossierten — Papiers (RG 26, 100). Außer der schon besprochenen Verpfändung des Wechsels mit offenem Pfandindossament gibt es also noch drei Wege, um einen Wechsel zur Sicherung eines Gläubigers zu verwenden. Bei der Sicherungsüberreignung wird ihm das Wechselrecht mit dinglicher Wirkung übertragen, also nach außen und auch im Innenverhältnis; nur in einer schuldrechtlichen Bindung wird der Sicherungszweck ausgedrückt. Bei der Pfandbestellung nach § 1274 erwirbt der Gläubiger nur ein Pfandrecht, wie es in den §§ 1273 ff. näher umschrieben ist. Bei der Pfandbestellung endlich, welche nach § 1292 und unter Ausstellung eines verdeckten Pfandindossaments vorgenommen wird, erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht mit weitergehenden Befugnissen. Er bleibt zwar im Innenverhältnis auch nur Pfandgläubiger, er wird aber nach außen durch das Indossament als Eigentümer des Wechsels ausgewiesen und hat nach außen auch rechtlich dessen Stellung, soweit nicht zwingende Vorschriften des Gesetzes eingreifen. Dazu gehört namentlich der — nach § 1284 allerdings nur nachgiebiges Recht enthaltende — § 1282 Abs 2, der eine Veräußerung des Wechsels — außer im Falle des § 1295 — nicht nur verbietet, sondern ausschließt. Ein Zuwiderhandeln macht nicht nur schadensersatzpflichtig, sondern bleibt ohne rechtliche Wirkung (RG 58, 107). Aus der Eigentümerstellung nach außen folgt aber,

daß der gutgläubige Erwerb des Wechselpfandgläubigers nach Art 17 WG geschützt wird und daß ihm nur die Einreden des Art 19 WG entgegengesetzt werden dürfen. Aus seiner Pfandgläubigerstellung nach innen folgt wiederum, daß er gegen den Verpfänder keinen wechselfähigen Anspruch erwirbt (RG 120, 210). Mit anderen Worten: der nach § 1292 durch ein verdecktes Pfandindossament ausgewiesene Wechselpfandgläubiger hat die rechtliche Stellung, die Art 19 WG dem durch ein offenes Pfandindossament ausgewiesenen Wechselpfandgläubiger zubilligt. — Ein Pfandindossament — ein offenes oder ein verdecktes — ist überhaupt unmöglich, wenn Aussteller und Indossatar über die Eigenschaft des Akzepts als eines Gefälligkeitsakzepts einig sind, wenn also der Indossant nicht einmal behauptet, ein Wechselrecht zu besitzen (RG 120, 210). — Wer einen Wechsel in Pfand genommen hat, welchen der landwirtschaftliche Betriebsinhaber für eine im Osthilfeentscheidungsverfahren auf das Reich übergegangene Forderung einer Genossenschaft ausgestellt hat, erwirbt den Erstattungsanspruch gegen das Reich in derselben Weise, wie wenn er den Wechsel angekauft hätte (§ 4 der 2. EntschuldigungsRD vom 21. 10. 1932 RGBl I, 509 und dazu § 9 der DurchfRD vom 14. 12. 1932 RGBl I, 560). — Sendet ein Kunde seiner Bank einen indossierten Wechsel zum Diskontieren, lehnt die Bank den Antrag ab, behält aber den Wechsel auf Grund der allgemeinen Geschäftsbedingungen als Pfand, so erlangt sie mangels eines Begebungsvertrags jedenfalls kein Wechselrecht an dem Wechsel (RG SeuffA 80 Nr 47). Ein Pfandrecht nach § 1274 kann sie allerdings erwerben (RG 84, 4ff.), aber auch nur dann, wenn der Verpfändungsvertrag nachträglich zustande kommt; durch das Diskontierungsangebot waren vom Kunden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Einzelfall außer Kraft gesetzt (RG 126, 350f.). Dieses Außerkraftsetzen ist zulässig, da beim Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten die Beteiligten an die Einigung über das Entstehen sollen des Pfandrechts nicht gebunden sind (A 6 zu § 1205, A 5 zu § 929). Darüber, daß der Verpfändungsvertrag nur unter besonderen Umständen durch ein Stillschweigen des Kunden auf den Vertragsantrag der Bank zustande kommen kann, und über Fragen der Beweislast: RG 126, 351f.

Von den Schecks gilt im wesentlichen dasselbe, was von den Wechseln gesagt ist (vgl. Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, 1938, 326). Ein offenes Pfandindossament ist aber auch im neuen Scheckgesetz nicht vorgesehen. Soll ein an Ordre gestellter Scheck nach § 1292 verpfändet werden, so wird das also in der Regel unter Benutzung eines verdeckten Pfandindossaments bewirkt werden. Wegen der Inhaberschecks: A 1 zu § 1293.

2. Die Einigung muß dahin gehen, daß dem Gläubiger für seine Forderung an der Forderung, über die das Papier ausgestellt ist, das Pfandrecht zustehen soll.

3. Zur Übergabe des Papiers ist die Einräumung des unmittelbaren Besizes erforderlich, sei es an den Pfandgläubiger selbst, sei es an einen Besitzdiener oder Besitzmittler von ihm (A 3 zu § 929; A 2 zu § 1274). Ist der Pfandgläubiger schon im Besitz des Papiers, so ist § 1205 Abs 1 Satz 2 anwendbar (RG 126, 352). Zuzulassen sind auch die im Pfandrecht allgemein gegebenen Möglichkeiten, die Übergabe zu erzeihen, also zwar kein Besitzvorbehalt, wohl aber die Einräumung des Mitbesizes nach § 1206 und die Übertragung des mittelbaren Besizes mit Anzeige an den dritten Besizer nach § 1205 Abs 2 (vgl. A 8 zu § 1205). Da auch Ordreerpapiere in das Giro sammeldepot aufgenommen sind, ist hier auch auf die Verpfändung des Miteigentumsanteils durch grünen Scheck hinzuweisen (vgl. A 9 zu § 1205; DepoWG §§ 6—8 A 32 Abs 3 S. 98).

4. Das Indossament (HGB §§ 363ff. und Art 11ff. WG sowie Art 14ff. ScheckG [A 1]) kann auch ein Blankoindossament sein. Soll es ein offenes Pfandindossament nach Art 19 WG sein, so muß es natürlich auch den Vermerk „Wert zum Pfande“ oder einen ähnlichen enthalten.

5. Die Pfändung von durch Indossament übertragbaren Papieren ist in RD § 831 geregelt. Die Wirkungen der Pfändung werden auch in erster Linie durch die Vorschriften der RD bestimmt (RG 97, 40).

6. Über die Befriedigung aus durch Indossament übertragbaren Wertpapieren und die Erstforderung des Pfandrechts auf die zugehörigen Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine: §§ 1294—1296.

§ 1293

Für das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere gelten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen.

© I 1228 II 1200; M 3 868, 869; P 3 530—532.

Pfandrecht an Inhaberpapieren (§ 793). Wechsel können nicht auf den Inhaber gestellt werden, wohl aber Schecks (vgl. § 793 A 2); doch bedürfen sie dann der staatlichen Genehmigung nach § 795 (RG 105, 363). Ein rechtsgültiger Inhaberscheck ist Inhaberpapier und kann nach § 1293 verpfändet werden. Papiere, die nicht selbst Träger der Forderung sind, sondern nur zu deren Beweis dienen, können nicht Gegenstand eines Faustpfandrechts sein, an ihnen ist nur ein — lediglich schuldrechtlich wirkendes — Zurückbehaltungsrecht möglich (RG 51, 83; § 1204 A 4). Auch Inhaberpapiere, die noch nicht in den Verkehr gebracht sind, können verpfändet werden.

In der Verpfändung liegt dann gleichzeitig die Begebung (RG JW 1898, 361⁰⁰; 1913, 200¹²). Auf das Pfandrecht am Inhaberpapier (nicht auch an Orderpapieren [oben § 1207 A 1 Abs 2]) finden, obwohl es Pfandrecht an einer Forderung ist, der Hauptsache nach nicht die Vorschriften über das Pfandrecht an Forderungen Anwendung, sondern die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen, so, wie wenn ausschließlich das Papier Gegenstand des Pfandrechts wäre (RG 58, 10; 153, 91). Das Recht aus dem Papier folgt hier dem Recht am Papier. Die Verpfändung kann also auch nach §§ 1205 Abs 2, 1206 bewirkt werden, doch wird im Fall des § 1206 der Pfandgläubiger entsprechend § 1231 das Einräumen des Alleinbesizes verlangen können, wenn er die Forderung einziehen will. — Werden Aktien verpfändet, so bleibt das Recht auf den Bezug neuer Aktien dem Verpfänder, ebenso mangels abweichender Abreden, das Stimmrecht (vgl. wegen der Anteile an einer GmbH RG 139, 227; 157, 55 und A 1 a. E. zu § 1276). Werden verpfändete Aktien wegen ihrer Umstellung auf Reichsmark oder aus einem sonstigen Grund bei bestehenbleibendem Pfandrecht umgetauscht, so wird das Pfandrecht an den neuen Stücken einfach fortgesetzt, eine inzwischen eingetretene Verjährung der gesicherten Forderung ändert daran nichts (RG 116, 203). Der Schutz des Pfandrechts nach § 1227 wird durch die Ausnahmebestimmung in § 1006 Abs 1 Satz 2 erschwert. Bei der Verpfändung von Inhaberpapieren im Wanddepotverkehr sind die Vorschriften des neuen WanddepotG (oben § 1205 A 9), insbesondere die §§ 4, 5, 9—13, 15—17, 30 zu beachten. Zum früheren Recht (§§ 2, 8 DepotG a. F.): RG 68, 130; 71, 337; 133, 188; RG Warn 1910 Nr 136; 1911 Nr 157; JW 1927, 1683^a. Auch die Vorschriften über das gesetzliche Pfandrecht an beweglichen Sachen (§ 1257) erstrecken sich ohne weiteres auf die Inhaberpapiere. Über die Pfändung von Inhaberpapieren: ZBW §§ 808, 821, 823, über die Einziehung der Forderung aus dem Inhaberpapier: § 1294, über die Erstreckung des Pfandrechts auf die Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine zu Inhaberpapieren: § 1296; über den Inhaberalagerschein und die Verpfändung des Lagergutes selbst mit Hilfe des Inhaberalagerscheins: Gadow VertR 193, 195. — Auch Steuergutscheine (Neuer Finanzplan; Ges über die Finanzierung nationalpolitischer Aufgaben des Reichs vom 20. 3. 1939 §§ 1—3 RWBl 1939 I, 561; DurchfW vom 26. 4. 1939 §§ 1—4 RWBl 1939 I, 829) unterfallen als Inhaberpapiere der Vorschrift des § 1293 (vgl. dazu BankR 1939, 212; Reinhardt RSteuRBl 1939, 492; Sebode DRW 1939, 708). Auch wenn der Anspruch auf den Gegenwert einer Lieferung oder sonstigen Leistung des gewerblichen Unternehmens als solcher gepfändet, abgetreten oder verpfändet ist, bleibt § 2 des Ges (Bezahlung mit Steuergutscheinen) maßgebend (§ 12 DurchfW vom 26. 4. 1939). Für die Steuergutscheine I gelten die §§ 11, 12 der 2. DurchfW zum Neuen Finanzplan vom 1. 7. 1939, wonach der Lauf der Fristen, die für die Zanspruchnahme der Bewertungsfreiheit im § 3 Abs 1—4 des Ges vom 20. 3. 1939 vorgeschrieben sind, durch Verpfändung der Steuergutscheine zur Sicherung von Krediten unterbrochen wird; die Sicherungsüberweisung steht der Verpfändung gleich (§ 11). Kreditinstitute können Pfandrechte an Steuergutscheinen I nur begründen, wenn der Eigentümer die Erklärung, die für die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts erforderlich ist, ausdrücklich und schriftlich abgibt; solche Pfandrechte können durch die Geschäftsbestimmungen der Kreditinstitute nicht begründet werden (§ 12 Abs 1). Diese Vorschriften (§ 12 Abs 1) gelten nicht, soweit die Steuergutscheine zur Sicherung der Ansprüche dienen, die das Kreditinstitut aus der Anschaffung der Steuergutscheine hat, wenn das Kreditinstitut diese Ansprüche auf einem Sonderkonto verbucht (§ 12 Abs 2).

Gutgläubiger Rechtserwerb vom Nichtberechtigten oder vom Nichtverfügungsberechtigten ist nach den §§ 932ff., 1207ff. BGB, § 366 HGB möglich, selbst an gestohlenen, verlorenen oder sonst abhandengekommenen Inhaberpapieren (§ 935); jedoch muß der Verpfänder jedenfalls mittelbarer Besitzer sein (§ 1205 Abs 2). Steuergutscheine stehen hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs von Wertpapieren den Inhaberpapieren gleich, die bei Sicht zahlbar und unverzinslich sind (2. DurchfW zum Neuen Finanzplan vom 1. 7. 1939 § 2 RWBl 1939 I, 1078).

§ 1294

Ist ein Wechsel, ein anderes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, oder ein Inhaberpapier Gegenstand des Pfandrechts, so ist, auch wenn die Voraussetzungen des § 1228 Abs 2 noch nicht eingetreten sind, der Pfandgläubiger zur Einziehung und, falls Kündigung erforderlich ist, zur Kündigung berechtigt und kann der Schuldner nur an ihn leisten^{1) 2)}.

§ I 1228 II 1201; W 3 869; P 3 529, 531; 6 262, 263.

1. Einziehung und Kündigung von durch Indossament übertragbaren Papieren und von Inhaberpapieren (vgl. Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, 1938, 118f.). Aus dieser Vorschrift ergibt sich für den Fall der Verpfändung eines solchen Papiers eine Erweiterung des dem Pfandgläubiger durch die §§ 1281—1283 eingeräumten Kündigungs- und Einziehungsrechts dahin, daß der Pfandgläubiger, wenn die Forderung kündbar oder fällig geworden ist, schon vor dem Eintritt seines Befriedigungsrechts selbständig und allein zu kündigen und

einziehen berechtigt ist. Ob bei Orderpapieren die Verpfändung nach § 1292 oder nach § 1274 bewirkt ist, macht keinen Unterschied. Nach § 1284 kann die Vorschrift durch Vertrag mit schuldrechtlicher Wirkung ausgeschlossen werden. Wenn dem Pfandgläubiger das Pfand nach § 1206 bestellt ist, dann ist § 1294 an sich schon nicht anwendbar, der Pfandgläubiger kann aber verlangen, daß ihm Alleinbesitz gewährt wird, damit er nach § 1294 vorgehe. — Der Gläubiger selbst darf nach der Verpfändung des Wechsels usw. die Forderung nicht mehr kündigen oder einziehen. — Die Berechtigung des Pfandgläubigers zur Einziehung zieht nach § 1285 Abs 2 die Pflicht zur Einziehung nach sich — vgl. wegen der Einlösung von Pfandscheinen *OLG 26, 207* —, die Einziehung selbst aber zieht die in den §§ 1287, 1288 Abs 1 bezeichneten Rechtswirkungen nach sich und daneben die Benachrichtigungspflicht des § 1285 Abs 2 Satz 2. Für den am Inhaberpapier Pfandberechtigten ergibt sich aus § 1294, daß er für die Frage der Kündigung und Einziehung und der sich daran knüpfenden Folgen als Forderungspfandgläubiger zu betrachten ist und daß auf ihn deshalb außer dem § 1294 die §§ 1282 Abs 1 Satz 1, 1283 Abs 3, 1285 Abs 2, 1287, 1288 Anwendung finden. Die fällige Geldforderung kann nach § 1294 vom Pfandgläubiger nicht nur insoweit eingezogen werden, als es zu seiner Befriedigung notwendig ist, sondern nach ihrem ganzen Betrag. Dabei bleibt es auch nach Eintritt der Voraussetzungen des § 1228 Abs 2. Sind diese gegeben, so kann der Pfandgläubiger auch verlangen, daß eine Geldforderung ihm an Zahlungsstatt abgetreten wird, soweit sie zu seiner Befriedigung notwendig ist. An diesen Bestimmungen des § 1282 Abs 1 ist durch § 1294 nichts geändert.

2. Über die Verwertung verpfändeter Wertpapiere und Einlagebücher in der Ostmark: *WD* vom 24. 12. 1938 *RGW I*, 1999 Art 8 Nr 15 (dazu Brandstetter *DZ* 1939, 159); in den sudeten-deutschen Gebieten: *WD* vom 28. 2. 1939 *RGW I*, 391, 427 Art 8 Nr 15.

§ 1295

Hat ein verpfändetes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, einen Börsen- oder Marktpreis, so ist der Gläubiger nach dem Eintritte der Voraussetzungen des § 1228 Abs 2 berechtigt, das Papier nach § 1221 verkaufen zu lassen.

§ 3 523, 531, 532; 6 262, 263.

Pfandverkauf von Orderpapieren, die Börsen- oder Marktpreis haben. Das Verkaufsrecht ist dem Pfandgläubiger vom Eintritt seines Befriedigungsrechts, also vom Zeitpunkt der Fälligkeit seiner Forderung als Geldforderung an, ausnahmsweise neben dem Einziehungsrecht und dem Recht aus § 1277 gewährt. Ob das Papier nach § 1292 oder nach § 1274 verpfändet ist, bleibt auch hier gleichgültig. Nur der Verkauf durch die im § 1221 aufgeführten öffentlich berufenen Personen ist zugelassen, nicht auch die Pfandversteigerung. Zu bejahen ist die bestrittene Frage, ob beim Verkauf die für den Pfandverkauf in §§ 1234ff. gegebenen Vorschriften anzuwenden sind, ob insbesondere die vorherige Anbrohung nötig und die Wartezeit abzuwarten ist (§ 1234). Dafür spricht außer der Erwägung, daß nicht beabsichtigt sein konnte, den Pfandverkauf der Orderpapiere mehr zu erleichtern als den der Inhaberpapiere, noch ein anderer aus dem Gesetzeszusammenhang zu entnehmender Grund. Der Verkauf ist als Verkauf zwecks Befriedigung des Pfandgläubigers gestattet, nicht als Notverkauf wie in § 1221. Wenn trotzdem in § 1295 nicht die Bestimmung des § 1235 über die Zulässigkeit freihändigen Pfandverkaufs für anwendbar erklärt worden ist, so hat dies seinen Grund darin, daß in § 1235 ebenfalls wieder auf § 1221 verwiesen ist und man die doppelte Verweisung scheute. Die Worte: „Der Gläubiger ist berechtigt, das Papier nach § 1221 verkaufen zu lassen“ erklären sonach in Wirklichkeit den § 1235 für anwendbar. Daß aber der Pfandverkauf nach § 1235 den Vorschriften des § 1234 unterliegt und nicht von ihnen ausgenommen ist, weil er, „nach § 1221 erfolgt“, ist unzweifelhaft. — Wegen entsprechender Anwendbarkeit des § 1244: *RG 61, 333*. — Ein Recht des Pfandgläubigers, selbst in den Verkauf einzutreten, d. h. das Papier ohne weiteres zum Börsenkurs zu behalten, kann aus § 1295 nicht abgeleitet und ohne besondere Vereinbarung zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger nicht anerkannt werden.

§ 1296

Das Pfandrecht an einem Wertpapier erstreckt sich auf die zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine nur dann, wenn sie dem Pfandgläubiger übergeben sind. Der Verpfänder kann, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, die Herausgabe der Scheine verlangen, soweit sie vor dem Eintritte der Voraussetzungen des § 1228 Abs 2 fällig werden^{1) 2) 3)}.

§ II 1202: § 3 534, 535.

1. **Haftung der Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine (Nebenpapiere; Sued aad. 117 ff., Ulmer aad. 110 f.) für die Forderung.** Während nach § 1289 das Pfandrecht an einer Forderung sich mangels entgegenstehender Vereinbarung auf die Zinsen der Forderung erstreckt, gilt dies nicht auch für die Zinsscheine zu Wertpapieren, sei es zu Inhaberpapieren, Orderpapieren oder anderen Wertpapieren. Diese Scheine sind von der Mitverpfändung ausgenommen, wenn sie nicht mitübergeben sind, und selbst die mitübergebenen Scheine werden von der Haftung frei, wenn sie fällig werden, bevor der Pfandgläubiger die Befriedigungsberechtigung erlangt hat. Für Renten- und Gewinnanteilscheine gilt dasselbe. Aber auch soweit sich das Pfandrecht auf Scheine dieser Art erstreckt, gehören die Zinsen, Renten und Gewinnanteile dem Pfandgläubiger nur dann, wenn ihm die Nutzung eingeräumt ist, und er kann sie mangels eines solchen Nutzungsrechts — unbeschadet seiner Einziehungsbefugnis nach § 1294 — erst dann für sich einlösen, wenn seine eigene pfandgesicherte Forderung als Geldforderung fällig geworden ist. Die Zinsscheine, die vor dem Eintritt des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers fällig werden, hat der Verpfänder zu beanspruchen, etwa eingezogene Beträge muß der Pfandgläubiger ihm herausgeben, soweit nicht etwa ein Einwand aus § 240 (notwendige Ergänzung der Sicherheit) durchschlägt. Dem Verpfänder ist der Eigentümer gleichzustellen; wegen ihres Verhältnisses zueinander: A 4 zu § 1254. Handelt es sich um die Herausgabe von Zinsscheinen einer im Prozeß hinterlegten Sicherheit, so ist § 109 ZPO entsprechend anwendbar (RG 72, 264). Nach § 1296 herausgegebene Scheine werden pfandfrei.

2. **Auf den Inhaber gestellte Zinsscheine zu Inhaberpapieren** bilden selbständige Inhaberpapiere; als solche können sie getrennt vom Hauptpapier in Verkehr treten und selbständig verpfändet werden (RG Recht 1917 Nr 1072).

3. **Zinserneuerungsscheine (Talons)** sind im Gegensatz zu den einzelnen Zinsscheinen nicht Träger selbständiger Schuldverbindlichkeiten, sondern nur Zubehörcheine (RG 4, 141; 31, 147; 74, 339). Gleichwohl schließt die Verpfändung von Wertpapieren nicht notwendig auch ein Pfandrecht an den zugehörigen Erneuerungsscheinen ein. Das Hauptpapier kann auch ohne den Zinserneuerungsschein verpfändet werden (RG 23, 269; 36, 120; 58, 162). Immerhin bildet ein derartiger Vorbehalt des Zinsgenusses die Ausnahme (RG Recht 1917 Nr 1072).



Zweiter Nachtrag

der Rechtsänderungen nach dem Erscheinen des ersten
und zweiten Bandes

Von Dr. A. Lobe

Band 1

Einleitung S. 13 und Nachtrag Bb. 2 S. 866

BD zur Einf. des Reichsrechts auf dem Gebiete des bürgerl. Rechts, Handelsrechts und der Bürgerl. Rechtspflege in den in die Länder Preußen und Bayern eingegliederten Teilen der sudetendeutschen Gebiete v. 24. 6. 39 (RGBl I, 1049).

Einleitung S. 20

Ostmarkengesetz v. 14. 4. 39 (RGBl I, 777).

Zweite DurchfBD hierzu v. 8. 7. 39 (RGBl I, 1199).

Dritte BD zur Durchf. des Ostmarkengesetzes v. 17. 7. 39 (RGBl I, 1270).

Zweite BD über deutsche Staatsangehörigkeit im Lande Österreich v. 30. 6. 39 (RGBl I, 1072).

BD über das Rechtsetzungsrecht im Protektorat Böhmen und Mähren v. 7. 6. 39 (RGBl I, 1039).

Sudetengaugesetz v. 14. 4. 39 (RGBl I, 780).

Zweite BD zur Durchführung des Sudetengaugesetzes v. 17. 7. 39 (RGBl I, 1271).

Dritte BD über Gliederung der Gerichte in den sudetendeutschen Gebieten v. 8. 7. 39 (RGBl I, 1233).

Vorbemerkung zu § 1 S. 24 und Nachtrag Bb. 2 S. 870

Zehnte Verordnung zum Reichsbürgergesetz

Vom 4. Juli 1939 (RGBl. I S. 1097)

Auf Grund des § 3 des Reichsbürgergesetzes vom 15. September 1935 (Reichsgesetzbl. I S. 1146) wird folgendes verordnet:

Artikel I

Reichsvereinigung der Juden

§ 1

- (1) Die Juden werden in einer Reichsvereinigung zusammengeschlossen.
- (2) Die Reichsvereinigung ist ein rechtsfähiger Verein. Sie führt den Namen „Reichsvereinigung der Juden in Deutschland“ und hat ihren Sitz in Berlin.
- (3) Die Reichsvereinigung bedient sich als örtlicher Zweigstellen der jüdischen Kultusvereinigungen.

§ 2

- (1) Die Reichsvereinigung hat den Zweck, die Auswanderung der Juden zu fördern.
- (2) Die Reichsvereinigung ist außerdem
 1. Träger des jüdischen Schulwesens,
 2. Träger der freien jüdischen Wohlfahrtspflege.
- (3) Der Reichsminister des Innern kann der Reichsvereinigung weitere Aufgaben übertragen.

§ 3

- (1) Der Reichsvereinigung gehören alle staatsangehörigen und staatenlosen Juden an, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Reichsgebiet haben.
- (2) Im Falle einer Mischehe ist der jüdische Teil nur Mitglied,
 - a) wenn der Mann der jüdische Teil ist und Abkömmlinge aus der Ehe nicht vorhanden sind oder
 - b) wenn die Abkömmlinge als Juden gelten.
- (3) Juden fremder Staatsangehörigkeit und den in einer Mischehe lebenden Juden, die nicht bereits nach Abs. 2 Mitglieder sind, ist der Beitritt zur Reichsvereinigung freigestellt.

§ 4

Die Reichsvereinigung untersteht der Aufsicht des Reichsministers des Innern; ihre Satzung bedarf seiner Genehmigung.

§ 5

(1) Der Reichsminister des Innern kann jüdische Vereine, Organisationen und Stiftungen auflösen oder ihre Eingliederung in die Reichsvereinigung anordnen.

(2) Im Falle der Auflösung gelten für die Liquidation die Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Der Reichsminister des Innern kann jedoch Liquidatoren bestellen und abberufen und die Art der Liquidation abweichend von den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts regeln. Nach Durchführung der Liquidation ist das Vermögen der aufgelösten jüdischen Einrichtungen auf die Reichsvereinigung zu übertragen.

(3) Im Falle der Eingliederung fällt das Vermögen der betroffenen jüdischen Einrichtungen an die Reichsvereinigung. Eine Liquidation findet in diesen Fällen nicht statt. Für die Verbindlichkeiten der eingegliederten Einrichtungen haftet die Reichsvereinigung mit ihrem gesamten Vermögen.

(4) Der Reichsminister des Innern kann Satzungsbestimmungen und Beschlüsse der jüdischen Vereine, Organisationen und Stiftungen aufheben und ändern, wenn sie über die Verwendung des Vermögens von diesen Vorschriften abweichende Bestimmungen getroffen haben. Juden, die auf Grund der nachträglich aufgehobenen Satzungsbestimmungen oder Beschlüsse etwas erlangt haben, sind der Reichsvereinigung zur Herausgabe nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet.

Artikel II

Jüdisches Schulwesen

§ 6

(1) Die Reichsvereinigung der Juden ist verpflichtet, für die Beschulung der Juden zu sorgen.

(2) Zu diesem Zwecke hat die Reichsvereinigung die notwendige Zahl von Volksschulen zu errichten und zu unterhalten. Sie kann außerdem Mittel- und höhere Schulen sowie Berufs- und Fachschulen und sonstige Schulen oder Unterrichtskurse unterhalten, die der Auswanderung der Juden förderlich sind.

(3) Die Reichsvereinigung hat für die Ausbildung und Fortbildung der Lehrer der von ihr unterhaltenen Schulen zu sorgen.

(4) Die von der Reichsvereinigung unterhaltenen Schulen sind Privatschulen.

§ 7

Juden dürfen nur Schulen besuchen, die von der Reichsvereinigung unterhalten werden. Sie sind nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften über die Schulpflicht zum Besuch dieser Schulen verpflichtet.

§ 8

(1) Die bestehenden öffentlichen und privaten jüdischen Schulen, Einrichtungen der jüdischen Lehrerbildung und sonstigen jüdischen Erziehungseinrichtungen werden aufgelöst, wenn die Reichsvereinigung sie bis zu einem von dem Reichsminister für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung im Einvernehmen mit dem Reichsminister des Innern zu bestimmenden Termin nicht übernimmt.

(2) Vermögen von Juden, das für den Betrieb der jüdischen Schuleinrichtungen benutzt worden ist, ist der Reichsvereinigung auf Anforderung gegen angemessene Entschädigung zu überlassen. Über die Berechtigung der Anforderung solchen Vermögens für den Betrieb der jüdischen Schuleinrichtungen und über die Höhe der Entschädigung entscheidet in Zweifelsfällen die Schulaufsichtsbehörde unter Ausschluß des Rechtswegs.

§ 9

Die im Beamtenverhältnis stehenden Lehrkräfte der jüdischen Schulen treten mit dem Ablauf des 30. Juni 1939 in den Ruhestand. Sie sind verpflichtet, eine ihnen von der Reichsvereinigung der Juden angebotene Beschäftigung an einer jüdischen Schule anzunehmen. Andernfalls verlieren sie den Anspruch auf Ruhegehalt.

§ 10

Die Vorschriften des Reichs- und Landesrechts über die Beschulung von Juden, insbesondere über die Zulassung von Juden zum Schulbesuch, über die Errichtung und Unterhaltung öffentlicher jüdischer Schulen sowie über die Bereitstellung öffentlicher Mittel für Zwecke des jüdischen Religionsunterrichts, treten außer Kraft.

§ 11

Das jüdische Schulwesen untersteht der Aufsicht des Reichsministers für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung.

Artikel III

Jüdische Wohlfahrtspflege

§ 12

Die Reichsvereinigung hat als Träger der jüdischen freien Wohlfahrtspflege (§ 35a Abs. 1 Satz 1 der Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge vom 1. August 1931, Reichsgesetzbl. I S. 439, in der Fassung der Verordnung über die öffentliche Fürsorge für Juden vom 19. November 1938, Reichsgesetzbl. I S. 1649) nach Maßgabe ihrer Mittel hilfsbedürftige Juden so ausreichend zu unterstützen, daß die öffentliche Fürsorge nicht einzutreten braucht. Sie hat Vor Sorge zu treffen, daß für anstaltspflegebedürftige Juden ausschließlich für sie bestimmte Anstalten zur Verfügung stehen.

Artikel IV

Schlußbestimmungen

§ 13

Eine Entschädigung für Nachteile, die durch die Durchführung dieser Verordnung entstehen, wird nicht gewährt.

§ 14

(1) Der Reichsminister des Innern erläßt die zur Durchführung der Verordnung erforderlichen Vorschriften.

(2) Soweit das jüdische Schulwesen betroffen wird, werden die Vorschriften von dem Reichsminister für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung im Einvernehmen mit dem Reichsminister des Innern erlassen. Das gleiche gilt für Maßnahmen auf Grund des § 5, wenn die betroffene jüdische Einrichtung zum Geschäftsbereich des Reichsministers für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung gehört.

§ 15

Die Inkraftsetzung dieser Verordnung für die Ostmark bleibt vorbehalten.

Berlin, den 4. Juli 1939.

Der Reichsminister des Innern

Frid

Der Stellvertreter des Führers

H. Heß

Der Reichsminister für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung

Rust

Der Reichsminister für die kirchlichen Angelegenheiten

Kerrl

Zu § 12 S. 64

Gesetz über Führung akademischer Grade v. 7. 6. 39 (RGBl I, 985).

Zu § 13 ff. S. 68

**Gesetz über die Verschollenheit,
die Todeserklärung und die Feststellung der Todeszeit**

Bom 4. Juli 1939 (RGBl. I S. 1186)

Seit 15. 7. 39 in Kraft, mit Ausnahme des Aufgebotsverfahrens für die Ostmark und den Sudetengau (Erläuterung am Schluß des 5. Bandes).

Die Reichsregierung hat das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird:

Abschnitt I

Voraussetzungen der Todeserklärung. Lebens- und Todesvermutungen

§ 1

(1) Verschollen ist, wessen Aufenthalt während längerer Zeit unbekannt ist, ohne daß Nachrichten darüber vorliegen, ob er in dieser Zeit noch gelebt hat oder gestorben ist, sofern nach den Umständen hierdurch ernstliche Zweifel an seinem Fortleben begründet werden.

(2) Verschollen ist nicht, wessen Tod nach den Umständen nicht zweifelhaft ist.

§ 2

Ein Verschollener kann unter den Voraussetzungen der §§ 3 bis 7 im Aufgebotsverfahren für tot erklärt werden.

§ 3

(1) Die Todeserklärung ist zulässig, wenn seit dem Ende des Jahres, in dem der Verschollene nach den vorhandenen Nachrichten noch gelebt hat, zehn Jahre oder, wenn der Verschollene zur Zeit der Todeserklärung das achtzigste Lebensjahr vollendet hätte, fünf Jahre verstrichen sind.

(2) Vor dem Ende des Jahres, in dem der Verschollene das fünfundschwanzigste Lebensjahr vollendet hätte, darf er nach Abs. 1 nicht für tot erklärt werden.

§ 4

(1) Wer als Angehöriger einer bewaffneten Macht an einem Kriege, einem kriegsähnlichen Unternehmen oder einem besonderen Einsatz teilgenommen hat, während dieser Zeit im Gefahrgelbiet vermißt worden und seitdem verschollen ist, kann für tot erklärt werden, wenn seit dem Ende des Jahres, in dem der Friede geschlossen, der besondere Einsatz für beendet erklärt oder der Krieg oder das kriegsähnliche Unternehmen ohne Friedensschluß tatsächlich beendet ist, ein Jahr verstrichen ist.

(2) Ist der Verschollene unter Umständen vermißt, die eine hohe Wahrscheinlichkeit seines Todes begründen, so wird die im Abs. 1 bestimmte Jahresfrist von dem Zeitpunkt ab berechnet, in dem er vermißt worden ist.

(3) Den Angehörigen einer bewaffneten Macht steht gleich, wer sich bei ihr aufgehalten hat.

(4) Wann der Fall eines besonderen Einsatzes vorliegt und wann er beendet ist, bestimmt der Reichsminister der Justiz im Einvernehmen mit dem Chef des Oberkommandos der Wehrmacht.

§ 5

(1) Wer bei einer Fahrt auf See, insbesondere infolge Untergangs des Schiffes, verschollen ist, kann für tot erklärt werden, wenn seit dem Untergang des Schiffes oder dem sonstigen die Verschollenheit begründenden Ereignis sechs Monate verstrichen sind.

(2) Ist der Untergang des Schiffes, der die Verschollenheit begründet haben soll, nicht feststellbar, so beginnt die Frist von sechs Monaten (Abs. 1) erst ein Jahr nach dem letzten Zeitpunkt, zu dem das Schiff nach den vorhandenen Nachrichten noch nicht untergegangen war; das Gericht kann diesen Zeitraum von einem Jahr bis auf drei Monate verkürzen, wenn nach anerkannter seemannischer Erfahrung wegen der Beschaffenheit und Ausrüstung des Schiffes, im Hinblick auf die Gewässer, durch welche die Fahrt führen sollte, oder aus sonstigen Gründen anzunehmen ist, daß das Schiff schon früher untergegangen ist.

§ 6

Wer bei einem Flug, insbesondere infolge Zerstörung des Luftfahrzeugs, verschollen ist, kann für tot erklärt werden, wenn seit der Zerstörung des Luftfahrzeugs oder dem sonstigen die Verschollenheit begründenden Ereignis oder, wenn diese Ereignisse nicht feststellbar sind, seit dem letzten Zeitpunkt, zu dem der Verschollene nach den vorhandenen Nachrichten noch gelebt hat, drei Monate verstrichen sind.

§ 7

Wer unter anderen als den in den §§ 4 bis 6 bezeichneten Umständen in eine Lebensgefahr gekommen und seitdem verschollen ist, kann für tot erklärt werden, wenn seit dem Zeitpunkt, in dem die Lebensgefahr beendet ist oder ihr Ende nach den Umständen erwartet werden konnte, ein Jahr verstrichen ist.

§ 8

Liegen bei einem Verschollenen die Voraussetzungen sowohl des § 4 als auch der §§ 5 oder 6 vor, so ist nur der § 4 anzuwenden.

§ 9

(1) Die Todeserklärung begründet die Vermutung, daß der Verschollene in dem im Beschluß festgestellten Zeitpunkt gestorben ist.

(2) Als Zeitpunkt des Todes ist der Zeitpunkt festzustellen, der nach dem Ergebnis der Ermittlungen der wahrscheinlichste ist.

(3) Läßt sich ein solcher Zeitpunkt nicht angeben, so ist als Zeitpunkt des Todes festzustellen:

- a) in den Fällen des § 3 das Ende des fünften Jahres oder, wenn der Verschollene das achtzigste Lebensjahr vollendet hätte, des dritten Jahres nach dem letzten Jahre, in dem der Verschollene den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat;
- b) in den Fällen des § 4 der Zeitpunkt, in dem der Verschollene vermißt worden ist;
- c) in den Fällen der §§ 5 und 6 der Zeitpunkt, in dem das Schiff untergegangen, das Luftfahrzeug zerstört oder das sonstige die Verschollenheit begründende Ereignis eingetreten oder — falls dies nicht feststellbar ist — der Verschollene zuerst vermißt worden ist;
- d) in den Fällen des § 7 der Beginn der Lebensgefahr.

(4) Ist die Todeszeit nur dem Tage nach festgestellt, so gilt das Ende des Tages als Zeitpunkt des Todes.

§ 10

Solange ein Verschollener nicht für tot erklärt ist, wird vermutet, daß er bis zu dem in § 9 Abs. 3, 4 genannten Zeitpunkt weiter lebt oder gelebt hat.

§ 11

Kann nicht bewiesen werden, daß von mehreren gestorbenen oder für tot erklärten Menschen der eine den anderen überlebt hat, so wird vermutet, daß sie gleichzeitig gestorben sind.

Abschnitt II

Zwischenstaatliches Recht

§ 12

(1) Ein Verschollener kann im Inland nach diesem Gesetz für tot erklärt werden, wenn er in dem letzten Zeitpunkt, in dem er nach den vorhandenen Nachrichten noch gelebt hat, deutscher Staatsangehöriger war.

(2) War der Verschollene in dem nach Abs. 1 maßgebenden Zeitpunkt Angehöriger eines fremden Staates, so kann er im Inland nach diesem Gesetz mit Wirkung für die Rechtsverhältnisse, welche nach deutschem Recht zu beurteilen sind, und mit Wirkung für das im Inland befindliche Vermögen für tot erklärt werden; ein Gegenstand, für den von einer deutschen Behörde ein zur Eintragung des Berechtigten bestimmtes Buch oder Register geführt wird, sowie ein Anspruch, für dessen Geltendmachung ein deutsches Gericht zuständig ist, gilt als im Inland befindlich.

(3) War der Verschollene in dem nach Abs. 1 maßgebenden Zeitpunkt Angehöriger eines fremden Staates, so kann er ohne die im Abs. 2 genannte Beschränkung im Inland auf Antrag seiner Ehefrau für tot erklärt werden, wenn diese im Inland ihren Wohnsitz hat und deutsche Staatsangehörige ist oder bis zu ihrer Verheiratung mit dem Verschollenen war.

Abchnitt III
Verfahren bei Todeserklärungen

§ 13

(1) Das Aufgebotsverfahren nach § 2 ist eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

(2) Es gelten dafür die besonderen Vorschriften der §§ 14 bis 38.

§ 14

Für das Aufgebotsverfahren sind die Amtsgerichte sachlich zuständig.

§ 15

(1) Ortlich zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk der Verschollene seinen letzten inländischen Wohnsitz hatte.

(2) Ist die Verschollenheit durch den Untergang eines in einem deutschen Schiffsregister eingetragenen Schiffes oder eines deutschen Kriegsschiffes begründet, so ist an Stelle des im Abs. 1 genannten Gerichts das Gericht des Heimathafens oder Heimathortes oder Hauptliegehafens zuständig.

(3) Ist die Verschollenheit bei einem Fluge eingetreten, so ist das Amtsgericht Berlin zuständig. Das gleiche gilt, wenn ein Gerichtsstand nach Abs. 1 oder 2 nicht begründet ist.

(4) Das nach Abs. 2 oder 3 zuständige Gericht kann jedoch die Sache aus wichtigen Gründen an ein anderes Gericht abgeben; die Abgabeverfügung ist für dieses Gericht bindend.

(5) Ist anzunehmen, daß mehrere Personen infolge desselben Ereignisses verschollen sind, so kann der Reichsminister der Justiz das für alle Todeserklärungen zuständige Gericht bestimmen, sofern nicht nach Abs. 2 oder 3 bereits eine einheitliche Zuständigkeit begründet ist. Ist der Antrag bei einem hiernach nicht zuständigen Gericht gestellt, so ist er an das zuständige Gericht abzugeben.

§ 16

(1) Das Aufgebotsverfahren wird nur auf Antrag eingeleitet.

(2) Den Antrag können stellen:

- a) der Staatsanwalt;
- b) der gesetzliche Vertreter des Verschollenen;
- c) der Ehegatte, die ehelichen und die ihnen rechtlich gleichgestellten Abkömmlinge und die Eltern des Verschollenen sowie jeder andere, der ein rechtliches Interesse an der Todeserklärung hat.

(3) Der gesetzliche Vertreter kann den Antrag nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts stellen.

(4) Im Falle des § 12 Abs. 3 kann nur die Ehefrau den Antrag stellen.

§ 17

Jeder Antragsberechtigte kann neben dem Antragsteller oder an dessen Stelle in das Verfahren eintreten. Durch den Eintritt erlangt er die rechtliche Stellung eines Antragstellers. Der Eintritt ist auch zur Einlegung eines Rechtsmittels zulässig.

§ 18

Vor der Einleitung des Verfahrens hat der Antragsteller die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen glaubhaft zu machen.

§ 19

(1) Ist der Antrag zulässig, so hat das Gericht das Aufgebot zu erlassen.

(2) In das Aufgebot ist insbesondere aufzunehmen:

- a) die Bezeichnung des Antragstellers;
- b) die Aufforderung an den Verschollenen, sich bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu melden, widrigenfalls er für tot erklärt werden könne;
- c) die Aufforderung an alle, die Auskunft über den Verschollenen geben können, dem Gericht bis zu dem nach b bestimmten Zeitpunkt Anzeige zu machen.

§ 20

(1) Das Aufgebot muß durch eine Tageszeitung öffentlich bekanntgemacht werden.

(2) Das Gericht kann anordnen, daß das Aufgebot daneben in anderer Weise, insbesondere durch Rundfunk, öffentlich bekanntgemacht werde. Das Aufgebot soll an die Gerichtstafel angeheftet werden.

(3) Stehen überwiegende Gründe der öffentlichen Ordnung der Bekanntmachung des Aufgebots durch eine Tageszeitung entgegen, so hat das Gericht davon abzusehen; in diesem Falle muß das Aufgebot durch Anheftung an die Gerichtstafel öffentlich bekanntgemacht werden.

§ 21

(1) Zwischen dem Tage, an dem das Aufgebot zum ersten Male durch eine Tageszeitung öffentlich bekanntgemacht ist, und dem nach § 19 Abs. 2 b bestimmten Zeitpunkt muß eine Frist (Aufgebotsfrist) von mindestens sechs Wochen liegen. Ist das Aufgebot nicht durch eine Tageszeitung bekanntgemacht (§ 20 Abs. 3), so beginnt die Aufgebotsfrist mit Ablauf des Tages, an dem das Aufgebot an die Gerichtstafel angeheftet ist.

(2) Die Aufgebotsfrist soll, wenn nicht besondere Gründe vorliegen, nicht mehr als ein Jahr betragen.

(3) Ist das Aufgebot öffentlich bekanntgemacht, so kann die Aufgebotsfrist nicht mehr abgekürzt werden.

§ 22

Vor der Bekanntmachung des Aufgebots ist in jedem Falle dem Staatsanwalt, vor der Entscheidung dem Antragsteller und dem Staatsanwalt Gelegenheit zur Äußerung zu geben.

§ 23

In dem Beschluß, durch den der Verschollene für tot erklärt wird, ist der Zeitpunkt seines Todes nach § 9 Abs. 2, 3 festzustellen.

§ 24

(1) Der Beschluß, durch den der Verschollene für tot erklärt wird, ist durch eine Tageszeitung öffentlich bekanntzumachen. § 20 Abs. 2 und 3 sind entsprechend anzuwenden.

(2) Der Beschluß ist ferner dem Antragsteller und dem Staatsanwalt zuzustellen.

(3) Die erste öffentliche Bekanntmachung gilt als Zustellung, auch soweit dieses Gesetz daneben eine besondere Zustellung vorschreibt. Die Zustellung gilt als bewirkt, wenn der Beschluß nicht durch eine Tageszeitung öffentlich bekanntgemacht ist, mit Ablauf des vierzehnten Tages nach dem Tage, an dem der Beschluß an die Gerichtstafel angeheftet ist, im übrigen mit Ablauf des Tages, an dem der Beschluß in der Tageszeitung öffentlich bekanntgemacht ist.

§ 25

Der Beschluß, durch den die Todeserklärung abgelehnt wird, ist dem Antragsteller und dem Staatsanwalt zuzustellen.

§ 26

(1) Gegen den Beschluß, durch den der Verschollene für tot erklärt wird, und gegen den Beschluß, durch den die Todeserklärung abgelehnt wird, ist die sofortige Beschwerde zulässig. Die Beschwerdefrist beträgt einen Monat.

(2) Die Beschwerde steht zu:

- a) gegen den Beschluß, durch den der Verschollene für tot erklärt wird, dem Antragsteller und jedem, der an der Aufhebung der Todeserklärung oder an der Verichtigung des Zeitpunktes des Todes ein rechtliches Interesse hat;
- b) gegen den Beschluß, durch den die Todeserklärung abgelehnt wird, dem Antragsteller.

§ 27

Wird der Beschluß, durch den der Verschollene für tot erklärt wird, auf sofortige Beschwerde oder sofortige weitere Beschwerde aufgehoben und die Todeserklärung abgelehnt, so kann das Gericht anordnen, daß dieser Beschluß öffentlich bekanntgemacht werde; § 24 ist entsprechend anzuwenden.

§ 28

(1) Beschlüsse, die auf sofortige weitere Beschwerde ergehen, sind dem Beschwerdeführer und dem Staatsanwalt zuzustellen, auch wenn sie nicht den in §§ 24 oder 25 bezeichneten Inhalt haben.

(2) Bei Beschlüssen, die auf sofortige weitere Beschwerde ergehen, kann das Gericht von der Anwendung des § 24 Abs. 1 absehen, wenn die Todeserklärung bereits vom Amtsgericht oder vom Beschwerdebegericht öffentlich bekanntgemacht worden war.

§ 29

(1) Beschlüsse des Amtsgerichts, durch welche die Todeserklärung ausgesprochen wird, werden mit ihrer Rechtskraft wirksam.

(2) § 26 Satz 2 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist nicht anwendbar.

(3) Beschlüsse, die auf sofortige weitere Beschwerde ergehen, werden mit der letzten Zustellung wirksam; § 24 Abs. 3 bleibt unberührt.

§ 30

(1) Hat der Verschollene die Todeserklärung überlebt, so kann er oder der Staatsanwalt ihre Aufhebung beantragen.

(2) Der Antrag ist bei dem Amtsgericht zu stellen, bei dem das Aufgebotsverfahren anhängig gewesen ist oder an welches die Sache gemäß § 15 Abs. 4 oder 5 abgegeben worden ist.

§ 31

(1) Für das Verfahren gelten die §§ 17 und 18.

(2) Vor der Entscheidung ist den Antragsberechtigten und dem, der die Todeserklärung erwirkt hat, Gelegenheit zur Äußerung zu geben.

§ 32

(1) Der Beschluß, durch den die Todeserklärung aufgehoben wird, ist in der gleichen Form öffentlich bekanntzumachen, in der die Todeserklärung bekanntgemacht worden ist. § 20 Abs. 2 und 3 sind entsprechend anzuwenden.

(2) Der Beschluß, durch den die Aufhebung der Todeserklärung abgelehnt wird, ist dem Antragsteller und dem Staatsanwalt zuzustellen.

§ 33

(1) Gegen den Beschluß, durch den die Todeserklärung aufgehoben wird, findet kein Rechtsmittel statt.

(2) Gegen den Beschluß, durch den die Aufhebung der Todeserklärung abgelehnt wird, kann der Antragsteller die sofortige Beschwerde erheben.

§ 34

(1) Das Gericht kann in seiner Entscheidung einem am Verfahren Beteiligten oder vom Verfahren Betroffenen die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Durchführung des Verfahrens notwendigen außergerichtlichen Kosten anderer Beteiligter oder Betroffener, ganz oder teilweise auferlegen, die er durch grob fahrlässig aufgestellte unrichtige Behauptungen oder sonstiges grobes Verschulden veranlaßt hat. Vor dieser Entscheidung soll das Gericht, soweit tunlich, den hören, dem es die Kosten auferlegen will.

(2) Vorbehaltlich des Abs. 1 hat das Gericht in dem Beschluß, durch den der Verschollene für tot erklärt wird, auszusprechen, daß die Kosten des Verfahrens, einschließlich der notwendigen außergerichtlichen Kosten des Antragstellers oder Beschwerdeführers, dem Nachlaß zur Last fallen. Dies gilt nicht für die Kosten einer unbegründeten Beschwerde.

(3) Wird die Todeserklärung gemäß den §§ 30 bis 33 aufgehoben, so kann das Gericht nach Abs. 1 auch über die Kosten entscheiden, die nach Abs. 2 dem Nachlaß zur Last gelegt sind.

§ 35

(1) Die Kosten, über die nach § 34 entschieden ist, werden auf Antrag von dem Urundsbeamten der Geschäftsstelle des Gerichts erster Instanz festgesetzt.

(2) Zur Berücksichtigung eines Ansazes genügt es, daß er glaubhaft gemacht wird.

(3) Über Erinnerungen gegen den Festsetzungsbeschluß entscheidet das Gericht erster Instanz. Die Erinnerung ist binnen einer mit der Zustellung beginnenden Frist von zwei Wochen einzulegen. Die §§ 22 Abs. 2 und 24 Abs. 3 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gelten entsprechend.

§ 36

Die Entscheidungen des Gerichts über die Kosten nach §§ 34 oder 35 Abs. 3 können selbständig mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden, sofern der Beschwerdegegenstand den Betrag von fünfzig Reichsmark übersteigt.

§ 37

(1) Ergibt nach der Kostenfestsetzung eine Entscheidung, die den Wert des Gegenstandes des Verfahrens festsetzt, so ist, falls diese Entscheidung von der Wertberechnung abweicht, die der Kostenfestsetzung zugrunde liegt, auf Antrag die Kostenfestsetzung entsprechend abzuändern; die §§ 35 und 36 sind entsprechend anzuwenden.

(2) Wird eine Entscheidung über die Kosten abgeändert, so ist auf Antrag auszusprechen, daß die auf Grund der abgeänderten Entscheidung zuviel gezahlten Kosten zu erstatten sind.

§ 38

Aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen und aus Entscheidungen gemäß § 37 Abs. 2 findet die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung statt.

Abschnitt IV

Verfahren bei Feststellung der Todeszeit

§ 39

Ist die Todeserklärung mit Rücksicht auf § 1 Abs. 2 unzulässig, eine Eintragung im Sterberegister aber nicht erfolgt, so kann beantragt werden, den Tod und den Zeitpunkt des Todes durch gerichtliche Entscheidung festzustellen.

§ 40

Auf das Verfahren sind die §§ 13 Abs. 1, 14 bis 17, 22, 24 bis 29, 34 Abs. 1, 2 und §§ 35 bis 38 entsprechend anzuwenden; im übrigen gelten dafür die besonderen Vorschriften der §§ 41 bis 44.

§ 41

(1) Vor der Einleitung des Verfahrens hat der Antragsteller nachzuweisen, daß der Tod nach den Umständen nicht zweifelhaft ist, sofern dies nicht offenkundig ist.

(2) Die übrigen zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen hat der Antragsteller glaubhaft zu machen.

§ 42

(1) Ist der Antrag zulässig, so soll das Gericht eine öffentliche Aufforderung an alle, die über den Zeitpunkt des Todes Angaben machen können, erlassen, dies dem Gericht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt anzuzeigen.

(2) Von der öffentlichen Aufforderung kann das Gericht absehen, wenn dadurch nach den Umständen eine weitere Aufklärung des Sachverhalts nicht erwartet werden kann.

§ 43

(1) Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen die Form, in der die öffentliche Aufforderung bekanntgemacht werden soll, und die Frist, innerhalb deren die Anzeige zu machen ist.

(2) Diese Frist soll nicht weniger als sechs Wochen und, wenn nicht besondere Gründe vorliegen, nicht mehr als sechs Monate betragen. Sie beginnt mit Ablauf des Tages, an dem die Aufforderung zum ersten Male öffentlich bekanntgemacht ist.

(3) Ist die Aufforderung öffentlich bekanntgemacht, so kann die Frist nicht mehr abgekürzt werden.

§ 44

(1) Der Zeitpunkt des Todes ist den Grundsätzen des § 9 Abs. 2, 3 entsprechend festzustellen.

(2) Der Beschluß begründet die Vermutung, daß der Tod in dem darin festgestellten Zeitpunkt eingetreten ist. § 9 Abs. 4 gilt entsprechend.

§ 45

(1) Ergeben die Ermittlungen, die in einem nach § 2 eingeleiteten Aufgebotsverfahren angestellt sind, daß der Tod nach den Umständen nicht zweifelhaft ist, so ist das Verfahren nach den §§ 39 bis 44 fortzusetzen.

(2) Der Antrag auf Todeserklärung gilt in diesem Falle als Antrag auf Feststellung des Zeitpunktes des Todes. § 41 ist nicht anzuwenden.

Abschnitt V

Inkrafttreten. Übergangs- und Schlussvorschriften für das Reichsgebiet außer der Ostmark und dem Reichsgau Sudetenland

§ 46

(1) Dieses Gesetz tritt, vorbehaltlich der §§ 55 bis 58, am 15. Juli 1939 in Kraft.

(2) Vom gleichen Zeitpunkt ab werden aufgehoben:

- a) die §§ 13 bis 20 des Bürgerlichen Gesetzbuchs;
- b) der Artikel 9 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch;
- c) die §§ 960 bis 976 der Zivilprozeßordnung;
- d) die Verordnung über die Todeserklärung Kriegsverschollener vom 18. April 1916 (Reichsgesetzbl. S. 296) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. August 1917 (Reichsgesetzbl. S. 703) und des Gesetzes vom 20. Februar 1925 (Reichsgesetzbl. I S. 15).

(3) Soweit in anderen Gesetzen auf die durch dieses Gesetz aufgehobenen Vorschriften verwiesen ist, treten die entsprechenden Vorschriften dieses Gesetzes an ihre Stelle.

§ 47

Bei der Anwendung des § 12 steht einem deutschen Staatsangehörigen ein ehemaliger österreichischer Bundesbürger gleich; einem deutschen Staatsangehörigen steht ferner ein

ehemaliger tschecho-slowakischer Staatsangehöriger gleich, sofern er die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem deutsch-tschechoslowakischen Vertrag über Staatsangehörigkeits- und Optionsfragen vom 20. November 1938 (Reichsgesetzbl. II S. 895) oder nach der Verordnung über den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch frühere tschecho-slowakische Staatsangehörige deutscher Volkszugehörigkeit vom 20. April 1939 (Reichsgesetzbl. I S. 815) erworben hätte, wenn er nicht verschollen gewesen wäre. Dasselbe gilt für Memelländer und Personen, die ihre Staatsangehörigkeit von einem Memelländer ableiten, sofern sie die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Gesetz über die Wiedervereinigung des Memellandes mit dem Deutschen Reich vom 23. März 1939 (Reichsgesetzbl. I S. 559) wieder erworben hätten, wenn sie nicht verschollen gewesen wären.

§ 48

(1) Für Verfahren zum Zwecke der Todeserklärung, die nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung eingeleitet sind, gilt folgendes:

- a) Die Vorschriften dieses Gesetzes sind vom Tage seines Inkrafttretens ab auf anhängige Aufgebotsverfahren anzuwenden. Ist das Aufgebot bereits gemäß den bisherigen Bestimmungen bekanntgemacht, so kann das Gericht ein weiteres Aufgebot nach den Vorschriften dieses Gesetzes erlassen.
- b) Die Anfechtung von Ausschlußurteilen richtet sich nach den bisherigen Bestimmungen.
- c) Ist die Anfechtungsklage nach § 973 der Zivilprozessordnung nicht mehr zulässig, so kann das Ausschlußurteil gemäß den §§ 30 bis 33 dieses Gesetzes aufgehoben werden.
- d) Ist eine Anfechtungsklage nach § 957 der Zivilprozessordnung anhängig, so ist das Verfahren über sie bis zur Erledigung eines Aufhebungsverfahrens nach den §§ 30 bis 33 dieses Gesetzes auszusetzen.

(2) Für Verfahren, die nach den Vorschriften des Gesetzes, betreffend das Verfahren zum Zwecke der Todeserklärung und der Beweisführung des Todes, vom 16. Februar 1883 (österreich. RGVl. Nr. 20) in der Fassung des Gesetzes vom 31. März 1918 (österreich. RGVl. Nr. 129) eingeleitet sind, gilt folgendes:

- a) Anhängige Verfahren sind nach den bisherigen Verfahrensvorschriften zu Ende zu führen.
- b) Rechtskräftige Entscheidungen, die nach den bisherigen Vorschriften erlassen sind, können nur nach den Vorschriften dieses Gesetzes aufgehoben werden; an die Stelle des Gerichtshofs erster Instanz tritt das entsprechende Amtsgericht.

§ 49

(1) Ist der Eintritt einer Rechtswirkung an die Erlassung des die Todeserklärung ausprechenden Urteils geknüpft, so tritt sie ein,

- a) wenn ein Verschollener nach diesem Gesetz für tot erklärt wird, mit dem Zeitpunkt, in dem die Todeserklärung wirksam wird;
- b) wenn ein Verschollener nach dem im § 48 Abs. 2 genannten Gesetz für tot erklärt wird, mit der Rechtskraft der Todeserklärung.

(2) Der Aufhebung einer Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage steht deren Aufhebung nach den §§ 30 bis 33 dieses Gesetzes gleich.

§ 50

In die Kostenordnung vom 25. November 1935 (Reichsgesetzbl. I S. 1371) wird als § 118a folgende Vorschrift eingefügt:

„§ 118a

Todeserklärung und Feststellung der Todeszeit

- (1) Das Doppelte der vollen Gebühr wird erhoben für
 - a) die Todeserklärung,
 - b) die Feststellung der Todeszeit,
 - c) die Aufhebung der Todeserklärung einschließlich des vorangegangenen Verfahrens.
- (2) Wird ein Aufgebotsverfahren in ein Verfahren zur Feststellung der Todeszeit übergeleitet, so ist es für die Gebührenberechnung als ein einheitliches Verfahren zu behandeln.
- (3) Der Geschäftswert bestimmt sich nach § 24 Abs. 2.“

§ 51

Geht ein beim Inkrafttreten dieses Gesetzes anhängiges Aufgebotsverfahren nach § 48 Abs. 1a in ein Verfahren nach den Vorschriften dieses Gesetzes über, so bestimmen sich die Kosten ausschließlich nach der Kostenordnung.

§ 52

Auf die Rechtsanwaltskosten finden bis auf weiteres die in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten geltenden Vorschriften der Gebührenordnung für Rechtsanwälte entsprechende Anwendung. Für die Vertretung eines Beteiligten in einem unter dieses Gesetz fallenden Verfahren erhält der Rechtsanwalt die für die Vertretung in einem Aufgebotsverfahren bestimmten Gebühren. Wird ein Aufgebotsverfahren in ein Verfahren zur Feststellung der Todeszeit übergeleitet, so ist es für die Gebührenerhebung als ein einheitliches Verfahren zu behandeln.

§ 53

(1) Das Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900 (Reichsgesetzbl. S. 213) wird durch die Vorschriften dieses Gesetzes nicht berührt; jedoch ist § 48 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit in den Verfahren, die in diesem Gesetz geregelt sind, nicht anzuwenden.

(2) Soll unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 5 dieses Gesetzes die Zuständigkeit eines Konsuls begründet oder aufgehoben werden, so entscheidet der Reichsminister der Justiz im Einvernehmen mit dem Reichsminister des Auswärtigen.

(3) Für Beschlüsse des Reichsgerichts, die auf sofortige Befehlsverfügung gegen die Beschlüsse eines Konsuls in einem durch dieses Gesetz geregelten Verfahren ergehen, gelten § 28 Abs. 1 und § 29 Abs. 2, 3 dieses Gesetzes.

§ 54

Der Reichsminister der Justiz erläßt die zur Durchführung und Ergänzung dieses Gesetzes erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften.

Abschnitt VI

Inkrafttreten. Übergangs- und Schlussvorschriften für die Ostmark und den Reichsgau Sudetenland

§ 55

(1) In der Ostmark und im Reichsgau Sudetenland treten die §§ 1 bis 12 und die §§ 47, 53 und 54 dieses Gesetzes am 15. Juli 1939 in Kraft. Im Falle einer Todeserklärung auf Grund des § 12 Abs. 3 ist für die Eingehung einer neuen Ehe das deutsche Recht maßgebend.

(2) Vom gleichen Zeitpunkt ab werden aufgehoben:

- a) die §§ 24, 25, 112 bis 114, 277 und 278 Satz 1 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs;
 - b) das Gesetz über die Todeserklärung von in dem gegenwärtigen Kriege Vermissten vom 31. März 1918 (österreich. RGBl. Nr. 128) nebst der Verordnung vom 8. April 1918 (österreich. RGBl. Nr. 134);
 - c) das Gesetz, betreffend die Regelung der Bestimmungen über die Todeserklärung, vom 30. Juni 1921 (SdGuB. Nr. 252).
- (3) § 46 Abs. 3 ist anzuwenden.

§ 56

(1) Das Aufgebotsverfahren nach § 2 richtet sich in der Ostmark und im Reichsgau Sudetenland bis auf weiteres nach den Vorschriften des Gesetzes, betreffend das Verfahren zum Zwecke der Todeserklärung und der Beweisführung des Todes, vom 16. Februar 1883 (österreich. RGBl. Nr. 20) in der Fassung des Gesetzes vom 31. März 1918 (österreich. RGBl. Nr. 129), soweit nicht in den folgenden Absätzen Abweichendes bestimmt ist.

(2) Das Ansuchen um eine Todeserklärung kann auch von dem Staatsanwalt gestellt werden; im Falle des § 10a des Todeserklärungsgesetzes (Abs. 1) tritt an die Stelle der Finanzprokurator der Staatsanwalt. Ihm ist vor der Bekanntmachung des Edikts und vor der Entscheidung in jedem Falle Gelegenheit zur Äußerung zu geben.

(3) § 7 des Todeserklärungsgesetzes (Abs. 1) erhält folgende Fassung:

„Erachtet das Gericht das Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse der Todeserklärung als in einer für die Einleitung des weiteren Verfahrens auszeichnenden Weise dargetan, so hat es ein Edikt zu erlassen. In das Edikt ist insbesondere aufzunehmen:

- a) die Bezeichnung dessen, welcher das Ansuchen um Todeserklärung gestellt hat;
- b) die Aufforderung an den Verschollenen (Abwesenden, Vermissten), sich bis zum Ablauf der Ediktalfrist (Abs. 4) zu melden, widrigenfalls er für tot erklärt werden könnte;
- c) die Aufforderung an alle, dem Gerichte oder, wenn ein Kurator bestellt ist, diesem bis zum Ablauf der Ediktalfrist (Abs. 4) Nachrichten über den Verschollenen (Abwesenden, Vermissten) zu geben.

Zugleich ist anzukündigen, daß die Entscheidung über das Gesuch um Todeserklärung nach Ablauf der Ediktalfrist (Abs. 4) erfolgen werde.

Das Edikt ist an der Gerichtstafel anzuschlagen und einmal in die für amtliche Kundmachungen bestimmte Zeitung einzuschalten. Das Gericht kann anordnen, daß das Edikt auch in anderen Zeitungen veröffentlicht und an bestimmten Orten ortsüblich kundgemacht werde, sowie daß wiederholte Veröffentlichungen des Edikts stattfinden. Stehen überwiegende Gründe der öffentlichen Ordnung der Bekanntmachung des Edikts durch eine Zeitung entgegen, so hat das Gericht davon abzugehen.

Der Tag, an dem die Ediktalfrist endet, ist in dem Edikt anzugeben und so zu bestimmen, daß nach der Einschaltung des Edikts in die amtliche Zeitung oder, wenn diese nach Abs. 3 Satz 3 zu unterbleiben hat, nach dem Anschlag des Edikts an der Gerichtstafel mindestens sechs Wochen und, wenn nicht besondere Gründe vorliegen, höchstens ein Jahr verstreichen muß; die Ediktalfrist kann von Amts wegen verlängert werden."

(4) § 5, § 8 Abs. 3 und § 9 des Todeserklärungsgesetzes (Abs. 1) werden gestrichen.

§ 57

Die Vorschriften über das Verfahren zur Beweisführung des Todes (§§ 10 und 10 c des im § 56 Abs. 1 genannten Gesetzes) bleiben in der Ostmark und im Reichsgau Sudetenland bis auf weiteres unberührt. Jedoch kann das Ansuchen auch von dem Staatsanwalt gestellt werden; ihm ist vor der Bekanntmachung des Edikts und vor der Entscheidung in jedem Falle Gelegenheit zur Äußerung zu geben.

§ 58

Anhängige Verfahren zum Zwecke der Todeserklärung und der Beweisführung des Todes sind nach den bisher geltenden Verfahrensvorschriften zu Ende zu führen.

Berlin, den 4. Juli 1939.

Der Führer und Reichskanzler
Adolf Hitler

Der Reichsminister der Justiz
Dr. Gürtner

Zu § 89 S. 146 ff.

Gesetz zur Vereinheitlichung im Behördenaufbau v. 5. 7. 39 (RGBl I, 1197).

Zu § 89 S. 147

Erste WD über Aufgaben der Reichsgaue als Selbstverwaltungskörperschaften v. 17. 7. 39 (RGBl I, 1269).

Zu § 89 S. 149

Reichsbahngesetz v. 4. 7. 39 (RGBl I, 1205). Das Reich verwaltet unter dem Namen „Deutsche Reichsbahn“ das Reichsbahnvermögen als ein Sondervermögen des Reichs.

Zu § 89 S. 154

Zweckverbandgesetz v. 7. 6. 39 (RGBl I, 979).

Bef. der neuen Fassung des § 3 Abs. 2 Nr. 5 der Reichsärzteordnung v. 12. 6. 39 (RGBl I, 1014).

WD zur Durchf. u. Ergänzung der Reichsärzteordnung v. 31. 5. 39 (RGBl I, 978).

Fünfte WD zur Durchführung und Ergänzung der Reichsärzteordnung (Bestallungsordnung für Ärzte) v. 17. 7. 39 (RGBl I, 1273).

Zu § 89 S. 155

Gesetz zur Durchf. des Ersten Abkommens zur Vereinheitlichung des Lustprivatrechts v. 15. 12. 38 (RGBl I, 1079) und Zweite WD über seine Einführung in der Ostmark und Sudetengau v. 5. 6. 39 (RGBl I, 1006).

Band 2

Zu S. 128

BaupreisWD v. 16. 6. 39 (RGBl I, 1041).

Zu S. 147 (Vorkaufrecht)

Erste Ausführungsbestimmung zur WD über das Vorkaufrecht nach dem Reichsiedlungsgesetz v. 27. 6. 39. Sie betrifft nicht die Ostmark und die sudetendeutschen Gebiete. Auf Grund der Art 1 u. 2 wurde die WD über das Vorkaufrecht nach dem Reichsiedlungsgesetz v. 15. 4. 37 (RGBl I, 546) erlassen.



~~SKARBIEC~~
BIBLIOTEKA
UNIwersytecka
Gdańsk

PA

25923/3

BIBLIOTEKA
UNIwersytecka
Gdańsk

P.7.10.9