

Deutsches Hypothekenrecht.

Nach

den Landesgesetzen der größeren deutschen Staaten

systematisch dargestellt.

Unter Mitwirkung von

Prof. Dr. v. Bar in Breslau, Prof. Dr. Dernburg in Berlin, Prof. Dr. Exner in Wien, Appellationsgerichtsrath Hinrichs in Magdeburg, Reichs-Oberhandelsgerichtsrath Dr. Buchelt in Leipzig, Prof. Dr. Regelsberger in Würzburg, Reichs-Oberhandelsgerichtsrath Dr. Römer in Leipzig und Vicepräsident des Ober-Appellationsgerichts Dr. Siegmann in Dresden

herausgegeben von

Dr. Viktor von Meibom,

Geb. Justizrath und ord. Prof. der Rechte an der Universität Bonn.

V. Oestreichisches Hypothekenrecht.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1876.

VYŘAZENO

Das

Oestreichische Hypothekenrecht

von

Dr. Adolf Exner,

o. ö. Professor des röm. Rechts an der Wiener Universität.

Q 3 M 685

DAR
PRÁVNICKÉ JEDNOTY
MORAVSKÉ.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1876.

Joseph Unger

freundschaftlich zugeeignet.

Vorwort.

Das Hypothekenrecht der deutsch-österreichischen Länder hatte ehedem, vermöge des hier uralten Grundbuchsystems, in keinem größeren deutschen Gebiete seinesgleichen, und auch nach den großen Fortschritten, welche in unserem Jahrhundert die Nachbarstaaten in der Organisation des Bodentreditwesens gemacht haben, behauptet dasselbe durch seine neueste Reform (1871) einen hervorragenden Platz. Gleichwohl fehlte es dem reich und eigenthümlich entwickelten Rechtsstoff bisher an einer zusammenfassenden wissenschaftlichen Behandlung und selbst die fragmentarischen Ansätze zu einer solchen (von Pratobervera und Kopecky) sind ein Menschenalter hindurch ohne Nachfolge geblieben; kein Wunder, daß auch die Praxis nicht auf festen Prinzipien fußte, sondern, zumal gegenüber dem bis vor Kurzem so lückenhaften Bestand der Rechtsnormen, in bedenklichen Schwankungen ihre Unsicherheit verrieth. Hierin lag zugleich der Hauptreiz und die Hauptschwierigkeit des vorliegenden Versuchs: es galt, ohne genügende theoretische Vorarbeiten, ohne sichere Handhabe an einer mehr haltbedürftigen als haltgebenden Praxis, und auf Grund eines kaum erst ins Leben eingetretenen Gesetzes den systematischen Aufbau zu führen.

Die Grundlinien dazu habe ich in meiner Schrift über das Publizitätsprinzip vor Jahren schon entworfen, seither wieder und wieder geprüft, besonders auch an den Normen des inzwischen in Kraft getretenen allgem. Grundbuchgesetzes, und halte sie in allen wesentlichen Stücken anfrecht. Im Einzelnen habe ich Manches berichtigen können,

wo ich durch treffende Kritik belehrt war, wie namentlich durch meinen nun verewigten Kollegen Harum geschehen ist; Manches auch wird in seinem jetzigen Zusammenhang bei reichlicherer Durchführung minder schroff und bedenklich erscheinen. Mag aber auch Vieles von relativ untergeordnetem Belang einer künftigen bessern Einsicht weichen, die Hauptaufgabe ist erfüllt, wenn durch ein streng wissenschaftlich durchgeführtes Gesamtbild des Stoffes jene Herrschaft über denselben gewonnen wird, die auf der Einsicht in den Zusammenhang jedes Einzelnen mit dem Ganzen beruht, und die allein vor willkürlichem Hineingreifen ins Einzelne bewahrt. In diesem Sinne ist das vorliegende Buch für die österreichische Praxis geschrieben, und ihr zunächst legt der Verfasser das Ergebnis seiner fünfjährigen, oft unterbrochenen, aber stets mit gleichem Interesse wieder aufgenommenen Arbeit vor. Dem großen gelehrten Publikum aber mag eine Darstellung des österreichischen Hypothekenrechts nicht bloß wegen des territorialen Umfangs seiner Geltung Interesse abgewinnen, sondern ebenso sehr wegen der Eigenart seiner Entwicklung, die in stetigem Gang ein halbes Jahrtausend erfüllt und ohne Sprung neuestens dahin gelangt ist, den Reformansprüchen des modernen Kreditverkehrs in der Hauptsache zu genügen.

Die vorliegende erste Abtheilung des Werkes enthält (abgesehen von der wesentlich zur Orientirung der nichtösterreichischen Leser dienenden Einleitung) die beiden ersten Bücher und die erste Hälfte des dritten. Die zweite Abtheilung wird enthalten: III. Buch 2. Hälfte (Lehre von den Simultanhypotheken; hypothekarisches Befriedigungsverfahren), IV. Buch (Uebertragung und Verpfändung der Hypotheken), V. Buch (Rangordnung), VI. Buch (Endigung). — Ueberall liegt der Darstellung der neueste Stand der österreichischen Gesetzgebung zu Grunde, wie er durch das allgemeine Grundbuchsgesetz vom 25. Juli 1871 bezeichnet ist; das in Ungarn geltende Hypothekenrecht (welches bekanntlich deutsch-österreichischen Ursprungs ist), wurde in zweiter Linie mit berücksichtigt durch Hinweisung auf seine abweichenden Punkte. Außer Betracht dagegen blieb der Rechtszustand in solchen österreichischen

Gebieten, in welchen das Grundbuchsgesetz darum zur Zeit noch nicht in Kraft steht, weil ihm entsprechende öffentliche Bücher noch nicht angelegt sind.

Schließlich erfülle ich eine angenehme Pflicht, indem ich der entgegenkommenden Unterstützung dankend gedenke, die mir bei der Arbeit zu Theil wurde: von Seite des k. k. östr. Justizministeriums über Auftrag Sr. Excellenz des Herrn Ministers Dr. Glaser durch Mittheilung von Gesetzgebungsmaterialien unter freundlicher Vermittlung des Herrn Ministerialraths v. Harrasowsky; von Seite des k. k. Grundbuchsamts in Wien durch Gewährung umfassender Einsicht in die Bücher und die Geschäftsgebahrung; von Seite der Herren Anwälte Dr. Kaufler und Dr. Conrad durch Mittheilung von Prozessakten. Die Anfertigung des Sachregisters hat Herr Cand. jur. Hauke gefälligst übernommen.

Wien, im August 1875.

A. Gyner.

Abkürzungen.

- A. b. Gb. = Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.
 A. G. O. = Allgemeine Gerichtsordnung.
 C. civ. = Code civil.
 C. Pr. O. = Civilprozessordnung.
 D. H. G. B. = Deutsches Handelsgesetzbuch.
 G. B. G. = Allgemeines Grundbuchsgesetz.
 Gb. O. = Grundbuchordnung (ungarische).
 G. W. = Glaser-Unger-Waltner, Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen
 des k. k. obersten Gerichtshofes.
 G. Z. = Allgemeine österreichische Gerichtszeitung.
 Hofdetr. = Hofdekret.
 Hofz. d. k. = Hofkanzleidekret.
 I. G. S. = Justizgesetzsammlung.
 Konk. O. = Konkursordnung v. 9. Jänner 1869.
 L. G. B. = Landesgesetzblatt.
 Lpat. = Landtafelpatent.
 Pr. R. d. = Preussisches Landrecht.
 Pr. G. B. G. = Preussisches Gesetz v. 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb
 und die dingliche Belastung von Grundstücken.
 R. G. B. = Reichsgesetzblatt.
 Vdg. = Verordnung.
 Wagn. Zsch. = Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit, herausg. v. Wagner
 u. A.
 Westgal. Gb. = Westgalizisches Gesetzbuch.
 Z. = Ziffer.
 Zsch. = Zeitschrift.

Zusatz und Berichtigung.

Das auf S. 12, Note 26 Gesagte gilt auch über das „Handbuch des österreichisch-ungarischen Tabularrechtes“ von Dr. F. Dostal, Wien 1872, 1873 (bisher 3 Lieferungen).

Gemäß § 8 der auf S. 10 angeführten Landesgesetze (wonach die Auszeichnung der Servitutrechte in dem Besitzstandsblatte des herrschenden Gutes jetzt allerdings gefordert wird) ist das auf S. 222, Note 20 Gesagte zu berichtigen.

Inhaltsübersicht.

	Seite
Beilagen Nr. 1—5	XLIII
Sachregister	XLIX
ParagrapheRegister zum allg. Grundbuchgesetz vom 25. Juli 1871	LIII
Einleitung.	
I. Quellen und Literatur des österreichischen Hypothekenrechts.	
A. Quellen	1
B. Literatur	10
II. Uebersicht der Grundbuchverwaltung in Oestreich.	
A. Die Bücher	14
I. Die Grundbücher	14
II. Die Bergbücher	20
III. Die Eisenbahnbücher	21
B. Die Buchbehörden	23
C. Grundzüge des Verfahrens in Tabularsachen	26
Erstes Buch. Grundlehren.	
I. § 1. Begriff der Hypothek. — Terminologie	33
II. § 2. Accessorische Natur der Hypothek	39
III. § 3. Gegenstände des Hypothekenrechts	47
§ 4. Fortsetzung	52
IV. § 5. Der Grundsatz der Spezialität	58
V. § 6. Der Grundsatz der Publizität. Uebersicht	63
A. Publizität der Hypothekenbestellung	64
§ 7. B. Offenheit des Buches	68
C. Glaubhaftigkeit des Buches (Publica fides)	69
§ 8. Einleitung	69
§ 9. Fortsetzung	73
AA) Die Formalwirkung der grundbücherlichen Einträge	83
§ 10. Erfordernisse ihres Eintrittes	83
§ 11. Wichtigkeit und Berichtigung	87
BB) Anfechtung formell gültiger Einträge	92
§ 12. Wesen der Anfechtung. — Uebersicht der Anfechtungsgründe	92
§ 13. Materielle Unrechtmäßigkeit der hypothekarischen Einträge	95
Die Anfechtungsansprüche im Einzelnen	99
§ 14. 1) Die Anfechtung inter partes	99
§ 15. 2) Die Anfechtung gegen Dritte	103
a) Gegen rebliche Dritte	103
aa) Die ordentliche Anfechtung auf Grund rechtzeitig angebrachter Protestation (Streitaumerkung)	103
bb) Die singuläre Anfechtung bei unterbliebener Zustellung des Bescheids	105
§ 16. b) Die Anfechtung gegen unredliche Dritte	106
§ 17. Prozessualische Form der Anfechtung	113
§ 18. Wegfall der Anfechtung	118

Zweites Buch. Entstehung der Hypothek.

I.	Voraussetzungen der Entstehung des Hypothekarrechts	121
	A. Bezüglich des Erwerbers	121
§ 19.	1) Die Pfandforderung	121
§ 20.	Beschaffenheit der Pfandforderung	125
	2) Der Titel	138
§ 21.	a) Wesen und Arten des Titels	138
§ 22.	b) Die einzelnen Titel	143
	1) Verpfändungsvertrag und 2) letztwillige Verpfändung	143
§ 23.	3) Gesetzliche und richterliche Titel	149
	B. Bezüglich des Bestellers der Hypothek	154
§ 24.	1) Sacheigenthum am Verpfändungsobjekt	154
§ 25.	2) Dispositionsbefugniß des Autors. (Gebundenheit des Objekts.)	157
II.	Der Entstehungsakt des Hypothekarrechts	164
	A. Die Einverleibung	164
§ 26.	1) Formale Voraussetzungen derselben	164
§ 27.	2) Vollzug und Inhalt des Eintrags	175
	B. Die Vormerkung	184
§ 28.	1) Zweck und rechtliche Natur derselben	184
	2) Erfordernisse der Pfandrechtspränotation	189
§ 29.	a) Aelteres Recht	189
§ 30.	b) Neues Recht	198
§ 31.	3) Die Rechtfertigung	204
	a) Voraussetzungen der Rechtfertigung	205
	b) Wirkungen des Rechtfertigungsverfahrens	208
III.	§ 32. Beurkundung des vollzogenen Eintrags und Verständigung Dritter	214

Drittes Buch. Wirkung der Hypothek.

I.	§ 33. Im Allgemeinen. — Die Rechtsstellung des Hypothekars gegenüber dem Eigenthümer	217
II.	Das Recht auf Befriedigung	227
	(Der hypothekarische Anspruch.)	
	A. Dessen materieller Inhalt	227
§ 34.	I) Rechtliche Natur des hypothekarischen Anspruchs	227
§ 35.	II) Subjekte und Voraussetzungen des Anspruchs	238
III.	§ 36. Materielle rechtliche Vertheidigung gegen den hypothekarischen Anspruch	250
	a) Befreiung des Klagefundamentes	250
	b) Materielle Einreden und Gegenansprüche	251
IV.	§ 37. Umfang des hypothekarischen Anspruchs	264
	1) Hinsichtlich der Pfandforderung	264
§ 38.	2) Umfang des hypothekarischen Anspruchs hinsichtlich seines Objektes	272
§ 39.	Fortsetzung	285

Beilagen und Register.

Beilage I.

Grundbuch der Stadt Wien.

A. Gutsbestandsblatt.

Wien, Bezirk II.
Leopoldstadt.

Einlage-Nr. 47.

Haus in der oberen Augartenstraße

(vormals Konscr. Nr. 345 Leopoldstadt.)

Katastral-Bauparzelle Nr. 350.

Katastral-Grundparzelle Nr. $\frac{593}{1}$ und $\frac{694}{1}$; $\frac{1340}{2}$;
vid 2, 6; vid 9;

Post-Zahl		Post-Zahl	
1	Pr. 10. Mai 808 Z. 5049. In Folge Bauconsenses vom 8. April 808 das Recht, die gemeinschaftliche Scheidemauer zwischen diesem und dem Nachbarhause Einlage Nr. 48 (vormals Konscr. Nr. 346) als Eigenthum dieses Hauses zu betrachten, einverleibt $\frac{3}{6}$ 808 A. Z. $\frac{1810}{808}$	4	Pr. 10. Nov. 1873 Z. 80140. Angemerkt die Zuschreibung der von dem Garten des Nachbarhauses C. Nr. 48 abgetheilten Parzelle Nr. $\frac{694}{1}$.
		5 vid 6	Pr. 10. März 1874 Z. 29430. Angemerkt die Abweisung des Gesuches des J. Adam Gröger um lastenfreie Abschreibung der Grundparz. Nr. 593.
2	Pr. 10. Juli 872 Z. 49480. Angemerkt die lastenfreie Abschreibung der Grundparzelle Nr. $\frac{593}{2}$ und Uebertragung in die neu eröffnete Grundbucheinlage Nr. 492.	6 ad 5	Pr. 20. April 1874 Z. 39470. In Folge Entscheidung des h. l. l. Oberlandesgerichtes vom 12. April 1874 Z. 10523 über den gegen die Abweisung unter Postzahl 5 ergriffenen Rekurs wird die lastenfreie Abschreibung der Grundparzelle Nr. $\frac{593}{1}$, die Abtheilung derselben auf 3 Baustellen und die Eröffnung der 3 neuen Grundbucheinlagen Nr. 1420, 1421 und 1422 hierfür angemerkt und die Abweisung P. Z. 5 gelöst.
3	Pr. 24. Juli 873 Z. 60439. Angemerkt, daß laut Dekret der h. nö. Statthalterei vom 10. Juni 873 Z. 25240 das auf diesem Hause betriebene Gasthausgewerbe als radicirt erklärt worden sei.		

Post-Zahl		Post-Zahl	
7	Pr. 7. Jänner 1875 Z. 1331. Ueber Ansuchen der Frau Antonia Gräfin Hoyos und des H. Alois Kern wird die Zuschreibung der im Plane (Mappen-Sammlung Nr. 1490.) mit den Buchstaben A. B. C. D. umschriebenen Grundparzelle Nr. 1340. ² im Sinne des Gesetzes vom 25. Juli 71 Nr. 96 R. G. B. provisorisch angemerkt.		richtes in Wien vom 16. Febr. 1875 Z. 2521 dieser provisorischen Grundzuschreibung unter P. Z. 7 die Wirkung einer definitiven grundbücherlichen Eintragung zukomme.
		9	Pr. 30. März 1875 Z. 8793. Angemerkt der Streit bezüglich der Grundparzelle Nr. 694.
		10	Pr. 3. Juni 1875 Z. 50314. Auf Grund des Urtheiles v. 3. Mai 1875 Z. 46817 wird die Anmerkung des Streites unter P. Z. 9 gelöscht.
8	Pr. 20. Februar 1875 Z. 4876. Angemerkt, daß in Folge Erlasses des h. k. l. Oberlandesge-	ad 9	
ad 7			

B. Eigenthumsblatt.

Vide	Post-zahl	Eintragung	Antheile
2; 3; 23	1	Unterwörth. Gewährbuch 31 Fol. 334 v. Die Hochgeborne Frau <u>Antonia Gräfin Hoyos</u>	$\frac{1}{4}$; $\frac{3}{4}$
4;	2 ad 1	Pr. 19. April 1872 Z. 30470. Auf Grund des Kaufvertrages d. d. 20. März 1872 wird das Eigenthumsrecht auf Ein Viertel Antheil dieses Hauses d. i. einverleibt für: <u>Hr. Johann Kern</u> bgl. <u>Schlossermeister.</u>	$\frac{1}{4}$
5; 21;	3 ad 1	Pr. 30. April 1872 Z. 32589. Auf Grund des Kaufvertrages vom 5. April 1872 wird das Eigenthumsrecht auf Eine Hälfte dieses Hauses d. i. einverleibt für <u>H. Joseph Stern.</u>	$\frac{2}{4}$; $\frac{1}{4}$
11; 10 Konkurs 17; 19;	4 ad 2	Pr. 4. Mai 1872 Z. 40895. Auf Grund der Wists-Einantwortung vom 1. Mai 1872 Z. 10872 nach dem am 19. April 1872 verstorbenen Johann Kern wird das Eigenthumsrecht auf das ihm gehörige Ein Viertel dieses Hauses einverleibt für seine Kinder: a) <u>Alois Kern Schlossermeister und Bürger zu</u> Ein Bier und Zwanzigstel b) <u>Anton Kern Zuckerbäcker zu</u> c) <u>Johann Kern Fleischfischer zu</u> d) <u>Rosalia Kern zu</u>	$\frac{1}{24}$; $\frac{1}{24}$; $\frac{1}{24}$; $\frac{1}{24}$

Vide	Post-zahl	Eintragung	Antheile
12; 14. 9 Großj. 15; 20;		e) <u>Marie Fuz geb. Kern Tischlerstgattin zu</u> detto f) <u>Clara Kern zu</u> detto jedoch mit der Beschränkung des der Wittve Clara Kern gebührenden lebenslangen Fruchtgenusses dieses Hausviertels.	$\frac{1}{24}$; $\frac{1}{24}$
7 Rechtfertigung; 13;	5 ad 3	Pr. 10. Mai 1872 Z. 45380. Auf Grund des Ehevertrages vom 3. Mai 1872 wird das Eigenthumsrecht auf die Hälfte der dem Josef Stern unter P. Z. 3 gehörigen $\frac{3}{4}$ Hausantheile d. i. Ein Viertel für dessen Gattin: <u>Frau Theresia Stern</u> vorgemerkt.	$\frac{1}{4}$
8 Löschung	6 ad 4 c	Pr. 11. Mai 1872 Z. 45892. Auf Grund des Uebereinkommens vom 8. Mai 1872 wird das Eigenthumsrecht auf das dem Johann Kern gehörige Ein Bier und Zwanzigstel dieses Hauses d. i. $\frac{1}{24}$ für <u>Hr. Lorenz Streicher bgl. Gastwirth.</u> vorgemerkt.	
	7 ad 5	Pr. 22. Mai 1872 Z. 50623. Auf Grund der Erklärung v. 11. Mai 1872 wird die Rechtfertigung der Eigenthums-Vormerkung unter P. Z. 5 angemerkt.	
	8 ad 6	Pr. 1. August 1872 Z. 53873. Ueber Ansuchen des Johann Kern wird die Vormerkung des Eigenthumsrechtes unter P. Z. 6 wegen unterlassener Rechtfertigung gelöscht.	
	9 ad 4 f	Pr. 12. August 1872 Z. 55210. Auf Grund des Taufscheins der Pfarre Mäßling v. 10. Juli 1872 wird die Großjährigkeit der Clara Kern angemerkt.	
	10 ad 4 b	Pr. 24. August 1872 Z. 57940. Auf Grund des Bescheides des l. k. l. Landesgerichtes in Graz vom 20. Aug. 1872 Z. 10589 wird der am 19. Aug. 1872 eröffnete Konkurs über das Vermögen des Anton Kern unter Aufstellung des Dr. Fuz Advokat in Graz als C. M. B. angemerkt.	
16; 19;	11 ad 4 c und d	Pr. 30. August 1872 Z. 58763. Auf Grund des Kaufvertrages vom 30. Juli 1872 wird das Eigenthumsrecht auf die dem Johann und der Rosalia Kern gehörigen $\frac{2}{24}$ tel Antheile dieses Hauses für: Alois Kern bgl. Schlossermeister einverleibt. Dazu der ihm unter P. Z. 4a gehörige $\frac{1}{24}$ Anth. daher zusammen = <u>Fruchtgenuß unter P. Z. 4 bleibt aufrecht.</u>	$\frac{3}{24}$; $\frac{3}{24}$
14;	12 ad 4 e	Pr. 10. Sept. 1872 60942. Ueber Ansuchen der Marie Fuz wird die Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung ihres $\frac{1}{24}$ Antheiles dieses Hauses angemerkt.	

Vide	Postzahl	Eintragung	Antheile
18; 23; 22; 23; 22; 23; 22; 23; 18; 22;	13 ad 5	Pr. 4. Oktober 1872 Z. 65398. Auf Grund der Einantwortungsurkunde vom 4. Sept. 1872 Z. 50317 über den Nachlaß der am 4. Juni 1872 verstorbenen Frau Theresia Stern wird das Eigenthumsrecht auf das ihr gehörige Ein Viertel dieses Hauses für ihre Kinder: a) die minderj. Johanna Stern zu ein Sechzehntel b) die minderj. Elisabeth Stern detto c) den minderj. Carl Stern detto d) den minderj. Norbert Stern detto jedoch mit der Beschränkung der im § 3 des Testamentes vom 2. Juni 1872 angeordneten während der Minderjährigkeit dieser Kinder wirksamen gegenseitigen Substitution einverleibt.	$\frac{1}{16}$; $\frac{1}{16}$; $\frac{1}{16}$; $\frac{1}{16}$;
	15; ad 4e u. 12	Pr. 5. November 1872 Z. 79436. Auf Grund des Kaufvertrages vom 28. Oktober 1872 wird das Eigenthumsrecht auf den der Marie Fur gehörigen Ein Vier und Zwanzigstel Antheil dieses Hauses für Hr. Johann Grund Apotheker in der unter P. Z. 12 angemerkten Rangordnung einverleibt und diese Rangordnungsangabe gelischt.	$\frac{1}{24}$;
	16; ad 4f u. 14	Pr. 24. Dezember 1872 Z. 89487. Das Gesuch des Alois Kern um Einverleibung des Eigenthumsrechtes auf die der Clara Kern und dem Leopold Grund gehörigen $\frac{2}{24}$ Antheile dieses Hauses bis zum Einlangen des Originalvertrages angemert.	
	19; ad 15	Pr. 10. Februar 1873 Z. 7393. Auf Grund des Kaufvertrages vom 10. Dezbr. 1872 wird das Eigenthumsrecht auf die der Clara Kern und dem Johann Grund gehörigen zwei vier und zwanzigstel Antheile dieses Hauses d. i. $\frac{2}{24}$ tel für: Hr. Alois Kern bgl. Schlossermeister in der Rangordnung der Anmerkung unter P. Z. 15 einverleibt. Hiezu die ihm unter P. Z. 11 gehörigen $\frac{3}{24}$ Anth. daher zusammen $\frac{5}{24}$; Fruchtgenuß unter P. Z. 3 bleibt aufrecht.	$\frac{5}{24}$;
		17 ad 4b	Pr. 15. März 1873 Z. 20439. Angemerkt die am 15. März 1873 stattgefunden eref. B. steigerung des dem Anton Kern gehörigen $\frac{1}{24}$ Antheil dieses Hauses.
	18 ad 13 a	Pr. 4. April 1873 Z. 30429. Auf Grund des Kaufscheines der Pfarre St. Leopold in Wien vom 1. April 1873 wird die Minderjährigkeit und Substitution der Johanna Stern gelischt.	

Vide	Postzahl	Eintragung	Antheile
21;	19 ad 4 b	Pr. 10. Mai 1873 Z. 40273. Auf Grund der eref. Einantwortungsurkunde vom 4. April 73 Z. 29768 wird das Eigenthumsrecht auf das in die Konkursmasse des Anton Kern gehörige Ein vier und zwanzigstel dieser Liegenschaft d. i. $\frac{1}{24}$ für: Hr. Alois Kern bgl. Schlossermeister einverleibt. Hiezu die ihm unter P. Z. 16 gehörigen $\frac{5}{24}$ Mitbin zus. $\frac{6}{24}$ oder Antheile Fruchtgenuß unter P. Z. 4 bleibt aufrecht.	$\frac{1}{4}$;
	20 ad 4	Pr. 24. Mai 1873 Z. 45629. Auf Grund der Erklärung v. 20. Mai 1873 wird die Abichung des Fruchtgenußrechtes der Clara Kern unter P. Z. 4 einverleibt.	
23;	21 ad 3	Pr. 10. Juli 1873 Z. 50760. Auf Grund des Kaufvertrages vom 30. Juni 1873 wird das Eigenthumsrecht auf das dem Josef Stern gehörige Ein Viertel dieser Liegenschaft d. i. $\frac{1}{4}$ für: Hr. Alois Kern bgl. Schlossermeister einverleibt. Hiezu das ihm unter P. Z. 19 gehörige $\frac{1}{4}$ daher zus. $\frac{2}{4}$ Antheile	$\frac{2}{4}$;
	22 ad 13 b, c, d,	Pr. 4. September 1874 Z. 62423. Auf Grund der 3 Kaufscheine der Pfarre St. Leopold in Wien vom 30. August 1874 wird die Minderjährigkeit der Geschwister Elisabeth, Carl und Norbert Stern, dann deren gegenseitige Substitution gelischt.	
	23 ad 13	Pr. 2. Jänner 1875 Z. 125. In Folge Kaufvertrages vom 24. Dezember 1874 wird das Eigenthumsrecht auf die den Geschwistern Johanna, Elisabeth, Carl und Norbert Stern gehörigen vier sechzehntel Antheile dieser Liegenschaft d. i. $\frac{4}{16}$ oder $\frac{1}{4}$ für: Hr. Alois Kern bgl. Schlossermeister einverleibt. Hiezu die ihm unter P. Z. 21 gehörigen $\frac{2}{4}$ Zusammen $\frac{3}{4}$ Antheile Mit Rücksicht auf die vorhergegangenen Besitzveränderungen erscheinen gegenwärtig als Eigenthümer dieser Liegenschaft einverleibt: a) Hr. Alois Kern bgl. Schlossermeister zu drei Viertel b) die hochgeborne Frau Antonia Gräfin Hoyos zu Ein Viertel	$\frac{3}{4}$; $\frac{1}{4}$;
24. Sequestr.	ad 4; 11; 16; 19; 21; ad 1		
	24 ad 23 b	Pr. 10. Februar 1874 Z. 4020. Anmerkung der Sequestration im Lastenstande unter P. Z. 31.	

C. Lastenblatt.

Vide	Postzahl	Eintragung	fl.	kr.
Wöschung 4; 7; 6 Uebertragung;	1	Unterröth Sachbuch 39 Fol. 489. Pr. 3. Jänner 1872 Z. 879. Auf Grund des Schuldscheins v. 25. Dezbr. 1871 wird das Pfandrecht für die Forderung des <u>Johann Moser</u> von d. i. Zehntausend Gulden öfr. Währg. f. 6% Zins. einverleibt.	8. 10000	W.
3. Cession; Wöschg. 13; 29;	2	Pr. 19. April 1872 Z. 30470. Auf dem Johann Kern'schen Ein Viertel dieses Hauses: Auf Grund des Kaufvertrags v. 20. März 1872 wird das Pfandrecht für die Kaufschillingsrestforderung der Fr. <u>Antonia Gräfin Soyos</u> von Achttausend Gulden ö. W. d. i. f. 6% Zinsen einverleibt.	8000	
Wöschg. 29; 30 Cession übertra- gen z. P. Z. 30 9. Großjährig. 13 Wöschg.	3 ad 2	Pr. 24. Juni 1872 Z. 52679. Auf Grund der Cession vom 23. Mai 1872 wird die Uebertragung eines Kapitaltheilbetrages von Viertausend Gulden ö. W. d. i. 4000 fl. ö. W. f. 6% Zinsen und mit dem Vorrang vor dem verbleibenden Reste von 4000 fl. ö. W. f. 6% Zinsen: a) an <u>Heinrich Schubert</u> mit dem Betrage von . . . 1500 fl. ö. W. b) an <u>Clara Schubert</u> mit dem Betrage von . . . 2000 . c) an <u>Emil Schubert</u> mit dem Betrage von . . . 500 . unter sich in gleicher Rangordnung einverleibt.		
	4 ad 1	Pr. 20. Juli 1872 Z. 53860. Auf Grund der Quittung vom 29. Juni 1872 wird die Wöschung des Pfandrechtes bezüglich eines Theilbetrages von 1000 fl. ö. W. von der unter P. Z. 1 haftenden Forderung von 10000 . Rest 9000 fl. ö. W.		
8 Simult. Lastig; 11.	5	Haupteinlage. Pr. 22. Juli 1872 Z. 53998. Auf dem Anton Kern'schen Ein vier und zwanzigstel Antheil. Auf Grund der Pfandbestellungserklärung v. 20. Juli 1872 wird das Pfandrecht für die Forderungen des Josef Tauber aus dem Kredite bis zum Höchstbetrage von Zehntausend Gulden ö. W. d. i. f. 6% Zinsen einverleibt.	10000	

Vide	Postzahl	Eintragung	fl.	kr.
Wöschung 7;	6 ad 1	Pr. 8. Sept. 1872 Z. 59463. Auf Grund der Einantw. Urkunde v. 8. Aug. 72 Z. 40349 nach Johann Moser wird die Uebertragung der für ihn unter P. Z. 1 haftenden Forderung restlich pr. 9000 fl. ö. W. f. 6% Zinsen an seine Gattin Anna Moser einverleibt.		
10. Rechtferti- gung	7 ad 1 u. 6	Pr. 30. Sept. 1872 Z. 63875. Auf Grund der Quittung v. 1. Sept. 1872 wird die Wöschung des Pfandrechtes bezügl. des Theilbetrages von . . . 2000 fl. ö. W. von der unter P. Z. 1 und 6 haftenden Restforderung v. 9000 . vorgemerkt. Rest 7000 fl. ö. W.		
	8 ad 5	Pr. 4. Oktober 1872 Z. 65473. In Folge Bescheides des k. k. Bez. Ger. Hernals v. 10. Sept. 1872 Z. 42586 wird die Simultanhaftung der unter P. Z. 5 haftenden Kreditforderung von 10000 fl. ö. W. f. R. G. auf dem Hause Nr. 65 in Hernals Einfl. Nr. 73 als Nebeneinlage angemerkt.		
	9 ad 3e	Pr. 10. Oktober 1872 Z. 66486. In Folge Laufscheins der Pfarre Margarethen in Wien v. 24. Juli 1872 wird die Minderjährigkeit des Emil Schubert gelöst.		
	10 ad 7	Pr. 10. Oktober 1872 Z. 66487. In Folge Erklärung vom 20. Sept. 1872 wird die Rechtfertigung der Wöschungs-Vormerkung unter P. Z. 7 angemerkt.		
15 Exekution;	11 ad 5	Pr. 8. November 1872 Z. 80327. Auf Grund des Schuldscheines v. 6. Nov. 1872 wird das Pfandrecht für die Forderung des Josef Tauber pr. . . . 8000 fl. ö. W. d. i. Achttausend Gulden öfr. Währ. f. 6% Zinsen mit der Wirkung des Ueberganges des Pfandrechtes auf diese Forderung aus dem unter P. Z. 5 haftenden Kredite einverleibt.		
16 Vorrang;	12	Pr. 3. Jänner 1873 Z. 879. Auf dem Josef Stern'schen Ein Viertel Antheil: Auf Grund des Urtheils vom 30. Dez. 1872 Zahl 97378 das exel. Pfandrecht für die Forderung des Michael Trost von d. i. Zweitausend achthundert Gulden f. 6% Zinsen einverleibt.	8. 2800	W.

Vide	Postzahl	Eintragung	fl.	fr.
	13 ad 2 u. 3 c	Pr. 10. Jänner 1873 Z. 2840. Auf Grund der Quittung vom 2. Jänner 1873 wird die Pfändung des Pfandrechtes für die Forderung des Emil Schubert pr. 500 fl. ö. W. i. Zinsen einverleibt.		
16 Vorrang;	14	Pr. 2. Febr. 1873 Z. 5690. Auf dem Josef Stern'schen Ein Viertel Antheil. Auf Grund des Schuldscheines v. 23. Jänn. 1873 wird das Pfandrecht für die Forderung des Wenzel Kraus von d. i. Zweitausend Gulden ö. W. i. 6% Zinsen einverleibt.	8. 2000	W.
	15 ad 11	Pr. 10. Februar 1873 Z. 7387. In Folge Zahlungsaufgabe v. 2. Febr. 1873 Z. 2375 wird die Exekution zur Wirkung des 1. Exekutionsgrades bei der unter P. Z. 11 haftenden Forderung von 8000 fl. ö. W. angemerk.		
	16 ad 12 u. 14	Pr. 20. Februar 1873 Z. 10572. In Folge Erklärung v. 15. Februar 1873 wird der Vorrang der unter P. Z. 14 haftenden Forderung vor der unter P. Z. 12 haftenden Forderung angemerk.		
19 Rechtfertigung; 23. Eintragung; 24. Aft. Pfdr.; 35. Widig	17	Pr. 30. März 1873 Z. 25340. Auf dem Josef Stern'schen Ein Viertel Antheil. Auf Grund des Schuldscheines v. 20. Febr. 1873 das Pfandrecht für die Forderung des Johann Sturm von d. i. Dreitausend Gulden ö. W. i. 6% Zinsen vorgemerkt.	3000	
20. Pfändung	18	Pr. 4. April 1873 Z. 30530. Auf dem Josef Stern'schen Ein Viertel Antheil: Angemerkt die Rangordnung für ein zu 6% verzinsliches Darlehenkapital von Eintausend Gulden mit der Wirkung bis zehnten Juni 1800 siebzig drei.		
	19	Pr. 8. Mai 1873 Z. 39482. Auf Grund des Erkenntnisses vom 1. Mai 1873 Z. 36517 wird die Rechtfertigung der Pfandrechtsvormerkung unter P. Z. 17 angemerk.		
	20 ad 18	Pr. 20. Juni 1873 Z. 48783. Wegen Ablauf der Frist wird die Anmerkung der Rangordnung gelöscht.		

Vide	Postzahl	Eintragung	fl.	fr.
22;	21	Pr. 24. Juni 1873 Z. 49527. Auf dem Josef Stern'schen Ein Viertel Antheil: Angemerkt die Rangordnung für ein zu 6% verzinsliches Kapital von Eintausend Gulden ö. W. mit der Wirkung bis dreißigsten August 1800 siebzig drei.		
	22 ad 21	Pr. 30. Juni 1873 Z. 49978. Auf dem Josef Stern'schen Ein Viertel Antheil: Auf Grund des Schuldscheines v. 26. Juni 1873 wird das Pfandrecht für die Forderung der Johanna Seidl pr. d. i. Eintausend Gulden ö. W. i. 6% Zinsen und der Kaution von 50 fl. ö. W. in der unter P. Z. 21 angemerkten Rangordnung einverleibt.	8. 1000	W.
	23 ad 17	Pr. 5. Juli 1873 Z. 50042. Angemerkt die Eintragung der unter P. Z. 17 haftenden Forderung von 3000 fl. ö. W.		
	24 ad 17	Pr. 10. Juli 1873 Z. 50768. Auf Grund der Note des k. k. Central-Laxamtes vom 20. Juni 1873 Z. 1087 wird das Pfandrecht für die Gebühr des k. k. Avarers pr. 18 fl. ö. W. auf die unter P. Z. 17 haftende Forderung vorgemerkt.		
	25	Pr. 19. Sept. 1873 Z. 72586. Auf Grund der Erklärung vom 5. Juli 1873 wird die Dienstbarkeit der Dachtraufe zu Gunsten des Nachbarhauses Einlage Nr. 48 einverleibt.		
27. Refurs; 28. Refursentscheidung	26	Pr. 2. Okt. 1873 Z. 79870. Auf dem Antonia Gräfin Hoyos'schen Ein Viertel: Angemerkt die Abweisung des Gesuches des Peter Glanz um Einverleibung des Pfandrechtes für die Forderung von 1000 fl. ö. W.		
28. Pfändung.	27 ad 26	Pr. 30. Oktober 1873 Z. 82970. Angemerkt der Refurs gegen die Abweisung unter P. Z. 26.		
	28	Pr. 20. Nov. 1873 Z. 90418. Auf dem Ant. Gräfin Hoyos'schen Ein Viertel: In Folge Refursentscheidung vom 5. Nov. 1873 Z. 8710 wird auf Grund des Schuldscheines vom 30. Sept. 1873 das Pfandrecht für die Forderung des Peter Glanz von		

Vide	Postzahl	Eintragung	fl.	fr.
		Eintaufend Gulden ö. W. sammt 6% in der Rangordnung der unter P. Z. 26 ange-merkten Abweisung einverleibt. Gesücht die Anmerkung der Abweisung P. Z. 26 u. d. Refurjes P. Z. 27.	5. 1000	W.
	29 ad 2 u. 3 a	Pr. 12. Dezbr. 1873 Z. 98473. Auf Grund der Quittung vom 10. Dzbr. 1873 wird die Lösung des Pfandrechtes be-züglich eines Theilbetrages v. 500 fl. ö. W. von der unter P. Z. 2 u. 3 a haftenden Theilforderung v. 1500 einverleibt Rest 1000 fl. ö. W.		
	30 ad 3 a u. b	Pr. 2. Jänner 1872 Z. 1008. In Folge Cession v. 30. Dezbr. 1873 die Uebertragung der unter P. Z. 3 a haftenden Theilrestforderung von 1000 fl. ö. W. an Clara Schubert ein- verleibt. Dazu die ihr unter P. Z. 3 b gehörigen 2000 daher zusammen 3000 fl. ö. W.		
	31 ad 28	Pr. 10. Februar 1874 Z. 4020. Angemerkt die exel. Sequestration der Zin- sen des Antonia Gräfin Hoyos'schen Ein- Viertel dieses Hauses zur Vereinarbringung der Forderung von 1000 fl. sammt 6% Zin- sen P. Z. 28 unter Aufstellung des Dr. Josef Fink als Sequester.		
34 Exekution	32	Pr. 20. Februar 1874 Z. 5630 gleichzeitig mit Z. 5631. Auf den Alois Kern'schen drei Viertel Antheilen: Auf Grund des Schuldscheines v. 1. Febr. 1874 wird das Pfandrecht für die Forderung der Clara Plank pr. d. i. fünfhundert Gulden ö. W. f. 6% Zin- sen einverleibt.	500	
41. Cession; 42. Aftpfdr.	33	Pr. 20. Februar 1874 Z. 5631; gleichzeitig mit Z. 5630. <u>Nebeneinlage.</u> Auf den Alois Kern'schen drei Viertel Antheilen: a) Auf Grund des Schuldscheines vom 10. Febr. 1874 wird das Pfandrecht für die Forderung des <u>Hugo Brenner</u> pr. d. i. Eintaufend Gulden ö. W. einverleibt. b) Angemerkt die Simultanhaftung dieser Forderung auf dem Hause Einl. Nr. 10 Bez. VII Neubau als Haupteinlage.	1000	

Vide	Postzahl	Eintragung	fl.	fr.
	34 ad 32	Pr. 4. Sept. 1874 Z. 62879. Angemerkt die Exekution zur Einbringung der Forderung unter P. Z. 32 pr. 500 fl. ö. W.		
	35 ad 17	Pr. 10. Sept. 1874 Z. 74689. Auf Grund der Quittung vom 5. Sept. 1874 wird die Lösung des Pfandrechtes für die Forderung unter P. Z. 17 von 3000 fl. ö. W. unbeschadet des darauf haftenden Afterspfandrechtes unter P. Z. 24 einver- leibt.		
37 Lösung;	36	Pr. 20. Sept. 1874 Z. 80279. Auf den Alois Kern'schen drei Viertel Antheilen: Auf Grund der Erklärung vom 10. Sept. 1874 wird das Pfandrecht für die Forderung des Anton Stamm pr. d. i. Dreihundert Gulden ö. W. vorgemerkt.	5. 300	W. —
	37 ad 36	Pr. 20. Dez. 1874 Z. 98498. In Folge Bescheides des l. k. l. Landesger. Wien v. 30. Nov. 74 Z. 90468 wird die Pfandrechts-Vormerkung unter P. Z. 36 wegen unterlassener Rechtfertigung gelücht.		
39;	38	Pr. 2. Jänner 1875 Z. 1024. Auf dem Antonia Gräfin Hoyos's- schen Ein Viertel: Angemerkt das Geluch des Peter Lang um Einverleibung des Pfandrechtes für die For- derung v. 1000 fl. ö. W. f. 6% Zinsen bis zum Einlangen d. Orig. Schuldscheines.		
	39 ad 38	Pr. 30. Jänner 1875 Z. 8436. Auf dem Antonia Gräfin Hoyos's- schen Ein Viertel: Auf Grund des Schuldscheines v. 1. Jänner 1875 wird das Pfandrecht für die Forderung des Peter Lang pr. f. 6% Zinsen in der Rangordnung der An- merkung unter P. Z. 38 einverleibt. Die Anmerkung P. Z. 38 gelücht.	1000	
	40 ad 33 b	Pr. 2. Februar 1875 Z. 10480. Angemerkt die Lösung des Pfandrechtes für die Forderung unter P. Nr. 33 auf dem Hause Einl. Nr. 10 Bez. VII. Neubau als Haupteinlage und die Simultan-Haftung gelücht.		

Vide	Postzahl	Eintragung	fl.	fr.
		ferner wird der Tabularstand dieser Forderung von der früheren Haupteinlage Grundb. üb. Bez. VII. Nr. 1 Fol. 286 hieher übertragen, als: Pr. 2. März 1874 Z. 6214.		
	41 ad 33	Auf Grund der Cession vom 1. März 1874 wird die Uebertragung der Forderung unter P. Z. 33 pr. 1000 fl. ö. W. an Franz Klein einverleibt. Pr. 30. März 1874 Z. 10473.		
	42 ad 33	Auf Grund des Schuldscheines v. 24. März 1874 wird das Pfandrecht für die Forderung des Johann Lust pr. Sechshundert Gulden ö. W. f. 6% Zinsen auf die unter P. Z. 33 haftende Forderung einverleibt.		

Beilage II.

Nied. Oest. Landtafel Buch S. III Fol. 175.

Die Herrschaft Stollberg B.D.W.W.

Ständischer Einlags Nr. 456.

Anmerkung	Ordnungszahl		fl.	fr.
		Eigenthümer.		
	1	Präf. 7. April 1875 Z. 27601. Auf Grund des Feilbietungsprotokolles des k. k. Bezirksgerichtes Neulengbach d. d. 25. Jänner 1875 Z. 5026 und der Erklärung d. d. Wien den 24. Febr. 1875 wird das Eigenthumsrecht auf diese Herrschaft einverleibt für: „Die östreichische Hypothekar-Rentenbank zu Wien.“		
Berufung auf Ordnungszahl	Ordnungszahl	L a s t e n s t a n d	fl.	fr.
	1—64	Gelbsicht:		
vide 66 Simultanhaftung 81 Pfandrecht 94 Simultanhaftung 95 Prämotions-Recht 102 Pfandrecht	65	Präf. 29. Dez. 871 Z. 74364 Besch. 2 eingetr. 31. Jänner 1872. Haupteinlage. Auf Grundlagen des von Dr. Jacob Folkmann als Verkäufer und von Adolph Werthners als Käufers ausgestellten Kaufvertrages d. d. Wien am 19. Oktober 1871 wird für Herrn Dr. Jacob Folkmann das Pfandrecht zur Sicherstellung der aus der im Artikel III desselben von Adolph Werthner übernommenen Verpflichtung, an den Verkäufer Dr. Jacob Folkmann eine in der dasselbst vorgesehenen Art zu berechnende 100% Tantieme von dem Gewinne der vom Käufer Adolph Werthner übernommenen zwei Hoch-		

Berufung auf Ordnungszahl	Ordnungszahl	Lastenstand	fl.	fr.
108 Einflugsanmerkung 109 Pfandrecht 111 Pfandrecht 115 Weiser 5 Pfandrecht		ßen durch zwölf Jahre vom Tage der Inbetriebsetzung derselben zu bezahlen und das Kalkfabrikationsgeschäft auf diesen zwei Hochöfen in den ersten drei Jahren in möglichst ungehörtem und vollem Betriebe zu erhalten, dem Herrn Dr. Jacob Folkmann zustehenden und erwachsenden Forderung im bereit unbestimmten Betrage pränotirt.		
	66 ad 65	Präs. 16. Febr. 1872 Z. 9628. Angemerkt die Simultanhaftung des unter Ord. Z. 65 haftenden Pfandrechtes auf dieser Herrschaft als Haupteinlage und auf den Einlagen bei dem Grundbuchsamte Neulengbach im Grundbuche Stollberg Fol. 97, 184, 188, 289, 298, 277 ^v und im Grundbuche Wald Fol. 39 und 40 als Nebeneinlagen. Ferner angemerkt, die Einflagung des unter Ord. Z. 65 pränotirten Pfandrechtes.		
	67—72	Geldsicht.		
vi D. Z. 74. 75. 76 vide D. Z. 77 78 Löschung Ia 82 do. Ic 87 Uebertrag Ic 89 Löschung Ic 91 do. Ic 97 Uebertrag Id 98 Löschung Ic 107 Theilösung nach § 51 G. G. I d	73	Präs. 6. Septbr. 1873 Z. 57999 Haupteinlage. Auf Grund dieses Gesuches und der Pfandbestellungserkl. d. d. Wien 30. Mai 1873 wird I. Das Pfandrecht auf diese Rubrik für die Kaufschillings = Forderung des <u>Adolf Werthner</u> , im Betrage von <u>240990</u> ö. W. d. i. zweihundert vierzig Tausend neunhundert neunzig Gulden ö. W. zahlbar in 4 Raten u. z. a) am 25. Juli 1873 mit 25000 fl. b) = 25. Oktober 1873 mit 25000 fl. c) = 20. Dezember 1873 mit 140990 fl. d) binnen neun Monaten vom Kaufvertragsabschlusse (25. Apr. 1873) mit 50000 fl. sammt jeweiligen 5% Zinsen v. Tage des Vertragsabschlusses, <u>einverleibt</u> .		
	74 ad 73	II. Das Pfandrecht auf die 4. Rate per 50000 fl. der sub I d. erwähnten Forderung zur Sicherstellung der in der Erklärung bedungenen eventuellen Rückforderung der Donaustadtbaugesellschaft im Betrage von 50000 fl. d. i. fünfzigtausend Gulden, sammt hierauf entfallenden Neb. Geb. <u>einverleibt</u> .		
vide D. Z. 90 Löschung	75 ad 73	III. Das Pfandrecht auf die 3. Rate per <u>140990 fl. ö. W.</u> derselben Forderung (sub Ic) zur Sicher-		

Berufung auf Ordnungszahl	Ordnungszahl	Lastenstand	fl.	fr.
		stellung der in der Erklärung bedungenen eventuellen Rückforderung der Donaustadtbaugesellschaft bis zum Maximalbetrage von 10000 fl. d. i. zehntausend Gulden ö. W. einverleibt.		
	76 ad 73	Präs. 23. Oktober 1873 Z. 69661. In Folge Bescheides des k. k. Bez. Gerichtes Neulengbach vom 18. Oktober 1873 Z. 1847 wird die Simultanhaftung der unter D. Z. 73 haftenden Forderung von 240990 fl. ö. W. sammt 5% Zinsen auf dieser Herrschaft als Haupteinlage und auf den in dortigen Grundbuche Wald Fol. 40, pag. 527, Fol. 39, pag. 515, Stollberg, Fol. 97, 184, 187, 188, 298, 289, 277 ^v , 20, 206, 230, 297, 301 inliegenden Liegenenschaften als Nebeneinlagen <u>angemerkt</u> .		
	77 ad 73 a	Präs. 29. Oktober 1873 Z. 71478. Auf Grund der Lösungsquittung d. d. Wien 9. August 1873 wird die Löschung des Pfandrechtes bezüglich des unter D. Z. 73 a haftenden Kapitals Theilbetrages von 25000 fl. ö. W. d. i. fünf und zwanzig Tausend Gulden ö. W. sammt hievon entfallenden Nebengebühren <u>einverleibt</u> .		
	78 ad 73 b	Präs. 6. November 1873 Z. 73141. Auf Grund der Lösungsquittung d. d. Wien 25. Oktober 1873 wird die Löschung des Pfandrechtes bezüglich des unter D. Z. 73 b haftenden Kapital-Theilbetrages von 25000 fl. ö. W. d. i. fünf und zwanzig Tausend Gulden ö. W. sammt hievon entfallenden Nebengebühren <u>einverleibt</u> .		
vide D. Z. 105 Löschung	79	Präs. 17. November 1873 Z. 75927. Auf Grund der Rückstandsansweise des Steueramtes der Stadt Wien vom 29. Oktbr. 1873 Z. 104297 wird das exekutive Pfandrecht für die Forderung des k. k. Aerrars an Einkommensteuer sammt Zuschlägen zusammen per d. i. Achtehtausend acht und achtzig Gulden 93 kr. ö. W. sammt gesetzlichen Verzugszinsen und für die Kommunalbeiträge der Stadt Wien im Betrage von d. i. Eintausend dreihundert acht und vierzig Gulden 30 kr. ö. W. <u>einverleibt</u> .	ö. W. 18088	fr. 93
			ö. W. 1348	fr. 30

Berufung auf Ordnungszahl	Ordnungszahl	Laftenstand	fl.	kr.
vide D. Z. 105 Eöschung	80 ad 62	Präf. 24. November 1873 Z. 78023. Auf Grund des Rückstandsausweises des Steueramtes der Stadt Wien v. 10. Novbr. 1873 Z. 164297 wird das exekutive Pfandrecht für die Gebührenforderung des k. k. Aerrars im Betrage von d. i. Eintausend zweihundert vierzig Gulden ö. W. einverleibt.	1240	W.
vide D. Z. 92 Asterpfandrecht	81 ad 65	Präf. 22. Dezember 1873 Z. 85672. Auf Grund der Erklärung d. d. Wien 17. Dezember 1873 wird das Pfandrecht auf das unter Tab. Nr. 65 vermöge Art. III des Kaufvertrages d. d. Wien 19. Oktober 1871 für eine Forderung des Herrn Dr. Jacob Foltmann im derzeit unbestimmten Betrage pränotirte Pfandrecht für die Forderung des Herrn Med. Dr. Adolf Bloch im Betrage v. 40000 fl. ö. W. d. i. Vierzig Tausend Gulden ö. W. sammt 60% Zinsen vom 17. Dezember 1873 einverleibt.		
	82 ad 73 c	Präf. 7. Jänner 1874 Z. 1448. Auf Grund der Eöschungsquittung d. d. Wien 3. Jänner 1874 wird die Eöschung des Pfandrechtes bezüglich eines Kapital-Theilbetrages von 60990 fl. ö. W. f. NOb. von der unter D. Z. 73 c haftenden Theilforderung v. 140990 fl. ö. W. mit dem Beifage einverleibt , daß die Rechtswirkung dieser Eöschung erst mit der Eöschung d. s. auf dieser Theilforderung haftenden Asterpfandrechtes unter D. Z. 75 einzutreten habe. Daher Rest 80000 fl. ö. W.		
vide D. Z. 87 Rekursentscheidung vide 98 Eöschung	83 ad 73 c	Präf. 9. Febr. 1874 Z. 11151. Angemerkt die Abweisung des Gesuches des J. B. Hauptmann um Einverleibung der Uebertragung eines Theilbetrages von 70000 fl. ö. W. von der unter D. Z. 73 c haftenden Restforderung von 80000 fl. ö. W.		
	84 ad 53	Präf. 25. Febr. 1874 Z. 15916. Auf Grund der Eöschungsquittung d. d. Wien 9. Febr. 1874 wird die Eöschung des Pfandrechtes bezüglich der unter Tab. Nr. 53 haftenden Forderung von 3800 fl. ö. W. d. i. Dreitausend achthundert Gulden ö. W. sammt Nebengebühren einverleibt.		

Berufung auf Ordnungszahl	Ordnungszahl	Laftenstand	fl.	kr.
	85 ad 62	Präf. 25. Februar 1874 Z. 15917. Auf Grund der Eöschungserklärung d. d. Neulengbach 21. Oktober 1871 wird die Eöschung des Pfandrechtes bezüglich der unter Tab. Nr. 62 haftenden Gebührenforderung von 800 fl. ö. W. d. i. achthundert Gulden ö. W. sammt 50% Verzugszinsen und sonstigen Nebengebühren einverleibt.		
	86 ad 69	Präf. 24. März 1874 Z. 23984. Auf Grund der Note des k. k. Centr. Taxamtes v. 20/3 1874 Z. 7842 wird die Eöschung des Pfandrechtes für die unter D. Z. 61 haftende Gebühr von Neunzig fünf Gulden d. i. 95 fl. f. NOb. einverleibt.		
vide D. Z. 88 Vorrang vide D. Z. 91 Eöschung vide D. Z. 98 Eöschung	87 ad 73 c u. 83	Präf. 6. April 1874 Z. 27548. In Folge Entscheidung des k. k. Oberlandesgerichtes in Wien vom 31. März 1874 Z. 6092 über den gegen den abweislichen Bescheid unter D. Z. 83 ergriffenen Rekurs wird: a) Auf Grund der Cession d. d. Wien 6. Febr. 1874 die Uebertragung des Pfandrechtes bezüglich eines Theilbetrages von 70000 fl. ö. W. d. i. Siebzigttausend Gulden ö. W. von der unter D. Z. 73 c haftenden Restforderung von 80000 fl. ö. W. sammt 5% Zinsen an Herrn Johann Baptist Hauptmann einverleibt.		
vide D. Z. 98 Eöschung	88 ad 73 c u. 87	ferner angemerkt der Vorrang der obigen gebirten Forderung von 70000 fl. ö. W. vor dem für Adolf Werthner unter D. Z. 73 c haftenden Restkapitale von 10000 fl. ö. W. und vor dem unter D. Z. 73 d haftenden Theilkapitale von 50000 fl. ö. W. angemerkt.		
	89 ad 73 c	Präf. 18. April 1874 Z. 31094. Auf Grund der Eöschungsquittung d. d. Wien am 11. April 1874 wird die Eöschung des Pfandrechtes bei der unter D. Z. 73 c haftenden Theilrestforderung von 80000 fl. ö. W. bezüglich der Resttheilforderung von 10000 fl. ö. W. des Herrn Adolf Werthner einverleibt. Bleibt Rest 70000 fl. ö. W.		

Berufung auf Ordnungszahl	Ordnungszahl	Laftenstand	fl.	fr.
	90 ad 75	Präf. 18. April 1874 Z. 31095. Auf Grund der Wächungserklärung d. d. Wien am 31. März 1874 wird die Wächung des unter D. Z. 75 haftenden Pfandrecht zur Sicherstellung der eventuellen Rückforderung der Donaustadt Baugesellschaft bis zum Betrage von 10000 fl. ö. W. einverleibt.		
	91 ad 73 c	Präf. 9. Mai 1874 Z. 37242. Auf Grund der Wächungsquittung d. d. Wien 29. April 1874 wird die Wächung des Pfandrechtes bei der unter Ord. Z. 73 c haftenden Kesselforderung von 70000 fl. ö. W. bezüglich der Theilforderung 35000 fl. ö. W. sammt hievon entfallenden Nebengebühren einverleibt bleibt Rest 35000 fl. ö. W.		
	92 ad 81	Präf. 15. Mai 1874 Z. 38775. Auf Grund der Note des ff. Centr. Taxamtes vom 11. Mai 1874 Z. 12865 wird das Pfandrecht für die Gebühr des ff. Aerrars im Betrage von 374 fl. 50 fr. ö. W. d. i. dreihundert siebenzig vier Gulden 50 fr. ö. W. sammt 50% Verzugszinsen auf die unter D. Z. 81 haftende Forderung von 40000 fl. sammt 60% Zinsen vorgemerkt.		
vide D. Z. 96 Wächung	93 ad 87	Präf. 6. Juli 1874 Z. 53665. Auf Grund der Note des ff. Centr. Taxamtes vom 3. Juli 1874 Z. 17981 wird das Pfandrecht für die Gebühr des ff. Aerrars im Betrage von 437 fl. 50 fr. ö. W. d. i. Vierhundert dreißig sieben Gulden 50 fr. ö. W. sammt 50% Verzugszinsen auf die unter D. Z. 87 haftende Kesselforderung von 35000 fl. ö. W. vorgemerkt.		
	94 ad 65	Präf. 15. Juli 1874 Z. 56268. Im Nachhange zu dem landesgerichtlichen Bescheide vom 23. Febr. 1872 Z. 9628 wird die Simultanhaftung des unter D. Z. 65 haftenden Pfandrechtes auf der Liegenschaft im Grundbuche des ff. Bez. Ger. Neulengbach über Stollberg Fol. 187 als Nebeneinlage angemerktt.		
vide D. Z. 102 Aft. Pf. B Weitere Beziehungen vide die Stammpost 65	95 ad 65	ferner wird auf Grund der durch das mit Erlaß des h. ff. Oberlandesgerichtes Wien am 22. April 1874 Z. 6574 bestätigte sohin in Rechtskraft erwachsene Urtheil des Landesgerichtes in Wien vom 4. November 1873		

Berufung auf Ordnungszahl	Ordnungszahl	Laftenstand	fl.	fr.
		Z. 69132 bewirkten Rechtfertigung der unter D. Z. 65 haftenden Pfandrechtspränotation bei dieser Pfandrechtspränotation das Pfandrecht auf diese Herrschaft als Haupteinlage und auf die im Grundbuche Stollberg Fol. 97, 184, 187, 188, 289, 298 u. 277 v dann im Grundbuche Wald Fol. 39 u. 40 inne liegenden Realitäten als Nebeneinlagen für die Forderung des Dr. Jacob Folsmann aus der im Artikel 3 des Kaufvertrages vom 19. Oktober 1871 von Adolf Werthner übernommenen Verpflichtung an Dr. Jacob Folsmann eine zehnprozentige Lantieme von dem Gewinne der von Adolf Werthner übernommenen zwei Hochöfen durch 12 Jahre vom Tage der Inbetriebsetzung derselben in der Weise zu bezahlen, daß derselbe an Dr. Folsmann in den ersten drei Jahren die gedachten 10% an dem erzielten Reingewinne jährlich nach Abschluß der Bilanz ohne Unterschied, ob die übernommenen Hochöfen in dem derzeitigen Zustande oder in was immer für einer veränderten Form betrieben werden, auszubehalten, daß derselbe aber nach Ablauf von 3 Jahren denjenigen Betrag in jedem Jahre als Fixum an Dr. Folsmann auszubehalten hat, welcher als Jahresdurchschnitt der in den ersten 3 Jahren auf Dr. Folsmann entfallenden Gewinnstantieme sich ergibt und zwar ohne Unterschied, ob und in welchem Maßstabe die übernommenen Hochöfen noch im Vertriebe stehen, dann aus der Verpflichtung des Adolf Werthner, das Kalkfabrikationsgeschäft in den ersten drei Jahren auf den zwei vorgenannten Hochöfen im möglichst ungesährten und vollen Vertriebe zu erhalten, — einverleibt.		
	96 ad 93	Präf. 8. Sept. 1874 Z. 70823. Auf Grund der Note des ff. Centr. Taxamtes vom 29. August 1874 Z. 23647 wird die Wächung des Pfandrechtes bezüglich der unter D. Z. 93 haftenden Gebühr per 437 fl. 50 fr. ö. W. sammt 50% Verzugszinsen einverleibt.		
vide D. Z. 99 Asterpfandr.	97 ad 73 d	Präf. 25. September 1874 Z. 76551. Auf Grund des Cessionsvertrages d. d. Wien am 25. Juli 1874 wird die Uebertragung eines Theilbetrages per 20000 fl. d. i. zwanzigtausend Gulden sammt 50% Zinsen von der unter D. Z. 73 l d einverleibten Forderung des Adolf Werthner im Betrage		

Berufung auf Ordnungszahl	Ordnungszahl	Laftenstand	fl.	fr.
		von 50000 fl. ö. W. sammt 5% Zinsen an Herrn Dr. Anton Feistl, <u>einverleibt</u> .		
	98	Präs. 10. November 1874 Z. 89747.		
	ad 73 c	Auf Grund der Quittung und Lösungs- erklärung d. d. Wien den 30. Oktober 1874 wird die Lösung des unter D. Z. 73 c, 76, 83, 87 und 88 für die Forderung des Johann B. Hauptmann im Betrage von 35000 fl. ö. W. samt Nebengebühren einverleibten Pfand- rechtes, <u>einverleibt</u> .		
vide D. Z. 103 Lösung	99 ad 97 73 d	Präs. 7. Jänner 1875 Z. 1264. Auf Grund der Note des k. Central-Tar- amtes vom 2. Jänner 1875 Nr. 119 wird das Pfandrecht auf die Forderung des Dr. Anton Feistl per 20000 fl. D. Z. 97 für die Gebühr des k. Aerrars im Betrage von 125 fl. ö. W. sammt 5% Verzugszinsen v. 12. De- zember 1874 <u>vorgemerkt</u>.		
vide D. Z. 106 Lösung	100 ad 73 d	Präs. 11. Jänner 1875 Z. 2500. Die Abweisung des Begehrens wegen Ein- verleibung der Lösung des Pfandrechtes bezüglich eines Theilbetrages von 30000 fl. ö. W. von der unter D. Z. 73 I d angeblich für Adolf Werthner einverleibten Forderung per 50000 fl. ö. W. wird <u>angemerkt</u>.		
vide D. Z. 113 Lösung	101 ad 73 d	Präs. 29. Jänner 1875 Z. 7597. Auf Grund des Zahlungsauftrages des k. Steueramtes Neulengbach d. d. 10. Dezbr. 1873 wird das exekutive Pfandrecht auf die unter D. Z. 73 I d restlich einverleibte Theil- forderung des Adolf Werthner im Betrage von 30000 fl. ö. W. sammt 5% Zinsen für die Gebührenforderung des k. Aerrars im Betrage von 1500 fl. 25 kr. samt 5% Verzugszinsen und allfälligen Exek. Kosten <u>einverleibt</u>.		
ad b vide D. Z. 104 Gebühr	102 ad 65 " 95	Präs. 5. Februar 1875 Z. 9414. Haupteinlage In Folge Bewilligung des k. Handelsge- richtes Wien vom 30. Jänner 1875 Z. 18984 wird auf Grund der dortgerichtlichen Zah- lungsaufgaben vom 6. und 16. November 1874 Z. 227926 und 234455 auf das Pfand- recht des Dr. Jacob Folkmann unter D. Z. 65, 95 und 96 — das exekutive Simultan Pfandrecht:		

Berufung auf Ordnungszahl	Ordnungszahl	Laftenstand	fl.	fr.
		a) für die Wechselforderung des H. Eduard Pochital von restlichen b. i. siebenhundert neunzig vier Gulden und 67 kr. sammt 6% Interessen für 2000 fl. vom 4. November 1874 bis 10. Dezember 1874 und für 794 fl. 67 kr. vom 10. Dezember 1874 ab, dann der Erkenntnißgebühr und 9 fl. 13 kr. Klags- kosten, und	794	67
		b) für die Wechselforderung des H. Eduard Pochital per b. i. dreitausend fünfshundert Gulden ö. W. sammt 6% Interessen v. 11. Nov. 1874, 1/30% Provision, 4 fl. Protest-Spe- sen, der Erkenntnißgebühr und 9 fl. 28 kr. Klagskosten sowie der Exekut. Kosten ein- verleibt und die Simultan-Haftung dieser For- derungen sammt Anhang auf das Haus Nr. 671 Wieden als Nebeneinlage an- gemerkt.	3500	
	103 ad 99	Präs. 24. Februar 1875 Z. 14959. Auf Grund der Note des k. Central-Tar- amtes vom 22. Febr. 1875 Nr. 4667 wird die Lösung des für die Aerrarial-Gebühr von 125 fl. i. Anhang unter D. Z. 99 vorge- merkten Pfandrechtes einverleibt.		
	104 ad 102 b	Präs. 19. März 1875 22082. Auf Grund der Note des k. Central-Tar- amtes vom 15. März 1875 Nr. 6786 wird das Pfandrecht auf die unter D. Z. 102 sub b einverleibte Forderung des Eduard Pochital im Betrage von zwanzig zwei Gulden b. i. 22 fl. sammt 5% Verzugszinsen, <u>vorgemerkt</u> .		
	105 ad 79 " 80	Präs. 31. März 1875 Z. 25298. Auf Grund der im Gesuche Z. 25298 enthal- tenen Lösungserklärung wird die Lösung des unter D. Z. 79 für das k. Aerrar und die Kommune Wien pcto Steuerrückständen per 18088 fl. 93 kr. u. Kommunalbeiträgen pr. 1348 fl. 30 kr. und unter D. Z. 80 pcto einer Aerrarialgebühr per 1240 fl. ö. W. samt Nebengebühren exekutive einverleib- ten Pfandrechtes, einverleibt.		
	106 ad 100	Präs. 8. April 1875 Z. 27675. Die Anmerkung der Abweisung v. 19. Jän- ner 1875 Z. 2500 unter D. Z. 100 wird gelöscht.		

Berufung auf Ordnungszahl	Ordnungszahl	Laftenstand	fl.	fr.
	107 ad 73 d	Präf. 11. Juni 1875 Z. 46842. Auf Grund der Wifchungserklärung d. d. Wien den 31. Dezember 1874 und des Nachtrages d. d. Wien den 8. Juni 1875 wird die Wifchung des unter D. Z. 73 I d und 76 für die Theilforderung des Adolf Werthner im Betrage von 30000 fl. ö. W. fammt 5% Zinfen einverleibten Simultan-Pfandrechtes — jedoch mit dem Befehle, daß die Rechtswirkung diefer Wifchung in Anfehung der auf obiger Theilforderung haftenden Pfandrechte, erft mit deren Wifchung einzutreten hat — einverleibt.		
	108 ad 65 " 95	Präf. 6. Juli 1875 Z. 54085. Die Einflagung der Beträge von 8774 fl. 67 fr., 9472 fl. 92 fr., 8997 fl. 65 fr. und die Beträge von je 9015 fl. 8 fr. durch 9 (neun) aufeinanderfolgende Jahre, angefangen von 1875 bis 1883 wird bei der für Dr. Jacob Foltmann unter Tab. Nr. 65 und D. Z. 95 haftenden Pfandrechteinverleibung angemerkt .		
vide D. Z. 114	109 ad 65 " 95	Präf. 7. Juli 1875 Z. 54224. Auf Grund des Schuldscheines d. d. Wien den 5. Juli 1875 wird das Pfandrecht auf das unter Tab. Nr. 65 und D. Z. 95 für die Forderungen des Dr. Jacob Foltmann an Adolf Werthner im unbestimmten Betrage einverleibte Simultan-Pfandrecht — zu Gunften des Dr. Hieronymus Rosenfeld zur Sicherftellung feiner Expensenforderung von 4000 fl. d. i. viertausend Gulden ö. W. einverleibt .		
vide D. Z. 112 Wifchung	110 ad 65 " 95	Präf. 7. Juli 1875 Z. 55420. Die Abweijung des Gefuches um Einverleibung des Pfandrechtes für die Forderung der Frau Theresie Bloch per 12800 fl. ö. W. fammt 6% Zinfen auf das für Dr. Jacob Foltmann unter Tab. Nr. 65 u. D. Z. 95 einverleibte Simultan-Pfandrecht wird angemerkt.		
	111 ad 65 " 95	Präf. 27. Juli 1875 Z. 60256. Auf Grund des Schuldscheines d. d. Wien den 10. Juli 1875 und der Nachtragserklärung d. d. Wien den 24. Juli 1875 wird das Pfandrecht auf das unter Tab. Nr. 65 und D. Z. 95 für Forderungen des Dr. Jacob Foltmann im unbestimmten Betrage einver-		

Berufung auf Ordnungszahl	Ordnungszahl	Laftenstand	fl.	fr.
	112 ad 110	leibte Simultan-Pfandrecht zur Sicherftellung der Forderung der Fr. Theresie Bloch im Betrage von 12800 fl. ö. W. d. i. Zwölftausendachtshundert Gulden ö. W. fammt 6% Zinfen, einverleibt . Die Anmerkung des abweislichen Befcheides vom 16. Juli 1875 Z. 55420 unter D. Z. 110 wird damit gelöfcht.		
	113 ad 101	Präf. 7. August 1875 Z. 63687. Auf Grund der Wifchungserklärung vom 4. August 1875 wird die Wifchung des für die Forderung des ff. Aeras im Betrage von 1506 fl. 25 fr. fammt Anh. unter D. Z. 101 angemerkten Pfandrechtes, einverleibt .		
	114 ad 109	Präf. 15. Oktober 1875 Z. 82778. Auf Grund der Note des ff. Central-Taxamtes vom 13. Oktober 1875 Nr. 28777 wird das Pfandrecht auf die unter D. Z. 109 einverleibte Forderung des Dr. Hieronymus Rosenfeld per 4000 fl. ö. W. für die Gebühr des ff. Aeras, im Betrage von 25 fl. ö. W. fammt 5% Bezugszinfen — vorgemerkt .		
	115 ad 65 " 95	Präf. 21. Oktober 1875 Z. 84371. Die mit Befcheid des ff. Handelsgerichtes Wien vom 16. Oktober 1875 Z. 208589 in Sachen des Dr. Erwin Flowitz und Dr. Foltmann peto Einverleibung wegen 1500 fl. und 578 fl. auf die Tab. Post 65 und D. Z. 95 erfolgte Abweijung — wird angemerkt .		

Beilage III.

Bergbuchauszug.

Aus dem Hauptbuche Tom. XVII. Pag. 89—104.

B e s i t z s t a n d.

Marie Grubenfeld.

Bergbau auf Grafit
in der Gemeinde Kunstadt, Bezirk Kunstadt in Mähren.

Dasselbe besteht aus drei einfachen Grubenmassen nach § 42 des allg. Berggesetzes im Walde Bramorka des Herrn Kuns Freiherrn von Honrichs Katastr. Parz. Nr. 280^{aa}.

Verliehen am 21. Dezember 1866 Nr. 1514.

Präs. 11. Oktober 1870 Z. 7689 Bescheid vom 14. eing. 19. Oktober 1871.

Die laut Protokolles vom 17. Juli 1870 geschehene Vermessung und Verlochungsteinung des Grafitgrubenfeldes Marie bei Kunstadt wird angemerket.

Präs. 12. Dezember 1870 Z. 9734 Bescheid vom 16. eing. 24. Dezember 1870.

Das laut Verleihungsurkunde der Dlmiliter k. k. Berghauptmannschaft vom 20. November 1870 Z. 1752 der Gewerkschaft „Segen Gottes bei Kunstadt“ verliehene, aus zwei einfachen Grubenmassen bestehende Grafit Grubenfeld

„Franz Josefs Beche“

in der Gemeinde Sichoitin im Bezirke Boscowitz wird als Bestandtheil (Zugehör) des dieser Gewerkschaft gehörigen Grubenfeldes „Maria“ bei Kunstadt aufgenommen.

Präs. 24. Mai 1871 Z. 4627 Verordnung vom 26. Mai eingetragen am 5. Juni 1871.

In Folge Bescheides vom 30. April 1871 Z. 2005 des k. k. Bezirksgerichtes zu Kunstadt werden auf Grund des zwischen Josef Fadny und der Gewerkschaft „Segen Gottes bei Kunstadt“ am 20. April 1871 geschlossenen Kaufvertrages, dann der Zustimmungserklärungen der Tabulargläubiger Michael und Josefa Fadny d. d. 10. August 1870 und des Vormundes Michael Fadny in Vertretung der Pupillen Anna und Franziska Fadny d. d. 8. August 1870 obervormundschaftsbehördlich

bestätigt am 10. August 1870 Z. 3033 die lastenfrei abgetrennte Parzelle Nr. 132 pr. 526 □ Klstr. von der zum Grunde Nr. 19 in Sichoitin gehörigen Wiese »nad rybnikem« Nr. top. 170, dann die Parzelle Nr. 137^b pr. 44 □ Klstr. von der zu demselben Grunde gehörigen Wiese »nad cestou« Nr. top. 174 als Bestandtheile des der Gewerkschaft Segen Gottes bei Kunstadt gehörigen Grafitbergbaues „Marie Grubenfeld“ aufgenommen.

Präs. 24. Mai 1871 Z. 4628 Verordnung vom 26. Mai, eingetragen am 5. Juni 1871.

In Folge Bescheides vom 2. Mai 1871 Z. 2030 des k. k. Bezirksgerichtes zu Kunstadt und auf Grund des zwischen Paul Bednar und der Gewerkschaft Segen Gottes bei Kunstadt geschlossenen Kaufvertrages d. d. 20. April 1871, dann auf Grund der Zustimmungserklärung der Tabulargläubiger Anna Bednar und Anna Nahlik d. d. 20. April 1871 wird die lastenfrei abgetrennte Parzelle Nr. 136^b pr. 67 □ Klstr. von der zum Grunde Nr. 13 in Sichoitin gehörigen Wiese »vedle cesty« Nr. top. 173 als Bestandtheil des der Gewerkschaft Segen Gottes bei Kunstadt gehörigen Grafitbaues „Maria Grubenfeld“ — aufgenommen.

Präs. 26. November 1871 Z. 9929 Verordnung vom 28. November eingetragen am 5. Dezember 1871.

In Folge Bescheides vom 17. Oktober 1871 Z. 4496 des k. k. Bezirksgerichtes Kunstadt und auf Grund der zwischen Josefa Sedlaczek und der Gewerkschaft Segen Gottes bei Kunstadt geschlossenen Kaufvertrage d. d. 20. und 27. April 1871 und der Zustimmungserklärung der Tabulargläubiger Johann Wefely und Franz Sedlaczek d. d. 1. Mai 1871 werden die lastenfrei abgetrennte Parzelle Nr. 133^b pr. 113 □ Klstr. von der zum Grunde Nr. 14 in Sichoitin gehörigen Wiese Nr. top. 171, dann die Parzelle Nr. 129 pr. 577 □ Klstr. von der zu demselben Grunde gehörigen Wiese Nr. top. 169 als Bestandtheile des der Gewerkschaft Segen Gottes bei Kunstadt gehörigen Grafitbergbaues „Marie Grubenfeld“ aufgenommen.

Eigenthümer.

Präs. 26. November 1870 Z. 9206 Bescheid vom 29. November eingetragen den 2. Dezember 1870.

Auf Grund der gewerkschaftlichen Statuten d. d. Wien am 1. August 1870, der Erklärung d. d. Wien den 5. Juli 1870, des Verzeichnisses d. d. Wien den 1. August 1870 des Uebereinkommens d. d. Boscowitz den 22. und Wien den 23. November 1870 und der Vollmacht d. d. 5. Juli 1870 wird das Eigenthumsrecht auf das der Anna Wenisch gehörige Grafitbergwerk „Maria Grubenfeld“ bei Kunstadt für die

Gewerkschaft Segen Gottes bei Kunstadt

zugleich zur Wirkung der Rechtfertigung der mit dem Bescheide vom 12. Juli 1870

3. 4859 zu Gunsten der genannten Gewerkschaft bewilligten Pränotation des Eigentumsrechtes — einverleibt.

Präf. 19. September 1872 Nr. 8994.

In Folge Einschreitens der k. k. Berghauptmannschaft in Wien d. d. 9. September 1872 Nr. 177 und ihrer auf Grund der Bewilligung der k. k. m. sch. Statthalterei als gewesener Oberbergbehörde unter dem 27. Juli 1872 Nr. 12842 erteilten Genehmigung zur Abänderung der Statuten der Gewerkschaft Segen Gottes bei Kunstadt sowie des Protokolles über den Gewerfentag vom 15. April 1872 — wird anmerkt, daß bei dem Gewerfentage am 15. April 1872.

- a) anstatt des zurückgetretenen J. Jacobowitz Herr Gustav Ritter von Gersdorf in Wien zum neuen Direktionsvorstande gewählt und
- b) der Hof-Gerichts-Advokat Dr. Ferdinand Meiland in Wien zur Zeichnung der Firma der Gewerkschaft per procura kollektive mit dem Direktionsvorstande oder dem Betriebsdirektor bestellt worden ist.

Ord- nungs- zahl	B e l a s t u n g	Betrag	
		fl.	kr.
1	Gelbscht.		
2	Präf. 3. März 1870 Z. 1670 Bescheid vom 8. März 1870 eingetragen am 8. März 1870. Auf Grund des von Robert Monkowski ausgestellten, von Anna Wenisch acceptirten und an Dr. Jacob Jacobowitz girirten Wechsels d. d. Kunstadt den 28. Februar 1870, sowie auf Grund des zwischen Anna Wenisch und Leopold Zacharias einerseits und Dr. Jacob Jacobowitz andererseits abgeschlossenen Pfandbestellungsvertrages d. d. Wien 1. März 1870, das unbedingte Pfandrecht für die Wechselsforderung pr. sammt Zinsen und Nebenverbindlichkeiten sowie für die in den Absätzen VII, VIII, X, XI obigen Vertrages ausgedrückten Zahlungs- und Haftungsverbindlichkeiten zu Gunsten des Herrn Dr. Jacob Jacobowitz einverleibt.	40000	8. W.
3 4 5	Gelbscht. Präf. 18. März 1870 Z. 2085 Bescheid vom 22. eing. 26. März 1870. Auf Grund des Vertrages d. d. Wien den 16. März 1870 das unbedingte Pfandrecht für die Darlehensforderung pr. fünf und zwanzig tausend Gulden 8. W. sammt Zinsen und Nebenverbindlichkeiten zu Gunsten des Dr. Jacob Jacobowitz und seiner Gattin Caroline Jacobowitz einverleibt.	25000	
6 v. 10. v. 12.	Präf. 9. April Z. 2608 Bescheid vom 12. eing. 15. April 1870. Auf Grund der Pfandbestellungsurkunde d. d. Wien den 5. April 1870, dann des Acceptes d. d. 4. April 1870 über 23000 fl. wird das Pfandrecht bezüglich dieser Wechselsforderung pr. Drei und zwanzig Tausend Gulden 8. W.	23000	

Ord- nungs- zahl	B e l a s t u n g	Betrag	
		fl.	kr.
	sammt Nebengebühren zu Gunsten des Herrn Anton Schindler, Gastwirths in Wien einverleibt.		
7. v. 9. v. 13.	Präf. 13. Juni 1870 Z. 4260 Bescheid 14. eing. 21. Juni 1870. Auf Grund des Wechsels d. d. Wien den 10. März 1870 pr. 30000 fl. und der Pfandbestellungsurkunde d. d. Wien den 10. Juni 1870 wird das Pfandrecht bezüglich der Wechselsforderung per Dreißig Tausend Gulden 8. W. sammt 12% Zinsen und 6% Zinseszinsen und sonstigen Nebenverbindlichkeiten für Herrn Otto Mitzel Privat in Wien einverleibt.	30000	8. W.
8. v. 12. v. 15. v. 17.	Präf. 6. Juli 1870 Z. 4813 Bescheid vom 8. eing. 15. Juli 1870. Auf Grund der Schuldverschreibung der Anna Wenisch d. d. Wien den 4. Juli 1870 das unbedingte Pfandrecht für die Darlehensforderung nach inzwischen gelieferten 46830 fl. 8. W. im Reste pr. sammt Zinsen und allen andern im obigen Schuldscheine enthaltenen Nebenverbindlichkeiten zu Gunsten des Herrn Dr. Jacob Jacobowitz einverleibt.	87870	
9. ad 7. v. 16.	Präf. 7. Juli 1870 Z. 4857 Bescheid vom 12. eing. 24. Juli 1870. Auf Grund der Erklärung d. d. Wien den 5. Juli 1870 das dem Dr. Jacob Jacobowitz eingeräumte Recht, daß das für Otto Mitzel in Betreff seiner Wechselsforderung pr. 30000 fl. 8. W. sammt Nebengebühren einverleibte Pfandrecht der Darlehensforderung des Dr. Jacob Jacobowitz im Reste pr. 87870 fl. 8. W. sammt Nebenverbindlichkeiten in der Rangordnung und Befriedigung pfandrechlich nachzusehen habe — bei der für Otto Mitzel haftenden Wechselsforderung pr. 30000 fl. 8. W. sammt Nebengebühren einverleibt.		
10. ad 6.	Präf. 7. Juli 1870 Z. 4858 Bescheid vom 12. eing. 24. Juli 1870. Auf Grund der Erklärung d. d. Wien 2. Juli 1870 das dem Dr. Jacob Jacobowitz eingeräumte Recht, daß das zu Gunsten des Anton Schindler bezüglich seiner Wechselsforderung pr. 23000 fl. 8. W. sammt Nebengebühren einverleibte Pfandrecht der Darlehensforderung des Dr. Jacob Jacobowitz im Reste pr. 87870 fl. 8. W. sammt Nebenverbindlichkeiten in der Rangordnung und Befriedigung pfandrechlich nachzusehen habe — bei der für Anton Schindler haftenden Wechselsforderung pr. 23000 fl. 8. W. einverleibt.		
11. 12. ad 6	Gelbscht. Präf. 11. Dezember 1871 Z. 10366 Bescheid vom 19. eing. 30. Dezember 1871. Auf Grund des Zahlungsauftrages des Osmüher k. k. Steueramtes d. d. 24. April 1870 G. Z. 710 das bedingte		

Ordnungs- zahl	B e l a s t u n g	Betrag	
		fl.	kr.
	eine Justifizierung nicht bedürfnisse Pfandrecht für die rückständige Gebühr von 187 fl. 50 kr. ö. W. sammt 5% Zinsen und allfälligen Kosten zu Gunsten des hohen Alerars per juxta des für Anton Schindler sichergestellten Kapitals per 23000 fl. ö. W. f. N. G. vorgemerkt.		
13. ad 7	Präf. 11. Dezember 1871 Z. 10367 Bescheid vom 19. einget. 30. Dezember 1871. Auf Grund des Zahlungsauftrages des Oimüthler k. k. Steueramtes d. d. 29. Juli 1870 Z. 2083 das bedingte einer Justifizierung nicht bedürfnisse Pfandrecht für die rückständige Gebühr von 230 fl. 75 kr. ö. W. sammt 5% Zinsen und allfälligen Kosten zu Gunsten des hohen Alerars per juxta des für Otto Miezl sichergestellten Kapitals per 30000 fl. ö. W. f. N. G. vorgemerkt.		
14. ad 5	Präf. 19. Jänner 1872 Z. 620 Bescheid vom 30. Jänner eingetr. am 3. März 1872. Gemäß Bescheides des k. k. Landesgerichtes Wien vom 12. Jänner 1872 Z. 1700 wird die von Dr. Jacob und Caroline Jacobowitz gegen Anna Wenisch und die Gewerkschaft Segen Gottes bei Kunststadt peto der resülichen Forderung von 22212 fl. 75 kr. ö. W. f. N. G. eingebrachte Klage bei der Hypothekarforderung per 25000 fl. ö. W. angemerk.		
15. ad 8	Präf. 11. April 1872 Z. 3503. In Folge Ansuchens des k. k. Landesgerichtes zu Wien vom 5. April 1872 Nr. 19390 wird die von Dr. Jacob Jacobowitz wider Anna Wenisch und die Gewerkschaft Segen Gottes bei Kunststadt bei dem Landesgerichte in Wien sub präf. 4. April 1872 Z. 19390 eingebrachte und durch Erlassung des Zahlungsauftrages vom 5. April 1872 Z. 19390 rückständig der Messforderung per 49835 fl. 70 kr. ö. W. sammt 5% Zinsen seit 1. November 1870 und den Gerichtskosten erlebte Klage — bei der unter Ordnungszahl 8 für Dr. Jacob Jacobowitz einverleibten resülichen Darlehnsforderung von 87870 fl. ö. W. sammt Zinsen und Nebengebühren angemerk.		
16. ad 9 7	Präf. 29. April 1872 Z. 4107. In Folge Ansuchens des k. k. Bezirksgerichtes Möbbling vom 22. April 1872 Z. 3586 wird die Klage des Otto Miezl durch Dr. Ferd. Bogazlenik gegen Jacob Jacobowitz und Caroline Jacobowitz auf Ungültigkeitserklärung der vom Kläger zu Gunsten der beiden Beklagten ausgestellten Prioritätserklärung d. d. Wien den 5. Juli 1870 und Pöschung der gemäß Bescheides vom 12. Juli 1870 Z. 4857 erfolgten Einverleibung dieser Erklärung angemerk.		
17. ad 8 v. 18.	Präf. 6. Juli 1872 Z. 6405. Das von dem k. k. Landgerichte in Wien mit Bescheid vom 11. Juni 1872 Z. 34217 auf Grund der rechtskräftigen		

Ordnungs- zahl	B e l a s t u n g	Betrag	
		fl.	kr.
	Zahlungsaufgabe d. d. 5. April 1872 Z. 19390 bewilligte exekutive Pfandrecht bei der unter D. Z. 8 für Jacob Jacobowitz aus der Schuldverschreibung der Anna Wenisch vom 4. Juli 1870 haftenden Darlehensforderung von 87870 fl. ö. W. c. s. e. zur Hereinbringung der Forderung von 49835 fl. 70 kr. ö. W. sammt 5% Zinsen seit 1. November 1870 und den mit Ausschluß der Erkenntnißgebühr auf 30 fl. 12 kr. bestimmten Gerichtskosten und den Exekutionskosten von 8 fl. 93 kr. ö. W. wird einverleibt.		
18 ad 17 8	Präf. 7. September 1872 Z. 8604. Der am 31. Juli 1872 Z. 45820 von der Gewerkschaft Segen Gottes bei Kunststadt durch Dr. Meiland bei dem k. k. Landesgerichte in Wien eingebrachte Refkurs gegen den dortgerichtlichen Bescheid vom 11. Juni 1872 Z. 34217 wird zu Folge Ansuchens des k. k. Landesgerichtes in Wien vom 23. August 1872 z. Z. 45820 bei dem unter D. Z. 17 ad 8 exekutiv haftenden Pfandrechte für die Forderung des Jacob Jacobowitz pr. 49835 fl. 70 kr. ö. W. f. N. G. angemerk.		
	Die Richtigkeit dieses Bergbuchauszuges wird sowohl bezüglich des Besitzes als auch des Lastenstandes bestätigt. K. K. Bergbuchführung Oimüth am 20. Mai 1873. L. S. Bantiarz m. p.		

A u s z u g

aus dem Eisenbahnbuche des k. k. Landesgerichtes Wien in Betreff der nachbezeichneten vorläufigen Einlage.

Titelblatt

W. P. W. N.

Vorläufige Einlage

„Wien-Pottendorf-Br. Neustädter Bahn“

- 1) Br. Neustadt-Gramat-Neusiedl mit der Zweigbahn Ebenfurth-Neusiedl,
- 2) Wien-Pottendorf mit einer Fortsetzung von Pottendorf an die k. k. ungarische Grenze gegen Oedenburg.

Bahnbestandsblatt.

Erste Abtheilung.

Postzahl	Eintragung	Verweisungszahl
1.	Dieselbe Eintragung wie vorstehend im Titelblatte.	

W. P. W. N.

Eigentumsblatt.

Postzahl	Eintragung
1	<p>Pr. 6. September 1874 Z. 71709.</p> <p>Auf Grund der Konzessionsurkunden vom 23. August 1869, vom 10. September 1872, der am 30. März 1874 genehmigten Statuten, der Befähigung des k. k. Handelsministeriums vom 13. August 1874 Z. 21411 und der Befähigung des l. f. Kommissärs d. d. Wien 14. August 1874;</p> <p>1) die Rechte aus den Konzessionsurkunden vom 23. August 1869 und 10. September 1872 für die Firma: „Wien-Pottendorf-Br.-Neustädter Bahn mit dem Sitze der Unternehmung in Wien.</p> <p>2) die Beschränkungen</p> <p>a) durch das Heimfallsrecht des Staates gemäß der §§ 17, 19 und 20 der Konzessionsurkunde vom 23. August 1869 Nr. 160 R. G. B. und der §§ 15, 17 und 18 der Konzessionsurkunde vom 10. Sept. 1872 Nr. 138 R. G. B.</p> <p>b) durch das Einlösungsrecht des Staates gemäß § 18 der Konzessionsurkunde vom 23. August 1869 Nr. 160 R. G. B. und § 16 der Konzessionsurkunde vom 10. September 1872 Nr. 138 R. G. B. — einverleibt.</p>

W. P. W. N.

Lastenblatt.

Erste Abtheilung

Postzahl	Eintragung	fl.	kr.
1.	<p>Pr. 7. September 1874 Z. 71878.</p> <p>Auf Grund der Pfandbestellungsurkunde d. d. Wien, den 5. September 1874 das Pfandrecht zur Sicherstellung der Forderungen aus den auf Ueberbringer lautenden, mit fünf Prozent in Silber verzinslichen 31900 Stück Theilschuldverschreibungen d. d. Wien den 1. Juli 1874 zu je 200 fl. in Silber zusammen im Betrage von sechs Millionen dreihundert achtzig Tausend Gulden ö. W. in Silber — einverleibt.</p> <p>Vom k. k. Grundbuchsamte Wien, den 25. April 1875. Ruprich m. p. Dir. L. S. Gaimmer m. p.</p>	6380000	in Silber

Beilage V.

A u s z u g

aus dem Eisenbahnbuche des k. k. Landesgerichtes Wien in Betreff der nachbezeichneten vorläufigen Einlage.

Titelblatt

St. E. G.

A.

Vorläufige Einlage

„k. k. priv. k. f. Staats-Eisenbahn“

- 1) Brunn-Bodenbach mit der Zweigbahn B. Triiban-Ölmütz.
- 2) Marchegg bis zur ungarischen Landesgrenze.
- 3) Wien nach Bruck a/ L. bis zur ungarischen Landesgrenze.
- 4) Wien-Strelitz mit den Zweigbahnen:
 - a) Grubbad- Znaim.
 - b) Stablaun-Marchegg mit dem Bahnflügel: Wiener Donau-Kanal St. Marx.

Bahnbestandsblatt. Erste Abtheilung.

Postzahl	Eintragung	Verweisungszahl
1.	Dieselbe Eintragung wie vorstehend im Titelblatte.	

St. E. G.

A.

Eigentumsblatt.

Postzahl	Eintragung
1.	<p>Präs. 3. August 1874 Z. 61940.</p> <p>Auf Grund der Konzessionsurkunden d. d. Wien, den 1. Jänner d. d. 1855 d. d. Wien, den 28. April 1856, und d. d. Wien, den 1. Dezember 1866 und des Erlasses des k. k. Handelsministeriums vom 4. Oktober 1872 Nr. 27173 5915</p> <p>1) Die Rechte aus diesen Urkunden für die Firma: k. k. priv. k. f. Staats-Eisenbahngesellschaft mit dem Sitze der Unternehmung in Wien;</p> <p>2) die Beschränkungen:</p> <p>a) durch das Verbot der Veräußerung oder Verpachtung gemäß Art. 5 und 15 der Konzessionsurkunde vom 1. Jänner 1855</p> <p>b) durch das Heimfallsrecht des Staates gemäß Art. 5 der Konzessionsurkunde vom 1. Jänner 1855, §§ 7, 8 und 10 der Konzessionsurkunde vom 28. April 1856 und § 4 der Konzessionsurkunde vom 1. Dezember 1866;</p>

Postzahl	Eintragung
	c) durch das Einlösungsrecht des Staates gemäß Art. 14 der Konzessionsurkunde vom 1. Jänner 1855, § 9 der Konzessionsurkunde vom 28. April 1856, § 5 der Konzessionsurkunde vom 1. Dezbr. 1866, Art. 1 des Uebereinkommens vom 1. Dezbr. 1866 einverleibt.
2.	Geldsicht
3.	Übschung von Post Nr. 2.

St. G. G. Lastenblatt. Erste Abtheilung.
A.

Postzahl	Eintragung	fl.	fr.	
1	Präf. 3. August 1874 Z. 61940. Haupteinlage. Auf Grund der Bestätigung des k. k. Regierungsrathes Herrn Josef Eblen von Leberer als landesfürstlichen Kommissärs der k. k. priv. östr. Staatseisenbahngesellschaft d. d. Wien, 30. Juli 1874, das Pfandrecht zur Sicherstellung der Forderungen aus nachbezeichneten auf Ueberbringer lautenden, im Wege der Verlosung al pari rückzahlbaren, je mit jährlichen fünfzehn Francs verzinslichen Theilschuldverschreibungen je im Betrage von fünfhundert Francs und zwar: a) 286566 Obligationen der Emission vom 1. Juni 1855 im Betrage von sage: Einhundert vierzig drei Millionen, zweihundert achtzig drei Tausend, b) 60,792 Obligationen der Emission vom 1. Jänner 1857 im Betrage von sage: Dreißig Millionen dreihundert neunzig sechs Tausend (in obiger Bestätigung unrichtig 29396000 Francs) c) 95561 Obligationen der Emission vom 1. Dezbr. 1857 im Betrage von sage: vierzig sieben Millionen sieben hundert achtzig Tausend fünfhundert d) 95525 Obligationen der Emission vom 22. Mai 1858 im Betrage von sage: Vierzig sieben Millionen, sieben hundert sechzig zwei Tausend fünfhundert e) 38330 Obligationen der Emission vom 12. März 1859 im Betrage von sage: Neunzehn Millionen einhundert sechzig fünf Tausend f) 71958 Obligationen der Emission vom 25. August 1859 im Betrage von sage: Dreißig fünf Millionen, neunhundert siebenzig neun Tausend, g) 72483 Obligationen der Emission vom 4. Juli 1863 im Betrage von sage: Dreißig sechs Millionen zweihundert vierzig ein Tausend fünfhundert,	Francs 43283000 30396000 47780500 47762500 19165000 35979000 36241500		

St. G. G. A.	Lastenblatt. Erste Abtheilung.	fl.	fr.	
	h) 148979 Obligationen Serie A Ergänzungsnetz der Emission vom 20. Februar 1867 im Betrage von sage Siebzig vier Millionen vier hundert achtzig neun Tausend fünfhundert i) 148883 Obligationen Serie A Ergänzungsnetz der Emission vom 1. Juli 1868 im Betrage von sage: Siebzig vier Millionen vierhundert vierzig ein Tausend fünfhundert, k) 48807 Obligationen der Emission vom 1. Oktober 1869 im Betrage von sage: Zwanzig vier Millionen vierhundert drei Tausend fünf hundert, l) 64522 Obligationen Serie A Ergänzungsnetz der Emission vom 1. Juli 1870 im Betrage von sage: Dreißig zwei Millionen zweihundert sechzig ein Tausend, ad a bis l sammt Jahreszinsen per fünfzehn Francs für jede Obligation. m) für die Forderungen aus 75000 Schuldverschreibungen à 200 fl. ö. W. in Silber auf Ueberbringer lautend im Wege der Verlosung im vollen Nennwerthe in effektiver Silbermünze zurückzahlbar im Betrage von sage: fünfzehn Millionen in Silber mit jährlichen fünfprocentigen Zinsen in effektiver Silbermünze, n) für die Forderungen aus 59873 Obligationen Serie A Ergänzungsnetz à 500 Francs auf Ueberbringer lautend im Wege der Verlosung al pari rückzahlbar im Betrage von sage: Zwanzig neun Millionen, neunhundert dreißig sechs Tausend fünf hundert sammt Jahreszinsen per fünfzehn Francs für jede Obligation einverleibt und angemerk, daß diese Einlage als Haupteinlage und die Eisenbahneinlage: „k. k. priv. östr. Staatseisenbahn Chozen-Neuforge mit den Zweigbahnen a) von Halbstadt über Braunau und Ottenndorf bis zur Reichsgrenze. b) von Wenzelsberg bis Starotsch als Nebeneinlage zu dienen habe.	Francs 74498500 74441500 24403500 32261000 fl. ö. W. 15000000 Francs 29936500		
2	Geldsicht.			
3	Präf. 5. November 1874 Z. 88103. Übschung von Postzahl 1 ad m und ad n bezeichneten Anleihen und zwar: ad m: 31. Mai 1873 und ad n: 1. September 1873 angemerk.			
4	Pr. 29. November 1874. Haupteinlage. Auf Grund der Erlässe des k. k. Finanzministeriums vom 15. und 26. Novbr. 1874 Z. 5632 und 5917 der Pfandbestellungsurkunden C und D der obigen Eingabe			

St. G. G.		Fastenblatt. Erste Abtheilung.	
A.			
Postzahl	Eintragung	fl. W. fl.	fr.
	d. d. 27. November 1874, das Simultanpfandrecht auf diese Einlage zur Sicherstellung der Forderungen aus dem, in Folge Beschlusses der Generalversammlung vom 18. Juli 1874 zu emittirenden auf Ueberbringer lautenden, im Wege der Verlosung rückzahlbaren Theilschuldverschreibungen und zwar:		
	a) 147403 Stück je zu 500 Francs im Gesamtbetrage von	Francs	
	d. i. Siebzig drei Millionen, siebenhundert ein	73701500	
	Tausend fünfhundert francs sammt dreiprocentigen Zinsen in Francs.		
	b) 80000 Stück je zu 200 Gulden öst. Währung in Silber oder 133 $\frac{1}{3}$ Thaler der Thalerwährung oder 233 $\frac{1}{3}$ Gulden süddeutscher Währung oder 400 Reichsmark oder 500 Francs im Gesamtbetrage von	16000000	
	d. i. Sechzehn Millionen Gulden öst. Währ. in Silber oder 10666666 $\frac{2}{3}$ Thaler der Thalerwährung oder 18666666 $\frac{2}{3}$ Gulden süddeutscher Währung oder 32000000 Reichsmark oder 40000000 Francs — sammt 50/0 (fünfprocentigen) Zinsen öst. Währ. Silber oder in den angeführten Aequivalenten einverleibt und angemerk, daß diese Einlage als Haupteinlage und die Eisenbahnbuch-Einlage k. k. priv. östreichische Staats-Eisenbahn Choisen-Mensorge mit den Zweigbahnen:		
	a) von Halbstadt über Braunau und Ottendorf bis zur Reichsgrenze,		
	b) von Wenzelsberg bis Starkotisch als Nebeneinlage zu dienen habe.		
	Vom k. k. Grundbuchsamte Wien, den 25. April 1875. Ruprich m. p. Dir. Daimer m. p.		

Sachregister.

(Die Grundziffern bezeichnen die Seite, die Exponenten die Note.)

Abschreibung einer Parzelle 220 ¹² .	Aussandung 169 ²⁵ .
Abschriften aus dem Urkundenbuch 215 ⁶ .	Aussandungsurkunde 30, 169.
— der Tabularurkunde 171 ³¹ .	Ausgebung 55.
accessio temporis 119.	Bahnbestandsblatt 21.
Adnotation s. Anmerkung.	Bedingungen 181.
Asterpfandrecht 57.	Beglaubigung der Parteiunterschriften 170.
Alluvion 276.	beneficium cedendarum actionum 256 ²¹ .
Altentheil, Verpfändbarkeit desselben 55.	Bereicherung, Begriff derselben 1017.
alveus derelictus 276 ¹⁷ .	Bergblöcher 20.
Anerkennung der ungiltigen Pfandschuld 253.	Berggericht 23.
Anfallsrechte 57 ²³ .	Bergwerkseigenthum 55.
Anfechtung formell gültiger Einträge 92.	Bergwerkszugehör 273 ⁶ , 283.
— gegen Dritte 103.	Berichtigung des Eintrages 87.
— gegen unredliche Dritte 106.	— von Amtswegen 89.
— inter partes 99.	Bescheid, athenwidriger 85.
— singuläre 105.	— buchwidriger 86.
Anfechtungsgründe 92.	— Echtheit desselben 84.
Anmerkung 27, 160.	— Wichtigkeit desselben 85.
— „bis zur Einlangung des Originals“ 167 ¹¹ .	— Vollzug desselben 86.
— der Abschreibung 155.	— Zustellung desselben von Amtswegen 31.
— der Auffündigung 242 ¹⁷ .	Bescheinigung 200.
— der executiven Sequestration 162 ²³ .	Bescheinigungsmittel 201.
— der executiven Versteigerung 155 ⁶ , 159 ⁵ .	Bestandsblatt 17 ³⁹ .
— der Hypothekarfage 240.	Besitzrecht des Pfandgläubigers 218.
— der Konkurseröffnung 160.	Bestandsblatt s. Bestandsblatt.
— der Kuratel 160.	Bestandrechte 54.
— der Minderjährigkeit 160.	Beweislast bei der Anfechtung 115.
— der Rangordnung 132 ³⁰ , 163.	bona fides 103 ² .
— der Vollstreckbarkeit des Schuldscheines 243 ¹⁹ .	bona fides superveniens 80 ¹⁴ .
— der Vorausbezahlung des Bestandzinses 279 ²⁶ .	Brandchadensvergütung 287.
— des abweislichen Bescheides 30, 164.	brevi manu Intabulation 165 ³ .
— des Rehenbandes 161.	Buchbehörden 23.
— des Rekurses 32, 163.	Bucheigenthum 155.
Antheile (pro indiviso) 51.	Causa der Pfandforderung 61, 134.
Antichrese 180, 218 ² .	cautio indiscreta 135.
Anweisungen, kaufmännische 135.	Certifizierung 214.
Affekuranzgelder 287.	Certiorirungsklausel 214.

Civilfrüchte 277.
 clausula de non amplius oppignorando 161¹⁵.
 — intabulandi 169²².
 conditio causa finita 103.
 — indebiti 102¹².

Deterioration des Pfandgutes 224.
 Dienstbuch 15.
 Distraktionsrecht 235.
 Dominialgewerbe 56¹⁸.
 Dreibuchsystem 15.
 Drittbefitzer im Pfandgut, Defensivstellung desselben 255.

Eigentümerhypothek 124.
 Eigentumsblatt 19.
 — bei Eisenbahnbüchern 22.
 Eigentumsvorbehalt 145.
 Einlage 17.
 Einmahnung 247³⁸.
 Einrede der Klagerjährung 261.
 — der Kompensation 253.
 — der nicht zugezählten Valuta 252.
 — der Verjährung der Pfandschuld 254.
 — der Vorauslage 256.
 Einreichungszahl 63, 176.
 Eintrag, Vollzug desselben 31, 175.
 Einverleibung 27, 165.
 Einverleibungsbescheid 174.
 Einverleibungsgejud 165.
 — des Bürgen 165.
 — des Nachmannes 165.
 Einverleibungskonjens 29.
 Eisenbahnbücher 21.
 Eisenbahngrundstücke 21.
 Eisenbahnzugehör 283.
 Elementarjhaden, Entwerthung des Hypothekarobjektes durch denselben 286.
 Entschädigungshypothek 152.
 Erbpachtrechte, Verpfändung desselben 54.
 Erbrecht, Verpfändung desselben 56.
 Erbschaftsrechte, Verpfändung desselben 54.
 exceptio excussionis personalis 257.
 — excussionis realis 256.
 — falsi 252.
 Exekution ad fructus 278.
 — zur Sicherstellung 153.
 Exekutionskosten 269.
 Expropriation 285.
 Extabulation 27.

Familienfideikommiß, Anmerkung desselben 161.

Feilbietung, exekutive 234.
 Fideikommiße, Sequestration derselben 51.
 Firma 182³², 239.
 Fischereibefugnisse 55.
 Flußinsel 276¹⁷.
 Forberungen, künftige 129.
 Formalakt 76.
 Formalkwirkung der grundbücherlichen Einträge 83.
 Früchte 48, 275.
 fructus pendentes 277.
 — separati 282.
 fundus instructus 273⁶.

Gebührenforderungen 150⁵.
 Gegenstände des Hypothekarrechts 47.
 Generalhypothek 58, 59⁸.
 Generalpfand 59.
 Gerichtsöffentlichkeit der Verpfändung 64.
 Gewährbuch 16.
 Gewerbe, radizirte 56, 284⁴³.
 — radizirte, Abtrennung desselben 223, 21.
 Gewerbbuch 20.
 Glaubhaftigkeit des Buches 64, 69.
 Grundbuch 14.
 — im engeren Sinn 15.
 Grundbuchsamt 24.
 Grundbuchsanzüge, Beweiskraft derselben 249⁴⁶.
 — summarische 215.
 — umständliche 215.
 Grundbuchsbescheid 27.
 Grundbuchsextract 215.
 Grundbuchsführer 24.
 Grundbuchsgericht 23.
 Grundbuchsgejet, allgemeines 5.
 Grundbuchsgejud 26.
 Grundbuchskörper 17, 273.
 Grundbuchspatente 3.
 Grundbuchssystem 14.
 Grundentlastung 67.
 Grundpfand 34.
 Grundsteuern 67.
 Gültensbuch 184⁰.
 Gütsbestandsblatt 17.

Handelsbuchschulden 135.
 Handpfand 34.
 Hauptbuch 16.
 Hauptbuchsystem 16.
 Höchstbetrag 61, 129.
 Holzgerechte 55.
 hypothea privata 64.
 — tacita 64, 66, 150.

Hypothek, accessorische Natur derselben 39.
 — Begriff derselben 35.
 Hypothekarfrage 228.
 — Petiti derselben 236.
 — Verjährung derselben 261.
 Hypothekarrecht 39.
 Hypothekarschuldner 38.
 Hypothekenrecht 39.
 Hypothekenregister 74⁶.

Inhaberpapiere 182.
 Incorporationen 276.
 Instruktion zum Vollzug des allgem. Grundbuchgesetzes 8.
 Instrumentenbuch 173⁵.
 Intabulation i. Einverleibung.
 Intabulationsklausel 145⁶, 169.
 Intabulationschein 214.
 Intimate 168¹⁸.

Justifizirung i. Rechtfertigung.
 Justifizirungsfrage i. Rechtfertigungsfrage.
 Inzta-Einverleibung 134, 243¹⁸.

Kataster 18.
 Katastralmappe 18, 274⁸.
 Kaufrechte 126, 129⁴⁴.
 Kaufschillingspfandrecht, gesetzliches 151.
 Kautionshypothek 133³⁵.
 Kompensation 253.
 Konfirmation 144.
 Konkurrenzbeitrag 67.
 Konjensprinzip 27.
 Kontoanzüge 197.
 Konvaleszenz ansechtbarer Einträge 118.
 — bei wichtigen Tabularakten 88.
 Konventionalstrafe 181.
 Kredithypothek 132, 266.
 Kündigung der Hypothekarschuld 247.

Lagerbücher 15.
 Landesgesetze, betreffend die Auflegung neuer Grundbücher 9.
 Landtafel 14.
 Landtafelpatente 3.
 Lastenblatt 19.
 — bei Eisenbahnbüchern 22.
 Legalisirung 170²⁸.
 Legalitätsprinzip 27, 123⁵.
 Lehen 161.
 Lehenbücher, in Böhmen 162²¹.
 Lehen mit der Gnade 162²¹.
 Lehentafel 14²⁹.
 Leibzucht 55.
 lex commissaria 178.

Liquidirung der Pfandforderung 243.
 Literatur des östr. Hypothekenrechtes 10.
 Löschung der Vormerkung 211.
 Lösungsfrage aus dem Grunde der materiellen Ungültigkeit 114.
 — aus dem Grunde der Nichtigkeit 90¹⁵.
 Lufristung 27, 172⁴⁰.

Majestas Carolina 2.
 mala fides 108.
 mala fides superveniens 111.
 Mannase 163⁴.
 Miethzins 278²³.
 modus aquirendi 71.

Nachstehungserklärung 98.
 Naturalobligationen 136.
 Nichtigkeit des Eintrages 87.
 Nichtigkeitsfrage 90.
 Nießbrauch, Verpfändbarkeit desselben 54.
 Notariatsakte 168.
 Notifikationsbücher 7.
 Nullitätserklärung 88.
 Nutzungseigenthum, Verpfändbarkeit desselben 54.

Obligationen, alternative 127.
 Offenheit des Buches 64, 68.
 Ordepapiere 182.

Partikularepakt 215.
 Parzellirung 220.
 Personalschuldner 38, 251.
 Personalservitut 55.
 Pertinenzstücke 280.
 Pfandbuchsystem 142⁷.
 Pfandforderung, Fälligkeit derselben 246.
 — als Voraussetzung des Hypothekarrechtes 121.
 Pfandrecht, exekutives 153.
 Pfandsubhastation 234.
 Pfandvertrag 1442.
 Pflichttheil, Unverpfändbarkeit desselben 60.
 Präfundengüter, Ausübung des Pfandrechtes durch Sequestration 51.
 pignoris causa indivisa est 264.
 pignus giudiciale 153.
 — privatum 65⁷.
 — publicum 65.
 Postzahl 31.
 Prädiatservituten 284.
 Pränotation i. Vormerkung.
 Pränotationsurkunde 201.
 Präsentatum 27.

Priorität, Ersichtlichkeit derselben im Grundbuch 71.
 Protestation 73, 104⁶.
 protestatio de non disponendo 185².
 — pro conservandis exceptionibus 104⁶, 185².
 — pro conservando jure et loco 185².
 Provinzialgesetze über das Grundbuchs-
 weesen 2.
 Prozeß und Exekutionskosten 62, 177,
 269.
 publica fides s. Glaubhaftigkeit des
 Buches.
 Publizität der Hypothekenbestellung 64.
 — Grundsatz derselben 63.
 Quittung, löschungsfähige 99⁹.
 Rang, Bestimmung desselben 62.
 Realoffen 17³⁸.
 Realgewerbe 284.
 Reallastberechtigung 55, 284.
 Reallasten 57.
 Realservituten 56, 284.
 Rechtfertigung 204.
 — Rückwirkung derselben 210.
 Rechtfertigungssklage 207.
 Rechtfertigungsurteil 206.
 Rektifikatorium 184⁰.
 Refurs 31, 90.
 Refursfrist 175⁴⁰.
 Renten, Verpfändbarkeit derselben 55.
 Retentionseinrede wegen Impensen 259.
 Rubriken 166⁸.
 Saksanzüge 214⁴.
 Saksbriefe 214.
 Saksbuch 16.
 Saksforderung 39.
 Saksnoten 214⁴.
 Sakspost 39.
 Schiebspruch 168²⁰.
 Schulübernahme 229⁸.
 Sequestration 51.
 — des gefährdeten Hypothekarobjektes
 226.
 — exekutive 232¹⁶.
 — Kosten derselben 227³⁵.
 Servitut der Wohnung 54⁸.
 Sicherheit, pupillarmäßige 142.
 Sicherstellungsmittel 150.
 Spezialität 58.
 Spezialvollmacht 170²⁰.
 Stadtbücher 15.
 Stellvertretung beim Tabularerwerb
 111.
 Streitannmerkung 73, 91, 103, 162.

Substitution, fideikommissarische 155,
 161.
 Syndikatsklage 24.
 Tabularakt 84.
 Tabularerfüllung 92²⁰.
 Tabulargericht 23.
 Tabularlaufeel 30, 169.
 Tabularkompetenz 23.
 Tabularkörper 17, 273.
 Tabularpost 39.
 Tabularstand 68¹.
 Tabularurkunde 166.
 Theile (pro diviso) 48.
 Theilschuldverschreibungen 183.
 Titel, gesetzliche 149.
 — gewillfürte 139.
 — richterliche 153.
 — Wesen und Arten derselben 138.
 Uebersetzung der Tabularurkunde 170.
 Uebertragungsgebühr 68.
 Ungarische Grundbuchsordnung 4.
 Ungültigkeit, offenbare der Pfandsfor-
 derung 122.
 Unkündbarkeit der Hypothek 179.
 Unrechtmäßigkeit hypothekarischer Ein-
 träge 95.
 Unredlichkeit im Tabularbesitz 108.
 Unterbrechung der Verjährung 119.
 Untereigenthum, Verpfändbarkeit des-
 selben 54.
 Urbarien 15.
 Urkunden, pränotirbare 202.
 Urkundenbuch 16.
 Urkundenjammung 173⁸.
 Veräußerungsverbote 161.
 Verantwortlichkeit der Grundbuchsbe-
 hörden 24.
 Verschäblicher 7.
 Verfahren in Tabularsachen 26.
 Vergleiche, exekutionsfähige 168.
 Verjährung d. Ansetzungsansprüche 119.
 — der Hypothekarklage 261.
 — der Nichtigkeitsklage 92.
 — der Pfandschuld 254.
 Verkaufsrecht des Pfandgläubigers 232.
 Verpfändung ad fructus 48.
 — letztwillige 148.
 Verpfändungsvertrag 143.
 Verschweigung 106¹³.
 Verhändigung von dem Vollzug des
 Eintrages 106.
 Vertretungsleistung 256²¹.
 Verwahrung, s. Protestation.
 Verwendungen auf das Pfandgut 259.
 Verzugszinsen 267.
 Vinkulirung 157, 161.

vitium visibile 167¹⁵.
 Vollmachtenbuch 20.
 Vollziehungsklausel 168¹⁹.
 Vorausklage, Einwendung derselben 258.
 Voraufrrecht 56.
 Vormerkung 27, 158, 184.
 — der Löschung 159.
 — der Uebertragung 159.
 — des Eigenthumes 159⁵.
 Vorrechtsklage 235, 241.
 Wechsel, Intabulationsfähigkeit dersel-
 ben 135.

Wiederkaufsrecht 56.
 Zahlungsauftrag 168.
 Zehnten, Verpfändbarkeit derselben 55.
 Zeitbestimmungen 180.
 Zertheilung von Grundstücken 275.
 Zinsen 62, 266.
 Zinsfuß 177.
 Zugehör 280.
 Zusammenlegung von Grundstücken 275.
 Zustellung des Einverleibungsbescheides
 174⁴⁶.
 Zuwachs 276.

Paragraphenregister

zum allgemeinen Grundbuchgesetz.

(Die den Paragraphen beigelegten Ziffern bedeuten die Seite, die Exponenten die Note.)

A. Einführungsgesetz.

Art. 1. 6, 7¹⁷. Art. 2. 6, 14²⁸. Art. 4. 4⁹.

B. Grundbuchgesetz.

Erstes Hauptstück.

Von den Grundbüchern im Allgemeinen.

§ 1. 16 ³³	§ 4. 17, 66 ^{13*}
§ 2. 16 ³³ , 17.	§ 5. 175, 176 ⁷ , 178, 243 ¹⁹ .
§ 3. 48 ² , 60 ¹⁰ , 273 ⁴ , 273 ⁶ , 275 ¹⁰ , 275 ¹³ .	§ 6. 16 ³³ , 17, 183.
	§ 7. 69 ⁵ , 214 ¹ , 215 ⁵ , 215 ^{6*} , 215 ¹⁰ .

Zweites Hauptstück.

Von den bürgerlichen Eintragungen.

§ 9. 38 ⁸ , 56, 70 ¹ , 159 ⁶ , 159 ⁸ , 222 ^{20*} .	§ 16. 62 ^{19*} , 67 ¹⁷ , 177, 268 ¹⁹ , 270 [*] .
§ 13. 39, 48 ⁴ , 49, 51 [*] , 52 ^{16*} , 57 [*] , 60, 85, 147 ¹⁷ , 155 ⁸ , 168, 178, 221, 273 ⁴ .	§ 17. 62, 151 ⁹ , 267 [*] , 268 ^{19*} .
§ 14. 39, 61 [*] , 62, 126 [*] , 127, 127 ^{10*} , 128 [*] , 133 [*] , 133 ³¹ , 133 ³⁴ , 177, 177 ⁹ , 177 ¹⁰ , 181 ²⁸ , 199 ⁴ , 201, 244 ²³ , 245, 215 ²⁶ , 251 ² , 265 ⁵ , 267, 269 ²⁴ .	§ 18. 62, 266 ⁹ .
§ 15. 59 ⁷ , 67 ¹⁷ .	§ 20. 160 ¹¹ , 162 ²³ .
	§ 21. 87 ¹ , 154 ¹ , 154 ³ , 156 ^{10*} , 186 ⁵ , 204.
	§ 24. 57 ²² , 156 ¹² .
	§ 26. 124 [*] , 135, 135 ^{49*} , 167, 167 ¹³ , 201.
	§ 27. 167, 167 ^{14*} , 201.

28.	135.	§ 50.	266 ⁹ , 105 ¹⁰ , 109 ¹² , 159 ⁹ , 249 ⁵¹ .
29.	62 ²⁰ , 63 ²² , 133 ³⁶ , 171 ³⁴ , 171 ³⁵ , 176, 176 ⁶ .	51.	198 ¹ .
30.	63 ²² , 98.	52.	160 ¹¹ .
31.	164 ¹ , 168, 168 ²⁰ , 170, 201, 202, 202 ¹³ , 206, 216, 216 ¹³ .	53.	63 ²² , 132 ³⁰ , 163 ³⁰ , 182 ³¹ .
32.	135, 168, 168 ¹⁷ , 168 ¹⁹ , 169, 170, 202, 206.	57.	164 ³¹ .
33.	30, 167 ¹⁶ , 203.	58.	266 ⁹ , 164 ³¹ .
34.	129 ¹⁷ , 201, 202 ¹³ .	59.	2407, 242 ¹⁷ .
35.	159 ⁵ , 198 ¹ , 201 [*] , 202 ^{13*} .	60.	2407, 240 ¹⁰ , 242 ¹⁶ , 242 ¹⁷ .
36.	1414, 1597, 198 ³ , 199.	61.	S, 46, 47 ¹⁷ , 75 ⁵ , 90 ^{15*} , 91 ¹⁶ , 91 ^{17*} , 113 ²⁷ , 162, 162 ²⁵ , 163 ²⁷ , 175 ⁴⁸ .
37.	159 ⁵ , 159 ⁸ .	§ 62.	47 ¹⁶ , 92 ²⁰ , 99 ¹ , 100 ^{3*} , 100 ^{5*} , 116.
38.	203, 203 ¹⁹ , 2067, 211 ²⁴ .	§ 63.	47 ¹⁶ , 81 ^{16*} , 103 ¹ , 104 ⁵ , 105, 107 ² , 114 ⁴ , 115 ⁶ , 116, 117, 119 ⁵ , 120, 162 ²⁴ , 162 ²⁶ , 175 ⁴⁸ .
39.	39, 159 ⁹ .	§ 64.	47 ¹⁶ , 81 ¹⁶ , 88 ² , 94, 95, 105 ¹¹ , 106 ^{13*} , 107, 115 ⁶ , 117, 119 ⁵ .
40.	204 ¹ , 209, 249 ⁵¹ .	65.	103 ¹ , 105 ⁷ , 114 ⁴ , 162, 162 ²⁶ .
41.	206, 206 ⁵ , * 211 ²⁴ .	66.	104, 113, 163 ²⁷ .
42.	1414, 198 ³ , 208.	67.	105 ⁷ , 105 ⁹ , 117 [*] .
43.	208, 211.	68.	103 ¹ , 105.
44.	206, 249 ⁵⁰ .	69.	47 ¹⁶ , 109 ¹² , 159 ⁹ , 163 ²⁷ .
45.	208 ¹⁶ , 211, 211 ²⁵ .	70.	159 ⁵ , 163 ²⁷ .
46.	205 ^{4*} , 208, 208 ¹⁶ , 209, 211 [*] , 211 ²⁵ .	72.	266 ⁹ , 155 ⁶ , 159 ⁵ .
47.	213 ²⁸ .	74.	184 ² , 220 ¹³ .
48.	204 ¹ , 213 ²⁹ , 213 ^{31*} .		
49.	266 ⁹ , 57 ²³ , 109 ¹² , 154 ³ , 186 ⁵ , 204, 209 ¹⁸ , 213 ²⁷ .		

Drittes Hauptstück.

Von dem Verfahren in Grundbuchsachen.

75.	266 ⁸ , 1667 [*] .	102.	31 ⁸⁰ , 85, 89, 89 ^{8*} , 89 ^{9*} , 176.
76.	89, 165 ³ .	103.	63 ²² , 176, 176 ⁶ , 181 ²⁶ , 203.
77.	166.	104.	87 ¹⁴ , 89, 89 ^{9*} , 89 ¹⁰ , 90 ^{11*} , 176, 176 ³ .
78.	277 ¹ , 297 ⁶ , 157 ^{17*} , 165.	105.	203, 214 ² , 214 ³ .
79.	297 ⁶ , 165, 205 ⁴ , 216 ¹⁴ .	106.	39, 178 ¹² .
81.	104 ⁵ , 175 ⁴⁹ .	108.	1667.
83.	164 ¹ , 166.	110.	62 ²⁰ .
84.	166, 215 ¹¹ .	111.	1667.
85.	297 ⁴ , 85, 85 ⁹ , 166, 182, 198 ² .	112.	178 ¹² .
86.	166 ¹⁰ .	113.	266 ⁹ .
87.	166 ¹¹ .	122.	174.
88.	266 ⁹ , 164 ³² , 167 ¹¹ , 2021 [*] .	123.	31 ⁸³ , 106, 175 ⁴⁶ , 175 ⁴⁸ , 216 ¹² , 216 ¹⁴ , 220 ¹⁰ .
89.	266 ⁹ , 164 ³² , 170, 2021 [*] .	124.	25 ⁶⁶ , 25 ^{67*} , 216.
90.	171 ³¹ , 183.	125.	25 ⁶⁶ , 106 ¹⁴ , 117.
91.	171 ³¹ .	126.	31 ⁸⁴ , 89 ^{10*} , 90 ¹³ , 113 ¹ , 175 ⁴⁸ , 203.
92.	166 ⁸ , 215 ¹¹ .	127.	104 ⁵ , 175 ⁴⁹ .
93.	160 ¹³ , 171, 171 ³² .	129.	266 ⁹ , 109 ¹² , 158 ² , 163, 176 ¹ , 204.
94.	84 ^{6*} , 123 [*] , 157, 171, 171 ³⁶ , 172, 172 ^{39*} , 173 ^{42*} .	131.	266 ⁹ , 30, 204.
96.	297 ⁴ , 85, 174, 183.	132.	30, 90 ¹⁴ , 110 ¹⁶ , 164 ³³ , 175.
97.	165 ⁴ , 174.	133.	266 ⁹ , 158 ² , 163, 175 ⁴⁸ .
98.	174.		
99.	307 ⁹ , 164 ³³ .		
101.	266 ⁹ , 30.		

Einleitung.

I. Quellen und Literatur des österreichischen Hypothekenrechts.

A. Quellen.

Das materielle Hypothekenrecht der österreichischen Länder, obzwar von Alters her durch eigenthümliche Rechtsnormen beherrscht, ist doch niemals Gegenstand einer besonderen Kodifikation geworden. Wie ehemals das gemeine Pfandrecht, so ist seit 1812 das Pfandrecht des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches prinzipiell maßgebend sowohl für die Pfandverhältnisse an beweglichen als an unbeweglichen Sachen. Daneben jedoch haben die besonderen Bedürfnisse des Realkredits ihren legislativen Ausdruck in Spezialgesetzen erhalten, die zunächst nur der formellen Ordnung des öffentlichen Bücherwesens gewidmet und bis zur neuesten Zeit herab verschieden für die einzelnen Länder und für die verschiedenen Kategorien der Bücher, gleichwohl wichtige und gemeinsame Sätze des materiellen Rechts in sich begreifen. Die letzteren, theilweise auf alten deutschrechtlichen Traditionen beruhend, konnten in dem unscheinbaren Gewand provinzieller Tabularstatute gegen die Uebermacht des Römischen Rechts um so leichter sich behaupten; und als diese gebrochen war, erhielt sich in der österreichischen Gesetzgebung das Herkommen, spezifische Normen auch des materiellen Immobilienrechts in die über Einrichtung und Verwaltung der Bücher erlassenen Einzelgesetze aufzunehmen.¹⁾ So kommt es, daß Oesterreich keine Hypothekenordnung besitzt, sondern Grundbuchsordnungen.

1) Freilich umfaßt das a. b. Gb. seiner Aufgabe gemäß auch das (materielle) Hypothekenrecht, §§ 447—471, 1368—1374, 1392—1399; aber es geben diese Normen, die auch das Mobilien-Pfandrecht in sich schließen, doch nur den Rahmen des Bildes, dessen Züge im Einzelnen durch den Inhalt der älteren Grundbuchsordnungen und jetzt des allgem. Grundbuchsgesetzes ausgeführt und richtiggestellt werden.

So alt das Institut der öffentlichen Gerichtsbücher, zumal in den nördlichen Erblanden ist,²⁾ so hat doch die Gesetzgebung erst verhältnißmäßig spät begonnen sich damit zu beschäftigen, und auch dann zunächst nur mit den auf die großen Adelsgüter bezüglichen Büchern („Landtafeln“). In Böhmen und Mähren zuerst hat Karl IV., zumeist im Interesse der Wahrung gewisser königlicher Ansprüche an den der Reichshoheit unmittelbar unterworfenen Gütern, die Verwaltung der Landtafeln umfassend geordnet, durch die Majestas Carolina v. 7. April 1348 und den Majestätsbrief v. 9. Februar 1359.³⁾ Auf dieser Grundlage haben dann die Ferdinandischen Landesordnungen des siebzehnten Jahrhunderts⁴⁾ weitergebaut und das Institut nun auch im Interesse des Privatrealcredites ausgebildet, indem sie zum modernen System der Spezialität und Publizität den materiell-rechtlichen Grund legten.⁵⁾ Seither galt das Landtafelwesen Böhmens und Mährens mit Recht für das bewährteste in Oestreich, und als im Laufe des vorigen Jahrhunderts das Bedürfnis hervortrat, allmählig auch in den übrigen Provinzen des Reiches, wo öffentliche Bücher geführt wurden, durch Spezialgesetze eine einigermaßen einheitliche Ordnung herzustellen, haben die böhmisch-mährischen Einrichtungen zum Vorbild gedient.

Die wichtigsten dieser Provinzialgesetze, welche auch nach dem a. b. Gb. (§ 446) und dem k. Patent v. 9. August 1854 über das Verfahren außer Streitsachen (Art. IV. R. G. B. 208) in Geltung

2) Als eine längst bestehende Einrichtung (ut moris fuit antiquitus) werden die böhmischen Gerichtsbücher schon in der Majestas Carolina (1348) behandelt; das älteste in der Reihe der noch vorhandenen Wiener Grundbücher datirt von 1370.

3) Haan, Studien über Landtafelwesen, S. 2 fg. Der Majestätsbrief abgedruckt bei Demuth, Gesch. der mährischen Landtafel, S. 15 fg. — Fast gleichzeitig (2. Aug. 1360) verordnet Herzog Rudolf der Stifter die Uebertragung des Wiener Grundbuchs in die Verwaltung des Stadtmagistrats.

4) Ferdinand's II. Verneuerte Landesordnung v. 10. Mai 1627, Ferdinand's III. Declaratorien und Novellen zur böhm. L.-D. v. 1. Februar 1640.

5) Die betreffenden Einzelbestimmungen im Auszuge bei Haan a. a. O. S. 6—12, kurz zusammengefaßt auch bei Exner, Das Publizitätsprinzip S. 13 (Uebertragung und Verpfändung von Landgütern nur mittelst der Landtafel anerkannt; die Priorität der Hypotheken allein durch die Reihenfolge ihrer Einschreibung bestimmt; Ansechtungen der Verschweigungsfrist von 3 Jahren 18 Wochen unterworfen).

blieben und erst durch das allgemeine Grundbuchsgesetz, soweit dasselbe verwirklicht ist, außer Kraft gesetzt wurden, sind folgende:

Für Niederösterreich: Landtafelpatent v. 24. Nov. 1758; Pat. v. 1. Sept. 1765; Tractatus de juribus incorporalibus v. 13. Mai 1769, Tit. IV. § 9 fg.

Für Oberösterreich: Landtafelpat. v. 3. Oktob. 1754, v. 7. Aug. 1762, v. 10. Jan. 1791; Grundbuchspat. v. 24. Juli 1791, 2. Nov. 1792.

Für Steiermark: Landtafelpat. v. 15. März 1730; Grundbuchspat. v. 31. Oktob. 1736, v. 19. Nov. 1768.

Für Kärnten: Landtafelpat. v. 25. Juni 1746; Grundbuchspat. v. 5. Nov. 1768, v. 24. Juli 1772.

Für Krain: Landtafelpat. v. 24. Juli 1747; Grundbuchspat. v. 28. Sept. 1771, v. 21. Juli 1769.

Für Görz, Gradiska und Istrien: Landtafelpat. v. 10. Jan. 1761.

Für Triest: Landtafelpat. v. 26. Oktob. 1772.

Für Galizien⁶⁾: Landtafelpat. v. 4. März 1780; Grundbuchspat. (Lemberg) v. 25. Mai 1792.

Für Bukowina: Hofdekr. v. 24. Febr. 1787; v. 17. Jan. 1791.

Für Tirol und Vorarlberg: Hofdekr. v. 24. Oktob. 1816; Ministerial-Bdg. v. 22. April 1854 (R. G. B. 191).

Für Böhmen und Mähren: Landtafelpat. v. 24. April 1794. Dieses letzte und ausführlichste der Grundbuchsgesetze des vorigen Jahrhunderts galt auch in der Praxis der übrigen Provinzen seither als subsidiarische Rechtsquelle.⁷⁾

Weitere Schritte zur Verbesserung des Grundbuchswesens erfolgten sodann seit dem Beginne der 50er Jahre dieses Jahrhunderts, im Zusammenhang mit der politischen Neugestaltung des Reiches. Zunächst wurde durch die

6) Ueber die Geschichte der beiden galizischen Landtafeln vgl. Hilbricht in der Zeitschrift Der Jurist XV, S. 177 fg.

7) So namentlich z. B. in Schlessen, wo kein Grundbuchspatent, wohl aber von alters her Grundbücher sich finden, welche bis dahin „nach der alten sich mehr auf Observanz als auf bestimmte Gesetze gründenden Ordnung“, dann aber nach Analogie des böhmischen Landtafelpatentes geführt wurden. Ritka im Jurist, V, S. 258.

Kaiserliche Verordnung v. 16. März 1851 (R. G. B. 67)⁸⁾ die formale Behandlung der Tabular-Angelegenheiten in verschiedenen Punkten reformirt, „um die den Realcredit lähmenden Verzögerungen in dem Landtafel- und Grundbuchsgeschäfte zu beseitigen.“

Für Montanobjecte insbesondere statuirte sodann

Das allgemeine Berggesetz v. 23. Mai 1854 (R. G. B. 146) für alle Kronländer der Monarchie neue Bestimmungen über den Erwerb dinglicher Rechte an solchen und über die Verwaltung der Bergbücher.⁹⁾

Das bedeutendste Reformwerk dieser Periode aber ist die Verordnung des Ministers der Justiz v. 15. Dezbr. 1855, R. G. B. 222 für Ungarn, Kroatien, Slavonien, die serbische Woiwodschafft und das Temejer Banat,¹⁰⁾ oder die sog. provisorische

Ungarische Grundbuchordnung.

Es ist der erste umfassende Versuch, die aus dem vorigen Jahrhundert stammenden Grundbuchsnormen in der durch die modernen Anforderungen des Realverkehrs vorgezeichneten Richtung zu reformiren, und in sofern der Vorläufer der kürzlich für Westösterreich zum Abschluß gekommenen legislativen Bewegung. Eine Reihe von bisher gar nicht oder nur ungenügend geregelten Fragen des Hypothekenrechts (Pränotation, Anfechtungsklagen, Simultanhypotheken, u. a.) erscheinen darin zuerst ernstlich aufgegriffen und haben eine Erledigung gefunden, die jetzt durch das östr. allg. Grundbuchsgesetz zum Theil recipirt, zum Theil aber auch überholt ist. — Als die Zweitheilung des Reiches schrittweise sich vollzog, wurde ungarischerseits die Grund-

buchordnung v. 1855 (zusammt den auf die Erwerbung und Aufhebung dinglicher Rechte an Immobilien bezüglichen Bestimmungen des allg. bürgerl. Gesetzbuches), von der in Pausch und Bogen erfolgten Beseitigung der östreichischen Justizgesetzgebung ausdrücklich ausgenommen¹¹⁾ und steht für die Länder der ungarischen Krone noch heute in Geltung.

Bald nach Publikation des soeben besprochenen provisorischen Gesetzes für die ungarischen Länder begannen die Arbeiten zur Herstellung einer definitiven Grundbuchordnung für den ganzen Umfang der östreichischen Monarchie. Ihr nächstes Ergebnis war ein mit Motiven veröffentlichter „Entwurf der allgemeinen Grundbuchordnung und des Einführungspatentes“ Wien 1858 (bestimmt für das ganze Reich mit Ausschluß der italienischen Provinzen und der Militärgrenze.) Derselbe kam über das Stadium des Entwurfes nicht hinaus; ebenso ein im Jahre 1863 ohne Motive und ohne Einführungspatent publicirter „Entwurf der Grundbuchordnung.“¹²⁾ Letzterer aber bildete die Grundlage für die Regierungsvorlage von 1869 und somit für das allgemeine Grundbuchsgesetz selbst.

Das allgemeine Grundbuchsgesetz v. 25. Juli 1871, R. G. B. 95.

Seine Entstehungsgeschichte ist kurz diese: Der zuletzt erwähnte Entwurf des Jahres 1863 wurde den Landesauschüssen der westösterreichischen Kronländer zur Begutachtung mitgetheilt und mit Rücksicht auf die eingelaufenen Gutachten, sowie auf den Umstand, daß inzwischen das Gesetzgebungsrecht über „die innere Einrichtung der öffentlichen Bücher“, vom Reichsrathe auf die Landtage übergegangen war,¹³⁾ einer durchgreifenden Revision unterzogen. In dieser revidirten Gestalt gelangte der Entwurf als Regierungsvorlage an den Reichsrath, und zwar zuerst an das Herrenhaus am 14. Dez. 1869. Die juristische Kommission des Herrenhauses erstattete ihren Bericht am 6. März 1870 und legte einen von der Regierungsvorlage in wesentlichen Punkten abweichenden, nach Form und Inhalt eine selbständige legislative Arbeit darstellenden Entwurf vor. Die eingehenden Er-

11) Juber-Curial-Beschlüsse von 1861, I, § 21, 156.

12) Wien, im Verlag der k. k. Staatsdruckerei.

13) Durch das Staatsgrundgesetz vom 21. Dezemb. 1867, R. G. B. 141, § 11, lit. k.

8) Ursprünglich publicirt für die Kronländer Nieder- und Oberösterreich, Böhmen, Mähren, Schlesien, Steiermark, Kärnten und Krain, alsbald aber ausgedehnt auch auf Triest, Görz, Gradiska, Istrien (2. Mai 1851, R. G. B. 107) und Salzburg (26. Juni 1851, R. G. B. 157). Die Verordnung steht noch in Geltung, insoweit ihr durch das allg. Grundbuchsgesetz nicht derogirt ist.

9) Von den Montan-Hypotheken und Vorrechtsprivilegien handelt das XV. Hauptstück § 268 fg. Besondere Verordnungen betreffend die Führung der Bergbücher: Minist.-Vdg. v. 24. Febr. 1850, R. G. B. 73; v. 9. Sept. 1859, R. G. B. 166; Erlaß des Ackerbauminst. v. 12. Sept. 1871, Z. 4556 (anlangend das Verfahren bei Ausscheidung gewisser Unternehmungen aus dem Bergbuch). Die tabularrechtlichen Normen des a. Berggesetzes sind ausdrücklich in Geltung erhalten durch Art. IV des a. Grundbuchsgesetzes.

10) Für Siebenbürgen hatte schon vorher die Vdg. v. 22. Dezemb. 1852, R. G. B. (1853) 4, das Nöthigste geordnet.

örterungen im Plenum des Hauses führten am 24. März zu einem Beschluß, der den Kommissionsentwurf zur Grundlage nahm, aber im Einzelnen mehrfach auf die Regierungsvorlage zurückgriff. Das Abgeordnetenhaus war vertagt worden, ehe es in die Verhandlung über die Beschlüsse des Herrenhauses eingetreten war, und nach seiner bald nachher erfolgten Auflösung entschloß sich die Regierung, des Elaborat des Herrenhauses sich anzueignen und dasselbe (mit geringen Modifikationen meist formeller Natur) dem neugewählten Abgeordnetenhaus in der VI. Session des Reichsrathes vorzulegen. Dieß geschah am 20. Febr. 1871. Am 30. Juni wurde das Gesetz nach längeren, fast ausschließlich der Frage des Legalisirungszwanges geltenden Debatten, im Wesentlichen der Vorlage gemäß, angenommen¹⁴⁾, und nachdem das Herrenhaus dem Beschluß beigetreten war, erfolgte die kaiserliche Sanktion am 25. Juli 1871. Kundgemacht ist das Gesetz durch das am 15. August 1871 ausgegebene 37. Stück des Reichsgesetzblattes, Nr. 95.

Für den Beginn der Wirksamkeit des G. B. G. statuirt das Einführungs-gesetz (Art. I) eine sechsmonatliche Vacatio vom Tage der Kundmachung. Das ergibt bei Anwendung der Kalenderkomputation¹⁵⁾ den 15. Februar 1872. Wo öffentliche Bücher erst neu errichtet werden, tritt das Gesetz an dem Tage in Wirksamkeit, an welchem die Führung derselben beginnt (Art. II).

Die räumliche Geltung des a. G. B. G. bestimmt sich — innerhalb der Grenzen der westlichen Reichshälfte, für die das Gesetz erlassen ist — durch den Zustand des öffentlichen Bücherwesens an dem betreffenden Ort: Das Gesetz gilt überall dort und nur dort, wo „öffentliche Bücher über die Erwerbung, Beschränkung und Aufhebung dinglicher Rechte auf die in diesen Büchern eingetragenen unbeweglichen Güter geführt werden“ (Art. I). Die Anwendbarkeit des G. B. G. setzt also den Bestand eines Grundbuchs voraus, d. h. eines

14) Die auf die Entstehung des a. G. B. G. bezüglichen Aktenstücke mit Einfluß der Debatten in beiden Häusern des Reichsrathes finden sich nach amtlichen Quellen zusammengestellt bei K a s e r e r, die Reichsgesetze über das Grundbuch mit Materialien, Wien 1874.

15) Die Civilkomputation nach a. b. Gb. § 902 (1 Monat = 30 Tage) würde einen früheren Zeitpunkt ergeben, wird aber von den Gerichten (konform der mit Erlaß v. 7. Febr. 1872 ausgesprochenen Rechtsansicht des Justizministeriums) der Berechnung nicht zu Grunde gelegt.

öffentlichen Buches, welches nach dem System der Realfolien geführt und bestimmt ist, alle dinglichen Rechtsveränderungen aufzunehmen und auszuweisen. Wo entweder noch gar keine Bücher bestehen, wie in mehreren Provinzen auf dem flachen Lande, oder die bestehenden Bücher nicht als Grundbücher im obigen Sinne gelten können, wie beispielsweise die Verfachbücher Tirols und die Notifikationsbücher Dalmatiens, da bleibt die Geltung des G. B. G. aufgeschoben. Erst von der Durchführung der (unten zu erwähnenden) Landesgesetze über die Anlegung neuer Grundbücher ist zu erwarten, daß das Grundbuchsgesetz in jedem Sinn ein allgemeines werde.^{16) 17)}

Seinem Charakter als „Grundbuchs“-Gesetz entspricht die Gliederung seines Inhalts. Nicht das Immobilienrecht, sondern das

16) Bis dahin bleibt, bei der großen Verschiedenheit der Bücher nach Herkunft, Form und Werth, der Zustand zumal für das flache Land vielfach ein unklarer; die Gerichte haben von Fall zu Fall zu entscheiden, ob das betreffende Buch seiner Beschaffenheit nach die Anwendung des G. B. G. rechtfertigt. Für eine genaue Uebersicht der augenblicklichen Sachlage in den verschiedenen Ländern und Länderteilen fehlt das Material und, da es sich um ein ephemeres Stadium handelt, das Interesse. Zur annähernden Orientirung dienen folgende Notizen (die ich einer Privatmittheilung aus dem Justizministerium entnehme): In Böhmen, Mähren, Schlesien, Nieder- und Oberösterreich, Salzburg, Kärnten, Krain, Steiermark und der Stadt Triest steht das G. B. G. nahezu überall in Geltung; jedoch gibt es auch in diesen Gebieten auf dem flachen Lande früher von den Patrimonialgerichten geführte Bücher, welche kein Hauptbuch, sondern an Stelle desselben nur chronologische Bescheidsammlungen besitzen; dasselbe gilt von einem großen Theile der in Istrien, Görz, Galizien und Bukowina bestehenden s. g. Grundbücher. Neben diesen bestehen in Görz und Istrien in einigen Bezirken die venetianischen Notifikationsbücher, welche nur die Priorität des eingetragenen Anspruchs, falls ein solcher zu Recht besteht, verbürgen. Einzelne im Lande Görz gelegene Grundbuchsobjekte sind in der Laibacher Landtafel eingetragen. In Bukowina bestehen, außer der Landtafel für den Großgrundbesitz, an einzelnen Orten Stadtbücher, in Galizien die Landtafel in Lemberg und die Hypothekenbücher der ehemaligen Republik Krakau, außerdem in mehreren Städten und für einige Gemeinden des flachen Landes Grundbücher von sehr zweifelhafter Beschaffenheit. Schon ihrer Form nach von der Unterstellung unter das G. B. G. ausgeschlossen sind die Verfachbücher in Tirol und Vorarlberg, die Hypothekenregister in den Kreisen Zara, Spalato, Ragusa, und die Notifikationsbücher im Kreise Cattaro und in einigen Bezirken von Istrien und Görz.

17) Als „allgemeines“ Grundbuchsgesetz bezeichnet sich dasselbe zunächst mit Rücksicht auf seine Geltung „für alle öffentlichen Bücher, wie Land- und Lehen-tafeln, Grundbücher, Stadtbücher, Bergbücher,“ (Art. I), im Gegensatz zu den älteren provinziellen Tabularordnungen, welche regelmäßig nur für je Eine dieser Bücher-Kategorien galten.

öffentliche Bücherwesen soll darin geregelt werden; daher stehen die materiellrechtlichen (zum Theil sehr tiefgreifenden) Neuerungen nicht im Vordergrund, sondern erscheinen gelegentlich in den Zusammenhang der formalrechtlichen Normen eingefügt. Das Ganze zerfällt in drei Hauptstücke: I. Von den Grundbüchern im Allgemeinen, II. Von den bürgerlichen Eintragungen, III. Von dem Verfahren in Grundbuchsachen. Das II. Hauptstück behandelt in je Einem besonderen „Abschnitt“ die verschiedenen bürgerlichen Eintragungen nach den drei formalen Kategorien: Die Einverleibung, die Vormerkung, die Anmerkung; gelegentlich der Anmerkung des Rechtsstreites werden hier (§ 61 fg.) die materiellrechtlichen Anfechtungsansprüche normirt. Das III. Hauptstück enthält neben den prozessualischen und Manipulationsvorschriften (Ueber die Gesuche und deren Erledigung, Vollzug der Eintragungen, Zustellungen und Rekurse) einen liber singularis über die Simultanhypotheken (Abschnitt V).

Eine Instruktion zum Vollzug des allgemeinen Grundbuchgesetzes ist publizirt durch die Verordnung des Justizministeriums v. 12. Jan. 1872, R.G.B. 5.

Um die Neugestaltung des österreichischen Realkreditwesens, wie sie durch das a. G.B.G. in der Hauptsache gegeben ist, allseitig zu sichern und auszubauen, ist endlich in den letzten Jahren eine Reihe von Einzelgesetzen geschaffen worden, die sich um das G.B.G. als ihre gemeinsame Basis gruppiren und deren wesentlicher Inhalt aus der folgenden Aufzählung erhellt: ¹⁸⁾

1) Gesetz v. 6. Feb. 1869, R.G.B. 18 (dazu Minist.-Erlaß v. 16. April 1871 Z. 3003). Ueber das Verfahren bei der grundbücherlichen Zertheilung einer Liegenschaft.

2) Gesetz v. 25. Juli 1871, R.G.B. 96. Ueber das im Falle der Anlegung, Ergänzung, Wiederherstellung oder Aenderung von Grund- oder Bergbüchern zum Zwecke der Richtigstellung derselben einzuleitende Verfahren.

3) Gesetz v. 24. April 1874, R.G.B. 48. Ueber die Wahrung der Rechte der Besitzer von Pfandbriefen.

¹⁸⁾ Diese Gesetze zusammen mit dem G.B.G. und der Instruktion sind handlich zusammengestellt im 18. Bändchen der Taschenausgabe der östr. Gesetze, Wien bei Manz 1875.

4) Gesetz v. 24. April 1874, R.G.B. 49. Ueber die bürgerliche Behandlung der für Theilschuldverschreibungen, welche auf Zinshaber lauten oder durch Indossament übertragbar sind, eingeräumten Hypothekarrechte.

5) Gesetz v. 19. Mai 1874, R.G.B. 70. Betreffend die Anlegung von Eisenbahnbüchern, die Wirkung der an einer Eisenbahn eingeräumten Hypothekarrechte und die bürgerliche Sicherung der Pfandrechte der Besitzer von Eisenbahn-Prioritätsobligationen. (Kundgemacht durch das 23. Stück des R.G.B. vom 2. Juni 1874.) Dazu die Vollzugsverordnung des Justizministers v. 31. Mai 1874, R.G.B. 87. ¹⁹⁾

6) Die Landesgesetze betreffend die Anlegung neuer Grundbücher und die innere Einrichtung derselben.

Das Bedürfnis, die bestehenden öffentlichen Bücher nach Einer Form zu erneuern und, wo sie bisher nicht bestehen, solche anzulegen, hat sich nach dem Anslebentreten des a. G.B.G. in allen Kronländern der westlichen Reichshälfte gleichmäßig fühlbar gemacht; es hat die Regierung veranlaßt, den Landtagen, in deren Wirkungskreis die Gesetzgebung über die innere Einrichtung der öffentlichen Bücher fällt, dießbezügliche, möglichst gleichmäßige Vorlagen zu machen. Sechs von den Landtagen, an welche diese Vorlage erging, haben beschlossen, im Interesse der Rechtseinheit dießfalls ihr Gesetzgebungsrecht an den Reichsrath abzutreten ²⁰⁾, und für diese Länder wurden die sub a zu nennenden, nahezu konformen Gesetze durch Reichsrathsbeschluß geschaffen; andere sieben Landtage (sub b) erledigten das Gesetz selbst, für die übrigen Länder aber (darunter Tirol) ist ein solches bis jetzt nicht zu Stande gekommen.

¹⁹⁾ Dieses wichtige Gesetz (mit Materialien und Anmerkungen besonders herausgegeben von Wittel, Wien 1874) unterwirft zuerst in Oestreich auch die Eisenbahnimmobilien dem Tabularsystem und, insoweit nicht vermöge der besondern Natur dieser Tabularkörper Abweichungen geboten und normirt sind, den Bestimmungen der allgemeinen Grundbuchgesetze (§ 9).

²⁰⁾ Die Abtretung geschah auf Grund der in § 12 des Staatsgrundgef. v. 27. Decb. 1867 R.G.B. 141 enthaltenen Ermächtigung und in der weisen Erwägung, daß bei dem innigen Zusammenhang formaler und materiellrechtlicher Momente in Tabularsachen, angesichts der Unklarheit des gesetzlichen Ausdrucks „innere Einrichtung der öffentlichen Bücher“ (das. § 11, lit. k), gar leicht auf dem Wege differenter Landesgesetzgebung über Letztere die Einheit des österreichischen Immobilienrechts in die Brüche gehen könnte.

a) Vom Reichsrathe beschlossene Landesgesetze:

Gesetz v. 2. Juni 1874. Dazu die Minist.-Vdg. v. 10. Juli 1874, R. G. B. 103.	}	Für Niederösterreich, R. G. B. 88.
		„ Oberösterreich, R. G. B. 89.
		„ Salzburg, R. G. B. 90.
		„ Kärnten, R. G. B. 91.
		„ Mähren, R. G. B. 97.
		„ Schlesien, R. G. B. 98.

b) Von den Landtagen beschlossene:

Gesetz v. 8. März 1873, L. G. B. 23, für die Bukowina; dazu Minist.-Vdg. v. 8. Mai 1873, L. G. B. 26.

Gesetz v. 20. März 1874, L. G. B. 29, für Galizien und Krafau; dazu Minist.-Vdg. v. 18. Mai 1874, L. G. B. 43.

Gesetz v. 25. März 1874, L. G. B. 12, für Krain; dazu Minist.-Vdg. v. 18. Mai 1874, L. G. B. 13.

Gesetz v. 25. März 1874, L. G. B. 28, für Steiermark; dazu Minist.-Vdg. v. 18. Mai 1874, L. G. B. 33.

Gesetz v. 5. Nov. 1874, L. G. B. 2, für Görz und Gradiska; dazu Minist.-Vdg. v. 26. Febr. 1875, L. G. B. 9.

Gesetz v. 5. Dezbr. 1874, L. G. B. 92, für Böhmen; dazu Minist.-Vdg. v. 8. Febr. 1875, L. G. B. 13.

Gesetz v. 11. März 1875, R. G. B. 29, für Istrien; dazu Minist.-Vdg. v. 16. März 1875, R. G. B. 30.

7) Gesetz v. 28. März 1875, R. G. B. 37, betreffend die Regelung eines Verfahrens zum Zwecke der Löschung unwirksamer Eintragungen von Familien-Einstandsrechten.

B. Literatur.

Die älteren österreichischen Arbeiten über Grundbuchsrecht sind durchweg Anleitungen zur Behandlung der Tabulargeschäfte, lediglich für den Gebrauch der Praxis bestimmt und ohne wissenschaftlichen Charakter; bei dem heutigen veränderten Stand der Gesetzgebung haben sie kaum einen anderen als historischen Werth. Die bedeutenderen Werke dieser Art sind: 21)

21) Ein vollständiges Verzeichniß derselben bis zum J. 1847 findet sich in Stubenrauch's Bibliotheca juridica austriaca, Wien 1847; f. auch dessen Commentar zum a. b. Gb. ad § 431.

Kopecky, Anleitung zu dem Verfahren in Grundbuchsachen u., Wien 1817.

Schein, Von der Grundbuchsführung, Graz 1830.

Leiner, Die Grundbuchsführung, Prag 1836.

Schopf, Die Grundbuchsverfassung in den deutschen, böhmischen und galizischen Provinzen, Wien 1837.

Hasner, Handbuch des landtäfellichen Verfahrens im Königreiche Böhmen. Prag 1824.

Benoni, Ueber die Förmlichkeiten und Feierlichkeiten in Bezug auf den Titel und die Erwerbungsart der Pfand- und anderen dinglichen Rechte in den verschiedenen Distrikten Tirols (Uebersetzung aus dem Italienischen). Innsbruck 1828.

Ausseß, Darstellung der Landtafel- und Grundbuchsordnung in Oestreich unter und ob der Enns u. Klagenfurt 1846.

Erste Versuche einer systematischen Zusammenfassung des Stoffes enthalten:

Minasiewicz, Systematische Darstellung des Tabularbesitzes nach dem allg. bürgerl. Rechte. Lemberg 1832.

Rigotti, Die Lehre vom dinglichen Rechte des Grundpfandes nach dem östr. a. b. Gb. (Uebersetzung aus dem Italienischen). Innsbruck 1839.

Eine eingehende wissenschaftliche Darstellung des gesammten Hypothekenrechts (jedoch auf das Hypothekensystem der lombardisch-venetianischen Länder basirt und darum gegenüber dem heutigen Stand der östr. Gesetzgebung veraltet) gibt

Carabelli, Il diritto ipotecario. 2 voll. Milano 1864, 2^a Ed.

Von wesentlich historischem Inhalt:

Demuth, Geschichte der Landtafel im Markgrafenthume Mähren. Brünn 1857.

Haan, Studien über Landtafelwesen, Wien 1866.

Johann, Geschichte und Reform der östr. Pfandrechtspränotation. Wien 1870.

Dogmatische Monographien tabularrechtlichen Inhalts:

Klepsch, Das österreichische Tabularrecht, Prag 1862.

Füger v. Rechtborn, Systematische Darstellung der Rechtswirkungen der Einträge in die öffentl. Bücher. Wien 1865.

Erner, Das Publizitätsprincip, Studien zum östr. Hypothekenrecht. Wien 1870.

Zahlreiche Abhandlungen über Einzelfragen des Hypothekenrechts, zum Theil von bleibendem Werth, finden sich in den älteren Zeitschriften der östr. Partikularrechtswissenschaft: Zeitschrift für östr. Rechtsgelehrsamkeit²²⁾, herausgegeben v. Wagner seit 1825 (später fortgesetzt als Destr. Zeitschrift für Rechts- und Staatswissenschaft von Rudler u. A. bis 1849.) — Der Jurist, herausg. v. Wildner, 1839 bis 1848. — Materialien für Gesezkunde und Rechtspflege²³⁾, herausg. v. Pratobevera, 1815 bis 1824. — Archiv für Civiljustizpflege, red. v. Schopf seit 1837. — Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft²⁴⁾, herausg. v. Haimel, 1850 bis 1857 (fortgesetzt als Destr. Vierteljahrsschr. f. Rechts- u. Staatswissensch. bis 1866). — Allg. östr. Gerichtszeitung²⁵⁾, seit 1850. — Auch die junge „Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart“, herausg. v. Grünhut, seit 1874, hat begonnen mit tabularrechtlichen Fragen sich zu beschäftigen.

Die neuere Praxis des obersten Gerichtshofes (für die westliche Reichshälfte) liegt am vollständigsten vor in der: Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes, herausg. von Glaser, Unger und Waltherr; bisher 8 Bde., Wien 1859 bis 1875 (mit systematischem Register)..

Die jüngste österreichische Immobiliargesetzgebung hat eine wissenschaftliche Bearbeitung bisher nicht gefunden.²⁶⁾

Von mittelbarem Belang für unsern Gegenstand sind:

1) Werke über die historischen Grundlagen der gegenwärtigen deutschen Hypothekenrechte:

22) Hervorzuheben sind die in den Jahrgängen 1830, II, 1832, II, 1834, II, 1835, I, 1836, I, 1837, I, II, 1838, I, 1839, II, 1845, I, 1846, I, enthaltenen Abhandlungen von Kopecky.

23) Bb. VIII enthält des Herausgebers bekannte Abhandlung: „Bruchstück über einige Grundzüge eines zweckmäßigen Instituts der öffentlichen Bücher.“ 1824.

24) In Bb. XI und XIII: „Zur Lehre vom Pfandrechte nach dem östr. bgl. Rechte,“ von Sarum (1855, 1856).

25) Werthvolle Mittheilungen aus der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes; in 1868 Nr. 95—100, 1869 Nr. 13 fg. eine größere Abhandlung von Krauz, „Das leitende Prinzip der bürgerlichen Rechte.“

26) Das Werk von Schimkowsky, Das allg. Grundbuchgesetz, erläutert und mit Formularen versehen, Wien 1872, gehört nicht der Wissenschaft, sondern der Industrie.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, 2 Bde, Leipzig 1860, 1864.

Meibom, Das deutsche Pfandrecht, Marburg 1867.

Stobbe, Die Auflassung des deutschen Rechts 1872 (in Thering's Jahrbüchern f. Dogmatik, Bb. XII).

Beseler, Deutsches Privatrecht, 2. Aufl., Berlin 1866, Kap. V.

Stobbe, Handb. des deutschen Privatrechts II, 1. Abtheilung, Berlin 1875.

2) Zur Vergleichung und Statistik des deutschen Hypothekenwesens:

Mascher, Das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen. Berlin 1869.

3) Die partikularrechtliche Literatur der deutschen Nachbarländer mit verwandten Hypothekensystemen:

a) Gönner, Kommentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Baiern, 2 Bde. München 1823, 1824 (dazu Nachträge von Graf, München 1868).

Roth, Bairisches Civilrecht, II, Kap. V., Tübingen 1872.

Regelsberger, Studien im bairischen Hypothekenrechte, Erlangen 1872.

Regelsberger, Das bairische Hypothekenrecht, 1. Abtheilung, Leipzig 1874.

b) Förster, Theorie und Praxis des preussischen Privatrechts, III, § 198 fg., Berlin 1868.

Förster, Preussisches Grundbuchrecht. Berlin 1872.

Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, I, § 312, fg. Halle 1875.

c) Heyne, Kommentar über das (königl. sächsische) Gesetz v. 6. Nov. 1843; 2 Bde., Leipzig 1845, 1846.

Siegmann, Die königl. sächs. Hypothekenordnung; Kommentar. Leipzig 1872.

Siegmann, Das königl. sächs. Hypothekenrecht. Leipzig 1875.

d) Meibom, Das mecklenbg. Hypothekenrecht. Leipzig 1871.

e) Bar, Das hannoversche Hypothekenrecht. Leipzig 1871.

f) Platner, Sachenrecht mit besonderer Rücksicht auf das frühere Kurfürstenthum Hessen. Marburg 1875.

II. Uebersicht der Grundbuchverwaltung in Oestreich.

A. Die Bücher.

Die auf dem Grundbuchsystem²⁷⁾ beruhenden öffentlichen Bücher Oestreichs zerfallen nach der wirtschaftlichen Natur ihrer Objekte in drei Arten: 1) Grundbücher. In der weiteren Bedeutung dieses Worts²⁸⁾ versteht man darunter alle öffentlichen Bücher, die über jene Immobilien geführt werden, an welchen Eigenthum im strengen Sinne des Privatrechts besteht. 2) Bergbücher; diese betreffen die dem Bergbau unterworfenen und dienenden Objekte (sog. Montan-Entitäten), an welchen kein Eigenthum, sondern nur ein spezifisches Nutzungsrecht (sog. Bergwerkseigenthum) möglich ist. 3) Eisenbahnbücher; geführt über je einen Komplex von Eisenbahngrundstücken sammt deren Pertinenzen, woran gleichfalls nicht Eigenthum, sondern das besonders geartete und der Konzession gemäß beschränkte Eisenbahn-Nutzungsrecht stattfindet.

I. Die Grundbücher.

Die ehemals so tief greifende Scheidung aller unbeweglichen Güter in ständische (oder freie, auch Dominikalgüter), städtische, und unterthänige (oder Bauerngüter) fand ihren Ausdruck in der zum Theil heute noch fortlebenden Dreitheilung der Grundbücher in Landtafeln, Stadtbücher und Grundbücher im engeren Sinne. Die Landtafeln²⁹⁾ enthalten ausschließlich die ehemals ständischen Güter je

27) Ausgeschlossen bleiben hier die in den südlichen Provinzen aus den Zeiten der französischen Herrschaft überkommenen, dem Pfandbuchsystem angehörenden Bücher, auf deren Inhalt die neue östr. Grundbuchgesetzgebung keine Anwendung findet. (Ueber Wesen und Gegensatz beider Systeme, deren erstes dem germanischen, deren zweites dem französischen Rechtskreis in Europa angehört, s. vgl. Mittermaier, im Archiv f. civ. Praxis XVIII, S. 160 fg. 1835.) — Die Wasserbücher gehören nicht hierher, weil sie keine Pfandrechte aufnehmen.

28) Die neuere Gesetzgebung adoptirt regelmäßig diese weitere Bedeutung (vgl. G. B. G. Art. II), während die älteren Gesetze das „Grundbuch“ ausschließlich in dem engeren Sinne (s. unten) verstehen und es zur Landtafel, dem Stadtbuch u. s. w. in Gegensatz stellen.

29) In Böhmen bestehen neben den Landtafeln eigene Lehentafeln, besonders geführt für die ehemals deutsch-böhmischen Kronlehen und für die königlich böhmischen Lehen.

eines Kronlandes, welche danach „landtäfelliche Güter“ genannt werden; auch bei der (im Zuge befindlichen) Neuanlegung der Grundbücher werden diese Güter in ein besonderes Hauptbuch zusammengefaßt, welches mithin auch in Zukunft allen übrigen Grundbüchern der Provinz als „die Landtafel“ gegenübersteht.³⁰⁾ — Die Stadtbücher (Urbaren, Lagerbücher) enthalten die, vermöge ihrer Zugehörigkeit zu einem Stadtgebiete, ehemals dem Unterthänigkeitsverband entzogenen Immobilien. Diese Bücher, früher in besonderer Form von den Stadtmagistraten geführt, stehen jetzt in jeder Hinsicht den Grundbüchern gleich und werden auch mit diesem Namen bezeichnet; sie umfassen entweder alle Liegenschaften einer Stadtgemeinde, oder dafern bei größeren Städten die Uebersichtlichkeit es erheischt, eines örtlich abgegrenzten Stadtheiles.³¹⁾ — Die Grundbücher (im e. S.) betreffen alle nicht landtäfellichen Liegenschaften; auf dem flachen Lande haben die Grundstücke je einer Katastralgemeinde zusammen ein Grundbuch.

Ausgeschlossen von der Aufnahme in die Grundbücher ist (abgesehen von den Objekten der Berg- und Eisenbahnbücher) nur „das öffentliche Gut“; darunter hat man lediglich die res publicae seu omnium communes der gemeinrechtlichen Terminologie zu verstehen (die „allen Mitgliedern des Staats zum Gebrauch verstattet werden, als Landstraßen, Ströme, Flüsse, Seehäfen und Meeresufer“ a. b. Gb. § 287), nicht auch das unbewegliche Staats- oder Gemeindevermögen.³²⁾

Die innere Einrichtung der Grundbücher (aller drei Klassen) war bis gegen Ende des vorigen Jahrhunderts in der Regel nach dem sog. Drei-Buch-System geordnet; danach bestand das Grundbuch aus a) dem „Dienstbuch“, enthaltend die Bezeichnung des Gutes

30) Der Grund dieser Scheidung ist kein privatrechtlicher (denn privatrechtlich stehen jetzt die Grundbücher aller Kategorien unter den gleichen Normen des a. b. G. B.), sondern liegt in den politischen Rechten, welche nach der Reichsverfassung mit dem „landtäfellichen“ Grundbesitz verknüpft sind. Als Kriterium der landtäfellichen Qualität eines Gutes gilt das faktische Eingetragen sein desselben in der Landtafel zur Zeit des Beginnes der Wirksamkeit des betreffenden Landesgesetzes über die Anlegung neuer Grundbücher. S. § 3 der oben angeff. Landesgesetze.

31) § 3 a. E. der angeff. Landesges. Vgl. die Beilage I.

32) A. b. Gb. § 287, 290, Landesges. über die Einrichtung der Gdbb. § 2. Außer, S. 27. Anders in Preußen, vgl. Derenburg, Pr. Pr.-Rt. I, S. 401, 402.

nach seiner Benennung und Lage, nebst dem davon etwa zu entrichtenden Grundzinse, und Angabe des Namens des jeweiligen Eigentümers; b) dem „Gewährbuch“, mit den Abschriften aller Urkunden, welche die Eigenthums-Erwerbstitel bezeugen; c) dem „Sagbuch“, enthaltend die Abschriften aller das Gut dinglich belastenden Rechtsgeschäfte. Der Hauptmangel dieses Systems lag in der Unübersichtlichkeit des Lastenstandes, welchen jeder Interessent aus dem weitläufigen Inhalt des Sagbuches sich selbst klarstellen mußte. Hatte man schon den einen Schritt gethan, aus dem Gewährbuch den jeweiligen Eigentümer von Amtswegen herauszuheben und seinen Namen im ersten Buch ersichtlich zu machen, so erübrigte der zweite Schritt: auch aus dem Sagbuch die Lasten herauszuheben und sie in kürzester Fassung zur sofortigen Orientirung des Lesers in demselben ersten Buch zu verzeichnen; dieses Buch wurde dadurch zum „Hauptbuch“, das zweite und dritte aber konnte dann — als die Belege zu den Aussagen des ersten enthaltend — füglich in eines zusammengezogen und als Archiv des ersten („Urkundenbuch“) angesehen werden.

Diese Veränderung bildet das sog. Hauptbuch-System, welches gegenwärtig³³⁾ bei den östreichischen Grundbüchern allgemein in Anwendung steht. Das Grundbuch besteht aus zwei Büchern, dem Hauptbuch und dem Urkundenbuch (bez. Urkundensammlung): Ersteres³⁴⁾ ist bestimmt alle Einträge aufzunehmen, durch welche der Bestand und Umfang der Liegenschaft ausgewiesen und die Erwerbung, Uebertragung, Beschränkung und Aufhebung bürgerlicher Rechte an derselben

33) Seit dem oberösterreichischen Grundbuchpatent (1792) und dem böhmisch-mährischen Landtafelpatent (1794) ist das Hauptbuchsystem in Oestreich immer ausschließlicher angenommen worden (ein Hofdekr. v. 4. Juni 1819, J. G. S. 1567 erklärt, daß wo das a. b. Ob. von öffentlichen Büchern spricht, darunter immer nur die Hauptbücher zu verstehen sind), die Ung. G. B. D. (§ 51 fg., 169 fg.) und das a. G. B. G. § 1, 2, 6 kennen nur dieses System.

34) Das Hauptbuch (auch Manuale genannt) ist die „Grundfeste der Landtafel“ (böhm. Spat. § 1) und der alleinige Träger der bürgerlichen Rechtskraft, vgl. Kopecký, Wagn. Zschr. 1835, I, S. 292 und unten § 10. — Für einige Gebiete, wo stellenweise ordentliche Hauptbücher noch nicht eingerichtet sind, besteht eine provisorische Verfügung über einstweilige Verwendung der Urkundenbücher an Stelle der Hauptbücher und über das Ersetzen ungenügender Bücher durch Grundbuchsanzüge. Min.-Vdg. v. 16. März 1851 R. G. B. 67. § 7, 8, 11 fg. (in Kraft erhalten durch die Vollzugs-Instruktion v. 12. Jänner 1872 R. G. B. 5, § 14).

bewirkt wird (G. B. G. § 4); Letzteres³⁵⁾ enthält alle Urkunden, auf Grund deren eine Eintragung in das Hauptbuch erfolgt ist, in beglaubigter Abschrift. (G. B. G. § 6.)

Inhalt des Hauptbuchs.

Das Hauptbuch wird aus den Grundbucheinlagen gebildet (G. B. G. § 2.) Unter einer „Einlage“ versteht man eine Gruppe von Hauptbuchblättern, die sich auf Ein³⁶⁾ bürgerliches Objekt beziehen und bestimmt sind, alle dasselbe angehenden Einträge aufzunehmen. Jede Liegenschaft, welche ein physisch zusammenhängendes Ganze³⁷⁾ ausmacht, kann eine besondere Einlage erhalten; ebenso wohl aber können mehrere physisch gesonderte, aber wirtschaftlich oder historisch zusammengehörige Grundstücke zur juristischen Einheit eines „Grundbuchsörpers“ zusammengeschlossen werden, indem sie als solcher im Hauptbuch aufgeführt und zum Gegenstand einer Einlage gemacht werden.³⁸⁾

Jede Einlage führt ihre besondere Einlage-Nummer und besteht aus drei Abtheilungen („Blätter“): dem Guts-Bestandblatt, dem Eigenthumsblatt und dem Lastenblatt.

1) Das Guts-Bestandblatt³⁹⁾

35) Urkundenbuch (oder Instrumentenbuch) genannt, wenn die Abschriften in ein fertiges Buch eingetragen werden; Urkundensammlung aber, wenn dieselben (wie jetzt gewöhnlich) von den Parteien beigebracht und mit der Einreichungszahl des Eintragsakts, zu welchem sie gehören, versehen, fascikelweise zusammengestellt und aufbewahrt werden. S. über die Manipulation die angef. Instruktion § 17—21.

36) Nur ausnahmsweise können in den Grundbüchern im e. S. auch mehrere Grundbuchsörper „von unbedeutendem Werthe“, welche demselben Eigentümer gehören, in einer Einlage vereinigt werden, wenn nicht zu besorgen ist, daß eine Verwirrung des Grundbuchstandes daraus entstehen werde. Landesgef. f. Böhmen § 4.

37) Wo noch die physische Theilung der Häuser gesetzlich besteht, sind die einzelnen physischen Theile bis zu deren Vereinigung als besondere Grundbuchsörper zu behandeln. § 5 des angef. Ges. und Min.-Vdg. v. 27. Decemb. 1856, R. G. B. 1857, 1.

38) Die östreichischen Grundbücher sind also nach dem System der „Realfolien“ eingerichtet, vgl. darüber Mascher, S. 718 fg.

39) § 6—8 des angef. Ges. (gleichlautend die entsprechenden §§ der Ges. v. 2. Juni 1874, R. G. B. 88); Ung. G. B. D. § 51. — Für das Guts-Bestandblatt kommt vielfach auch die Bezeichnung „Bestandsblatt“ oder „Besitzblatt“ vor.

hat im Allgemeinen die Aufgabe, die Identität und Beschaffenheit des Grundbuchskörpers auszuweisen. Demnach ist das Erste die Bezeichnung des Objekts nach Lage und Umfang. Das geschieht bei landtäflichen Gütern, die zumeist historische Einheiten sind, durch Angabe des Gutsnamens unter Verweisung auf die Einlagsnummer des ständischen (jetzt unter Verwaltung der Landesauschüsse stehenden) Gültensbuches,⁴⁰⁾ welches die bezüglichen Einzelangaben enthält; bei städtischen Immobilien durch Angabe der Konfektionsnummer des Hauses, der Katastralnummern der verbauten und der unverbauten (Garten-) Flächenparzellen, unter Beifügung der Lage des Objekts (Stadttheil, Straße); bei ländlichen Grundstücken durch Beschreibung derselben und Bezeichnung ihrer Bestandtheile, unter Hinweis auf die betreffenden Nummern des Katasters und die Blätter der Katastralmappe.⁴¹⁾ — Gehören zu dem Gut räumlich getrennte unbewegliche Zubehörstücke, so werden diese gleichfalls hier aufgeführt und wie oben bezeichnet. Nachträgliche Veränderungen des Gutsumfanges durch bücherliche Zu- oder Abschreibung werden (von Amtswegen) auf dem Bestandblatt ersichtlich gemacht.⁴²⁾ — Der Schätzungs- (bez. Ver-

40) Um die Mitte des vorigen Jhdts. wurden alle Dominien und Freisassen angehalten über ihre Besitzungen und deren Erträgnisse genaue Fassionen zu erstatten zum Zwecke der Vertheilung der Landessteuern. Diese Fassionen sammt den darüber erfolgten rektifikatorischen Erledigungen wurden bei den Provinzialständen unter dem Namen „Gültensbuch“, „Gültens-Kataster“ oder „Rektifikatorium“ zur Einsicht aller Beteiligten deponirt. Aufseß, S. 27. Bei der Neuanlegung der Landtafeln wird die Beziehung auf diese Bücher entfallen, da in Zukunft die Besitzstandsblätter unmittelbar „alle Bestandtheile eines Grundbuchskörpers“ anzugeben haben. § 7 des cit. Ges.

41) Mithin bildet der „allgemeine stabile Steuerkataster“ (durchgeführt auf Grund des k. Pat. v. 23. Decemb. 1817, aber vielfach mangelhaft) theilsächlich ein Supplement unserer Grundbücher; leider nicht auch rechtlich, — denn es fehlen die entscheidenden Rechtsnormen für den Fall: 1) daß die Angaben des Grundbuchs, welche mit dem Kataster „übereinzustimmen haben“ (§ 7 cit.), mit diesem nicht übereinstimmen, 2) daß der Kataster der wirklichen Sachlage nicht entspricht. — Die Ung. G. B. D. § 51 zerhaut den Knoten durch die kategorische Norm: „das Besitzstandsblatt bürgt jedoch nicht für die Richtigkeit der äußern Merkmale und Eigenschaften und des angegebenen Flächenmaßes der auf demselben verzeichneten Parzellen“.

42) § 8 cit., G. B. G. § 74, vgl. Ges. v. 6. Febr. 1869, R. G. B. 18. Nach der Ung. G. B. D. § 52 lit. f. kommen diese Ab- und Zuschreibungen ins Eigenthumsblatt.

kaufs-) Werth des Grundstückes kann angemerkt werden, doch ist dieß weder gesetzlich allgemein vorgeschrieben, noch besteht irgendwelche Haftung der Behörden für die Richtigkeit des Inhalts einer solchen Angabe.⁴³⁾

In das Besitzstandsblatt gehören ferner die rechtlichen Qualitäten des Tabularkörpers, und zwar: a) wenn das Gut in einem vom vollständigen Eigenthum verschiedenen Verhältnisse steht, die Bezeichnung als Lehen-, Fideikommißgut, kirchliches Benefizium u., b) die Angabe seiner Realberechtigungen; so die ihm zustehenden Servitutrechte,⁴⁴⁾ auf dasselbe radizirte Gewerbe u.

2. Das Eigenthumsblatt⁴⁵⁾

enthält alle Einträge, durch welche das Eigenthumsrecht ganz oder theilweise übertragen wird (die Namen, Firmen, der Eigenthümer und die ziffermäßige Angabe der Eigenthumsquoten). Sodann den Ausweis über alle jene Rechtsverhältnisse, durch welche die freie Disposition des Eigenthümers hinsichtlich des Grundbuchskörpers zeitweilig oder dauernd beschränkt ist; also sowohl die diesem Eigenthumsrecht objektiv anhaftenden Beschränkungen (wie Bedingungen, Substitutionen, Vorkaufs- oder Rückfallsrechte), als auch die aus persönlichen Verhältnissen des Eigenthümers sich ergebenden Verfügungsbeschränkungen (wie die Verwaltungsunfähigkeit wegen Minderjährigkeit, Kuratel, Sequestration, Konkurs).⁴⁶⁾

3) Das Lastenblatt⁴⁷⁾

enthält die Einträge betreffend Begründung, Modifikation und Aufhebung: a) aller den Grundbuchskörper belastenden dinglichen Rechte, mit Einschluß der an diesen erworbenen derivativen Rechte, ferner b) der Wiederkaufs-, Verkaufs- und Bestandrechte, endlich c) solcher

43) Für die böhmische Landtafel ist die Anmerkung des Werthes durch § 8 des k. Pat. vorgezeichnet, doch „hat die Landtafel für diesen Werth und die sich darauf gründende Sicherheit nicht zu haften.“ Vgl. auch Hofdekr. v. 19. Sept. 1797, J. G. S. 375, Klepisch, S. 92. — Vgl. Ung. G. B. D. § 52. lit. g.

44) So oft eine Grunddienstbarkeit, durch Eintragung im Lastenblatt des dienenden Grundstücks, entsteht, ist dieselbe von Amtswegen im Bestandblatt des herrschenden zu verzeichnen. § 8 des cit. Ges.

45) § 9 der cit. Landesgesetze; Ung. G. B. D. §§ 52, 53.

46) Die Rechtsbeschränkungen der ersten Art appariren auch im Lastenblatt, die der letztern nur im Eigenthumsblatt.

47) § 10 cit. Ung. G. B. D. § 54.

Verfügungsbefchränkungen, welchen jeder Eigenthümer des belasteten Gutes oder Guts-Antheiles als solcher unterworfen ist. —

Die Uebersicht der Zusammengehörigkeit der in chronologischer Folge dastehenden Einträge je Eines Hauptbuchblattes wird durch die Postzahl des Eintrags⁴⁸⁾ und die ihr beigefügte Verweisung auf die Postzahlen aller übrigen seinen Inhalt berührenden Einträge hergestellt.

Ueber den Gesamttinhalt eines jeden Hauptbuches bestehen zwei Register, das Eine über die darin enthaltenen Grundbuchkörper, das Andere über die Personen, für und gegen welche Eintragungen stattgefunden haben.

II. Die Bergbücher.⁴⁹⁾

Gegenstand der Eintragung in das Bergbuch sind: Verliehene Grubenmaße, Ueberscharen, Hilfsbaue, Revierstollen;⁵⁰⁾ jedes Objekt dieser Art — beziehungsweise jeder zu Einer Unternehmung vereinigte Inbegriff solcher Objekte — hat seine Einlage, bildet sonach eine bücherliche Einheit und kann nur Einen Tabularstand haben. Ueber Zerstückung und Zusammenschlagung der Bergwerksobjekte gelten besondere Vorschriften (Bergges. §§ 112—116).

Die Einrichtung der Bücher ist derjenigen der Grundbücher analog. Das Hauptbuch zerfällt in drei Rubriken: Besitzstand⁵¹⁾, Eigenthümer⁵²⁾, Belastung; neben dem Urkundenbuch besteht, wo das Bergwerk im Betrieb einer Gewerkschaft steht, noch das Vollmachtenbuch und das Gewerbekbuch, von denen letzteres (bei der Bergbehörde geführt) die Inhaber der Kuxe, ersteres die Dienstvollmachten des Vorstandes der Gewerkschaft ausweist.

48) S. die Beilagen I und II.

49) Allg. Berggesetz v. 23. Mai 1854, R. G. B. 146; Minist.-Vdg. v. 24. Febr. 1850, R. G. B. 73 und Min.-Vdg. v. 13. Dezemb. 1854, R. G. B. 314. — Vgl. den Bergbuchs-Auszug, Beilage III.

50) Vgl. allg. Berggesetz §§ 63, 74, 85, 90, 109. Schneider, Das östr. Bergrecht, 2. Aufl. Graz 1867, Hingenan, Handbuch der Bergrechtskunde, Wien 1855.

51) In dieser Rubrik kommen außer den Hauptobjekten auch die zu Tage liegenden Pertinenzrealitäten (Werkstätten und Betriebsanlagen aller Art) zur Eintragung.

52) D. h. der Inhaber des widerrufflichen s. g. Bergwerkseigentums.

III. Die Eisenbahnbücher.⁵³⁾

Solche bestehen (bez. werden angelegt) für alle Eisenbahnen, zu deren Herstellung das Expropriationsrecht zugestanden ist (soweit dieselben innerhalb des östreichischen Staatsgebietes liegen) und enthalten alle „Eisenbahngrundstücke“, d. h. alle jene Immobilien, welche im Besitze einer Eisenbahnunternehmung stehen und zum Betrieb der Eisenbahn dienen.

Die innere Einrichtung folgt dem Hauptbuchsysteme, im Einzelnen mit Modifikationen, die durch die besondere wirthschaftliche Natur der Objekte gefordert sind:

Das Eisenbahnbuch besteht aus den Eisenbahneinlagen (deren Inbegriff das Hauptbuch ausmacht, wenngleich der Name gesetzlich nicht vorkommt), und der Urkundensammlung. Als selbständige bücherliche Einheit erscheint und eine eigene Einlage erhält jede Eisenbahn, beziehungsweise jeder Theil einer solchen, welcher den Gläubigern gegenüber als Ganzes zu gelten hat.⁵⁴⁾ Die Einlage besteht aus dem Bahnbestandsblatt, dem Eigenthumsblatt und dem Lastenblatt.

Das Bahnbestandsblatt

gibt zunächst in der Aufschrift den Namen und die Richtung der Bahn, sodann deren Besitzstand in zwei Abtheilungen. Die erste derselben enthält die Aufzählung aller einzelnen Eisenbahngrundstücke, mit Einschluß derjenigen, an welchen der Eisenbahn nur ein getheiltes Eigenthum oder Miteigenthum zusteht (unter Hinweis auf die in der Urkundensammlung anliegenden Mappen zur Veranschaulichung der Lage und Grenzen); die zweite Abtheilung bezeichnet die mit dem Besitz der Bahn

53) Gesetz v. 19. Mai 1874 R. G. B. 70 betreffend die Anlegung von Eisenbahnbüchern u. s. w. Min.-Vdg. v. 31. Mai 1874, R. G. B. 87. Wittel, Das östr. Ges. betreffend die Anlegung von Eisenbahnbüchern u. Wien 1874. — Vgl. die Beilagen IV und V. — Bis zum Eintritt des obigen Gesetzes waren alle Eisenbahngrundstücke, gleichviel ob zu einer Staats- oder Privat-Eisenbahn gehörig, als öffentliches Gut erklärt und sonach vom Grundbuchsverkehr ausgeschlossen, Hofdekr. v. 15. Okt. 1845, J. G. S. 904, Hofdekr. v. 18. Febr. 1847, J. G. S. 1036. (Nur in Böhmen hatte für einige kleinere Privatbahnen die Praxis die Verbücherung des Besitzes in den betreffenden Grundbüchern zugelassen. Wittel, S. 13.)

54) Liegt eine Eisenbahn nur zum Theil auf östreichischem Staatsgebiet, so ist für diesen Theil eine Einlage zu eröffnen.

oder einzelner Eisenbahngrundstücke verbundenen dinglichen Rechte, welche der Unternehmung an fremden Grundstücken zustehen. ⁵⁵⁾

Das Eigenthumsblatt

weist keine Eigenthumsrechte aus, da solche an Eisenbahnen ebenso wenig bestehen, als an Bergwerken, sondern die aus der Konzession fließenden Rechte über den gesammten Eisenbahntabularkörper. Dieselben werden nicht im Einzelnen bezeichnet, sondern eingetragen wird nur: Firma und Sitz der Unternehmung, die „Rechte“ welche derselben auf Grund der bezogenen, in der Urkundensammlung anliegenden Konzessionsurkunde zustehen, und sodann die Beschränkungen dieser Rechte, darunter namentlich das Heimfallsrecht oder Einlösungsrecht des Staates.

Das Lastenblatt

zerfällt wie das Bestandblatt in zwei Abtheilungen. Die erste enthält die privatrechtlichen Lasten, welche die ganze bürgerliche Einheit betreffen, also alle Hypotheken (darunter insbesondere die zur Sicherstellung der sog. Prioritätsobligationen bestellten Pfandrechte). Die zweite Abtheilung des Lastenblattes (entsprechend der zweiten Abtheilung des Bestandblattes) gibt den Ausweis über alle dinglichen Rechte Dritter an einzelnen Eisenbahngrundstücken; dahin gehören also Servituten, dingliche Bestandrechte, Obereigenthum, Miteigenthum ⁵⁶⁾

55) Die hier geforderte genaue Aufnahme aller Eisenbahngrundstücke und deren Eintragung in das Bestandblatt ist derzeit in Oesterreich noch für keine Bahn vollendet; allein dadurch wird die Rechtswirksamkeit der Eintragungen auf dem Eigenthums- und dem Lastenblatt nicht suspendirt. Nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes (§§ 8, 9) gelten auch Eisenbahneinlagen mit vorläufig unvollständigem oder fehlendem Bestandblatt vom Tage ihrer Eröffnung als Grundbucheinlagen im Sinne des a. O. B. G. und wirken die erfolgten Eintragungen nach den Rechtsnormen „der allgemeinen Grundbuchgesetze.“ Jedoch sind solche unvollständige Einlagen, welche anstatt des Bestandblattes in der Regel nur Namen und Richtung der Bahn angeben (s. die Beilagen IV und V), ausdrücklich und augenfällig als „vorläufige Einlagen“ zu bezeichnen.

56) Das „Miteigenthum“, welches nach § 6 des cit. Ges. an einzelnen Bahngrundstücken für Dritte bestehen kann, ist nicht das unter diesem Namen civilrechtlich gemeinhin bezeichnete Rechtsverhältniß — ein solches würde die Möglichkeit der erzwungenen Realtheilung, bez. Veräußerung in sich schließen, a. O. B. G. § 829 fg. — sondern kann nur ein derart gestaltetes Gemeinschaftsverhältniß sein, daß der Eisenbahn die ihrem spezifischen Zweck dienende Benutzungsart an dem Grundstück unter allen Umständen gewahrt bleibt.

Dritter, nicht aber Hypotheken, welche letzteren an Theilen der als bürgerliche Einheit apparirenden Bahn nicht möglich sind. ⁵⁷⁾

Die Vereinigung mehrerer Eisenbahneinlagen zu einer einzigen, mit der Wirkung des Zusammenschlusses der mehreren Tabularkörper zu Einem, kann erfolgen, wenn nicht die Verschiedenheit der Einträge des Eigenthumsblattes und der ersten Abtheilung des Lastenblattes ein rechtliches Hinderniß bildet. — Die Theilung Einer Einlage in zwei oder mehrere aber setzt voraus, daß entweder schon durch die Konzession oder durch besondere Verfügung der Staatsverwaltung die Ermächtigung dazu ertheilt ist. ⁵⁸⁾

B. Die Buchbehörden.

Die Verwaltung der öffentlichen Bücher steht in Oesterreich ausschließlich bei den Gerichten. Regel ist, daß dasjenige Gericht erster Instanz, in dessen Amtsbereich die Güter gelegen sind, über welche das Buch geführt wird, mit der Führung und Ueberwachung desselben betraut ist. In Rücksicht auf diese seine Funktion wird das Gericht „Tabulargericht“ oder „Grundbuchsgericht“ genannt. Es bestehen zwei Kategorien von Unter-Gerichten, die Gerichtshöfe erster Instanz und die Einzelgerichte (Bezirksgerichte), an welche die Tabularkompetenz folgendermaßen vertheilt ist: ⁵⁹⁾

1) Die Grundbücher, welche landtäfliche Liegenschaften enthalten, werden bei dem Gerichtshof erster Instanz an dem Orte geführt, wo die Land- oder Lehentafel sich befindet;

2) ebenso die Bücher über die im Umkreis ⁶⁰⁾ der Städte gelegenen Güter (ehemals Stadtbücher), wenn sich daselbst ein Gerichtshof befindet, bei diesem;

3) die Grundbücher im e. G. unterstehen den Bezirksgerichten, in deren Amtskreis die eingetragenen Grundstücke liegen;

4) die Bergbücher werden bei den Berggerichten geführt, in deren Sprengel die betreffenden Bergwerksobjecte gelegen sind; „Berggerichte“

57) Weil die Veräußerung des Theiles das Ganze lahmlegen würde; §§ 6, 20 cit. Ges.

58) § 44 des cit. Ges. Im Uebrigen gelten auch hiesfür die Normen des allg. O. B. G.

59) Civil-Jurisdiktionsnorm v. 20. Novemb. 1852, R. G. B. 251, §§ 49, 66, 90.

60) D. h. im Stadtgebiet oder den Vorstädten, Vbg. v. 2. Okt. 1854. R. G. B. 253.

heißen die Gerichtshöfe erster Instanz, insofern sie mit der Gerichtsbarkeit in Bergbauangelegenheiten betraut sind;

5) Die Eisenbahnbücher⁶¹⁾ für Bahnen, welche die Grenzen eines Kronlandes nicht überschreiten, werden vom Gerichtshof erster Instanz am Sitze der politischen Landesbehörde geführt; andernfalls vom Gerichtshof derjenigen Hauptstadt eines der von der Bahn berührten Kronländer, bei welchem die Eisenbahnunternehmung um die Errichtung der Einlage eingeschritten ist. —

Wo die Grundbuchsgeschäfte einen größeren Umfang haben, wie das bei den Gerichtshöfen regelmäßig der Fall ist, sind sie einem besonderen Amtskörper, dem „Grundbuchsamt“ zugewiesen, welches einen Vorsteher und die erforderliche Anzahl von geprüften und beeideten⁶²⁾ Manipulationsbeamten („Grundbuchsführer“) hat. Ueber die Thätigkeit der letzteren hat zunächst ihr Vorsteher die Aufsicht zu führen; außerdem aber ist der Vorsteher des Gerichts verpflichtet von Zeit zu Zeit in die gesammte Amtsgebahrung des Grundbuchsamtes kontrollierende Einsicht zu nehmen.⁶³⁾

Die Verantwortlichkeit der Grundbuchsbehörden ist keine singuläre, sondern fällt nach Voraussetzungen und Maß zusammen mit derjenigen rechtlichen Haftung, die jedem richterlichen Beamten in Oesterreich (bez. an seiner Stelle dem Staate) obliegt,⁶⁴⁾ gegenüber von Rechtsverletzungen, die in Ausübung der amtlichen Wirksamkeit zugefügt sind. Diese Haftung und das aus ihr entspringende Klagerrecht der beschädigten Parteien (die sog. Syndikatklage) ist durch folgende Grundsätze geregelt.⁶⁵⁾

Wenn ein richterlicher Beamter in Ausübung seiner amtlichen Wirksamkeit durch Uebertretung seiner Amtspflicht eine Rechtsverletzung

und dadurch einen Schaden verursacht hat, gegen welchen die ordentlichen Prozeßrechtsmittel (Rekurs, Appellation) keine Abhilfe gewähren, so haftet für den Ersatz des Schadens der schuldtragende Beamte als Hauptschuldner und der Staat gleich einem „Bürgen und Zahler“, d. i. als Mitschuldner zur ungetheilten Hand (vgl. a. b. Ob. §§ 1357, 891). Als richterlicher Beamter gilt nicht nur jeder zu gerichtlichen Amtshandlungen angestellte Staatsbeamte (darunter die Grundbuchsführer und ihre Gehilfen), sondern auch jeder bei Gericht zur Vornahme gerichtlicher Amtshandlungen angestellte Diener.⁶⁶⁾ — Die Ersatzklage kann nach Wahl des Klägers entweder gegen den schuldtragenden Beamten allein, oder gegen den Staat allein, oder gegen Beide zugleich erhoben werden. In jedem Falle hat der Kläger die Thatfachen, aus welchen er seine Ansprüche herleitet, sowie den Gegenstand und Umfang des erlittenen Schadens zu beweisen; hinsichtlich des subjectiven Thatbestandes aber hängt das Maß der Beweisspflicht davon ab, ob der Staat allein, oder der Beamte belangt wird: ersternfalls genügt der Beweis, daß die Rechtsverletzung nur durch Uebertretung einer Amtspflicht von Seite richterlicher Beamten desjenigen Gerichts erfolgen konnte, von welchem die Amtshandlung ausgegangen ist; letzternfalls aber wird gegenüber jedem Beklagten der Beweis erfordert, daß der Rechtsverletzung eine Uebertretung der Amtspflicht von seiner Seite zu Grunde liege. Für einen rechtsverletzenden Beschluß eines Kollegialgerichts haben in der Regel alle Stimmführer aufzukommen, die für denselben gestimmt haben, doch können sie nur dann belangt werden, wenn ihre Abstimmung dem Kläger im Wege eines strafgerichtlichen Verfahrens bekannt geworden ist. Der Vorgesetzte haftet für das Verschulden seiner Unterbeamten nicht,⁶⁷⁾ kann also nur in Anspruch genommen werden, insofern auch er selbst seine Amtspflicht verletzt hat.

61) Eisenbahnbücherges. § 10.

62) Ueber die Prüfung und Beerdigung der Grundbuchsbeamten s. d. Min.-Vdg. 10. v. Juni 1855 N. O. B. 101. Befreit von der Prüfung sind die zum Civilrichteramte, der Advokatur oder dem Notariat befähigten Bewerber.

63) Vollzugsinstrukt. zum O. B. G. § 42.

64) Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt v. 21. Decemb. 1867, N. O. B. 144, Art. 9 und das Durchführungsgesetz v. 12. Juli 1872, N. O. B. 112. — Für die Fälle aus der Zeit vor der Wirksamkeit des angef. Ges. die I. Vdg. v. 12. März 1859, N. O. B. 46 (wonach der Staat nur für Amtsvergehen in der Depositenverwaltung von Rechtswegen aufzukommen hatte, § 7, vgl. § 22 b. Vdg.).

65) Vgl. insbes. die §§ 1—10, des angef. Durchführungsgesetzes.

66) Für den Hypothekenverkehr ist die Haftung des Staates aus Amtsversehen der Gerichtsdienere darum von besonderer Wichtigkeit, weil in den Händen derselben das Geschäft der Bescheid-Zustellungen liegt (O. B. G. §§ 124, 125), von dessen pünktlicher Besorgung die Rechtsicherheit in Tabularsachen nur zu sehr abhängt; vgl. unten §§ 15, 32.

67) Es sei denn, daß ihm „eine solche Haftung durch besondere gesetzliche Vorschrift auferlegt ist,“ was aber bei den in Hypothekensachen fungirenden Gerichtsbeamten nicht zutrifft. — (Die im O. B. G. § 124, Abs. 4 statuirte Ueberwachungs-pflicht involvirt keine Haftung für trotz gehöriger Ueberwachung vorkommende Nachlässigkeiten der Diener.)

— Unter mehreren Mitschuldigen besteht, wenn Einer Ersatz geleistet hat, das Regressrecht nach den allgemeinen zivilrechtlichen Normen; ebenso für den ausgetragten Staat gegenüber allen Schuldigen ein Rückersatzanspruch, der auf dem ordentlichen Rechtsweg ausgetragen wird. — Das zuständige Gericht für die Syndikatsklage ist in der Regel derjenige Gerichtshof zweiter Instanz, in dessen Sprengel das Gericht seinen Sitz hat, von welchem oder von dessen Angestellten die Rechtsverletzung ausgegangen ist; in besonderen Fällen ein anderes, vom obersten Gerichtshof dazu besonders zu delegirendes Oberlandesgericht.

C. Grundzüge des Verfahrens in Tabularsachen.⁶⁸⁾

Das Grundbuchsamt kann von sich aus keinerlei Einschreibung in den Grundbüchern vornehmen; es handelt nur über schriftlichen Auftrag des Grundbuchsgerichtes. Und dieses wieder ertheilt einen solchen Auftrag in der Regel⁶⁹⁾ nicht von Amtswegen, sondern nur auf Ansuchen von Parteien oder Behörden.

Das Ansuchen („Grundbuchs-gesuch“) enthält das Begehren des Gesuchstellers — was im Grundbuche eingetragen werden soll, und in welcher Einlage, — die Original-Urkunden, auf Grund deren die Eintragung angesprochen wird,⁷⁰⁾ und die Angabe derjenigen Beteiligten, welche von der Gesuchserledigung zu verständigen sind. Das Begehren bezeichnet 1) das bürgerliche Objekt, auf welches die Eintragung sich beziehen soll (den ganzen Grundbuchs-körper, einen aliquoten Theil, ein einzelnes bürgerliches Recht); 2) den Inhalt, und 3) die Art des begehrten Eintrags. Seiner Art nach fällt derselbe unter Eine der drei Kategorien bürgerlicher Einschreibungen:

68) Allg. G.B.G. III. Hauptstück, §§ 75 fg. Instrukt. v. 12. Januar 1872, R.G.B. 5. Ung. G.B.D. §§ 119 fg. — Hier ist nicht eine Darstellung des formellen Tabularrechtes beabsichtigt, sondern nur ein allgemeines Bild vom Gang des Verfahrens, soweit es zum Verständniß des materiellen Rechts erforderlich scheint; über Voraussetzungen, Vollzug und Beurkundung hypothekarischer Erwerbs-Einträge wird ausführlicher unten in §§ 26, 27, 32 gehandelt.

69) Die Ausnahmefälle, in welchen das Tabulargericht nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes von Amtswegen Einträge verfügt, betreffen theils Anmerkungen, theils Löschungen, G.B.G. §§ 49, 50, 58, 72, 88, 89, 101, 113, 129, 131, 133.

70) Die „Tabularurkunden“; über Form und Inhalt derselben s. unten § 26.

a) Einverleibung (Intabulation, Extabulation), d. h. definitiver Eintrag einer Rechtsverfügung (einer Erwerbung, Uebertragung, Beschränkung oder Erlöschung bürgerlicher Rechte);

b) Vormerkung (Pränotation), d. h. provisorischer Eintrag einer Rechtsverfügung, wirksam unter der Bedingung seiner nachträglichen Rechtfertigung;

c) Anmerkung (Annotation), d. h. bürgerliche Ersichtlichmachung („Auszeichnung“) gewisser rechtlich relevanter Umstände zum Zwecke der Herbeiführung der damit gesetzlich verbundenen Rechtsfolgen.

Das Grundbuchs-gesuch wird bei seinem Einlangen im Einreichungsprotokoll des Gerichts verzeichnet, erhält das „Präsentatum“, d. h. die Ordnungszahl, die ihm in der Reihe aller Einläufe zukommt, nebst dem Datum seines Eintreffens, und wird sodann unter Angabe seines Hauptinhalts nach der durch seine Einreichungszahl bestimmten Reihenfolge in das Tagebuch eingetragen.

Hierauf schreitet das Grundbuchsamt zur Vergleichung des Petits mit dem Grundbuchsstand (sog. „Rufstrirung“): es untersucht, ob die bürgerliche Veränderung, welche in der Eingabe begehrt wird, bei dem derzeitigen Grundbuchsstand formell möglich ist, und ob das Gesuch alles enthält, was nach dem Grundbuchsstande bei der Erledigung in Rücksicht kommt.⁷¹⁾ Mit dem Bericht über das Ergebniß dieser Untersuchung (Rufstrirungsbericht) geht sodann das Gesuch zur Erledigung an das Grundbuchsgericht.

Die Erledigung der Grundbuchs-gesuche ist ein richterlicher Akt und erfolgt in der Form des Bescheids („Grundbuchsbescheid“) als Bewilligung oder Abweisung des gestellten Eintragungsbegehrens, in der Regel ohne Einvernehmung der Parteien und ohne Vorbescheid. Die schriftlichen Beilagen des Gesuches bilden das Beweismaterial und der Einreichungstag den Normalzeitpunkt für die Entscheidung. — Als maßgebend für die richterliche Kognition in Bezug auf den Inhalt der Entscheidung gilt in Oesterreich eine besondere Kombination des Konsens- und des Legalitätsprinzips⁷²⁾:

71) Instrukt. § 3; z. B. ob derjenige, wider welchen die Eintragung eines Hypothekarrechtes begehrt wird, als Bucheigentümer des zu belastenden Objekts eingetragen sei, und wenn nicht, ob das Gesuch auch das Begehren um die Eintragung des Vermanns (nach G.B.G. § 78) enthält.

72) Ueber das Wesen beider Prinzipien, unter denen das erstere auf Kosten des

1, Das Legalitätsprinzip gilt nicht absolut: Der östreichische Grundbuchsrichter hat nicht die Pflicht und das Recht, die Bewilligung des begehrten Eintrags davon abhängig zu machen, daß ihm die formelle und materielle Rechtsgiltigkeit der beabsichtigten bürgerlichen Rechtsverfügung in allen ihren Elementen dargethan wird. Seine Kognition beschränkt sich auf einige dieser Elemente; er hat von Amtswegen wahrzunehmen:

a) Die formelle Zulässigkeit der begehrten Eintragung; er weist das Gesuch ab, wenn entweder aus dem Grundbuchstand ein Hinderniß der Bewilligung sich ergibt, oder wenn die beigebrachten Tabularurkunden nicht in derjenigen Form vorliegen, die zur Bewilligung der begehrten Einverleibung, Vormerkung oder Anmerkung erforderlich ist;

b) Die persönliche Fähigkeit der bei der beabsichtigten Eintragung Betheiligten zur Verfügung über den Gegenstand, welchen die Eintragung betrifft;

c) Die Legitimation des Gesuchstellers zum Einschreiten;

d) Materiellrechtliche Momente, welche die Rechtswidrigkeit der zu verbüchernden Verfügung begründen, insofern dieselben aus dem von den Parteien vorgelegten Urkundenmaterial evident sind.⁷³⁾

Letztern in der modernen Immobilienrechtsentwicklung überall an Boden gewinnt, s. Mascher, S. 688 fg., Stobbe, Die Auflassung (Jahrb. f. Dogm. XII) § 24, Mittermaier, Arch. f. civ. Prag. XXXIX, Meibom, S. 70 fg., Derenburg, Pr. Pr. Rt. §§ 197, 205, Förster, G. B. Rt. S. 61 fg., Regelsberger, § 26. — Das vorige Jahrhundert brachte die äußerst n. Konsequenzen des Legalitätsprinzips zur Entwicklung, entsprechend der Zeitrichtung auf eine allgemeine Bevormundung des Verkehrs durch die Gerichte mit inquisitorischer Funktion; in der Gesetzgebung tritt dies am schärfsten hervor an der Preuß. Hyp. Dg. v. 1783, II, §§ 12, 13 (vgl. auch das würtemb. Recht, Wächter, Hdb. I S. 305 fg., 488), in der Literatur bei Gölz, Erläut. d. Pand. XVIII, S. 294 fg.: „Es muß eine Untersuchung vorausgehen, welche theils darauf zu richten ist, ob der Schuldner überhaupt zur Verpfändung seiner Güter fähig und befugt sei, theils darauf, ob auch die zu verpfändenden Güter nach ihrem Werth, welcher dann gehörig auszumitteln ist, zur Sicherstellung des Gläubigers hinreichend seien; . . . und muß natürlich die Untersuchung sich auch zugleich auf die Beschaffenheit des der Verpfändung zu Grunde liegenden Hauptvertrags erstrecken. . . Bilft nachher der Gläubiger dabei ein, so haftet der Richter für den Schaden. . . weil bei der Bestellung einer gerichtlichen Hypothek dem Richter die Pflicht obliegt, die Sicherheit des Gläubigers zu prüfen, mithin der Gläubiger, wenn er auf öffentliche Verpfändung kreditirt, nicht sowohl durch den Kredit des Schuldners, als durch den des Gerichts hiezu bestimmt wurde.“

73) Darüber s. das Nähere unten § 26, Z. 3 und § 19 bei Not. 5.

2) Den hiernach übrig bleibenden Raum beherrscht das Konsensprinzip mit seiner negativen und positiven Wirkung:

a) Der Grundbuchsrichter darf keine Eintragung bewilligen, die nicht begehrt, und keine anders bewilligen, als sie begehrt ist. — Dies gilt auch dann, wenn nicht nur die materielle Berechtigung zu einem bürgerlichen Erwerb, sondern auch der formelle Konsens der Betheiligten dazu aus den Akten erhellt, aber der bürgerliche Vollzug nicht begehrt ist. Keine Ausnahme liegt darin, daß die Bewilligung quantitativ hinter dem Begehren zurückbleiben kann, denn in dem Mehreren ist das Wenigere enthalten.⁷⁴⁾

b) Der Grundbuchsrichter muß jeden Eintrag bewilligen, für welchen der Konsens der Betheiligten in gehöriger Form vorliegt, auch wenn er von der materiellen Rechtswidrigkeit der darin enthaltenen Verfügung überzeugt wäre, vorausgesetzt nur, daß der Mangel nicht auf einem der Punkte seinen Sitz hat, die nach Obigem der tabularrichterlichen Wahrnehmung unterworfen sind.⁷⁵⁾

Der Konsens beider Betheiligten, — d. h. desjenigen, der ein bürgerliches Recht durch den Eintrag erwerben soll⁷⁶⁾, und desjenigen, dem dadurch ein solches Recht beschränkt, belastet oder verloren wird, — ist nur für die Einverleibungseinträge erforderlich; Vormerkungen und Anmerkungen werden auch über einseitigen Antrag bewilligt.

Der Einverleibungskonsens muß dem Grundbuchsgericht aus-

74) Es kann also die Eintragung des Pfandrechts für eine geringere, als die begehrte Summe, oder anstatt des begehrten vollen Pfandrechts, bloß das Pfandrecht ad fructus bewilligt werden u. s. w., nicht aber ein qualitativ Verschiedenes, z. B. anstatt der begehrten Cession eine Ackerverpfändung (falls der Grundbuchsrichter findet, daß die Tabularurkunde eine solche enthält, während der Gesuchsteller das Geschäft als Cession aufsaßt und behandelt wissen will), Gewööhnlich eine Eintragung von anderer als der begehrten Art, z. B. anstatt der begehrten Vormerkung die Einverleibung oder eine Anmerkung (G. B. G. § 96). Nur das Begehren um die Einverleibung begreift jenes um die Vormerkung im Zweifel stillschweigend in sich, nach der singulären Vorschrift des G. B. G. § 85.

75) Es muß also z. B. die begehrte Hypothekeneintragung bewilligt werden, auch wenn der Richter amtlich weiß, daß der Bußeigentümer des Objekts nicht mehr dessen wahrer Eigentümer, oder sonst — bei ungeschmälerter persönlicher Dispositionsfähigkeit — über dasselbe zu verfügen materiell nicht mehr berechtigt ist (über diesen Fall s. unten § 26, Note 42).

76) Wann singulärerweise auch Dritte, nur mittelbar Betheiligte, den Eintrag an Stelle Dieses zu bewirken befugt sind, s. im G. B. G. §§ 78, 79, unten § 26, Z. 1.

drücklich und förmlich vorgelegt werden. Dieß geschieht 1) von Seite des Rechtsverwerbers durch das Eintragungsgesuch selbst, wenn dasselbe, wie in der Regel, von ihm angebracht wird; andernfalls durch seine ausdrückliche Zustimmungserklärung zum Gesuch des Gegners.⁷⁷⁾ 2) Von Seite des zu Belastenden durch die ausdrückliche schriftliche Erklärung, daß er in die Einverleibung willige, sei es in Form einer Klausel zur Tabularurkunde („Tabularklausel“), oder in einem selbständigen Instrument („Aussandungsurkunde“).⁷⁸⁾ Sein, wenn auch offenbar rechtswidrig, verweigerter Konsens kann vom Grundbuchsrichter nicht supplirt werden; dieß geschieht durch ein im ordentlichen Rechtsweg zu erstreitendes Urtheil, welches den Beklagten schuldig erkennt, die Einverleibung zu gestatten. Dieselbe suppletorische Kraft kommt außerdem gewissen anderen Verfügungen öffentlicher Behörden zu (G. B. G. § 33, unten § 26). —

Ist der in Erledigung des Grundbuchsgebuches geschöpfte Bescheid ein abweislicher, so wird gleichzeitig mit dessen Hinausgabe an die Parteien die Abweisung des Gesuchs von Amtswegen im Grundbuch angemerkt.⁷⁹⁾ Die Anmerkung hat den Zweck, die Möglichkeit für Dritte ersichtlich zu machen, daß die in erster Instanz verweigerter Eintragung vom höheren Gericht (mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des ersten Gesuchs) bewilligt werde (G. B. G. § 132); sie wird daher von Amtswegen wieder gelöscht, wenn der Rekurs entweder unterlassen oder endgiltig abgewiesen ist (G. B. G. §§ 101, 131).

Wenn der Bescheid die begehrte Eintragung bewilligt, so bezeichnet er ausdrücklich die Grundbucheinlagen, in welchen, die Personen für welche, und die Objekte, auf welche die Eintragung erfolgen soll; der Inhalt des bewilligten Eintrags wird darin mit den in das Hauptbuch einzutragenden Worten angeführt.

Noch vor der amtlichen Ausfertigung des Bescheids erläßt das Grundbuchsgericht den Auftrag zum Vollzug desselben an das Grund-

77) Unten § 26, Note 3. 4.

78) Ueber Form und Inhalt beider, s. § 26.

79) Es sei denn, daß das Objekt, auf welches die Eintragung begehrt wird, aus dem Gesuch nicht ersichtlich, oder in den betreffenden Büchern nicht eingetragen, oder für eine andre Person eingetragen ist, als gegen welche nach Inhalt der beigebrachten Tabularurkunde eine Eintragung stattfinden kann. — Die Anmerkung wird auch auf dem Bescheid ersichtlich gemacht. G. B. G. § 99.

buchsamt.⁸⁰⁾ Der Vollzug besteht darin, daß der Grundbuchsführer an den betreffenden Stellen des Hauptbuchs die bewilligten Einträge nach der Reihenfolge ihrer Einreichungszahlen eigenhändig verzeichnet; dabei wird das Präsentatum an die Spitze gestellt, dann folgt mit den im Bescheid gebrauchten Worten das einzutragende Recht nebst seinen wesentlichen Bestimmungen unter Beziehung auf die der Bewilligung zu Grunde liegenden Urkunden, und endlich die Bezeichnung der Art des Eintrags als Einverleibung, Vor- oder Anmerkung.⁸¹⁾ — Für die gehörige Uebersicht und buchmäßige Verbindung aller Einträge ist dadurch gesorgt, daß jeder Eintrag seine Ordnungszahl (Postzahl) erhält und eine besondere Rubrik (Vide) neben sich führt, in welcher die Postzahlen aller späteren Einträge stehen, die sich auf diesen zurückbeziehen.

Der Vollzug des Eintrags wird unter Angabe seines wesentlichen Inhalts auf dem Original der Tabularurkunde amtlich bestätigt; ebenso im Tagebuch des Grundbuchsführers durch dessen Namensfertigung. Hierauf hat derselbe die für die Urkundensammlung bestimmten Abschriften mit den Originalien zu vergleichen, dieselben mit der amtlichen Bestätigung ihrer Richtigkeit zu versehen und der Urkundensammlung einzuverleiben.

Dann erst erfolgt durch das Exedit des Gerichtes die amtliche Ausfertigung und Zustellung des Bescheides. Für Beides gelten im Allgemeinen die Normen des gerichtlichen Verfahrens.⁸²⁾ Jedoch besteht im Interesse der Publizität für gewisse Kategorien von Betheiligten, die nicht unmittelbar Partei sind, ein gesetzlicher Anspruch auf Veröffentlichung von dem Inhalt bewilligter Grundbuchsgebuches; an diese erfolgt die Zustellung des Bescheids von Amtswegen, auch wenn sie nicht begehrt ist.⁸³⁾

Gegen jeden Grundbuchsbescheid steht der Rekurs⁸⁴⁾ an den

80) G. B. G. § 102 fg. Instrukt. § 5 fg. Näheres unten § 27.

81) J. B. „Präs. 20. Februar 1874, Z. 5631.

Auf dem Moiss Kern'schen Hans-Biertheil.

Auf Grund des Darlehnschuldscheins v. 10. Februar 1874 wird das Pfandrecht für die Forderung des Hermann Bremer pr. 2000 fl. ö. W. d. i. Zweitausend Gulden ö. W. sammt 6% Zinsen einverleibt.“

82) Allg. G. D. Kap. XXIV, XXXVI.

83) G. B. G. § 123. Unten § 32, vgl. § 15.

84) G. B. G. § 126 fg. Das in nicht streitigen Sachen sonst zulässige Rechts-

Gerichtshof zweiter Instanz offen; die Rekursfrist (von 30, beziehungsweise 60 Tagen) läuft vom Tage nach der Zustellung. Neuerungen sind dabei schlechthin ausgeschlossen, sowohl neue Angaben, als neue Urkunden. Von jedem Rekurs werden alle Personen verständigt, denen der angefochtene Bescheid zugestellt wurde. Ist die Bewilligung einer Einverleibung oder Vormerkung angefochten, so ist dieß von Amtswegen im Grundbuch anzumerken (Anmerkung des Rekurses).

Wird durch den Bescheid zweiter Instanz eine Eintragung bewilligt, die in erster Instanz abgewiesen war, so ist dieselbe nunmehr zu vollziehen, und ihre Wirkung wird auf den Zeitpunkt der Ueberreichung des ersten Gesuches zurückbezogen. Wenn umgekehrt der Bescheid zweiter Instanz eine Eintragung abweist, die in erster Instanz bewilligt war, so wird dieselbe im Grundbuch wieder gelöscht, sobald der oberrichterliche Bescheid in Rechtskraft erwachsen ist; für die Zwischenzeit wird letzterer durch Anmerkung ersichtlich gemacht. Wo in beiden Instanzen gleichmäßig entschieden ist, beschränkt sich die Wirkung der Rekurs erledigung darauf, daß die Anmerkung des Rekurses (oder beziehungsweise des abweislichen Bescheids) von Amtswegen gelöscht wird.

Gegen gleichförmige Grundbuchsbescheide beider unteren Instanzen ist kein weiterer Rekurs statthaft. Andernfalls steht gegen den Bescheid des Obergerichts unter den gleichen gesetzlichen Bestimmungen noch der Rekurs an den obersten Gerichtshof offen.

mittel der „Vorstellung“ (bei der 1. Instanz gegen deren eigene Verfügung) ist in Tabularsachen ausdrücklich ausgeschlossen.

Erstes Buch.

Grundlehren.

I. Begriff der Hypothek. — Terminologie.

§ 1.

Da die hypothekarischen Spezialgesetze Oestreichs, auch die der neuesten Zeit, den Begriff des Hypothekarrechts (passenderweise) nirgends normiren sondern überall voraussetzen, so ist bei Feststellung desselben auf das allg. bürgerl. Gesetzbuch als die Quelle des allgemeinen Privatrechts in Oestreich zurückzugehen. Dieses aber kennt die Hypothek nicht als ein neben dem gemeinen Pfandrechte stehendes spezifisches Gebilde, sondern nur als Unterart desselben: es gibt auf dem Boden des östr. Rechts nur Einen Pfandbegriff, welchen das Gesetzbuch in § 447 kofnform der gemeinrechtlichen Theorie seiner Zeit¹⁾

1) Vgl. Glük, ausführl. Erläuterung der Pandekten, Bd. XIV. (1813) S. 1 „... ein dingliches Recht, welches dem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung an der Sache eines Anderen dergestalt zusteht, daß er sich in dem Falle, da die Schuld nicht gebührend bezahlt wird, an die Sache halten und durch Veräußerung derselben aus ihrem Erlös sich bezahlt machen kann.“ — Daß hierin die wesentlichen Merkmale des Pfandrechtsbegriffes richtig wiedergegeben sind, anerkennt noch die heutige gemeinrechtliche Doktrin, trotz so mancher inzwischen erhobener theoretischer Bedenken; Windscheid, Pand. I, § 224, Bähr, Jahrb. f. Dogmatik d. heut. röm. Rts. Bd. XI. (1871) S. 86 „... das dingliche Recht an einer Sache, kraft dessen Jemand berechtigt ist, einen bestimmten Anspruch aus dem durch Zwangsverkauf zu realisirenden Erlös dieser Sache zu befriedigen.“ S. auch Harum in Halmers Magazin f. Rts.- und Staatswiss. XI. S. 339, welcher die Begründer, Oest. Hyp.-Recht.

definiert, und welchem es weiterhin (§ 448) als Arten 1) das Handpfand oder Pfand in engerer Bedeutung, und 2) die Hypothek oder das Grundpfand, unterstellt. Diese zunächst nur das Objekt des Rechtsverhältnisses betreffende — und allein auf dessen Qualität als Mobile oder Immobile gegründete — Unterscheidung und Benennung ist sofort auf das Recht selbst übertragen, indem das jus pignoris an einem Handpfand als „Pfandrechth“ (im e. S.), dasjenige an einem Grundpfand aber als „Hypothek“ bezeichnet wird: a. b. Gb. § 469.

Hiernach würde der Begriff des Hypothekarrechtes, im Gegensatz zu allem übrigen Pfandrechth, dahin zu formuliren sein: es sei dasselbe „das dingliche Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus einer unbeweglichen Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen.“

Allein es ist nicht zu verkennen, daß dieser Begriff, in so äußerlicher Weise gefaßt, ein leerer Schulbegriff wäre; denn es gibt so wenig nach östreichischem als nach gemeinem Recht praktische Rechtsnormen, welche für alles Pfandrechth an Immobilien im Gegensatz zu allem Pfandrechth an Mobilien Geltung hätten, und dadurch zwischen jenem und diesem eine nicht bloß logische, sondern juristische Unterscheidung rechtfertigten. Wo dergleichen Normen gefunden werden (wie u. a. in §§ 451, 469 a. b. Gb.), da erhellt sofort, daß dieselben nicht sowohl das Mobilienpfandrechth als solches von dem Immobilienpfandrechth scheiden, als vielmehr das bürgerliche Pfandrechth von dem außerbürgerlichen; nun gibt es aber, da in Oestreich nicht überall öffentliche Bücher im Sinne der §§ 321, 431, 453 a. b. Gb. bestehen, und da auch wo solche bestehen, nicht alle Immobilien in dieselben eingetragen sind, allerdings Pfandrechte, die außerbürgerliche sind, obschon sie Immobilien zum Gegenstande haben, — und andererseits können Mobilien dem bürgerlichen Pfandnexus unterworfen sein, wie intabulirte Schuldsforderungen (vgl. a. b. Gb. § 299) und das bewegliche Zugehör eines bürgerlichen Grundstückes. Will man also dem Begriff der Hypothek einen praktischen Inhalt geben, so darf man ihn nicht, wie oben, durch das äußerliche Merkmal der (regelmäßigen) Unbeweg-

griffsbestimmung des § 447 a. b. Gb. mit Recht in Schutz nimmt gegen diejenigen, die das Merkmal der Realisirung durch gerichtliche Veräußerung als wesentlich in den Begriff des (östreichischen) Pfandrechtes aufnehmen wollen.

lichkeit des Objektes bestimmen wollen, sondern muß Das in den Vordergrund stellen, worauf in der That die spezifischen Rechtsregeln beruhen, durch welche das Hypothekarrecht im Unterschied von jedem andern Pfandrechth beherrscht wird: nämlich seine wesentliche Beziehung zu dem Institut der öffentlichen Bücher, seine Unterstellung unter die materiellen Rechtsgrundsätze, welche das Tabularinstitut in sich schließt.

So gewinnen wir den Gegensatz, von dessen Schärfe der Organismus des östreichischen Pfandrechtes bis in seine letzten Glieder durchzogen erscheint: Auf der Einen Seite steht das außerbürgerliche Pfandrechth, über dessen Voraussetzungen, Erwerb, Verlust und Inhalt in Oestreich im Großen und Ganzen die Rechtstheorie der römischen Quellen Geltung hat, — auf der andern Seite das bürgerliche Pfandrechth, welches nur an Objekten der öffentlichen Bücher, an diesen aber nach besondern Rechtsregeln erworben, übertragen und getilgt wird, dessen Existenz, Inhalt und Umfang vermöge des überall eingreifenden Prinzips der publica fides der Bücher dem Machtbereich des gemeinen Rechts entrückt und unter den Schutz eines von kleinen Anfängen mächtig emporgewachsenen Sonderrechtes gestellt ist.

Indem wir die Darstellung dieses Sonderrechtes, insofern es auf Pfandverhältnisse Bezug hat, uns zur Aufgabe machen, müssen wir von dem eben dargelegten fundamentalen Gegensatz ausgehen und auf ihn unsere Begriffsbestimmung der Hypothek gründen; die Rücksicht auf das Pfandobjekt tritt dabei formell in den Hintergrund. Denn nicht die Beschaffenheit seines Objektes als solche charakterisirt ein Pfandverhältniß als hypothekarisches, sondern seine Natur als bürgerliches Recht. Also:

Hypothek nennen wir das Pfandrechth, wo es auf das öffentliche Buch gegründet ist.²⁾

2) Mit dieser Begriffsbestimmung entfernen wir uns mehr dem Wortlaut als dem Geist nach von dem Gesetzbuch. Denn als die Redaktoren die Hypothek schlechtweg als Pfandrechth an einem Immobile definierten, gingen sie offenbar von der doppelten Voraussetzung aus, daß 1) in Oestreich nur Immobilien mit den auf sie bezüglichen Rechtsverhältnissen im öffentlichen Buche stehen, und daß 2) alle im Verkehr befindlichen Immobilien darin stehen sollen (letzteres erhellt schlagend aus § 451 und 469, wo für alles Immobilienpfandrechth die bürgerliche Eintragung als einziger Erwerbsmodus, und ebenso die bürgerliche Löschung als einziger Aufhebungsmodus der

Hiermit ist der ganz wesentliche Zusammenhang des modernen Hypothekenrechts mit dem Tabularsystem³⁾ bezeichnet, und zugleich die Einheit des Pfandrechtsbegriffes auch in der Hypothek festgehalten.

Letzteres hier zu betonen erscheint von Wichtigkeit, nicht gegenüber dem Gesetzbuch (welches in §§ 447, 448 die Wesensgleichheit alles Pfandrechts laut genug proklamirt), sondern gegenüber neueren Theorien, welche den oben urgirten Gegensatz zwischen dem modernen, auf das Institut der Grundbücher basirten, und dem römischrechtlichen Pfandrechte übertreiben, indem sie das überwiegend Gemeinsame im rechtlichen

Hypothek statuirt wird, während das Gesetzbuch auf die Frage, wie Pfandrechte an außerbücherlichen Immobilien erworben und getilgt werden, nirgends eine Antwort gibt). In dieser Voraussetzung konnte man von Immobilienpfandrecht da sprechen, wo in der That an bürgerliches Pfandrecht gedacht war, und obgleich die Rechtsnormen, die man an ersteren Begriff anzuknüpfen hatte, in Wahrheit nur zu dem letzteren paßten. — Uebrigens war es für die gesetzliche Formulirung des Hypothekbegriffes sicherlich mit bestimmend, daß einige Stellen der gemeinrechtlichen Quellen die Begriffe von pignus und hypotheca mit der Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche in einen auch auf dem Boden des röm. Rechts unrichtigen Zusammenhang bringen: L. 238. § 2. D. de V. S. 50, 16, Pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. § 7. Inst. de action. 4, 6. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit.

Wie wenig der moderne Hypothekbegriff an sich mit der Immobilienqualität des Objekts zu schaffen hat, müßte sofort in die Augen springen, wenn öffentliche Bücher mit den materiell-rechtlichen Attributen unserer Grundbücher auch für gewisse Kategorien von Mobilien, etwa für Seeschiffe, eingeführt würden (vgl. hannov. Pfdgef. § 3, Bar S. 51, 105). Pfandverhältnisse an solchen, die alsdann nur kraft des öff. Buches und unter den für den Tabularverkehr maßgebenden Normen und Garantien bestehen könnten, müßte die Praxis und Theorie als Hypotheken behandeln. Und im Gegensatz dazu sind bei uns unverbücherte Grundsteuererlässe zc. zwar Lasten des Immobile, für welche dessen Werth absolut haftet, aber sie sind keine wahren Hypotheken. Vgl. Konf.-D. § 31, und unten § 6, 23.

3) Scharf betont ist dieser Zusammenhang unter den österreichischen Schriftstellern namentlich von Krauz, „Das leitende Prinzip der bürgerlichen Rechte“, östr. Gerichts-Ztg. 1868 Nr. 95 fg. 1869 Nr. 13 fg., welcher das Hypothekrecht in die Kategorie der von ihm so genannten „gebundenen Rechte“ stellt, und als dessen „maßgebenden Zustand“ das „gesetzmäßige Eingetragen sein in das öffentliche Buch“ ansieht. Wir können dieser allgemeinen Formel zustimmen, wenngleich wir über das Wie und Wie weit der Gebundenheit des Tabularrechts an den Tabularstand (s. unten § 10 fg.) von Krauz sehr erheblich abweichen.

Inhalt und in der wirthschaftlichen Funktion beider Verhältnisse zurücktreten lassen. Man sucht jetzt für die Rechtsgebilde der ersteren Art vielfach eine vom römischen Pfandbegriff wesentlich verschiedene theoretische Grundlage und demgemäß neue technische Bezeichnungen (Grundrecht, Werthrecht, Grundschuld, u. dgl.).⁴⁾ Darin spricht sich die natürliche Reaktion aus gegen die Versäumniß, welche der civilistischen Wissenschaft in Bezug auf die fraglichen Rechtsgebilde allzulange zur Last fiel; allein die Reaktion geht zu weit, indem sie die endlich erfaßten Differenzen nun tiefer sucht, als sie liegen. Die Differenzen nämlich treffen allerdings die Formen der Entstehung, Uebertragung, Endigung des Rechts und ferner namentlich auch die juristische Struktur seiner Beziehung zu den materiellrechtlichen Grundlagen, insbesondere zur Pfandschuld,⁵⁾ — aber sie berühren nicht den Inhalt des Rechtes: Dieser geht hier wie dort auf Verwerthung einer fremden Sache, Aneignung eines Theils ihres Werthes zur Befriedigung einer Forderung;⁶⁾ sie betreffen auch nicht die wirthschaftliche Funktion beider Rechtsgebilde: Unterstüßung des Kredites durch Gewährung einer unmittelbaren Macht des Kreditgebers über fremde Vermögensstücke.

Hienach haben wir, für das österreichische Recht mindestens, keinen Grund, das Hypothekrecht aus der Reihe der Pfandverhältnisse auszuscheiden und ihnen als spezifisch verschiedenes Gebilde entgegenzustellen. Insbesondere für die Auffassung der Hypothek als Grundschuld und ihre Zusammenstellung mit den Reallasten ist hier kein Raum.⁷⁾ Denn unsere Gesetze behandeln die Hypothek überall als

4) Die angedeutete Richtung ist namentlich vertreten in der Literatur, zu welcher die preussische Grundbuchreform den Anstoß gegeben hat; s. z. B. Bekker, Die Reform des Hypothekenwesens 1867, Bremer, Hypothek und Grundschuld 1869, vgl. Bähr, Jahrb. f. Dogm. XI. 1, Ziebarth, Die Reform des Grundbuchsrechts (1870).

5) Daß die materielle Beziehung zwischen Pfandrecht und Pfandschuld überall besteht, nur die rechtliche Struktur dieser Beziehung den Unterschied begründet, s. im folgenden §.

6) Ebenso jetzt für das bair. Rt. Roth, bair. Civilrecht II, §§ 181, 184, Regelsberger, H.-Rt. S. 176, und im Allgemeinen Bruns, Holzendorffs Encyclop. I. S. 374, 375 (2. Aufl.).

7) Sie findet sich gleichwohl bei ältern östr. Schriftstellern, lange vor dem Aufkommen des technischen Ausdruckes „Grundschuld“; so bei Kopecky (Wagners

dingliche Last des Grundstücks, nach Analogie der Servitut, nirgends als rabizirte Verpflichtung des jeweiligen Grundeigentümers.⁸⁾ Dieser ist als solcher zur Zahlung der Hypothekarforderung nie verpflichtet,⁹⁾ sondern lediglich zum Gewährenlassen der hypothekarischen Exekution, a. b. Gb. § 466; wenn er, um letztere hintanzuhalten, zur Zahlung sich durch sein Interesse gedrängt sieht, so macht ihn dieß nicht im rechtlichen Sinn zum Schuldner. Der auch in Oestreich gebräuchliche Ausdruck „Hypothekarschuldner“, insofern er auf den Drittbefitzer eines Hypothekargutes geht, ist untechnisch und unpassend,¹⁰⁾ denn er verwechselt die Nothwendigkeit zu zahlen (wofern das Eigenthum erhalten werden will) mit einer Pflicht zu zahlen, die nicht vorliegt.

Die der Praxis geläufige Bezeichnung „Personalschuldner“ für

Zischl. f. öst. Rtsgelehrsamkeit 1837, II, S. 269), wenn derselbe meint, daß „das Gesetz“ die Zahlungsverbindlichkeit auf den jeweiligen Eigentümer des Hypothekargutes „überträgt“, und bei Mac (daselbst 1849, I, S. 336), welcher den „Hypothekarschuldner“ einen „eigentlichen Schuldner“ nennt, der verpflichtet sei die Tabularschuld zu zahlen, nur eben nicht mit seinem ganzen Vermögen, wie der „Personalschuldner“, sondern blos „mit der Sache“ und solange als er Eigentümer des Pfandgutes bleibt (S. 342). Zustimmung auch noch St u b e n r a u c h, Comment. zu § 466.

8) Solche quasibdingliche Obligationen (deren rechtliche Natur von Krauz a. a. D. S. 117 fg. richtig bestimmt ist) sind nach der zweckmäßigen Restriktion des § 9 G. B. G. (vgl. E y n e r, Publ. pr. S. 75) abgesehen von den eigentlichen Real-lasten nur noch: das intabulirte Wiederkaufs-, Vorkaufs- und Bestandrecht (a. b. Gb. § 1070, 1073, 1095, K l e p s c h, S. 38 fg.). Im Gegensatz zu den Hypotheken verpflichten sie den jeweiligen Inhaber des betreffenden Gutes persönlich zur Leistung; derselbe ist in Bezug auf sie als Schulübernehmer zu behandeln und haftet für den bürgerlich ersichtlichen Umfang der Verpflichtung wie der ursprüngliche Schuldner.

9) Darüber des Näheren unten, § 33. Aus § 443 a. b. Gb. (den die in der Note 7 citirten Schriftsteller anführen) folgt für die hier berührte Frage nichts: der Erwerber überkommt alle bürgerlichen Lasten des erworbenen Grundstücks, Reallasten und Servituten nicht minder als Hypotheken, sagt das Gesetz; es sagt aber nicht, ob ihm die letzteren ein facere auferlegen, wie die Reallasten, oder blos ein pati, wie die Servituten.

10) Gleichwohl wird der Ausdruck nicht zu verdrängen sein, da leider die hochdeutsche Rechtsprache so wenig als die lateinische ein Wort hat zur Bezeichnung für den (als Besitzer) der actio hypothecaria haftenden Nichtschuldner. Unter den deutschen Stammesdialekten besitzt einen solchen technischen Ausdruck m. W. nur der alemannische der Nordschweiz („der Geschreite“ vgl. Zürich. G. B. § 810 fg., über Ursprung und Bedeutung B l u n t s c h l i, Zürich. Rechtsgeschichte, IV, § 41.)

den Debitor in der Pfandobligation, welcher nicht zugleich Eigentümer des Pfandstückes ist, will andeuten, daß ein solcher eben nur persönlich, nicht auch mit einem bestimmten Vermögensstück dinglich hafte. Doch spricht man nicht selten auch da vom „Personalschuldner“ (im Gegensatz zum blos hypothekarisch haftenden Drittbefitzer), wo die bezeichnete Person zugleich Schuldner und Inhaber des Hypothekargutes ist.

Für das hypothekarische Rechtsverhältniß selbst haben die österreichischen Gesetze (außer der allgemeinen Bezeichnung „Pfandrecht“, G. B. G. § 13, 14) den Ausdruck „Hypothek“ (a. b. Gb. § 469. G. B. G. § 106), „Hypothekarforderung“, „Hypothekarschuld“ (G. B. G. § 13, 39), „Hypothekarrecht“ (böhm. Kpat. § 9.); die Praxis sagt auch „Satzpost“, „Satzforderung“, „Tabularpost“ u. dgl. Der Ausdruck „Hypothek“ kommt auch zur Bezeichnung des Gegenstandes eines Hypothekarrechts vor¹¹⁾ (a. b. Gb. § 448), gleichbedeutend mit „Hypothekargut“ (das. § 469). — Von „Hypothekenrecht“ aber spricht man in Oestreich regelmäßig nur im objektiven Sinn, zur Bezeichnung der gesammten in Rede stehenden Rechtsmaterie.¹²⁾

II. Accessorische Natur der Hypothek.

§ 2.

Bei der Beantwortung der Frage, ob und in welchem Sinne die sog. accessorische Natur der österreichischen Hypothek zukomme, gilt es zum Voraus gewisse Unklarheiten und Mißverständnisse auszuschießen, die sich auf diesem Punkt traditionell festgesetzt haben; deßhalb mag eine etwas weiter ausgreifende Orientirung über den Inhalt der gestellten Frage hier nicht überflüssig erscheinen.

Alles Pfandrecht — wie immer es im Einzelnen durch Parteienwill-

11) Gemäß der ursprünglichen Bedeutung von ὑποθήκη; Meier und Schömann, Attischer Prozeß S. 505, Salmasius, De modo usurarum, Lugd.-Bat. 1639, cap. 12.

12) Hierin abweichend ist die Terminologie des preuß. Gesetzes über den Eigenthumswerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1873, welches „Hypothekenrecht“ auch im subjektiven Sinn (= „das Recht der Hypothek“ § 18) wiederholt anwendet, § 30, 57. — Ueber den Sprachgebrauch des bair. Hyp.-Gesetzes s. jetzt Regelsberger, Rht. § 7.

für oder Gesetz gestaltet sein mag — ist seinem Wesen nach nicht Selbstzweck, sondern Mittel für ein außer ihm liegendes ökonomisch-juristisches Ziel, die gegenwärtige Deckung und künftige Befriedigung eines Anspruchs des Pfandberechtigten. ¹⁾ Denn Niemand erwirbt ein Recht auf Verwerthung einer fremden Sache, um diese Befugniß als Selbstzweck zu üben, wie man etwa eine Servitut sich bestellen läßt, um der darin enthaltenen Macht unmittelbar zur Befriedigung seiner Bedürfnisse sich zu bedienen, sondern jenes Verwerthendürfen hat stets zur Voraussetzung ein anderweitig vorhandenes, oder doch als vorhanden angenommenes Recht, kraft welches der Berechtigte ein Werthquantum erhalten, und für welches eventuell die Verwerthung ins Werk gesetzt werden soll. ²⁾ Wo der Zweck fehlt, entfällt auch die Existenzberechtigung für das Mittel; daher verliert alles Pfandrecht mit der ökonomischen Basis auch seinen juristischen Halt, sobald die unterliegende Forderung ihm irgendwie abhanden gekommen ist. Und darin steht es einzig da: jedes andere jus in re aliena, wenn es wider Willen des Berechtigten (sei es auch gegen Ersatz alles denkbaren Interesses) beseitigt wird, stirbt eines unnatürlichen Todes, indem jede erzwungene Ablösung dort den Charakter einer Expropriation trägt; — nur beim Pfandrecht ist es umgekehrt: sein Untergang in Folge der irgendwie und irgendwoher erfolgten Lösung der Pfandschuld erscheint als das Naturgemäße, sein etwaiger Fortbestand trotz derselben als das Künstlich-Gewaltsame, besondrer Erklärung und Rechtfertigung bedürftig.

Diese eigenthümliche Stellung des Pfandrechts gegenüber allen übrigen jura in re bedingt für dasselbe eine schon ursprünglich besondere Gestaltung und legislatorische Behandlung: wenn es seinen ökonomischen Schwerpunkt nicht in sich selber trägt, so kann es auch

1) Vgl. Egner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes, S. 26, 190, Bruns, a. a. D. S. 374. (1. Aufl. S. 311.) Schott, Jahrb. f. Dogm. XV, S. 2 fg.

2) Der Kontrast tritt scharf hervor, wo ausnahmsweise einmal auch die Servitutbestellung als Pfandgeschäft auftritt: . . . ut talis pactio fiat, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, (scilicet si vicinum fundum habeat) et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. L. 12, D. de pignor. 20, 1. Hier ist dem Erwerber die Servitut nicht Zweck, sondern Mittel zum Zweck; auf das uti kommt es ihm nicht an, sondern auf das vendere vicino, si pecunia non solvatur, resp. auf das Tilgen seiner Forderung aus dem Erlös.

nicht lediglich aus sich heraus juristisch geregelt werden. Jede Pfandgesetzgebung muß die immanente Beziehung des Pfandrechts auf jenes außerhalb stehende Ziel — da das Mittel nur im Hinblick auf seinen Zweck vernünftig gestaltet werden kann — im Auge halten und bei der positiven Ausprägung des Instituts irgendwie zum Ausdruck bringen. Aber das Wie dieser Gestaltung kann verschieden gedacht werden, und hier ist der Punkt, auf welchem ein bedeutfamer Gegensatz zwischen dem gemeinen römischen Pfandrecht und dem Immobilienhypothekenrecht moderner Entwicklung hervortritt: beide zwar anerkennen im obigen Sinne die wesentliche Beziehung des Pfandrechts auf eine Pfandschuld und folgeweise dessen abhängige Natur, aber sie geben dieser Abhängigkeit eine völlig verschiedene rechtliche Struktur.

1) Die römischen Juristen haben aus der begrifflichen Beziehung des Pfandrechts auf die Forderung den Schluß gezogen, daß ohne diese jenes weder entstehen, noch fortbestehen kann; das Vorliegen einer giltigen (wenn auch nicht klagbaren) Obligatio ist Existenzbedingung des Pfandrechts, ihr Fehlen schließt an sich schon das Dasein eines giltigen jus pignoris aus, — nicht anders als die Zinsforderung den Bestand einer Kapitalsforderung, die Realservitut den Besitz eines fundus vicinus zur rechtlichen Bedingung hat. ³⁾

Die logische Voraussetzung ist hiemit als Rechtsvoraussetzung hingestellt: weil Pfandbestellung vernünftigerweise nicht denkbar ist ohne Beziehung auf einen Anspruch, für welchen sie geschieht, soll sie ohne diesen auch rechtlich nicht möglich (nichtig) sein; und wer also in concreto die Existenz eines Pfandrechts behauptet, muß vor Allem die konkrete Wahrheit jener Beziehung, die Existenz einer giltigen Pfandforderung, zur Evidenz bringen. ⁴⁾ Diese römische Gestaltung

3) Den schärfsten Ausdruck hat dieser Gedanke gefunden in einem Scholion (6 fin) zu Basil. XI, 1. c. 7. § 3—6: τὸ ἐνέχυρον οὐτε μὴν ἐν ἑαυτῷ ὀνοματίζεται ἐδράζεσθαι, ἀλλ' ἐτέρου συμφώνου παρακολούθημα ἐστίν. . . . Τὰ δὲ αἰεὶ παρακολουθήματα μένοντα, καὶ οὐδέποτε πρωτότυπα γίνονται, ὡς ὁ τόκος καὶ τὸ ἐνέχυρον. [Immo in se solum pignus subsistere nequit, sed alterius conventionis additamentum est. . . . Quaedam autem semper accessoria manent, neque unquam principalia fiunt, ut usurae et pignus]. Heimbach, Basiliken I, p. 565, Schmid, Cession I, S. 145.

4) Vgl. die formula hypothecaria nach Rudorff, Edictum § 272: Si parer eam rem, de qua agitur, ab eo cujus in bonis tum fuit Ao. Ao. pignori hypothecae obligatam esse propter pecuniam certam creditam eamque pecuniam neque solutam, neque eo nomine satis factum esse, rell.

des Verhältnisses von Pfandforderung und Pfandrecht haben die Neueren meist allein im Auge, wenn sie dem letzteren „accessorische Natur“ zuschreiben, ⁵⁾ und noch heute gilt es vielfach als Axiom, daß nur so, wie es die Römer gethan, die wesentlich abhängige Natur des Pfandrechts zum Ausdruck gebracht werden könne, daß also das Pfandrecht entweder aufhören müsse Pfandrecht zu sein, oder aber in der Weise mit der Pfandschuld juristisch zu verknüpfen sei, wie eben dargelegt ist. ⁶⁾

Allein die Römer selbst beweisen es, daß ihre mehr logisch als praktisch gedachte Konstruktion des Zusammenhangs zwischen Pfandrecht und Pfandschuld nicht die einzig mögliche ist, indem sie dieselbe an gewissen Punkten fallen zu lassen aus praktischen Rücksichten sich genöthigt sahen. ⁷⁾ Freilich haben sie das einmal festgestellte theoretische Prinzip um einzelner, als Singularitäten behandelter Fälle willen nicht aufgegeben, allein es ist gleichwohl klar, daß hier bereits ein anderer Gesichtspunkt für die Betrachtung des in Rede stehenden Abhängigkeitsverhältnisses unausgesprochen gegeben ist, — ein Gesichtspunkt, von welchem aus es möglich erscheint, ein Pfandrecht auch ohne Pfandschuld unter Umständen als rechtsbeständig anzuerkennen, ⁸⁾ unbeschadet der Wahrheit, daß alles Pfandrecht um einer Forderung willen besteht.

Die andere, hierin ange deutete, Auffassung von der „accessorischen

5) Der technische Ausdruck lehnt sich an L. 43. D. de solution. 46, 3.

6) Am ausführlichsten Bremer, Hypothek und Grundschuld 1869.

7) A) Fortbestand des Pfandrechts nach Untergang der Pfandschuld, wo diese ohne Befriedigung des Gläubigers (solutio, satisfactio) erfolgt war z. B. durch Confusio, durch erblosen Tod des Schuldners; s. die Zusammenstellung der hierhergehörigen Fälle bei Schmid, a. a. D. S. 110 fg. Hauptstellen: L. 59. D. ad St. Trebell. 36, 1. L. 13. § 1. D. ad St. Vellej. 16, 1. L. 3. 7. C. de praescript. XXX ann. 7, 39. L. 38. § 5. D. de solut. 46, 3. Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit; post idem heredem te instituit: quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit. — B) Existenz des Pfandrechts schon vor Entstehung der zugehörigen Schuld: L. 9, pr. § 1. L. 18. D. qui potior. 20, 4. vgl. Regelsberger, Altersvortrag d. Pfrte. S. 19, 33 fg. Fhering, Jahrb. f. Dogm. X, S. 482 fg. Gerner, Pfandrechtsbegriff, S. 103, Schott, a. a. D. S. 15 fg.

8) Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota. L. 2. C. de luitio. pign. 8, 31. . . . quia suas condiciones habet actio hypothecaria, L. 13. § 4. D. de pignor. 20. 1.

Natur“ des Pfandrechts liegt den modernen Gestaltungen des partikularen Hypothekenrechts zu Grunde, insofern dieselben durch die Rücksicht auf die Praktikabilität des Kreditverkehrs dazu gedrängt wurden, bei gewissen Pfandverhältnissen (auf denen der Realkredit beruht) Dasjenige zur allgemeinen Norm zu erheben ⁹⁾, was die Römer nur in vereinzeltsten Fällen, gleichsam als Nothbehelf und widerwillig, zugestanden hatten. — Diese andere Auffassung aber ist folgende.

2) Das Pfandrecht wird errichtet um eine gewisse Schuldforderung zu decken, es wird ausgeübt um dieselbe zu befriedigen. Würde sich also zeigen, daß schon bei seinem Entstehungsakt jene Forderung nur fälschlich vorausgesetzt, in der That aber nicht vorhanden war, oder daß sie bereits erloschen sei, wenn das Pfandrecht ausgeübt werden will, so wäre Bestand und Ausübung des Pfandrechts zwecklos und ungerechtfertigt. Allein daraus folgt nicht, daß dasselbe unter so bewandten Umständen nicht zu Recht bestehen kann, sondern nur, daß es so nicht bestehen und ausgeübt werden soll; und weiterhin dann, daß es rechtliche Mittel geben muß um dieses letztere Postulat zu verwirklichen. Wer auf Grund der irrthümlichen Voraussetzung des Bestandes einer gewissen Schuld vertragsmäßig und in der von Rechtswegen erforderten Form ein Pfand gewährt, dessen Handlung ist keineswegs ein rechtliches Nichts (wie nach der römischen Theorie), sondern sie schafft ein an sich giltiges, kraft des Bestellsaktes bis auf Weiteres rechtsbeständiges Pfandverhältnis; und ferner, wenn die ursprünglich vorhanden gewesene Pfandschuld hinterher irgendwie erlischt, so fällt der rite bestehende Pfandnexus nicht von selber zusammen, sondern er bleibt vorerst aus eigener Kraft stehen auf dem Piedestal, das ihm der formgerechte Begründungsakt geschaffen. Daß er aber nicht endgiltig stehen bleibe, zum Schaden der materiellen Rechtsordnung, dafür sorgt das Obligationenrecht, indem es hier wie anderwärts Demjenigen, welcher durch den Erfolg des dinglichen Rechtsaktes grundlos beeinträchtigt ist, die geeigneten Rechtsmittel zur Neutralisirung dieses Erfolgs an die Hand gibt.

9) Inwiefern dabei die durch das röm. Rt. zurückgedrängten Traditionen des älteren deutschen Rechts mitgewirkt haben, läßt sich nicht entscheiden; vgl. über das Verhältniß der Schuld zum Pfandrecht in der f. g. „ältern und neueren Fassung“ insbes. Meibom, deutsches Pfandrecht S. 14, 273 fg. Stobbe, krit. Btschrft. IX, S. 294 fg. Goltschmidt, Hds. Rt. I, S. 904 fg.

Technisch ausgedrückt heißt dieß: Die Pfandforderung ist nicht Existenzbedingung, sondern bloß Voraussetzung des Hypothekarrechts, sie gehört zu dessen causa. Und die praktische Konsequenz ist: ihr ursprünglicher Mangel oder nachträglicher Wegfall macht jenes keineswegs nichtig, wohl aber (regelmäßig) anfechtbar. — Die Anfechtung stützt sich auf den inneren Zusammenhang des angefochtenen Pfandrechts mit einer bestimmten Pfandschuld, bei deren Nichtexistenz für dasselbe die materielle Rechtfertigung fehlt, und sie bewirkt, daß die Hypothek, welche trotz dieses Mangels bisher ipso jure bestand, nun erst von Rechtswegen vernichtet wird.

Worin nun aber liegt der praktische Vorzug dieser Behandlung des Verhältnisses gegenüber der römischen, da doch hier wie dort dieselbe Idee zu Grunde liegt — kein wirksames Pfandrecht ohne Pfandforderung, — und die Differenz nur darin besteht, daß dort direkt verwirklicht wird (Nichtigkeit), was hier auf einem Umweg (Anfechtung) erzielt werden soll?

Die große praktische Bedeutung der Differenz ist darin zu suchen, daß jener Umweg allein die rationelle¹⁰⁾ Möglichkeit gewährt, die im Prinzip festgehaltene Abhängigkeit des Pfandrechts vom Bestand der Pfandschuld überall da außer Kraft treten zu lassen, wo ein höheres Interesse, das öffentliche Interesse an der Sicherheit des Hypothekverkehrs, dieß zu erheischen scheint. Indem die moderne Auffassung den Rechtsbestand der Pfandschuld aus der Reihe der Existenzbedingungen des dinglichen Pfandnexus streicht und den Wirkungsbereich dieses Momentes auf den Boden des Obligationenrechts verlegt, schafft sie Raum für die legislative Erledigung der weiteren Frage: ob aus dem Nichtbestand der Obligatio unter allen Umständen, für jeden Inhaber des Hypothekargutes und gegen jeden Inhaber des Hypothekarrechtes, ein genügender Grund zur Anfechtung der in Form Rechtsens entstandenen Hypothek zu schöpfen sei? Oder vielmehr, da ihre Ver-

10) Die oben Note 7, A angeführten Entscheidungen römischer Juristen lauten contra rationem juris (dieß versteht Schott, S. 32); formell sind sie gestützt auf den Wortlaut der formula hypothecaria, materiell auf die von Fall zu Fall einleuchtende aequitas; nirgends findet sich ihnen das rechtspolitische Prinzip der Sicherung und Förderung des Hypothekverkehrs zu Grunde gelegt (vgl. Brunns, Holtendorffs Encyclop. I, S. 376, 377), welchem auch durch singuläre Durchbrechungen der Regel nie hätte genügt werden können.

neinung durch die heutigen Bedürfnisse des Realcredits überall geboten ist, positiv so: unter welchen subjektiven und objektiven Voraussetzungen die Anfechtung der Hypothek mangels Pfandschuld zuzulassen, und wann hingegen diese Anfechtung im Hinblick auf das öffentliche Interesse, dem das ganze Hypothekeninstitut zu dienen bestimmt ist, auszuschließen sei? Eine Frage, die auf dem Standpunkt der römischen Abhängigkeitstheorie gar nicht gestellt werden kann, deren legislative Lösung aber für unseren Hypothekverkehr von fundamentaler Bedeutung ist. — Aus dem bisher Dargelegten ergibt sich:

1) Die „accessorische Natur“ in dem am Eingang dieses § bezeichneten allgemeinen Sinne ist allem Pfandrecht wesentlich, kommt also auch der östr. Hypothek zu. Ob aber jene Abhängigkeit des Pfandnexus von der Schuld, auf die er sich „bezieht“ (a. b. Gb. § 449), diejenige des römischen Rechts sei, oder ob sie die zuletzt besprochene losere Struktur habe, darüber kann nicht aus allgemein gehaltenen Aussprüchen des Gesetzes, und namentlich auch nicht daraus etwas gefolgert werden, daß der gesetzliche Begriff des Pfandrechts nur Einer ist für das bürgerliche wie das außerbürgerliche Pfand. Denn es ist gezeigt, daß der Begriff des Pfandrechts zwar dessen Beziehung auf eine (gegebene oder als gegeben vorausgesetzte) Forderung in sich schließt, aber nicht auch eine bestimmte technische Struktur dieser Beziehung; daß vielmehr auch bei verschieden gearteter und verschieden straff gespannter Abhängigkeit des dinglichen Verhältnisses von der obligationenrechtlichen Grundlage, jenem gleichmäßig das Prädikat eines accessorischen Rechts zugesprochen werden kann¹¹⁾.

2) Die rechtliche Natur der Beziehung, welche nach dem heutigen Rechtszustande in Oestreich zwischen dem Hypothekarrecht und der Pfandforderung obwaltet, muß aus den konkreten Rechtsätzen erschlossen werden, in denen sich jene Beziehung ausdrückt. Es handelt sich dabei, nach Obigem, um die Frage: behandelt das östr. Recht die

11) Ueber die Einheit des Pfandrechtsbegriffs im römischen und im modernen Hypothekenrecht, trotz der s. g. „Selbständigkeit“ der neuern Hypothek, s. Bar, Arch. f. civ. Pr. LIII, S. 383 fg. Förster, Pr. Grundbuchrecht, S. 125 fg. Schott, S. 6, 14. Dagegen Bremer, Hyp. und Grundschuld S. 53, welcher das von ihm ersundene „Werthrecht“ dadurch gewaltsam in einen Gegensatz zum Pfandrecht schieben will, daß er die accessorische Natur überall da läugnet, wo sie nicht in der römischen Weise auftritt.

Pfandforderung als Existenzbedingung der Hypothek, so daß diese ipso jure hinfällig ist, wo jene fehlt, — oder gilt die Forderung nur als Voraussetzung des wirklichen Bestandes der Hypothek, so daß letztere (regelmäßig) angefochten und paralysirt werden kann; wenn die Voraussetzung ermangelt, und insoweit nicht die Anfechtung (im öffentlichen Interesse) ausgeschlossen ist?

Daß nun aber diese Frage im Sinne der letzteren Alternative beantwortet werden muß, ist bei dem heutigen Stande der östr. Gesetzgebung nicht mehr zweifelhaft.¹²⁾ Es genügt dafür hier vorläufig auf die §§ 469, 1443, 1446 a. b. Gb. in Verbindung mit G. B. G. §§ 61 folgende zu verweisen.¹³⁾ Durch diese Normen dokumentirt sich die tiefe Kluft, welche in Bezug auf den fraglichen Punkt das außerbücherliche Pfandrecht in Oesterreich von dem Hypothekrecht scheidet. Venes steht und fällt ipso jure mit der Pfandforderung, es ist accessorisches Recht im Sinne der gemeinrechtlichen Theorie;¹⁴⁾ dieses hingegen kann, sobald es durch bücherliche Eintragung formell begründet erscheint, nur durch den bücherlichen contrarius actus (Löschung) wieder vernichtet werden,¹⁵⁾ besteht also bis dahin zu Recht. Es

12) Früher allerdings spiegelte sich die Zerfahrenheit der Meinungen über die Rechtskraft der bücherlichen Einträge in der Frage nach der accessorischen Natur des bücherlichen Pfandrechts wieder. Viele erklärten die Hypothek für schlechthin accessorisch, so daß sie „ohne Forderung weder entstehen noch fortbauern, weder übertragen noch belastet werden“ könne (so noch Krauz, öst. G. B. 1869 S. 54 fg., Alexsch, Tabularrecht S. 20. Carabelli, dir. hyp. I, § V sequ.), nach Anderen (Kopecky, Wagn. Zschr. 1835, I, S. 287 fg.) sei die östr. Hypothek ein accessorisches Recht, so lange es sich um die ursprünglichen Subjekte des Bestellsengeschäfts handelt, aber „in Ansehung dritter Personen für ein selbständiges Recht zu halten.“ Gemäß der Theorie endlich, die Mandl, ö. G. B. 1871 S. 154, 157 fg. andeutungsweise entwickelt hat, müßte die Hypothek im Augenblick ihrer Entstehung zwar als accessorisches, weiterhin dann aber als selbständiges Recht angesehen werden, da sie ohne rechtsgiltige Forderung zwar nicht entstehen, wohl aber ohne solche fortbauern könne.

13) Ausführlicher darüber unten § 8 fg. vgl. Exner, Publizitätsprinzip S. 37 fg. 90 fg., wo die Ansicht, welche seither durch das a. G. B. G. bestätigt ist, auf Grund der cit. Stellen des a. b. Gb. und der jüngeren Praxis des ob. Gbtes. (daj. S. 48, 49) vertreten wurde.

14) „Durch Tilgung der Schuld hört das Pfandrecht auf“ (§ 469). „Verbindlichkeiten, welche nie zu Recht bestanden haben oder schon aufgehoben sind, können weder übernommen noch bekräftigt werden“ (§ 1351).

15) „Zur Aufhebung der Hypothek ist die Tilgung der Schuld allein nicht hin-

bleibt bestehen, trotz des ursprünglichen Mangels oder nachträglichen Wegfalles der Pfandschuld, wenn die hierauf zu gründende Anfechtung (Löschungsklage) nicht rechtzeitig erfolgt, oder wenn das anfechtbare Hypothekrecht im Vermögen dritter Personen steht, welche durch das Vertrauen auf die öffentlichen Bücher geschützt sind.¹⁶⁾ Mitthin ist der Bestand einer gültigen Pfandforderung keineswegs Rechtsbedingung für die Existenz des Hypothekrechts, sondern das Abhängigkeitsverhältniß nur dieses, daß der Nichtbestand der vorausgesetzten Pfandforderung unter den geeigneten Umständen einen zureichenden Grund abgibt, um das „verhaftete Hypothekargut“ (§ 469 a. b. Gb.) von seiner Haftung frei zu machen im Wege der Anfechtung der Hypothek (durch Klage oder Einrede).

Man darf also die Hypothek des heutigen östr. Rechts nicht als „accessorisches“ Recht in dem Sinne bezeichnen, wie er für das gemeine (außerbücherliche) Pfandrecht durch den Satz *accessorium sequitur principale* gegeben ist; gleichwohl aber ist sie wirtschaftlich und juristisch abhängig von der Forderung, für welche sie errichtet wurde und besteht, ohne welche sie zwar ipso jure existiren, aber in aller Regel¹⁷⁾ nicht wirksam ausgeübt werden kann.

III. Gegenstände des Hypothekrechts.

§ 3.

A. „Als Pfand kann jede Sache dienen, die im Verkehr steht“ (a. b. Gb. § 448), das Hypothekrecht im technischen Sinne (§ 1) aber verlangt ein Objekt, welches im Grundbuchsverkehr steht. Wo also öffentliche Bücher, die im Sinne des allgemeinen Grundbuchsgesetzes als Grundbücher gelten können, noch nicht bestehen, oder

reichend. Ein Hypothekargut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuldburkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist“ (§ 469 a. b. Gb.).

16) G. B. G. §§ 62, 63, 64, 69, unten § 14, 15.

17) Denn praktisch kann es — bei den weitgehenden Kautelen, die das G. B. G. § 61 fg. gegen die Gefahren des Publizitätsgrundsatzes aufstellt — nur ausnahmsweise dazu kommen, daß ein materiell nicht gerechtfertigtes (weil für eine ungültige oder erloschene Forderung aushaftendes) Hypothekrecht zur Realisirung gelangt.

wo ein Gut in das bestehende Grund-, Berg- oder Eisenbahnbuch noch nicht eingetragen ist, da kann von eigentlichen Hypotheken nicht die Rede sein, und haben die spezifisch hypothekenrechtlichen Normen keine Geltung.¹⁾

1) Theile (pro diviso).

Das einzelne verbücherte Immobiliargut bildet einen Gegenstand möglicher Hypotheken nicht in seiner natürlichen Individualität und Begrenzung, sondern als Grundbuchskörper oder intellektueller Theil eines solchen; denn die Hypothek haftet nur am Grundbuchskörper, und dieser ist stets als ein Ganzes rechtlich zu behandeln.²⁾ Es gibt nach östr. Recht streng genommen kein Hypothekrecht an der Wiese X, sondern nur ein solches an dem Tabularkörper A, zu welchem jene Wiese gehört, oder welchen sie möglicherweise allein bildet. Derselbe ist begrifflich eine universitas rerum, bestehend aus allen Grundstücken, welche im gegebenen Zeitpunkt eine Grundbuchseinlage haben, sammt deren sog. Inkorporationen und Pertinenzen.³⁾ Nur an dieser universitas als solcher kann eine Hypothek bestellt, nur an dem Inbegriff der sie jeweils konstituierenden Bestandtheile (nicht an einzelnen derselben) kann das bürgerliche Pfandrecht realisiert werden.⁴⁾

2) Früchte.

So wenig hiernach überhaupt (physische) Theile eines Grundstückes hypothekarisch haftbar gemacht werden können, so wenig ist dieß insbesondere mit den Früchten der Fall. Dem widerspricht nur scheinbar die in Oestreich übliche sog. Verpfändung ad fructus.⁵⁾ Man versteht darunter die Gewährung und Eintragung eines Pfandrechts „auf die Früchte“ des Tabularkörpers, welche bewirkt, daß im

1) Oben S. 7, Note 16.

2) G. B. G. § 3. Ueber die Tragweite dieses Satzes s. das Nähere unten § 38.

3) Unten § 38, Eisenbahnbüchergesetz § 5.

4) „Das Pfandrecht kann nicht auf einzelne Bestandtheile eines Grundbuchskörpers . . . eingetragen werden.“ G. B. G. § 13, und unten § 38. — Für Eisenbahnkörper ist die Möglichkeit eines Pfandrechts an einzelnen Parzellen überdies besonders ausgeschlossen durch das Eisenbahnbüchergesetz (v. 19. Mai 1874, R. G. B. 70) § 6.

5) A. b. Gb. §§ 457, 632, a. G. D. § 320, Ungar. Gbb. D. § 130 lit. b. Hofdekr. v. 7. April 1798, J. G. S. 407, Hofb. v. 27. Juni 1791, J. G. S. 170. — Vgl. Pr. L. R. I, 20. § 225, § 26; I, 18, § 228, II, 4. § 80 fg., die s. g. „Revenuen-Hypothek.“

Falle der Exekution der Gläubiger nicht im Wege der Veräußerung, sondern nur durch Sequestration der Einkünfte des Objectes seine Befriedigung suchen kann. Wollte man darin eine antizipirende Mobilienverpfändung, wie sie das gemeine Recht kennt,⁶⁾ erblicken, so läge ein Widerspruch vor gegen unseren partikularrechtlichen Grundsatz, daß Mobilienpfandrecht nur durch Tradition entsteht (a. b. Gb. § 451), und wäre überdies die Verbücherung eines solchen (künftigen) Pfandrechts an Sachen, die noch nicht existiren, und auf ein Object, welches selbst ihm nicht unterworfen sein, sondern die Pfandobjekte nur produziren soll, eine völlige Anomalie.⁷⁾ Ebenso unmöglich aber ist es, hier ein Immobilienpfandrecht zu statuiren, welches nicht das ganze Grundstück, sondern nur jene Theile desselben, die sich als Früchte darstellen, ergriffe; denn einmal lassen sich die sog. Civilfrüchte bei dieser Auffassung schlechtweg nicht unterbringen, sodann aber können auch wirkliche Theile einer Sache, so lange sie nicht (durch Separation) zu selbständiger Existenz gelangt sind, nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der für das östr. Tabularrecht durch G. B. G. § 13 ausdrücklich bestätigt ist, nicht Gegenstand besonderer dinglicher Rechtsverhältnisse sein.⁸⁾ — Wegen dieser Schwierigkeiten wollen neuere Civilisten das vorliegende Geschäft überhaupt nicht als Verpfändung gelten lassen, sondern erblicken darin „die Eintragung eines persönlichen (d. h. obligatorischen) Rechts auf Uebergabe der Früchte zu Pfand in die öffentlichen Bücher“ mit der Wirkung einer „dem jedesmaligen Besitzer auferlegten Verpfändungsverpflichtung der Früchte nach deren seinerzeitiger Abtrennung.“⁹⁾ Diese Theorie widerspricht zunächst der feststehenden Auffassung des Verkehrs, wonach wer eine Forderung auf ein Landgut ad fructus intabulirt erhält, für dieselbe allerdings

6) L. 8 pr. D. de contr. emt. (18, 1.) L. 15 pr. D. de pign. (20, 1) L. 11. § 3. D. qui pot. (20, 4). vgl. Exner, Pfandrechtsbegriff S. 108 fg., 132, Note 251.

7) Gleichwohl scheint Zeiller, II, S. 268, dem andere Kommentatoren gefolgt sind, die Fruchtverpfändung des § 457 (Schlußsatz) als eine selbständige Verpfändung stehender Früchte aufzufassen, ohne sich klar zu machen, wie denn der Eigenthümer einer Wiese das anzuhoftende Gras im Januar „bereits giftig und in der gehörigen Form (§ 451) verpfändet“ haben kann? da doch der cit. § 451 dazu das „in Verwahrung nehmen“ kategorisch erfordert.

8) Unger, Syst. I, § 52.

9) Unger, a. a. D. Note 17, und nach ihm Krainz, G. B. 1869, Nr. 29.

Exner, Oest. Hyp.-Recht.

eine gewisse pfandrechtliche Bedeckung sofort haben, nicht bloß einen Titel zu einem eventuell erst zu bestellenden Pfandrecht erlangen soll. Sie führt aber auch zu praktischen Ergebnissen, die nicht haltbar und von den Gerichten nicht anerkannt sind: denn wäre der Erfolg des fraglichen Geschäftes in der That bloß eine Obligation des Gutsinhabers auf seinerzeitige Tradition der bezogenen Früchte zu Faustpfand, so stände der so Berechtigte dem insolventen Verpflichteten schlechtweg als persönlicher Gläubiger gegenüber, und hätte, auch wenn sein „Pfandrecht“ als erstes oder einziges ob dem Gute verbüchert wäre, keinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus diesem Gut, da er nicht „aus einem dinglichen Rechte“, mithin nicht als „Realgläubiger“¹⁰⁾ auftreten könnte.

Man muß also von der Auffassung der älteren östr. Schriftsteller so viel festhalten, daß es sich bei der Intabulation eines Pfandrechts ad fructus wirklich um Errichtung eines (sofort wirksamen) Hypothekarrechts handelt, aber man wird als dessen Gegenstand nicht die zukünftigen Erzeugnisse oder Einkünfte des mit solcher Hypothek belasteten Gutes, sondern dieses selbst anzusehen haben. Damit verschwinden freilich die obigen Bedenken, allein es entsteht sofort die neue Frage, wie nun dieses Pfandrecht von der gewöhnlichen Hypothek sich unterscheidet, und wie man das zum Pfandobjekt machen könne, auf dessen Veräußerung der Gläubiger keinen Anspruch hat? — In der That ist unsere Meinung, daß die Hypothek ad fructus von der gewöhnlichen sich nicht durch ihren Gegenstand, sondern durch ihren Inhalt unterscheidet. Beide ergreifen den gesammten durch die Eintragung belasteten Tabularkörper, aber sie ergreifen ihn mit einer rechtlichen Macht von verschiedener Intensität.

Die Macht, welche jede Hypothek dem Berechtigten gewährt, „aus der Pfandsache . . . die Befriedigung zu erlangen“, kann im Allgemeinen auf zwei Wegen ausgeübt werden,¹¹⁾ durch Verkauf und Aneignung einer zureichenden Quote des Erlöses, oder durch Beschlag-

10) Konf.-D. §§ 30, 31. — Befindet sich in der Konkursmasse ein Fideikommißgut, so würde die darauf eingetragenen Gläubiger (a. b. Ob. § 632) der hier bekämpften Theorie zufolge den Chirographariern völlig gleichstehen, da die Eintragung ihnen kein Pfandrecht gewährte, sondern lediglich die persönliche Pflicht zur Verpfändung der Früchte für den Besitzer begründen würde.

11) Das Nähere über diese Alternative s. im III. Buch.

nahme der Nutzungen und allmälige Tilgung der Pfandforderung aus dem Ertrag (Sequestration); beide Wege stehen in der Regel dem Hypothekar offen, auf beiden verwerthet er die Sache zu seiner Befriedigung, und es ist lediglich eine Frage der Opportunität ob er in concreto die eine oder die andere Form der Ausübung seines Pfandrechts vorzieht. Bei gewissen Objekten aber, deren Veräußerlichkeit vinkulirt ist, wie bei Fideikommissen, Pfündengütern¹²⁾ u. s. w. ist durch diese Qualität des Pfandgegenstandes dem Hypothekar der Eine jener beiden Exekutionswege rechtlich abgeschnitten und die Ausübung seines Pfandrechts auf den andern beschränkt; daselbe nun kann offenbar auch durch Vereinbarung geschehen, indem der Verpfänder sein Gut nur in der Weise zur Deckung einer Schuld anweist, daß es im Wege exekutiver Sequestration für deren Befriedigung aufzukommen habe, nicht auch durch Feilbietung. Alsdann resultirt ein Hypothekarrecht, welches das verpfändete Gut zum Gegenstand hat, nicht nur gewisse gegenwärtige oder künftige Theile desselben, aber von beschränkter Intensität ist, nämlich beschränkt auf Verwerthung des Objekts im Wege der Perception seiner Nutzungen; ihm haftet nicht der Erlös, nur der Ertrag — daher „Pfandrecht ad fructus“.

3) Antheile (pro indiviso).

Ergreift jede Hypothek den betroffenen Tabularkörper als ein Ganzes, so ist damit wohl die Sonderverpfändung von reellen, nicht aber auch die von sog. inbeellen Theilen ausgeschlossen;¹³⁾ wie in die Gesamtheit des Nachlassvermögens eine Succession nach Quoten, so findet auf die bürgerliche universitas, unbeschadet ihrer rechtlichen Einheit, die hypothekarische Belastung pro partibus indivisis statt. Allein aus Nützlichkeitsgründen ist nach östr. Recht¹⁴⁾ diese Möglichkeit beschränkt: G. B. G. § 13.

12) Ueber Verpfändung von Pfünden s. Stubenrauch, zu § 448, Hofd. v. 27. Juni 1791. G. B. G. S. 170. (Michel, Handbuch Nr. 803.)

13) Ueber das Wesen der s. g. ideellen oder intellektuellen Theilung s. Unger, Syst. I. § 51, Steinlechner, das Wesen der Juris Communio, 1876, S. 72 fg.; gegen die verkehrte Ansicht Finger's (Wagn. Jchr. 1845, II; 1846, I), daß die Auszeichnung der partes pro indiviso in den öst. Büchern die Wirkung einer Realtheilung habe, Unger a. a. D. Note 30. — A. b. Ob. § 829.

14) Gemeinrechtlich steht es nach richtiger Ansicht dem Eigenthümer frei, seine Sache zu einem beliebigen aliquoten Theil zu verpfänden, L. 10, L. 16, § 8. D. de pign. (20, 1) cf. L. 8, § 3. D. quib. mod. p. (20, 6) Dernburg, Pfr. I,

„Das Pfandrecht kann entweder auf einen ganzen Grundbuchs-körper, oder, wenn das Eigenthum an demselben für mehrere Personen eingetragen ist, auf den Antheil eines jeden¹⁵⁾ Miteigentümers, dagegen nicht . . . auf einen Theil des einem Miteigentümer im Grundbuche zugeschriebenen Antheils eingetragen werden.“

Hiernach also ist eine Hypothek auf einen ideellen Theil des Tabularkörpers überhaupt nur möglich, wenn das Eigenthum daran in aliquote Theile bücherlich zerfällt,¹⁶⁾ und auch dann nur für je einen dieser Theile als Ganzes. Der praktische Grund dieser Beschränkung liegt in der Sorge für Erhaltung der Einfachheit und Uebersichtlichkeit der Tabularstände; sie bildet zugleich eine Skantel gegen allzu schwere Verwicklungen im hypothekarischen Befriedigungsverfahren.

§ 4.

Fortsetzung.

B. Ein Tabularkörper kann nicht nur durch seinen Eigentümer hypothekarisch belastet werden, sondern auch durch die bücherlichen Inhaber anderer minder umfassender Rechte, welche im Tabularverkehr stehen. Natürlich aber kann eine solche Verpfändung nur innerhalb der Grenzen des dem Verpfänder zustehenden Rechts wirken, also nur dahin gehen, daß der Pfandgläubiger aus dem Werthe des belasteten Tabularkörpers in so weit eventuell seine Befriedigung suche, als dieser Werth der rechtlichen Verfügung des Verpfänders, kraft seiner Berechtigung an dem Objekt, unterworfen war.

Für zwei der wichtigsten Fälle ist dieß vom a. b. Ob. ausdrück-

S. 430 (A. M. Bremer, Hypothek und Grundschuld, S. 32). Dasselbe muß in Desteich für bewegliche Pfänder gelten.

15) Das Wort „jeden“ wäre besser weggeblieben, da es zu dem Mißverständnis einladet, als ob das Pfandrecht bei getheiltem Eigenthum stets auf alle Miteigentumsantheile zugleich gelegt werden müßte.

16) Nicht nur wenn das bücherliche Eigenthum, wie der Wortlaut des § 13 verlangt, „für mehrere Personen eingetragen ist,“ muß das Gesagte gelten, sondern auch, wenn ein und dieselbe Person mehrere Eigentumsquoten (die zu verschiedenen Zeiten und bereits mit verschiedenen Sonderhypotheken belastet von ihr erworben sein mögen) bücherlich besitzt; denn nicht auf die Mehrheit der eigenthumsberechtigten Personen kann es vorliegendenfalls ankommen, sondern lediglich auf die bücherlich apparirende Mehrheit der Eigentumstheile, deren jedes für sich im Hypothekverkehr steht.

lich vorgesehen. Die Verpfändung eines Grundstückes, das in getheiltem Eigenthum steht, wird auch dem Nutzungseigentümer gestattet (§ 1128) mit der hier ausdrücklich wiederholten Beschränkung, daß derselbe dem Pfandgläubiger „nicht mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat“ (§ 1138, cf. § 442); und ferner, jeder Hypothekar „kann sein Pfand, insofern er ein Recht darauf hat, einem Dritten wieder verpfänden“ (§ 454). Es geschieht dieß in der Weise, daß das Pfandrecht des Dritten in dem Lastenblatt des betroffenen Grundbuchs-körpers zu dem, gleichfalls als Last daselbst erscheinenden, Rechte des Verpfänders eingetragen wird. So stellt sich nun das bücherliche Recht des Verpfänders, kraft dessen und in dessen Grenzen die Verpfändung erfolgte, formell als der Gegenstand des neuen Hypothekarechts dar; dieses letztere wird „auf“ das Pfandrecht, Nutzungsrecht u. s. w. des Verpfänders gebucht¹⁾ und danach als Hypothek „an“ jenem jus in re aliena gemeiniglich bezeichnet.²⁾ —

Welch bücherlichen Rechte sind nun (im Sinne dieser Vorstellungsweise) möglicher Gegenstand einer hypothekarischen Belastung?³⁾

Da die östr. Gesetze hierüber keine Norm enthalten,⁴⁾ — denn

1) A. b. Ob. § 454 . . . „wenn zugleich letzterer die Afterverpfändung auf das Pfandrecht in die öffentlichen Bücher eintragen läßt.“

2) Die an einem anderen Orte (Kritik des Pfandrechtsbegriffes, 1873) von mir bekämpfte, neuerdings aber von Pfaff (Grünhut's Zschr. I, S. 35 fg.) wieder eingehend vertheidigte Vorstellung, als sei in den Fällen des Afterspfandrechts, des Pfandrechts am Nießbrauch, Emphyteuse u. s. w. in Wirklichkeit das betreffende Recht — und nicht vielmehr stets die demselben unterworfenen Sache selbst — der Gegenstand des abgeleiteten Pfandnegus, halte ich immer noch für eine theoretisch unhaltbare. Allein da die Kontroverse in Bezug auf unser Immobiliarrrecht ohne praktischen Belang ist, kann sie hier auf sich beruhen. — Meine Opposition gegen das „Recht am Recht“ ist übrigens nicht gegen diesen Ausdruck gerichtet, sondern nur gegen die vermeintliche Realität des durch ihn ausgedrückten Verhältnisses. Und wie der Ausdruck „juristische Person“ sich erhalten hat, auch nachdem er als ein bildlicher erkannt ist, so wird man den hergebrachten und kaum entkehrlichen Ausdruck „Verpfändung des Nießbrauchs“, „Pfandrecht am Nutzungseigenthum“ u. s. w. unbedenklich beibehalten dürfen, auch wenn man mit mir dafür hält, daß derselbe „zu verkehrten theoretischen Vorstellungen die unschuldige Veranlassung geworden ist.“ A. a. O. S. 75. — Neuestens scheint sich Windscheid (Pand. 4. Aufl. § 48a) unserer Auffassung sehr zu nähern.

3) Vgl. P. Hofmann, Heimerl's Btschr. XIII, S. 17 fg. Klopsch, S. 37. Die Kommentatoren zu § 448 a. b. Ob. — Gönner, I, S. 118 fg. Roth, II, § 187. Regelsberger, Snt. § 46. Förster, Preuß. Pr. Rt. III, § 192.

4) Während z. B. das bair. Hypoth.-Ges. § 3 die Verpfändbarkeit ausdrücklich

der allgemeine Satz des § 448 a. b. Ob. kann als solche nicht gelten, — so muß die Möglichkeit der Verpfändung für alle bürgerlichen Rechte angenommen werden, deren Natur die pfandrechtliche Verwertung gestattet. Also jedenfalls für alle veräußerlichen, aber außerdem auch noch für diejenigen nutzbaren Realrechte, deren Substanz zwar nicht übertragen, deren ökonomische Ausnutzung aber an dritte Personen überlassen werden kann; denn letzternfalls ist, zwar nicht im Wege der Feilbietung, wohl aber durch pfandrechtliche Sequestration der Nutzungen die Ausübung und Befriedigung hypothekarischer Ansprüche möglich.

Hiernach erscheinen im Einzelnen als verpfändbar:

1) Das sog. Unter- oder Nutzungseigentum; d. h. jene Gruppe von weitgehenden dinglichen Nutzungsrechten, welche vermöge der Intensität ihres Inhaltes und der freien Verknüpfung mit ihrem Subjekt dem Eigentum zunächst stehen.⁵⁾ Dahin gehören namentlich⁶⁾ die aus dem Erbpacht- und Erbzinnsvertrag entspringenden (a. b. Ob. §§ 1128, 1138), bald mehr der römischen Emphyteuse, bald dem Platzrecht⁷⁾ analogen Berechtigungen.

2) Der Nießbrauch, und ebenso jede andere persönliche Dienstbarkeit, wenn ihre Ausübung nicht auf die Person des Berechtigten beschränkt, sondern übertragbar ist.⁸⁾

3) Intabulirte Bestandrechte. Sie sind verwerthbar und

beschränkt auf „jene fruchtbringenden dinglichen Rechte, welche von den Gesetzen den Immobilien gleichachtet sind, und mit dem Tode des Berechtigten nicht erlöschen,“ sagt § 25 böhm. Kpat. nur im allgemeinen die Verpfändbarkeit „landtäglich vorgemerkter Rechte“ voraus und bestimmt, daß ihre Verpfändung zu geschehen habe „durch jene Wege, welche das gegenwärtige Gesetz zur Erwirkung eines Pfandrechts auf eine landtägliche Realität vorschreibt.“

5) Vgl. Dernburg, Lehrb. d. Preuß. Priv.-Rts., I, § 182.

6) Auch das Recht des Lehensträgers und des kirchlichen Beneficiaten ist Nutzungseigentum, nicht aber das Recht des jeweiligen Familienfideikommiß-Inhabers; denn dieser ist Eigentümer, obzwar ein beschränkter, ihm kommt nicht bloß, sondern „auch das Nutzungseigentum zu“ a. b. Ob. § 629.

7) A. b. Ob. § 1125. Nähere Bestimmungen über Verschiedenheit und Abgrenzung der aus Bodenzins-Verträgen möglicherweise entstehenden Rechtsverhältnisse fehlen. Vgl. über diesen Mangel Wächter, das Superfiziar- oder Platzrecht 1868, S. 128.

8) Was freilich nicht präsumirt ist, aber bei jeder Personalservitut durch Parteidisposition bewirkt werden kann; für die Servitut der Wohnung ist das ausdrücklich vorgesehen in § 521 a. b. Ob.

somit pfandfähig,⁹⁾ insofern sie regelmäßig (a. b. Ob. § 1098) die Befugniß in sich schließen, das Objekt entgeltlich in Ackerbestand zu geben; Pachtrechte insbesondere unterliegen auch der exekutiven Sequestration.

4) Bürgerliche Reallastberechtigungen jedes Inhalts (z. B. Renten, Zehnten, Holzungsrechte, Fischereibefugnisse u. dgl.).¹⁰⁾ Hierher gehören auch die sog. Ausgedinge¹¹⁾ (Altentheil, Auszug, Ausnahme, Leibzucht) welche regelmäßig durch Sequestration der Bezüge,¹²⁾ nach Umständen auch durch Feilbietung¹³⁾ verwerthbar sind; nur wo ausnahmsweise das Ausgeding in einer höchst persönlichen Prästation sich erschöpft, entfällt die Möglichkeit der Verpfändung.¹⁴⁾

5) Das sog. Bergwerkseigentum.¹⁵⁾

6) Das Hypothekarrecht selbst, mag dasselbe direkt den betreffenden Tabularkörper, oder eines der angeführten Rechte daran, oder endlich wiederum ein Hypothekarrecht zum Gegenstand haben. (a. b. Ob. § 454).

Hingegen erscheinen als nicht geeignet um zur Grundlage einer hypothekarischen Belastung zu dienen nach obigem Kriterium insbesondere folgende in den öffentlichen Büchern vorkommende Rechte:

1) Personalservituten, sofern sie höchst persönliche Rechte, d. h. weder durch Veräußerung noch durch Uebertragung der ökonomischen Ausnutzung in dritter Hand verwerthbar sind; so die Servitut des Gebrauchs und die ihr durch Privatwillkür nachgebildeten Gerechtigkeiten (a. b. Ob. §§ 504, 479).¹⁶⁾

9) Obergerichtl. Entsch. v. 16. Aug. 1866, E. G. Z. 1867, Nr. 8. „Es liegt in der Natur eines Bestandrechtes nichts, was dessen Pfändung . . . ausschließen würde.“

10) O. U. W. 2161 „Renten und Gefälle sind deshalb, weil sie sequestrirt werden können, nicht von der Exekution durch Schätzung und Feilbietung ausgeschlossen.“

11) Vgl. Beseleer, d. Privatr. 2. Aufl. § 188.

12) O. U. W. 1460, 3110.

13) O. U. W. 2161.

14) So im Falle der Entsch. O. U. W. 2136, wo das Ausgeding in einem „bestimmten Personen nur für ihre Person zustehenden Benützungrechte“ bestand.

15) D. h. jene dinglichen Nutzungsrechte an Bergwerksimmobilien, welche im Sinne des allg. Berggesetzes v. 23. Mai 1854 §§ 108 fg. als „unbewegliches Eigentum und Gegenstand der Eintragung in das Bergbuch“ anzusehen sind. Vgl. das. §§ 109, 268, 269. K. L. e. p. s. ch., S. 161, oben S. 20.

16) Die höchst persönliche Natur kann einem solchen Rechte auch nicht da-

2) Alle Realservituten; da sie „einen vom herrschenden Grundstück untrennbaren Bestandtheil desselben bilden.“¹⁷⁾

3) Aus dem gleichen Grunde die sog. radizirten Gewerbe.¹⁸⁾

4) Das Wiederkaufs- und das Vorkaufsrecht (G.B.G. § 9, a. b. Gb. §§ 1070, 1073, 1074), als unübertragbare Rechte.

5) Erbrecht? — Die in der älteren östreichischen Literatur viel verhandelte Frage, ob das Erbrecht, sei es das erworbene oder erst deferirte,¹⁹⁾ Gegenstand der bürgerlichen Verpfändung sei,²⁰⁾ hätte so nie aufgeworfen werden sollen; denn es gibt in keinem Sinne ein Erbrecht an einem Grundbuchskörper,²¹⁾ sondern was man irrig so nennt ist jeweils ein dingliches Recht (Eigenthum, Nießbrauch u. s. w.) an einem solchen, welches kraft Erbrechts entweder schon erworben ist, oder noch erworben werden soll. Wenn im letzteren Fall eine rechtlich

durch genommen werden, daß der Berechtigte dasselbe mit Zustimmung des Verpflichteten verpfändet: Entsch. OUB. 2136.

17) OUB. 2540. — „Dienstbarkeiten sind unübertragbar, . . . weil sie dem bestimmten herrschenden Gute anfleben und zu dessen eigenthümlichem Vortheil bestellt werden.“ Zeiller, zu § 485 a. b. Gb. Das öst. Recht hat hierin den Charakter der Realservitut fester gewahrt, als die Römer, welche propter utilitatem contrahentium auch Grunddienstbarkeiten in gewissen Grenzen als verpfändbar behandeln. L. 12. D. de pignor. (20, 1.) vgl. Köppert, Arch. f. civ. Prax. 49, S. 289 fg. Windscheid, Pand. I, § 227, Rte. 10.

18) Hofdekr. v. 20. Febr. 1795, J.G. S. 219 (Michel Nr. 510) „Radizirte Gewerbe, d. h. solche, welche ausdrücklich in der Hausgewähr enthalten sind, mithin einen wahren Theil des Hauses und seines Werthes ausmachen, . . . sind von dem Hause . . . nur insofern trennbar, als vorläufig die Sache mit denen auf einem solchen mit einem radizirten Gewerbe versehenen Hause vorgemerkten Gläubigern . . . ausgeglichen und berichtet werden ist.“ (Vgl. auch Hofdekr. v. 9. Dezemb. 1824, J.G. S. 2063, und Ströhal in Grünhut's Jshr. II, S. 515.) Für die f. g. Dominikalgewerbe insbes. Hofdekr. v. 12. Juni 1835, J.G. S. n. F. 34 (Michel Nr. 511).

19) Jus successionis — jus succedendi, a. b. Gb. §§ 532—537. Unger, Erbrecht §§ 2, 6.

20) S. die Reihe dießbezüglicher Aufsätze von Staudinger, Eigner, Wildner, Nippel, Winwarter, Schuttschegg, in Wagner's Jshr. 1833 II, 1836 I, 1836 II, 1837 I, 1840 I, 1844 II; Ellinger im Jurist XVIII, S. 293; die richtigen Gesichtspunkte hat Winwarter a. a. D. 1840 I, S. 253 fg. Die Kontroverse ist in der Hauptsache durch das Hofdekr. v. 3. Juni 1846 J.G. S. 968 (Michel Nr. 1191) dahin erledigt, „daß dem Gläubiger des Erben . . . Pfändung oder Vormerkung nur auf einzelne Erbschaftsachen, nicht auf das Erbrecht im Ganzen bewilligt werden könne.“ — OUB. 3127.

21) Vgl. Unger a. a. D. § 2 Anm. 11—14.

begründete Anwartschaft auf den eventuellen (wenn auch ungewissen) Erwerb des betreffenden dinglichen Rechts besteht, und diese Anwartschaft in die Bucheinlage des Objekts eingetragen ist,²²⁾ steht nichts entgegen daraufhin pfandrechtliche Belastungen zuzulassen,²³⁾ die selbstverständlich denselben problematischen Charakter tragen, wie das ihnen zu Grunde liegende Recht selbst. Dieses aber ist nicht das Erbrecht des Verpfänders, sondern das Eigenthum am Grundbuchskörper, welches Jener kraft seines Erbrechts erwartet. —

Jedes der oben als verpfändbar aufgeführten bürgerlichen Rechte kann auch zu einem ideellen Theil mit Hypothek belastet werden, unter derselben Beschränkung, die für Eigenthumsverpfändungen gilt,²⁴⁾ also nur, wenn die Theilung des Rechts bürgerlich bereits vorliegt oder spätestens gleichzeitig vollzogen wird. Eine ausdrückliche Ausnahme von dieser Beschränkung statuirt das G.B.G. § 13, 2 für das Pfandrecht, welches, auch wo das Hauptpfandrecht ungetheilt haftet, „hinichtlich eines verhältnißmäßig oder ziffermäßig bestimmten Theiles“ erworben werden kann; dasselbe wird auch für Reallasten dann analog zuzulassen sein, wenn dieselben ziffermäßig bestimmte Geldleistungen zum Inhalt haben.²⁵⁾

22) Andernfalls ist eine pfandrechtliche Beschlagnahme nur möglich nach a. b. Gb. § 822, G.B.G. § 24, worüber unten § 24.

23) Pfandrechtspränotation „ob dem für F. L. (als fideikommissarischen Substituten) auf der Wiese in L. aus der Einantwortungsurkunde dd. . . haftenden Anfallsrechte auf den 6. Theil dieser Wiese im Versterbungsfall der R. L.“ bewilligt durch die oberstrichtl. Entsch. v. 15. Juli 1868 J. 7080 (S. G. J. 1872 Nr. 4). — Entgegengesetzt die Entsch. v. 12. Sept. 1867 J. 8043 (OUB. 2853) „weil die Ansprüche aus der letztwillig angeordneten Substitution erst mit dem wirklichen Eintritt des Substitutionsfalles zur rechtlichen Existenz gelangen können.“ Hier ist verkannt, daß das öst. Recht eventuelle Verpfändungen grundsätzlich zuläßt, nicht nur für künftige Forderungen, sondern auch auf Grund noch nicht existirenden aber rechtlich in Aussicht stehenden Eigenthums des Verpfänders, a. b. Gb. § 438, G.B.G. § 49. Unten §§ 24, 30, 31.

24) Oben § 3, a. G. Das Gesetz sagt darüber nichts, aber die Konsequenz verlangt, daß, wenn der Alleineigenthümer eine Quote seines Rechts nicht belasten kann, es auch der Allein-Untereigenthümer, Nießbraucher u. s. w. nicht darf.

25) In welchem Falle unsere Praxis ohnehin sehr geneigt ist, die Reallast mit einer Hypothek zu verwechseln.

IV. Der Grundsatz der Spezialität.

§ 5.

Die moderne Hypothek strebt danach zur Waare zu werden. Aller Waarenverkehr aber, und zumal der sog. Effektenverkehr, gestaltet sich in dem Maße geläufiger, als seine Objekte in ihren für den Erwerber entscheidenden Qualitäten leicht zu prüfen und zu schätzen sind; auch die Hypothek, wenn sie zum klaren Vortheil des Realkredites kulanteres Marktojekt werden will, muß ihr Quid Quale Quantum möglichst bestimmt und offensichtlich an der Stirne tragen, denn je geringer die Schwierigkeiten einer diesbezüglichen Untersuchung, desto größer die Marktfähigkeit und damit der Werth.

Das Bestreben dem Hypothekarinstitut in dieser Richtung zu Hilfe zu kommen hat schon im vorigen Jahrhundert partikularrechtlich zu einschneidenden legislativen Neuerungen geführt, und seither ist die Gesetzgebung, mit Bewußtsein das oben bezeichnete Ziel verfolgend, allmählig zu einer Gruppe von neuen materiellen Rechtsätzen gelangt.¹⁾

Dieselben stellen sich in bedachten Gegensatz zum gemeinen Recht und treffen in dem Zweck zusammen, der einzelnen Hypothek durch genaueste Präzisierung ihres Gegenstandes und Inhaltes die erforderliche Signung für den großen Verkehr zu geben.

Diesem Zweck mußte vor Allem die sog. Generalhypothek²⁾ zum Opfer fallen, da die rechtliche Möglichkeit alle pfandbaren Stücke eines Vermögens (blos die gegenwärtigen oder auch die künftigen) uno actu mit Hypothek zu belegen, für die Frage nach dem gegenständlichen Umfang des so begründeten Rechtes eine weitwichtige Untersuchung erforderlich, und zugleich die Güte (Priorität) nachfolgender

1) Eichhorn, Einleitung in das D. Privatr. § 190, Beseler, D. Pr. Rt. § 97. Mascher, S. 636 fg. — Günner, Comment. z. bair. Hyp.-Ges. I, § 11, Roth, bair. Civ. Rt. II, § 186, Regelsberger Hrt. § 28.

2) Es bedarf heute keiner Ausführung mehr darüber, daß die „Generalhypothek“ des gem. Rts. dem einzelnen von ihr betroffenen Objekt gegenüber in keiner Weise anders wirkt, als jedes durch Spezialberechtigung an demselben errichtete Pfandrecht, daß mithin richtigerweise nur von „Generalverpfändung“, nicht von „Generalpfand“ gesprochen werden soll. Wächter, Erörterungen I, S. 20 fg. Windscheid, Pand. § 229, Nr. 1. u. 2.

Hypotheken von der nämlichen Untersuchung abhängig macht.³⁾ Daher die in Rede stehende legislative Bewegung mit dem Satze: alle Verpfändungen müssen spezielle sein, beginnt, und das treibende Prinzip dieser Bewegung noch heute von demselben Satze seinen Namen führt.⁴⁾

Der Name mag immerhin festgehalten werden,⁵⁾ — zumal das eingebürgerte Wort „Spezialität“ einen weiteren Sinn, als ihn der Gegensatz zum „Generalpfand“ ergibt, sehr wohl zu fassen vermag, — aber der Begriff ist angesichts des heutigen Standes der Hypothekergesetzgebung weit umfassender. Er begreift eine Summe von Normen in sich, die zusammengenommen der Hypothek die Eigenschaft der „Spezialität“⁶⁾ geben, d. h. diejenige rechtliche Gestaltung, welche im obigen Sinne ihre Tauglichkeit für einen kulantem Bodenkreditverkehr bedingt.

Drei Punkte sind es, die von jenen Normen betroffen werden, entsprechend den drei Momenten, welche für die Beurtheilung des Werthes jeder Hypothek maßgebend sind: 1) Spezialisierung ihres Gegenstandes, 2) ihres Inhaltes (Betrages), und 3) ihres Ranges.

Nach all diesen Richtungen ist zur Verwirklichung des Grundsatzes der Spezialität in Oestreich viel geschehen, bezüglich des ersten und dritten Punktes schon frühe, bezüglich des zweiten erst in neuester Zeit.

1) Bestimmtheit des Gegenstandes.

Die Generalhypothek,⁷⁾ schon seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts durch Spezialgesetze⁸⁾ in den Erblanden unterdrückt, erscheint

3) Vgl. die amtl. Motive zum Entw. einer allg. G.-B.-Ordnung von 1858, S. 15, 16.

4) Noch bei Eichhorn a. a. D. wird unter dem Spezialitätsprinzip lediglich der Ausschluß der Generalhypotheken verstanden.

5) Regelsberger a. a. D. schlägt vor, ihn durch den adäquaten deutschen (aber bisher nicht technischen) Ausdruck „Bestimmtheitsprinzip“ zu ersetzen.

6) Schief und zu eng ist die „juristisch-logische“ Definition der Spezialität bei Mascher, S. 637.

7) Daß auch in der Zulassung von Simultanhypotheken (G.B.G. § 15) eine Schädigung des Spezialitätsprinzips liege (Mascher, S. 672 fg., dagegen Regelsberger, S. 131), ist unrichtig; wird man von Unbestimmtheit des Schuldners sprechen, wo mehrere namentlich bezeichnete Individuen solidarisch haften?

8) Pat. v. 28. Apr. 1780, 26. Aug. 1784 (Galizien), Pat. v. 22. April 1794, § 13 . . . „so ist das sonst üblich gewesene allgemeine Unterpfand aufgehoben und außer aller Wirkung gesetzt“ (Böhmen und Mähren), Hofbetr. v. 30. Okt.

in a. b. Gb. stillschweigend ausgeschlossen, indem nach § 451 die Erwerbung des Pfandrechts an Immobilien nur durch die gehörige Eintragung der Forderung in den öffentlichen Büchern erfolgt, welche nach dem System der Realfolien eingerichtet, nicht ganze Vermögen sondern nur „liegende Güter“ ausweisen. Das allg. G. B. G. § 13 (und ebenso die Ungar. G. B. D. §§ 54, 57) kennt Pfandrechte nur an Grundbuchskörpern und deren Antheilen. — Demnach ist in Oestreich ein Vermögen als solches nicht verpfändbar, und das gilt insbesondere auch von Erbschaften und Erbschaftsantheilen (z. B. Pflichttheil).⁹⁾

Aber auch nicht das einzelne Grundstück als physisch begrenztes Individuum bildet den Gegenstand der Hypothek, sondern der „Grundbuchskörper als ein Ganzes.“¹⁰⁾ Es hängt also die Spezialität des Hypothekarrechts in dieser Richtung davon ab, inwieweit das Grundbuch die von ihm befaßten „Körper“ nach Umfang und Beschaffenheit ersichtlich macht. Darin nun leisten die östreichischen Grundbücher der verschiedenen Arten und Gegenden — jenachdem sie ein mehr oder weniger vollständiges oder gar kein Besitzblatt haben — Verschiedenes, aber fast durchwegs zu Wenig.¹¹⁾ Erst von der Neuanlegung der Grundbücher in Folge der jüngsten Landesgesetze,¹²⁾ und von der allmählichen Ersetzung der vorläufigen Einlagen in den Eisenbahnbüchern durch die endgiltigen¹³⁾ darf man die vollkommene Durchführung des

1819 (Tirol und Vorarlberg), Pat. v. 19. Juni 1826, § 21, 22 (Lombardei und Venedig), Hoffz. d. v. 22. Okt. 1830 (Dalmatien). Michel Nr. 879—883. — Ueber einzelne Vorläufer dieser wichtigen Neuerung (insbes. das niederösterreichische „Sicherungsbuch“ v. 17. August 1635 mit dem Hofreskript v. 24. April 1713) s. Haan, Studien S. 114 fg.

9) In der falschen Fassung, ob das „Erbrecht“ verpfändbar sei, ist diese Frage mehrfach erörtert (vgl. oben § 4, Note 20) und durch Hofz. d. v. 3. Juni 1846, J. G. S. 968 erledigt; s. auch OUB. 3127.

10) G. B. G. § 3. Oben § 3; unten § 38.

11) Bei der großen Verschiedenheit, die derzeit noch hinsichtlich der Anlage und Führung der öff. Bücher in Oestreich besteht, läßt sich mehr als das Obige im Allgemeinen nicht sagen. Vgl. oben Einleitung II, A, und unten § 38.

12) S. oben S. 9, 10.

13) Eisenbahnbüchergesetz v. 19. Mai 1874 (R. G. B. 70) § 8. Die vorläufigen Einlagen haben ein Bestandblatt, welches nur in der Aufschrift den Namen und die Richtung der Bahn angibt, dessen Abtheilungen aber (in welche die Aufzählung der einzelnen Eisenbahngrundstücke und der mit diesen aktiv verbundenen dinglichen Rechte gehört) noch unausgefüllt sind.

Spezialitätsprinzips in der Richtung auf das Objekt erwarten. Bis dahin ist wer in Oestreich Hypothekarkredit gewähren will in der Regel darauf hingewiesen, über Umfang und Werth des dargebotenen Pfandobjektes selbst eine Untersuchung anzustellen, wobei die diesbezüglichen Angaben des Grundbuches, je nach ihrer Vollständigkeit und Genauigkeit, ihn mehr oder weniger unterstützen, aber nie allein leiten können.

2) Bestimmtheit des Inhaltes.

Der Inhalt des einzelnen Hypothekarrechts¹⁴⁾ bestimmt sich durch die doppelte Frage: 1) für welche Forderung¹⁴⁾ haftet das Objekt, und 2) worauf geht die Forderung?

In ersterer Richtung gibt das öffentliche Buch stets die erforderliche Auskunft vermöge des Grundsatzes, daß in Oestreich nicht Hypotheken für Geldbeträge schlechthin, sondern nur für „Forderungen“ eingetragen werden können; das Hauptbuch bezeichnet die grundversicherte Forderung regelmäßig durch Angabe ihrer Causa,¹⁵⁾ in allen Fällen aber gewährt die der Eintragung beigefügte Beziehung auf das Urkundenbuch, welches an der bezogenen Stelle eine authentische Abschrift der Schuldurkunde enthält, jedem Betheiligten die Möglichkeit die Identität der Pfandforderung festzustellen.

In letzterer Richtung ist das Spezialitätsprinzip in Oestreich¹⁶⁾ erst durch das allg. G. B. G. durchgeführt worden, welches bestimmt: 17)

a) daß das Pfandrecht nur für eine ziffermäßig bestimmte Geldsumme eingetragen werden kann (§ 14, Abs. 1),

b) daß diese ziffermäßige Bestimmtheit, wo sie der Pfandforderung im Zeitpunkt der Verbücherung mangelt, für den Hypothekerverkehr durch Eintragung eines Höchstbetrages hergestellt wird, über welchen hinaus die Pfandhaftung nicht reichen kann (§ 14, Abs. 2),

14) Die Individualität der Pfandforderung ist, auch bei völlig bestimmtem und bekanntem Inhalt derselben, für den Hypothekerverkehr keineswegs gleichgültig, denn bei Ansetzungen des Bestandes oder des bucherlich apparirenden Umfangs der Hypothek (insoweit solche nicht durch das Publizitätsprinzip in concreto ausgeschlossen sind) wird vielfach das Material für Angriff wie Vertheidigung aus dem Gesamminhalt des Obligationsverhältnisses geschöpft. Vgl. unten §§ 13, 36.

15) Darüber das Nähere unter § 20, Z. 4.

16) Für die ungarischen Länder, schon früher (aber minder vollständig) durch Ung. G. B. D. §§ 65, 66; s. unten § 20, Z. 2.

17) Vgl. unten § 20 und § 37, wo des Näheren auf die hier angeführten gesetzlichen Einzelbestimmungen eingegangen ist.

c) daß das Hypothekargut für unverbücherte vertragsmäßige Zinsen gar nicht (§ 14, Abs. 1) und

d) für rückständige Zinsen, so wie für rückständige Ansprüche aus verbücherten Renten u. dgl. nur innerhalb des Maßes eines dreijährigen Rückstandes haftet (§ 17, 18).

An der Hand dieser Normen kann Jedermann aus dem Wortlaut des bücherlichen Eintrags das Minimum¹⁸⁾ des Geldbetrages, mit welchem das Grundstück für jede eingetragene Hypothek haftet, in voller Genauigkeit, das Maximum aber wenigstens annähernd entnehmen; die Bestimmtheit würde auch in Bezug auf das Maximum eine vollständige sein, wenn nicht die gesetzliche Haftung des Hypothekargutes für die „Prozeß- und Exekutionskosten“ (G.B.G. § 16) eine unbegrenzte wäre.¹⁹⁾

3) Bestimmtheit des Ranges.

Da die Sicherheit der einzelnen Hypothek, und damit ihr Werth, gleicherweise wie von ihrem Objekt selbst, auch von der Rangstellung abhängt, welche sie an diesem Objekt unter konkurrierenden Rechten behauptet, so verlangt das Spezialitätsprinzip, daß auch in dieser Richtung die erforderliche Bestimmtheit obwalte. Hiesfür ist in Oestreich von Altersher gesorgt durch Beseitigung der gemeinrechtlichen Vorrangprivilegien und Aufstellung des von dem Tabularsystem involvirten Grundsatzes, daß die Rangordnung dinglicher Rechte an Immobilien allein nach der Zeitfolge ihrer Eintragung in das öffentliche Buch sich bestimmt.²⁰⁾ Letzteres wurde dahin genauer festgestellt, daß nicht sowohl der (durch Zufälligkeiten oder fiskalische Bedenken²¹⁾ möglicher-

18) Ausgenommen nur den Fall einer s.g. Kreditshypothek (oben unter b), wo die Summe ohne Begrenzung nach unten steht.

19) Ueber den Inhalt dieser Haftung unten § 37. — Es hätte sich empfohlen, das Maximum der hypothekarischen Haftung auch für diese Accessionen der Pfandschuld auf ein in Prozenten des Kapitals ausgebrücktes Maß gesetzlich zu beschränken, für den Fall, daß nicht die Parteien selbst eine diesbezügliche ziffermäßige Bestimmung getroffen haben. (Die gleiche Unbestimmtheit in diesem Punkt besteht nach § 30 des preuß. Ges. v. 5. Mai 1872.)

20) Böh. Kspat. § 15, Ung. G.B.D. § 61, G.B.G. §§ 29, 110. Vgl. Klepisch, S. 103 fg. und unten das V. Buch.

21) Schon das Pat. v. 12. Dz. 1785, S.G. S. 503 richtet sich gegen die Bedenklichkeiten, welche aus der in einigen Landtaspelpatenten enthaltenen Anordnung entstehen, daß die Vormerkung nur mit dem Tage der bezahlten Landtaspelgabe zu geschehen habe, und verfügt, „daß künftig bei der Landtaspel stets diejenige Ver-

weise verschobene) Eintragungsakt selbst, sondern der Zeitpunkt des Anbringens, auf welches hin dieser Akt nachher erfolgt, entscheidend sein soll: so daß eine Mehrheit eingetragener Pfandrechte stets nach der Reihenfolge ihrer Eintragungszahlen sich ordnet.²²⁾ Und da diese Zahlen an der Spitze des betreffenden Eintrags im Hauptbuche stehen,²³⁾ ergibt der erste Blick in dieses die bestimmte Auskunft über die Rangstellung der Hypothek.

V. Der Grundsatz der Publizität.

§ 6.

Uebersicht 1). — A. Oeffentlichkeit der Hypothekenbestellung.

Auf dem ganzen Gebiete des heutigen Immobilienrechtes pflegt man das Prinzip der „Publizität“ als praktisches Postulat neben dasjenige der Spezialität zu stellen, und man begreift darunter im Allge-

bindlichkeit früher vorzumerken ist, um deren Vormerkung das Ansuchen . . . früher mit Beilegung der Originalurkunden . . . eingereicht worden.“

22) Böh. Kspat. § 16, Ung. G.B.D. § 61, Abs. 2, G.B.G. §§ 29, 103. — Falls diese natürliche Rangfolge durch eine „Anmerkung der Rangordnung“ (G.B.G. § 53) oder durch „Nachstehungserklärung“ alterirt ist (G.B.G. § 30) gibt das Hauptbuch auch darüber Aufschluß.

23) Vgl. die Beilagen und oben S. 27, 31.

1) G ö n n e r, Kommentar z. bair. Hyp. Rt. I, §§ 21, 24 fg.; 1823, Wächter, Erörterungen I, 7: die Einträge in die Gerichtsbücher und ihre Bedeutung v. 1845; Prinz, der Einfluß der Hypothekenbuchverfassung auf das Sachenrecht v. 1858; F ü g e r, Systematische Darstellung der Rechtswirkungen der Einträge in die öff. Bücher §§ 5—10, 49—51 (1865); Unger, die materielle Seite des Instituts der öff. Bücher, a. östr. Gerichtsztg. 1868 Nr. 25, 26; Krainz, Das leitende Prinzip der bücherlichen Rechte, daselbst 1868 Nr. 95—100 und 1869 Nr. 13 fg.; E r n e r, das Publizitätsprinzip, 1870 [darüber zustimmend D a r u m, östr. G.Z. 1871 Nr. 1, 2; theilweise dagegen K a n d a, das. Nr. 36 fg. (Replik und Duplik das. 1872 Nr. 8 fg., Nr. 34 fg., erstere durch Druckfehler entstellt); H a r r a s o w s k y, Zchr. f. b. Notariat in Oestreich, 1872 Nr. 47; K a n d a, Münchener krit. Wjchr. XVI. S. 17 fg.]; K e g e l s b e r g e r, Studien z. bair. Hyp. Rt. II, 1872; W y s, die Rechtskraft der Grundprotokolleinträge, Zchr. f. Schweiz. Rt. XVII. S. 91 fg. 1872. — M e i b o m, S. Rt. § 7 fg., K e g e l s b e r g e r, S. Rt. I, §§ 29 fg. F ö r s t e r, preuß. Grundbuchrecht, § 3, D e r n b u r g, preuß. Privatrecht I, § 202.

meinen ein System von Einrichtungen und Rechtsregeln, welche darauf abzielen dem Immobilienverkehr und insbesondere dem Immobilienkredit durch Erkennbarkeit und öffentliche Garantie der dinglichen Rechtsverhältnisse einen festen Boden zu geben.²⁾ In diesem Zweck sind alle neueren Hypothekengesetzgebungen einig, ebenso im Allgemeinen über die Rechtseinrichtungen, welche seine Verwirklichung bedingen; die Verschiedenheiten betreffen nur den Grad der Energie bei Anwendung der Mittel, und somit den Grad der Vollständigkeit in Erreichung des Zweckes.

Fassen wir jene Mittel, zunächst noch ohne Rücksicht darauf wie weit dieselben in Oesterreich derzeit verwirklicht sind, ins Auge, so treten sie in drei historisch und dogmatisch gesonderte Gruppen auseinander:

1) Voran steht die Beseitigung der gemeinrechtlichen hypotheca tacita und privata durch den Grundsatz, daß Rechtsakte, aus welchen eine Hypothek entstehen soll, nur in der Form der *Gerichtsoffenheit*, durch gehörige Eintragung in die Gerichtsbücher, möglich sind. Hieran schließt sich

2) die Einrichtung der *Offenheit* des Hypothekenbuches, d. h. eine Veranstaltung, welche Jedem rechtlich Interessirten die Möglichkeit gewährt von dem Inhalt des Buches (welches dadurch zum „öffentlichen“ Buch wird) Einsicht zu nehmen.

3) Endlich finden die durch das Vorstehende verfolgten praktischen Tendenzen ihren letzten und schärfsten Ausdruck in dem Grundsatz der *Glaubhaftigkeit* der öffentlichen Bücher (*publica fides*), wonach deren Inhalt (unter bestimmten Voraussetzungen und Beschränkungen) als von Rechtswegen wahr und in seinem Bereich erschöpfend für den redlichen Immobilienverkehr zu gelten hat.

Nach diesen drei Gruppen soll die folgende Darlegung des unter dem modern-technischen Begriff des „*Publizitätsprinzips*“ gemeiniglich zusammengefaßten Rechtsstoffes sich gliedern.

A. Publizität der Hypothekenbestellung.

Der im deutschen Rechtsbewußtsein von Altersher lebendige Gedanke, daß Rechtsvergabungen an Grundstücken durch einen in Aller Augen fallenden Akt, also in öffentlicher Form, sich vollziehen müssen,

2) Exner, das Publizitätsprinzip S. 4; vgl. Mascher, S. 583 fg.

hat bekanntlich die Rezeption des römischen *Sachenrechts* überdauert,³⁾ welchem dieser Gedanke im Lauf seiner Entwicklung zum *Weltrecht* abhanden gekommen war. Der Widerstand gegen die *hypotheca tacita* und *privata* des römischen Rechts, wohlbegründet in alten Uebersieferungen und in praktischen Erwägungen, suchte zunächst im röm. Recht selbst nach einem Anhalt und fand denselben in der Lehre von dem Vorzug des sog. *pignus publicum*. Die privilegierte Stellung, welche eine spätrömische Kaiserverordnung⁴⁾ solchen Pfandrechten anwies, die sich auf in bestimmter Weise authentifizierte Urkunden gründen, wurde nämlich auf jene Hypotheken bezogen resp. beschränkt, die nach altem Brauch vor der Obrigkeit errichtet und in die amtlichen Bücher eingetragen waren.⁵⁾ Partikularrechtlich schloß sich hieran vielfach die gesetzliche Verwerfung aller nicht in diesem Sinn „öffentlichen“ Pfandrechte, und dies nannte man nun den Grundsatz der Publizität.⁶⁾ In seiner ursprünglichen Anwendung also beschränkt sich dieser Begriff auf die Ausschließung aller im obigen Sinne „privaten“ Pfandrechte⁷⁾ und erschöpft sich in dem Satz:

Es bestehen von Rechtswegen an Grundstücken keine Hypotheken, die in den Büchern nicht verzeichnet sind.⁸⁾

In Oesterreich⁹⁾ ist dieser Rechtsatz sehr alt. Er findet sich ausdrücklich ausgesprochen zuerst in den Erlassen Ferdinands III. vom Jahre 1640 für den Rechtsbereich der böhmischen Landtafel,¹⁰⁾ steht an

3) Stobbe, deutsch. Privatdt. I, § 67; vgl. dessen Gesch. der Auslassung, Jahrb. f. Dogm. XII, S. 137—272.

4) L. 11. C. qui potior. in pign. (8, 18) Imp. Leo, a. 469. Dernburg, röm. Pfndt. II, § 151.

5) Ihrem Grundgedanken nach sind das römische s. g. *pignus publicum* und das deutsche gerichtsoffenliche Pfndt völlig verschieden (s. darüber Dernburg a. a. D. S. 426, und schon J. H. Böhmer, Exercitationes ad pand. III, 60, Glück, Komm. 18, S. 293) daher jene Anknüpfung eben nur ein Nothbehelf.

6) Eichhorn, Einleit. in d. D. Privatdt. § 190.

7) Wie die „Spezialität“ vom Gegensatz zur Generalhypothek (§ 5, Note 4), so geht die „Publizität“ zunächst aus vom Gegensatz zum *pignus privatum*, aber beide Begriffe erweitern ihren Umfang, um alsbald eine Fülle von neu produzierten Rechtsstoff in sich aufzunehmen.

8) Dieser Satz enthält, was ich (a. a. D.) die negative Seite des Publizitätsprinzips genannt habe. Vgl. auch Regelsberger, Hdt. I, S. 138.

9) Ueber andere deutsche Partikularrechte s. Stobbe, a. a. D. §§ 20, 27 fg.

10) Deklaratorien und Novellen zur böhmischen Landes-Ordnung v. 1. Febr. Exner, Cejtr. Hyp.-Recht.

der Spitze des böhmisch-mährischen Landtafelpatents¹¹⁾ v. 1794, und hat endlich im a. b. Gb. allgemeinen und kategorischen Ausdruck gefunden:

„Wo sogenannte Landtafeln, Stadt- oder Grundbücher, oder andere dergleichen öffentliche Register eingeführt sind, wird der rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechtes auf unbewegliche Sachen nur durch die ordentliche Eintragung in diese öffentlichen Bücher erlangt“ § 321.¹²⁾

„Um das Pfandrecht wirklich zu erwerben muß der mit einem Titel versehene Gläubiger seine Forderung auf die . . . vorgeschriebene Art einverleiben lassen“ § 451.¹³⁾

Demnach gibt es in Oestreich, wo öffentliche Bücher bestehen und an den darin aufgenommenen Grundstücken, außerbücherliche Hypotheken nicht. Gleichwohl hat man sich von dem System der römischen hypotheca tacita legalis keineswegs ganz befreit, sondern einen letzten Rest desselben aus fiskalischen Rücksichten¹⁴⁾ erhalten, zu Gunsten gewisser öffentlichrechtlicher Ansprüche, welche auch ohne Eintragung in die Bücher als rechtliche Lasten des betreffenden Gutes gelten und bei der exekutiven Realisirung seines Werthes neben, beziehungsweise auch vor¹⁵⁾ den Hypotheken zur Befriedigung gelangen. Dieselben sind keine wahren Hypotheken,¹⁶⁾ sie unterstehen nicht den hypotheken-

1640, Ee, V. Haan, Studien über Landtafelwesen S. 11. — Hof-Reskript v. 24. April 1713, Haan, S. 116.

11) Z. G. S. 171, § 1 „dieses Hauptbuch macht künftig die Grundfeste der Landtafel aus, indem das sächliche Recht nur durch die Beschreibung in das Hauptbuch . . . erwirkt wird.“

12) Dem Sinne nach identisch Westgaliz. Gb. (1797) II, § 43. — Vgl. a. b. Gb. § 431 und dazu Strohaal, die Eintragungstheorie in ihrer Geltung für das öfr. Recht. Grünhut's Ztschr. II, S. 513 fg. 750 fg. III, S. 140 fg.

13) Ebenso Westgaliz. Gb. II, § 228. — Der § 4 G. B. G. hat nicht die Bestimmung diesen in Oestreich hinreichend feststehenden Satz zu wiederholen, sondern will die Eintragung in das Hauptbuch als den für den Rechtswerb entscheidenden bürgerlichen Akt bezeichnen.

14) Vgl. die amtl. Motive zum Entw. einer öfr. Grundbuchs-Ordnung v. 1858, S. 17.

15) Von dem Prioritätsprivilegium, das einzelnen dieser Ansprüche noch überdies zukommt, wird hier abgesehen.

16) Sie haben die Natur von Realobligationen, von „sächlichen Lastungen“, wie es neuerlich der ob. Ghf. (Entsch. v. 16. Dezbr. 1874, Z. 13261, v. G. Z. 1875 Nr. 14) richtig bezeichnet hat; vgl. Krauz a. a. D. S. 62, der jedoch zwi-

rechtlichen Normen in Bezug auf ihre Entstehung, Uebertragung und Endigung, wohl aber wirken sie im Stadium der Realisirung den Hypotheken gleich — und so bedeutet ihre anomale Existenz eine schwere Beeinträchtigung des Publizitätsprinzips und folgeweise des Realcreditcs.¹⁷⁾

Von provinziellen Besonderheiten abgesehen¹⁸⁾ kommt das in Rede stehende Privilegium folgenden Ansprüchen zu:¹⁹⁾

1) Den Forderungen des Staates aus rückständigen Grundsteuern,²⁰⁾ bis zur Verjährung.²¹⁾

2) Den Ansprüchen auf den sog. Konkurrenzbeitrag.²²⁾

3) Den Forderungen an Rente oder Kapital aus dem Titel der Grundentlastung, hinsichtlich der entlasteten Grundstücke.²³⁾

schen den Ansprüchen aus Steuerrückständen und aus Uebertragungsgebühren einen wesentlichen Unterschied machen will. — Uebrigens versteht es sich hiernach von selbst, daß all' diesen Ansprüchen ihr „Pfandrecht“ nur zukommt hinsichtlich desjenigen Tabularobjektes, worauf sie sich ihrem Ursprung nach beziehen, und nicht etwa auch hinsichtlich anderer zur Zeit ihrer Entstehung im Vermögen des Personalschuldners stehender Objekte.

17) Ueber die Creditschädlichkeit dieser Ausnahmsbestimmungen ist man h. z. E. einig, ihre Beseitigung (ohne Schaden für den öffentlichen Haushalt) ist aber bedingt durch die Herstellung einer strafferen Verwaltung jener exceptionell geschützten Ansprüche. — Ein Versuch der Justiz-Kommission des k. Herrenhauses, durch Einfügung eines besonderen § zwischen § 15 und 16 G. B. G. jene Privilegien zu präzisiren und zu beschränken, ist nicht durchgedrungen. Kaiserer, Mat. S. 181.

18) In Ermangelung einer amtlichen Zusammenstellung der verschiedenen hier eingreifenden, zum Theil lokalen Verordnungen (z. B. Feuerlöschordnung für Wien v. 31. Dezbr. 1817 § 28) finanzrechtlicher Natur muß die im Text folgende Aufzählung auf die wichtigsten der in ganz Westböhmen gültigen Normen sich beschränken.

19) Harum, Haimers Mag. XI, S. 344 fg., Aufseß, § 64, Leiner, Grundbuchsverfassung §§ 80, 81, Klepsch, S. 25 fg. 161. Stubenrauch, Komm. zu §§ 449 und 450. Ueber die Quellen: Mühlfels, im Jurist I, S. 22 fg., VI, S. 9 fg. Ritka, V, S. 246 fg. Die Verordnungen bei Michel, Hdb. II, Nr. 838 fg. und Supplem. Nr. 1546 f.

20) Michel, Nr. 838—840. Vgl. Konf. D. § 31; die dort eingeräumten Konkursprivilegien umfassen einen viel weiteren Kreis von Ansprüchen.

21) Nicht bloß die dreijährigen Rückstände, auf welche lediglich das Vorrechtsprivilegium (in und außer dem Konkurs) sich beschränkt. Hofb. v. 1. Sept. 1826 Z. G. S. 2219, v. 14. Febr. 1840, Z. G. S. 409. Schopp, Ueber das Vorrecht der landesf. Haus- und Grundsteuern zc. in dessen Archiv 1839 I, S. 265—286.

22) Michel, Nr. 846.

23) Michel, Nr. 849—852, insbes. k. Pat. v. 4. März 1849 §§ 21, 22, R. G. B. 152.

4) Den Ansprüchen des Staatsschatzes auf die Vermögensübertragungsgebühr, hinsichtlich jener Objekte, die den Gegenstand der Uebertragung gebildet haben, ²⁴⁾ durch drei Jahre nach Fälligkeit der Gebühr. ²⁵⁾

5) Für bergbücherliche Objekte statuirt das allg. Berggesetz eine Reihe hierher gehöriger Privilegien, theils zu Gunsten des Staatsschatzes, theils für die Knappschafts- und Bruderladen. ²⁶⁾

§ 7.

B. Offenheit des Buches.

Die Eintragung in die Gerichtsbücher als zwingende Form der Hypothekbestellung hat zur Grundlage den Gedanken, daß der Hypothekarstand der Grundstücke für Dritte jederzeit übersehbar, ¹⁾ und dadurch ihr Realkredit, insoweit er von der Lastengröße abhängt, für den Verkehr klargestellt sei. Danach liegt die Publizität der Bücher, im Sinne ihrer Offenheit für das Publikum ²⁾, schon in der Idee des Instituts und fehlt in der That nirgends, wo dieses Eingang gefunden hat. Nur darin weichen die modernen Gesetzgebungen von einander ab, daß der Zutritt zu dem Inhalt der öffentlichen Bücher entweder schlechthin frei gegeben, oder aber an die mehr oder weniger streng gefaßte Bedingung gebunden wird, daß der Zutrittswerber ein rechtliches Interesse an der Einsicht in den betreffenden Theil des Buches zu bescheinigen vermöge. ³⁾

24) k. Pat. v. 9. Febr. 1850, § 72 R. G. B. 50.

25) Min. Vdg. v. 3. Mai 1850 R. G. B. 181, v. 13. Dez. 1852 R. G. B. 256 (Reipsch, S. 26, 27). — Es ist in der Praxis des ob. Ohs. die Ansicht wiederholt hervorgetreten, daß Gebührenrückstände (auch innerhalb jener 3 Jahre) nicht gegen den Drittbefitzer des Objekts intabulirt bez. eingetrieben werden können (GUW. 595, 780, 941); damit wäre das in Rede stehende Privilegium beseitigt, allein diese Praxis hat sich nicht behauptet: GUW. 1335, 1459, 1464.

26) Ges. v. 13. Mai 1854, R. G. B. 146, § 268. Vgl. R. D. § 41.

1) Diese Form hat nicht gleich anderen den Zweck, unter den Parteien selbst den Rechtsvorgang zweifellos zu stellen, Regelsberger Hrt. § 29. — Den Inbegriff aller ein Objekt betreffenden Einträge nennt man dessen „Tabularstand“.

2) Der hier gewählte Ausdruck „Offenheit“ des Buches scheint mir am besten geeignet alle Mißverständnisse auszuschließen, die aus dem mehrdeutigen Wort „Oeffentlichkeit“ fließen (vgl. mein Publizitätspr. S. 3, 4); Regelsberger a. a. D. sagt dafür „Oeffentlichkeit im formellen Sinn“, und nennt „Oeffentlichkeit im materiellen Sinn“, was ich mit „Glaubhaftigkeit des Buches“ bezeichne.

3) So namentlich in Preußen, Baiern, Sachsen, Württemberg. Es soll da-

In Oestreich gilt von Altersher die unbeschränkte Offenheit der Grundbücher, ⁴⁾ und die neueste Gesetzgebung hat dieß bestätigt.

„Das Grundbuch ist öffentlich. Jedermann kann das Grundbuch in Gegenwart eines Grundbuchsbeamten einsehen und Abschriften und Auszüge daraus erheben.“ ⁵⁾

Nicht nur das Hauptbuch, sondern ganz ebenso auch das Urkundenbuch bez. die Urkundensammlung ⁶⁾ stehen sonach jederzeit ⁷⁾ und für Jedermann zur Einsicht offen. Nur die Gegenwart und Aufsicht eines Beamten (der zugleich alle nöthigen Aufklärungen und insbesondere die erforderlichen Auskünfte aus dem Tagebuch zu ertheilen angewiesen ist), ⁸⁾ wird zum Schutz der Bücher vorgeschrieben.

Für die übrigen im Grundbuchsamt aufbewahrten Akten gilt die Regel, ⁹⁾ daß nur Jenen die Einsicht gewährt wird, welche ein rechtliches Interesse daran haben, worüber nöthigenfalls der Gerichtsvorsteher entscheidet.

C. Glaubhaftigkeit des Buches (Publica fides).

§ 8.

Einleitung.

Die Ansprüche, welche der Immobilienverkehr im Interesse seiner

durch unberufene Mergier fern gehalten werden; in wiefern aber auch das berechtigte Interesse dabei durch Weitkäufigkeiten gefährdet sein mag, das hängt natürlich von der Aulanz der Praxis ab. In Oestreich hört man keine Klagen über Mißbrauch des absolut freien Zutritts zum Grundbuch.

4) Böh. L. D. v. 1564, B. XXVI; Bern. L. D. v. 1627, B. IX. „Zur Landtafel mag Jedermann seiner rechtlichen Nothdurft halber gehen, jedoch daß in gedachter Landtafel sich Niemand anmaße in den Schriften umzusehen oder zu blättern, weil solches denen Amtleuten allein zusteht.“ Haan, S. 6, 48. Böh. Kpat. 1794, § 34. „Jedermann kann das Hauptbuch in Gegenwart eines landtäfelichen Beamten einsehen.“ — Das oberöstr. Grundbuchspat. v. 2. Nov. 1792, § 41 (S. G. S. 66) enthielt allerdings die Beschränkung auf die Interessenten, galt aber in diesem Punkt als durch das böhm. Kpat. derogirt. Auffez, S. 412.

5) S. G. S. § 7. Im gleichen Umfang gewährt die Ung. S. G. D. § 170. — Ueber die Abschriften und Auszüge s. unten § 32.

6) Letzteres ausdrücklich nach der Instruktion v. 12. Jänner 1872 (R. G. B. 5) § 31.

7) Während der gewöhnlichen Amtsstunden, welche durch Anschlag im Grundbuchsamt bekannt zu geben sind. A. a. D.

8) A. a. D. Abs. 4.

9) Ausgenommen sind die Aufzeichnungen über erfolgte Abstimmungen, welche niemals vorgewiesen werden. A. a. D. Abs. 2.

Kulanz und Sicherheit an die Hypothekargesezgebung stellt, sind durch die bisher besprochenen Einrichtungen nicht erschöpft. Das Grundbuch ist für Jedermann offen und sein Inhalt gibt die Gewähr, daß andere als die darin ersichtlichen Hypothekarlasten dem Objekt nicht anhaften; allein dieß ist keineswegs genug, wenn anders das Grundbuch die zuverlässige und in der Regel allein ausreichende Basis des Hypothekenverkehrs sein soll: Dann muß das Buch mehr leisten, es muß dem redlichen Interessenten gegenüber nicht nur vollständig, sondern auch wahr sein, es darf nicht nur (negativ) nichts verschweigen, sondern muß auch (positiv) die Wahrheit des Gesagten verbürgen. Damit erst wird „das Vertrauen auf die öffentlichen Bücher“ zur Thatsache und der Buchinhalt („Tabularstand“) zum Stützpunkt aller Verkehrsbewegung auf diesem Gebiet. ¹⁾

Das Gesagte enthält zunächst noch keinen Rechtsatz, sondern ein praktisches Postulat, eine Idee, die zu Grunde liegt bei der legislativischen Gestaltung einer Gruppe von Rechtsätzen, vermittelt welcher jenes Postulat der Verwirklichung möglichst nahe gebracht werden soll.

Diese Rechtsätze nun haben wir vorerst nach den Hauptumrissen im Zusammenhang mit diesem ihrem Motiv darzulegen (I), um alsdann (II) auch die Frage nach der richtigen juristischen Auffassung (Konstruktion) der durch sie bedingten Rechtswirkungen zu erledigen.

I. Der Gedanke, den öffentlichen Büchern rechtliche Glaubhaftigkeit zu verleihen, führt nothwendig zu positiven Normen, die tief in das materielle Recht einschneiden, um so tiefer je umfassender jener Gedanke verwirklicht werden soll. Es handelt sich darum, den Inhalt des öffentlichen Buchs — unter gewissen Voraussetzungen und für einen gewissen Kreis von Personen — auch dann als rechtlich maßgebend aufrecht zu erhalten, wenn derselbe in Widerspruch steht mit derjenigen Rechtslage, die unter Anwendung der Normen des allgemeinen Civilrechts aus den obwaltenden Thatsachen sich ergeben würde. Denn ein solcher Widerspruch kann vorkommen, selbst bei aller Umsicht der Buch-

1) Nämlich auf dem Gebiete des Verkehrs mit dinglichen Rechten an Immobilien. Auf diesen sind die Grundbücher ihrem Zweck und ihrer geschichtlichen Herkunft nach beschränkt (als singuläre Ausdehnungen erscheinen die drei Fälle des G. B. § 9), und nur für die Sicherung des bürgerlichen Erwerbs ist das Institut der publica fides vorhanden. Daraus ergeben sich wichtige Grenzbestimmungen über die Tragweite seiner Wirkung: s. darüber Exner, Publizitätspr. S. 73—80.

verwaltung und der beteiligten Parteien, und eben dieser Möglichkeit gegenüber entwickelt sich für die Gesetzgebung die Nothwendigkeit, unter Umständen auch auf Kosten materiell wohlervorbener Rechte im höheren Interesse des Verkehrs den Konflikt zu Gunsten des Buchinhalts zu entscheiden. Wo das geschieht, da liegt, vom Standpunkt des allgemeinen Rechts gesehen, eine Anomalie vor (jus singulare); und solche Anomalien begleiten in der That das einzelne Hypothekarrecht durch alle Phasen seiner Existenz, wie schon eine flüchtige Uebersicht ergibt:

1) Entstehung.

Zur gültigen Errichtung eines Pfandrechts fordert das Civilrecht einen Komplex rechtlicher Voraussetzungen: Existenz einer Forderung, Pfandrechtstitel, Eigenthum (beziehungsweise auch Verfügungsberechtigung) des Verpfänders, Modus aquirendi. Von diesen Voraussetzungen ist möglicherweise nur die letzte, der Modus, in Gestalt einer formgerechten Eintragung in Wahrheit vorhanden, während alle übrigen nur dem Scheine nach bestehen, — und doch muß das eingetragene Hypothekarrecht als rechtlich vorhanden gelten, wenn, weil und insoweit das öffentliche Buch Gewähr für die Richtigkeit seines Inhalts bieten soll. Gegenüber jenen Beteiligten also, für welche die publica fides wirksam ist, wird die rechtliche Relevanz jener Mängel in den Entstehungsbedingungen des Hypothekarrechts durch unser jus singulare beseitigt, es wird für den gedachten Anwendungskreis das civilrechtliche Dogma von der accessorischen Natur des Pfandrechts nicht minder, als der Grundsatz nemo dat quod non habet, außer Kraft gesetzt.

2) Inhalt, Umfang, Priorität.

Nicht bloß über das Ob, auch über das Wie des Bestandes der Hypothek ist das Buch dem Publikum glaubhafte Auskunft schuldig. Das bedingt zunächst, daß das Hypothekargut — immer im Verhältniß zu Solchen gedacht, für welche das „Vertrauen auf die öffentlichen Bücher“ gilt — für jene Summe pfandrechtlich haftet, welche als Inhalt der Hypothek eingetragen erscheint, mag auch in Wahrheit die Pfandschuld (ursprünglich oder nachträglich) größer oder kleiner sein; ferner, daß als Objekt der hypothekarischen Befriedigung grundsätzlich nicht Das gilt, was im Zeitpunkt des Verpfändungsaktes unter denselben begriffen wurde, sondern was jeweils laut Grundbuch als zum

belasteten Tabularkörper gehörig erscheint, also insbesondere auch demselben nachträglich zugeschriebene Grundstücke, hinsichtlich deren es an allen gemeinrechtlichen Voraussetzungen der Pfandrechtsbegründung fehlt; endlich, daß die Rangstellung der Hypotheken nur durch ihre bücherliche Reihenfolge, nicht durch die Zeit ihrer materiellrechtlichen Entstehung bestimmt, und daß dieselbe durch außerbücherliche Abmachungen gar nicht, durch formgerecht verbücherte hingegen auch dann alterirt wird, wenn die bezüglichen Geschäfte civilrechtlich anfechtbar oder nichtig sein sollten.

3) Endigung.

Auch die rechtliche Wirkung der das Pfandrecht gemeinhin aufhebenden Thatsachen wird durch die Folgesätze des Systems der publica fides unterbunden: soll das Grundbuch dem darauf Vertrauenden die Wahrheit verbürgen, so muß die eingetragene Hypothek ihm gegenüber insoweit als bestehend gelten, bis sie bücherlich als nicht bestehend verzeichnet (gelöscht) ist, d. h. bis dahin bleibt die rechtsvernichtende Wirkung der materiellrechtlichen Erlöschungsthatfachen (Tilgung der Pfandschuld, Erlaß des Pfandrechts zc.) suspendirt. —

Durch die hiemit angedeuteten Rechtsätze wird dem Bodenkredit, somit dem allgemeinen Interesse gebient, aber es geschieht um den Preis einer möglichen, nie ganz vermeidbaren Vernichtung von wohl-erworbenen Rechten Einzelner. Der Preis wird sich um so niedriger stellen, je geringer die Wahrscheinlichkeit eines zwischen der materiellen Rechtslage und dem Inhalt des öffentlichen Buches bestehenden Konfliktes, der zum Nachtheil der ersteren entschieden werden müßte, sich gestaltet. Daher bilden gewisse auf die Vermeidung solcher Konflikte hinzielende gesetzliche Veranstaltungen eine nothwendige Ergänzung zur praktischen Verwirklichung des Publizitätsprinzips: wenn das letztere das Wohl des Ganzen im Auge hat, sorgen jene dafür, daß dabei das Interesse des Einzelnen nach Möglichkeit geschont werde. Sie sind wesentlich kautelartischer Natur und verfolgen die doppelte Aufgabe 1) die Verbücherung materiell unrechter Einträge hintanzuhalten, und 2) wo dieß nicht gelungen ist, die Wiederherstellung des verlorenen Einflangs durch Nichtigstellung des Buchinhalts möglichst unpräjudizirlich zu bewirken. In die erstere Kategorie von ausschließlich präventiven Maßregeln gehören die Normen über Verantwortlichkeit der Buchbehörden und ihre Haftung für Manipulationsversehen,

und außerdem namentlich jene Vorschriften, welche die Echtheit der zur Verbücherung kommenden Urkunden nach Möglichkeit zu verbürgen den Zweck haben. In die zweite Kategorie fallen die repressiven Rechtsmittel: Rekurse gegen noch nicht rechtskräftige, Anfechtungen rechtskräftiger Einträge, und die Verwahrungen (Protestationen, Streitamerkungen); letztere sind insofern zugleich präventiv, als sie zum Voraus die künftige wirksame Anfechtung gegen Jedermann offenhalten.

§ 9.

Fortsetzung.

II. Bevor wir an die genauere Darlegung der im Bisherigen zusammengestellten, durch den Grundsatz der publica fides librorum bedingten Rechtsätze schreiten, scheint es erforderlich über den theoretischen Gesichtspunkt, aus welchem dieselben hier aufgefaßt werden, sich zu erklären; sei es auch nur, um für das Folgende ein systematisches Gerüste und eine sichere Terminologie zu gewinnen.

Der rechtliche Sachverhalt, um dessen Auffassung es sich an allen hier einschlagenden Punkten handelt, auf seine wesentlichen Züge reduziert, ist dieser: Eine den Hypothekarstand eines Grundstücks irgendwie dinglich betreffende Verfügung erscheint auf Grund gerichtlichen Bescheides in aller Form Rechtens dem Grundbuch einverleibt; ihr Inhalt ist materiell rechtswidrig, ohne daß aber dieses im öffentlichen Buch ersichtlich wäre.¹⁾ Als Folge ergibt sich: daß das mit jener Verfügung bezweckte Rechtsverhältniß trotz seiner (materiellen) Ungültigkeit rechtswirksam wird in Ansehung aller jener Beteiligten, für welche das „Vertrauen auf die öffentlichen Bücher“ gilt, — unwirksam dagegegen bleibt für alle Jene, denen aus was immer für Gründen die Berufung auf dieses „Vertrauen“ rechtlich abgeschnitten ist. Grund der Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses für die erstere Gruppe von Beteiligten ist dessen Eingetragenheit und die garantirende Kraft des Buches, — Grund seiner Unwirksamkeit gegenüber der anderen Gruppe sind die vorhandenen Mängel in den materiellrechtlichen Voraussetzungen, die hier ungehemmt wirken.²⁾

1) Ersichtlich, sei es durch eine im Zeitpunkt jener Einverleibung bereits vorhandene Eintragung (z. B. eine Vormerkung der Löschung u. dgl.), sei es durch eine bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft angebrachte sachbezügliche Protestation („Streitanmerkung“).

2) Beispiele. 1. Die Cession einer Darlehenshypothek an A, B, C und D wird

Einen solchen Sachverhalt nun kann man sich in zweierlei Weise zurechtlegen: entweder man sagt,

1) das fragliche Rechtsverhältniß sei an sich rechtsbeständig,³⁾ trotz jener Mängel, aber es sei unwirksam gegenüber den Personen A, B, C; — oder aber umgekehrt

2) das Rechtsverhältniß sei rechtsunkräftig,⁴⁾ wegen jener Mängel, gleichwohl aber wirksam für die Personen X, Y, Z.⁵⁾

einverleibt, nachdem die Darlehensschuld bereits durch Zahlung getilgt war; A und B kannten diesen Umstand, die Uebrigen nicht: für jene nun hat die Cession keine Wirkung, für C und D aber besteht die ihnen bürgerlich abgetretene Hypothek zu Recht (ganz oder pro rata, je nachdem die vier als Forderungsinhaber in solidum oder pro partibus eingetragen wurden), ebenso für ihre etwaigen Rechtsnachfolger; — immer vorausgesetzt, daß die Cessions-Eintragung ohne Dazwischentunft einer Streitannmerkung rechtskräftig geworden, und der Ungiltigkeitsgrund bürgerlich nicht ersichtlich war. — 2. Auf Grund eines ansehbaren (a. b. Ob. §§ 1385, 1388) Vergleichs hat A eine Forderung und Hypothek erworben, sodann diese an B verpfändet: sie ist unwirksam für A, wirksam für B, so daß dieser sein Pfandrecht ohne Rücksicht auf die, für ihn nicht vorhandene, „Ungiltigkeit“ des ersten Pfandrechts ausübt. — 3. Nachdem A, B und C gemeinsam das Eigentum eines laut Grundbuch schuldenfreien Hauses käuflich an sich gebracht, erweist sich, daß die Löschung einer gewissen Hypothekarlast durch einen frühern Eigentümer, den Erblasser des A, im Wege gefälschter Quittung erschlichen war: Die Löschung bleibt wirksam, jene Hypothek also unwirksam, gegenüber B und C; umgekehrt aber stellt sich die Sache für A, welcher, als Erbe des durch den rechtswidrigen Buchakt unmittelbar Bereicherten, auf die publica fides sich nicht berufen kann.

3) Diese Auffassung ist zu Grunde gelegt und durchgeführt in meiner Schrift: Das Publizitätsprinzip S. 55 fg.

4) Dieß ist der theoretische Standpunkt der älteren östr. Schriftsteller, zuletzt am gründlichsten durchgeführt von Rrainz, a. a. D. (s. oben § 6, Note 1) vgl. Cyner a. a. D. S. 31, 32.

5) Einen m. E. irrationellen Mittelweg zwischen diesen Positionen sucht Rand a (G. Ztg. 1871, Nr. 39, 40) zu halten, indem er für das östr. Ri. behauptet: Jedes verbücherte Rechtsverhältniß sei kraft der pub. fides rechtsbeständig, wenn der materielle Mangel im Rechte des Auktors auf Thatfachen beruhe, die der Eintragung seines Rechts erst nachgefolgt sind (z. B. Cession einer ursprünglich vorhanden gewesenen, aber durch Zahlung erloschenen Saßpost); nichtig aber dann, wenn das Recht des Auktors schon ursprünglich (materiell) ungiltig gewesen sei (z. B. Cession einer Darlehenshypothek, wenn die Darlehenssumme nie gezahlt war). — Irrationell ist dieß, weil zwischen den statuirten zwei Gruppen von Fällen kein innerer Unterschied besteht, welcher die ratio der entgegengesetzten Entscheidung abgeben könnte (vgl. meine Ausführung, G. Ztg. 1872, Nr. 10, S. 38), vielmehr beide Fälle identisch sind in Rücksicht auf die den Rechtsnachfolger einzig angehende Frage, ob im Zeitpunkt des Successionsgeschäftes der Auktor das zu

Der Unterschied dieser beiden Auffassungen betrifft lediglich die juristische Denkform, in welcher das gegebene Material an Rechtsfätzen zur Ausprägung kommen soll: mag man die eine oder die andere Anschauung zu Grunde legen, die praktischen Konsequenzen, die Entscheidungen der einzelnen einschlägigen Rechtsfragen werden dadurch nicht berührt, aber allerdings ihr theoretischer Ausdruck, — die technischen Begriffe, mit welchen zu operiren, und die juristische Formel, in welche jeweils die Entscheidung zu fassen ist, — hängt ganz und gar davon ab, wie man sich zur obigen Alternative stellt.

Denn von dem durch die erstgenannte Auffassung gegebenen Standpunkt gesehen stellt sich jedes durch formgerechten Eintrag in das öffentliche Buch gelangte dingliche Rechtsverhältniß als ipso jure bestehend dar, bestehend schon allein um deswillen, weil es durch einen solchen Buchakt konstatirt ist; dieser Akt bezeugt nicht blos, er erzeugt das Rechtsverhältniß. An sich zu Recht bestehend aber wirkt dasselbe gleichwohl unter gewissen Umständen für gewisse Personen nicht; seine Wirksamkeit kann diesen gegenüber ausgeschlossen werden durch die Berufung auf bestimmte ihnen entgegenstehende Thatfachen und rechtliche Momente.⁶⁾ Technisch ausgedrückt: der Eintragungssakt

übertragende Recht gehabt habe. Denn daß er es irgend einmal früher gehabt und verloren hat, wie und warum sollte das dem Successor helfen? Wird diesem überhaupt geholfen, so geschieht es aus dem Gesichtspunkt der Glaubhaftigkeit des Buchs, d. h. weil das Recht des Auktors im Buch steht, und dieser Gesichtspunkt trifft ganz gleichmäßig zu, mag jenes Recht seit längerer oder kürzerer Zeit, oder seit Anbeginn zu Unrecht im Buch stehen. — Durch die Neugestaltung, welche unsere Lehre im G. B. O. erhalten hat, ist übrigens der hier aus inneren Gründen abgelehnten Theorie der Halt entzogen, der ihr früher daraus erwuchs, daß die meisten Stellen des a. b. Ob., welche hierhergehörige Einzelscheidungen enthalten (§§ 468, 469, 526, 527, 1446, 1500) allerdings Fälle der oben zuerst erwähnten Kategorie betreffen (cf. jedoch §§ 443, 1443, dazu Cyner a. a. D. Note 14, 15 und Publ. prinzip S. 38, 45). Denn das G. B. O. § 61 fg. normirt die Lösungsklagen wegen materieller Ungiltigkeit der Einträge nach Voraussetzungen und Wirkung gleichmäßig ohne Rücksicht auf den (nach Obigem in der That irrelevanten) Umstand, ob die behauptete Ungiltigkeit der Einverleibung in einem ursprünglichen oder nachträglichen Gebrechen am Rechte des Auktors gegründet ist.

6) In dem Beispiel Note 2 Ziff. 1 wäre hiernach zu sagen: die cedirte Hypothek besteht zu Recht kraft des Altes ihrer Eintragung, ebenso die Cession; aber gegen A und B kann der mit Hypothekarlaste in Anspruch genommene Eigentümer den Umstand geltend machen, daß diese um den Sachverhalt zur Zeit der Cession wußten, und er macht dadurch das ipso jure bestehende Hypothekarrecht in der

wirkt als Formalakt, 7) indem er schon kraft seiner Form, auch wo die inneren Erfordernisse des Rechtsbestandes dem Geschäft fehlen, die bezweckte Rechtsveränderung ipso jure herstellt; diese seine Wirkung aber ist nicht immer eine allseitig durchgreifende, sie kann unter bestimmten Voraussetzungen zwischen bestimmten Personen (angriffs- oder verteidigungsweise) durch Anfechtung beseitigt werden. 8)

Ganz anders vom Standpunkt jener zweiten möglichen Auffassung. Ihr zufolge behalten die materiellen Rechtsnormen auch für das verbücherte Geschäft ihre Kraft und wirken hier zunächst ebenso wie bei dem außerbüchlichen: die eingetragene Rechtsveränderung ist also nichtig, wenn und weil ihr eine materielle Rechtsvoraussetzung abgeht; das formgerecht einverleibte Hypothekarrecht besteht nicht, das gelöschte besteht fort, dafern jene Einverleibung oder diese Löschung gegen das materielle Recht verstieß. Allein es gibt Personen, zu deren Gunsten unter bestimmten Voraussetzungen nicht Das gilt, was Rechtsens ist, sondern das, was laut Grundbuch Rechtsens scheint. Diese also können, kraft der privilegierten Stellung, die ihnen ihr „Vertrauen auf das öffentliche Buch“ gewährt, Rechte, die nicht bestehen, geltend machen, als ob sie bestünden, und hinwider gegen sich gerichtete dingliche Ansprüche, die bestehen, abwehren, als ob sie nicht bestünden. 9)

Hand dieser Beiden unwirksam (exceptio doli), während ihm ein Gleiches gegenüber C und D nicht möglich ist.

7) Als Formalakt, nicht als „abstrakter“ Akt (wie Regelsberger, Hrt. S. 140 lieber sagen möchte), denn der Bucheintrag muß nach östr. Rt. die causa der durch ihn zu bewirkenden dinglichen Rechtsveränderung (seinen „Titel“ im weiteren Sinne d. W. vgl. Publiz. prinzip S. 95) mit angeben.

8) Was also den Tabularakt als „Formalakt“ in dem hier (vgl. auch Publizitätsprinzip S. 70, 71) adoptierten Sinn dieses Worts erscheinen läßt ist nicht die gesetzlich nothwendige Form desselben, sondern die Ipso jure-Wirkung seines Inhalts auch bei materieller Unrechtmäßigkeit. Daß diese Ipso jure-Wirkung nicht immer eine absolute ist, daß Formalakte überhaupt die Möglichkeit einer Anfechtung ihres Erfolges nicht ausschließen, sondern als nothwendiges Korrektiv vielmehr fordern, sollte nicht bezweifelt werden. Auch die römische stipulatio wirkt nicht absolut, obzwar formal (exceptio doli!); auch gegenüber der (materiell unrechtmäßigen) Wechselerforderung kommt auf die persönliche Beziehung des ipso jure Berechtigten zur materiellen Sachlage Alles an (W.D. a. 82, 74). Es beweist also nichts gegen die Formalnatur des Verbücherungsaktes, daß „die Glaubhaftigkeit des Buches mit einer gewissen Abhängigkeit der Rechtswirksamkeit des Eintrags von der materiellen Rechtslage und mit der Konkurrenz des materiellen Rechts überhaupt“ sich allerdings sehr wohl verträgt (Kanda, fr. Btschr. 16, S. 25); die

— Der Tabularakt hätte hienach keine rechtserzeugende Kraft, wohl aber hätte sie der Glaube an den Buchinhalt (als konkretes Faktum genommen), indem er dem Gläubigen, wenn nicht das Recht selbst, so doch die Stellung des Berechtigten mit allen ihren Vortheilen schafft.

Sehen wir, wie in concreto an einem der gewöhnlichsten Streitfälle der eben entwickelte theoretische Gegensatz zum Ausdruck kommt.

Die vom bücherlichen Inhaber einer Hypothek erhobene Hypothekarfrage erscheint — wenn man die Formalwirkung des Buchaktes annimmt — als ipso jure begründet durch die Existenz eines formrichtigen Eintrags auf den Namen des Klägers. Würde der Beklagte behaupten, Kläger sei nicht die eingetragene Person, oder das in Anspruch genommene Objekt gehöre nicht zum belasteten Grundbuchskörper, so wäre dieß negative Litiskonfestation; behauptet er aber, was wir voraussetzen, das Hypothekarrecht sei unwirksam weil für eine ungiltige oder erloschene Schuld aushaftend, so ist dieß Anfechtung durch exceptio, und er muß nicht nur die Existenz des angeführten Anfechtungsgrundes beweisen, sondern auch die Wirksamkeit desselben gegenüber diesem Kläger, indem er die Momente darthut, welche in der Person des Klägers die Berufung auf die Glaubhaftigkeit des Buches ausschließen und somit ihn verpflichten den materiellen Sachverhalt gegen sich gelten zu lassen (also: mala fides und was ihr gleichsteht, oder Obwalten des Anfechtungsgrundes unmittelbar zwischen den Streittheilen). 10) Kann er eine solche Anfechtung nicht durchführen, so behält das klägerische Recht seinen Lauf. — Umgekehrt wird, wer die formale Wirkung der Eintragung verwirft, sagen müssen, die Klage gründe sich nicht auf den Buchstand, sondern auf das materielle Recht, sei

Konkurrenz des materiellen Rechts hier einfach zu unterdrücken wäre barbarischer Formalismus, dessen sich keine besonnene Gesetzgebung schuldig machen wird; nur das ist die Frage, wie jene „gewisse Abhängigkeit“ legislativ gestaltet ist und wie sie theoretisch konstruiert werden soll.

9) In dem obigen Beispiel (Nte 6) wäre hienach so zu sagen: die Hypothek war im Augenblick der Zahlung erloschen, die Cession niemals existent; daher die Hypothekarfrage der scheinbaren Cessionare A und B hinfällig. C und D jedoch sind zwar auch nur Scheinhypothekare, aber ihr Glaube hat ihnen geholfen: sie dürfen auf Grund der nicht existirenden Cession die nicht existirende Hypothek wirksam eintragen, indem sie die negative Litiskonfestation des Eigenthümers durch Berufung auf ihr Vertrauen zum Inhalt des Buches überwinden.

10) Ausführlich darüber unten § 12 fg.

mithin bei ermangelnder Pfandforderung ipso jure hinfällig, die diesbezügliche Anführung des Beklagten nicht exceptio, sondern Negation des Klaggrundes. Aber immerhin wird der Beklagte jene Nichtigkeits-thatsachen zu beweisen haben, da der Gegner durch Beziehung auf den Inhalt des öffentlichen Buches seinen Anspruch für's Erste genügend begründet hat; und wenn dieser nun weiter die fraglichen Thatsachen nicht gekannt zu haben behauptet und auf sein Vertrauen zum Grundbuche sich beruft, so ist es wieder nicht seine Sache, die Wirksamkeit dieses Vertrauens darzuthun, sondern der Beklagte muß anerkanntermaßen (da bona fides präsumirt wird) anführen und beweisen, was die Anrufung der publica fides in concreto als hinfällig erscheinen läßt. Gelingt ihm dieß nicht, so siegt der Kläger, obwohl er eigentlich kein Hypothekarrecht hat, sondern nur seinen Glauben.

Man sieht, weder auf die Entscheidung in der Rechtsfrage, noch auf die Beweislastvertheilung nimmt es einen praktischen Einfluß, daß man dort Anfechtung und exceptio hat, während hier dasselbe Verhalten des Beklagten auf Grund der nämlichen Thatsachen als negative Litiskontestation sich darstellt. —

Wenn es also in der That bei der oben gestellten Alternative lediglich um eine Differenz in der juristischen Denkform sich handelt, wodurch die gegebenen Rechtsätze ihren wissenschaftlichen Ausdruck finden sollen, ¹¹⁾ so können für die richtige Wahl nur theoretische Er-

11) Dieß hier zu betonen erscheint nöthig gegenüber dem durch meine früheren Ausführungen über das Publizitätsprinzip mehrseitig erregten Mißverständnis; als wolle meine Theorie nicht sowohl für das positiv gegebene Recht den wissenschaftlich adäquaten Ausdruck suchen, als vielmehr neue Rechtsätze aufstellen, durch welche in Hypothekensachen ein bisher in Oestreich unerhörter Formalismus auf Kosten materiell wohlervorbener Rechte eingeführt würde. Das Mißverständnis liegt darin, daß man überall, wo ich ein hypothekarisches Rechtsverhältnis als ipso jure zu Recht bestehend bezeichne, dasselbe ohne Weiteres auch als absolut wirksam (un-anfechtbar) voraussetzt — was natürlich zu exorbitanten Ergebnissen führen muß, für die jedoch meine Theorie keineswegs verantwortlich ist. Wenn es Publizitätspr. S. 71 heißt „das Hypothekarrecht ist begründet, übertragen, redigirt, gelöscht, in seiner Priorität gehoben oder zurückversetzt, sobald und soweit die bezügliche Disposition im Buch formell korrekt apparirt“, — so findet sich schon auf S. 72 die so nöthige Warnung vor Mißfolgerungen: „das Gegengewicht gegenüber dieser Macht der bürgerlichen Formalakte liegt in der . . . Möglichkeit ihrer Anfechtung. Es wird unten gezeigt werden, wie auf diesem Wege die materiellrechtlichen Verhältnisse indirekt zur Geltung kommen, wie . . . unter Voraussetzung gewisser subjektiver Verhältnisse die Rechtskraft des bloß formell rechtmäßigen Tabularstandes gebrochen,

wägungen maßgebend sein. ¹²⁾ Solche aber sprechen überwiegend für jene Konstruktion, welche auch das materiell unrechtmäßig, aber formell gehörig im öffentlichen Buch stehende hypothekarische Rechtsverhältnis als an sich rechtlich vorhanden betrachtet, mithin die Verbücherung desselben als einen Formalakt in dem oben (bei Note 7 und 8) bezeichneten Sinne hinstellt. Denn 1) nur so gelangt man zu einer Anschauung der durch den formgerechten Tabularakt geschaffenen Sachlage, welche in Uebereinstimmung steht mit dem, was uns sonst als Wirkung dinglicher Rechtsgeschäfte entgegentritt. Daß ein dingliches Recht kraft eines gewissen Rechtsaktes an sich zwar besteht, aber unter bestimmten Personen aus besondern Gründen nicht wirksam werden kann, ist eine wohlbekannte Erscheinung im Rechtsleben; ¹³⁾ — daß aber ein nichtiges Rechtsgeschäft gleichwohl zu Gunsten gewisser Personen dingliche Wirkung haben soll, und daß Diese alsdann das nicht existent gewordene dingliche Recht gleichwohl eintragen und ausüben dürfen, als ob es

und die Wirkung des konkreten Rechtsverhältnisses dem materiellen Recht gemäß geordnet wird.“ Also nicht das materielle Recht zu opfern, sondern es im Wege der Anfechtung gegenüber dem dinglich maßgebenden Tabularstand zur Geltung zu bringen (so weit das öffentliche Interesse an der Glaubhaftigkeit der Bücher das nicht verwehrt), ist der Sinn dieser Theorie.

12) Erwägungen, die ganz außerhalb des Gesichtskreises der Civilistik des vorigen Jahrhunderts lagen, wie ja die Aufstellung der Frage selbst, die uns hier beschäftigt, erst der neueren Wissenschaft angehört. „Das Dogma von der unbedingten (?) Wirkung der Eintragung zu verkünden“ konnte demnach den Redaktoren des a. b. Gb., die praktische Gesetzgeber aber keine Propheten künftiger Theorie waren, nicht in den Sinn kommen, und wenn man dergleichen in den Berathungsprotokollen zu den einschlagenden Gesetzbuchstellen nicht findet, so ist das nur natürlich. Vgl. *Sarrasowsky a. a. O.* (oben § 6, Note 1) S. 2, 3. Um zu erkennen was die Gesetzgeber z. B. mit § 1500 a. b. Gb. gewollt haben bedarf es zwar nicht der Protokolle, aber wenn dieselben „dem Gedanken Ausdruck geben, daß die außerbücherlichen Vorgänge der Verjährung und Erstgung für den Tabularverkehr so lange nicht existiren, bis das Ergebnis derselben bürgerlich eingetragen erscheint,“ so bestätigt dieß eben, daß sie auf diesem Punkt das Publizitätsprinzip als durchgreifend zu Grunde legen (denn Obiges ist nicht eine Konsequenz blos der negativen Seite dieses Prinzips, wie *S.* irrig annimmt). Wie nun aber hienach der bürgerliche Erwerb eines Hypothekarrechts von einem materiell Unberechtigten wissenschaftlich zu konstruiren sei, darüber haben die Redaktoren weder eine Meinung, noch wäre dieselbe für uns maßgebend, wenn sie eine hätten.

13) Vgl. z. B. L. 12, pr. § 7. D. qui potiores (20, 4) L. 3. D. de exc. rei vend. (21, 3), L. 4 § 32. D. de doli exc. (44, 4) L. 72. D. de rei vind. (6, 1) L. 73. D. de evict. (21, 2).

existirte, ist neu und führt auf neue Schwierigkeiten: denn man muß dann entweder mit dem Nothbehelf einer Fiktion operiren, womit nichts erklärt ist, oder das betreffende dingliche Rechtsverhältniß in dem Augenblick doch wirklich entstehen lassen, da eine Person der begünstigten Kategorie nachträglich in dasselbe eintritt — womit nichts gewonnen ist. ¹⁴⁾

2) Ferner erscheint, wie schon aus dem oben beispieelsweise analysirten Rechtsfall erhellt, die im Interesse des Hypothekenverkehrs gebotene und in der Praxis anerkannte Vertheilung der Beweislast ¹⁵⁾ zu Gunsten dessen, der sich auf den formell richtigen Tabularstand beruft, von dem hier vertretenen theoretischen Standpunkt als regelrecht und durch die anfechtende Stellung des Gegners schon vorgezeichnet, während sie bei der andern Theorie durch Aufstellung eines singulären Beweisprivilegiums erst künstlich geschaffen werden müßte.

3) Die Art und Weise, in welcher jetzt das a. O. B. O. § 63 die Anfechtung materiell ungiltiger Einträge gegen Dritte normirt, erscheint aus dem Geist der hier vertretenen Auffassung geflossen; ¹⁶⁾ in der legislativen Berathung wurde die Theorie des Formalakts von maßgebender Stelle entwickelt. ¹⁷⁾

4) Endlich ist auch der Vortheil nicht zu unterschätzen, der für die Durchführung und Handhabung unserer Theorie daraus erwächst, daß

15) Vgl. das Nähere darüber unten § 17 Note 8 fg., § 35 Ziff. 4, § 36, Note 6 fg.

16) Denn da es heißt, daß nach Ablauf der Rekursfrist — sofern nicht noch innerhalb derselben die Anfechtung durch Streitannmerkung gewahrt ist — gegen gutgläubige Dritte auf Wschung des materiell ungiltigen Eintrags nicht mehr erkannt werden kann, so scheint es der richtige Ausdruck des dabei zu Grunde liegenden Gedankens zu sein, wenn wir sagen: der rechtskräftige (auch materiell ungiltige) Eintrag ist prinzipiell rechtsbeständig, das Gegentheil bildet eine Einschränkung des Prinzips und findet nur unter besonderen Voraussetzungen statt (rechtzeitige Streitannmerkung und Fall des § 64). Vgl. auch Pichler, v. O. Ztg. 1874 Nr. 69. Umgekehrt stellt Randa a. a. O. S. 22 die Sache hin: auch das O. B. O. habe das Publ. prinzip nicht zur grundsätzlichen Geltung gebracht, sondern „nur auf einen weitem Fall ausgedehnt, . . . es wird nämlich der gutgläubige Successor nur dann sofort in dem bürgerlichen Erwerbe geschützt, wenn . . . die Interessenten nicht binnen der Beschwerdefrist die Streitigkeit des Eintrags im Buche anmerken lassen.“ — Aber dieser „eine Fall“ enthält eben Alles; was er übrig läßt ist ein Rechtsmittel zur Hintanhaltung des Publizitäts-Präjudizes, eine Protestation, wie solche überall bestehen und bestehen müssen, wo das Publizitätsprinzip durchgreifend gilt.

17) „Das Charakteristikum des Grundbuchs besteht darin, daß sich das materielle Recht dem formellen Rechte beugen muß, daß die Form über das materielle Recht triumphirt. Wer im Grundbuch ist hat Recht; wer außer dem Grundbuch ist, hat nicht Recht. Das ist prima facie selbst im Verhältnisse zwischen den unmittelbaren Kontrahenten wahr. Es ist aber unbedingt wahr gegenüber dem Dritten, der im Vertrauen auf die öffentlichen Grundbücher handelt.“ Worte des Regierungsvertreter v. Benoni in der Sitzung des öst. Abgeordnetenhauses v. 27. Juni 1871, nach Kaserer, Mat. S. 333.

14) Wenn z. B. Randa (krit. Vjschr. 16, S. 27) meint, daß in unsern Fällen „die sog. Einreden aus persönlichen Verhältnissen nur eine negat. Litiskonfession beinhalten,“ und für Dritte „das Vertrauen auf den Buchinhalt das dingliche Recht erst schafft“ — so ist damit darum nichts gewonnen, weil die rechtserzeugende Kraft des Tabularaktes, die man läugnen will, im weiteren Verlauf der Dinge doch herbeigezogen werden muß, um zu erklären, wieso z. B. der gutgläubige Cessionar eine beim Cedenten „nichtig“ gewesene Hypothek wirksam eintragen kann. Denn genauer gesprochen ist es ja nicht sein Vertrauen, der physische Zustand, was dem Cessionar das Recht „schafft“, sondern der von diesem Vertrauen getragene bürgerliche Erwerbsakt der Cession (eine außerbürgerliche Abtretung würde ihn trotz seines Vertrauens in die gleiche Lage nicht bringen, und ebenso wenig würde ihm seine etwaige bona fides superveniens etwas helfen, wenn er zur Zeit der bürgerlichen Umschreibung den Ungültigkeitsgrund gekannt hätte). Also besteht die Differenz nur darin, daß ich die Hypothek gleich durch den ersten Eintragsakt (anfechtbar) entstehen und durch die Cession (pure) übertragen werden lasse, während sie nach Randa ursprünglich nichtig ist und erst durch die Cession entsteht. — Ober: Auch die materiell widerrechtlich vollzogene Wschung hebt im Sinn der hier vertretenen Ansicht die Hypothek ipso jure auf; aber gegen den hiedurch grundlos entlasteten Eigentümer kann die Wschung angefochten und Restitution der Hypothek begehrt werden, gegen seinen (gutgläubigen) Einzelnachfolger jedoch nicht, weil die Anfechtung auf einem persönlichen Rechtsverhältniß beruht und hier, wie sonst in aller Regel (unrichtig darüber Regelsberger, Mt. S. 141 a. E.), nicht gegen Dritte geht. Hingegen von Randa's Standpunkt müßte man sagen: die widerrechtliche Wschung konnte das Hypothekerecht nicht endigen, daher besteht es fort bis zum Eintritt des Eigentumsnachfolgers, dessen Vertrauen auf den Buchinhalt erst dasselbe vernichtet; wie oben die Cession das cedirte Recht erst schafft, so macht hier die Eigentumsübertragung auf den Käufer des Pfandobjekts dieses pfandfrei, indem die vorläufig geliehene Hypothek erst jetzt erlischt. Wie aber, wenn nun dieser Käufer späterhin das Objekt dem Verkäufer zurückverkauft? Lebt nun die Hypothek wieder auf? und wo wäre der titulus und modus dieser neuerlichen Pfandrechtsentstehung? — Solche Schwierigkeiten entfallen, wenn man auch den materiell rechtswidrigen Buchakt (hier die Wschung) als an sich gültig auffaßt, aber die Anfechtung seines dinglichen Effekts dem dadurch Geschädigten immer dann (bez. dann wieder) gewährt, wenn ihm ein Gegner gegenübersteht, der aus besondern Gründen verpflichtet ist den materiellen Ungültigkeitsgrund gegen sich gelten zu lassen.

sie sich an bekannte Rechtsinstitute des Obligationenverkehrs, für die wir eine nach festen Prinzipien durchgebildete Theorie bereits besitzen (Wechselverträge, Stipulatio), wenigstens insofern anschließen kann, als sie den Grundriß ihres Aufbaus — Ipso jure-Wirkung kraft Formalakts, aber Anfechtung nach Konditionsgrundsätzen — dort in bestimmtester Ausprägung vorfindet.

Ein Nachtheil aber der von uns verfochtenen Theorie und der durch sie bedingten Form der Darstellung unseres Stoffes liegt allerdings darin, daß sie, wenigstens einer oberflächlichen Betrachtung gegenüber, das Verhältniß von Regel und Ausnahme umzukehren scheint. Denn wenn wir lehren, jeder formgerechte Verbücherungsakt, sei er mit dem materiellen Recht im Einklang oder im Widerspruch, erzeuge an sich schon das betreffende dingliche Rechtsverhältniß, welches nur eventuell im Wege der Anfechtung von gewissen Personen lahmgelegt werden kann, — so scheint dies der täglichen Erfahrung zu widersprechen, wonach unter den materiell widerrechtlichen Einträgen (glücklicherweise) die allermeisten auch unwirksam bleiben, und nur ganz ausnahmsweise es dazu kommt, daß wirklich das formelle Recht über das materielle triumphirt, indem letzteres durch eine mißliche Konstellation der Verhältnisse einer Person gegenüber zu stehen kommt, an deren „Vertrauen“ zum Buchinhalt es scheitern muß. Allein der Widerspruch beruht auf einem, doch wohl nur das Auge des Laien täuschenden, Schein: Wer den Satz von der Ipso jure-Wirkung der Bucheinträge an die Spitze stellt, behauptet damit keineswegs ihre regelmäßige Unanfechtbarkeit; jener theoretische Satz fordert nur die Möglichkeit des wirksamen Bestandes materiell unrechtmäßiger Einträge, besteht aber ganz unabhängig von dem numerischen Verhältniß der in concreto anfechtbaren zu den unanfechtbaren Tabularakten. Wenn also eine Gesetzgebung (wie die österreichische) die Bedingungen der Anfechtung so normirt, daß in der That die meisten materiell ungiltigen Einträge in concreto auch anfechtbar sind (wenigstens durch einige Zeit nach ihrer Verbuchung), so bildet eben ihre Anfechtbarkeit faktisch die Regel; aber darin kann kein Grund gefunden werden, das Anfechtbare für nichtig zu halten.

Indem wir also nunmehr zur Einzeldarstellung der bisher im Allgemeinen besprochenen Lehre übergehen, dürfen wir ohne Widerspruch neben den Satz von der Formalwirkung des Buchaktes sofort

auch den von der regelmäßigen Anfechtbarkeit materiell rechtswidriger Einträge stellen. Ersterer wird im Folgenden unter AA), letzterer unter BB) seine Ausführung finden; beide müssen in der systematischen Darstellung auseinandergehalten werden, aber im Rechtsleben wirken sie unaufhörlich zusammen, so daß, wer in einem einzelnen Fall erkennen will, ob ein gewisses hypothekarisches Rechtsverhältniß zwischen gewissen Personen rechtswirksam bestehe, Beides gleichmäßig ins Auge zu fassen hat: 1) ob das fragliche Verhältniß auf einem (nach AA) formrichtigen und daher ipso jure wirkenden Buchakt beruht, — und im bejahenden Fall 2) ob und welche Momente zwischen den Betheiligten etwa bestehen, die (nach BB) die Anfechtbarkeit des Eintrags zu begründen, also für den vorliegenden Fall die Rechtswirksamkeit seines Inhaltes inter partes auszuschließen geeignet sind.

AA) Die Formalwirkung der grundbücherlichen Einträge.

§ 10.

Erfordernisse ihres Eintrittes.

Nach allem Obigen verstehen wir unter der Formalwirkung der grundbücherlichen Einträge ihre Kraft, die eingetragene bürgerliche Rechtsverfügung (Entstehung, Modifikation, Endigung eines dinglichen Rechtes) als eine schon vermöge des Eintrags an sich gültige und bis auf Weiteres — d. h. insoweit sie nicht aus besonderen Rechtsgründen von gewissen Personen mit Erfolg angefochten ist — gegen Jedermann wirksame hinzustellen. ¹⁾

Diese Kraft kommt jedem formgerechten Tabularakt zu, ²⁾ sobald er rechtskräftig geworden ist. ³⁾

1) Vgl. Erner, Publizitätsprinzip S. 70 fg.

2) Auf die Causa der bürgerlichen Disposition kommt nichts an: die unentgeltliche Erwerbung steht der entgeltlichen gleich. Früher wurde das Gegentheil (daß die publica fides der Bücher nur den onerosen Erwerb schütze) von verschiedenen österreichischen Schriftstellern, obzwar ohne Anhaltspunkt in den Gesetzen, behauptet (s. darüber Erner, a. a. O. S. 63—69 und dazu Farum, S. G. Z. 1871 Nr. 2, Randa, das. Nr. 41, Note 25) — jetzt ist die Streitfrage in dem hier vertretenen Sinn entschieden, indem auch das G. B. G. (so wie das a. b. G.) jene Unterscheidung mit Stillschweigen übergeht. (Dagegen hat das preussische Grundbuchgesetz § 9, entgegen dem Entwurf, sie wieder eingeführt; vgl. Dernburg, pr. Prkt. I, S. 424.)

Darum ist es vor Allem wichtig zu bestimmen, wann ein solcher vorliegt. — Der einzelne Tabularakt, welches immer sein Inhalt sei, setzt sich formell aus zwei richterlichen Handlungen⁴⁾ zusammen: 1) Bewilligung der begehrten bürgerlichen Disposition durch das Grundbuchgericht (Bescheid), 2) Vollzug der bewilligten Eintragung. In beiden Stücken sind wesentliche Verstöße gegen die Normen des formellen Tabularrechts möglich, welche die (gänzliche oder theilweise) Nichtigkeit des Aktes verursachen.⁵⁾ Wo solche vermieden sind, mag auch immerhin der Inhalt des Aktes materiell widerrechtlich sein, da nennen wir denselben einen formgerechten und messen ihm die Formalwirkung im obigen Sinne bei. Dazu nun wird im Einzelnen erfordert:

1) hinsichtlich des Bescheides

a) Echtheit.

Nichtig ist die Eintragung auf Grund eines gefälschten Bescheids. Ebenso, wenn der Bescheid etwa von einem andern als dem kompetenten Gericht herrühren sollte, denn ein solcher Bescheid ist für das Grundbuchsamt in der That kein Bescheid.⁶⁾ Und dasselbe muß gelten,

Eine zweite Einschränkung des im Text aufgestellten Grundsatzes würde sich ergeben, wenn die bona fides der durch den Tabularakt erwerbenden Personen als konstitutives Element seiner Formalwirkung aufzufassen wäre. Allein dieß ist theoretisch nicht richtig (s. Publizitätsprinzip S. 62, 82 fg.): allerdings kann nur der Gutgläubige die publica fides des Buches für sich anrufen, aber daraus folgt nicht, daß bona fides (aller oder einiger Beteiligten) Rechtsbedingung für die Formalwirkung des Eintrags sei, sondern nur, daß mala fides des Einzelnen für ihn diese Wirkung paralytirt; Unredlichkeit, und was ihr rechtlich gleichsteht, ist ein Anfechtungsgrund (gegenüber dem Unredlichen und seinen Gesamtnachfolgern). Darüber s. unten § 12.

3) So lange gegen den Eintragungsbescheid das ordentliche Rechtsmittel offen steht oder ein Rekurs im Zug ist, bleibt die Formalwirkung des vollzogenen Tabularaktes suspendirt.

4) Das Nähere darüber unten §§ 26, 27.

5) Wie sich von selbst versteht können (formell) nichtige Tabularakte zugleich auch materiell rechtswidrig sein (und sehr oft wird es sich so verhalten), aber diese letztere Eigenschaft bleibt hier außer Betracht.

6) Auch im Falle des G.B.G. § 94 a. E. kann man nicht eigentlich sagen, daß die „Eintragungen . . . von einem andern Gericht bewilligt werden“, sondern nur das Recht zur Eintragung; diese selbst kann immer nur vom zuständigen Grundbuchgericht durch besondern Bescheid angeordnet werden, und eine mit Uebergehung des Letzteren bloß auf das Urtheil des Erstern hin vollzogene Eintragung wäre nichtig.

wenn der die Eintragung bewilligende Beschluß des zuständigen Grundbuchgerichts dem Grundbuchsführer nicht in der gesetzlichen Form (schriftlicher Auftrag G.B.G. § 102) vorliegt.⁷⁾

b) Nichtigkeit.

Unrichtig im formellen Sinne (inkorrekt) ist der Bescheid dann, wenn sein Inhalt gegen die Normen des formellen Tabularrechts verstößt, indem er etwas Akten- oder Buchwidriges bewilligt.⁸⁾

Aktenwidrig ist die Bewilligung, wenn die bewilligte Disposition

a) ihrem Inhalt nach dem Petit des Gesuches widerspricht (G.B.G. § 96) z. B., anstatt der angeführten Vormerkung die Einverleibung,⁹⁾ oder anstatt des ausdrücklich begehrten Pfandrechts ad fructus (G.B.G. § 85) das unbeschränkte Pfandrecht, oder anstatt einer Hypothek für ein Darlehen per 1000 eine solche für 10000 u. s. w. bewilligt wurde;¹⁰⁾

β) wenn die Person vergriffen ist, zu Gunsten oder zu Lasten deren disponirt werden soll, mag der Fehler bloß den Namen betreffen oder eine Personenverwechslung unterliegen. So überall bei Schreibfehlern in den Namen, oder wenn z. B. die für Einen von mehreren Gesamtgläubigern nachgesuchte Pfandrechteintragung für einen Andern derselben bewilligt wird, wenn eine Verwechslung des Vollmachtgebers mit dem Vollmachtträger unterläuft, u. s. w. ;

γ) wenn das Objekt verfehlt wird, welches durch den Eintrag getroffen werden soll; z. B. Bewilligung der Pfandrechteinverleibung anstatt ob dem Hause A, wie begehrt, ob dem gleichfalls dem Verpfänder gehörigen Hause B, oder des Afterspandrechts an $\frac{1}{3}$ der Satzpost X, anstatt an $\frac{1}{5}$ derselben. (G.B.G. § 13.)

7) Z. B. nur als mündlicher Auftrag, oder schriftlich ohne die Unterschrift des Gerichtsvorstehers. Vgl. die Instrukt. v. 12. Jänner 1872, § 5, und unten § 11, Nr. 8.

8) Dernburg a. a. O. S. 420 hat die Kategorie der Unrichtigkeit aufgestellt, aber diesen Begriff m. E. zu weit gefaßt: wenn z. B. die dem Eintragungsgefuß zu Grunde liegende Einantwortungsurkunde irrig den A statt des B als Erben bezeichnet, so ist die Urkunde unrichtig, aber nicht der ihr konforme Bescheid, und folgeweise der auf den richtigen Bescheid hin erfolgte Eintrag nicht nichtig, sondern nur (nach Umständen) anfechtbar.

9) Ueber den umgekehrten Fall (G.B.G. § 85) s. unten § 30, Nr. 2.

10) Nicht aktenwidrig, sondern nur dem Inhalt nach unvollständig war der Bescheid im Falle der Entsch. G.Z. 1870 Nr. 30 (Auslassung der Pfandrechtsbewilligung für einen Theil der in der Tabularurkunde eingeräumten Rechte), daher der bewilligte und vollzogene Theil gültig.

Buchwidrig hingegen ist der Bescheid, wenn sein Inhalt mit dem zur Zeit vorhandenen Tabularstand des betreffenden bürgerlichen Objektes formell unvereinbar erscheint; also

a) wenn das Objekt, das durch die Eintragung betroffen werden soll, im öffentlichen Buch nicht steht (z. B. wenn die zu verpfändende Post schon gelöst, das Grundstück einem anderen Grundbuchskörper einverleibt, oder aus dem Grundbuch ausgeschieden ist);

β) wenn die Person, aus deren Vermögen die bewilligte Disposition erfolgen soll, zu solcher Verfügung bürgerlich nicht legitimirt erscheint; sei es daß das betreffende Objekt nicht auf ihren Namen im öffentlichen Buch eingetragen erscheint, ¹¹⁾ oder daß eine die bewilligte Rechtsübertragung ausschließende Dispositionsbeschränkung bürgerlich apparirt. ¹²⁾

2) Hinsichtlich des Vollzugs.

Ein Fehler im Vollzug des eine Eintragung bewilligenden Bescheids macht den Tabularakt nichtig, wenn die bewilligte Rechtsverfügung bei der Einschreibung in das Hauptbuch in einem wesentlichen Stücke unrichtig wiedergegeben ist. ¹³⁾ Als wesentlich muß der Verstoß gelten

a) bei Verwechslung der Grundbucheinlagen, in welche der Eintrag zu geschehen hat,

b) der Kategorie des Eintrags (z. B. Einverleibung anstatt Vormerkung),

c) bei bescheidwidriger Ausführung des Inhalts der Eintragung, bezüglich der Art der Disposition (z. B. Lösung anstatt Uebertra-

11) Zur formalen Buchmäßigkeit des Aktes wird nicht mehr erfordert, als daß der Name des laut Tabularurkunde Verfügenden identisch sei mit dem Namen des laut Grundbuch Verfügungsberechtigten. Auf eine Untersuchung über die Identität der hinter dem gleichen Namen stehenden Personen kann die Formalwirkung des vollzogenen Tabularaktes nicht abgestellt werden. Wo sich unter dem Namen der einen eine andere Person versteckt, um aus dem Vermögen jener zu disponiren, liegt, wie im Falle der Fälschung der Tabularurkunde, ein Dolus vor, der zunächst (wenn erweislich) einen abweisenden Bescheid und späterhin einen Anfechtungsprozeß begründen kann; der solchergestalt ersichtliche Eintrag aber ist, weil formgerecht bewilligt und vollzogen, ipso jure gültig (wenn auch materiell unrechtmäßig.)

12) Vgl. unten § 25.

13) Vgl. Turner's im Jurist XV, S. 233.

gung), der Natur des einzutragenden Rechts (z. B. Nießbrauch anstatt Pfandrecht), seines Objektes, Subjektes oder Inhalts (wie oben). ¹⁴⁾

§ 11.

Nichtigkeit und Berichtigung.

Aus dem Dargelegten ergibt sich, daß die formelle Korrektheit eines Tabularaktes (und seine dadurch bedingte Formalwirkung) mit seiner materiellen Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit keinen Zusammenhang hat. Der materiellen Rechtslage völlig entsprechende Tabularakte können formwidrig und darum nichtig sein, ¹⁾ so wie umgekehrt materiell rechtswidrige aber formgerechte Akte ipso jure gültig sind. In letzterer Beziehung ist hervorzuheben, daß insbesondere die Nichtigkeit des Tabularbescheids nach Obigem eine rein formale Qualität ist, unabhängig von der Tristigkeit der ihm zu Grunde gelegten Rechtsvoraussetzungen überhaupt, und speziell auch unabhängig von der rechtlichen Beschaffenheit jener früheren Einträge, auf die er formell gegründet ist: Rückichtlich seiner formalen Gültigkeit und Wirkung ist daher jeder Tabularakt nur aus sich heraus zu beurtheilen.

Die wichtigste Anwendung dieses Satzes, der nur ein Korollar des Publizitätsprinzips ist, liegt darin, daß selbst auf Grund formell inkorrekt, also nichtiger, Einträge weiterhin vollzogene derivative bürgerliche Verfügungen gültig sind, wenn nur der diese vollziehende Buchakt an sich betrachtet ein formgerechter ist. ²⁾

14) Unwesentliche Verstöße bei der Eintragung sind z. B. sachlich indifferente aber gleichwohl verbotene (Instrukt. § 9) Abweichungen vom Wortlaut des Bescheids, der Gebrauch von Ziffern, wo das Ausschreiben der Zahl in Buchstaben geboten ist (daf. § 10), das Anbringen von Rasuren im Eintrag (G. B. G. § 104) u. s. w.

1) Materiell rechtmäßig aber buchwidrig (G. B. G. § 21) und somit nichtig wäre z. B. die Einverleibung des Pfandrechts auf Grund einer vom nicht eingetragenen j. g. Naturaleigentümer des Grundstücks ausgestellten Verpfändungsurkunde.

2) Auch wer durch einen Schreibfehler des Grundbuchsführers als Eigentümer einer Liegenschaft eingetragen wurde, steht als solcher im Grundbuch, und wenn er dann einem Dritten Hypothek bestellt, und das Gericht die Eintragung bewilligt und vollzogen hat, so ist der Bescheid nicht buchwidrig, der Eintrag formgerecht, das Hypothekennrecht somit ipso jure erworben. (Ob, gegen wen, und wie lange dieser Erwerb etwa anfechtbar ist, bleibt hier außer Betracht.) — A. M. Regelsberger, Studien S. 122, welcher sich (insoweit die Wirkung gegen Dritte in Frage steht)

Jeder im hier entwickelten Sinne formwidrig erfolgte Tabularakt ist nichtig;³⁾ das durch ihn bezeugte Rechtsverhältniß ist leerer Schein, ganz oder theilweise, je nachdem das formelle Gebrechen seinen ganzen Inhalt ergreift, oder nicht. Auch durch nachträgliche Beseitigung des Gebrechens kann eine eigentliche Konvaleszenz⁴⁾ nicht zu Stande kommen, höchstens unter Umständen⁵⁾ der Anschein einer solchen, indem die früher gewollte Rechtsverfügung, ohne daß es einer neuerlichen Eintragung bedarf, von jetzt ab (ohne Rückwirkung) gültig besteht. Einer Anfechtung (im technischen Sinne dieses Wortes) ist der nichtige Eintrag nicht fähig, und einer gerichtlichen Nullitätserklärung bedarf er nicht,⁶⁾ um unwirksam zu sein: wer einen wie immer gearteten Rechtsanspruch unmittelbar⁷⁾ auf einen nichtigen Eintrag stützt, wird sachfällig, sobald dieß (die formelle Inkorrektheit des Aktes) dargethan ist.

Immerhin aber liegt es nicht nur im öffentlichen Interesse, daß nichtige Einträge baldigst wieder beseitigt, bez. richtiggestellt werden, sondern ganz besonders auch im Interesse der Personen, deren bürgerliche Rechtsstellung durch den nichtigen Akt zum Nachtheil alterirt ist; denn da auch der nichtige Eintrag die formell genügende Grundlage bildet für weitere bürgerliche Verfügungen an Dritte, so kann der durch jenen

mit Unrecht auf meine Ausführungen, Publizitätspr. S. 61, bezieht, vgl. daselbst S. 59 bei Nr. 4 und S. 115. — Die Gefahr bei solcher Lage der Dinge ist freilich handgreiflich, aber auch untrennbar vom entwickelten Tabularinstitut; Billigkeitserwägungen, wie sie R. a. a. D. anstellt, können dagegen nicht aufkommen, zumal es nicht ersichtlich ist, warum es billiger sein soll, daß der im Vertrauen auf das Buch handelnde Hypothekar den Schaden trage, als der allerdings ebenso schuldlose wahre Eigentümer. (Das Gerechte ist, daß der Staat den Schaden trägt, den sein sarkastischer Beamte verursacht hat, insofern der betrügerische Verpfänder nicht zu fassen ist.) Uebrigens gewährt das für G. B. G. § 64 dem Eigentümer die von R. vermehrte „Möglichkeit solche Schädigungen abzuwehren“ in einem für den Realcredit bedenklich weiten Maß; unten § 15.

3) Vgl. dazu C y n e r, Publizitätspr. S. 113 fg., wo aber manches Einzelne nach dem hier schärfer und enger bestimmten Begriff der Formrichtigkeit des Buchaktes zu berichtigen ist.

4) U n g e r, System, § 91.

5) So im Falle der obigen Note 1, wenn der Naturaleigentümer nachträglich an die Gewähr geschrieben wird, oder im Falle des § 10, Note 7, wenn der ordentliche ausgesetzte Bescheid nachträglich erscheint.

6) Wie das z. B. bei nichtigen Testamenten der Fall ist, a. b. Ob. § 1487.

7) Vgl. Note 2.

Eintrag Verletzte sich keineswegs dabei beruhigen, daß es wohl seinerzeit bei der gerichtlichen Geltendmachung des verbuchten Rechtsverhältnisses zur Konstatirung der Nichtigkeit kommen werde, sondern er muß auf sofortige Nichtigstellung dringen, weil ja jeder nachfolgende bürgerliche Veräußerungsakt des dazu formell legitimirten Inhabers ihn um sein dingliches Recht bringen kann. — Die Nichtigstellung kann erfolgen durch

1) Berichtigung von Amtswegen.

Eine solche ist im G. B. G. für zwei Nichtigkeitsfälle ausdrücklich vorgezeichnet, und muß gemäß dem Grundsatz des Tabularverfahrens (G. B. G. § 76) auf diese beschränkt bleiben:

a) Wenn der eine Eintragung bewilligende Bescheid buchwidrig ist, so kann die Berichtigung durch einen neuen Auftrag⁸⁾ des Grundbuchgerichts an den Grundbuchsführer erfolgen (G. B. G. § 102). Wird die Buchwidrigkeit des Bescheids erst entdeckt, nachdem der Eintrag bereits vollzogen ist,⁹⁾ so muß (nach Analogie des gleich zu besprechenden Falls b) vor der Berichtigung eventuell eine Vernehmung der Beteiligten erfolgen.

b) Wenn der Vollzug der Eintragung bescheidwidrig erfolgt ist, kann gleichfalls die Berichtigung von Amtswegen über Auftrag des Grundbuchgerichts¹⁰⁾ vorgenommen werden (G. B. G. § 104). Vor-

8) Es muß also ein neuer Bescheid geschöpft werden; das Konzept des Bescheids, versehen mit dem Expediatursiegel des Gerichtsvorstandes wird dem Grundbuchsführer zugestellt und bildet für ihn den „Auftrag“ im Sinne des § 102 G. B. G. (Instrukt. § 5).

9) G. B. G. § 102 Abs. 2 hat wohl zunächst nur den entgegengesetzten Fall im Auge, während § 104 Abs. 2 und 3 („ein Fehler bei der Eintragung begangen“) offenbar nur von einem Verstoß des eintragenden Beamten gegen den Inhalt des Auftrags zu verstehen ist. Die analoge Behandlung des im Text hervorgehobenen Falles, wodurch ein überflüssiger Rekurs erspart wird, unterliegt keinem Bedenken.

10) Nicht etwa eigenmächtig durch den Grundbuchsführer, was nur angeht, wenn der Fehler „noch während der Eintragung bemerkt“ wird. § 104 Abs. 2. — Uebrigens ist es rechtlich gleichgültig, woher das Grundbuchgericht Kunde von dem Eintragungsfehler erhält, ob durch eigene Wahrnehmung oder durch Anzeige der Beteiligten; auch im letztern Falle, wenn etwa der durch den Fehler Verletzte, auf Grund persönlicher Einsicht in das Hauptbuch oder durch einen Extrait davon unterrichtet, ein Gesuch um Berichtigung anbringt, — was durch § 126 G. B. G. keineswegs ausgeschlossen ist, da hier nicht eine Anfechtung des Bescheides vorliegt, sondern die Anzeige eines Amtsersehens in dessen Vollzug — handelt das Grundbuchgericht von Amtswegen.

her aber sind, „wenn der Fehler irgend eine Rechtsfolge nach sich ziehen könnte, die Beteiligte zu vernehmen.“¹¹⁾ Dabei wird, was zunächst jene Beteiligte anbelangt, zwischen denen der unrichtig vollzogene Bescheid ergangen ist, über ihren etwaigen Widerspruch einfach hinauszuweisen sein, da sie aus dem Manipulationsfehler keinerlei Recht für sich ableiten können.¹²⁾ Solche aber, welche auf Grund des unrichtigen Eintrags weitere bürgerliche Rechte erworben haben, müßten ausdrücklich konsentiren, wenn die ihnen präjudizirliche Korrektur von Amtswegen erfolgen soll; ihr Widerspruch kann nur im Prozeßwege (durch Anfechtungsklage) überwunden werden.

2) Rekurs.

Insofern die Nichtigkeit eines Tabularaktes im Bescheid des Grundbuchgerichts ihren Sitz hat, kann dieselbe im Rekurswege durch Reformation dieses Bescheids gehoben werden.¹³⁾ Die auf Grund des oberrichterlichen Bescheids erfolgte berichtigte Eintragung wirkt alsdann so, als wäre sie schon auf den erstrichterlichen Bescheid hin richtig vollzogen.¹⁴⁾

3) Nichtigkeitsklage.

Wenn der Nichtigkeitsfall nicht zu jenen gehört, die (nach Obigem) von Amtswegen bereinigt werden können, und wenn der Rekurs veräußert oder abgewiesen ist, so erübrigt nur die Lösungsklage aus dem Grunde der Nichtigkeit.¹⁵⁾

11) Es gibt keinen Eintragungsfehler, der nicht „irgend eine Rechtsfolge nach sich ziehen könnte;“ schon insofern ist die obige Gesetzesstelle nicht glücklich textirt, aber es fehlt auch jede Disposition über den Inhalt der Vernehmung und die Folgen bei verschieden geartetem Verhalten der „Betheiligten“ bei der Vernehmung.

12) Man könnte darum ihre Vernehmung ohne Bedenken unterlassen; sie sind befugt auf richtigen Vollzug ihres Bescheids zu dringen, nicht aber aus dem unrichtigen Vortheil zu ziehen.

13) G. B. G. §§ 126 fg. — Gründet sich die Nichtigkeit auf fehlerhaften Vollzug eines richtigen Bescheids, so kann sie durch Rekurs nicht angegriffen werden (Note 10) da dieser nur stattfindet, wo die (formelle oder materielle) Nichtigkeit des erstrichterlichen Bescheids der oberrichterlichen Kognition unterstellt werden soll.

14) Sie wirkt also, wie jede Eintragung, auf den Zeitpunkt der Ueberreichung des ersten Gesuchs zurück. G. B. G. § 132.

15) Sie wird im G. B. G. §§ 61 fg. nicht besonders unterschieden, sondern zusammen mit der materiellrechtlichen Lösungsklage (Anfechtungsklage) unter die beide begreifenden Bezeichnung „Lösungsklage aus dem Grunde der Ungültigkeit“ (vgl. böhm. Kpat. § 32) gestellt.

Ihr Ziel ist die Beseitigung des durch den formwidrigen Tabularakt geschaffenen Tabularstandes durch ein die Nichtigkeit anerkennendes und die Löschung des nichtigen Eintrags anordnendes Urtheil. Die Vollziehung des letzteren gewährt Sicherheit gegen die oben bezeichnete Gefahr eines Mißbrauchs der nichtigen Eintragung; eine Sicherheit, die übrigens hier, wie bei der Anfechtung, durch eine Streitannmerkung antizipirt werden kann.¹⁶⁾

Grund der Klage und Beweisthema des Klägers ist allein die Formwidrigkeit des fraglichen Tabularaktes, also einer der oben aufgezählten Nichtigkeitsfälle; ob der Akt, wie er gegen das formelle Tabularrecht verstieß, so auch materiell rechtswidrig sei, kommt dabei nicht in Frage. Legitimirt zur Erhebung der Klage ist jeder, der ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des nichtigen Tabularstandes zu bescheinigen vermag.¹⁷⁾

Die Klage richtet sich und beschränkt sich in ihrer Wirkung durchaus auf den nichtigen Eintrag: gegen weitere formgerecht vollzogene Einträge, die etwa auf ihn gebaut sind, hat sie keine Kraft.¹⁸⁾ Diese bleiben also bestehen, trotz erzwungener Löschung des ihnen zu Grunde liegenden Eintrages, wenn und insofern sie nicht durch eine Anfechtungsklage (unten §§ 12 fg.) beseitigt sind, welche mit unsrer Klage prozessualisch zwar kumulirt werden kann, aber materiell — nach Voraussetzungen und Art der Wirkung — nichts gemein hat.¹⁹⁾

16) G. B. G. § 61. S. darüber unten § 15.

17) S. darüber noch Publizitätspr. S. 116. Nicht entgegen steht G. B. G. § 61, denn daß „Jemand durch die Einverleibung in seinem bürgerlichen Rechte verletzt erscheint“ ist wohl Bedingung für das Begehren um Streitannmerkung, nicht aber für die Legitimation zur Klage. — Was hier über die Aktivlegitimation und das Beweisthema gesagt ist, verifizirt die Annahme einer besondern Nichtigkeitsklage gegen Meibom, Hkt. S. 87 Nte. 3 (vgl. auch Unger, v. G. 3. 1868 Nr. 26): denn im Falle als z. B. eine Hypothek durch Manipulationsverstoß nichtig intabulirt wäre, muß die Lösungsklage 1) nicht nur dem Eigenthümer zustehen, sondern z. B. auch dem nachher eingetragenen Usufruktuar (cf. a. b. Gb. § 512), und 2) wo sie der Eigenthümer anstellt, kann sie nicht eine Negatoria sein, da ihm dieß den Beweis seines Eigenthums aufzubürden würde, was dem formwidrigen Eintrag gegenüber gewiß zu Viel ist.

18) Es sei denn vermöge vorgehender Streitannmerkung, Note 16.

19) Beispiel: A gewährt dem B durch Vertrag ein Pfandrecht für eine Forderung pr. 1000; dasselbe wird durch einen Verstoß im Bescheid oder im Eintrag als pr. 10000 haftend intabulirt, und späterhin, nachdem der Bescheid längst rechts-

Wegen dieser Beschränktheit ihrer Wirkung, bei verhältnismäßiger Seltenheit ihrer Voraussetzungen und bei dem Vorhandensein der oben besprochenen anderen Wege zur Nichtigstellung nichtiger Einträge, dürfte die Nichtigkeitsklage in der Praxis kaum häufig rein (d. h. ohne Beimischung eines Anfechtungsanspruchs) vorkommen. — Ihre Verjährung ist die gewöhnliche 30jährige.²⁰⁾

BB) Anfechtung formell gültiger Einträge.

§ 12.

Wesen der Anfechtung. — Uebersicht der Anfechtungsgründe.

Die Anfechtbarkeit hypothekarischer Einträge ist keineswegs ein vereinzelt dastehendes Rechtsphänomen; überall auf dem Gebiete des Sachenrechts treffen wir auf dingliche Rechtsakte, die obwohl gültig begründet, dennoch unter Umständen von Standpunkten des Obliga-

kräftig geworden, cedirt B an C „die Hälfte“ seiner Satzfordrung, und diese Cession wird gleichfalls rechtskräftig. Wenn nun späterhin A mit der Nichtigkeitsklage auftritt, hat er nichts zu beweisen, als den Manipulationsverstoß, erreicht aber auch nicht mehr, als die Löschung jenes nichtigen Eintrags für B (bez. dessen Nichtigstellung auf 1000), während der formgerechte Eintrag für C pr. 5000 aufrecht bleibt, so daß das Pfand jetzt dem B gar nicht (da dieser seine ganze Forderung und mehr cedirt hat), dem C aber formwährend für jene 5000 haftet. — Wollte A mehr erreichen, nämlich auch die Reduktion der Satzpost des C auf ihren dem materiellen Recht entsprechenden Betrag, so müßte er seine Klage auch gegen diesen richten und dieselbe auf Thatfachen stützen, welche den C verpflichten hier das materielle Recht gegen sich gelten zu lassen, also z. B. die Thatfache, daß C zur Zeit der Cession gewußt habe oder hätte wissen müssen, daß die „Hälfte“ der B'schen Forderung nicht 5000 betrage, wie das Grundbuch auswies, sondern in Wahrheit nur 500. Dann aber läge eben darin ein Anfechtungsanspruch: die prozessualisch Eine Klage würde materiell eine doppelte sein, Nichtigkeitsklage gegenüber B, Anfechtungsklage gegenüber C; ihre beiden Hälften haben eine völlig verschiedene rechtliche Grundlage, und je nach Ausfall des Beweisverfahrens könnte Kläger in der einen siegen und in der andern sachfällig werden.

20) A. b. Gb. § 1479; G. B. G. § 62 „die Dauer des Klagerechts ist nach den bestehenden civilrechtlichen Bestimmungen über die Verjährung zu beurtheilen.“ — Die 3jährige s. g. Tabularerzitzung des a. b. Gb. § 1467, welche ich, als qualifizierte Verjährung der Nichtigkeitsklage, früher nothgedrungen hierher bezogen habe (a. a. D. S. 118 fg. vgl. S. 28 f.), existirt nach dem G. B. G. nicht mehr, weder als Verjährung noch als Erzitzung.

tionenrechts aus mit Erfolg anzugreifen sind.¹⁾ Das durch solch einen Akt geschaffene dingliche Rechtsverhältniß besteht dann zwar zu Recht, aber es entsteht zugleich zwischen allen oder einigen daran betheiligten Personen ein obligationenrechtlicher Nexus, dessen Ziel die förmliche Wiederaufhebung oder mindestens die praktische Neutralisirung jenes Rechtsverhältnisses ist, weil dasselbe, obzwar allen Normen des Sachenrechts gemäß begründet, gleichwohl als ein innerlich ungerechtfertigtes dem feineren Gefühl des Obligationenrechts Anstoß erregt. Was einmal den Anforderungen des Sachenrechts genügt hat, steht nun als ipso jure gültig da und versucht seine Wirkung strahlenförmig nach allen Seiten geltend zu machen: aber da tritt das Obligationenrecht dazwischen mit der ihm eigenen Befähigung und Aufgabe, jeden einzelnen dieser Wirkungsstrahlen besonders aufzufassen, zu prüfen, und je nach Befund die eine und die andere der subjektiven Beziehungen des dinglichen Rechtszustandes abzuschneiden, welcher objektiv gültig ist und es bis auf Weiteres bleibt.

So kann ein formell gültiger hypothekarischer Eintrag, welcher als solcher die betreffende dingliche Rechtsveränderung ipso jure erzeugt hat, eine Reaktion des Obligationenrechts gegen sich hervorrufen in dem Sinne, daß seine Wirkung gegenüber gewissen Personen aus materiellrechtlichen Gründen ausgeschlossen wird; und einen solchen Eintrag nennen wir einen anfechtbaren.

Nicht jeder materiell unrechtmäßige Eintrag ist anfechtbar, und nicht jeder anfechtbare ist es gegenüber allen Personen, die an seinen Wirkungen betheiligt sind. Vielmehr liegt die Relativität im Wesen der Anfechtbarkeit, da für sie der materiellrechtliche Mangel wohl Bedingung, aber nicht allein zureichender Grund ist: es muß gegenüber jedem Betheiligten, der durch die Bestreitung des Eintrags um die ihm günstigen Folgen der Formalwirkung des Tabularakts gebracht werden soll, ein besonderer Rechtsgrund obwalten, der ihn ver-

1) Cynera a. D. S. 81 fg. Vgl. die Konditionen des R. N. zur Anfechtung an sich gültiger Eigenthumsübertragungen Dig. XII, 4—7; a. b. Gb. §§ 1435, 1174. S. auch Lex Salica XLV, 2, dazu Sohm, Prozeß der Lex Salica S. 40: das Anfechtungsrecht „steht mit dem Wesen des Formalakts im innersten Zusammenhang. Die unterliegenden Verhältnisse, welche von den positiven Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Formalakts ausgeschlossen sind, sollen durch das Vorgehen der Gegenpartei ihre negative, zerstörende Macht zu üben im Stande sein.“

pflichtet, im vorliegenden Falle die materielle Seite des bürgerlichen Verhältnisses gegen sich herauskehren zu lassen.²⁾

Solcher Verpflichtungsgründe gibt es nach östr. Recht dreierlei:³⁾

1) Auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung findet die Anfechtung eines in seiner causa mangelhaften Tabulareintrags statt zwischen den durch einen solchen Eintrag unmittelbar Betroffenen (inter partes), ohne Rücksicht auf bona oder mala fides des Bereicherten.

2) Auf Grund von mala fides haften der Anfechtung dritte Personen, ohne Unterschied ob sie in Folge des angefochtenen Eintrags bereichert sind oder nicht.

3) Auf Grund bürgerlich ausgezeichnete Wahrung des Anfechtungsrechts (Streitanmerkung) haften auch redliche Dritte, gleichfalls ohne Rücksicht auf Bereicherung. — Hieran endlich reiht sich noch der singuläre Fall des § 64 G.B.G. —

Wer also einen formell gültigen Tabulareintrag anfechten will (sei es im Wege der Klage oder der Einrede),⁴⁾ der muß zweierlei dathun: einmal, daß der bestrittene Eintrag im Zeitpunkt der Anfechtung als ein materiell unrechtmäßiger im Buch stehe, — und sodann, daß der Gegner aus einem in seiner Person zutreffenden Rechtsgrund der soeben angeführten Art verpflichtet sei dem materiellen Rechtsbestand sich zu fügen.

Es soll nun zunächst die erste dieser Voraussetzungen genauer festgestellt werden (materielle Unrechtmäßigkeit der hypothekarischen Einträge) als das gemeinsame Fundament aller Anfechtungen. Erst wenn dann weiterhin (§§ 14 fg.) auch die zweite obige Voraussetzung in Betracht kommt, differenziren sich die Anfechtungsansprüche, innerlich je nach der Art des speziellen Verpflichtungsgrundes, und äußerlich

2) Auch wenn in concreto derselbe Rechtsgrund zur Anfechtung hinsichtlich aller an einem bestimmten Tabularakt Beteiligten obwaltet, so bleibt doch die Anfechtung wesentlich relativ; sie richtet sich nicht gegen den objektiven Bestand des Eintrags, wie die Nichtigkeitklage, sondern gegen dessen Rechtswirkungen in Beziehung auf die einzelnen Beteiligten, und muß daher gegen Jeden derselben besonders begründet werden.

3) Zur Systematik der Anfechtungsgründe vgl. Sarum, ö. G.B. 1871, Nr. 2, Note 6.

4) Darüber s. noch unten § 17.

sich je nachdem sie inter partes sich bewegen, oder gegen Dritte erhoben werden.

Aus praktischen Gründen wird bei der unten folgenden Einzelbarstellung der Anfechtungsfälle nicht jene innere, sondern die letztere mehr äußerliche Differenz — die Richtung des Anspruchs — vorangestellt, wonach sich das Schema ergibt:

- 1) Anfechtung inter partes
- 2) Anfechtung gegen Dritte
 - a) gegen redliche Dritte
 - aa) auf Grund rechtzeitiger Protestation (Streitanmerkung)
 - bb) bei unterbliebener Zustellung des Bescheids, G.B.G. § 64.
 - b) gegen unredliche Dritte.

§ 13.

Materielle Unrechtmäßigkeit der hypothekarischen Einträge.

Als materiell unrechtmäßig bezeichnen wir denjenigen Eintrag, dessen Inhalt dem gemeinen österreichischen Privatrecht, abgesehen von den durch das Institut der öffentlichen Bücher bedingten besonderen Normen, widerspricht; dergestalt also, daß der dingliche Rechtszustand, welchen das öffentliche Buch zur Zeit ausweist, an den für das außerbücherliche Pfandrecht geltenden Regeln gemessen, entweder gar nicht, oder doch nicht völlig so wie er im Buch steht, für gültig erkannt werden könnte.

Alle Thatfachen und Umstände, welche dort dem gültigen Zustand gekommen eines auf Begründung, Uebertragung, Modifikation, Aufhebung von Pfandrecht gerichteten Rechtsgeschäftes, oder dem gültigen Fortbestand eines einmal begründeten Pfandrechts hindernd in den Weg treten, bewirken hier zwar nicht die Nichtigkeit des durch die Publizität der Bücher gedeckten formgerechten Eintrags, wohl aber die materielle Rechtswidrigkeit, und damit möglicherweise (nicht notwendig und nicht gegen Jedermann) die Anfechtbarkeit seines Inhalts.

Ist auch hiermit unser Begriff theoretisch erschöpft, so mag doch der Deutlichkeit halber eine beispielsweise Aufzählung der wichtigsten Fälle von materiell mangelhaften hypothekarischen Einträgen folgen.

- 1) Materielle Unrechtmäßigkeit der Hypothekbestellung.
 - a) Wegen Mangel des Eigenthums oder der Disposi-

tionsfähigkeit des Auktors. — Wenn der Verpfänder z. B. durch Fälschung oder Irrthum als Bucheigentümer des ihm in Wahrheit nicht gehörenden Objectes angeschrieben, ¹⁾ oder wenn der wahre Eigentümer, nachdem er (z. B. durch Wahnsinn) die Verfügungsfähigkeit verloren hatte, aber ohne daß dies bücherlich apparirte, die Auffandung erteilt hat, und der Eintragungsakt formgerecht vollzogen ist.

b) Wegen Nichtigkeit oder ursprünglicher Anfechtbarkeit der Pfandforderung. — Z. B. auf eine gefälschte Darlehensurkunde, oder auf eine solche, die in Erwartung der (dann unterbliebenen) Zuzählung der Valuta vorweg ausgestellt war, oder auf eine wegen Betrug anfechtbare Vergleichsforderung hin wurde (vom Eigentümer oder exekutiv vom Richter) die Verpfändung bewilligt. Die materielle

1) Daß in diesem Falle der Pfandrechteintrag, obzwar materiell unrechtmäßig, doch Formwirkung hat, ist vom ob. Gf. bereits vor Eintritt des G. B. O.'s in mehreren Urtheilen scharf ausgesprochen, und es wurde demgemäß, da es sich überall um gutgläubige Dritte handelte, auch der Anfechtung nicht Statt gegeben. Entsch. v. 22. Sept. 1863 (GUW. 1803), v. 27. Juli 1871 (G. Z. 1872, Nr. 6) u. v. 29. Okt. 1868 (G. Z. 1871 Nr. 48) Die Motive der letzteren Entsch. namentlich enthalten die bestimmteste Anerkennung des Publizitätsprinzips: „Allerdings war die C. niemals rechtmäßige Eigentümerin des Hauses und daher auch nicht berechtigt dem Beklagten das fragliche Pfandrecht daran zu bestellen. Allein . . . daß in diesem Falle die Regel des § 442 a. b. Gb. (nemo dat quod non habet) keine Anwendung findet, ergibt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Wirkungen der bücherlichen Einverleibung (§§ 321, 322, 444, 469, 526, 1443, 1446, 1500 a. b. Gb.). Nach den letzteren Bestimmungen ist für den Dritten, welcher im Vertrauen auf das öff. Buch sich ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache einräumen läßt, nur der Grundbuchsstand maßgebend und Derjenige, welcher gegen Hypothek borgt, kann und muß den grundbücherlichen Eigentümer der Liegenschaft als die zur Ausstellung der Einverleibungsbewilligung berechtigte Person so lang ansehen, bis ihm durch eine bücherliche Eintragung oder auf eine andere Art der Nichtbestand des Eigenthums des Pfandbestellers bekannt oder erkennbar wurde.“ — Auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht die (gleichfalls über eine noch vor der Wirksamkeit des G. B. O.'s erhobene Klage gefällte) Entsch. v. 29. Mai 1874, G. Z. 1874 Nr. 58; darin wird unter Berufung auf § 1467 a. b. Gb. angenommen, „daß ein bücherliches Recht nicht dadurch unanfechtbar werde, daß es an einen Dritten übertragen ist, welcher das Vertrauen in die öff. Bücher für sich in Anspruch nimmt, so lange die gesetzliche Verjährungsfrist (3 Jahre) nicht abgelaufen ist.“ — So setzt sich die von mir (a. a. O. S. 7) geschilderte Zerfahrenheit der öst. Praxis in der vorliegenden Frage bis hart an die Schwelle der neuen Ordnung des Hypothekenwesens fort.

Rechtswidrigkeit der Hypothekbestellung folgt hier aus der materiell accessorischen Natur ²⁾ der Hypothek (a. b. Gb. § 449); sie kann natürlich auch eine bloß theilweise sein, wenn die eingetragene Hypothekarsumme den wirklichen Schuldbetrag übersteigt. ³⁾

c) Wegen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Titels zur Hypothekbestellung. ⁴⁾ — Z. B. wo auf eine gefälschte Intabulationsbewilligung für eine gültige Schuld Pfandrecht eingetragen ist, oder auf Grund eines vermeintlichen gesetzlichen Titels, eines anfechtbaren Schiedsspruches, ⁵⁾ eines in fraudem creditorum geschlossenen, oder eines durch betrügerische Vorspiegelung erschlichenen Pfandvertrags.

2) Materielle Unrechtmäßigkeit des Fortbestandes der eingetragenen Hypothek.

a) Bei nachträglichem Wegfall der Pfandschuld. — Sobald diese getilgt ist, mit oder ohne Befriedigung des Gläubigers, entfällt für den Fortbestand der Hypothek ⁶⁾ (a. b. Gb. § 469) die materielle Rechtfertigung; bei nur theilweiser Tilgung (oder Anfechtbarkeit) der Pfandschuld trifft die materielle Rechtswidrigkeit den betreffenden Theil der bücherlich ganz aushaftenden Hypothek.

b) Bei nachträglichem Wegfall des Titels, d. h. Wegfall der Verpflichtung des Schuldners dem Gläubiger das Pfandrecht zu belassen. — Diese Verpflichtung kann aufgehoben werden durch einen diesbezüglichen Vertrag unter den Parteien, sie kann auch entfallen mit dem Aufhören solcher thatsächlicher Zustände, durch welche der Titel gesetzlich bebingt ist, z. B. der „Gefahr“ nach a. b. Gb. §§ 520, 1245, 1365.

3) Materielle Unrechtmäßigkeit der Hypothekübertragung.

Die bücherliche Uebertragung (zu „Eigenthum“ oder zu Pfandrecht) eines formell und materiell gültigen Hypothekarechts kann materiell widerrechtlich sein,

2) Vgl. oben § 2.

3) Cf. L. 3. D. de cond. s. c. (12, 7).

4) Cf. L. 5, § 1. D. de act. emt. (19, 1), L. 31. D. de cond. indeb. (12, 1).

5) Vgl. GUW. 1162.

6) Der rechtliche Fortbestand der ungelöschten Hypothek trotz inmitten liegender Tilgung der Pfandschuld war auch der älteren Praxis (wegen § 469 a. b. Gb.) nie zweifelhaft. Vgl. z. B. die Entsch. in G. Z. 1869 Nr. 10, 66, 101. 1873 Nr. 26.

a) wenn sie ohne Rechtsgrund erfolgte, z. B. auf Grund einer gefälschten Cessionsurkunde, oder

b) aus nichtiger Cauſa; z. B. aus einem mangels Einwilligung (a. b. Ob. §§ 865 fg.) ungiltigen Abtretungsvertrag, aus nichtigem Testament u. s. w. oder

c) aus anfechtbarer Cauſa; z. B. auf Grund anfechtbarer Schenkung (a. b. Ob. §§ 951, 953), an Zahlungsstatt für eine Nichtschuld, als Cession ob causam non secutam (etwa zur Mitgift für eine nicht zu Stande gekommene Ehe), aus anfechtbarem Vergleich, Erbtheilungsvertrag u. s. w.

4) Die bürgerliche Abtretung der Rangordnung erscheint aus denselben Gründen, wie die Cession und Afterverpfändung materiell unrechtmäßig, wenn die Cauſa der formgerecht verbücherten Nachstehungserklärung (O. B. G. § 30) entweder ganz fehlt, oder nichtig bez. anfechtbar ist.

5) Materielle Unrechtmäßigkeit der Löschung.

Wie jeder andere hypothekarische Tabularakt beruht auch die Löschung eines bürgerlich haftenden Hypothekarrechts auf einem mindestens dem äußeren Schein nach vorhandenen materiellrechtlichen Fundament (Causa); und wo dieses in Wahrheit ermangelt, oder als rechtlich umstößbar sich darstellt, da ist zwar nichtsdestoweniger die formgerecht gelöschte Hypothek kraft des Formalakts aus der Welt geschafft, aber die dadurch bewirkte Entlastung des Objekts, welche für den Betheiligten einen Rechtserwerb in sich schließt, ⁷⁾ erscheint als materiell unrechtmäßig. ⁸⁾ Das ist der Fall

a) wo die Löschung ohne Rechtsgrund erfolgt ist; z. B. mittelst gefälschter Löschungsbewilligung des Hypothekars, oder auf

7) Si quis obligatione liberatus sit, potest videri accepisse. L. 115, pr. D. R. J. (50, 17) . . . Nihil interest, num ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem pervenerit. L. 10. D. de cond. c. data (12, 4).

8) Die Löschung kann daher unter Umständen (s. unten) angefochten werden, und möglicherweise kann dieß zu einer bürgerlichen Wiederherstellung der unrechtmäßig gelöschten Hypothek durch neuerliche Eintragung führen; aber doch ist das alsdann reintabulirte Recht nicht identisch mit dem seinerzeit gelöschten, was namentlich in der Prioritätsfrage (aber auch sonst, z. B. in Rücksicht auf in der Zwischenzeit vom Objekt bürgerlich abgetrennte Parzellen) hervortritt.

eine Quittung hin, die von einer dem Hypothekar gleichnamigen dritten Person herrührt;

b) wo sie auf einem ungiltigen Rechtsgeschäft beruht, z. B. nichtigem Erlaßvertrag; oder

c) auf einem anfechtbaren Rechtsgeschäft; hierher gehört namentlich der praktisch wichtigste Fall, wo die Einwilligung zur Löschung vom Hypothekar gegeben wurde in der Voraussetzung, daß die Tilgung der Pfandschuld bereits erfolgt sei oder daß sie demnächst erfolgen werde, und wo diese Voraussetzung sich hinterher als eine irrige (falsa causa) erwies; ⁹⁾ aber auch anderweitig können Voraussetzungen, welche dem zur Löschung führenden Rechtsgeschäft (als causa futura oder praeterita) zu Grunde gelegen haben, nach den Grundsätzen von der *condictio liberationis* die bürgerliche Entlastung als materiell widerrechtlich erscheinen lassen, z. B. Löschungserklärung zum Zweck der Mitgift bei ungiltiger oder nicht erfolgter Ehe, ¹⁰⁾ in der Voraussetzung der Gültigkeit eines gewissen Testaments, zur Verhinderung einer unerlaubten Handlung (a. b. Ob. § 1174), gegen die (unerfüllt gebliebene) Zusage der Sicherstellung durch eine bestimmte andere Hypothek, ¹¹⁾ u. s. w.

Die Anfechtungsansprüche im Einzelnen.

§ 14.

1) Die Anfechtung *inter partes*.¹⁾

Es kann zwischen zwei Parteien, die an dem Bestand eines gewissen hypothekarischen Eintrags im entgegengesetzten Sinne interessirt sind, durch Vertrag, Testament, Richterpruch eine Verbindlichkeit

9) Ausstellung der „Löschungsfähigen“ Quittung in der Voraussetzung der schon vollzogenen Zahlung (a. b. Ob. § 1369, § 1431), oder auch *anticipando*, was täglich vorkommt.

10) Cf. L. 10. D. de cond. c. d. (12, 4) L. 43, § 1. D. de jure dot. (23, 3).

11) Im letzten Falle kann es zweifelhaft sein, ob die Anfechtung der Löschung statthaft, und ob nicht vielmehr der Verletzte darauf beschränkt sei, die Erfüllung jener Zusage (a. b. Ob. § 919) zu fordern; das gemeine Recht läßt Beides zu: L. 4, D. de cond. c. d. (12, 4).

1) O. B. G. § 62. — Vgl. Erner, Publizitätsprinzip S. 104 fg., Meibom, Rht. S. 92 fg.

bestehen, wonach die eine gehalten ist, die Löschung oder Abänderung des Eintrags zum Vortheil der anderen zu bewirken, bez. zu dulden: 2) dann erwächst dem Berechtigten, falls der Gegner die erforderliche Mitwirkung zum friedlichen Vollzug des Buchactes weigert, eine Löschungsklage 3) aus seinem Forderungsrecht, die eben weil sie auf diese besondere Obligation sich gründet, die materielle Unrechtmäßigkeit des zu löschenden Eintrags nicht zur Voraussetzung hat.

Jeder materiell unrechtmäßige Eintrag (§ 13) aber, — mag er es gleich ursprünglich gewesen oder erst nachträglich geworden sein — ist schon als solcher anfechtbar zwischen denjenigen Personen, deren bürgerliche Rechtsstellung durch den fraglichen Tabularakt unmittelbar getroffen erscheint.

Also zur Anfechtung berechtigt ist derjenige, zu Lasten dessen der jetzt vitiose Eintrag erfolgt war (bei Hypothekbestellung der Eigenthümer, bei Cession der Cedent, bei Löschung der Hypothekar) und sein Gesamtnachfolger. 4) Er hat aber dieses Recht nur gegenüber jener Person, zu deren Gunsten seinerzeit der Eintrag erfolgte (in obigen Fällen also gegen den Hypothekar, den Cessionar, den Eigenthümer) mit Einschluß ihrer Gesamtnachfolger; 5) nicht auch gegen ihre bürgerlichen Singu-

2) Z. B. Jemand hat versprochen um eine gewisse Gegenleistung das Pfandrecht für eine gewisse Forderung aufgeben und die Löschung gestatten zu wollen, oder er ist durch ein Testament oder Theilungsurtheil dazu verhalten.

3) Auf solche Klagen bezieht sich O. B. G. § 62 verb. „oder wenn sich die Klage auf solche Verhältnisse stützt, welche unmittelbar zwischen dem Kläger und Beklagten obwalten.“

4) Das folgt aus dem Wesen der Universalsuccession (a. b. Gb. § 547) und ist z. B. anerkannt in den Motiven der obersten. Entsch. v. 11. Jänn. 1871, O. Z. 1871, Nr. 49. — Nicht berechtigt zur Anfechtung sind die bürgerlichen Singularnachfolger des Verletzten, denn sie haben den Buchstand übernommen, wie er ist (§ 443 a. b. Gb.) und stehen für ihre Person in keinem Obligationsverhältnis zu jenem Erwerber (so richtig die Entsch. O. B. G. 2993); doch können sie natürlich im Wege der Vertretungsleistung (a. b. Gb. § 928) oder sonst durch Cession in die Lage kommen, die betreffenden Ansprüche ihres Auktors geltend zu machen. — Eben- sowenig berechtigt zur Anfechtung sind dritte Personen, die an der Aufhebung des betreffenden Eintrags ein indirektes bürgerliches Interesse hätten, z. B.: „Postlozirte Gläubiger haben kein Recht, eine bereits bezahlte vorausgehende Tabularpost zur Löschung zu bringen.“ Entsch. v. 4. Nov. 1869, O. Z. 1869, Nr. 101.

5) Letzteres ergibt sich wie oben (Nte. 4). Das O. B. G. § 62 bezeichnet als in unserem Fall beklagbar „diejenigen Personen, welche unmittelbar durch die Einver-

larsuccessoren, da deren Rechtsstellung auf der Formalwirkung ihres Eintrags beruht, und sie in die persönlichen Verpflichtungen des Buchautors nicht succediren. 6)

Das juristische Moment, welches in den hier besprochenen Fällen für den aus dem Eintrag unmittelbar Berechtigten die Verpflichtung ergibt, trotz des zu seinen Gunsten sprechenden formell untadelhaften Buchstandes der materiellen Rechtslage sich zu unterwerfen, liegt in der grundlosen Bereicherung, welche er auf Kosten des Gegners durch den Eintrag hat. Denn durch den Inhalt eines jeden materiell rechtswidrigen Eintrags wird das Vermögen, zu dessen Lasten er erfolgte, geschädigt, und dasjenige, zu dessen Gunsten er erfolgte, gebessert: 7) der wirthschaftliche Vortheil aber, der sonach dem letzteren unmittelbar auf Kosten des ersteren, sei es schon durch die Entstehung eines von Haus aus ungerechtfertigten, oder durch den Fortbestand eines späterhin der materiellen Rechtfertigung verlustig gewordenen Eintrags, zugeht, erscheint als rechtlich ungegründet und darum von Rechtswegen widerrufen (anfechtbar).

Die Anfechtung stützt sich, abgesehen von der materiellen Unrechtmäßigkeit des Eintrags, die überall vorausgesetzt wird, 8)

leibung, auf deren Löschung geklagt wird, Rechte erworben haben oder von einer Last befreit worden sind“; bei dieser Formulierung ist das Wort unmittelbar zu argiren.

6) Wo eine Anfechtung auch gegen Dritte stattfindet (s. unten), haften diese nicht in ihrer Eigenschaft als Rechtsnachfolger des ursprünglich Beteiligten, sondern aus selbständigem Verpflichtungsgrund.

7) Die „Bereicherung“ darf nicht im strengen Sinn, als quantitativer Zuwachs am Vermögen, verstanden werden (Pfandrechtserwerb für eine bestehende Forderung vermehrt das Vermögen des Gläubigers so wenig, als Pfandrechtserlaß das des Schuldners). Es genügt der wirthschaftliche Vortheil, der, auch ohne ziffermäßige Vermehrung, in der besseren Ordnung des eigenen Vermögens, sei es durch erhöhte Sicherung für Forderungen, oder durch wiederhergestellte Kreditfähigkeit von Realitäten u. dgl. gelegen ist, wenn dieser Vortheil, wie das nicht anders sein kann, auf Kosten des durch den Eintrag belasteten Theils erzielt wird. (Ganz in demselben Sinn gehört es zum Begriff des Legates, daß es ein commodum, ein Plus in legato, enthalte, aber nicht nothwendig eine quantitative Bereicherung, vgl. Hartmann, Begriff d. Vermächtnisses, § 3.)

8) In der Praxis ist man gewöhnt, die mat. Widerrechtlichkeit des Eintrags bei der Anfechtung inter partes als alleiniges Klagsfundament anzusehen. Aber es bedarf der theoretischen Erklärung, warum sie hier genügt, und eine solche kann nur durch den Hinweis auf die Bereicherungsobligationen gegeben werden; was freilich bei

1) auf die Analogie des § 1431 a. b. Ob.; wenn der Eintrag schon ursprünglich materiell ungiltig war.

Dann nämlich stellt sich die auf einen vermeintlich vorhandenen, in Wahrheit aber fehlenden Rechtsgrund hin erfolgte bücherliche Veränderung mit der solutio indebiti unter dieselbe höhere Kategorie eines ob falsam causam rite vollzogenen Rechtsaktes, der zwar seine nächste dingliche Wirkung übt,⁹⁾ aber zugleich den Bereicherten auf Wiederherstellung des dadurch gestörten ökonomischen Gleichgewichts persönlich verpflichtet. — In denjenigen Fällen, wo der unrechtmäßige Eintrag auf einem Willensakt Dessen beruht, welcher ihn jetzt anfechten will,¹⁰⁾ geht die Analogie zur *condictio indebiti* noch weiter; und wird man auch die Anfechtung den besonderen Voraussetzungen dieser Kondition unterwerfen, also den Nachweis erfordern müssen,¹¹⁾ daß Kläger seinerzeit unter einem Irrthum gehandelt habe, der zwar ein Rechtsirrtum gewesen sein mag, aber entschuldbar sein muß.¹²⁾

der rudimentären Behandlung dieser Lehre im a. b. Ob. §§ 1431, 1435, 1174 seine Schwierigkeiten hat. Cf. L. 1. § 2. L. 4. D. de cond. sine c. (12, 7). — Vgl. die oberste Entscheidung v. 28. Aug. 1874, O. Z. 1874 Nr. 72 (Pfandrechtsinverleibung auf Grund gefälschter Bürgschaftsurkunde, Anfechtung durch *exceptio falsi*), wo die richtige Entscheidung (Abweisung der Hypothekarlagung) nur unvollständig motivirt erscheint, weil der durchschlagende Grund nicht die materielle Rechtswidrigkeit des Eintrags an und für sich sein konnte, sondern nur in Verbindung mit dem Umstand, daß aus dem Buchstand zwischen denselben Personen geklagt wurde, für und gegen welche der Eintrag erfolgt war, da eben dieser Umstand des Klägers Verungung auf sein Vertrauen zum öff. Buch ausschließt.

9) Wie die indebite tradirten Sachen gleichwohl ins Eigenthum des Empfängers übergehen.

10) Also überall, wo die Einwilligung des Belasteten (oder seines Erblassers) zur Eintragung vorlag, z. B. Hypothekverleibung bei echter Verpfändungsklausel aber nichtiger Pfandschuld, Löschung auf Grund echter Quittung bei fortbestehender Pfandforderung.

11) Kopecky in Wagner's Zchr. 1838, I, S. 261 will in diesen Fällen, auch bei erwiesenem Irrthum, die Anfechtung ganz ausschließen.

12) Der Irrthum muß jedenfalls bewiesen werden (a. b. Ob. § 1432); ob es auch auf dessen Entschuldbarkeit ankommt, ist schon gemeinrechtlich bestritten (vgl. Vangerow, Pand. III, § 625): m. E. heißt es die Willigkeit, die der Duell unseiner Konditionen ist, zur Unbilligkeit übertreiben, wenn man die Klage auch Dem zuläßt, welcher aus unverantwortlicher Fahrlässigkeit irrend einen Rechtsakt gewollt und gethan hat, durch dessen Entkräftung dem redlichen Gegner empfindliche Verlegenheiten erwachsen können; man wird also *aliquam justam ignorantiae causam* (L. 25. pr. D. de prob. 22, 3) fordern dürfen, auch wenn

2) Auf die Analogie des § 1435 a. b. Ob.; wenn der ursprünglich rechtmäßige Eintrag erst nachträglich materiell hinfällig geworden ist,¹³⁾ (*Condictio causa finita*).

Denn nicht nur eine Eigenthumstradition kann der Geber rückgängig machen, wenn für den Nehmer „der rechtliche Grund die Sachen zu behalten aufgehört hat“, sondern jedes an sich gültig vollzogene dingliche Rechtsgeschäft, sobald durch nachträglichen Wegfall seiner Causa der Erwerber aus demselben auf Kosten des Veräußerers grundlos bereichert dasteht. Und dieß ist der Fall, wenn und so lange ein hypothekarischer Eintrag nach Eintritt seiner materiellen Hinfälligkeit zu Lasten und zu Gunsten eben derjenigen Personen fortbesteht, zwischen welchen er errichtet wurde.

§ 15.

2) Die Anfechtung gegen Dritte.

a) Gegen redliche Dritte.

aa) Die ordentliche Anfechtung auf Grund rechtzeitig angebrachter Protestation (Streitanmerkung).¹⁾

Gegen redliche Dritte, d. h. solche Personen, welche auf Grund des materiell ungerechtfertigten Eintrags im guten Glauben an dessen Rechtmäßigkeit²⁾ weitere bücherliche Rechte durch formell gültigen Tabularakt erworben haben, ist eine Anfechtung jenes Eintrags nur zulässig,³⁾ wenn der Anfechtungsanspruch rechtzeitig bücherlich gewahrt ist.

man den Rechtsirrtum als solchen nicht verwirft (a. b. Ob. § 1431, L. 1. pr. D. ut in poss. leg. 36, 4). Savigny, Syst. III, S. 447 fg. Erleben, die *Conditiones sine causa*, S. 61 fg. Vangerow, a. a. O.

13) Vgl. oben § 13, Ziff. 2.

1) O. B. O. §§ 62, 65–68.

2) Was *bona fides* im Sinne des östr. Grundbuchrechtes ist, s. unten in § 16.

3) Genau gesprochen richtet sich die Anfechtung, von der hier die Rede ist, nicht gegen den ursprünglich mangelhaften Eintrag, sondern gegen den davon abgeleiteten des Dritten, aber sie stützt sich auf die materielle Rechtswidrigkeit jenes, die sich diesem mitgetheilt hat; und danach hat sich in Ostreich der hier beibehaltene Sprachgebrauch gebildet: man sagt kurz „der Eintrag A (z. B. Pfandrechtsinverleibung) wird gegen B (Cessionar) angefochten“, anstatt „der Eintrag B wird wegen Ungiltigkeit von A angefochten.“

Die Wahrung besteht darin, daß der durch den Eintrag in seinen bürgerlichen Rechten materiell Verletzte die Anfechtung ankündigt, indem er die „Anmerkung des Streitigen“ beim Grundbuchsgewalt ansucht. Wenn dies rechtzeitig geschieht, so hat es die Wirkung, nicht nur daß in Zukunft auf den protestirten Eintrag hin Niemand mehr bona fide bürgerlich erwerben kann, sondern auch, daß die schon vorher — in dem Zeitraum zwischen dem Vollzug des anfechtbaren Aktes und dem Einlangen des Gesuches um die Streitannmerkung — vollzogenen derivativen Buchakte der Anfechtung mit verfallen.

Rechtzeitig ist die Streitannmerkung, wenn sie angesucht wurde vor eingetretener Rechtskraft des Bescheides, durch welchen der rechtswidrige Eintrag⁴⁾ bewilligt war.⁵⁾

Das Einschreiten um die Streitannmerkung ist seiner rechtlichen Natur nach eine Protestation:⁶⁾ ein provisorischer Einspruch gegen die materielle Richtigkeit des bewilligten und vollzogenen Eintrags, wodurch bis auf Weiteres das mit dem formgerechten Tabularakt an sich verbundene Präjudiz abgewehrt werden soll.

Die Befugniß zur Protestation steht Jedermann zu, der durch einen bürgerlichen Eintrag belastet erscheint, wenn er die materielle Rechtswidrigkeit desselben behauptet und im Wege des Civil- oder Kriminalprozesses darthun will. Letzterenfalls muß er gleich mit dem Gesuch um die Streitannmerkung den Nachweis beibringen, daß die Strafanzeige bereits geschehen sei (G. B. G. § 66); ersterenfalls aber binnen weiteren 60 Tagen nach Ablauf der Rekursfrist die Klage auf Löschung der protestirten Eintragung gegen alle Personen wirklich überreichen, welche durch dieselbe ein bürgerliches Recht erlangt, oder auf

4) Also der ursprüngliche Eintrag, nicht der derivative (vorige Note).

5) G. B. G. § 63; die Rekursfrist beträgt 30, bez. 60 Tage, das. § 127, vgl. § 81.

6) Von der gemeinrechtlichen Praxis protestatio pro conservandis exceptionibus genannt (vgl. Prinz, Einfluß der Hypothekeneintragung und die Lehre von den Protestationen 1858). In Oesterreich ist der Ausdruck „Streitannmerkung“ beibehalten, obwohl er genau genommen nur für die (ehemals allein zulässige: Böhm. Kpat. § 33, Ung. G. B. D. § 148, Hofdekr. v. 27. März 1846, S. G. S. 951, Alexsch, S. 87 fg.) Anmerkung des schon erhobenen Streitigen paßt. Die Anmerkung, von der hier die Rede ist (in Oesterreich zuerst aufgestellt durch den Grundbuchgesetzentwurf v. 1863, § 126), kündigt bloß an, daß die Gültigkeit der Eintragung künftig noch einer richterlichen (civilen oder kriminellen) Kognition unterliegen soll, und wahrt deren Ergebnis zum Voraus gegen Dritte.

dieselbe weitere Eintragungen erwirkt haben (G. B. G. § 63), widrigenfalls auf Begehren jedes Beteiligten die Löschung der Streitannmerkung erfolgt (§ 68).⁷⁾ —

Nach dem gegenwärtig geltenden Recht⁸⁾ also findet die Anfechtung materiell ungiltiger Bucheinträge gegen redliche Dritte nur unter der doppelten Voraussetzung statt: 1) daß die bürgerliche Protestation wider den rechtswidrig bewilligten Eintrag innerhalb der Rekursfrist erhoben, und 2) daß die Anfechtung binnen 60 Tagen nach Ablauf der Rekursfrist vor Gericht gebracht ist.⁹⁾ — Mithin kann in Oesterreich Jedermann im Vertrauen auf das öffentliche Buch hypothekarische Rechtsakte völlig gesichert vollziehen, wenn er sich zuvor überzeugt hat, daß für den Eintrag, auf Grund dessen er erwerben will, die Rekursfrist ohne Streitannmerkung abgelaufen ist.¹⁰⁾ — Das gilt mit der folgenden einzigen Ausnahme:

bb) Die singuläre Anfechtung bei unterbliebener Zustellung des Bescheids.¹¹⁾

Nach Obigem beruht alle Sicherheit für den bürgerlichen Rechts-

7) Ebenso wird die Streitannmerkung gelöscht, nachdem die Anfechtungsklage rechtskräftig abgewiesen oder zurückgenommen ist (G. B. G. § 65), und im Falle des strafrechtlichen Vorgehens, wenn die beschädigte Partei vom Strafgericht auf den Civilrechtsweg gewiesen ist, denselben aber binnen 60 Tagen nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses nicht betreten hat (§ 67).

8) Anders in Ungarn: dort ist (nach Analogie der ältern östr. Provinzialgesetze und des § 1467 a. b. G. B.) die Anfechtung gegen Dritte allgemein durch 3 Jahre zulässig, Ung. G. B. D. § 150.

9) Beziehungsweise nach Rechtskraft des strafrechtlichen Urtheils (G. B. G. § 67).

10) Und daß auch der Fortbestand des Rechtes des Auktors nicht durch eine Vormerkung der Uebertragung oder Löschung bürgerlich in Frage gestellt erscheint (s. unten § 16, Nr. 12.). — Beide Rechtsmittel zusammen, die Streitannmerkung und die Löschungsvoormerkung (G. B. G. § 50) erfüllen allseitig die Funktion einer Protestation kraft der materiellen Rechtslage gegen das Präjudiz der Publizität: die Streitannmerkung protestirt gegen das Präjudiz aus der widerrechtlichen Errichtung des von Haus aus materiell ungiltigen Eintrags, die Löschungsvoormerkung ebenso gegen das Präjudiz aus dem widerrechtlichen Fortbestande des ursprünglich gültig errichteten aber nachträglich materiell hinfällig gewordenen Eintrags. Wer also z. B. gegen künftige Cessionare die Anfechtung einer ursprünglich ungiltigen, oder einer durch Zahlung nachträglich materiell erloschenen Hypothek sich wahren will, der muß ersterenfalls rechtzeitig (s. oben) die Streitannmerkung, letzterenfalls (vor Verbücherung der Cession) die Vormerkung der Löschung anbringen.

11) G. B. G. § 64.

inhaber darauf, daß er den Buchstand stets im Auge behält, um erforderlichen Falls rechtzeitig einzuschreiten, bevor die Wirkung eines ihn beschädigenden rechtswidrigen Eintrags unanfechtbar wird. Um Jedermann diese Ueberwachung zu erleichtern verordnet das Gesetz (§ 123) die amtliche Zustellung der Bescheide, womit Grundbucheinträge bewilligt werden, an alle jene Personen, deren bücherliche Rechtsstellung durch die bewilligte Verfügung betroffen wird.¹²⁾ Sollte nun diese amtliche Verständigung von dem Vollzug eines Eintrags, dessen Rechtswidrigkeit nachher behauptet wird, „aus was immer für einem Grunde unterblieben sein“, so steht ausnahmsweise die Anfechtung auch gegen rebliche Dritte noch durch drei Jahre offen, „von dem Zeitpunkt an, in welchem die angefochtene Einverleibung bei dem Grundbuchsgerichte angefochten worden ist.“¹³⁾

Voraussetzung dieses singulären Anfechtungsanspruches ist also nur: daß der bestrittene Eintrag materiell rechtswidrig bewilligt wurde, daß Kläger zu den Personen gehört, die nach § 123 G.B.G. ein Recht auf Zustellung des Bescheides haben, und daß diese Zustellung ihm gegenüber unterblieben ist; auch das Letztere hat er zu beweisen.¹⁴⁾

§ 16.

b) Die Anfechtung gegen unredliche Dritte.¹⁾

Wo die materielle Rechtswidrigkeit eines Tabularaktes zwischen den unmittelbar Beteiligten movirt wird (§ 14), kommt auf das sub-

12) Das Nähere s. unten § 32.

13) Erst in der letzten Redaktion des Gesetzes, namentlich auf Grund von im Herrenhause erhobenen Bedenken, wurde diese Norm geschaffen (vgl. Kaserer, Materialien S. 246 fg.). Sie bildet mit ihrer 3jährigen Präklusivfrist den letzten Nachklang der alten Tabularverjährung von 3 Jahren (ursprünglich Verschweigung in 3 Jahren und 18 Wochen), ist aber h. z. T. legislativ kaum zu billigen; vgl. Publizitätspr. S. 142, 143, „gegen derlei Unregelmäßigkeiten und die aus ihnen erwachsenden Schäden liegt die richtige Abhilfe nicht in Verklausulirungen der materiellen Rechtsätze, sondern in der Verantwortlichkeit und Ersatzpflicht der intervenirenden Amtspersonen.“

14) Diese Vertheilung der Beweislast ist in § 125 G.B.G. ausdrücklich normirt und sie mildert einigermassen die Schärfe der vorliegenden Anomalie.

1) Ueber den Begriff der mala fides im Tabularerwerb: Eyner, Publizitätsprinzip S. 83 fg. Regelsberger, Studien S. 131 fg., ders. Hdt. § 34, Meibom, Hdt. S. 89 fg. vgl. auch Förster, Pr. G.B.Ht. S. 54, Dernburg, Pr. Pr.Ht. I, S. 423, 424, Siegmann, Kommentar z. sächs. Hdbg. S. 9.

jektive Verhalten des Angegriffenen zu dem objektiv widerrechtlichen Vorgang nichts an; und ebenso ist es, wo die Anfechtung gegen Dritte auf Grund rechtzeitig erhobener Protestation oder nach § 64 G.B.G. durchgeführt wird (§ 15). In den erstern Fällen gibt die Thatsache der grundlosen Bereicherung für sich allein schon den Verpflichtungsgrund ab, in den letztern aber wurzelt der Verpflichtungsgrund gar nicht in der Person des Belangten, sondern wird aus der Person seines Auktors durch besondere gesetzliche Veranstaltungen — nothgedrungene Kautelen gegen die bekannten Gefahren des Buchsystems — gleichsam künstlich auf ihn übertragen. Aber ein selbständiger Verpflichtungsgrund, der jeden Dritten aus eigener Person zwingen kann der Anfechtung rechtswidriger Einträge sich zu unterwerfen, liegt in dem Grundsatz: Daß die publica fides der Bücher nur das redliche Vertrauen schützt.²⁾ Wer immer gegen besseres Wissen oder Wissenollen die Formalwirkung eines bücherlichen Eintrags auf Kosten des materiellen Rechts für sich ausnutzen will, ist eben dadurch in dolo, und haftet aus diesem Dolus.³⁾ Der Inhalt seiner Haftung, der je nach der sonstigen Beschaffenheit seines Verhaltens ein verschiedenes weiter sein kann,⁴⁾ geht mindestens dahin: sich allseitig so rechtlich behandeln zu lassen, als wäre der fragliche Buch-Eintrag nicht wie er ist, sondern wie er nach Maßgabe des materiellen Rechts sein sollte. — Auf diese quasideliktische Haftpflicht gründet sich der An-

Ueber das Wesen der bona und mala fides überhaupt s. insbes. Brunns, das Wesen der b. f. bei der Ersetzung 1872, gegen Wächter, die bona fides, 1871.

2) Der Grundsatz, obwohl in dieser Allgemeinheit nirgends gesetzlich ausgesprochen, kommt in Einzelanwendungen vielfach vor (a. b. Ob. §§ 468, 527, 1443, 1500, vgl. Pr. Hdt. I, 10, § 10) und wurde nie bezweifelt. G.B.G. § 63, Abs. 2. Ung. G.B.D. §§ 150, 155.

3) Dolus ist hier im civilrechtlichen Sinn zu nehmen, als bewußt rechtswidriges Auftreten.

4) Nach Umständen kann der Beschädigte anstatt der Wiederherstellung des rechtmäßigen Tabularstands (namentlich wo der Beschädigte darüber wegen wohlervorbener Rechte Dritter nicht mehr unumschränkt verfügt) den Schadenersatz (a. b. Ob. § 1295), oder über denselben hinaus die „volle Genugthuung“ (§ 1324) fordern. (Vgl. die ausführliche Erörterung bei Regelsberger a. a. D. S. 198 fg.) In den einfachsten Fällen allerdings, wo der Dolus nur im Kennen, nicht im Verursachen der Rechtswidrigkeit besteht, beschränken sich seine Folgen auf die Anfechtbarkeit.

sechtungsanspruch, dessen rechtliche Voraussetzungen nun näher zu untersuchen sind.

1) Unredlichkeit im Sinne des östreichischen Tabularrechts ist nicht nothwendig ein Wissen vom Unrecht, sondern ebensowohl das unverantwortliche Nichtwissen.⁵⁾ Es kann also in Rücksicht auf einen bestimmten materiell rechtswidrigen Tabularstand die mala fides in zweifacher Weise bestehen:

a) als Bewußtsein von denjenigen Thatfachen, welche in concreto die Rechtswidrigkeit des Eintrags verursachen (z. B. der Cessionar weiß, daß die ihm abgetretene Forderung schon vorher getilgt, oder daß sie durch Fälschung eingetragen war). Woher dieses Bewußtsein kommt, ist gleichgültig; ebenso ob es auf festem Wissen, oder nur auf gegründeter Annahme beruht, denn schon die Kenntniß von (nicht offenbar aus der Luft gegriffenen) Prätexten Dritter, begründet einen Zweifelzustand, der mit bona fides unverträglich ist.⁶⁾ Hätte sich aber der Zweifel irrthümlich auf ein nicht vorhandenes Hinderniß des Erwerbs bezogen, so wäre dieser auch dann ein redlicher, wenn ein anderes nicht gekanntes Hinderniß besteht.⁷⁾ — Immer aber muß das Bewußtsein einen materiellen Ungiltigkeitsgrund betreffen, also einen Umstand, der die betreffende dingliche Rechtsverfügung nichtig machen würde, wenn dafür die Regeln des außerbüchlichen Pfandrechts maßgebend wären; danach begründet es keine mala fides, wenn der Bucherwerber Kenntniß hat von einer bloß obligatorischen Gebundenheit seines Auktors, die Verfügung zu unterlassen.⁸⁾

5) Vgl. Bruns a. a. D. Unredlich ist, wer »aut scit, aut scire debet«

6) S. Wächter, Erörterungen I, S. 207.

7) Z. B. der Cessionar hat geglaubt eine durch Fälschung erschlundene Satzpост zu erwerben; sie war echt, aber schon getilgt. Hier wird man doch wohl (mit Regelsberger, a. a. D. S. 133) sagen müssen: plus in re est quam in existimatione (L. 9. § 4 D. de j. et f. ign. 22, 6), wie es die Römer bei der Ersetzung annehmen: L. 2, § 2 D. pro emtore, 41, 4, L. 3. D. pro don. 41, 6.

8) Z. B. wenn der Hypothekar wußte, daß das Pfandobjekt bereits verkauft sei, oder daß die „erste Priorität“ bereits einem Dritten für eine andere Forderung zugesichert, oder der Cessionar, daß die Satzpост bereits an einen Dritten vorher außerbüchlich veräußert sei u. s. w. (a. b. Ob. § 440). — Darüber und in der Mißbilligung der entgegengesetzten preussischen Lehre (die mit dem »jus ad rem« zusammenhängt) ist man jetzt einig. Vgl. die in Note 1 Angef. und neuestens auch Strohal Grünhut's Zschr. II, S. 766. Auf dem seither aufgegebenen entgegengesetzten Standpunkt stehen die Entsch. GUW. 556, 1369, 2374.

b) Die unverantwortliche Unkenntniß von den nach Obigem relevanten Thatfachen steht der Kenntniß civilrechtlich gleich.⁹⁾ Unverantwortlich ist sie im Allgemeinen, wenn sie auf grober Fahrlässigkeit („auffallender Sorglosigkeit“ a. b. Ob. § 1324) beruht, nach Analogie des Sachbesitzes, der ein unredlicher ist, wenn der Inhaber den wahren Sachverhalt „weiß oder aus den Umständen vermuthen muß“ (a. b. Ob. § 326). Wann dieß der Fall, ist eine Thatfrage, bei deren Beantwortung der Richter davon ausgehen muß, daß dem Tabularerwerber (schon im Interesse der Rulanz des Verkehrs) weitwendige und ängstliche Nachforschungen ohne dringenden Verdacht nicht zugemuthet werden können, daß aber andererseits Leichtsinns und rücksichtsloses Hinweggehen über aufliegende Bedenken keine Prämie verdient.¹⁰⁾

Insbefondere aber begründet die Unkenntniß des Ungiltigkeitsgrundes dann immer mala fides, wenn derselbe „aus den öffentlichen Büchern bekannt sein konnte“ (a. b. Ob. §§ 468, 527), denn „wer diese Bücher nicht einsieht leidet in allen Fällen für seine Nachlässigkeit“ (a. b. Ob. § 443). Den Tabularstand des Objekts im Hauptbuch¹¹⁾ einzusehen ist Pflicht des redlichen Tabularerwerbers: findet sich dort ein Eintrag,¹²⁾ welcher die Unanfechtbarkeit der Rechtsstellung seines Auktors in Frage stellt, so ist sein derivativer Erwerb der Anfechtung auf Grund dieses Mangels schlechthin ausgesetzt.

2) Eine weitere Frage ist die, in welchem Zeitpunkt der Dritte in mala fide gewesen sein muß, um aus diesem Grunde der Anfechtung unterworfen zu sein.¹³⁾

9) Sittlich natürlich nicht, aber auch nicht strafrechtlich, wo es sich z. B. um den Thatbestand eines durch die öff. Bücher verübten Betrugs handelt.

10) Ne melioris condicione sint stulti, quam periti, L. 4. D. quod vi aut clam (43, 24), Regelsberger, a. a. D. S. 138. — Sachgemäße Erwägungen hierüber s. in der Entsch. v. 11. Mai 1871, O. Z. 1871 Nr. 65; vgl. das. 1869, Nr. 66.

11) Die Urkundensammlung zu vergleichen ist nicht erforderlich, da Dritten gegenüber nur das Hauptbuch entscheidet.

12) So namentlich eingetragene Dispositionsbeschränkungen eines Vorbesitzers, Streitannmerkungen die das Recht des Auktors betreffen (z. B. nach O. B. G. § 69 die Anmerkung aus dem Grunde der Verjährung), Rekursannmerkungen (O. B. G. § 129), Vormerkungen der Eigenthumsübertragung, Cession (§ 49), oder Fälschung (§ 50), Kiepisch, S. 96 fg.

13) S. Publizitätspr. S. 86, 87; im Wesentlichen übereinstimmend Regels-

Nachdem einmal der Tabularakt, worauf Jemand seine bürgerliche Rechtsstellung gründet, formell korrekt hergestellt ist, kann das bei ihm nachträglich sich einstellende Bewußtsein von dessen materieller Unrechtmäßigkeit ihm nicht mehr schaden: mala fides superveniens non nocet. Sein „Erwerb im Vertrauen auf das öffentliche Buch“ ist vollzogen und unwiderruflich. Ebensovienig aber kommt etwas darauf an, wie es mit der Redlichkeit des Erwerbers in der Zeit vor dem bürgerlichen Vollzug des Aktes stand, denn auch wer irgend einmal früher von einem gewissen seinem Erwerb präjudizirlichen Umstand Kenntniß hatte, ¹⁴⁾ erwirbt in gutem Glauben, wenn er im Augenblick des Erwerbs gerechten Grund hatte, das Hinderniß für beseitigt zu halten. — Es bleibt also als allein entscheidend übrig die Zeit desjenigen Tabularakts, wodurch der Eingetragene die bürgerliche Rechtsstellung erlangt hat, ¹⁵⁾ welche er nun auch gegen das materielle Recht behaupten will. Da aber der Vollzug eines jeden Tabularerwerbs in mehreren Absätzen erfolgt, die zeitlich auseinanderliegen, so ist es nöthig näher festzustellen, auf welchen Moment es ankommt. In dem ganzen Zeitraum zwischen dem Einlauf des den Eintrag begehrenden Gesuches und der Rechtskraft des letzten daselbe betreffenden Gerichtsbeschlusses ist nur der Erste Moment relevant für die rechtlichen Wirkungen des Eintrags überhaupt, und so auch in der vorliegenden Beziehung; denn es ist Grundsatz des östreichischen Verfahrens in Tabularsachen, daß die Wirkung einer jeden Eintragung, mag auch ihre Bewilligung erst in letzter Instanz wann immer erfolgt sein, auf den Zeitpunkt der Ueberreichung des ersten Gesuches zurückbezogen wird. ¹⁶⁾ Wer also in diesem Zeitpunkt bona fide war, den trifft unsere Anfechtung nicht.

berger, Stud. S. 151 fg. Ueber die abweichende preuß. Praxis s. Förster, Pr. Pkt. III, S. 431, Note 29, Dernburg, § 202, Note 12.

14) Z. B. im Zeitpunkt der Entstehung seines Titels zum Erwerb, für welchen Fall insbesondere das würtemb. Pfandgef. Art. 15 (vgl. Wächter, a. a. O. S. 233, 234) unrichtigerweise die Anfechtbarkeit des später redlich vollzogenen Erwerbs statuiert.

15) Nicht der Moment des ersten mangelhaften Eintrags, in welchem der Dritte noch gar nicht in Betracht kommt, sondern der Zeitpunkt seines Eintrags: also z. B., gegen den Cessionar einer ungültig haftenden Post die Zeit des Cessionseintrags, gegen den dritten Eigenthümer, wenn die Lösung angefochten wird, die Zeit seiner Eigenthumseinverleibung.

16) O. B. G. § 132, R. Lepfch, S. 104, 105. Oben S. 27, 32.

War der bezügliche Eintrag nicht gleich als definitiver erfolgt, sondern erst dessen Vormerkung und späterhin dann die Justifizierung angefordert und vollzogen, ¹⁷⁾ so kommt es nur auf den Moment des Vormerkungsgesuches an, da die Rechtfertigung auf diesen zurückwirkt (a. b. Ob. §§ 453, 438), mithin das in der Zwischenzeit eingetretene Bewußtsein von der materiellen Rechtswidrigkeit mala fides superveniens wäre. ¹⁸⁾

3) Hatte beim Zustandekommen des rechtswidrigen Eintrags auf Seite des Erwerbers ein Stellvertreter intervenirt, so schadet dessen mala fides dem Vertretenen, wie die eigne, deren Wirkung hinwiederum auch durch bona fides des Vertreters nicht aufgehoben werden kann. ¹⁹⁾ Beruht die Vertretung auf Geschäftsführung ohne Auftrag, so entscheidet beim Vertreter sein Glaube zur Zeit des Tabulargesuchs, beim Vertretenen zur Zeit der Genehmigung. ²⁰⁾ Bei der sog. nothwendigen Stellvertretung (für Handlungsunfähige) kommt allein der Glaube des Vertreters in Betracht. Wo hingegen eine Mittelsperson nicht als Vertreter im rechtlichen Sinn auftritt, ²¹⁾ sondern lediglich durch mechanische ²²⁾ oder technische ²³⁾ Beihülfe am Zustandekommen des Eintragungsgesuches mitwirkt, ist ihr Glaube gleichgiltig.

4) Wer einem bestimmten Tabulareintrag in dem bisher ent-

17) Vgl. unten § 31.

18) Die Pränotation hat eben den rechtlichen Zweck, den pränotirten Rechtsinhalt sofort unabhängig zu machen von spätern juristischen Ereignissen, indem sie dessen Existenz allein auf die Bedingung der Justifizierung abstellt. Unten § 31, B. So wenig also der pränotirte Pfandgläubiger um sein Pfandrecht kommt, wenn der Bucheigenthümer in jener Zwischenzeit sich des Eigenthums entäußert, ebensowenig wird sein Recht anfechtbar, wenn er im gleichen Zeitraum nachträglich erfährt, daß Jener niemals Eigenthümer war.

19) Meibom, S. 90, Regelsberger, a. a. O. S. 146 fg. vgl. Goldschmidt, in dessen Zschr. IX, S. 38 fg.

20) Nach den bekannten Grundsätzen über die Rückwirkung der Ratihabition. L. 25. fin. C. de donat. int. vir. et ux. 5, 16.

21) Stellvertreter im eigentlichen Sinn ist nur, wer anstatt eines Andern zu wollen und durch dieses sein Wollen für Jenen ein Rechtsgeschäft zu vollziehen beauftragt ist. Vgl. Schlieemann, Goldschmidts Zschr. XVI, 1.

22) Bote, Schreiber.

23) Der Notar oder Anwalt, sofern er nicht zum Einbringen, sondern nur zur Abfassung des Grundbuchsgesuchs beauftragt ist.

wickelten Sinne schlechtgläubig gegenübersteht, hat dadurch für seine Person die Möglichkeit verwirkt, sich im eignen Interesse auf die formale Rechtskraft dieses Eintrags zu berufen; ²⁴⁾ er ist also in Bezug auf denselben der Anfechtung schlecht hin ausgesetzt, von welcher Seite immer sie kommen mag. — Berechtigter zur Anfechtung ist jeder, dessen dingliche Rechtsstellung durch den materiell widerrechtlichen Eintrag beeinträchtigt ist, ²⁵⁾ ohne Rücksicht darauf, ob sonst zwischen ihm und dem Gegner ein Rechtsverhältnis besteht, oder nicht; seine Aktivlegitimation ergibt sich aus dem Tabularstand selbst.

Der Erbe des schlechtgläubigen dritten Tabularbesitzers haftet als solcher (a. b. Gb. §§ 547, 1462), auch wenn er für seine Person in bona fide ist, der Erbe des Gutgläubigen haftet nicht, auch wenn er persönlich in mala fide ist, denn sein Erwerb gründet sich keineswegs auf das öffentliche Buch, sondern auf seine successio in universum jus defuncti. ²⁶⁾ — Hingegen kann sich der schlechtgläubige bürgerliche Einzelnachfolger auf die bona fides seines Auktors nicht berufen, da es sich um einen obligationenrechtlichen Anspruch handelt, dessen Voraussetzungen in seiner Person durch seinen vitiosen Erwerb entstehen, nicht aber um eine mit übertragene dingliche Qualität des verbücherten Rechtes. ²⁷⁾

24) Vgl. die Entsch. G. U. W. 1803.

25) M. a. W. gegen den schlechtgläubig Eingetragenen gelten die Regeln des allgemeinen Sachenrechts: Wer als Eigentümer oder sonstiger Realberechtigter die im Eintrag gelegene Prätension, abgesehen von den Normen des Tabularrechts, gerichtlich zurückzuweisen befugt wäre, ist hier zur Anfechtung legitimiert; so z. B. auch der Usufruktuar gegenüber widerrechtlich haftenden Hypotheken, deren Zinsen ihn treffen, a. b. Gb. § 512. Vgl. G. v. n. n. er, I, S. 282.

26) Die dem Erwerb regelmäßig nachfolgende Einverleibung der „gerichtlichen Ueberantwortung der Erbschaft“ (a. b. Gb. § 436) publiziert den durch die Antretung vollzogenen Erwerb (Unger, Erbrecht § 40) und legitimiert den Erben zu bürgerlichen Verfügungen, aber ist selbst kein Erwerbsakt (und daher auch kein Erbschaftstitel: § 1462 a. b. Gb.).

27) Uebereinstimmend Meibom, S. 90 „der schlechtgläubige Cessionar kann sich nicht darauf berufen, daß der Cedent beim Erwerb des Rechts im guten Glauben gehandelt habe“; Förster, pr. Pr. R. § 198, Nr. 29. A. M. auf Grund abweichender Konstruktion der Theorie des Rechtsmittels: Regelsberger, a. a. D. S. 142—145. Wenn derselbe als Konsequenz seiner Ansicht den Satz aufstellt, daß „selbst die nachträgliche Einschreibung des dem erworbenen Recht entgegenstehenden materiellen Hindernisses eine nachtheilige Wirkung für das erworbene Recht weder jetzt noch in der Zukunft hervorzubringen vermöge“, so enthält dieß für das

5) Da bei dem in Rede stehenden Anfechtungsanspruch die mala fides des Gegners dessen Verpflichtungsgrund ist, muß sie ihm stets bewiesen werden. Ueberdieß gilt die allgemeine gesetzliche Präsumtion ²⁸⁾ für die Rechtheit des Besitzes (a. b. Gb. § 328) auch beim Tabularbesitz; es muß also der Anfechtende solche Umstände anführen und erweisen, aus welchen sich für den Richter die Ueberzeugung ergibt, jener habe im kritischen Zeitpunkt (s. oben) mit unredlichem Sinn gehandelt. ²⁹⁾

§ 17.

Prozessualische Form der Anfechtung.

Die Anfechtung rechtskräftiger ¹⁾ formgerechter Einträge kann im Civil- oder im Strafprozesse durchgeführt werden. Ersteres allgemein, letzteres nur, wenn vorliegt, daß die bestrittene Eintragung „in Folge einer strafgesetzlich verbotenen Handlung erwirkt worden sei“ (G. B. G. § 66).

A. Im Civilprozeß

tritt der Anfechtungsanspruch defensiv oder offensiv auf:

1) als Einrede gegen jede Klage, durch welche der Inhalt des anfechtbaren Eintrags gegenüber dem Anfechtungsberechtigten zur Geltung gebracht werden will. Die Anfechtung gestaltet sich alsdann

für. Recht schon die Widerlegung. G. B. G. § 61, Abs. 2. Aber auch gemeinrechtlich ist es keineswegs ohne Beispiel, daß „ein Mangel im Erwerbe des Rechtsvorgängers erst in der Person des Nachfolgers seine Wirkung beginne“, wie die actio Pauliana in ihrer Richtung auf den Dritten fraudis conscius beweist, wo und weil sie (eben wie unsere Anfechtung) zugleich durch den Mangel im Erwerb und den Dolus im Erwerber bedingt ist: L. 25, § 1. D. h. t. (42, 8): Si a socero fraudatore sciens gener accepit dotem, tenebitur hac actione . . . Sed si prius, quam creditores cum eo experirentur, reddiderit filiae dotem, nihilominus eum hac actione teneri. . . Quod si is ignoraverit, filia autem scierit, tenebitur filia.

28) Gegen dieselbe für das gem. R. mit guten Gründen Regelsberger, a. a. D. S. 167 und die dort Angeff.

29) Dabei genügt es aber, allgemeinen Rechtsgrundsätzen zufolge (Arnolds, Pand. § 114), daß die Existenz der mala fides für irgend einen Zeitpunkt vor der Ueberreichung des Tabulargesetzes erwiesen ist, und bleibt es alsdann dem Gegner überlassen den späteren, rechtzeitigen und motivirten Umschlag seines Bewußtseins darzutun.

1) Vor eingetretener Rechtskraft bietet der Rekurs (G. B. G. § 126 fg.) auch wegen materiellrechtlicher Mängel Abhilfe.

zur echten exceptio; 2) ihr Petit ist: Abweisung des Klägers, soweit er sich auf den vitiosen Tabularstand stützt. Im Einzelnen je nach Umständen also, gänzliche Verwerfung des Klaganspruchs, Minderung der angesprochenen Summe, Nichtanerkennung der behaupteten Priorität, u. s. w.

2) in Form der Klage, und zwar

a) als selbständige Klage. Die Löschungsklage aus dem Grunde der materiellen Ungiltigkeit³⁾ hat die Anfechtbarkeit eines bestimmten Bucheintrags zur Voraussetzung und die Restauration des Tabularstands nach Maßgabe der materiellen Rechtslage zum Ziel. Sie fordert also in erster Linie die Löschung des unrechtmäßig bestehenden Eintrags sammt allen etwa auf denselben weiterhin begründeten derivativen Insriptionen,⁴⁾ und sodann nach Umständen die Ersetzung desselben durch einen materiell entsprechenden neuen Eintrag.⁵⁾ Dieses Ziel aber erreicht sie (durch Urtheil oder Vergleich) vollständig nur dann, wenn sie gegen alle Personen, welche an der angestrebten Alteration des Gesamt-Tabularstandes bürgerlich theilhaft sind, mit Erfolg durchgeführt ist. Denn jeder formgerechte Eintrag steht auf eigenen Füßen und kann nur durch unmittelbar gegen ihn gerichtete Anfechtung umgeworfen werden. Sind also die oben dargelegten Voraussetzungen wirksamer Anfechtung gegenüber einigen Theilhabenden nicht vorhanden, so bleibt deren bürgerliche Rechtsstellung durch den Erfolg des Anfechtungsverfahrens unberührt;⁶⁾

2) Vgl. Unger, Syst. II, § 125 und unten § 36.

3) Ueber die Bezeichnung vgl. oben § 11, Note 15 und Unger, G. Z. 1868 Nr. 26, Exner, Publizitätspr. S. 108, Note 90.

4) G. B. G. § 65. Die Klage ist in diesem Falle materiellrechtlich nicht Eine, sondern ein Konvolut von soviel Anfechtungsklagen, als bürgerlich Theilhaftige ihr entgegenstehen, und es muß daher der Kläger sie „gegen alle Personen wirklich überreichen, welche durch die bestrittene Einverleibung ein bürgerliches Recht erlangt, oder weitere Einverleibungen oder Vormerkungen darauf erwirkt haben.“ G. B. G. § 63.

5) Z. B. Herabsetzung der Hypothekarsumme auf einen geringeren Betrag, oder Löschung der materiell ungiltigen Löschung und Wiedereintragung der gelöschten Hypothek in ihrer alten Priorität, soweit letzteres nach dem im Text Folgenden noch zulässig ist. Cf. L. 10. § 14, 23, D. quae in fraud. cred. (42, 8).

6) Daher kann z. B. auf Löschung einer durch Fälschung eingetragenen Hypothek, die der unechte Cessionar seinem redlichen Gläubiger in Pfandpfand gegeben hat, nur mit Vorbehalt des Pfandpfandrechts erkannt werden (dadurch wird dieses materiell zum Urschuldrecht: der Gläubiger kann die gelöschte Post nicht zum Ver-

b) als Unterstützung der Hypothekar- oder Vorrechtsklage. Ersteres indem das durch anfechtbare Fälschung ipso jure ganz oder theilweise zerstörte Hypothekarrecht unmittelbar klagbar gemacht wird, als ob es schon bürgerlich restaurirt wäre; hier stützt sich die actio hypothecaria auf den früheren Buchstand, und gegen die eventuelle Berufung auf den gegenwärtigen wird die Rechtswidrigkeit der bürgerlichen Veränderung und die materiellrechtliche Verpflichtung des Beklagten replicando ausgeführt.⁷⁾ — Letzteres geschieht, indem der durch einen rechtswidrigen Tabularakt in seiner Priorität geschädigte Hypothekar im Befriedigungsverfahren gegen alle oder einige der ihm bürgerlich, aber unrechtmäßig, Vorgehenden seinen Antheil aus dem Kaufschilling nach Maßgabe desjenigen Ranges anspricht, welcher ihm ohne den vitiosen Tabularakt zukommen würde; wobei er natürlich jedem seiner Gegner die Verpflichtung, die materiellrechtliche Sachlage gelten zu lassen, insbesondere nachweisen muß. —

Auf die Vertheilung der Beweislast hat es keinen Einfluß, ob der Anfechtungsanspruch im Wege der Klage, der Einrede oder Replik erhoben wird:⁸⁾ sie fällt auf den Anfechtenden, weil dieser gegen den formell richtigen Eintrag auftritt und weil bis auf Weiteres immer der Grundbuchstand gilt⁹⁾ (Arg. a. b. Gb. §§ 323, 321). Sein Beweis-

kauf bringen, wohl aber auf das Hypothekargut selbst für den Betrag der Pfandschuld die Exekution führen). Ebenso kann die Wiederherstellung einer zu Unrecht gelöschten Satzpost nur unter Vorbehalt der Priorität für diejenigen Hypothekare geschehen, welche nach Vollzug der rechtswidrigen Löschung bona fide ihre Eintragung bewirkt hatten. (So unter ausdrücklicher Anerkennung der Konsequenzen des Publizitätsprinzips die Entsch. v. 21. Febr. 1871. G. Z. 1871 Nr. 30.) Dabei ist überall vorausgesetzt, daß die besondern Voraussetzungen einer Anfechtung gegen redliche Dritte (G. B. G. §§ 63, 64) fehlen.

7) Vgl. die analoge Form der Acceptilationsanfechtung in L. 43, § 1. D. de jure dot. (23, 3).

8) Cf. L. 9, 12, 18 § 1, L. 19, pr. D. de probationib. (22, 3). Excipiendo reus fit actor.

9) Wichtig daher die Entsch. d. ob. Ohs. v. 23. Juni 1875 (G. Z. Nr. 81), wonach der Exekut, welcher den Bestand und die Richtigkeit einer bei der Meistbotvertheilung liquidirten Forderung bestreitet, seinerseits als Kläger im Rechtsweg den Nichtbestand des Pfandrechts darzuthun hat; denn „bei dieser Sachlage haben nicht die Tabulargläubiger, die den Grundbuchstand für sich haben, den aufrechten Bestand . . . zu beweisen und zu diesem Ende den Rechtsweg zu betreten, sondern es ist Sache des Exekuten, der sie bei der Vertheilung des Meistbotes ausgeschlossen sehen will, darzuthun, daß . . . die Hypothek nicht mehr zu Recht besteht.“

thema ist, gemäß den oben dargelegten Voraussetzungen seines Anspruchs, ein doppeltes:

1) Die materielle Rechtswidrigkeit des angefochtenen Eintrags.

Wo insbesondere die Ungiltigkeit des Eintrags sich gründet auf einen Mangel in der Causa des Buchaktes, ¹⁰⁾ da ist es Pflicht des Anfechtenden das gesammte obligationenrechtliche Fundament desselben darzulegen und den Mangel darin aufzuweisen. Er hat also z. B. zu erweisen, für welche Pfandforderung, auf welchen Titel hin, die Hypothek einverleibt wurde, sodann daß und wieso diese Forderung (der Titel) nichtig oder anfechtbar war; steht die Rechtswidrigkeit des Fortbestandes eines Eintrags in Frage, ¹¹⁾ so hat er den erfolgten Wegfall seiner materiellen Rechtfertigung darzuthun (z. B. die Tilgung der Pfandforderung); bei Anfechtung einer Löschung ist zunächst der Rechtsgrund, ¹²⁾ auf welchen hin sie erfolgte (Zahlung, Vergleich, Schenkungserlaß u. dgl.), sodann die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit desselben (z. B. wegen Betrugs) zu erweisen. — Soweit über diese Umstände das Grundbuch selbst Auskunft gibt (z. B. über die Individualität und die Modalitäten der Pfandforderung, über den Titel zum Tabularakt) entfällt die Beweispflicht. ¹³⁾

2) Die Verpflichtung des Gegners (bez. aller Gegner), die materielle Rechtslage gelten zu lassen.

Dazu wird nach Obigem erfordert der Beweis, entweder a) daß der Gegner unmittelbar durch den bestrittenen Buchstand bereichert erscheine (G.B.G. § 62), sei es schon durch dessen Entstehung oder durch seinen Fortbestand, — oder b) daß der Gegner sich zur Zeit des Eintrittes in seine bürgerliche Rechtsstellung nicht im guten Glauben befunden habe (G.B.G. § 63, 2), — oder c) daß das Recht zur Anfechtung ihm

10) Vgl. oben § 13, Ziff. 1, b) c), 3, 4. — War der Eintrag sine causa erfolgt, so muß der Anfechtende dieses (z. B. die Fälschung, die Namensverwechslung) darthun.

11) Dasselbst Ziff. 2.

12) Daf. Ziff. 5.

13) Darin liegt der große praktische Werth der Eintragung der causa debendi und des Titels zur bürgerlichen Vergabung. Vgl. unten § 20 Z. 4, § 27. Wer ein Interesse hat an der Behauptung, daß der Eintrag in Wahrheit auf einem andern Rechtsgrund beruhe, als welchen das Grundbuch angibt (z. B. daß eine intabulirte Cession nicht käuflich, wie eingetragen, sondern schenkungsweise zu Staube gekommen sei), der muß die Behauptung beweisen.

gegenüber rechtzeitig gewährt erscheine (G.B.G. § 63, 1), — oder endlich d) daß der außerordentliche Fall des § 64 G.B.G. eingetreten sei (Beweis der unterbliebenen Zustellung, G.B.G. § 125).

B. Im Strafprozeß

wird der widerrechtliche Eintrag angefochten, indem der Beschädigte das strafgerichtliche Verfahren wegen des Deliktes, wodurch die Eintragung erwirkt wurde, veranlaßt, beziehungsweise demselben sich als Privatbetheiligter anschließt, und indem er für den Fall der Schuldisprechung des Angeklagten zugleich die Ungiltig-Erklärung des Eintrags beim Strafgericht beantragt. ¹⁴⁾ Erklärt dieses, daß die Einverleibung sammt den etwa weiter darauf haftenden oder davon abgeleiteten bürgerlichen Rechten zu löschen sei, so hat das Grundbuchsgericht, sobald von der verletzten Partei das rechtskräftige strafrechtliche Erkenntniß beigebracht ist, die Löschung in Vollzug zu setzen (G.B.G. § 67), und damit ist das Anfechtungsziel erreicht. Aber das Strafgericht ist zu solcher Ausdehnung seiner Cognition auf die civilrechtlichen Folgen des Thatbestandes nur berechtigt, ¹⁵⁾ nicht verpflichtet: ¹⁶⁾ es kann auch, trotzdem auf die Schuld des Angeklagten erkannt ist, den Beschädigten mit seinem Löschungsanspruch auf den Civilrechtsweg weisen (G.B.G. § 67); und dann hat derselbe vor dem Civilrichter die Anfechtung in der oben dargelegten Weise durchzuführen. Dabei mag ihm das strafrechtliche Urtheil durch seinen Inhalt eine Beweiserleichterung gewähren, insofern darin gewisse relevante Thatfachen (z. B. Fälschung) in einer auch für den Civilrichter Beweis machenden Art konstatiert sind, ¹⁷⁾ aber keineswegs ist der letztere an den Rechtspruch des Strafrichters gebunden. ¹⁸⁾

14) Destr. Strafprozeßordnung v. 23. Mai 1873, R.G.B. 119, §§ 365 fg. § 371.

15) So wird es in der Praxis genommen, doch will § 366 St.P.O. das Gegentheil als Regel hinstellen.

16) Und es scheint, daß die östr. Strafgerichte von dieser Berechtigung nur ungern Gebrauch machen. Vgl. z. B. das Prozeßreferat in G.Z. 1874, Nr. 72, S. 286.

17) Wie im Falle der Entsch. v. 28. Aug. 1874, G.Z. 1874, Nr. 72; vgl. das dort angef. Hofd. v. 6. März 1821, Z. 1743.

18) Es ist also möglich, daß das Strafgericht verurtheilt hat, und nachher das Civilgericht die Anfechtungsklage abweist, weil es die Unrechtmäßigkeit des Eintrags nicht für erwiesen erachtet. In der Regel aber wird sich die Sache so stellen, daß das Strafgericht die Rechtswidrigkeit konstatiert, und der Civilrichter dann unter-

§ 18.

Wegfall der Anfechtung.

Die Möglichkeit der Anfechtung kann wegfallen aus all' den Gründen, durch welche sonst obligationenrechtliche Ansprüche aufgehoben werden. So namentlich durch Verzicht (besonders in der Form einer bindenden Anerkennung des vitiosen Tabularstandes durch den Anfechtungsberechtigten), Vergleich, Confusio u. s. w. Hervorzuheben ist der Fall der Konvaleszenz und der Verjährung.

1) Konvaleszenz.

Wenn die Lage der Dinge, wonach ein gewisser Bucheintrag als materiell widerrechtlich haftend (oben § 13) erschien, sich nachträglich so verändert, daß derselbe gegenwärtig dem materiellen Recht entspricht, so kann es keine Anfechtung mehr geben, da eine solche jetzt kein Ziel hätte. Und da der früher anfechtbare Tabularakt gleichwohl vermöge seiner formalen Richtigkeit die seinem Inhalt entsprechende Rechtswirkung ipso jure stets gehabt hat, so ist derselbe nach Ausfall der Anfechtbarkeit nun allseitig so anzusehen, als wäre er schon ursprünglich materiell wie formell gültig begründet worden; d. h. es liegt echte Konvaleszenz¹⁾ vor. Von einer Rückwirkung im technischen Sinne kann dabei nicht die Rede sein: ²⁾ es wird nicht ein ursprünglich Nichtiges ex post gültig, sondern für ein von Haus aus rechtsbeständiges Geschäft, das aber von der Möglichkeit einer theilweisen oder gänzlichen Entkräftung bedroht war, entfällt diese Drohung.

Es versteht sich danach, daß der konvaleszirte Eintrag nicht nur hinsichtlich seines Inhalts, sondern auch seiner Priorität ungeschwächt dasteht. Die vom materiell unberechtigten Bucheigentümer einem Schlechtgläubigen bestellte Hypothek konvaleszirt, sobald jener den

jucht, gegen welche Personen und in welchem Umfang hienach eine Lösung zu bewilligen ist. — Vgl. Bruch, über die präjudizielle Wirkung des Kriminalurtheils, 1875.

1) Unger, Syst. § 91. Vgl. den Fall der L. 25. D. de solut. (46, 3).

2) Anders auf dem Boden des gemeinen Rechts, wo der ursprüngliche Mangel dinglich wirkt; da kann es fraglich sein (und ist schon bei den röm. Juristen bestritten) ob durch nachträglichen Eintritt des Erfordernisses das dingliche Recht jetzt entsteht und inwiefern mit Rückwirkung, vgl. Dernburg, röm. Pfkt. I, S. 234 fg. Auch Carabelli I, § XV und S. 233 fg. erörtert die Frage sehr ausführlich vom Standpunkt des außerbücherlichen Pfandrechts und verwirft die Rückwirkung. S. auch Förster, pr. Prkt. III, S. 372.

wahren Eigentümer beerbt hat, und datirt vom Zeitpunkt ihrer Errichtung, nicht etwa von dem ihrer Konvaleszenz.³⁾ Und ebenso konvaleszirt eine durch Theilzahlung partiell anfechtbar gewordene Hypothek, sobald vor erfolgter Partiallösung durch Vertrag zwischen den Parteien die Pfandschuld wieder ergänzt wird; ⁴⁾ sie besteht als Einheit in ihrer ursprünglichen Priorität fort, auch gegenüber solchen Einträgen, die etwa in der Zeit ihrer partiellen Anfechtbarkeit nachgefolgt sind.

2) Verjährung.

Die Anfechtungsansprüche, gleichgiltig ob sie im Wege der Klage oder der Einrede auftreten wollen, unterliegen der allgemeinen dreißigjährigen Verjährung (a. b. Ob. § 1479), insofern sie nicht an besondere kürzere Präklusivfristen gebunden sind.⁵⁾ Dabei gilt accessio temporis nach a. b. Ob. § 1493 in der Weise, daß auch der schlechtgläubige Singularnachfolger in den anfechtbaren Tabularstand sich die Verjährungszeit des Autors einrechnen darf. Mithin beginnt die Verjährung stets mit dem Zeitpunkt des ersten widerrechtlichen Eintrags, auch gegenüber allen darauf später derivativ Eingetragenen. Ueber Hemmung und Unterbrechung gelten die allgemeinen civilrechtlichen Normen,⁶⁾ a. b. Ob. §§ 1494—1497. Als Klage mit der Wirkung der Unterbrechung kann jedoch nur die Lösungs- oder bez. die Hypothekarklage⁷⁾ gelten, nicht auch die Klage gegen einen persönlich Verpflichteten, welche keine Anfechtung des Eintrags in sich schließt.⁸⁾

3) Wächter, a. a. D. S. 208.

4) So die Entsch. v. 28. Mai 1869, G. Z. 1869 Nr. 92. In der Motivirung wird unrichtig von „novativen Rechten“ des Gläubigers gesprochen, während der Gesichtspunkt allein durchschlägt, daß die Hypothek durch jene Zahlung niemals untergegangen, sondern nur (partiell) anfechtbar geworden war, und daß das nachträgliche Abkommen sie neuerdings materiell fundirt hatte, wodurch für den ergänzten Theil der Schuld keineswegs eine neue Hypothek geschaffen, sondern nur die zeitweise Anfechtbarkeit wieder behoben wurde.

5) Was nur der Fall ist hinsichtlich der Anfechtungen gegen redliche Dritte. G. B. G. §§ 63, 64, oben § 15.

6) Unger, System § 104.

7) Oben § 17, A, 2).

8) So ist es keine Unterbrechung der Verjährung für den Anfechtungsanspruch gegen den Drittebesitzer, wenn der Personalschuldner auf Zahlung der rechtswidrig gelöschten Satzpost geklagt wird, oder wenn der Gläubiger vom Schuldner belangt wird (a. b. Ob. § 1369) die Lösung einer Hypothek zu bewirken, die vorläufig bezahlt, aber mittlerweile stehen geblieben und bücherlich in dritte Hand cebirt war.

Hingegen wird man jetzt (nach O.B.G. § 63) auch schon der Streit-
anmerkung, wo sie (als Protestation) der Lösungsklage vorangeht,
unterbrechende Kraft beimessen müssen, vorausgesetzt, daß ihr die Klage
innerhalb der gebotenen Frist (O.B.G. § 63) nachfolgt.⁹⁾

9) Denn schon durch die Protestation tritt der Berechtigte als solcher gerichtlich
auf und hat, falls die so begonnene Verfolgung seines Anspruchs „gehörig fortgesetzt
wird“, die Analogie des § 1497 a. b. Ob. für sich.

Zweites Buch.

Entstehung der Hypothek.

I. Voraussetzungen der Entstehung des Hypothekar- rechts.

A. Bezüglich des Erwerbers.

1) Die Pfandforderung.

§ 19.

Der Grundsatz des gemeinen Rechts, daß die Existenz einer
rechtsgiltigen Pfandschuld erstes und wesentliches Requisite der Pfand-
rechtsbegründung sei, erleidet im östr. Rechte vermöge des Publizitäts-
prinzipes und seiner Folgen eine durchgreifende Modifikation. Es ist
oben (§ 2) ausgeführt, in welchem Sinne gleichwohl auch nach unserem
Rechte die Pfandforderung als Voraussetzung des Hypothekarrechts
bezeichnet werden kann. Sie ist dessen „Voraussetzung“ nicht nur im
Sinne des Obligationenrechts (materielle causa), sondern auch im
Sinne des formalen Tabularrechts: denn der bürgerliche Entstehungs-
akt der Hypothek muß sich auf eine Urkunde gründen, welche das Da-
sein einer durch Pfandrecht zu sichernden Obligation bescheinigt. Nicht
als absolute „Grundsschuld“ tritt die Hypothek des östr. Rechts ins
Leben, sondern als „bürgerlich versicherte Forderung“. Dieß lehrt
schon die Form der Insription, indem in das Grundbuch die For-
derung eingetragen wird, für welche der belastete Tabularkörper hie-
mit haftbar gemacht erscheint. Wenigstens äußerlich also — und zwar

in der Form schriftlicher Beurkundung — muß eine Schuldforderung vorliegen, wenn ein Hypothekarrecht zur Entstehung kommen soll. Aber dieß genügt auch. Die zu bescheinigende Obligation ist bloß formales Requisite der Hypothekbegründung; ob sie wirklich zu Recht bestche ist für den dinglichen Bestand des ingrossirten Rechts gleichgiltig.¹⁾

Hieraus ergibt sich schon, daß die Grundbuchsbehörde, welcher lediglich die Prüfung der formalen Requisite des von den Parteien begehrten Tabularakts obliegt, regelmäßig nicht berechtigt oder verpflichtet ist, die Gültigkeit des ihr in legaler Form bescheinigten Schuldverhältnisses zu untersuchen²⁾ (Hofdekr. v. 15. Juni 1816, S. G. S. 1258). Doch wird zuweilen behauptet, „offenbare Ungültigkeit“ der Pfandforderung begründe ein Hinderniß der Einverleibung, so daß dieselbe von Amtswegen zu verweigern sei,³⁾ und diese Ansicht hat gesetzlichen Ausdruck gefunden in der ungarischen G. B. O. § 69.

„Auf Urkunden, welche einen offenbar ungiltigen Rechtsgrund der Forderung enthalten, oder welche von bekanntlich Minderjährigen⁴⁾ oder ihren Vertretern ohne die vorgeschriebene gerichtliche Genehmigung . . . ausgestellt sind, kann eine Einverleibung oder Vormerkung nicht stattfinden.“

Dadurch wird in nicht zu rechtfertigender Weise dem Tabularrichter die Kognition über materiellrechtliche Verhältnisse überbunden, deren Wahrnehmung auf dem Boden des Tabularsystems den Parteien

1) Eyer, Publizitätsprinzip S. 92 und oben §§ 2, 13, Ziff. 1.

2) Heyne, Kommentar I, S. 112, II, S. 23, Klepisch, Tabularrecht S. 20 fg. — Das angef. Hofdekr. betrifft speziell die durch das bekannte Finanzpatent vom 20. Febr. 1811 für ungiltig erklärten Verträge, doch läßt die Motivierung keinen Zweifel darüber, daß die Entscheidung prinzipielle Bedeutung beansprucht: „die Anfrage, ob die dem § 9 des Finanzpatents zuwider . . . geschlossenen Kontrakte dem Grundbuch eingeschaltet werden können (betreffend), . . . so unterliegt es keinem gesetzlichen Zweifel, daß der Magistrat noch ferner, wie es bisher beobachtet wurde, die Aufnahme dieser Kontrakte in das Grundbuch bewillige, indem es nicht die Sache des Richters ist, von Amtswegen die Ungültigkeit eines Kontrakts auszusprechen, sondern es den Parteien überlassen werden muß, ihre wechselseitigen Gerechtfame geltend zu machen.“

3) Protohevera, Mat. VIII, S. 347.

4) Speziell gegen die Zurückweisung der Schuldburkunden Minderjähriger von der Intabulation richtet sich die Ausführung bei Carabelli, I, § 5, Nr. 5.

überlassen bleiben muß;⁵⁾ überdieß ist die obige Formulierung eine Quelle von Zweifel und Streit, denn die Bestimmung dessen, was als „offenbar“ ungiltig erscheint, ist objektiv nicht zu geben. — Für das deutsch-österreichische Recht müssen wir den in Rede stehenden Satz in dieser Allgemeinheit ablehnen, da die älteren erbländischen Grundbuchsgesetze keine der oben angeführten analoge Bestimmung haben (vgl. böhm. Spat. §§ 11, 12), und das citirte Hofdecret ihn geradezu ausschließt. Hieran ist auch durch die neueste Gesetzgebung prinzipiell nichts geändert, denn der hierher gehörige § 94 G. B. O. beschränkt sich darauf, ganz allgemein zu verfügen:

„Das Grundbuchsgericht hat das Ansuchen und dessen Beilagen einer genauen Prüfung zu unterziehen, und darf eine grundbücherliche Eintragung nur dann vollziehen, wenn: . . . 3) das Begehren durch den Inhalt der beigebrachten Urkunden begründet erscheint.“

Die „genaue Prüfung“ der Beilagen und insbesondere des Inhalts der beigebrachten Schuldburkunden kann nicht deren materielle Rechtsgültigkeit, sondern nur ihre formelle Zulässigkeit zum Gegenstand haben. Der Tabularrichter hat danach zu fragen, ob die ihm urkundlich bescheinigte Forderung, so wie sie vorliegt und ganz abgesehen davon, ob und wie weit sie materiell zu Recht besteht,⁶⁾ diejenigen formellen Eigenschaften (s. darüber den folgenden §) habe, welche sie zur Einverleibung befähigen.

Eine doppelte Ausnahme von dem hier vertretenen Satz, daß die Rechtsgültigkeit der Pfandforderung nicht Erforderniß der Hypothekenerrichtung ist, muß jedoch aufgestellt werden.

1) Für den Fall, daß dem in der zu verbüchernden Urkunde enthaltenen Rechtsgeschäft ein Ungültigkeitsgrund publici juris entgegen-

5) Ein Rest des im vorigen Jahrhundert ausgebildeten s. g. Legalitätsprinzips (s. oben Einleitung Note 72), welches den Tabularrichter zum Curator ad hoc für alle Buchgeschäfte macht, indem es ihn anweist, „mit möglichster Sorgfalt zu verhüten, daß kein gesetzwidriges und ungiltiges Geschäft in die Bücher vermerkt werde“ (Preussische Hypoth. Vdg. v. 1783).

6) Entsch. G. Z. 1870 Nr. 71 (S. 282) „in Erwägung, daß über die erhobenen Einwendungen, wonach die fragliche Verbindlichkeit aus der Hypothek nicht realisierbar ist, und wonach die zugesagte Leistung mit Rücksicht auf . . . unerlaubt und unmöglich ist, nicht im Tabular-, sondern im ordentlichen Rechtswege abgeprochen werden kann.“

steht. Hier cessirt die sonst gebotene Rücksicht auf die Autonomie der Parteien; jenes Recht, welches *privatorum pactis mutari non potest*, muß von jedem Organ der staatlichen Rechtspflege gegen solche *pacta* zur Geltung gebracht werden. Der Grundbuchsrichter ist also verpflichtet, solchen Urkunden die Eintragung in das öffentl. Buch zu verweigern,⁷⁾ welche rechtlich absolut mißbilligte — und darum schon ihrer Art nach ungiltige — Geschäfte zum Inhalt haben. Welche dieses sind, ist hier nicht der Ort auszuführen; beispielsweise sei verwiesen auf die verbotenen Verträge nach a. b. Ob. § 879.⁸⁾

2) Wird die Pfandforderung, die zur Verbücherung gebracht werden soll, durch eine Urkunde dokumentirt, welche der „zu ihrer Gültigkeit vorgeschriebenen Form“ ermangelt, so hat die Tabularbehörde den Eintrag von Amtswegen zu verweigern. G. B. G. § 26 Abs. 1. Also nicht jede nach Ansicht des Tabularrichters „offenbar ungiltige“ Forderung darf derselbe zurückweisen, sondern nur in jenen Fällen hat er dazu das Recht und die Pflicht, wo gesetzlich die Gültigkeit einer Obligation von der Beobachtung gewisser Formen abhängig gemacht ist (Wechsel, Testament, Ehepacten), und diese Formen in der Urkunde verabsäumt erscheinen. —

Eine hier schon vorläufig zu erwähnende Konsequenz aus dem formell accessorischen Charakter der Hypothek des östr. Rechts ist es, daß die Errichtung eines Hypothekarrechts für den Eigentümer des zu belastenden Tabularkörpers („Eigentümerhypothek“) formell ausgeschlossen ist, obwohl sie materiell allerdings vorkommt. Denn da kein Hypothekarrecht als solches intabulirt wird, sondern die Forderung, so erscheint im Buch nothwendig der Gläubiger, der begriffsmäßig mit

7) Wären sie aber gleichwohl eingetragen worden, so ständen sie, wie jeder formell korrekte Eintrag, unter dem Schutz der *publica fides*; die Nichtigkeit der Forderung bildet dann auch hier bloß einen Anfechtungsgrund.

8) Hierher gehört u. a. auch das Hofdekret v. 15. März 1833, J. G. S. 2603, welches im öffentlichen Interesse gewisse widerrechtliche Grundveräußerungsverträge verbietet, und darüber ausdrücklich festsetzt, „daß dieselben daher, insofern sie nach Kundmachung dieser Verordnung abgeschlossen werden, weder *intabulatione* noch *exekutionsfähig* . . . sein sollen.“ Klepisch, S. 17. — Dagegen gehören keineswegs hierher auch die Spielschulden (wie *Carabelli I*, S. 119 annimmt), da Spielverträge regelmäßig (a. b. Ob. §§ 1271, 1272) nur klaglos sind; wohl aber wäre jede Eintragung zu verweigern, durch welche ein un sittliches Geschäft (vgl. *Meibom*, mefl. Hypot. § 9 N. 41) vollzogen würde.

der Person des Verpfänders nicht zusammenfallen kann, als Hypothekar; allein die Forderung kann von Anfang nur eine Scheinexistenz haben, sie kann nachträglich in die Hände des Eigentümers übergehen, ohne daß der Bestand des Hypothekarrechts dadurch alterirt wird (vgl. a. b. Ob. § 469), und so kommt materiell die Wirkung einer Eigentümerhypothek heraus, wie unten näher darzulegen sein wird.

§ 20.

Beschaffenheit der Pfandforderung.

1) Gegenstand.

Das Regelmäßige und Natürliche ist, daß Geldschulden durch Hypothek versichert werden, da ja das Pfandrecht in letzter Auflösung auf eine Preisquote des Pfandstückes gerichtet ist. Allein dieß schließt schon nach gemeinem Recht bekanntlich nicht aus, daß auch für andere Obligationen, welche *pecunia lui praestarique possunt*, Pfänder gegeben werden.¹⁾ Und so war es auch nach früherem östr. Recht. Unsere älteren Gesetze sprechen überall nur vom „Gläubiger“ und „Schuldner“ (z. B. a. b. Ob. § 447, 1368), also ohne irgendwelche Beschränkung rücksichtlich des Inhalts der zu versichernden Schuldforderung; die Ausschließung solcher Forderungen, welche nicht in Geldwerth umsetzbar sind,²⁾ ergibt sich jedoch von selbst, da für solche „aus einer Sache . . . die Befriedigung zu erlangen“ (§ 447 cit.) ein Ding der Unmöglichkeit ist. Mit Recht hat darum die bisherige Praxis in Oestreich geldwerthige Forderungen jeder Art zur Verbücherung kommen lassen;³⁾ ihr Geldwerth — das eigentliche Substrat des Hypothekarrechts — kommt, wenn nicht früher, spätestens im Exekutionsverfahren zum Vorschein,⁴⁾ es sei denn, daß der Gläubiger durch

1) L. 9. § 1. D. de pign. act. (13, 7) L. 5. pr. D. de pignor. (20, 1).

2) Daß es solche nach heutigem Recht allerdings gebe, sollte nicht mehr bestritten werden. S. *Windsch eid* Pand. II, § 251. Aber man darf nicht mit *Carabelli I*, S. 124 gewisse familienrechtliche Verbindlichkeiten hierherziehen, die freilich ganz sicher kein Gegenstand der Pfandversicherung sind.

3) S. z. B. die unten noch anzuführende Entsch. bei *GUW* Nr. 415, u. a. m.

4) Mit Unrecht längnet *Carabelli I*, S. 124 fg. die Möglichkeit eines echten Pfandrechts für solche Forderungen, welche nicht auf dem Tauschwerth, sondern auf dem Gebrauchswerth der geschuldeten Sache basiren, wegen »una diversità d'oggetto nel diritto personale e nell' obbligo reale« (S. 129); aber die gleiche

Naturalexekution befriedigt wird, in welchem Falle die Ausübung des Pfandrechts schon durch diese Befriedigung ausgeschlossen ist.

Danach war denn insbesondere auch die hypothekarische Einverleibung der sog. „Kaufrechte“ keinem Bedenken unterworfen. Man versteht darunter die Sicherstellung der Verbindlichkeiten des Verkäufers eines Tabularobjekts durch Verbücherung auf dieses nämliche Objekt. Wie jedes andere bürgerliche Gut des Schuldners von ihm für diese Schuld verpfändet werden kann, so natürlich auch das verkaufte, aber noch nicht bürgerlich übertragene selbst; und auch die Wirkung ist dieselbe: das Gut haftet hypothekarisch für seine eigene Auslieferung, bez. das in Geld auszudrückende Interesse des Käufers.⁵⁾ —

Aber die Möglichkeit der Hypothekbestellung auf Forderungen hin, deren Geldwerth nicht von vornherein erhellt, beeinträchtigt aus bekannten Gründen den Realverkehr.⁶⁾ Darum haben alle auf dem Prinzip der Spezialität beruhenden Hypothekenordnungen den Grundsatz, daß Hypotheken nur für Geldsummen haften, niemals für andere Schuldgegenstände. So auch unser G.B.G., indem es in § 14 Abs. 1, bestimmt:

»diversità« besteht genau genommen bei allen Obligationen die nicht Geldschulden sind. — Nicht beizutreten ist darum (nach dem Rechte des a. b. G.B's) der Entsch. v. 31. Aug. 1870 (S. G.Z. 1870, Nr. 75), worin die Verbindlichkeit: „in die Abtrennung einer Grundarea von der Stammwirthschaft X und in die Zugliederung derselben zu dem Hause Y (des Gläubigers) einzuwilligen“ als „zur Sicherstellung durch Pfandrecht nicht geeignet“ bezeichnet wird. Ebensonenig der Entsch. v. 23. Mai 1871 (das. 1871 Nr. 75), worin der Verpflichtung eines Hauseigentümers, einer gewissen Person den Handel mit Seife in der Durchfahrt seines Hauses zu gestatten, die Möglichkeit einer Hypothek mit Bezug auf a. b. G.B. § 447 abgesprochen wurde. Vgl. aber auch die Entsch. in G.Z. 1870 Nr. 71. S. 282.

5) Ganz überflüssigerweise hat man über die Einverleibung der „Kaufrechte“ in Oestreich viel geschrieben und gestritten. S. Aufseß, S. 151 fg. Klepsch, S. 17 fg. Krauz, S. G.Z. 1869 S. 114 fg., u. A. das. Nr. 237. Die Sache liegt sehr einfach, wenn man sich dadurch nicht irren läßt, daß das Objekt des Pfandrechts und der Pfandforderung hier zusammenzufallen scheinen, und wenn man sich hütet, die Wirkung der Hypothekbestellung für die obligatio ex emto zusammenzuwerfen mit der Wirkung einer Eigenthumspränotation (a. b. G.B. § 438) auf das gekaufte Objekt. (Die letztere Verwechslung liegt zu Grunde in § 63 Abs. 3 der Ung. G.B.D.). — Freilich wird jeder Verwirrung in der fraglichen Materie Vorshub geleistet, wenn Grundbuchgerichte dem Käufer „die Pfandrechtseinverleibung für seine Eigenthumsrechte“ (!) bewilligen. OUB. 2678.

6) Gönner I, S. 164 fg. Mascher, S. 637. Oben § 5.

„Das Pfandrecht kann nur für eine . . . Geldsumme eingetragen werden“.

Hiermit ist jedoch keineswegs die Möglichkeit ausgeschlossen, auch Forderungen, die einen anderen Inhalt haben, durch Pfandrecht zu sichern. Nur müssen diese zum Zwecke der Verbücherung vorerst — sei es durch Vereinbarung der Parteien, oder durch Erkenntniß des Tabulargerichts (nach Analogie von § 14 Abs. 3, 4 f. unten) — in Geld veranschlagt werden; dann haftet das Hypothekargut für die inskribirte Summe, und diese dem Gläubiger für Erfüllung seiner Forderung. 7) —

Alternative Obligationen, deren Eine Alternative eine Geldleistung ist, können gewiß hypothekarisch verbüchert werden.⁸⁾ Die bürgerlich gleichfalls apparirende andere Alternative gestaltet sich dann zur negativen Bedingung des Hypothekarrechts; durch ihre Leistung kann der Schuldner die Ausübung desselben jederzeit und jedem Inhaber gegenüber abschneiden.

Die „Geldsumme“ als Objekt einer Hypothekarschuld muß im streng juristischen Sinne verstanden werden: Forderungen auf Leistung in Zahlungsmitteln, die in Oestreich nicht Währung⁹⁾ sind, können nicht wie sie vorliegen intabulirt werden; sie bedürfen wie jede andere obligatio dandi der vorgängigen Umsezung in (rechtliches) Geld.¹⁰⁾

2) Bestimmtheit des Inhalts.

7) Denn die ursprüngliche Forderung bauert fort, sie ist nicht etwa als durch Novation getilgt zu betrachten. Jene Veranschlagung ihres Inhalts zu Geld hat lediglich die Bedeutung, daß im Wege des Hypothekarprozesses nur die Geldsumme eingetrieben werden kann, daß nur sie Inhalt des Hypothekarrechts ist, also namentlich dem dritten Eigenthümer des Hyp. Gut's und den Nachhypothekaren gegenüber nur sie in Betracht kommt. Allein dem Gläubiger wird dadurch die Möglichkeit nicht abgeschnitten, mit persönlicher Schuldfrage den eigentlichen Inhalt seiner Forderung zur Geltung zu bringen, und ebensovienig dem Schuldner, aus diesem Inhalt Einreden gegen die Hypothekarklage seines (persönlichen) Gläubigers herzunehmen.

8) Heyne, Komm. I, S. 239.

9) Ueber diesen Begriff s. Goldschmidt, Handelsrecht I, 2. §§ 104, 105.

10) Mit andern Worten: nur Summensschulden in gesetzlicher Währung sind einverleibungsfähig. S. auch Bar, hannov. Hyp. Rt. S. 61. Preuß. Gef. v. 5. Mai 1872, § 23. Lautet also z. B. die Forderung auf „1000 Rubel“, so kann doch nur deren Kurswerth in Rfr. Währung intabulirt werden. — Diese strenge Auslegung des G.B.G. § 14 wird ebenso durch die juristische Konsequenz gefordert

Das ältere Recht ließ nicht nur Forderungen von qualitativ beliebigem, sondern auch von quantitativ unbestimmtem Inhalt zur Verbücherung zu; insbesondere also auch Geldschulden, deren Betrag zur Zeit der Eintragung noch nicht festgestellt, oder doch aus der einzuverleibenden Urkunde nicht ersichtlich ist.¹¹⁾ Die Verderblichkeit dieser Zulassung für den Bodenkredit ist allgemein anerkannt; ¹²⁾ darum hat in Oestreich schon die Ung. G. B. O., welche auch Forderungen, die nicht in Geld ausgedrückt sind, noch zur Einverleibung zuläßt, wenigstens für Geldschulden festgesetzt, daß sie „nur für eine ziffermäßig bestimmte Summe eingetragen werden“. (§ 65). Für alle Einverleibungen gilt dieß jetzt nach dem G. B. O. § 14 Abs. 1:

„Das Pfandrecht kann nur für eine ziffermäßig bestimmte Geldsumme eingetragen werden. Bei einer verzinslichen Forderung muß auch die Höhe der Zinsen eingetragen werden.“

Hiermit kann wieder nicht gemeint sein, daß Forderungen, deren Inhalt von Haus aus nicht ziffermäßig bestimmt vorliegt, überhaupt nicht zum Substrat eines zu errichtenden Hypothekarrechts geeignet sein sollen. Vielmehr bedarf es, um auch ihnen diese Eignung zu verschaffen, nur der Bezifferung der Obligation durch dasselbe Verfahren, mittelst welches, wie wir annehmen, sogar Nicht-Geldschulden für das Hypothekenbuch zugänglich gemacht werden. Denn was nach G. B. O. § 14 Abs. 2, 3 für künftige unbestimmte Forderungen zulässig ist, muß um so mehr auch für solche gelten, deren Existenz schon gewiß, deren Betrag nur noch unbestimmt ist.¹³⁾ Die Obligation muß also

(denn nicht darauf kann es vor einem östreichischen Gericht ankommen, was irgendwo in der Welt als „Geld“ umläuft, sondern nur darauf, was in Oestreich den Charakter eines von Staatswegen anerkannten allgemeinen Zahlungsmittels hat), als durch das Interesse des Realkredits geboten: denn nur wenn die Posten auf die jedermann bekannte Währung lauten, ist auch jedermann im Stande, aus der Einsicht in die öffentlichen Bücher über die Belastungsgröße des Objekts ein richtiges Bild zu schöpfen. — Gleichwohl läßt die Praxis bisher hypothekarische Eintragungen zu, deren Inhalt auf bekanntere, den großen europäischen Geldmärkten geläufige Währungen lautet (Francs, Mark, Pfund Sterling).

11) Stubenrauch, zu § 451 Nr. 9. Managetta, im Jurist IV, S. 448. Aus der Praxis z. B. O. W. Nr. 415, 1406. (Doch auch nicht ohne Schwankung: Entsch. in Nr. 139, öst. G. Z. 1852).

12) Schon von den Verfassern des Code Napoleon. Zachariä, franz. Civilrecht II, §§ 205, 212; vgl. das Votum Treilhard's bei Eyner, Pfandrechtspraxisnotat S. 40. — Göttnere I, S. 77, 241 fg.

13) Diese Folgerung ist sicher schlüssig, die angef. Gesetzesstelle zu eng gefaßt.

um einer Hypothek zur Grundlage zu dienen, falls sie es nicht schon ist, zur certa obligatio für das Grundbuch gemacht werden, indem die Parteien mit oder ohne richterliche Intervention ihren Inhalt entweder sogleich definitiv fixiren, oder für die künftige Liquidirung sofort einen „Höchstbetrag“ ansetzen, als Maximalgrenze der möglichen Belastung des Pfandobjektes.¹⁴⁾ Es versteht sich übrigens, daß diese Operation, wenn sie nicht erweislich den Charakter des Vergleichs oder der Novation an sich trägt, das Schuldverhältniß unter den Parteien selbst nicht alterirt. Die „Bezifferung“ der Schuld geht nur den Hypothekarverkehr an, ihre Rechtsfolgen halten sich innerhalb des Wirkungskreises der publica fides der Bücher.¹⁵⁾

2) Künftige Forderungen.

Obligationen, deren Fälligkeit blos in die Zukunft verschoben ist, betagte Forderungen, sind jedenfalls zur Pfandversicherung geeignet; ¹⁶⁾ so insbesondere z. B. Ratenschulden aller Art.¹⁷⁾ Das unterlag nie einem Zweifel. Die Frage bezieht sich nur auf die ihrem Bestand nach künftigen, also rechtlich noch nicht existirenden Obligationen, geht also dahin: ob auch mit „Beziehung“ (a. b. Ob. § 449) auf eine noch nicht vorhandene, aber von der Zukunft erwartete Forderung nach östr. Recht ein Hypothekarrecht gültig bestellt werden könne? Sie kann, in dieser Allgemeinheit, weder verneint noch bejaht werden. Ersteres auszuschließen genügt der Hinweis darauf, daß suspensiv bedingte

Denn sie sorgt ihrem Wortlaut nach blos für solche Forderungen, „welche aus dem Titel der Gewährleistung u. s. w. entstehen können“, nicht auch für die, welche aus dem gleichen Rechtsgrund schon entstanden sind, ohne doch deshalb auch schon ziffermäßig liquidirt zu sein. Und gerade für solche (z. B. Schadenersatzansprüche) bedarf es sehr häufig der hypothekarischen Versicherung, und wird dieselbe auch unter den gleichen Bedingungen gestattet werden müssen.

14) Somit kann auch heute noch eine Einverleibung der s. g. „Kaufrechte“ vorkommen, wenn der Verkäufer für seine obligatio tradendi Hypothek gewähren will und sich die Ansetzung eines Maximalbetrags für den Geldwerth derselben (den eventuellen Ersatzanspruch) gefallen läßt.

15) Also die persönliche Schuldfrage, auch über das intabulirte Maximum hinaus, ist nicht ausgeschlossen, wohl aber die Hypothekarklage; vgl. unten § 34, Z. 1.

16) L. 5. pr. D. de pign. (20, 1) vgl. z. B. a. b. Ob. § 1245. Entsch. bei O. W. Nr. 901, 1166.

17) Rlepsh, S. 21. G. B. O. § 34, Abs. 2. Hiernach auch die Realkastbeurteilung, insofern sich ihre „einzelnen Ausflüsse“ als Obligationen darstellen. Unger, Syst. I, § 63, Beseler, Syst. § 190 fg.

Forderungen und daß Zinsforderungen für künftige Miethstermine¹⁸⁾ täglich einverleibt werden. Andererseits ist nicht minder gewiß, daß in Oestreich Niemand eine Hypothek vorläufig errichten lassen kann, blos im Hinblick auf die allgemeine Möglichkeit künftiger Schulden, um dieselbe seinerzeit dann diesem oder jenem Gläubiger als Bedeckung zuzuweisen; dieß wäre eine Eigentümerhypothek, welche unser Recht, formell wenigstens, nicht kennt. Wenn also einerseits die bloße Möglichkeit der Schuld nicht genügt, andererseits aber ihr gegenwärtiges Vorhandensein nicht schlechthin erfordert wird, so müssen die bestimmten Voraussetzungen gesucht werden, unter denen ein Pfandrecht auch schon auf die Aussicht einer künftigen Schuld hin geschaffen werden kann.¹⁹⁾

Nirgends in der älteren östr. Gesetzgebung finden sich diese Voraussetzungen normirt oder angedeutet; überall wird das Vorkommen von Pfandrechten für künftige Schulden zwar vorausgesetzt,²⁰⁾ aber nur beiläufig auch ausdrücklich erwähnt, wie in § 37 des böhmischen Spat., wo gelegentlich der Vorschriften über die Anfertigung der sog. summarischen Grundbuchsextrakte der Fall mit angeführt wird, da ein Objekt „zur Bedeckung einer . . . künftigen Verbindlichkeit haftet.“

Die Praxis hat gleichwohl, freilich nicht ohne starke Schwankungen, im Großen und Ganzen das Rechte getroffen. Sie läßt, wie schon hervorgehoben, auf die blos subjektive Voraussetzung einer künftigen zu erwerbenden Forderung keine Hypothekbestellung zu.²¹⁾ Sie verlangt mindestens eine objektive Grundlage dieser Voraussetzung in einem schon jetzt vorhandenen Rechtsverhältniß zwischen den eventuellen Obligationssubjekten, welches die rechtliche Möglichkeit der Entstehung der Forderung in sich schließt. So bewilligt der oberste Gerichtshof die Pfandrechteinverleibung auf Grund einer einem Rechtsanwalt ausgesetzten allgemeinen Vertretungsvollmacht „zur Sicherstellung der

18) D. h. die zu erwartende Forderung aus einer künftigen abzuschließenden *relocatio tacita*, welche im strengen Sinn *«futura obligatio»* ist. L. 89. D. de V. O. 45, 1.

19) S. zu dem folgenden *Regelsberger*, Studien im bair. Hdt. I, § 1—8. — Vgl. auch *Brinz* in *Grünhuf's* Zchr. I, S. 26 fg.

20) So nach a. b. Ob. §§ 341, 343, auf Grund dessen unter Umständen Hypothekbestellung für Ersatzansprüche aus „drohendem“ Schaden (*cautio damni infecti*) stattfinden muß.

21) S. z. B. die Entsch. bei OUB. Nr. 1861.

künftigen Auslagen und des Verdienstes“ auf Immobilien der Vollmachtgeber;²²⁾ ebenso „zur Sicherstellung der genauen Einhaltung des Pachtvertrags, und jeder daraus entspringenden Verantwortlichkeit“ auf ein Haus des Pächters;²³⁾ endlich für solche Forderungen, die auf Grund bereits eröffneter Kredite und innerhalb der Grenzen derselben erst entstehen sollen.^{24) 25)} Und ebenso gewiß kann der Verkäufer für seine Evictionspflicht, wenn auch noch nicht evinzirt ist, der eventuell Schadenersatzpflichtige, auch bevor eine beschädigende Thatsache eingetreten ist,²⁶⁾ der Gesellschafter für die künftige *actio pro socio*, der Bürgschaftschuldner dem Bürgen für den eventuellen Regressanspruch u. s. w. jederzeit seine Grundstücke wirksam verpfänden.²⁷⁾

Demnach muß, auch abgesehen von der neuesten Gesetzgebung, angenommen werden, daß für künftige Forderungen Hypothek dann bestellt werden kann, wenn schon jetzt das Rechtsverhältniß vorliegt, aus welchem die Obligation eventuell entspringen soll und kann, und durch welches dieselbe, wenn sie dereinst entsteht, als die bei der Verbücherung in Aussicht genommene Schuld sich darstellt. Es müssen also ihre charakteristischen Merkmale so weit vorweg feststehen, daß über die Identität einer nachher begründeten Obligation mit der jetzt durch Hypothek zu versichernden rechtlich kein Zweifel sein kann; m. a. W. die künftige Forderung muß sofort individualisirt werden.²⁸⁾

22) Dst. G. Z. 1870. Nr. 91.

23) Bei OUB. Nr. 415.

24) OUB. Nr. 168, 1406, 2505. Cf. L. 132. § 1. D. V. O. (45, 1.) *Quantum pecuniam Titio credidero, fide tua esse jubes?*

25) Schwer begreiflich ist, wie hienach von Seiten der Praxis das Pfandrecht für künftige Schuld gleichwohl zuweilen in *thesi negat* werden kann, wie z. B. vom ob. Gf. selbst in den Entscheidungsgründen bei OUB. Nr. 2477: „weil das Pfandrecht immer eine gültige, somit bereits zu Recht bestehende (?), wenn auch noch nicht fällige Forderung voraussetzt (§ 449 a. b. Ob.).“

26) Vgl. *Förster*, preuß. Privatrecht III, S. 371. *Derenburg*, I, S. 522 fg. L. 15, Cod. de eviction. S. 45.

27) Vgl. z. B. L. 1. D. qui potior. (20, 4), L. 39, 5 D. de admin. tut. (26, 7).

28) *Sarum* in *Haimel's* Magazin XIII, S. 22 hat dieß richtig angedeutet: „Nur spezialisirte, wenn auch dem Betrage nach noch unbestimmte Forderungen sind zur Einverleibung . . . geeignet.“ Welches jedoch die spezialisirenden Kriterien sind gibt *Sarum* nicht an, und wenn er weiterhin die aus einem „laufenden Kredit“ künftigen entspringenden Forderungen durch die vorläufige Ansetzung eines Maximalbetrags „spezialisirt“ werden läßt, kann ich ihm nicht beistimmen. Solche

Dazu gehört nun, daß die Subjekte, zwischen denen, und die Causa, aus welcher sie entstehen soll, bekannt sind. Mehr ist nicht erforderlich um die juristische Physiognomie einer Obligation zu fixiren, namentlich nicht, daß auch ihr Inhalt nach Quantität oder Qualität feststehe. Letzteres ist bestimmt anerkannt in einer obersterger. Entsch. (Nr. 168, oben Note 24), wonach „die Bestellung von Hypothekarrechten für künftig entstehende Forderungen einer bestimmten Art zulässig und wirksam ist, . . . vorausgesetzt, daß sie aus Geschäften hervorgehen, welche in der Pfandversicherung vorgesehen sind.“ Nicht zu übersehen bleibt jedoch, daß die Causa der künftigen Obligation nicht blos bezeichnet werden, sondern schon wirklich vorhanden sein muß, ohne daß darum, wie manche gemeinrechtliche Schriftsteller annehmen,²⁹⁾ auch schon ein gegenwärtiges Gebundensein des künftigen Schuldners erforderlich ist. Es kann Niemand eine Hypothek errichten für ein Darlehen, welches er irgendwann und wo aufzunehmen „beabsichtigt“,³⁰⁾ wohl aber für ein solches, welches auf Grund eines schon eröffneten Kredites vielleicht zu Stande kommen wird (sog. Credithypothek), mag auch derjenige, welcher den Kredit eröffnet und dadurch das erforderliche causale Rechtsverhältniß geschaffen hat, keineswegs rechtlich gebunden sein, diesen Kredit auch aufrecht zu halten.

Die im Bisherigen über die Pfandverbücherung künftiger Obligationen entwickelten Grundsätze sind durch die neuere östr. Tabulargesetzgebung bestätigt. Schon die ungarische Grundbuchordnung (§ 65,

Forderungen, wie alle anderen künftigen, sind gewiß schon durch ihre causa (Kreditverhältniß) und ihre Subjekte genügend charakterisirt: man wird, wenn sie zur Existenz kommen, nicht zweifeln können, daß sie zu derjenigen Kategorie gehören, auf welche sich das im Voraus bestellte Hypothekarrecht beziehen sollte. Die Fixirung eines ziffermäßigen Höchstbetrags — die freilich nach neuestem östr. Rt. aus anderen Gründen überall erforderlich ist — thut dem nichts hinzu.

29) Z. B. Windscheid, Pand. I, §§ 225, 242. Dagegen Dernburg, I, § 69. Regelsberger, Altersvorzug der Pfandrechte, §§ 11, 14.

30) Keine Ausnahme von Obigem statuirt die (für die Provinzen Nieder- und Oberösterreich und Salzburg erlassene) k. Verordnung vom 12. August 1851, R. G. B. Nr. 184, denn dort wird blos der blichsliche Vorbehalt einer bestimmten Priorität für ein künftiges Darlehen, nicht die vorläufige Errichtung einer Hypothek für ein solches gestattet. Helm, in Haimers Magaz. V, S. 278 fg. Daan, Studien S. 240 fg., Krausz, in der S. G. Z. 1869 Nr. 15, Entsch. d. ob. Ghf. d. 1856 Nr. 62. — Diese Vorschrift ist jetzt generalisirt durch das G. B. G. § 53 fg. (Rubrik: „Anmerkung der Rangordnung“); darüber das Nähere unten im V. Buch.

Abf. 2, 3) trug der Nothwendigkeit Rechnung, die Pfandbestellung für künftige Obligationen, wenigstens für die praktisch wichtigsten und häufigsten Anwendungsfälle, ausdrücklich zuzulassen. Ihr ist dann das G. B. G. (§ 14, Abf. 2, 4) im Wesentlichen gefolgt, indem es bestimmt: ³¹⁾

„Sollen Forderungen, welche aus einem gegebenen ³²⁾ [Wechsel- Acceptations- oder Waaren-] Kredite, aus einer übernommenen [Kassa- oder sonstigen] Geschäftsführung, oder aus dem Titel der Gewährleistung oder des Schadenersatzes [für den Fall der Nichterfüllung eines Vertrags] entstehen können, pfandrechtlich sichergestellt werden, so ist in der Urkunde, auf Grund welcher die Eintragung erfolgen soll, ein Höchstbetrag, bis zu welchem der Kredit oder die Haftung [(die Kaution)] reichen soll, anzugeben.“

Hiernach ist es nun auch gesetzlich ausgesprochen, daß eventuelle Forderungen, deren Causa bereits vorliegt, durch Hypothek versichert werden können; die obige Aufzählung der causae kann nicht als taxative betrachtet werden, sie gibt das Prinzip durch die gewöhnlichen Fälle seiner Anwendung. ³³⁾ — Daß die Eintragung nur unter Fixirung eines Höchstbetrags geschieht, ³⁴⁾ entspricht dem, was über Forderungen unbestimmten Inhalts überhaupt gilt. ³⁵⁾

Die Hypothek für künftige Schulden entsteht, wie jede andere, mit dem Moment ihrer Eintragung in das öffentliche Buch. Von da ab datirt auch ihre Priorität; ³⁶⁾ eine feinerzeit, nach dem Zustande-

31) Die im folgenden Citat eingeklammerten Worte gehören dem §§ 65 der Ung. G. B. O. an und sind bei der Redaction des G. B. G. § 14 ausgefallen.

32) „Gegebener“ Kredit soll hier so viel heißen als: eröffneter, oder zur Disposition gestellter Kredit.

33) Neuerdings speziell normirte Fälle:

1. Verpfändung seitens eines öffentlichen Kreditinstituts zur Sicherstellung künftiger Ansprüche aus Pfandbriefen der Anstalt (§ 4, Ges. v. 24. Apr. 1874, R. G. B. 48),

2. seitens einer Eisenbahnunternehmung für ihre Prioritätsobligationen vor deren Ausgabe (§ 50, Ges. v. 19. Mai 1874, R. G. B. 70).

34) Unter Anwendung des in § 14 Abf. 4 angeordneten kontradiktorischen Verfahrens, falls keine Einigung der Parteien über die Ziffer zu erzielen ist, und mit der oben schon bezeichneten Wirkung.

35) Die verflinfteste Konstruktion der Kautionshypothek mit Maximalbetrag, welche Kopecky in Wagn. Zfch. 1838, I, S. 271 fg. auszuführen versucht, bedarf keiner Polemik.

36) G. B. G. § 29, arg. a. b. Ob. §§ 438—440, 453. — Die berühmte Kon-

kommen der Schuld, etwa bewirkte Anmerkung ihrer Existenz und ihres Betrags (nachträgliche sog. Juxta-Einverleibung) hat hierauf keinen Einfluß.³⁷⁾

4) Causa der Pfandforderung.

Aus welchem Rechtsgrund die zu versichernde Obligation her-
stamme, kommt für die Pfandbestellung nicht in Betracht; für Vertrags-
Delikts- und Zustandsobligationen aller Art³⁸⁾ kann das Hypothekar-
gut haftbar gemacht werden.³⁹⁾

Eine andere Frage ist es, ob die Causa der zu versichernden For-
derung auch aus der zur Eintragung vorliegenden Urkunde erhellen
müsse? Mit anderen Worten, ob nach östr. Recht auch Obligationen
aus sog. abstrakten Verpflichtungsgeschäften⁴⁰⁾ hinreichende Grundlage
eines zu errichtenden Hypothekarrechts sind, oder ob jede Forderung nur
im Zusammenhang mit ihrer Causa, als individuell charakterisirte
Forderung,⁴¹⁾ diese Grundlage abgeben kann? Die Frage ist nach
dem älteren Tabularrecht, prinzipiell wenigstens, im Sinne der letzten
Alternative zu entscheiden. Als Regel gilt: Die pfandrechtlich zu
intabulirende Urkunde muß außer der Forderung selbst auch deren
Rechtsgrund dokumentiren:

„Eine Urkunde ist aber nur dann als landtafelmäßig anzusehen,
wenn darin erstens die Ursache aus der die Verbindlichkeit entstanden,
. . . klar und deutlich bestimmt . . . ist“ (Böhm-mähr. Spat. § 12)⁴²⁾

troverse des gemeinen Rechts: Bangerow, I, § 372 A. 3. Regelsberger,
Alttersvorzug § 14, existirt für das östr. Recht nicht.

37) So wurde richtig entschieden in O.W. Nr. 415. Anders in dem bei
Harum, a. a. D. S. 20, 21 referirten Fall, wo das Gericht annahm, die für eine
künftige Wechselforderung intabulirte Hypothek sei vorläufig nur „potentielles Pfand-
recht“ gewesen, und hätte erst durch „Juxta-Einverleibung“ des Wechsels zum
„aktuellen“ Pfandrecht erhoben werden können. Aber „diese Unterscheidung zwischen
potentiellem und aktuellem Pfandrecht ist nicht nur unserem Gesetze fremd, sondern
auch unrichtig“, wie Harum treffend hinzufügt.

38) Vorbehaltlich der in § 19 bei Note 7 berührten seltenen Ausnahmen.

39) L. 5. pr. D. de pign. (20, 1) Res hypothecae dari posse sciendum est
pro quacunque obligatione: sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emtio
vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum etc.

40) Ueber diesen Begriff s. die Literatur bei Bangerow, Pand. 7. Aufl. III,
§ 600, Witte, in der krit. Viertelj. Schr. VI, S. 330 fg.

41) Windscheid, Pand. II, § 319.

42) Auch nach die Ung. O.W.D. § 81 lit. b. verfügt: „Es muß das Rechts-
geschäfts, im Grunde dessen eine Einverleibung erfolgen soll, angegeben werden;“

Demnach wurde bisher regelmäßig auf eine einfache cautio
indiscreta⁴³⁾ hin nicht intabulirt.⁴⁴⁾ Wenn gleichwohl die Präno-
tation zugelassen wird,⁴⁵⁾ so liegt darin keine Inkonsequenz, denn das
Rechtfertigungsverfahren involvirt die Liquidirung der Causa. —
Der Grundsatz des § 12 cit. ist jedoch nicht anwendbar gegenüber
solchen verbrieften Forderungen, welche durch Gesetz oder Praxis als
abstrakte, d. h. auch ohne Nachweis ihres Causalzusammenhanges ver-
folgbare, anerkannt sind. Darum sind jedenfalls Wechsel,⁴⁶⁾ kauf-
männische Anweisungen (Handelsgb. art. 300, 301), und Handels-
buchschulden⁴⁷⁾ (das. art. 34, Einführungsgef. § 19) ohne Anführung
der Causa zur Einverleibung geeignet, da „die rechtliche Wirkung der
vorgelegten Urkunde nach den für die bestimmte Gattung von Urkunden
bestehenden besonderen Gesetzen zu beurtheilen ist.“⁴⁸⁾ — Das neuere
Recht geht hierin prinzipiell viel weiter, indem das O.W.D. § 32
(vgl. auch §§ 26—28) von der bücherlich zu ingrossirenden Urkunde
im Allgemeinen keine Auskunft mehr über die causa debendi ver-
langt.⁴⁹⁾ Damit wäre freilich nicht ausgeschlossen, daß der Grund-

darunter kann nur die causa debendi, nicht etwa der Verpfändungsvertrag, von
welchem die folgende lit. c. erst handelt, verstanden sein.

43) Vgl. L. 25. § 4. D. de probat. (22, 3).

44) S. die oberstf. Entsch. in Nr. 103 v. O.J. 1869. Die Einverleibung
einer Urkunde „worin B sich dem A als Schuldner eines „berechneten“ Betrags von
. . . bekamte und demselben dafür seine Kiegenschaft als Pfand verschrieben hat,
wurde in allen drei Instanzen für unzulässig erklärt, weil „der Schuldschein, auf
Grund dessen ein unbedingtes Pfand für eine Forderung erworben werden soll, stets
den gültigen Rechtsgrund der letzteren deutlich enthalten muß.“

45) Entsch. bei O.W. Nr. 1346: „weil es nicht am Platze sei, bei der Bewilli-
gung des Pränotationsgesuchs die möglichen Einwendungen gegen den Bestand der
Forderung zu erwägen.“

46) Auch in bianco girirte Wechsel: Entsch. bei O.W. Nr. 1512, aber nicht
verjährte: das. Nr. 1674. — Vgl. auch Schmidt, Grundzüge des gem. und pr.
Pfandrechts S. 139, 140.

47) Entsch. O.W. 195, 249, 355, 1122. In diesen Fällen (sowie in denen
der vorigen Note) handelte es sich zwar nur um Pränotationsbewilligung, allein da
bei den Urkunden der vorliegenden Art die Justifizirung kein näheres Eingehen auf
die Causa erheischt, hätte auch die Einverleibung ohne solches bewilligt werden
müssen, wenn ein Pfandrechtsmittel vorgelegen hätte.

48) Aus den Motiven der angef. Entsch. Nr. 1512.

49) Der in § 26 geforderte „gültige Rechtsgrund“ ist nicht die Causa der For-
derung, sondern der Rechtsgrund der „Erwerbung oder Umänderung eines ding-
lichen Rechts“, also der Titel. Vgl. auch Strohal, a. a. D. S. 761.

buchsrichter sie gleichwohl erforderte, wo ihm ohne solche das Dasein einer Forderung durch die Urkunde nicht hinreichend dokumentirt erschiene; ⁵⁰⁾ allein angesichts der neueren Praxis des obersten Gerichtshofes, welche aus indiscrete gefaßten Verpflichtungsscheinen die Schuldklage zuläßt, ⁵¹⁾ kann wohl auf eben solche hin auch die Pfandversicherung nicht verweigert werden.

Mithin steht es nach heutigem östr. Recht den Parteien frei, die pfandrechtl. zu versichernde Forderung mit oder ohne Angabe der Causa debendi eintragen zu lassen, indem sie dieselbe in die Tabularurkunde aufnehmen ⁵²⁾ oder von ihr ausschließen.

5) Naturalobligationen.

Wenn schon die materielle Ungiltigkeit der Pfandforderung der Entstehung eines giltigen Hypothekarrechts an sich nicht im Wege steht, so kann dieß noch weniger bei der bloßen Klaglosigkeit derselben der Fall sein. Auch solche Forderungen also, „zu deren Eintreibung das Gesetz das Klagerecht versagt“ (a. b. Ob. § 1432), sind zur Pfandversicherung geeignet. ⁵³⁾ Inwiefern das begründete Hypothekarrecht deshalb einer Anfechtung, und insbesondere die Hypothekarklage einer Einrede unterliegen kann, das wird darauf ankommen, welches im vorliegenden Falle der Grund und die rechtliche Tragweite der Klaglosigkeit

50) Es ist bekanntlich eine gemeinrechtlich höchst bestrittene, für das östr. R. nirgends positiv entschiedene Frage des Obligationenrechts, inwiefern das abstrakte Schuldversprechen — abgesehen von den bekannten Formalverträgen des Handelsrechts — geeignet sei eine Verbindlichkeit zu begründen. Vgl. Gneist, formelle Verträge S. 198 fg. Währ, die Anerkennung S. 252 fg. Salpius, Novation, S. 482 fg.

51) Bei OLV. Nr. 1966, 2011. Dagegen freilich das Urtheil in O. Z. 1869 Nr. 104.

52) Die Aufnahme der causa in den hypothekarischen Eintrag kann für den zu Belastenden von wesentlicher Bedeutung sein im Hinblick auf etwaige künftige Anfechtung des Eintrags; s. darüber oben § 13. — Der preuß. Grundbuchgesetzentwurf (§ 20), welcher die Insription der causa allgemein unterlagern wollte, ging darin sicher zu weit, indem er sich dem Interesse verschloß, welches die Parteien unter Umständen daran haben, daß die Kausalbeziehung eines Hyp. Rts. ersichtlich erhalten werde. Vgl. Währ, Jahrb. f. Dogm. XI. S. 106—112. Das Gesetz (§ 19) hat mit Recht diese Einseitigkeit wieder aufgegeben und die Eintragung des Schuldgrundes fakultativ gemacht.

53) L. 5, pr., L. 14. § 1. D. de pignor. (20, 1) Dernburg, S. 537 fg., arg. a. b. Ob. § 1352 (wie der Bürge, haftet auch die Hypothek). Unrichtig Klepsch, S. 17.

keit der causalen Obligation ist. Andeutungsweise ⁵⁴⁾ sei hierüber bemerkt: Hypotheken für solche Forderungen, welche das Recht ihrer Art nach mißbilligt und deshalb klaglos läßt (gleichsam publici juris klaglose Obligationen, z. B. Spielschulden) sind jedenfalls anfechtbar; solche Forderungen können auch nicht indirekt im Wege der Hypothekarklage gerichtlich realisiert werden. Bei solchen dagegen, welchen die Klagbarkeit lediglich im Interesse der Fürsorge für die Person des Schuldners versagt ist (cf. L. 2. D. quae res pign. 20, 3.) beschränkt sich auch die Anfechtbarkeit auf das Interesse dieser Person, und kann also z. B. der Dritte, welcher für Schulden der Art Hypothek bestellt hat, mit wirksamer Hypothekarklage belangt werden (arg. a. b. Ob. § 1352). Endlich im Falle der Verjährung der Schuldklage und der Klaglosigkeit „aus Mangel der Formlichkeiten“ (a. b. Ob. § 1432) wird zuzusehen sein, ob in der durch den Schuldner nachträglich bewirkten Hypothekgewährung eine bindende Anerkennung der Schuld oder bez. eine Heilung des Formmangels gelegen sei. ⁵⁵⁾

6) Wer in der Pfandobligation Schuldner ist, darauf kommt nichts an; auch für Schulden Dritter kann Hypothek bestellt werden. ⁵⁶⁾ Dagegen kann sie nur zu Gunsten derjenigen Person errichtet werden, die in der ingrossirten Urkunde als Gläubiger ⁵⁷⁾ erscheint, beziehungsweise als dessen Rechtsnachfolger dokumentirt ist. — Daß der Gläubiger eine vorweg individuell bestimmte Person sei, ist nicht erforderlich: auch auf Order und auf den Inhaber gestellte Forderungen können zu Gunsten des jeweiligen Gläubigers hypothekarisch versichert werden. ⁵⁸⁾

54) Die volle Beantwortung der Frage fällt nicht in unsere Aufgabe, da sie eine Untersuchung der verschiedenen Gruppen von Naturalobligationen voraussetzt. Eine solche würde ergeben, nicht nur (was nie hätte bezweifelt werden sollen), daß das östr. Recht, wie das gemeine, Naturalobligationen kennt, sondern auch, daß deren Rechtswirkungen keineswegs über Einen Reiften zu schlagen sind.

55) Vgl. darüber Dernburg, Pfandrecht I, § 74. S. 545 fg.

56) A. b. Ob. §§ 450, 1368. L. 5. § 2. D. de pignor. (20, 1).

57) A. b. Ob. § 1368, Böhm. Rpat. § 12. Es kann also nicht der Schuldner des A dem B ein Hypothekarrecht bestellen und eintragen lassen, etwa für den Fall, daß dieser die Forderung nachträglich an sich bringen sollte.

58) Dieß ist nicht unbefritten, s. unten § 27, Z. 4.

2) Der Titel.

§ 21.

a) Wesen und Arten des Titels.¹⁾

Das allg. bürgerliche Gesetzbuch stellt bekanntlich übereinstimmend mit der älteren gemeinrechtlichen Lehre für allen Rechtswerb die Kategorien des *titulus* und *modus aquirendi* auf.²⁾ Für den Pfandrechtswerb insbesondere bestimmt ausdrücklich der § 451, daß nur „der mit einem Titel versehene Gläubiger“ in der Lage sei, „das Pfandrecht wirklich zu erwerben.“ Und nach § 449 gibt

„nicht jede Forderung einen Titel zur Erwerbung des Pfandrechts; dieser gründet sich auf das Gesetz, auf einen richterlichen Ausspruch, auf einen Vertrag, oder den letzten Willen des Eigenthümers.“

Der Sinn dieses Erfordernisses ist:

Die Bestellung eines Hypothekarrechts geschieht zwar stets um einer (zu sichernden) Forderung willen, aber diese ist nur Voraussetzung, nicht schon Quelle des Pfandrechts; es genügt also regelmäßig nicht, Schuldner zu sein, um auch die Verpflichtung zur Einräumung eines Pfandrechts zu haben. Eine solche Verpflichtung muß neben der Hauptobligation irgendwie vorliegen, wenn der Gläubiger mit Recht auf Hypothekbestellung bringen will. Sie ist der „Titel“. — Seinen Ursprung hat der Titel in denselben Quellen, aus denen überhaupt obligationsmäßige Ansprüche hervorgehen. Der Normalfall ist auch hier, daß der Anspruch sich auf ein Rechtsgeschäft des zu Verpflichtenden gründet, also Vertrag oder letztwillige Verfügung; demnächst kann ein Richterspruch den Eigenthümer eines pfandbaren Gutes zu dessen Verpfändung verpflichten, sei es, indem er einem schon bestehenden allgemeinen Anspruch die erforderliche Spezialität gibt (s. unten), oder daß nach den Grundsätzen des Prozeßrechts ein solcher erst geschaffen wird (sog. *executives Pfandrecht*). Endlich sind gewisse, eben dadurch besonders bevorzugte, Obligationen von Rechtswegen mit einem Pfandrechtstitel ausgestattet; d. h. der Schuldner in einer derartigen Obligation ist als solcher schon zur hypothekarischen

1) Sarum, in Haimers Magazin XI, S. 340 fg. Carabelli, I. §§ VII — XXI, die Kommentatoren zu a. b. Gb. § 449, Gönner, I, S. 180 fg.

2) Hugo, civ. Magazin IV, S. 153. Hofmann, die l. v. *titulus* und *modus*, 1873. Unger, System, II, § 72.

Versicherung derselben verbunden, der Gläubiger hat mit dieser Forderung zugleich von Rechtswegen einen ihr inhärenten Pfandrechtstitel. Das Gesetz gewährt ihm diesen Titel, oder ist sein Titel, sagt man; genau genommen müßte man vielmehr sagen, daß hier ausnahmsweise gar kein Titel erforderlich sei, denn Das eben bildet das Privilegium der in Rede stehenden Forderungen, daß der Gläubiger für sie auf Hypothekbestellung bringen darf, ohne daß außer und neben ihnen ein dießbezüglicher Verpflichtungsgrund für den Schuldner vorliegt. Indessen kann man ohne Schaden bei der herkömmlichen Vorstellung eines „*titulus ex lege*“ stehen bleiben.

Somit gibt es dreierlei Arten von Titeln zum Hypothekenerwerb: gewillfürte (vertragsmäßig oder letztwillig), richterliche, gesetzliche.³⁾ So zweckmäßig es im Interesse einer übersichtlichen Darstellung ist, diese Eintheilung bei der Gruppierung der einzelnen Titel zu verwenden, so gefährlich wäre der Versuch einer scharfen Trennung derselben, die in der That ebenso überflüssig als undurchführbar sich erweist, da in vielen Fällen der Titel aus Elementen zweier Kategorien sich zusammensetzt, ohne daß auf ihre Scheidung irgend etwas ankommt, wenn nur das obligationsrechtliche Fundament des Verbücherungsbegehrens, wie es als ein Ganzes vorgelegt wird, genügt. So können gesetzliche und vertragsmäßige Titel einer Spezialisirung ihres Inhalts durch richterliches Urtheil unterliegen, wovon sogleich die Rede sein wird; und gesetzliche wie richterliche Titel sind jeder Modifikation unterworfen, welche von den Parteien vertragsmäßig beliebt wird.

Unrichtig und irreführend ist es auch, wenn, wie fast allgemein geschieht, aus der Verschiedenheit der Pfandrechtstitel eine Eintheilung der Pfandrechte hergeleitet wird, so daß von „vertragsmäßigem, richterlichem, gesetzlichem Pfandrecht“ die Rede ist. Es erweckt dieß die irrige Vorstellung, als ob es für die rechtliche Individualität und Wirkung eines bestehenden konkreten Pfandrechts irgend von Einfluß wäre, ob dasselbe auf Grund eines Titels dieser oder jener Kategorie hin entstand; aber bekanntlich ist das Hypothekarrecht nur Eines, es folgt nach Umfang, Inhalt und Intensität denselben Rechtsgrundsätzen, welches immer die Titel seiner Entstehung gewesen sein mögen.

Der Pfandrechtstitel kann, wie jede andere auf Beschaffung ding-

3) S. Gönner, I, S. 188.

licher Rechte gerichtete Obligation, rücksichtlich seines Inhalts mehr oder weniger genau bestimmt sein; es ist nicht nöthig, daß er das Objekt, an welchem das Pfandrecht zu bestellen ist, individuell bezeichne, und die Priorität, die demselben gesichert werden soll, feststelle. Auch allgemein lautende, vertragsmäßig oder gesetzlich begründete Ansprüche auf Pfandversicherung für eine gewisse Forderung sind „Titel“ im rechtlichen Sinn.⁴⁾ Die Realisirung solcher Ansprüche setzt natürlich

4) Dieß war von jeher in Oestreich und anderwärts die dem Begriff des „Titels“ zu Grunde gelegte Auffassung, und danach werden insbesondere die allgemeinen gesetzlichen Sicherstellungsansprüche (z. B. nach a. b. Gb. §§ 520, 688, 1245, 1260) unbedenklich unter die Pfandrechststitel gerechnet. S. die Kommentatoren zu § 449 a. b. Gb. Uebereinstimmend Förster, Pr. Privatrecht III, S. 382 fg. (anders jedoch Schmidt, Pr. Pfandrecht S. 147, vgl. aber A. Wt. I, 20, §§ 2—4), Söner, I, S. 225, Seyne, Comment. z. sächs. G. G. I, S. 196, 197; und ebenso jetzt Meibom, meßenb. Hyp. R. S. 108. Carabelli, I, S. 433 will mit seiner These: »non è titolo valido all' ipoteca quello che non dichiara specialmente la qualità e la situazione . . . di ciascuno degli immobili« lediglich dem Spezialitätsprinzip Ausdruck geben, also feststellen, daß nur auf bestimmte einzelne Objekte Insriptionen vorgenommen werden können; sein »titolo« ist die unmittelbar zu verbüchende Urkunde (was jetzt Bar, Hannov. H. R. S. 78 als „formellen Rechtstitel“ bezeichnet) im Gegensatz zum »diritto all' ipoteca« („materieller“ Titel), welches letztere eben der Titel in unserem Sinn ist und auch nach Carabelli dem Gläubiger zukommt »quando la legge gli attribuisce il diritto di esigere cauzione dal suo debitore«, p. 163. — Bestritten ist unser Begriff dagegen von Harum, a. a. D. S. 341 fg. Derselbe lehrt: da das Pfandrecht „nur bestimmte Sachen zum Gegenstande haben kann, so muß auch der Titel sich immer schon auf das spezielle, bestimmte Objekt beziehen, weil er sonst die Entstehung des bestimmten konkreten Pfandrechts nicht zu begründen vermöchte. . . . Wo das Gesetz nur den Anspruch auf Sicherstellung einräumt, gibt es nur die allgemeine Möglichkeit, überhaupt ein Pfandrecht zu erwerben, aber nicht den Titel zu einem bestimmten konkreten Pfandrecht. So wenig ein Vertrag, wodurch der Schuldner dem Gläubiger ein Pfand ohne nähere Bestimmung zu geben verspricht, für diesen einen Titel bilden würde, ebensovienig bildet ihn jener gesetzliche Anspruch auf Sicherstellung, sondern er entsteht erst bei der Realisirung dieser Sicherstellung. . . .“ Diese Beschränkung des in Rede stehenden Begriffes entspricht weder der allgemeinen Theorie unseres Gesetzbuchs vom titulus und modus, noch kann sie speziell auf dem Boden des heutigen Hypothekenrechts für richtig erkannt werden. In ersterer Beziehung erinnere ich nur daran, daß ein auf Lieferung eines genus geschlossener Kaufvertrag im Sinne des Gesetzbuchs doch sicher als der Titel zum Eigenthumserwerb der gelieferten Spezies zu betrachten ist; sollte derselbe auch hier, wie Harum will, „erst bei der Realisirung“ zum Vorschein kommen, so würde er mit dem modus (traditio) regelmäßig zusammenfallen. Uebrigens ist doch der rechtliche Anspruch des Inhalts: von einer gewissen Person für eine gewisse Forde-

eine Spezialisirung ihres Inhalts voraus, ganz ähnlich wie solche bei generischen Lieferungsobligationen durch Ausscheidung oder Tradition erfolgt; und falls hierüber Streit entsteht, indem der Gläubiger auf Grund seines mehr oder weniger allgemein lautenden Titels die Errichtung einer Hypothek begehrt, welche der Gegner an diesem Objekt oder in dieser Priorität nicht schuldig zu sein glaubt, so ist dieser Streit Gegenstand eines Prozesses, in welchem es sich nicht darum handelt einen neuen (richterlichen) Pfandrechststitel zu schaffen, sondern den vorhandenen zu präzisiren. Die Frage ist eine Frage der Interpretation des Rechtsgeschäftes oder des Rechtsfaktes, dem der vorliegende Titel entspringt; nach den allgemeinen Interpretationsgrundsätzen also hat der Richter in concreto zu entscheiden, ob die Hypothekbestellung so wie sie begehrt wird, auf Grund des gegebenen Hypothekentitels rechtlich begehrt werden darf. Dabei wird, wie überall, der unbestimmte Anspruch im Zweifel zu Gunsten des Verpflichteten (a. b. Gb. § 915) definiert werden müssen: wer ohne Bestimmung des Objektes lediglich hypothekarische Versicherung überhaupt zu leisten schuldig ist, kann das Objekt nach seiner Wahl stellen; im Zweifel auch mehrere Objekte so, daß die Pfandschuld auf dieselben getheilt wird; er braucht simultane Belastung mehrerer Objekte also nicht zuzulassen, dasern in einer für ihn minder belastenden Art für die hypothekarische Deckung

ring pfandrehtliche Bedeckung zu erhalten, etwas mehr als „die allgemeine Möglichkeit, überhaupt ein Pfandrecht zu erwerben“, welche letztere Jedermann hat, wo das Pfandrechtsinstitut existirt; freilich gibt jener Anspruch noch nicht die Macht, „auf die Uhr, das Silberzeug, oder sonstige bestimmte Effekten“ des Gegners „ohne weiteres“ zu greifen, er ist eben eine Obligation von unbestimmtem, aber bestimmbarem Inhalt; wie die Bestimmung geschieht, ist oben gesagt; ihre Effektuirung in der einen oder der andern Weise (Vertrag, Urtheil) schließt nicht aus, daß die nun bestimmt geschuldete Spezies auf Grund jener generellen Obligation (Titel) geschuldet und geleistet wird: auch wer in genere gekauft und sodann mit actio emti den Verkäufer zur Lieferung gewisser Stücke gezwungen hat, besitzt diese pro emtore. — Für das neueste Hypothekenrecht erhält unsere Frage dadurch praktische Bedeutung, daß nach dem O. B. G. §§ 36, 42 jede Pfandrechtspränotation die Bescheinigung eines „Rechtsgrundes zum Pfandrecht“ zur Voraussetzung hat, dessen Existenz und „Umfang“ sodann im Wege der Rechtfertigung darzutun ist. Es ist klar, wie sehr sich (m. E. durchaus gegen die Absicht des Gesetzes) das Anwendungsgebiet der Pränotation verengern würde, wenn man, der hier bekämpften Auffassung folgend, nur solche Sicherstellungsansprüche für geeignete Pränotationsgrundlagen erklärte, welche das Pfandobjekt individuell bezeichnen.

der Schuldsomme gesorgt werden kann.⁵⁾ Nicht so günstig, als hinsichtlich der Wahl der Pfandobjekte, ist der in vorausgesetzter Weise durch allgemeinen Titel Verpflichtete bezüglich der Frage gestellt, welchen Grad der Sicherheit (Bonität der Hypothek) er der Pfandsforderung verschaffen müsse. Denn hierüber enthält das a. b. Gb. eine ausdrückliche Maßvorschrift:⁶⁾

„Niemand ist schuldig eine Sache, die zur Sicherstellung dienen soll, in einem höhern als dem bei Häusern auf die Hälfte, bei Grundstücken aber und bei beweglichen Gütern auf zwei Dritttheile der Schätzung bestimmten Werthe zum Pfande anzunehmen.“ (§ 1374.)

Diese (in ihrer Allgemeinheit gewiß zu strenge) Norm⁷⁾ verpflichtet Jeden, der aus irgendwelchem Titel zur Hypothekgewährung verbunden ist, dieselbe in dem Maße der sog. „pupillarmäßigen Sicherheit“ (vgl. a. b. Gb. § 230) zu leisten, d. h. so, daß die ganze Summe der Pfandschuld mit Hinzurechnung der ihr in der Priorität etwa voranstehenden anderweitigen Posten noch innerhalb der ersten Hälfte (bei Häusern), bez. der ersten beiden Dritttheile (bei anderen Grundstücken) des Schätzungswertes⁸⁾ des Pfandobjekts⁹⁾ zu stehen kommt. Bessere Deckung kann der Gläubiger nie fordern, es sei denn auf Grund besonderer Verabredung; schlechtere braucht er sich nicht gefallen zu

5) S. unten Note 10.

6) S. dazu Kopecky, Zschf. f. ö. R. 1832, II, S. 172, Gyner, Prändation S. 18, die Kommentatoren zu a. b. Gb. § 1374. Vgl. auch Bornemann, preuß. Civilrecht IV, S. 290.

7) Dieselbe Maßbestimmung für die „gesetzmäßige Sicherheit“ findet sich schon in dem Patent v. 18. Okt. 1792, J. G. S. 62 (Michel, Handb. Nr. 417), aber dort nicht als allgemeine Dispositivnorm, sondern lediglich maßgebend für die Anlage von Pupillar-, Stiftungskapitalien u. dgl., deren Verwaltung unter Oberaufsicht des Staats steht.

8) Ueber die Ermittlung dieses Werthes insbesondere bei der Anlage von Pupillarkapitalien s. das Ges. v. 9. Aug. 1854, R. G. B. Nr. 208, §§ 196 fg. und die Hofbef. v. 10. Juli 1829 J. G. S. 2418, v. 23. Okt. 1843, J. G. S. 755. Michel, Handb. Nr. 418, 419. Stubenrauch zu § 230 a. b. Gb.

9) Ist das Objekt der Verpfändung eine Sachpost, so muß dieselbe nach a. b. Gb. § 299 (s. dazu Unger, Syst. I, S. 398) als „bewegliches Gut“ betrachtet und demnach der Maßstab von $\frac{2}{3}$ ihres Werthes überall angelegt werden, ohne Rücksicht darauf, ob die Post auf einem Hause oder sonstigem Grundstück haftet; rationell ist dieß nicht, denn dieselben Gründe, welche die gesetzliche Unterscheidung bezüglich der Hypothek an Sachen jener beiden Kategorien zu motiviren geeignet sind, treffen auch zu bezüglich der Hypothek auf Sachposten an solchen.

lassen,¹⁰⁾ außer in dem gleichen Fall, oder aber wenn sein Titel ein auf gewisse Objekte vertragsmäßig oder gesetzlich fixirter ist, denn dann kann er nur auf diese die Hypothek, und nur in derjenigen Güte verlangen, welche nach dem vorliegenden Grundbuchstand daran gewährt werden kann.¹¹⁾

Das Vorhandensein eines gültigen Titels ist sowenig, als das einer gültigen Pfandsforderung, ein konstitutives Element im Hypothekenerwerb. Beide, Forderung und Titel, bilden nur dessen materielle Voraussetzung; ohne sie soll ein Hypothekarrecht nicht zur Entstehung kommen, und, ist es gleichwohl entstanden, nicht länger fortbestehen. Aber es besteht vermöge des mit formal wirkender Kraft ausgestatteten Verbücherungsakts ipso jure zu Recht, auch wenn es nicht hätte errichtet werden sollen, insolange es nicht durch Böschung wieder beseitigt ist. Nichtigkeit oder Fehlerhaftigkeit des Titels, auf Grund dessen die bücherliche Eintragung begehrt wird, berechtigen den Gegner, sich dem Vollzug derselben im Rechtswege zu widersetzen, so lange sie nicht rechtskräftig bewilligt ist; gegen die rechtskräftige Eintragung können jene Umstände nicht als Nichtigkeits-, sondern nur als Anfechtungsgründe geltend gemacht werden, im Verhältnisse zu jenen Personen, denen gegenüber überhaupt eine Anfechtung des korrekt vollzogenen Eintrags zulässig erscheint.¹²⁾

§ 22.

b) Die einzelnen Titel.

1) Verpfändungsvertrag.¹⁾

Ein solcher liegt vor, sobald Jemand für eine als gegenwärtig

10) Sollte der Schuldner kein Objekt besitzen, auf welchem die Pfandschuld in der angegebenen Weise ihre gehörige Deckung finden kann, so wird man dem Gläubiger wohl gestatten müssen sich ein Aequivalent dadurch zu verschaffen, daß er die Einverleibung seiner Forderung auch simultan auf mehrere Objekte in der noch möglichen schlechteren Priorität begehrt.

11) Mit a. W. unser § 1374 regelt nur den Fall, da ein dem Objekt nach nicht bestimmter Pfandtitel zur Realisirung vorliegt, nicht auch verfügt er (wie Kirchner, Romm S. 597 irrig annimmt), was zu geschehen habe, wenn hinterher „der Werth des Pfandgegenstandes sich vermindern (sollte), . . . durch mancherlei Umstände, welche bei Bestellung des Pfandes noch nicht vorhergesehen werden können;“ letzteren Falls kommen die sehr verschiedenen Normen des § 458 a. b. Gb. zur Anwendung.

12) Oben § 14 fg. Büchner, I, S. 227 fg.

1) Carabelli I, §§ XI fg. Dernburg, I, §§ 22 fg. Von den aus dem Ver-

oder künftig vorausgesetzte Schuld dem Gläubiger hypothekarische Sicherstellung zugestanden hat,²⁾ sei es im Allgemeinen,³⁾ sei es unter mehr oder weniger präziser Bezeichnung der zu belastenden Objekte. Die Beziehung auf eine vorausgesetzte Schuld ist dem Verpfändungsvertrag wesentlich: ohne sie würde entweder überhaupt kein ernstlich gemeinter Vertrag vorliegen,⁴⁾ oder ein Geschäft anderer Art. Uebrigens kann in dem Verpfändungsvertrag zugleich der Begründungsakt für die Obligation enthalten sein, was namentlich dann angenommen werden muß, wenn bisher eine nichtige Obligation vorlag, die durch eine nachträgliche Willenserklärung des zu Verpflichtenden (Konfirmation) gültig werden kann, und wenn dieser in Kenntniß des bisherigen Gültigkeitshindernisses gleichwohl für dieselbe Pfandversicherung zugesagt.⁵⁾ — Handelt es sich um eine in der Zukunft zu erwartende Schuld, so ist zuzusehen, ob die Erklärung des Verpfänders wirklich dahin verstanden werden muß, daß er sich schon jetzt binden wolle, oder ob sie nur die noch unverbindliche Absicht ausdrückt, für den Fall des künftigen Zustandekommens jener Obligation dieselbe in gewisser Weise sicherzustellen.

Der Verpfändungsvertrag ist formlos. Die Errichtung einer tabularmäßigen Urkunde (§ 26, Z. 2) ist nicht Bedingung seiner Gültigkeit, sondern nur seiner Erfüllung (da ohne sie die bücherliche Eintragung nicht geschehen kann), sie darf nöthigenfalls durch Klage gegen den Promittenten erzwungen werden. Der Abschluß des Vertrags kann also mündlich (privatim oder vor Gericht) oder schriftlich⁶⁾

pfändungsvertrag möglicherweise entspringenden Obligationen kommt hier nur die Eine in Betracht, die Hauptverpflichtung des Verpfänders auf wirkliche Beschaffung des Pfandrechts in der verabredeten Weise. Diese Obligation ist der „Titel“ und als solcher von Einfluß für die Existenz und den Bestand des Hypothekarrechts, während sonstige beiderseitige Ansprüche aus der pignoris conventio lediglich das Obligationenrecht angehen.

2) „Der Vertrag, ein Pfand übergeben zu wollen“ a. b. Gb. § 1368; er ist rein obligatorischer Natur und wird mit Recht unterschieden vom „Pfandvertrag“, unter welchem Ausdruck das Gesetz den vertragsmäßigen dinglichen Akt der Pfandbestellung versteht.

3) Vgl. den vorigen §, Note 4.

4) So, wenn der Verpfänder oder beide Theile um die Nichtexistenz der Schuld wußten. Vgl. L. 55. L. 57. § 3, L. 58. D. de contr. emt. 18, 1.

5) S. über dieses Verhältniß Dernburg § 73.

6) Sei es in der Urkunde über die Pfandschuld selbst, oder in einem besondern

geschehen; auch stillschweigend, wenn nach allgemeinen Grundsätzen (a. b. Gb. § 863) die Annahme einer im Schweigen gelegenen Verpfändungserklärung durch die Umstände gerechtfertigt erscheint. Ob eine solche Erklärung vorliege, und in welchem Umfang, ist Interpretationsfrage; im Folgenden sollen einige hieher gehörige Fälle, wie sie die Praxis in großer Mannigfaltigkeit kennt, hervorgehoben werden.

Wenn der Schuldner die Zahlung auf sein Grundstück „anweist“, wie bei letztwilligen Rentenbestellungen, bei Erbtheilungen u. s. w. oft der Fall ist, muß angenommen werden, daß dessen Werth für die Schuld haften, also Pfandrecht versprochen werden sollte;⁷⁾ ganz unzweifelhaft ebenso, wenn beim Verkauf eines Gutes stipulirt ist, daß ein Theil des Kaufgeldes auf demselben „stehen bleibe“.⁸⁾ Wie aber, wenn der Verkäufer sich „zur Deckung des Kaufschillings“ das Eigenthum vorbehalten zu wollen erklärt, und der Käufer darein willigt? Mit der älteren gemeinrechtlichen Lehre⁹⁾ wird zuweisen jetzt noch behauptet, der „Eigenthumsvorbehalt“ als Sicherheitmittel für eine Forderung sei seiner Natur nach ein von den Parteien falsch ausgedrückter Pfandrechtsvorbehalt, und als solcher zu behandeln.¹⁰⁾ Sicher mit Unrecht; denn das Verpfändungsgeschäft ist nicht das einzige, wenn auch das normale und gleichsam von Rechtswegen den Parteien bereitgelegte, Mittel zur Versicherung einer Obligation durch einen sachlichen Werth. Danach mag zwar im Zweifel für beabsichtigte Verpfändung entschieden werden, wo aber der Wille auf reservatio dominii klar vorliegt, hat der Richter in unseren Gesetzen keinen Grund demselben eine Zwangsberichtigung anzuthun. — Bedenklicher ist die

Abkommen; ist im erstern Fall das Pfandobjekt speziell bezeichnet, so daß der Titel zur Eintragung formell reif erscheint, so pflegt man den betreffenden Passus in der Urkunde als die „Intabulationsklausel“ zu bezeichnen. Unten § 26, Aufsz, S. 120 fg. a. b. Gb. § 435.

7) Öbner, S. 224. Anders im Falle der L. 87, § 1. D. de contr. emt. (18, 1), wo mit Recht die Annahme des Verpfändungswillens abgewiesen wird, weil der Schuldner die centum milia modiorum frumenti annua nicht auf den Werth seines praedium anweist, sondern aus dessen Erträgnissen zu liefern verspricht: de fundo suo promisit.

8) Dernburg S. 186.

9) Die aber jetzt aufgegeben ist S. Glüd XVI, S. 229 fg. Bangerow, Pand. I, § 311, Anm. 2. Thorsch, das pactum reservati dom. 1875.

10) Öbner, S. 226. Diese Ansicht ist zu gesetzlicher Geltung erhoben im bair. Hyp. Ges. § 15. M. 2.

Frage, ob Verpfändungskonjens anzunehmen ist, wenn der Schuldner die Urkunden, welche ihn als bürgerlichen Inhaber eines Tabularobjekts ausweisen, gleichwie Handpfänder dem Gläubiger zu seiner Sicherheit einhändig. Einerseits liegt es nahe, dieß dahin zu verstehen, daß der Werth des aus dem Beweispapier ersichtlichen Rechts (man denke an Grundbucheextrakte, laut welchen der Schuldner als Theileigentümer eines Hauses oder als Inhaber einer Satzpost erscheint) dem Gläubiger Deckung sein soll, ¹¹⁾ und dann allerdings übernimmt dieser implizite die Verpflichtung, das von ihm gewollte Verhältniß durch den bürgerlichen Akt der Pfand- oder Superpfandrechtseinverleibung rechtlich vollziehen zu lassen; andrerseits ist es bekannt, wie häufig bei uns im kleinen Verkehr Rechtsurkunden aller Art lediglich in dem Sinne „verpfändet“ werden, daß der Gläubiger in der Detention eines dem Schuldner irgendwie unentbehrlichen oder wichtigen Dokumentes ein Mittel faktischer PreSSION erhalte; bei Kreditgeschäften auf kurze Dauer und für geringe Beträge, wo es sich nicht lohnt den kostspieligen Buchapparat in Bewegung zu setzen, mag das Geschäft wohl in diesem Sinne richtiger interpretirt werden. — Stillschweigender Konjens auf Hypothekbestellung ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Gläubiger dieselbe auf Grund eines ungiltigen Vertrags oder vermeintlichen gesetzlichen Titels gerichtlich begehrt, und der davon vorschriftsmäßig verständigte Gegner in Kenntniß der Sachlage gleichwohl nicht widerspricht; ¹²⁾ denn hier ist Schweigen Zustimmung. ¹³⁾ Aber auch sonst kann dieß vielfach vorkommen, namentlich ist hier auf die Fälle zu verweisen, wo dritte Personen ohne Vollmacht ein Verpfändungsverprechen abgeben, und von Seiten des Eigenthümers nach Lage der Umstände ein Protest dagegen hätte erfolgen müssen, wenn derselbe nicht als zustimmend behandelt werden wollte. ¹⁴⁾

11) So das römische Recht: Non dubitamus, eum qui emptiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse. L. 2 C. quae res pignori (8, 17) cf. L. 18. D. ad exhib. (10, 4).

12) Gönner, S. 228.

13) Darum kann der so belastete Eigenthümer die errichtete Hypothek nicht „mangels Titels“ anfechten, was jedoch die Anfechtung wegen dolus nicht ausschließt, wenn erwiesen werden kann, daß der allerdings vorhandene (vertragsmäßige) Titel vom Gegner betrügerisch erschlichen sei.

14) Zwei aus dem Leben gegriffene Beispiele s. in L. 26. § 1. D. de pignori (20, 1) und L. 5. § 2. D. in quib. caus. (20, 2).

Bei der Interpretation des Inhalts eines vorliegenden Verpfändungsvertrags ist, wie oben schon für die Titel im allgemeinen behauptet wurde, zunächst im Interesse des Verpflichteten vorzugehen (a. b. Ob. § 915), soweit nicht das Gesetz positiv eingreift (a. b. Ob. § 1374). Danach ist im Zweifel nie Simultanverpfändung anzunehmen; der Gläubiger muß sich gefallen lassen, daß seine Forderung, nach einem in concreto billigen Modus getheilt, auf die mehreren ihm als Hypothek zugesicherten Objekte eingetragen werde. Mehrere nicht zur gesammten Hand haftende Schuldner, die eine ihnen gemeinsame Realität verpfänden, thun dieß im Zweifel nur in dem Sinne, daß die Schuldquote eines jeden auf der ihm gehörigen Eigenthumsquote haftet, ohne subsidiäre Mithaftung der letzteren für die anderen Theile der Schuld. ¹⁵⁾ — Wird Ein Tabularkörper für mehrere Schulden uno actu zum Pfand bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, es sollen an dem ganzen Objekt so viele Hypotheken errichtet werden als Forderungen da sind, und zwar in der Reihenfolge, in welcher der Vertrag die Forderungen aufzählt; eine Theilung des Objekts, etwa so, daß für jede Schuld ein ihrer Größe korrespondirender intellektueller Theil desselben allein haftete, ¹⁶⁾ wird keinesfalls präsumirt. ¹⁷⁾ —

Rücksichtlich der persönlichen Fähigkeit zum Abschluß eines Verpfändungsvertrags ist dessen Natur als einseitiger Vertrag entscheidend; es liegt auf Seiten des Verpfänders eine „species alienationis“ vor, mithin muß derselbe die vollkommene Handlungsfähigkeit haben, um einen solchen Vertrag rechtswirksam abzuschließen. ¹⁸⁾ Es gelten hierüber, sowie über Mitwirkung und Stellvertretung der dazu Be-

15) Entsch. d. ob. Ohses bei OUB. 259.

16) Danach würde der Cessionar einer der Forderungen ein ausschließliches Pfandrecht an dem betreffenden Theil der Sache haben u. s. w. Diese Interpretation behauptet für das gem. Recht (doch wohl ohne Grund) Dernburg, I, S. 516.

17) Nur wo es sich um eine Satzpost als Pfandobjekt handelt, ist eine solche willkürliche Theilung nach östr. Tabularrecht überhaupt möglich (O. B. O. § 13), jedenfalls aber ist das Verhältniß ein so künstliches, daß es, obwohl dem Verpflichteten günstig, als gänzlich außerhalb der wahrscheinlichen Parteilichkeit gelegen betrachtet werden muß.

18) Ins Einzelne ausgeführt bei Carabelli, I, §§ XI, XII. — Wenn nach östr. Rt. allerdings Unmündige unter Umständen gültig zahlen können (a. b. Ob. §§ 1421, 1433, Cyn er, Tradition S. 51), so können sie doch nicht Hypothek verprechen, denn Pfandbestellung, auch für eine „richtige und verfallene Schuld“, ist nicht Zahlung.

rufenen, die für alle anderen Veräußerungsverträge maßgebenden Grundsätze.¹⁹⁾ Hier ist nur insbesondere zu bemerken, daß die gemeinrechtliche singuläre Beschränkung der Frauen bei Verpfändungen für Schulden Dritter in Oestreich nicht besteht.²⁰⁾ — Auf Seiten desjenigen, welcher die Pfandzusicherung empfängt, liegt ein reiner Erwerbsakt vor: das heutige Hypothekenrecht, welches dem Hypothekar weder die Detention (und custodia) des Pfandobjekts gewährt, noch ihm für die Modalitäten der (jetzt stets gerichtlichen) Realisirung seines Rechtes eine Verantwortlichkeit auferlegt, macht unseren Vertrag zum streng einseitigen; demnach können auch solche Personen ihn gültig abschließen, die zwar zu erwerben, nicht aber sich zu verpflichten die rechtliche Fähigkeit haben,²¹⁾ wie Unmündige, Minderjährige (a. b. Gb. § 244), erklärte Verschwender (§§ 21, 273, 865), Kridare (Oestr. Konkursordg. § 3).

2) Letztwillige Verpfändung.²²⁾

Direkte Pfandbestellung durch letzten Willen kennt das östr. Recht nicht;²³⁾ wohl aber kann die Verpflichtung zur Einräumung eines Hypothekarrechts als Vermächtniß auferlegt werden (a. b. Gb. §§ 449, 450), und dann entsteht für den Honorirten ein Pfandrechtsanspruch (Titel) gleichwie aus Verpfändungsvertrag. Die Rechtsgültigkeit, die Auslegung, so wie die etwaige Hinfälligkeit oder Einschränkung einer solchen Verfügung beurtheilt sich nach den für Legate geltenden Grundsätzen.²⁴⁾ Insbesondere: der Erblasser kann ein Objekt aus dem Nachlaß oder aus dem Vermögen des Dnerirten zur Hypothek designiren,²⁵⁾ er kann auch diesen nur im Allgemeinen zur

19) Vgl. Unger, System II, § 76.

20) A. b. Gb. § 1349 enthält die ausdrückliche Aufhebung des St. Vellejanum.

21) Anders nach gem. Recht, und auch bei uns für den Faustpfandvertrag, wo »propter metum pignoratitiae actionis necessaria est tutoris auctoritas« (L. 38. D. de pign. a. 13, 7) Dernburg, I, 203, Sintenis S. 220.

22) Dernburg, I, § 34, Unger, Erbrecht § 71. Arndts in Glück's Komm. XLVI, 92.

23) So wenig als direkte Eigenthumsübertragung: a. b. Gb. § 684.

24) Unger a. a. O. § 54 fg. und insbes. über Verfüzung des Vermächtnißanspruches § 66.

25) Auch aus dem Vermögen eines Dritten; allein dann entsteht nicht aus dem Testament schon der Titel, sondern aus dem Verpfändungsvertrag, zu dessen Abschluß der Dnerirte jenen Dritten zu veranlassen verpflichtet ist. Dernburg S. 289.

hypothekarischen Versicherung einer Schuld verhalten; die Person des Schuldners ist gleichgültig, es mag der Erblasser selbst, der Dnerirte oder ein Dritter sein. Um letztwillig zu verpfänden bedarf es nicht derjenigen Handlungsfähigkeit, wie sie für das gleiche Geschäft unter Lebenden erforderlich wäre, es genügt Testirfähigkeit.²⁶⁾

§ 23.

3) Gesetzliche und richterliche Titel.¹⁾

I. Eine Zusammenstellung derjenigen Fälle, in welchen ein Schuldner von Gesetzes wegen die Verpflichtung hat, für seine Schuld Hypothek zu gewähren, findet sich in den östr. Gesetzen nicht. Zwar hatte ein Hofdekret v. 18. Nov. 1785 zur Erläuterung der Konkurs-Ordnung von 1781 bemerkt:²⁾ „die R. Odbg. hat sich in die Bestimmung, wenn ein Pfandrecht gebühre, nicht im geringsten eingemengt,“ und in dieser Beziehung auf den Zeitpunkt vertröstet „bis das künftige Gesetzbuch bestimmt haben wird, wem ein Pfandrecht aus dem Gesetze gebühre.“ Allein das Gesetzbuch umging die Frage und wies seinerseits zurück auf die Konkursordnung:

„Die Fälle, in welchen das Gesetz Jemanden das Pfandrecht einräumt, sind am gehörigen Orte dieses Gesetzbuches und bei dem Verfahren in Konkursfällen angegeben“ (a. b. Gb. § 450).

Nun hat aber in der That weder die alte, noch die neue Konkursordnung vom 25. Dez. 1868 diese Fälle angegeben,³⁾ und das neue Grundbuchgesetz thut derselben ebensowenig Erwähnung. Mithin

26) Minderjährige, insofern sie testirfähig sind (a. b. Gb. § 569), können danach sicher letztwillig verpfänden, was nie hätte bezweifelt werden sollen. A. M. gleichwohl Sintenis, S. 264 (auf Grund der wunderlichen Vorstellung, als enthalte die letztwillige Pfandzusicherung kein Legat, sondern eine Vertragsproposition an den Gläubiger, „wie etwa ein Brief“).

1) Harum, in Haimers Magazin XI, S. 348 fg., Klepsch, S. 25 fg. Carabelli I, § VIII. Die Kommentatoren zu a. b. Gb. § 450. Vgl. Förfster, pr. Privatrecht I, § 193, Günner, Komm. S. 182 fg.

2) Vollständig abgedruckt im Jurist I, S. 25.

3) A. M. Harum a. a. O. S. 345, insofern derselbe gewisse von der R. O. mit einem Vorzugsrecht ausgestattete Posten als mit gesetzlicher Hypothek versichert ansehen will. Dagegen das Hofdekr. v. 16. Sept. 1825 J. G. S. 2132 (wonach solche Posten extra concursum keinerlei Verläßlichung bei der Vertheilung des Kaufschillings finden sollen) und Haimerl, in Wagat. Zschr. 1837. Nr. 28.

haben wir dieselben theils im Gesetzbuch selbst, theils in speziellen noch gültigen älteren Gesetzen und Verordnungen zu suchen.⁴⁾

Die älteren Gesetze stellen nirgends gesetzliche Hypothekentitel auf, wohl aber begründen sie in gewissen oben (§ 6) erörterten Fällen ganz exceptionelle außerbücherliche Haftungen der Grundstücke, so namentlich für die Rückstände an Grundsteuern und Uebertragungsgeldern. Allein es kann kein Zweifel sein, daß diese in so exorbitanter Weise begünstigten Forderungen außer ihrer hypotheca tacita auch das geringere, einen gesetzlichen Eintragungstitel, für sich geltend machen können.⁵⁾ Das Interesse an solcher Geltendmachung liegt darin, daß jenes Privilegium eben jeweilig nur für die rückständigen letzten drei Jahresraten besteht, also bei Ablauf jedes Jahres Einer Rate verloren geht; den Verlust vermeidet der Gläubiger, indem er noch innerhalb jenes Trienniums seine hypotheca tacita durch Eintragung in eine gewöhnliche Satzpost, mit der Priorität vom Tage der Verbücherung,⁶⁾ verwandelt.

Nach dem a. b. Gb. gehören hierher:

1) Die sämmtlichen Fälle, in welchen das Gesetz einem Gläubiger das Recht gewährt, auf „Sicherstellung“ seiner Forderung zu dringen obzwar dem Schuldner eine dießbezügliche Verpflichtung weder vertragmäßig noch letztwillig überbunden ist. So nach a. b. Gb.: §§ 237, 343, 520, 688, 692, 812, 834, 1245, 1260, 1364, 1365, 1428.⁷⁾ Jedoch ist der gesetzliche Titel in all diesen Fällen nur ein subsidiärer, indem er blos eintritt, wenn der Schuldner seiner Kautionspflicht nicht durch Faustpfandbestellung genügen kann oder

4) Eine ermüdende Kontroverse „über die Quellen der gesetzlichen Pfandrechte“ zieht sich durch den „Jurist“, Bd. I, V, VI.

5) Positiv ausgesprochen ist dieß nur hinsichtlich der Gebührenforderungen im Gebührengesetz v. 9. Februar 1850, § 72, in der Verordnung v. 3. Mai 1850 (R. G. B. 181) § 14 und v. 13. Decemb. 1852 (R. G. B. 256), vorausgesetzt in der neuen R. O. § 31, Ziffer 2. — Krainz, allg. G. Z. 1869 S. 62, mißverst. obige Verordnungen dahin, als ob ihnen zufolge für Gebührenforderungen des Staates überhaupt erst durch die Intabulation eine dingliche Haftung begründet würde; leider wird diese Ansicht (welche auch in der Praxis hervorgetreten ist: Entsch. bei O. W. Nr. 595, 780, 941; dagegen jedoch Nr. 1335) durch die cit. Gesetze (insbes. § 72 des Geb. G.) nur zu deutlich widerlegt.

6) So ausdrücklich in § 72 cit.

7) Ueber Grund, Umfang und Voraussetzungen der Sicherstellungsverpflichtung in diesen einzelnen Fällen ist hier nicht zu handeln.

will (a. b. Gb. § 1373), und überdieß ist er nirgends auf ein bestimmtes Objekt spezialisirt, so daß es im Streitfalle stets eines Urtheils bedarf, um festzustellen, an welchen Objecten und in welchem ziffermäßigen Umfange der Schuldner Hypothek zu gewähren habe.^{8) 9)} — Ohne inneren Grund und ohne gesetzlichen Anhalt ist die in der älteren östr. Literatur und Praxis (namentlich für Mähren und Schlesien) aufgestellte Behauptung eines gesetzlichen Hypothekentitels zu Gunsten der Kaufpreisforderung sammt etwaigen Nebenstipulationen an dem verkauften Grundstück.¹⁰⁾ Wird der Kaufvertrag zum Zwecke der Eigenthumsübertragung mit beiderseitiger Zustimmung seinem ganzen Inhalt nach den öffentlichen Büchern einverleibt, so liegt in jener Zustimmung seitens des Käufers gewiß nicht schon die Gewährung einer Hypothek für seine aus dem Vertrag etwa resultirende Restschuld; eine gesetzliche Norm aber, die ihn zu dieser Gewährung verpflichtete, gibt es nicht.

2) Nach a. b. Gb. § 1121 muß bei der exekutiven Veräußerung eines Grundstückes „der Bestandnehmer (Miether oder Pächter) selbst in dem Falle, daß sein Recht als ein dingliches eingetragen ist (a. b. Gb. § 1095), dem neuen Käufer weichen. Nur in Rücksicht auf die Entschädigung bleibt ihm sein Vorzugsrecht¹¹⁾ vorbehalten.“ Und rücksichtlich der Dienstbarkeiten bestimmt die Konf.-Ordg. § 32:

„Dienstbarkeiten sind als eine Last des unbeweglichen Gutes, wo-

8) Daß dieß dem Begriff des Titels nicht entgegensteht, s. oben § 21, Note 4. Vgl. auch das bair. Hyp. Ges. § 12, und Gönner, I, S. 189 fg.

9) Unrichtigerweise wird von Stubenrauch u. A. hierher auch der § 458 a. b. Gb. gestellt. Die dort statuirte Berechtigung ist nicht ein Titel für sich, sondern ein Ausfluß der pignoris conventio, bez. des durch sie geschaffenen obligatorischen Nexus. Ebensovienig kann die gesetzliche Bestimmung (G. B. G. § 17, R. O. §§ 33, 34), wonach dreijährigen Zinsenrückständen Pfandrecht und Priorität des Kapitals gebührt, die Auffassung rechtfertigen, daß wir es hier mit einem gesetzlichen Titel für die Zinsen zu thun hätten. So Harum, a. a. D. S. 346 fg.; dagegen schon Beck, Jurist VIII, S. 100, Stieger das. XVI, S. 471 (der jedoch zu viel behauptet), Stubenrauch zu § 450 lit. c, m.

10) Schöpf, Wagn. Zsch. 1831, II, S. 89. Ritka, Jurist V, S. 246 (auch für Böhmen), vgl. die dort angef. Hofdekr. v. 19. Febr. 1824, und v. 12. Mai 1826. Dagegen Benoni, Wagn. Zsch. 1832, II, S. 1 fg. Stubenrauch a. a. D.

11) „Dieses Vorzugsrecht ist nichts anderes als eine durch die Einverleibung des Bestandrechts begründete Hypothek für den Schadenersatz“. Motive zu dem Entwurf einer allg. G. B. O. von 1858, S. 17.

rauf sie haften, aufrecht zu erhalten und an den neuen Erwerber desselben zu überweisen, soweit dadurch den vorhergehenden Hypothekarforderungen kein Abbruch geschieht. Geschähe diesen dadurch Abbruch, so tritt der Entschädigungsanspruch für die nicht überwiesene Dienstbarkeit als Hypothekarforderung an die Stelle dieser Dienstbarkeit.“¹²⁾

Es tritt in den obigen Fällen eine gesetzliche Zwangskonversion ein; das durch die Eintragung verdinglichte Recht des Bestandnehmers sowie die bürgerliche Servitut wird durch den Feilbietungsrichter, unter Zuziehung von Sachverständigen behufs der Abschätzung, in eine Entschädigungsforderung verwandelt, welche nach Umständen sofort liquidirt oder aber als Hypothekarforderung eingetragen wird.¹³⁾ In dem das Gesetz jene Konversion verfügt, gewährt es zugleich den Titel für die neue Hypothek. — Außer den hier allein erwähnten Bestandrechten und Servituten können auch andere bürgerlich versicherte Lasten des in Exekution gezogenen Grundstückes in die gleiche rechtliche Zwangslage gerathen (Ausgebirge, Reallasten aller Art), und auch für sie ist nach Analogie der obigen Bestimmungen eine Entschädigungshypothek einzutragen.¹⁴⁾

3) Endlich gehört hierher noch der seltene Fall des § 409 a. b. Gb. „Das Recht aus dem verlassenen Beete oder dessen Werthe entschädigt zu werden“, involvirt einen Hypothekanspruch für die Schadenersatzforderung, der durch Intabulation zu realisiren ist, wenn überhaupt das betreffende Areal im öffentlichen Buch erscheint.¹⁵⁾

12) S. die Motive dieser Bestimmung bei Kaserer, Comment. zur R. D. 1869, S. 74, 78.

13) Ueber die diesfällige Praxis der Gerichte schon vor der neuen R. D. vgl. Espan, gesetzl. Befriedigung der konkurirenden Gläubiger, II, § 179, III, § 626, Orbañi, Wagn. Zsch. 1834, I, S. 179 fg.

14) Dieß war ausdrücklich vorgesehen in dem Entwurf von 1858, § 20, vgl. die Motive dazu S. 18.

15) Die hier angedeutete Auffassung des § 409 a. b. Gb. (vgl. P. Rht. I, 9, § 271, Code civ. a. 563) spricht unter allen Umständen den Uferbesitzern das Eigenthum des alveus (wie nach § 407), den „durch den neuen Lauf des Gewässers“ Geschädigten aber nur einen obligatorischen Anspruch gegen jene zu, welcher Anspruch auf den Werth dieses Zuwachses beschränkt und aus demselben nöthigenfalls zu realisiren ist. Anders die Kommentatoren Nippel statuirte Miteigenthum beider Kategorien von Interessenten), und ebenso unbefriedigend Zrodlowski, Untersuchungen (1872) S. 155 fg.

II. Richterliche Titel.

In Oestreich besteht der erste Exekutionsgrad ganz allgemein in der richterlichen Ertheilung des sog. exekutiven Pfandrechts.¹⁶⁾ Jeder Inhaber eines vollstreckbaren¹⁷⁾ Anspruchs ist berechtigt von dem Richter die Ermächtigung zur Inpfandnahme gegnerischer Immobilien behufs Exekution zu begehren. Die Ertheilung dieser Ermächtigung begründet den Titel zum exekutiven Pfandrecht (pignus judiciale).¹⁸⁾

Außerdem hat nach den Grundsätzen der Prozeßordnung¹⁹⁾ der Richter in gewissen Fällen für nicht vollstreckbare aber gefährdete Forderungen auf Verlangen des Gläubigers zu dessen Sicherstellung einen Hypothekartitel zu schaffen (sog. Exekution zur Sicherstellung).²⁰⁾

Endlich kann im Wege der Abjudikation bei richterlicher Durchführung der Realtheilung eines Grundstückes für einen der gewesenen Sachgenossen an dem auf den andern entfallenden Theilstück ein Hypothekaranpruch (Sicherstellungstitel) bestellt werden (arg. a. b. Gb. § 841, 842).²¹⁾

16) Allg. G. D. §§ 320, 322. Entw. einer Civ. pr. D. (Regierungsvorlage 1867) §§ 852 fg. Gegen das Institut des exekutiven Pfandrechts s. die legislativen Erwägungen von Meibom, Arch. f. civil. Pr. Bd. 52, S. 300 fg. (dasselbe soll ersetzt werden durch ein Separationsrecht der bis zur Exekution vorgerichteten Gläubiger im Konkurs), und über die bei dessen Abschaffung in Belgien gemachten Erfahrungen Mittermaier, Arch. Bd. 38, S. 108 fg., Bd. 39, S. 133 fg.

17) Vgl. den cit. Entwurf § 776 fg. Alles Nähere hierüber gehört in das Prozeßrecht.

18) Mit Unrecht zählt Gbuner, I, S. 154, 155, die exekutiven Pfandrechte zu den auf gesetzlichem Titel beruhenden. Der Richter hat hier nicht einen der Forderung schon von rechtswegen inhärenten Pfandanspruch nur zu deklariren und zu spezialisiren, sondern er schafft ihr erst einen solchen, — freilich secundum legem, wie er als Richter nicht anders kann.

19) A. G. D. § 298 (Allg. G. D. §§ 388 fg.) Entw. §§ 759, 764.

20) Nicht hierher gehören Verbot und Sequestration (Harum a. a. D. S. 349 gegen Stabenrauch, a. a. D. und Michel, Grundriß S. 176), da diese richterlichen Verfügungen zwar auch die Befriedigung des Gläubigers zu sichern bestimmen sind, aber nicht im Wege des Pfandrechts.

21) Der Richter oder Schiedsmann, der die Theilung durchführt, kann jedem Theilgenossen zu Gunsten des anderen Servituten auflegen (§ 842 a. b. Gb. L. 7. § 1. D. comm. div. 10, 3. L. 6. § 1. D. de usufr. 7, 1.), und sicherlich kann er ihm hienach auch die pfandrechtliche Sicherstellung eines aus der Theilung entspringenden Gebanspruchs zur Pflicht machen. Vgl. Dernburg, I, S. 178, Arndts, Pand. § 372. A. 3.

§ 24.

B. Bezüglich des Bestellers der Hypothek.

1) Bucheigenthum am Verpfändungsobjekt.

1) Wo das Grundbuchsystem gilt kann nur wider denjenigen eine hypothekarische Eintragung erfolgen, welcher im öffentlichen Buch als „Eigenthümer“ des zu verpfändenden Tabularobjektes (Grundstückes oder bürgerlichen Rechtes) eingetragen ist, oder doch gleichzeitig als solcher eingetragen wird.¹⁾ Ueber das Eingetragen sein entscheidet auch in der vorliegenden Beziehung allein der Inhalt des Hauptbuches.²⁾ Der Zeitpunkt, auf welchen es ankommt, ist der der Ueberreichung des Gesuches um Eintragung; wenn in diesem Zeitpunkt das Bucheigenthum des Auktors schon gelöscht, oder noch nicht eingetragen ist (beziehungsweise zur Eintragung vorliegt), so kann die Hypothek nicht zu Stande kommen.

Mithin gibt es nach östr. Tabularrecht in der Regel keine Hypothekbestellung an künftigen, vom Verpfänder erst zu erwerbenden Objekten. Nur wenn dieser Erwerb bereits bürgerlich antizipirt ist, was im Wege der Eigenthums- bez. Pfandrechtsvormerkung (a. b. Gb. §§ 438, 453) geschehen kann, bildet das vorgemerkte Recht schon jetzt ein Substrat der Verpfändung.³⁾ Letztere ist jedoch in ihrer Wirksamkeit bedingt durch die Rechtfertigung jener Vormerkung: gelingt dieselbe nicht, so fällt das superpränotirte Pfandrecht mit dem pränotirten Bucheigenthum, auf dem es ruhte, zusammen; gelingt sie, so wird die bis dahin bedingte Hypothek definitiv und datirt vom Zeitpunkt ihrer Verbücherung.⁴⁾ — Wäre umgekehrt das Bucheigenthum des Auktors ein resolutiv bedingtes, und dieß dadurch bürgerlich ersichtlich, daß der Titel eines Dritten auf Uebertragung desselben (Kauf, Cession) pränotirt wäre, so könnte die gegen jenen erwirkte Pfandrechts-eintragung gleichfalls nur ein bedingtes, aber hier durch das Mißlingen

1) G. B. G. § 21. Arg. a. b. Gb. § 432.

2) Vgl. oben § 10, und Einleitung Note 34. Wächter, Erörterungen I, S. 230.

3) G. B. G. § 21 am Ende. § 49.

4) Hierdurch ist die gemeinrechtliche Kontroverse bezüglich der Rangordnung antizipirter Hypotheken (Derenburg, I, S. 241 fg.) ausgeschlossen.

der Pränotationsrechtfertigung bedingtes, Hypothekarrecht bewirken. — Ähnlich verhält es sich mit der Wirkung der Eintragung des Pfandrechts auf solche Parzellen des Pfandobjektes, hinsichtlich deren eine „Anmerkung der Abschreibung“ bürgerlich apparirt: die Hypothek ergreift solche Parzellen nur hypothetisch, für den Fall, daß die angemerkte Abtrennung nicht verwirklicht werden kann, weil die Eintragung des Trennstückes in eine andere Grundbucheinlage nicht bewilligt wird.⁵⁾

Außerbürgerliche Veräußerungsgeschäfte haben in der hier vorliegenden Beziehung keinen Einfluß; selbst die durchgeführte exekutive Versteigerung eines Objektes hindert nicht, daß dasselbe zu Gunsten von Gläubigern des Exekuten mit Hypotheken belastet werden kann, solange des Erstehers Recht nicht bürgerlich ausgezeichnet ist.⁶⁾

2) Unter „Bucheigenthum“ wird hier nicht nur das bürgerlich erworbene Eigenthum, sondern (nach österreichischem Sprachgebrauch) überhaupt die tabularmäßig apparirende Berechtigung des Auktors in Bezug auf das vorliegende Verpfändungsobjekt verstanden. Obiges gilt mithin ebenso wie für den Fall der Eigenthumsverpfändung auch für Verpfändung von Satzposten, Reallasten, und dinglichen Nutzungsrechten aller Art.⁷⁾ — Daß der Auktor Alleineigenthümer (in diesem Sinne) des Pfandobjektes sei, ist nicht erforderlich, ebensowenig nach östr. Recht daß im Falle einer communio alle „Miteigenthümer“ consentiren bez. verurtheilt sind, um den Gegenstand mit Hypothek zu belasten. Es kann die einem der Theilhaber zustehende Quote am Eigenthum oder der Satzpost unabhängig von den übrigen mit Pfandrecht belegt werden.⁸⁾ — Endlich steht es der Verpfändung auch nicht entgegen, wenn das Recht des Auktors ein bedingtes oder wenn es ein eventuelles ist (wie namentlich im Falle einer fideikommissarischen Substitution⁹⁾), vorausgesetzt nur, daß die rechtliche Anwartschaft bürgerlich apparirt (eventuelles Bucheigenthum).

5) Ges. v. 6. Febr. 1869. R. G. B. Nr. 18, § 13, 3.

6) S a a n, Landtafelwesen S. 75 fg. Die Auszeichnung geschieht durch Anmerkung der exekut. Versteigerung, G. B. G. § 72.

7) Ueber diese als mögliche Gegenstände der Hypothek s. oben § 4.

8) G. B. G. § 13, a. b. Gb. § 829.

9) S. oben § 4 bei Note 23. Oder im Falle das Bucheigenthum bloß pränotirt ist: s. den folgenden §.

3) Durch den Tod des Auktors wird die nachherige Errichtung von Hypotheken nicht gehindert, solange entweder er selbst noch, oder sein Universalnachfolger als Bucheigentümer des fraglichen Objektes apparirt. 10) Sollte im letzteren Falle das Successionsverhältniß nicht ohnehin aus dem öffentlichen Buch erhellen (vermöge der Eintragung der Erbschaftseinantwortungsurkunde, a. b. Ob. § 436), so müßte es von dem Hypothekwerber im Prozeßwege dargethan werden, ehe eine definitive Eintragung („Einverleibung“) stattfinden könnte.

Eine zweite Abweichung von der Regel, daß nur gegen den Bucheigentümer ein Hypothekrecht bestellt werden kann, ist durch den Umstand bedingt, daß in Oestreich der Erbe nicht sofort in den Nachlaß des Erblassers rechtlich und faktisch eintritt, 11) und daß auch nach diesem Eintritt zwischen der gerichtlichen Einantwortung der Erbschaft und der grundbücherlichen Umschreibung der Tabularstücke des Nachlasses auf den Namen des Erben nicht selten ein erheblicher Zeitraum inmitten liegt. Die Gläubiger des Erben haben nämlich das Recht, 12) auch schon bevor diese Umschreibung erfolgt ist, ihre etwaigen Hypothekartitel auf die Immobilien des Nachlasses 13) provisorisch eintragen zu lassen; diese Befugniß steht ihnen während des ganzen obgedachten Zeitraumes offen, 14) kann aber den Legataren und Gläubigern der Erbschaft in keiner Weise präjudizieren, falls diese ihre Ansprüche wirksam und rechtzeitig wahrn, 15) a. b. Ob. § 822.

10) Spt. v. 22. Apr. 1794. § 20. „Nach dem Tode des Eigenthümers kann die Vormerkung einer von demselben herrührenden Verbindlichkeit so lange angesucht werden, als der Erbe derselben der Eigenthümer des von dem Erblasser überkommenen Gutes ist.“ Diese durchaus richtige und nothwendige Bestimmung fehlt zwar im neuen G. B. G. § 21, erscheint sogar durch dessen Wortlaut ausgeschlossen, muß aber gleichwohl gelten, da sonst der Erbe durch absichtliche Unterlassung der Eigenthumsumschreibung den mit Pfandrechts Titeln versehenen Gläubigern des Erblassers schikanöse Weiterungen verursachen könnte.

11) S. darüber Unger, Erbrecht § 40.

12) A. b. Ob. § 822, ausdrücklich bestätigt in G. B. G. § 24. Unger a. a. O. Nrte 19, und Kritik des säch. Entw. S. 177, ältere Litt. bei Stubenrauch zu § 822.

13) Nicht etwa auf „das Erbrecht“ ihres Schuldners, wie früher von Manchen verkehrterweise behauptet wurde; dagegen speziell das Hofdekr. v. 4. Juni 1846, J. G. S. 968. Oben § 4 Nrte 20.

14) Nicht etwa blos bis zur Einantwortung, Ansejz S. 258.

15) Da nach Sfr. Rt. prinzipiell nur der reine Nachlaß dem Erben und seinen Gläubigern verfangen ist, worüber Unger, a. a. O.

4) Es war früher eine Streitfrage, ob der Inhaber eines Titels zu einer Hypothek als solcher berechtigt sei, die Anschreibung des Bucheigenthums seines Schuldners im eigenen Interesse und aus eigener Machtvollkommenheit zu begehren, falls nämlich letzterer außerbücherlich ein pfandbares Tabularobjekt erworben haben sollte. 16) Dieselbe ist jetzt dahin entschieden, daß der Gläubiger dieses Recht allerdings dann habe, wenn sein Titel ein vertragsmäßiger ist und von dem Natural-eigenthümer des Objekts (oder dessen Erblasser) selbst herrührt; zum Zwecke der Geltendmachung der gesetzlichen Titel und insbesondere auch für zu erwerbende exekutive Pfandrechte kann diese singuläre Befugniß nicht in Anspruch genommen werden. 17)

§ 25.

2) Dispositionsbefugniß des Auktors.

(Gebundenheit des Objekts.)

In Oestreich sind die Grundbuchsgerichte verpflichtet von Amtswegen darüber zu wachen, daß Hypothekrechte nicht zur Eintragung gelangen, wenn entweder der Besteller, obzwar Bucheigentümer, persönlich nicht berechtigt ist seine Sache mit Hypothek zu beschweren, oder aber irgendwelche Gebundenheit („Vinkulirung“) des Objektes dieser Belastung entgegensteht. Der Richter kann nämlich ein Eintragungsgesuch überhaupt nur bewilligen, wenn

1. „aus dem Grundbuche in Ansehung der Liegenschaft oder des Rechtes kein Hinderniß gegen die begehrte Eintragung hervorgeht“;

2. „kein begründetes Bedenken gegen die persönliche Fähigkeit der bei der Eintragung Betheiligten zur Verfügung über den Gegenstand, welchen die Eintragung betrifft, . . . vorhanden ist“ (G. B. G. § 94).

Welche Personen persönlich unfähig sind über ihr Vermögen durch Verpfändung zu verfügen, und welche Sachen der Art rechtlich gebunden sind, daß sie entweder gar nicht, oder nicht über ein gewisses Maß hinaus hypothekarisch belastet werden können, bestimmt sich nach

16) Im allgemeinen wurde mit Recht gegen die Zulassung eines solchen Begehrens entschieden (vgl. die Entsch. bei OUB. Nr. 1679, 1680, Hofdekr. v. 26. Febr. 1819, J. G. S. 1548, Leipzig, S. 109), welches sich nur ausnahmsweise und mit Rücksicht auf eine bestehende Vertragsobligatio des Gegners rechtfertigen läßt.

17) G. B. G. § 78. Der § ist durchaus streng zu interpretiren.

den allgemeinen Privatrechtsgrundsätzen.¹⁾ „Was bei Verträgen überhaupt Rechtens ist, gilt auch bei dem Pfandvertrage“ (a. b. Ob. § 1369).

Wäre nun eine Eintragung, die hienach hätte verweigert werden müssen, gleichwohl durch rechtskräftigen²⁾ Gerichtsbescheid zugelassen und vollzogen worden, so steht sie unter dem Schutz der publica fides des Buches; d. h. sie ist nur dann und in soweit hinfällig,³⁾ als die in Frage stehenden rechtlichen Hindernisse im öffentlichen Buch ersichtlich sind.⁴⁾ Daher die Nothwendigkeit alle jene Umstände und rechtlichen Ereignisse im öffentlichen Buche zu verzeichnen, welche der Bestellung eines Hypothekarrechts an einem gewissen Grundbuchkörper gänzlich im Wege stehen, oder doch bewirken sollen, daß ein solches nur unter gewissen Eventualitäten und Beschränkungen, ohne Präjudiz für gewisse gegenwärtige oder künftige Ansprüche Dritter, zur Entstehung kommen soll.

Die Rechtsmittel, welche das östr. Tabularrecht zu diesem Zwecke gewährt, sind die „Vormerkung“ und die „Anmerkung“.

Die Vormerkung ist eine provisorische Errichtung oder Löschung; der Akt der Erwerbung oder des Untergangs eines bürgerlichen Rechtes wird durch sie antizipirt, bevor er zum definitiven Vollzug reif ist, mit der Absicht und Wirkung, daß nach der Vormerkung an demselben Objekt eintretende Tabularrechtsveränderungen dem vorgemerkten Recht nicht mehr präjudizirlich werden können. Das nach-

1) Vgl. oben § 22 bei Note 21, Unger, System II, § 76; Schöpf, Grundbuchverfassung S. 88—111; a. b. Ob. §§ 865, 21, 244, 635; R.D. § 11. Insbesondere über die Belastung von Familienfideikommissgütern, Wildner, das östr. Fideikommiss-Recht (1835) S. 193 fg.

2) Bis zur Rechtskraft des Bescheides ist die Eintragung im Rekurswege befreitbar. Aufseß S. 357, G.B.G. § 129, 133.

3) Außerdem kann sie immerhin gewissen Personen gegenüber obligationenrechtlich ansichtbar sein (z. B. demjenigen Gegner gegenüber, der von der nicht bürgerlich angemerkten Minderjährigkeit des Auktors sonst Kenntniß hatte u. s. w.), aber davon ist hier nicht die Rede vgl. oben § 16.

4) Anders, wo das Publizitätsprinzip nicht gilt, mithin die materielle Rechtsstellung des Auktors über den Bestand der Hypothek allein entscheidet. Hierüber s. die ausführliche Darstellung bei Carabelli, I, § XVI, der aber dadurch dem Standpunkt der publica fides hier näher tritt, daß er für sein Territorium (die vormals lombardo-venetianische Provinz) die Anwendbarkeit des § 468 a. b. Ob., trotz des dort geltenden Pfandbuchsystems, mit Recht annimmt.

her eingetragene Hypothekarrecht insbesondere muß sich dem vorgefundenen Grundbuchstand schlechthin unterordnen, kann also je nach Umständen nur als ein bedingtes, oder nach Umfang, Rang, Intensität beschränktes zur Existenz kommen. Ist das vorgemerkte Recht das Eigenthum eines Dritten an dem betreffenden Tabularkörper, so erscheint die neue Hypothek danach als eine bedingte: sie entfällt, sobald jene Vormerkung gerechtfertigt und der Dritte definitiv als Eigenthümer eingetragen wird;⁵⁾ ebenso, wenn ein Wiederkaufs- oder Vorkaufsrecht bürgerlich eingetragen ist,⁶⁾ sobald es zu dessen Ausübung kommt. War aber die Erwerbung eines andern Hypothekarrechts vorgemerkt,⁷⁾ oder ein Bestandrecht eingetragen,⁸⁾ so wird das neue Recht in seiner Rangordnung ihnen untergeordnet. Für den Fall endlich, als bezüglich der Satzpost an welcher eine Pfandhypothek eingetragen werden soll, bereits eine Vormerkung der Löschung⁹⁾ oder Uebertragung vorliegt, kann der Superfaks gleichfalls nur ein entsprechend bedingtes Recht geben.

Wenn die Vormerkungen sich dadurch charakterisiren, daß sie im Interesse bestimmter künftiger Rechtserwerbungen und auf Begehren

5) A. b. Ob. § 438. Auf Grund dieser Gesetzesstelle wurde bisher ganz allgemein die „Vormerkung des Eigenthums“ Jedermann bewilligt, der einen obligatorischen Anspruch auf Uebertragung des Eigenthums gegen den derzeitigen Bucheigenthümer (Kauf, Testament u. s. w. Stubenrauch zu § 438) bescheinigt. Gewiß hat die Praxis auch dieses Institut (wie die Pfandrechtspränotation, s. unten) im Interesse vermeintlicher Billigkeit arg verbildet (vgl. auch Wächter, Erbrt. S. 212 fg.), indem sie, anstatt das werdende dingliche Recht nur gegen die Schwereffälligkeiten der Tabularformen zu schützen, dasselbe gewaltsam aus der Obligatio hervortreibt, dem Gläubiger gestattet, sein jus ad rem eigenmächtig und in dem ihm beliebigen Zeitpunkt in das jus in re zu verwandeln. Jetzt kann die Eigenthumspränotation nur bewilligt werden, 1) wenn der Wille des Eigenthümers zu tradiren (nicht bloß seine Verpflichtung dazu) vorliegt, obzwar nicht in der zur Einverleibung erforderlichen Form, oder 2) wenn dieser Wille durch Urtheil supplirt ist, mag auch dieses noch nicht vollstreckbar sein. G.B.G. § 35, cf. § 37.—Der Eigenthumspränotation wesentlich gleich verhält sich die Streitannmerkung wegen „Zuerkennung eines dinglichen Rechtes aus dem Grunde der Erfindung“ G.B.G. § 70 (a. b. Ob. § 1498) und die „Anmerkung der exekutiven Versteigerung“ nach § 72 das., nur daß letztere von Amtswegen erfolgt.

6) A. b. Ob. §§ 1070, 1073; G.B.G. § 9.

7) A. b. Ob. 453; G.B.G. § 36 fg.

8) A. b. Ob. § 1095; G.B.G. §§ 9, 37.

9) G.B.G. §§ 50, 39, 69.

der eventuellen Erwerb die bürgerliche Freiheit des Objekts in ganz bestimmter Richtung beschränken, so sind dagegen die Anmerkungen¹⁰⁾ ein Institut von ganz allgemeiner Natur und sehr weiter Anwendbarkeit. Sie haben die Aufgabe solche rechtliche Verhältnisse und Ereignisse bürgerlich ersichtlich zu machen, welche im allgemeinen geeignet sind den Realcredit eines Tabularkörpers zu berühren, indem sie für die Zukunft die Errichtung eines Hypothekarrechts an demselben besonderen Voraussetzungen unterwerfen, oder gänzlich ausschließen, oder aber das bestellte Recht gewissen Anfechtungen oder Beschränkungen aussetzen. Im Wege der Anmerkung wird es bewirkt, daß die materiell-rechtlichen Konsequenzen jener Verhältnisse und Thatfachen gegen Jedermann geltend gemacht werden können, der in seine bürgerliche Rechtsstellung nach ihrer Eintragung eingetreten ist; denn „wer die Bücher nicht einseht, leidet in allen Fällen für seine Nachlässigkeit“ (a. b. Gb. § 443).

Gegenstände der Anmerkungen, insoweit solche für die Begründung von Hypothekarrechten bedeutsam erscheinen, sind:

1) Die allgemeine Dispositionsunfähigkeit des Bucheigenthümers.¹¹⁾ Hierher gehören die Anmerkung der Minderjährigkeit, der Verlängerung der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt (a. b. Gb. §§ 172, 173, 251), der Kuratel, der Konkursöffnung (Konf.-Ordg. §§ 11, 12, 88). Nach ihrer Eintragung darf die Grundbuchsbehörde eine hypothekarische Verfügung nur dann zur Verbücherung bringen, wenn die gesetzlich erforderliche Mitwirkung des Stellvertreters, beziehungsweise auch Zustimmung der Obervormundschaft vorliegt; im Fall des Konkurses findet eine solche überhaupt nicht mehr statt. Wäre die Dispositionsunfähigkeit erst eingetreten, nachdem das Gesuch um die Verbücherung bereits angebracht war, so ist diese zu bewilligen, sofern sie im Zeitpunkt des Anbringens zulässig erschienen.¹²⁾ Dieser letztere Zeitpunkt allein ist überall entscheidend,¹³⁾ nicht schon der frühere des Geschäftsabschlusses,¹⁴⁾ etwa das Datum

10) Aufseß, S. 344 fg., Klepisch, S. 80 fg., Fügler, S. 248 fg.

11) G. B. G. § 20, lit. a, § 52.

12) Dieß verordnet für den Fall der Krida ausdrücklich die R. D. § 12. Abf. 1.

13) Diese Grundregel des Tabularrechts ist jetzt ausgesprochen durch das G. B. G. § 93.

14) Sicher mit Unrecht behauptet dieß Günner, Komm. I, S. 297, indem

der Intabulationsklausel, oder der spätere der richterlichen Kognition über das Gesuch.

2) Einkürzungen des Objekts und partielle Dispositionsbeschränkungen des Bucheigenthümers. Vertragsmäßige und letztwillige Veräußerungsverbote¹⁵⁾ können bürgerlich angemerkt werden und hindern dann, soweit sie reichen,¹⁶⁾ jede freiwillige Verpfändung. Ein umfassendes letztwilliges Veräußerungs- und Belastungsverbot ist enthalten in der Anordnung einer fideikommissarischen Substitution (a. b. Gb. §§ 608, 613); ist dieselbe bürgerlich angemerkt,¹⁷⁾ so können die von dem Substitutionsband erfaßten Grundbuchskörper ihrer Substanz nach nicht ohne Zustimmung der Substituten hypothekarisch belastet werden.¹⁸⁾ — Ähnlich wirkt die Anmerkung, daß ein Tabularkörper zum Verband eines Familienfideikommisses oder Lehens gehöre. Ersteres hat zur Folge, daß pfandrechtliche Einverleibungen nur gegen Beibringung der fideikommißbehördlichen Genehmigung bewilligt werden können,¹⁹⁾ und exekutive Pfandrechte überhaupt nur auf die Früchte zu ertheilen sind.²⁰⁾ Letzteres, die Anmerkung des Lehensbandes,

er von der schiefen Anschauung ausgeht, daß die Verbücherung eines Rechts, soweit es sich um das Verhältniß der Erstbetheiligten handelt, „nur als Vollzug dieses Rechts zu betrachten ist.“

15) Wie weit solche zulässig sind, s. in a. b. Gb. §§ 610, 612 (letzterer ist wohl analog auch auf letztwillige Alienationsverbote anzuwenden); das Verbot der vertragsmäßigen *clausula de non amplius oppignorando* in § 1371 (Pr. Ent., I, 20, § 439, über dessen ratio vgl. Suarez, Schlußvorträge S. 60 fg.) muß auf die Fälle beschränkt bleiben, wo diese Klausel als integrierender Theil eines Grundpfandvertrags, gleichsam zur Verstärkung seiner Wirkung, vorkommt.

16) Die Disposition kann dem Bucheigenthümer bedingt oder zeitlich beschränkt entzogen sein, z. B. für seine oder eines Dritten Lebenszeit; dann kann unter ausdrücklicher Berufung auf diese Beschränkung ein nach dem Wegfall derselben realisirbares Hypothekarrecht schon jetzt eingetragen werden: Entsch. bei G. B. G. 436.

17) Die Anmerkung erfolgt auf Grund der die Substitution ausdrückenden Einantwortungsurkunde. Pat. v. 9. Aug. 1854 § 174.

18) Wohl aber findet die Verpfändung *ad fructus* statt; Kfelinstrukt. v. 1794, § 24, 34, 35, 48, Klepisch, S. 85.

19) A. b. Gb. §§ 631, 632, 635, Pat. v. 9. Aug. 1854. §§ 234 fg., 244; wegen der Früchte gilt das Obige, a. b. Gb. §§ 632, 457. Klepisch S. 84. Aufseß, S. 350 fg.

20) A. b. Gb. § 642, Rippel, Comment. zu § 632.

bindet in der Regel²¹⁾ die Hypothekerrichtung an den lehensherrlichen Konsens und die Zustimmung der Lehensanwärter.²²⁾²³⁾

3) Die Thatfache, daß über das bürgerliche Objekt der zu begründenden Hypothek ein Rechtsstreit schwebt oder droht,²⁴⁾ welcher die Grundlagen ihrer Existenz oder ihres Ranges in Frage stellt. (Streitanmerkung). Die zur Zeit der Verbücherung einer Hypothekbestellung vorhandene²⁵⁾ Streitanmerkung macht das künftige Ergebnis des angemerkten Streites für die eingetragene Hypothek präjudizial (G.B.G. § 61, Abs. 2, § 65, Abs. 2), diese selbst mithin problematisch: sie fällt zusammen, wenn z. B. das strittige Eigentum dem Buchantor späterhin aberkannt wird, sie ist in ihrer Priorität herabgesetzt, wenn die strittige Verschung einer vorgehenden Post nachträglich durch Urtheil annullirt wird.

Die Streitanmerkung ist übrigens keineswegs allgemein zulässig, sie ist ein singuläres Rechtsinstitut²⁶⁾ und kann nur für die durch das

21) Eine Ausnahme findet statt für die s.g. „Lehen mit der Gnade“ (soweit sie noch nicht nach dem Ges. v. 17. Dez. 1862 § 1, R.G.B. 103 zur Aufhebung gekommen sind), welche auch ohne den lehensherrlichen Konsens belastet werden dürfen, Hofdekr. v. 26. April 1819, J.G. S. 1555. — In Böhmen kommt die Anmerkung des Lehenbandes überhaupt nicht vor, da dort besondere Lehenbücher bei der böhm. Landtafel geführt werden. Hofdekr. v. 30. Jänner 1843, J.G. S. 679.

22) Pat. v. 12. Apr. 1785, J.G. S. 407, v. 2. Nov. 1792 §. 6. das. 66; Hofdekr. v. 26. Apr. 1819, das. 1555, v. 26. März 1824 das. 1996, v. 8. März 1833 das. 2600, v. 20. Mai 1803 das. 607. Klepisch, S. 83. Schopf, a. a. D.

23) Die Anmerkung der exekutiven Sequestration (G.B.G. § 20 lit. b, Carabelli, I, p. 235 sequ., Fügler, S. 254. Klepisch, S. 91) hindert weder, noch beeinträchtigt sie später einzutragende Hypotheken.

24) Im Falle des G.B.G. § 63 kann die Streitanmerkung der Prozeßerhebung vorausgeschickt werden.

25) Als vorhanden gilt die bewilligte Streitanmerkung vom Zeitpunkte der Ueberreichung des betreffenden Gesuches (G.B.G. § 61), nicht erst von der wirklichen Einschreibung derselben, was dem öffentl. Vertrauen auf die Bücher keineswegs zuträglich ist: vgl. was Fügler S. 254 vorschlägt, um „das doppelte Durchsuchen der öff. Bücher und des Einreichungsprotokollens den Parteien zu ersparen.“

26) Die Singularität liegt nicht sowohl in der Anmerkung selbst, als in der auf dieselbe gestügten eventuellen Rückwirkung (G.B.G. § 65, Abs. 2) des über den Streit ergehenden Urtheils; die publica fides des bestrittenen oder zu befreienden Tabulareintrags wird durch die Streitanmerkung innerhalb bestimmter Zeitgrenzen (das. §§ 63, 65) suspendirt zu Gunsten eines vorläufig nur prätendirten Anspruchs. Nur der schwerwiegende Inhalt des letzteren kann die Gesetzgebung bestimmen, um den praktischen Erfolg seiner siegreichen Durchführung nicht einer

Gesetz ausdrücklich dazu qualifizirten Streitfälle in Anspruch genommen werden; dieselben sind: 27) a) „wenn Jemand, der durch eine Einverleibung in seinem bürgerlichen Rechte²⁸⁾ verletzt erscheint, die Einverleibung aus dem Grunde der Ungiltigkeit im Prozeßwege (sei es im civilgerichtlichen oder strafgerichtlichen Weg) bestreitet und die Wiederherstellung des vorigen bürgerlichen Standes begehrt“; b) „wenn ein bürgerlicher Eigenthümer oder Gläubiger, auf dessen Gute oder Forderung ein Recht einverleibt ist, aus dem Grunde der Verjährung desselben auf Verschung klagt“; c) in dem oben (Note 5) schon erwähnten Falle, da Jemand aus dem Grunde der sog. Naturalerfüllung (a. b. Ob. § 1498) die bürgerliche Zuschreibung eines dinglichen Rechtes begehrt.²⁹⁾

Analog der Streitanmerkung wirkt die Anmerkung des Rekurses (G.B.G. § 129) gegen die Bewilligung der Einverleibung desjenigen Rechtes, auf welches die Hypothek (bez. Pfandhypothek) gegründet werden soll: führt das Rekursverfahren zur Wiederaufhebung jener Einverleibung (das. § 133), so fallen mit ihr die derivativ begründeten Pfandrechte fort.

4) Eine etwa vorhandene „Anmerkung der Rangordnung“ für die seitens des Bucheigenthümers beabsichtigte Veräußerung oder Belastung des Objekts³⁰⁾ beeinflusst die nachträgliche anderweitige Hypotheken-

Schmälerung auszusetzen, für ihn ausnahmsweise schon im Stadium der Prätenstion den bürgerlichen Schutz eintreten zu lassen, ohne Rücksicht auf die damit nothwendig verbundene, und doch möglicherweise ganz ungerechtfertigte, Schädigung des Realcredits des betroffenen Objekts. — Hienach ist die gesetzliche Zulassung der Streitanmerkung in dem ersten der im Texte aufgeführten Fälle sicher gerechtfertigt, ob auch in den beiden letzten (sub b und c), möchte zu bezweifeln sein.

27) G.B.G. §§ 61, 66, 69, 70. Nur in diesen Fällen kann jetzt die Streitanmerkung bewilligt werden; es bedarf übrigens keineswegs des Nachweises einer Gefahr, oder der Leistung einer Caution. Ueber diese Punkte herrschte früher manche Unklarheit, vgl. Klepisch S. 87 fg. Fügler S. 250 (derselbe wollte die Anmerkung jedes Rechtsstreites zulassen, „wenigleich es dem Eigenthümer nicht ganz gleichgiltig ist, ob dergleichen Anmerkungen, und mitunter über ein ganz unbegründetes Begehren, stattfinden“), Schindler, Wagn. Zschr. 1838, I, S. 193 fg. Böhm. Spat. § 33; Hofdekr. v. 29. Aug. 1818, J.G. S. 1488, v. 27. März 1846 das. 951.

28) Vgl. die beiden Entsch. in G.Z. 1870. Nr. 32, ebenso das. Nr. 42.

29) Also keineswegs auch, wenn die Zuschreibung des bürgerlichen Rechtes auf Grund einer obligationenrechtlichen Verpflichtung des Beklagten in Anspruch genommen wird: Plenarentsch. v. 23. Nov. 1870, G.Z. 1871, Nr. 47, die frühere unrichtige Praxis noch in O.W. 1707.

30) Ueber dieses Institut s. noch unten im V. Buch. G.B.G. § 53 fg. Hienmit

errichtung insofern, als die neue Hypothek unwirksam wird, bez. in der Priorität nachstehen muß, wenn das in jener Anmerkung vorgesehene Rechtsgeschäft rechtzeitig zur Eintragung gebracht wird.³¹⁾ Dasselbe gilt von der Anmerkung, wonach ein früher überreichtes, aber nicht mit den gehörig beschaffenen Originalbeilagen versehenes Eintragungsgesuch „bis zur Einlangung des Originals“ oder „bis zur Einlangung der Uebersetzung“ in suspenso gehalten wird,³²⁾ sowie von der Anmerkung des abweislichen Bescheids über ein früher eingegangenes Eintragungsgesuch, welche letztere diesem die Priorität für den Fall der siegreichen Durchführung eines Rekurses zu wahren bestimmt ist.³³⁾³⁴⁾

II. Der Entstehungsakt des Hypothekarrechts.

A. Die Einverleibung.¹⁾

§ 26.

1) Formale Voraussetzungen derselben.

Wo öffentliche Bücher bestehen ist die Eintragung in dieselben der ausschließliche²⁾ Entstehungsakt (modus aquirendi) des Hypothekarrechts (a. b. Ob. § 451). Er ist entweder ein definitiver und wird vorgenommen, wenn die materiellen und formellen Voraussetzungen der Rechtserzeugung erbracht erscheinen, oder ein bloß provisorischer,

sind die nach Inhalt und Geltungsgebiet engeren Bestimmungen der f. Vdg. v. 12. Aug. 1851, R. G. B. 184 entfallen.

31) G. B. G. §§ 57, 58.

32) Das. § 88, Abs. 3 und § 89, Abs. 2.

33) Das. §§ 99, 132, Kiepisch, S. 88 fg. (wo die dießbezüglichen ältern Gesetze angezogen sind). Fügler, S. 251.

34) Ueber die Wirkung der Anmerkung einer Vorausbezahlung des Bestandes (a. b. Ob. § 1102) s. unten § 38, Z. 2.

1) Kiepisch, S. 47 fg. 107 fg. Aufsez, S. 253 fg., 374 fg. Schopf, Grundbuchsverfassung S. 111 fg. Kopecky, Verfahren in Grundbuchsachen 163 fg., Hasner, Handb. d. landtäf. Verf. S. 73 fg. 287 fg. Leiner, die Grundbuchsührung §§ 6 fg. 82 fg. — Allg. G. B. G. §§ 31 fg. 83 fg. Ung. G. B. D. §§ 67 fg. 81 fg. 119 fg.

2) Ueber die leider immer noch bestehenden singulären Fälle von hypotheca tacita s. oben § 6.

wenn dieß zur Zeit noch nicht vollständig der Fall ist: „Einverleibung“, oder bloß „Vormerkung“ der Hypothekbestellung. Beide Akte „begründen“ das Hypothekarrecht, aber nur der erstere vollendet es zugleich, während der letztere bloß das Fundament legt, auf welchem dasselbe zu stehen kommt, wenn seine noch von andern Faktoren abhängige Errichtung vollzogen ist.

Die Einverleibung (Intabulation), von der hier zunächst allein die Rede ist, besteht in einer schriftlichen Bemerkung des Grundbuchsbeamten im Hauptbuch (auf dem Lastenblatt des betreffenden Objekts), welche das Hypothekarrecht als definitiv errichtet (intabulirt, einverleibt) bezeichnet. Sie wird nie von Amtswegen eingetragen,³⁾ sondern erfolgt stets über Auftrag des Grundbuchsgerichts, welcher selbst wieder nur auf Grund eines durch Gerichtsbescheid bewilligten Gesuches ertheilt wird. Hierüber ist nun das Nähere anzugeben.

1) Das Gesuch um Einverleibung eines Hypothekarrechts geht regelmäßig von dem Erwerber des Rechtes aus; aber es steht nichts entgegen, daß der Besteller die Verbücherung der von ihm zu gewährenden Hypothek erwirke,⁴⁾ vorausgesetzt, daß die Zustimmung des Erwerbers beigebracht wird.⁵⁾ Singulärer Weise kann auch der Bürge eines Gläubigers, welcher den ihm eingeräumten Hypothekartitel auf ein Tabularobjekt seines Schuldners nicht ausübt, im Namen dieses Gläubigers die Eintragung begehren (G. B. G. § 79); und ebenso kann Derjenige die Eintragung der Hypothek seines Vormannes begehren, welcher auf dieselbe (durch Cession oder Afterverpfändung) ein derivatives Recht außerbüchlerlich erworben hat (G. B. G. § 78). Sonst können

3) G. B. G. § 76. Ein Mißbrauch waren die früher s. g. brevi manu Intabulationen, d. h. eigenmächtig durch die Grundbuchsverwaltung bewerkstelligte Einträge der Hypothekforderungen Dritter, dafern solche aus einem zur Verbücherung des Eigenthums vorliegenden Instrument (z. B. Kaufvertrag, worin der Käufer an Zahlungsstatt gewisse Gläubiger des Verkäufers abzufinden verspricht) erhelleten. Dagegen schon Turnes im Jurist XII, S. 253 fg. und Stubenrauch zu §§ 451—453.

4) Vgl. Ung. G. B. D. § 119; G. B. G. § 97, Abs. 2.

5) Zu weit geht aber die Entsch. G. Z. 1868, Nr. 59 wenn sie den Verkäufer für berechtigt erklärt, einseitig (a. b. Ob. § 433) die Verbücherung des Eigenthums auf den Namen des Käufers zu begehren; allermindestens müßte der letztere im Rekursweg durch seinen bloßen Widerspruch den ihm möglicherweise unerwünschten Rechtserwerb ausschließen können. — Vgl. auch OUB. 453, 824 und Strohal in Grünhut's Zsch. IV, S. 757.

dieß an Stelle der unmittelbar Beteiligten nur ihre rechtmäßigen Vertreter. Wo die Vertretung auf Vollmacht beruht, bedarf es nur einer allgemeinen Vollmacht (a. b. Gb. § 1006), wenn für den Erwerber, dagegen einer die Anbringung von Grundbuchsgefeuchen insbesondere umfassenden, wenn für den Geber der Hypothek eingeschritten wird. Gesezliche oder gerichtlich bestellte Vertreter bedürfen ersterenfalls überhaupt keiner besonderen Ermächtigung (G. B. G. § 77).

Einverleibungsgefeuche sind bei demjenigen Grundbuchsgericht⁶⁾ anzubringen, bei welchem sich das öffentliche Buch befindet, in das die Eintragung erfolgen soll (G. B. G. § 75);⁷⁾ ist dieses Gericht ein Einzelgericht, so kann das Geseuch mündlich, sonst muß es schriftlich angebracht werden (§ 83).

2) Inhalt des Intabulationsgefeuchs.

Dasjelbe muß enthalten: Subjekt, Objekt des Begehrens und die Zustanz, an welche dasjelbe gerichtet wird, sowie die Namen derjenigen Dritten, welche von der Erledigung gerichtlich zu verständigen sind⁸⁾ (§ 84). Das Petit insbesondere soll unter Beobachtung der gesezlichen Terminologie⁹⁾ den Wortlaut des begehrten Eintrags bezeichnen, und die Grundbucheinlagen, in welchen derselbe zu geschehen hätte, mit der nämlichen Bezeichnung, unter welcher sie im Grundbuch erscheinen, anführen (§ 85). Regel ist, daß in Einem Geseuch nur Eine Pfandrechteinverleibung begehrt werden kann.¹⁰⁾

Gegründet wird das Begehren auf die, dem Grundbuchsgericht stets im Original vorzulegende,¹¹⁾ Tabular-Urkunde. Diese be-

6) Was „Grundbuchsgericht“ ist, bestimmt die Jurisdiktionsnorm v. 20. Nov. 1852, § 49. S. oben S. 23.

7) Von den Ausnahmen, auf welche der § hindeutet, sind hypothekenrechtlich von Bedeutung nur die in §§ 108, 111 das.; das Geseuch um Einverleibung einer Simultanhypothek kann anstatt bei den Realinstanzen aller Objekte, auch blos bei derjenigen der Haupteinlage angebracht werden.

8) Behufs dieser Verständigung (f. unten) ist dem Einverleibungsgefeuche die entsprechende Anzahl „Nadriken“ oder Abschriften (§ 92) beizulegen; erstere sind summarische Auszüge, die jedoch das in dem Geseuch gestellte Begehren in den wesentlichen Punkten enthalten müssen.

9) Hofdekr. v. 24. Nov. 1785, J. G. S. 497; es ist also um „Einverleibung“ oder „Intabulation“ des Hypothekarrechts zu ersuchen.

10) Die Ausnahmen enthält G. B. G. § 86, Ung. G. B. D. § 123.

11) G. B. G. § 87, Ung. G. B. D. § 124. Abschriften sind nur zulässig, wenn das Original dem Gericht ohnehin anderweitig vorliegt (§ 87 cit.); sonst muß ein blos

zeugt in authentischer Form das Rechtsverhältniß, auf Grund dessen die Entstehung des konkreten Hypothekarrechts in Anspruch genommen wird. Ueber die äußeren und inneren Erfordernisse der als Intabulationsfundament dienenden Urkunden, ist durch das allg. Grundbuchs-gesez¹²⁾ folgendes festgesezt:

Sowohl auf Grund öffentlicher als privater Urkunden kann die Einverleibung des Hypothekarrechts stattfinden. Von beiden wird erfordert, daß sie „einen gültigen Rechtsgrund enthalten“, d. h. ein Rechtsverhältniß bezeugen, welches seiner Art nach rechtlich dazu geeignet ist einen Pfandrechststitel zu gewähren;¹³⁾ stützt sich das angeführte Rechtsverhältniß auf ein Rechtsgesechäft, zu dessen Gültigkeit eine gewisse Form gesezlich erfordert wird (z. B. Testament, vollziehbarer Vergleich), so muß diese Form in der Urkunde beobachtet erscheinen (§ 26). Sie muß die an dem Rechtsgesechäft beteiligten Personen, insofern dieselben bei dem angesuchten Tabularakt in Frage kommen,¹⁴⁾ individuell bezeichnen, sowie die Angabe des Ortes, Tages, Monats und Jahres ihrer Ausfertigung enthalten.

Sie ist zurückzuweisen, falls sie äußerliche Mängel an sich tragen sollte, durch welche ihre Glaubwürdigkeit geschwächt wird (§ 27).¹⁵⁾

Inbesondere anlangend die öffentlichen Urkunden,¹⁶⁾ so erklärt das Gesez folgende Arten derselben als intabulationsfähig:

mit abschriftlicher Tabularurkunde einlangendes Intabulationsgefeuch stets abgewiesen werden, doch wird, falls dieß der einzige Grund der Abweisung war, dem betreffenden Recht seine Rangordnung durch eine Anmerkung „bis zur Einlangung des Originals“ gewahrt (§ 88).

12) In der Hauptsache übereinstimmend mit der Ung. G. B. D. §§ 81—85. vgl. die in Note 1 Angeff. und besonders Leiner, a. a. D. §§ 6—20.

13) G. B. G. § 26. Der „gültige Rechtsgrund“ ist der Titel der angesuchten Hypothek, nicht (wie Klepsch, S. 53 irrig annimmt) die Causa der Pfandforderung vgl. oben § 19.

14) Diese Einschränkung muß zu § 27 Abs. 2 gemacht werden, da ein zwischen mehreren Personen abgeschlossenes Rechtsgesechäft, in welchem Eine nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit bezeichnet wäre, doch sicher gegen die Uebrigen zur Verblücherung gebracht werden kann.

15) So z. B. Nadriungen oder Einschiel im Text (vitium visibile, allg. Ger. D. § 124), mangelhafte Festung der Blätter, falls die Urkunde aus mehreren Bogen besteht, vgl. die bezügliche Vorschrift in § 115 der a. G. D.

16) Klepsch, S. 47 fg. G. B. G. § 33.

a) Rechtsgeschäfte, welche vor einer öffentlichen Behörde oder notariell abgeschlossen sind; ¹⁷⁾

b) exekutionsfähige Vergleiche und vollstreckbare Notariatsakte; ¹⁸⁾

c) Zahlungsaufträge über gesetzliche Gebühren und Beiträge, Ausweise über rückständige Steuern und Abgaben, sofern sie „vollziehbar“ d. h. mit einem Anspruch auf exekutives Pfandrecht versehen sind;

d) alle übrigen Urkunden, welche die Eigenschaft eines gerichtlich vollziehbaren ¹⁹⁾ Ausspruches einer öffentlichen Behörde haben; insbesondere rechtskräftige Urtheile. ²⁰⁾

An Privaturkunden, auf welche hin eine Pfandrechtseinverleibung bewilligt werden soll, stellt das Gesetz (§§ 31, 32), nach Inhalt und Form folgende Anforderungen, außer den oben schon erwähnten allgemeinen Erfordernissen:

a) Dieselben müssen das Objekt der zu errichtenden Belastung genau angeben; also im Falle gewöhnlicher Hypothek den zu belastenden Grundbuchskörper, beziehungsweise die Miteigentumsquote, im Falle eines Pfandpfandrechts aber die zu belastende Satzpost, ²¹⁾ bez. deren verhältnismäßigen oder ziffermäßigen Theil (G.B.G. § 13).

17) Vorausgesetzt jedoch, daß dieselben ihrem Inhalt nach auch als Privaturkunden einverleibungsfähig wären (§ 32), s. unten. — Die von der öffentlichen Vormundschaftsbehörde nicht sowohl aufgenommenen, als vielmehr blos geprüften und bestätigten Urkunden über Verträge der Minderjährigen (Pat. v. 9. Aug. 1854. §§ 187 fg.) sind hierher nicht zu rechnen.

18) Vgl. Entw. der Civ.Pr.D. § 776, Nr. 5; a. G.D. § 298 Hofbefr. v. 22. Juni 1805 J.G. S. 730, v. 11. Sept. 1801 J.G. S. 537. — Not. Ddg. v. 25. Juli 1871, N.G.B. 75, § 3. — Die unter a) und b) angeführten Klassen von Urkunden bezeichnet die östr. Praxis als „Intimate.“

19) Vgl. Entw. d. Civ.Pr.D. § 776; danach sollen hierher künftig alle oben unter a) genannten Urkunden fallen, bei welchen also die „Vollziehungsklausel“, sofern es sich um exekutive Intabulation handelt, die sonst erforderliche (G.B.G. § 32b) Intabulationsklausel ersetzen wird.

20) Auch Schiedsprüche gehören hierher, insofern sie vollstreckbar sind (Entw. § 776 Nr. 2, §§ 527, 549, 608). Die prozessordnungsmäßig gefällten Urtheile des Schiedsrichters in Oesterreich sind keine Privaturkunden (unrichtig Lepsch, S. 57), so wenig als anderwärts diejenigen der Zivilgeschworenen; ihre Einverleibung setzt daher die notarielle Beglaubigung (G.B.G. § 31) der Unterschrift des Schiedsrichters nicht voraus.

21) Da die Satzposten im Grundbuch mit fortlaufenden Nummern versehen sind, genügt die Angabe dieser; vorsichtig und üblich ist jedoch die Beifügung des ziffermäßigen Betrags.

b) Sie müssen ferner die sog. Intabulationsklausel ²²⁾ (Tabularklausel) enthalten (a. b. Gb. § 435 a. E., § 445), d. h. „die ausdrückliche Erklärung desjenigen, dessen Recht belastet werden soll, daß er in die Einverleibung willige“ (G.B.G. § 32, b).

In welche Worte diese Erklärung gefaßt ist, darauf kommt nichts an, wenn sie nur ausdrücklich gegeben ²³⁾ und aus ihrem Tenor im Zusammenhalt mit dem sonstigen Inhalt der Urkunde unzweifelhaft ist, daß die Einverleibung und für welche Forderung sie zugestanden wurde. Uebliche Wendungen sind: „die grundbücherliche Intabulation der Rechte des Gläubigers auf der Realität wird demselben gestattet;“, „der obige Vertrag soll zur Sicherheit auf einverleibt werden;“, „dem Gläubiger wird die Befugniß eingeräumt, sich auf tabularmäßig sicherzustellen“ u. a. m. ²⁴⁾ — Uebrigens kann die Einverleibungsbewilligung auch im Grundbuchsgesuche erst angebracht, oder zum Gegenstand einer besonderen Urkunde gemacht werden (G.B.D. § 32, b. 2). Ersteres geschieht, wenn der Geber selbst um die Einverleibung ansucht, oder sich dem Gesuch des Empfängers anschließt, indem er darin seine Zustimmung zur Rechtsvergabe ausdrücklich erklärt und es mit unterschreibt. Letzteres bildet die sog. Auffandungsurkunde ²⁵⁾ und hat seine Veranlassung und Rechtfertigung in der Dekonomie, welche bei nachträglicher Uebereinkunft über ein für schon bestehende verbrieftete Forderungen zu gewährendes Pfandrecht durch die Möglichkeit der Errichtung einer solchen Zusatzurkunde

22) »Clausula intabulandi«, Ung. G.B.D. § 81, c; „die dem Gläubiger eingeräumte Befugniß sich bei der Landtafel vormerken zu lassen“ Böhm. Lpat. § 12.

23) Die Ausdrücklichkeit dieser Erklärung ist hier wesentlich; sie muß direkt in der Urkunde enthalten sein, „und nicht etwa erst mit Folgerägen herausraffonirt werden“. Aufseß, S. 122. — Das Verhältniß von Verpfändungskonfens (bindende Erklärung des Vertragwillens auf Pfandbestellung) und Intabulationsklausel ist hienach deutlich: diese ist der Verpfändungskonfens in besonders prägnanter, die unmittelbare Vollziehbarkeit bedingender Form.

24) Ist die Tabularklausel bedingt, so kann die Einverleibung nur bewilligt werden auf Grund eines „urkundlichen Belegs über den wirklichen Eintritt der gestellten Bedingung“, Entsch. OUB. Nr. 1606.

25) Auch „Auffandungsurkunde“ oder „Auffandung“ schlechtweg genannt. Lepsch, S. 54, Aufseß, S. 120, z. B. „Ich bewillige hiemit, daß die aus dem Kaufvertrag d. d. . . zu Gunsten des Herrn . . . resultierende Kaufschillingsrestforderung per . . . ob meinem Hause pfandrechtlich einverleibt werde.“

erzielt wird.²⁶⁾ In beiden Fällen bildet die den Einverleibungskonsens enthaltende Urkunde (Gesuch oder Auffandung) einen wesentlich ergänzenden Theil der Tabularurkunde, muß daher allen wesentlichen inneren und äußeren Erfordernissen einer solchen genügen.

c) Jede zur Intabulation vorgelegte Privaturfunde muß mit der gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung der Parteiunterschriften²⁷⁾ versehen sein (G.B.G. § 31);²⁸⁾ im Ausland errichtete sollen in der Regel von der östr. Gesandtschaft oder Konsularbehörde beglaubigt sein (§ 32 a. E.). Ist die Urkunde von einem Bevollmächtigten Dessen ausgestellt, gegen den die Einverleibung begehrt wird, so wird überdies erfordert, daß die betreffende Vollmacht entweder eine Spezialvollmacht,²⁹⁾ oder nicht früher als innerhalb eines Jahres vor dem Ansuchen um die Einverleibung ausgestellt sei (§ 31, das.).

Sind die Originalurkunden in einer Sprache verfaßt, die nicht Amtssprache des um die Einverleibung angegangenen Grundbuchgerichts ist, so muß eine „vollen Glauben verdienende“ Uebersetzung³⁰⁾ beigebracht werden (G.B.G. § 89), wütrigens das Gesuch so behandelt würde,

26) Beim Wechsel ist die Einwilligung einer Verpfändungsklausel in den Text der Schulurkunde rechtlich unmöglich, in vielen andern Fällen (kaufmännische Anweisungen, Kontokorrentauszüge u. s. w.) praktisch unthunlich.

27) Das Gesetz verlangt zwar die Beglaubigung für die „Unterschriften“ schlechtweg, aber sicher sind die Unterschriften von etwa beigezogenen Zeugen (vgl. a. G.D. § 114) nicht mitbegriffen, sondern eben nur die der Urkunde wesentlichen Unterschriften.

28) Diese von verschiedenen Seiten in der Volksvertretung hart angegriffene Bestimmung tritt an die Stelle der früheren, in Städten h. z. T. ganz illusorischen Kautel, wonach die Unterschrift von zwei „glaubwürdigen Männern als Zeugen“ die Echtheit der Tabularurkunden verbürgen sollte (a. b. Ob. § 434, böhm. Expat. § 12), nachdem schon die Ung. G.B.D. § 82 lit. b. die Legalisirung als Alternative neben die Zeugenzuziehung gestellt hatte. Auch für Urkunden, die vor Eintritt des neuen Gesetzes errichtet sind, aber nach demselben zur Intabulation gebracht werden sollen, gilt die neue Norm. Plenarbeschl. d. ob. Ghjs. v. 7. Mai 1872. G.Z. 1872 Nr. 43.

29) Spezialvollmacht im Sinne von a. b. Ob. § 1008 Satz 2; es cessirt hier aber der Schlußsatz dieses §, wonach sonst die „unbeschränkte“ Vollmacht eine Spezialvollmacht allerdings zu ersetzen vermag, wenn in ihr noch ausdrücklich „die Gattung des Geschäftes“, um das es sich in concreto handelt, bezeichnet worden ist.

30) Uebersetzung durch einen beeideten Dolmetsch: Hofdekr. v. 22. Dezemb. 1835, J.G. S. 109. Wegen hebräischer Originalurkunden s. das Hofdekr. v. 22. Okt. 1814, J.G. S. 1106.

als wenn nicht das Original der Urkunde beigebracht wäre (s. oben).³¹⁾

3) Erledigung des Einverleibungsgesuches.³²⁾

Dasselbe erhält, sobald es von der Grundbuchskanzlei übernommen ist,³³⁾ eine Nummer,³⁴⁾ durch welche die eventuelle Rangordnung des zu begründenden Rechts bestimmt wird.³⁵⁾ Dieser Zeitpunkt ist auch entscheidend für die richterliche Beurtheilung des Inhalts des Gesuches (G.B.G. § 93): insofern das Petit für den Moment der Einreichung meritorisch gerechtfertigt erscheint, ist dasselbe zu bewilligen. — Maßgebend für die meritorische Entscheidung ist:³⁶⁾

a) Die Vergleichung des Petits mit den Behelfen des Gesuches, insbesondere mit der Intabulationsurkunde.

Hienach ist das Gesuch abzuweisen, wenn „die Urkunden nicht in derjenigen Form (s. oben) vorliegen, welche zur Bewilligung einer Einverleibung erforderlich ist“ (das. § 94, Z. 4); aber auch, wenn das Petit nicht zu dem Inhalt der Tabularurkunde (resp. Tabularurkunde) stimmt, sei es auch, daß ersteres offenbar auf Versehen beruhen, und die der Urkunde gemäße Eintragung mit dem Tabularstand wohl verträglich sein sollte;³⁷⁾ endlich: wenn der Inhalt der Urkunden an sich ungeeignet ist, das Einverleibungsbegehren zu begründen (das. Z. 3).

31) Außer dem Original der Tabularurkunde sind nach Umständen auch noch Abschriften derselben für die Urkundensammlung und zum Zweck der Gebührenbemessung dem Einverleibungsgesuche beizuschließen (G.B.D. §§ 90, 91), doch bildet ihr Mangel keinen Grund zur Abweisung des Gesuches.

32) Von den in Note 1 Angef. insbes. Schöpf, S. 198 fg. G.B.G. §§ 93 fg. Vollz. Instruktion v. 12. Jänner 1872, N.G.B. 5. Ung. G.B.D. §§ 156 fg.

33) Die Uebernahme kann weder verweigert werden, noch darf sie außer den gerichtlichen Amtsstunden geschehen; auf Verlangen muß über dieselbe schriftliche Befestigung erteilt werden. Schöpf, S. 200.

34) „Einreichungszahl“, „Präsentatum“, G.B.G. § 29, Instruktion § 2; Ung. G.B.D. §§ 161, 162. Oben S. 27.

35) A. b. Ob. § 440, G.B.G. § 29.

36) Nachstehendes gilt für den regelmäßigen Fall, da das Grundbuchgericht die Einverleibung sowohl zu bewilligen, als zu vollziehen hat; steht jedoch die Bewilligung einem andern Gericht zu (s. oben Note 7), so liegt dem Grundbuchgericht nur die unter b) unten angeführte Kognition ob, in sonstiger Beziehung „steht die Entscheidung dem bewilligenden Gericht zu.“ G.B.G. § 94 a. E.

37) Z. B. „wenn Bittwerber die Pfandverschreibung auf ein ganz anderes Reale begehrt, als im Kontrakte enthalten ist, und dem Gegner beide Realitäten zugeschrieben sich befinden, soll das Gesuch abgeschlagen werden.“ Hofdekr. v. 16. Apr. 1830, J.G. S. 2459.

Der Grundbuchsrichter hat das ihm vorgelegte Rechtsverhältniß lediglich so, wie es sich aus den Urkunden darstellt, aufzufassen und zu beurtheilen.³⁸⁾ In wie weit deren Inhalt materiell der Wahrheit entspricht hat er nicht zu untersuchen und ebensowenig hat er Einreden, die sich etwa aus dem Urkundenmaterial ableiten lassen, zu berücksichtigen; dagegen liegt ihm allerdings ob, rechtliche Hindernisse der Entstehung, sowie Erlöschungsthatsachen des zu realisirenden Hypothekartitels, wo solche aus der Tabularurkunde selbst erhellen, von Amtswegen zur Geltung zu bringen,³⁹⁾ indem er das Gesuch abweist. Letzteres müßte z. B. unzweifelhaft geschehen, wenn auf der Intabulationsurkunde die nach ertheilter Einverleibungsbewilligung erfolgte Tilgung der Hypothekarforderung ersichtlich gemacht, ebenso wenn ihre ursprüngliche Richtigkeit mangels gehöriger Vertragsform (oben § 19, Z. 2) offenbar, nicht aber wenn aus den Urkunden der Bestand einer kompensablen und überwiegenden Gegenforderung zu entnehmen wäre.

b) Die Vergleichung des Petits mit dem gegenwärtigen Grundbuchstand des zu belastenden Objekts.

Jede neue Einverleibung hat sich dem vorgefundenen Grundbuchstand unterzuordnen; würde sie mit demselben in Widerspruch gerathen, so darf sie nicht bewilligt werden (G. B. G. § 94, Z. 1). Ergibt also die „Ausstrichung“⁴⁰⁾ des Grundbuchs ein bücherliches Hinderniß, in-

38) Er „soll nur nach den Gesetzen und nach den vorgebrachten Beweisen, keineswegs aber auf Privatwissenschaft und Billigkeit gestützt entscheiden.“ Hofdekt. v. 31. Jänner 1827 bei Schöpf, S. 205.

39) So kann man diesen schwierigen Punkt etwa formuliren, und es dürfte damit das Prinzip ausgedrückt sein, welches die öfr. Praxis bisher unbewußt in einer Frage geleitet hat, die gesetzlich nirgends geregelt (G. B. G. § 94, Z. 3 involvirt die Frage, aber löst sie nicht) und literarisch kaum berührt ist; s. die Andeutungen bei Prato bevera, Mat. VIII, S. 347, 381, 382 und R e p s c h §. 46, der das Nichtigkeits zu meinen scheint, dafür aber weder den zutreffenden Ausdruck (. . . Urkunden, wenn sie zugleich Umstände bestätigen, welche im Widerspruche mit der Entwicklung [Eintragung?] des Rechts stehen“?), noch richtige Beispiele (s. dessen Note*) hat. — Besser die oberfrucht. Entsch. bei GUW. Nr. 569: „in Erwägung, daß auch der Grundbuchsrichter die in der Urkunde selbst festgesetzten Rechtsbeschränkungen zu berücksichtigen hat.“ Vgl. Roth, bair. Civilrecht, II, S. 387 fg.

40) So bezeichnet man in Oestreich die vor Erledigung jedes Tabulargesuches durch den Grundbuchsführer vorzunehmende Revision der betreffenden Buchfolien: Spezielle Vorschriften darüber: Instruk. § 3. Ung. G. B. D. §§ 161 fg., A u f s e z, S. 183 fg. R e p s c h, S. 117.

dem das zu belastende Objekt entweder nicht im Bucheigenthum desjenigen steht, gegen den die Einverleibung nachgesucht wird, oder in seiner Hand der Art gebunden ist, daß es überhaupt nicht, bez. nicht ohne Bewilligung oder Genehmigung Dritter hypothekarisch belastet werden kann, so muß das Gesuch nach Maßgabe des oben in §§ 24, 25 Ausgeführten abgewiesen werden.⁴¹⁾

c) Die Rücksicht auf ein etwa vorhandenes „gegründetes Bedenken gegen die persönliche Fähigkeit der bei der Eintragung Betheiligten zur Verfügung über den Gegenstand, oder gegen die Befugniß der Bittsteller zum Einschreiten.“ (G. B. G. § 94, Z. 2).

In dieser einzigen Beziehung darf und soll die Kognition des Grundbuchsrichters hinausgreifen über das ihm vorliegende Aktenmaterial. Er ist für seine „Bedenken“ über die Handlungsfähigkeit⁴²⁾ und Sachlegitimation der Parteien keineswegs an die Beweisregeln des formellen Verfahrens gebunden, sondern auf sein freies Ermessen gewiesen, selbstverständlich aber verpflichtet, die Motive, welche seine Bedenken ihm als „gegründete“ erscheinen lassen, in den Entscheidungsgründen des abweislichen Bescheides darzulegen, damit die Parteien sich in der Lage finden dieselben im Rekurswege zu diskutiren oder zu beheben.

Das Maß der zu ertheilenden Intabulationsbewilligung ist durch

41) Entsch. in GUW. Nr. 753, 1314, 1331.

42) Dahin ist der gesetzliche Ausdruck: „persönliche Fähigkeit . . . zur Verfügung über den Gegenstand, welchen die Eintragung betrifft,“ zu interpretiren. Der Richter hat es zu berücksichtigen, wenn etwa der Auktor minderjährig, wahnsinnig oder konkursfällig ist, auch ohne daß dieß bücherlich oder aktenmäßig apparirt, dergleichen wenn die angeforderte hypothekarische Verfügung das Vermögen einer Person oder Korporation trifft, welches nur mit Genehmigung einer Staatsbehörde belastet werden kann (A u f s e z, S. 267), — nicht aber kann er die Einverleibung abweisen, weil er außerbücherlich (wenn auch amtlich) davon Kenntniß hat, daß derselbe zur Verpfändung m a t e r i e l l nicht befugt sei, weil ein Anderer Naturaleigenthümer ist, oder weil das Objekt durch eventuelle Rechte Dritter gebunden ist: denn daß wir über den Rechtskreis Anderer nicht verfügen können, entspringt nicht einem Mangel unserer „persönlichen“ Verfügungsfähigkeit, sondern der Existenz und Wirksamkeit eben dieser Rechte; letztere aber soll, soweit Tabularakte in Frage kommen, eben von ihrer bücherlichen Ersichtlichkeit abhängig sein. Wenn also z. B. ein das Verpfändungsobjekt treffendes Substitutions- oder Fideikommißband nicht durch bücherliche Anmerkung (s. oben § 25) ausgezeichnet ist, so hat auch der Richter von Amtswegen dasselbe m. E. nicht in Rücksicht zu ziehen (es sei denn, daß dasselbe aus den vorliegenden Tabularurkunden erhelle, s. oben Note 39).

das Petit des Gesuches gegeben: Mehr oder etwas Anderes, als dort begehrt ist, darf nicht bewilligt werden (G.B.G. § 96), auch wenn das Recht dazu durch die beigebrachten Urkunden erwiesen wäre; dagegen kann allerdings der Richter ein Wenigeres bewilligen, indem er die Einverleibung nicht auf all' den Objekten, rücksichtlich deren sie begehrt wurde, oder nicht in der verlangten ziffermäßigen Höhe oder Prioritätsstellung zuläßt. — Eine singuläre Kautelarvorschrift ist es, daß die Einverleibung verweigert werden muß, wenn aus der Tabularurkunde hervorgeht, es seien dem Petenten bezüglich des zu erwerbenden Hypothekarrechts „Beschränkungen in der Verfügung, oder Gegenverpflichtungen auferlegt worden, hinsichtlich deren die gleichzeitige Einverleibung für die daraus Berechtigten bedungen wurde“, und wenn diese gleichzeitige Einverleibung (bez. Vormerkung) nicht mit angesucht ist (G.B.G. § 97). Die ausdrückliche Verabredung der „gleichzeitigen Einverleibung“ für die beiderseitigen Elemente eines bilateralen Geschäftes also hat die Wirkung, daß dieselben in der That nur gleichzeitig oder gar nicht zur Verbücherung kommen können; hiedurch ist den Kontrahenten ein Mittel geboten, um das durch den wesentlich einseitigen Tabularakt gelöste „Synallagma“⁴³⁾ des Geschäftes künstlich wieder herzustellen.⁴⁴⁾

Die Entscheidung über das Einverleibungsgesuch wird vom Grundbuchsrichter auf Grund der Akten und der Lustrirung, ohne Parteiverhandlung, getroffen und dem Gesuchsteller durch Bescheid eröffnet.⁴⁵⁾ Der Bescheid über Bewilligung einer Intabulation muß enthalten: Das einzutragende Recht nebst den wesentlichen Nebenbestimmungen mit den in das Hauptbuch einzutragenden Worten und unter Beziehung auf die der Bewilligung zu Grunde liegenden Urkunden; die Grundbucheinlagen, in welchen, die Personen, für welche, und die Objekte, auf welche die Eintragung erfolgen soll; endlich die Adressen, an welche der Bescheid zuzustellen ist (G.B. §§ 98, 122).⁴⁶⁾

43) Cf. L. 19. D. de verb. signif. 50, 16. L. 7, § 2. D. de pactis, 2, 14.

44) Künstlich und singulär (obzwar aus praktischen Gründen wohl zu rechtfertigen) ist diese Einrichtung, weil sie den Mechanismus der Tabularverwaltung für einen ihm fremden Zweck in Bewegung setzt (Wahrung der Rechte Dritter), und diesen Zweck durch ein abnormes Mittel erreicht (Verfügung eines an sich rechtlich begründeten Tabularaktes).

45) Vgl. Rlep sch, S. 116 fg. Schopf, S. 219 fg. Oben S. 27 fg.

46) Die Zustellung des Bescheides an den Gesuchsteller selbst erfolgt nach dem

So lange der Bescheid weder grundbücherlich vollzogen (unten § 27), noch behufs Zustellung expedirt ist, kann das Einverleibungsgesuchen zurückgezogen werden; es geschieht dieß durch das Ansuchen der Intabulationswerber um unerledigte Rückstellung ihres Gesuches.⁴⁷⁾ Sollte aber nach Einreichung eines solchen Ansuchens gleichwohl noch die bewilligte Eintragung vollzogen worden sein, so könnte die Aufhebung doch nur im Wege des ordentlichen Lösungsbegehrens stattfinden.

Rechtskräftig⁴⁸⁾ wird der erstrichterliche Bescheid, wenn entweder die Rekursfrist⁴⁹⁾ ohne Rekurs verstrichen, oder ein solcher von der letzten Instanz abgewiesen ist. Erfolgt die Bewilligung der Einverleibung erst in der zweiten, oder wird sie erst durch Bescheid der dritten Instanz rechtskräftig, so hat dieß auf Inhalt und Wirkung der bewilligten Intabulation keinen Einfluß; dieselbe ist, wenn überhaupt rechtskräftig, in jedem Fall so zu beurtheilen, als ob sie in dem Zeitpunkt der Ueberreichung des ersten Gesuches erfolgt wäre (G.B.G. § 132).

§ 27.

2) Vollzug und Inhalt des Eintrags.

Jede bewilligte Einverleibung ist sofort von Amtswegen im Hauptbuch (G.B.G. § 5) zu vollziehen, auch wenn die Bewilligung noch

über Zustellung gerichtlicher Erledigungen überhaupt geltenden Regeln, Instrukt. §§ 25, 26, Aufseß, §§ 251—262, Schopf, S. 225 fg. Ung. G.B.D. §§ 138—141; über diejenige an Dritte aber (G.B.G. §§ 123 fg.) s. unten § 32.

47) Rlep sch, S. 110 fg. Derselbe will übrigens nicht, wie hier vertreten wird, den Moment der amtlichen Expedition des Gesuches, sondern „die Zustellung der Entscheidung an irgend eine der beteiligten Parteien“ als die Möglichkeit eines einfachen Widerrufs ausschließend betrachten, was m. E. zu Inkonvenienzen führt.

48) Ueber das Rechtsmittel des Rekurses gegen Grundbuchsbescheide s. das G.B.G. §§ 126—133, Ung. G.B.D. §§ 142—147. Das Verfahren: Aufseß §§ 263—274, Rlep sch, S. 155 fg. Berechtigt zur Rekurshebung sind sowohl die Intabulationswerber, als diejenigen, deren Sacheigenthum durch die Hypothek unmittelbar belastet werden soll (G.B.G. § 123, Z. 1, 4), nicht auch dritte Interessenten (§ 123, Z. 2, 3); diese haben ihr Interesse durch die Lösungsklage (G.B.G. § 61) zu wahren und durch die Streitannmerkung, welche, innerhalb der Rekursfrist angebracht, als Protestation in rem wirkt (G.B.G. § 63, u. oben § 15).

49) Dieselbe beträgt innerhalb des Oberlandesgerichtsprengels 30, außerhalb desselben 60 Tage, und ist nicht erstreckbar (G.B.G. § 127, Ung. G.B.D. § 143); über die Berechnung derselben s. G.B.G. § 81.

dem Rekurse unterliegt. 1) Der Vollzug erfolgt über schriftlichen Auftrag des Grundbuchsgerichts an den Grundbuchsführer 2) und nach dem Inhalt dieses Auftrags (G.B.G. § 102). Die Berichtigung eines erteilten Auftrags wegen bücherlicher Unausführbarkeit desselben, sowie die Berichtigung eines nach vollendeter Eintragung wahrgenommenen Fehlers in derselben kann nur auf Grund eines neuen richterlichen Auftrags erfolgen (das. § 102, 104). 3)

Der die Hypothek definitiv begründende Intabulationseintrag soll enthalten: 4)

1) Die ausdrückliche Bezeichnung des Eintrags als „Einverleibung“, oder „Intabulation“ (G.B.G. § 103). 5)

2) Die Einreichungszahl und das Datum des Gesuches 6), auf welches hin die Einverleibungsbewilligung erfolgte. — Nicht notwendig aber üblich ist die Beifügung des Datums des Vollzugs der Einverleibung; auch die Bezeichnung der Ordnungszahl (Nummer) der Satzpost ist nur im Interesse der Buchführung geboten, nicht rechtlich relevant, da die Priorität nicht nach dieser, sondern nach der Einreichungszahl sich bestimmt (G.B.G. § 29).

3) Den wesentlichen Inhalt des Hypothekarrechts in kurzer Fassung. 7) Dahin gehört:

1) Wird alsdann ein Rekurs gegen die Bewilligung wirklich eingebracht, so ist dieß im Grundbuch bei dem Eintrag der Einverleibung von Amtswegen anzumerken, und diese Anmerkung im Falle der abweislichen Erledigung des Rekurses zu löschen. G.B.G. § 129. — Einzelvorschriften über den Vollzug der Eintragungen: Instrukt. §§ 4—13.

2) Dieser hat den Eintrag persönlich vorzunehmen; falls er selbst in der vorliegenden Sache Partei wäre, ist eine andere Person durch das Gericht zu delegiren. Justizhofbetr. v. 30. Aug. 1833 bei Schöpf, S. 167.

3) Letzterenfalls sind überdieß die Beteiligten zu vernehmen, wenn der Fehler irgend eine Rechtsfolge nach sich ziehen könnte. G.B.G. § 104. vgl. oben § 11.

4) Vgl. hiezu die Beilagen I und II (Kastenblatt).

5) Gewöhnlich geschieht dieß, indem die Forderung als „einverleibt“ bezeichnet wird; ein anderer, nicht technischer Ausdruck (wie z. B. „sichergestellt“, „eingetragen“, „an die Gewähr gebracht“ u. dgl. m.) darf nicht gebraucht werden.

6) Das „Präsentatum“; dazu, falls noch ein anderes denselben Tabularkörper betreffendes Gesuch gleichzeitig eingelangt wäre, ein Beisatz, der dieß ausdrückt und die Ranggleichheit beider bücherlichen Verfügungen wahr. G.B.G. § 103, 29. Instrukt. § 8.

7) Ist eine solche zugleich kurze und erschöpfende Fassung nicht möglich, so gestattet das Gesetz (§ 5) anstatt ihrer den Eintrag einer Berufung auf diejenigen,

a) Die Causa der Pfandforderung, wenn eine solche aus der Intabulationsurkunde erhellt; es wird dann die Forderung als „Darlehen“, „Kaufschillingsrest“ u. s. w. kurz charakterisirt. 8)

b) Der ziffermäßige Betrag derselben, und dasern sie verzinslich ist, der Zinsfuß; für numerisch unbestimmte Forderungen wird der nach Maßgabe des § 14 G.B.G. ermittelte Höchstbetrag hierher gesetzt. Der Betrag muß in Geld angesetzt sein; es besteht kein Zwang, denselben in einer bestimmten Münzsorte auszudrücken, doch soll es (richtiger Ansicht nach) in österreichischem Gelde geschehen. 9) Bei der Verbücherung periodischer Renten genügt die Angabe des ziffermäßigen Betrages der einzelnen Leistungen und ihrer Periode nur dann, wenn hiernach die Anzahl derselben und somit auch die Gesamtschuldsumme bestimmt ist; wo aber das nicht der Fall ist, wie z. B. bei allen auf Lebensdauer einer Person lautenden Renten, muß ein Kapitalbetrag ermittelt und eingetragen werden, der die numerische Größe der zu bestellenden Hypothek für den Realverkehr darstellt. 10) — Daß das Pfandobjekt auch für die Prozeß- und Exekutionskosten haften muß (G.B.G. § 16) ist, als selbstverständlich, in den Eintrag nicht aufzunehmen; wenn aber diese Haftung durch besondere Verabredung beschränkt oder aufgehoben wäre, müßte dieß eingetragen werden.

c) Die Bezeichnung des Objectes der Hypothek, falls nicht der

genau zu bezeichnenden Stellen der Intabulationsurkunden, welche den Inhalt der Forderung definiren, mit der Wirkung, daß die bezogenen Stellen als im Hauptbuche eingetragen anzusehen sind.

8) Ueber die rechtliche Bedeutung des Eintrags der Causa s. oben § 17, Note 13.

9) S. oben § 20 Note 10. Für die Umrechnung von in fremden Münzsorten ausgedrückten Schulden auf öst. Währung ist in der Regel der Kursverth der ersten im Zeitpunkt des Einverleibungsgesuches als Maßstab zu nehmen; wo dieß jedoch im gegebenen Falle (mit Rücksicht auf wahrscheinliche Kursveränderung bis zum Zahlungstermine) nicht entsprechend erscheint, ist auf Antrag des Interessenten nach Analogie des G.B.G. § 14 Abs. 4 ein billiger Höchstbetrag zu ermitteln und anzusetzen.

10) Dieser Satz trägt seine Rechtfertigung in sich; dem bisher in Oestreich geltenden Recht gegenüber ist er auf den Geist und Wortlaut des G.B.G. § 14 zu stützen: „Monatliche 10 fl., so lange X lebt“ sind keineswegs „eine ziffermäßig bestimmte Geldsumme“. — Der Kapitalbetrag ist vom Intabulationswerber anzusetzen, eventuell unter Einvernehmung des Gegners (G.B.G. § 14, Abs. 3, 4) gerichtlich festzustellen. Wie diese Feststellung nur für den Realverkehr Wirkung hat, und daß sie keine Ablösung der Rente (Novation) in sich schließt s. oben § 20, Note 7, 15; unten § 34, Z. 1.

ganze Tabularkörper, auf dessen Lastenblatt die Einzeichnung erfolgt, belastet werden soll. Letzteres wird angenommen, wenn die Intabulation ohne einen das Objekt betreffenden Zusatz geschehen ist. Bekanntlich kann aber auch ein Miteigentumsantheil des Grundbuchs-körpers gesondert verpfändet werden, und ist eine Pfandhypothek auch zulässig hinsichtlich eines verhältnismäßig oder ziffermäßig bestimmten Theils der zu belastenden Satzpost (G.B.G. § 13); solchenfalls muß der Eintrag diesen Theil genau bezeichnen.¹¹⁾ — Sollen außer dem vorliegenden Objekte noch andere für die gleiche Forderung simultan haften, so ist auch dies ersichtlich zu machen.¹²⁾

d) Nebenbestimmungen des zu errichtenden Hypothekarrechts.¹³⁾ Wie die „wesentlichen Bedingungen des Pfandvertrags“ über Mobilien in den Pfandschein (a. b. Gb. § 1370), so gehören die „wesentlichen Bestimmungen“ des bürgerlichen Pfandrechts in das Hauptbuch (G.B.G. § 5). Als solche sind zu betrachten alle diejenigen Nebenbestimmungen, welche das Hypothekarrecht selbst in seinem Bestand und Umfang, seiner Uebertragbarkeit und Ausübung¹⁴⁾ betreffen, also für und wider jeden Träger des zu begründenden bürgerlichen Rechtsverhältnisses Geltung haben sollen; nicht hierher aber gehören solche Bestimmungen, die bloß das persönliche Obligationsverhältniß der ursprünglich einander gegenüberstehenden Parteien regeln wollen.¹⁵⁾ Ausgeschlossen durch positive Vorschrift (a. b. Gb. §§ 1371, 1372) ist überdies eine Reihe von Klauseln, welche das Gesetz ausdrücklich für unzulässig und nichtig erklärt, deren Eintragung daher das Grundbuchsgericht von Amtswegen verweigern muß. Nämlich:

aa) Die sog. kommissorische Klausel (lex commissoria), wonach

11) Es geschieht im ersten Fall durch Eintrag des Namens desjenigen Miteigentümers, dessen Eigentumsantheil belastet wird, im zweiten durch Bezeichnung der Nummer der Satzpost und Angabe des aliquoten oder aliquanten Theils derselben. Vgl. Beilage I, C, Post 12.

12) G.B.G. §§ 106, 112; es wird neben das Präsentatum der Eintragung der Zusatz „Haupteinlage“, beziehungsweise „Nebeneinlage“ gesetzt. Instrukt. § 8 (vgl. Beil. I, C, Post 5).

13) Vgl. Dernburg, Pftr. I, S. 191—201, Meibom, mefl. Prt. S. 132 fg.

14) Ueber die bürgerliche Auszeichnung der Exekutiv-Qualität der Pfandforderung s. unten § 35 Nr. 19.

15) J. B. das pactum de non petendo in personam.

das Pfandobjekt nach der Verfallszeit der Schuldforderung dem Gläubiger zufallen soll.¹⁶⁾

bb) Alle Verabredungen, wodurch die Verwerthung des Pfandobjekts dem Hypothekargläubiger anders, als im Wege der gerichtsmäßigen Feilbietung, gestattet wird;¹⁷⁾ insbesondere die, „daß er es nach Willkür, oder in einem schon im voraus bestimmten Preise veräußern oder für sich behalten könne.“¹⁸⁾

cc) Die Bestimmung der Unkündbarkeit der Hypothek auf Seiten des Hypothekarschuldners.¹⁹⁾

dd) Die Verpflichtung des Bucheigentümers, das Objekt nicht mit weiteren Hypotheken zu belasten.²⁰⁾

ee) Die Verabredung „daß der Gläubiger nach der Verfallszeit die Veräußerung des Pfandes nicht verlangen dürfe“, also die gänzliche Ausschließung der gerichtlichen Realisirbarkeit der Hypothek. Hiemit ist keineswegs die Errichtung von auf Seite des Gläubigers unkündbaren Hypotheken ausgeschlossen, denn bei solchen hat das Kapital eben

16) Verbot der lex commissoria: L. ult. C. de p. pign. et de l. comm. rescind. (S. 35) Constantinus; R. Pol. D. v. J. 1577, XX, 5; östr. Wucherpatent v. 2. Decemb. 1803, § 10 („Wucher in den Bedingungen“), a. b. Gb. § 1371. Aus der Aufhebung der Wuchergesetze ist gegen das Verbot der l. commissoria nichts zu folgern.

17) Alle private Realisirung des Hypothekarrechts ist im Interesse des Realcredits ausgeschlossen; ebenso jeder Einfluß des Parteiwillens auf die Formen der öffentlichen Pfandverwerthung, denn diese gehören zu dem jus, quod privatorum pactis mutari non potest. — Bei der Verpfändung einer Satzpost würde die dem Pfandgläubiger eingeräumte Befugniß, sich eventuell durch Einziehung der Forderung selbst zu befriedigen, nicht eine verbotene Klausel, sondern eine bedingte (und quantitativ beschränkte) Cession der Post enthalten.

18) A. b. Gb. § 1371; ebenfalls in Uebereinstimmung mit dem Wucherpatent, aber nicht mit demselben beseitigt (s. die Note 16). Die Entsch. bei O. W. Nr. 523, 534, 1094, 2015 müßten allerdings jetzt anders ausfallen, insofern sie nicht auf das Prinzip des öffentlichen Hypothekenverkaufs, sondern auf den Wucherbegriff sich gründen.

19) Der Grund des Verbotes ist nicht ein formell juristischer (unrichtig Stube nach zu § 1371, Nr. 2), sondern ein volkswirtschaftlicher: die Bildung unablösbarer Renten auf diesem Wege soll verhindert werden.

20) Eine solche Nebenbestimmung (wohl zu unterscheiden von dem Verbot der Pfandverpfändung, das dem Hypothekar rechtsgiltig auferlegt werden kann) würde keinem Interesse, sondern nur einer grüßlichen Vorsicht des Gläubigers entspringen, die keinen Rechtsschutz verdient.

keine Verfallzeit, insolange der Schuldner nicht gekündigt hat, und für die jeweilig fälligen Zinsen steht dem Gläubiger die Realexecution offen.

ff) „Der Nebenvertrag, daß dem Gläubiger die Fruchtnießung der verpfändeten Sache zustehen solle“. (Antichrese.)²¹⁾

gg) Endlich sind nach a. b. Gb. § 1371 überhaupt „alle der Natur des Pfand- und Darlehensvertrags entgegenstehenden Bedingungen und Nebenverträge“ ungiltig.²²⁾ Hienach ergibt sich die auch sonst unzweifelhafte Pflicht für den Grundbuchrichter, keine Eintragung zu bewilligen für Geschäfte, die sich nach ihrem urkundlich vorliegenden Inhalt als in sich widerspruchsvoll und darum juristisch unmöglich darstellen. —

Als wesentliche Nebenbestimmungen des zu begründenden Hypothekarrechts, die zur Einverleibung kommen dürfen und sollen (vgl. Note 7), sind hier namentlich folgende hervorzuheben:

aa) Zeitbestimmungen. Sowohl solche, die sich auf die Zinsverbindlichkeit beziehen, als welche die Kapitalszahlung betreffen;²³⁾ insbesondere die Fälligkeitstermine, beziehungsweise Kündigungsfristen. Unkündbarkeit kann nur zu Gunsten des Schuldners, zeitweise oder bedingte Ausschließung seines Kündigungsrechtes nur soweit stipulirt werden, als darin nicht eine Verabredung in fraudem des § 1371

21) A. b. Gb. § 1372. Das Verbot der Antichrese in Oestreich hängt zwar zusammen mit den Maßregeln gegen den Wucher (vgl. Wucherpat. § 9), läßt sich aber auch unabhängig davon durch die Rücksicht auf „Vermeidung weiträufiger und verwickelter Streitigkeiten“ (Zeller, IV, S. 48) wohl begründen. — In Ungarn waren Gutsverpfändungen mit Antichrese erlaubt und üblich, bis dieselben durch Pat. v. 29. Nov. 1852 § 19 abgeschafft wurden. S. darüber Stubenrauch zu § 1372, 2.

22) Die Stellung dieses Satzes an der Spitze des § 1371 soll denselben als das Prinzip bezeichnen, von welchem die folgenden Spezialbestimmungen Anwendungs-fälle seien (verb. „dahin gehören. . .“) Diese auch von Zeller a. a. O. vergetragene Auffassung ist jedoch unrichtig, denn jene verbotenen Klauseln enthalten (etwa mit Ausnahme der unter cc, und ee angeführten) in der That nichts, was mit der „Natur des Pfand- und Darlehensvertrags“ im Widerspruch stünde; sie entspringt dem Bestreben der Redaktoren, theoretisch zu motiviren und mit der ratio juris in Einklang zu bringen, was gegen dieselbe aus praktischen Gründen (s. oben) statuirte wurde.

23) Wo solche Bestimmungen vertragsmäßig nicht vorliegen, gilt für die Zinsen a. b. Gb. § 997 („die Zinsen sind gemeinlich bei Zurückzahlung des Kapitals, oder wenn der Vertrag auf mehrere Jahre geschlossen, . . . jährlich abzuzuführen“), für das Kapital §§ 904, 1417.

a. b. Gb. gelegen ist (oben unter cc). Auch Endtermine können der Hypothekarforderung anhaften.²⁴⁾

bb) Bedingungen. Ist die Pfandforderung bedingt, so überträgt sich deren Bedingung von selbst auf das Hypothekarrecht,²⁵⁾ ist also einzutragen. Aber auch für eine unbedingte Schuld kann eine bedingte Hypothekbestellung erfolgen, die von der provisorischen Vormerkung wohl zu unterscheiden ist;²⁶⁾ sie geschieht, gemäß dem Willen des Verpfänders, durch (definitive) Einverleibung des Pfandrechts unter Beifügung des Inhalts der Bedingung.²⁷⁾ Die Entscheidung der Bedingung, wenn sie zu Gunsten des Hypothekarrechts ausgefallen ist, kann nachträglich auf Ansuchen der Betheiligten durch bücherliche Anmerkung ersichtlich gemacht werden. — Die Hypothek kann auch für die Konventionalstrafe der Pfandschuld mit haftbar gemacht werden, vorausgesetzt daß diese in Geld ausgedrückt ist.²⁸⁾

cc) Beschränkungen der Uebertragbarkeit des Hypothekarrechts. Sowohl die Cession, als die Verpfändung der Saßforderung kann durch Nebenbestimmung (ganz oder theilweise, bedingt, auf Zeit,

24) So, wenn jemand für eine Schuld seines socius mit seiner Realität so lange haften zu wollen erklärt, als die Societät dauert, oder bis dieser eine gewisse Erbschaft erworben haben wird; dann muß die Hypothekarflagge vor dem Eintritt des Endtermins erhoben sein, um Erfolg zu haben. Vgl. Dernburg, a. a. O. S. 191, 192.

25) S. Erner, Publizitätspr. S. 91, Kopecky, in Wagn. Zschr. 1835, I, S. 305.

26) In den öffentlichen Büchern Oestreichs findet man nicht selten Vormerkungen mit den Worten „bedingt eingetragen“ aufgeführt, ein Sprachgebrauch (nach a. b. Gb. § 438) der unklar ist und jetzt (nach G. B. G. § 103) doch wohl wird wegfällen müssen.

27) Dabei ist, wo es sich um Suspensivbedingungen handelt, zuzusehen, ob der Verpfänder wirklich die Bestellung des Pfandrechts schon vor Eintritt der Bedingung gewollt, also die bedingte Einverleibung unbedingt gewährt habe, oder ob er die Eintragung selbst erst existente condicione will (bedingte Tabularklausel, Entsch. G. U. Nr. 1606); vgl. L. 11. § 2. D. qui pot. 20, 4, wo dieselbe Unterscheidung für die Frage nach dem Rang des bedingten Pfandrechts nöthig wird, Dernburg a. a. O. S. 193.

28) A. b. Gb. § 1336, D. H. G. B. art. 284. Die eingetragene Straffsumme ist immer als „Höchstbetrag“ (G. B. G. § 14) zu betrachten, da das östr. Civilrecht bekanntlich die Konventionalstrafe unter den Gesichtspunkt eines „Vergütungsvertrags“ (Rubr. zu § 1336 a. b. Gb.) stellt und der richterlichen Aestimation unterwirft.

oder schlechthin) ausgeschlossen sein; eine vertragsmäßige oder letztwillige Beschränkung der Abtretung schließt im Zweifel auch die der Afterverpfändung in sich.²⁹⁾

dd) Modifikationen an der dem einzutragenden Hypothekarrecht gesetzlich zukommenden Priorität, insoweit solche überhaupt im Wege des Uebereinkommens der Betheiligten zu Stande kommen können.³⁰⁾ —

4) Der Einverleibungseintrag muß ferner enthalten: die Bezeichnung des Hypothekargläubigers nach Angabe der Tabularurkunde. Die Hypothek kann weder auf den eigenen Namen des Bucheigentümers, noch unter Vorbehalt nachträglicher Namhaftmachung des Gläubigers³¹⁾ eingetragen werden. Lautet die Schuldburkunde auf den Namen oder die Firma³²⁾ eines bestimmten Gläubigers, so ist diese Bezeichnung mit derjenigen Genauigkeit, welche das Einverleibungsbegehren ausdrückt (G. B. G. § 85), in den Eintrag aufzunehmen.³³⁾ Enthält aber dieselbe die Orderrklausel, oder lautet sie auf den Inhaber, so ist im Zweifel gleichwohl nur diejenige Person als Hypothekargläubiger einzutragen, die im Zeitpunkt des Intabulationsgesuches als Forderungsgläubiger ausgewiesen ist;³⁴⁾ jedoch kann die Hypothek-

29) Das ergibt sich im Hinblick auf die rechtliche Natur und den praktischen Erfolg der letzteren. Ob übrigens durch ein auf Zeit gestelltes Cessionsverbot auch die Afterverpfändung für eine nach dieser Zeit fällig werdende Schuld gehindert werde, ist eine Frage der Willensinterpretation in concreto.

30) S. unten V. Buch.

31) Der Fall des G. B. G. § 53, bildet davon keine Ausnahme.

32) Ueber die Zulässigkeit der Hypothekenbestellung für eine Firma fehlt es an gesetzlichen Bestimmungen, doch ist dieselbe bei Aktiengesellschaften und Genossenschaften außer Zweifel, und auch für die übrigen Fälle sehe ich keinen Grund sie zu bestreiten.

33) Es muß den Einverleibungswerbern überlassen bleiben, welche Merkmale sie für genügend erachten zur individuellen Bezeichnung des Berechtigten, ob sie also z. B. den Familiennamen für ausreichend halten, oder etwa außer beiden Namen auch noch eine weitere Charakterisirung der Person (durch Angabe des Standes, eines Prädikates, des Domizils u. s. w.) für nöthig erachten; nur im Fall offenbar ungenügender oder überflüssig weitschweifiger Bezeichnung könnte der Grundbuchsrichter (salvo recurso) eingreifen. — Wer die Einverleibung für seine Firma begehrt, muß wissen, daß er sich im Falle der Ausübung oder einer bürgerlichen Disposition über das Hypothekarrecht als Träger oder Rechtsnachfolger derselben zu legitimiren hat.

34) Es scheint dem muthmaßlichen Willen der Parteien eher zu entsprechen

bestellung auch „an Order“ geschehen, oder für den jeweiligen Inhaber der Tabularurkunde eingetragen werden,³⁵⁾ wenn dieß ausdrücklich begehrt wird (vgl. G. B. G. § 96) und durch den Verpfändungstitel gerechtfertigt erscheint.³⁶⁾

Besonderes gilt jetzt hinsichtlich der Gesamteintragung des Pfandrechts für die Besitzer von Theilschuldverschreibungen, welche auf den Inhaber lauten oder durch Indossament übertragbar sind. Hier tritt an die Stelle der Benennung des Berechtigten der Gesamtbetrag der Forderung, für welche das Pfandrecht bestellt wird, nebst den wesentlichen in der vorgelegten Urkunde enthaltenen Bestimmungen über die Ausgabe der Theilschuldverschreibungen, über deren Zahl, Höhe und Rückzahlung. (§ 12, Ges. v. 24. April 1874, R. G. B. 49.)

5) Ein kurzer Hinweis auf die Tabularurkunde und die Stelle in der Urkundensammlung (bez. dem Urkundenbuch, G. B. G. § 6, 90), an welcher diese zu finden ist.³⁷⁾

daß nur derjenige die Hypothek erlange, der um sie einschreitet, nicht auch eventuell sein Singularnachfolger; und überdieß rechtfertigt sich Obiges durch die Rücksicht auf den Bucheigentümer, dem im Zweifel die geringere Last aufzulegen ist. N. b. Gb. § 915.

35) Ueber die Zulässigkeit der hypothekarischen Verbücherung von Inhaberpapieren besteht eine (hauptsächlich um die Frage der Pränotirung in bianco girirter Wechsel sich bewegende) Kontroverse; s. darüber Krauz, v. G. Z. 1869 Nr. 18. Gegen die Verbücherung, „weil in einem solchen Papier die Person des Gläubigers nicht urkundenmäßig nachgewiesen sei,“ die Entsch. in v. G. Z. 1854 Nr. 122; 1855, Nr. 123 (vgl. Götz, das. 1857 Nr. 40, und Klepisch, S. 45); für die Verbücherung jedoch die neuere Praxis: Entsch. in d. „Gerichtshalle“ 1862 Nr. 46 (GWB. Nr. 1512), das. 1863 Nr. 28, v. G. Z. 1867 Nr. 6 und Krauz, a. a. O. Letzterem ist jedoch darin zu widersprechen, daß Inhaberpapiere nicht anders, als „unbestimmt zu Gunsten des jeweiligen Inhabers intabulirt sein dürfen“; warum dieß? da doch der gegenwärtige Inhaber eben als solcher allerdings „urkundenmäßig“ als Gläubiger sich ausweist, — und wie, wenn mir Jemand für meine Bon-Forderung an einen Dritten sein Haus verpfänden will, aber nur mir, und vielleicht eben um mich von Begebung des Bon's zurückzuhalten? Wenn aber überhaupt zulässig, muß diese Beschränktheit des Verpfändungswillens im Zweifel supponirt werden, s. die vorige Note.

36) Es genügt also nicht, daß dem Gläubiger X „für seine Forderung aus dem Wechsel d. d. . . . , pr. . . . die Bewilligung zur Pfandrechtseinverleibung“ vom Bucheigentümer ertheilt ist; die Verpfändungserklärung müßte ausdrücklich auf die Order des X, oder auf den „Inhaber des Biancowedfels d. d. . . .“ lauten.

37) Der Hinweis auf die Urkunde geschieht regelmäßig durch Bezeichnung ihrer Art (Kaufbrief, Darlehensschuldschein, Einantwortungsurkunde etc.) und ihres Da-

B. Die Vormerkung.

§ 28.

1) Zweck und rechtliche Natur derselben.¹⁾

Aus der oben gegebenen Darstellung der formalen Erfordernisse des Intabulationsakts erhellt, daß keineswegs jeder materiell vorhandene, sondern nur der im strengen Sinn der betreffenden Formvorschriften rechtlich dokumentirte Hypothekanspruch zur Einverleibung gelangen kann. Und das findet seine volle Rechtfertigung in den weittragenden Wirkungen dieses Aktes: soll jener Anspruch vermittelt der Eintragung unter den energischen Schutz des Publizitätsprinzips gestellt, von seiner materiellrechtlichen Grundlage fortan abgelöst und gewissermaßen auf eigene Füße gestellt werden, so kann das nur geschehen, nachdem vorher seine materiellrechtliche Existenz auf Grund von Vorlagen bekundet ist, die einen eminenten Grad von Sicherheit in sich schließen. Solche Vorlagen sind die „intabulationsfähigen“ Urkunden, und nur diese. Aber was die Requisite der Intabulationsfähigkeit dem Realitätverkehr in Bezug auf Sicherheit leisten, das entziehen sie ihm — wie alle Formvorschriften im Recht — an Leichtigkeit und Beweglichkeit. Denn was der Gläubiger auf dem Boden des gemeinrechtlichen Pfandsystems durch ein formloses mündliches Abkommen (*pactum hypothecae*) sofort erreicht, die Existenz eines wirksamen Hypothekarrechts, dazu bedarf es hier eines schwerfälligen Aktes durch den Tabularapparat, dessen Vollzug der Gläubiger nie ohne Zeitverlust und meist nicht ohne besondere freiwillige Mitwirkung des Verpfänders (Intabulationskonsens) erlangen kann. Wo ein materiell begründeter Pfandrechtsanspruch zunächst noch nicht in der tabularrechtlich erforderlichen Beurkundung vorgelegt werden kann, insbesondere wo er zu diesem

tums, die Beziehung auf die Urkundensammlung durch Angabe des Bandes und Foliums.

1) Exner, das Institut der Pfandrechtspränotation in Oestreich, S. 24—30 (1868), Kopecky, über das öst. Pränotationsystem, Wagn. Zschr. 1832, II, S. 141 fg. Pratoevera, Materialien, VIII, S. 355 fg. Carabelli, I, S. 560, 578 fg., Alepsch, S. 61 fg. — Prinz, Der Einfluß der Hypothekensbuchverfassung auf das Sachenrecht, insbes. die Lehre von den Protestationen nach preuß. Rt. (1858) S. 69 fg., 138 fg. Günner, Komm. I, S. 323 fg. Regelsberger, Hft., § 63 fg. Vgl. auch Jhering, Jahrb. f. Dogm. X, S. 488.

Behuf durch ein weitaussehendes Vorverfahren (z. B. Prozeß gegen den Verpfänder auf Ausstellung einer intabulationsfähigen Urkunde) erst formell zurecht gemacht werden müßte, da drücken jene Formen am empfindlichsten auf den Verkehr, indem sie die rechtzeitige Begründung der Hypothek und damit ihre Sicherheit gefährden.

Diese Gefahr hat fast allenthalben, wo das Buchsystem Eingang gefunden, die Praxis und Gesetzgebung dahin gedrängt bürgerliche Eintragungen zuzulassen, die bestimmt sind einen zur endgiltigen Eintragung nicht reifen, aber doch als vorhanden zu betrachtenden Pfandrechtsanspruch in so weit zu schützen, daß spätere sein Objekt betreffende rechtliche Ereignisse seiner dereinstigen Verbücherung und Wirksamkeit nicht mehr in den Weg treten können. Solche Einträge sind die in verschiedenen deutschen Staaten vorkommenden sog. Protestationen²⁾ und die östreichischen Pränotationen oder Vormerkungen. Ihre Aufgabe ist hienach im Allgemeinen schon bezeichnet. Sie sollen einer Anforderung der Billigkeit³⁾ Rechnung tragen helfen, indem sie die äußersten Konsequenzen des Formzwanges zu Gunsten des Gläubigers und seines vorausgesetztermaßen bestehenden Hypothekanspruchs insoweit brechen, als dieß mit den Formen des Tabularinstituts einerseits und mit der Rücksicht auf die Interessen des Schuldners andererseits vereinbar erscheint.

Das Mittel, durch welches dieß bewirkt wird, besteht in der Spaltung des Tabularaktes, welcher ein Hypothekarrecht zur Entstehung bringen soll,⁴⁾ in zwei der Zeit nach aufeinanderfolgende Theile. Was der Intabulationswerber mit Einem Mal leisten muß und daher auch mit Einem Schritt erreicht, das wird hier in zwei Absätzen

2) Nämlich die protestationes pro conservando jure et loco, Prinz, Gönner, a. a. O. Die protestatio de non disponendo entspricht theils unserer Eigenthumsvormerkung (a. b. Gb. § 438), theils der Vormerkung zur Sicherstellung (Realarrest); die protestationes pro conservandis exceptionibus fallen in das Gebiet unserer Anmerkungen.

3) Die Aquittätsnatur des Instituts der Pränotation muß betont werden, da sie für dessen praktische Gestaltung von Belang ist, s. meine angef. Abhandlung S. 28, 30, 40, und unten § 30 bei Note 8.

4) Es ist hier nur von der Pränotation des Hypothekenerwerbs die Rede; doch gilt das oben Gesagte analog ebenso von der Pränotation jeder andern bürgerlichen Veränderung (Erschöpfung, Uebertragung, Modifikation eines bestehenden Hypothekarrechts), wovon unten an den betreffenden Stellen noch das Nöthige vorkommen wird.

geleistet und erreicht: man gestattet eine vorläufige Verbücherung der angesprochenen Hypothek unter laxer gestellten formalen Voraussetzungen mit entsprechend problematischer Wirkung (Pränotation), und knüpft den Eintritt der vollen Intabulationswirkung an den späteren aber rechtzeitigen Nachtrag der vorerst fehlenden Requisite (Justifizierung). Bei den gesetzlichen Bestimmungen darüber, was an Belegen von Seiten des Eintragungswerbers schon im ersten Stadium vorgebracht sein muß, um auch nur vorläufig ins öffentliche Buch zu gelangen, und was der nachträglichen Beurkundung vorbehalten werden kann, ist der Gedanke maßgebend, daß nur ein an Gewißheit grenzender Grad von Wahrscheinlichkeit für die materielle Existenz des in Anspruch genommenen dinglichen Rechts ihm den einstweiligen Zutritt zur Verbücherung verschaffen soll. Diese aber bewirkt alsdann, daß das eingetragene Hypothekarrecht sofort unter den provisorischen Schutz der publica fides der Bücher tritt: es entsteht ein Pendenzverhältnis, dessen Lösung, sofern sie zu Gunsten des Eintrags erfolgt, das Recht allseitig so stellt, als ob es ursprünglich schon mit allen formalen Belegen ausgerüstet durch Einverleibungsakt entstanden wäre.

Witthin ist die Pränotation ihrem rechtlichen Wesen nach als provisorische Intabulation zu bezeichnen. Sie ist bestimmt für Hypothekarrechte, die aus formalen Gründen zur Einverleibung noch nicht reif sind und auf den Eintritt ihrer Reife nicht warten wollen; sie kann zwar solchen Ansprüchen nicht sofort definitiven Bestand gewähren, aber sie schafft der formell begründeten und bücherlich publizirten Aussicht auf dessen künftigen Eintritt schon jetzt dingliche Kraft, indem sie an dem betroffenen Objekt jede dem bedingten Recht präjudizierende Rechtsänderung eventuell ausschließt. ⁵⁾ Das pränotirte

⁵⁾ Vermöge dieses Erfolgs stellt *Ihering a. a. D.* unsere Pränotation unter die modernen Fälle einer Antizipation der „passiven Wirkungen der Rechte“ durch Gebundenheit der Sache. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß die Wirkung der Pränotation eines dinglichen Rechts in Oestreich weiter reicht, als zur bloßen Gebundenheit des Objekts: sie bringt auch die aktive Seite des pränotirten Verhältnisses zu derselben problematischen Wirksamkeit, wie die passive; der Inhaber eines pränotirten Eigenthums- oder Pfandrechts ist nicht nur gegen ihm präjudizirliche weitere Einträge geschützt, er ist sofort auch zur Disposition über sein Recht (Uebertragung, Verpfändung, Erlaß) befugt, — beides gleicherweise unter Vorbehalt künftiger Justifizierung. *G.B.G.* §§ 49, 21, und oben § 24, 3. 1, *Vgl.* auch *L. 17. 19. D. de her. v. a. vend.* (18, 4), *L. 14. § 1. D. de novat.*

Recht ist also ein bücherlich unfertiges, es erwartet sein definitives Schicksal von einem zweiten ergänzenden Buchakte, der Rechtsergänzung. Beide Akte zusammen stehen der Intabulation gleich in Bezug auf die Rechtswirkung sowohl, als in Bezug auf die materiellen und formellen Voraussetzungen. Sie theilen sich in die letzteren, indem schon die Pränotation den einen Theil derselben erfordert während ein anderer der Justifizierung vorbehalten bleibt; aber die Summe aller Requisite ist schließlich dieselbe, mag das Hypothekarrecht auf dem kurzen und geraden Weg der Intabulation, oder auf dem Umweg durch Vormerkung und Justifizierung zur Existenz gelangen.

Hiernach ist klar, daß das Institut der Pfandrechtspränotation dem materiellen Recht nicht angehört; es berührt gar nicht die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Hypothekarrecht materiell bestehen soll, sondern es nimmt ein solches als materiell gegeben an und führt dasselbe einen besonderen Weg zur Verbücherung. Die Vormerkung, wie sie nur dem praktischen Bedürfniß zur Erleichterung des bücherlichen Verkehrs entsprang, ist auch ihrem wahren Wesen nach nur ein technisches Nothmittel des formellen Tabularrechts. —

Die im Vorstehenden ausgeführte, aus der Natur der Sache sich ergebende Auffassung von dem Wesen der Pfandrechtspränotation kann freilich erst heute in Oestreich als mit dem positiven Recht in Einklang stehend bezeichnet werden, nachdem gewisse durch die Praxis eingeführte,

(46, 2), *L. 12. D. de acceptil.* (46, 4): *Quod in diem vel sub condicione debetur, acceptillatione tolli potest; sed ita id factum apparebit, si condicio stipulationis exstiterit.* *L. 17. cit.:* *Nomina eorum, qui sub condicione debent, et emere et vendere solemus: ea enim res est, quae emi et venire potest.* — Die theoretische Auffassung der Pränotationswirkung durch den *Ihering'schen* Gesichtspunkt scheint also nicht zureichend, weil sie den wirklichen Effekt dieses Akts in der That nicht erschöpft. Die Pränotation erzeugt ein unfertiges Rechtsverhältnis, welches von der Zukunft seine Vollendung erwartet, gleichwohl aber in der Gegenwart schon allseitig wirksam ist; nur daß seine Wirkungen vorläufig ebenso unfertig bleiben müssen, als es selbst ist. Hiernach möchte ich in der neuen Theorie *Röppens* (*Jahrb. f. Dogm.* XI, *bes. S. 163 fg. 218 fg.*) von der Begründung unvollendeter Rechtsverhältnisse aus perfecten Rechtsgeschäften (ein in sich perfecter Rechtsakt ist die Pränotation) den richtigen Ausgangspunkt für die Konstruktion unseres Verhältnisses finden, vorausgesetzt daß zugegeben wird, auch das unvollendete Rechtsverhältnis sei schon ein solches, wenn auch mit anderen, d. h. intensiv geringeren Wirkungen, als sie dem vollendeten zukommen würden. *Vgl.* über letzteren Punkt insbesondere *Wendt*, die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft (1872), *S. 125.*

von der Gesetzgebung allmählig acceptirte Auswüchse dieses Instituts gesetzlich wieder beseitigt sind. So lange in Oestreich, wie dieß bis zum neuen Grundbuchsgesetz allgemein der Fall war und auf dem Geltungsgebiet der ungarischen Grundbuchordnung noch jetzt der Fall ist, jede in halbwegs glaubwürdiger Art verbrieftete Forderung (s. das Nähere hierüber im folgenden §), auch ohne Bescheinigung eines Pfandrechts titels oder Arrestgrundes zur Pränotation zugelassen wurde, war diese allerdings ein Institut von materiellrechtlichem Charakter. Sie verschaffte jedem Inhaber einer schriftlich bescheinigten Forderung die rechtliche Möglichkeit zum Erwerb einer Hypothek für dieselbe zu gelangen, auch wo eine solche Möglichkeit materiellrechtlich sonst nicht vorlag (a. b. Ob. § 449), sie führte also in das materielle Recht den völlig neuen, in dieser Schärfe freilich nicht ausgesprochenen Satz⁶⁾ ein: die Existenz einer (schriftlich bescheinigten) Forderung involvirt an sich schon den Anspruch auf hypothekarische Sicherstellung gegenüber allem pfandbaren Vermögen des Schuldners, und es hängt nur vom Willen des Gläubigers ab, diesen Anspruch im Wege der Pränotation und Justifizierung bücherlich zu realisiren. Ein so geschaffenes Pfandrecht ist gewillkürtes Pfandrecht, nicht minder als das vertragmäßig bestellte, aber es ist zugleich ein einseitig gewillkürtes und das ist ihm charakteristisch; die Pränotation, so lange sie auf die bloße Bescheinigung einer Forderung hin zulässig war, gab jedem Gläubiger in Oestreich ein eigenmächtiges Pfändungsrecht an dem Immobilienvermögen seines Schuldners.⁷⁾

Der tiefgreifende Unterschied zwischen der rechtlichen Natur der bisher bestandenen und der neuen reformirten Pfandrechtspränotation, wie er hier in abstrakten Zügen gezeichnet ist, wird an dem Detail ihrer rechtlichen Erfordernisse sofort deutlich erhellen.

6) Vgl. übrigens schon das Lpat. für Steiermark v. 15. März 1730, Abs. 10: „... es ist auch nicht nöthig, daß allezeit alle Interessenten in die Vormerkung consentiren, sondern es steht einem jeden Creditor allein frei, seine in Händen habenden Schuldscheine und habende Sprüche vormerken zu lassen, wenn schon der Debitor die Schuld widerspricht.“

7) S. das Nähere in meiner angef. Schrift S. 12, 13. Die Versuche anderer Schriftsteller diesen prinzipiellen Charakter der Pränotation zu läugnen, und sie mit den allgemeinen materiellen Grundlagen des Sachenrechts in Einklang zu bringen, s. im folgenden §.

2) Erfordernisse der Pfandrechtspränotation.

§ 29.

a) Aelteres Recht.¹⁾

Es kann hier nicht unsere Aufgabe sein, die Geschichte des Instituts der hypothekarischen Pränotation²⁾ zu verfolgen; doch ist ein Rückblick auf den Rechtszustand, wie er dem Inslebentreten des allgemeinen Grundbuchsgesetzes unmittelbar vorherging schon darum unerlässlich, weil die Bedeutung und Tragweite der Neuerung nur an ihm gemessen werden kann; überdieß wird sich zeigen, daß auf dem Geltungsgebiet der ungarischen Grundbuchordnung derselbe ältere Zustand auch jetzt im Wesentlichen sich erhalten hat.

„Findet die Einverleibung einer Forderung in die öffentlichen Bücher wegen Mangels gesetzmäßiger Förmlichkeit in der Urkunde nicht statt, so kann sich der Gläubiger vormerken (pränotiren) lassen“; a. b. Ob. § 453.

Vor Allem ist hiernach festzustellen, daß der Hypothekerverwerb im Wege der Pränotation denselben allgemeinen Voraussetzungen und Modalitäten unterworfen ist, wie die Einverleibung. Die Differenz

1) Hauptquellen: Lpat. für Steiermark v. 15. März 1730, Abs. 10 (dazu die Instrukt. v. 13. Mai 1730, Abs. 12); Lpat. für Kärnten v. 25. Juni 1746, Abs. 10, 11; Lpat. für Oestreich ob der Enns v. 3. Okt. 1754, Abs. 10; für Oestreich unter der Enns v. 24. Nov. 1758, Abs. 9, 10; Fürmerkungs-pat. v. 1. Sept. 1765; Hofbefr. v. 15. März 1785 J. G. S. 397; v. 18. Sept. 1786, v. 13. Febr. 1787, v. 19. Jänner 1790, J. G. S. 578, 628, 1094; Lpat. v. 2. Nov. 1792, J. G. S. 66, § 29 (dazu Hofbefr. v. 4. Sept. 1820, J. G. S. 1697); Lpat. f. Böhmen und Mähren v. 22. April 1794, J. G. S. 171, §§ 17, 18; Hofbefr. v. 18. Nov. 1796, J. G. S. 324; v. 21. Juli 1797, J. G. S. 360; Westgal. Ob. II, §§ 236, 237; a. b. Ob. §§ 438, 453; Ung. G. B. D. §§ 87—103.

2) Eine Darstellung der geschichtlichen Entwicklung, zum Theil auf Grund ungedruckter archivalischer Quellen, gibt Johann y Gesch. und Reform der öfr. Pfandrechtspränotation, Wien 1870. Der Verfasser findet den Ursprung unserer Pränotation in dem s. g. sächsischen Arrest und den „böhmischen Conditionen“ (vgl. Leys er, Medit. ad. Pand. sp. 475, m. 9; Bd. VII, p. 436: Saxones tamen, quibus Bohemi, . . . alii que adsentiant, arrestantibus hypothecam tribunt.), und verfolgt die trotz heftiger und wohlbegründeter Opposition stets fortschreitende Ausbreitung des Instituts durch die Praxis und die innerösterreichischen Landtafelpatente bis zu seiner generellen Feststellung durch das Hofbefr. v. 18. Nov. 1796, dessen materieller Inhalt in das westgal. Ob. und das a. b. Ob. recipirt ist. Vgl. übrigens auch S a a n, S. 7, 18, 23, 170 fg.

bezieht sich eben nur auf die „gesetzmäßigen Förmlichkeiten in der Urkunde“; was sonst über die buchmäßige Dispositionsfähigkeit der Personen, über die formelle Einleitung, Bewilligung und Vollziehung des Intabulationsaktes oben gesagt ist, gilt auch hier, wo nicht Abweichungen besonders erhellen. Solche aber bestehen nur auf zwei Punkten: bezüglich der an die einzutragende Tabularurkunde gestellten Anforderungen, und bezüglich der unmittelbaren Wirkung der Eintragung. Die letztere besteht bekanntlich in dem vorerst nur „bedingten Pfandrecht“, welches erst „wenn die Forderung . . . gerechtfertigt worden ist, von dem Zeitpunkte des nach gesetzlicher Ordnung eingereichten Vormerkungsgesuches in ein unbedingtes übergeht“ (a. b. Gb. § 453).

Die Schwierigkeit liegt nicht in der Feststellung der Wirkung, sondern betrifft die Voraussetzungen der Pränotation und Rechtfertigung. Daß jedenfalls eine Urkunde über das zu pränotirende Schuldverhältniß vorliegen muß, ³⁾ ist außer Zweifel; fraglich nur, welche „Förmlichkeiten“ es sind, die ihr fehlen dürfen, bez. welche Eigenschaften ihr unerlässlich sind, um zwar nicht intabulirbar aber doch pränotationsfähig zu sein, und ferner: was im Rechtfertigungsverfahren dem Pränotanten festzustellen obliegt. — Darüber nun hatte sich längst vor dem Erscheinen des a. b. Gb. im Anschluß an die Landtaspelpatente und gewisse spezielle Verordnungen (s. Note 1) eine feste Praxis gebildet, welcher das Gesetzbuch — wie sehr es auch dazu Veranlassung gehabt hätte — nicht entgegengetreten wollte, ⁴⁾ der es jedenfalls nicht mit Er-

3) Auch darüber gab es in der älteren Provinzialgesetzgebung abweichende Bestimmungen, s. meine angef. Schrift S. 36, Johanny S. 146, wo eine Pränotation aus der Wiener Landtaspel (Instrum. X, Fol. 242) citirt wird, die lautet: „auf 31 Dukaten aus dem Pharaospiel im kaiserlichen Theater, ohne allen Beleg.“

4) Das wird bestritten von denjenigen, welche den § 453 a. b. Gb. durch § 449 ergänzt bez. berichtigt wissen wollen, und demnach behaupten, das a. b. Gb. wolle der früheren Pränotation ohne Titel ein Ende machen, und es sei ihm zufolge spätestens im Justifizierungsverfahren der Nachweis eines Titels zu erfordern. So Rippel, Benoni, Winimarter, Hoffbauer in Wagn. Zschr. 1830, I; 1831, I; 1832, I; 1834, II; Helm in Haimers Viertelsschr. I, S. 268 fg., Michl, Grundriß S. 179 und Harum im Magazin XIII, S. 24 fg. Diese Ansicht hätte ein hohes praktisches Verdienst gehabt, wenn sie, was leider nicht der Fall war, sich in der Praxis hätte durchsetzen können (s. unten Note 9—11); theoretisch richtig aber war sie gewiß nicht, vgl. zu den a. a. D. S. 8 von mir gegebenen Andeutungen jetzt noch das bisher ungedruckte Votum Zeillers bei Johanny

folg entgegengetreten ist. Durch sehr zahlreiche Präjudikate, von denen nur einige aus neuerer Zeit hier als Belege herausgegriffen werden, ist nämlich folgendes festgestellt:

Um Pfandrechtspränotation zu erhalten braucht der Gläubiger lediglich sein dießbezügliches Begehren durch Vorlage einer Urkunde zu unterstützen, aus welcher sich die wahrscheinliche Existenz einer Forderung für ihn an den Bucheigenthümer des zu belastenden Objekts ergibt. Die Wahrscheinlichkeit wird angenommen, wenn die Urkunde der Art ist, daß sie nach den Grundsätzen der Civilprozeßordnung mindestens einen sog. halben Beweis herstellen kann. ⁵⁾ Daß die Forderung fällig sei wird ebenso wenig erfordert, als daß ihr Betrag irgendwie schon feststehe; ⁶⁾ auch ist der Pränotant keineswegs gehalten das Begehren durch den Hinweis auf eine etwaige Gefahr der Vereitelung seiner Forderung zu motiviren, „da hierauf bei diesem Rechtsmittel nichts ankommt.“ ⁷⁾ Die Pränotation kann auf jedes im Bucheigen-

a. a. D. S. 199, 200. „Die Vormerkung wird nach dem bestehenden Landtaspel- und Grundbuchpatent hauptsächlich dann angeführt und bewilligt, wenn man keinen dieser beiden Titel und auch keine ausdrückliche Verwilligung des Schuldners in der Urkunde hat, sich intabuliren zu lassen. Hierin eine Abänderung zu treffen, könnte für den Realkredit bedenkliche Folgen haben. . . Aus diesen Betrachtungen wäre der Inhalt des § 336 westgal. Gb. beizubehalten.“ Auch die posthume Vertheidigung, welche jetzt Hofmann (in Grünhut's Zschr. f. d. Privat- und öff. R. I, S. 281 fg. 1874) der hier abgelehnten Ansicht zu Theil werden läßt, kann hiegegen nicht aufkommen. Die subtilen Bedenken, welche Hofmann S. 296 den obigen Worten Zeillers entnimmt, hat dieser selbst durch seinen Kommentar II, S. 261 bestimmt genug abgewiesen; und die „überraschende Bestätigung“ seiner Ansicht, die H. S. 285 im § 336 westgal. Gb. findet, gründet sich auf das Vorurtheil, es müsse das im Kontext an zweiter Stelle gebrauchte Wort „Forderung“ ein Anderes bedeuten, als das an erster Stelle stehende „Schuldforderung“. In Wahrheit aber wird die an sich unannehmbare Auslegung des Ausdrucks „Forderung“ (= Pfandrechststitel) eben dadurch hier ganz unmöglich, daß die voranstehende „Schuldforderung“ keinen Zweifel über die Natur der weiterhin erwähnten „Forderung“ übrig läßt.

5) Entsch. bei GUV. 572. Beispiele: briefliche Schuldbekennnisse ohne Angabe der Causa (das. Nr. 1346), Handelsbuchauszüge, auch ohne Bestätigung der ordentlichen Buchführung (Nr. 249, 1122), beliebige Kontokorrente (Nr. 195, 355), in bianco girirte Wechsel (Nr. 1512), Grundbuchsauszüge (Nr. 260), amtliche Vertragsprotokolle (Nr. 1170), Prozeßschriften, in denen ein gegnerisches Schuldbekennniß enthalten ist (Nr. 572, 1899) u. a. m.

6) Dasselbst Nr. 1249.

7) Nr. 716, 1582.

thum des Schuldners befindliche Objekt, auch auf mehrere zugleich oder successive begehrt werden, ohne der Beschränkung des § 1374 a. b. Gb. zu unterliegen.⁸⁾ Enthält die Urkunde, wie gewöhnlich, keinen Titel zur Sicherstellung, und ist ein solcher für die bescheinigte Forderung auch sonst nicht kontraktmäßig, gesetzlich, oder durch Richterspruch vorhanden, — so bildet das kein Hinderniß der Pränotation. Die Rechtfertigung derselben aber, und mit ihr die Verwandlung des bisher „bedingten“ in ein unbedingtes Hypothekarrecht, besteht darin und nur darin, daß die obige Wahrscheinlichkeit (rechtzeitig) zur formellrechtlichen Gewißheit erhoben wird. Die Thesis also, deren Erhärtung dem Pränotanten im Rechtfertigungsverfahren obliegt, ist die behauptete und vorläufig nur bescheinigte Existenz der pränotirten Forderung,⁹⁾ sei es nun, daß diese Erhärtung im Prozeßwege oder durch freiwillige Anerkennung seitens des Schuldners¹⁰⁾ erbracht wird. Ein Recht auf hypothekarische Belastung des in Anspruch genommenen Objekts, oder auch nur auf pfandweise Sicherstellung überhaupt, wird auch im Stadium der Justifizierung beim Pränotanten nicht vorausgesetzt.¹¹⁾

Dies ist in den Grundzügen die praktische Gestalt, welche das in Rede stehende Institut bis vor ganz kurzer Zeit auf dem gesammten östreichischen Rechtsgebiet — denn die Modifikationen desselben nach der ungar. G. B. O. werden uns als relativ unerheblich erscheinen — gehabt hat. Sie rechtfertigt gewiß die zahlreichen und heftigen Angriffe, die von Altersher immer wiederkehrend gegen dasselbe sich erhoben haben;¹²⁾ denn man mochte das Institut, wie es hier vorliegt, von

8) Nr. 963, und zwar letzteres eben dann, wenn kein Pfandvertrag vorhergegangen ist, vgl. hierüber meine Bemerkungen a. a. O. S. 16 fg.

9) Er hat „die sichergestellte Forderung zu rechtfertigen, d. h. den Bestand derselben nachzuweisen.“ Nr. 1249, 1582.

10) Hofbetr. v. 13. Febr. 1824, J. G. S. 1988; Klepsch, S. 62.

11) Die in Note 4 erwähnte abweichende Doktrin hat in der Praxis keinen Anklang gefunden; noch kürzlich entschied der ob. Ghf. (Entsch. v. 22. Sept. 1875, G. Z. Nr. 87) in einem der Zeit vor dem a. G. B. O. angehörenden Rechtsfall, „daß nach a. b. Gb. § 453 zur Rechtfertigung der Pränotation des Pfandrechts die bloße Darthnung der Forderung genügt.“

12) Wie alt die Opposition gegen unsere Pränotation ist, geht jetzt hervor aus den Untersuchungen von Johann, S. 153, 179, 195 fg. In neuerer Zeit sind die in Note 4 genannten Schriftsteller, Pratobevera, Mat. VIII, S. 356 fg., Saan, a. a. O. S. 171 fg. u. a. (die bezügliche italienische Literatur s. bei Carabelli, I, S. 572 fg.)

der theoretischen Seite her auf seine innere Richtigkeit, oder von der praktischen auf seine Verkehrswirksamkeit hin ansehen: es mußte sich jeder unbefangenen Kritik als eine traurige Spezialität des östreichischen Partikularrechts erweisen,¹³⁾ wengleich es ihm zu allen Zeiten an Bertheidigern nicht gefehlt hat, die es nach beiden Seiten hin in Schutz zu nehmen sich bemühten.¹⁴⁾ Eine Kontroverse, die heute für West-

belli, I, S. 572 fg.) mehr oder weniger scharf gegen dieselbe aufgetreten, und zuletzt habe ich a. a. O. S. 14—24 diese Angriffe wieder aufzunehmen und neu zu begründen versucht, indem ich dabei die Pränotation nur auf ihrer in diesem Jahrhundert erreichten letzten Entwicklungsstufe der Betrachtung unterwarf, auf welcher sie m. E. von dem Institut des Realarrestes innerlich durchaus verschieden ist (s. das. S. 29 und unten bei Note 19), während Johann, S. 201 fg. Kritik und Reformvorschläge gerade ausschließlich gegen die Arrestfunktion der Vormerkung und auf das Ziel einer rationellen Gestaltung derselben als provisorisches Sicherstellungsmittel in Bewegung setzt.

13) Die Hauptstützen der in der vorigen Note erwähnten Opposition, welcher neuestens das überkommene Pränotationswesen wenigstens in Westösterreich endlich hat weichen müssen, sind andeutungsweise in folgenden Punkten enthalten: a) Widerspruch des Pränotationsrechts gegen das Prinzip des § 449 a. b. Gb. und gegen den an sich wohl begründeten, aber ohne Rücksicht auf jenes Recht statuirten Inhalt des § 458 a. b. Gb. (s. die Entsch. G. U. W. 963, Exner a. a. O. S. 14 fg.) — b) Unvereinbarkeit desselben mit dem Institut der gesetzlichen Pfandrechtsstufen überhaupt und mit der ratio legis des § 1374 a. b. Gb. insbesondere (daselbst S. 18 fg.) — c) Schwere Beeinträchtigung des Realverkehrs durch eine Einrichtung, welche einen exorbitanten und durch nichts rechtlich motivirbaren Eingriff in das Immobilienvermögen des Schuldners zuläßt, indem sie den Realcredit des Letzteren zu Gunsten bloß chirographarischer, illiquider, nicht fälliger, nach Inhalt und Umfang unbestimmter Forderungen ohne jede Beschränkung noch Kaution den Präntionen eines vorgeblichen Gläubigers preisgibt (das. S. 21 fg. und Pratobevera, a. a. O.).

14) Am ausführlichsten, und gegenüber der Praxis mit bestem Erfolg, hat dieß Ropetzky (in Wagn. Zschr. 1832, II, S. 141—208) versucht, der dabei in die Fußstapfen Zeillers (Komm. II, S. 261, und oben Note 4) trat und seinerseits wieder bei den späteren Kommentatoren (insbes. Stenrauch und Pirchstecker zu § 453) blinde Nachfolge gefunden hat; in selbständiger Weise ist jedoch Carabelli, I, S. 559—584 (unter weitwärtiger Polemik gegen die auch in den italienischen Provinzen hervorgetretene scharfe Opposition) zu ähnlichen Resultaten gelangt. Wie sich diese Schriftsteller die Sache theoretisch zurechtlegen wird unten noch kurz angedeutet werden, was aber die (in der vorigen Note sub c) berührten) praktischen Bedenken anlangt, so stimmen sie alle darin überein sich mit naiver Zuversicht des Gedankens zu getrösten: der „den treuherrigen Creditoren wohl zu statten kommende Befehl“ der Pränotation (s. das Referat des Grafen Perlas bei Johann, S. 151) werde von diesen doch wohl nicht, oder nur in den seltensten Fällen (Carabelli, S. 577, 579) mißbraucht werden, wogegen sich außer-

österreich nur noch ein theoretisches Interesse, und auch ein solches nur insofern hat, als es sich dabei um die Feststellung der rechtlichen Natur jenes so eigenthümlich gearteten Rechtsmittels handelt.

Um dieser Eigenthümlichkeit willen, und weil das Institut in der ungarischen Reichshälfte wesentlich unverändert noch fortbesteht, sei es gestattet auf die juristische Natur der altösterreichischen Pränotation hier noch einmal zurückzukommen. Unsere theoretische Auffassung, wonach dieselbe eine Art eigenmächtiges Immobilien-Pfändungsrecht jedes chirographarischen Gläubigers, also einen materiellrechtlichen Satz von höchst anomalem Charakter statuirt, ist oben angedeutet, ¹⁵⁾ und mag in den soeben dargelegten Einzelheiten ihre Rechtfertigung finden. Von Andern, und auch von solchen die nicht zu den unbedingten Bewunderern der alten östr. Pränotation gehören, ist jedoch deren anomale Natur in Abrede gezogen und verschiedentlich der Versuch gemacht worden, ihr Dasein mit den allgemeinen materiellen Grundsätzen des österreichischen Sachenrechts in Einklang zu bringen. Zu diesem Ende mußte (wegen a. b. Gb. § 449) ein „Titel“ gesucht werden, auf den alle im Pränotationsweg sich verwirklichenden Hypothekarrechte bezogen werden können. Und diesen finden die Einen, indem sie erklären, der § 453 a. b. Gb. habe ein für allemal einen „allgemeinen gesetzlichen Titel“ geschaffen für alle „verbrieften“ Forderungen und an allen bürgerlichen Objecten aller Schuldner; ¹⁶⁾ daß jedoch hier in Wahrheit

dem der Schuldner durch vertragsmäßige Ausschließung der Pränotationsbefugniß verwehrt könne (verf. S. 581, Haan, S. 169, 170), und übrigens — „welche menschliche Einrichtung ist so vollkommen, daß sie nicht mißbraucht werden könnte?“ (Kopecky, S. 189). Wie wenig man zu solcher Zuversicht durch die Erfahrung berechtigt ist, das beweist allein schon die eine Thatsache (die ich den amtlichen „Mittheilungen aus dem Gebiete der Statistik“, Jahrg. XVI, Heft 3 entnehme), daß z. B. im Jahre 1868 die Gesamtzahl der bewilligten Pränotationen die Höhe von 29,412 und den Betrag von 17,941000 fl. ö. W. erreichte, und daß von diesen bloß 5,958 im Betrage von 3,423000 fl. (also nicht ganz 20%) überhaupt justifizirt wurden. Solche Ziffern stimmen schlecht zu dem begeisterten Ton, in welchem Carabelli S. 584 die Segnungen der Vormerkung preist: *Astringere gli uomini a mantenere il convenuto; prevenire le liti; tenere in vigilanza debitori e creditori; rattenere il mutuario dalle imprese avventate e di mala fede; facilitare in fine il giro dei capitali nei chirografi muniti de retroguardo della prenotazione*, — dieß Alles soll die altösterreichische Pränotation geleistet haben.

15) Näher ausgeführt a. a. D. S. 13.

16) Dieß ist die Theorie von Kopecky, welche bisher als die herrschende gel-

kein Titel im technischen Sinne vorliegt, und daß eine so weite und so ganz inhaltswidrige Ausdehnung dieses Begriffes denselben in sich aufhebt, bedarf keiner Ausführung. ¹⁷⁾ Von anderer Seite beruft man sich zu Gunsten des Pränotanten auf ein quasi natürliches Recht des Kreditgebers an den Deckungsmitteln des Kreditnehmers, welches, als aus dem Wesen des Kreditvertrags entsprungen, dieser sich müsse gefallen lassen: „Egli è obbligato a ciò, non perche volontariamente vi si fosse sottomesso nel contratto; ma per la natura stessa del contratto creditorio, per un diritto del creditore, che è superiore alla convenzione“. ¹⁸⁾ Aber eine so zugespitzte Auslegung des Kreditvertrags (abgesehen davon, daß ein solcher gar nicht immer der Schuld zu Grunde liegt) ist durchaus im Widerspruch mit dem wirklichen Willensinhalt und der wahren Natur dieses Geschäfts, und würde überdieß, in ihre Konsequenzen verfolgt, das Wesen alles Pfandrechts aufheben. — Endlich ist noch ein dritter Gesichtspunkt geltend gemacht, der die Lösung auf den Boden des Prozeßrechts verlegen will und schon deshalb auf den ersten Blick sehr annehmbar erscheinen möchte, weil das Pränotationsinstitut eben auf diesem Boden erwachsen ist. Es muß nämlich schon der historische Zusammenhang desselben mit dem „sächsischen Arrest“ den Gedanken nahe legen, in unserer Pränotation ein vorläufiges Sicherstellungsmittel, eine nach prozessualischen Grundsätzen dem schuldnereischen Vermögen angelegte Partial-Sperre zu erblicken; dann wäre dieselbe in der That, wie man behauptet hat, „nur die provisorische Antizipation des Exekutionsrechts“, ¹⁹⁾ welches letztere ja bekanntlich in Oestreich in Gestalt des vom Vollstreckungsrichter erteilten sog. exekutiven Pfandrechts auftritt. Sicher ist nun wohl, daß unser Pränotationsrecht aus miß-

ten durfte; s. auch Aufsez S. 133 fg. und Carabelli S. 564 mit der dort angeführten italienischen Literatur.

17) Vgl. a. a. D. S. 10, 11; treffend auch schon Harum, a. a. D. S. 26, 27.

18) Carabelli, S. 580. Näher wird dieses Urrecht des Gläubigers dahin präzisirt, daß derselbe im Fall einer Erschütterung des schuldnereischen Kredits von diesem sofort hypothekarische Deckung zu begehren per la natura stessa del contratto creditorio befugt sei; da nun aber eine solche Krediterschütterung schwer nachweisbar, vielleicht überhaupt nur für die subjektive Stimmung des Gläubigers vorhanden sei, so müsse es diesem schlechthin gestattet sein, die Sicherstellung zu begehren ogni volta che in lui manchi il sentimento della fiducia (p. 581).

19) Klepisch, a. a. D. S. 62 fg. und p. VI.

bräuchlicher Arrestpraxis hervorgegangen ist, sicher auch, daß daselbe noch in seiner üppigsten Ausbildung sehr oft den Dienst eines Arrestschlags geleistet hat, indem der Gläubiger seine gefährdete Forderung zugleich zur Zahlung einlagte und pränotiren ließ, — aber ebenso gewiß war diese letztere Funktion eine bloß zufällige (im rechtlichen Sinn) und der materielle Inhalt des Instituts längst über den Rahmen des Arrestes hinausgewachsen. Denn nicht nur daß der Pränotationswerber keine Gefährdung seiner Forderung zu bescheinigen oder auch nur zu behaupten gehalten war, er brauchte seine Forderung auch im Rechtfertigungsverfahren gar nicht einzuklagen; es konnten nicht fällige, mit Einreden behaftete, ganz unklagbare Forderungen zur Pränotation gebracht werden, und es drehte sich der Justifizierungsprozeß (der alsdann ein wahres *praejudicium* ist) lediglich um die Frage,²⁰⁾ ob der Richter den Bestand der Forderung als erwiesen annehme; aus der Bejahung dieser Frage folgt der definitive Erwerb der Hypothek für den Kläger dann von selbst, diese wird ihm durch den Richter nicht erteilt, sondern nur anerkannt.²¹⁾ Mithin ist das aus der justifizirten Pränotation (nach älterem Recht) entstandene Hypothekarrecht seinem Wesen nach kein richterliches, wenn es auch noch so oft mit dem ersten Exekutionsgrad thatächlich zusammenfällt, und die hypothekarische Vormerkung kann eine Antizipation des Exekutionsrechts etwa nur in dem ganz allgemeinen Sinn genannt werden, in welchem man jeden Pfandrechtsenerwerb als Vorausnahme eines Befriedigungsobjectes bezeichnen mag. —

Mit der Einführung des Grundbuchswezens in den ungarischen Ländern²²⁾ wurde auch das Pränotationsinstitut dahin verpflanzt. Bei der Redaktion der sog. ungarischen Grundbuchordnung war es im Wesentlichen auch in diesem Punkte auf eine revidirte Wiedergabe des durch die erbländische Gesetzgebung und Praxis herausgebildeten Materials abgesehen. Im Großen und Ganzen finden wir also hier dieselben Züge wieder, die wir als die charakteristischen an der österreichischen Pränotation erkannt haben, was jedoch nicht ausschließt, daß im Einzelnen vielfach nachgeholfen ist, theils wo bisher mangels gesetzlicher Normirung Schwankungen in der Praxis vorgekommen waren, theils

20) Dieß ist sehr bestimmt anerkannt in den Entsch. bei O. U. B. 1167, 2247.

21) Vgl. Unger, Syst. II, § 115, Note 19.

22) Verordnung v. 15. Decemb. 1855, R. G. B. 222. Oben S. 4.

wo man, indem man präzisirte und beschränkte, einen vorläufigen Ansatz zur Reform anbringen konnte.

Vor Allem ist es auch nach der ungar. O. U. B. jedem Gläubiger, der eine qualifizierte Urkunde in Händen hat, ermöglicht sich ein Hypothekarrecht im Wege der Pränotation und Rechtfertigung selbst zu schaffen; denn auch hier wird keine Bescheinigung eines hypothekarischen Rechtstitels zur Pränotation erfordert, und die Justifizierung bezieht sich gleicherweise nicht auf einen solchen, sondern nur auf die Existenz der Forderung. In der Hauptsache also Uebereinstimmung; dagegen hat das neuere Gesetz durch eine Reihe von Einzelbestimmungen die bisher ungenügend geordnete Frage, welche Urkunden zur Pränotation zugelassen sind, bestimmt geregelt und ist dabei der allzu lazen erbländischen Praxis entgegengetreten. Es soll nämlich keineswegs jede prozeßordnungsmäßig zum Beweis taugliche Urkunde über eine beliebige Schuld pränotabel sein, sondern nur folgende Kategorien:

1) Privaturkunden (§§ 87, 88), wenn sie entweder

a) einen speziellen Pfandrechtstitel oder doch eine generelle Verpflichtung des Schuldners auf Sicherstellung der Forderung enthalten; kommt der Forderung ein gesetzlicher Sicherstellungstitel zu, so müssen die thatächlichen Voraussetzungen desselben gleichfalls urkundlich bescheinigt sein;

b) oder, wenn sie die Existenz einer fälligen Forderung beweisen;²³⁾ insbesondere auch Kontoauszüge über fällige Forderungen, aber nur mit der gesetzlichen Beglaubigung der gehörigen Buchführung und der Richtigkeit der Abschrift;

2) öffentliche Urkunden, sofern sie dieselben Eigenschaften haben, die für Privaturkunden erfordert sind (§ 89), — und außerdem

a) Urtheile, wodurch dem Pränotationswerber das Recht auf Schadloshaltung zuerkannt, derselbe aber rücksichtlich des Betrags²⁴⁾ auf den Rechtsweg gewiesen wird (§ 90);

23) Die Fälligkeit, wo sie nicht feststeht, ist gleichfalls urkundlich zu bescheinigen; z. B. durch Kündigungsschein §. 88, b.

24) Da die Ung. O. U. B. (§ 65) bereits den Grundsatz hat, daß Forderungen unbestimmten Inhalts nur unter Angabe meines Höchstbetrags eingetragen werden können, und dieß von der Pränotation ebenso gilt als von der Einverleibung, so entfällt hier das Bedenkliche solcher Schadenersatzvormerkungen, die nach der erbländischen Praxis dem Realkredit ganz besonders gefährlich waren.

b) Urtheile, wodurch ein bestimmter Forderungsbetrag zuerkannt ist, auch vor Eintritt ihrer Rechtskraft (§ 92).

c) Verordnungen oder Ersuchschreiben öffentlicher Behörden um Sicherstellung für Forderungen des Auktors²⁵⁾ oder solcher Personen, die unter gerichtlicher Obhut stehen (§ 93).²⁶⁾

Hienach ist durch die ungar. G. B. O. (im Vergleich zu oben Note 5) der allgemeinen Pränotationsbefugniß wenigstens irgendwelche Grenze entgegengestellt und damit ein Anfang zu weiterer Beschränkung gemacht.²⁷⁾

§ 30.

b) Neues Recht.¹⁾

Im Allgemeinen wird die Pränotation des Hypothekarrechts in dem gleichen Wege erlangt und vollzogen, wie die Einverleibung. Was oben über das Einverleibungsgefuch, dessen Form, Inhalt und rechtliche Behandlung gesagt ist, gilt ebenso für das Pränotationsgefuch,²⁾ insofern nicht Besonderes gesetzlich feststeht. Auch die Pränotation wird nur vollzogen auf Grund amtlichen Auftrags des Grundbuchgerichts, der seinerseits einen dieselbe bewilligenden Gerichtsbescheid voraussetzt. Unter welchen Voraussetzungen hat der Grundbuchrichter diese Bewilligung zu erteilen? In der Beantwortung dieser Frage liegt einerseits die faktische Differenz zwischen Einverleibung und Vormerkung überhaupt, andererseits das wesentlich Unterscheidende zwischen dem älteren und dem durch das allgemeine Grundbuchgesetz reformirten östr. Pränotationsrecht. Grundsatz des letzteren ist³⁾:

25) Entsch. G. Z. 1871 Nr. 1 (Sicherstellung des Staatschatzes für Ersuchsprüche aus Waldfrevel), Hofbetr. v. 18. Sept. 1786, J. G. S. 577.

26) Z. B. Kuranden, Stiftungen, gemeinnützige Korporationen; es versteht sich, daß für diese Forderungen hier keineswegs ein Sicherstellungstitel erfordert wird.

27) Ueber die Modalitäten und die Wirkung des Rechtfertigungsverfahrens (§ 94—102) gilt in der Hauptsache (Gegenstand der Rechtfertigung) das oben Gesagte, wegen der Einzelheiten vgl. die folgenden §§.

1) G. B. O. §§ 35—51. Vgl. den Bericht der jur. Kommission des östr. Herrenhauses S. 8. Kaserer, S. 171.

2) Hervorzuheben ist die Dispositivnorm: „Das Begehren um Einverleibung begreift jenes um Vormerkung stillschweigend in sich, wenn der Bittsteller die Vormerkung nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat“ G. B. O. § 85, Ung. G. B. O. § 122.

3) G. B. O. §§ 36, 42, 2.

Die Pfandrechtspränotation wird nur bewilligt auf Grund rechtlicher Bescheinigung der Existenz einer Schuldforderung und eines Rechtstitels zum Pfandrecht.

Der Gegenstand, über welchen der Gesuchsteller durch seine Belege dem Richter Gewißheit verschaffen muß, um die Eintragungsbewilligung zu erlangen, ist der gleiche, mag die Einverleibung oder bloß die Vormerkung eines Pfandrechts begehrt werden: nämlich die Forderung⁴⁾ und ihr Pfandrechsttitel. Das Gesuch ist abzuweisen, wenn dieser Anforderung nicht voll genügt ist, indem etwa bloß über den Bestand der Forderung und nicht auch über ihren Titel die Belege vorliegen. Andererseits kann aber auch nicht mehr, als dieses, verlangt werden; namentlich nicht ein Beleg über Gefahr, die der Realisirung der Forderung drohe.⁵⁾

Nicht durch ihren Gegenstand also unterscheidet sich die Begründung des Pränotationsbegehrens von demjenigen um Einverleibung, sondern durch die Art und Kraft ihrer Belege: während sie dort tabularmäßige Gewißheit für die materiellen Voraussetzungen des Begehrens herstellen muß, darf sie sich hier damit begnügen, dieselben „hinlänglich bescheinigt“ (§ 36) zu haben. Die Bedeutung dieser Anforderung muß

4) Anlangend den Inhalt der Forderung, so gilt hier daselbe, was für die Einverleibung Rechts ist, insbesondere auch das Erforderniß der ziffermäßigen Bestimmtheit (G. B. O. § 14). Mit Unrecht war früher in der Praxis bezweifelt, ob auch bedingte Forderungen als Grundlage einer Pränotation zulässig seien: richtig die Entsch. in ö. G. Z. 1866 Nr. 61, 1868 Nr. 70, dagegen aber das. 1866 Nr. 61 und Gerichtshalle 1866 Nr. 64; bei Einverleibungen war man über die Zulässigkeit nie im Zweifel, Krainz, ö. G. Z. 1869 Nr. 15. — Aber von der bedingten Forderung ist scharf zu trennen die Aussicht auf künftigen Forderungserwerb, wie sie z. B. der mit Vermächtniß Bedachte schon bei Lebzeiten des Testators hat; solche Hoffnung ist kein Rechtsverhältniß, auch nicht ein bedingtes, und es kann ihre Bescheinigung also nie zur Pränotation führen. Dieß ist verkannt in der Plenarentsch. v. 11. Okt. 1870, Nr. 11378, G. Z. 1870, Nr. 101.

5) Denn „die Pränotation steht ihrem regelmäßigen Zweck nach mit der Eintreibung der Forderung in gar keinem Zusammenhang, sie soll die Priorität des zu begründenden Pfandrechts wahren gegen Uebelstände und Gefahren, die speziell aus dem Tabularwesen fließen; und diese bestehen ohne Rücksicht darauf, ob ein gegründeter Verdacht der Zahlungsunfähigkeit oder Unwilligkeit gegen den Schuldner vorliegt.“ Eyrer, a. a. D. S. 32. — Anders natürlich, wenn der Bestand einer Gefahr spezielle gesetzliche Bedingung des Pfandrechsttitels ist, wie im Falle des § 1245 a. b. Gb.

nun näher festgestellt werden.⁶⁾ Wo ein Pfandrechtsanspruch in derjenigen formellen Beurkundung vorliegt, durch welche nach den oben dargelegten Rechtsregeln seine sofortige Intabulation bedingt wird, ist ein Vormerkungsbegehren weder nöthig noch statthaft.⁷⁾ Andererseits liegt aber noch weniger in der bloßen Möglichkeit des Vorhandenseins eines vorgegebenen derartigen Anspruchs genügende Veranlassung zu dessen provisorischer Verbücherung. Diese Veranlassung tritt erst ein, wenn jene Möglichkeit für den zuständigen Richter zu einer an Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit sich erhoben hat. Und dies zu bewirken ist das Ziel der „Bescheinigung“; dieselbe unterscheidet sich vom „Beweis“ im technischen Sinn sowohl in ihrem Zweck als in dem Weg, auf welchem sie diesen zu erreichen sucht; letzterer besteht in der einseitigen Vorlage derjenigen tatsächlichen Anhaltspunkte, aus denen sich obige Ueberzeugung für den Richter prima facie ergeben soll. Es handelt sich also für den Pränotationswerber lediglich darum, durch gewisse Vorlagen dem Richter gegenüber die nach vernünftiger Ueberlegung aller Umstände wohl begründete Gewißheit herzustellen darüber, daß die behauptete Forderung und der für sie prätendirte Pfandrechtsanspruch zu Recht bestehe. Demnach wird der Richter das Pränotationsbegehren sofort abzuweisen haben, wenn schon prima facie aus dem Anbringen des Bewerbers die Nichtigkeit (nicht etwa bloß Anfechtbarkeit) der behaupteten Forderung oder des Titels erhellt, so z. B. wenn die Forderung aus einem der nach § 879 a. B. Gb. ungiltigen Verträge hergeleitet würde, oder der Verpfändungsvertrag von einer offenbar handlungsunfähigen Person abgeschlossen wäre. Andernfalls prüft der Richter die innere Beweisraft der ihm vorgelegten Bescheinigungsmittel, und je nach der so gewonnenen Ueberzeugung über den materiellen Sachverhalt wird er die Pränotation wie sie begehrt ist bewilligen, einschränken, oder verweigern. Rücksichtlich des Umfangs der Bewilligung liegt dem Richter möglicherweise eine doppelte Kognition ob: einmal für welchen Betrag, und sodann an welchen Objekten die Pränotation zu gewähren sei. Nach beiden

6) A. a. D. S. 33. Vgl. Prinz, S. 78. Das Gesetz hat es mit Recht der Doktrin überlassen, die rechtliche Natur der „Bescheinigung“ im Gegensatz zum Beweis festzustellen. Ebenso z. B. die preuß. Hyp. D. II, § 291, und A. Rdt. I, 20, § 480, II, 18, §§ 883, 884.

7) Prinz, S. 153, Siebenhaar, Komm. zum sächs. Gb. § 404.

Richtungen hat er auf Grundlage des vorliegenden Bescheinigungsmaterials und unter billiger Berücksichtigung der Interessen des Schuldners eine feste Grenze zu stecken; handelt es sich insbesondere um einen gesetzlichen Sicherstellungstitel, so ist die Maßbestimmung des § 1374 a. B. Gb. als äußerste Grenze für die objektive Ausdehnung der Pränotation anzusehen.

Im Allgemeinen aber ist als Grundsatz der richterlichen Kognition in Pränotationsfachen festzuhalten, daß nur soweit mit der Bewilligung zu gehen ist, als die Vorlagen es strenge erheischen, im Zweifel also stets die Pränotation im geringeren Umfange zugelassen werden soll.⁸⁾

Ueber die Bescheinigungsmittel⁹⁾ setzt unser Gesetz (§ 35) nur soviel fest, daß das Dasein der Forderung und des Titels durch Urkunden belegt werden muß, welche mindestens den allgemeinen Erfordernissen der §§ 26, 27 entsprechen, also in der zu ihrer Gültigkeit vorgeschriebenen Form ausgefertigt,¹⁰⁾ frei von „sichtbaren Mängeln“ sind, und die beteiligten Personen sowie das Ausfertigungsdatum in hinreichender Bestimmtheit enthalten. Eine solche Urkunde¹¹⁾ (Pränotationsurkunde), auch wenn sie nicht alle in §§ 31—34 festgesetzten „besondern Erfordernisse zur Einverleibung“ besitzt, begründet den Anspruch auf Bewilligung der Vormerkung, insofern sie deren materielle Voraussetzungen enthält; wenn dieß aber nur ungenügend der Fall wäre, indem darin z. B. die Höhe der Forderung nicht ziffermäßig bestimmt, oder die Objekte auf welche die Hypothek gelegt werden darf, nicht individuell bezeichnet sind, müßte eine Ergänzung durch andere Bescheinigungsmittel soweit nöthig gefordert und zugelassen werden (arg. G. B. G. § 14, a. E.).¹²⁾

8) Näheres in meiner angef. Schrift S. 42 fg. Zustimmung Regelsberger, Rdt. S. 304. Unrichtig Heyne, Comment. I, S. 158.

9) Vgl. über die dießbezüglichen Bestimmungen des bair. und sächs. Rechts, Öttnner, I, S. 325, 310, Regelsberger, S. 303. Heyne, I, S. 157, des preuß. Rts. (oben Rte 6), Prinz, S. 79, Förster, III, S. 433.

10) Vgl. oben § 19.

11) Für nicht verbrieft Obligationen gibt es also auch nach dem neuesten Recht keine Pränotation; dieß ist vielleicht — das Erforderniß des Titels vorausgesetzt — eine zu weit gehende Strenge s. Prato bevera, a. a. D. S. 360, Haan, S. 170 a. E., Erner, a. a. D. S. 37, 38.

12) Was für Bescheinigungsmittel der Richter über diese Umstände zuzulassen

Als pränotirbare Urkunden im Sinne des G.B.G. sind hiernach (unter Voraussetzung der soeben angegebenen allgemeinen Eigenschaften) zu betrachten: ¹³⁾

1) Privaturlunden,

a) wenn sie das Objekt der Verpfändung nicht, oder nicht mit der zur Einverleibung erforderlichen Genauigkeit angeben, ¹⁴⁾

b) wenn sie keine, oder eine ungenügende Intabulationsklausel enthalten (gleichwohl aber einen Titel zum Pfandrecht bescheinigen), ¹⁵⁾

c) wenn sie nicht im Original, sondern nur in vidimirter Abschrift vorliegen, ¹⁶⁾ oder in einer Sprache verfaßt sind, die nicht Amtssprache des betreffenden Grundbuchgerichts ist, ¹⁷⁾

d) wenn ihre Echtheit nicht durch vorschriftmäßige Legalisirung (§§ 31, 32 a. E.) beglaubigt ist,

e) wenn sie auf einer im Sinne des § 31 Abs. 2, unzureichenden oder abgelaufenen Vollmacht beruhen. ¹⁸⁾

2) Öffentliche Urkunden, und zwar

a) Urkunden über gerichtlich oder notariell errichtete Rechtsge-

hat, ist ihm gesetzlich nicht vorgezeichnet; es ist Sache der Partei solche zu finden, welche nach den Umständen geeignet sind, dem richterlichen Ermessen den erforderlichen Anhalt zu geben, vgl. Prinz, S. 79, und das Zürcher Ob. § 787.

13) Im Einzelnen ist hierin mancher Zweifel möglich, wie die Praxis wohl bald ergeben dürfte, vermöge der keineswegs glücklichen Fassung des § 35, welcher die pränotirbaren Urkunden nach der einen Seite hin nur durch das negative Merkmal bestimmt, daß sie „nicht alle in §§ 31—34 festgesetzten besondern Erfordernisse der Einverleibung“ besitzen; denn was unter allen in diesen §§ enthaltenen Bestimmungen als „besonders Erforderniß der Einverleibung“ zu qualifiziren sei, ist nicht durchwegs unbedeutend.

14) Oben § 26.

15) Z. B. Verträge ohne Tabularklausel, aus denen ein mit gesetzlichem Sicherstellungsanspruch begabtes Forderungsrecht entspringt (a. b. Ob. § 1245, u. a.), oder in welchem dem Gläubiger das Recht auf hypothekarische Sicherstellung (ohne individualisirte Verpfändungserklärung) gewährt ist.

16) Entsch. G. Z. 1871, Nr. 54, 1870, Nr. 101, 1869, Nr. 40; O. U. W. Nr. 260, 2530.

17) In diesem Falle findet die Rechtfertigung durch rechtzeitigen Nachtrag des Originals resp. der Uebersetzung nach §§ 88, 89 statt; die „Anmerkung“, welche das Gesetz in diesen §§ verfügt, ist ihrem Wesen nach eine Vormerkung. Uebrigens versteht es sich, daß der Pränotationswerber den Inhalt der Urkunde, falls der Richter ihrer Sprache nicht mächtig ist, soweit bescheinigen muß, als nöthig, um demselben die Ueberzeugung von der Zulässigkeit der Pränotation beizubringen.

18) Vgl. oben § 26, Note 29.

schäfte (§ 33, a, b), falls dieselben auch als Privaturlunden vormerkungsfähig wären,

b) gerichtliche noch nicht rechtskräftige Erkenntnisse, welche dem Gesuchsteller ein Hypothekarrecht anerkennen, oder ertheilen, oder aber den Gegner zu einer Zahlung bei sonstiger Exekution verurtheilen ¹⁹⁾ (§§ 38, a, 33, d),

c) Requisitionen öffentlicher Behörden in Fällen, in welchen diese berufen sind von Amtswegen die pfandweise Sicherstellung gewisser Ansprüche zu verfügen (§ 38, c), ²⁰⁾

d) gerichtliche Verfügungen, wodurch die Vormerkung als Exekution zur Sicherstellung gestattet wird (§ 38 b). ²¹⁾ —

Die bewilligte Pränotation wird wie die Intabulation vollzogen, nur daß der betreffende Eintrag im Hauptbuch als „Vormerkung“ ausdrücklich bezeichnet wird (§ 103); das gleiche gilt von dessen Beurkundung, sei es durch Vermerk auf der Pränotationsurkunde (§ 105), sei es durch Buchauszüge (unten § 32).

Gegen bewilligende wie gegen ganz oder theilweise abweisliche Pränotationsbescheide steht den Betheiligten der Rekurs unter den oben dargestellten Modalitäten (G.B.G. § 126 fg.) zu; der Pränotationswerber kann den Rekurs insbesondere auch deshalb ergreifen, weil er sich durch den Umfang ihrer Bewilligung ²²⁾ für beschwert erachtet.

19) Im ersten Fall (§ 38, a) ist die rechtliche Existenz des Titels durch das Urtheil anerkannt, im zweiten (z. B. Theilungsurtheil mit Hypothekenkonstituierung) und dritten wird er durch dasselbe geschaffen. — Ungeeignet zur Pränotation sind Urtheile, die das Exekutionsrecht unter der Bedingung eines abzulegenden Parteien-eides begründen, vor Erfüllung dieser Bedingung: Entsch. G. Z. 1871, Nr. 15.

20) Das kann natürlich nur geschehen, wenn für solche Ansprüche (über die aber außer dem Requisitionsschreiben keine Urkunde erbracht zu werden braucht) ein Sicherstellungsmittel gesetzlich besteht, wie z. B. der des Staatsschatzes wegen Steuern und Gebühren, oder des Mündels gegen den Vormund (a. b. Ob. § 337). Vgl. die Ung. G. B. D. § 93, Hofbetr. v. 18. Sept. 1786, J. G. S. 577, v. 11. April 1848, J. G. S. 1134 (Ararialforderungen und Steuerrückstände), Minist. Erl. v. 5. Okt. 1854, R. G. B. 255 (Staatsansprüche gegen politische Verbrecher).

21) Vb. v. 18. Juli 1859, R. G. B. 130, §§ 4, 5; Entw. d. Civilpr. §§ 730, 731, 758 fg. 764. — In diesen Fällen fungirt die Vormerkung allerdings als Realarrest, was jedoch nicht im Verfahren um Pränotationsbewilligung hervortritt, sondern in demjenigen um Erlaß der betreffenden gerichtlichen Verfügung, wo die Arrestfordernisse (Gefahr, §§ 730, 731 cit.) nachzuweisen sind; für den Pränotationsrichter ist in jener Verfügung der exekutive Titel gegeben.

22) Oben bei Note 8.

Eine solche, wie jede Refurserhebung gegen bewilligte Eintragung (§ 129), wird grundbücherlich angemerkt, und der Inhalt der endlichen Erledigung des Pränotationsbegehrens auf den Zeitpunkt der Ueberreichung des ersten Gesuches zurückbezogen (§ 131 fg.).²³⁾

Die Wirkung der vollzogenen Pränotation besteht darin, daß sie ihrem Rechtsinhalt eine provisorische Existenz unter dem Schutz der publica fides der Bücher gewährt. Die Pränotation des Hypothekenerwerbs insbesondere, von der hier die Rede ist, schafft ein unfertiges, weil durch den Justifizierungsakt noch bedingtes (a. b. Ob. § 453) Hypothekarrecht. Obzwar unfertig und mit dem Keim eines möglichen Dahinfallens behaftet, ist es doch schon jetzt vorhanden,²⁴⁾ gehört zu dem Vermögen seines Inhabers²⁵⁾ und bildet einen Gegenstand des Verkehrs (arg. G.B.G. §§ 21, 49). Aber weil es unfertig, und diese seine Eigenschaft (Pendenz) durch die Publizität des Buches für Jedermann offenbar ist, kann das pränotirte Recht eben auch nur als ein problematisches in den Verkehr treten, und alle auf seinen Rechtsbestand basirten derivativen Verhältnisse überkommen und behalten, insolange die Pendenz nicht irgendwie gelöst ist, denselben problematischen Charakter.

§ 31.

3) Die Rechtfertigung.¹⁾

Die Rechtfertigung (Justifizierung) des durch die Pränotation begründeten bedingten Hypothekarrechts soll nachholen, was zur Zeit seiner provisorischen Begründung noch fehlte und dadurch die Möglich-

23) Die Zulassung des Rekurses durch 2 Instanzen behaftet das Institut der Pränotation mit einer Schwerepflicht, die mit Rücksicht auf seine Zwecke kaum erträglich erscheint. Vgl. darüber Cxner, a. a. O. S. 54 fg.

24) S. oben § 28, Nr. 5.

25) Letzteres tritt in verschiedenen Beziehungen praktisch hervor: so ist z. B. auch das bedingte Hypothekarrecht möglicher Gegenstand der Kollationspflicht des Miterben und der Anrechnung auf den Pflichttheil (vgl. L. 2, § 1, 3. D. de collat. 37, 6), der Erlaß eines solchen unter Umständen ein gestum in fraudem creditorum (arg. L. 16, § 4, L. 27. pr. D. qui et a quib. m. 40, 9, Köppen, Jahrb. f. Dogm. XI. S. 167), die fulpöse Vernichtung eines chirographum, in quo sub condicione mihi pecunia debita fuerit, erscheint als aquilische Vermögensbeschädigung, L. 40. D. ad L. Aqu. 9, 2, Wendt, das bedingte Rechtsgeschäft S. 33 fg.

1) G.B.G. §§ 40—48; Ung. G.B.D. §§ 94—103.

keit der definitiven Errichtung der Hypothek ausschloß. Was damals nur bescheinigt werden konnte, soll jetzt tabularmäßig erwiesen werden, und demgemäß soll die bisher noch rechtlich unfertige Wirkung des Eintrags sich nachträglich vollenden.²⁾

A. Voraussetzungen der Rechtfertigung.

Die Rechtfertigung sowenig als die Pränotation erfolgt von Amtswegen; sie muß durch Grundbuchsgesuch begehrt, durch Bescheid anerkannt und durch einen entsprechenden Eintrag bücherlich vollzogen werden. Ein Interesse an diesem Vollzug hat in erster Linie der Hypothekar selbst, dann aber möglicherweise auch Dritte, die von seinem provisorischen Recht für sich Rechtsverhältnisse ableiten, insbesondere Cessionare³⁾ und Superhypothekare. Ob auch diese berechtigt sind die Rechtfertigung zu bewirken, hängt von ihrem Rechtsverhältnis zu jenem ab; kraft eigenen Rechts sind sie es nicht,⁴⁾ wohl aber mag ihr Auktor ihnen obligatorisch verpflichtet sein, die behufs der Justifizierung erforderlichen Schritte entweder selbst zu thun, oder sie zu denselben zu bevollmächtigen.

Das Begehren um Rechtfertigungserklärung kann sich gründen:

1) auf eine mit allen Erfordernissen der Einverleibungsfähigkeit versehene Erklärung desjenigen,⁵⁾ gegen welchen die Vormerkung

2) Vgl. die Motive 2. Instanz der Entsch. G.Z. 1871, Nr. 16 S. 63. „Die Rechtfertigung ist die Vollendung des Erwerbungsaktes.“

3) Es ist hier nur von außerbüchlicher Cession die Rede, da die bücherliche eine Uebertragung des Hypothekarrechts bewirkt, also den Cessionar zum Hypothekar macht, in welcher Eigenschaft er selbstverständlich, und zwar mit Ausschluß des Cedenten, zum Justifizierungsbegehren wie zu jeder bücherlichen Disposition über das Recht befugt ist.

4) So wenig als dritte Interessenten überhaupt die Verbücherung eines materiell vorhandenen dinglichen Rechts ohne Vollmacht des Berechtigten zu begehren befugt sind. S. oben § 26, Z. 1. „Der Betheiligte“, auf dessen Ansuchen nach G.B.G. § 46 die Rechtfertigungserklärung erfolgt, ist der Hypothekar. — Nach Analogie von G.B.G. § 79 muß entsprechendenfalls das Einschreiten zur Rechtfertigung auch dem Bürgen an Stelle des Gläubigers gestattet werden.

5) Das Gesetz nennt hier den Pränotanten, indem es den gewöhnlichsten Fall allein im Auge hat, daß dieser auch im Zeitpunkt des Rechtfertigungsbegehrens noch Inhaber des mit Pränotation belasteten Objekts ist. Allein es ist einerseits gewiß, daß auch jeder Rechtsnachfolger des Pränotanten die gleiche Erklärung mit der gleichen Wirkung abzugeben in der Lage ist (Ung. G.B.D. § 95), andererseits aber nicht zuzu-

bewirkt wurde (G.B.G. § 41, a; vgl. §§ 31, 32). Eine solche Erklärung stellt sich dar als nachträgliche Intabulationsurkunde, und als solche heißt sie alle äußeren und inneren Mängel der Pränotationsurkunde; sie trägt insbesondere den in der letzteren etwa mangelnden Einverleibungskonfens des Pränotaten dadurch nach, daß sie die ausdrückliche Zustimmung (§ 32, b) des gegenwärtigen Inhabers des belasteten Objekts zur definitiven Errichtung der Hypothek enthält;

2) auf den Nachweis des erfolgten Eintrittes der Rechtskraft desjenigen richterlichen Erkenntnisses, auf Grund dessen (oben § 30, Z. 2. b), eben der mangelnden Rechtskraft halber, vorläufig blos Pränotation erteilt werden konnte (G.B.G. § 41, b; Ung. G.B.D. § 101);

3) in den oben § 30, Z. 1 unter c) und d) angeführten Fällen erfolgt die Rechtfertigung auf Grund des rechtskräftigen Erkenntnisses der zuständigen Behörde⁶⁾, welche über den Bestand des durch die Pränotation vorläufig sichergestellten Anspruches zu entscheiden hat (G.B.G. § 41, b, Ung. G.B.D. § 102), vorausgesetzt, daß dieses Erkenntnis eben den rechtlichen Bestand jenes Anspruches und des für denselben eingetragenen Hypothekarrechts in dem vorgemerkten Umfange anerkennt;⁷⁾

4) in allen Fällen kann die unter 1) angeführte Erklärung des Gegners durch ein Rechtfertigungsurtheil ersetzt werden (G.B.G. § 41, c; Ung. G.B.D. §§ 95 fg.). Als solches gilt jedes rechtskräftige Erkenntnis, wodurch der Rechtsbestand des vorgemerkten Hypothekarrechts anerkannt wird (G.B.G. § 44), mag dasselbe seine Veran-

geben, daß jene Erklärung des Pränotaten auch dann noch rechtfertigende Wirkung habe, wenn derselbe zur Zeit des gestellten Begehrens nicht mehr im bürgerlichen Besitze des betreffenden Objekts sich befindet; es kann ihm nicht freistehen, durch eine freiwillige Erklärung über ein nicht mehr seinem Vermögen angehörendes Objekt die Lage eines Dritten zu verschlimmern. Within ist die Textirung des § 41, a eine schiefe: nicht auf Denjenigen kommt es in der That an, „gegen welchen die Vormerkung bewirkt wurde“, sondern vielmehr auf Denjenigen, gegen welchen die Rechtfertigung bewirkt werden soll.

6) Es bedarf kaum der Bemerkung, daß auch in diesen Fällen die Rechtfertigung durch eine einverleibungsfähige Erklärung des Gegners — als welche einen ganz allgemeinen Justifizierungsgrund darstellt — bewirkt werden kann.

7) In dem Falle des G.B.G. § 38, b) verwandelt sich dann das Sicherstellungs Pfand in eine exekutive Hypothek.

lassung gefunden haben in einer Klage, die auf Geltendmachung⁸⁾ oder in einer solchen, die lediglich auf Anerkennung dieses Rechtes gerichtet war. Der letztere Bestandtheil des Petits ist für die Rechtfertigungsfrage allein wesentlich und bildet das Kriterium der sog. Rechtfertigungs- (Justifizierungs-) Klage.

Die Rechtfertigungsklage ist eine Anerkennungsklage;⁹⁾ ihr Zweck ist, den Gegner zur formgerechten Anerkennung des Rechtsbestandes der vorgemerkten Hypothek zu zwingen,¹⁰⁾ eventuell diese Anerkennung durch den Richter suppliren zu lassen, um dadurch den zur definitiven Verbücherung des Rechts erforderlichen tabularmäßigen Nachweis seines Bestandes zu erhalten. Kläger ist der Pränotant oder sein Rechtsnachfolger (der gegenwärtige Inhaber der vorgemerkten Hypothek); Beklagter der Pränotat oder dessen Rechtsnachfolger (der gegenwärtige Inhaber des belasteten Buchobjekts).¹¹⁾ — Die Klage soll¹²⁾ innerhalb der erstreckbaren¹³⁾ Frist von 14 Tagen nach Zustellung des Bescheides, womit die

8) Auf Geltendmachung des Hypothekarrechts, nicht bloß der Hypothekarforderung; ein günstiges Urtheil über das erstere Petit schließt die Anerkennung der vorgemerkten Hypothek in sich (wenn diese auch nicht ausdrücklich begehrt wäre), ein solches über die letztere allein beweist hiefür nichts, da der Prozeß zur Realisirung einer Forderung mit der Frage nach dem Rechtsbestand ihrer Hypothek nichts gemein hat; vgl. Erner Pränotation S. 11—13, und die Entsch. bei OLB. Nr. 1167, 2247.

9) Unger, System, II, § 115, Rte 19.

10) Darum muß, sofern eine reine Rechtfertigungsklage vorliegt, der Beklagte sofort von der Klage entbunden werden, wenn er eine freiwillige Anerkennung (oben sub 1) in der erforderlichen Form leistet.

11) Die Ung. G.B.D. § 95 erwähnt den Rechtsnachfolger ausdrücklich. — Ist derselbe Rechtsnachfolger des Pränotaten nur im Bucheigenthum des Pfandobjekts und nicht zugleich persönlicher Schuldner des Justifizierungsbegehrens, so hat der letztere gegen den Bucheigentümer allein, oder gegen Beide seine Klage zu richten. So wenig der Personalschuldner, nachdem er aufgehört hat Bucheigentümer des provisorisch belasteten Objekts zu sein, durch freiwillige Anerkennung jene Last definitiv machen kann, ebensowenig kann ein gegen ihn allein erstrittenes Urtheil dieselbe Wirkung zum Schaden Dritter hervorbringen. Unrichtig die Gründe der Entsch. O.B. 1872, Nr. 3; die Liquidirung der Pfandforderung, insofern sie als Voraussetzung des Pfandjustifizierungsbegehrens auftritt, ist in Wahrheit gegen den Bucheigentümer gerichtet.

12) Ueber die Wirkung der Verjümmung dieser Frist s. unten B, 2. — Daß die Rechtfertigungsklage auch schon vor Rechtskraft des Pränotationsbescheides erhoben werden kann: Entsch. O.B. 1870, Nr. 62.

13) Ueber die Nachtheile, welche bei der in Erstreckungssachen so lazen Bfr.

Vormerkung bewilligt wurde, erhoben sein (G.B.G. §§ 42, 43). Ihr Petit lautet dem Gesagten entsprechend, wesentlich nur: um Erkenntniß, daß die laut angeführten Bescheide auf dem betreffenden Tabularobjekt zum ziffermäßigen Betrage von . . . bewilligte Vormerkung des Hypothekarrechts für gerechtfertigt zu halten sei. Zur Begründung dieses Petits hat der Kläger zu beweisen (G.B.G. § 42, 2): 1) Den Bestand und Betrag der Pfandforderung, 2) den Bestand und Umfang seines Pfandrechtsstitels. Andererseits steht dem Beklagten frei, seine Einwendungen gegen die klägerischen Aufstellungen auch dann anzubringen, wenn er seinerzeit den Rekurs gegen den Vormerkungsbescheid nicht oder ohne Erfolg ergriffen haben sollte. Das Urtheil kann dem Klagbegehren völlig stattgeben, oder es völlig abweisen; es kann auch beides theilweise thun. Im letzteren Fall muß darin besonders ausgedrückt sein, für welchen ziffermäßigen Betrag, in welcher Priorität und an welchen Objekten das Hypothekarrecht des Klägers als zu Recht bestehend anzunehmen sei. Nicht aber kann der Entscheidungsrichter das Rechtfertigungsbegehren blos vorläufig (etwa mit dem Beisatz „derzeit“) abweisen, er muß dasselbe (in dem geforderten oder in reduzierten Umfang) kategorisch anerkennen oder verwerfen.¹⁴⁾ — Das Urtheil unterliegt dem Instanzenzug nach den gewöhnlichen Prozessregeln (vgl. G.B.G. § 46).

B. Wirkungen des Rechtfertigungsverfahrens.¹⁵⁾

Der Ausgang des Rechtfertigungsverfahrens (bez. auch dessen Ausbleiben) entscheidet über das rechtliche Schicksal des vorgemerkten Hypothekarrechts; auch diese Wirkung tritt nicht von selbst ein, sondern wieder nur auf die Initiative der Beteiligten hin, indem dieselben die bücherliche Verzeichnung des materiellen Sachverhaltes, wie er auf Grund der Ergebnisse des Rechtfertigungsverfahrens resultirt, nachsuchen und erhalten.¹⁶⁾ — Wir haben sonach zu unterscheiden

Praxis aus der gesetzlichen Erstreckbarkeit dieser Frist erwachsen, s. Exner, Pränotation S. 53.

14) So die obersterichtl. Entsch. G.B. 1871, Nr. 16.

15) Exner, Pränotation S. 43 fg.

16) G.B.G. §§ 45, 46. Bis dahin bleibt die Wirkung ebenso der erbrachten wie der entfallenen Rechtfertigung suspendirt; ungenau ist hierin die Fassung der §§ 438, 453 a. b. Gb.

1) Die Wirkung der erbrachten Rechtfertigung (a. b. Gb. §§ 438, 453, G.B.G. §§ 40, 46).

Durch die Rechtfertigung (bez. den Rechtfertigungseintrag) geht das bisherige Provisorium in das entsprechende Definitivum über: das bisher bedingte Hypothekarrecht gelangt nach Erfüllung der Bedingung „zu seiner Kraft“ (a. b. Gb. § 696), es besteht fortan als unbedingtes Recht in demjenigen Umfang, in welchem die Rechtfertigung erfolgt ist. Aber indem das bisher unfertige und problematische Recht jetzt reif wird, begründet es zugleich alle diejenigen Wirkungen, die stattgefunden hätten, wenn dasselbe gleich ursprünglich durch Intabulation definitiv ins Leben getreten wäre: d. h. die Rechtfertigung wirkt zurück¹⁷⁾ auf den Zeitpunkt der Vormerkung (a. b. Gb. § 453). Demnach richtet sich seine Priorität nach „dem Zeitpunkt des nach gesetzlicher Ordnung eingereichten Vormerkungsgesuches“, und alle während der Dauer seiner Pendenz von demselben abgeleiteten Rechtsverhältnisse werden, gleich ihm, nunmehr fest;¹⁸⁾ ein in diesem Zeitraum etwa erfolgter Wechsel des Eigenthümers des Pfandobjekts¹⁹⁾ oder die Konkurseröffnung über dessen Vermögen²⁰⁾ bleibt ohne Einfluß auf den Bestand des vorgemerkten Rechts.

17) So festig das s. g. Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung in neuerer Zeit für das gemeine Recht angefochten wird (am besten zuletzt von Wendt, die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft, 1872), so unzweifelhaft ist dasselbe, speziell für die Wirkung der Pränotation, im für Recht gesetzlich anerkannt: „Dadurch erhält er ein bedingtes Eigenthumsrecht, und er wird, sobald er . . . die Vormerkung gerechtfertigt hat, von der Zeit des nach gesetzlicher Ordnung eingereichten Vormerkungsgesuches, für den wahren Eigenthümer gehalten“, a. b. Gb. § 438, vgl. § 453. Unger, System, II, § 82, Note 58. Daß jedoch mit diesem „Dogma“ der natur- und denkwidrige Satz von einer in die Vergangenheit wirkenden Ursache (vgl. Wendt, S. 115) nicht statuirt, sondern lediglich für die existente condicione eintretende Ordnung der Dinge ein anschaulicher und in der Hauptsache treffender Ausdruck gegeben ist, mag hier nur angedeutet sein.

18) So die inzwischen erfolgte Cession und Superverpfändung der bedingten Hypothek, G.B.G. § 49; vgl. L. 11, § 1. D. qui potiores (20, 4), L. 86, § 2. D. de legat. I (30) L. 44, § 1. D. eod. L. 15. D. de reb. dub. (34, 5) Röp-pen, Jahrb. f. Dogm. XI. S. 183.

19) Entsch. bei OUB. 1324.

20) Vgl. Kaserer, Kommentar zur Konk. D. § 11, S. 43, Exner, a. a. D. S. 51.

Von Rückwirkung der Rechtfertigung auf die Pränotation kann der Natur der Sache nach nur die Rede sein, wenn und soweit sich beide nach Inhalt und Umfang decken. Eine Inkongruenz ist in doppelter Richtung möglich: das Pfandrecht, wie es nach der Justifizierung vorliegt, kann sich von dem pränotirten Recht unterscheiden in der Höhe der Schuldsomme, für die es besteht, und in den Objekten, auf denen es haftet; in beiden Beziehungen kann das Ergebnis der Rechtfertigung den Inhalt der Vormerkung überschreiten,²¹⁾ oder hinter ihm zurückbleiben. Für all diese Fälle fließt die Norm der Behandlung aus dem Begriff der Rückwirkung: Das Maximum des rückwirkenden Inhalts des Justifizierungsurtheils ist durch den Inhalt der Vormerkung (wie sie in letzter Instanz ausgefallen ist) gegeben; was nicht pränotirt war kann ebensowenig nach rückwärts Giltigkeit erlangen, als was nicht gerechtfertigt ist. Zunächst also die Fälle betreffend, wo der pränotirte Anspruch durch das Justifizierungsverfahren in der einen oder der anderen Richtung eingeschränkt wurde,²²⁾ so ist eben nur für einen Theil seines Inhaltes der bedingte Anspruch unbedingt geworden, für den Rest hat die Bedingung besitzirt, und so weit gilt das Rechtsverhältniß als von Anfang nicht vorhanden; es steht den Beteiligten frei, dies dadurch zu konstatiren, daß sie die Löschung der Pränotation bezüglich des fraglichen Summenrestes, oder bezüglich der nunmehr frei erscheinenden Tabularobjekte bewirken. Ueberschreitet aber umgekehrt — und das wird der häufigere Fall sein — der justifizierte Pfandrechtsanspruch irgendwie den Inhalt des pränotirten, dann findet eine Rückwirkung natürlich nur im Umfang des letzteren statt; der Ueberschuß gestaltet sich zu einem weiteren Pfandrechtstitel, der seinerseits wieder der Intabulation bedarf und dessen Priorität vom Zeitpunkt dieser Intabulation datirt. Auf diese Weise kann die ursprünglich Eine Hypothekarforderung sich in zwei spalten, die in verschiedener Priorität stehen, und ebenso kann eine Simultanhypothek schon dadurch allein, daß ihr für gewisse Objekte die Pränotation bewilligt, für andere

21) Dieß setzt voraus, daß das betreffende Begehren nicht auf die Rechtfertigung der Vormerkung beschränkt, sondern darüber hinaus auf Geltendmachung oder Anerkennung des Hypothekarrechts in weiterem als dem pränotirten Umfang gerichtet war. S. das Urtheil bei O. U. B. 322.

22) Solche Einschränkungen müssen nur selten vorkommen, wenn der Pränotationsrichter es mit seiner Kognition ernst nimmt, vgl. oben § 30, Rte 8.

verweigert wurde, auf ihren verschiedenen Objekten in verschiedener Priorität zu stehen kommen.²³⁾

2) Wirkung der entfallenen Rechtfertigung (O. U. B. §§ 45, 46).

Die Rechtfertigung ist als entfallen zu betrachten, wenn entweder:

a) die Einleitung zum Rechtfertigungsverfahren²⁴⁾ nicht rechtzeitig (im Sinne der §§ 43, 45, Abs. 3 O. U. B.) erfolgt ist; sie ist rechtzeitig, so lange die 14tägige Frist des § 43 mit ihrer etwaigen Verlängerung offen steht, und weiterhin bis zum Ende des Tages, an welchem der Gegner das Gesuch um Löschung der Vormerkung überreicht hat;

b) oder, wenn das Gesuch bez. Klagebegehren, welches zur Rechtfertigung des pränotirten Anspruchs führen sollte, rechtskräftig abgewiesen ist.

Die Vereitlung der Bedingung, unter welcher das pränotirte Hypothekarrecht bisher stand, bewirkt zunächst für den durch dasselbe unmittelbar Belasteten die rechtliche Möglichkeit, sich von der Last zu befreien, indem er um Löschung der Vormerkung einschreitet.²⁵⁾ Das Gesetz gibt dieses Recht ausdrücklich dem Pränotanten in § 45, und meint auch diesen, wenn es in § 46 verfügt, daß die Löschung „auf

23) Es bedarf übrigens nach allem Obigen kaum mehr der Hervorhebung, daß jener nicht pränotirte Ueberschuß des Pfandrechtsanspruchs nur dann zur Intabulation gelangen kann, wenn deren rechtliche Voraussetzungen jetzt vorhanden sind, da ja für ihn keine Rückwirkung besteht. Wer also seine mit 1000 fl. pränotirte Forderung mit 1600 fl. justifizirt hat, kann sein Pfandrecht bezüglich der 600 fl. nur zur Intabulation bringen, wenn das Grundstück, auf welches er den Pfandtitel nachgewiesen hat, sich jetzt noch oder jetzt wieder im Eigenthum des Schuldners (bez. Verpfänders) befindet; und eben so unerreichbar sind ihm diejenigen Objekte seines Simultanpfandtitels, rücksichtlich deren er seinerzeit keine Pränotation erlangt hat und die inzwischen in dritte Hand gegangen sind.

24) Darunter ist zu verstehen: in den obigen Fällen unter A 1) und 4) die Ueberreichung des Gesuches um Justifizierung (Klage) beim Grundbuchgericht; im Fall 3) der Ausweis darüber, daß die Klage, durch welche der Rechtsbestand des pränotirten Anspruchs dargethan werden soll, bei der zuständigen Behörde (§ 41, b) erhoben sei; wenn jedoch diese Thatsache schon im Vormerkungsgesuch nachgewiesen war, bedarf es einer weiteren Nachweisung nicht mehr, da alsdann feststeht, daß das Rechtfertigungsverfahren ohne weiteres Zutun des Pränotanten seinen Weg geht; ebenso immer im obigen Fall 2) O. U. B. §§ 38, 41 b.

25) Ueber dieses Einschreiten hat das Grundbuchgericht im Fall der versäumten Rechtfertigung (oben a) nach Abhaltung einer Tagfahrt (§ 45, 2) mit dem Pränotanten, im Fall der mißlungenen Rechtfertigung (b) aber sofort die Löschung anzuordnen § 46, 2.

Ansuchen des Betheiligten“ zu geschehen habe. Allein diese Bestimmung ist sicher zu eng gefaßt. Abgesehen davon, daß das Recht, die Löschung zu beantragen, jedenfalls dem jeweiligen Bucheigentümer des belasteten Objekts vindiziert werden muß, so gibt es noch andere Personen, die an der bürgerlichen Konstatirung der Nichtexistenz des vorgemerkten Anspruchs dasselbe rechtliche Interesse haben, wie dieser, denen also jenes Recht um so mehr auch beigelegt werden muß, als ihrem Interesse keineswegs irgend ein anderes berechtigtes entgegensteht, vielmehr der Vortheil der Gesamtheit dadurch befördert wird, daß die Dinge im öffentlichen Buch so appariren, wie sie rechtlich sich verhalten. Solche Personen sind vor allem diejenigen Hypothekargläubiger, die der pränotirten Forderung in der Priorität nachstehen, insofern sie ein Vorrückungsrecht haben; für sie hängt ja Alles von dem Schicksal jener Forderung ab, der wahre Prioritätsstand und damit der Werth ihrer eigenen Hypotheken. Mit Recht sind diese daher z. B. nach bairischem Recht²⁶⁾ in der fraglichen Beziehung dem Pränotanten gleichgestellt; und dasselbe muß aus gleichen Gründen für die mit der pränotirten Forderung in gleicher Priorität stehenden Gläubiger behauptet werden. Aber auch damit ist es nicht abgethan. Es können außer den Hypothekargläubigern unter Umständen noch andere ein gleiches rechtliches Interesse an der Löschung haben; es sei nur der Usufruktuar genannt, der ja nach a. b. Ob. § 512 die Zinsen der auf dem Grundstück haftenden Pfandkapitalien zu tragen hat; ihm kann aus mancherlei Gründen, namentlich aber wenn er seinen Nießbrauch etwa zu verkaufen gedenkt (arg. a. b. Ob. § 1257), sehr daran gelegen sein, daß der wahre Lastenstand ein für allemal klargestellt werde. Somit erscheint es trotz der allzu beschränkten Wortfassung unseres Gesetzes geboten, das Recht, die Löschung einer Pfandrechtspränotation mangels Rechtfertigung zu begehren, Jedermann zuzugestehen, welcher ein bürgerliches Interesse daran hat.

Die hienach begehrte, bewilligte und vollzogene Löschung hat zur Folge, daß alle bürgerlichen Rechtsverhältnisse des mit Vormerkung belastet gewesenen Objektes sich nunmehr so gestalten, als ob seinerzeit das Vormerkungsgeſuch abgewiesen wäre; insbesondere fallen alle auf Grund des vorgemerkten Rechts getroffenen bürgerlichen Dis-

26) Hypothekengesetz § 113, vgl. Graf, Nachträge zu Gönners S. 145.

positionen mit dessen Löschung zusammen und sind von Amtswegen zu löschen.²⁷⁾

Die erfolgte Löschung einer Vormerkung schließt die neuerliche Pränotirung desselben Anspruchs auf Grund derselben Urkunden nur dann aus, wenn die Rechtfertigung durch Urtheil verworfen,²⁸⁾ nicht auch, wenn sie versäumt war. Letztern Falls (oben sub a) kann der gelöschte Anspruch insoweit immer wieder von Neuem vorgemerkt werden,²⁹⁾ bis der Bucheigentümer des betroffenen Objectes den Weg des Verjährungsprozesses betreten,³⁰⁾ und im Falle eines günstigen Erkenntnisses durch Anmerkung desselben im Grundbuch einer wiederholten Bewilligung der Vormerkung vorgebeugt hat.³¹⁾

27) G.B.G. § 49, 3. Diese Wirkung des Ausfalles der Bedingung wird auch von den Gegnern der Rückziehung nicht bestritten. W e n d t, a. a. O. S. 85 fg.

28) Oben unter b); in diesem Falle ist ein Gesuch um neuerliche Pränotation von Amtswegen abzuweisen, oder, wenn dieß unterblieben wäre, die bewilligte Vormerkung zu löschen, sobald der Gegner die schon einmal erfolgte Löschung anzeigt; das gleiche gilt, wenn die Löschung erfolgt war, weil der Pränotant unbedingt auf die Eintragung des Rechts verzichtet hatte. G.B.G. § 47.

29) Diese neuerliche Vormerkung „äußert jedoch (wie sich von selbst versteht) ihre rechtliche Wirksamkeit erst von dem Zeitpunkte der Ueberreichung des neuen Gesuches.“ § 48, 1.

30) Allg. G.D. §§ 66—71; Hofdekr. v. 20. Juni 1818, S.G. S. 1468; Entw. d. Civpr.D. §§ 557 fg. (Entw. 1876, §§ 652—660.)

31) G.B.G. § 48, 2. Dieser bedauerlichen Bestimmung des neuen Gesetzes gegenüber muß ich meine frühere Kritik (Pfandrechtspränotation S. 54) aufrecht erhalten: „Mit zu den schreienden Mißständen des gegenwärtigen öst. Pränotationswesens gehört es, daß auch mangels Rechtfertigung bereits gelöschte Ansprüche ganz beliebig neuerdings zur Pränotation kommen können. Dadurch werden die aus der Erstreckbarkeit der Rechtfertigungsfrist resultirenden Inkonvenienzen geradezu multipliziert. Man vergegenwärtige sich nur diesen wahrhaft besparaten Zustand. Ich habe pränotirt und werbe Frist um Frist; endlich gelingt es, eine weitere Erstreckung abzuschneiden; auch die letzte Frist verläuft, ohne daß die Klage eintrifft; der Schuldner erwirkt die sehnlichst erwartete Löschung: — ich pränotire neuerdings und so fort im Kreis herum! Freilich habe ich bei der jedesmaligen Löschung die bisher gesicherte Priorität verloren, aber dadurch gewinnt der Schuldner nichts. Er kann aus jenem circulus vitiosus schlechterdings nur auf dem Wege der Durchführung eines Verjährungsprozesses herauskommen. Und so sind wir denn schließlich doch wieder bei dem überwundenen Standpunkt der alten preussischen Hypothekenordnung angelangt (Hyp.D. v. 20. Decemb. 1783 II, §§ 180, 297, 299, 300; abgeschafft durch die Hyp.Novelle v. 24. Mai 1853, § 43), wonach der Pränotant einen Prozeß erheben und durchkämpfen muß, um den angeblichen Gläubiger dahin zu bringen, daß er den Rechtsbestand eines Anspruchs erweise, der ihm

§ 32.

Beurkundung des vollzogenen Eintrags und Verständigung Dritter.

Von dem Vollzug einer bewilligten Pfandrechtseinverleibung oder Vormerkung kann sich Jedermann durch persönliche Einsicht in das Grundbuch die Gewißheit verschaffen. ¹⁾ Außerdem sind die Grundbuchsämter verpflichtet über Existenz und Inhalt hypothekarischer Einträge schriftliche Amtszeugnisse, theils von Amtswegen, theils auf Begehren auszustellen. Ersteres geschieht durch die sogenannte

1) Certiorirungsklausel (Certifizirung), ²⁾ d. i. die auf dem Original der Tabularurkunde durch das Grundbuchsamt stets anzubringende schriftliche Bestätigung des Vollzugs der Eintragung, unter Angabe ihres wesentlichen Inhalts und ihrer Stelle im Hauptbuch. ³⁾

2) Auf Begehren stellt die Grundbuchsbehörde außerdem sog. Satzbriefe oder Intabulationscheine ⁴⁾ aus; es sind dies Amtszeugnisse über den Vollzug und Inhalt eines einzelnen Eintrags, also nicht mehr als Certifizirungen in Gestalt einer selbständigen Urkunde.

aus Billigkeitsrücksichten vorläufig für richtig angenommen war. Daß aber damit das richtige Verhältniß zwischen beiden Parteien umgekehrt wird, bedarf keines Beweises. Wenn man anderwärts den Pränotanten sogar haftbar machen will für jeden Schaden, der durch die nicht aufrecht zu haltende Vormerkung dem Schuldner oder Dritten zugeht, so sollte bei uns doch so viel feststehen, daß durch Nichterfüllung der Rechtfertigungspflicht der Anspruch auf das beneficium der Pränotation für dieselbe Pfandforderung verwirkt ist."

1) Oben § 7, G.B.G. § 7, Instrukt. § 31, Ung. G.B.D. § 170, böhm. Spat. § 34.

2) G.B.G. § 105, Instrukt. § 16; böhm. Spat. § 30, M.Bdg. v. 30. Juni 1851, Klepšch, S. 152, Formulare bei Aufseß, S. 407.

3) Für den Fall einer Eintragung auf Grund mehrerer Originalausfertigungen der Tabularurkunde, oder mehrerer unter sich in Zusammenhang stehender Urkunden ist die Klausel allen Exemplaren beizufügen. G.B.G. § 105. — Nöthigenfalls wird dieselbe auf das dem Gesuchsteller zugeseidete Bescheidexemplar gesetzt, Instr. § 16, 2.

4) Sie werden wohl auch „Satzauszüge, Satznoteln“ genannt und waren nur in den innerösterreichischen Provinzen üblich, Schöpf, S. 148; das Grundbuchsapat. f. Oberösterreich §§ 23, 24 überläßt es dem Belieben des Gläubigers, ob er auf der Ausfertigung eines „Satzes“ bestehen, oder sich mit der Certifizirung begnügen wolle. — Jetzt schreibt die Instrukt. § 41 allgemein vor, daß die Grundbuchsgerichte Bestätigungen über Thatfachen, welche aus den öff. Büchern und deren Akten mit voller Sicherheit zu entnehmen sind, auf Ansuchen zu erteilen haben.

3) Grundbuchs-Extrakte. ⁵⁾ Amtlich beglaubigte Auszüge aus dem Hauptbuch ⁶⁾ hat das Grundbuchsamt für Jedermann, der es begehrt, anfertigen zu lassen. Die gewöhnlichen (sog. umständlichen oder ausführlichen) Auszüge sind vollständige Abschriften aller einen bestimmten Tabularkörper betreffenden Hauptbuch-Einträge, ⁷⁾ insoweit dieselben zur Zeit noch in Wirksamkeit stehen. Auf ausdrückliches Begehren werden auch „summarische“ und „Partikular“-Extrakte ausgegeben. Erstere geben den ganzen Grundbuchsstand des Tabularkörpers, aber in wesentlich abgekürzter Form, ⁸⁾ letztere enthalten bloß eine, oder mehrere speziell bezeichnete Satzposten mit den auf sie bezüglichen weiteren bücherlichen Einträgen. ⁹⁾ — Alle Auszüge haben die Beweiskraft öffentlicher Urkunden; für ihre Richtigkeit und Vollständigkeit ist der Grundbuchsführer privatrechtlich haftbar. ¹⁰⁾ —

Von der Bewilligung hypothekarischer Einträge (wie von den Erledigungen der Grundbuchsgesuche überhaupt) sollen außer den Gesuchstellern auch diejenigen andern Personen amtliche Kenntniß erhalten, deren bücherliche Interessen von dem Eintrag zunächst berührt werden. Es liegt dem Eintragungswerber ob, in seinem Gesuche die Namen und Adressen dieser Personen zu bezeichnen, ¹¹⁾ und steht ihm frei den Kreis desselben weiter oder enger zu ziehen; doch macht das Gesetz für

5) G.B.G. § 7, Instrukt. §§ 32—40, Ung. G.B.D. §§ 171 fg., böhm. Spat. § 34. Aufseß, S. 409 fg. Haan, Studien S. 28, 218. Klepšch, S. 157, 158.

6) Abschriften aus dem Urkundenbuch zu nehmen war nach dem böhm. Spat. § 38 nur über spezielle Bewilligung des Gerichts, nach der Ung. G.B.D. § 174 auch ohne solche gestattet; das G.B.G. § 7 (Instrukt. § 32) macht keinen Unterschied zwischen Hauptbuch und Urkundenammlung: Jedermann kann vom Grundbuchsamt die Ertheilung von einfachen oder beglaubigten Abschriften aus Beiden begehren.

7) Mit einigen unerheblichen Abkürzungen, Aufseß, S. 409. Instrukt. § 35.

8) Alle noch haftenden Schulden mit ihren Beträgen, aber ohne deren Titel und ohne Namen der Gläubiger. Hofbetr. v. 6. Okt. 1785. J.G. S. 478, Haan, a. a. D. — Instrukt. §§ 34, 35.

9) Instr. § 34. Böhm. Spat. § 36. Die Ung. G.B.D. kennt nur ausführliche Extrakte, § 172. — Am Schlusse des Auszugs ist es allemal zu notiren, wenn etwa unerledigte Grundbucheingaben, die sich auf den Gegenstand des Auszugs beziehen, dem Gerichte vorliegen, was der Grundbuchsführer durch Einsicht des Tagebuches zu ermitteln hat. Instr. § 37.

10) G.B.G. § 7, Ung. G.B.D. § 172 a. E.

11) G.B.G. § 84, unter Beilegung der entsprechenden Anzahl von „Rubriken“ § 92. Oben § 26 Note 8.

gewisse Kategorien von Betheiligten die Verständigung obligatorisch: ¹²⁾ es müssen nämlich verständigt werden

1) der bürgerlich Berechtigte, dessen Recht durch die Hypothekbestellung belastet wird,

2) der Bucheigentümer des Grundstückes, auch wenn nicht direkt sein Eigenthum, sondern ein daran bestehendes bürgerliches Recht eines Dritten Gegenstand der Belastung ist,

3) der Vollmachtgeber, gegen welchen auf Ansuchen seines Bevollmächtigten die Eintragung erwirkt ist, wenn die Vollmacht nicht die in § 31 des G. B. G. erforderlichen Eigenschaften hat, ¹³⁾

4) der Erwerber des Hypothekarrechts, falls nicht auf sein Ansuchen die Eintragung erfolgt ist. ¹⁴⁾

Die Verständigung geschieht in allen Fällen von Amtswegen durch das Grundbuchgericht ¹⁵⁾ und unter dessen besonderer Verantwortlichkeit (G. B. G. § 124, 4) mittelst Zustellung der Rubriken gegen Empfangsschein. ¹⁶⁾ In den oben unter 1) bis 3) genannten Fällen sind dabei die Vorschriften der Civilprozeßordnung über Zustellung zu eigenen Händen zu beobachten. ¹⁷⁾ — Ueber den Beweis der erfolgten, und die Rechtsfolgen der versäumten Zustellung s. oben § 15.

12) G. B. G. § 123, Ung. G. B. D. § 138, wesentlich ebenso schon das Hofbefr. v. 29. Aug. 1818, J. G. S. 1488, wo jedoch (§ 2) für gewisse Fälle die Verständigung als überflüssig erklärt wurde (s. Aufseß, S. 191), während sie jetzt ausnahmslos stattfinden muß.

13) Dabei wird also vorausgesetzt, daß die Einverleibung zwar durch den Bevollmächtigten, aber nicht auf Grund einer von ihm ausgestellten Privaturkunde begehrt wurde, da sie letzterenfalls (G. B. G. § 31) gar nicht hätte bewilligt werden dürfen.

14) Das Gesetz (§ 123) schreibt zwar für diesen Fall nichts vor, da es offenbar nur den gewöhnlichen Vorgang im Auge hat, wonach die Intabulation auf Begehren des Gläubigers bewilligt wird, der ohnehin durch Zustellung des Bescheides von dem Vollzug seines Rechtserwerbs Kenntniß erhält; aber die Zulässigkeit der Initiative von Seiten des Verpfänders (s. oben § 26, Z. 1) oder des Bürgen (G. B. G. § 79) ist ebenso unzweifelhaft, wie die dann vorliegende Nothwendigkeit einer amtlichen Verständigung des Hypothekars.

15) Nicht direkt durch das Tabularamt. Aufseß, S. 189.

16) Ung. G. B. D. § 139 enthält hierüber nähere Vorschriften.

17) Vgl. a. G. D. §§ 384 fg., Pat. v. 3. Mai 1853, R. G. B. 81, §§ 213 fg. Entw. d. Civilpr. Ddg. (1867) §§ 156 fg. Entw. 1876, §§ 134—173.

Drittes Buch.

Wirkung der Hypothek.

I. Im Allgemeinen. — Die Rechtsstellung des Hypothekars gegenüber dem Eigenthümer.

§ 33.

Die Hypothek bildet eine rechtliche Last des von ihr unmittelbar betroffenen Objekts, und dadurch mittelbar des Vermögens, in welchem sich dieses befindet. Allein zufolge der besonderen Natur des Pfandrechts ¹⁾ wird die Belastung hier in anderer Weise empfunden, als gegenüber solchen dinglichen Rechten, die eine Gebrauchsbefugniß in sich schließen: während diese ihre ganze Dauer hindurch der Ausübung des Eigenthums Schranken setzen, tritt die Hypothek während ihres normalen Bestandes mit dem Eigenthum nicht in Konflikt; erst mit ihrem Untergang entwickelt sie ihre Energie, indem sie nöthigenfalls auf Kosten des Eigenthums, durch Ueberwindung desselben, ihre Befriedigung sucht. Selbstvernichtung durch Befriedigung ist der Zweck alles Pfandrechts, welches hierin mit Recht der Obligation verglichen wird (rei obligatio); alle sonstigen Wirkungen desselben sind nur Mittel zur Verfolgung und Sicherung dieses Zieles.

Die rechtliche Macht des Hypothekars, sich im Wege der Realisirung der Hypothek Befriedigung zu schaffen, ist also der Kern und die Hauptwirkung des Rechtsverhältnisses; im modernen Hypotheken-

1) Vgl. Dernburg, röm. Pfrr. II, S. 4 fg.

recht tritt sie als das Wesentliche um so schärfer hervor, da ein Besitzrecht des Pfandgläubigers als solchen²⁾ überhaupt nicht mehr vorkommt. Mithin ist es allein der Druck auf den Realkredit, durch den die Hypothek ihre Existenz dem Eigenthümer fühlbar macht; man kann es als Regel hinstellen, daß dieser im Genuß und in der Verfügung über das Objekt durch den Bestand von Hypotheken rechtlich nicht beschränkt wird.

Allein diese Freiheit muß ihre Grenze dort finden, wo durch rechtliche oder faktische Verfügungen des Eigenthümers wesentliche Interessen der Hypothekare erheblich berührt werden; die gegenwärtige Existenz eines, wenn auch zur Ausübung nicht reifen, Pfandrechts muß genügen, um dasselbe gegen Rechtsverletzung zu schützen. Dieß anerkennt das gemeine Recht, indem es unter Umständen auch vor der Fälligkeit *actio hypothecaria* auf Herausgabe des Besitzes oder Kaution zuläßt;³⁾ neuere Gesetze haben zum Theil jenem Gedanken einen allzu allgemeinen Ausdruck gegeben, indem sie dem Eigenthümer einer verpfändeten Sache freie Verfügung überhaupt nur zugestehen „so weit, als es den Rechten und der Sicherheit des Gläubigers unnachtheilig ist.“⁴⁾ Das östreichische Gesetzbuch enthält keine derartige Norm; es beschränkt sich darauf, die dießbezüglichen obligationenrechtlichen Verpflichtungen des Verpfänders aus dem Pfandvertrag festzustellen (§ 458 vgl. § 1369 a. E.; materieller Inhalt der gemeinrechtlichen *pignoratitia in personam actio contraria*⁵⁾ — aber daß diese den Eigenthümer der Pfandsache als solchen nicht binden, ⁶⁾ bedarf keiner Ausführung. Der

2) Nach ö. Rt. kann bekanntlich (a. b. Gb. § 1372) auch durch besonderes *pactum antichreticum* der Pfandbesitz an Immobilien nicht gewährt werden. Das Gesetz geht davon aus, daß der prophylaktische Zweck des Pfandbesitzes durch die Sicherheit, welche das Tabularinstitut gibt, hinreichend gewahrt sei, und daß weitergehende Befugnisse des Gläubigers zu unbilliger Bedrückung des Schuldners führen. Uebrigens ist durch das Verbot der Antichrese keineswegs auch die Verpachtung des Grundstücks, oder dessen Uebergabe an den Gläubiger „zur Verwaltung gegen ordentliche Rechnungslegung“ ausgeschlossen. Zeiller, IV, S. 48, 49.

3) Auf Grund der L. 14. pr. D. de pign. (20, 1), Vangerow, Pand. § 390, Dernburg, S. 298.

4) Pr. Rt. I, 20, § 24 und ähnlich das bair. Hypothekengesetz § 45.

5) Vgl. L. 1. § 2, L. 9. pr. L. 16, § 1, L. 22, §§ 3, 4, L. 31, 32, 36, § 1, D. de pign. act. (13, 7).

6) Das westgal. Gb. II, § 238 enthub sogar den Verpfänder selbst dieser Verpflichtungen, wenn er für eine fremde Schuld eingetreten war.

„Pfandgeber“ ist seinem Kontrahenten gegenüber nach östreichischem wie gemeinem Recht zu aller Sorgfalt verpflichtet, muß also jede Verfügung unterlassen, welche mit der *bona fides* des Vertragsverhältnisses unvereinbar erscheint; aber nicht davon ist hier die Rede, sondern von den — offenbar viel enger zu ziehenden — Schranken, die auch dem Drittbefitzer des belasteten Objekts kraft des bestehenden Hypothekarrechts und zum Schutze desselben auferlegt werden müssen. Bei Feststellung derselben, wie sie theils auf Grund gesetzlicher Einzelbestimmungen, theils im Anschluß an die herrschende Praxis hier versucht wird, ist es zweckmäßig zu unterscheiden zwischen rechtlichen und faktischen Verfügungen des Eigenthümers über das Pfandobjekt. Rückichtlich der ersteren steht im Allgemeinen fest, daß sie nur zulässig sind, insofern sie die Rechtsstellung der Hypothekare unberührt lassen; bezüglich der letzteren liegt die Sache nicht so einfach. Man wird davon als Regel ausgehen müssen, daß der Eigenthümer einer hypothekarisch belasteten Sache als solcher keineswegs gehalten ist bei Ausübung seines Eigenthums sich durch die Rücksicht auf die Interessen der Hypothekare bestimmen zu lassen; nur wo sein Gebahren, indem es diese Interessen augenscheinlich gefährdet, zugleich als ein leichtsinniges und willkürliches, mithin an sich verwerfliches, sich darstellt, ist ein Eingriff gerechtfertigt.⁷⁾

Wir gehen nun auf die vorliegende Frage nach den angedeuteten beiden Richtungen hin näher ein.

1) Rechtliche Verfügungen des Eigenthümers.

Der Eigenthümer ist durch die bestehenden Hypotheken nicht gehindert an der Veräußerung des Objekts,⁸⁾ dafern nur dasselbe Gegenstand des Privatverkehrs und der öffentlichen Bücher bleibt; soll es aber diesem Verkehr entzogen werden, so kann das nur mit Zustimmung

7) M. a. W. es kann vom Eigenthümer als solchem keine besondere Diligenz verlangt werden, sondern nur dasjenige Verhalten, welches Jedermann, der in irgendwelcher Rechtsbeziehung zu Andern steht, den Interessen dieser schuldig ist; alles Mehrere setzt ein spezielles Verpflichtungsverhältniß voraus. — Ganz allgemeine gesetzliche Aussprüche, wie der bei Note 4 angeführte, sind geeignet dieses Verhältniß zu verdunkeln, wie denn z. B. Öbner I, S. 395 auf Grund jener Stelle Folgerungen hinstellt, die m. E. viel zu weit gehen; s. unten Note 24.

8) A. b. Gb. §§ 466, 443; L. 18, § 2. D. de pign. act. (13, 7) L. 12, C. de distract. pign. (8, 28).

der Hypothekare geschehen, deren Rechte dann erlöschen.⁹⁾ Ebenso kann eine als Pfandobjekt verschriebene Satzforderung zwar von ihrem Bucheigentümer beliebig veräußert, nicht aber ohne Zustimmung der Mutterhypothekare gelöscht werden.¹⁰⁾

Eine theilweise Veräußerung (Parzellirung) eines Grundstückes kann zwar die Hypothekrechte (die an jedem Theil haften bleiben) nicht schmälern,¹¹⁾ berührt aber insofern doch das Interesse der Gläubiger, als es diesen nicht gleichgiltig sein kann, ob sie eventuell ihr Recht an Einer Sache und in Einem Prozeß oder gegen eine Mehrheit von Parzellen und Eigenthümern zu verfolgen haben. Daher hat schon das ältere östr. Tabularrecht hier eingegriffen, indem es die Parzellirung verpfändeter Grundbuchskörper an die vorgehende Zustimmung aller Hypothekargläubiger bindet.¹²⁾ In neuerer Zeit hat ein besonderes Gesetz¹³⁾ dieses Einspruchsrecht dahin geregelt, daß dasselbe entfällt, wenn für den getrennten Theil eine neue bürgerliche Einlage eröffnet wird, und daselbst alle auf dem Gute eingetragenen Pfandrechte in der Eigenschaft von Simultanhypotheken eingetragen werden (das. § 1). Soll jedoch das Trennstück künftig einem andern bestehenden Tabularcomplex einverleibt (§ 15), oder aber pfandfrei Gegenstand

9) So, wenn ein Grundstück durch freiwillige Veräußerung etwa zum Zweck einer Flußregulirung an Staat oder Gemeinde abgetreten wird (vgl. Aufseß S. 248) wodurch es extra commercium tritt, oder wenn in Städten das Hypothekargrundstück ganz oder theilweise (hierüber s. unten bei Nr. 12) zur Anlage oder Erweiterung von Straßen verbraucht wird.

10) A. b. Gb. § 455, vgl. G. B. G. § 123, 2. Näheres über dieses Verhältniß unten im IV. Buch.

11) Vgl. a. b. Gb. § 485. Daher das gemeine Recht trotz der handgreiflichen Unkonvenienzen dem Eigenthümer auch die Parzellirung gestattet (Dernburg, S. 6, wobei jedoch m. E. die Verantwortlichkeit des Verpfänders aus dem Pfandvertrag vorbehalten bleibt, falls er durch rücksichtsloses Parzelliren dem Gläubiger die Rechtsverfolgung gegen die Meinung des Vertrags erschwert, — man denke nur an Mobilienpfänder, z. B. eine Bibliothek oder Mineralienammlung).

12) G. B. Pat. v. 1792, § 8; Kpat. v. 1794, § 3; Pat. v. 1. Sept. 1798, F. G. S. 432; Ung. G. B. D. § 56, d; letzteres Gesetz läßt eine Kognition des Gerichts zu, wonach dieses die Parzellirung eventuell auch gegen den Willen der Hypothekare bewilligen kann, „wenn die Abschreibung mit keinem Nachtheil für die Sicherheit derselben verbunden“ ist. — Auch die bloß pränotirten Gläubiger haben das Einspruchsrecht.

13) Ges. v. 6. Febr. 1869, R. G. B. Nr. 18, vgl. G. B. G. § 74.

einer selbständigen Einlage werden,¹⁴⁾ so hat jeder Hypothekar das Recht, durch seinen rechtzeitig angebrachten (§§ 3, 5, 7) Einspruch, für den es keiner Angabe von Gründen bedarf (§ 6), die Trennung zu hemmen. Die Hemmung kann gehoben werden entweder durch Zahlung der Hypothekarsumme, die in diesem Fall auch vor eingetretener Fälligkeit angenommen werden muß (§ 8), oder durch gerichtliches Erkenntniß, welches auf Grund gewisser ganz besonderer Voraussetzungen (§ 9–12) nach gepflogener Parteiverhandlung den Einspruch als unbegründet zurückweisen kann.

Eine ohne die Zustimmung der Hypothekare, wo solche nach Obigem erforderlich ist, vorgenommene bürgerliche Abtrennung hat diesen gegenüber keine Wirkung.¹⁵⁾ — Nicht das Gleiche gilt hinsichtlich der Veräußerung hypothekarisch belasteter Satzposten; diese können auch ohne Zustimmung der Superhypothekare nach aliquoten oder ziffermäßigen Theilen abgetreten werden (vgl. G. B. G. §§ 13, 2).

Wie die Veräußerung ist auch jede dingliche Belastung des Hypothekarobjekts dem Eigenthümer unbenommen. Das gilt nicht nur von weiterer Verpfändung (a. b. Gb. § 1371), sondern nach östr. Recht¹⁶⁾ ganz allgemein auch für Bestellung von Servituten und Reallasten jeder Art. Denn diese berühren das rechtliche Interesse der bereits vorhandenen Hypotheken nicht, vermöge des Grundsatzes,¹⁷⁾ daß ihr Fortbestand im Falle der Liquidirung des Objekts von der vollen Befriedigung der ihnen bürgerlich vorgehenden Hypothekarrechte abhängig ist. Das Gleiche gilt¹⁸⁾ von quasidinglichen Verfügungen des

14) Daß der Konsens zur Parzellirung den stillschweigenden Verzicht auf die Hypothek bezüglich des abgetrennten Stückes im Zweifel nicht in sich begreift (Freudenreich, Jurist VII, S. 415 fg.) war für den älteren Stand der Gesetzgebung richtig; jetzt aber kann ein solcher Konsens vernünftigerweise nicht mehr anders gedeutet werden, als im Sinne eines partiellen Verzichts.

15) A. b. Gb. § 847, s. die Entsch. bei O. W. 1537. — Vorbehalten bleibt bei dem oben Gesagten, was sich aus dem Publizitätsprinzip für die Rechtsstellung gutgläubiger Dritter ergibt, die das bürgerlich entlastete (s. das angef. Ges. § 15) Trennstück als Sondernachfolger erworben haben.

16) Anders z. B. nach hait. Rt. (§ 45), wo die Bestellung solcher Rechte als Minderung des Substanzwerthes des Grundstücks aufgefaßt und an den Konsens der Hypothekare gebunden wird.

17) Das Nähere unten im V. Buch, vgl. Span, in Wagn. Zsch. 1836, II, S. 125 fg., wo aber die Servitutbestellung verkehrterweise als „theilweise Veräußerung“ des Eigenthums aufgefaßt ist.

18) In beiden Fällen kann durch den Inhalt der dem Dritten gewährten Be-

Eigenthümers über seine Sache, wie intabulirte Mieth- und Pachtverträge, die, obgleich sie durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher den Charakter der Absolutheit erhalten (a. b. Gb. §§ 1095, 1121), den ältern Hypotheken nicht vorgreifen können.

Zweifelhafter kann es erscheinen, ob der Eigenthümer befugt sei, Grunddienstbarkeiten, Realkapitularberechtigungen u. dgl., die zu Gunsten des verpfändeten Grundstücks bestehen, ohne Einverständnis der Hypothekare zu erlassen.¹⁹⁾ Sicher ist, daß der Verpfänder seinem Mitkontrahenten auf Schadenersatz haftet, insofern er den Werth des Pfandobjekts durch eine derartige Verfügung im Sinne des § 458 a. b. Gb. gemindert hat. Und die gleiche Verpflichtung wird sich auch dem Drittbefitzer gegenüber und zu Gunsten dritter Inhaber der Hypotheken dann behaupten lassen, wenn die fragliche Servitut in der bürgerlichen Einlage des verpfändeten herrschenden Grundstücks verzeichnet war;²⁰⁾ nur dann ist die Annahme begründet, der jeweilige Eigenthümer habe die Verpflichtung, das Grundstück seinen Hypothekaren mit denjenigen rechtlichen Vorzügen zu erhalten, welche laut Grundbuch demselben zukommen. Diese Verpflichtung kann aber unter allen Umständen bloß obligatorische Wirkung haben, keinesfalls vermag sie die dingliche Wirksamkeit einer Verfügung zu hindern, die ihr zuwiderliefe.²¹⁾ Denn ob die Abschmung einer Servitut aus dem Lastenstand

gnisse unter Umständen deshalb ein Eingreifen der Hypothekare begründet erscheinen, weil die Ausübung derselben (z. B. Abholzung von Wäldern) zu einer Deterioration des Objekts führt; dann bildet aber diese faktische, und nicht die rechtliche Verfügung den Anlaß.

19) Gemeinrechtlich wird die Frage verneint mit Beziehung auf L. 15, § 7. D. de usufr. (7, 1), welche diese Befugniß dem Proprietär in Rücksicht auf den Usufruktuar abspriecht. Dernburg, S. 19, 20.

20) Die Eintragung der Prädialservitut auch auf dem Folium des herrschenden Grundstücks kommt zwar vor (A u s s e z S. 37), ist aber weder erforderlich, noch zweckmäßig; letzteres schon darum nicht, weil Existenz, Umfang und Fortbestand derselben allein nach dem Eintrag auf dem Folium des belasteten Grundstücks zu beurtheilen sind, mithin durch nicht korrespondirende Buchakte hinsichtlich derselben, z. B. Abschmung bloß in der Einlage des dienenden Objekts, Verwirrung und Täuschung des Publikums leicht entstehen. Darum möchte es rathsam sein, solche Eintragungen auf das praedium dominans, die m. W. gesetzlich nirgends vorgesehen sind (doch wohl auch nicht in G. B. G. § 9 verb. „dingliche Rechte und Lasten“), seitens der Gerichte gar nicht mehr zuzulassen.

21) Das Gegentheil behauptet Gspan, a. a. D. S. 156 fg. und zwar sogar zu Gunsten jener Hypothekare, die bereits vor dem Erwerb der fraglichen Servitut

des dienenden Gutes zulässig ist und wie sie wirkt, das bestimmt sich nach den Grundsätzen des östr. Tabularrechts allein durch den Buchstand eben dieses belasteten Gutes und wird in keiner Weise rechtlich beeinflusst durch den Inhalt der Folien anderer Tabularkörper. Eine Gebundenheit der Disposition des Berechtigten über sein bürgerliches Recht, mag sie auch materiell bestehen (was im vorliegenden Fall keineswegs allgemein zutrifft), müßte dort appariren, wo die fragliche Disposition bürgerlich zu vollziehen ist. — Mithin ist die Tilgung einer dem verpfändeten Grundstück zustehenden Prädialservitut ohne Konsens der Hypothekare überall zulässig²²⁾ und wirksam; ob und inwiefern diesen deshalb ein Schadenersatzanspruch gegen den Urheber der Entlastung erwächst, ist eine Frage für sich, die nach den Grundsätzen des Obligationenrechts für jeden einzelnen Fall zu beantworten ist.

Außer Zweifel steht endlich, daß der Eigenthümer durch rein obligatorische Geschäfte (Verpachtungen u. dgl. ohne Verbücherung) beliebig über das Hypothekargut verfügen kann; solche Verfügungen präjudiziren den Hypothekaren nicht, da diese bei Ausübung ihres dinglichen Rechts an die Verträge des Eigenthümers in keiner Weise gebunden sind.²³⁾

intabulirt wurden, und ohne Rücksicht darauf, ob letztere auch bei dem herrschenden Pfandgrundstück apparirt oder nicht. Das einzige Argument bildet der Hinweis auf a. b. Gb. § 457; die Servitut sei als „Zugehör des herrschenden Gutes“ mit diesem verpfändet. Diese Subsumtion ist zwar nicht richtig, wohl aber was sie besagen will, nämlich daß der Werthzuwachs, den das Pfandobjekt aus ihm zustehenden Grunddienstbarkeiten erhält, den Hypothekaren in demselben Sinne zu gute kommt, wie derjenige aus dem Vorhandensein von Pertinenzsachen. Darin liegt aber auch die Widerlegung. Denn dort wie hier kann es sich nur darum handeln, was im Zeitpunkt der Realisirung des Pfandrechts zu dem Pfandobjekt rechtlich gehört (a. b. Gb. § 457, s. darüber unten § 38), nicht was dazu irgend einmal als Pertinenz gehört hat; oder sollte der Eigenthümer eines hypothekarisch belasteten Hauses überhaupt nicht in der Lage sein jemals von den vorhandenen „Brunnen-eimern, Seilen, Ketten, Abschgeräthen u. dgl.“ (§ 297, a. b. Gb.) etwas rechtsgiltig veräußern zu können? — Besonderes über die Abtrennung radizirter Gewerbe: Hofbetr. v. 20. Febr. 1795, J. G. S. 219. Michel Nr. 510.

22) Die Folgerung aus der entgegengesetzten Ansicht (bei Gspan, S. 161), daß jedem Besuch um Extabulation einer Grunddienstbarkeit bei der Realbehörde des dienenden Grundes der Buchauszug des herrschenden beigelegt werden müsse, um daraus zu erweisen, daß auf dem herrschenden keine Gläubiger intabulirt seien, ist m. W. von der Praxis nicht anerkannt.

23) Der Hypothekar kann im Wege der Exekution das Pfandobjekt ohne Rücksicht auf solche Pachtverträge zc. veräußern, oder auch (ohne Entschädigung an den

2) Faktische Verfügungen des Eigentümers.

Der Eigentümer ist in seinem Gebahren mit der belasteten Sache im Allgemeinen durch die bestehenden Hypotheken nicht gehindert. Er mag die Substanz derselben ihrem ökonomischen Charakter nach beliebig verändern, mag hauen und abreißen, sein Grundstück bestellen oder brachliegen lassen. Sind es industrielle Objekte, wie Fabriken, Bergwerke u. dgl., so ist er über die Art des Betriebs Niemand verantwortlich; überhaupt, er ist nicht schuldig für die Hypothekare — geschweige denn unter ihrer Kontrolle — zu arbeiten.²⁴⁾ Diese Freiheit erleidet nur nach einer einzigen Richtung hin eine Beschränkung. Es darf nicht durch ein entschieden antiökonomisches Gebahren die Substanz des Gutes dermaßen angegriffen werden, daß in Folge erheblicher Minderung seines Werthes die Deckung der haftenden Hypotheken in Frage gestellt erscheint. Solches Gebahren allein rechtfertigt das Einschreiten der Hypothekare. Die Substanz selbst also müßte angegriffen sein, nicht etwa nur die Rentabilität des Gutes, insofern diese nicht allein auf der Beschaffenheit jener beruht, sondern nach Umständen auch, oder sogar in erster Linie, durch Betrieb und Erfolg von Unternehmungen bedingt wird.²⁵⁾ Und sie müßte erheblich angegriffen sein,

Pächter) durch direkten Bezug der Früchte seine Befriedigung suchen (Sequestration), wenn dieß ihm vortheilhafter erscheint als der Bezug der Pachtzins, die etwa vom Schuldner arglistigerweise zu niedrig angesetzt oder vorweg bezogen sind. Vgl. Gö n n e r I, S. 425 (interessante Fälle aus der französischen Praxis), Pr. Mit. I, 20, § 477 fg. A. b. Ob. § 1102.

24) Es liegt m. E. eine böllige Verkennung der Natur des Verhältnisses zwischen Eigentümer und Hypothekar zu Grunde, wenn man ersteren ohne weiteres dafür verantwortlich machen will, daß er „die Aecker unangebaut, die Bierbrauerei oder Mühle unbetrieben läßt“ (Gö n n e r, S. 375), oder daß er „von dem Grundstück, so lange es versündigt bleibt, einen Mißbrauch (?) macht, . . . oder dessen Kultur vernachlässigt“ (Streiter, die L. v. Grundpfand nach d. östr. Ob. S. 43; ähnlich Zeiller und Nippel zu § 458, wobei freilich der Eigentümer als solcher vom Versünder nicht unterschieden wird). Ganz richtig wird hingegen in den Motiven einer oberstrichterl. Entsch. (GUW. 1898) ausgeführt, daß „die Verzeichnung einer dem Gläubiger beliebigen Bewirthschaftungsart eine unberechtigte Beschränkung des durch das Pfandrecht nicht berührten Verfügungsrechtes des Eigentümers enthalten würde“.

25) Es haftet eben nur das Grundstück für die Pfandschuld, nicht die Unternehmung, der es dient, und deren Erfolg von der Erhaltung seiner Substanz zwar mitbedingt, aber außerdem von mannigfachen sachlichen und persönlichen Momenten (Fähigkeit und Diligenz des Unternehmers) abhängig ist.

d. h. durch Maßnahmen, die eine dauernde²⁶⁾ und der Sicherheit der Hypothekare offenbar gefährliche²⁷⁾ Deterioration in sich schließen. Dann aber ist es gleichgiltig, ob die betreffende Verfügung ein positiver Eingriff ist (z. B. Walddevastation, Raubbau), oder ob sie in Unterlassung derjenigen Veranstellungen besteht, die (wie z. B. die nöthigsten Reparaturen an Häusern und Bergwerkstollen) zur Erhaltung der Substanz schlechterdings erforderlich sind.²⁸⁾

Liegt ein Fall der Art vor, so erwächst zwar daraus nach östr. Recht den Hypothekaren keineswegs die Befugniß ihre nicht fälligen Pfandforderungen zur Zahlung einzuklagen;²⁹⁾ aber die Praxis gibt

26) Darum liegt kein Anlaß zum Einschreiten für die Hypothekare vor, wenn der Eigentümer das Haus ganz oder theilweise niederreißt, um es neu aufzubauen, wenn er einen Wald abstoßt, um den Grund sofort in Acker oder Weingarten umzuwandeln; es sei denn, daß die Realisirung der Hypotheken unmittelbar bevorsteht und (beim Mangel anderer Deckung) die Wiederherstellung des früheren Substanzwerthes in hinreichend kurzer Zeit nicht erwartet werden kann.

27) Also nicht, wenn die Hypothekare trotz der Deterioration hinreichend gedeckt bleiben, oder wenn diese sie darum nicht berührt, weil der Ertrag der Operation zur Tilgung ihnen vorgehender Lasten verwendet wird. B o r n e m a n n, Pr. Priv.-Mt. IV, S. 353, und das angef. Urtheil (GUW. 1898): „weil eine Verminderung der darauf haftenden Lasten erfolgte, die auch dem Sequestrationswerber zu gute kommt“.

28) Ueber den Begriff der „erheblichen Verringerung der Substanz“ s. die preuß. Literatur bei Fö r s t e r, S. 391, B o r n e m a n n, a. a. O. — Es versteht sich, daß ein ganz anderer Maßstab anzulegen ist, wo es sich um eine Eigenthums- oder Theilungsklage handelt und der Kläger wegen Gefährdung der Streitsache Sequestration begehrt; dort ist diese z. B. selbst wegen forstmäßiger Holzschläge zu gewähren, falls „die Besorgniß begründet ist, der Ertrag derselben werde vom Beklagten (eventuell) nicht geleistet werden können“ Entsch. GUW. 1628, 1026.

29) Sofortige Fälligkeit aller Hypotheken tritt ein nach preußischem (A. Mit. I, 20, § 441), bairischem (§ 45), französischem Recht (Code civ. a. 2131); auch für das gemeine Recht behaupten die Meisten jetzt das Gleiche nach L. 14. pr. D. de pign. (20, 1): Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. Et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea. D e r n b u r g, S. 298, B a n g e r o w, § 390, W i n d s c h e i d, § 235, Nte 2. A. M. besonders G l ü c k, 18. S. 327, S i n t e n i s S. 53, R u d o r f f, Zsch. f. gesch. RW. XIII, S. 217. H u s c h k e, L i n d e ' s Zsch. XX, S. 165. — Für das östr. Recht ist dieß jedoch bestimmt ausgeschlossen nach a. b. Ob. § 461, vgl. auch westgal. Ob. II, § 520. A. M. N i p p e l III, S. 495 ohne stichhaltige Gründe. Wichtig K i r c h s t e t t e r, S. 225. P a w l o w i t z in H a i m e r l ' s Mag. VIII, S. 317 fg. will den Hypothekaren dießfalls eine Besitzklage (!) wegen gestörten Tabularbesitzes geben.

ihnen ein Recht auf Sicherstellung zu bringen.³⁰⁾ Dieses Recht muß durch ordentliche Klage (welche die Hypothekarklage in besonderer Anwendung ist³¹⁾ geltend gemacht werden und setzt auf Seite des Klägers den Beweis einer erfolgten oder unmittelbar drohenden Deterioration im obigen Sinne voraus, und die Darlegung der hieraus seiner Forderung erwachsenden Gefahr.³²⁾ Wird auf Sicherstellung erkannt, so mag dieselbe nach Uebereinkunft der Parteien, bez. Anordnung des Richters, durch Bestellung anderweitiger entsprechender Hypotheken,³³⁾ durch Faustpfänder oder Bürgen beschafft werden; in der Regel aber geschieht es durch Sequestration des gefährdeten Hypothekargutes. Dabei wird nach den Grundsätzen der Gerichtsordnung³⁴⁾ über die Sequestration als Realarrest vorgegangen; der Sequester hat lediglich

30) Dieses Recht ist in den östreichischen Gesetzen nirgends ausdrücklich statuiert. Das a. b. Gb. enthält darüber nichts; der § 293 der allg. Gerichtsordnung, auf den man sich immer bezieht, handelt allein von dem Falle, da ein Vindefikant „eine Gefahr erweislich macht, daß der Besagte die Sache während des Prozesses veräußern, verderben, oder Schaden nehmen lassen dürfte“. Und in der That hat ein oberstrichterliches Urtheil (GUW. 1898) das Begehren eines Hypothekars um Sequestration wegen Dewastationsgefahr u. a. auch darum abgewiesen, weil solches „nur dann bewilligt werden darf, wenn der Kläger die Sache selbst in Anspruch nimmt“. . . und weil „über den Bestand der Hypothek kein Streit besteht“. — Gleichwohl nehmen die Kommentatoren zu § 458 a. b. Gb. von Zeiller bis Stubenrauch (Kirchstetter schweigt) das fragliche Sicherstellungsrecht (unter Berufung auf die G. D.) als selbstverständlich an (ebenso u. A. Kopežky, in Wagn. Zsch. 1837, II, S. 256), und bezeugen so für die hergebrachte Praxis den Bestand einer opinio necessitatis. Sicher mit Recht, denn auch uns trifft die Frage: „Wie wäre es nur denkbar, daß die Admer dem Hypothekar zugemuthet hätten, zu warten und ruhig zuzusehen, wie das Pfand zu Grunde gerichtet wird, um dann nach Jahren, wenn der Termin zur Klage herankommt, leer auszugehen“. Dernburg, S. 298.

31) L. 13, § 5, L. 14. pr. D. de pign. (20, 1) A. Rit. § 442, h. t.

32) Vgl. die Entsch. bei GUW. 1907, 1026; das Gesuch um gerichtliche Schätzung der Pfandsache zu dem Zwecke, um sich hierüber ein Beweismittel erst zu verschaffen, ist ohne Zustimmung des Eigenthümers nicht zulässig (Nr. 1907).

33) Was als eine „entsprechende“ anderweitige Hypothek gelten könnte, bestimmt sich natürlich mit Rücksicht auf die Qualität derjenigen, für die eine Ersatzsicherheit gewährt werden soll. Wollte man (mit Kirchstetter S. 225) hier schlechtweg den Maßstab des § 1374 a. b. Gb. anlegen, so ergäbe sich das absurde Resultat, daß für eine in schlechtester Priorität haftende Forderung wegen Deterioration des Objekts „vupillarmäßige“ Sicherstellung gefordert werden dürfte.

34) Allg. G. D. § 293, allg. G. D. § 427, allg. G. D. § 388. Entw. d. Civ. Pr. D. (1867) §§ 756, 757, 839 fg.

die Aufgabe über die Erhaltung der Substanz zu wachen, indem er gegen gefährliche Verfügungen des Eigenthümers einschreitet und nöthigenfalls die erforderlichen Erhaltungsmaßregeln auf dessen Kosten und Gefahr ins Werk setzt.³⁵⁾ Der Arrest ist ein provisorischer, er muß aufgehoben werden, sobald der Eigenthümer den Arrestanten anderweitig hinreichend sichergestellt, oder aber die Beseitigung der Gefahr nachgewiesen hat.³⁶⁾

II. Das Recht auf Befriedigung.

(Der hypothekarische Anspruch.)

A. Dessen materieller Inhalt.

§ 34.

1) Rechtliche Natur des hypothekarischen Anspruchs.¹⁾

Das Hypothekarrecht gestaltet sich zum Anspruch, sobald die Voraussetzungen seiner Realisirung eingetreten sind. Die Natur des Anspruchs bestimmt sich, hier wie überall, durch die Natur des Rechtsverhältnisses, dessen Ausdruck er ist. Daher kann derselbe nur ein dinglicher sein, in erster Linie gegen die Sache gerichtet, mittelbar sodann gegen jene Personen, deren Rechtsstellung zur Sache ihm in den Weg tritt.²⁾ Mit aller Deutlichkeit ist sein dinglicher Charakter ausgedrückt, wenn das Gesetzbuch den Hypothekar anweist, sich die „volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen“. ³⁾ Zugleich

35) Die Kosten der Sequestration (mit Einschluß der Entlohnung für den Sequester) sind in erster Linie aus dem Ertragniß des Objekts zu decken. Entsch. GUW., 1441, Entw. d. C. Pr. D. § 847.

36) Also insbesondere auch, wenn der Hypothekar, in dessen Namen sequestriert wurde, durch Tilgung vorgehender Posten soweit vorgerückt ist, daß seine Forderung nicht mehr bedroht erscheint.

1) Was in der öst. Literatur hierüber vorkommt (auch die bekannte Abhandlung von Kopežky „über die Natur der Hypothekarklage“ in Wagn. Zsch. 1837, II, S. 251 fg.), schließt sich an die unten zu erwähnende Kontroverse über die richtige Formulierung des Petites der Hypothekarklage an.

2) G. Allard, des droits et obligations du tiers délénteur en matière hypothécaire. Paris 1875.

3) A. b. Gb. § 466. — Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori (L. 17. D. de pign. 20, 1); cum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur (L. 2. C. si unus ex plur. her. 8, 32).

ist damit der wesentliche Inhalt des Anspruchs treffend bezeichnet. An die Sache hat der Hypothekar sich zu halten, und die volle Befriedigung für seine Forderung hat er an ihr zu suchen. Die Entwicklung der Konsequenzen dieses Doppelsakes wird uns zunächst beschäftigen.

1) Vor allem ergibt sich hiernach das richtige Verhältnis zwischen der Hypothekarklage und der Klage aus der Pfandschuld.⁴⁾ Letztere geht jedenfalls gegen den sog. Personalschuldner, ohne Rücksicht darauf, ob dieser mit der Person des Verpfänders, oder auch des gegenwärtigen Inhabers der Pfandsache zusammenfällt; die erstere trifft stets diesen. Der Pfandgläubiger hat also jedenfalls die Wahl, welche von beiden Klagen er erheben will. Für den Fall, daß Schuldner und Inhaber des Pfandobjekts verschiedene Personen sind, wird die effektive Konkurrenz beider Ansprüche ausdrücklich anerkannt in § 466 a. b. Ob.⁵⁾ Das Vorhandensein der Hypothek hindert den Gläubiger nicht „sein persönliches Recht gegen den Schuldner“ zu verfolgen, ebensowenig aber hindert diese Möglichkeit die klagweise Realisirung des Hypothekarrechts. Formell sind beide Ansprüche von einander unabhängig, materiell aber erweist sich ihr Zusammenhang darin, daß die Befriedigung im Wege des einen dem Gläubiger die Verfolgung des anderen abschneidet; mit dem Unterschied jedoch, daß, was der Gläubiger aus der Hypothek erhalten hat, seine Forderung an sich (ipso

4) Der gegenwärtigen österreichischen Praxis ist dieses Verhältnis geläufig (vgl. z. B. OUB. 433; daß es nicht immer so war, erweist man u. a. aus der Darlegung der „alten Praxis“ bei Kopecky, Wagn. Zsch. 1838, I, S. 265, 262). Bei den Schriftstellern aber finden sich gelegentlich mancherlei verkehrte Konstruktionen: so wenn Zugischer (im Jurist X, S. 443) die Hypothekarklage bezeichnet als die Schuldklage mit Beschränkung auf den Betrag, der durch das Pfand gedeckt ist, wenn Stubenrauch zu § 466, 2 dieselbe Klage dem Personalschuldner gegenüber überhaupt unanwendbar findet (darüber noch unten Nrte 9), oder wenn umgekehrt der (mit Recht ungenannt gebliebene) Verfasser des Aufsatzes in Wagn. Zsch. 1843, I, S. 261 keine Schuldklage mehr zulassen will, nachdem das Pfand in dritte Hand gegangen, weil „die Forderung gegen die Person des Schuldners auf die verpfändete Sache übertragen werde“ (dagegen schon die L. 10. C. de O. et A. 4, 10, und Fügler, S. 126 fg.). — Auf den richtigen Grundlagen steht die Abhandlung von Kopecky, Wagn. Zsch. 1837, I, S. 327 fg.

5) Daß diese Wahl eine freie ist, indem der § kein Recht der Vorausklage statuiert, wird unten auszuführen sein. — Minist. Vbg. v. 19. Sept. 1860, R. G. B. 212, § 2.

jure) mindert, bez. aufhebt,⁶⁾ während die vom Personalschuldner geleistete Zahlung nicht ebenso das Hypothekarrecht ipso jure angreift, sondern nur einen Lösungsanspruch und einen Einredegrund gegen dasselbe abgibt.⁷⁾ — Es hängt also vom Belieben des Gläubigers ab, durch welchen der beiden Ansprüche er sein Recht verfolgen will; er kann auch beide successive erheben, wenn er durch den ersten seine „volle Befriedigung“ nicht erlangt hat.

Aber auch wo der Inhaber des Pfandobjekts zugleich Personalschuldner ist,⁸⁾ können und müssen beide Ansprüche unterschieden werden.⁹⁾ Zwar treten sie in der Regel kumulirt vor den Richter, in-

6) Der Schuldner wird befreit, soweit aus der Hypothek (oder im Wege der Ablösung durch Zahlung seitens des Eigentümers derselben) der Gläubiger befriedigt worden ist; daran schließt sich von selbst die ins Obligationenrecht fallende Frage nach der Regresspflicht des liberirten Schuldners. Ihre Beantwortung muß von der Betrachtung der je nach Umständen sehr verschiedenen obligationenrechtlichen Stellung ausgehen, die der Pfandinhaber zum Schuldner einnimmt. Ist eine vertragsmäßige Verpflichtung des ersteren zur Deckung der Schuld (wie etwa auf Grund „unvollständiger Anweisung“ a. b. Ob. § 1403) nicht begründet, so kann die Regressforderung auf § 1042 a. b. Ob. (negotiorum gestio) gestützt werden. Keinesfalls läßt sich behaupten, daß § 443 a. b. Ob. hierüber etwas entscheide, denn dieser hat es nur mit dem dinglichen Recht zu thun und will allein das Verhältnis des Eigentümers zum dinglich Berechtigten ordnen. Nichtig auch Kopecky, Wagn. Zsch. 1837, I, S. 331. Allard, S. 129, 130.

7) Darüber s. oben § 13 und unten Buch VI.

8) Er kann es ursprünglich sein, oder nachträglich insbesondere durch Schulübernahme, werden. Ueber dieses Geschäft s. Deibrick, Uebernahme fremder Schulden (1853), Kunze, die Obligation S. 301 fg. Windscheid, Pand. § 338 fg. Beseler, v. Privatr. § 118. Motive zum preuß. Entw. über Hypothekenrecht (1869) S. 58 fg. — Es ist die „vollständige Anweisung“ des a. b. Ob. §§ 1407, 1408. Kopecky a. a. D. S. 336 fg. Fügler, § 54 fg. Vgl. die Urtheile bei OUB. Nr. 567, 806: (der Ersteher einer exekutiv versteigerten Liegenschaft übernimmt die darauf haftenden Schulden, insoweit sie ihm auf den Kaufpreis überwiesen sind, als Personalschuldner), 1469 (Antrag auf Schulübernahme in incertam personam), 1703 (successive Uebernahme derselben Schuld durch Mehrere). — Die Schulübernahme kann nie präsumirt werden, insbesondere nicht aus Zinsenzahlungen des Drittbesizers (Günther, S. 456), und ebenso wenig aus unentgeltlichem Erwerb eines mit Schulden belasteten Grundstückes. Letzteres ist mit Recht festgehalten von Nippel, III, S. 414 fg. und Kopecky a. a. D. gegen die dort (und bei Stubenrauch a. a. D. Nrte 7) citirte Schrift Schusters, die aus a. b. Ob. §§ 443, 922, 945 das Gegenheil folgern will.

9) Anders die herrschende Doktrin in Oestreich: „Nach östr. Rechte wird gegen den Hauptschuldner (?) nicht die Pfandrechtsklage, sondern die Klage aus dem der Pfandbestellung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse, z. B. auf Rückzahlung

dem der Gläubiger seine Forderung einlagt und seine Befriedigung dafür in erster Linie durch Realisirung des ihm zustehenden Pfandrechts, subsidiär aber aus dem sonstigen Vermögen des Schuldners begehrt. Aber nothwendig ist dieß keineswegs. Jedemfalls steht dem Gläubiger frei, sich auf die persönliche Forderung zu beschränken und für dieselbe sofort ein ihm nicht verpfändetes Stück des schuldnereischen Vermögens in Exekution zu ziehen.¹⁰⁾ Und umgekehrt kann es seinem Interesse entsprechen, lediglich die Hypothekarklage anzustrengen, wobei er sich auf den Nachweis der Voraussetzungen dieser beschränken darf,¹¹⁾ aber auch das Maß seiner Befriedigung auf das Ergebnis der Pfandrealkisirung abstellen muß.

2) Der Inhalt des hypothekarischen Anspruchs besteht in der

des gegebenen Darlehens, angestrengt; . . . anders ist es aber, wenn die Pfandsache in das Eigenthum eines Dritten übergegangen ist; . . . daher die Nothwendigkeit einer besondern Pfandrechtsklage". Stubenrauch zu § 466, 2 (vgl. auch oben Nr. 4). Ebenso Kopecky, Wagn. Zsch. 1837, II, S. 265. Dagegen hat schon Gönner, S. 411 auch für diesen Fall die Verschiedenheit beider Rechtsmittel betont.

10) Das wird der Gläubiger namentlich dann vorziehen, wenn seine Hypothek von zweifelhaftem Werth ist, während der Schuldner hinreichendes anderweitiges Vermögen (z. B. später erworbene pfandfreie Realitäten) besitzt. — Eine Verpflichtung des Gläubigers, zuerst seine Befriedigung aus der Hypothek zu suchen, wie sie nach Analogie des römischen Kaiserrechts (L. 2, Cod. de pignor. 8, 14, L. 9, Cod. de distr. pign. 8, 28) das französische (Cod. civ. a. 2209), preussische (Rt. I, 20, §. 46) und bairische Recht (§ 50? Gönner S. 412) statuiert hat, existirt nach östr. Recht nicht. Zwar scheint bey § 465 a. b. Gb. auf ein jus singulare hinzuweisen, indem er für die Frage, „in wiefern ein Pfandgläubiger sich an sein Pfand zu halten schuldig, oder auf ein anderes Vermögen des Schuldners zu greifen berechtigt sei“, auf die Gerichtsordnung verweist. Allein diese (a. G. D. § 311, Ung. G. D. § 459) enthält davon nichts, und eine spezielle Resolution v. 14. Juni 1784, J. G. S. 306, lit. aa sagt ausdrücklich das Gegentheil: „Jedem Gläubiger ohne Ausnahme, folglich auch jenem, dessen Forderung mit einem Unterpfande bedeckt ist, sei das Recht eigen, und zwar abermals ohne Ausnahme, jene Güter des Beklagten namhaft zu machen, woraus er seine Bezahlung zu erholen Willens ist“ (Michei, Nr. 914). M. W. gleichwohl Kopecky, a. a. D. S. 266, der „eine unbillige Ausübung“ des Exekutionsrechtes des Gläubigers durch „analoge Anwendung“ des § 1374 a. b. Gb. (?) ausschließen will, übrigens aber doch dem Schuldner den Beweis auferlegt, daß Kläger „schon aus der bestellten Hypothek vollständig befriedigt werden könne“.

11) Daß die Beweislast bei diesem Anspruch unter Umständen für den Kläger sich günstiger stellen kann, als bei Einklagung der Pfandsforderung, wird unten (§ 35) erhellen.

That darin, daß der Gläubiger „seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache“ sucht. Er sucht sie an der Sache, nicht an der Person ihres Eigentümers, mag derselbe zugleich sein Schuldner sein oder nicht. Aber freilich, da er nicht mehr an der Sache zu suchen hat, als eben seine Befriedigung, so muß sein Anspruch dahinfallen, sobald er dieselbe anderweitig von irgendwoher erhalten hat. Als Hypothekar hat er nach östr. Recht kein Recht auf „Zahlung“, denn unsere Hypothek ist keine Grundschuld,¹²⁾ aber die rechtswirksam an ihn geleistete¹³⁾ Zahlung Alles dessen, was er durch das Hypothekerecht erlangen sollte, entzieht diesem seinen materiellen Boden und macht den Anspruch unwirksam. Der Drittbefitzer des Pfandstückes insbesondere also ist nicht verpflichtet die Pfandschuld zu bezahlen; er braucht sich auf den Prozeß gar nicht einzulassen, kann ein Kontumazialurtheil über die Hypothek abwarten und der Exekution ihren Lauf lassen. Aber er kann auch, falls er das seinem Interesse entsprechender findet, in jedem Stadium dieses Verfahrens durch Zahlung der gesammten Pfandschuld sammt Zinsen und Kosten, soweit dieselben aus dem Erlös des Pfandes zu decken wären, die weitere Verfolgung des hypothekarischen Anspruchs einstellen.¹⁴⁾

Ist das geschehen, so hat der Hypothekar das materielle Ziel seines Anspruchs erreicht, aber auf indirektem Wege, durch freiwilliges Dazwischentreten des Eigentümers oder eines Dritten. Der direkte Weg, der allein erzwungen werden kann, führt durch die Realexekution an dem Pfandgut. Die Befriedigung durch Exekution ist formell das einzige Ziel der Hypothekarklage des östr. Rechts, da dieses ein Recht des Hypothekars auf Besitzabtretung nicht kennt.¹⁵⁾ — Siegt der Kläger mit der Hypothekarklage, so erhält er dadurch die Macht, die Exekutionsmittel, welche die östreichischen Prozeßgesetze gewähren, behufs seiner Befriedigung gegen die Pfandsache in Anwendung zu

12) Oben § 1. — Im Gegensatz hiezu verpflichtet z. B. das mecklenburgische Recht den Eigentümer der Pfandsache ausdrücklich zur Zahlung. Meibom S. 155.

13) A. b. Gb. §§ 1413, 1422 fg.

14) Durch Anerbot der Abtretung des Objectes an den Gläubiger wird nach östr. Recht (anders ausdrücklich das bair. Ges. § 54) derselbe Erfolg nicht bewirkt; die Exekution würde trotz eines solchen einseitigen Schrittes des Exekutanten ihren Fortgang nehmen müssen.

15) Dieses Recht besteht bekanntlich auf dem Boden des gemeinen Rechts, ist

bringen: exekutive Sequestration¹⁶⁾ oder gerichtliche Feilbietung (a. b. Ob. § 461). In dem einen wie dem andern Fall erschöpft sich sein Recht darin, daß auf sein Begehren durch das Gericht Verfügungen über die Pfandsache eingeleitet werden müssen, deren Ergebnis die gänzliche oder theilweise Liquidirung ihres Werthes ist, und daß er aus diesem Ergebnis nach Maßgabe der Größe und Priorität seiner Forderung befriedigt werden muß.

Hierin ist schon angedeutet, daß dieses Recht des siegenden Hypothekars wesentlich verschieden ist von dem Verkaufsrecht, welches das römische Recht dem Pfandgläubiger gewährt. Nicht das macht den Unterschied, daß der Verkauf dort regelmäßig ein privater war, oder doch sein durfte; auch die Einführung einer gesetzlich erforderlichen und geregelten Kontrolle eines Organs der Staatsgewalt würde den römischen Kreditor nicht wesentlich anders gestellt haben. Der Hypothekar des modernen Rechts hat überhaupt kein Verkaufsrecht, er hat nur das Recht zu verlangen, daß das Gericht zur Exekution schreite und dabei thue, was seines Amtes ist. Dadurch scheint zunächst die alte Streitfrage abgeschritten, ob der Pfandgläubiger Namens des Verpfänders (als procurator in rem suam) verkaufe, oder kraft eigenen selbständigen Rechtes;¹⁷⁾ aber sie ist in der That nur zurückgeschoben,

aber auch dort durch das moderne Institut des gerichtlichen Pfandverkaufs mindestens überflüssig geworden.

16) Das Einzelne über die Durchführung dieser Rechtsmittel folgt unten. — Die exekutive Sequestration (Exekution »ad fructus«, a. G. D. § 320, nach Umfang und Zweck verschieden von der oben besprochenen Sequestration zur Sicherstellung) findet nur statt, wenn der Gläubiger ausdrücklich sich darauf beschränken will aus den Früchten und Erträgen der Pfandsache seine Befriedigung zu holen; es sei denn, daß sein Pfandrecht schon ursprünglich in dieser Beschränkung bestand.

17) Darüber besonders Schneider, Zsch. f. Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen, N. F. XII, S. 385 fg. (1854). Die Vorstellung einer Vertretung des Schuldners durch den Gläubiger, wie sie noch Gajus (II, 64) mit einem zweifelnden »forsitan« vorträgt, ist sicherlich abzuweisen. Vgl. L. 42. D. de pign. act. (13, 7) Papin . . . cum in venditione, quae fit ex facto (pacto), suum creditor negotium gerat; L. 7. § 1. D. de reb. eor. qui sub tut. (27, 9), L. 13. D. de distr. pign. (20, 5); nicht entgegen L. 29 in fin. D. fam. hereisc (10, 2) „Die Ansicht, daß hier der Gläubiger den Schuldner vertrete, daß er dessen Veräußerungsrecht ausübe, wurzelt in ihrem letzten Grunde in der falschen Theorie, daß die Veräußerungsbefugniß des Eigenthümers ein selbständiges Recht im Eigenthum sei, welches durch den Bestellungsakt aus dem Eigenthum herausgerissen oder abgelöst und auf den Gläubiger übertragen werde.“ Förster, III, S. 395.

wenn man — falls die Exekution durch richterliche „Feilbietung“ erfolgt — sofort wieder fragt, ob der Richter im Namen des Exekutanten oder des Exequenten feilbiete?¹⁸⁾ Sicher ist Beides gleich unrichtig. Der Richter verkauft nicht Namens des Exekutanten, denn er hat von ihm keinerlei Vertretungsvollmacht; auch legt der Verkauf dem Exekutanten keine Verpflichtungen auf (er haftet nicht wegen Eviktion); endlich steht nichts entgegen, daß er selbst das feilgebotene Objekt ersthebe, wenn er nur nicht persönlich Schuldner ist,¹⁹⁾ aber niemand kann seine eigene Sache von sich selbst kaufen. Ebenso wenig verkauft der Richter Namens des Gläubigers, denn auch dieser kann das Objekt für sich kaufen; überdies wird das Kaufgeld durch Erlegung zu Gerichtshänden keineswegs Eigenthum des Gläubigers, sondern nur Deckungsmittel für alle Kreditoren (auch die nicht auf Exekution angetragen haben) und steht dort auf Gefahr des Schuldners; erst durch Aushändigung an die einzelnen Gläubiger werden deren Forderungen getilgt,²⁰⁾ nicht schon durch die Zahlung an den angeblichen Vertreter; möglicherweise erhält der exequirende Gläubiger, der doch materiell Verkäufer sein soll, von der Kaufsumme gar nichts, wenn er in schlechter Priorität steht. — Mithin läßt sich überhaupt nicht sagen, daß der Richter im Feilbietungsverfahren eine der zunächst beteiligten Parteien vertrete; er vertritt das Interesse beider Theile, indem er ihr Rechtsverhältnis durchgreifend ordnet, wie er es ähnlich im Theilungsverfahren thut, und er vertritt zugleich ein öffentliches Interesse, indem er ein Stück Rechtspflege übt.

„Das Verhältniß des Richters ist ein publizistisches und läßt sich

18) Die ausführliche und lichtvolle Erörterung bei Förster a. a. O. S. 393 fg. liegt im Bann dieser Alternative. Ihr Ergebnis: „der Gläubiger verkauft kraft eignen Rechts; dem Gericht steht nur die formelle Leitung zu“ (S. 394) — muß darum an der Eventualität, daß der Gläubiger die Pfandsache selbst ersteht, nothwendig scheitern; vgl. unten Note 22.

19) A. b. Ob. § 463.

20) Dernburg, II, S. 259 fg. Förster S. 298 findet es „nicht auffallend, sondern folgerichtig, daß der Gläubiger den Preis für die (verkaufte fremde) Sache nicht erwirbt, daß dieser dem Eigenthümer der Sache gehört und für ihn nur Befriedigungsmittel wird“. Gewiß ist das eine richtige Folgerung — aus dem Wesen des Pfandrechts, nicht aber des Kaufs; denn wer „kraft eigenen Rechts“ verkauft, müßte auch zu eigenem Recht Zahlung empfangen. Der Kreditor des Ad. erwirbt unmittelbar das Eigenthum am ganzen Kaufschilling, Windscheid, § 337, 4.

nicht auf einen privatrechtlichen Kontrakt oder Quasikontrakt zurückführen.“²¹⁾

Dies zugegeben, wird man aber noch einen Schritt weiter gehen müssen. Nicht nur daß von einem Verkaufsrecht des Pfandgläubigers für unser Hypothekarrecht nicht gesprochen werden kann (da weder der Gläubiger selbst verkaufen darf, noch der Richter in seinem Namen verkauft), es muß unserer Pfandsubhaftation selbst der Charakter des Verkaufs im technischen Sinne des Wortes abgesprochen werden. Das Geschäft, welches als Ergebnis der gerichtlichen Feilbietungsverhandlung dasteht, ist allerdings in seinen Rechtswirkungen dem Kaufgeschäft ähnlich, wenn auch nicht durchaus kongruent; aber sein Entstehungsprozeß ist ihm desto unähnlicher. Das tritt in allen Beziehungen, am schärfsten aber dann hervor, wenn der zur Exekution getriebene Drittbefitzer des Hypothekargrundstückes dasselbe bei der Feilbietung selbst erstanden hat: der Eigenthümer, gegen seinen Willen zum „verkaufen“ getrieben, hätte dann durch richterlichen Zuschlag sein Eigenthum „gekauft“. Es genügt nicht, für diese besondere Eventualität (und etwa noch für den Fall, daß der erequirende Pfandgläubiger Erststeher wird) eine besondere Konstruktion aufzustellen,²²⁾ denn die rechtliche Natur der gerichtlichen Feilbietung ist unabhängig davon, wer das Meistgebot thut; man muß vielmehr daran erkennen, daß wir in der exekutiven Feilbietung ein eigenartiges Geschäft vor uns haben. Es ist ein Geschäft „venditionis instar“, aber kein Kauf; vergleichbar etwa der Expropriation²³⁾ oder dem richterlichen Zuschlag der vindizirten

21) Dernburg, S. 260, 261, und schon der dort citirte Postius: *Judex utitur jure creditoris et auctoritate publica, dum suum officium impartitur creditori exequenti, nec id est actorem repraesentare, sed partibus se judicem exhibere.* — Vgl. auch Pfaff, das pignus irregulare (1868) S. 32 fg. und dagegen Exner, Pfandrechtsbegriff, S. 44 fg.

22) Förster, S. 396 (anders früher, Bd. II, S. 138) kommt in der That für diese beiden Fälle zu dem speziellen Ergebnis: es „ist dieß in Wirklichkeit kein Kauf, sondern es wird durch die Lizitation nur der Preis gefunden, für welchen der Gläubiger das Pfand behalten oder annehmen (resp. der Eigenthümer es einlösen) darf“. — Uns ist diese Auffassung die allgemein gültige für jede exekutive Pfandsubhaftation: immer soll durch die Lizitation der Preis gefunden werden, für welchen der Erststeher das Pfand erhalten (oder behalten) darf, und aus welchem die Pfandgläubiger ihre rangmäßige Befriedigung finden sollen.

23) Meibom, S. 204. Ueber die Unmöglichkeit, das Wesen der Expropriation durch die Theorie des Kaufes zu begreifen, s. Laband, im Arch. f. civ. Pr. N. F. II, S. 171 fg.

Sache an den Beklagten gegen Leistung der Aestimationssumme.²⁴⁾ Das Wesentliche ist, daß der Umsatz in Geld, der den Vergleichungspunkt zum Kauf bildet, hier kraft rechtlicher Nothwendigkeit und, wenn auch nur auf Anregung der Partei, durch amtliches Einschreiten und unter publizistischer Verantwortlichkeit des Richters vor sich geht. Zweck des Feilbietungsverfahrens ist die Liquidirung einer möglichst hohen Geldsumme aus dem Exekutionsobjekt im Interesse aller Beteiligten; wieviel Anspruch der Einzelne an den Erlös habe, soll sich nachher ergeben.

Das Recht des Hypothekars, auf diese Liquidirung des Pfandgutes im Rechtswege zu dringen, ist das Distraktionsrecht in seiner modernen Gestalt, wie es auf dem Boden unseres Hypothekenrechts allein noch vorkommt; es bildet die erste Hälfte vom Inhalt des hypothekarischen Anspruchs. Die andere ergibt sich, sobald das Feilbietungsverfahren eine Summe flüssig gemacht hat, und geht auf prioritätsmäßige Tilgung der Forderung aus jener Summe; beide zusammen konstituiren das „Recht auf volle Befriedigung“. Die Scheidung dieser beiden Bestandtheile des Anspruchs,²⁵⁾ von denen der erstere vorzüglich gegen den Eigenthümer, der letztere gegen die Mithypothekare und sonstigen dinglich Berechtigten seine Spitze kehrt, tritt im östr. Recht auch äußerlich darin hervor, daß dieselben möglicherweise Gegenstand zweier verschiedener Klagen werden können, der Pfandrechtsklage, und der Prioritätsklage (Vorrechtsklage). Von letzterer wird unten im Zusammenhange mit der Lehre von der hypothekarischen Priorität zu handeln sein; hier sollte nur im theoretischen Interesse auf die Möglichkeit dieser doppelten Klage hingewiesen werden. — Vorläufig also sehen wir von dem Zusammentreffen mehrerer Hypotheken noch ganz ab und haben es ausschließlich mit dem Einen Hypothekar zu thun, der

24) *Qui litis aestimationem suffert e m t o r i s l o c o h a b e n d u s e s t.* L. 22. D. de act. rer. amot. (25, 2) cf. L. 7, § 1. D. de Publ. (6, 2), L. 1, 3. D. pro emtore (41, 4).

25) Das Hervortreten dieser Scheidung ist eine Folge der tieferen Ausbildung, die das Pfandinstitut durch das moderne Recht erhalten hat. Für den römischen Pfandgläubiger fiel in der Regel Pfandverkauf und Selbstbefriedigung aus dem Kaufgeld in Eines zusammen; wo nicht, wird aber auch dort das *distrahere rem* (als das Mittel) von dem *percipere pecuniam* (als Zweck) unterschieden: erst das letztere befreit den Schuldner, L. 9. de distr. pign. (20, 5) L. 26, 44. D. de solut. (46, 3).

mit Einer Klage Beides zugleich, die Liquidirung seines Pfandes und danach die Tilgung seiner Forderung begehrt.

3) Alles Vorstehende führt endlich von selbst zu der bei den östr. Schriftstellern von jeher mit Vorliebe erörterten Frage nach dem Petit der Hypothekarklage.²⁶⁾ Die Ansichten gehen, wenn wir von untergeordneten Abweichungen in der Formulirung absehen, nach drei Richtungen auseinander:

a) Das Petit könne nur auf Exekution der Pfandsache gestellt werden, da die Klage eine rein dingliche und der Beklagte zu keiner Leistung verbunden sei;²⁷⁾

b) es müsse jedenfalls auf Zahlung der Pfandschuld gerichtet werden, mit einem Zusatz jedoch, der die eventuelle Exekution auf das Pfandstück einschränkt, denn mit dieser Einschränkung werde die Schuld des Personalschuldners von Gesetzeswegen (§ 443 a. b. Gb.) auf den Pfandinhaber übertragen;²⁸⁾

c) es habe alternativ zu lauten: auf Gestattung der Exekution, oder aber Zahlung an den Gläubiger.²⁹⁾

Von praktischem Belang ist diese Frage nicht. Denn es kann bei den heutigen Prozeßgrundsätzen keinem Zweifel unterliegen, daß der Richter, ungeachtet eines theoretisch verfehlten Petits, wenn nur sonst die Klage gehörig substantiirt ist, demjenigen Anspruch gemäß zu erkennen hat, bezüglich dessen aus dem dargelegten Streitmaterial erhellt, daß er für den Kläger rechtlich begründet, und von ihm der Gerichtsentcheidung unterstellt sei.³⁰⁾ Darüber aber, was der Hypothekarkläger materiell begehrt, wird kein Zweifel bestehen, sei

26) Die Frage ist schon in der älteren gemeinrechtlichen Literatur viel verhandelt. Glück, XVIII, § 1083, Urtheile zu dieser *immanis inter ICtos controversia* bei Leyser, *Medit. ad Pand. IV. sp. 224, m. 2.* — Die hierhergehörige östreichische Literatur ist gut referirt bei Stubenrauch, zu § 366, 3; hervorzuheben ist Kopecky „über die Natur der Hypothekarklage nach dem a. b. Gb.“, *Wagn. Zsch.* 1837, II, S. 251 fg.

27) Turnes, *Wagn. Zsch.* 1847, I, S. 316, vgl. 1837, I, S. 297, *Rip-pel, Komm. III, S. 511.*

28) Kopecky, a. a. O. S. 263. *Macq.* das. 1849, I, S. 336.

29) Winivarter, *Komm. II, S. 257.* Und für das gemeine Recht speziell Richter, *De actionis hypothecariae petito, quod vocant alternativum.* Lips. 1835.

30) So für unseren Fall schon Leyser l. c. (*connivendum est*) und Dernburg, S. 301.

es daß er diese oder jene der oben angeedeuteten Formeln seinem Petit zu Grunde legt, sei es daß er eine noch andere ganz unzutreffende wählt, wie z. B. wenn der Drittbefitzer schlechtweg auf „Zahlung des schuldigen Darlehns“ beklagt würde. Nur dann müßte mittelbar ein falsches Petit auch praktisch auf Abwege führen, wenn sich der Richter durch dasselbe verleiten ließe ein falsches Urtheil zu fällen, indem er in dem Tenor desselben jenes Petit aufnahme und dadurch einen Anspruch in Rechtskraft erwachsen ließe, der in der That materiell nicht fundirt ist. Derlei scheint jedoch in der Praxis selten oder gar nicht vorzukommen, und so ist jenes Schwanken der Theoretiker über das Petit der Hypothekarklage für uns nur bedeutsam als Symptom einer verborgenen Unsicherheit über das Wesen des Hypothekarrechts und des ihm innewohnenden Anspruchs. Das tritt am deutlichsten bei Jenen hervor, welche die oben unter b) bezeichnete Fassung des Petits für die richtige halten. Gegen sie gilt, was früher schon genugsam gegen die Auffassung der östreichischen Hypothek als einer Grundschuld im modernen Sinn des Wortes, und für den dinglichen Charakter der Hypothekarklage insbesondere ausgeführt ist; der vielbesprochene § 443 a. b. Gb. überträgt auf den bürgerlichen Nachfolger des Eigenthümers keine Schulden, sondern nur „Lasten“: Servituten, Realkasten, Hypotheken. Aus dem gleichen Grund muß die letzte der obigen Formulirungen (c) angegriffen werden. Denn auch nicht alternativ ist der Pfandbesitzer als solcher zur Zahlung der Schuld verpflichtet; er müßte sonst, falls die Pfandsache durch Zufall untergegangen wäre, für die Pfandschuld schlechthin persönlich haften, während doch bekanntlich das Gegentheil gilt. Die Zahlung, wie oben schon hervorgehoben ist, hat für den Beklagten lediglich die Bedeutung eines Mittels zur Abwehr der dinglichen Rechtsverfolgung, von dem er nach freier Wahl Gebrauch machen mag oder nicht; sie ist sein Recht aber nicht seine Pflicht, er kann also auch nicht alternativ dazu verurtheilt werden. — Mithin bleibt das sub a) angeedeutete Petit übrig. Gegen dieses ist unbegreiflicherweise das Bedenken erhoben worden, ein Petit auf Gestatten oder Dulden der Exekution sei unzulässig, weil überhaupt keine Klage auf „ein bloßes Gestatten“ gerichtet werden könne;³¹⁾ das widerlegt sich durch den Hinweis auf die Servitutsklage (*actio confessoria*, a. b.

31) *Macq.*, a. a. O., dem Stubenrauch beistimmt.

Ob. § 523). Aber jedenfalls ist das Petit zu eng, wenn es, wie Einige vorschlagen³²⁾, speziell auf „Feilbietung“ der Pfandsache geht, und auch wo richtigerweise Exekution allgemein verlangt wird, muß hinter der Exekution, die doch nur Mittel ist, das hervortreten, wofür erequirt werden soll, die Befriedigung für die Pfandschuld. Denn allerdings ist diese Befriedigung der Inhalt der Klage, nur hat sie der Beklagte nicht zu leisten, sondern ihm liegt bloß ob, dem Befriedigungsverfahren gegen seine Sache freien Lauf zu lassen.³³⁾ Dieses Verhältniß muß jedes richtig formulirte Petit der Hypothekarklage zum Ausdruck bringen; sein Wortlaut ist dann gleichgiltig. Z. B. also „um Erkenntniß, Kläger sei berechtigt für seine bürgerliche Forderung . . . pr . . . sammt . . . Zinsen und Kosten aus dem Gute X im Exekutionswege die Befriedigung zu suchen“; oder: „Beklagter sei schuldig, die Tilgung der klägerischen Forderung . . . im Wege der Exekution auf das Gut X zu gestatten“.

§ 35.

II) Subjekte und Voraussetzungen des Anspruchs.

Da die zwangsweise Durchführung des hypothekarischen Anspruchs nach östr. Recht im Wege der gewöhnlichen Realexekution stattfindet, muß dieser vorerst exekutionsfähig gemacht werden. Das Begehren um exekutive Befriedigung (Feilbietung oder Sequestration) kann nicht auf die materielle Berechtigung des Hypothekars direkt gestellt werden, sondern diese muß formell anerkannt vorliegen in einer nach Maßgabe der östreichischen Prozeßgesetzgebung vollstreckbaren Urkunde, sei diese nun Vergleich, schiedsgerichtliches Erkenntniß, oder das rechtskräftige Urtheil des ordentlichen Richters. Letzteres bildet die Regel; Urkunden der erstern Art gelten mit Recht als juristische Surrogate des Urtheils. Da ein solches aber nur durch eine siegreich durchgeführte Hypothekarklage erlangt werden kann, darf es als Regel hingestellt werden: „Der Hypothekargläubiger kann seine Forderung gerichtlich nur mittelst Klage geltend machen.“¹⁾

32) Z. B. Rippel, a. a. D.

33) So auch Bähr, Jahrb. f. Dogm. XIII, S. 185, Note 1.

1) Minist. Vdg. v. 19. Sept. 1860, R. G. B. 212, § 1. Damit ist eine Kontroverse (s. die ältere Litt. bei Stubenrauch, zu § 461, 5; besonders Minasiewicz in Wagn. Zsch. 1835, II, S. 369, 1837, I, S. 187, II, S. 159, welcher dem

Es ist nun näher zuzusehen, zwischen welchen Personen und unter welchen Voraussetzungen die Klage wirksam erhoben wird.

1) Kläger ist der bürgerlich eingetragene Inhaber der Hypothekarforderung, sei er nun der ursprüngliche Gläubiger, oder ein Cessionar; auch wer durch außerbürgerliche Cession die Forderung an sich gebracht hat, kann die Hypothekarklage erheben, obzwar in anderer Rechtsstellung als jener.²⁾ Erscheint das Hypothekarrecht im öffentlichen Buch zu Gunsten einer Firma eingetragen, oder haftet es für den Inhaber bez. Order-Successor einer Briefforderung,³⁾ so legitimirt sich der Hypothekarkläger durch diejenige Nachweise, welche in diesen Fällen seine Gläubigerschaft darthun. — Uebrigens gelten für die Hypothekarklage hinsichtlich der Aktivlegitimation und Prozeßvertretung die gewöhnlichen Regeln.

2) Zu richten ist die Klage gleichwie die Eigenthumsklage wider Denjenigen, in dessen Vermögen die Pfandsache im Zeitpunkt der Klagerhebung thatsächlich steht. Also der Besitzer des Objekts ist zu belangen, und es kommt dabei nicht darauf an, ob er auch bürgerlich als solcher eingetragen ist; doch kann, falls er es nicht ist, die Klage zugleich gegen den bürgerlich ausgezeichneten Inhaber des Pfandes gerichtet werden.⁴⁾ Es versteht sich hienach von selbst, daß die Hypothekarklage auch gegen den Schuldner nur so lange und dann zulässig ist, wenn er das Pfandobjekt in Besitz oder Bucheigenthum hat; späterhin kann er nur noch mit der Schuldklage in Anspruch genommen werden.⁵⁾

Hypothekar gestatten will, bei fälliger Schuld sofort um Schätzung und Feilbietung anzufuchen (s. auch Hoffmann, Haimers Vjschr. XIII, S. 1 fg.; dagegen neuerdings Füller, S. 122 fg.) im richtigen Sinn entschieden, die nie hätte entstehen sollen. Vgl. auch Dernburg, II, S. 261. — Privilegium der östr. Nationalbank auf Grund ihrer Buchauszille direkt zur Exekution ihr verpfändeter Immobilien zu schreiben: Bankstatut § 23, Vdg. d. Finanzminist. v. 20. März 1856, R. G. B. 36. vgl. die Entsch. G. Z. 1871, Nr. 66.

2) Ueber die Rechtsstellung sowohl des bürgerlichen, als des außerbürgerlichen Cessionars, s. das IV. Buch. Hier soll im Interesse der Einfachheit der Darstellung davon noch abgesehen und überall vorausgesetzt werden, daß es der ursprüngliche Pfandgläubiger ist, der sein Hypothekarrecht verfolgt.

3) Ueber die Zulässigkeit solcher Eintragungen s. oben § 27, Z. 4.

4) Was unter Umständen die Vorsicht gebietet, s. z. B. unten Note 9.

5) Es ist ein Symptom der landläufigen Vermengung der Pfandklage mit der Schuldklage, wenn die oben (Note 1) citirte Verordnung in § 2 fortfährt: „es steht ihm frei, diese Klage entweder gegen den persönlichen Schuldner, oder gegen den

Die einmal rechtlich erhobene Hypothekarklage wirkt auch fort gegen den Universalnachfolger des ursprünglich Beklagten, nicht ebenso aber gegen den Einzelnachfolger; würde also das Pfandstück nach der Klagerhebung, aber vor der exekutiven Eintragung des Urtheils, ⁶⁾ veräußert, so könnte gegen den neuen Inhaber keineswegs der Prozeß fortgesetzt, noch weniger aus einem gegen seinen Besitzvorgänger erstrittenen Urtheil die Realexecution erwirkt werden, sondern der Hypothekar wäre gezwungen, gegen ihn neuerdings klagbar aufzutreten. Diesem Uebelstand zu begegnen ist der Zweck des Instituts der „Anmerkung der Hypothekarklage“. ⁷⁾ Es ist nämlich dem Hypothekarkläger gestattet, bei oder nach der Erhebung seiner Klage (gegen den Nachweis hierüber) vom Grundbuchsgericht die Anmerkung dieser Klage auf dem Folium des in Anspruch genommenen Objectes zu begehren, ⁸⁾ falls dieses im Bucheigenthum des Beklagten steht. ⁹⁾ Eine solche Anmerkung hat die Folge, daß die Klagerhebung ihre Wirksamkeit auch gegen jeden späteren Eigenthümer des Pfandes äußert, und „daß insbesondere die Execution in die verpfändete Liegenschaft auf Grund des über die angemerkte Klage erfolgten rechtskräftigen Erkenntnisses oder exekutionsfähigen Vergleichs unmittelbar gegen jeden Eigenthümer geführt werden kann“. ¹⁰⁾ —

Eigenthümer des Pfandgutes, oder gegen beide gemeinschaftlich zu richten“. Die Absicht der Verfügung ist, die von Manchen aus § 466 a. b. Gb. (s. unten) gefolgerte Einrede der Vorausklage als unstatthaft zu bezeichnen.

6) Die angef. Vdg. § 6, Abs. 2. Vgl. die treffenden Bemerkungen bei Kopecky, Wagn. Zsch. 1838, I, S. 276.

7) N. G. B. G. §§ 59, 60 (Böhm. Lpat. § 33), Ung. G. B. D. § 104 a. E.

8) Dieses Begehren ist Gegenstand eines besonderen Grundbuchsgesuches, Aufsej, S. 364.

9) Um die Klaganmerkung anzubringen, muß also der Bucheigenthümer geklagt sein; auch wenn er nicht Besitzer ist, liegt schon darin eine Veranlassung die Hypothekarklage mit gegen ihn zu richten.

10) G. B. G. § 60. Vdg. v. 19. Sept. 1860, § 5, 6: „wenn die bürgerliche Anmerkung der Klage nicht erfolgt ist, so kann die Execution auf ein verpfändetes Gut nur auf Grund eines wider den Eigenthümer desselben erwirkten rechtskräftigen Erkenntnisses oder mit demselben abgeschlossenen exekutionsfähigen Vergleichs ertheilt werden“. — Hiermit ist endlich einer Irrlehre der Boden entzogen, die in der älteren österreichischen Literatur immer wiederkehrend, namentlich von der Autorität Kopecky's (Wagn. Zsch. 1838, I, S. 268 fg.) unterstützt, nicht lange vorher in einer Plenarentscheidung des obersten Gerichtshofes (v. 29. Sept. 1857, Z. 9296, bei GUW. 438) die praktische Sanktion erhalten hatte. Ihre Anhänger wollten die Durchführung der Realexecution gegen den Drittbefitzer des Pfandobjectes auf

Das Gesagte gilt in analoger Anwendung ebenso, wenn nicht das Grundstück selbst, sondern ein dingliches Recht an ihm Gegenstand der Hypothek ist. ¹¹⁾

Insofern die hypothekarische Klage zugleich eine Vorrechtsklage in sich begreift, richtet sie ihre Spitze nicht nur gegen den Besitzer des Pfandobjectes, sondern zugleich gegen alle Jene, deren dingliche Rechtsstellung zur Sache (Hypothek, Servitut, verbücherte Mieth) mit der Befriedigung des Klägers, wie er sie begehrt, in Collision kommt. Sie muß dann auch gegen alle Diese mit erhoben werden; ¹²⁾ allein ebensowohl kann, und das bildet thatsächlich die Regel, ein Vorrechtsanspruch entweder überhaupt nicht gestellt, oder einem späteren Stadium des Befriedigungsverfahrens vorbehalten werden. Hier mag derselbe darum noch außer Betracht bleiben.

3) Zur Begründung der Hypothekarklage gehört vor Allem die Darlegung der Forderung, für welche die Hypothek in Anspruch genommen wird. ¹³⁾ Die Pfandschuld muß liquidirt werden, und zwar gegenüber dem Beklagten, auf dessen Kosten die Befriedigung erfolgen soll; es genügt nicht, daß die rechtliche Klarstellung der For-

Grund des gegen den Personalschuldner erwirkten Urtheils, auch wo die Klagerhebung dem Eigenthumsnachfolger nicht durch das öffentliche Buch ersichtlich war, schlechthin zulassen. Dabei stützten sie sich namentlich auf eine verkehrte Argumentation aus § 443 a. b. Gb. und aus dem Abs. 4 des Pat. v. 5. Apr. 1782, S. G. S. Nr. 40 (vgl. bes. die Motive der cit. Plenarentsch. und Kopecky a. a. D.), indem sie aus dem geschlichen Uebergang des bürgerlichen Rechtsverhältnisses auf den Tabularsuccessor unmittelbar folgerten, daß auch das über jenes Verhältniß inter tertios ergangene Urtheil in seinen Wirkungen auf diesen zu übertragen sei. Eine Folgerung, die das Recht der res judicata völlig über den Haufen wirft um den oben berührten Uebelständen zu steuern, gegen welche von jeher das Institut der Streitmerkung die richtige Abhilfe geboten hätte. — Die Literatur dieser unerfreulichen Kontroverse s. bei Stubenrauch, zu § 466, 5; die richtige Ansicht haben Nippel, Komm. III, S. 514 fg. und Aufsej, Wagn. Zsch. 1833, II, S. 183 (vgl. 1831, III, S. 200), s. jetzt auch noch Klepisch, S. 138 fg., Fügler, S. 135. Die ältere Praxis z. B. in GUW. 438, 1071, 1780, die neuere in Nr. 1783.

11) Ueber die Austerpfandklage insbesondere s. unten das IV. Buch.

12) Vgl. die Entscheidungsgründe der 2. Instanz in GUW. 258 (I, S. 307).

13) Vgl. dazu Kopecky, a. a. D. S. 281 fg. Die dort bekämpfte Meinung zweier älterer Schriftsteller, daß der Hypothekar die Pfandschuld nicht zu liquidiren brauche, „weil der Besitzer einer Hypothek die Vermuthung eines gültigen Titels nach a. b. Gb. § 323, 324 für sich habe“ ist zwar unhaltbar, aber hat einen richtigen Kern, der in der Beweisfrage hervortritt.

derung, sei es im Ganzen oder in einzelnen Beziehungen (z. B. rück-sichtlich ihrer Fälligkeit), gegenüber dem Schuldner oder dem Besitz-vorgänger (es sei denn der Erblasser) bewirkt ist. Denn wenn schon das Urtheil über die Schuld nur den Verurtheilten bindet,¹⁴⁾ so ver-steht sich, daß um so gewisser auch Vergleich, Anerkennungsvertrag, Kündigung (gerichtlich oder außergerichtlich gegeben) nur für den Rechtsbereich Derer vorhanden sind, zwischen denen diese Geschäfte abge-macht wurden. Man braucht hiefür kaum auf die handgreifliche Mög-lichkeit von Kollusionen zwischen Gläubiger und Personalschuldner auf Kosten des Pfandgutbesitzers, oder darauf hinzuweisen, daß dem Letzteren Einreden gegen die Forderung zustehen können,¹⁵⁾ die der Personal-schuldner nicht hat, und die ihm verloren wären, wenn er das gegen Diesen festgestellte Rechtsverhältniß einfach zu acceptiren hätte.

Ganz anders liegt die Sache, wo jene Feststellung direkt oder in-direkt bürgerlich publizirt war, als der Beklagte das Objekt an sich brachte. Oben schon ist dargelegt, wie die Anmerkung der Hypothekar-klage jeden bürgerlichen Successor dem Ergebnis des schwebenden Hy-pothekarprozesses unterwirft: die Uebernahme des mit der Klagan-merkung belasteten Objekts umschließt für den Uebernehmer u. a. auch die rechtliche Nothwendigkeit,¹⁶⁾ die Pfandschuld in dem Maße gegen sich gelten zu lassen, als sie in dem angemerkten Prozeß liquidirt wird. Ebenso ist ausdrücklich bestimmt,¹⁷⁾ daß wo die Fälligkeit der Forde-rung und damit die Exigibilität des Hypothekarrechts von einer Kündigung abhängt, die bürgerliche Anmerkung über den gehörigen Vollzug dieses Aktes gegen alle späteren Bucherwerber so wirkt, als wäre derselbe seinerzeit an sie persönlich vollzogen worden. In diesen Fällen also wälzt der Hypothekarkläger ganz oder theilweise die Nothwendigkeit der Liquidirung gegenüber dem Beklagten ab, durch den Hinweis auf den überkommenen Tabularstand, der diesen bindet. Und dasselbe wird aus dem gleichen Grund überall geschehen dürfen, wo ein Stück der erforderlichen Schuldsliquidirung irgend einem früheren Bucheigen-thümer des Pfandstücks gegenüber vollzogen und bürgerlich ersichtlich

14) Note 10.

15) Копецкы, a. a. D. und unten § 36.

16) G. B. G. § 60, a. 6. G. B. § 443, „wer diese Bücher nicht einzieht, leidet in allen Fällen für seine Nachlässigkeit“.

17) G. B. G. §§ 59, 60. „Anmerkung der Aufkündigung“.

gemacht ist. So im Falle, da die Hypothek ursprünglich für eine Forderung in unbestimmtem Betrag (z. B. für verwirkten aber noch nicht liquidirten Schadenersatzanspruch) haftet: ist der Betrag, etwa durch Anerkennung oder Vergleich, gegen einen der früheren Besitzer in bindender Weise festgestellt, und das Ergebnis der Feststellung ins öffentliche Buch gebracht worden,¹⁸⁾ so bedarf es dieser Feststellung in der fraglichen Richtung künftig nicht mehr. Desgleichen, falls die Pfandforderung als künftige haftet (z. B. bei der Kredithypothek), und hinterher ihr Eintritt und Umfang bürgerlich vermerkt ist.¹⁹⁾

Wenn nun aber in der Regel allerdings der Hypothekarkläger seine Forderung dem Beklagten gegenüber zu liquidiren hat, so ist jetzt näher zuzusehen, worin diese „Liquidirung“²⁰⁾ bestehen muß. Denn daß sie nicht mit dem „Beweis“ des Forderungsrechts zusammenfallen kann, steht fest nach Allem, was oben über das Dogma von der „Selbständigkeit“ des Hypothekarrechts ausgeführt ist; dieses letztere wäre ja eben dadurch negirt, daß als Voraussetzung zur Geltendmachung der Hypothek, wie nach gemeinem Recht, der Schuldbeweis erfordere würde. Es kann sich also hier für den Hypothekar keineswegs darum handeln, die Existenz und Beschaffenheit der Pfandschuld erst zu be-weisen, dafern sie durch den hypothekarischen Eintrag schon in der

18) Was im Wege der f. g. Jurta-Einverleibung zweckmäßig geschehen kann. S. z. B. O. W. 415.

19) Hierher gehört die in der Praxis längst ventilirte Frage (vgl. Zschr. f. Notariat in Oestreich 1875 Nr. 43 und die dort angef. Urtheile), ob und wie der Rechtsvortheil gegen Drittbefitzer zu wahren sei, welcher dem Hypothekar daraus entspringt, daß die Pfandforderung durch Notariatsakt begründet, also (nach § 3 Not. O. v. 25. Juli 1871) mit der Eigenschaft sofortiger Vollstreckbarkeit versehen ist. Daß diese Eigenschaft, welche für den Werth des konkreten Hypothekarrechts schwer ins Gewicht fällt, auf Begehren der Parteien im Hauptbuch ersichtlich gemacht werden muß, erleidet keinen Zweifel. Fraglich aber bleibt, ob dafür die „Anmerkung der sofortigen Vollstreckbarkeit des Schuldscheins“ (wie sie das Wiener Oberlandesgericht bewilligt hat) die richtige Form sei; m. E. wäre der die qualifizierte Exigibilität bezeichnende Zusatz, als eine wesentliche „Bestimmung“ des Pfand-rechts enthaltend (G. B. G. § 5), dem Intabulations-Eintrag einzufügen (also z. B. in der Fassung: Auf Grund des notariellen Schuldscheins d. d. . . das Pfandrecht für die sofort vollstreckbare Darlehnsforderung pr. . .) — Die Wirkung ist, daß dem Hypothekarkläger gegen jeden Inhaber des Pfandgutes bei der Durchführung seines Anspruchs die Vortheile des Exekutivprozesses zukommen.

20) Der Ausdruck ist eingebürgert in der östr. Rechtsprache, wie aus der ein-schlägigen Literatur (Nte 1, 10) zu ersehen ist.

erforderlichen Bestimmtheit vorliegt. Dieser Eintrag allein beweist vorerst die Forderung²¹⁾ und fundirt in dieser Beziehung die Hypothekarfrage völlig genügend, vorausgesetzt eben, daß sein Inhalt zureicht, um das beanspruchte Recht in der zur zwangsweisen Durchführung erforderlichen Weise zu determiniren. Es bedarf dann der fraglichen „Klarstellung“ gar nicht, da ohnehin Alles klar steht.²²⁾

Allein in mehrerlei Beziehung kann sich dieß anders verhalten. Wo der das Hypothekarrecht begründende Eintrag eine Lücke zeigt, die auch durch nachträgliche Verbücherungen (s. oben) nicht ausgefüllt erscheint, da muß der Hypothekar mit anderem Beweismaterial eintreten. Dieses mit dem Buchstand zusammen gewährt alsdann erst das richtige Bild vom Inhalt und Umfang des zum Abschluß strebenden Rechtsverhältnisses und macht letzteres für den Richter „liquid“. — Im Einzelnen kommt in Betracht

a) Die Existenz der Pfandschuld. Sie zu beweisen liegt dem Gläubiger dann ob, wenn die Hypothek als für eine künftige Forderung²³⁾ haftend im öffentlichen Buch eingetragen erscheint. Nach allgemeinen Grundsätzen genügt es,²⁴⁾ daß Kläger ihre Entstehung darthut (es wäre Sache des Gegners, spätere Erbschaftsgegenstände vorzubringen); dazu gehört aber wesentlich der Nachweis der Identität der entstandenen mit der bei der Pfandbestellung in Aussicht genom-

21) Vorbehaltenlich der Anfechtung durch den Gegner, wenn dieser dazu ein Recht hat. Vgl. oben § 12, und Kopecky, a. a. D. S. 268, 283 fg.

22) Es produziert z. B. der Kläger einen Grundbuchsauszug, wonach für ihn aus einem Legat 1000 fl. zahlbar am 1. Jänner 1873 auf dem Hause des Beklagten pure haften, und verlangt am 2. Jänner mangels erfolgter Zahlung klagweise die Exekution des Hauses pto. 1000 fl. sammt den erwachsenden Gerichtskosten; hiemit ist die Klage vollkommen instruiert: der Richter müßte den Beklagten, falls derselbe keine positiven Einwendungen erhebt, oder schweigt, dem Petit gemäß verurtheilen. Ebenso Unger, S. 255, auch Kopecky, a. a. D. S. 286, dessen Polemik nicht gegen die zureichende Beweiskraft des Tabularauszugs, sondern gegen die mit Unrecht von Einigen behauptete unmittelbare Exequirbarkeit desselben gerichtet ist (oben Nrte 1). Wenn aber dieser Schriftsteller (das. S. 246) annimmt, gegenüber dem Personalschuldner verhalte sich dieß anders, hier habe der Kläger stets auch den Bestand der Forderung zu erweisen, so ist das eine praktische Konsequenz aus der falschen Theorie: „im Verhältnisse zu dem ursprünglichen Gläubiger behält die Hypothek die Eigenschaft eines accessorischen Rechts“.

23) G. B. G. § 14, oben § 20, Z. 3.

24) Unger, System, II, § 123, I, 2.

menen Obligation. Wie oben schon ausgeführt,²⁵⁾ ist dieser Nachweis nur aus der Causa jener Obligation zu schöpfen, und darum muß die Causa vorliegendenfalls vom Kläger dargelegt und wenn nöthig rechtlich erhärtet werden. Die Grundlage dazu bietet der Inhalt des bücherlichen Eintrags, der ja in solchen Fällen die Causa mit der nöthigen Bestimmtheit bezeichnen muß; ist als solche dort also ein eröffneter Kredit, ein Versicherungsvertrag, ein eventueller Schadenersatzanspruch wegen Eviktion u. s. w. angegeben,²⁶⁾ so muß der Kläger darthun, wie und wann die von ihm jetzt vor den Richter gebrachte Forderung aus jenem Rechtsverhältnisse und zwischen den Subjekten desselben zur Entstehung gekommen sei. — Ein spezieller Fall von dem eben besprochenen Verhältnisse der hypothekarischen Belastung für künftige Schulden ist es, wenn die Hypothek für eine suspensiv bedingte Forderung eingetragen ist; dann bildet der Eintritt der bedingenden Thatsache,²⁷⁾ wie sie der bücherliche Eintrag bezeichnet, den einzigen Gegenstand des klägerischen Beweises.

b) Ferner bildet der Betrag der Pfandforderung unter Umständen einen liquidirungsbedürftigen Punkt. Vor Allem bei jenen Hypothekarrechten, die in der Zeit vor dem allg. Grundbuchsgezet begründet und weder auf eine bestimmte Summe gestellt, noch durch einen Höchstbetrag begrenzt, oder wohl gar für eine Forderung errichtet wurden,²⁸⁾ deren Gegenstand nicht Geldleistung ist. Aber auch das neue Gesetz läßt bekanntlich Hypotheken für Forderungen in unbestimmtem Betrag zu (G. B. G. § 14), nur mit dem allerdings sehr wesentlichen Unterschied, daß diese nur Geldforderungen sein können, und daß sie stets durch den Eintrag einer Maximalsumme beschränkt werden müssen. Aus einem der Art numerisch unfertigen Bucheintrag kann nicht auf Befriedigung gedrungen werden ohne ziffermäßige Feststellung des Anspruchs, die natürlich dem Kläger obliegt. Er wird auch hierbei in der Regel, — insoweit nicht bindende Formalakte

25) § 20, Z. 3, 4.

26) G. B. G. § 14.

27) Ob diese Thatsache eine positive oder negative ist, macht keinen Unterschied; immer hat der Kläger die Erfüllung der suspensivbedingten Forderung zu beweisen. Unger, II, § 129, Nrte 21. Vgl. L. 13. § 5. D. de pignor. (20, 1), dazu Wendt, das bedingte Rechtsgeschäft 1872, S. 46 fg.

28) Ueber diese Möglichkeiten s. oben § 20, Z. 1.

des Gegners, wie Anerkennung, Vergleich, inmitten liegen, — auf das materielle Schuldverhältniß selbst zurückgreifen, dieses beweisen und aus ihm den Umfang der behaupteten Forderung²⁹⁾ ableiten müssen.³⁰⁾ Unter Umständen, namentlich wenn jene Unbestimmtheit nur accessoriische Bestandtheile der Pfandforderung (z. B. Zinsen) betrifft, mag es aber auch dessen nicht bedürfen, so daß das Hauptverhältniß als bürgerlich vorliegend außer Betracht bleiben, und die Liquidirung sich auf gewisse besondere Momente (Zinsverabredung, Verzug, Restimation einzelner Objekte) beschränken darf.

c) Endlich hat der Hypothekar auch die Fälligkeit der Pfandforderung klarzustellen, falls es dessen bedarf; denn erst „nach Verlauf der bestimmten Zeit“ (a. b. Ob. § 461)³¹⁾ erwächst ihm der hypothekarische Anspruch, und nur für denjenigen Theil der Pfandforderung (an Kapital und Zinsen), dessen Fälligkeit eingetreten ist.³²⁾ Nicht erforderlich ist diese Klarstellung, wenn die Fälligkeit bürgerlich vorliegt, sei es, daß sie sich unmittelbar aus dem Inhalt der Einverleibung ergibt, sei es, daß sie nachträglich durch bürgerlich angemerkte Verabredung oder Kündigung³³⁾ festgestellt ist. In allen übrigen Fällen muß das Verfallen der Schuld bewiesen werden und die Beweislast trifft den Gläubiger.³⁴⁾ Von welchen Thatfachen die Fälligkeit der

29) Dieser Umfang bildet die äußerste Grenze für den Inhalt des Hypothekarrechts, die aber durchaus nicht in allen Fällen erreicht wird. Darüber s. unten § 37, 3. 1.

30) Darin liegt schon, daß der Gläubiger zu beweisen hat, die von ihm produzierte Forderung stamme aus dem Geschäft oder Kreis von Geschäften, für welche die Maximalhypothek gegründet wurde (vgl. L. 3, § 4. D. de administ. rer. 50, 8: in eum casum pignora videntur data, quo recte convenitur).

31) Marginalrubrik: „nach dem Verfall der Forderung“, cf. § 1371 „nach der Verfallzeit“. — Fälligkeit der Schuld, aber nicht auch Verzug des Schuldners ist nach österreichischem Recht Voraussetzung der Pfandklage auf Execution. Vgl. über diese Frage für das gem. Rt. Bachofen, Pfst. S. 640—647, Baugerow, § 379, Dernburg, II, S. 122 fg.

32) M. E. unrichtig hat der ob. Ghf. (bei OUV. 1443) entschieden, daß schon gleichzeitig mit der Kündigung auf Zahlung „nach Verlauf der bedungenen Aufkündigungsfrist binnen 14 Tagen“ geklagt werden dürfe. Die in den Motiven angerufene Analogie aus a. b. Ob. §§ 1334, 1335 ist unerfindlich, die dem Urtheil unterliegende Auffassung von pluspetitio tempore mehr als bedenklich.

33) Oben Note 17.

34) Maxen, über Beweislast (1861) S. 193 fg.; daß die fällige Schuld nicht gezahlt sei, braucht der Kläger nicht zu beweisen, vgl. Lang, Kritik des bair. Entw. II, S. 95 (1862). Füger, S. 255.

Hypothekarschuld abhängt, das bestimmt sich nach den für Schuldzahlung überhaupt geltenden Regeln. Das österreichische Recht kennt in dieser Hinsicht keine besonderen Normen für Hypotheken. Je nach Art der Pfandschuld kommen also die Grundsätze des allgemeinen bürgerlichen, des Handels- und des Wechselrechts in Betracht;³⁵⁾ rücksichtlich der Zinsen des Pfandkapitals gilt nach a. b. Ob. § 997 im Zweifel jährliche nachträgliche Zahlung.

Nur Ein Fall soll wegen seines eminenten praktischen Belanges für den Hypothekenverkehr hier hervorgehoben werden: die Fälligkeit der Schuld auf Grund gehörig erfolgter Kündigung.³⁶⁾ Der Fall tritt dann ein, wenn entweder durch Parteidisposition die Zahlungsfrist auf das Ende eines Zeitraums gestellt war, dessen Anfang sich durch den Moment der gehörig vollzogenen Kündigung bestimmen soll, oder aber wenn überhaupt keine Zahlungsfrist festgesetzt ist; denn „wenn die Zahlungsfrist auf keine Art bestimmt ist, so tritt die Verbindlichkeit, die Schuld zu zahlen, mit dem Tage ein, an welchem die Einmahnung geschehen ist“ (a. b. Ob. § 1417).

Die Kündigung ist ein einseitiger Erklärungsakt des Inhalts, daß man auf Zahlung einer bestimmten Schuld sofort, oder nach Ablauf einer bestimmten Frist dringen wolle. Sie ist einseitig: es bedarf keiner Annahme, sondern nur der Kenntnisaufnahme von Seiten des Gegners; eine Pflicht die Kündigung anzunehmen gibt es ebenso wenig,³⁷⁾ als ein Recht sie zurückzuweisen; war der Kündigende dazu nicht befugt, so ist seine Erklärung an sich wirkungslos. Der Inhalt der Erklärung muß den kategorischen Willen³⁸⁾ auf Einforderung der

35) A. b. Ob. §§ 904 (704—706), 1334, 1417, 1418; Handelsgb. Art. 326—330; WechselD. Art. 30—35. Die neueste materialreiche Bearbeitung der Lehre: Gruchot, Zahlung der Geldschuld 1871, §§ 8, 9. Insbesondere über die Fälle, da die vertragsmäßige Erfüllungszeit „in unbestimmten Ausdrücken angedeutet ist“, das. S. 165 fg.

36) Gruchot, a. a. D. S. 159 fg., und dessen Beiträge zur Erläut. d. pr. Rts. III, S. 198 fg. Mommsen, Beitr. z. Obl. Rts. III, S. 35 fg. Donell, Comment. de jure civ. XVI, 2.

37) Gegen die hierin abweichende preussische Praxis (vgl. Rts. I, 11, § 768) s. die treffende Polemik Koch's bei Gruchot S. 161. — Aus der Einmahnung des Gläubigers erwächst dem Schuldner nicht die Pflicht, die Kündigung anzunehmen, sondern die Pflicht die Schuld zu bezahlen.

38) Als Rechtsgeschäft ist die „Einmahnung“ von unverbindlichen Erinnerungen durch den prompten Willen, den sie ausdrückt, geschieden.

Schuld an den Tag legen, also diese letztere deutlich bezeichnen, so daß kein Zweifel darüber bestehen kann, welche Forderung eingemahnt wird,³⁹⁾ und es muß eben das Geschuldete, nicht statt dessen ein Anderes begehrt sein.⁴⁰⁾ Berechtigter zur Kündigung unter der obigen Voraussetzung ist der Inhaber des Forderungsrechts (Gläubiger, Cessionar) oder wer sonst statt seiner über dasselbe zu verfügen die rechtliche Macht hat.⁴¹⁾ Die Kündigung wirkt nur gegen den, an den sie gerichtet wurde; dem Schuldner gegenüber also macht sie die Schuld fällig, wenn an ihn oder seinen rechtlichen Stellvertreter gekündigt ist, dem Drittbefitzer des Pfandstückes gegenüber nur, wenn sie auch an ihn ergangen war, oder im Wege der bürgerlichen Anmerkung (s. oben) absolute Wirksamkeit erlangt hatte. Daß der Hypothekar genöthigt sei, wo er sein Recht gegen den Drittbefitzer durch Pfandklage verfolgen will, auch dem Personalschuldner zu kündigen, läßt sich für das östr. Recht nicht behaupten,⁴²⁾ es genügt die Kündigung an den Beklagten; dieser mag, zur Wahrung seines etwaigen Regressanspruchs oder um Vertretungsleistung zu erhalten, den Schuldner davon in Kenntniß setzen. Gegen Abwesende und Verschollene kann die Kündigung, wie andere Rechtsschritte, im Wege der Aufstellung eines Kurators ad hoc durchgeführt werden.⁴³⁾ Der Ort der Kündigung ist unabhängig vom

39) Unter den neuen Gesetzbüchern hat namentlich das sächsische Ob. den Begriff der Einmahnung näher präzisirt; § 734 „die Mahnung muß auf eine solche Weise geschehen, daß die Forderung, welche erfüllt werden soll, erkennbar ist“.

40) Mommsen, a. a. D. S. 41 fg.

41) Derselbe S. 50 fg. Vgl. das OVerf. bei Gruchot, a. a. D. S. 163 „Nur Derjenige kann mit rechtlichem Erfolg mahnen, welcher über die Forderung, deren Erfüllung er verlangt, verfügen kann“; dabei ist natürlich abgesehen von dem Fall einer speziell auf die Kündigung und nur auf diese gestellten Vollmacht.

42) Nach gemeinem Recht wird dieß bezweifelt, vgl. Seufferts Arch. VI, 159, XI, 215, Meibom, mefl. Hnt. S. 159. Für das östr. Recht läßt sich Obiges freilich nicht aus der Eigenschaft des Pfandbesitzes als „Realschuldner“ ableiten, allein es ist kein Interesse für ihn ersichtlich und müßte darum als Chikane bezeichnet werden, wollte derselbe, falls er selbst rechtzeitige Kündigung erhalten hat, aus deren Unterlassung gegenüber dem Personalschuldner, eine Einwendung gegen die Pfandklage hernehmen. — In Preußen gilt dasselbe „nach einer allgemeinen Praxis, welche durch die Autorität des Ministerii unterstützt wird“ Schmidt, Pfrt. S. 491.

43) A. b. Ob. § 276. Es tritt der dort vorgezeichnete Fall ein, „wenn die Rechte eines Anderen in ihrem Gange gehemmt würden“.

Zahlungsort;⁴⁴⁾ sie kann opportuno loco et tempore überall geschehen. Ebensovienig ist die Kündigung an eine Form gebunden; sie mag gerichtlich oder außergerichtlich, mündlich oder schriftlich erfolgen; insbesondere liegt in der Zustellung, nicht auch schon in der Uebersendung,⁴⁵⁾ der Klage die Einmahnung der Schuld.

4) Den Nachweis des rechtlichen Bestandes seines Pfandrechts erbringt der Kläger durch das öffentliche Buch.⁴⁶⁾ Wer dort als Hypothekar unbedingt eingetragen ist, gilt von Rechtswegen als solcher und bedarf darüber keines weiteren Beweises;⁴⁷⁾ wie er in das Buch gekommen, und mit welchem Recht er darin steht, braucht er nicht darzulegen. Es ist Sache des Gegners, diese Fragen aufzuwerfen und aus dem materiellen Sachverhalt, den er alsdann aufzudecken und nachzuweisen hat, sein Vertheidigungsmaterial⁴⁸⁾ zu schöpfen. — In welcher Priorität der Kläger mit seiner Hypothek steht, ist dem Pfandbesitzer gegenüber gleichgiltig: auch der letzte Pfandgläubiger ist nach östreichischem Recht befugt auf Exekution des Pfandstückes zu dringen.⁴⁹⁾

Ist das Hypothekarrecht bloß pränotirt, so setzt seine Realisirung die vorher bewirkte Rechtfertigung voraus. Das schließt jedoch nicht aus, daß die Hypothekarklage in der Zwischenzeit erhoben werden kann; dieselbe muß dann entweder zugleich Rechtfertigungsklage sein,⁵⁰⁾ oder doch ihr Begehren darauf beschränken, daß dem Kläger die exekutive Befriedigung seinerzeit gegen Nachweis der erfolgten Justifizierung gestattet werde. Ähnlich verhält es sich, wenn gegen das einzuklagende Hypothekarrecht die Löschung oder Cession pränotirt ist. Auch das kann die Erhebung der Klage so wenig hindern, als es sonstigen Verfügungen über das problematische Rechtsverhältniß im Wege steht;⁵¹⁾

44) Vgl. sächs. Ob. § 734 a. E.

45) Mommsen, a. a. D. S. 39. — Entsch. in O. J. 1871, Nr. 88.

46) Die amtlich ausgefertigten Grundbuchsansätze (s. oben § 32) machen als öffentliche Urkunden vollen Beweis. A. O. D. § 112, a.

47) Kopecky, a. a. D. 1838, I, S. 251, Füller, S. 255, Exner, Publizitätspr. S. 71.

48) Darüber s. den folgenden §.

49) Vgl. a. b. Ob. §§ 461, 462.

50) Oben § 31, Z. 4. O. B. G. § 44.

51) O. B. G. § 40 a. E., § 50 „Wurde die Löschung eines Rechts nur vorge- merkt, so können in Hinsicht desselben zwar weitere Eintragungen, z. B. von Austerpfandrechten oder Cessionen, bewilligt werden; doch hängt der rechtliche Bestand davon ab, ob die Vormerkung der Löschung gerechtfertigt wird oder nicht“.

aber die exekutive Realisirung muß dann an die Voraussetzung geknüpft werden, daß jene Pränotationen, durch deren Rechtfertigung die Hypothek nach rückwärts absolut oder doch für den Kläger vernichtet würde, vorher wieder beseitigt seien. Wie in den obigen Fällen die Rechtfertigung, so ist hier die Löschung der bezüglichen provisorischen Eintragung Gegenstand des Nachweises, welcher dem siegenden Kläger durch das Urtheil als Bedingung des ersten Exekutions schrittes auferlegt werden muß.

III. Materiellrechtliche Vertheidigung gegen den hypothekarischen Anspruch.

§ 36.

Der Beklagte im Hypothekarprozeß, wie in jedem anderen Rechtsstreit, kann von einer doppelten Vertheidigungsbasis ausgehen. Er bestreitet entweder das Klagefundament, indem er denjenigen Rechtsbehauptungen des Klägers,¹⁾ auf welche dessen Anspruch gegründet werden muß, sei es durch bloße Negation, sei es durch positive Behauptungen entgegnet; oder aber er läßt das Klagefundament unangegriffen und beschränkt sich auf die Erhebung von Gegenansprüchen oder Einreden im technischen Sinne, auf Grund deren der klägerische Anspruch als ihm gegenüber unwirksam, bez. nicht in dem geltend gemachten Umfang wirksam, sich darstellen soll. Selbstverständlich können Vertheidigungsmittel beider Kategorien auch kumulativ angebracht werden.

a) Bestreitung des Klagefundamentes.

Hierher gehören alle Anführungen des Beklagten, welche darauf gerichtet sind, die oben (§ 35, Z. 3, 4) angegebenen, die Hypothekarklage an sich begründenden Rechtsbehauptungen als unwahr darzustellen. Namentlich also gegenüber der vom Kläger auf den Grundbuchsauszug

1) Es wird auch in diesem § vorausgesetzt, daß der ursprüngliche Erwerber des Hypothekarrechts oder sein Universalnachsfolger Kläger ist; inwiefern dem Cessionar gegenüber das Vertheidigungsmaterial sich anders gestaltet, wird sich unten (im IV. Buch) ergeben.

gestützten Behauptung des buchmäßigen Bestandes seines Pfandrechts, die Bestreitung der Richtigkeit des Auszugs, der Identität der Person des Klägers mit dem bücherlich verzeichneten Hypothekar, der Identität des in Anspruch genommenen Objekts mit dem belasteten Tabularkörper, die Behauptung, daß der dem klägerischen Anspruch zu Grunde liegende Bucheintrag noch nicht rechtskräftig, daß er durch bücherliche Löschung wieder beseitigt sei u. a. m. In soweit auch die Liquidirung der Pfandschuld je nach Beschaffenheit der Sachlage (s. oben) zur Substantiirung der Klage erforderlich ist, gehören hierher ferner alle Verstreitungen der zu diesem Behuf vom Kläger beigebrachten Thatsachen; wo also ausnahmsweise die Existenz der Forderung von Diesem erst noch dargethan werden muß (z. B. bei Credithypotheken), die Negation der Entstehungs- oder die Behauptung von Erlöschungsthatfachen; wo der Betrag der Forderung oder ihre Fälligkeit durch den Bucheintrag nicht außer Zweifel steht, die Bestreitung der diesbezüglichen Klagebehauptungen z. B. durch Interpretation der kausalen Rechtsgeschäfte.²⁾

Die Beweislastvertheilung folgt auch hier den allgemeinen Grundsätzen, und es macht in Bezug auf sie keinen Unterschied, ob eine Anführung des Beklagten als Bestreitung des Klagegrundes sich darstellt, oder als Einrede im technischen Sinn.³⁾

b) Materielle Einreden und Gegenansprüche.

Hier kommt es zunächst darauf an, ob dem Kläger der Personalschuldner gegenübersteht, oder ein Drittbefitzer des Hypothekargutes. Zwischen dem Hypothekar (dem ersten Erwerber der Hypothek oder seinem Universalnachsfolger) und dem Personalschuldner — mag dies der ursprüngliche Schuldner, sein Erbe, oder ein Schuldüber-

2) Es ist nicht Einrede, sondern partielle Negation des Klagefundamentes, wenn der Beklagte geltend macht, die inskribirte Hypothekarsumme beziehe sich auf eine ihm günstigere Währung, oder einer der vom Kläger aufgestellten Schuldposten dürfe nicht in den Höchstbetrag der intabulirten Sicherheitshypothek (G. B. G. § 14) mit eingerechnet werden, weil er nicht dem pfandrechtlich versicherten Rechtsverhältniß entspringe, oder weil er durch Zahlung getilgt sei.

3) Die behauptete Zahlung z. B. muß der Beklagte immer beweisen, ohne Unterschied, ob der Nichtbestand der Pfandschuld blos Anfechtungsgrund, oder ihr Bestand (wie bei der Credithypothek) Rechtsvoraussetzung des Hypothekarrechts ist; jener Unterschied tritt nur auf Seite des Klägers hervor, welcher im letzten, aber nicht im ersten Fall die Entstehung der Pfandsforderung zu beweisen hat.

nehmer⁴⁾ auf Grund vollständiger Anweisung (a. b. Ob. § 1401) sein — ist nur das materielle Rechtsverhältniß maßgebend.⁵⁾ Dieser also kann einredeweise all' die Thatsachen geltend machen, aus welchen sich die materielle Unrechtmäßigkeit des klägerischen Anspruchs ergibt;⁶⁾ er kann die ursprüngliche Entstehung des Hypothekarrechts oder dessen wirksamen Fortbestand als materiell ungerechtfertigt anfechten.

1) Ersteres, indem er die rechtliche Existenz der intabulirten Forderung zur Zeit der Einverleibung, oder die Gültigkeit des Pfandrechttitels bestreitet; häufig vorkommende Einreden dieser Art sind:

Die Einrede der Unechtheit des Schuldokumentes oder der Einverleibungserklärung (sog. *exceptio falsi*); sie ist nach östreichischem Recht eine wahre *exceptio*, da die formgerechte Eintragung auch auf Grund gefälschter Substrate das Hypothekarrecht ipso jure begründet. Den Beweis der Fälschung hat der Beklagte zu führen.⁷⁾

Die Einrede der nicht zugezählten Valuta bei Darlehen und andern Kreditobligationen; sie steht dem Beklagten (gegen den ersten Erwerber der Hypothek) immer zu,⁸⁾ erfordert aber den Beweis des behaupteten Nichtempfangs.

4) GUB. 2953.

5) Hierauf beruht die schon oben zurückgewiesene Ansicht älterer östr. Schriftsteller (insbes. Kopezky, Wagn. Zfhr. 1838, I, S. 246 fg.), wonach dem Schuldner gegenüber nicht die Hypothekarklage, sondern nur die Schuldklage zulässig sei. Daran ist nur so viel richtig, daß nach östr. Recht das Verteidigungsmaterial dem Pfandschuldner dadurch nicht geschmälert werden kann, daß der Pfandgläubiger sich auf die Pfandklage beschränkt. Ebenso das preuß. Ges. über Eigenth.-Erwerb etc. § 38; dagegen wird von neueren Schriftstellern im Interesse der Vereinfachung und Beschleunigung des Hypothekarprozesses jetzt vielfach eine weiter gehende Ausschließung der Einreden verlangt, vgl. Bar, Arch. f. civ. Pr. 53, S. 383 fg., Ziebarth, die Reform des Grundbuchrechts, 1870, S. 71 fg., Bähr, Jahrb. f. Dogm. XI. S. 49 fg.

6) Vgl. oben § 13.

7) GUB. 1027. Kopezky, a. a. D. S. 263. Auf diese Vertheilung der Beweislast hat es keinen Einfluß, ob der Kläger kurz oder lang im bürgerlichen Besitz der fraglichen Pofft steht; wer gegen den Buchstand auftritt, muß immer beweisen.

8) Nicht etwa bloß innerhalb 3 Jahren nach der Intabulation, wie die Praxis früher zuweilen annahm. Vgl. die Entscheidung in G. Z. 1872, Nr. 13 (wo nur die zweite Instanz richtig unterschied, ob die Einwendung dem ursprünglichen Gläubiger oder einem redlichen Cessionar entgegengesetzt ist) und GUB. 883.

Die Einreden des Betrugs, Zwanges oder der Simulation in Bezug auf den Abschluß des Schuldvertrags oder die Verpfändungserklärung; der mangelnden Handlungsfähigkeit oder Dispositionsberechtigung des Bestellers, u. a. m.

Ueberall hat der Beklagte die die Anfechtbarkeit des bürgerlich apparirenden Rechts bedingenden Thatsachen anzuführen und zu beweisen.⁹⁾ Sache des Klägers ist es, den Wegfall der Anfechtbarkeit replicando zu erhärten, indem er seinerseits solches bewirkende Thatsachen anführt: z. B. Anerkennung der ungiltigen Schuld durch den Gegner oder seinen Erblasser,¹⁰⁾ Konfirmation des nichtigen Vertrags durch Ratihabition,¹¹⁾ Ablauf der gesetzlichen Frist zur Anfechtung des mangelhaften causalen Rechtsgeschäfts (a. b. Ob. § 1487).

2) Beklagter bestreitet den Fortbestand der materiellen Rechtmäßigkeit des Hypothekarrechts, indem er Thatsachen darlegt, durch welche dasselbe im Verhältniß zwischen ihm und dem Kläger nachträglich anfechtbar geworden ist. Diese Wirkung haben alle nach der Verbücherung eingetretenen Erlösungs- und Anfechtbarkeitsgründe der Pfandschuld, sowie des Pfandrechttitels. Hervorzuhebende Fälle sind:

Untergang der Pfandschuld durch Zahlung oder befreienden Vertrag (Erlaß, Novation, Vergleich); ist die Schuldtilgung rechtsgiltig erfolgt, was der Beklagte zu beweisen hat, die Löschung aber nicht begehrt oder nicht bewilligt (z. B. mangels löschungsfähiger Quittung), so besteht zwar ipso jure das Hypothekarrecht, aber der Schuldner darf begehren, daß es ihm gegenüber insoweit unwirksam sei, als es für eine nicht mehr bestehende Schuld aushaftet.

Kompensation; der Beklagte kann den Untergang der Pfandschuld

9) Nach den Grundsätzen über *res judicata* kann dieser Beweis erlegt werden durch Berufung auf ein zwischen den Parteien früher ergangenes Urtheil, wodurch der Bestand der Schuld negirt ist, ohne daß auch die Löschung der Hypothek ausgesprochen und vollzogen wäre.

10) Die Voraussetzungen einer wirksamen Anerkennung sind hier dieselben, wie überall; insbes. also, daß der Anerkennende im Bewußtsein der Anfechtbarkeit seiner Schuld gehandelt habe. Die nachträgliche Ertheilung der Einverleibungsbewilligung schließt also auch nur unter dieser Voraussetzung eine spätere Anfechtung aus, (unrichtig hierüber Kopezky, a. a. D. S. 261), ebenso wie eine Zinsenzahlung, Bürgenstellung, Novation u. dgl. L. 9. pr. D. ad St. Maced. (14, 6), Gbner, S. 400.

11) Auch diese kann in der Verpfändungserklärung gelegen sein.

auf Grund früher schon durchgeführter Abrechnung behaupten, er kann aber auch jetzt erst die Kompensation beantragen und dadurch, soweit die Forderungen sich decken, dem eingeklagten Hypothekarrecht die Wirksamkeit entziehen. Dazu sind alle Forderungen des Beklagten geeignet, insofern sie nach den Grundsätzen des a. b. Gb. (§ 1439 fg.) überhaupt kompensabel erscheinen, also ohne Rücksicht darauf, ob sie im öffentlichen Buch bei der eingeklagten Hypothekarpost vermerkt, und ob ihre Existenz dem Kläger bekannt ist oder nicht.¹²⁾

Verjährung der Pfandschuld; wenn bei unverjährter Hypothekarflagge die ausnahmsweise kürzere Verjährungsfrist für die Pfandobligation abgelaufen ist,¹³⁾ kann der Schuldner unter Berufung auf die befreiende Kraft der Extinktivverjährung¹⁴⁾ die Abweisung der Hypothekarflagge verlangen,¹⁵⁾ wie er auf Wöschung des für die verjährte Schuld eingetragenen Pfandrechts auch flagweise zu dringen befugt wäre.

Ferner gehört hierher die einredeweise Anfechtung der Schuld ob causam non secutam, ob causam finitam (a. b. Gb. § 1435) u. s. w., und ebenso die Anfechtung des Pfandrechts¹⁶⁾ aus obligationenrechtlichen Thatsachen, z. B. auf Grund außerbüchlicher

12) Die Norm des § 1443 a. b. Gb. hat zwischen den hier in Rede stehenden Personen keine Geltung.

13) So wenn die Forderung als Zinsen-, Renten- (a. b. Gb. § 1480) oder Entschädigungsforderung (§ 1489) in 3 Jahren verjährt. War die Hypothek dafür mit Zustimmung des Schuldners bestellt, so liegt darin im Zweifel eine Anerkennung der Forderung (§ 1497) und der Anfangspunkt der Verjährungsfrist; es kann aber auch ein Novationsakt darin enthalten sein, wonach die Schuld ihren Charakter als Zinsschuld u. s. w. verliert und damit der singulären Verjährungsnorm entzückt wird; letzteres bildet eine schwierige quaestio facti.

14) Daß die Schuldverjährung des öfr. Rechts keine bloße Klagerverjährung ist, steht in der Praxis fest und anerkennt auch Unger, Syst. II, § 104. Die Zahlung einer verjährten Schuld seitens des Schuldners kann allerdings nicht ex post angefochten werden (a. b. Gb. § 1432), aber sie kann eben auch nicht erzwungen werden, weder durch die Schuldbillage, noch indirekt durch die Pfandbillage.

15) Kitzka, Haimers Magaz. XI. S. 186 und die dort referirten obersterl. Entsch.

16) Wenn der beklagte Personalschuldner zwar den Bestand des Pfandrechts, nicht aber den der Schuld mit Erfolg angefochten hat, kann er zwar auf Zahlung verurtheilt werden, aber nur aus der Schuldbillage, nicht aus der Pfandbillage; die Befriedigung des Gläubigers kann also den an dem betreffenden Objekt sonst berechtigten Hypothekaren nicht zum Nachtheil gereichen, und im Konkurs gehört derselbe unter die chirographarischen Kreditoren.

Remission (nicht intabulationsfähige oder doch nicht intabulirte Rückzahlungsbewilligung des Klägers oder seines Rechtsvorgängers).

Auch hierauf kann der Kläger mit Anführungen replizieren, welche die an sich begründete Anfechtbarkeit seines Anspruchs als wieder heftig erscheinen lassen: er kann seinerseits die vom Beklagten produzierten Erlaßverträge, Vergleiche u. s. w. wegen Dolus zc. anfechten, er kann insbesondere auch der zugestandenen rechtswirksamen Tilgung der Pfandschuld die Behauptung entgegensetzen, daß späterhin eine andere gültige Schuld dem bücherlich aushaftenden Hypothekarrecht von den Parteien vertragsmäßig unterlegt worden sei, so daß dieses im Zeitpunkt der Klagerhebung nicht mehr materiell ungegründet (anfechtbar) dastehe.¹⁷⁾ —

Prinzipiell anders ist die Defensivstellung des mit Hypothekarflagge belangten Drittbefiziers im Pfandgut. Er steht zum Kläger in keinem obligationenrechtlichen Verband, woraus für ihn einerseits persönliche Verpflichtung, andererseits aber auch Anfechtungsmaterial der bisher besprochenen Art sich ergeben könnte; er muß der Befriedigung des hypothekarischen Rechts gegen seine Sache ihren Lauf lassen, nach Umfang und Maßgabe der überkommenen bücherlichen Belastung (a. b. Gb. § 443): so wenig die „Forderungen und Ansprüche“ des Gläubigers als solche auf ihn „übergegangen“ sind, ebensowenig sind es die etwaigen Gegenansprüche und Vertheidigungsmittel des Schuldners. Er ist also auf das Bestreitungsmaterial beschränkt, welches der Buchstand ihm liefert,¹⁸⁾ oder welches aus etwaigen persönlichen Abmachungen zwischen ihm und dem Kläger sich ergibt; das Rechtsverhältniß ist an sich dasselbe, wie es zwischen jedem Hypo-

17) Vgl. die Entsch. in O. Z. 1869, Nr. 92. S. 366. Der Schuldner hatte einen Theil der Hypothekarschuld gezahlt, die Partialwöschung aber war unterblieben; später kreditirte der Gläubiger den gleichen Betrag wieder, und ließ sich über den ungeschmälernten Bestand der ganzen Hypothekarschuld einen Anerkennungsschein ausstellen. Da durch die Theilzahlung (ohne Wöschung) die Hypothek nur anfechtbar geworden, diese Anfechtbarkeit aber durch jene Nachtragskonvention wieder gehoben war, so ist im Zeitpunkt der Klage die Rechtsstellung des Klägers in jeder Beziehung dieselbe wie vor Empfang der Theilzahlung.

18) Er kann also z. B. den der Pfandforderung zu Grunde liegenden Vertrag wegen Betrugs oder Zwangs nicht anfechten, die Kompensation nur unter Voraussetzung des § 1443 a. b. Gb. einwenden, u. s. w.

thefarbeflagten und einem Cessionar als Kläger stattfindet,¹⁹⁾ und von uns unten des Näheren dargelegt werden wird.

Allein in Wirklichkeit gestaltet sich dieses Verhältniß regelmäßig ganz anders vermöge des rechtlichen Rückhaltes, den der Beklagte an seinem unmittelbaren oder mittelbaren Auktor, dem Personalschuldner, hat. Denn dieser ist dem Uebernehmer des Hypothekargutes in der Regel gesetzlich verpflichtet,²⁰⁾ die „Schulden und Rückstände, welche auf der Sache haften“ zu „vertreten“ (a. b. Gb. § 928), d. h. die zur erfolgreichen Abwendung des klägerischen Anspruchs dienlichen Rechts- und Beweismittel aus seiner persönlichen Rechtsstellung jenem zur Verfügung zu stellen, und sich ihm auf Begehren als Streitgenosse im Hypothekarprozeß zu diesem Behuf anzuschließen.²¹⁾ Dadurch erlangt auch der beklagte Drittbefitzer mittelbar die Rechtsstellung des Personalschuldners, indem er alle Verteidigungsmittel desselben entweder als dessen Vollmachtsträger selbst vorbringt, oder durch ihn als Streitgenossen vorbringen läßt.²²⁾ —

Besondere Hervorhebung bedürfen schließlich noch folgende Verteidigungsmittel:

1) Die Einwendung der Vorausklage (exceptio excussionis).

Die exceptio excussionis realis kennt das östreichische Recht nicht; weder im Sinne des gemeinen Rechts (da es Generalhypotheken nicht gibt), noch in demjenigen des preussischen Landrechts. Der Beklagte also kann den Kläger weder auf ein anderes für die nämliche

19) Vgl. vorläufig OUB. 2293.

20) Nur dann nicht, wenn die Uebertragung titulo lucrativo erfolgt (a. b. § 922) oder die Haftung ausdrücklich wegbedungen war.

21) Beklagter kann seinen Auktor (und eventuell dieser wieder den seinigen) zur prozessualischen „Vertretungsleistung“ nöthigenfalls klagweise anhalten; aber auch wenn er dies unterlassen hat, bleibt ihm der Ersatzanspruch, der ihm gegen den Vorgänger ex lege (§ 928) gebührt. A. b. Gb. § 931, A. Ger. D. § 58, 59. Daher bedarf es für den Hypothekenverkehr in Oestreich des gemeinrechtlichen beneficium cedendarum actionum (Mühlenbruch, Cession, 3. Aufl. S. 410 fg. Dernburg, II, S. 363 fg.) nicht, um dem verklagten Drittbefitzer den Regreß gegen seinen Buchauktor zu wahren; gleichwohl kann er zur Erleichterung der Durchführung des Regreßanspruchs, und namentlich auch für den Fall, daß der aus dem Erlös des Hypothekargutes liberirte Schuldner nie Eigentümer desselben war (OUB. 1102), vom befriedigten Hypothekar die Abtretung der nöthigen Rechtsbehelfe fordern, a. b. Gb. § 1358, 1422, 1423. — Allard, S. 115, 130.

22) Kopecky, a. a. D. S. 249, 252.

Forderung haftendes Pfand verweisen, noch darf er, wenn er Personalschuldner ist, die Inanspruchnahme des Pfandstückes vor seinem übrigen Vermögen begehren.²³⁾

Hinsichtlich der Zulässigkeit einer exceptio excussionis personalis²⁴⁾ dagegen war man in Oestreich — vermöge der unklaren Fassung des § 466 a. b. Gb. — lange nicht einig; die Worte: „so steht dem Gläubiger frei, erst sein persönliches Recht gegen den Schuldner, und dann seine volle Befriedigung aus der verpfändeten Sache zu suchen,“ wurden von den Einen als Sanctionirung des freien Wahlrechts (also Ausschluß der exc. excuss.), von Anderen dagegen gerade umgekehrt dahin interpretirt, daß der Hypothekar nothwendig zuerst seine Befriedigung beim Schuldner zu suchen habe; wobei es dann wieder bestritten war, ob dieses „Suchen“ die Durchführung der (möglicherweise a priori hoffnungslosen) Schuldklage, oder blos die Einmahnung der Schuld beim Debitor bedeute.²⁵⁾ — Durch Ergeße des gesetzlichen Wortlauts ist diese Kontroverse nicht zu schlichten, denn immer wird man zu entgegengesetzten Resultaten kommen, je nachdem man die Worte „steht dem Gläubiger frei“ betont, oder auf die Antithese „er st sein persönliches Recht, und dann . . .“ das Gewicht legt. Dagegen führt allerdings die Beachtung des historischen Zusammenhangs der fraglichen Norm, — welche nicht an das gemeine Recht anschließt, sondern (wie § 365) aus dem Inhalt der §§ 45 bis 49 des preuß. Landrechts I, 20. geschöpft ist²⁶⁾ — zu dem Ergebniß: daß das a. b. Gb. dem Pfandgläubiger die freie Wahl läßt ohne Rück-

23) In dieser letzteren Form besteht die exc. excuss. real. nach a. l. Rt. I, 20, §§ 45—47. Förster, III. § 194, Bornemann, IV, S. 191. Dagegen a. b. Gb. § 465, allg. GD. § 311, Resol. v. 14. Juni 1784, J. G. S. 306.

24) Nov. 4. c. 2 (das klassische Recht kennt diese Einrede bekanntlich nicht, L. 14. C. de O. et A. 4, 10), Dernburg, II, § 143. C. civ. a. 2170, Allard, S. 101.

25) Die ältere östreichische Literatur dieser Frage findet sich zusammengestellt bei Stubenrauch Komm. zu § 466. S. noch Harum, Wagn. Zschr. 1849. II. S. 209 fg., P. Hoffmann, Oest. Zschr. XIII. 1. Unger, d. sächs. Entw. S. 223 fg., Fügler, § 63 fg. Pfaff, pignus irregulare, S. 31, 32.

26) Dieß übersteht Pfaff a. a. D., wenn er die entgegengesetzte Auslegung des § 466 aus dessen angeblichem Zusammenhang mit der gemeinrechtlichen Praxis — gegen die unzweideutige Meinung Zeillers, II, S. 279 — folgern will; den richtigen Anknüpfungspunkt hatte schon Unger a. a. D. gezeigt, und schon vor der Min.-Wdg. v. 17. Sept. 1860 hatte der ob. Gb. im richtigen Sinne ent-

sicht auf den Schuldner gegen den Pfandbesitzer, oder ohne Rücksicht auf diesen gegen jenen zu klagen. Diese Auffassung ist jetzt authentisch bestätigt durch die Min.-Vd. v. 17. Sept. 1860. R. G. B. 212, § 2: „Es steht ihm (dem Hypothekar) frei, diese Klage . . . entweder gegen den persönlichen Schuldner, oder gegen den Eigenthümer des Pfandgutes, oder gegen beide gemeinschaftlich zu richten“.

Sonach besteht nach österreichischem Hypothekenrecht die Einwendung der Vorausklage überhaupt nicht. Dieser Satz gilt ohne Ausnahme, und insbesondere kann auch in dem Fall der Bürgschaftshypothek eine solche nicht erblickt werden; ²⁷⁾ denn allerdings kann der Beklagte, wenn das für eine Bürgschaftschuld errichtete Pfandrecht gegen ihn geltend gemacht wird, den Nachweis der fruchtlos erfolgten Einmahnung des Hauptschuldners (a. b. Gb. §§ 1355, 1356) zur Bedingung seiner Verurtheilung machen, aber dies ist nicht pfandrechtliche Exfussion, sondern Geltendmachung eines der Pfandschuld in ihrer Qualität als Bürgenschuld anhaftenden Rechtsvorthells, welcher dem

schieden, OUB. 433, v. 9. Sept. 1857. — Die §§ 465, 466 a. b. Gb., die im westgal. Gb. noch fehlen, gehen von der Frage aus: ist der Pfandgläubiger behufs seiner Befriedigung auf das Pfandstück zu beschränken, oder kann er auf jedes Vermögenstück des Schuldners promiscue greifen? und zwar a) für den Fall, daß das Pfandstück noch im Vermögenskreis des Schuldners steht, b) daß es auf einen Dritten übergegangen ist? Die Frage ad a) beseitigt das Gb. (§ 465) durch Verweisung auf die O., diejenige ad b) beantwortet es ausdrücklich, in dem Sinne, daß der Pfandgläubiger durch das Vorhandensein eines zureichenden Pfandstückes (in dritter Hand) nicht gehindert sei, den Personalschuldner auszuklagen. „Ueberhaupt (sagt Zeiller) wird der Gl. durch Bestellung eines Pfandes zwar berechtigt, nicht aber zugleich verpflichtet, sich einzig an das Pfand zu halten.“ Man vgl. die cit. §§ des l. Rts., bes. § 48: „Hat der Schuldner zwischen der Zeit der Verpfändung und des Verfalltages das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen Anderen übertragen, so kann der Gläubiger, mit Vorbehalt seines Pfandrechts gegen den Dritten, zuerst auf Vollstreckung gegen den Schuldner klagen“. Mit diesem § ist unser § 466 materiell identisch und beide haben nicht den gemeinrechtlichen Rechtsatz im Auge: Verweisung des Klägers vom Pfandbesitzer an den Schuldner (benef. excuss. pers.), sondern den gerade entgegengesetzten, auf deutschrechtlichen Traditionen beruhenden Satz: Verweisung vom Schuldner an den Pfandbesitzer (Meibom, deutsch. Pfrt. S. 134, 424); diesen letzteren wollen sie ausschließen (indem sie dem Hypothekar frei stellen, den Schuldner auch vor dem Pfandbesitzer zu belangen), aber damit ist keineswegs der erstere, gegentheilige, statuiert; sondern es besteht eben keinerlei Rechtsbeschränkung und gilt freie Wahl.

²⁷⁾ Vgl. Förster, a. a. O. S. 412, a. R. h. t. §§ 51, 52, wo der Fall mit Unrecht unter diesen Gesichtspunkt gestellt ist.

Personalschuldner als solchem, dem Drittbefitzer aber insofern zukommt, als jene Qualität der Schuld bücherlich apparirt.

2) Gegenansprüche wegen Verwendungen.

Es versteht sich, daß der Schuldner als Beklagter dem Hypothekar keine Gegenrechnung wegen Verwendungen irgendwelcher Art zu stellen befugt ist, da Kläger keinesfalls aus dem Hypothekargut mehr erhält, als jener ihm zu leisten schuldig ist. ²⁸⁾

Dem geklagten Drittbefitzer dagegen gewährt bekanntlich das gemeine Recht wegen gewisser Impensen eine Retentionseinrede, die im Allgemeinen nach Analogie der diesbezüglich bei der Eigenthumsklage geltenden Grundsätze behandelt wird. ²⁹⁾ Nach österreichischem Recht (welches eine ausdrückliche Norm über diesen Punkt nicht hat) kann keinesfalls Retention stattfinden, wenn Gegenansprüche der in Rede stehenden Art erhoben werden; die Exekution wird dadurch nicht aufgehalten, und erst im Stadium der Kauffchillungsvertheilung treten dieselben praktisch hervor. Aber auch davon kann nicht die Rede sein, daß etwa der Anspruch auf Ersatz nothwendiger und nützlicher Verwendungen aus dem Kaufpreis vorweg zu befriedigen wäre, als wenn demselben eine absolute Priorität (wie etwa den Kosten der gerichtlichen Feilbietung) gesetzlich zukäme. ³⁰⁾ Vielmehr handelt es sich hier im besten Fall nur um einen persönlichen Gegenanspruch des Verwenders gegen diejenigen Sachgläubiger, welche von der Verwendung Vortheil gezogen haben, — falls nämlich ein solcher Anspruch nach den Grundsätzen des östr. Rechts überhaupt theoretisch begründet werden kann. Und da scheint es zunächst klar, daß die Analogie der auf die Eigenthumsklage bezüglichen §§ 331, 332 a. b. Gb. hier darum abgewiesen werden muß, weil der Besitzer eines bücherlich belasteten Gutes hinsichtlich des Bestandes der Hypothekarrechte, die er kannte oder kennen mußte (a. b. Gb. § 443), nicht als ein „redlicher Besitzer“ im Sinne jener Gesetzesstellen gelten kann. Aber auch aus dem Gesichtspunkt

²⁸⁾ „Denn reichte die Sache nach Abzug der Verwendungen zur Befriedigung des Gläubigers nicht hin, so müßte er dennoch nachzahlen; gewährt sie, wie sie ist, einen Ueberschuß, so bekommt er denselben ohnehin zurück.“ Windscheid, Pand. § 235, Rte. 14. A. b. Gb. § 464.

²⁹⁾ L. 29. § 2. D. de pign. (20, 1), L. 44, § 1. D. de damno inf. (39, 2), Burchar di, Arch. f. civ. Pr. XX, 6, Dernburg, II, S. 352 fg.

³⁰⁾ Diese Ansicht vertritt Streiter, die l. v. Grundpfand, S. 39, arg. a. b. Gb. §§ 331, 332, 1036, 1037, vgl. auch die 2. Instanz bei OUB. 330.

der negotiorum gestio (a. b. Gb. §§ 336, 1037 fg.) läßt sich der fragliche Ersatzanspruch nicht folgern; denn es fehlt vorliegenden Falls durchaus die Absicht fremde Geschäfte zu führen und dadurch fremden Vortheil zu bewirken: wenn der Eigenthümer eines hypothekarisch belasteten Grundstückes dasselbe gegen Ueberschwemmung sichert, durch Bauten oder Anpflanzungen verbessert, wenn er es pflügt und besät, handelt er überall zunächst um des eigenen Vortheils willen, und nicht als Geschäftsführer ohne Auftrag.³¹⁾ Aber freilich, indem dadurch der Werth des Pfandguts erhöht wird, gereicht sein Gebahren unwillkürlich auch den Hypothekaren möglicherweise zum Vortheil, dann nämlich und insoweit, als deren Forderungen bei dem früheren Werth unbedeckt erschienen, bei dem jetzigen (zur Zeit der Feilbietung) aber gedeckt sind; und nur aus diesem Gesichtspunkt — aus dem Grunde der ungerechtfertigten (?) Bereicherung durch in rem versio — ließe sich etwa ein Billigkeitsanspruch für den Besitzer ableiten, der natürlich von dem Beweis: daß gewisse Hypothekare ohne die fragliche Melioration ganz oder theilweise leer ausgegangen wären, abhängig, und auf das Maß des nur in Folge der Melioration erzielten Mehrerwerthes beschränkt sein müßte. (So nach französischem Recht: Code civ. a. 2175.)

Indessen scheinen überwiegende Gründe für die Verweigerung auch eines so beschränkten Ersatzanspruchs zu sprechen. Einen direkten Anhaltspunkt in den Gesetzen hat derselbe, wie schon bemerkt, nicht;³²⁾ den obigen Billigkeitsargumenten aber ist entgegenzustellen, einerseits, daß bei der heutigen Publizität der Hypothekarlasten der Drittbefitzer einer stark verschuldeten Realität jederzeit in der Lage ist, die Kosten

31) Wie unrichtig die Unterstellung unter den Begriff der neg. gestio ist, ergibt sich schon aus der Konsequenz, daß dann der Eigenthümer auch solche Verwendungen von den Hypothekaren ersetzt erhalten müßte, die überhaupt kein Resultat gehabt haben (a. b. Gb. § 1036), oder deren Ergebnis zur Zeit der Pfandrealisirung nicht mehr vorliegt; z. B. die Kosten der Reparatur eines durch Zufall später abgebrannten Gebäudes.

32) Namentlich darf auch der § 1041 a. b. Gb. nicht etwa wegen seiner Anfangsworte hierher bezogen werden. Derselbe setzt, wie die vorhergehenden §§, eine wahre negotiorum gestio voraus; nur daß das gerere dort in der Führung von Rechtsgeschäften, hier in einer anderweitigen Verwendung im Interesse des Dritten bestand, bildet den Unterschied (richtig darüber *Stubenrauch*, zu § 1041), daher denn auch ausdrücklich das Ob und Wieviel der Ersatzforderung nicht von der im Zeitpunkt der Klage vorhandenen Bereicherung, sondern von der Utilitas „zur Zeit der Verwendung“ abhängig gemacht wird. (Vgl. die vorige Note.) —

einer projektirten Melioration mit der Schuldensumme zu vergleichen und demnach seine Rechnung zu machen, bez. also die Verwendung zu unterlassen, wenn dieselbe nicht einen über diese Summe genügend hinausgehenden Werthzuwachs in Aussicht stellt,³³⁾ andrerseits die Rücksicht auf das Bedürfnis des Realkredits nach einem möglichst rasch zum Ziel führenden Hypothekarprozeß, welchem durch die Zulassung von weitwendigen Verhandlungen über die rechtliche Natur und ökonomische Tragweite gewisser, vielleicht weit in die Vergangenheit zurückreichender Verwaltungsakte des Eigenthümers nicht gedient würde.³⁴⁾

3) Einrede der Klagerjährung.

Abgesehen von der schon oben erwähnten Anfechtung des Hypothekarrechts wegen Verjährung der Pfandschuld, kann der Beklagte die Verjährung der Hypothekarklage³⁵⁾ einredeweise vorschützen.³⁶⁾ Denn nach östreichischem Recht begründet das bücherliche Eingetragen sein eines Rechtsverhältnisses keineswegs die Unverjährbarkeit des daraus resultirenden Anspruchs,³⁷⁾ vielmehr stellt das a. b. Gb. ganz ausdrücklich die Tabularansprüche mit den außerbüchlichen hierin auf Eine Linie: „Alle Rechte gegen einen Dritten, sie mögen den öffentlichen Büchern einverleibt sein oder nicht, erlöschen in der Regel längstens

33) Vgl. *Gönn er*, S. 449.

34) „Der Grundsatz, daß der auf ein Pfandobjekt gemachte Aufwand, welchen die Pfandgläubiger nicht selbst hätten machen müssen (§ 1042 a. b. Gb.), diesen eine Ersatzpflicht auferlege,“ ist ausdrücklich abgelehnt in der eingehend motivirten Entsch. bei *GUW.* 330. — Die Kontroversen nach *franz. Rt.* s. bei *Ulard*, S. 122.

35) In der Regel tritt es praktisch gar nicht hervor, ob der Beklagte die Verjährung der Pfandschuld, oder diejenige der Pfandklage behauptet, da beide Behauptungen häufig zugleich begründet, und, wenn begründet, immer von der gleichen Wirkung sind. Allein es kann auch wohl 1) bei unverjährter Schuld die Pfandklage verjährt sein, z. B. die Hypothek lastet im fälligen Zustand schon über 30 Jahre auf dem Grundstück eines Dritten, während der Personalschuldner seine Verjährung durch Anerkennung unterbrochen hat (vgl. *GUW.* 1085 und unten *Not* 45), — 2) bei verjährtter Schuld die Pfandklage an sich fort dauern, z. B. wenn die Hypothek erst nach begonnener Verjährung der Schuld durch einen Dritten gewährt wurde, und ferner überall, wo nach §§ 469, 1500 a. b. Gb. die Tilgung der Schuld die Hypothekarklage des gutgläubigen Dritten nicht berührt.

36) Gegenüber dem klagenden Personalsgläubiger oder dessen Erben (*GUW.* 843) unbeschränkt, gegen den Cessionar aber nur nach Maßgabe von a. b. Gb. § 1500, Hofdekr. v. 27. März 1846. *J. G. S.* 951.

37) Daß a. b. Gb. § 1483 nur vom Faustpfandverhältniß zu verstehen sei, wird jetzt allgemein anerkannt. *GUW.* 1013. *Unger*, *Syst.* II, § 104. *Not* 59. vgl. *Zugschwerdt*, im *Jurist* X, S. 226.

durch den 30 jährigen Nichtgebrauch“ § 1479.³⁸⁾ — Es findet also die Verjährungseinrede gegen die Klage des Hypothekars unter denselben Voraussetzungen statt, wie sie nach östr. Recht für jede Klageverjährung gelten; insbesondere

a) Der Lauf der Verjährung beginnt (in der Regel: §§ 1494 fg.) sobald die Hypothekarklage zuständig (actio nata);³⁹⁾ d. h. sobald bei rechtskräftig eingetragenen Pfandrechten die Pfandforderung fällig, unbedingt und exigibel ist. Insolange also über die Bewilligung der Pfandrechteinverleibung das Rekursverfahren schwebt, insolange der zum Voraus bestimmte⁴⁰⁾ oder durch Kündigung⁴¹⁾ herbeigeführte Zahlungstermin nicht gekommen, eine Suspensivbedingung (auch eine potestative) nicht erfüllt ist,⁴²⁾ oder der wirksamen Klagerhebung eine dilatorische Einrede⁴³⁾ entgegensteht, kann die Verjährung nicht anfangen.

b) Die Hemmung, sei es des Anfangens oder des Fortlaufens, der Verjährung findet nach den für alle vermögensrechtlichen Klagen gültigen Rechtsregeln⁴⁴⁾ auch bei der Hypothekarklage statt; wo die hemmende Wirkung auf einem Familienverhältnis beruht (a. b. Gb. § 1495), muß dieses zwischen dem Hypothekar und dem Pfandbesitzer bestehen, wenn die Verjährung der Hypothekarklage dadurch berührt werden soll.⁴⁵⁾ — Dasfelbe gilt von der Unterbrechung der Verjährung

38) In diesem Punkt unterscheidet sich das östr. Tabularrecht erheblich von älteren und neuen Grundbuchsgesetzen (auch vom westgal. Gb. III, §§ 617, 622?), die gegen den Inhalt des öffentl. Buchs prinzipiell keine Verjährung zulassen (z. B. A. L. Nr. I, 9. § 511, I, 20, § 534, Pr. G. B. G. v. 5. Mai 1872, § 7); allein die Gefahr für den Immobilienverkehr, welche die Verjährbarkeit bürgerlicher Rechte in sich schließt, ist in Oesterreich durch den § 1500 a. b. Gb. und die ihm gegebene weite Anwendung (Note 36) beseitigt.

39) Ueber das Dogma der actio nata nach östr. Recht, s. Unger, Syst. II, §§ 116, 120.

40) O. U. W. 842 (Verabredung der Rückzahlung des Darlehens binnen 29 Jahren vom Tage der Zugählung).

41) O. U. W. 1085.

42) Unger, § 120, Nr. 3. — Es beginnt also mit der rechtskräftigen Pränotation die Verjährung der Hypothekarklage noch nicht, da eben durch sie nur ein bedingtes Pfandrecht geschaffen wird, a. b. Gb. § 453.

43) Unger, a. a. D. Nr. 8. A. b. Gb. § 1478 „Nichtgebrauch eines Rechts, das an sich schon hätte ausgeübt werden können“.

44) A. b. Gb. §§ 1494, 1495, 1496, Unger, § 121.

45) Die Verjährung der Klage gegen den Drittbefitzer des Pfandgutes also

rung unserer Klage.⁴⁶⁾ Eine solches bewirkende Anerkennung, mag sie ausdrücklich oder stillschweigend (durch Zinsen- oder Abschlagszahlung, einverständliche Prolongation oder Prioritätsregulirung u.) geschehen, kann nur von demjenigen ausgehen, der im betreffenden Zeitpunkt mit der Hypothekarklage hätte belangt werden können;⁴⁷⁾ und ebenso wird durch „gehörig fortgesetzte Klage“⁴⁸⁾ nur dann jene Wirkung hervorgebracht, wenn diese Klage eben die Hypothekarklage ist, also nicht etwa die Forderungsklage gegen den Personalschuldner.⁴⁹⁾

c) Die Verjährungsfrist für die Hypothekarklage ist die allgemeine 30 bis 40jährige (a. b. Gb. §§ 1479, 1486); wo aber die Pfandschuld einer ausnahmsweisen kürzeren Verjährungsfrist (§§ 1480 fg.)

wird nicht gehemmt dadurch, daß der Hypothekarberechtigte Ehegatte des Personalschuldners ist.

46) A. b. Gb. § 1497, Unger, a. a. D.

47) Also eine Anerkennungshandlung des Schuldners rückständig der Schuld unterbricht die Verjährung der Hypothekarklage nicht, auch nicht gegen diesen selbst; denn worin sollte der Rechtfertigungsgrund dieser Unterbrechung liegen, wenn der Schuldner unter lautem Protest gegen die Gültigkeit des auf seinem Hause intabulirten Pfandrechts alljährlich die Zinsen bezahlt, indem er die Schuld für richtig, aber den Pfandrechtstitel für gefälscht erklärt? —

48) Darüber s. das Nähere bei Unger, § 121 Z. 2.

49) Daß die Erhebung der Schuldklage nicht die Verjährung der Pfandklage gegen den Drittbefitzer unterbricht, hat der ob. Gb. wiederholt anerkannt: Entsch. v. 26. Nov. 1856. G. Z. 1858 Nr. 31, Entsch. v. 8. März 1858, das. 1871, Nr. 75, und Entsch. v. 4. Febr. 1857, O. U. W. 1013. Daselbe auch für den Fall gelten zu lassen, wo der Schuldner zugleich Pfandbesitzer ist, verlangt die Konsequenz; auch sehe ich für die entgegengesetzte Entscheidung Justinians (L. 3. C. de annal. exc. 7, 40), welche Unger, a. a. D. Nr. 41 auch für das östr. Recht billigt, keinen inneren Grund, sondern nur eine äußere Veranlassung in dem Umstand, daß bei dem desperaten Hypothekewesen jener Zeit mit ihren vielen Legalpfändern gar oft ein mit solchem Vorzug ausgestatteter Anspruch ohne ausdrückliche Erwähnung desselben im libellus erhoben sein mag, während doch die Absicht des Klägers jus suum omne in iudicium zu bringen offenbar war. Wer aber heutzutage in Oesterreich eine Forderung mit bürgerlich apparirender Hypothek hat, und gleichwohl nur die Bezahlung schlechtweg, nicht aber aus dem Pfandobjekt in der betreffenden Priorität, von seinem Schuldner verlangt, der hat entweder gute Gründe zum jure silentio betreffs der Hypothek, oder er darf mit Recht als sui juris contemptor behandelt werden. Wenn etwa im Falle der obigen Nr. 47 der Gläubiger gegen den später zahlungsunwillig gewordenen Schuldner nur die Schuldklage erhebt, so wird man doch nicht sagen können, er habe auch hinsichtlich der Hypothek das Seinige gethan um das „so lange Zeit beobachtete Stillschweigen“ (§ 1479 a. b. Gb.) zu brechen.

unterliegt, kommt dieselbe nach Obigem auch dem Hypothekarbeflagten mittelbar zu gute.⁵⁰⁾

IV. Umfang des hypothekarischen Anspruchs.

§ 37.

Es ist nunmehr der Inhalt des hypothekarischen Anspruchs auch quantitativ zu bestimmen. Die Frage, wie weit derselbe im Einzelnen reicht, vorausgesetzt daß er überhaupt rechtlich begründet und wirksam ist, löst sich in zwei Unterfragen auf: woran haftet der Anspruch? und wofür wird gehaftet? Nach beiden Seiten hin gibt die gemeinrechtliche Doktrin die prinzipielle Antwort in der bekannten Parodie: *Pignoris causa indivisa est*:¹⁾ Das ganze Pfandobjekt haftet für die ganze Pfandschuld. Wenn aber schon auf dem Boden des gemeinen Pfandrechts dieser Satz gewissen Beschränkungen unterliegt und in seinen verschiedenen Anwendungen der näheren Bestimmung sehr bedarf, so gilt das umsomehr für das auf dem Publizitätsgrundsatz ruhende östreichische Hypothekenrecht. Die folgende Darstellung soll diese nähere Feststellung geben, indem sie die beiden Hauptbeziehungen auseinanderhält, durch welche der quantitative Inhalt eines konkreten Hypothekarrechts sich bestimmt, nämlich den Umfang der Forderung, für welche, und den des Objekts, an welchem der Anspruch zur Durchführung kommt.

1) Hinsichtlich der Pfandforderung.

Dabei haben wir vorerst den Grundstock der Forderung (Kapital) mit seinen möglichen Veränderungen, sodann die eigentlich accessorigen Verbindlichkeiten, Zinsen und Prozeßkosten, in Betracht zu ziehen.

a) Kapital.

Die Höhe des Kapitals, wofür das Hypothekargut dem einzelnen Hypothekar zu haften hat, bestimmt sich durch zwei Faktoren: einerseits durch den Wortlaut des betreffenden Eintrags im Hauptbuch, andererseits durch das Ergebnis der oben besprochenen Liquidirung der Pfand-

50) S. oben § 36 bei Note 14, 21. Ueber die *accessio temporis* s. Unger, § 120 a. E.

1) L. 65. D. de evict. (21, 2), Dernburg II, S. 28 fg.

schuld.²⁾ In ersterem ist die äußerste Grenze für die Quantität der dinglichen Belastung des Objekts aus dem eingetragenen Recht direkt oder indirekt gezogen; die Liquidirung der Schuldgröße ergibt sodann, wie weit der Raum innerhalb dieser Grenze durch das Rechtsverhältniß, wie es zwischen seinen gegenwärtigen Subjekten gilt, ausgefüllt wird.

Die erstgenannte Schranke freilich entfällt gegenüber denjenigen Hypothekarrechten, die vor dem Eintritt des neuen Grundbuchsgesetzes für Forderungen in unbestimmtem Betrag errichtet wurden. Für diese entscheidet allein der zweite Gesichtspunkt. Verbürgert und dadurch mit Pfandrechte bedeckt ist in diesen Fällen regelmäßig nicht sowohl ein bestimmtes, wie immer entstandenes, einzelnes Forderungsrecht, als vielmehr ein gewisses Schuldverhältniß mit den aus ihm sich ergebenden und seinerzeit darzulegenden Ansprüchen. Daher denn hier, wie das nach gemeinem Recht gleichfalls als Regel angenommen wird,³⁾ eben die Summe aller aus jenem Verhältniß für den Pfandgläubiger entsprungener Obligationen zusammen die Pfandschuld ausmacht, und das Pfandstück für diese Summe schlechthin aufkommen muß.⁴⁾

Anders wenn die Hypothek, wie das jetzt nicht mehr anders geschehen kann,⁵⁾ für eine ziffermäßig bestimmte Geldsumme eingetragen ist. Dann haftet das verpfändete Objekt keinesfalls für einen höheren Betrag, mag es nun zur Zeit der Realisirung des Rechtes in Händen des Schuldners⁶⁾ oder eines Dritten sein. Wohl aber kann ein geringerer Betrag sich als der richtige Inhalt des Hypothekarrechts

2) Vgl. oben § 35. — Ich verstehe darunter hier die im Hypothekarprozeß sich ergebende ziffermäßige Feststellung derjenigen Schuldgröße, welche für den vorliegenden Fall zwischen den streitenden Parteien maßgebend ist, ohne Rücksicht darauf, ob neben dem Buchstand hierüber ein sonstiger Beweis erforderlich und zulässig ist, und ob der Kläger oder der Beklagte diesen Beweis herzustellen verbunden war.

3) Dernburg, I S. 550 vgl. L. 56, § 2, D. de fidejuss. 46, 1.

4) Vgl. z. B. die Verpfändung in O.W. 1406 „für alle jene Kapitalbeträge, welche der Prager Handelsmann A an Einen von uns für gelieferte Waare . . . zu fordern haben wird“.

5) O.W.G. § 14.

6) In diesem Fall haftet allerdings der Beklagte persönlich für den etwaigen Ueberschuß, aber es besteht für diesen kein Pfandrechte; daher im Konkursfall der betreffende Theil als chirographarische Schuld zu behandeln ist.

herausstellen, sei es, daß dessen Zifferwerth im öffentlichen Buch lediglich als „Höchstbetrag“ apparirt und im Liquidierungsverfahren nur ein geringerer durch den Kläger dargelegt werden konnte, 7) sei es, daß die als Fixum intabulirte Summe im Wege der Aufsechtung vom Beklagten mit Erfolg herabgedrückt ist.

Der maßgebende Zeitpunkt für die Bestimmung der Höhe des Hypothekkapitals ist der Moment der Erhebung der Klage; auf diesen muß sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Richter bei Beurtheilung der Sachlage, und jede Partei bei ihren Behauptungen und Beweisen beziehen. Insbesondere für die sog. Kredithypotheken also bildet der am Tage der Klageüberreichung vorliegende Kreditstand, innerhalb des eingetragenen Höchstbetrags, den Inhalt des Hypothekrechts. 8) — Ist die Pfandschuld eine Ratenschuld (Renten, Alimente u. dgl.), so kann das Hypothekargut für die Rückstände dreier Jahre jedenfalls in Anspruch genommen werden; 9) inwiefern auch älteren Posten ein Pfandrecht zukomme, wird sich danach beantworten, was unten in der gleichen Frage rücksichtlich der Zinsen auszuführen ist. Das Triennium ist vom Zeitpunkt der Anstellung der Klage zurückzurechnen.

b) Zinsen.

Nach dem älteren Stand der Gesetzgebung war es zweifelhaft und viel bestritten, wann und wie weit auch die Zinsenschuld an der Pfandbedeckung der Hauptschuld Antheil habe; insbesondere ob auch für nicht intabulirte Zinsen das Pfandstück haften müsse, und ob für die eingetragenen, aber länger als drei Jahre ausstehenden (nicht verjährten) Zinsen nur die Priorität des Kapitals oder die Pfandbedeckung überhaupt weg falle. 10)

7) Vgl. z. B. den Fall in OLV. 415, wo „zur Sicherstellung der genauen Einhaltung des Pachtvertrags und jeder daraus entspringenden Verantwortlichkeit eine Hypothek bis zum Betrage von 9000 L.“ intabulirt war, und sonach die Hypothekarfrage auf 4147 L. als Pachtstillingsrückstand erhoben wurde.

8) Bewegt sich der Kredit in den Formen des Kontokorrentverkehrs, so ist der jeweilige Saldo die Pfandschuld, „sollte auch das ursprüngliche Guthaben des Pfandgläubigers durch Leistungen, welche außerhalb des Kontokorrentverkehrs als Zahlungen erscheinen würden, gedeckt sein“. Goldschmidt, Handelsrecht § 88, S. 910, vgl. S. § 87, Note 6.

9) O. B. G. § 18. Konf. Ddg. § 34. Früher war das bestritten, wie rücksichtlich der Zinsen, vgl. unten.

10) Die ausführlichste Erörterung dieser Kontroversen aus älterer Zeit enthält die Abhandlung von Beck, Jurist VIII, S. 100—134, aus neuerer Zeit F ü g e r,

Wie die Sache jetzt liegt, steht mindestens soviel fest, daß die auf Rechtsgeschäft (Vertrag, Testament) beruhende Zinsverbindlichkeit nur dann und soweit vom Hypothekrecht mit bedeckt wird, als sie im öffentlichen Buch¹¹⁾ eingetragen erscheint: „Bei einer verzinslichen Forderung muß auch die Höhe der Zinsen eingetragen werden“ (O. B. G. § 14). Auf gesetzliche Zinsen (wobei hauptsächlich an die Verzugszinsen, a. b. Gb. § 1333, zu denken ist) kann diese Vorschrift nicht bezogen werden; für diese, als einen gesetzlich notwendigen Anhang zur fälligen nicht gezahlten Schuld, haftet das Pfandstück¹²⁾ wie es für die Prozeßkosten haftet, mit der für alle Zinsen geltenden zeitlichen Beschränkung. — Diese Beschränkung statuirt in Uebereinstimmung mit älteren Gesetzen¹³⁾ das O. B. G. in § 17:

„Dreijährige Rückstände von Zinsen, welche aus einem Vertrage oder aus dem Gesetze gebühren, genießen gleiche Priorität mit dem Kapitale.“¹⁴⁾

Hiermit ist freilich dem Wortlaut nach nur über die Prioritätsfrage, die wir hier noch ganz außer Betracht lassen müssen, entschieden; es ist entschieden, daß ältere Zinsraten, wenn ihnen überhaupt ein Pfandrecht zukommen sollte, doch nur nach allen eingetragenen Hypo-

S. 141—164; außerdem s. insbes. Stieger, Jurist XVI, S. 471 fg., Daimertl, Wagn. Zschr. 1837, II, S. 110 fg. Kopecky, das. 1838, I, S. 280, Aufsez, das. 1833, II, S. 183. Unger, zum sächs. Entwurf, S. 245. Vgl. die (alte) Konf. Ddg. v. 1 Mai 1781, § 18, Westgal. Gb. II, § 235, westgal. G. D. § 127; die Entsch. bei OLV. 1458 anerkennt das Pfandrecht auch für ältere (rechtzeitig eingeklagte) Zinsrückstände unter Berufung auf das gal. Kpat. (4. März 1780) § 14; die Urtheile das. Nr. 258, 1184 negiren bloß die Priorität, nicht auch die Existenz des Pfandrechts für solche Posten; ebenso die Entsch. G. Z. 1870, Nr. 3.

11) Und zwar im Hauptbuch; darin jedenfalls ist die Entsch. OLV. Nr. 1458 verfehlt, daß sie „die Stipulation der 5-prozentigen Verzinsung“ als gehörig ingrossirt betrachtet, obgleich dieselbe nur im Schuldschein, also im Urkundenbuch, apparirt.

12) So mit Recht die Entsch. in OLV. 1337. — Ueber die Verzugszinsen hinaus gestattet das östr. Recht keinen weiteren Interessanspruch wegen vorenthaltener Zahlung der Geldschuld; a. b. Gb. § 1333, Hofdekr. v. 18. Jänner 1842 J. G. S. 592.

13) Oben Note 10; über die älteren Landtafelpatente s. Beck, a. a. D. S. 120 fg.

14) So auch die Konf. Ddg. v. 9. Jänner 1869, § 33: „Das Pfandrecht für die nicht länger als 3 Jahre vor Eröffnung des Konkurses rückständigen, sowie für die während desselben laufenden Zinsen hat gleiche Priorität mit dem Pfandrechte für das Kapital.“

theken mit deren dreijährigem Zinsrückstand zur Befriedigung aus dem Erlös des Hypothekargutes zu gelangen hätten; ob ihnen aber ein Pfandrecht zukommt, bleibt dahingestellt. Dem Drittbefitzer gegenüber muß dies im Interesse der Publizität des Buchstandes gewiß verneint werden,¹⁵⁾ da das Vorhandensein solcher älterer Rückstände weder bürgerlich ersichtlich ist, noch in den Bereich desjenigen Maßes von Risiko fällt, welches von Gesetzeswegen jedem Uebernehmer eines mit Hypotheken belasteten Gutes ausdrücklich überbunden wird. Somit würde die dingliche Verfolgung der fraglichen Posten in der Regel¹⁶⁾ nur gegen den Personalschuldner zulässig,¹⁷⁾ und sie würde nur dann von Belang sein, wenn derselbe insolvent wäre, und es sich darum handelte, die Konkurrenz der Gemeingläubiger auf den betreffenden Rest des Kaufschillings zu Gunsten jener alten Zinsrückstände auszuschließen. Hier aber wird man dies Privilegium des säumigen Gläubigers am allerwenigsten zulassen wollen.¹⁸⁾ Mithin bleibt nur übrig zu sagen, daß das österreichische Recht die Haftung des Pfandstückes für Zinsen der Pfandschuld überhaupt nicht weiter erstreckt, als auf die dreijährigen Rückstände.¹⁹⁾ Im Wege des Hypothekarprozesses also erlangt der Gläubiger im besten Fall die Befriedigung für seine ganze Kapital-

15) So schon Stieger, a. a. O. und Stubenrauch zu § 450, C. m.

16) D. h. abgesehen von den Fällen, da der Drittbefitzer sich auf das Verlangen der öff. Bücher überhaupt nicht berufen darf.

17) Dieß ist die Ansicht, welche Öttnier, Komm. I S. 382 fg. für das bairische Recht vertritt, die aber doch wohl auch dort nicht zu halten ist, da der diesbezügliche Wortlaut des § 43 bair. Hypothek. weiterhin durch dessen konkreten Inhalt widerlegt wird.

18) Der Motivenbericht zur Konf. Ddg. (bei Kaserer, S. 78) faßt die gleichfalls nur die Priorität wörtlich angehende Bestimmung (Nrte 14) des § 33 ganz unzweideutig in unserem Sinn auf: „Nach dem Vorgange der Ung. O. wurde das Pfandrecht für die rückständigen Zinsen auf die letzten 3 Jahre beschränkt und die für einen tüchtigsten Gläubiger entbehrliche, dem Realcredite aber schädliche Bestimmung, daß sich das Pfandrecht auch auf frühere Zinsen erstrecke, wenn diese eingeklagt sind und der Prozeß gehörig fortgesetzt wurde, nicht aufgenommen.“

19) Wenn dieß, wie ich nicht bezweifle (vgl. die vorige Note), die in § 17 des G. B. G. zu Grunde liegende Meinung ist, so ist dessen Textirung an sich nicht zureichend, aber wegen des unmittelbar vorhergehenden § 16, der anders und scheinbar gegenständig textirt ist, vollends irreführend. Auch nach preuss. Recht erstreckt sich die Haftung des Pfandes trotz der allgemeinlautenden Bestimmung in § 482, I, 20, nur auf 2 bez. 4jährige Rückstände. Förster, S. 404, 446; Verzugszinsen sind ausdrücklich ausgeschlossen, § 483 b. T.

forderung sammt denjenigen gesetzlichen oder eingetragenen Zinsen, die vom Klage Tage rückwärts 3 Jahre, und von diesem Tage ab (nach den gewöhnlichen Grundsätzen von der causa rei)²⁰⁾ bis zum Zeitpunkt der Befriedigung verfallen sind.²¹⁾

Nur wo die Pfandforderung als unbestimmt zu einem Höchstbetrage intabulirt ist, können auch ältere (durch Gesetz, Anerkennung oder Eintragung der Verjährung entzogene)²²⁾ Zinsposten aus dem Pfandgut realisirt werden, insoweit durch sie jener Maximalbetrag nicht überschritten wird.²³⁾ Ueberdies kann auch, wenn die Kapitalschuld eine bestimmte ist, die Haftung für rückständige Zinsen durch besondere bürgerlich mit eingetragene Parteidisposition über das gesetzliche Triennium zurückerstreckt werden; nur darf dadurch die Gesamtsumme der Pfandschuld nicht zur unbestimmten, d. h. für Dritte unübersehbaren Größe werden: es muß also entweder die Anzahl der Jahre angegeben, oder für die Summe der in Anspruch zu nehmenden Zinsen ein Höchstbetrage eingetragen sein.²⁴⁾

Was von Zinsen gilt, gilt auch von Konventionalstrafen und anderen accessorischen Verbindlichkeiten, die als eventuelle Zusätze oder Modifikationen der Pfandschuld mit dieser dem öffentlichen Buch einverleibt sind; von der obigen zeitlichen Beschränkung kann dabei der Natur der Sache nach keine Rede sein.

c) Prozeß- und Exekutionskosten.

Es war in der Praxis schon früher allgemein angenommen, daß die mit der Durchführung des Hypothekarrechts verbundenen Kosten, auch wenn der Anspruch darauf nicht im öffentlichen Buch ausdrücklich eingetragen ist,²⁵⁾ mit zur „vollen Befriedigung“ des Pfandgläubigers gehören, und daher neben der Pfandschuld und ihren Zinsen aus dem

20) Hofdekr. v. 13. Jänner 1786 J. G. S. 513. Konf. Ddg. § 33.

21) Die Frage, ob auch von Zinsrückständen Verzugszinsen gefordert werden können (vgl. a. b. Ob. § 998, Urth. bei OUB. 284) ist jetzt doch wohl zu bejahen; nachdem der Wucherbegriff beseitigt ist, steht die Zinschuld jeder anderen Geldschuld gleich.

22) A. b. Ob. §§ 1480, 1494—1497.

23) Vgl. Dernburg, I, S. 552.

24) Arg. G. B. G. § 14.

25) Superflua haec cautio est; inest enim ea jam per se omni hypothecae. L. yser, Med. ad Pand. sp. 224, m. 5.

Hypothekargut zu decken sind.²⁶⁾ Die theoretische Begründung dafür kann nur in der accessorischen Qualität dieses Anspruchs gefunden werden, welcher den Inhalt des Hypothekarrechts ipso jure erweitert,²⁷⁾ sobald die Gegner es zur zwangsweisen Durchführung kommen lassen, und wenn diese Erweiterung nicht durch besondere Vereinbarung²⁸⁾ ausgeschlossen ist. In diesem Sinne bestimmt jetzt das G. B. O. § 16: „Das für eine Forderung erworbene Pfandrecht kommt, abgesehen von besonderen Bestimmungen, auch den Prozeß- und Exekutionskosten zu“.

Was zunächst die Letzteren betrifft, so unterliegt es hiernach keinem Zweifel, daß jeder Hypothekar die Kosten der von ihm erwirkten²⁹⁾ exekutiven Einverleibung, Schätzung und Feilbietung des Pfandgutes aus dessen Erlös erstattet erhält.³⁰⁾ Es kommt dabei nicht darauf an, ob die betreffenden gerichtlichen Schritte und ihre Kosten etwa den übrigen Hypothekaren gegenüber als „zweckmäßig gemachter“ oder nothwendiger Aufwand im Sinne der Lehre von der unberufenen Geschäftsführung sich darstellen; sondern eben nur darauf, daß der exquirende Hypothekar zu diesen Schritten kraft seines Rechts befugt, und durch das Ausbleiben rechtzeitiger freiwilliger Befriedigung veranlaßt war.³¹⁾

26) S. z. B. die Urtheile bei O. W. 522, 918, 1336, 1773, 1961, die hierin übereinstimmen.

27) Sicher unrichtig ist die in der Praxis zuweilen auftretende Motivirung (s. z. B. die Entsch. O. W. Nr. 1773), wonach die Haftung des Pfandstückes für diese Kosten aus dem Gesichtspunkt der in rem versio oder negotiorum gestio zu erklären sei. Beides ist nicht nur theoretisch unhaltbar (wie soll der Eigentümer dazu kommen, den Aufwand, den der eine Hypothekar zum Vortheil seiner Mit-hypothekare durch Einleitung der Exekution gemacht hat, aus seiner Sache bezahlen zu müssen?), sondern führt unmittelbar zu falschen Folgerungen, insbesondere in der Prioritätsfrage; vgl. aber auch unten Nte 31.

28) Die natürlich ingrossirt sein müßte, um gegen Dritte zu wirken.

29) Selbstverständlich nicht auch die Kosten etwaiger früher abgewiesener Gesuche.

30) Er erhält die Prozeßkosten in derselben Priorität, die dem erstrittenen Hypothekarrecht zukommt; auf die Priorität der Exekutions- (Feilbietungs- oder Sequestrations-)kosten wird unten noch zurückzukommen sein.

31) Von dem in Nte 27 bezeichneten Gesichtspunkt aus haben einige Entscheidungen den unrichtigen Satz formulirt: „daß Gerichts- und Exekutionskosten, wenn sie als Nebengebühren, die mit der Hauptforderung gleiches Vorrecht genießen, anerkannt werden sollen, zum Behufe der Nichtigstellung und Zahlung der Forderung nothwendig (a. b. O. §§ 1036 fg.) gewesen, und auch den übrigen Gläubigern

Die „Prozeßkosten“, für welche gleichfalls und aus dem gleichen Grunde das Hypothekargut aufkommen muß, sind die Kosten des Hypothekarprozesses. Hatte der Gläubiger, bevor er diesen erhob, seinen persönlichen Schuldner mit schlechtem oder getheiltem Erfolg gerichtlich in Anspruch genommen, so können die Kosten dieses Rechtsstreites das in dritter Hand befindliche Pfandgut nicht beschweren,³²⁾ denn sie sind nicht zur Durchführung des Hypothekarrechts verwendet; das Gegentheil ließe sich nur auf die oben verworfene Ansicht stützen, wonach die erfolgte Ausklagung des Personalschuldners eine rechtlich nothwendige oder durch Einrede zu erzwingende Voraussetzung der wirksamen Anstellung der Hypothekarklage sei.³³⁾ Uebrigens versteht es sich, daß, wo die Pfandrealsirung auf Grund des gegen den Personalschuldner durchgeführten oder begonnenen Prozesses von Rechtswegen in die dritte Hand fortgesetzt und da vollzogen werden kann,³⁴⁾ auch für die Kosten des gesammten Verfahrens das Objekt desselben einsteht; eben weil ein einziger Hypothekarprozeß vorliegt, der sich in seinen verschiedenen Stadien, was hier irrelevant ist, gegen verschiedene Personen richtet.

Zweifelhafter ist, wie es mit den Kosten dann zu halten sei, wenn um die Priorität des in Anspruch genommenen Hypothekarrechts gestritten wurde. Man wird unterscheiden müssen, ob der Vorrechtsanspruch unter Einem mit dem Befriedigungsbegehren, als integrirender Theil des Petits, im Hypothekarprozeß erhoben und erledigt wurde, oder ob er den Gegenstand eines besonderen Prozesses bildet, sei es weil er besonders erhoben, oder durch Urtheil ad separatam verwiesen

den Weg zu ihrer Befriedigung gebahnt haben müssen“ (O. W. 1336, 2. Instanz, vgl. 1773), woraus dann z. B. folgt, daß die Schätzungskosten aberkannt werden, wenn sich ergibt, daß ein anderer Hypothekar bereits früher die nöthige Schätzung erwirkt hatte, also das Requisite der utilitas für den Aufwand des angeblichen Geschäftsführers mangelt. Sie gegen hat mit Recht der ob. O. Hf. (das. 1336) Einsprache gethan, in Ermägung, daß die Einbringungskosten nur ein Zubehör der Hauptforderung bilden“. — Ueber den Ersatz der Verwahrungsgebühr betreffend den gerichtlich deponirten Meißbetsbetrag: O. W. 2535.

32) Ebenso Meibom, mecl. Hft. S. 164; Bar, Hannov. Hft. S. 64.

33) Auch gemeinrechtlich werden der Pfandsache die Kosten des Prozesses mit dem Schuldner nur dann aufgebürdet, wenn dieser Prozeß durch Vorschüßung des beneficium excussionis erzwingen war. Dernburg, a. a. D.

34) S. oben § 35, Z. 2.

ist. Ersteren Falls bilden die Kosten des Einen Prozesses, in welchem das Hypothekarrecht in einer gewissen Priorität (also diese als Qualität des Anspruchs) zur Geltung gebracht wurde, ein Ganzes, und es erscheint unzulässig und unthunlich, daraus einzelne Theile auszufondern, hinsichtlich deren etwa zu behaupten wäre, daß sie lediglich im Interesse der Prioritätsfeststellung aufgewendet seien.³⁵⁾ Im zweiten Fall dagegen handelt es sich ausschließlich um ein Rechtsverhältniß zwischen zwei (oder mehreren) Mitthypothekaren, dessen prozessualischer Austrag nur auf ihre Kosten, nicht auf Rechnung des Eigentümers und der übrigen Mitthypothekare geschehen kann.³⁶⁾

2) Umfang des hypothekarischen Anspruchs hinsichtlich seines Objectes.¹⁾

§ 38.

Object der hypothekarischen Befriedigung ist die Summe aller jener Güter, welche im entscheidenden Zeitpunkt den belasteten Tabularkörper bilden. Diese Summe ist eine rechtliche Einheit: wie ein Hypothekarrecht nur einen Tabularkörper²⁾ zum Gegenstand haben

35) Die hier behauptete Einheit der Gesamtkosten ist z. B. anerkannt in den Motiven bei G.U.B. 552 „... in Erwägung, daß die mit der Schätzung und Theilung eines Gutes und mit der gerichtlichen Verhandlung über die Vertheilung des Kaufschillings verbundenen Kosten... jedenfalls mit der Forderung... zum Zuge kommen“.

36) Vgl. die Motive zum hannov. Hyp.Ges. § 22 bei Bar, a. a. O. Nr. 24. — In dem analogen Fall eines Vorrechtsstreites im Konkurs ist durch eine oberstgerichtl. Entsch. (G. Z. 1868, Nr. 49) festgestellt, daß dessen Kosten von den belangten Gläubigern, nicht von der Masse zu tragen sind.

1) A. b. G. § 457: „Das Pfandrecht erstreckt sich auf alle zu dem freien Eigenthume des Verpfänders gehörige Theile, auf Zuwachs und Zugehör des Pfandes, folglich auch auf die Früchte, insofern sie noch nicht abgefordert oder bezogen sind. Wenn also ein Schuldner einem Gläubiger sein Gut, und einem andern später die Früchte desselben verpfändet, so ist die spätere Verpfändung nur in Rücksicht auf die schon abgeforderten und bezogenen Früchte wirksam“. — Pr. Wt. I, 20, §§ 443 fg. 475. Bair. Hyp.Ges. § 33. Vgl. Bornemann, pr. Civilt. IV, S. 353 fg., Förster, III, § 199, Günner, I, S. 348 fg., Wächter, Erbrt. I, S. 36 fg. Meibom, § 25. Preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung von Grundstücken etc. § 30.

2) Vgl. G.U.B. 2663.

kann,³⁾ so ist dieser stets als ein Ganzes jenem unterworfen;⁴⁾ aber eben auch nur als Ganzes. Hierin liegt eine durch die Defonomie des Tabularverkehrs gebotene Beschränkung der Rechtsstellung des Hypothekars: derselbe mag für den kleinsten Rest der Pfandforderung das ganze Pfandobject in Anspruch nehmen, er kann aber nicht auch (wie nach gemeinem Recht zulässig wäre⁵⁾ einen beliebigen Theil des ihm haftenden Tabularkörpers herausgreifen (z. B. eine zum Pfandgut gehörige Wiese, oder das Pertinenzmobilien) und diesen Theil allein zum Befriedigungsobject machen; die Hypothekarklage des österreichischen Tabularrechts ist also eine Universalklage, in dem Sinne, daß sie nothwendig alle zur bürgerlichen universitas eines Tabularkörpers verbundenen Güter umfassen muß.⁶⁾

Was und wieviel zu dem mit der Hypothekarklage in Anspruch genommenen Tabularkörper jeweils gehöre, darüber gibt das Grundbuch, wie es in Oesterreich derzeit noch beschaffen ist, in der Regel gar keine oder nur höchst unvollkommene Auskunft.⁷⁾ Es ist also im Be-

3) Daß die Simultanhypotheken diesem Satz nicht widersprechen, wird unten dargelegt werden.

4) „Jeder Grundbuchkörper ist als ein Ganzes zu behandeln.“ G. B. G. § 3. Die materiellen Konsequenzen dieses Satzes liegen zumeist außerhalb des Gebietes, welches durch das Grundbuchgesetz seine Normen erhalten soll, vgl. aber § 13, Abs. 1. — Dem im Text Gesagten steht nicht entgegen, daß auch f. g. intellektuelle Theile eines Grundbuchkörpers verpfändbar sind (G. B. G. §. 13, oben § 3, Z. 3), denn die Hypotheken an „Eigenthumsanteilen“ ergreifen nicht minder das ganze Pfandobject (Haus, Landgut); die f. g. intellektuelle Theilung ist nicht Theilung des Rechtsobjectes, sondern des Rechts am ungetheilten Object. Unger. Syst. I, § 51, Nr. 27. Vgl. aber auch Steinlechner, Juris communio (1876), § 24.

5) Vgl. Dernburg, II, S. 31.

6) Schon vor dem neuen G. B. G. (§ 3) war dies durch die Praxis des obersten Oshes festgestellt: G.U.B. 1537 und die Entsch. in G. Z. 1871 Nr. 27, wonach „auf einen einzelnen Bestandtheil einer Realität, welche nur einen Grundbuchkörper bildet, nicht abgefordert Exekution geführt werden kann“. Bei Eisenbahnen ist dies nach der Natur der Sache selbstverständlich (vgl. § 6 des Eisenbahnbücherges.). — Gegen die Sonderexekution auf den fundus instructus eines Landgutes s. auch schon das Hofdekr. v. 7. Apr. 1826, J. G. S. 2178 bei Michel Nr. 509. Für Bergwerksobjecte insbesondere: allg. Berggesetz § 121 „Auf das Bergwerkszugehör findet eine abgeforderte Exekution nicht statt“.

7) Da das „Bestandsblatt“ (vgl. oben S. 18) in der Regel nur den ortsgewöhnlichen Namen (Hausnummer) des Hauptbestandtheils des Tabularkörpers angibt, oft mit mehr oder weniger bestimmter Hinweisung auf zugehörige Grundstücke. Noch weniger genügt das Grundbuch in Bezug auf die Evidenz der intensiven Veränderungen des Pfandgutes, wie Zubauten u. dgl.

streitungsfalle Aufgabe des Klägers, durch die ordentlichen Beweismittel des Prozesses klarzulegen, daß die von ihm zu seiner Befriedigung in Anspruch genommenen Güter im Zeitpunkt der Klagerhebung zu demjenigen Güterkreis rechtlich gehören, welcher den ihm haftenden Tabularkörper bildet. Im Einzelnen kommt dabei namentlich folgendes in Betracht:

1) Neußerer Umfang des Hypothekargutes.

Bei der Frage, welche Grundstücke zu einem bestimmten Tabularkörper gehören, kommt natürlich in erster Linie der Wortlaut des Grundbuches (Hauptbuch, Besitzstandsblatt) in Betracht; insoweit dieses (etwa durch Beziehung auf beiliegende Flurkarten u. s. w.) über Identität und Umfang eines Grundstückes die erforderliche Gewißheit gewährt, ist kein Beweis erforderlich. Falls aber, wie gewöhnlich, nur eine nominelle Bezeichnung der Grundstücke vorliegt, muß der Kläger den Nachweis übernehmen, welche Objekte unter diese Bezeichnung fallen; ⁸⁾ dabei müßte streng genommen auf die Zeit der Errichtung der betreffenden Bucheinlage zurückgegangen werden; allein man wird — wenn nicht die Mangelhaftigkeit des Buchinhalts dem Realkredit zum Verderben ausschlagen soll — bis zur Durchführung der nöthigen Reform der Besitzstandsblätter bei der bisherigen Praxis stehen bleiben müssen, wonach es genügt, wenn der Kläger nachweist, daß das in Anspruch genommene Objekt in irgend einem Zeitpunkt, seit für dasselbe ein Grundbuchsfolium besteht, den behaupteten Umfang thatsächlich gehabt habe. Dieser gilt alsdann prima facie als rechtlich maßgebend; doch muß dem Gegner der Beweis offen bleiben, daß eine bestimmte Parzelle ursprünglich d. i. im Zeitpunkt der Errichtung der Grundbucheinlage ⁹⁾ nicht zu dem verbücherten Gute gehört habe, auch nachträglich demselben nicht bürgerlich zugeschrieben gewesen sei, mithin gegenwärtig

8) Man pflegt diesen Nachweis durch Herbeiziehung der Karten der Steuerbehörden (Katastralmappen) zu führen; aber nur dann kann derselbe in diesem Wege streng erbracht werden, wenn das Besitzstandsblatt des Grundbuches die betreffenden Nummern des Katasterwerkes ausdrücklich bezeichnet.

9) Es kann für die vorliegende Frage nur darauf ankommen, was zur Zeit der Konstitution des Tabularkörpers, nicht was im Zeitpunkt der Errichtung des eingeklagten Hypothekarrechts unter dem Namen des eingetragenen Gutes thatsächlich begriffen war. Andernfalls würden zu verschiedenen Zeiten an demselben Tabularkörper errichtete Hypotheken möglicherweise verschiedene Objekte haben, indem hinter der Gleichheit des Namens die Verschiedenheit des Gegenstandes sich versteckte.

einen Bestandtheil des belasteten Grundbuchskörpers nicht bilde. Denn außerbücherlich vollzogene Zusammenlegung einer Parzelle mit einem bestehenden Grundbuchskörper unterwirft dieselbe den daran bestehenden oder künftig entstehenden Hypothekarrechten ebensowenig, als die außerbücherliche Abtrennung einer solchen sie ihnen entzieht. ¹⁰⁾

Der äußere Umfang des Tabularkörpers wird rechtlich modifizirt durch die grundbücherliche Zertheilung oder Zusammenlegung nach Maßgabe des Zertheilungsgesetzes: ¹¹⁾ durch jede vorschriftsmäßig vollzogene bürgerliche Abtrennung einer Parzelle wird dieselbe aus dem Rechtsverband des Grundbuchskörpers, zu welchem sie bisher gehörte, und damit von selbst auch aus dem Nexus aller auf jenem Körper lastenden Hypotheken ausgeschieden; ¹²⁾ und andererseits wird durch die bürgerliche Zuschreibung die zugeschriebene Parzelle dem Gesamtnexus des sie aufnehmenden Tabularkörpers kraft rechtlicher Nothwendigkeit so unterworfen, als ob sie von jeher zu diesem Körper gehört hätte. ¹³⁾

Hiernach ergibt sich also der für den konkreten hypothekarischen Anspruch maßgebende äußere Umfang seines Objekts aus der Klarstellung der ursprünglichen Bestandtheile des belasteten Tabularkörpers, und aus der Berücksichtigung der bürgerlich apparirenden Ab- und Zuschreibungen.

2) Intensive Veränderungen des Objekts. Früchte.

Die Objekte des Hypothekarrechts unterliegen dem hypothekarischen Befriedigungsverfahren in derjenigen Beschaffenheit, welche sie zur Zeit der Pfandrealsirung haben; darin liegt schon, daß Veränderungen

10) G. B. G. § 3. Abs. 2; „Der Umfang (des Tabularkörpers) kann nur durch die grundbücherliche Ab- und Zuschreibung von einzelnen Eigenschaften oder von Theilen derselben geändert werden.“ Vgl. a. b. G. B. § 847. Entsch. G. Z. 1872, Nr. 30.

11) Gesetz v. 6. Febr. 1869. R. G. B. 18.

12) Dieß bleibt auch wahr, wenn die ausgeschiedene Parzelle fortan einen selbständigen Grundbuchskörper bildet und mit den ihrem früheren Verband anhaftenden Lasten simultan beschwert wird (§ 1 des angef. Ges.), denn diese sind neue Hypothekarrechte (Zweihypotheken), die an dem neuen Grundbuchskörper ex pacto oder ex lege errichtet werden und fortan ihr selbständiges juristisches Dasein haben, wie andere Simultanhypotheken.

13) § 15 d. angef. Ges. Es ist eine Konsequenz der rechtlichen Einheit des Tabularkörpers (G. B. G. § 3), daß das zugeschriebene Stück wie ein organischer Zuwachs behandelt werden muß: wie dort die physische Einheit der ganzen Sache jede rechtliche Sonderstellung des Theils ausschließt, so hier die rechtliche Einheit.

ihrer wirtschaftlichen Wesens oder Werthes, seien es günstige oder ungünstige, den Inhalt des Hypothekarrechts formell nicht berühren. Deteriorationen des Pfandstückes können, wie oben dargestellt ist, unter Umständen besondere Rechtshülfe hervorrufen, den Schuldigen obligationenrechtlich haftbar machen, Meliorationen erhöhen materiell die Sicherheit des Pfandgläubigers, aber an dem formalen Inhalt seines Anspruchs wird dadurch nichts geändert: ¹⁴⁾ derselbe geht auf Befriedigung aus dem Pfandstück, wie es zur Zeit der Klagerhebung liegt.

Es versteht sich also, daß das Hypothekargut mit allen darauf wann immer errichteten Bauten ¹⁵⁾ oder sonstigen sog. Inkorporationen ¹⁶⁾, mit seinem organischen oder anorganischen „Zuwachs“ (Alluvion, Flußinsel ¹⁷⁾ in die Pfandexekution fällt. — Das gilt insbesondere

14) S. die Motive der oberstricht. Entsch. OUV. 330.

15) A. b. Ob. § 457, § 416 fg. L. 21. D. de pign. act. (13, 7), L. 29. § 2. D. de pignor. (20, 1). Auch nach der Verpfändung des Bobens von einem Dritten darauf errichtete Gebäude also verfallen nothwendig dem Pfandnerus; das kann, weil es auf einem Grundsatze des Sachenrechts beruht, durch Parteibisposition nicht ausgeschlossen werden (die prinzipwidrige Norm des § 472 Pr. Wt. I, 20 ist durch das neue Pr. O. B. G. § 30 beseitigt.) — Mit dem Satze, daß jeder Zubau ohne Rücksicht auf seine Entstehungszeit allen Hypothekaren pfandrechtlich haftet, steht nicht im Widerspruch, daß ein bürgerlich eingetragenes Superfizarrecht durch die Realisirung ihm nachstehender Hypotheken unberührt bleibt.

16) Dernburg, I, S. 432 fg.

17) Sicher ist dieß für den Alluvionsfall (a. b. Ob. § 411, L. 16. pr. D. de pign. 20, 1); für den alveus derelictus und die insula in flumine nata gilt es nur, wenn man diese als intensive Veränderungen des Pfandgutes auffaßt, den Eigentumserwerb also hier auf denselben Gesichtspunkt zurückführt, wie bei der Alluvion und allem organischen Zuwachs. Dafür spricht nach öst. Recht die Unterstellung der diesbezüglichen Gesetzesbestimmungen unter das Hauptstück „von Erwerbung des Eigentums durch Zuwachs“, dagegen die Ausdrücke in § 407, die auf ein „Okkupationsrecht“ (nach pr. Wt. I. 9. § 246) zu deuten scheinen (aber § 410 sagt wieder „gehört“). Vgl. Brodowski, Untersuchungen aus dem öst. Eintr. S. 130, 148 fg.; derselbe hält es (aus unzureichenden Gründen) für ausgemacht, daß unser Gesetzbuch hier das Okkupationsprinzip walten lasse, welches er jedoch als „unhaltbar und verwerflich“ bezeichnet, ohne jedoch auf die eigenthümliche Natur jenes „ausschließlichen Okkupationsrechts“ der Arrainer näher einzugehen: die Frage nach dem Grund der Ausschließlichkeit, und nach der Wirkung einer von Dritten vorweg unternommenen Okkupation würde von selbst zum Accessionsprinzip zurückgeführt haben. — Gegen die Einbeziehung der Flußinsel unter den Pfandnerus Dernburg, S. 436, weil dieselbe ihre „selbständige Individualität“ behalte; ebenso (bezüglich der insula, nicht auch des alveus derelictus) Förster, III, S. 439.

auch von den natürlichen Früchten, so lange sie als Theile der Mutter Sache zu betrachten sind (a. b. Ob. § 457), d. h. wenn sie im Zeitpunkt der Exekution ¹⁸⁾ mit derselben noch physisch zusammenhängen. Durch frühere Abtrennung scheiden sie aus dem Hypothekarnerus aus (in welchem sie eben nur als Theile des Pfandgutes standen) und fallen als nunmehrige Mobilien in das Gebiet des Faustpfandrechts, welches nur durch Tradition oder gerichtliche Beschlagnahme begründet werden könnte; die Streitfrage des gemeinen Rechts, inwiefern in dem Pfandrecht an fruchttragenden Sachen zugleich ein eventuelles Pfandrecht bezüglich der separirten Früchte gegeben sei, ¹⁹⁾ berührt daher das östreichische Recht nicht.

Man ist einig, was in der vorliegenden Beziehung von den wahren Früchten gilt, auch auf die sog. Civilfrüchte anzuwenden. ²⁰⁾ Der exquirende Hypothekar kann seine Befriedigung, anstatt durch Feilbietung des Objekts mit den etwaigen fructus pendentes, ebenso wohl durch Sequestration der Einkünfte desselben suchen; diese haften ihm, gleich den Früchten, insofern sie im Zeitpunkt der von ihm erwirkten Exekution nicht entweder vom Eigenthümer schon bezogen, ²¹⁾

18) Entscheidend ist der Moment der Exekution (exekutive Pfändung oder Sequestration), nicht etwa der Zeitpunkt der Erhebung des Hypothekarprozesses (ungenau Stubenrauch zu § 457 „zur Zeit der Geltendmachung seines Pfandrechts“, richtig Günner, S. 423, Bornemann, IV, S. 353, Pr. Wt. § 475, 476: „zur Zeit der Exekutionsvollstreckung“). Die Litiskonfestation über die Hypothekarklage macht zwar den Beklagten nach allgemeinen Grundsätzen persönlich haftbar wegen Deterioration und Ausbeutung der Sache, also auch wenn er in fraudem des Klägers mit den Früchten dolos verfährt (z. B. sie unreif schneidet und verkauft), aber es wird doch durch jede, auch pflichtwidrige, Separation die getrennte Frucht dem Hypothekarnerus entzogen.

19) Paul. Sent. Rec. V, 5, 2. L. 3. C. in quib. caus. p. (8, 15), Göppert, die organ. Erzeugnisse S. 376 fg., und bezüglich des modernen Hypothekenrechts S. 401. Vgl. auch C. civ. a. 2176, Allard, S. 126.

20) Arg. das Wort „bezogen“ in § 457 a. b. Ob. und § 1102 (Stubenrauch, Winwarter); in der Praxis ist darüber kein Zweifel, s. z. B. OUV. 246, 587, 800.

21) Daß die vom Eigenthümer bezogenen (naturalen oder civilen) Früchte ihm pfandfrei zufallen bildet nicht eine Analogie zum Früchterwerb des gutgläubigen Besitzers (a. b. Ob. § 330, Rippel, III, S. 390), der eben weil er nicht Eigenthümer ist, eines besonderen Rechtsschutzes »pro cultura et cura« bedarf; noch weniger darf es auf die gesetzliche „Vermuthung“ zurückgeführt werden, „daß er die Früchte zur Befriedigung der Zinsenforderungen der Pfandgläubiger verwenden werde“ (OUV. 587), sondern es folgt mit Rechtsnothwendigkeit daraus.

oder von anderen Hypothekaren exekutiv erworben sind. Und zwar macht es im letzteren Fall keinen Unterschied, ob jene anderen Hypothekaren dem jetzt zur Exekution vorgeschrittenen Recht in der Priorität vor- oder nachstehen: ebenso wie der Eigenthümer des belasteten Gutes die fälligen Früchte vor dem Eintritt der Hypothekarexekution jederzeit selbst beziehen und frei verwerthen kann, ebenso kann (bez. muß) er Andern (z. B. seinen Gläubigern mit oder ohne Hypothek) gestatten, anstatt seiner im eigenen Interesse jene Einkünfte zu beziehen und für sich zu verwerthen.²²⁾ Daraus ergibt sich die einfache Antwort auf die vorliegende in der Praxis nicht immer aus dem richtigen Gesichtspunkt aufgefaßte Frage:

Der Hypothekar, wenn er seine Befriedigung im Wege der Exekution ad fructus sucht, hat Anspruch auf alle, aber auch nur auf die Civilfrüchte, welche im Zeitpunkt der erwirkten exekutiven Sequestration noch ausstehen, d. h. bisher weder vom Eigenthümer selbst bezogen, noch von einem Dritten (kraft Cession, Verpfändung oder Urtheil) exekutiv in Beschlag genommen sind.²³⁾

daß die Früchte durch die Separation aufhören Theile des verpfändeten Objekts zu sein und als selbständige (bewegliche) Sachen in den Verkehr treten, als welche sie Gegenstand des Hypothekarrechts weder sind noch sein können.

22) Zeiller, III, S. 268. Daher hatten früher die Hypothekargläubiger im Konkurs kein Vorrecht bezüglich der Erträgnisse des ihnen verpfändeten Gutes, sondern diese Erträgnisse fielen in die Masse; erst die neue R.D. § 30, 31, hat dies geändert durch Einführung des Spezialkonkurses für die Realgläubiger.

23) Kann der Hypothekar auf Früchte, die vor dem Zeitpunkt des Exekutionsbeginnes bezogen sind, aus obigen Gründen nicht zurückgreifen, so versteht sich, daß nichts darauf ankommt aus welchem Rechtsgrund etwa ein Dritter dieselben bezogen hat, ob derselbe überhaupt ein Pfandrecht hatte und in welcher Priorität (im Prinzip richtig G.U.W. 96, 576, theilweise anders 587, 800). Unrichtig ist demnach auch die Behauptung (G.U.W. 800), die Cession der Miethzinsse eines hypothekarisch belasteten Hauses sei dem Hypothekar gegenüber rechtlich unwirksam; sie ist es nur bezüglich jener Raten, die im Zeitpunkt der von diesem erwirkten Sequestration dem Cessionar noch nicht exekutiv ansgeantwortet waren. — Daß auf diesen Zeitpunkt Alles ankommt (was z. B. in G.U.W. 587 übersehen ist) sagt auch der Schlusssatz des § 457 a. b. Gb., wenn man ihn richtigerweise dahin versteht: die spätere Verpfändung der Früchte ist nur wirksam in Rücksicht auf die Früchte, welche im Augenblick der Realisirung des auf der Muttersache lastenden Hypothekarrechts von dieser schon abgejondert und bezogen waren. Stube n r a u c h, W i n i w a r t e r zu § 457. — Aus dem Gesagten ergibt sich das im Text bezeichnete Verhältniß zwischen mehreren Hypothekaren, die nach einander die exekutive Sequestration erwirkt haben: ohne Rücksicht auf Priorität der Hypothekarrechte gehören dem zuerst sequestrirenden

Es gehören also hierher 1) die im genannten Zeitpunkt bereits fälligen, aber noch nicht bezogenen, mithin rückständigen Civilfrüchte, und 2) alle während der Dauer der Sequestration fällig werdenden Raten derselben.

Hat der Eigenthümer, oder ein Dritter für ihn, schon vorher dergleichen Raten antizipirt, so kann dieß dem Rechte des Hypothekars an sich nicht präjudiziren; denn dieses erfafst die Civilfrüchte als das Surrogat der wirklichen Früchte und Nutzungen, welche letzteren der Natur der Sache nach nicht antizipirt werden können. Um jedoch verwickelten Auseinandersetzungen vorzubeugen,²⁴⁾ hat das a. b. Gb. § 1102 bestimmt, daß im Falle bedingener und geleisteter Vorauszahlung des Bestandzinses für Eine Bestandsfrist²⁵⁾ die während derselben auf das Bestandobjekt greifenden Hypothekare die Zahlung als ihnen präjudizirlich anerkennen müssen. — Außerdem kann die Nothwendigkeit solcher Anerkennung ohne jede Beschränkung, gemäß den allgemeinen Grundsätzen über die Publizität der Einträge, auch dadurch sich ergeben, daß die Vorauszahlung einer beliebig großen Zinsrate im öffentlichen Buch vor Entstehung der betreffenden Hypotheken angemerkter war (§ 1102); denn für die einer solchen Anmerkung²⁶⁾ nach-

Gläubiger die bis zum Zeitpunkt der zweiten Sequestration eingehobenen Früchte; erst von diesem Zeitpunkt ab haften sie beiden nach Maßgabe des hypothekarischen Rangverhältnisses.

24) Nach strenger ratio juris müßte, falls der Exekutionsbeginn in eine Fruchtperiode hineinfällt, eine Theilung der für die laufende Periode schon bezogenen Geldraten nach Verhältniß der beiden durch den Exekutionsmoment gebildeten Zeitabschnitte erfolgen, was ohne unpraktische Weitläufigkeiten nicht abgehen könnte.

25) Die Größe dieser Frist bestimmt das Gesetz nicht (Pr. Mitt. I, 20, § 480, 481, das unserm § 1102 zum Vorbild gebietet hat, setzt dafür ein Quartal fest), gewiß nicht in der Meinung, daß es den Parteien frei stehen soll, durch Verabredung ungewöhnlich langer Zinsfristen in fraudem der Hypothekare zu handeln (10 jähriger vorausbedingener und bezahlter Pachtzuschilling wäre in der That eine Darlehenssumme), sondern um der lokalen Verschiedenheit der üblichen Zinstermine sich anzubequemen; es ist also eine Zinsfrist von ortsüblicher oder gesetzlich vorgegebener (§ 1100) Länge anzunehmen. Stube n r a u c h, Komm. zu § 1102, 3.

26) Das G. B. G. Abschn. IV, erwähnt diese Anmerkung nicht, aber es wäre verkehrt, daraus ihre Unzulässigkeit zu folgern. Das Bedürfniß nach bürgerlicher Auszeichnung der „Vorausbezahlung des Bestandzinses“ liegt auf der Hand, und § 1102 a. b. Gb. rechtfertigt und erheischt die Bewilligung einer diesbezüglichen Eintragung, welche ihrem Inhalte nach nur als Anmerkung denkbar ist.

folgenden Hypothekare bildet der Inhalt derselben eine bürgerlich publizierte Beschränkung ihres Pfandobjekts.²⁷⁾

3) Zugehör.

Bei der Frage, was an selbständigen Nebensachen (im Gegensatz zu den Bestandtheilen der Hauptsache) dem hypothekarischen Anspruch mit unterliege, sind die Grundsätze des allgemeinen Privatrechts über die Rechtswirkung der sog. Pertinenzqualität²⁸⁾ nicht unmittelbar maßgebend. Denn diese stützen sich auf den präsumtiven Willen dessen, der über die Hauptsache rechtlich verfügt hat, und interpretiren denselben, im Anschluß an die Traditionen des Verkehrs, im Sinne einer Ausdehnung der getroffenen Verfügung auch über gewisse der Hauptsache zur Zeit wirtschaftlich adhärirende Nebensachen; wo also für eine Willensinterpretation kein Raum ist, kann auch die Pertinenzlehre (in ihrer richtigen Bedeutung) nicht zur Anwendung kommen. Und das ist auf dem Boden des modernen Hypothekenverkehrs, im Gegensatz zum gemeinrechtlichen Pfandverkehr,²⁹⁾ überall der Fall: der formalpublizistische Charakter des ersteren bringt es mit sich, daß der Umfang des Pfandobjekts, auch rücksichtlich der Nebensachen, durch absolute Normen — und sonach für alle an demselben Tabularkörper bürgerlich Interessirten gleich — rechtlich festgestellt sein muß. Dadurch ist das voluntäre Element aus dem ganzen Verhältniß ausgeschlossen, und unsere Frage dahin bestimmt: welche Nebensachen sind nach öfr. Recht jeder hypothekarischen Exekution auf die Hauptsache kraft Rechtsnothwendigkeit mit unterworfen?

Dabei ist zu unterscheiden zwischen unbeweglichen und beweglichen Nebensachen des belasteten Objekts:

a) Wenn unbewegliche Pertinenzstücke³⁰⁾ mit der Hauptsache

27) S. oben § 25.

28) Unger, Syst. I, § 55. Göppert, die organischen Erzeugnisse (1869) S. 58 fg., dessen im Einzelnen vielfach lehrreiche Ausführungen m. E. doch nicht geeignet sind die richtig verstandene herrschende Lehre zu erschüttern.

29) Da die Verpfändung gemeinrechtlich ein bloß materielles Geschäft ist, wie der Kauf, so kommt es dort wie hier nur auf die ausdrückliche oder stillschweigende Meinung der Kontrahenten an, und ist insbesondere auch die Frage, was mit der Hauptsache etwa nebenbei noch als mitverpfändet zu gelten habe, für jeden Hypothekar besonders mit Rücksicht auf die zur Zeit seiner Pfandkonvention obwaltenden Umstände nach den Grundsätzen der Willensinterpretation zu beantworten. Vgl. Dernburg, Pfdt. I, S. 436 fg.

30) Mit Unrecht will jetzt Göppert, a. a. O. S. 65 fg. in Abrede stellen,

hypothekarisch haften, so ist dies nicht die Folge ihrer Pertinenzqualität, sondern lediglich ihrer Eigenschaft als Bestandtheile des belasteten Tabularkörpers, und findet demgemäß nur statt, wo die fragliche Parzelle nach den oben unter 1) entwickelten Grundsätzen in den Umfang jenes Tabularkörpers entweder schon ursprünglich gehörte³¹⁾ oder durch bürgerliche Zuschreibung nachträglich aufgenommen wurde; die ohne solche Zuschreibung von irgend einem Eigenthümer bloß faktisch bewerkstelligte Widmung eines Grundstücks zum Dienste des belasteten Gutes hat diese Wirkung nicht.³²⁾

b) Für bewegliche Nebensachen gilt der Grundsatz: was im Augenblick der hypothekarischen Exekution³³⁾ zu den von ihr betroffenen Immobilien in dem Sinne gehört, daß es bei einer jetzt erfolgenden freiwilligen Veräußerung als mitveräußert von Rechtswegen zu behandeln wäre, das wird vom hypothekarischen Anspruch mit ergriffen. Welche Sachen dies im einzelnen Falle sind, entscheidet sich nach den Regeln des allgemeinen Privatrechts über die Kriterien der

daß auch Immobilien Pertinenzqualität haben können; wenn die römischen Juristen vielfach bei der Interpretation des Umfangs von Veräußerungsgeschäften über Immobilien die vom Veräußerer „bei der Bewirthschaftung und Benutzung getroffenen Einrichtungen“ als Indizien des Geschäftswillens anführen (z. B. Paul. Sent. Rec. III, 6, 54: Pascua, quae postea comparata ad fundum legatum testator adjunxerat, ad legatarium pertinent), so stellen sie die Entscheidung ganz in demselben Sinne auf die Pertinenzeigenschaft, wie sonst bei Mobilien.

31) Allerdings kann bei der quaestio facti, ob ein gewisses Grundstück unter dem Namen des intabulirten Gutes (vgl. oben 3. 1) als inbegriffen zu gelten habe, das zur Zeit der Errichtung der Bucheinlage bestandene Pertinenzverhältniß ein Argument bilden, und in sofern gelangt dieses auch hier zu mittelbarem praktischem Belang; doch ist nicht zu übersehen, daß es sich dabei nicht um eine Willensauslegung handelt, sondern um die Interpretation des Buchinhalts (Besitzstandsblattes).

32) Oben Note 10; hat also Jemand zwei Grundstücke A und B, die je eine bürgerliche Einlage haben, und zieht derselbe etwa einen Acker des Gutes A als Vorgarten zu dem Hause B, so wird durch diese Verfügung die Parzelle allerdings Pertinenz von B, aber diese ihre Eigenschaft ist hypothekenrechtlich gleichgültig: die Parzelle wird weder den Hypothekaren auf A entzogen, noch denen auf B unterworfen, ohne Unterschied ob dieselben ihre Pfandrechte vor oder nach jener faktischen Veränderung erworben haben.

33) Die vor diesem Augenblick aus dem Pertinenzverhältniß ausgeschiedenen Mobilien können niemals hypothekarisch in Anspruch genommen werden, und es ist dabei gleichgültig, ob ihr jetziger Inhaber „redlicher Erwerber“ ist oder nicht. Unrichtig Stubenrauch, § 457, Nr. 2. Vgl. Allard, S. 126, 127.

Pertinenzqualität.³⁴⁾ Bei Anwendung derselben muß der ökonomische Charakter des belasteten Grundstücks, wie ihn das Grundbuch ausweist, in Anschlag gebracht werden, da z. B. für „Mühlen“ oder „Fabriken“ der Kreis der Pertinenzsachen ein anderer ist, als für Wohngebäude oder Lagerhäuser.³⁵⁾ Was landwirtschaftliche Objekte betrifft, so ist insbesondere hervorzuheben, daß nach östr. Recht die vom verpfändeten Grundstück bereits separirten Früchte insoweit als Zugehör des fundus behandelt werden „als sie zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebs erforderlich sind,“ also zum instrumentum fundi gehören.³⁶⁾

Immer aber ist es für die hier erörterte Frage gleichgültig, welcher Eigentümer die fraglichen Nebensachen in die dienende Beziehung zur Hauptsache gebracht hat, sowie ob dieses vor oder nach Entstehung des zur Exekution gediehenen Hypothekarrechts geschah; und auch durch ausdrückliche gegentheilige Willensbestimmung des Urhebers der Pertinenzbeziehung kann die Nebensache dem Hypothekarnerus nicht vorenthalten werden: eben weil die hier eingreifende Wirkung der sog. Pertinenzqualität nicht, wie sonst, auf gesetzlich gebilligter Willensinterpretation beruht, sondern auf dem durchgreifenden Rechtsatz, daß der Tabularkörper eine universitas juris bildet, welche kraft Rechtsnothwendigkeit mit ihrem ganzen jeweiligen Umfang, wie er objektiv vorliegt, im Pfandnerus steht.³⁷⁾

34) A. b. Gb. §§ 294, 296, 297. Unger, a. a. O.

35) „Diejenigen Dinge, die zum anhaltenden Gebrauch eines Ganzen bestimmt sind“ (§ 297), sind eben je nach der ökonomischen Natur dieses Ganzen verschiedene; ist das Gut im Grundbuch als „Spinnfabrik“ eingetragen, so haften dem Hypothekar auch die Spinnmaschinen, welche im kritischen Zeitpunkt in Verwendung stehen. Vgl. Heyne, Komm. zum sächs. Hypog. I, S. 302.

36) Anders das preuß. G. B. G. § 30, welches alle „auf dem Grundstück noch vorhandenen, abgeordneten, dem Eigentümer gehörigen, Früchte“ in die Exekution einbezieht; s. auch schon Vornemann, IV, S. 355.

37) Die Redaktoren des A. b. Gb. haben bekanntlich, der ältern Theorie folgend, die Pertinenzsachen mit den accessoriischen Bestandtheilen („Zuwachs“ § 294) auf Eine Linie gestellt und dabei den wesentlichen Unterschied in der rechtlichen Behandlung beider — daß das Ergriffenwerden vom rechtlichen Schicksal der Hauptsache nur bei diesen auf Rechtsnothwendigkeit, bei jenen aber auf den zu präsumirten Parteinwillen sich gründet — zurücktreten lassen. S. dagegen Unger, a. a. O. Für das Hypothekennrecht nun aber ist eben diese Gleichstellung der Nebensachen und der Nebentheile auch theoretisch das Richtige: denn hier kommt auf den Willen des

Spezielle gesetzliche Bestimmungen bestehen hinsichtlich der Frage nach dem Umkreis der beweglichen Pertinenzsachen bei Eisenbahnen und bei Bergwerksobjekten. Sie sind dadurch geboten, daß hier von vornherein nicht sowohl die betreffenden Immobilien allein — welche selbst gleichsam nur die vorzüglichste Pertinenz des verpfändeten Objektes darstellen — als vielmehr die gesammte ökonomische Unterlage des Unternehmens bei dessen Kreditoperationen zur Deckung dienen soll; es darf sich daher auch die Haftung nicht auf solche Mobilien beschränken, die Zubehör der Immobilien sind, sondern muß alles Zubehör der Unternehmung in sich begreifen.³⁸⁾ Demgemäß bestimmt das Gesetz

aa) für Eisenbahnen³⁹⁾

die Pertinenzqualität des gesammten im Besitz der Unternehmung befindlichen Materiales; dahin gehört 1) was zur Herstellung oder Instandhaltung der Bahn bestimmt ist, sofern es bereits in deren örtlichen Bereich gebracht ist, und 2) alles Betriebsmaterial; sowohl das in feste Verbindung gesetzte und das zum dauernden Gebrauch an Ort und Stelle befindliche, als auch das eigentliche Fahrmaterial;⁴⁰⁾

bb) für Bergwerksobjekte⁴¹⁾

die Zugehörigkeit folgender insbesondere benannter Gegenstände: alle bei dem Bergwerk befindlichen zu dessen Betrieb bestimmten Thiere, Maschinen, Werkzeuge und Geräthschaften, die vorhandenen Material-, Natural- und sonstigen Vorräthe, und die noch nicht im kaufrechtlichen Zustande befindlichen Erze und Hüttenprodukte.

4) Rechtliche Qualitäten des Pfandobjectes.

Verpfänders oder seiner Nachfolger im Eigenthum für die Frage, was an Zugehör in den Pfandnerus falle, in der That nichts an, da auch solche Sachen, die im Kauf bloß als Pertinenzsachen, d. h. wenn und weil sie im Zweifel als mitverkauft gelten müssen, in Betracht kommen, hier stets wie Theile rechtlich zu behandeln sind.

38) Es tritt hier der Gedanke in umfassende Anwendung, der für Hypotheken an anderen Industrie-Realitäten schon oben Note 35 betont ist.

39) Eisenbahnblühergesetz v. 19. Mai 1874, R. G. B. 70, §. 5. Motive bei Wittek, a. a. O. S. 34, 35.

40) Für das eigentliche Fahrmaterial gilt dieses nur bei solchen Eisenbahnen ohne Einschränkung, die ganz auf österreichischem Staatsgebiet liegen; bei theilweise ausländischen Bahnen bleibt es dem mit der betreffenden Regierung zu schließenden Uebereinkommen vorbehalten, zu bestimmen, welche Quote des Fahrmaterials als Zugehör der inländischen Bahnstrecke anzusehen ist.

41) Allg. Berggesetz v. 23. Mai 1854, R. G. B. 146, § 121; vgl. § 117.

In einem weiteren untechnischen Sinn pflegt man auch die mit dem Eigenthum eines unbeweglichen Gutes verbundenen (auf dasselbe „radizirten“) Vermögensrechte als Zugehör desselben zu bezeichnen.⁴²⁾ Solche Rechte (Prädialservituten, Reallastberechtigungen, Realgewerbe) erhöhen den Werth des betreffenden Grundstücks, da sie mit demselben eventuell auf den Käufer übergehen,⁴³⁾ und dienen eben dadurch mittelbar dem Interesse der Hypothekare. Wie der Werth der zur Zeit der exekutiven Feilbietung vorhandenen Pertinenzien, so steckt auch der Werth der im gleichen Zeitpunkt bestehenden und mitveräußerten Realrechte in dem Kauffchilling und bildet so einen Theil der Deckungsmasse für die Pfandgläubiger. Aber diese Rechte sind weder eigentliche Pertinenzien, noch Theile des Pfandobjekts, sondern vortheilhafte rechtliche Eigenschaften desselben (*condicio fundi*, — *praedia qualiter se habentia* L. 23 § 2 D. de serv. pr. r. 8, 2, L. 86. D. de verb. sign. 50, 16), deren Vernichtung durch eine Rechtsverfügung des Eigenthümers (vor Eintritt der Pfandexekution) ihn unter Umständen seinen Gläubigern gegenüber ersatzpflichtig machen, niemals aber so aufgefaßt werden kann, als ob ein Theil des Pfandgegenstands abgetrennt und dem Hypothekarnerus entzogen würde. Danach ist, wie schon oben dargelegt,⁴⁴⁾ die dingliche Wirkung von dergleichen Verfügungen des Eigenthümers durch den Konsens der Hypothekare grundsätzlich nicht bedingt. Wohl aber wird in gewissen Fällen, wo die Gesetzgebung im öffentlichen Interesse auf die Beseitigung von Realrechten hinarbeitet, das Interesse der Hypothekare dadurch wahrgenommen, daß unter Einem mit der Durchführung der Realrechtsablösung für die Sicherung der jenen erwachsenden Ersatzansprüche gesorgt wird;⁴⁵⁾ in diesen Fällen

42) Darüber s. Unger, I, §§ 53, 64, B.

43) Auch beim Verkauf eines intellektuellen Theils des Grundstücks wird das auf das Ganze radizirte Gewerbe insoweit mit übertragen, daß der Ersterer an der Ausübung pro rata mitberechtigt wird. OUV. 1796.

44) § 33, Rte 21.

45) So hinsichtlich der Ablösung von radizirten Gewerben: „Sie sind von dem Hause . . . nur insofern trennbar, als vorläufig die Sache mit denen . . . vorgemerkten Gläubigern . . . ausgeglichen und berichtigt worden ist.“ Hofdekr. v. 20. Febr. 1795. J. G. S. 219 (Michel, 510). In demselben Sinne verfügt die Min. Vdg. v. 30. Juli 1850, R. G. B. 317 (Michel, 518), „daß die mit dem Besitz eines unbeweglichen Gutes verbundenen, durch das Ges. v. 7. Sept. 1848 und v. 4. März 1849 gegen billige Entschädigung aufgehobenen oder als ablösbar erklärten Rechte, beziehungsweise die an deren Stelle tretende Entschädigung als ein Bestand-

steht allerdings die Ablösung ihrer Wirkung nach hinsichtlich der Hypothekare einer partiellen Expropriation des Eigenthümers gleich.

§ 39.

5) Besonderes im Falle der Expropriation und der Entwerthung durch Elementarschaden.

a) Expropriation.¹⁾

Durch jede im öffentlichen Interesse durchgeführte Zwangsent eignung werden die an dem betroffenen Gut haftenden Hypotheken — da dasselbe ganz oder theilweise aus dem Grundbuch gelöscht und damit dem Tabularverkehr entzogen wird²⁾ — entweder gänzlich beseitigt oder doch in ihrem objektiven Umfang geschmälert. An die Stelle des dinglichen Rechts tritt dann für die Hypothekare, ganz ebenso wie für den Eigenthümer und sonstige Realberechtigte, der Anspruch auf Entschädigung aus derjenigen Geldsumme, welche auf Grund vorschristmäßig durchgeführter Expropriationsverhandlung³⁾ ermittelt und vom Exproprianten zu Händen der Realinstanz erlegt ist.⁴⁾ Ist das ganze Pfandobjekt expropriirt, so hat die Gesamtentschädigungssumme für die Hypothekare dieselbe rechtliche Funktion wie der Feilbietungserlös nach durchgeführter Exekution:⁵⁾ es muß eine der „Kauffchillingsver-

theil des unbeweglichen Gutes . . . in so lange zu behandeln sein, bis durch eine besondere Verordnung . . . die fernere Behandlung der Entschädigung normirt sein wird.“

1) A. 6. Ob. § 365; Grünhut, das Enteignungsrecht (1873) S. 136 fg., Wolff, Arch. f. prakt. Wiss. u. F. Bd. III, S. 248. — Die einzelnen das Verfahren angehenden Gesetze und Verordnungen s. bei Michel Nr. 616—661, 1530—1536.

2) Michel, Nr. 651, 653.

3) Zu derselben sind die Hypothekare durch Gebitalgation heranzuziehen, nöthigenfalls kann ihr Interesse durch einen ad hoc gerichtlich bestellten Kurator gewahrt werden. Michel Nr. 1531, §§ 4 fg., Nr. 646.

4) Michel, Nr. 1531, § 10, Nr. 645, § 19. — Daß der Expropriat unter Umständen befugt (aber nicht verpflichtet) sein soll den Hypothekaren „eine andere Hypothek von gleicher Sicherheit“ aufzubringen, um seinerseits die Entschädigungssumme für sich zu behalten (Grünhut, S. 137), kann ich nicht zugeben, da es blos auf Billigkeitserwägungen gegründet wird, die überdies einseitig nur das Interesse des Schuldners ins Auge fassen.

5) Danach versteht sich (Grünhut, S. 138), daß der Expropriant den Hypo-

theilung“ analoge Auseinandersetzung stattfinden, streitigenfalls nach rechtskräftiger Entscheidung über die betreffenden Hypothekar- oder Vorrechtsansprüche. Wenn dagegen nur ein Theil des Pfandobjekts enteignet wurde, so ist das Maß der deshalb den einzelnen Interessenten gebührenden Entschädigung Gegenstand (zunächst der auf einverständliche Feststellung zielenden Verhandlung im administrativen Wege, sodann aber nöthigenfalls) richterlicher Entscheidung. Zu diesem Behufe ist, was die Hypothekare anbelangt, auf Grundlage des gerichtlichen Schätzungsergebnisses für jeden Einzelnen zu ermitteln, in wie fern derselbe nach Maßgabe seiner Pfandsumme und Prioritätsstellung in dem Werthe des im Privatverkehr verbleibenden Theils des Tabularkörpers seine Deckung noch findet, ⁶⁾ und der hienach unbedeckt dastehende Rest seiner Forderung bezeichnet den Betrag der ihm gebührenden Entschädigung; dabei ist vorausgesetzt, daß die fragliche Forderung durch den Werth des Pfandobjekts, wie derselbe vor Abtrennung des expropriirten Theils bestand, völlig gedeckt war. ⁷⁾

Die Entschädigungsleistung gilt als (partielle oder totale) Zwangsablösung der Hypothek und wirkt der Zahlung gleich.

b) Entwerthung durch Elementarschaden.

Wird das Hypothekargut durch vis major theilweise vernichtet (Brand-, Wasser-, Hagelschaden u. dgl.), so trifft der Schaden die Hypothekare mit, ebenso wie die etwaige Restauration des Objekts (durch Wiederaufbau, Wiederherstellung der Kulturfähigkeit) ihnen mit zu Gute kommt. ⁸⁾ Eine Berechtigung dem Eigenthümer gegenüber auf die Restauration zu dringen liegt im Inhalt des Hypothekar-

thekaren keine Vergütung schuldet, falls die Summe ihrer Forderungen durch den Entschädigungsbetrag nicht bedeckt erscheint, „denn der Ausfall ist nicht eine Folge der Enteignung, sondern eine Folge der Ueberlastung des Pfandobjekts.“

⁶⁾ Ist bei Bemessung dieser Entschädigung auf den Umstand Rücksicht zu nehmen, daß für die gleiche Forderung noch andere Objekte simultan haften? Die Frage muß verneint werden: so wenig vorliegenden Falls auf die Sicherheit Etwas ankommt, die der expropriirte Hypothekar etwa in Faustpfändern, Bürgen, oder in der Solvenz seines Personalschuldners haben mag, ebensowenig können anderweite Hypotheken in Aufschlag kommen; Gegenstand der Abschätzung ist einfach der Verlust an Deckung, welchen die Hypothekarposten des betroffenen Tabularkörpers als solche durch die diesem aufgezwungene bürgerliche Reduktion erleiden.

⁷⁾ Andersfalls bleibt natürlich der schon früher unbedeckt gewesene Betrag außer Betracht.

⁸⁾ I. 29 § 2., L. 35. D. de pignor. 20, 1.

rechts nicht, und noch weniger kann aus dem Wesen desselben ein Anspruch abgeleitet werden auf diejenigen Summen, welche der Inhaber des beschädigten Objekts etwa auf Grund von Versicherungsverträgen zu fordern hat. ⁹⁾ Für Brandversicherungen insbesondere aber findet sich in neueren deutschen Hypothekengesetzen vielfach die singuläre Bestimmung, daß die eintretendenfalls dem Eigenthümer zufallenden Ersatzbeträge zur Befriedigung der Hypotheken heranzuziehen sind, insofern sie nicht statutenmäßig zur Restauration verwendet werden müssen, oder dazu thätfächlich verwendet worden sind. ¹⁰⁾

In Oestreich besteht eine derartige Gesetzesbestimmung nicht; gleichwohl ist die Praxis in neuerer Zeit geneigt, den Interessen der Hypothekare in der fraglichen Richtung entgegenzukommen. Den Anhaltspunkt bietet eine ältere Verordnung (Hofdekr. v. 18. Juli 1828, S. G. S. Nr. 2354), welche verfügt, daß die Brandschadensvergütungen weder durch Cessionen noch durch gerichtliche Beschlagnahmen ihrem alleinigen Zweck, der Wiederherstellung der durch Feuer beschädigten Gebäude, entzogen werden können, damit die Hypothekargläubiger nicht an ihren Rechten verkürzt werden. Hieraus folgt freilich unmittelbar nur eine Dispositionsbeschränkung für den Versicherten rücksichtlich der Entschädigungsforderung, beziehungsweise die Präklusion dritter nicht hypothekarisch gedeckter Gläubiger; es ist nicht einmal ein Rechtsmittel statuirt, durch welches die Hypothekare die in ihrem Interesse gebotene Verwendung des Ersatzbetrags zur Wiederherstellung des beschädigten Gutes zu erzwingen vermöchten. ¹¹⁾ Allein es ist doch diese Verwendung der Affekuranzgelder als gesetzliches Postulat hingestellt, und zur Verwirklichung desselben bieten die Gerichte wenigstens insofern die Hand, als sie die Ausfolgung gerichtlich deponirter Brandschadensersatzbeträge an den Eigenthümer auf Antrag des Hy-

⁹⁾ Mada i, Archiv f. civ. Praxis XXVI, S. 201 fg.

¹⁰⁾ Vgl. die Uebersicht bei Mascher, S. 618 fg., und das Preuss. G. B. G. § 30, Abs. 9.

¹¹⁾ Ausdrücklich hat der ob. Gf. ausgesprochen, daß ein Verbot auf die Entschädigungsforderung auch dem Hypothekar und zwar selbst dann nicht bewilligt werden kann, wenn die Gefahr nahe liegt, daß der Versicherte den Vergütungsbetrag nicht zum Wiederaufbau der beschädigten Realität verwenden werde. O. U. 2885. Diese Entscheidung mißbraucht m. E. den Wortlaut des angef. Hofdekr. und steht nicht im Einklang mit der sonstigen Tendenz der oberstrichterlichen Praxis in Bezug auf den fraglichen Punkt. S. die folgenden Noten.

pothekars insolange zurückhalten, bis für deren vorchriftmäßige Verwendung Gewähr geboten, oder das berechtigte Interesse der einschreitenden Realgläubiger anderweitig befriedigt ist.¹²⁾ Weiter noch geht die neuere Praxis des obersten Gerichtshofes, indem sie aus der ratio jenes Hofdekrets geradezu den Rechtsatz ableitet: „daß die Tabulargläubiger aus der Brandschadensvergütung, wenn sie zur Herstellung des abgebrannten Gebäudes, das ihnen zur Hypothek diente, nicht verwendet werden kann, die volle Befriedigung ihrer aus der Realität nicht zur Zahlung gelangten Forderungen vor den nicht versicherten Gläubigern des gewesenen Besitzers . . . zu suchen berechtigt sind.“¹³⁾ Wenn sich diese Praxis erhält und befestigt,¹⁴⁾ wird durch sie eine Lücke in der gegenwärtigen österreichischen Hypothekengesetzgebung zweckmäßig ausgefüllt.¹⁵⁾

12) O.W. 2778. Beide oberen Instanzen verweigerten die Erfolgslaffung des deponirten Vergütungsbetrages (auf Antrag eines Hypothekars) „weil die von den Affekuranstalten geleisteten Vergütungsbeträge nach der im cit. Hofdekr. ausgesprochenen a. h. Absicht unfehlbar ihrem Zwecke gemäß zur Herstellung der beschädigten Gebäude verwendet werden sollen. . . der Gegner aber. . . deutlich an den Tag gelegt hat, daß er diese Entschädigungssumme nicht zum Aufbaue seines abgebrannten Hauses zu verwenden gedenke.“ — Wenn hierin anerkannt wird, daß der Eigenthümer in der freien Disposition über die Affekuranzsumme, wo diese Freiheit dem in Rede stehenden Interesse der Hypothekare zu präjudizieren droht, durch gerichtliches Einschreiten gehemmt werden kann: so liegt kein Grund vor, diese rechtliche Möglichkeit von dem zufälligen Umstand abhängig zu machen, daß die Summe bei Gericht deponirt ist; es muß dann folgerichtig unter gleichen Voraussetzungen auch das Verbot auf die noch ausstehende Forderung und eventuell sogar die Aufstellung eines Sequesters bewilligt werden, um die Verwendung der erhobenen Vergütungsbeträge im Interesse der Realgläubiger zu kontrolliren.

13) Entsch. d. ob. Ghfs. v. 30. Sept. 1868 (Bestätigung der gleichförmigen Urtheile beider untern Instanzen) O.W. 3126.

14) Was neuerdings wieder zweifelhaft geworden ist durch die oberstger. Entsch. v. 6. Febr. 1874 Z. 626 (G.Z. 1874 Nr. 16).

15) Es würde damit der Satz anerkannt, daß die Brandvergütungsgelder für die Hypothekare in locum rei succediren, ein Satz welcher, dem gemeinen und bisher auch dem österreichischen Recht fremd, einen bedeutsamen praktischen Fortschritt der partikularen Rechtsbildung auf unserem Gebiet bezeichnet; seinen schärfsten Ausdruck findet derselbe in der Bestimmung des hessischen Hypogel. Art. 149 (M a s c h e r, S. 620): „Für den Fall der Nichtbefriedigung des Gläubigers kann derselbe . . . verlangen, daß die Brandstätte sammt dem Anspruch auf die Entschädigungssumme gerichtlich veräußert werde.“

Deutsches Hypothekenrecht.

Nach

den Landesgesetzen der größeren deutschen Staaten

systematisch dargestellt.

Unter Mitwirkung von

Geh. Justizrath Prof. Dr. v. Bar in Göttingen, Geh. Justizrath Prof. Dr. Dernburg in Berlin, Prof. Dr. Exner in Wien, Geh. Ober-Justizrath Hinrichs in Berlin, Reichsgerichtsrath Dr. Buchelt in Leipzig, Prof. Dr. Regelsberger in Würzburg, Reichsgerichtsrath Dr. Römer in Leipzig, und Oberappellationsgerichts-Vice-Präsident Dr. Siegmann in Dresden

herausgegeben von

Dr. Viktor von Meibom,

Reichsgerichtsrath in Leipzig.

V. Oestreichisches Hypothekenrecht.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1881.

Das

Oestreichische Hypothekenrecht

von

Dr. Adolf Exner,

o. ö. Professor des röm. Rechts an der Wiener Universität.

Zweite Abtheilung.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1881.

V o r w o r t.

Hat sich das Erscheinen der vorliegenden Schlußabtheilung des österreichischen Hypothekenrechtes über Erwarten, nicht so sehr des Verfassers als manches freundlichen Lesers, verzögert, so mag die Hoffnung gestattet sein, daß der Inhalt des Buches dafür die Erklärung und Rechtfertigung bringen werde. Denn bekanntlich ist es hart ackern in jungfräulichem Boden, und solchen hatte ich in den meisten und schwierigsten Theilen dieses Werkes zu bearbeiten. Abgesehen von dem Institut der Simultanhypotheken, welches in Oestreich gesetzlich neu geregelt, aber seit vierzig Jahren literarisch nicht im Zusammenhange behandelt ist, war die Lehre von der Hypotheken-Cession, die Rangordnung und ihre Wirkungen, die materiellrechtliche Grundlage der Rauffchillungsvertheilung, die Theorie der Vorrechtsklagen, also die Hauptgegenstände des vorliegenden Bandes, für das österreichische Recht zum ersten Male systematisch darzustellen. Ist auch dafür nach Kräften benützt worden, was die ältere und neuere österreichische Literatur an Einzelbeiträgen liefert, und was aus den Bearbeitungen verwandter deutscher Partikularrechte, namentlich des preussischen und bairischen Rechtes, zu schöpfen war, so blieb doch, wie jeder Kundige leicht erkennen wird, die Durchforschung der Praxis, soweit sie in publizirten Entscheidungen vorliegt, das Haupthilfsmittel der Arbeit; wobei erst eine Fülle wichtiger und schwieriger Fragen auftauchte, welche unsere Literatur sich noch nicht einmal gestellt hat, obzwar sie unsere Rechtsprechung täglich beschäftigt. Bei dieser Beschaffenheit der Aufgabe war ihre rasche Bewältigung ein Ding der Unmöglichkeit für einen akademischen Lehrer, dessen nächste Berufspflichten ihm zu anhaltender literarischer Thätigkeit fast nur die Ferienzeit übrig lassen.

Um so willkommener war daher die Unterstützung, die mir für den prozeßrechtlichen Theil, nämlich den letzten Abschnitt des dritten Buches (hypothekarisches Befriedigungsverfahren bis zur vollendeten Feilbietung, also mit Ausschluß der Rauffchillungsvertheilung), durch die Hand eines jüngeren östreichischen Praktikers geboten wurde. Der bezeichnete Abschnitt (§§ 43 bis 48) ist eine im Wesentlichen von Herrn Dr. Moriz Beisser herrührende Arbeit, für deren freundliche Uebersetzung ich um so dankbarer sein muß, je undankbarer diese selbst war, vermöge des zerstreuten, lückenhaften und einer baldigen Abolition entgegenstehenden Gesezsmaterials über die Immobiliarexecution.

Besondere Sorgfalt ist, unter gefälliger Beihülfe des Herrn Dr. Franz Hauke, der Anlegung der Register zu dem ganzen Werke gewidmet worden, um dasselbe auch als Nachschlagebuch brauchbar zu machen; dem vervollständigten Paragraphen- und Sachregister ist nunmehr auch ein Verzeichniß der besprochenen oder angeführten oberstrichterlichen Entscheidungen beigelegt, welches dazu dienen soll, um bei der Beschäftigung mit einer einzelnen hypothekenrechtlichen Entscheidung (aus der bekannten und vielbenutzten Sammlung) mittelst unseres Registers zu ersehen, in welchem theoretischen Zusammenhang ihr Inhalt gehört, und welche anderen denselben Rechtspunkt betreffenden Entscheidungen vorliegen.

Wien, im März 1881.

A. Gyner.

Inhaltsübersicht zur zweiten Abtheilung.

	Seite
V. Von den Simultan-Hypotheken insbesondere	289
§ 40. Zweck und Begriff	289
§ 41. Entstehung und bürgerliche Behandlung der Simultan-Hypotheken	298
A. Entstehung	298
B. Bürgerliche Behandlung	301
§ 42. Wirkung der Simultan-Hypotheken	307
A. Freie Wahl in der Ausübung	307
B. Regreßansprüche	313
C. Freie Verfügung über das Simultan-Pfandverhältniß	319
B. Die prozeßuale Durchsetzung des hypothekarischen Anspruches.	324
a) Im Einzelprozeß.	324
§ 43. I. Formale Liquidirung des Hypothekaranspruches	324
§ 44. II. Prozeßuale Durchsetzung des liquiden Hypothekaranspruches (Execution)	330
1) Die executiv Sequestration.	331
§ 45. 2) Die Execution durch Veräußerung des Hypothekargutes. Vorbereitende Schritte.	339
§ 46. Die Feilbietung.	347
§ 47. Die Realisirung des Hypothekarrechtes	368
b) im Konkursfalle.	368
Viertes Buch. Uebertragung und Belastung der Hypotheken.	
§ 48. Uebersicht	375
I. Cession	376
§ 49. Allgemeines. — Die Cession und das öffentliche Buch	376
§ 50. Grund und Umfang der Cession	389
§ 51. Abtretbarkeit der Hypotheken (Cessibilität)	404
§ 52. Der Cessionsakt	408
§ 53. Wirkungen der Cession	414
§ 54. Die Vertheidigung gegen die Hypothekarklage des Cessionars	419
§ 55. Fortsetzung	427
§ 56. Kollidirende Cessionen	437
II. Belastung der Hypotheken	444
A. Durch Austerpfand	444
§ 57. Begriff und Inhalt	447
§ 58. Entstehung und Wirkung der Austerhypothek	447
A. Entstehung	448
B. Wirkung	454
§ 59. B. Durch Nießbrauch	456
§ 60. C. Durch Verfügungsbeschränkungen. (Vinkulirung der Hypotheken.)	456
1) Gewillfürte Veräußerungs- und Belastungsverbote	456
2) Substitutions- und Fideikommißband	460
3) Kautionsband	461
Fünftes Buch. Kollision der Hypotheken.	
I. Die Rangordnung	463
§ 61. 1) Die Regel	463
§ 62. 2) Rangprivilegien	470
§ 63. 3) Rangveränderungen	478
A. Durch Vorrückung	478

	Seite
§ 64. B. Durch gewillfürte Verfügungen über die Priorität.	481
II. § 65. Fortsetzung. Rechtliche Natur der Vorrangseinräumung	492
Rechtswirkungen des Ranges	515
§ 66. 1) Allgemeine Grundsätze	515
§ 67. Insbesondere bei Theilhypotheken und bei Pfandrechten ad fructus	521
§ 68. 2) Verhältniß der Hypotheken zu intabulirten Servituten und persönlichen Verbindlichkeiten	528
3) Das Einlösungsrecht (jus offerendi)	537
§ 69. A. Wesen und Wirkung desselben	537
§ 70. B. Einzelfragen	543
III. § 71. Der Anspruch auf rangmäßige Befriedigung. Uebersicht	552
1) Der Anspruch auf rangmäßige Befriedigung in officioser Behandlung (Liquidirung und Kaufschillingsvertheilung.)	558
§ 72. A. Prinzip des Verfahrens	558
§ 73. B. Durchführung des Verfahrens. Materielrechtliche Einzelfragen	563
§ 74. Fortsetzung	573
2) Der Anspruch auf rangmäßige Befriedigung im Prozeßwege	580
§ 75. A. Die Liquidirungsfrage	580
§ 76. B. Die Vorrechtsfrage	583
Inhalt und Voraussetzungen derselben	583
§ 77. Fortsetzung. Wirkungen der Vorrechtsfrage	588
Sechstes Buch. Untergang der Hypotheken.	
I. § 78. Erlöschung und Löschung der Hypothekarrechte	599
II. Löschungstitel	604
A. Hinsichtlich der Pfandschuld	604
§ 79. 1) Untergang derselben.	604
§ 80. Fortsetzung	609
§ 81. 2) Ursprüngliche Ungiltigkeit der Pfandschuld	617
§ 82. 3) Besonders für Kautions- und Kredithypotheken	618
§ 83. B. Hinsichtlich des Pfandrechtes	621
§ 84. Fortsetzung	628
III. Löschungsaft	636
§ 85. A. Voraussetzungen desselben	636
B. Durchführung des Löschungsaftes	641
§ 86. 1) Einverleibung der Löschung	641
§ 87. 2) Vormerkung der Löschung	645
§ 88. Vollzug, Beurkundung und Zustellung des Löschungsbesehdes	650
Anhang. Ueber Hypotheken an eigener Sache.	
§ 89. Uebersicht der Frage	654
§ 90. Stand der Frage im heutigen österreichischen Recht	663
I. Rangvorbehalt und Eigenthümerhypothek	663
II. Eigenthum und Pfandrecht im Konfusionsfall	666
A. Rechtlich zufällige Konfuso	667
B. Konfuso durch Einlösung	671
Beilagen Nr. 6 und 7.	III*
ParagrapheRegister zum allgemeinen Grundbuchsgesetz	XXIII*
Register der hypothekarrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes	XXV*
Sachregister	XXIX*

V. Von den Simultanhypotheken insbesondere.

§ 40.

Zweck und Begriff.

Natürliche und darum unabweisbare Bedürfnisse des Kreditverkehrs von wesentlich gleicher Art haben auf dem Boden des Realkredits ein Seitenstück zu dem Institut der Solidarobligationen hervorgebracht.¹⁾ Was letzteren ihr Dasein gab — einerseits das praktische Bedürfniß den unzulänglichen eigenen Personalkredit durch Heranziehung mitthastender Personen zu ergänzen, andererseits aber die technische Nothwendigkeit der Vervielfältigung einer untheilbaren Forderung, falls das verpflichtete Subjekt (durch Erbgang) sich theilt — das kehrt im Wesentlichen ebenso innerhalb des Hypothekenverkehrs wieder: Wer um Realkredit wirbt, findet denselben in der benötigten Höhe unter Umständen nur gegen solidarische Verpfändung mehrerer Objekte, wenn

1) G. B. G. § 15., §§ 106—117. Ung. G. B. D. §§ 106—118. Die ältere österreichische Literatur des Gegenstandes ist absorbiert durch die gründliche Abhandlung von Kopecky: „Ueber Gesamt- oder Simultan-Hypotheken nach den Prinzipien der östr. Gesetzgebung“ (Wagner's) Ztschr. f. östr. Rechtsgelehrs. 1836, I, S. 106 fg. 245 fg. mit der ergänzenden Ausführung das. 1837, I, S. 341 fg. Vgl. noch Gspan, über die gesetzmäßige Befriedigung konkurrierender Gläubiger (1838), II., S. 39 fg.; Streiter, L. v. Grundpfand 1839, S. 40 fg.; Rippel, Comment. III, S. 520 fg.; Kitka, in Haimel's Magaz. XI, S. 90 fg. — Aus neuerer Zeit: Han, Studien über Landtafelwesen, S. 133 fg.; F. Schuster, in Haimel's Magaz. XVI, S. 99 fg.; Blitsfeld, ö. G. Z. 1859, Nr. 43; Stubenrauch, Komm. zu § 451, 454 a. b. Gb. (folgt Kopecky); Kirchstetter, Komm. zu § 457; Labularrecht, S. 28 fg.; Fügler v. Rechtsborn, Rechtswirkungen der Einträge in die öff. Bücher, S. 168 fg.; Kaserer Komm. zur R. D. S. 79 fg.; Dr. G. P. in der ö. Zeitschr. f. Notariat, 1874 Nr. 12, 16. — Die gemeinrechtl. Lit. s. bei Windscheid, Pand. § 241, Note 1.; hervorzuheben: Dürschmid, zur L. v. d. Verbandhypotheken, 1856 und Gönner's Komm. z. bair. P. Ges. I, S. 463 fg.

eben der Kreditgeber weder durch Eines derselben sich genügend gedeckt glaubt, noch auch auf eine Vertheilung des zu gewährenden Kredites an die mehreren Objekte sich einlassen will, indem er darauf rechnet, den etwaigen Ausfall bei dem Einen durch ein Mehr bei dem Anderen zu decken, also gerade nur in der Gesamthaftung Aller die ihm genügende Sicherheit erblickt. Und andererseits, wo ein Grundstück mit Hypotheken bereits belastet ist, da bringt eine Verschlagung desselben in (physische) Theile, deren jeder fortan selbständig im Verkehr stehen soll, kraft Rechtsnothwendigkeit eine Spaltung jener Hypothekrechte hervor, dergestalt, daß nun jeder Theil des ehemaligen Pfandgutes einem jeden Hypothekar für dessen ganze Forderung haften muß.²⁾ Wollte man diese Wirkung ausschließen, so bliebe nur die Alternative, entweder dem Immobilienverkehr Fesseln anzulegen, indem alle Zertheilungen an die freiwillige Zustimmung aller Hypothekare gebunden würden,³⁾ oder aber deren Interessen zu vergewaltigen, auch wo es an den Voraussetzungen einer Expropriation gänzlich fehlt.

Weil auf ernstem Bedürfnis beruhend sind die solidarischen Hypotheken aus dem gemeinen Recht in die modernen Sonderrechte herübergekommen und haben sich da erhalten,⁴⁾ neben dem Spezialitätsprinzip und trotz der Opposition, die ihnen von Standpunkten der Rechtspolitik aus gemacht ist.⁵⁾

2) Dieser Grundsatz ist jetzt für Oestreich ausdrücklich festgestellt durch § 1 des Zertheilungsgesetzes v. 6. Febr. 1869, R. G. B. 18. S. darüber noch unten S. 299.

3) So war es ehemals in Oestreich; s. das Hofdekr. v. 3. April 1800, J. G. S. 449 und Kopecky, a. a. D. S. 189—191.

4) Unterdrückt sind sie nur in Hamburg (M a s c h e r, D. Hyp.-Wesen S. 675) und theilweise in Mecklenburg (M e i b o m, H. R. S. 115); in Preußen war das Gleiche in Vorschlag (Entw. eines Hypothekenges. 1864, § 29), aber das Ges. v. 5. Mai 1872, § 42, hält an den Gesamthypotheken fest.

5) Die ältere Literatur darüber s. bei D ä r r s c h m i d, a. a. D. S. 94, 95. Gute Erwägungen für das Institut hat schon G ö n n e r, I, S. 174 fg., II, S. 166 fg.; in neuerer Zeit herrscht diese Ansicht vor: s. die Motive zum preuß. G. B. G. § 42; F ö r s t e r, G. B. R. S. 169. Dagegen aber immer noch M a s c h e r, S. 674 fg. — Die Opposition gegen die gesetzliche Zulassung der Solidar-Hypotheken stützt sich auf folgende Punkte:

a) Verschwendung des Realkredites, indem der Kredit der mehreren simultan haftenden Güter je um den ganzen Betrag der Pfandschuld gemindert werde. Das ist richtig, aber soll die Gesetzgebung demjenigen, welcher gegen einfache Pfandbedeckung nun einmal keinen Kredit finden kann, die Möglichkeit abschneiden, ihn unter härteren Bedingungen zu suchen? Die Möglichkeit nämlich, aus den

In Oestreich sind sie von Altersher üblich und haben der Praxis nicht geringe Schwierigkeiten bereitet, zumal es bis auf die neuere Zeit an gesetzlichen Bestimmungen über ihre bürgerliche Behandlung und materielle Wirkung fast völlig gefehlt hat. Solche Normen sind erst durch die sog. ungarische Grundbuchsordnung (1855) und im Wesentlichen übereinstimmend sodann durch das allgemeine Grundbuchs-gesetz (1871) aufgestellt.

Die Begriffsbestimmung der „Simultan-Hypothek“⁶⁾ enthält § 15 G. B. G. (vgl. ung. G. B. D. § 106):

„Das Pfandrecht kann für dieselbe Forderung ungetheilt auf zwei

Resten des nahezu erschöpften Kredites mehrerer Güter doch noch eine Grundlage für neuen Kredit zusammenzubringen, wo auf die einzelnen Güter überhaupt nichts mehr zu haben wäre.

b) Beeinträchtigung des Grundsatzes der Spezialität (insbesondere M a s c h e r, a. a. D., vgl. dagegen oben § 5, Note 7). Dieser Vorwurf beruht auf einer falschen Zusammenstellung mit der Generalhypothek; letztere ist nicht darum von der modernen Gesetzgebung aufgegeben, weil sie (wie die Simultanhypothek) eine Mehrheit von Objekten befaßt, sondern weil diese Mehrheit dort eine für den Verkehr unübersehbare und darum verderbliche ist. Uebrigens begegnen sich allerdings die Normen des Spezialitätsprinzips mit dem gesetzlichen Verbot der Simultanhypotheken in dem allgemeinen Motiv: durch möglichste gegenständliche Beschränkung der Hypothek den Realkredit zu schonen; aber das Uebermaß in schonender Fürsorge wird hier dem Schützling verderblich.

c) Schwierigkeiten und Verwicklungen, welche dadurch leicht entstehen, daß Simultanhypotheken ohne Ersichtlichkeit dieser ihrer Eigenschaft in den Verkehr kommen. Sie sind durch zweckmäßige Einrichtungen in der bürgerlichen Behandlung des Verhältnisses hintanzuhalten.

6) Dieser Ausdruck ist in Oestreich technisch für die Gesamtheit mehrerer für eine Forderung solidarisch haftender Pfandrechte. Er ist insofern nicht ganz glücklich, als das Wort „simultan“ auf eine Gleichzeitigkeit der Entstehung hindeutet und darum passender für solche Pfandrechte gebraucht würde, welche wegen Gleichzeitigkeit ihrer Begründung in gleicher Priorität stehen; indessen schließt die Ständigkeit des Sprachgebrauchs bei uns alle Mißverständnisse aus. Für die einzelne Hypothek, welche mit anderen zusammen eine „Simultanhypothek“ bildet, besitzen wir keinen diese ihre Eigenschaft bezeichnenden Kunstausdruck; wo eine solche Bezeichnung der Kürze halber erforderlich scheint, wird hier das Wort „Zweihypothek“ gebraucht werden. — Gleichbedeutend mit „Simultanhypothek“ kommt bei östreichischen Schriftstellern „Gesamthypothek“ und „Korrealhypothek“, auch wohl „Solidarhypothek“ vor; nicht üblich ist der, wie es scheint, von D ä r r s c h m i d eingeführte Ausdruck „Verbandhypothek“, welcher aber neuerdings von einigen Schriftstellern in einem engeren Sinne gebraucht wird. Vgl. M e i b o m, H. R. S. 115, S t o b b e, d. P. R. II, S. 327.

oder mehrere Grundbuchskörper oder Hypothekarforderungen eingetragen werden (Simultan-Hypothek).“

Hier fällt zunächst eine Ungenauigkeit der Textirung in die Augen. Gewiß hat man nicht daran gedacht die Möglichkeit simultaner Verpfändung auf die ausdrücklich genannten beiden Arten von Objekten zu beschränken, nämlich auf Grundbuchskörper und Hypothekarforderungen. Unbedenklich und der Praxis wohlbekannt ist die simultane Verpfändung mehrerer verschiedenen Eigenthümern gehöriger Antheile eines Grundbuchskörpers;⁷⁾ aber es steht nichts entgegen, daß auch jedes andere bürgerliche Recht, wenn es nur überhaupt verpfändbar ist,⁸⁾ zusammen mit anderen verpfändbaren Objekten gleicher oder verschiedener Art simultan belastet werde, und dabei kommt nichts darauf an, ob sie alle auf Einen Grundbuchskörper sich beziehen, oder auf verschiedene. Wenn ich z. B. für eine Darlehensforderung mir ungetheilt verpfänden lasse 1) das dem Schuldner gehörige Drittheil eines Hauses, 2) den ihm gleichfalls zustehenden Nießbrauch an dem zweiten Drittheil, 3) ein für ihn auf dem letzten Drittheil haftendes Rentenrecht: so entsteht mit der Verbücherung dieses Verhältnisses, welche kein Grundbuchrichter in Oestreich verweigern kann, eine Simultan-Hypothek, die keineswegs „mehrere Grundbuchskörper oder Hypothekarforderungen“ zum Gegenstand hat.

Also ist § 15 G. B. G. zu eng gefaßt und man muß vielmehr sagen: was überhaupt Objekt eines Hypothekarrechtes sein kann, das kann auch mit Simultan-Hypothek belastet werden; eine solche besteht, wo mehrere Pfandgegenstände für dieselbe Forderung ungetheilt hypothekarisch haften.⁹⁾

7) Kopecky, a. a. D. S. 196 fg. beschäftigt sich eingehend mit diesem Verhältniß.

8) S. oben § 4. — Insbesondere auch kann die Totalität des Tabulargutes neben einem ideellen Theil desselben simultan haften. S. darüber David, B. G. 3. 1877, Nr. 49, 50 und unten § 67.

9) Daß dies die Meinung des Gesetzes ist, erhellt aus Ung. G. B. D. § 106: „Wird das Pfandrecht für dieselbe ungetheilte Forderung auf mehrere Pfand-sachen, d. h. auf zwei oder mehrere Grundbuchskörper oder Hypothekarforderungen einverleibt . . .“ Noch schwächer ist die Definition bei Kopecky, S. 184: „Gesamthypotheken sind solche, welche für eine und dieselbe ungetheilte Forderung auf zwei oder mehrere Immobilien in den öffentlichen Büchern eingetragen erscheinen.“

Mehrheit der Pfandgegenstände ist Mehrheit der Pfandrechte nach allgemeinen Grundsätzen des Sachenrechtes.¹⁰⁾ Das gilt auch für den Grundbuchsverkehr; aber hier tritt an die Stelle der natürlichen Einheit des Sachkörpers die künstliche des Tabularkörpers (s. oben S. 48, 272, G. B. G. §. 3): Wie jedes bürgerliche Recht den Tabularkörper als ein Ganzes (nicht etwa diese oder jene pars pro diviso desselben) unmittelbar oder mittelbar (S. 52) zum Gegenstande hat, so kann andererseits ein bürgerliches Recht immer nur an Einem Grundbuchskörper¹¹⁾ bestehen.

Das Eigenthümliche im Wesen des Simultan-Pfandverhältnisses liegt also in der Verbindung einer Vielheit von Pfandrechten zu einer einheitlichen Gruppe, deren Bindeglied die Eine Pfandschuld ist.

Alles Nähere schließt sich von selbst an diese beiden Elemente des Begriffes an:

1) Mehrheit der Pfandrechte.

Daß die einzelnen Zweige des Simultan-Haftungsverhältnisses in der That für sich existirende Pfandrechte sind, tritt auch praktisch in ihrer formellen Behandlung und materiellen Wirkung hervor.¹²⁾ Jede

10) Die heutige Theorie des Sachenrechtes könnte an Klarheit und Systematik gewinnen, wenn sie den keineswegs neuen Satz an ihre Spitze stellen wollte: Jeder Mehrheit von Sachen entspricht eine Mehrheit von dinglichen Rechten. Er gilt mit der doppelten Umkehrung; 1) keine Mehrheit von Sachen kann Objekt eines dinglichen Rechtes sein, und 2) keine Sache kann als eine Mehrheit (d. i. pro partibus divisis) Rechtsobjekt sein. Man hätte damit gleich vorweg den Schlüssel nicht nur zur richtigen Auffassung des sogenannten „Generalpfandrechts“ und der dinglichen Rechte an „Gesamtsachen“, sondern auch zur Berichtigung der herrschenden Lehre vom sogenannten Eigenthumsenerwerb durch accessorische Verbindung. (Letzteren giebt es nicht, so wenig als einen Pfandrechts- oder Nießbrauchserwerb durch Accession; überall wird durch die betreffende faktische Veränderung kein Recht erworben, sondern nur der Inhalt des bestehenden Rechts zugleich mit dessen Objekt erweitert; Einheit des Objekts, Einheit des Rechts.) Ähnlich schon Brinz, Pand. 2. Aufl. § 130, 146., Schey in Grünhuts Ztschr. VIII. S. 147.

11) Hiedurch ist auch für Solche, welche die Analogie zwischen Simultan-Hypothek und Korrealobligation mit Vorliebe pflegen, die übertragene Anwendung der „Unitätstheorie“ ausgeschlossen. Zugleich erklärt sich hieraus, warum die bürgerliche Zerstückung des Pfandgutes, nicht aber dessen ideelle Theilung, Simultanrechte erzeugen muß; S. 299 fg.

12) Gleichgiltig aber ist es für die Frage, ob die Fiskalgebühren bei der Errichtung von Simultan-Hypotheken einfach oder mehrfach zu leisten sind. Denn die Gebühr entfällt auf je Eine Amtshandlung des Gerichtes ohne Unterschied wie viele Rechte durch sie begründet werden, und ist daher nur Einmal geschuldet, wenn die

Zweighypothek muß durch besonderen Buchakt begründet werden, sei es gleichzeitig mit den übrigen, oder in einem beliebigen anderen Zeitpunkt (G. B. G. § 107, 109); hinsichtlich der äußeren und inneren Erfordernisse ihrer Entstehung ist sie völlig selbständig zu beurtheilen (G. B. G. § 109);¹³⁾ ihre Priorität hängt allein von dem Datum der Eintragung auf ihrem Objekt ab (G. B. G. § 110); sie kann ohne Rücksicht auf die übrigen Simultan-Haftungen durch ein sie allein betreffendes Rechtsgeschäft beschränkt oder gänzlich aufgehoben werden (G. B. G. § 112 a. E.). Und endlich, was die Hauptsache ist, sie wird möglicherweise ganz isolirt ausgeübt (G. B. G. § 15, 2): sie gewährt alsdann dem Berechtigten genau das, was er hätte, wenn das ausgeübte Pfandrecht das Einzige gewesen wäre.

Aber, so sehr es wissenschaftlich geboten ist, die einzelnen Zweighypotheken, die ja möglicherweise ein ganz verschiedenes juristisches Schicksal haben, als besondere Rechtsindividuen aufzufassen — der vulgären Ansicht und ihrem Sprachgebrauch¹⁴⁾ werden sie mit Recht stets nur als Theile eines Ganzen erscheinen. Wie man einen gewissen Komplex von Pfandrechten als „eine Generalhypothek“ bezeichnet, so spricht man hier von „einer Simultanhypothek“, welche auf mehreren Objekten ruht. Das Pfandverhältniß ist eben wirtschaftlich Eines (wie die Generalhypothek), weil alle die Pfandrechte zusammen nur Einem Kreditverhältniß dienen.

2) Einheit der Pfandschuld.

Es ist dieselbe Obligation, für welche die mehreren Pfandobjekte „ungetheilt“ (G. B. G. § 15) haften. Damit ist gesagt,

Eintragung aller Zweighypotheken durch Ein Besuch bei Einem Grundbuchgerichte begehrt wird. So die Praxis, f. Offenhuber, Handb. d. Grundbuchwesens, S. 45.

13) S. Schuster, a. a. D. S. 100. — Unrichtig ist darum der in der Ung. G. B. D. (§ 108 fg.) adoptirte Ausdruck „Haupt- und Nebenhypothek“; denn die sämtlichen Zweighypotheken sind unter einander selbständig und stehen sich materiell durchaus gleich, während jener Ausdruck auf ein Accessionsverhältniß hindeutet. Das östreichische G. B. G. kennt nur „Haupt- und Nebeneinlagen“, was das Sachgemäße ist, da allerdings für die Einlagen in einem gewissen formalen Sinn ein Unterordnungs-Verhältniß besteht (f. unten § 41), aber nicht für die Rechte. (Das Gegenheil meint Offenhuber, S. 153.)

14) Diesem Sprachgebrauch folgt das G. B. G. § 15, 108, 110, 111; f. auch Kopecky, S. 185.

daß jedes Pfandstück mit seinem ganzen Werth für die Eine Pfandschuld aufkommt (pignoris causa indivisa), daß nicht etwa eine Theilung der Haftung pro rata unter den Simultanhypothekendern besteht, aber auch, daß ein jedes derselben frei wird, wenn und soweit die Pfandschuld irgendwie und irgendwoher getilgt ist. Freilich erfolgt die Befreiung nicht ipso jure durch jene Tilgung, da ja überhaupt Hypothekrechte durch den Untergang der Schuld allein nicht erlöschen (a. b. G. B. § 469), sondern es erwächst daraus zunächst nur die Ansechtbarkeit aller Zweighypotheken, was sich in dem entsprechenden Lösungsanspruch und einer wirksamen Einrede gegen die Hypothekerklage ausdrückt. Die Einheit der Causa also, welche in der Einen Schuld allen Zweighypotheken gemeinsam zu Grunde liegt, verursacht es, daß auch die Ansechtbarkeit, sofern sie in dem Wegfall der Schuld ihren Sitz hat, für alle gemeinsam eintritt. Geschieht nun die Schuldtilgung in Folge siegreicher prozessualischer Durchführung der Einen Zweighypothek, so sind dadurch die übrigen (ope exceptionis) hinfällig; und insofern kann man sagen, das Wesen der Simultan-Hypothek liege in einer (materiellen) Klagenkonkurrenz;¹⁵⁾ aber diese ist doch nur eine Folge der inneren Konnexität jener Pfandrechte, und zwar nicht die einzige Folge derselben. Die Einheit der Causa fordert ganz allgemein, daß die sämtlichen Hypotheken nur einmal zur Befriedigung der Einen Schuld zu dienen haben; darin ist ihre eventuelle Entlastung gegründet, unabhängig von dem Wie der Schuldtilgung.

In dieser Wirkung liegt die schon oben berührte offenbare Aehnlichkeit des ganzen Verhältnisses zur Korrealobligation. Aber man muß sich hüten aus solcher Aehnlichkeit eine juristische Analogie zu machen, wie diejenigen thun, welche unser Rechtsverhältniß als »correalitas realis« nicht nur benennen (wogegen nichts zu erinnern wäre) sondern aus dem so geschaffenen Namen sofort folgern: „Was nun bei der bestehenden Korrealität zwischen Personalschuldnern Rechtens ist, muß es auch in Hinsicht der Pfandschuldner sein.“¹⁶⁾ Das

15) Frainz, ö. G. Z. 1869, Nr. 27, S. 106 hat dies so bezeichnet. Aber die von einem fraglichen Rechtsverhältniß erzeugte Klagenkonkurrenz ist doch stets nur Symptom gewisser innerer Beziehungen von Ansprüchen, welche Beziehungen erst zu suchen sind, wenn das Verhältniß erklärt werden soll.

16) Rippel, Komm. III. S. 522 u. Andere; die falsche Analogie führt unmittelbar zur Aufstellung eines gesetzlichen Regreßrechtes unter den Besitzern der

ist schon darum unrichtig, weil die Besitzer der simultan belasteten Objekte als solche überhaupt nicht Schuldner sind.¹⁷⁾

Die Einheit der Pfandschuld, das eigenthümliche Merkmal der Simultan-Hypothek, ist nicht so zu verstehen, als ob jedesmal der ganze Betrag, oder ein gleicher Betrag derselben durch alle die Zweighypotheken versichert sein müßte. Vielmehr mag — wie überhaupt eine jede Hypothek auch blos für einen ziffermäßigen Theil einer Schuld bestellt werden kann — das Simultan-Pfandverhältniß durch Parteienwillkür so gestaltet sein, daß das eine Objekt für einen größeren, das andere für einen geringeren Theil der (gleichwohl identischen) Obligation haften soll.¹⁸⁾ So weit alsdann die mehrfache Pfandversicherung reicht, so weit ist Simultan-Pfandrecht vorhanden, und dieses wirkt wie sonst: jedes der Objekte haftet für die ganze Schuld, d. h. so lange, bis dieselbe ganz getilgt ist, aber aus seinem Werth kann zum Zweck der Schuldtilgung nicht mehr entnommen werden, als der Betrag, womit es bürgerlich belastet erscheint. Es kommt also auf die Identität der Pfandschuld¹⁹⁾ an, nicht auf die Gleichheit des Schuldbetrags. Würde hingegen eine Geldschuld in der Art durch mehrere Pfandgüter versichert, daß jedes derselben für einen anderen Theil der

Simultantpfandobjekte, und dies wieder zu weiteren unrichtigen Folgefällen. Unzulässigkeit des Verzichtes auf eine Zweighypothek ohne Zustimmung der übrigen „Korrealspfandschuldner“ u. s. w. Vgl. darüber unten § 42, C.)

17) Die richtige Auffassung hat *Mages*, die Gesamtschuldverhältnisse des §. Rechts. S. 88—90.

18) *Z. B.* Auf Grund des Darlehensschuldscheines ddo. . . über eine Forderung per 1000, und auf Grund dreier entsprechend verschiedener Verpfändungserklärungen wird das Pfandrecht einverleibt: 1) ob dem Hause A zum ganzen Betrag jener Forderung, 2) ob der Sattpost B zum Betrag von 600, 3) ob dem Bauerngute C zum Betrag von 500. — Dergleichen Einträge sind aus der Praxis bekannt. In der Literatur finde ich darüber nichts; bei der Definition der Simultan-Hypothek unterläuft nicht selten eine irreführende Ungenauigkeit, weil dieser Punkt übersehen ist, so bei *Regelsberger*, *H. Rt.* § 58. „Es können für eine Forderung und (?) deren ungetheilten Betrag mehrere Liegenschaften hypothekarisch verpfändet werden“, s. auch *Kopecky*, S. 184; nach letzterem definiert die *Ung. G. B. D.* § 106: „Wird das Pfandrecht für dieselbe ungetheilte Forderung auf mehrere Pfandsachen . . .“; richtiger das *G. B. G.* § 15: „Das Pfandrecht kann für dieselbe Forderung ungetheilt auf . . .“

19) Für die Erkenntniß der Identität von Obligationen ist der Begründungsakt (die konkrete causa obligandi) entscheidend, nicht der Inhalt, der ja bekanntlich bei derselben Obligation durch nachträgliche Ereignisse verändert werden kann.

Schuld aufzukommen habe (z. B. für die ersten 600 nur das Gut A, für die übrigen 400 nur das Gut B), so entstände keine Simultan-Hypothek; die ursprünglich Eine Schuld würde für den Hypothekerverkehr getheilt (wie durch eine partielle Cession), und jedes der so errichteten Pfandrechte stünde außer Beziehung zu den übrigen.²⁰⁾

Die in der Einheit der Pfandschuld gegebene Zusammengehörigkeit der einzelnen Zweige einer Simultan-Hypothek wird im bürgerlichen Verkehr dadurch erkennbar gemacht, daß einer jeden Eintragung einer Zweighypothek die „Anmerkung der Simultanhaftung“ beigefügt wird, d. h. eine ausdrückliche Hinweisung auf diejenigen anderen Hypothekarrechte, welche mit dem vorliegenden in dem bewußten Verband stehen. (*G. B. G.* § 106, 3. *Ung. G. B. D.* § 107, c.)

Bis zur jüngsten österreichischen Reform der Grundbuchsgesetze bildete die soeben erwähnte Anmerkung die einzige Besonderheit in der bürgerlichen Behandlung der Simultan-Hypotheken.²¹⁾ Jetzt hat man behufs besserer Evidenz und leichterer Handhabung des Verhältnisses tiefer einschneidende Einrichtungen formeller Natur getroffen, deren Inhalt hier in Kürze angegeben werden muß, bevor wir die Darstellung der materiellen Rechtswirkungen unternehmen. Zunächst aber sind die materiell-rechtlichen Entstehungsgründe der Gesamthypotheken in's Auge zu fassen.

20) Wird dann a conto der ursprünglich Einen Schuld späterhin eine Theilzahlung (freiwillig) geleistet, so ist es Thatfrage, auf welchen der durch verschiedene Hypotheken versicherten Schultheile das Gezahlte aufzurechnen sei, und welchem der Hypothekargüter mithin die Befreiung zukomme. Dabei kommen die allgemeinen Grundsätze von der Interpretation des Zahlungsgeschäftes zur Anwendung. *U. b. Gb.* §§ 1415, 1416, L. 1—S D. de solut. 46, 3.

21) Allgemein gefordert war die Anmerkung nicht (s. aber §§ 29, 40 der *Hef.-Instruktion* für Böhmen und Mähren); jedoch galt es mit Recht für eine Bedingung der eigenthümlichen Wirkungen der Simultan-Verpfändung, daß irgendwie „die Identität der Forderung auf allen Hypotheken (d. i. Hypothekargütern) bürgerlich ersichtlich werde“, *Kleppisch*, S. 30. Das mochte durch eine Anmerkung am zweckmäßigsten geschehen, konnte aber auch durch Einfügung einer Klausel in den Tenor des Einverleibungseintrags selbst bewirkt werden.

§ 41.

Entstehung und bürgerliche Behandlung der
Simultan-Hypotheken.

A. Entstehung.

1. Die normale Veranlassung zur Entstehung von Gesamthypotheken liegt in dem Bestande eines Simultan-Pfandtitels. Vertragsmäßig kommt ein solcher zu Stande, wo Jemand mehrere pfandbare Objekte seines Vermögens ausdrücklich¹⁾ für dieselbe (eigene oder fremde) Schuld haftbar erklärt; aber auch aus mehreren Einzelverträgen kann sich ein solcher zusammensetzen, sei es daß mehrere Personen je ein Pfandstück für dieselbe Schuld ungetheilt einsetzen, sei es daß der nämliche Verpfänder dem ursprünglich allein verpfändeten Objekt späterhin andere in dem gleichen Sinne hinzufügt. — Die gesetzlichen Sicherstellungstitel führen in der Regel zwar nicht zu Simultan-Hypotheken, in besonderen Fällen aber kann dies nach richterlichem Ermessen dennoch geschehen, wenn nämlich der sicherstellungspflichtige Schuldner mehrere Hypothekarobjekte besitzt, von denen keines für sich allein hinreicht, um der Schuld das gebührende Maß (a. b. G. B. § 1374) von Sicherheit zu gewähren.²⁾ — Endlich kann zweifellos das richterliche Pfandrecht (im Wege der Exekution sowohl zur Befriedigung, als zur Sicherstellung) auch hinsichtlich mehrerer Objekte des Schuldners simultan ertheilt werden.³⁾

Wenn Korreal Schuldner (a. b. G. B. § 891) ihrem Gläubiger ein jeder für seine Haftung besonders⁴⁾ Hypothek gewähren, so entstehen im Zweifel Simultan-Hypotheken; es bedarf dazu nicht einer ausdrücklichen Konstituierung derselben als solcher, wenn nur die Eigenschaft der Pfandschuld als Korreal Schuld in dem Pfandrechteintrag selbst erhellt.⁵⁾

1) Die Simultanverpfändung wird, als die für den Verpfänder härtere Modalität, nicht vermuthet. S. oben S. 147.

2) S. oben § 21, Note 10.

3) Ausdrücklich hervorgehoben in der Ung. G. B. D. § 114.

4) Wichtig daher die Entscheidung G. W. 6419.

5) Denn da das östr. Recht die Rechtswohlthat der Theilung für die Gesamtschuldner nicht kennt, so zieht die Korrealität der Pfandschulden diejenige der Hypotheken eo ipso nach sich. (Dabei macht es praktisch keinen Unterschied, ob man für

2. Eine singuläre Quelle der Entstehung von Simultan-Hypotheken ist jetzt gegeben durch die Rechtsfolgen der in neuerer Zeit gesetzlich anerkannten und geregelten Zertheilungsfreiheit. Nach dem Gesetze vom 6. Februar 1869 R. G. B. 18 steht es dem Eigenthümer frei,⁶⁾ auch ohne und wider den Willen der Hypothekare Theile seines Tabularkörpers bürgerlich abtrennen zu lassen, wenn er für dieselben eine neue Bucheinlage erwirkt und daselbst alle auf dem ursprünglich Einen Objekt eingetragenen Pfandrechte in der Eigenschaft von Simultan-Hypotheken verbüchern läßt. Diese Verbücherung erfolgt ohne Titel; die Theilung des Hypothekargutes zieht die Theilung des Hypothekarrechtes, seinen Zerfall in so viele selbständige Zweigpfandrechte, als selbständige Tabularkörper entstanden sind, kraft Rechtsnothwendigkeit⁷⁾ nach sich. Die Eintragung der Simultan-Hypotheken erfolgt (gebührenfrei) zugleich mit der Eröffnung der neuen Einlage für den selbständig gewordenen Gutstheil.

Eine außerbürgerliche, also bloß in faktischen Verfügungen sich darstellende Theilung des Pfandgutes erzeugt keine Simultan-Hypotheken. Die getrennten Stücke bilden rechtlich nach wie vor ein

das östr. Recht die sogenannte Unitätstheorie annimmt oder verwirft.) Die Frage wird bei den östr. Schriftstellern meist nur für den besondern Fall ausgeworfen, daß die Gesamtschuldner zugleich Miteigenthümer eines Tabularkörpers, und deren Eigenthumsantheile die Pfandobjekte sind. Ihre unrichtige Beantwortung (z. B. bei Kleyisch S. 31) beruht auf dem Mißverständniß, als ob Verpfändung eines Theiles des Gutes im Zweifel zugleich Verpfändung für einen Theil der Schuld bedeute. Vgl. L. 65. D. de eviction. 21, 2. Wichtig aber jetzt (unter entsprechender Scheidung der verschiedenen Möglichkeiten, die je nach dem Verpfändungswillen der Miteigenthümer sich ergeben) David in seinen Studien zum östr. Hypoth. Rt., 8. G. B. 1877, Nr. 49. Vgl. auch Megerle, im Jurist V, S. 117, 118 (1841).

6) § 1 des cit. Gesetzes; über das ältere Recht s. oben S. 220; Ung. G. B. D. § 56 d. Kopezky, a. a. D. S. 186 fg.

7) Die bürgerliche Zertheilung durch Abtrennung einer Parzelle kann kraft des Gesetzes nicht anders durchgeführt werden, als unter gleichzeitiger Schaffung des neuen mit den Simultan-Hypotheken zu belastenden Grundbuchskörpers. Selbstverständlich aber kann diese Rechtsbedingung durch Verzicht der Hypothekare erlassen werden (lastenfreie Abschreibung bei ausdrücklichem Konsens oder unterlassenem Einspruch der Berechtigten, § 3 fg. d. cit. Ges.), und unter besonderen Umständen (§ 9) auch durch gerichtliches Erkenntniß. Darüber s. Kanda, 8. G. B. 1879 Nr. 50—53.

Ganzes,⁸⁾ die Hypotheken ergreifen nur dies Ganze als juristische Einheit, nicht etwa jeden der Theile besonders.⁹⁾

3. Letzteres gilt auch im Falle einer ideellen bürgerlichen Theilung des Pfandobjektes. Geht das Vuchseigenthum eines mit Hypotheken belasteten Gutes (oder Gutsantheiles, oder bürgerlichen Rechtes) durch Umschreibung auf Mehrere in aliquote Theile auseinander, so liegt darin nichts, was die bestehenden Hypothekarrechte rücksichtlich ihres Inhalts oder Gegenstandes rechtlich zu berühren vermöchte.¹⁰⁾

„Die bloße¹¹⁾ Theilung was immer für eines gemeinschaftlichen Gutes kann einem Dritten nicht zum Nachtheile gereichen; alle ihm zustehenden Pfand-, Servitut- und anderen dinglichen Rechte werden nach wie vor der Theilung ausgeübt.“ (a. b. G. B. § 847.)

Hierin, namentlich in dem Schlusssatz, ist die richtige Entscheidung der Frage treffend zum Ausdruck gebracht und zugleich aus dem richtigen Gesichtspunkt hergeleitet (res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest). Gleich irrig sind mithin die beiden nach entgegengesetzten Richtungen hievon abweichenden Ansichten:

a) Die ideelle Theilung des Pfandgutes begründe Theilung der darauf haftenden Hypotheken, so daß jeder Gutsheil nur pro rata pfandrechtl. hafte;¹²⁾

8) G. B. G. § 3. vgl. oben § 38, Note 10, 32.

9) Abgesonderte Exekution auf einen Bestandtheil eines Grundbuchsformers (vgl. § 38, Note 6, G. B. 6741) ist also auch dann unzulässig, wenn der Eigenthümer selbst die (faktische) Absonderung bewirkt hat.

10) Kopecky, a. a. D. S. 188. Wichtig auch David, v. G. Z. 1877, Nr. 49, 50, und die daselbst Note 12 angef. obg. Entsch. v. 31. Mai 1854, Z. 754 (v. G. Z. 1855, Nr. 66, 67).

11) D. h. die Theilung an und für sich, insofern sie ein Geschäft inter tertios ist; anders wäre es (wie sich von selbst versteht), falls die Theilenden mit den Pfandgläubigern ein sachbezügliches besonderes Abkommen getroffen hätten.

12) So Klepsch, S. 31 unter Berufung auf a. b. G. B. § 839 („die gemeinschaftlichen Nutzungen und Lasten werden nach Verhältniß der Antheile ausgemessen“). Dabei ist verkannt, daß dieser Paragraph nur das innere Verhältniß der Gemeinschaft angeht; er giebt die Norm für das *judicium communi dividundo* unter diesen, aber für die *actio hypothecaria* Dritter entscheidet nur § 847. Vgl. zum Ueberflus Zeiller, Komm. zu § 847 „Nach Zergliederung des inneren Rechtsverhältnisses zwischen den Mitgliedern einer Gemeinschaft unter sich handelt der gegenwärtige und nächste Absatz von dem äußeren Rechtsverhältnisse, in welchem Fremde (Nichtmitglieder) als Gläubiger . . . mit einer Gemeinschaft stehen.“

b) Die Theilung verwandle die an dem getheilten Objekt vorgefundene Hypothek in eine Simultan-Hypothek, dergestalt, daß nun der Hypothekar aus jedem der Gutsantheile seine Befriedigung zur Gänze fordern dürfe.¹³⁾

In Wahrheit braucht sich der Hypothekar weder eine Theilung seines Rechtes durch die das Objekt theilenden Gegner gefallen zu lassen, noch darf er eine Konzentration seines (ganzen) Rechtes auf jeden einzelnen Gutsheil in Anspruch nehmen; die Theilung existirt für ihn nicht, also auch keine Simultan-Hypothek und folglich keine Möglichkeit, an Stelle des ihm verpfändeten Ganzen einen Theil haften zu machen.

B. Bürgerliche Behandlung.¹⁴⁾

Es liegt für die Tabulargesetzgebung eine doppelte Veranlassung vor, hinsichtlich der Simultan-Hypotheken besondere Vorschriften zu treffen. Einmal das dringende Interesse, welches der gesammte Immobilienverkehr daran hat, daß das zwischen mehreren Hypotheken materiell bestehende Solidaritätsverhältniß auch formell in den Büchern sich ausweise; es genügt in dieser Richtung an die schweren Verwicklungen zu erinnern, welche in Ermanglung solcher Evidenz aus dem bürgerlichen Weiterverkehr mit den Zweighypotheken entspringen.¹⁵⁾

13) So die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 11. Juni 1856, Z. 5556 (G. B. 995 und bei Klepsch, a. a. D.). Die Entscheidungsgründe polemischen gegen die oben sub a) bezeichnete Irrmeinung und überschießen dabei das Ziel; die (richtige) Erwägung, „daß das Pfandrecht an seiner Kraft und Ausdehnung durch die Veränderung des Eigenthümers des Pfandsäckes nichts verliere und durchaus nicht geändert werde“, widerlegt selbst das Urtheil. Leider ist obiger Irrthum durch eine neuerliche oberstgerichtl. Entsch. (welche auch in anderer Richtung verfehlt erscheint, vgl. unten § 42, Note 38) bekräftigt: Urth. v. 5. Febr. 1878, Z. 11402 (v. G. Z. 1878, Nr. 23), wo es in den Motiven heißt: „Geht ein mit Hypotheken belastetes Eigenthum in das Miteigenthum Mehrerer über, so erscheint die auf dem ganzen Grundstück ruhende frühere Hypothek den einzelnen Antheilen gegenüber als eine simultane Belastung, welche rechtlich mit der wirklichen (?) Simultanhypothek auf verschiedenen Grundbucheinlagen identisch, und nur durch die bürgerliche Behandlung verschieden ist.“

14) G. B. G. § 106 fg. Ung. G. B. D. §. 107 fg. Ueber die Einzelheiten s. F. Schuster, Anleitung zum Studium der ung. G. B. D. (Wien 1857) S. 106—116.

15) Der Schuldner, welcher auf eine der Zweighypotheken gezahlt und die Lösung erwirkt hat, müßte, um nun auch die übrigen Zweige lösen zu lassen,

Dies führt auf die Nothwendigkeit, welche schon nach älterem Recht (s. oben) anerkannt war, für jene Solidarität einen bürgerlichen Ausdruck nicht bloß zu schaffen, sondern auch denselben obligatorisch zu machen. Und daran schließt sich ein zweites mehr technisches Moment. Es genügt nicht, daß die Zweighypotheken als solche kenntlich sind, auch alle weiteren Rechtsverfügungen (durch Uebertragung, Beschränkung, Belastung, Löschung), welche das gesammte Pfandverhältniß berühren, müssen genügende Publizität finden, und dazu giebt es zwei Wege: entweder Eintragung jeder Weiterverfügung in den Einlagen aller Pfandgüter, oder aber eine Einrichtung, welche die bürgerliche Verwaltung der Simultan-Hypothek centralisirt, indem Eine Einlage für den Weiterverkehr als die alleinige Trägerin des Gesammt-Pfandverhältnisses erklärt wird, an deren Inhalt Jeder sich zu halten habe, der für den Realkredit eines der Hypothekargüter sich interessirt.¹⁶⁾ Aus Gründen der Oekonomie in der Buchverwaltung hat man in Oesterreich (seit der ungarischen G. B. D.) den letzteren Weg gewählt. Mit hin lassen sich die bürgerlichen Besonderheiten des Simultanpfandes¹⁷⁾ auf die beiden Punkte zurückführen: Obligatorische Anmerkung der Simultanhaftung und Zusammenfassung der Einlagen in dem soeben angedeuteten Sinne.

1) Die Anmerkung der Simultanhaftung¹⁸⁾ ist ein Vermerk zu einem hypothekbegründenden Eintrag (Einverleibung oder Vormerkung) des Inhalts, daß für die nämliche Forderung ein gewisses anderes Tabularobjekt simultan hafte, unter Nachweisung der Einlage, worin diese Haftung eingetragen ist. Jedes Simultan-Pfand-

den Beweis der Identität der Pfandschuld führen. Aber wie, wenn die (latenten) Zweigposten inzwischen durch Cession oder Ackerverpfändung in dritte Hand gekommen sind? Der im Vertrauen auf das öffentliche Buch handelnde Cessionar müßte geschützt werden, der Hypothekbesitzer also nochmals zahlen (und seinen Regreß beim Cedenten suchen).

16) Eine derartige Veranstaltung, wie sie jetzt in Oesterreich besteht, hatte schon G ö n n e r, Komm. II. S. 168 vorgeschlagen.

17) Es ist hier zunächst allein die Rede von jenen Simultanhypotheken, „welche durch Eintragung in verschiedene Grundbucheinlagen gebildet werden“ (G. B. G. § 106), nicht von solchen, die auf Einer Einlage stehen. S. unten 3. 3.

18) G. B. G. § 107 fg. Ung. G. B. D. § 109 (vgl. schon die Instruktion zum böhm.-mähr. Spat. 1794, §§ 29, 40, S a a n, S. 133). S. dazu F. S c h u s s e r, a. a. D. S. 108 fg. — Vgl. hier, Beilage I, Laftenblatt, Post 5, 8, 33.

verhältniß also erfordert so viele Anmerkungen, als Zweighypotheken darin begriffen sind. Kommt das Pfandrecht schon ursprünglich als simultanes zur Entstehung — was, auch wo seine Objekte verschiedenen Tabulargerichten unterstehen, entweder durch gleichzeitiges Anbringen der Gesuche bei den einzelnen Gerichten, oder durch ein einziges Gesuch bewirkt werden kann¹⁹⁾ — so wird die in Rede stehende Anmerkung von Amtswegen jedem Pfandrechteintrag in continenti hinzugefügt. Entsteht aber die Simultanität erst nachträglich, indem eine schon begründete Pfandhaftung auf ein ihr bisher nicht versangenes Objekt (einer anderen Einlage) ausgedehnt wird, so liegt dem die neue Verbücherung begehrenden Gläubiger die Anzeigepflicht hinsichtlich der bereits bestehenden Hypothek ob; versäumt er dieselbe, so haftet er für allen Schaden, der aus dem Unterbleiben der Anmerkung erwächst (G. B. G. § 107).²⁰⁾ Ueberdies steht es dem Hypothekarschuldner stets frei, die aus welchem Grunde immer unterbliebene Anmerkung der Simultanhaftung zu begehren²¹⁾ (auf Kosten des Gläubigers, wenn diesen schuldhafte Versäumniß trifft). Endlich haben auch die Grundbuchsgerichte selbst von Amtswegen die Simultaneigenschaft wahrzunehmen und anmerken zu lassen, wenn es aus Anlaß der Bewilligung einer Pfandrechteintragung an den Tag kommt, daß ein Pfandrecht für dieselbe Forderung in den Büchern dieses oder eines anderen Grundbuchsgerichtes bereits eingetragen ist.²²⁾ (G. B. G. § 107, 4.)

19) „Im ersten Falle sind in jedem Gesuche die Haupteinlage und alle Nebeneinlagen anzugeben. Im zweiten Falle ist das Gesuch bei demjenigen Grundbuchsgerichte anzubringen, bei welchem die Haupteinlage geführt werden soll, und die Reihenfolge zu bezeichnen, in welcher das Gesuch den übrigen Grundbuchsgerichten zur Erledigung mitzutheilen ist.“ G. B. G. § 108.

20) 3. B. die latenten Zweighypotheken sind an verschiedene gutgläubige Käufer cedirt, und später muß die eine Forderung aus der Konkursmasse des Schuldners, zum Schaden seiner Gläubiger, zweimal getilgt werden. — Die hier statuirte Ersatzpflicht des Gläubigers hat aber zur Voraussetzung, daß er zur Zeit seines Ansuchens von der andern Hypothek gewußt habe, denn wer nichts weiß, kann doch wohl nicht „durch Verschweigung“ (§ 107 cit.) sich verantwortlich machen.

21) Durch bloßes Gesuch, falls der Gläubiger die Simultan-Eigenschaft nicht befreitet; sonst nur im Prozeßweg.

22) Natürlich kann eine solche von Amtswegen verfügte Anmerkung inzwischen erworbenen Rechten Dritter nicht schaden. Sie muß im Rekurswege sofort wieder gelöscht werden, wenn der Gläubiger die Verschiedenheit der als identisch angenom-

2) Die Zusammenfassung der Einlagen²³⁾ zum Behuf der Erleichterung des Weiterverkehrs besteht in folgender Einrichtung:

Unter den sämtlichen Einlagen (eines oder mehrerer Grundbücher), auf welchen die Zweigrechte eines Gesamtpfandverhältnisses appariren, muß jeweils Eine als die maßgebende Trägerin des Weiterverkehrs, und zwar sowohl des Weiterverkehrs mit dem gesamten Komplex, als auch mit jedem einzelnen der Pfandrechte, sich darstellen. Das geschieht, indem jene bevorzugte Einlage an der Spitze des betreffenden Pfandbegründungseintrages als die „Haupteinlage“, in Hinsicht auf dieses Pfandrecht, ausdrücklich bezeichnet wird; die Einträge aller übrigen Zweighypotheken tragen dem entsprechend an ihrer Spitze die Bezeichnung „Nebeneinlage“. ²⁴⁾ Die Uebersicht wird dadurch hergestellt, daß bei der Haupteinlage auf alle Nebeneinlagen, und bei jeder Nebeneinlage auf die Haupteinlage durch eine Anmerkung hingewiesen ist. (G. B. G. § 106.)

Die rechtliche Bedeutung der so geschaffenen Konnexität der Einlagen ist eine rein formale²⁵⁾ und beschränkt sich auf den Weiterverkehr. In seiner Entstehung ist jedes Zweigpfandrecht materiell und formell von den übrigen unabhängig; ²⁶⁾ einmal begründet aber ist es hinsichtlich seiner weiteren bürgerlichen Schicksale an die Haupteinlage gebunden und dem Grundbuchsgerichte dieser unterworfen. Eine materielle Abhängigkeit von dem Pfandrecht der Haupteinlage besteht nicht: auch

menen Forderungen in Anspruch nimmt und der Gegner zustimmt; andernfalls erübrigt nur der Prozeßweg und während dessen Dauer haftet die Anmerkung.

23) G. B. G. §§ 106, 111, 112, 113, 116, 117. Ung. G. B. D. §§ 107, 108, 110—113. F. Schuster, a. a. D. S. 109 fg.

24) In der Ung. G. B. D. wird dafür der minder passende (vgl. oben § 40, Note 13) Ausdruck „Haupt- und Nebenhypothek“ gebraucht.

25) Ausdrücklich hervorgehoben in der Ung. G. B. D. § 108: „Durch die Behandlung einer Pfandsache als Haupt- und (rekte oder) Nebenhypothek wird das Pfandrecht in seinem Umfange und in seinen Wirkungen bezüglich der einzelnen Pfandsachen weder umgeändert noch beschränkt.“

26) G. B. G. § 109 (s. oben § 40, bei Note 13). Das zuständige Grundbuchsgericht entscheidet selbständig über die Errichtung der Hypothek, und hat, falls es die Nebeneinlage führt, seine Entscheidung dem Grundbuchsgerichte der Haupteinlage bloß bekannt zu geben; ist die bewilligte Einverleibung oder Vormerkung im Rekurswege aufgehoben und gelöscht worden, so muß ebenfalls diese Löschung dem Grundbuchsgerichte der Haupteinlage zur Anmerkung mitgeteilt werden.

ohne dieses kann jenes beschränkt, ganz oder theilweise gelöscht werden,²⁷⁾ aber der bürgerliche Vollzug aller dasselbe betreffenden oder mitbetreffenden Rechtsverfügungen kann nur in den Blättern der Haupteinlage wirksam geschehen. „Die Eintragung der Aenderungen in der Haupteinlage gilt rechtlich als in allen schon bestehenden oder noch hinzukommenden²⁸⁾ Nebeneinlagen vollzogen“ (G. B. G. § 112). Weiterverfügungen werden in den Nebeneinlagen ordentlicher Weise gar nicht eingetragen²⁹⁾, und wo es geschehen wäre, würde ein solcher Eintrag keine Rechtswirkung hervorbringen. Nur die theilweise oder gänzliche Löschung der betreffenden Zweighypothek (allein oder mit allen übrigen) wird auch in der Nebeneinlage durch Anmerkung³⁰⁾ ersichtlich gemacht (G. B. G. § 112 a. E.).

Witthin ergibt die Nebeneinlage immer nur Anfang und Ende des Pfandverhältnisses, für alles dazwischen Liegende verweist sie auf den Inhalt der Haupteinlage.

Welche von den jeweilig in Betracht kommenden Grundbucheinlagen zur Haupteinlage gemacht wird, ist grundsätzlich gleichgiltig, da eine materielle Bedeutung dieser Unterscheidung nicht zukommt; nur dafür also hatte das Gesetz zu sorgen, daß bei der erforderlichen Auswahl keine andere Willkür, als die berechnete der Parteien, Platz

27) Die „Löschung des Pfandrechts hinsichtlich einzelner Nebeneinlagen“ erwähnt das G. B. G. § 112 a. E., sonst ist immer nur die Rede von Verfügungen, welche das Gesamtpfandverhältnis als Ganzes betreffen; aber nicht nur theilweise Löschungen, sondern auch andere Beschränkungen (z. B. nachträgliche Reduktion des normalen Pfandrechts auf ein Pfandrecht ad fructus), können hinsichtlich eines der simultan verpfändeten Objekte verfügt werden und sind dann gleichfalls in der Haupteinlage einzutragen.

28) Wo die Hypothek der Nebeneinlage später entsteht, wird sie durch den Akt ihrer Verbücherung auf der Nebeneinlage eo ipso allen jenen Rechtsverfügungen nachträglich mit unterworfen, welche (wie z. B. exekutive Einverleibungen) nach Ausweis der Haupteinlage das Gesamtrechtsverhältnis als solches betroffen haben.

29) Gesuche darum sind von Amtswegen mit der Weisung zurückzustellen, daß das Gesuch bei dem Grundbuchsgerichte der Haupteinlage anzubringen sei. G. B. G. § 115.

30) Schon die Form der Anmerkung ergibt, daß die Erlöschung des Rechts dadurch nicht bewirkt, sondern nur zur Evidenz gebracht wird, wenn sie durch Löschung in der Haupteinlage eingetreten ist. Hiernach ist auch die Frage der Existenz der Zweighypothek, im Falle eines Widerspruchs zwischen Haupt- und Nebeneinlage, stets nach Maßgabe der ersteren zu entscheiden.

greife. Es gelten darüber in Kürze folgende Bestimmungen: Wer unter Einem um die Verbücherung des ganzen Simultanpfandverhältnisses ansucht (sei es bei Einem oder mehreren Grundbuchgerichten) kann selbst die Haupteinlage bestimmen; hat er dies unterlassen, so wird die im Gesuche zuerst genannte Einlage zur Haupteinlage gemacht (§ 106, 108). Bei successiver Entstehung des Simultan-Pfandrechtes ist die Einlage des bisher allein haftenden Objectes die Haupteinlage, die hinzutretenden Zweigpfandrechte erhalten die Nebeneinlagen (§ 106, 2). Die Umwandlung einer Neben- in die Haupteinlage muß stattfinden, sobald das bisher auf dieser eingetragene Zweigpfandrecht gelöscht ist; die Wahl ist zunächst unter den Nebeneinlagen desselben Grundbuchgerichts zu treffen; bestehen solche nicht, und liegt eine entscheidende Erklärung des Hypothekars darüber nicht vor, so hat dieses Gericht zu bestimmen, welche anderweitige Nebeneinlage künftig als Haupteinlage zu behandeln sei. Die Umwandlung besteht darin, daß der gesammte Inhalt der alten Haupteinlage, insofern er das Simultan-Pfandrecht betrifft, in die neue übertragen wird; untersteht letztere einem andern Grundbuchgericht, so erhält dieses von Amtswegen beglaubigte Abschriften der im Hauptbuch der früheren Haupteinlage vorhandenen Eintragungen und der hierauf bezüglichen Urkunden. Die Umwandlung wird den Grundbuchgerichten aller Nebeneinlagen bekannt gegeben und von Amtswegen bei jeder fortbestehenden Nebeneinlage angemerkt (§ 113).

3) Was im Vorstehenden über die bücherliche Behandlung der Simultan-Hypotheken gesagt ist, gilt nur für solche, welche an verschiedenen Grundbuchkörpern haften und darum in verschiedenen Grundbuchseinlagen zu stehen kommen. Wo das nicht zutrifft — z. B. wo mehrere an Einem Gut haftende Satzposten simultan verpfändet sind³¹⁾ — kann natürlich von Haupt- und Nebeneinlagen nicht die Rede sein, und einer Anmerkung der Simultanhaftung, die an sich möglich wäre, bedarf es nicht, weil das Rechtsverhältniß für Jedermann, der den ganzen Inhalt der Einlage einzieht, ohnehin klar vorliegt.³²⁾

³¹⁾ Ueber noch andere Möglichkeiten s. oben § 40 bei Note 8.

³²⁾ Bei der Hinausgabe von sog. Partikularextrakten (s. oben S. 215) über eine der simultan verpfändeten Satzposten dürfte die Vorsicht immerhin empfehlen, dieses Verhältniß bemerklich zu machen, wo es nicht ohnehin aus dem Wortlaut des Super-Eintrags erhellt.

§ 42.

Wirkung der Simultan-Hypotheken.

Um die Wirkungen des Rechtsverhältnisses, dessen Natur und Entstehung uns bisher beschäftigt hat, deutlich zu übersehen, fassen wir dasselbe zunächst im Stadium seiner Ausübung in's Auge. Hier liegt die Hauptfrage, ob der Hypothekar nach freier Wahl und ohne Rücksicht auf in's Spiel kommende Interessen Anderer den ihm beliebigen Weg zur Durchführung seines Rechts gehen darf, woran sich sodann die eventuelle weitere Frage schließt, welche Rechtsmittel etwa den durch die getroffene Wahl Geschädigten nach Umständen zustehen, um gegenüber den begünstigten Interessenten eine billige Ausgleichung herbeizuführen. Erst hiernach werden sich die Wirkungen des Simultan-Pfandverhältnisses auch für den Zeitraum von der Entstehung bis zur Ausübung allseitig bestimmen lassen; denn es hängt von der Beantwortung der hier vorangestellten Fragen ab, wie weit über das vorerst noch ruhende Hypothekarrecht solche Dispositionen zulässig sind, welche der künftigen Ausübung und damit den Interessen Dritter vorgreifen.

A. Freie Wahl in der Ausübung.¹⁾

Es liegt im Zweck des Simultan-Pfandverhältnisses (siehe oben S. 289), daß der Hypothekar bei der Eintreibung seiner Forderung aus den Pfandobjecten (beziehungsweise aus nur Einem derselben) innerhalb der Grenzen seines Rechtes nur von seinem Interesse sich leiten zu lassen brauche, und daß er über den Inhalt seines Interesses Niemand Rechenschaft schuldig sei, — also daß er die freie Wahl über das Wie der Pfandrechtsausübung habe. Gleichwie die Kraft der gemeinrechtlichen Korrealobligation seit Einführung des sogenannten beneficium divisionis²⁾ in einem wesentlichen Stück gebrochen war, würde auch das Simultan-Pfandrecht seinen Hauptzweck verfehlen, wenn dem Berechtigten ein Zwang zu irgendwelcher Vertheilung seines dinglichen Anspruches auf die ihm unterworfenen Objecte von Rechtswegen auferlegt würde. Gerade in den glatteften Fällen — da jedes der Objecte

1) Die meisten der oben § 40, Note 1 genannten Schriftsteller beschäftigen sich eben mit dieser Frage; am ausführlichsten Dürschmid, S. 3 fg. und Kopecky, S. 199 fg. (8136).

2) Dasselbe gilt in Oestreich nicht, a. b. Gb. § 891.

für sich schon zur Befriedigung hinreicht — würde der vorsichtige Simultan-Pfandgläubiger schlechter stehen, als wenn er sich mit Einem Pfande begnügt hätte, da er zur Durchführung mehrerer Prozesse und Executionen künstlich verhalten wäre. Dazu kämen, als Folge einer solchen Rechtsveranftaltung, gewisse Beschränkungen in der Disposition über das erworbene Recht, die seinem natürlichen Inhalt fremd sind, aber dem Hypothekar auferlegt werden müßten gegenüber Dritten, mit welchen er kein Rechtsverhältniß eingegangen ist.

Andererseits ist nicht zu übersehen, wie bedeutende Interessen durch die vom Simultan-Hypothekar hinsichtlich der Ausübung seines Pfandrechtes zu treffende Wahl berührt werden. Es sind die Interessen aller Tenei,³⁾ die an einem der Pfandobjekte eine dingliche Berechtigung haben, welche dem fraglichen Pfandrecht gleich- oder nachsteht,⁴⁾ darunter auch die Eigenthümer der Pfandgüter, und ferner im Konkurse des Eigenthümers mehrerer Simultan-Pfandgüter auch dessen chirographische Gläubiger; letztere nicht bloß insofern überhaupt das Interesse der Masse das ihrige ist, sondern überdies weil, je nach der Ausübung der Solidar-Hypothek an den zur Masse gehörigen Gütern, postlozirte Hypothekare entweder als Realgläubiger, oder bloß als Gemeingläubiger zum Zuge gelangen.⁵⁾ Natürlich kollidiren die Interessen dieser indirekt Betheiligten in den meisten Fällen ebenso sehr untereinander, als (s. oben) mit dem Interesse des Gesamthypothekars. Nun läßt sich ein billiger Ausgleich unter Tenei allerdings dadurch gesetzlich herbeiführen, daß man den Gesamthypothekar zwingt, seine

3) Regelsberger, Bair. Hyp. Recht. § 58.

4) Auch Servitutberechtignte, da sie um ihr Recht kommen, falls der vorgehende Simultanpfandgläubiger die ganze Schuldsomme aus dem dienenden Grundstück beitreibt, und dieses alsdann nur bei Verkauf unter Tilgung der Servitut den geforderten Erlös abwirft. Vgl. unten § 68.

5) Z. B. die Massengüter A und B sind mit 1000 fl. simultan belastet, außerdem B allein in zweiter Priorität mit 600; beträgt nun der Erlös jedes der Güter 1000 fl., so drückt sich das Interesse des Nachpfandgläubigers und der Gemeingläubiger so aus: 1) hat Primus seine ganze Forderung aus A eingetrieben, so wird aus B Sekundus ganz befriedigt und den Gemeingläubigern fallen 400 zu; 2) hat jener umgekehrt das Gut B gewählt, so fällt Sekundus durch und konkurriert mit allen übrigen Gläubigern auf die 1000 aus A; 3) hat aber Primus seine Forderung zu gleichen Theilen aus A und B eingetrieben, so erhält Sekundus 500 als Realgläubiger und konkurriert für seine restlichen 100 mit den Uebrigen auf den Erlösrest pr. 500 aus A.

Befriedigung an den sämtlichen Pfändern zu suchen, und zwar nach einem Vertheilungsmaßstab, welcher die Nachinteressenten jedes Pfandgutes pro rata von der Eintreibung der Simultan-Pfandforderung betroffen werden läßt;⁶⁾ der Pfandklage gegenüber müßte eine exceptio divisionis gewährt werden.⁷⁾ Allein, abgesehen von den großen technischen Schwierigkeiten in der Durchführung⁸⁾ eines solchen Billigkeitsfalles, so wäre dessen Billigkeit doch nur eine einseitige, denn auf der Seite des Simultan-Pfandberechtigten erscheint sie als Rechtsverkürzung. Was auch immer vom Standpunkt des Naturrechts,⁹⁾ oder auf Grund gewisser Analogien des modernen Rechts¹⁰⁾ dagegen angeführt werden mag, im Großen wird der Realcredit seine Rechnung

6) Nach der sogenannten „Sozietsregel“, vgl. Öttnner, I, S. 472, Kopecky, S. 420; jedoch wären der Vertheilung nicht, wie diese wollen, schlechtweg die Werthe der Pfandgüter zu Grunde zu legen, sondern die Werthreste nach Abzug der dem Gesamtpfandrecht vorgehenden Posten.

7) So nach der böhm. Landes-D. von 1627 (Haan, S. 133), welche bestimmt, daß der Gläubiger seine Befriedigung nicht aus einem einzelnen, sondern aus allen ihm simultan verpfändeten Gütern nach Verhältniß ihres Werthes zu suchen habe.

8) Darüber ausführlich Dürschmid, S. 13—20 und die Bemerkungen 33—44, ferner Kurlbaum „Ueber die Rechtsverhältnisse aus korrealer Verpfändung mehrerer Grundstücke“ in Gruchot's Beiträgen z. preuß. Recht, XII, S. 507 fg.

9) Kopecky (a. a. D. S. 202, 209), der im Prinzip ein Verfechter des freien Wahlrechts für den Simultanhypothekar ist, stellt doch (unter ausdrücklicher Berufung auf das Vernunftrecht, § 7 a. b. Ob.) den Satz auf, „daß zwar der Gläubiger in der Realisirung seiner Gesamthypothek durch die nachfolgenden Gläubiger nicht beirrt werden könne, daß er aber auch zu ihrem Schaden mit seiner Hypothek keine Veränderung vornehmen dürfe“, . . . und sodann insbesondere, daß „derselbe mit Einwilligung des Schuldners (? — der § 1422 a. b. Ob. handelt von Zahlung, nicht von Exkussion —) gezwungen werden könne, sich an das mit Nachhypotheken nicht belastete Immobile zu seiner Befriedigung zu halten, und die übrigen frei zu lassen“. Aehnlich Streiter, S. 40. Dagegen schon Gspan, § 193 und Fügler, S. 179: „Diese ganz willkürliche Annahme ist jedoch in keinem Gesetze gegründet.“

10) Letzteres versucht Shering in den Jahrb. f. Dogm. X, S. 329. Nichtig aber Buchta, Pand. § 215 Note k „vermeinte Billigkeit, welche kein gemeinrechtliches Fundament hat“ (vgl. L. 8 D. de distr. pign. 20, 5 unten Note 12) gegen Guyet, im Arch. f. civ. Pr. 18, S. 365 fg.

am besten dabei finden, ¹¹⁾ wenn der Rechtsatz *pignoris causa indivisa est* auch in der vorliegenden Richtung ungebrochen bleibt.

Dies ist Rechtens nach gemeinem Recht ¹²⁾ und wurde von der östreichischen Praxis schon vor dem a. G. B. G. festgehalten. ¹³⁾ Nunmehr ist es gesetzlich bestätigt, und zwar für die Pfandrechtsverfolgung sowohl in als außer dem Konkurs:

G. B. G. § 15, 2: „Der Gläubiger ist berechtigt, die Bezahlung der ganzen Forderung aus jeder einzelnen Pfandsache zu verlangen.“

Konf. D. § 37. „. . . Es steht dem Gläubiger frei, seine Befriedigung aus einem einzelnen Gute, oder aus mehreren derselben zu verlangen.“

Hienach stehen dem östreichischen Gesamthypothekar ¹⁴⁾ drei mögliche Befriedigungswege zur freien Wahl offen. Er kann 1) aus Einem der Simultanpfänder die Berichtigung seiner ganzen Forderung, ¹⁵⁾ 2) aus allen oder einigen derselben, gleichzeitig oder nach ein-

11) S. oben § 40, Note 5, a, und Haan, S. 134, welcher richtig hervorhebt, daß erst die Befreiung jenes benef. divisionis der böhm. L. D. dahin geführt hat, „den Gläubiger von der Nothwendigkeit, alle Güter seines Schuldners in Exekution zu ziehen, zu befreien, und eben dadurch die Möglichkeit zu vermitteln, daß der Schuldner wenigstens noch bei einem Theile seines Besitzes erhalten bleibe.“ S. auch Schuster, Haimers Mag. XII. S. 99 fg. Kaserer, Komm. z. Konf. D. S. 81.

12) *Creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis ad suum commodum pervenire.* L. 8 D. de distr. pign. 20, 5. Puchta, a. a. D., 28 hr, Arch. f. c. Pr. 14, S. 175, Windscheid, Pand. I, § 241 Nr. 1, Dernburg, Pfandrecht II, S. 485 fg., Sinteris, Pfandrecht S. 474 (a. M. Guyet, a. a. D. Vangerow, Pand. § 389, Anm. 2, a). — Ebenso für das preuß. Recht. Dernburg, pr. Pr. Recht. I, § 330.

13) Entsch. d. ob. Gerichtshofes v. 18. Februar 1869, Z. 61. GUW. 3301. (Aber nicht gerechtfertigt ist dort die Berufung auf § 891 a. b. Gb.)

14) Was vom ursprünglichen Simultanhypothekar gilt trifft auch zu für seine Rechtsnachfolger, Cessionare und Asterhypothekare; Kopecky S. 255, Fügler, S. 185 fg.

15) Entsch. v. 20. Dezember 1877, GUW. 6718. — Diese Wahlfreiheit ist unabhängig davon, ob der Eigentümer des gewählten Objectes überhaupt Schuldner ist, und wenn er es ist, ob die Schuld ihn materiell betrifft oder er etwa nur aus Gefälligkeit (unter Mitverpfändung seines Grundstückes) intercedirt hat. — Ausgeschlossen ist jedoch nicht, daß gleich bei Begründung des Simultanpfandrechts eine den Gläubiger bindende Reihenfolge festgesetzt wird, so daß derselbe nur subsidiarisch auf das zweitverpfändete Gut soll greifen dürfen (vgl. Fügler, S. 168), aber eine solche Beschränkung des Simultanpfandrechts (vertragsmäßige

ander, je eine von ihm beliebig anzusetzende Quote seiner Forderung, ¹⁶⁾ oder 3) aus allen oder einigen insgesammt, mit einer Gesamtklage, die Tilgung der ganzen Forderung begehren. Für diesen letzten Fall, wenn er im Konkurs eintritt, bestimmt die östr. Konkursordnung dispositiv, ¹⁷⁾ in welchem Maß die betreffenden Pfandgüter zu der Gesamttilgung der Schuld beizutragen haben, und die seitherige Praxis wendet diese Norm analog auch dort an, wo der gleiche Fall — gleichzeitige Liquidirung mehrerer simultan belasteter Güter — außer dem Konkurs eintritt. ¹⁸⁾

Die Vertheilungsnorm ist diese:

Konf. D. § 37: „Haftet eine Forderung ungetheilt auf mehreren

exceptio ordinis) müßte, um gegen Dritte zu wirken, als besondere „Bestimmung“ (G. B. G. § 5) des Hypothekarrechts mit diesem einverleibt sein. — Daß der Bürge, welcher für seine Haftung ein Pfand bestellt hat, mit diesem eo ipso nur subsidiär haftet, bildet keine Ausnahme, da er nicht eigentlich für die Schuld des Hauptschuldners, sondern für seine Bürgschaftsschuld (die wesentlich subsidiär ist, a. b. Gb. § 1355) kavirt hat, also kein wahres Simultanpfand vorliegt.

16) Der Hypothekar kann seine Forderung, wie jeder andere Gläubiger, auch partiell einlagern; natürlich bleibt es dem Hypothekarbeflagten unbenommen (wenn er nicht selbst Schuldner ist mit Einwilligung dieses, a. b. Gb. § 1422) gleichwohl die ganze fällige Forderung zur Zahlung zu bringen (aber nicht aus dem Hypothekargut) und für den freiwillig gezahlten Ueberschuß die Abtretung der Rechte des Gläubigers zu begehren.

17) Ausdrücklich als Dispositionsnorm ausgesprochen ist dies nicht. Aber es kann nicht bezweifelt werden, daß nach § 37 K. D., wenn der Gläubiger das ihm dort (Satz 2) ausdrücklich vorbehaltene Wahlrecht nicht ausübt, sondern einfach die Befriedigung aus den ihm verpfändeten Massegütern begehrt, die Vertheilung auf dieselben nach dem im Satz 1 des Paragraphen aufgestellten Grundsatz erfolgen muß.

18) Entsch. v. 16. Juli 1872, Z. 7309, Spruchrepertor. Nr. 4. (GUW. 4657.) „Die Vorschrift des § 37 der Konf. D. v. 25. Dez. 1868 findet analoge Anwendung bei der Vertheilung des Meißgebotes für exekutiv versteigerte, mit Simultanhypotheken belastete Eigenschaften.“ Diese analoge Anwendung muß beschränkt bleiben auf den Fall, der allein eine Analogie zum Konkurs und zugleich die Möglichkeit der praktischen Durchführung darbietet, nämlich die unter Einem und bei Einem Grundbuchgericht erfolgende Liquidirung der Simultanpfandgüter (die Beschränkung wurde anerkannt in dem Urth. GUW. 6718.); gleichgiltig ist, hier wie im Konkurs, ob der Anstoß zu der Gesamttiquidirung durch einen Simultanhypothekar oder durch andere equirende Gläubiger gegeben wurde; gleichgiltig ist auch, ob die Pfandstücke (wenn sie nur unter Einem zur Liquidirung kommen) zur Zeit demselben oder verschiedenen Eigentümern gehören. S. auch Kaserer, Komm. z. K. D. S. 81.

zur Konkursmasse gehörigen unbeweglichen Gütern, so hat jedes dieser Güter zur Befriedigung derselben mit jenem Theilbetrage beizutragen, welcher sich zu derselben verhält, wie der zu jedem einzelnen Gute nach Befriedigung der vorgehenden Forderungen erübrigende Rest des Erlöses zu der Summe aller dieser Reste.¹⁹⁾

Vor Allem ist hienach klar, daß zur Auftheilung der Gesamtlast nur jene Güter²⁰⁾ herangezogen werden können, die zu der Konkursmasse gehören; in dritter Hand stehende Objekte desselben Pfandnerus bleiben ausgeschlossen.²¹⁾

Die Anlage der Vertheilungsrechnung setzt als gegebene Größen voraus: die Höhe der Simultan-Pfandforderung, die Erlöse aus den damit belasteten Masse-Objekten, und die Beträge der auf jedem derselben der Simultan-Pfandschuld vorgehenden Posten. Mithin kann die Auftheilung nicht früher erfolgen, als bis alle Objekte feilgeboten und alle hier in Betracht kommenden Ansprüche ziffermäßig klargestellt sind.²²⁾ In letzterer Richtung ist Voraussetzung der Auftheilung nicht nur die Liquidirung der Simultan-Pfandforderung²³⁾ selbst (insbes. wenn sie eine Kreditshypothek, oder mit einer Kaution für Kosten ausgestattet ist), sondern auch der sämmtlichen an allen Objekten ihr vorgehenden Ansprüche; darunter stehen möglicherweise Servituten, rücksichtlich deren abgewartet werden muß, ob und zu welchem Betrage sie eventuell in Hypotheken umgesetzt werden (R. D. § 32). — Sobald

19) Die Formulirung ist nahezu wörtlich entnommen aus Haan, S. 135, 136; ihr Inhalt entspricht der bisherigen Praxis: Span, § 194 fg. — Ueber andere mögliche und unmögliche Vertheilungsgrundsätze s. Dürschmid, S. 13, 17 fg. Günner, I. S. 472 fg.

20) Auch simultan verpfändete Satzposten u. dgl., nicht bloß „unbewegliche Güter“, wie § 37 cit. sagt.

21) Dies ist nach dem angeführten Wortlaut des Gesetzes jetzt zweifellos; vgl. über die Ansichten und Schwierigkeiten der entgegengesetzten preussischen Praxis Kurbaum, a. a. D. S. 508, Dernburg, I, S. 736.

22) Bis dahin muß also der Simultan-Hypothekar auf seine volle Befriedigung warten, wenn er, wie hier vorausgesetzt, von seinem freien Wahlrecht hinsichtlich der Eintreibungsart nicht einen seinem Interesse besser entsprechenden Gebrauch gemacht hat. Andernfalls trifft der Schwerezustand der Zwischenzeit nicht ihn, sondern die regreßberechtigten Betheiligten; darüber s. unten S. 316 u. Note 38.

23) Hastet die Forderung nicht auf allen Objekten zur Gänze (vgl. oben § 40, Note 18), so ist bei der Berechnung für jedes Objekt insbesondere der darauf intabulirte Schuldbetrag so zu betrachten, als bildete er die ganze Pfandforderung.

diese erforderlichen Daten feststehen, ergibt sich die gesetzliche Normaltangente für jedes der Gesamtpfänder durch eine einfache Proportionsrechnung.²⁴⁾

B. Regreßansprüche.²⁵⁾

Die zuletzt besprochene Vertheilungsnorm ist, wie bereits hervorgehoben, eine bloß dispositive; sowohl in als außer dem Konkurs steht es dem Gläubiger frei, seine Befriedigung anders zu suchen, z. B. bloß aus Einem der ihm simultan haftenden Objekte, und wenn er dies gethan, ist er dafür Niemand verantwortlich. Eine andere Frage aber ist es, in wiefern jene Gruppe von mittelbar Betheiligten (s. oben S. 308), zu deren Ungunsten die Wahl ausfiel, gegenüber der begünstigten Gruppe irgendwelche Rechtsmittel habe, um einen billigen Interessenausgleich nach der Hand herbeizuführen.

Dabei muß vor Allem unterschieden werden zwischen solchen Benachteiligten, welche auf Grund bestimmter obligationenrechtlicher Beziehungen ein Recht haben auf den gänzlichen oder theilweisen Ersatz dessen, was aus ihrem Vermögen zur Tilgung der Pfandschuld hergenommen ist, — und Jenen, welche ein solches Recht nicht haben, sondern nur den Billigkeitsanspruch erheben: durch die für sie zufällige Wahl des Gläubigers nicht härter betroffen zu werden, als Andere in wesentlich gleicher Rechtslage.

1) Zur letzteren Kategorie gehören die Nachpfandgläubiger auf dem von der Eintreibung der Simultan-Hypothek ausschließlich (oder übermäßig) getroffenen Objekt. Ihr hypothekarischer Anspruch — auf prioritätsmäßige Befriedigung nach der ihnen bürgerlich vorgehenden Post — enthält zwar die rechtliche Aussicht auf Vorrückung, wenn jene Post ganz oder theilweise entfällt, aber kein Recht auf Herbeiführung dieser Eventualität; die Entnahme des ganzen Betrags der vorgehenden Simultan-Pfandforderung aus dem Kauffchilling bildet also ihnen gegenüber keineswegs eine Rechtsverletzung. — In derselben Lage befindet sich der Eigentümer des in Exekution gezogenen Gutes, wenn er nicht Mitschuldner in der exquirten Pfandschuld ist, gegen-

24) Beispiele bei Kaserer, a. a. D. S. 82, 83, Schuster, a. a. D. S. 108.

25) S. vorzüglich Kopecky, a. a. D. 1837. I, S. 345 fg.; auch Zlobitzky, das. 1839, III, S. 130 fg., Fügler, S. 183 fg., Leipzig, S. 29. — Günner, I, S. 463 fg., 565.

über den Nachhypothekaren und den Drittbesitzern²⁶⁾ der dadurch befreiten übrigen Simultanpfänder. Alle diese Personen stehen unter einander in keinerlei Rechtsverhältnis: ²⁷⁾ es ist kein Rechtsverhältnis, sondern nur eine Interessen-Verwicklung, daß sie alle gleichmäßig der fakultativen Rechtsausübung eines Dritten unterliegen, und daß diese, wie immer sie erfolgen mag, den Einen genau so weit beschwert, als sie den Andern entlastet. Danach kann es zwischen ihnen einen Rechtsanspruch auf irgendwelche Ausgleichung nicht geben, sowenig als es einen solchen zwischen zwei Gläubigern giebt, wenn ihr Schuldner den Einen mit seiner letzten Baarschaft ausbezahlt, dem Andern die Zahlung verweigert und dann sich insolvent erklärt hat.²⁸⁾

Erst im Konkurs treten jene Billigkeitsmomente heraus, die hier eine Ausgleichung schaffen können; denn eben im Interesse der Billigkeit jede Prävention auszuschließen und dadurch auch die faktische Gleichstellung der Gleichberechtigten zu erzielen, ist ja die Aufgabe des Konkursverfahrens. Dieser Gedanke hat die neuere österreichische Gesetzgebung zu dem Billigkeits-Rechtssatze geführt: Im Konkurs sollen die sämt-

26) Anders dem Personalschuldner gegenüber, s. unter Z. 2.

27) Die entgegengesetzte Ansicht (namentlich vertreten von Gönner, dem Nippel Komm. zu § 467 folgt, und erschöpfend widerlegt von Kopecky a. a. D.) statuirt zwischen den Drittbesitzern simultan verpfändeter Güter eine sogenannte »correalitas realis« (s. auch OUB. 3301) und will die Regressobligationen zwischen Mitschuldnern analog anwenden. Aber zwischen letzteren besteht allerdings ein Rechtsverhältnis, begründet durch ihr Zusammenwirken bei der Errichtung der Gesamtverbindlichkeit (a. b. Gb. § 891), während der Erwerber eines mit Simultanhypothek belasteten Gutes diese Last selbständig auf sich nimmt (a. b. Gb. § 443). Uebrigens würde die analoge Anwendung des § 896 a. b. Gb., auch wenn sie zulässig wäre, zu dem unbefriedigenden Ergebnis einer Auftheilung nach Köpfen führen. Vollends unkonstruirbar auf dieser Basis ist die Regressverbindlichkeit zwischen den beiderseitigen Nachhypothekaren, um deren Interessen es sich doch praktisch zumeist handelt. S. aber doch Nippel, a. a. D. S. 325, der den § 1423 a. b. Gb. heranzieht, als ob die betroffenen Nachhypothekare aus freien Stücken fremde Schulden gezahlt hätten.

28) Das sogenannte »agere per gratificationem« — ein unjuristischer Begriff, der bekanntlich die ältere gemeinrechtliche Jurisprudenz auf dem Boden der A. Pauliana irreguliert hat — kann im Verkehr mit Simultan-Hypotheken eine große Rolle spielen. Aber anstatt in eine neue »Gratifikationstheorie« zu verfallen, müssen wir auch von dem Eigentümer oder Nachhypothekar des entlasteten Simultan-Pfandstückes einfach sagen: sibi vigilavit, L. 6. § 7, D. quae in fraudem 42, 8.

lichen Interessenten an einer Mehrheit von zur Masse gehörigen Simultan-Pfandgütern — unbeschadet des freien Wahlrechtes des Simultan-Pfandgläubigers — von der Eintreibung seiner Forderung dem Ergebnis nach in demselben Maße betroffen werden, als ob die Eintreibung nach dem obigen Normalschlüssel auf alle Objekte vertheilt worden wäre. Damit ist ein gesetzlicher Regressanspruch²⁹⁾ geschaffen, dessen Inhalt § 37 der Konk. O. so formulirt:

„Es steht dem Gläubiger frei, ; jedoch können die ihm auf diesen Gütern nachstehenden Gläubiger, welche in Folge jener Wahl weniger erhalten, als wenn er seine Befriedigung aus allen Gütern verhältnismäßig genommen hätte, fordern, daß aus dem Erlös der übrigen Güter derjenige Betrag, welcher nach dem obigen Verhältnisse davon auf seine Forderung entfallen wäre, ausgeschieden und an sie unbelastet abgeführt werde.“

„Sind die übrigen Güter noch nicht verkauft, so tritt dieser Anspruch in die Rangordnung der getilgten Forderung, und ist, insoferne derselbe in einem öffentlichen Buch eingetragen ist, in der Rangordnung der unter Einem zu löschenden Forderung einzuverleiben.“

Berechtigt zur Erhebung dieses Regressanspruchs sind allein die Nachpfandgläubiger³⁰⁾ auf den zur Masse gehörigen Simultanpfändern; nicht der Kreditar selbst und auch nicht die Gemeingläubiger. Gerichtet ist der Anspruch gegen die Gesamtheit der Realbetheiligten an allen jenen gewesenen Simultanpfändern,³¹⁾ die durch die gewählte Eintreibungsart gar nicht oder verhältnismäßig zu schwach betroffen wurden.³²⁾ Sein Inhalt geht dahin: aus dem Erlös des in Anspruch

29) Wie schon die ältere Praxis denselben Anspruch ohne gesetzlichen Anhalt sich zu konstruiren versuchte, s. bei Span § 191.

30) Darunter auch die Servitutberechtigten, insofern ihr Recht der Konversion nach § 32 K. O. unterworfen werden mußte. — Jeder einzelne Nachpfandgläubiger ist befugt, den in Rede stehenden Anspruch zu stellen, dessen Durchführung sodann nothwendig Allen zu statten kommt.

31) Immer vorausgesetzt, daß dieselben zur Konkursmasse gehören; in dritter Hand stehende Simultanpfänder bleiben regressfrei. Ebenso solche Massagüter, auf denen die Simultan-Hypothek haftete, wenn diese vor Ausbruch des Konkurses erlassen und gelöst ist; s. darüber unten C.

32) Gleichgiltig ist es für die Repartition, ob der Simultan-Hypothekar, welcher seine Befriedigung aus Einem der Pfandgüter vorzugsweise sucht, dies im Wege der Feilbietung oder der Sequestration thut; Voraussetzung des Regress-

genommenen Gutes sei in der Priorität des erloschenen Simultan-Pfandrechtes ein Betrag gleich der auf dieses Gut entfallenden Normaltangente der Simultanschuld (s. oben) auszuscheiden und an die Regressberechtigten abzuführen; dieser Betrag accedirt dem Erlös ihres Pfandgutes.³³⁾

So lange auch nur Eines der in Betracht kommenden Güter noch unverkauft ist, kann der in Rede stehende Anspruch weder ziffermäßig ausgedrückt, noch erfüllt werden. Die Bestimmung, welche unser Gesetz für diesen Fall trifft, schafft eine Art hypothekarische Succession an dem unverkauften Gut: der Regressanspruch, vorläufig ohne Bezifferung, erhält einen gesetzlichen Pfandrechts-titel und wird auf Begehren der Berechtigten und auf den Namen derselben³⁴⁾ im öffentlichen Buch an Stelle der getilgten Simultan-Hypothek eingetragen. Hingegen fehlt eine Norm darüber, was zu geschehen habe hinsichtlich der Erlöse aus bereits verkauften regresspflichtigen Gütern, so lange der Umfang der Regresspflicht wegen vorhandener noch unverkaufter Güter nicht bestimmbar ist. Es wird nichts übrig bleiben, als die endgültige Verteilung des Kaufschillings der ersteren bis nach erfolgtem Verkaufe der letzteren in der Schwebe zu halten³⁵⁾ und einstweilen an die Pfandgläubiger der verkauften Güter nur so viel zu vertheilen, als ihnen im ungünstigsten Fall mindestens zukommen muß, in dem Falle nämlich, daß seinerzeit beim Verkaufe der anderen Güter kein Erlösrest sich ergibt, der zum Regress mit herangezogen werden könnte.

Die singuläre Aequitätsnatur des hier besprochenen gesetzlichen Regressrechtes nicht minder, als die Schwierigkeiten seiner Durchspruchs der Nachpfandgläubiger ist nur, daß ihr Gut zur Tilgung der Simultanschuld verhältnismäßig zu viel „beigetragen“ habe.

33) Es partizipiren also daran alle Realbetheiligten nach ihrer Priorität, nicht etwa nur oder vorzugsweise die, welche den Regressanspruch erhoben haben. Die Kaufschillingsvertheilung erfolgt unter der Fiktion, als ob der im Regressweg erlangte Betrag ein Theil des Kaufschillings sei.

34) Die Eintragung erfolgt nur auf ausdrückliches Begehren und für Diejenigen, welche ein solches gestellt haben. Kaserer, S. 82. Der Eintrag muß der Natur der Sache nach auf einen zur Zeit unbestimmten Betrag lauten; aber da derselbe die Ziffer der Simultan-Hypothek, an deren Stelle er tritt, nie erreichen kann, liegt darin keine Beeinträchtigung des Spezialitätsprinzips.

35) Winwarter, Komm. II. S. 237, Note 2, will die noch unverkauften Objekte zum Schätzungswert in Anschlag bringen (wie die ältere preuß. Praxis, s. Dernburg, I, § 330, Note 7); das führt zu auf der Hand liegenden Schwierigkeiten, wenn dann hinterher dieser Preis nicht erzielt, aber auch wenn er überschritten wird.

führung, warnen vor analoger Ausdehnung, so sehr das Billigkeitsgefühl dazu einladen mag.³⁶⁾ Nur wo unter den Realberechtigten ein konkursähnliches Verhältniß platzgreift, — wie in dem schon oben herangezogenen Fall einer Gesamtexekution in eine Mehrheit von Gütern, die mit Simultan-Hypotheken belastet sind, und ebenso wenn die Simultan-Hypotheken an Einem Tabularkörper haften, welcher als Ganzes zur Exekution kommt,³⁷⁾ — läßt sich die ratio unseres Satzes wiederfinden und danach seine analoge Anwendung rechtfertigen.³⁸⁾

2) Abgesehen von diesen singulären Regressansprüchen zwischen einander rechtlich fremden Personen, die nur der Nothstand des Konkurses erzeugt und rechtfertigt, giebt es jedoch andere, die in gemeingültigen obligationenrechtlichen Beziehungen gegründet sind. Solche bestehen zwischen dem Eigenthümer des in Anspruch genommenen Simultan-Pfandgutes einerseits und dem Schuldner in der aus diesem Gut getilgten Obligation andererseits;³⁹⁾ sie gestalten sich verschieden, je nachdem ersterer bloß Drittbefitzer ist, oder zugleich Mitschuldner.

36) Zu geneigt diesem Gefühl zu folgen ist Kaserer, S. 81. Die Behauptung, „diejenigen, welche hinter einer Simultan-Hypothek eingetragen sind, haben ein Recht (?) darauf, daß der Umstand nicht unberücksichtigt bleibe, daß für die vorgetragene Forderung auch noch andere Immobilien haften“, ist in dieser Allgemeinheit sicher unwahr. Wichtig hingegen schon Span § 190.

37) Vgl. oben § 40, bei Note 8.

38) Die oben Note 18 angeführte grundsätzliche Entscheidung des ob. Ohses. war über einen Fall von gleichzeitig durchgeführter Exekution auf die sämmtlichen Simultan-Pfandgüter ergangen, hatte es aber unterlassen diese Voraussetzung in den für das Spruchrepertorium formulirten Rechtsatz aufzunehmen. Hiernach steht zu befürchten, daß künftig die Praxis in der analogen Anwendung des § 37 K. O. unter Berufung auf „Billigkeit“ und „Quasi-Korrealität“ alle Grenzen übersehen werde (so schon die Entsch. v. 5. Februar 1878, Z. 11402, S. O. Z. 1878, Nr. 23). Man sollte aber doch beachten, wie wenig der Zustand allen heutigen Anforderungen des Realcreditwesens entspricht, in welchen die Tabularstände sämmtlicher gewesenen Simultanpfänder verlegt werden durch die Intabulation jenes ziffermäßig unbestimmten, erst nach der künftigen Exekution dritter und vierter Güter bestimmbarer Regressanspruches; denn dieser Anspruch verstrickt alle damit behafteten Objekte zu einem Knäuel, welcher erst mit der dereinstigen Exekution des letzten Gutes sich löst, bis dahin aber die endgültige Liquidation jedes der anderen in der Schwebe hält.

39) Nicht aber, wie schon oben betont ist, zwischen den Drittbefizern, und ebenso wenig zwischen den Nachhypothekaren auf mehreren Simultanspfandgütern.

- a) Ist der Eigenthümer bloß Drittbefitzer und hat er, vom Simultanhypothekar in Anspruch genommen, dessen Forderung gezahlt, sei es in Folge durchgeführter Exekution oder um dieselbe von seinem Gute abzuwenden, so erwächst ihm der Ersatzanspruch nach a. b. G. B. §§ 1042, 1423, gegen den befreiten Schuldner. Es ist ein persönlicher Anspruch gegen diesen — unabhängig davon, ob derselbe Eigenthümer eines der übrigen Simultanpfänder ist oder nicht — und geht auf den ganzen Betrag der getilgten Schuld.⁴⁰⁾ Gesichert ist diese Regressforderung durch das Pfandrecht des befriedigten Gläubigers, welches dieser „selbst noch nach der geleisteten Zahlung“ (a. b. G. B. § 1423) dem Zahler abzutreten gehalten ist. Letzterer tritt also zwar nicht unmittelbar in das Pfandrecht des Abgefundenen ein (es findet keine hypothekarische Succession statt), allein er kann als Cessionar im Wege des Hypothekarprozesses an den übrigen Simultanpfandgütern sich seines Schadens erholen.⁴¹⁾
- b) Ist hingegen der Eigenthümer des in Anspruch genommenen Pfandgutes selbst der alleinige Schuldner, so kann von Regress natürlich keine Rede sein.⁴²⁾ Ist er Mitschuldner in der Simultanpfandschuld — sei es daß die Pfandrechte schon ursprünglich für eine Korrealobligation errichtet wurden, sei es daß die anfänglich Eine, auf mehrere Pfandgüter versicherte Schuld nachträglich zur Korrealschuld wurde, indem jene Güter in verschiedene Hände

40) Ob auch die Kosten der etwaigen Prozeßführung und sonstige Auslagen in Rechnung gebracht werden können, hängt davon ab, ob die Voraussetzungen einer nützlichen Geschäftsführung (a. b. G. B. § 1036) in concreto vorliegen; obiges Minimum ergibt sich für alle Fälle aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung.

41) Wäre das Pfandstück, worauf er Regress nimmt, gleichfalls in Händen eines Drittbefizers — ein seltener Fall, weil bei der Erwerbung belasteter Güter die Schuldenübernahme die Regel bildet, s. unten — so würde dieser wieder seinen Regress weiter suchen müssen, nach Umständen durch Hypothekar- oder bloße Schuldklage, bis endlich, wie billig, der Schuldner selbst oder ein Mitschuldner getroffen wird.

42) An derartigen Fällen wo die Pfandschuld nur Einen der Pfandbesitzer angeht, während die übrigen, ohne Uebernahme einer Mitschuld, etwa aus Gefälligkeit ihre Grundstücke simultan mitverpfändet haben, erhellt am deutlichsten, wie es mit der vermeintlichen Billigkeit jener Theorie steht, welche jedes Simultanpfandrecht in der Ausübung gleichmäßig aufgetheilt wissen will.

auseinander gingen und jeder der Erwerber dabei die ganze Schuld „zur Zahlung“⁴³⁾ übernahm — so hat er gegen seine Schuldenossen die Ersatzforderung nach § 896 a. b. G. B. Nicht als Simultanpfandbesitzer sondern als *correus debendi*, der mehr gezahlt hat als seinen Kopftheil⁴⁴⁾, ist er berechtigt, den verhältnißmäßigen Ersatz zu fordern. Das Maß desselben ist ganz unabhängig von dem Werthverhältniß der Simultanpfänder: er hat von allen Mitschuldnern zusammen, (mögen diese im Besitze der übrigen Simultanpfandgüter sein oder nicht) so viel zu fordern, als er über die ihn treffende Quote der ganzen Schuld⁴⁵⁾ gezahlt hat. — Da er als Schuldner gezahlt hat, mithin durch seine Leistung die Schuld nicht abgelöst, sondern getilgt erscheint, giebt es für ihn keine Abtretung der Pfandrechte des Gläubigers⁴⁶⁾ und somit keine Möglichkeit seine Regressansprüche mittelst der Hypothekarklage zu verfolgen.

C. Freie Verfügung über das Simultanpfandverhältniß.

So wie der Simultanpfandgläubiger die freie Wahl hat in der Eintreibung seiner Forderung, ebenso hat er die freie Verfügung⁴⁷⁾

43) Diese Formel bezeichnet herkömmlich das Rechtsgeschäft der Schuldübernahme (vgl. oben § 34, Note 8); wer also eine Zweighypothek so übernimmt, der tritt der Simultanpfandschuld als Korrealschuldner bei.

44) Beziehungsweise seinen Sozietätstheil u. s. w. § 896 a. b. G. B.

45) Also nicht Auftheilung der gezahlten Summe, sondern der ganzen Schuld, und Regress nur für den gezahlten Ueberschuß. Z. B. die Gesamtschuld des A und B beträgt 30.000; sie wurde gegen A allein eingeklagt und es entfielen auf sie bei der Exekution nur 20.000. Nun beträgt der Regressanspruch des A 5000, nicht etwa 10.000 (als die Hälfte des Gezahlten).

46) Wichtig ist demnach die Entsch. des ob. Gerichtshofes v. 13. Juli 1858 (bei Klepisch, S. 29 angeführt und mit Unrecht getadelt), „... denn durch die Zahlung der ganzen Schuld von Seite desjenigen, welcher hiezu verpflichtet war, ... erlöschen sofort auch die persönliche Forderung und das Pfandrecht des Gläubigers und können somit weder durch Cession, noch durch eine Singularsuccession auf den zahlenden Pfandschuldner übergehen.“ Vorauszusetzen ist aber dabei (der gewöhnlichste Fall), daß der Zahlende wirklich Schuldner (Schuldübernehmer) war.

47) Es wird hier und im Folgenden überall vorausgesetzt, daß der Simultanhypothekar durch keinerlei ob seiner Forderung verbücherte Lasten oder Dispositionsbeschränkungen gebunden ist.

über dieselbe und die mit ihr verbundenen Pfandrechte während der ganzen Dauer des Haftungsverhältnisses. Interessen Dritter, die durch solche Verfügungen berührt werden und eventuelle Regressansprüche sind, wie die vorstehende Erörterung ergeben hat, nicht von der Natur, daß sie eine dingliche Gebundenheit des Pfandrechtes erzeugen könnten. Wenn in Folge beschwerender Verfügungen über das Pfandverhältnis zwischen den Beteiligten ein Ausgleichungsanspruch rechtlich begründet ist, so spielt er auf obligationenrechtlichem Boden und läßt die dingliche Machtsphäre des Pfandberechtigten unberührt. Das ist nun an den Hauptfällen kurz darzulegen.

1) Erlaß.

Es war früher eine Hauptstreitfrage in unserer Materie, ob der Simultan-Hypothekar einseitig (d. h. ohne Zustimmung aller Realinteressenten an allen Pfandgütern) befugt sei, auf sein Pfandrecht hinsichtlich Eines der simultan verhafteten Güter Verzicht zu leisten.⁴⁸⁾ Die Gegner dieser Befugniß beriefen sich auf den allgemeinen Willkürsatz: daß Niemand sein Recht ohne eigenes Interesse willkürlich zum Schaden Dritter ausüben dürfe; oder auf die sogenannte *correalitas realis*, welche nach Analogie von a. b. G. B. § 896 zwischen den sämtlichen Beteiligten Regressrechte erzeuge, die durch Erlaßverträge des Gläubigers nicht verkürzt werden können: „Die erhaltene Befreiung eines Mitverpflichteten kann den Uebrigen bei der Forderung des Ersatzes nicht nachtheilig sein“ (a. b. G. B. § cit.).⁴⁹⁾

Ersteres Argument, welches zur *exceptio divisionis* führt, ist gegenwärtig hinfällig, nachdem die Gesetzgebung die volle Freiheit in der Ausübung der Simultan-Hypotheken dem Gläubiger gewährleistet hat: wer die eine Zweighypothek dadurch befreien kann, daß er sich ausschließlich an der andern befriedigt, der muß dasselbe auch vorweg

48) Uebersicht der älteren Literatur bei Dürschmid, S. 86—88. — In den östreichischen Gesetzen ist die Frage nicht ausdrücklich entschieden. Das G. B. G. § 112 a. E. und die Ung. G. B. D. § 117 erwähnen zwar der Löschung einer einzelnen Zweighypothek („weil z. B. der Gläubiger hierauf Verzicht geleistet hat“), aber sagen nicht, ob der Erlaß an die Zustimmung Dritter gebunden sei.

49) Hauptvertreter dieser Ansicht ist G ö n n e r, a. a. D.; (vgl. auch K n o r r, Arch. f. civ. Pr. 28, S. 167 fg.) und von den öst. Kommentatoren N i p p e l, III, S. 520 fg. Ihr tüchtigster Gegner K o p e z k y, a. a. D. 1836 I, S. 258 fg. und 1837, I, S. 346 fg.

durch vertragsmäßige Freigebung bewirken können. Was aber die *correalitas realis* betrifft, so haben wir festgestellt, daß es eine solche — als dingliche Gebundenheit der Simultan-Pfandgüter auf gegenseitige Unterstützung zur verhältnismäßigen Tilgung der Pfandschuld — nur im Konkurs und für die zu Einer Konkursmasse gehörigen Simultanpfänder giebt. Aber auch hier hindert sie den Gläubiger nicht durch Erlaß auf einzelne seiner Zweigpfandrechte zu verzichten, nur muß das eventuelle Regressrecht der übrigen Güter auf Begehren der Berechtigten alsdann ebenso blückerlich gewahrt werden, als ob die Tilgung des gelöschten Pfandrechtes durch Befriedigung veranlaßt wäre.⁵⁰⁾ Vor dem Konkurs bestehen mit Pfandrechtsitel ausgestattete Regressansprüche überhaupt nicht. Diejenigen aber, welche ohne solchen bestehen, nämlich die gegenseitigen persönlichen Ansprüche der Pfandgutsbesitzer insofern sie Korrealschuldner sind (a. b. G. B. § 896) auf nachträgliche Repartition, bleiben durch den Erlaßvertrag und die Löschung des erlassenen Pfandrechts unberührt;⁵¹⁾ ebenso der Regress des Drittbefitzers eines Simultanpfandgutes gegen den Personalschuldner (§ 1042, 1423 a. b. G. B.).⁵²⁾

50) Also durch Eintragung der derzeit noch unbezifferten Regressansprüche in der Priorität der gelöschten Post. R. D. § 37. Eventuell sind diese Ansprüche, insofern noch gar nicht feststeht, ob eines der mithaftenden Konkursgüter wird in Anspruch genommen werden.

51) Darum führt die richtige Analogie aus § 896 a. b. G. B. zum entgegengesetzten Ergebnis: Durch die Liberation eines Mitschuldners werden die Regressansprüche gegen ihn nicht gehoben, daher auch kein Grund vorliegt, die Gültigkeit der Liberation an die Zustimmung der Mitschuldner zu knüpfen. — Gäßen die hier in Rede stehenden Regressansprüche einen dinglichen Charakter (d. h. wären sie verbunden mit hypoth. Succession in die blückerliche Rechtslage des befriedigten Gläubigers), so würde immer noch der Erlaß nicht an die Zustimmung der Regressberechtigten gebunden sein, wohl aber müßte ihnen vor der Löschung des erlassenen Rechtes die Möglichkeit offen gehalten werden, ihren eventuellen Regressanspruch an Stelle der zu löschenden Post in das Grundbuch zu bringen (wie im Konkurs).

52) Hier kann nur das fraglich werden, ob der Simultan-Hypothekar dem zahlenden Drittbefitzer gegenüber deshalb eventuell zum Schadenersatz verpflichtet erscheint, weil er die Hypothek an dem Gute des Personalschuldners erlassen und sich damit in die Unmöglichkeit versetzt hat, dem Zahler seine Rechte in ihrem vollen ursprünglichen Umfang abzutreten (§ 1422). Die Frage muß aber verneint werden. (Der Gläubiger ist dem Zahler verpflichtet zur Abtretung der Rechte, die er hat, nicht aber schon vorher verbunden, diese Rechte für einen solchen Fall zu konserviren.)

Wollte man aber das rechtsverletzende Moment bei dergleichen Erlaßverträgen etwa darin finden, daß durch sie den übrigbleibenden Pfandstücken (bez. deren Realinteressenten) für den möglichen Fall eines künftigen Konkurses ihre Lage verschlimmert werde, so wäre daran zu erinnern, daß kein Recht verletzt werden kann, bevor es besteht, und daß jener Anspruch auf relative Gleichbelastung eben erst durch den Konkurs und mit ihm zur Existenz kommt.⁵³⁾

2) Auftheilung.

Wie der Gläubiger eine Zweighypothek ganz erlassen kann, mag er sie auch bloß für einen Theil der Pfandschuld aufgeben,⁵⁴⁾ und wenn das hinsichtlich aller Zweighypotheken in der Art geschieht, daß in Zukunft ein jedes der Pfandgüter für einen andern Theil der Schuld haftbar sein soll, so hört damit das Simultan-Pfandverhältniß auf.⁵⁵⁾ Es besteht zwar auch nach solcher Auftheilung des Pfandrechtes die Eine Schuldforderung fort und sie kann dem Schuldner gegenüber zur Gänze eingeklagt werden (mit der Schuldklage), allein für den Hypothekerverkehr ist sie getheilt, mittelst Hypothekarklage kann aus jedem der gewesenen Simultanpfänder nur der betreffende Schuldanteil gefordert werden.

3) Cession und Afterverpfändung.

Die Rechtsnachfolge in Simultan-Hypotheken erfolgt in derselben Weise und mit den nämlichen Wirkungen, wie diejenige in Einzelhypotheken; daß der sie vollziehende Eintrag nur auf dem Lastenblatt der Haupteinlage mit Rechtswirkung geschehen kann (G. B. G. § 112) wurde schon hervorgehoben. Partielle Cessionen oder Afterverpfändungen (G. B. G. § 13, 2) können mit einer entsprechenden Auftheilung des Pfandrechtes im obigen Sinne verbunden werden, und dann scheidet der übertragene Forderungsanteil mit seinem Pfandrecht aus dem Simultan-Pfandverhältniß aus.

Schwierigkeiten aus mehrfacher Cession können bei der heu-

53) Bei der analogen Anwendung des § 37 R. D. (s. oben S. 317.) muß der Moment als entscheidend angenommen werden, in welchem die Gesamtexekution in die Mehrheit von Pfandgütern (durch Erwirkung des ersten Exekutionsgrades) beschränkt ist.

54) Unter der oben Note 47 gemachten Voraussetzung.

55) In dem hienach erfolgenden partiellen Abschlungseintrag muß dieser Sachverhalt sorgfältig ausgedrückt, und die Anmerkung der Simultanhaftung gelöscht werden.

tigen Einrichtung, dafern sie gewissenhaft durchgeführt wird, nicht entstehen;⁵⁶⁾ indessen mögen aus älterer Zeit latente Simultan-Hypotheken (ohne Anmerkung der Simultanhaftung) immerhin noch vorhanden sein, und auch in Zukunft liegt es nicht außer dem Bereich der Möglichkeit, daß durch Zufall oder Versehen die Simultaneigenschaft zweier Pfandrechte unausgezeichnet bleibt, oder zwei Einlagen als Haupteinlagen appariren. Solchenfalls steht formell nichts entgegen, daß die Zweighypotheken eines Gesamtpfandverhältnisses durch Cessionen oder Afterspandnahmen in verschiedene Hände kommen, und es entsteht die Frage, was dann Rechtens sei?

Gewiß wird die rechtliche Natur der Simultan-Hypothek dadurch nicht bedingt, daß sie bürgerlich als solche apparire: die doppelte Cession verdoppelt die Pfandforderung nicht, und durch Pfändung einer anderweitig schon cedirten oder getilgten Satzpost wird diese dem Excuten nicht wieder erweckt. Materiell also ist nur der erste Cessionar berechtigt, und geht die frühere Afterspändung der späteren vor, nicht anders als ob beide auf demselben Grundbuchsblatte zum Eintrag gekommen wären. — Ganz anders aber gestaltet sich die Sache, wenn das Publizitätsprincip eingreift:⁵⁷⁾ der gutgläubige Singularsuccessor, der im Vertrauen auf das öffentliche Buch, welches die fragliche Hypothek als Einzelhypothek ausgab, daran weitere bürgerliche Rechte durch Cession oder Afterverpfändung erworben hat, bleibt in diesem Erwerb geschützt und übt sein bürgerliches Recht ohne Rücksicht auf den ihn nicht bindenden materiellen Sachverhalt aus. Er wird also als Cessionar die Zweighypothek als wie eine selbständige eintragen, und die Einwendung, daß die Pfandschuld identisch sei mit der einer anderen Hypothek unterliegenden und bereits getilgten Schuld, kann ihm nicht schaden. — Der Schaden trifft solchenfalls (im Wege einer persönlichen Negreßklage) zunächst den, welcher den unrichtigen Buchstand zu einem materiell widerrechtlichen Geschäft betrüglich mißbraucht hat, sodann denjenigen, durch dessen Verschulden dieser Buchstand geschaffen

56) Da alle derivativen Verbuchungen bei dem Grundbuchsgericht der Haupteinlage zu begehren und nach dem Stande dieser Einlage zu bewilligen oder zu verweigern sind. G. B. G. § 111.

57) Das ist schon von Lopezky, 1836, S. 248 fg., richtig ausgeführt. Die bei Kerpisch, S. 36 aufgestellte Regel ignorirt das Publizitätsprincip.

wurde; ⁵⁸⁾ insbesondere also, nach spezieller gesetzlicher Bestimmung (G. B. G. § 107), den Gläubiger, welcher bei dem Gesuche um Eintragung seines Pfandrechts ein für dieselbe Forderung bereits bestehendes Hypothekarreht verschwiegen hat.

4) Zwangseinslösung.

Wenn der Gesamthypothekar eines oder mehrere seiner Pfandstücke in Exekution zieht, so ist Bedingung einer wirksamen Ausübung des jus offerendi (a. b. G. B. § 462) gegen ihn, daß der Nachhypothekar die Einlösung der ganzen Simultan-Pfandforderung anbiete; selbst im Konkurs begründet das Angebot eines verhältnismäßigen Antheils der Schuldsomme nicht die wirksame Ausschließung des Exekutionsrechtes. Das Gegentheil, in seine Konsequenzen verfolgt, würde zu dem von der älteren Doktrin aufgestellten beneficium divisionis zurückführen, also mit dem Grundsatz des § 15, 2 G. B. G. in Widerspruch treten.

B. Die prozessuale Durchsetzung des hypothekarischen Anspruches.

a.) Im Einzelprozeß.

§ 43.

I. Formale Liquidirung des Hypothekearanspruches.

Der Hypothekargläubiger kann seine Befriedigung aus der Hypothek nur unter Intervention des Gerichtes erlangen. ¹⁾ Er muß diese Intervention in der Regel in doppelter Richtung in Anspruch nehmen. Einmal behufs Erwirkung einer öffentlichen Urkunde, welche die Liquidität (Exekutionsfähigkeit) ²⁾ seines Anspruches anerkennt, sodann behufs Verwerthung des Hypothekargutes zur Befriedigung jenes Anspruches (Exekution). Ersteres bleibt dem Gläubiger nur dann

⁵⁸⁾ Möglicherweise hat der Eine culpos den unrichtigen Buchstand herbeigeführt und der Andere, sein Rechtsnachfolger, erst denselben dolos ausgebeutet; dann haften beide solidarisch.

1) § 461 a. b. G. B., oben § 35, Note 1.

2) Diese Liquidirung im formalen, prozessrechtlichen Sinne ist nicht zu verwechseln mit der oben S. 241 fg. behandelten materiellrechtlichen Liquidirung (des Rechtsinhaltes).

erspart, wenn die Einverleibung seines Hypothekarrechtes auf Grund eines mit den Erfordernissen des § 3 der Notariatsordnung versehenen, sogenannten exekutionsfähigen Notariatsaktes ³⁾ erfolgt ist. Der hypothekarische Anspruch ist unter dieser Voraussetzung ein von vorneherein liquider, der Gläubiger kann unmittelbar nach der Fälligkeit zur Zwangsvollstreckung schreiten. ⁴⁾

In allen anderen Fällen muß der Gläubiger vorerst seine Hypothekarforderung mittelst Klage ⁵⁾ geltend machen; also auch dann, wenn der Gegner den Anspruch nicht bestreitet. ⁶⁾

3) Seine Erfordernisse sind: unbedingte, zeitlich und gegenständlich genau bestimmte, ihren Rechtstitel anführende Geldleistungsverpflichtung des Schuldners mit hinzugefügter Exekutionsklausel d. i. der ausdrücklichen Erklärung des Schuldners, daß diese Schuld im Falle nicht rechtzeitiger Erfüllung sofort gegen ihn vollstreckt werden könne. Durch diese Klausel erinnert die vorliegende Schuldverpflichtung an die altrömische nexi obligatio; hier wie dort statuiren die Parteien zum Voraus einverständlich das Urtheil — damnas esto — und machen dadurch dem Gläubiger ein nachfolgendes Liquidationsverfahren entbehrlich.

4) Diese Wirkung der mittelst exekutionsfähigen Notariatsaktes begründeten Hypothekarschuld ist nicht nur dem ersten Hypothekarschuldner und Aussteller der Urkunde, sondern auch jedem nachfolgenden Besitzer des Hypothekargutes gegenüber anzuerkennen, wenn die sofortige Exekutionsfähigkeit, sei es im Kontexte des Einverleibungsvermerkes oder in einer besonderen Anmerkung grundbücherlich apparirt (s. auch oben § 35, Note 19). In diesem Sinne entschied das kstr. Oberlandesgericht am 10. Aug. 1875 Z. 13233 (S. Notar-Ztg. 1875 Nr. 43), am 21. Aug. 1875 Z. 14133 (N. Z. 1876 Nr. 9), am 7. Sept. 1875 (N. Z. 1876 Nr. 48), am 11. Jan. 1876 Z. 207 (N. Z. 1876 Nr. 9), am 16. Okt. 1877 Z. 17350 (N. Z. 1878 Nr. 1); desgleichen der oberste Gerichtshof am 24. Okt. 1876 (GUW. 6264); hingegen hatte eine frühere Entsch. v. 18. Nov. 1873 (GUW. 5140) — gestützt auf § 6 der M. B. vom 19. Sept. 1860 Nr. 212 N. G. B. — die gedachte Wirkung nur gegenüber dem Aussteller der Hypothekarurkunde zulassen wollen. Allein die erwähnte Ministerialverordnung erscheint durch die Bestimmungen des G. B. G. und der N. D. aufgehoben, da nach der letzteren die Exekution einer Hypothekarschuld auch ohne Klage erfolgen kann, und nach dem Ersteren, § 20 b, die Anmerkungen eben zu dem Zwecke da sind, um nach der Prozeß- und Exekutionsordnung zulässige Rechtswirkungen grundbücherlich gegen Jedermann zu sichern.

5) Siehe das Materiellrechtliche in Betreff dieser Klage oben S. 227 fg.

6) Hfb. v. 21. Sept. 1792, J. G. S. 48 (bei Manz zu § 298, a. G. D.). Kann darum in diesen Fällen der Hypothekarprozeß ein „Scheinprozeß“ genannt werden? s. darüber Deg enk o l b, der Einlassungszwang, S. 238. Sicherlich ist das Urtheil, welches bei der vorausgesetzten Sachlage nur den Zweck hat der Exekution das erforderliche formelle Substrat zu schaffen, seiner inneren Natur nach keine Sentenz, sondern richterliche Feststellung eines beiderseitig anerkannten

Die Kompetenz für die Hypothekarklage wird im § 56 der Jurisdiktionsnorm vom 20. Nov. 1852 Nr. 251 R. G. B. dahin normirt, daß es dem Gläubiger frei stehe, die Klage entweder bei dem allgemeinen forum domicilii des Beklagten, oder bei dem forum reale, genauer bei jenem Gerichte anzubringen, „welchem der Beklagte unterstände, wenn er auf dem (Hypothekar-) Gute seinen Wohnsitz hätte“. Hiernach sind zur Austragung des Hypothekarprozesses in der Stadt die kollegial entscheidenden Gerichtshöfe I. Instanz (Landes- und Kreisgerichte), auf dem Lande, wo keine Gerichtshöfe existiren und die Gerichtsbarkeit in I. Instanz, einschließlich der Realgerichtsbarkeit, den Bezirksgerichten zugewiesen ist, diese Letzteren berufen. — Die oben bezeichnete Wahl des Gerichtes steht dem Hypothekarkläger auch dann zu, wenn er gegen einen Drittbefitzer des Pfandgutes auftritt; 7) jedoch braucht dieser einen dritten Gerichtsstand — etwa ein mit dem Personalschuldner vereinbartes forum contractus, oder das forum solutionis bei domicilirter Pfandschuld — sich nicht gefallen zu lassen, 8) da er nicht Schulübernehmer ist, sondern nur von der dinglichen Klage betroffen wird, deren Gerichtsstand für Alle gesetzlich feststeht.

Auch die Art des Verfahrens wird innerhalb gewisser Grenzen vom Gläubiger frei bestimmt. Es kommen hierbei in Betracht: das ordentliche schriftliche Verfahren, das ordentliche mündliche Verfahren, in Konkurrenz mit Beiden, nämlich für Beträge bis zu 500 fl. v. W., das summarische Verfahren, sodann noch das Exekutiv- und das Mandatsverfahren.

Das Mandatsverfahren ist für den Gläubiger insoferne das günstigste, als hier schon über die Klage dem Gegner, ohne dessen

rechtlichen Sachverhaltes, also ein Stück offizioser Rechtspflege in den Formen des strittigen Verfahrens.

7) Insbesondere für den Fall des Todes des Schuldners hat der ob. Ghf. durch Beschluß v. 3. Febr. 1864 (Subst. B. Nr. 61 GWW. 1857) festgestellt, daß hiedurch dem Gläubiger das Wahlrecht (nach § 56 cit. F. N.) nicht beschränkt werden soll.

8) Entgegengesetzt lautet die oberstger. Entsch. v. 22. Nov. 1877, GWW. 6668 (domicilirte Pfandsforderung); das Urtheil beruht auf dem Irrthum, daß der Beklagte deshalb Schuldner in der Pfandschuld (und sonach dem forum solutionis unterworfen) sei, weil er, um die Exekution seines Gutes zu vermeiden, allerdings genöthigt ist die Schuld nach ihrem vollen Inhalt, also auch an dem bedingenen Orte, zu zahlen. S. dagegen oben S. 38, 231, und die richtige Motivirung in dem Urth. bei GWW. 377.

Anhörung, mittelst gerichtlichen Mandates aufgetragen wird den Hypothekargläubiger binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu befriedigen. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit dieses Verfahrens sind normirt in der kaiserl. Verordnung vom 21. Mai 1855 Nr. 95 R. G. B. und F. M. B. vom 18. Juli 1859 Nr. 130 R. G. B.; sie bestehen in dem Erfordernisse der Beurkundung des Klageanspruches durch öffentliche oder gewisse den öffentlichen gleichgestellte Privaturkunden, welche im Original vorzulegen sind. 9) Wenn diese Voraussetzungen nach der Meinung des Beklagten nicht vorliegen, steht demselben gegen den Erlaß des Mandates der Refkurs an die II. Instanz (immer das betreffende Oberlandesgericht) innerhalb der unerstreckbaren Frist von 8 Tagen offen. Jede andere Art der Vertheidigung gegen das Mandat geschieht innerhalb von 14 Tagen nach zugestelltem Mandate mittelst der „Einwendungen“. Sind solche rechtzeitig eingebracht worden, so findet über die Klage, bei vorläufig zum Theil außer Wirkung gesetztem Mandate, ohne Rücksicht auf die Höhe der Hypothekarforderung der summarische Prozeß Statt, ein abgekürztes, mündliches (protokollarisches) Verfahren, welches mittelst Urtheiles erledigt wird, das den Inhalt des Mandates aufrecht hält, modifizirt oder beseitigt. — Dieses Verfahren führt sonach den Gläubiger sehr rasch zu seinem Ziele, d. i. zur Erlangung einer exekutionsfähigen Urkunde, wenn der Beklagte gegen den Anspruch keine Einwendungen hat und auch solche nicht — behufs Verzögerung der Liquidität — vorbringt. Andernfalls, also wenn der Beklagte Einwendungen gegen das Mandat erhoben hat, hindert er zwar während der Dauer des nachfolgenden Prozesses 10)

9) Der Klageanspruch muß vollkommen erwiesen sein durch einen Notariatsakt (ohne Exekutionsklausel), oder durch inländische öffentliche Urkunden, durch im Inlande vom Notar oder vom Gerichte hinsichtlich der Echtheit der Unterschrift beglaubigte (legalisirte) Privaturkunden, oder endlich durch eine Grundbuchsurkunde d. i. durch eine Urkunde, auf deren Basis die eingeklagte Forderung grundbücherlich einverleibt wurde, wenn zugleich dargethan wird, daß gegen die fragliche Einverleibung grundbücherlich weder ein Refkurs noch ein Rechtsstreit angemerkt erscheint.

10) Die Einzelbestimmungen des Mandatsprozesses sind aus den citirten zwei Spezialgesetzen vom Jahre 1855 und 1859 zu entnehmen. Die Wichtigkeit dieser Prozeßform für die Hypothekarklage liegt auf der Hand, wenn man bedenkt, daß der Hypothekargläubiger in der Regel mit jenen Urkunden ausgestattet ist, die zur Einleitung dieses Prozesses gefordert werden, da er ja in den meisten Fällen

die eigentliche, befriedigungsweise Exekution des Mandates, allein es kann der Gläubiger nach Ablauf der vierzehntägigen Judikatsfrist des Mandates die grundbücherliche Eintragung der (sicherstellungsweisen) Exekution, desgleichen die exekutive (sicherstellungsweise) Schätzung des Hypothekargutes und auch die sicherstellungsweise Sequestration desselben erwirken und dadurch der künftigen Exekutionsführung vorarbeiten.¹¹⁾

Kann wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen das Mandatsverfahren nicht eingeleitet werden, ist aber der klägerische Anspruch in quali et quanto mittelst vollgiltiger Privaturkunden dargethan, so kann der Kläger die Einleitung des Exekutivprozesses beantragen.¹²⁾ Ueber die Exekutivklage, welcher die Urkunden auch bloß in Abschrift beigelegt werden können, wird zwar immer das ordentliche mündliche (protokollarische) Verfahren eingeleitet, es kann aber der Kläger schon nach der ersten resultatlosen Tagfahrt die sicherstellungsweise Exekution in dem oben beim Mandatsverfahren angegebenen Umfange und mit der dort bezeichneten Wirkung durchführen.

Sind auch die Voraussetzungen zur Einleitung des Exekutivverfahrens nicht gegeben, so muß der Hypothekargläubiger, in allen Fällen aber kann derselbe behufs Geltendmachung des hypothekarischen Anspruches die Einleitung des allgemeinen prozessualischen Verfahrens (des ordentlichen oder summarischen, je nachdem der eingeklagte Betrag 500 fl. ö. W. im Hauptpetit übersteigt oder nicht) begehren. Der Hypothekargläubiger ist hierbei und namentlich im Falle des

den mit der Grundbuchsklausel versehenen Originalschuldschein vorlegen und mittelst eines Grundbuchsauszuges die Nichtstreitigkeit der Hypothekarpfost nachzuweisen vermag.

11) Die Vortheile dieser sicherstellungsweisen Exekution für den Gläubiger sind nicht unbedeutend. Die antizipirte exekutive Schätzung bewirkt, daß nach geschöpftem, rechtskräftigen, kondemnatorischen Urtheile sofort mit der exekutiven Feilbietung, also mit dem letzten Akte der Exekution vorgegangen werden kann; die sicherstellungsweise Sequestration beschafft für den Zeitpunkt des liquid gewordenen Hypothekarananspruches einen in der Hand des Sequesters oder des Gerichtes befindlichen, dem Gläubiger zu Statten kommenden Befriedigungsfond.

12) Dieser Prozeß ist normirt im § 298 der allg. G. D. und in den zur näheren Ausführung desselben erlassenen Hofdekretten vom 7. Mai 1839 Nr. 358 J. G. S., vom 13. Febr. 1795 Nr. 217 J. G. S. lit. L. und vom 25. Jan. 1841 Nr. 496 J. G. S.

ordentlichen schriftlichen Prozesses,¹³⁾ den Fährlichkeiten und Zögerungen des veralteten, für den Beklagten überaus schonenden, chikanösen Verschleppungen allzusehr zugänglichen streichischen Prozesses wie sonst unterworfen.¹⁴⁾

Auf dem einen oder anderen der angeführten Wege gelangt der Gläubiger in den Besitz einer exekutionsfähigen Urkunde in Betreff seines Hypothekarananspruches, die sich nach dem Gesagten darstellt als: exekutionsfähiger Notariatsakt, rechtskräftiges Mandat, rechtskräftiges Urtheil. Als Ersatz des gerichtlichen Urtheiles dient der mit gleicher Rechtswirkung ausgestattete gerichtliche Vergleich. Man versteht darunter¹⁵⁾ einen über eine eingebrachte Klage vor dem Gerichte abgeschlossenen Vergleich.¹⁶⁾ Die amtliche Ausfertigung des abgeschlossenen Vergleiches berechtigt den Hypothekargläubiger zur sofortigen Exekutionsführung.

13) Es mag daran erinnert werden, daß auch das sogenannte ordentliche mündliche und das summarische Verfahren in Wirklichkeit durchaus schriftliche Prozeßformen sind, nur daß bei ihnen die Prozeßreden nicht mittelst eigenen schriftlichen Anbringens zum Akt gebracht, sondern (in aller Regel fertig ausgearbeitet) zu Protokoll gegeben oder „gelegt“ werden; beim summarischen Verfahren insbesondere findet eine erweiterte Prozeßleitung des Gerichtes statt und sind die Rechtsmittel hinsichtlich ihrer Zulässigkeit, ihrer Durchführung und ihrer Fristen eingeschränkter geregelt.

14) Die prozeßhindernde Einrede der Inkompetenz; das Begehren um Leistung der aktorischen (den Beklagten bezüglich der Prozeßkosten sicherstellenden) Kaution; die gerichtliche Rekognosirung der Urkunden; zahllose Fristwerbungen oder Tagfahrtserstreckungen; Rekurse gegen prozeßleitende Entscheidungen des Gerichtes; die Erhebung von Inzidenzprozessen über die Zulassung sogenannter Neuerungen in den spätern Prozeßschriften und über die gerichtliche Aufbewahrung gewisser Prozeßurkunden, welche Inzidenzstreite bis zu ihrer rechtskräftigen Erlebigung den Hauptprozeß hemmen; der schleppende Gang des Beweisverfahrens mit gewechselten Beweisschriften; die weitläufig gestalteten Rechtsmittel (Appellation an die II., ordentliche und außerordentliche Revision an die III. Instanz) — das sind die Mittel, welche allzuhäufig dazu verwendet werden um die Liquidstellung des Anspruches über Gebühr zu verzögern.

15) Nach der Legaldefinition des Hofd. vom 22. Juni 1805 Nr. 735 J. G. S. und Hofd. vom 15. Jan. 1821.

16) Was sonst im Exekutionsverfahren des öst. Prozesses dem gerichtlichen Urtheile gleich gestellt wird: der Vergleich vor Polizei-, Gemeinde- und politischen Behörden, Entscheidungen der Gewerbegerichte u. s. w. kommt hier nicht in Frage, da die Entscheidung streitiger Hypothekaranprüche ausschließlich zur Kompetenz der ordentlichen Gerichte gehört.

Eine wichtige Ausnahme von dem gemeinen Exekutions-Rechte in Oestreich bilden die Privilegien, welche einzelnen großen inländischen Banken und Bodenkreditinstituten gestatten, mit Umgehung der gerichtlichen Kognition auf Grund ihrer eigenen gesetzlich genehmigten Statuten allein durch beglaubigte Auszüge aus ihren Hauptbüchern die formelle Liquidstellung ihrer Hypothekansprüche zu bewirken.¹⁷⁾ Diese Auszüge müssen sonach gleichfalls den exekutionsfähigen Urkunden beizählt werden.¹⁸⁾

§ 44.

II. Prozessuale Durchsetzung des liquiden Hypothekanspruches (Exekution).

Der mit einer exekutionsfähigen Urkunde über den Bestand und die Höhe seiner Hypothekarforderung versehene Gläubiger kann im Allgemeinen seine Befriedigung aus der Hypothek in zweifacher Weise suchen. Einmal durch exekutive Sequestration, indem die Verwaltung und Nutzung des Hypothekargutes dem Besitzer desselben entzogen und einem Dritten anvertraut wird, welcher daraus ein Einkommen erzielt, das zur Befriedigung des Gläubigers dienen soll; sodann durch exekutive Feilbietung, indem das Hypothekargut in öffentlicher Versteigerung an den Meistbietenden hintangegeben und der Erlös zur Befriedigung des Gläubigers verwendet wird.

Nur ganz ausnahmsweise ist dem Hypothekargläubiger der zweite Weg verschlossen und derselbe auf die exekutive Sequestration als einziges Mittel seiner Befriedigung angewiesen.¹⁾ In allen anderen

17) Hierher gehören 1) die österr. ungar. Bank als Hypothekenbank nach § 11 c. ihrer am 28. Juni 1878 im R. G. B. unter Nr. 66 staatlich publizirten Statuten; 2) die allgem. österr. Bodenkreditanstalt in Wien nach Art. 85 c. ihrer mit R. B. vom 1. Juni 1864 in Nr. 49 R. G. B. veröffentl. Statuten und 3) die Hypothekenbank für das Königreich Böhmen nach § 39, 3 ihrer Statuten vom 26. Dez. 1864 Nr. 99 R. G. B.

18) Die ähnlichen Bestimmungen hinsichtlich des kaufmännischen Pfandrechtes nach Art. 310 und 311 des H. G. gehören nicht hieher, weil sie nur das Faustpfand betreffen.

1) Diese Ausnahme tritt ein: wenn die Verpfändung lediglich ad fructus erfolgt war, § 457 a. b. Gb. (oben S. 48); wenn das Pfandobjekt ein Fideikommissgut ist, nach § 642 a. b. Gb.; wenn der Erbzinsherr wegen schuldigen Zinses auf das Gut Exekution führt, § 1135 a. b. Gb. Nach einem Beschlusse des ob. Ohs.

Fällen steht die Wahl der Exekutionsart im Belieben des Exekutionsführers. Wenn er in schlechter Priorität steht, wenn ein günstiger Verkauf des Gutes nicht zu erwarten ist, wenn seine Forderung eine verhältnißmäßig geringe ist und mittelst des zu erwartenden Sequestrationsertrages ihre Deckung in Aussicht steht, wird der Gläubiger durch sein eigenes Interesse auf den Weg der Sequestration gewiesen. In anderen Fällen wird er die exekutive Feilbietung als die ihm günstigere Befriedigungsart wählen.

Beide Exekutionsarten können neben einander in Angriff genommen werden, und es bedient sich die Praxis sogar häufig der Sequestration neben der Subhastation, um dadurch auch das Gutserrägniß jener Zeit zur Befriedigung heranzuziehen, während welcher die exekutive Versteigerung in Vorbereitung und Durchführung begriffen ist.

Wir wollen nunmehr die formale Gestaltung einer jeden dieser beiden Exekutionsarten einer kurzen Betrachtung unterziehen:

1. Die exekutive Sequestration.

Die in Oestreich zur Zeit bestehenden gesetzlichen Bestimmungen über die exekutive Sequestration sind dürftig und ungenügend. Sie beschränken sich auf den § 320 der allgemeinen Gerichtsordnung vom Jahre 1781, nebst einigen erläuternden Hofdekretten,²⁾ und nur ergänzungsweise können die §§ 292 bis 297 der a. O. D., welche von der Sequestration als einstweiliger Vorkehrung zur Sicherstellung der Ansprüche verschiedener Interessenten an Einer Sache handeln, auf unseren Fall bezogen werden.³⁾ Man ist hier also vielfach auf den Weg der Analogie und auf Argumente aus der Natur der Sache angewiesen. —

vom 19. Febr. 1873 (Spruch-Rep. Nr. 41, OUV. 484) kann auch auf Ausbedinge die Exekution nur durch Sequestration geführt werden.

2) Siehe Hofd. vom 27. Febr. 1784 Nr. 248 J. G. S., Ref. vom 31. Okt. 1785 Nr. 489 J. G. S. lit. ff. und zz., Hofd. vom 4. Juni 1792 Nr. 22 J. G. S., Hofd. vom 12. Okt. 1790 Nr. 63 J. G. S.

3) Das Gleiche gilt von jenen wenigen Stellen des a. b. Gb., welche des Sequesters erwähnen, so § 348 und 968. Das Gemeinsame dieser Fälle mit unserer exekutiven Sequestration besteht lediglich darin, daß eine Sache im Interesse verschiedener Rechtsansprecher unter Intervention des Gerichtes einem Dritten übergeben wird. Während es sich aber dort nur um den Schutz der Sache gegen fremden Eingriff, also um die Erhaltung der Sache handelt, verfolgt die exekutive Sequestration den Zweck die Ertragsfähigkeit derselben zur Befriedigung fremder Rechte auszunützen, sie muß also die Sache in den Zustand wirthschaftlicher Bewegung

1) Die Rechtsstellung des zur Verwaltung der exekut. sequestrirten Sache aufgestellten Sequesters ist nicht die eines Depositars, da seine Thätigkeit niemals auf die Verwahrung der Sache eingeschränkt ist (§ 960 a. b. G.). Der Sequester ist aber auch nicht lediglich als ein Bevollmächtigter des Exekutionsführers anzusehen,⁴⁾ er nimmt vielmehr eine Mittelstellung ein zwischen einem Mandatar und einem gerichtlich bestellten Kurator. Mit jenem hat er gemein, daß er zur Wahrung der Interessen anwesender eigenberechtigter Personen (auf deren Verlangen) berufen ist, mit diesem, daß er vom Gerichte bestellt, abberufen, und mit einer gesetzlich umgrenzten Vollmacht ausgestattet wird. In den Einzelfragen kommt bald diese, bald jene Seite seines Charakters zur vorwiegenden Geltung.

2) Die Sequestration wird durch Gesuch begehrt. Dasselbe ist von dem mit der exekutionsfähigen Urkunde versehenen Gläubiger bei demjenigen Gerichte anzubringen, welches das Mandat oder Urtheil (in I. Instanz) geschöpft, oder vor welchem der Vergleich abgeschlossen worden; in jenen Fällen aber, wo der hypothekarische Anspruch der gerichtlichen Kognition gar nicht unterzogen worden ist, bei dem Realgerichte. Gegen den Besitzer des Hypothekargutes gerichtet, begehrt das Gesuch die Bewilligung der exekutiven Sequestration, Bestellung der vom Exekutionsführer unter Einem vorgeschlagenen Person zum Sequester, Einführung des letzteren in den Besitz des Gutes, und Anmerkung der Sequestrationsbewilligung im Grundbuche. Damit ist jedoch das Petit gemäß § 320 a. G. D. noch nicht erschöpft. Nach dieser Gesetzesstelle ist nämlich die Sequestration der Früchte und Nutzungen einer Realität nur zulässig, nachdem vorher oder gleichzeitig dem Gläubiger „hierauf“ das Pfandrecht erteilt und bücherlich „vorge-merkt“ wurde. Die „Vormerkung“, von der hier die Rede ist, kann nicht im moderntechnischen Sinne, nach dem Sprachgebrauch des G. B. G.,

zu versetzen oder in demselben zu halten suchen. Aus der Verschiedenheit des Charakters und Zweckes dieser beiden Sequestrationen müssen sich nun nothwendig verschiedene Rechtsregeln für dieselben ergeben, was von Jenen verkannt wird, welche ohne Weiteres alle Bestimmungen der a. G. D. und des a. b. Gb., die von obiger Sequestration handeln, auch auf die exekutive Sequestration anwenden wollen. Den richtigen Weg zeigt indessen schon der § 960 a. b. Gb.

4) Siehe Gspan Abhandlung über die gesetzmäßige Befriedigung konkurrierender Gläubiger, II, S. 115.

als Gegensatz zur Einverleibung, sondern nur als mit „Einverleibung“ identisch genommen werden, da es sich hier nicht um einen bedingten, einer nachträglichen Rechtfertigung bedürftigen, sondern um einen unbedingten Rechtserwerb handelt (Erwerb des sog. Exekutionsrechtes); hiermit übereinstimmend wird in der Praxis stets die „Einverleibung“ des exekutiven Pfandrechtes begehrt und bewilligt. Auch in der anderen, nach dem Wortlaute des § 320 cit. zweifelhaften Frage, ob nämlich die Pfändung der Früchte und Nutzungen, oder des Gutes, von welchem jene gezogen werden sollen, zu begehren und zu bewilligen sei, entscheidet die Praxis durchaus für die richtige zweitgenannte Alternative, also in Uebereinstimmung mit der oben S. 49 ff. dargelegten Ansicht, daß das Pfandrecht »ad fructus« die Realität selbst zu seinem Objekte habe und sich lediglich in der Modalität seiner Verwirklichung von dem Pfandrechte »ad corpus« unterscheide.

Es ist aber weiterhin zu erwägen, daß sich die Vorschrift des § 320 cit. auf die Exekution einer Forderung schlechtthin, und nicht speziell auf den Fall bezieht, der uns hier allein beschäftigt, daß nämlich ein Hypothekargläubiger Exekution führt. Hier nun scheint es überflüssig zu sein und zu Mißverständnissen Anlaß zu geben, wenn der Exekutionsführer um die „Einverleibung“ des exekutiven Pfandrechtes einschreitet. Denn er bedarf nicht erst der Gewährung eines dinglichen Rechtes durch Pfandrechtseinverleibung, da er dasselbe als Hypothekargläubiger bereits hat, und zwar häufig in einer besseren Priorität, als diejenige ist, die ihm zur Zeit der Exekutionsführung durch den Richter eingeräumt werden könnte. Woran es dem Hypothekargläubiger allein noch fehlt, das ist die formellrechtliche Liquidität seines Hypothekanspruches, und diese wird ihm durch Anmerkung der Exekution auf Grund des produzierten rechtskräftigen Urtheiles oder gerichtlichen Vergleiches gewährt.⁵⁾

3) In Betreff der Person des Sequesters ist in erster Linie der Vorschlag des Exekutionsführers maßgebend. Dieser kann sich selbst (Res. vom 31. Okt. 1785 Nr. 489 J. G. S. lit. ff. u. zz.) oder einen beliebigen Dritten in Vorschlag bringen und die vor-

5) S. hierüber noch unten S. 340 fg.

geschlagene Person wird zum Sequester bestellt, wenn sie nicht offenbar zum fraglichen Zwecke untauglich ist.

Der Exekut kann sein rechtliches Interesse an der Wahl der Person des Sequesters geltend machen, indem er mittelst Gesuches gegen den aufgestellten Sequester sich verwahrt und die Gründe für dessen Untauglichkeit dem Gerichte bekannt giebt. Hierüber hat das Gericht beide Theile zu vernehmen, eventuell auch Erhebungen zu pflegen, und sodann nach freiem Ermessen, unter Vorbehalt des Rekurses für den anderen Theil, seine Verfügung zu treffen.⁶⁾

4) Eine mehrfache Sequestration desselben Gutes von Seiten verschiedener Gläubiger ist im Hofdekr. vom 6. Mai 1814 Nr. 1085 J. G. S. ausdrücklich als zulässig erklärt, wobei hinzugefügt wird, daß hierdurch „der frühere Sequestrationswerber in seinem früheren Besitzrechte nicht beirrt“, auch kein neuer Sequester bestellt, sondern der frühere angewiesen werden soll, auch auf die spätere Sequestration „Bedacht zu nehmen“. Ueber den materiellen Inhalt dieser „Bedachtnahme“ ergibt sich aus dem rechtlichen Umfang der Pfandhaftung (a. b. G. B. § 457) in Kürze dieses:⁷⁾ Der Sequester hat die bis zum Zeitpunkte der nachfolgenden Sequestration eingehobenen Früchte und Erträgnisse ausschließlich⁸⁾ zur Befriedigung des ersten Exekutionsführers zu verwenden, ohne Rücksicht auf die Priorität seines Pfandrechtes; darin besteht die in dem angeführten Hofdekret angeordnete Wahrung „der früheren Besitzrechte“ desselben. Sobald aber eine zweite, dritte Sequestration verhängt ist, bilden die nach derselben perzipirten Früchte eine Befriedigungsmasse, aus welcher der sie verwaltende Sequester die sämtlichen Exekutionsführer nach ihrer bürgerlichen Priorität (ohne Rücksicht auf die Zeitfolge ihrer Exekutionsrechte)

6) Zu billigen ist die Entscheidung des ob. Ohs vom 12. Dez. 1865 J. 10493 G. W. 2343, wonach in solchen Fällen während der anhängigen Verhandlung über die Person des Sequesters der vorläufig über Vorschlag des Exekutionsführers bestellte Sequester in seiner Stellung zu belassen ist, weil sonst der Exekut auf längere Zeit die Sequestrationsführung illusorisch machen könnte.

7) Die hier maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte sind schon oben S. 278, 279 bezeichnet; s. daselbst auch die einschlagenden oberstgerichtl. Entsch. (Note 23); übrigens auch Gspan, a. a. O. II, § 270, 286.

8) Mit der einzigen Einschränkung hinsichtlich der laufenden Zinsen älterer Satzposten, wovon sogleich die Rede sein wird.

zu befriedigen hat, so daß der jeweils im Range Nachfolgende erst dann etwas erhält, wenn sein Vorgänger (mit Kapital, Zinsen und Kosten) voll befriedigt ist. Einen allfälligen Ueberschuß (a. b. G. B. § 464) erhält der Eigenthümer.

Eine anomale Modifikation erleiden diese Gebahrungsgrundsätze dadurch, daß dem exekutiven Sequester gesetzlich aufgetragen ist, aus den Gutserträgnissen die Zinsen auch solcher Hypothekarkapitalien zu bezahlen, für welche keine Exekution gesucht und bewilligt ist. Das Hofdekr. vom 12. Okt. 1790 Nr. 63 J. G. S. (Michel, 886) bestimmt: „durch die von einem Gläubiger bewirkte Sequestration der Einkünfte einer Realität könne der schuldigen Abführung der Interessen von den auf die sequestrirte Realität bereits früher vorgemerkten Kapitalien nicht der mindeste Abbruch geschehen, sondern solche Interessen seien auch von dem Sequester, soweit die Einkünfte reichen, nach Ordnung der Priorität der Kapitalien abzuführen, und könne der Sequestrationswerber seine Rechte nur soweit geltend machen, als von den Einkünften des sequestrirten Gutes, nach Abzug der Interessen der auf demselben vorgemerkten Kapitalien, etwas erübrigt.“ Eine Anomalie ist dieses insofern, als hier die unserem Privatrecht fremde Auffassung zu Grunde liegt, wonach die Zinsen von Satzkapitalien (etwa gleich den Realsteuern) notwendige Auslagen ex re seien, welche das Gutserträgniß ipso jure mindern; denn nur so gelangt man dazu, dem Exekutionsführer einen Theil der Einkünfte des Exekuten vorzuenthalten, auf welche kein Anderer ein Exekutionsrecht erworben hat. Uebrigens aber läßt sich die Bestimmung aus Utilitätsgründen wohl rechtfertigen; denn sie erspart allen Betheiligten Zeit und Geld, da ohne sie beim Eintritt der exekutiven Sequestration für eine Post die Inhaber aller übrigen in der Regel gezwungen wären, mindestens für ihre fälligen Zinsenansprüche, ebenfalls die Exekution zu suchen,⁹⁾ nach deren Bewilligung alsdann die Vertheilung der Erträgnisse so vor sich ginge, wie sie unserer Verordnung nach ipso jure schon erfolgt. — Der Sequester hat sich also bei der Gebahrung mit den Einkünften so zu verhalten, als ob sämtliche haftenden Hypothekarzinsforderungen das

9) Denn der Exekut wird in den meisten Fällen, der Einkünfte aus seinem unbeweglichen Gut beraubt, anderweitig die Mittel zur Zahlung der übrigen Hypothekarzinsen nicht aufbringen können.

Exekutionsrecht erworben hätten. Danach versteht sich, daß die fälligen (auch rückständigen aber noch nicht verjährten) Zinsen von solchen Kapitalien, welche der Forderung des Exekutionsführers bürgerlich vorgehen, auch vor dieser zur Zahlung kommen müssen; auf die Zinsen von ihr nachstehenden Posten aber entfällt erst dann etwas, wenn der Sequestrationswerber selbst mit Kapital und Nebengebühren befriedigt ist.¹⁰⁾

5) Ueber den Umfang der Befugnisse des exekutiven Sequesters enthalten die Gesetze nur sehr spärliche Auskunft. Der § 320 a. G. O. bestimmt als Wirkungskreis des Sequesters die „Einhebung der Früchte oder Gefälle“, hingegen weist das cit. Hofdekr. von 1790 den Sequester an „die Interessen den Hypothekargläubigern nach der Priorität der Kapitalien abzuführen“ und das Hofdekr. vom 6. Mai 1814 Nr. 1085 Z. G. S. spricht davon, daß der Sequester bei einer mehrfachen Sequestration „bei der Verwaltung des Gutes und Legung der Rechnung auch auf die weitere Sequestration Bedacht zu nehmen habe“. Aus dem Zusammenhalte dieser Stellen geht hervor, daß der nächste Wirkungskreis des Sequesters allerdings in der Einhebung der Früchte besteht, daß er aber an Verwaltungsbefugnissen hinsichtlich der sequestrirten Realität so viel besitzt, als zur sicheren Erreichung dieses Zweckes erforderlich ist. Man wird dem Sequester nicht das Recht zugestehen wesentliche Aenderungen mit der Substanz der Pfandsache oder in der Art ihrer Bewirthschaftung vorzunehmen, wird ihn aber in den Stand setzen müssen Alles vorzukehren, was zur vollständigen und sicheren Einbringung der Nutzungen des Gutes erforderlich ist. Hierzu gehört nicht blos das Recht zur Aufnahme von Arbeitskräften, Aufwendung von Herstellungskosten, Verkauf der erzielten Naturalfrüchte, Einhebung der Mieth- und Pachtgelder nebst klageweiser Geltendmachung aller daraus hervorgehenden Ansprüche, sondern auch die Eingehung neuer und die Aufhebung bez.

10) Ebenso Gspan, a. a. O. II, § 274, und das Hofdekr. v. 20. Jan. 1834, Z. G. S. 2638 (Mischel, 888). Die entgegengesetzte Ansicht, wonach der Exekutionsführer auf seine Kapitalforderung erst nach Zahlung sämtlicher, auch der postloziten Zinsen, etwas erhalte, mißdeutet den Schlusssatz des im Text angef. Hofd. (wo die Worte „bereits früher“ aus dem ersten Satze hinzuzudenken sind), und gelangt zu dem unmöglichen Ergebnis, daß der erste Saßgläubiger auf einem Fideikommissgut sein Kapital nie eintreiben könnte, falls die Zinsen späterer Schulden das Erträgnis aufzehren.

Aufkündigung bestehender Mieth- und Pachtverträge.¹¹⁾ Durch seine Verwaltungshandlungen kann sich der Sequester, soweit er dolos oder ohne die erforderlichen Vorrichtungen und Fähigkeiten gehandelt hat, den Interessenten, also dem Pfandgutbesitzer ebenso als den Hypothekargläubigern, die dadurch zu Schaden kommen, verantwortlich machen.¹²⁾

6) In Betreff der Kosten der Sequestrationsverwaltung kommt einmal der Aufwand in Betracht, der zum ordentlichen Wirthschaftsbetriebe der sequestrirten Realität gehört. Unbedenklich wird dem Sequester die Befugniß zuzuerkennen sein, diesen Aufwand aus den eingehenden Sequestrationsgeldern gegen nachfolgende Verrechnung zu decken. Außerordentlichen, über den ordentlichen Wirthschaftsbetrieb hinausreichenden Aufwand wird der Sequester, gleich einem Kurator, nur mit Zustimmung des Sequestrationsführers und des Exekuten, im Falle einer Meinungsverschiedenheit unter diesen aber nur mit Genehmigung des Sequestrationsgerichtes machen dürfen. Eine Entlohnung für seine Mühewaltung darf der Sequester nach § 1004 a. b. G. B. ansprechen, wenn eine solche ausdrücklich oder nach dem Stande des Sequesters stillschweigend bedungen erscheint. Nur werden wir¹³⁾ zur Zuerkennung einer Entlohnung in bestimmter Höhe an den Sequester nicht den Sequestrationsführer allein für befugt halten, sondern hiezu auch die Zustimmung des Exekuten fordern. Im Falle der Uneinigkeit unter den Betheiligten hat das Gericht, gleichwie im Falle der Kuratel und Massaverwaltung im Konkurse, die Kostenbestimmung vorzunehmen.

Auch bezüglich der Eintreibung seiner Kosten ist der Sequester nicht als ein Gewalthaber des Sequestrationsführers zu behandeln und mit seiner Forderung an diesen zu weisen, sondern es hat das Gericht ihn zur Selbstbezahlung aus den Sequestrationsgeldern zu ermächtigen.¹⁴⁾

11) Es ist in dieser Beziehung der Entsch. des ob. G. H. vom 26. Sept. 1860 Z. 8830 GWW 1195 der Vorzug zu geben vor der Entsch. vom 8. Juni 1859 Z. 5791 GWW. 805, welche letztere dem Sequester das Recht abspricht einen vom Eigenthümer abgeschlossenen Miethvertrag zu kündigen.

12) § 1299 und 1300 a. b. G. B.

13) A. M. Gspan, II, § 267.

14) Die entgegengesetzte Ansicht von Gspan, II, § 288 ff. scheint verfehlt. Sie geht von der unrichtigen Auffassung aus, daß der Sequester im Wesentlichen

7) In Beziehung auf die Rechnungslegung des exekutiven Sequesters fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung. Wir halten hier die analoge Anwendung des § 297 a. O. D. für statthaft. Demgemäß ist der Sequester zur gerichtlichen Rechnungslegung nach beendigter Sequestration, oder wenn diese mehr als ein Jahr dauert, binnen 30 Tagen nach Ablauf eines jeden Jahres zu verhalten; die Rechnung wird vom Gerichte nach Einvernehmung des Exequenten und des Exekutiven genehmigt, oder beziehungsweise den Dissidenten der Rechtsweg offen gehalten.¹⁵⁾

8) Ist die Sequestrationsrechnung gelegt und genehmigt, so wird es sich bei der Vertheilung der Sequestrationsgelder in aller Regel nicht mehr handeln um die Deckung der Kosten des Wirtschaftsbetriebes, nicht um die Bezahlung von Steuern, öffentlichen Abgaben und Zinsen der auf dem sequestrirten Gute in vorgehendem Rang haftenden Kapitalien, auch nicht um die Entlohnung des Sequesters, da alle diese Zahlungen schon vom Sequester selbst theils im Laufe der Sequestrationsführung, theils nach deren Beendigung bewirkt sind. Es wird sich in der Regel nur noch handeln um die Verwendung eines vorhandenen Rechnungsüberschusses zur Befriedigung der Forderungen des Sequestrationsgläubigers, oder im Falle mehrfacher Sequestration der mehreren Sequestrationsgläubiger, und um die Abfuhr einer etwaigen Hyperocha an den Pfandgutsbesitzer. Das Gesetz schreibt nicht vor, wer diese Vertheilung vorzunehmen beziehungsweise zu entwerfen habe. Nach der Natur der Sache kann sowohl der

nur als ein Machthaber des Exekutionsführers zu behandeln und somit von diesem zu entlohnen sei; daß der Sequester, auch wenn man ihn als Kurator behandeln wollte, doch nur als ein Kurator ad actum, d. i. zur Einhebung der Früchte und Nutzungen des sequestrirten Gutes erscheine. Hingegen ist oben an der Hand der gesetzlichen Bestimmungen gezeigt, daß dem Sequester allerdings auch weitreichende Befugnisse hinsichtlich der Verwaltung des Gutes zukommen und daß die Führung der Sequestration innerhalb gewisser Grenzen allen Hypothekargläubigern zu Statten kommt; wir halten darum die in der Praxis angenommene Gleichbehandlung der Kosten des Sequesters mit den Massekosten im Konkurse, welche Spanien bekämpft, für wohl begründet.

15) Von dem oben bekämpften Standpunkte Spanien's, wonach der Sequester lediglich Mandatar des Sequestrationsführers sein soll, wäre der gesetzlich statuirte Einfluß des Exekutiven auf die Prüfung und Genehmigung der Rechnung unbegründbar.

Sequestrationsführer als der Exekut gerichtlich um diese Vertheilung einschreiten. Das Gericht wird die Betheiligten bei einer Tagfahrt vernehmen, sodann den Vertheilungsbescheid erlassen und eine widerstrebende Partei ähnlich wie bei der Meistbotsvertheilung¹⁶⁾ auf den Rechtsweg verweisen.

9) Gedenken wir schließlich jener Fälle, wo nicht der Grundbuchskörper seinem Eigenthum nach, sondern eines der oben S. 54 fg. aufgezählten bürgerlichen Rechte den Gegenstand der Verpfändung gebildet hat, so wird hinsichtlich des Nutzungseigenthums, des Nießbrauchs, der intabulirten Bestandrechte, der bürgerlichen Realklastberechtigungen, und des sog. Bergwerkeigenthums, da diese Rechte die Benützung der Realität und die Gewinnung von Naturalfrüchten zu ihrem Inhalte haben, die exekutive Sequestration in der bisher dargestellten Weise und mit den angegebenen Rechtswirkungen sich vollziehen. Dasselbe gilt in analoger Anwendung von der Sequestration der Eisenbahnen.¹⁷⁾ — Im Falle des Pfandrechtes aber findet nicht eigentlich eine Sequestration der belasteten Sazpost statt, sondern es werden dem Pfandgläubiger die Zinsen derselben nach bewilligter Exekution eingeworfen und zugleich wird der Pfandgutbesitzer angewiesen diese Zinsen dem Pfandgläubiger auszuzahlen.¹⁸⁾ In Betreff der Zinsforderung tritt dadurch der Pfandgläubiger an die Stelle des Hauptpfandgläubigers und kann, wenn die Zahlung zur rechten Zeit nicht erfolgt, auch zur exekutiven Sequestration des Pfandgutes selbst schreiten.

2) Die Exekution durch Veräußerung des Hypothekargutes.

§ 45.

Vorbereitende Schritte.

Wenn der mit einer exekutionsfähigen Urkunde über seinen Anspruch versehene Hypothekargläubiger durch Veräußerung des Hypo-

16) S. darüber unten § 74.

17) Mag dieselbe im ordentlichen Rechtswege oder im Verwaltungswege abhängt sein. Näheres über die Vertheilung der Erträgnisse und die dabei obwaltende Rangordnung s. unten § 62, Ziff. 5; Eisenbahnbüchergesetz (v. 19. Mai 1874, R. G. B. 70) § 47.

18) Hofdekr. v. 4. Juni 1792, S. O. S. 22.

thekargutes aus dem Werthe desselben seine Befriedigung erlangen will, hat derselbe nach der a. G. D. §§ 322 bis 339, drei Exekutionsgrade durchzuführen: Er muß das exekutive Pfandrecht erwerben, die exekutive Schätzung erwirken und den exekutiven litigatorischen Verkauf, die Feilbietung des verpfändeten Gutes vornehmen lassen.

I. Bezüglich des ersten Exekutionsgrades ist zu bemerken, daß demselben in unserem Falle, wo der Hypothekargläubiger zur Exekution schreitet, eine wesentlich nur formale Bedeutung zukommt. Wenn sonst ein Gläubiger auf ein unbewegliches Gut seines Schuldners Exekution führen will, da hat der erste Exekutionsgrad die sehr wichtige materielle Bedeutung, daß der bis dahin nur persönlich Berechtigte ein dingliches, sofort seiner Verwirklichung entgegenliegendes Recht, das exekutive Pfandrecht, erwirbt. Mit diesem Pfandrechte erst faßt der Gläubiger Fuß im Grundbuche, er gewinnt in einer bestimmten Rangordnung den dinglichen Anspruch auf Einbringung seiner Forderung aus dem Werthe eines bestimmten Vermögensstückes des Schuldners. Für diese Fälle allein nun ist die Bestimmung des § 322 a. G. D. berechnet, welche verfügt, daß der Richter dem Gläubiger auf das unbewegliche Gut das Pfandrecht erteilen, und verwilligen solle, daß das Urtheil oder der Vertrag (Vergleich) im Grundbuche einverleibt werde.¹⁾ Für unseren Fall aber, da der Hypothekargläubiger zur Exekution schreitet, ist die vollständige Anwendung des § 322 a. G. D. nicht am Platze, da der ohnehin dinglich Berechtigte und in einer bestimmten Rangordnung im Grundbuche stehende Hypothekar ein „wirkliches Pfandrecht“ nicht erst zu erlangen braucht und insbesondere niemals seine frühere bessere Rangordnung zu Gunsten einer erst neu zu erwerbenden aufzugeben hat. Den Mangel einer gesetzlichen Bestimmung darüber, worin der I. Exekutionsgrad in unserem Falle bestehe, hat eine verbreitete Praxis dadurch beseitigt, daß sie von den beiden genannten, im § 322 enthaltenen Theilen des ersten Exeku-

1) Die Formulirung dieser Gesetzesstelle ist nicht ganz zutreffend, weil nicht das Pfandrecht zu erteilen und das Urtheil einzuverleiben, sondern auf Grund des Urtheiles die Exekution (Pfandrechtsmittel) zu erteilen und sodann das Pfandrecht einzuverleiben ist. Aber daß das Gesetz nur eben letzteres sagen wollte, unterliegt keinem Zweifel und geht auch aus dem unmittelbar folgenden § hervor, welcher mit den Worten beginnt: „Nach geschäpener Einverleibung und dadurch wirklich erlangtem Pfandrechte u. s. w.“

tionsgrades den einen, nämlich die Bewilligung und Einverleibung des Pfandrechtes, fallen läßt, und sich mit der Bewilligung und grundbücherlichen Anmerkung der Exekution auf Grund des gefällten Urtheiles oder geschlossenen Vergleiches begnügt. Auf Grund eines Ansuchens um letztere Bewilligung wird vom Gerichte die Exekution erteilt und dieses im Grundbuche angemerkt, womit der I. Exekutionsgrad vollzogen erscheint. Diese Art des Vorgehens (welche jetzt auch durch die Formularien zum G. B. G. unterstützt wird) hat die innere Folgerichtigkeit für sich, da der I. Exekutionsgrad in Betreff einer mit Hypothek schon bedeckten Post eben nur in der grundbücherlichen Ersichtlichmachung der Vollstreckbarkeit der Hypothekarforderung bestehen kann.²⁾

Dem I. Exekutionsgrade fällt sonach die Aufgabe zu, die erzielte prozessualische Liquidität der Hypothekarforderung in die Rechtssphäre des Grundbuches zu übertragen und sie dadurch auch gegenüber nachfolgenden Besitzveränderungen am Hypothekargut zu erhalten. In diesem Sinne schließt sich der I. Exekutionsgrad aufs innigste dem vorausgegangenen Prozeß um die Liquidität der Hypothekarforderung an und folgt diesem auch in Betreff der Gerichtskompetenz, da es ein ausnahmsloser Grundsatz des östr. Exekutionsverfahrens ist (§ 69 der E. J. R.), daß der I. Exekutionsgrad nur von jenem Gerichte bewilligt werden kann, welches über die zu exequirende Forderung durch Urtheil

2) Die dieser Ansicht scheinbar entgegenstehende oberstergerichtliche Entscheidung vom 6. Oktober 1872 GUB. 4740, welche das vom Hypothekargläubiger nach gesprochenem Urtheile eingebrachte Gesuch „um Anmerkung der Exekution zur Hereinbringung der Hypothekarforderung“ abweist, enthält in Wahrheit nur die Abweisung eines verfehlt angebrachten Gesuches aus formalen Gründen, wie dies aus der Motivirung: „es könne eine Exekution, die nicht angesucht wurde und daher auch nicht bewilligt werden konnte, nicht im Grundbuche angemerkt werden“ hervorgeht. Die dem § 322 a. G. D. hier gegebene Deutung entspricht übrigens vollkommen dem § 426 der westgalizischen G. D., welcher sagt: „Wenn der Kläger auf ein liegendes Gut Exekution führen wollte, so soll der Richter ihm auf sein Anlangen hierauf das Pfandrecht, so fern er dasselbe nicht schon durch vorläufige Vormerkung erwirkt hätte, erteilen und verwilligen, daß der Spruch zu dem Ende . . . in den öffentlichen Büchern einverleibt werde.“ Demgemäß wird auf dem Geltungsgebiete der wg. G. D. der I. Exekutionsgrad stets durch Anmerkung vollzogen, während auf dem Gebiete der a. G. D. theils ebenso, theils aber nach dem Wortlaut des § 322 cit. die Einverleibung des exek. Pfandrechtes verfügt wird. (Um auf andere Abweichungen des Exekutionsganges nach der wg. G. D. einzugehen fehlt hier der Raum.)

entschieden hat, oder vor welchem der betreffende Vergleich abgeschlossen ist.³⁾

II. Die exekutive Schätzung des Hypothekargutes bildet den zweiten Exekutionsgrad. Sie setzt den Vollzug des ersten voraus⁴⁾ und ist wie dieser wesentlich ein Hilfs- und Vorbereitungs mittel für den dritten und abschließenden Akt, für die exekutive Feilbietung.⁵⁾ Die exekutive Schätzung besteht in der unter Mitwirkung des Gerichts

3) Dieser Grundsatz kommt nur in dem Falle nicht zur Anwendung, wenn (wie beim exekutionsfähigen Notariatsakte) der Exekution eine Prozeßführung gar nicht vorausgegangen ist. Hier ist der erste Exekutionsgrad, bestehend in der Bewilligung und grundbücherlichen Anmerkung der Exekution für die mittelst der qualifizirten Urkunde begründete und im Grundbuche sichergestellte Forderung, zugleich der erste Akt der gerichtlichen Ingerenz überhaupt und ist zu dessen Vornahme nur die Realinstanz des Pfandgutes berufen, da kein Grund dafür vorhanden ist, daß außer dieser noch eine andere gerichtliche Instanz mit der Sache befaßt werde. Analog ist die Bestimmung des § 18 des Ges. v. 12. Juli 1872 Nr. 112 R. G. B.

4) Der Nachweis über diesen Vollzug kann auch mittelst einfachen Auszuges aus dem Grundbuche, worin das exekutive Pfandrecht einverleibt, beziehungsweise die bewilligte Exekution angemerkert erscheint, erbracht werden: Entsch. d. ob. Gh. vom 24. Febr. 1869 OLV. 3316.

5) Eine Vereinigung des ersten und des zweiten Exekutionsgrades läßt sich nach dem geltenden Gesetze auch im Mandatsverfahren nicht durchführen, da die im § 323 der a. G. D. für das ordentliche Prozeßverfahren vorgeschriebene Auseinanderhaltung der beiden ersten Grade, nach § 7 und 53 des Justiz-Hofd. vom 24. Okt. 1845 Nr. 906 J. G. S. bei unbeweglichen Sachen auch für das summarische Verfahren und folglich nach § 8 der I. Vdg. vom 21. Mai 1855 Nr. 95 R. G. B. auch für das Mandatsverfahren in Geltung steht.

Wenn die oberste Entscheidung vom 10. Dez. 1869, OLV. 3600 ihre entgegengesetzte Ansicht, wonach im Mandatsverfahren die exekutive Pfändung und exekutive Schätzung durch ein Gesuch begehrt und gleichzeitig vom Gericht bewilligt werden könne, mittelst eines argumentum a minori ad majus aus § 4 der J. M. B. vom 18. Juli 1859 Nr. 130 R. G. B. ableiten will, so scheint dem ein Mißverstehen der letztgenannten Gesetzesstelle zu Grunde zu liegen. Der § 4 cit. stellt fest, daß die Exekution zur Sicherstellung im Mandatsverfahren durch Pfändung und Schätzung, oder Sequestration geführt werden kann, und fügt hinzu, „daß diese Exekutionsarten auch gleichzeitig stattfinden können.“ Die Exekutionsarten, deren Gleichzeitigkeit hier als zulässig erklärt wird, sind aber nicht die Pfändung und die Schätzung, da diese nur zwei Grade derselben Exekutionsart bilden, sondern es werden hier Pfändung und Schätzung als die eine, der Sequestration als der anderen Exekutionsart entgegengesetzt und als mit einander vereinbar erklärt; über die Art der Durchführung der einzelnen Exekutionsakte ist im § 4 cit. nichts verfügt.

von sachverständigen Männern nach Untersuchung des Exekutionsobjektes erfolgenden Feststellung des gemeinen Geldwerthes desselben.

Die formelle Bedeutung des Schätzungsergebnisses liegt in der Vorschrift des § 326 a. G. D., wonach beim ersten und zweiten der anzuordnenden Feilbietungstermine das Pfandgut nicht unter dem Schätzungswerthe abgegeben werden darf. Erst beim dritten Termine fällt diese Schranke und wird das Objekt um jeden Preis verkauft.⁶⁾ Eine gesetzliche Bestimmung, die den Exekuten über Gebühr schonen will, aber weder dem wahren Interesse aller Betheiligten, noch dem Zuschnitt des heutigen, an rasche Umsätze gewöhnten, Verkehrs gerecht wird. Die gerichtliche Schätzung hat ihren materiellen Zweck, die Klarstellung der Werthverhältnisse, erfüllt, sobald sie stattgefunden hat. Die Höhe des zu erzielenden Kaufpreises aber bestimmt sich außer durch den Werth des Verkaufsobjektes nur noch durch die Konkurrenz der Kauflustigen. Was die letztere befördern kann, dient gleichmäßig dem Exekutionsführer wie dem Exekuten und den übrigen Hypothekargläubigern. Das unübersteigbare Minimum der beiden ersten Termine aber vermindert die Konkurrenz, indem es die Käufer, die auf den dritten Termin warten, um sich die Möglichkeit eines günstigeren Ankaufes zu wahren, von der Theilnahme an den beiden ersten Terminen abhält, daher denn auch thatsächlich der Verkauf des Gutes an einem der beiden ersten Feilbietungstermine zu den Seltenheiten gehört. Eine reformirende Exekutionsordnung wird daher das Erforderniß der drei Termine fallen lassen, dafür aber für die Publizität des Feilbietungsaktes in wirksamerer Weise Sorge tragen, als es gegenwärtig geschieht.⁷⁾

6) Im Geltungsgebiete der wg. G. D. findet die Hintangabe des Gutes um jeden Preis auch beim dritten Termin nicht Statt, wenn die gebotene Summe nicht zur Bezahlung aller bis zum Zeitpunkte der Schätzung eingetragener Hypothekforderungen zureicht. Es soll alsdann nach § 433 wg. G. D. so vorgegangen werden, „wie wegen des Verkaufes der Konkursgüter geordnet ist.“

7) Wenn in Folge der Zusammenziehung der drei Termine in einen Jedermann wissen wird, daß er als Meistbietender bei jeder gerichtlichen Feilbietung das Gut um jeden Preis kaufen kann, wenn dieser eine Termin mehrere Mal und zwar nicht blos im Amtsblatte, wo ihn nur Wenige suchen, sondern in anderer mehr geeigneter Weise bekannt gemacht, und wenn überdies durch Vereinfachung und Beschleunigung des Liquidationsverfahrens die Sorgen des großen Publikums vor gerichtlichen Ankäufen gehoben sein wird, — dann dürfte es seltener,

Die exekutive Schätzung ist eine Amtshandlung des Gerichtes; sie wird über Ansuchen des Exekutionsführers vom Gerichte bewilligt und unter gerichtlicher Aufsicht von Sachverständigen vorgenommen. Was die Zuständigkeit des Gerichtes betrifft, so steht einerseits fest (§ 51 und 10 der C. F. N.), daß die Vornahme der exekutiven Schätzung, als eines Realaktes, nur durch die Realinstanz erfolgen kann, und ist andererseits (nach § 323 a. G. D.) in allen Fällen dem Exekutionsführer gestattet sich auch um die Bewilligung des Aktes unmittelbar an die Realinstanz⁸⁾ zu wenden. Das ist zweckmäßig und genügend; nachdem durch die Einverleibung des exekutiven Pfandrechtes, beziehungsweise durch die Anmerkung der Exekution im Grundbuche, die Liquidität der Exekutionsforderung bei dem Pfandobjekte bücherlich festgestellt und von ihrer Basis, dem Erkenntnißverfahren, losgelöst ist,⁹⁾ liegt es im Interesse der raschen und sachgemäßen Abwicklung des weiteren Exekutionsverfahrens, daß sich fortan nur die Realinstanz mit demselben befaßt. Indessen pflegt in der Praxis auch der weitere Weg eingeschlagen zu werden, wonach die exekutive Schätzung bei dem Erkenntnißgerichte begehrt, von diesem bewilligt, und sodann die Realinstanz um die Vornahme derselben und um Mittheilung des Resultates angegangen wird.¹⁰⁾

Der die exekutive Schätzung bewilligende gerichtliche Bescheid setzt unter Einem die Gerichtskommission zur Vornahme fest. Für die Zusammensetzung und die Amtshandlungen dieser Gerichtskommission gelten im Ganzen dieselben Bestimmungen wie im Prozesse für den Fall der Beweisführung durch Sachverständige (§ 323, 187 fg. a. G. D.). Die Kommission besteht aus einem delegirten Richter oder Notar als

gegenwärtig vorkommen, daß Grundstücke und Gebäude (beim 3. Termine) wegen Mangels an Mitbietenden so sehr weit unter dem Schätzungswerthe (man erlebt $\frac{1}{2}$ bis $\frac{1}{20}$ dieses Werthes) hintangegeben werden müssen.

8) Entsch. v. 16. Juni 1876, OULB. 6186.

9) Hierin geht der oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 19. Mai 1869, OULB. 3415, so weit, daß er, nachdem einmal die ersten beiden Exekutionsgrade rechtskräftig vorgenommen waren, die exekutive Feilbietung bewilligte, trotzdem er zur Erkenntniß gelangt war, daß das zu Grunde liegende Urtheil zur Bewilligung der im Zuge befindlichen Exekution gar nicht zureichend gewesen sei.

10) Dieser Vorgang ist minder zweckmäßig, kann aber im Hinblick auf § 6 und 69 der C. F. N. und auf die Fassung des § 323 der a. G. D. nicht als ungesetzlich bezeichnet werden.

Gerichtskommissär, sodann aus zwei Sachverständigen (Bau- oder Grundschätzmeistern) und einem Schriftführer und vollzieht ihre Funktionen unter voller Parteienöffentlichkeit. Die Sachverständigen sind in aller Regel bei Gericht bestellte und ein für alle Mal beedete Männer, die unter Erinnerung an ihren Eid handeln, oder sie werden (wenn Sachverständige der genannten Art nicht verfügbar sind) über Vorschlag des Exekutionsführers und des Exekuten ad hoc vom Gerichte bestellt und beedet.¹¹⁾ Von Tag und Stunde der Amtshandlung sind die Parteien zu verständigen,¹²⁾ sie haben das Recht bei Aufnahme des Schätzungsbefundes zugegen zu sein und ihre Erinnerungen zu machen. Ueber die Zulässigkeit und Berücksichtigung der letzteren entscheidet der Gerichtskommissär, welcher auch seinerseits zur Erläuterung und Vervollständigung des Sachverständigenbefundes und Gutachtens Fragen zu stellen und Erinnerungen zu machen befugt ist. Der Befund selbst besteht in einer mehr oder minder eingehenden Beschreibung des Exekutionsobjektes, nach Lage, Größe, Bestandtheilen, Zustand und den sonstigen für seinen Werth maßgebenden Umständen; das hierauf gestützte Gutachten setzt den gemeinen Werth des Schätzungsobjektes in Geld an; für die Richtigkeit der Schätzung können die Sachverständigen, abgesehen von ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit, auch civilrechtlich nach § 1300 a. b. G. B. haftbar gemacht werden.

Wenn die Sachverständigen einverständlich eine Werthsumme gefunden haben, ist die Schätzung vollendet,¹³⁾ eine weitere „Ueberschau“

11) Beiden Parteien steht gegen die bestellten Schätzmeister in Rücksicht auf deren Fähigkeit und Unparteilichkeit das Recht der Einwendungen wie im Falle der Bestellung eines exek. Sequesters (siehe oben) zu, worüber das Gericht salvo recursu entscheidet.

12) Diese Vorschrift stützt sich auf § 195 a. G. D. und Hofd. vom 23. Okt. 1792 Nr. 65 F. G. E. Obwohl alle Grundbuchsinteressenten an dem Schätzungsergebnisse theilhaftig sind, wird nur der Exekutionsführer und der Exekutverständige; insbesondere hat der ob. Gh. mit Entsch. vom 11. Aug. 1874 OULB. 5489 ausgesprochen, daß im Falle der exekutiven Schätzung einer Haushälfte der Eigenthümer der anderen Hälfte von der Schätzungstagsfahrt nicht in Kenntniß gesetzt werden müsse.

13) Stimmen die Sachverständigen in der Summe nicht überein, so muß ein Dritter als Obmann beigezogen werden, und wenn dieser sich keinem der beiden abgegebenen Gutachten anschließt, muß Befund und Gutachten durch andere Sachverständige wiederholt werden (§§ 196 und 197 a. G. D.).

ist unzulässig; ¹⁴⁾ der so gefundene „Schätzungswert“ bildet in der oben bezeichneten Weise die Grundlage der Feilbietung. ¹⁵⁾

Von der Regel, daß jede exekutive Feilbietung ihre eigene exekutive Schätzung voraussetzt, diese aber nur Einmal erfolgt, wird nach beiden Richtungen unter Umständen eine Ausnahme zugelassen: Die in Einer Rechtsache vorgenommene exekutive Schätzung wird über Antrag eines Betheiligten, wenn von Seiten der anderen erhebliche Bedenken dagegen nicht geltend gemacht sind, als auch für eine andere Exekutionsführung maßgebend vom Gerichte erklärt, ¹⁶⁾ und es wird andererseits die in einer Exekutionsache vorgenommene exekutive Schätzung wiederholt werden müssen, wenn bis zum Feilbietungsbegehren ein so bedeutender Zeitraum verstrichen ist, daß eine erhebliche Aenderung der Werthverhältnisse im Allgemeinen oder an dem Exekutionsgegenstand im Besonderen anzunehmen ist. ¹⁷⁾

Schließlich muß erwähnt werden, daß gewissen großen Kreditinstituten, bei welchen der Staat ehrliche und vorsichtige Geschäftsführung voraussetzt, die exekutive Schätzung gesetzlich erlassen ist, wo sie eigene Pfandforderungen eintreiben. Vermöge bestimmter, diesen Anstalten ertheilter Exekutionsprivilegien nämlich vertritt die von ihren Organen vor Ertheilung des Hypothekendarlehens statutenmäßig vorgenommene Ermittlung des Werthes des Hypothekargutes die Stelle der exekutiven Schätzung und ergiebt den Ausrufspreis. ¹⁸⁾

14) § 200 a. G. D., Hofb. vom 27. Febr. 1784, J. G. S. 249. Kaum vereinbar hiemit ist die Entsch. v. 8. Nov. 1870. GUW. 3948, wo für den Fall da eine spätere Schätzung (in einer anderen Rechtsache) einen höheren Werth ergeben hatte, jedem Hypothekar ein Klagerrecht auf Sistirung der Feilbietung und Annullirung der früheren Schätzung anerkannt wurde.

15) Nach §§ 324 und 325 a. G. D. sollte, „wenn kein Theil 30 Tage nach der zu erheben gewesen Schätzung die Feilbietung angesucht hat, der Kläger schuldig sein, das Gut um die Schätzung zu übernehmen und der Beklagte es ihm dafür zu überlassen.“ Diese Bestimmung, welche, wenn die Parteien die Feilbietung verzögerten, den Exekuten expropriirte und den Exekutionsführer zum Eigenthümer wider Willen machte, wurde durch M. E. vom 16. Dez. 1851 Nr. 258 R. G. B. beseitigt, womit allerdings auch die Wichtigkeit des Schätzungsaktes für die Betheiligten erheblich vermindert ist.

16) Siehe die Entsch. d. ob. Gh. vom 27. Mai 1863 GUW. 1733.

17) Entsch. des ob. Gh. v. 12. Sept. 1877, GUW. 6551.

18) Siehe a) § 47 der mit Gesetz vom 27. Juni 1878 Nr. 66 R. G. B. publizirten Statuten der österreichisch-ungarischen Bank;

§ 46.

Die Feilbietung.

III. Die exekutive (Real-) Feilbietung, der dritte Exekutionsgrad, besteht in der unter Beobachtung bestimmter gesetzlicher Formen erfolgenden gerichtlichen Hintangabe des Hypothekargutes mittels einer öffentlichen Versteigerung mit der Wirkung, daß das Eigenthum des Exekutionsobjektes an den Meistbieter frei von allen jenen Pfand- und anderen dinglichen Lasten übertragen wird, welche in dem Meistbotserlöse keine Bedeckung finden. Die entscheidende Wichtigkeit dieses Aktes für alle Betheiligten liegt auf der Hand: dem Exekuten wird wider seinen Willen sein Eigenthum entzogen, alle anderen Interessenten verlieren ihre dinglichen Rechte ohne jeden Ersatz, soweit sie nicht vermöge ihrer Rangordnung und je nach der Höhe des Meistbotes die Befriedigung oder Erhaltung ihrer Ansprüche zu erzielen vermögen.

Zur Wahrung aller in diesem Brennpunkt der Exekution zusammenlaufenden und einander meist kreuzenden Interessen hat das moderne Recht an die Stelle der römischen *distractio pignoris* das publizistische Institut der gerichtlichen Pfandsubhaftation ¹⁾ gesetzt. Durch dieses ist dem exquirenden Gläubiger die Verantwortlichkeit abgenommen, welche der Privatverkauf in sich schließt, ²⁾ dem Eigenthümer und allen

b) § 120 der Statuten der k. allgem. östr. Bodenkreditanstalt, kundgemacht mit M. E. vom 1. Juni 1864 Nr. 49 R. G. B.;

c) § 44 der mit M. B. vom 26. Dez. 1864 Nr. 99 R. G. B. kundgemachten Statuten der Hypothekenbank des Königreichs Böhmen; endlich auch

d) Artikel IV. lit. c. der Verordnung des Justiz- und Staatsministeriums vom 28. Okt. 1865 Nr. 110 R. G. B., womit dieselbe Begünstigung allen jenen Anstalten zuerkannt wurde, „welche in Gemäßheit der bestehenden Gesetze errichtet werden, der Aufsicht der Staatsverwaltung unterstehen und nach ihrem statutarischen Zwecke Kreditgeschäfte betreiben.“ Die letztgenannte Verordnung ist zur Zeit der Sistirung der Staatsverfassung erlassen und hat niemals die Zustimmung des Reichsrathes erhalten, daher ihr Rechtsbestand bezweifelt wird.

1) Ueber die rechtliche Natur der exekutiven Feilbietung im Gegensatz zum Pfandverkauf des römischen Rechtes s. oben S. 232 f.

2) Es leuchtet ein, daß diese Verantwortlichkeit, mit der es die römischen Querten sehr ernst nehmen (vgl. L. 4, 7, 9 C. de distr. pign. 8, 28; L. 3, § 5 C. de jure dom. imp. 8, 34; L. 13, § 1, L. 14. D. de pign. act. 13, 7), gerade die gewissenhaften Leute vom Pfandgeschäft zurückhalten mußte; wogegen die heutige Einrichtung mit ihrer Rechtskraft des richterlichen Zuschlages nicht nur,

übrigen Sachbetheiligten in der Oeffentlichkeit des Vorganges und in der Unparteilichkeit des ihn leitenden Richters eine sehr erhöhte Bürgschaft für die Wahrung ihrer Rechte gegeben, andrerseits aber freilich auch die Amtslast und Verantwortlichkeit der Gerichte gesteigert, sowie Dauer und Kosten der Pfandrechtsrealisirung erhöht. Mit der Einfügung des Geschäfts der Pfandverfälligung in den Rahmen der richterlichen Amtshandlungen geht dessen Formalisirung Hand in Hand; damit es rechtsgiltig und allseitig wirksam sei, ist die Beobachtung einer Reihe gesetzlicher Formen und Vorschriften geboten, in Betreff des Feilbietungsgesuches, der Feilbietungsbewilligung, der Feilbietungsvornahme und endlich ihrer Erledigung; die betreffenden Normen haben wir nun der Reihe nach kurz zu erörtern.

1) Kompetent zur Bewilligung der exekutiven Feilbietung ist sowohl das Prozeß- als auch das Realgericht, die Vornahme dieses Exekutionsaktes und aller sich anschließenden Amtshandlungen aber steht nur dem Realgerichte zu (§ 51 der F. R.). Es gilt hier überhaupt sowohl bezüglich der gesetzlichen Bestimmungen als auch bezüglich der Anforderungen der Praxis das oben S. 344 über die Zuständigkeit bei der exekutiven Schätzung Gesagte.³⁾

2) Was aber das Feilbietungsansuchen betrifft, so ist vorerst der eigenthümlichen Bestimmung des § 326 a. G. O. zu gedenken, gemäß welcher nach vollzogener exekutiver Schätzung (und zwar gegenwärtig ohne zeitliche Einschränkung) sowohl der Exekutionsführer als der Exekut um die Bewilligung der exekutiven Feilbietung einschreiten können. Daß der Exekut als Eigentümer des wie stark auch immer belasteten Gutes dasselbe verkaufen kann, versteht sich, daß er es aber in den Formen und mit den Rechtswirkungen der exekutiven Feilbietung thun kann, darin liegt eine durch kein Bedürfniß gerechtfertigte⁴⁾ Anomalie. Es wird dadurch dem Exekuten die Macht gewährt durch unzeitgemäßen exekutiven Verkauf die schlechter stehenden Hypothekargläubiger um ihre dinglichen Rechte zu bringen,

woran man meist ausschließlich zu denken pflegt, dem Ersteher, sondern zugleich auch dem Exekutionsführer den Rücken deckt.

3) S. auch die Entsch. v. 16. Juni 1876, OUB. 6186.

4) Wie wenig die hier besprochene Bestimmung des Gesetzes einem praktischen Bedürfnisse entspringt, zeigt der Umstand, daß unseres Wissens der Fall kaum je vorkommt, daß der Exekut um die exekutive Feilbietung seines Gutes einschreitet.

während doch seinem berechtigten Interesse durch den Verkauf des Gutes aus freier Hand vollkommen Genüge geschähe. Schlimmer ist, daß unser Gesetz, welches das Eintrittsrecht des Exekuten in die von einem Gläubiger begonnene und nicht fortgesetzte Exekution gestattet, dieses Eintrittsrecht da versagt, wo es von Nothen wäre, nämlich im Verhältnisse der Gläubiger zu einander. Wenn ein Gläubiger die Exekution begonnen hat, dieselbe aber, sei es weil er befriedigt wurde, oder weil er sich sonst mit dem Schuldner abgefunden hat, oder aus irgend einem anderen Grunde, in irgend einem Stadium vor der vollzogenen Feilbietung zurückzieht oder liegen läßt, so müssen die anderen Hypothekargläubiger, auch wenn ihre Forderungen liquid sind, dem unthätig zusehen. Kein Gläubiger kann befördernd in die von einem anderen Gläubiger unternommene Exekution eingreifen; jeder muß, wenn er die Befriedigung seiner Forderung aus dem Werthe der Hypothek sicher herbeiführen will, für sich die drei Exekutionsgrade durchführen. Es liegt zu Tage, daß hiedurch eine große Verzögerung des Exekutionsganges, verbunden mit vielfach gehäuften Exekutionskosten, herbeigeführt wird. Vorsichtige Hypothekargläubiger schreiten unverweilt um die einzelnen Exekutionsgrade ein, auch wenn es ihnen bekannt ist, daß wegen eben desselben Exekutionsobjectes von einem oder mehreren anderen Gläubigern gleichzeitig die Exekution angesucht oder in Durchführung begriffen sei, da sie niemals sicher sein können, ob jene anderen Exekutionen bis zu Ende fortgeführt werden. Alsdann laufen die mehreren Exekutionen auf dasselbe Gut neben einander, sie vervielfachen die Thätigkeit des Gerichtes, vervielfachen die Exekutionskosten und verschlechtern dadurch immer mehr die Sicherheit der nachstehenden Hypothekarforderungen.⁵⁾ All dem wäre abgeholfen, wenn unter gewissen Kautelen das Eintrittsrecht jedes

5) Es liegt in der Natur der Sache, daß jede nachfolgende Feilbietungsbewilligung nur für den Fall erteilt erscheint, als die vorausgehende nicht zum exek. Verkaufe des Gutes führt. (Urtheil v. 3. Febr. 1869 OUB. 3271). Da aber nur den Kosten jener exekutiven Schätzung und Feilbietung, welche zur wirklichen Distraction des Hypothekargutes führt, die erste Priorität zur Befriedigung aus dem Meistbote zukommt, während alle anderen Exekutionskosten bloß die Rangordnung des betreffenden Kapitals genießen (s. unten § 62 a. G.), so hat das in der Praxis zur Folge, daß sich die Exekutionsführer gegenseitig den Rang abzulaufen suchen, indem Jeder einen früheren Feilbietungstermin als der Andere zu erzielen trachtet.

Hypothekars in die von einem anderen begonnene und nicht fortgesetzte Exekution gesetzlich statuiert würde. Dieser Rechtsatz besteht in Oesterreich bereits als *jus singulare* unter den Exekutionsprivilegien gewisser öffentlicher Kreditinstitute. ⁶⁾

3) Der Inhalt des Feilbietungsgesuches besteht darin, daß unter Nachweis der bereits vollzogenen ersten zwei Exekutionsgrade ⁷⁾ die Bewilligung und Vornahme der exekutiven Feilbietung des bestimmt bezeichneten Exekutionsobjectes zur Einbringung der bestimmt bezeichneten Exekutionsforderung sammt Nebengebühren begehrt wird; unter Einem pflegt der Feilbietungserber einen Entwurf der Feilbietungsbedingnisse vorzulegen. Das führt auf die wichtigen Fragen, ob Feilbietungsbedingnisse dem Gesuche um Feilbietungsbewilligung angeschlossen werden müssen, wie weit die Willkür bei deren Feststellung reiche, wer bei der Setzung von Feilbietungsbedingnissen mitzuwirken berechtigt sei, und in welcher Weise dies zu geschehen habe. Die Schwierigkeit einer — bis heute in Oesterreich fehlenden —

6) Siehe die oben S. 346. Note 18 angeführten Statuten jener Anstalten, und zwar bezüglich 1) der östr. - ungarischen Bank § 49; 2) der Bodenkreditanstalt § 123; 3) der Hypothekenbank des Königreichs Böhmen § 46; 4) der eben daselbst unter d) genannten Kreditinstitute: Art. IV. lit. d. der cit. Vbg. Ueberall sind 14 Tage als die Frist bezeichnet, während welcher die Fortsetzung der Exekution von einem Gläubiger verzögert sein muß, damit das Eintrittsrecht der in Rede stehenden Anstalten begründet sei.

7) Um dieser Vorschrift des Hofbefr. vom 20. Okt. 1789 Nr. 1059 S. G. S. und des § 427 wg. G. D. zu genügen, ist nebst den die beiden ersten Exekutionsgrade bewilligenden gerichtlichen Bescheiden auch die Beibringung eines Grundbuchsextractes und einer Abschrift des Schätzungsprotokolles erforderlich, damit dargethan werde, daß die bewilligten Exekutionsgrade auch vollzogen sind. Der Anschluß des Grundbuchsextractes ist aber auch aus dem Grunde unentbehrlich, weil nur dadurch nachgewiesen wird, daß der einschreitende Gläubiger nach wie vor im Grundbuche als Berechtigter hinsichtlich der Exekutionsforderung eingetragen ist, und zugleich weil dadurch die Namen aller anderen grundbüchertlichen Interessenten dem Feilbietungsrichter, welcher für deren Interessen mit Sorge zu tragen hat, bekannt gemacht werden. (Siehe Winter „Ueber die Beilagen des Feilbietungsgesuches“ in der Wagner'schen Zeitschrift v. J. 1835 I. Band S. 181). Wenn die Exekutionsforderung, oder eine andere auf dem Exekutionsobjecte intabulirte Forderung, daselbst nur als in der Nebeneinlage eingetragen erscheint, so ist aus den angegebenen Gründen auch der Anschluß eines Extractes über die betreffende Haupteinlage nothwendig, da nach § 112 G. B. G. nur in dieser Weise die Uebersicht über die sämmtlichen Interessenten beschafft werden kann.

gesetzlichen Regelung dieser Fragen liegt in der Verschiedenartigkeit der in Betracht kommenden Interessen und Fälle, indem bei verschieden großen, verschieden werthvollen Exekutionsobjecten, bei verschieden gearteten Verkehrsverhältnissen und Zeitumständen, ferner je nach der erwünschten Dringlichkeit der Bezahlung des Kaufschillings, endlich je nach den übereinstimmenden oder widerstreitenden Interessen und Wünschen der Betheiligten, die geeigneter Weise anzusetzenden Verkaufsmodalitäten sehr verschiedene sind. Der Inhalt der Feilbietungsbedingnisse muß sich beziehen auf: 1) die Identifizirung des Verkaufsobjectes, 2) die Art der Feststellung des Kaufpreises, 3) die Erfüllung des Kaufvertrages von beiden Seiten, 4) die Sicherung dieser Vertragserfüllung und gegenseitige Haftung für dieselbe. In allen diesen Beziehungen können Stipulationen verschiedener Art proponirt werden: ad 1) in Betreff des Flächenmaßes, der Grundbuchsbezeichnung und der Qualität der zu verkaufenden Güter, sowie der denselben passiv und aktiv anhaftenden Servituten, sodann in Betreff des Schätzungswerthes und der von dem Gute zu entrichtenden öffentlichen Abgaben; ad 2) wie, wann und wo die Versteigerung stattzufinden habe, ob ein Minimalpreis festzusetzen sei, unter welchen auch bei dem dritten Termin nicht herabgegangen wird, u. s. w.; ad 3) wann der Besitz und Genuß, die Last und Gefahr des Gutes auf den Käufer überzugehen habe, wann ihm das Eigenthum zu übertragen sei, wann, in welcher Weise und an wen er den Kaufschilling zu entrichten habe, oder welche andere Leistungen an die Stelle der baaren Bezahlung des Kaufgeldes zu treten haben; ad 4) wie der Nachweis der geschenehen Vertragserfüllung von beiden Seiten zu liefern sei, um die endliche Abwicklung des Geschäftes zu erzielen; durch welche Mittel der abzuschließende Kaufvertrag zu sichern, und in welcher Weise in Ermangelung der richtigen Erfüllung desselben die gegenseitige Haftung geltend zu machen sei.

Wenngleich nun die soeben, keineswegs erschöpfend, angedeuteten Beziehungen sehr mannigfaltige sind, so scheint dennoch eine absolute Nothwendigkeit bei jeder exekutiven Feilbietung besondere Feilbietungsbedingnisse festzusetzen und dieselben im Voraus vom Gerichte genehmigen zu lassen, keineswegs vorhanden. Bei Verkaufsobjecten von geringem Werthe und bei einfach gearteter Sachlage, wie dieselbe namentlich bei Exekutionsführungen auf dem Lande nicht selten vorkommt, kann man zur Noth mit den gesetzlichen Bestimmungen über

den Kaufvertrag und über die Feilbietungsvornahme auslangen. Das Verkaufsobjekt wird durch seine Benennung im Feilbietungsbewilligungsbescheide, worin auch der Schätzungswerth und das Grundbuchsfolium der Gutseinlage erscheint, hinreichend identifizirt, da im Uebrigen das Grundbuch Jedermann zur Einsicht offen steht; bezüglich des Kaufpreises bestimmt § 326 a. G. D., daß bei den ersten zwei Feilbietungsterminen nicht unter den Schätzungspreis herabgegangen werde, daß der Verkauf aber im dritten Termine um jeden Preis an Denjenigen, welcher nach § 333 bis 337 a. G. D. als Meistbieter anzusehen ist, hintangegeben werden solle, und in welcher Form der Zuschlag zu geschehen habe; in Betreff der Erfüllung bestimmt § 20 der durch Kanzleihofdekr. v. 13. Sept. 1815 republikirten Feilbietungsordnung vom 15. Juli 1786 Nr. 565 J. G. S. in Uebereinstimmung mit § 904 a. b. Gb., daß der Meistbot sofort baar zu erlegen sei; es können sonach die Fragen nach dem Uebergang des Besizes, des Eigenthumes, der Gefahr und der Lasten des Kaufobjektes durch die Bestimmungen des a. b. Gb. über den Kaufvertrag § 1061 und ff., ferner durch die Bestimmungen der a. G. D. in Betreff der Uebertragung des Eigenthumes im Exekutionsverfahren ihre Erledigung finden; eine Sicherung der Vertragserfüllung endlich ist wegen der vorausgesetzten sofortigen Leistung entbehrlich. 8)

8) Wenngleich nicht verkannt werden kann, daß beim Mangel aller vertragsmäßigen Feilbietungsbedingungen Schwierigkeiten bei der Abwicklung des Geschäftes sich möglicher Weise ergeben können, — weshalb eine gesetzliche Aufstellung von Normal-Bedingnissen, die bei allen Exekutionsversteigerungen in dubio zu gelten hätten, als dringendes Bedürfniß erscheint, — so ist doch (in Uebereinstimmung mit Gspan „Ueber die Befriedigung der Gläubiger I. Seite 120 und gegen Winter in der Wagner'schen Zeitschrift 1835 I. S. 181 ff.) die absolute Nothwendigkeit besonderer Bedingungen für alle Exekutionsfälle in Abrede zu stellen, da in einfachen Fällen in erster Linie dafür Sorge zu tragen ist, die Angelegenheit rasch und ohne entbehrlichen Kostenaufwand zu Ende zu führen, und auf dem Lande, wo die Parteien die Feilbietungsgesuche selbst abfassen oder zu gerichtlichem Protokoll geben, die Abfassung schriftlicher Vertragsbedingungen allerdings mit Weiterungen verbunden ist. Die Bestimmung des § 328 a. G. D. „es solle in den Feilbietungsediten deutlich ausgedrückt werden: a) die Bedingungen unter welchen das Gut verkauft werden wird“ steht dieser Ansicht nicht entgegen, da jene Gesetzesstelle niemals in der Praxis so verstanden wurde, daß der Inhalt der Feilbietungsbedingungen in dem Edikte kund gemacht, sondern nur, daß im Edikte auf die Feilbietungsbedingungen in einer solchen Weise hingedeutet werde,

Bei Verkaufsobjekten von größerem Werthe aber und namentlich wo mehrfache Interessen aneinandergerathen und einer ausgleichenden Regelung bedürfen, ist die vorgängige Feststellung besonderer Feilbietungsbedingungen nicht zu entbehren. Alsdann dürfen diese Bedingungen keineswegs — nach der Praxis mancher Landgerichte — erst unmittelbar vor der Feilbietungsvornahme bei Gericht unter Intervention der erschienenen Interessenten festgestellt werden; da die Feilbietungsbedingungen erst nach gehöriger Prüfung, nur vom Gerichte, nicht aber vom Feilbietungskommissär, zu genehmigen sind, und da dieselben im schriftlichen Wege allen Interessenten durch das Edikt (§ 328, a. G. D.), nicht aber bloß mündlich den bei der Feilbietung Anwesenden mitgetheilt werden müssen. 9)

Ob im einzelnen Exekutionsfalle Feilbietungsbedingungen erforderlich sind, und welches ihr Inhalt sein solle, darüber gebührt in erster Linie dem Exekutionsführer, in zweiter Linie sämmtlichen grundbücherlichen Interessenten ein Vorschlags- beziehungsweise Einspruchsrecht, dem Exekutionsgerichte aber steht, unter Vorbehalt der Rechtsmittel für alle Betheiligten, die Entscheidung zu. Obzwar durch kein Gesetz ausgesprochen, wird dieß in der Praxis nicht bezweifelt; es entspricht den berechtigten Ansprüchen der Grundbuchsinteressenten und steht im Einklange mit dem Prinzip der officiosen Handhabung des Exekutionsverfahrens durch das Gericht. Das Exekutionsgericht hat demgemäß schon vor der Feilbietungsbewilligung den Feilbietungsbedingungen sein Augenmerk zuzuwenden, es wird dem Exekutionsführer den Vorschlag solcher Bedingungen nöthigenfalls abverlangen, den gemachten Vorschlag aber an der Hand des Grundbuchsextractes prüfen im Hinblick auf sämmtliche daraus ersichtliche Interessenten und in Berücksichtigung der bekannten Orts-, Zeit- und Sachverhältnisse. Als Resultat dieser Prüfung ergiebt sich die Genehmigung des

daß Jedermann Kenntniß vom Inhalte derselben sich verschaffen könne. Dieser Bericht würde aber Genüge gethan, wenn es in dem Edikte etwa hieße: es werde der Verkauf gegen baar und unter den Bestimmungen des Gesetzes erfolgen.

9) Mit Recht hat der oberste Gerichtshof in einem Falle, wo bei der Feilbietungstagsfahrt mit Zustimmung aller anwesenden Interessenten eine Aenderung der Feilbietungsbedingungen vorgenommen wurde, die Feilbietung aufgehoben, weil hierin eine Nullität gelegen sei gegenüber den abwesenden Interessenten. Entsch. v. 27. Sept. 1865 OLLW. 2279.

gemachten Vorschlages, oder die Zurückweisung desselben behufs Verbesserung in der zu bezeichnenden Richtung, oder die eigene Ergänzung und Richtigtstellung der Bedingungen durch das Gericht, sei es sofort oder erst nach erfolgter Einvernehmung sämmtlicher Interessenten bei einer anzuordnenden Tagssatzung — je nach dem, was unter den gegebenen Umständen als das Zweckmäßige sich darstellt.¹⁰⁾ Dabei hat das Gericht namentlich dafür Sorge zu tragen, daß die Bedingungen verständlich und unzweideutig abgefaßt werden, damit nachmaliger Zweifel und Streit vermieden werde, und daß der Inhalt der Bedingungen für den Käufer nicht allzu hart sei, damit die Kauflustigen nicht abgeschreckt werden.¹¹⁾ — Die Bewilligung der exekutiven Feilbietungsbedingungen und es können alle Interessenten ihre Bedenken gegen den Inhalt der letzteren binnen 14 Tagen im Wege des Rekurses an die höhere Instanz bringen, wenn diese Bedenken so geartet sind, daß schon von amtswegen auf dieselben vom Gerichte erster Instanz hätte Bedacht genommen werden sollen.¹²⁾ Wenn aber die Interessenten

10) S. auch *Копецкы*, Wagn. Zschr. 1834, II, S. 16 bis 18. — Den schon oben als bei der Exekutionsführung privilegiert bezeichneten Banken wird auch eine Art *jus ad capitulandi* gewährt, indem den Gerichten vorgegeschrieben ist, falls eine Forderung dieser Anstalten auf einem Gute sicher gestellt ist, dessen exekut. Feilbietung von einem andern Gläubiger angefordert wird, diese Banken immer vor der Feilbietungsbewilligung einzuvernehmen, damit dieselben in einer angemessenen Frist (14—30 Tage) Zusätze oder Abänderungen zu den Feilbietungsbedingungen beantragen können. Siehe die Statuten der östr. ung. Bank § 48, der Bodenkreditanstalt § 122, der Hypothekenbank des Königr. Böhmen § 45. Hierzu eine Reihe oberstgerichtlicher Judikate: v. 28. März 1866 *GUW.* 2432; v. 29. März 1871 *GUW.* 4108; v. 31. März 1868 *GUW.* 3029; v. 14. Sept. 1869 *GUW.* 3509; v. 13. Febr. 1867 *GUW.* 2757; v. 25. Okt. 1870 *GUW.* 3921.

11) Hofb. vom 22. Dez. 1815 Nr. 1197 J. G. S.

12) Die praktisch sehr wichtige Frage, ob ein gegen den Feilbietungsbewilligungsbescheid innerhalb der geschmäßigen Frist eingebrachter Rekurs die Vornahme der Feilbietung einstweilen hindere, läßt sich auf Grund der die Wirkung des Rekurses überhaupt betreffenden gesetzlichen Bestimmungen (Hofb. v. 7. April 1785 Nr. 408 J. G. S.; vom 1. Juli 1790 Nr. 31 Abtag J. G. S. 3; vom 29. Nov. 1790 Nr. 88 J. G. S. und v. 2. März 1799 Nr. 459 J. G. S.) weder bestimmt bejahen noch verneinen. Es ist zu erwägen, daß die Anerkennung der Suspensivwirkung in sehr vielen Fällen vom Exekuten oder einem andern Interessenten zur Verschleppung der Feilbietung mißbraucht werden könnte, daß hiñwiederum die unbedingte Feilbietungsvornahme trotz dem angebrachten Rekurse

andere geartete Bedenken gegen die genehmigten Bedingungen haben oder Zusatzbedingungen wünschen, dann haben sie nicht zu rekurriren, sondern ihre begründeten Anträge dem Gerichte I. Instanz vorzulegen, welches denselben ganz oder theilweise Statt giebt, sie unter Begründung abweist,¹³⁾ oder darüber erst nach Einvernehmung aller Interessenten bei einer Tagssatzung entscheidet.¹⁴⁾

Die Willkür der Parteien wie des Gerichtes bei Festsetzung der Feilbietungsbedingungen findet ihre Grenze an jenen Geschäftsnormen, welche nach der Natur der Sache oder nach den Bestimmungen des Gesetzes einer Abänderung nicht unterliegen. Zu diesen gehört die bereits mehrfach erwähnte Norm des § 326 a. G. D., betreffend die Festhaltung des Schätzungswerthes als Minimalverkaufspreis bei den beiden ersten Terminen; die Bestimmung des § 328 b) das., daß der Ersteher jene in den Meistbot fallenden nicht fälligen Hypothekarschulden, deren vorzeitige Bezahlung die betreffenden Gläubiger nicht annehmen wollen, gegen Einrechnung in den Kaufschilling mit übernehmen müsse; die Verfügung des § 337 das., daß bei der Lizitation einem Gläubiger kein Vorzug gegenüber einem fremden Steigerer einzu-

den Werth des letzteren in den meisten Fällen vernichten würde. Eine Abhilfe läge darin, wenn die Verständigung der Interessenten von der Feilbietungsbewilligung im Sinne des Gesetzes rechtzeitig vorgenommen würde (siehe unten), weil alsdann auch die Rekursverleugung vor dem Termine zu erzielen wäre. Sofern Letzteres nicht geschehen kann, scheint es angezeigt die Feilbietung, wenn nicht alle Interessenten in deren Aufschubung willigen, trotz dem abhängigen Rekurse vorzunehmen, die Rekursanhängigkeit jedoch den Kauflustigen bekannt zu geben und mit dem erfolgreichen Rekurs die Wirkung zu verknüpfen, daß die vorgenommene Feilbietung resindirt wird. Siehe *Gspan*, a. a. D. I, S. 130.

13) Einzelne sachgemäße Entscheidungen in dem angegebenen Sinne enthalten die oberstgerichtlichen Urtheile vom 25. Sept. 1861 *GUW.* 1392; v. 25. Okt. 1864 *GUW.* 2001; v. 14. Febr. 1852 *GUW.* 2120; v. 2. Sept. 1869 *GUW.* 3505; v. 27. Okt. 1869 *GUW.* 3546; v. 17. März 1869 *GUW.* 3348; v. 6. Nov. 1867 *GUW.* 2910; v. 20. Febr. 1866 *GUW.* 2396; v. 11. Okt. 1870 *GUW.* 3902.

14) Durch nichts begründet scheint uns die Ansicht von *Gspan*, a. a. D. I, S. 126 und von *Sonnleitner*, *Wagner'sche Zeitschr.* 1830, II, S. 159 ff., daß in allen Fällen, wo die vorgeschlagenen Feilbietungsbedingungen über die gesetzlich nothwendigen Bestimmungen hinausgehen, eine Einvernehmung aller Interessenten zu erfolgen habe, und daß jede gesetzlich nicht vorgesehene Bedingung weggelassen werden müsse, wenn auch nur Ein Hypothekargläubiger sich gegen dieselbe ausspricht.

räumen und daß jedes Wiedereinlösungsrecht ausgeschlossen sei; die Feststellung des § 338 das., daß gegen die in der Vertragserfüllung säumigen Ersteher die Relizitation begehrt werden könne, endlich die Bestimmung des § 339 das., daß das Eigenthum des erstandenen Gutes dem Meißbieter erst dann übertragen werde, wenn er den Kaufschilling berichtigt, sichergestellt oder bezüglich desselben mit den Theilhabern sich einverstanden hat.¹⁵⁾

Wenn die Frage nach den Feilbietungsbedingungen geordnet ist und das Feilbietungsgesuch auch sonst den gesetzlichen, oben angeordneten, Anforderungen entspricht, bewilligt das Gericht die angeforderte Feilbietung, ordnet zu deren Vornahme 3 Termine an, entwirft ein Edikt zur öffentlichen Bekanntmachung der Feilbietungsvornahme, bestellt den Feilbietungskommissär und verständigt von diesen Akten sämmtliche Betheiligten.

4) Die 3 Feilbietungstermine sind nach § 326 a. G. D. in Zwischenräumen von 30 zu 30 Tagen anzuordnen; woran aber nach § 327 das. nicht unter allen Umständen genau festgehalten werden muß, da diese Gesetzesstelle bei größeren Landgütern die Verlängerung des I. Termins bis auf 90 Tage, und in allen übrigen Fällen eine Verlängerung oder Verkürzung der Fristen um etliche Tage gestattet, wobei nur darauf geachtet werden soll, daß die für alle drei Termine zusammen ausgemessene Zeit niemals merklich überschritten werde. Die Termine sind nach Tag, Stunde und Ort der Feilbietungsvornahme zu bestimmen.

5) Die Feilbietungsedikte sind so abzufassen, daß Jedermann aus denselben mit Bestimmtheit das Exekutionsobjekt und dessen Schätzwert, sodann Zeit und Ort der Feilbietungsvornahme erfahre,

15) Nicht beizutreten ist der Ansicht des ob. Gh. in der E. v. 21. Aug. 1860 Z. 10061 G. W. 1179, wonach die Feilbietungsbedingungen der Bestimmung des § 339 a. G. D. derogiren können. Es ist zu erwägen, daß mit der Einantwortung des exquirten Gutes an den Ersteher jedem Hypothekargläubiger nicht nur die Fortsetzung der Exekution gegen den Exekuten (G. W. 3785), sondern auch das Begehren um Relizitation gegenüber dem Ersteher entzogen würde (G. W. 3805, 6543), und derselbe neuerlich auf den Weg der Klage verwiesen erschiene. Gegen die eventuelle Vornahme dieses Aktes vor gänzlicher Vereinigung des Kaufschillings kann sich jeder einzelne Betheiligte zum Voraus verwahren, da ihm eine Kautel entwidmen werden soll, die das Gesetz im gemeinen Interesse Aller aufgestellt hat.

auch einen deutlichen Hinweis auf die Feilbietungsbedingungen und wie von denselben genaue Kenntniß zu erlangen sei, darin finde.¹⁶⁾ Die Bekanntmachung des Ediktes geschieht nach § 219 der Gerichtsinstruktion (vom 3. Mai 1853 Nr. 81 R. G. B.) durch Aufschlag an der Gerichtstafel und außerdem (§ 329 a. G. D.) „nach der jeden Ortes beigebrachten Gewohnheit“; ¹⁷⁾ sie soll nach derselben Gesetzesstelle „längstens 3 Tage, nachdem die Feilbietung verwilligt worden ist“ erfolgen. Die ediktale Bekanntmachung der Feilbietung ist vorwiegend für fremde Kauflustige berechnet, für die Grundbuchsinteressenten reicht sie nicht hin, diesen gegenüber ist eine spezielle Verständigung erforderlich.

6) Die Verständigung aller Interessenten von der bewilligten Feilbietung ist in mehreren Gesetzesstellen vorgeschrieben¹⁸⁾ und wird ihrer materiellen Wichtigkeit halber bei Vermeidung der Nullität gefordert. Es kommt hier in Betracht, daß jede exekutive Feilbietung die Entsetzung der Realberechtigten aus dem Grundbuche ohne deren Befriedigung zur Folge haben kann, und daß die zur möglichen Abwendung dieser Folge ihnen gesetzlich gewährleisteten Rechte: das jus offerendi, das Recht bei der Setzung der Feilbietungsbedingungen mitzuwirken und bei der Vornahme der Feilbietung mitzubieten, behufs ihrer wirksamen Geltendmachung die rechtzeitige Kenntniß von der angeordneten Feilbietung voraussetzen. Die

16) In diesem Sinne hat die Praxis immer die Worte des § 328 a. G. D., es müsse das Edikt deutlich die Feilbietungsbedingungen enthalten, verstanden und mußte sie so verstehen, da die Publizirung des vollständigen Inhaltes von umfangreichen Feilbietungsbedingungen mit ganz unverhältnißmäßigen Kosten verbunden wäre. — Der Hinweis auf die Feilbietungsbedingungen geschieht in der Regel in der Weise, daß angegeben wird, es könne deren Inhalt sowohl beim Feilbietungsrichter als auch beim Exekutionsführer von Jedermann eingesehen werden.

17) Ganz allgemein ist die Bekanntmachung durch dreimalige Einschaltung in die amtliche Landeszeitung in Uebung, zuweilen geschieht dieselbe noch in anderen Zeitungen. — Die Kosten der ediktalen Publikation, sowie die sonstigen Kosten der exekutiven Feilbietung und exek. Schätzung hat der Exekutionsführer zu bestreiten gegen Rückersatz aus dem Meißbotserlöse; s. darüber das Nähere unten § 62, Ziffer 6.

18) Siehe Hofb. v. 31. Aug. 1792 Nr. 43 J. G. S.; v. 20. Juli 1810 Nr. 906 J. G. S.; v. 6. Mai 1847 Nr. 1063 J. G. S.; v. 4. Juli 1794 Nr. 183 J. G. S. lit. a und b; v. 27. Okt. 1815 Nr. 1186 J. G. S.; J. M. B. vom 5. Juli 1858 Z. 7730; v. 7. Dez. 1866 Nr. 155 R. G. B.; v. 11. Mai 1868 Nr. 40 R. G. B.; s. auch a. b. G. § 1076.

Verständigung hat zu erfolgen: an alle grundbücherlich eingetragenen Pfandgläubiger, ohne Rücksicht darauf ob ihr Pfandrecht einverleibt oder nur vorgemerkt, für eine gegenwärtige oder künftige Forderung, auf die Realität selbst oder auf Rechte an dieser eingetragen ist; an alle Servitutberechtigten und an Solche, denen andere dingliche oder den dinglichen gleichgeachtete Rechte nach dem Inhalte des Grundbuches zukommen, insbesondere auch an den grundbücherlich ausgezeichneten Vorkaufsberechtigten (§ 1076 a. b. G. B.), und bei noch im Lehensband stehenden Gütern auch an den Lehensherrn; ferner an die Steuerbehörde, in deren Bezirk die Realität liegt, wegen ihres möglichen Anspruches aus grundbücherlich nicht ersichtlichen Ararialforderungen; hierzu kommt nach allgemeiner Praxis, mit Rücksicht auf das gleiche Vorzugsrecht gewisser Gemeindeumlagen, auch noch die Ortsgemeinde. Die Verständigung muß ordnungsmäßig d. i. ganz so wie bei der Klagszustellung, entweder an die Parteien selbst oder zu Händen ihrer mit Vollmacht ausgewiesenen Mandatare erfolgen. Sie soll ferner rechtzeitig geschehen. Ueber die Frist fehlt es an einer gesetzlichen Norm; ¹⁹⁾ man wird jedoch, da im Allgemeinen kein Hinderniß obwaltet die Spezialverständigungen gleichzeitig mit der Ediktspublikation zu veranlassen, und in der Erwägung, daß jene Verständigungen ihren Zweck nur dann erreichen, wenn sie längere Zeit vor dem ersten Feilbietungstermine erfolgen, sowohl für die Ediktspublikation (§ 329 a. G. D.), als auch für die Verständigung der Interessenten die Einhaltung der Frist von drei Tagen nach bewilligter Feilbietung in der Regel der Fälle für erforderlich erklären. ²⁰⁾ Bedenfalls erscheint die Praxis jener Gerichte, welche die Zustellungen erst längere Zeit nach der Bewilligung der Feilbietung, meist erst unmittelbar vor der Feilbietungsvornahme veranlassen, und umsomehr jene Uebung, wonach man sich bei der Feilbietungsbewilligung um die einzelnen Interessenten nicht kümmert, sondern abwartet, bis der Exekutionsführer nach erhaltener Feilbietungsbewilligung mittelst besonderer Eingabe um die Verständigung der Interessenten

19) Während z. B. der Code de procedure civile § 695 die Frist von acht Tagen vor dem ersten Feilbietungstermine festsetzt.

20) Daß die Spezialverständigungen gleichzeitig mit der Ediktspublikation erfolgen sollen, wird ausdrücklich verordnet in § 438 wg. G. D.

ansucht, als eine gesetz- und zweckwidrige. — Aufgabe des Exekutionsführers ist es dem Gerichte die Adresse der sämtlichen Interessenten zugleich mit dem Feilbietungsgesuche bekannt zu geben; sollte er in glaubhafter Weise darthun, daß er den Wohnort Einzelner nicht zu ermitteln vermöchte, so wird für dieselben behufs Wahrung ihrer Rechte bei der Feilbietung ein curator absentis bestellt werden müssen, ²¹⁾ sowie dieses auch für die im Auslande befindlichen Interessenten zu geschehen hat. ²²⁾ Wenn nach Anbringung des Feilbietungsgesuches aber vor der Feilbietungsvornahme neue Grundbuchsinteressenten hinzukommen, so hat der Exekutionsführer rechtzeitig um deren nachträgliche Verständigung einzuschreiten. Ist diese wegen der Kürze der Zeit nicht mehr möglich, so wird als Ersatz die Verständigung derselben zu Händen eines aufzustellenden curator ad actum eintreten müssen. ²³⁾ Sind jedoch die neuen Grundbuchsinteressenten lediglich Cessionare oder sonstige Rechtsnachfolger von bereits verständigten Interessenten, so wird eine besondere Verständigung derselben nicht gefordert. ²⁴⁾

Wurde eine gesetzlich vorgeschriebene Verständigung verabfümt,

21) Dagegen erklärt eine obg. Entsch. v. 5. Dez. 1865 G. U. W. 2330 die Aufstellung eines Kurators diesfalls für nicht erforderlich und die Anschlagung des für den Exekuten bestimmten Feilbietungsscheides an der Gerichtstafel für hinreichend (unter Berufung auf die Analogie aus § 387 a. G. D.).

22) Siehe die oberfig. E. v. 28. Nov. 1865 G. U. W. 2323.

23) Die Entscheidungen des ob. Gh. in dieser Frage sind schwankend, indem mit den E. v. 10. Aug. 1869 G. U. W. 3484 und v. 10. Jan. 1871 G. U. W. 4406 die Feilbietung aufrecht erhalten wurde, trotzdem ein in der Zwischenzeit hinzugekommener Hypothekargläubiger nicht verständigt war, während die E. v. 25. Mai 1869 G. U. W. 3421 die Feilbietung aus eben diesem Grunde als nichtig aufhob. — Der Vorschlag Lopezky's Wagner'sche Zeitschr. 1834, II, S. 1 ff., es solle die gerichtliche Bewilligung der exekutiven Feilbietung im Grundbuche angemert werden, könnte allenfalls einen Ersatz für die entfallende Einzelverständigung der hinzukommenden Interessenten schaffen; allein da diese grundbücherliche Anmerkung derzeit gesetzlich nicht vorgesehen ist, wird zur Wahrung der Rechte der späteren Interessenten allerdings gefordert werden müssen, daß der Hypothekargläubiger mehrere Tage vor der Feilbietung die etwa hinzugekommenen Interessenten ordnungsmäßig, und die bis zum Tage der Feilbietung neuerlich hinzukommenden durch einen aufzustellenden Kurator verständigen lasse. Mehr fordern hieße einen chikanösen Schuldner in den Stand setzen jeden Feilbietungstermin durch wiederholte Kreirung neuer Hypothekargläubiger zu vereiteln.

24) Entsch. des ob. Gh. v. 23. Jan. 1872 G. U. W. 4449.

so kann der nicht verständigte Interessent die vorgenommene Feilbietung mittelst eines Nullitätsrekurses an die zweite Instanz anfechten.²⁵⁾

Der Exekutionsführer muß vor der Feilbietungsvornahme die geschehene Ediktspublikation durch Vorlage je eines Exemplares der Zeitungsblätter, in denen die Publikation erfolgte, nachweisen; das Edikt an der Gerichtstafel hat der Gerichtsdienner herabzunehmen und, mit dem Vermerk der geschehenen Anschlagung versehen, zu den Akten zu geben; die Verständigung der einzelnen Interessenten wird an der Hand des neuesten Grundbuchsextraktes mittelst der im Gerichtsexpedite vorhandenen Zustellungsbestätigungen geprüft — und erst wenn in diesen Beziehungen ein wesentliches Gebrechen nicht wahrgenommen wurde, kann zur Feilbietung geschritten werden.

7) Die Vornahme der Feilbietung geschieht in aller

25) So mit Recht die oberstgerichtlichen Entscheidungen vom 11. Jan. 1860 O. U. W. 1057 und v. 23. März 1870, O. U. W. 3760; hingegen scheint die E. des ob. Gh. v. 12. Dez. 1865 O. U. W. 2340, welche für diesen Fall nicht bloß dem nicht verständigten Hypothekargläubiger, sondern auch allen anderen gehörig verständigten, das Rekursrecht einräumt, — weil die Verständigung jedes einzelnen Hypothekargläubigers im Interesse auch aller anderen erfolge, um die Konkurrenz der Kauflustigen zu erhöhen — doch zu weit zu gehen. Es ist zu bedenken, daß es eine Grenze giebt, wo die Vorschrift der gehörigen Verständigung der Interessenten aufhört ein Mittel zu sein zur Wahrung der Interessen der Grundbuchsbetheiligten und zu einem Mittel der Chikane gegen den Exekutionsführer, zu einer Handhabe wird um Feilbietungen zu verschleppen. Aus diesem Gesichtspunkt ist ferner den obgr. Entsch. v. 21. März 1866 und v. 21. Nov. 1871 O. U. W. 2425, 4330, — welche eine Sanirung der Nullität wegen Nichtverständigung eines Hypothekargläubigers dann annehmen, wenn dieser Hypothekargläubiger bei der Feilbietungstagsfahrt anwesend ist und keinen Einspruch gegen deren Vornahme erhebt, oder auch dann, wenn der Ersteher dem betreffenden Gläubiger nachträglich die volle Einlösung seiner Grundbuchsforderung anbietet, — der Vorzug zu geben vor der gegentheiligen Entsch. vom 23. März 1870 O. U. W. 3760. Es ist ferner zuzusimmen der E. vom 28. Dez. 1866 O. U. W. 2680, welche die Verständigung an den Vormund eines im Grundbuche als minderjährig bezeichneten Interessenten für hinreichend erklärt, trotzdem letzter einige Zeit vor der Feilbietungsbewilligung großjährig geworden war, und der E. v. 8. März 1873 O. U. W. 5032, welche der Nullitätsbeschwerde keine Folge giebt, trotzdem der Feilbietungstermin nicht auf volle 30 Tage hinaus anberaumt wurde, und trotzdem die Steuerbehörde nicht vor der Feilbietung verständigt war; letzteres mit der Begründung, daß die Steuerbehörde keinen Schaden erleidet, indem sie, von der geschehenen Feilbietung in Kenntniß gesetzt, immerhin noch Gelegenheit fand ihre Vorzugsforderungen mit Erfolg anzumelden.

Regel im Gerichtshause und erfordert nach § 331 a. G. O. auf dem Lande die Anwesenheit „einer Gerichtsperson und eines Schreibers, in Städten und Märkten aber zweier Gerichtspersonen und eines Schreibers“, wozu übrigens noch ein beeideter Ausrufer gehört.²⁶⁾ Die Anwesenheit des Exekutionsführers bei der Feilbietungsvornahme ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, es wird somit, wenn der Publikations- und Zustellungsnachweis erbracht ist, auch in Abwesenheit desselben mit der Feilbietung vorgegangen.²⁷⁾ Der Exekut darf anwesend sein, aber nicht mitbieten.²⁸⁾ Der Exekutionsführer, die übrigen Grundbuchinteressenten und jeder Auswärtige, der nach dem Gesetze erwerbs- und verpflichtungsfähig ist, kann in eigener Person oder durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Mandatar als Bieter auftreten. In aller Regel hat ein Jeder, der mitbieten will, nach dem Inhalte der Feilbietungsbedingnisse zuvor eine Sicherstellungssumme (Vadium) zu Händen des Gerichtskommissärs zu erlegen, welche nach geschehenem Zuschlage allen übrigen Kauflustigen zurückgezahlt wird, während das Vadium des Erstehers behufs Sicherstellung der von ihm als Meistbieter übernommenen Verpflichtungen in gerichtliche Verwahrung

26) Die Besetzung der Feilbietungskommissionen ist in Wirklichkeit, namentlich auf dem Lande und bei geringwerthigen Objekten, zuweilen eine sehr mangelhafte; es kommt vor, daß diese Kommission aus einem Kanzlisten besteht, der ohne Zuziehung eines Schriftführers fungirt. In drei solchen Fällen, die im Wege des Nullitätsrekurses der Entscheidung des obersten Gerichtshofes unterbreitet wurden, hat derselbe (Entsch. vom 25. Juli 1865 O. U. W. 2234, v. 24. Nov. 1865 O. U. W. 2317, und v. 11. Sept. 1866 O. U. W. 2607) den Rekurs zurückgewiesen; in einem vierten Falle jedoch erkannte der oberste Gerichtshof darin eine Nullität. Entsch. vom 17. Nov. 1868 O. U. W. 3163.

27) Die entgegengesetzte Entsch. des ob. Gh. v. 10. Nov. 1868 O. U. W. 3154 scheint nur aus besonderen Billigkeitsgründen und in Berücksichtigung der besondern Sachlage erlassen zu sein; es war da nämlich inzwischen die Exekutionsforderung getilgt worden.

28) Dieses Verbot ist ausgesprochen im § 463 a. b. G. B., § 449 der wg. G. O. und außerdem im Hofd. v. 27. März 1793 Nr. 95 J. G. S.: „der Schuldner, dessen Vermögen öffentlich im Exekutionswege feilgeboten wird, kann dabei keineswegs als Käufer angenommen werden.“ Mit Recht hat die Praxis dieses einschränkend interpretirt, indem sie sowohl den Solidarmitschuldner des Exekuten (E. des ob. Gh. vom 16. Okt. 1872 O. U. W. 4738), als auch den Eigentümer des Gutes, wenn er nicht Personalschuldner ist (O. U. W. 377, und Espan, Befriedigung der Gläubiger I. Bd. S. 134) als Bieter zuläßt.

kommt.²⁹⁾ Wenn beim ersten und zweiten Termin kein Kauflustiger für das Exekutionsgut auftritt,³⁰⁾ wird dies in dem aufzunehmenden Feilbietungsprotokolle angemerkt und hierauf der zweite, beziehungsweise dritte Termin ausgeschrieben.³¹⁾ Wenn auch beim dritten Termine kein Kauflustiger erschienen ist, verstatet das Hofdekr. v. 30. Sept. 1784 Nr. 344 J. G. S. und ebenso der § 434 wg. G. D. dem Exekutionsführer die Feilbietung in der Weise fortzusetzen, daß er neuerlich und immer wieder um die nochmalige Anordnung eines dritten Termines ansucht.³²⁾ — Haben sich aber bei dem Feilbietungstermine

29) Die Feilbietungsbedingungen schreiben fast ausnahmslos den Erlag eines Badiums von Seiten der Kauflustigen, und zwar schon vor ihrem ersten Anbot, vor und enthalten genauere Vorschriften über die Höhe des Badiums und ob dasselbe nur baar oder auch in gewissen Werthpapieren erlegt werden kann, ferner über dessen eventuelle nachträgliche Erhöhung (meist auf 10 Prozent des Meistbotes) von Seiten des Erststehers und über das weitere rechtliche Schicksal dieser gerichtlich zurückbehaltenen nunmehrigen Kautionssumme. Es pflegen übrigens die in unzweifelhaft guter Priorität stehenden Hypothekargläubiger und unter ihnen am häufigsten der Exekutionsführer selbst, sodann auch die Vertreter des Aarars und der öffentlichen Fonde vom Erlage eines Badiums ausdrücklich befreit zu werden.

30) Mit Rücksicht auf die Resolution vom 11. Sept. 1784 Nr. 336 lit. a. J. G. S., wonach eine Partei von einer Tagung im Prozeßverfahren nur dann als ausgeblieben zu betrachten ist, wenn sie sich „innerhalb der ganzen ihr zum Erscheinen bestimmten Stunde“ nicht eingefunden hat, beobachtet die Praxis auch im Exekutionsverfahren das Zuwarten während der gesetzlichen Stunde, und da hier die Zahl der Teilnehmer an der Amtshandlung sich im Voraus niemals bestimmen läßt, kann die Feilbietung nie vor Ablauf der ganzen hora legalis beginnen.

31) Von dem zweiten und dritten Termine müssen die Interessenten nicht mehr speziell verständigt werden (§ 438 wg. G. D. und M. E. v. 5. Juli 1858 J. 7730), die Praxis begnügt sich nebst der ediktalen Publikation mit der besondern Verständigung des Exekutionsführers und des Exekuten. Sollte aber in der Folge eine neuerliche Anordnung von Terminen erfolgen, von denen die Interessenten durch den ersten Feilbietungsbewilligungsbescheid noch nicht Kenntniß erlangt haben, dann wird allerdings die Verständigung aller Interessenten in derselben Weise und unter den nämlichen Rechtsfolgen, wie beim ersten Termine, erforderlich. Außerdem ist bei jedem Feilbietungstermine unter Vorlegung des neuesten Grundbuchextraktes nur die Verständigung der zwischen dem letztabgehaltenen und diesem Termine etwa neu hinzugekommenen Interessenten, innerhalb der oben bezeichneten Grenzen, nachzuweisen.

32) Das citirte Hofdekr. eröffnet dem Exekutionsführer übrigens noch eine andere Alternative: er kann das Gut um den Schätzungswert selbst übernehmen oder es in Sequestration ziehen. Es liegt jedoch am Tage, daß dies Alles höchst unpraktisch ist, da, wenn sonst kein Kauflustiger auftritt, der Exe-

Kauflustige eingefunden,³³⁾ so sind denselben nach Vorschrift des § 333 a. G. D. die Schätzung des Gutes, die auf demselben haftenden Lasten und die Feilbietungsbedingungen bekannt zu geben und es ist von den Anwesenden unter Ausrufung des Schätzungswertes ein Kaufanbot entgegenzunehmen. Dieser Anbot kann bei den beiden ersten Terminen nicht weniger als den Schätzungswert betragen, und es muß ein geringerer Anbot als nicht gemacht angesehen werden, da er für diesen Termin nicht angenommen wird, und für den dritten Termin den Bieter nicht bindet (Hofdekr. vom 11. Sept. 1784 Nr. 335 lit. n. J. G. S.). Wenn beim ersten oder zweiten Termine mindestens der Schätzwert oder beim dritten Termine irgend ein Betrag für das Exekutionsobjekt geboten ist, wird dieser öfters von dem Ausrufer, den Anwesenden vernehmlich, wiederholt, was immer wieder geschieht, so oft von einem anderen Käufer eine höhere Summe geboten ist, wobei den Kauflustigen über Verlangen auch eine einmalige kurze Ueberlegungsfrist eingeräumt werden kann. Wenn danach ein höherer Anbot nicht gestellt wird, erfolgt der Zuschlag des Gutes an den Meistbieter mit dem Rufe „Zum dritten Mal“, womit die Amtshandlung ihr Ende erreicht hat (§ 334 bis 336 a. G. D.). Ueber den ganzen Vorgang wird ein Protokoll aufgenommen, in welchem zugleich die übrigen Kauflustigen den Rückempfang ihres Badiums bestätigen; der Meistbieter unterzeichnet die Feilbietungsbedingungen und das Protokoll als „Ersther“.

Dem so zu Stande gekommenen Abschluß haftet ipso jure die lex commissoria an, da nach § 338 a. G. D. für den Fall als

futionsführer es in seiner Macht hat, das Gut um den geringfügigsten Betrag als Meistbieter zu erheben und damit die Sache in einer für ihn günstigeren Weise zu Ende zu bringen.

33) Bis zum Beginne der Feilbietungsvornahme liegt es in der Macht des Exekutionsführers eine Hinausschiebung des Feilbietungstermines anzufuchen, und selbst wenn er dies erst beim Termine selbst beantragt, wird die Feilbietung an diesem Termine nicht abgehalten; wozu die oberfig. Entsch. vom 8. Jan. 1861 GUV. 1259 verordnet hat, daß die in einem solchen Fall vergeblich vor Gericht erschienenen Kauflustigen dieserwegen Ersatzansprüche an den Exekutionsführer nicht stellen können, weil sie mit ihm in keinem Rechtsverhältnisse stehen. Hat aber die Feilbietung mit der Stellung eines Angebotes seitens eines Kauflustigen begonnen, so ist ein Sistirungsbegehren fortan ausgeschlossen: Entsch. des ob. Gh. vom 18. Mai 1858 GUV. 571.

der Käufer die übernommenen Zahlungspflichten nicht ordnungsmäßig erfüllen sollte, das Gericht auf Anregung eines Beteiligten über die aus dem Zuschlag erworbenen Ansprüche des Ersteheres hinweg zu einer neuen Feilbietung des Exekutionsgutes schreitet.

8) Die Relizitation ist, richtig beurtheilt, nicht als ein Zwangsmittel gegen den Ersteher, sondern als Wiederaufnahme und Fortsetzung der Exekution gegen den Hypothekbesitzer zu betrachten.³⁴⁾ Sobald der Ersteher seine Pflichten als Käufer nicht erfüllt hat, erhellt, daß der stattgehabte Verkauf ein ungeeignetes Mittel war zur Liquidirung des Gutswerthes und damit zur Befriedigung der Hypothekargläubiger; man muß also in fortgesetzter Feilbietung einen tauglichen Käufer suchen. Allein die Aufhebung des Kaufvertrages mit dem ersten Ersteher erfolgt nicht schlechthin, sondern nur unter Haftbarkeit desselben für das den Hypothekargläubigern in Folge seiner Vertragsuntreue erwachsene Interesse; es tritt ein Analogon zu dem im Artikel 354 des Handelsgesetzbuches für den Fall der mora solvendi des Käufers dem Verkäufer eingeräumten zweiten Alternative ein: Verkauf auf Kosten des Käufers und dessen Haftung für den Schaden. Ueber das Maß dieser Haftung und die Art und Weise ihrer Geltendmachung pflegen die Feilbietungsbedingungen nähere Bestimmungen zu enthalten; auch ist hier der Punkt, wo das vom Ersteher erlegte und bei Gericht verwahrte Badium seine Dienste leistet. Der Verlauf der Sache aber ist (nach § 338 a. G. D.) der, daß auf Grundlage der bereits vorgenommenen Schätzung ein neuer Feilbietungstermin angeordnet wird, wobei die vorbereitenden Formlichkeiten ganz in derselben Weise beobachtet werden müssen, wie sonst bei einem ersten Termine; nun aber wird das Gut um jeden Preis an den Meistbieter

34) Dieser Auffassung zufolge kann man der oberstger. Entsch. v. 30. Okt. 1877, GUW. 6605, nicht beitreten, welche der Finanzprokurator die Relizitation aus dem Grunde bewilligte, weil der Ersteher eines Grundstückes mit der in Gemäßheit der Feilbietungsbedingungen von ihm zu leistenden Zahlung der Gebühren für den in der exek. Veräußerung selbst gelegenen Verkehrsakt, säumig war. „Die bebungenen Zahlungsfristen,“ bei deren Nichtzahlung § 338 der a. G. D. die Relizitation gestattet, können sich nur auf die Bezahlung des Kaufschillings beziehen; die Uebertragungsgebühr aber, deren Forderung dem Staate erst in Folge der Feilbietung erwachsen ist, kann nicht im Wege der Fortsetzung der Exekution gegen den vormaligen Exekutanten eingetrieben werden.

hintangegeben, mit der Maßgabe, daß die Kosten dieses neuen Termines und die etwaige Unter-Differenz des jetzt erzielten gegenüber dem früheren Meistbote vom ersten exekutiven Ersteher getragen werden müssen.³⁵⁾

Berechtigt um die Relizitation anzusuchen sind nach § 338 cit. „der Gläubiger und der Schuldner“. Eine überwiegende Praxis hat dies so verstanden, daß dieses Ansuchen nicht blos von dem früheren Exekutionsgläubiger und nicht blos von denjenigen Hypothekargläubigern gestellt werden kann, deren Forderungen voraussichtlich aus dem Meistbote zur Befriedigung gelangen würden, oder bei der etwa schon stattgehabten Liquidirungstagfahrt als liquid anerkannt worden sind, sondern daß jeder auf dem Gute eingetragene Hypothekargläubiger um die Relizitation einschreiten könne.³⁶⁾

Die Relizitation wird in aller Regel auf Grund einer ausdrücklichen Bestimmung der Feilbietungsbedingungen angesucht und erfolgt alsdann nach Maßgabe derselben Feilbietungsbedingungen. Eine Aenderung der früheren, oder die Vorlegung neuer Feilbietungsbedingungen erscheint jedoch nicht ausgeschlossen, nur müßte bei deren Beurtheilung und Bewilligung auf den Einspruch und das Interesse des ersten exekutiven Ersteheres sorgfältig Bedacht genommen werden.³⁷⁾

35) Im entgegengegesetzten Fall, da nämlich der erzielte zweite Meistbot einen Mehrbetrag gegenüber dem ersten ausweist (und wo die ersten Feilbietungsbedingungen diesen Fall nicht vorgesehen haben), müßte das Plus dem ersten Ersteher zu Gute kommen, wenn wirklich die zweite Feilbietung im strengen Sinne „auf Rechnung“ desselben zu erfolgen hätte, wie nach Art. 354 H. G. B. Allein da § 338 a. G. D. den Verkauf „auf Gefahr und Unkosten“ des exek. Ersteheres und nicht auf dessen Rechnung anordnet, so pflegt man mit Recht den erzielten Mehrerlös in die Exekutionsmasse zu werfen und zur Befriedigung der sonst leer ausgehenden Hypothekargläubiger und schließlich zur Ausfolgung an den Exekutanten zu verwenden. Siehe Gspan, Befriedigung der Gläubiger I, S. 139; Sonnenleitner in der Wagner'schen Zeitschr. 1830, II, S. 159 ff. und Entsch. d. ob. Gh. v. 27. Aug. 1852 in der G. Z. Nr. 34 u. 35 v. J. 1852.

36) In diesem Sinne beschloß der ob. Gh. am 2. Nov. 1864, Z. 6546, Sub. B. Nr. 63 und erlosfen seither mehrere Urtheile: GUW. 1967, 2091, 2096; der früheren Praxis folgt noch die Entsch. GUW. 1945, und jetzt wieder das Urth. v. 6. Mai 1879, d. G. Z. 1880, Nr. 96. Für die letztere auch Gspan, a. a. O. S. 137.

37) Eine Aeußerung des ob. Gh. in dieser Frage findet sich nur indirekt, indem die Entsch. vom 2. März 1869 GUW. 3319 es für unerlässlich erklärt, daß in

Für die Vornahme und Abwicklung der Relizitation gelten die nämlichen Vorschriften, wie bei der exekutiven Feilbietung überhaupt, nur daß hier neben dem Exekuten auch noch der exekutive Ersteher, und zwar dieser als *adversarius remotus*, dem Exekutionsführer gegenübersteht und gleich Jenem von dem Mitbieten ausgeschlossen ist. Nach § 338 a. G. D. hat die Relizitation zu entfallen, wenn der exekutive Ersteher vor der zur Vornahme bestimmten Stunde seine Zahlungen nachholt. —

Sobald eine exekutive Feilbietung vollzogen ist, muß dieselbe nach § 72 G. B. G. von Amtswegen im Grundbuche angemerkt werden. Diese Anmerkung ist mit Rücksicht auf neue Grundbuchsinteressenten verordnet und hat den Zweck Jedermann darauf aufmerksam zu machen, daß das betreffende Gut exekutiv veräußert sei, daß daher Rechte an demselben gegen den bisherigen Besitzer nur für den Fall ferner noch erworben werden können, als der vollzogene Feilbietungsakt im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde aufgehoben werden sollte.³⁸⁾

Aus dem durch die exekutive Feilbietung erzielten Kauffchilling erhält der exequierende Hypothekar endlich seine „volle Befriedigung“ (in dem oben § 37 von uns festgestellten Umfang), sei es durch das Gericht selbst, wenn der Ersteher angewiesen war das Kaufgeld zu Gerichtshänden zu erlegen, sei es unmittelbar aus der Hand Jenes, wenn die Feilbietungsbedingnisse es so festgesetzt hatten. Allein so einfach gestaltet

dem Gesuche um Relizitation deutlich gesagt werde, unter welchen Bedingungen dieselbe bewilligt werden solle, was jedenfalls nicht die Unabänderlichkeit der früheren Bedingnisse voraussetzt.

38) Die Frage nach der rechtlichen Bedeutung dieser Anmerkung — ob sie bloß deklarativer Natur, oder auf Seite des Erstehers rechtsbegründend sei — hängt zusammen mit der nicht mehr das Hypothekenrecht angehenden Frage, wann und durch welchen Akt der Ersteherer das Eigenthum an dem exek. feilgebotenen Gut erwerbe? Vgl. darüber einerseits Krauz, v. G. Z. 1865, Nr. 97, Pfaff, *pignus irregulare*, S. 32, Regelsberger, *civilrechtl. Erörterungen*, I, S. 195, anderseits Stobbe, d. Pr. Rt. II, S. 153, Strohal, *Eigenthum an Immo.* S. 110 ff., Kanda, v. G. Z. 1876, Nr. 94. Ich bin mit Ersteren der Ansicht, daß der Zuschlag nur den Titel zum Eigenthum, erst die Intabulation der Zuschlagsurkunde das Eigenthum selbst gewährt; die Anmerkung der exek. Versteigerung ist eine (jezt von Amtswegen einzutragende) Protestation, welche dem Ersteher denselben Schutz gegen nachträgliche Rechtsverteilung bietet, wie eine Vormerkung des Eigenthums nach a. b. Gb. § 438; vgl. G. B. G. § 49, unten § 50, Note 20.

sich die Sache nur in dem kaum praktischen Falle, da der Exekutionsführer der einzige Konkurrent auf den Gutserlös ist. Wo hingegen neben dem seinigen noch andere Realansprüche auf das Exekutionsobjekt vorliegen, mögen dieselben gleichfalls exekutiv sein oder nicht, da hängt es von den gegenseitigen Rangverhältnissen ab, wie viel der Exekutionsführer und ob er etwas aus dem Erlös erhält. Das macht weitere Verhandlungen über die „Kauffchillingsvertheilung“ nöthig, deren Inhalt und Norm erst unten (§ 71 flgde.) im Zusammenhang mit der Prioritätslehre dargestellt werden kann. —

Anhangsweise ist hier noch der Fälle zu gedenken, wo der Gegenstand des Hypothekarrechtes nicht unmittelbar ein Grundstück ist, sondern eines der oben S. 54 fg. unter 1) bis 6) aufgezählten Rechte an einem solchen. Das Nutzungseigenthum, der Nießbrauch, die intabulirten Bestandrechte, das sog. Bergwerkseigenthum und im Allgemeinen auch die bürgerlichen Reallastberechtigungen unterliegen der exekutiven Veräußerung wie das Grundstück selbst, und es gestalten sich dabei die drei Exekutionsgrade durchaus in der dargestellten Weise. Der Eigenthümer des Grundstückes selbst wird von der Exekution nicht mit betroffen, der exekutive Ersteher tritt an Stelle des früheren Berechtigten und innerhalb der Grenzen der früheren Berechtigung ein. Ist aber der Gegenstand des Pfandrechtes ein grundbücherlich haftendes Rentenrecht (in Geld) oder eine Hypothekarforderung, so treten bei der Exekutionsführung zwei Eigentümlichkeiten ein. Einmal, daß die exekutive Schätzung dieser Rechte entfällt und für die exekutive Feilbietung durch den Ansatz des Nominalbetrags der Rentenbeziehungsweise Hypothekarforderung ersetzt wird.³⁹⁾ Die andere Eigentümlichkeit liegt in dem Rechte des Exekutionsführers die Exekution in einer von der geschilderten verschiedenen Weise durchzuführen. Die Normen hierfür enthalten die §§ 314 bis 319 a. G. D. (vgl. §§ 415 ff. wgl. G. D.). Hiernach kann der Exekutionsführer in Fällen der erwähnten Art sich die Forderung seines Gegners zum Zwecke der Berichtigung seiner Exekutionsforderung einantworten lassen. Die Exekution vollzieht sich hier in einem Akte, der darin besteht, daß das Erkenntnißgericht die dem Exekuten zustehende Renten- oder Hypothekarforderung dem Exekutionsführer exekutiv einantwortet und zugleich die Einverleibung dieser

39) Hofb. v. 27. Okt. 1797 Nr. 355 J. G. S.

Verfügung im Grundbuche bewilligt und entweder selbst vollzieht oder durch die Realinstanz vollziehen läßt. In diesen Fällen liegt eine erzwungene Cession vor, worüber das Nähere im folgenden Buche zu behandeln sein wird.

Die dargestellten Formen der Pfandrechtsdurchführung sind publici juris (wie sich in Oestreich schon äußerlich darin ausdrückt, daß die betreffenden Normen der Prozeßordnung angehören, vgl. § 461 a. b. G. B.): sie können also durch vertragsmäßige Parteienverfügung, sei es durch ursprüngliche oder durch nachträglich geschaffene, nicht verändert werden. Und zwar gilt das nicht nur von den Hauptzügen des Verfahrens, sondern auch von allen gesetzlichen Einzelheiten desselben; so wenig Privatverkauf oder impetratio dominii einverständlich an die Stelle der gesetzlichen Exekution gestellt werden kann (§ 1371 a. b. G. B.), ebensowenig ist eine vertragsmäßige Modifikation der letzteren — etwa Abkürzung des Feilbietungsverfahrens durch Fallenlassen eines Termines, oder Verkürzung der Zwischenzeiten, oder Herabsetzung des Ausrufspreises unter den Schätzungswerth u. dgl. — zulässig. Solche Verträge wären in sich nichtig, mithin selbst dann wirkungslos, wenn im konkreten Falle neben den beiden Vertragstheilen kein dritter Realktheiliger in Betracht kommen sollte.

Die Realisirung des Hypothekarrehtes

b) im Konkursfalle.

§ 47.

Es ist hier lediglich die Frage zu erörtern, in welcher Weise der Hypothekargläubiger für den Fall, da über das Vermögen des Hypothekargutbesitzers der Konkurs verhängt wird, seine Befriedigung aus der Hypothek erlangt, also abzusehen von der Art der Geltendmachung der persönlichen Forderung des Hypothekargläubigers gegenüber dem sonstigen Kreditvermögen. Die östreichische Konkursordnung vom 25. Dez. 1868 (R. G. B. Nr. 1 v. J. 1869) nimmt bei Regelung dieser Frage im Allgemeinen den sachgemäßen Standpunkt ein. Da der Zweck des Hypothekar- wie alles Pfandrehtes darin besteht dem Gläubiger eine Sicherung seiner Forderung für alle Fälle und namentlich für den Fall der Insolvenz des Schuldners zu gewähren, und diesem Zwecke durch die Wirkungen der Dinglichkeit des Pfandrehtes und

durch die Vorschriften über die Geltendmachung desselben schon volle Genüge geleistet ist: so dürfen die Hypothekare an die Vorschriften über das Konkursverfahren vor Allem das Postulat stellen, daß dieses in den Kreis der ihnen außerhalb des Konkurses zustehenden Rechtsmittel nicht störend eingreife; eine Förderung oder Steigerung der ihnen zustehenden Befugnisse durch das Konkursverfahren haben sie nicht zu erwarten. Denken wir den Fall, daß gegen einen insolventen Schuldner lediglich Hypothekarforderungen laufen, und daß sein gesamtes Vermögen nur in den Hypothekargütern besteht, so wird, auch wenn jene Forderungen noch so zahlreich wären und den Werth der Hypothekargüter noch so sehr überstiegen, dennoch die Eröffnung des Konkurses als überflüssig und darum unzulässig sich darstellen. Denn der Zweck des Konkursverfahrens, das Vermögen des Schuldners seiner Disposition zu entziehen und nach dessen Verfilberung eine rangmäßige Befriedigung sämmtlicher Gläubiger herbeizuführen (§ 1 R. O.), würde in unserem Falle ohne den Apparat des (gewöhnlichen) Konkurses schon mittelst der jedem Hypothekargläubiger zustehenden Exekutionsmittel vollständig verwirklicht, da die exekutive Sequestration das Hypothekargut jeder nachtheiligen Einflußnahme Seitens des Eigenthümers entrückt, die exekutive Feilbietung die Verfilberung dieses Gutes, und die sich anschließende Meistbotsvertheilung die rangmäßige Befriedigung der Hypothekargläubiger zur Durchführung bringt.¹⁾ Wenn also über einen Schuldner nach Vorschrift des Gesetzes der Konkurs verhängt wird, so geschieht es wegen der Forderungen, die nicht mittelst Hypotheken gedeckt sind, und wegen jenes Vermögens des Kreditars, das nicht in Hypothekargütern besteht, oder das nach Befriedigung der Hypotheken erübrigt. Sowie nun das Konkursverfahren nicht im Interesse der Hypothekargläubiger eröffnet wird, so darf es auch die dingliche Sicherheit ihrer Forderungen nicht angreifen, und weil es für seinen Zweck grundsätzlich nur mit den Hyperochen der Pfandgüter des Kreditars zu thun hat, so darf auf diese Güter, soweit sie mit ihrem Werthe für die

1) Es wird unten (§ 72) gezeigt werden, daß unsere heutige Immobiliarexekution für alle an dem Gute dinglich Berechtigten in Wahrheit ein Konkursverfahren ist, nur nicht, wie das gewöhnliche, ein Konkurs auf ein Personalvermögen, sondern auf ein Gut (Realkonkurs); daraus erklärt es sich von selbst, warum der Konkurs des Hypothekarschuldners die Realkgläubiger nicht berührt, welche ihre Zwangsbesriedigung ohnehin nie anders als nach Konkursgrundsätzen erlangen.

Befriedigung der Hypothekare zu haften haben, die Konkursöffnung keinen Einfluß ausüben. Jedes Hypothekargut bildet eine Vermögensmasse für sich, deren Liquidirung (zunächst) zum Zwecke der Befriedigung der Hypothekarforderungen nach Eröffnung des Konkurses ebenso wie vor derselben, und zwar durch die nämlichen Rechtsmittel wie außerhalb des Konkurses erfolgen kann.

Diesen aus der Natur der in Betracht stehenden Verhältnisse sich ergebenden Anforderungen ist, wie bereits hervorgehoben, durch die Bestimmungen der östreichischen Konkursordnung im allgemeinen Genüge gethan:

Nach § 30 R. O. bildet jedes Hypothekargut eine besondere Masse, bei welcher die Hypothekargläubiger alle blos persönlich Forderungsberechtigten in dem Maße ausschließen, daß nur das, was nach vollständiger Befriedigung der Hypothekarforderungen etwa übrig bleibt, der allgemeinen Konkursmasse zufließt.²⁾ Jedes eine besondere Masse bildende Gut wird vom Beginne des Konkursverfahrens an einer abgesonderten Verwaltung unterzogen (§ 152). Diese Verwaltung führt entweder der allgemeine Verwalter des Kridavermögens (Konkursmasserverwalter) oder ein über Antrag eines Hypothekargläubigers von den gesammten Realgläubigern mit Stimmenmehrheit gewählter besonderer Gutsverwalter (§ 74); in dem einen wie in dem anderen Falle steht den besonders zu verständigenden Realgläubigern das Recht der Prüfung und Bemängelung der über das Hypothekargut in gesetzlich bestimmten Terminen zu erstattenden Verwaltungsrechnung zu (§ 152 und 153). Mit der abgesonderten Verwaltung und Verrechnung des Hypothekargutes wird der Zweck verfolgt und erreicht, daß die zur Zeit der Konkursöffnung rückständigen Einkünfte von demselben, sowie die nach der Konkursöffnung gewonnenen Früchte und Erträgnisse, zur besonderen Befriedigung der Hypothekargläubiger verwendet werden (§ 166). Die Vertheilung

2) Die diesbezügliche Bestimmung wird in § 30 R. O. nicht ausschließlich im Interesse der Hypothekargläubiger getroffen, sie gilt vielmehr zu Gunsten aller „Realgläubiger“ d. i. aller Derjenigen, welche aus einem dinglichen Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus bestimmten Gütern des Gemeinschuldners Anspruch haben.“ Allein für unseren Zweck genügt es, wenn wir hier wie in der Folge nur von Hypothekargläubigern sprechen, wo die R. O. der Realgläubiger gedenkt. Ueber das Verhältniß dieser Realgläubiger zu den Hypothekaren s. unten § 68.

dieser Nutzungen und Einkünfte unter die Realgläubiger erfolgt nach derselben Rangordnung wie die Vertheilung des durch den Verkauf des Hypothekargutes zu erzielenden Erlöses (§ 31 R. O.). Die besondere Verwaltung des Hypothekargutes im Falle des Konkurses hat daher für die Hypothekargläubiger dieselben rechtlichen Wirkungen, als wenn außerhalb des Konkurses das Gut über Begehren eines unter ihnen in exekutive Sequestration gezogen würde.³⁾ Demgemäß bestimmt § 83 R. O., daß ein etwa von früher her bestehender exekutiver Sequester nach der Konkursöffnung in der Regel als besonderer Masserverwalter beibehalten werde, und daß andererseits, wenn nach der Konkursöffnung ein exekutiver Sequester zu bestellen wäre, hierzu der besondere Gutsverwalter zu verwenden sei.

Die zwangsweise Geltendmachung des Hypothekanspruches an dem Hypothekargute steht jedem Hypothekargläubiger nach der Konkursöffnung ganz in der nämlichen Weise zu, wie außerhalb des Konkurses. Die Kompetenz für die Hypothekarklage bleibt unverändert (§ 138), nur die Person des Gegners in der Klage wie in den Exekutionsgesuchen erleidet die äußerliche Veränderung, daß diese gerichtlichen Eingaben nicht gegen den Kridar, sondern gegen den gesetzlichen Vertreter desselben und der Konkursgläubiger, d. i. gegen den Konkursmasserverwalter gerichtet werden müssen (§ 6 und 137). In der Erwirkung einer exekutionsfähigen Urkunde, sodann in der Durchführung der einzelnen Exekutionsakte wird der Hypothekar durch den Konkurs in keiner Weise beirrt (§ 12 Z. 2). Nach durchgeführter exekutiver Feilbietung insbesondere findet die Vertheilung des Meistbotes hier ebenso wie außerhalb des Konkurses Statt (§ 31).⁴⁾

3) Nach der Konkursöffnung ist der Gemeinschuldner außer Stande die Zinsen der auf seinen Realitäten haftenden Hypothekarforderungen den Gläubigern in geschuldeter Weise abzuführen, überdies steht es in der Macht eines jeden Hypothekargläubigers die exekutive Sequestration des Hypothekargutes nach der Konkursöffnung zu erwirken. Das Gesetz kommt also nur den Hypothekargläubigern zuvor, indem es gleichsam eine exekutive Sequestration des Hypothekargutes im Interesse aller Hypothekargläubiger von Rechtswegen mit der Konkursöffnung verbindet.

4) Ueber die Meistbotesvertheilung s. unten § 73 fg. — Die Rechte, die sonst dem Exekuten zustehen, werden während des Konkursverfahrens von dem Konkursmasserverwalter ausgeübt. Dem Letzteren wird in § 165 R. O. insbesondere auch die Befugniß eingeräumt: „an Stelle eines jeden Hypothekargläubigers,

Nur in Einem Punkte tritt nach östreichischem Rechte allerdings eine nicht unwesentliche Gefährdung der Hypothekargläubiger in Folge der Konkursöffnung ein. Darin nämlich, daß im Laufe der Abwicklung des Konkurses nicht nur eine sog. freiwillige Veräußerung des Hypothekargutes — welche die Rechtsstellung der Hypothekare nicht berührt, und darum dem Eigentümer oder seinem Vertreter auch sonst unbenommen ist⁵⁾ — stattfinden kann, sondern auch eine Veräußerung mit den Wirkungen der exekutiven Feilbietung, d. h. mit der Konsequenz der Löschung aller durch den Meistbot nicht gedeckten Lasten. Maßgebend sind hierüber die Bestimmungen der §§ 142, 145, 147 und 148 a. R. D. In diesen Gesetzesstellen wird zunächst festgestellt, daß die Veräußerung eines unbeweglichen Gutes des Kreditars vor der allgemeinen Liquidirungstagsfahrt nur selten, und zwar wenn außerordentliche Umstände deren Vornahme dringend erheischen, erfolgen soll, daß aber nach der allgemeinen Liquidirungstagsfahrt das Realisirungsgeschäft mit thunlicher Beschleunigung betrieben und zu Ende geführt werden soll; ferner ist darin unterschieden zwischen einer „Veräußerung in der im Exekutionsverfahren vorgeschriebenen Art“ oder „Veräußerung nach den Vorschriften der Exekutionsordnung“ einerseits, und zwischen einer „anderen Veräußerungsart“ oder „Veräußerung mit theilweiser oder gänzlicher Umgehung des im Exekutionsverfahren vorgeschriebenen Vorganges“ andererseits. Von der erstgenannten Veräußerungsart wird verfügt, daß sie vor der Abhaltung der allgemeinen Liquidirungstagsfahrt⁶⁾ der Zustimmung des Konkurskommissärs, nach derselben der Zustimmung des Gläubigerausschusses bedürfe; hingegen wird zur Veräußerung mit theilweiser oder gänzlicher Umgehung der Vorschriften der Exekutionsordnung — welche nur Statt haben soll, „wenn sehr wichtige Gründe sie empfehlen“ (§ 142) oder „wenn sie einen offenbaren Vortheil für die Masse in Aussicht stellt“ (145), —

welcher die exekutive Feilbietung eines unbeweglichen Gutes erwirkt hat, jedoch den Vollzug der Feilbietung oder die Vornahme der Vertheilung des Verkaufserlöses verzögert, in das Exekutionsverfahren einzutreten.“

5) S. oben § 33.

6) Die allgemeine Liquidirungstagsfahrt ist für die Hypothekargläubiger sonst ohne Belang. Sie dient dem Zwecke der Liquidirung der Konkursforderungen, während die Hypothekargläubiger insoweit sie nur Befriedigung aus dem Hypothekargute anstreben, ihre Forderungen bei dieser Tagsfahrt gar nicht anzumelden brauchen (103 und 137 R. D.).

die Zustimmung des Konkursgerichtes, beziehungsweise der Mehrheit der Gesamtgläubigerschaft, gefordert. Welche Wirkung nun die Veräußerung des unbeweglichen Gutes in der einen und in der anderen Art habe, ist zwar in den genannten Gesetzesstellen nirgends mit voller Bestimmtheit ausgesprochen.⁷⁾ Allein aus § 31 u. ff. R. D., welche in ausführlicher Weise die Rangordnung normiren, in welcher Masse- und Realgläubiger „aus dem Verkaufserlöse eines zur Konkursmasse gehörigen unbeweglichen Gutes“ befriedigt werden, geht hervor, daß die Wirkung des gerichtlichen Verkaufes behufs Realisirung der zum Konkurs gehörigen Realitäten eben dieselbe sein soll, wie diejenige einer Feilbietung im Exekutionsverfahren.⁸⁾ Demnach ist im Konkursverfahren dem Konkursmassenverwalter, allerdings unter der Aufsicht des Konkurskommissärs oder des Gläubigerausschusses, die Macht eingeräumt ein Hypothekargut, auch wenn keiner der Hypothekargläubiger zur Exekution geschritten ist und wenn für die Masse keine Hypothek sich herausstellt, nach gerichtlicher Feilbietung dem Meistbieter exekutiv zuschlagen zu lassen, und damit jene Hypothekargläubiger, deren Forderungen nicht in den Meistbot fallen, ihrer Rechte zu entsetzen. Das Bedenkliche dieser Wirkung, welche auch von der Praxis allgemein der „kreditmäßigen Feilbietung“ zuerkannt wird, liegt auf der Hand. Zwar

7) Der citirte Wortlaut jener Gesetzesstellen könnte dahin verstanden werden, daß nur die äußere Form des Verkaufes eine verschiedene sei, also entweder ein Verkauf aus freier Hand, oder ein Verkauf in freiwilliger Lizitation, wo der Verkäufer ganz frei die Normen des Vertragsabschlusses bestimmen kann, oder endlich ein Verkauf, bei welchem die Formen der exekutiven Feilbietung beobachtet werden; daß aber die Wirkungen der in der einen oder anderen Form erfolgenden Veräußerung immer nur diejenige einer außergerichtlichen Veräußerung seien.

8) Der § 31 cit. stellt keine Norm unbedingt auf und unterscheidet gar nicht, wie der „Verkaufserlös des zur Konkursmasse gehörigen unbeweglichen Gutes“ erzielt ist, ob in Folge Exekutionsführung seitens eines Gläubigers oder in Folge Initiative des M-Verwalters das Gut verkauft ist, und im letzteren Falle, ob „die für das Exekutionsverfahren vorgeschriebene Weise“ beobachtet, oder in „einer andern Weise“ veräußert wurde. Es erscheint aber trotzdem nothwendig den § 31 u. ff. einschränkend zu interpretiren und die Wirkungen des Exekutionsverfahrens nur für jene Fälle zuzulassen, wo die Formen des exekutiven Verkaufes beobachtet worden sind. Sonst könnte ein Hypothekargläubiger in Folge des Konkursverfahrens nicht nur wider Willen, sondern auch ohne sein Wissen des Hypothekarrechtes verlustig gehen, also ohne daß er auch nur die Möglichkeit hätte den ihm gesetzlich gewährleisteten Einfluß bei Setzung der Feilbietungsbedingungen und bei Vornahme der Feilbietung auszuüben.

kann darin, dem bestehenden Recht gegenüber, nichts Folgewidriges gesehen werden: denn es steht ja außer dem Konkurs jedem einzelnen bloß persönlichen Gläubiger des Pfandguteigenthümers frei, für seine liquide Forderung hinter den bisherigen Hypothekaren das exekutive Pfandrecht zu erwerben und sodann die exekutive Feilbietung ohne Rücksicht auf *opportunitas temporis* u. auch dann durchzuführen, wenn deren Ergebnis nicht den kleinsten Theil seiner Forderung befriedigt,⁹⁾ wohl aber ihm vorgehende Rechte vernichtet; und was jeder Einzelne könnte, muß auch dem Vertreter Aller möglich sein, dem Masseverwalter, der durch die Konkursöffnung gleichsam ein kollektives Exekutionsrecht auf die Hypotheken aller Massegrundstücke erworben hat. Gleichwohl aber ist es ein Anderes, die Möglichkeit zum Mißbrauch eines Rechtes seitens Einzelner offen zu lassen, und ein Anderes, solchen Mißbrauch in dem Rahmen einer öffentlichen Rechtseinrichtung, wie der Konkurs es ist, von Gesetzeswegen zur Regel zu machen. Darin eben liegt es zumeist, was die in Rede stehende Wirkung der „krimmatischen Feilbietung“ so anstößig macht, daß diese Feilbietung eine regelmäßige Erscheinung in jedem Konkurs ist, da das Gesetz selbst (§ 145 R. D.) sie dem Masseverwalter empfiehlt.

Uebrigens liegt das Heilmittel gegen diesen Schaden nicht in einer einseitigen Aenderung des Konkursgesetzes, sondern in einer zweckmäßigen Beschränkung des *ius distrahendi* der nachstehenden Pfandgläubiger überhaupt.¹⁰⁾

9) Es ist nur zu bekannt, wie oft in Oestreich a priori hoffnungslose Immobilienexekutionen durchgeführt werden, bloß um dem Gläubiger (bezw. seinem Anwalt) die Exekutionskosten einzubringen; sei es direkt aus dem feilgebotenen Gut, kraft des Rangprivilegiums der Kosten (unten § 62), sei es indirekt durch die bedrohten Saßgläubiger, welche in letzter Stunde dem Exekutionsführer seine Kosten zahlen, um die Feilbietung abzuwenden.

10) Worin diese zu bestehen hätte, wird an seinem Orte unten (§ 66 Note 1) besprochen werden.

Viertes Buch.

Uebertragung und Belastung der Hypotheken.

§ 48.

Uebersicht.

Befiehende Hypothekarrechte können ohne Veränderung ihres Wesens und Inhalts die Person des Berechtigten wechseln durch Cession oder Erbgang. Hier wird nur die erstere Art der Uebertragung zu behandeln sein, da die letztere nicht nach Hypothekenrechtlichen, sondern nach erbrechtlichen Grundsätzen erfolgt und wirkt.¹⁾ Ein Wechsel in der Person des Hypothekarschuldners (Schuldübernahme s. oben § 34 N. 8) berührt das Hypothekarrecht als solches nicht, fällt also ebenfalls außer den Rahmen unserer Untersuchung; ein Wechsel des Objectes aber ist ohne Zerstörung des konkreten Hypothekarrechtes nicht denkbar.²⁾ — Unter der Rubrik Belastung der Hypotheken soll 1) die

1) Vgl. Unger, Erbt. § 40, Strohal, Zur L. v. Eigenthum an Immobilien 1876, S. 100 fg. und oben § 16 Note 26. Der Erbe tritt in das Hypothekarrecht des Erblassers durch den Akt des Erbwerbendens ein, er erwirbt dasselbe, wie das Eigenthum der Erbschaftsimmobilien, lediglich unter den Voraussetzungen und nach den Regeln des Erbrechtes, nicht des Tabularrechtes; daher ist sein Rechts-erwerb von der Eintragung in das öff. Buch unabhängig, aber folgeweise auch des Schutzes aus der *publica fides librorum* nicht theilhaftig. Dies gilt jedoch nach §. 4. N. nur für den Erben, nicht auch für den Legatar, welcher stets Cessionar ist.

2) Es giebt keine Uebertragung des Hypothekarrechtes auf ein anderes Object (die Identität des Gegenstandes ist dem Pfandrecht, wie jedem dinglichen Recht, wesentlich, vgl. L. 18 § 3. D. de pign. act. 13, 7); was hierher bezogen werden möchte — Vereinbarung zwischen Pfandgläubiger und Pfandeigenthümer wegen

Afterhypothek, 2) das Verhältniß des Nießbrauchs an Hypothekarrechten, und 3) die Vinkulirung derselben durch eingetragene Dispositionsbeschränkungen — Veräußerungsverbote, Kautions-, Fideikommiß-, Substitutionsbänder — zusammengefaßt werden.

I. Cession.¹⁾

§ 49.

Allgemeines. — Die Cession und das öffentliche Buch.

Die Umlaufsfähigkeit der Hypothekarrechte erhöht deren Werth, indem sie dieselben zur Waare macht; zugleich rettet sie in vielen Fällen den Schuldner vor wirthschaftlichem Verfall, indem sie es dem Gläubiger ermöglicht, anstatt durch Kündigung und Exekution, vielmehr durch den Verkauf der Forderung sein Kapital flüssig zu machen.²⁾ Grund genug für die Gesetzgebung die Wege dieses Umlaufs so sehr zu ebnen, als es mit der Sicherheit des Verkehrs verträglich erscheint.

„Uebertragung“ der Last auf ein anderes diesem gehöriges Objekt, oder die Ueber-schreibung des Pfandrechts auf die neue Einlage des Trennstüdes nach § 1 des Vertheilungsgesetzes (oben S. 275) — ist in Wahrheit nicht Uebertragung, sondern Neubegründung der Hypothek, was u. a. in der Prioritätsfrage praktisch hervortritt. Mit dem Gesagten steht nicht im Widerspruch, was oben (§ 38) über die Elastizität des Pfandnexus gegenüber intensiven und extensiven Veränderungen am Tabular-körper ausgeführt ist; wenn allerdings durch Inkorporation oder Parteienwidmung Mobilien aus dem Verband des Einen Tabularkörpers ausscheiden und in den des anderen übergehen, wodurch sie in dessen Pfandnexus einbegriffen werden, so ist dies nicht Uebertragung des Pfandrechts auf sie: die bestehenden Hypothekarrechte erhalten nicht ein neues Objekt untergeschoben, sie haften nach wie vor an ihrem Tabularkörper, der als ein — nicht starres, sondern lebendiges — Ganzes ihr Objekt ist. Und nicht anders verhält es sich mit jenen Immobilien, die durch den Akt der bürgerlichen Zuschreibung in die rechtliche Einheit des Tabularkörpers aufgenommen werden. Oben § 38, Note 13; zu den hier berührten Problemen vgl. jetzt Schey, Grünhuts Zschr. VIII, S. 110 ff.

1) N. v. Ob. § 1392 — 1399. Carabelli, diritto ipot. II, p. 117 fg. M. Schuster, Grundlehre der Cessionen, Wagn. Ztschr. 1829 II, S. 1 fg. (be-
faßt sich nur mit der Haftpflicht des Cedenten), Krauz, das leitende Prinzip der bürgerlichen Rechte XII (S. G. Ztg. 1869 Nr. 17 fg.) — Dernburg, preuß. Pr. Rt. I, § 325, Regelsberger, S. Rt. § 87, 88.

2) Dernburg, a. a. O. S. 717.

Gleichwohl ist man in Oestreich mit der „Mobilisirung des Real-
kredites“ nicht bis zu dem Institut der nach den Grundsätzen der In-
haberpapiere gestalteten Grundschuldbriefe³⁾ vorgegangen — insbesondere
sind die von den großen Kreditinstituten Oestreichs vielfach ausgegebenen
„Pfandbriefe“ solche nicht⁴⁾ — sondern der Verkehr mit Hypothekar-
rechten bewegt sich im Rahmen der gemeinrechtlichen Cession;⁵⁾ die

3) Wie jetzt namentlich in Preußen (Dernburg, § 326) nach dem Vorbilde
des mecklenburgischen Rechtes (Meibom, S. Rt. S. 39).

4) Unsere Pfandbriefe enthalten, ihrem Namen zum Trotz, überhaupt keine
Pfandrechte. Was hier vorliegt sind einfache Obligationen, welche durch (unter staat-
licher Aufsicht ausgestellte) Inhaber-Urkunden einer gewissen Form verbrieft, und mit
einem erst durch das Gesetz v. 24. April 1874 R. G. B. 48 geregelten besonderen
privilegium exigendi im Konkurs der emittirenden Anstalt begabt sind. Zwar
sollen stets diejenigen Vermögensobjekte des Ausstellers, welche jeweils „zur vor-
zugsweisen Deckung der Pfandbriefe statutenmäßig zu dienen haben“ besonders in
Evidenz gehalten, und soll auch rücksichtlich derjenigen unter ihnen, „an welchen
ein bürgerliches Recht erworben werden kann,“ deren „Haftung als Kautions zur
Sicherstellung für die Befriedigung der Ansprüche aus den . . . Pfandbriefen“ in
den öffentlichen Büchern eingetragen werden, — allein mit dieser „Eintragung des
Kautionsbandes“ (§§ 1, 2, 5 d. a. Ges.) ist doch nur jenes privil. exigendi für
Jedermann erkennbar gemacht, keineswegs ein Hypothekarrecht begründet. Das
erhehlt schon daraus, daß das Kautionsband durch einseitige Verfügung des Schuld-
ners jederzeit wieder beseitigt werden kann, wenn (nach der Ueberzeugung des Re-
gierungskommissärs) für die vorhandenen Pfandbrieffschulden anderweitig die
statutenmäßige Deckung vorliegt; womit gesetzlich anerkannt ist, daß den Pfand-
briefbesitzern als solchen eben nur das Recht auf „statutenmäßige Deckung“ über-
haupt zukommt, nicht aber ein Hypothekarrecht an den Objekten, welche jeweils
vom Schuldner dem Zwecke der Deckung gewidmet sind. Diese Widmung selbst ist
ein Akt der inneren statutenmäßigen Gebahrung der Anstalt, nicht Pfandsetzungs-
vertrag mit den Gläubigern. (Auch § 2 Abs. 1 d. Ges. statuiert kein Pfandrecht,
sondern nur eine Vinkulirung zum Schutze jenes Konkursprivilegiums gegen dessen
Vereitelung im Wege einer Einzelrektion.)

5) Ausgenommen hievon sind die „für Theilschuldverschreibungen, welche auf
den Inhaber lauten oder durch Indossament übertragbar sind, eingeräumten Hypo-
thekarrechte“ nach dem Ges. v. 24. April 1874. R. G. B. 49 (vgl. oben S. 183,
es handelt sich dabei hauptsächlich um die s. g. Prioritätsobligationen der Eisen-
bahnunternehmungen; Beispiele s. in Beilage IV, V, Lastenblatt). Hier gelten
die Cessionsgrundsätze zwar für die Uebertragung des Rechtsverhältnisses in seiner
Gesamtheit (Intabulation der Pfandübertragungsurkunde, § 11 d. Ges.), die
einzelnen Theilobligationen aber werden sammt dem auf sie entfallenden Pfand-
rechtsantheil durch Begebung des Papiers übertragen. Darin, daß sie einen solchen
Pfandrechtsantheil haben — der nach den Grundsätzen des allgemeinen Hypothe-
kenrechts ausgeübt und nur durch ordentliche Lösung (insbes. im Falle der Til-

gesetzlichen Erleichterungen desselben betreffen. einerseits die Form des Abtretungsgeschäftes, andererseits die Sicherung des Uebernehmers gegen Bestreitungen des cedirten Anspruches.

Die Cession der Forderungsrechte überhaupt, also auch der mit Grundpfand versicherten, ist formlos.⁶⁾ Dagegen fällt die Uebertragung des Hypothekarrechtes unter die in Oestreich allgemein durchgreifende Norm (a. b. G. B. §§ 321, 451), wonach dingliche Rechte an bürgerlichen Immobilien inter vivos nur durch den Buchakt erworben werden; daß dies nicht bloß für die erste Begründung, sondern auch für die Cession des Pfandrechtes Geltung habe, entspricht der herrschenden Praxis und folgt aus a. b. G. B. § 445 und § 431: 7)

„Zur Uebertragung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen muß das Erwerbungsgeschäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden.“ (§ 431.)

gung des Schuldverhältnisses gegen Vorlage der sämmtlichen eingelösten Schuldverschreibungen, § 15 des cit. Ges.) aufgehoben wird — unterscheiden sich die hier in Rede stehenden Schuldtitel von den in der vorigen Note besprochenen „Pfandbriefen.“ — Cession durch bloße Begebung des Papiers findet auch statt bei jenen Einzel-Hypotheken, die ausdrücklich für den jeweiligen Inhaber (oder Indossatar) der Tabularurkunde eingetragen sind; vgl. oben § 27, Note 35, Krainz, a. a. D. S. 707 fg.

6) A. M. Krainz, S. G. Z. 1869, Nr. 17, s. darüber unten Note 8. Die Ansicht Rippels, Komm. Vb. 8. II. S. 70, wonach verbrieft Forderungen nur durch Uebergabe der Urkunden cedirbar sein sollen, ist als unbegründet und unbegründbar zu verwerfen. Unrichtig daher die Entsch. v. 21. März 1872, O. W. 4534 (wo der bequeme aber ungenaue Ausdruck „Eigenthum der Forderung“ auf Irrthümer geführt hat); die richtige Ansicht liegt zu Grunde den Urth. bei O. W. 1237, 5218, und ist von Randa, Besiz § 11, Note 47 (3. Aufl.) vertheidigt. S. auch Carabelli, l. c. II, p. 140, welcher aber doch (p. 141, 142) der Analogie zur Tradition zu viel Raum gönnt. Ungenau auch Kirchstetter, Komm. zu § 1392 fg.: eine bestimmte Form der Cession sei dann erforderlich, wenn das der Cession zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, z. B. Schenkung, letztwillige Verfügung, eine besondere Form erfordert. Jenes Rechtsgeschäft ist eben nicht die Cession, auch wo beide Akte äußerlich zusammenfallen, gleichwie im Handgeschenk die Schenkung mit der Tradition (Unger, Syst. II, § 96 R. 15); die durch Notariatsakt schenkungsweise oder in dotem versprochene Abtretung einer Forderung wird, wie jede andere, durch formlosen Vertrag (welcher erst die Cession ist) vollzogen, vgl. unten § 50, Note 3.

7) Nicht aber aus § 4 G. B. G., der nur die Form des Bücherwesens angeht und das Hauptbuchsystem bestätigen will (s. oben § 6, Note 13; hiemit erledigt sich die Polemik gegen diese Gesetzesstelle bei Strohal, z. L. v. Eigenthum an Immobilien 1876, S. 11 fg.).

„Nach den in diesem Hauptstücke über die Erwerbungs- und Erlösungsart des Eigenthumsrechtes unbeweglicher Sachen gegebenen Vorschriften hat man sich auch bei den übrigen, auf unbewegliche Sachen sich beziehenden dinglichen Rechten zu verhalten.“ (§ 445.)

In dem wirthschaftlich einheitlichen, juristisch aber aus einer Verbindung disparater Elemente gebildeten Rechtsverhältniß der Hypothekarforderung ist also die Forderung der bewegliche Theil, das zu ihr gehörige Grundpfandrecht aber ein relativ schwerfälliges Accessorium, welches seinem im Umlauf des Verkehrs möglicherweise vorausgeeilten Principale nur auf Umwegen zu folgen vermag. Daraus ergeben sich folgende hier in Betracht zu ziehenden Möglichkeiten, wobei im Auge zu behalten ist, was oben (§ 2, § 14 fg.) über die abhängige Natur des Pfandrechtes und deren Rechtswirkungen ausgeführt wurde:

1) Cession der Forderung ohne das Pfandrecht.

Die Möglichkeit dieses Falles wird bestritten von einer Lehrmeinung, welche das wahre Verhältniß von Forderung und Pfandrecht auf den Kopf stellt, indem sie — letzteres zum principale, erstere zum accessorium stempelnd — behauptet, die hypothekarisch versicherte Forderung könne in Oestreich nur durch bürgerliche Umschreibung übertragen werden.⁸⁾ Jedoch ist diese Ansicht nicht in Geltung, da die

8) Krainz, a. a. D. und die dort Angef. (Rappsch, Aufseß, Füger). Die zum Beweis herangezogenen Gesetzesstellen (§ 117 Pat. v. 9. Aug. 1854. N. G. B. 208, Hofdekr. v. 12. Aug. 1825, S. G. S. 2125, § 75 Ung. G. B. D.) besagen nicht mehr, als daß die Eintragung der Cessionsurkunde die Uebertragung der Forderung (sammt Hypothekarrecht) bezwecke und bewirke; sie schließen keineswegs aus, daß für die Forderung allein dasselbe durch außerbücherliche Abtretung erreicht werden könne. Letzteres entspricht dem allgemeinen Recht der Cession und müßte auch von den Vertheidigern der in Rede stehenden Singularität mindestens dann zugelassen werden, wenn die Absicht bei der Cession gar nicht auf die Mitabtretung des Pfandrechtes gerichtet ist. Oder sollte dießfalls der Cedent gezwungen sein, bevor er cedirt erst seine Forderung durch Lösung des Pfandrechtes zu einer unversicherten zu machen, damit er sie alsdann nach a. b. G. B. § 1392 abtreten könne? — Die Konsequenzen übrigens, die Krainz S. 66 aus seiner m. E. verfehlten Auffassung zieht, ergeben sich (allerdings mit Beschränkung auf den durch Ausübung des Pfandrechtes zu erlangenden Betrag der Forderung) auch für uns aus dem Publizitätsprinzip; nur seine letzte Folgerung, daß „wenn über den Cedenten nach der Cession, aber vor deren Intabulation, der Konkurs ausbricht, die Forderung in die Konkursmasse gehört“, müssen wir ablehnen. Vgl. übrigens gegen Krainz auch Kirchstetter, Komm. 3. Aufl. S. 663.

neuere Praxis dem außerbücherlichen Cessionar sogar die Hypothekarklage gewährt, und das G. B. G. § 22 ihn zur Ausstellung löschungsfähiger Quittungen ermächtigt.⁹⁾

Wenn also Jemand seine Hypothekarforderung abzüglich ihres Pfandrechtes¹⁰⁾ (ganz oder theilweise) überträgt,¹¹⁾ was durch formlosen Vertrag geschehen kann, so geht die Gläubigerschaft (das sog. Eigentum an der Forderung) auf den Cessionar über, während das Hypothekarrecht beim Cedenten zurückbleibt. Letzteres wird dadurch, weil und soweit es nicht mehr materiell gerechtfertigt ist, ansechtbar (ganz, oder beziehungsweise für den abgetretenen Schuldbetrag). Es kann also der Cedent mittelst Hypothekarklage nie mehr aus dem Pfandgut erlangen, als den ihm nach der Cession verbliebenen Forderungsrest;¹²⁾ allein insoweit bücherlich das Pfandrecht für die ganze Forderung apparirt, besteht es ipso jure so zu Recht und kann an einen gutgläubigen späteren Cessionar vollwirksam übergehen. Damit ist der sofort zu besprechende zweite Fall gegeben.

2) Uebertragung des Pfandrechts ohne die Forderung.

Ein Vertrag, welcher auf Uebertragung des Pfandrechts ohne die Pfandforderung gerichtet wäre, müßte nach östreichischem Recht¹³⁾ als nichtig angesehen und seine Eintragung in die öffentlichen Bücher von Amtswegen abgewiesen werden;¹⁴⁾ denn eine solche durch Partei-

9) Ueber Beides s. unten Ziff. 3.

10) Diese Beschränkung müßte ausdrücklich bedungen sein, da sonst (nach dem Rechtsatz *accessorium sequitur principale*) der Abtretungswille auf das Pfandrecht mit bezogen werden muß, auch wenn nicht ausdrücklich die Intabulation für den Cessionar stipulirt wurde (vgl. L. 6, L. 23, D. de hered. v. act. vend. 18, 4). Regelsberger, §. Rt. S. 425. Dernburg, I, S. 720. Letzterenfalls ergibt sich das unten zu besprechende Verhältniß einer außerbücherlichen Cession von Forderung und Pfandanspruch.

11) Praktisch wird das zumeist bei Theilcessionen vorkommen, wenn Cedent das ganze Pfandrecht als Deckung für den ihm verbleibenden Forderungsrest zurückbehalten will.

12) Der Pfandschuldner hat gegen die Pfandklage die oben S. 253 besprochene Einrede.

13) Ebenso für das preuß. und bair. Rt. Dernburg § 325 Note 14. Regelsberger, § 87, Note 5; anders nach mecklenb. Rt. (Meibom, S. 236) und bei der preußischen Grundschuld.

14) Aus den oben § 26 bei Note 39 entwickelten Gesichtspunkten. Die Natur des Pfandrechts ist *juris publici, quod privatorum pactis mutari non potest*.

willen beliebte Ablösung des Pfandrechts von der Schuld, auf welche es sich bezieht (a. b. G. B. § 449), würde, wenn sie zulässig wäre, einer Umwandlung unseres accessorischen Pfandrechts zur Grundschuld gleichkommen.

Aber was der Parteienwillkür entrückt bleibt, kann sich kraft Rechtsnothwendigkeit als unwillkommene Folge des Publizitätsprinzips ergeben: der Rechtsbestand eines Hypothekarrechtes, nachdem die versicherte Forderung untergegangen oder (ohne den Pfandanspruch) veräußert ist. Eine bei dieser Sachlage durch den materiell rechtlosen Bucheigentümer der Hypothekarforderung abgeschlossene und sodann gehörig einverleibte Cession gewährt dem redlichen Cessionar das Pfandrecht und die wirksame Hypothekarklage, aber keine Forderung und keine Schuldklage.¹⁵⁾

3) Außerbücherliche Cession der Forderung und des Pfandrechts.

Bei einfacher Abtretung einer grundversicherten Forderung gilt im Zweifel (oben Note 10) die Uebertragung nicht bloß der Gläubigerschaft sondern auch des Hypothekarrechtes als gewollter Vertragsinhalt. Da nun aber die letztere Wirkung von der bücherlichen Umschreibung gesetzlich abhängt, so entsteht die Frage nach der Rechtsstellung eines Cessionars, der nicht im Buche steht, sei es, weil er die Eintragung freiwillig unterlassen hat, oder weil er zu derselben in Ermangelung einer geeigneten Urkunde nicht unmittelbar legitimirt ist.

Was zunächst sein Verhältniß zum Cedenten angeht, so bleibt dieses vom Mangel der Verbücherung der Rechtsübertragung durchaus unberührt.¹⁶⁾ Cessionar ist aus dem Abtretungsvertrage berechtigt, den Cedenten zur Verschaffung der vorhandenen Beweismittel u. s. w. zu verhalten und insbesondere auch von ihm die Ausstellung einer einverleibungsfähigen Cessionsurkunde zu begehren. Er kann sodann gegen den intabulirten Cedenten, oder wenn dieser es nicht ist, gegen dessen intabulirten Auktor im Wege des Tabulargesuches die Umschreibung der Satzpost auf seinen Namen „unter Nachweisung seiner Vormänner“

15) Ueber das Verhältniß zwischen der Schuld- und der Hypothekarklage, s. oben § 34, 1; über die Rechtsstellung des redlichen Cessionars folgt das Nähere unten § 54 fg.

16) Ueber das ganze Verhältniß (insbes. nach mecklenburg. Rt.) vgl. auch Karsten, die fingirte Cession 1874, Beil. II, S. 144 fg.

(G. B. G. § 22) begehren.¹⁷⁾ Endlich haftet der Cedent für allen Schaden, der dem Cessionar aus einer rechtswidrigen bürgerlichen Verfügung¹⁸⁾ des ersteren über das materiell nicht mehr ihm gehörige Hypothekarreht erwächst.

Im Verhältnisse zu Dritten, namentlich zum Eigenthümer des Hypothekargutes und Anderen daran dinglich Berechtigten, macht sich der Mangel der Cessionseintragung fühlbar; denn hier entscheidet nicht die Gläubigereigenschaft, die auch dem außerbüchlichen Cessionar zukommt, sondern die dingliche Berechtigung, die ihm fehlt. Gleichwohl gewährt ihm die österreichische Praxis die Hypothekarklage¹⁹⁾ und anerkennt damit, daß er, obzwar nicht Pfandberechtigter, doch mehr ist, als bloß Gläubiger. Der hier zu Grunde liegende richtige Gedanke, dessen Folgerungen wir sofort entwickeln werden, ist dieser: Die Abtretung der Hypothekarforderung gewährt ihrem präsumtiven Inhalt nach (s. oben) dem Cessionar alle rechtliche Macht, die das cedirte Rechtsverhältniß dem Cedenten bisher gewährte, so weit, als die Herbeiführung dieser Wirkung vom Willen der Parteien abhängt.²⁰⁾ Das ist nun hinsichtlich der Forderung ganz, hinsichtlich des Pfandrechtes aber nur theilweise der Fall. Denn daß der Cessionar in das Hypothekarreht des Cedenten als Singularsuccessor eintrete, kann letzterer durch seine

17) Vorausgesetzt, daß er die einverleibungsfähige Urkunde hat (s. unten Note 28), zu deren Beistellung Cedent nach Obigem verpflichtet und nöthigenfalls im ordentlichen Prozeßweg zu verhalten ist.

18) Gegen solche Verfügung kann sich der Cessionar, auch wenn er den Cedenten auf den bürgerlichen Vollzug der Cession geklagt hat, gleichwohl nicht durch Streitannmerkung schützen. S. oben § 25, Note 29 und dazu die Entsch. vom 27. Nov. 1877. O. W. 6675. Das richtige Schutzmittel bietet die einstweilige Pränotation der Cession (s. unten § 52), die freilich einen urkundlichen Beleg voraussetzt.

19) So die Entsch. v. 29. Juli 1873 Z. 6419 gegen die Urtheile beider untern Instanzen (O. W. 5049) und v. 7. Nov. 1871 Z. 9076 mit den Urtheilen beider untern Instanzen (O. W. 4299). Beide ohne eingehendere Motivirung. — Anders die Entsch. v. 2. Juni 1870 Z. 5987 (O. W. 3806), Begründung: „daß Kläger das Pfandrecht noch nicht nach § 451 a. b. G. erworben hat, dasselbe folglich (?) auch nicht geltend machen kann . . .“

20) *Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne jus, quod ex ea causa ei competit, tam adversus ipsum reum quam adversus intercessores hujus debiti, cedere debet, nisi aliud actum sit. L. 23. pr. D. de her. v. act. vend. (18, 4.).*

Abtretungserklärung allein nicht bewirken, das vollbringt erst die Intabulation, — immerhin jedoch kann er soviel dem Cessionar wirksam einräumen, daß dieser befugt sei das von Rechtswegen immer noch bei jenem zurückgebliebene Pfandrecht in dessen Namen, aber zu eigenem Vortheil, auszuüben.²¹⁾ Und gewiß liegt es im Sinne des Cessionsvertrages, daß dem Cessionar die gesammte ökonomische Ausnutzung des cedirten Rechtsverhältnisses vom Cedenten zur Verfügung gestellt werde. Unser Cessionar also fußt auf dem Cessionsvertrag, wenn er das bürgerliche Pfandrecht des Cedenten einlegt und so für eigene Rechnung ausübt; er ist nicht selbst Pfandberechtigter, aber procurator in rem suam des Hypothekars. Letzteres bedeutet keineswegs eine Umgehung des Gesetzes (a. b. G. B. § 451), da die Rechtsstellung des Cessionars, eben wenn man ihn als procurator auffaßt, sich so gestaltet, daß die ratio des Gesetzes befriedigt wird, indem alle rechtlichen Ausflüsse der Publizität an den Verbücherungsakt gebunden bleiben. Folgendes ist nämlich aus dem hier genommenen Gesichtspunkt

Die rechtliche Lage des außerbüchlichen Cessionars:

1) Er hat die Pfandforderung und für dieselbe auch die Hypothekarklage.²²⁾ Letztere substantiirt er a) durch den Hinweis auf das Grundbuch, in welchem das eingeklagte Pfandrecht auf den Namen seines (unmittelbaren oder mittelbaren) Auktors eingetragen ist, und b) durch die Darlegung der Cession, beziehungsweise jener Reihe von ableitenden Rechtsgeschäften (Cessionen, richterliche Einantwortungen, Erbgänge u.), durch welche sein Eintritt in die Rechtsstellung des bürgerlich eingetragenen Auktors bewirkt ist.

2) Dabei stehen ihm alle Einreden entgegen, die das Recht des

21) Der geschichtlich ursprüngliche Inhalt des Cessionsgeschäftes ist bekanntlich gerade die Ueberweisung eines Anspruchs zur stellvertretenden Ausübung im eigenen Interesse des Cessionars (Müllersbruch, Cession der Forderungsrechte 3. Aufl. § 18), während die Idee der Uebertragung des Rechtes (Singularsuccession) späteres Gebilde, aber auch heute nicht der nothwendige und einzige Cessionsinhalt ist. Letzteres verkennt die Entsch. bei O. W. 3806 (Note 19). — Wichtig hat schon Krauz, B. G. Z. 1869 Nr. 18 die procuratorische Rechtsstellung des außerbüchlichen Cessionars erkannt und daraus richtige Folgerungen gezogen (aber die das. Note 165 herbeigezogene Hilfe des Begriffes der Konversion, Unger, Syst. II, S. 157, erscheint nach Obigem entbehrlich).

22) Oben Note 19.

Cedenten aufgehoben oder geschmälert haben: die Anfechtungen wegen mangelhafter Begründung sei es der Pfandschuld oder des Titels zum Pfandrechte (a. b. G. B. § 1394, 1396), ebenso wegen nachträglichen Wegfalls der Forderung durch Zahlung,²³⁾ Kompensation²⁴⁾ und was dem gleichsteht, — überall ohne Unterschied, ob diese Verhältnisse bürgerlich ersichtlich sind oder nicht, da sein Rechtserwerb nicht auf dem öffentlichen Buche ruht.²⁵⁾

3) Er hat die Pfandklage nur so lange sein Auktor im Buche steht, und jeweils in den Grenzen von dessen bürgerlicher Berechtigung. Da er nicht Pfandberechtigter, sondern nur Vertreter des Pfandberechtigten ist, kann er in keinem Zeitpunkt mehr Recht haben, als Jener hätte, wenn er jetzt selbst klagend auftreten wollte (wozu er ja durch den Stand des Grundbuchs formell legitimirt erscheint). Mitthin verliert unser Cessionar sein Klagerecht (die Hypothekarklage, nicht die Schuldklage) ganz oder theilweise, wenn sein Auktor nach der Cession noch durch freiwillige oder nothwendige bürgerliche Disposition über das Hypothekarrecht zu Gunsten Dritter verfügt.²⁶⁾ Erst die Verbücherung der Cession,

23) Natürlich nur, sofern dieselbe als wirksame Zahlung (mit effectus liberationis) erfolgt war, also (a. b. G. B. § 1396) bevor die Cession dem Cessus bekannt geworden.

24) Insoweit nach a. b. G. B. § 1442 die Kompensation ex persona cedentis gegen Cessionare überhaupt zusteht (nur mit Forderungen, die zur Zeit der Cession schon bestanden, und im Falle mehrerer Cessionen unter Ausschluß der Forderungen gegen Zwischenmänner).

25) Die Ausnahmsbestimmung des a. b. G. B. § 1443 kann nur für die bürgerliche Cession gemeint sein und Geltung haben. S. oben § 8, Note 1, und Exner, Publizitätsprinzip, S. 77, 79.

26) Darin spricht sich die (im Pfandverhältniß) wesentlich procuratorische Stellung des außerbürgerlichen Cessionars scharf aus, daß er auch nach der Cession fortwährend der Wirkung aller dinglichen Veränderungen unterworfen bleibt, die das bürgerliche Recht des Cedenten etwa treffen — anderweite bürgerliche Cession, intabulirte Superverpfändung, Exekution, Löschung präjudiziren ihm —, während ein wahrer Rechtsnachfolger vom Successionsmoment ab mit seinem Recht auf eigenen Füßen steht (vgl. über diesen Gegenstand meine Ausführung, Kritik des Pfandrechtsbegriffes S. 53 — 58). Unser außerbürgerlicher Cessionar ist Singularsuccessor im Forderungsrecht, aber nur procurator in rem suam hinsichtlich des Pfandverhältnisses: daher hemmt die nach der Denunziation erfolgte Zahlung an den Cedenten seine Schuldklage nicht, während die wann immer erfolgte Löschung des Pfandrechts (über Quittung des Cedenten) ihm die Hypothekarklage abschneidet.

oder die Fortsetzung der Hypothekarklage²⁷⁾ bis zum ersten Exekutionsgrad (bürgerliche Auszeichnung des ihm erworbenen exekutiven Pfandrechtes) stellt ihn hiergegen sicher.

4) Im Cessionsvertrag hat der Cessionar den Titel zur Succession in das Pfandrechte des Cedenten, oder, falls auch dieser nur außerbürgerlicher Inhaber der cedirten Satzpost war, in dessen Rechtsstellung und dadurch mittelbar in das Pfandrechte seines eingetragenen Auktors. Das Gesetz gestattet ihm diesen Titel unmittelbar zu verwirklichen, indem er die Umschreibung der Post mit Uebergehung der unverbücherten Zwischenmänner auf seinen Namen begehrt: „Ist . . . ein bürgerliches Recht auf mehrere Personen nach einander außerbürgerlich übertragen worden, so kann der letzte Uebernehmer unter Nachweisung seiner Vormänner verlangen, daß die bürgerliche Uebertragung unmittelbar auf seine Person vorgenommen werde.“ (G. B. G. § 22.) Es kann also der selbst nicht eingetragene Gläubiger seinen Rechtsnachfolger in das öffentliche Buch bringen. Hierin liegt nicht eigentlich eine im Interesse der Erleichterung des Cessionsverkehrs geschaffene Ausnahme von dem Satz (G. B. G. § 21, vgl. oben § 24), daß derivative Einträge nur vom Eingetragenen gewährt werden können,²⁸⁾ sondern, genauer gesehen, doch nur eine weitere Folgerung aus der oben dargelegten Auffassung, welche in dem außerbürgerlichen Cessionar einen procurator in rem suam des Bucheigenthümers der Hypothekarforderung erblickt; denn kraft dieser Eigenschaft kann er wirksame Einverleibungsbewilligung ertheilen für eine bürgerliche Disposition, welche ipso jure nicht ihm, sondern seinem eingetragenen Auktor (dessen Recht er damit ausübt) zusteht.²⁹⁾ Hierin liegt zugleich der Schlüssel zur Lösung der Frage:³⁰⁾

27) Nicht auch schon die Anmerkung der Hypothekarklage G. B. G. § 59, 60, deren Zweck und Wirkung nach anderer Richtung zielt. S. oben § 37, Note 7.

28) Es wird dadurch dem Cessionar erpart, vor oder mit seiner Intabulation die seines Vormannes zu erwirken, wozu er nach G. B. G. § 78 allerdings befugt wäre; s. oben § 24, Note 17. (Die dort gegebene strenge Interpretation des § 78 cit. ist zu Grunde gelegt der Entsch. bei G. B. 5247.)

29) Bestätigt wird diese Auffassung durch die Ung. G. B. D. § 120 (woraus unser § 22 G. B. G. geschöpft ist), indem dort als Einleitung zu der in Rede stehenden Bestimmung gesagt ist „Im fremden Namen kann, ohne hiezu einer Vollmacht zu bedürfen, in folgenden Fällen eingeschritten werden.“

30) Eine Frage, für die der Wortlaut des G. B. Gs. nichts ergibt, und die in der Literatur m. W. nicht behandelt ist.

Hat der letzte Uebernehmer eines auf mehrere Personen nach einander außerbücherlich übertragenen Hypothekarrechtes, wenn er nach G. B. G. § 22 die Intabulation seiner Cession begehrt, den Einverleibungskonsens aller Vormänner beizubringen, oder nur den des ersten, als des Bucheigenthümers der Hypothek, oder kommt es auf den Konsens des letzten Vormannes an?

Außer Zweifel ist, daß unser Cessionar ohne Vorlage einer mit allen Erfordernissen der Intabulationsfähigkeit versehenen Urkunde allenfalls die Vormerkung,³¹⁾ nicht aber die Einverleibung des Rechtsüberganges erwirken kann. Dazu nun gehört bekanntlich „die ausdrückliche Erklärung desjenigen, dessen Recht übertragen werden soll, daß er in die Einverleibung willige“, sei es in der Cessionsurkunde selbst, oder von ihr getrennt.³²⁾ Es genügt also jedenfalls, wenn der erste Cedent dem letzten Cessionar die Bewilligung zur Umschreibung direkt ausstellt, und dem steht es gleich, wenn er es indirekt gethan hat, indem er seinem nächsten Nachmann den Intabulationskonsens für ihn selbst und seine Rechtsnachfolger erteilte, wodurch er ihn zur Abgabe der Auflassungserklärung an seinen Cessionar ermächtigt hat. Aber materiell liegt ja diese Ermächtigung schon im Cessionsvertrag selbst, wenn wir darin die Uebertragung der vollen Rechtsausübung erblicken, und es bedarf darum auf dem Boden des materiellen Rechts ihrer ausdrücklichen Ertheilung nicht. Wer mir seine Hypothek cedirt will dieses Recht zu meiner freien Verfügung stellen und darin liegt schon, daß er mir auch gestattet an seiner Stelle die ausdrücklichen Erklärungen zu formuliren, welche das formelle Tabularrecht zur Verwirklichung der beabsichtigten Zwecke erfordert.³³⁾ Der Grundbuchs-

31) Dann nämlich, wenn er alle Uebertragungsakte vom eingetragenen Inhaber der Post bis auf sich herab durch glaubwürdige, obzwar nicht durchweg einverleibungsfähige Urkunden (G. B. G. § 35) belegen kann. Ueber die Vormerkung der Cession s. noch unten § 52.

32) G. B. G. § 32, b. vgl. oben S. 169.

33) In der einfachen Cession — wenn sie, wie wir immer voraussetzen, die Uebertragung der Forderung sammt ihrem Pfandrechte zum Inhalt hat — liegt materiell (a. b. Gb. § 1394) für den Cessionar auch die Befugniß sich selbst ins öffentliche Buch eintragen zu lassen, und er kann dies im Wege der Vormerkung mit nachfolgender Rechtfertigung bewirken; aber die unmittelbare Intabulation kann er deshalb nicht erreichen, weil dazu die materielle Befugniß nicht genügt; die erforderliche „ausdrückliche Erklärung“ des Bucheigenthümers kann er sich darum nicht

richter, bei welchem der letzte Cessionar die Einverleibung „unter Nachweisung seiner Vormänner“ begehrt, hat die ganze Reihe dieser Vormänner mit Einschluß des im Buche stehenden ersten, als Eine Person anzusehen: die Auflassungs-Erklärung eines Jeden von ihnen ist rechtlich als Erklärung des Bucheigenthümers der Hypothek zu betrachten. Demnach ist die Einverleibung zu bewilligen, wenn der Gesuchsteller 1) seine Vormänner, — d. h. die sämmtlichen Rechtsgeschäfte, durch welche die Hypothek des derzeit eingetragenen Pfandgläubigers auf ihn übertragen wurde, — durch gehörig beglaubigte Urkunden³⁴⁾ nachweist, und außerdem 2) die ausdrückliche Einverleibungsbewilligung (G. B. G. § 32 b) von Einem der Vormänner (es mag auch ein Zwischenmann sein) beibringt.

5) Was von der Weiter-Cession gilt, muß analog auch für die Verpfändung der außerbücherlich erworbenen Hypothek zutreffen.³⁵⁾ Unser Cessionar kann also seinem Austerpfandgläubiger wirksamen Einverleibungskonsens für das Austerpfandrechte geben, und dieser die Intabulation „unter Nachweisung seiner Vormänner“ ebenso wie ein Cessionar begehren.³⁶⁾

6) Endlich hat der außerbücherliche Cessionar die rechtliche Verfügung über die Hypothek auch gegenüber dem Schuldner, beziehungs-

selber ausstellen, weil das in der Tabular Klausel enthaltene förmliche Rechtsgeschäft seiner Form nach zwei Personen voraussetzt (und er ist nicht etwa als Machthaber des Cedenten im Sinne des G. B. G. § 31 anzusehen). Es ist also kein Widerspruch, sondern fließt aus der formellen Natur der die Verbücherung regelnden Normen, daß ein außerbücherlicher Cessionar, der keine Tabular Klausel des Vormannes hat, zwar seinem Nachmann, aber nicht sich selbst zur (unmittelbaren) Intabulation verhelfen kann.

34) Alle diese Urkunden zusammen bilden materiell nur Eine, indem sie in ihrem Zusammenhalt die Derivation des bücherlichen Rechtes vom Intabulirten auf den Intabulationswerber bezeugen (Ang. G. B. D. § 120, d). Darum genügt Eine Intabulations Klausel (bez. Auflassungsurkunde, oben S. 169), aber eben darum muß auch jeder integrierende Theil des Ganzen in intabulationsfähiger Form vorliegen (öffentliche oder notariell beglaubigte Urkunde), wenn die Intabulation begehrt wird.

35) Auch wenn man die Austerverpfändung nicht als qualifizierte Cession aufsaßt (vgl. unten § 57) ergibt sich dies als Analogie aus § 22 G. B. G. Grundsatz und Zweck dieser Norm streifen beim Austerhypothekar genau so zu, wie beim Cessionar. Vgl. G. B. G. § 78.

36) Ausdrücklich anerkannt in der Ang. G. B. D. § 120 e.

weise dem Drittbefitzer des Pfandgutes, indem er auf Grund liberatorischer Geschäfte mit diesem rechtswirksamen Lösungskonfens ertheilen kann.³⁷⁾ Der Eigenthümer des entlasteten Objekts erwirkt auf Grund eines solchen Geschäfts die bürgerliche Lösung, und zwar — unter den nämlichen Bedingungen, wie oben der zweite Cessionar die Eintragung seines Rechts, — entweder mittelst Vormerkung mit nachträglicher Rechtfertigung oder direkt durch Einverleibung.³⁸⁾ G. B. G. § 22, Ung. G. B. D. § 120 b.

Es erübrigt hiernach noch einen Blick auf die Rechtslage des Cedenten in der außerbürgerlichen Cession zu werfen.

Er ist nicht mehr Gläubiger, kann also die Schuld nicht wirksam einklagen,³⁹⁾ auch nicht den schon erhobenen Rechtsstreit um die Schuld erfolgreich fortsetzen.⁴⁰⁾ Er kann weder durch Zahlungsempfang, noch durch Erlass, Novation, Kompensationsvertrag u. s. w. über den Bestand der Forderung verfügen. Nur insofern solche Akte ausnahmsweise den Cessus propter ignorantiam suam befreien,⁴¹⁾ tilgen sie die Schuld, obzwar der Perzipient nicht der Gläubiger ist. Ebendarum ist ein von ihm nach der Cession zur Versicherung der nicht mehr ihm gehörigen Forderung geschlossener Pfandvertrag materiell ungiltig; was aber nicht hindert, daß derselbe intabulirt und das hiermit begründete Pfandrecht nachträglich auf den Cessionar übertragen werden kann.⁴²⁾ Hingegen

37) Natürlich nur so lange sein Name im Buch steht, s. oben Note 26.

38) Er muß also, um letztere zu erlangen, ganz im obigen Sinne die Vor männer nachweisen und die Intabulationsklausel für die Lösung beibringen.

39) G. B. G. 3053, 3350. — Die Einwendung der inmitten liegenden Cession erscheint gegenüber der Schuldfrage, wovon hier die Rede ist, als Bestreitung des Klagefundamentes, während sie gegenüber der Hypothekarklage (s. unten) bloß exceptio ist.

40) Aber daß er dies auch mit Zustimmung des Cessionars nicht könne, wie das Urth. bei G. B. G. 3053 annimmt, ist unrichtig. (Die Cession war während des Prozesses erfolgt, und der Cessionar hatte ausdrücklich die Fortführung des Streites durch den Cedenten bedungen.)

41) L. 17. D. de transact. 2, 15; a. b. G. B. § 1395. Bähr, Jahrb. f. Dogm. I, S. 369 fg. Regelsberger, Hyp. Rt. S. 434.

42) Regelsberger, S. 425, Note 6. Auf diese nachträgliche Uebertragung hat der Cessionar nach dem Inhalt des Cessionsgeschäfts im Zweifel sogar ein Recht: emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet ejus quoque, quod postea venditor accepit, nam beneficium venditoris prodest emtori. L. 6. D. de hered. vel act. vend. (18, 4).

ist unser Cedent laut Inhalt des Grundbuches immer noch der Hypothekar und als solcher sowohl zur Hypothekarklage, als zu jeder bürgerlichen Verfügung über die Hypothek legitimirt. Die Hypothekarklage freilich unterliegt der Anfechtung, indem der Beklagte nachweist, daß infolge rechtsgiltiger Cession die Pfandschuld für den Kläger nicht mehr existire.⁴³⁾ Völlig rechtswirksam jedoch sind seine bürgerlichen Verfügungen, wie namentlich spätere bürgerliche Cession, Pfandverpfändung, Prioritätsabtretung, wenn nur der Erwerber dabei im redlichen Vertrauen auf den Buchinhalt gehandelt hat.⁴⁴⁾

§ 50.

Grund und Umfang der Cession.

Cessionsgrund ist das obligationenrechtliche Verhältniß, kraft dessen eine bestehende Hypothekarkforderung von ihrem derzeitigen Subjekt auf ein anderes rechtlich übertragen werden soll.

Für den Bereich des bürgerlichen Weiterverkehrs hat der Cessionsgrund dieselbe formale Bedeutung, wie der Pfandrechtstitel und die causa debendi für die erste Begründung des Hypothekarrechts: die bürgerliche Durchführung einer Cession kann nur begehrt und bewilligt werden gegen urkundliche Vorlage eines in abstracto giltigen Cessionsgrundes (G. B. G. § 26, 2), aber in die Untersuchung der konkreten Rechtsbeständigkeit desselben hat der Tabularrichter nicht einzugehen,¹⁾ und die formgerecht verbücherte Cession äußert ihre dinglichen Wirkungen, auch wenn sie auf eine nichtige causa hin erfolgt wäre.

Materiell wird der Cessionsgrund von rechtlichem Einfluß

1) in den Ausnahmefällen, wo die Verbücherung dinglicher Verfügungen mit Rücksicht auf Inhalt oder Form des zu Grunde liegenden

43) S. oben S. 253. Das ist nicht exceptio ex jure tertii, so wenig als die entsprechende Einwendung des Cessus gegen die Schuldfrage des Cedenten.

44) Die diesfällige Ersatzpflicht ist schon oben bei Note 18 erwähnt.

1) Vgl. oben S. 123, 143. Was dort über den Umfang der richterlichen Kognition hinsichtlich der materiellen Grundlagen des angeklagten Tabularaktes ausgeführt ist, gilt auch für die Cession. S. noch Dernburg a. a. O. S. 719, Note 11 „auf die causa der Cession erstreckt sich die Prüfung des Richters nicht, so daß er die Umschreibung nicht beanstanden darf, wenn ihm der Rechtsgrund auch mangelhaft erscheint.“ Aber auch die Ausnahmen greifen hier Platz, oben S. 124, 173.

Rechtsgeschäfts durch den Tabularrichter abgewiesen werden kann; nämlich (oben S. 124):

a) wegen des rechtlich absolut verpönten Inhalts des Geschäftes, so z. B. Vertrag auf Abtretung einer Forderung im Austausch gegen eine hereditas viventis, oder Kauf einer streitigen Forderung durch den mit der Einklagung betrauten Rechtsfreund²⁾ (a. b. O. B. § 879),

b) wegen Mangels der gesetzlich nothwendigen Form an der das kausale Rechtsverhältniß bezeugenden Urkunde; hier wird die Beschaffenheit der Kaufa dadurch entscheidend, daß sie die Form der Urkunde bedingt, von deren Beobachtung wiederum die Bewilligung der Verbücherung abhängt (O. B. O. § 26, 1), so z. B. ist die Vormerkung einer in formlos schriftlichem Vertrag gewährten Satzpostabtretung zu bewilligen, wenn der Rechtsgrund Kauf, abzuweisen aber, wenn derselbe Schenkung³⁾ oder Ehepakt ist.

2) Ungleich bedeutsamer gestaltet sich der Einfluß der Cessionskausa auf die Wirkung der bürgerlich vollzogenen Abtretung. Sie ist

2) Vorausgesetzt ist dabei immer, daß das verpönte Geschäftselement aus den dem Tabularrichter vorliegenden Urkunden erhellt, s. oben S. 172, 173.

3) Notariats-Ordg. vom 25. Juli 1871, § 1. — Hinsichtlich der Form von Schenkungen, welche nicht Uebereignung körperlicher Sachen zum Gegenstande haben, also namentlich auch von schenkungsweisen Cessionen, besteht eine durch den engen Gesichtskreis des § 943 a. b. O. veranlaßte Kontroverse, welche sich nun fortsetzt, nachdem an die Stelle der dort geforderten Schriftform der Notariatsakt getreten ist. (S. hierüber Unger, Syst. II. § 96, Note 15, 18, Kirchstetter, Komm. zu § 943, Note 4, Stubenrauch, III. S. 127). Mir scheint die ratio und die Analogie des § 943 (cf. § 428) a. b. O. gleicherweise dahin zu führen, daß die schenkungsweise Cession — abgesehen von dem Falle einer symbolischen Quasitradition durch Einhändigung der Schuldburkunde, s. Keller, Jurist. Blätter 1874, Nr. 38 und das Urth. bei O. W. 5631 — den Formvorschriften unterworfen werden muß, welche für die „ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsverträge“ bestehen, und zwar ohne Rücksicht auf den von den Redaktoren des a. b. O. übersehen und in Praxi dem Parteienbewußtsein meist unklaren Unterschied zwischen Cessionsversprechen und Cession (pactum de cedendo, pactum cessionis, vgl. oben § 49, Note 6). Letztere ist nur dann formlos gültig, wenn sie blos Erfüllungskausal (solutio) zu einem in gehöriger Form vorliegenden Schenkungsversprechen, nicht aber, wenn sie Schenkung und Erfüllung zugleich ist; denn der animus donandi ist es, welchen das Gesetz aus guten Gründen nicht ohne schützende Verbücherung (Tradition, Schrift, Notariatsakt) ins Leben treten lassen will, der animus solvendi ist frei. Aber jener bedarf solchen Schutzes ebensosehr, wenn er in einer unmittelbaren Entäußerung, als wenn er in einem Versprechen sich zu verwirklichen strebt.

bestimmend für das gesammte nachmalige Obligationsverhältniß zwischen Cedent und Cessionar: Ob jener diesem für Richtigkeit und Einbringlichkeit der Forderung zu haften habe und wie weit (a. b. O. B. § 1397); ob und welche Behelfe er ihm zum Zweck der Eintreibung oder Sicherung der Forderung zu gewähren habe; wie weit er für etwaigen antizipativen Zinseneingang, oder vom Schuldner bona fide geleistete Kapitalsrückzahlung seinem Cessionar verantwortlich ist; inwiefern endlich wegen laesio enormis, wegen Betrugs, Irrthums, Zwanges, Verletzung der Gläubiger oder des Pflichttheils u. s. w. eine Anfechtung und eventuell auch bürgerliche Rejission des Geschäftes gegen den Cedenten oder den Cessionar zulässig sei — das Alles sind Fragen, für welche die konkrete causa cessionis entscheidend ist, welche also in verschiedenem Sinne sich lösen, je nachdem die Cession auf Schenkung, Legat, Mitgiftstellung, auf Vergleich, Kauf, Erbtheilung, Datio in solutum, exekutiver Einantwortung u. s. w., oder auf gesetzlicher Cessionspflicht beruht.⁴⁾ Die Antwort hat das Obligationenrecht zu geben, da sie — gleichmäßig für alle Forderungsabtretungen mit oder ohne Pfandrecht — aus der Theorie der betreffenden kausalen Obligationsverhältnisse zu schöpfen sind. Hier ist nur bezüglich der oben zuletzt erwähnten Anfechtungen auf Grund materieller Mängel in der Kaufa der Vorbehalt zu machen: daß dieselben zur bürgerlichen Rejission des Cessionsaktes nur dann führen können, wenn nicht der Grundsatz der Glaubhaftigkeit des Buches in concreto die Geltendmachung der materiellen Sachlage ausschließt. Also die Lösungsklage — z. B. wegen betrügerlich erschlichenen Cessionskonsenses — ist nur möglich gegen den Cessionar (und seine Gesamtnachfolger) selbst, gegen unredliche, und sodann gegen jene Einzelnachfolger im gebirten

4) Am einleuchtendsten ist dies für die Frage nach der Gewährleistungspflicht des Cedenten, wo schon das Gesetz selbst (§ 1397, 1422 a. b. O.) Alles auf die Beschaffenheit des Cessionsgrundes abstellt. Vgl. Carabelli, II. § LI. No. 12, 36, Schuster, a. a. O. (welcher letztere die Schlussbestimmung des § 1397 auf kaufweise Cession von Geldforderungen beschränkt wissen will) und die Urtheile bei O. W. Nr. 19, 175, 189, 320, 510, 1196, 1413, 1482, 1668, 1968, 2431, 3309, 3843, 4284, 4336; das reiche Material, welches diese Entscheidungen für die obligationenrechtliche Seite des Cessionsgeschäfts bieten, kann hier nicht behandelt werden.

Hypothekarrecht, welchen gegenüber das Anfechtungsrecht durch Streit-
anmerkung gewahrt wurde. ⁵⁾

Unter den Normen über die Gewährleistungspflicht des Cedenten ⁶⁾
ist Eine dem Hypothekarverkehr eigenthümlich, a. b. G. B. § 1398:
„Insofern der Uebernehmer über die Einbringlichkeit der Forderung aus
den öffentlichen Pfandbüchern sich belehren konnte, gebührt ihm in
Rücksicht der Uneinbringlichkeit keine Entschädigung.“ Man versteht
dies gewöhnlich dahin, daß bei Hypothekarforderungen eine Haftung
des Cedenten für deren Einbringlichkeit überhaupt nicht stattfindet, ⁷⁾
da „die öffentlichen Bücher nach ihrer gesetzlichen Beschaffenheit aller-
dings geeignet seien, über die Einbringlichkeit der grundbücherlich ver-
sicherten Forderung die nöthige Belehrung zu geben“. Allein dies ist
nur ein ideales Postulat, dem durchaus nicht immer die Wirklichkeit
entspricht. Wo in concreto die Uneinbringlichkeit der Forderung aus
dem Dasein bürgerlich latenter vorgehender Ansprüche (Grundsteuer-
rückstände, Uebertragungsgebühren) erweislich resultirt, und ebenso
wo zwar die Gesamtheit der Vorzugsposten, aber nicht auch der

⁵⁾ S. oben § 14—16. Den für seine Person unredlichen zweiten Ces-
sionar schützt die bona fides seines Cedenten nicht, s. oben S. 112, Note 27
und dazu jetzt noch Colberg, über die Bedeutung des öff. Glaubens des Hyp-
buches nach A. L. Rt., 1877, S. 16 fg. und das das, angef. im richtigen Sinne
ergangene Erkenntniß des preuß. Obergerichtes. A. M. aber Dernburg,
§ 202, Note 13 (ohne Angabe seiner Gründe). Man wird bei Beurtheilung der
Thatfrage, ob der zweite Cessionar unredlich erworben hat, mit Vorsicht vorgehen
und namentlich nicht schlechtweg darauf abstellen dürfen, daß er gewisse Thatfachen
gewußt hat, aus deren Kenntniß beim ersten Cessionar dessen Unredlichkeit hätte ge-
folgert werden müssen, — aber wenn feststeht, daß er beim Erwerb der Satzpost
„gegen besseres Wissen die Formalwirkung des bürgerlichen Eintrags auf Kosten des
materiellen Rechts für sich ausnutzen wollte“ (oben S. 107), so ist für das östr.
Recht, welches nur das redliche Vertrauen zum öff. Buch schützen will, meines
Erachtens die Sache unzweifelhaft. Davan darf uns auch nicht irre machen, daß
alsdann der redliche Auktor im Wege des Regresses des Vortheils wieder verlustig
werden könnte, den ihm die publica fides garantiren will (Schiffner, ö. C. Rt. 4.
S. 87, und Andere): denn bei der vorausgesetzten Sachlage ist jede Regressforde-
rung abzuweisen (exc. doli, da nur die eigene Unredlichkeit dem Kläger den
Schaden gebracht hat).

⁶⁾ Vgl. Note 4.

⁷⁾ Kopecky, Wagn. Ztsch. 1838. I. S. 257, ebenso Zeiller, Stuben-
rauch, Kirchstetter zu § 1398; letztere unter Berufung auf die im gleichen
Sinne ergangene Entsch. d. ob. Ghf. v. 27. März 1856 (bei GUW. 175), welcher
die im Text folgenden Worte entnommen sind.

Werth des Pfandgutes bürgerlich ersichtlich ist (z. B. weil eine Schätzung
oder entgeltliche Uebertragung des Gutes seit seiner Konstituierung als
Grundbuchskörper ⁸⁾ nicht stattgefunden hat): da entfällt die Voraus-
setzung unserer Gesetzesstelle, ⁹⁾ und muß daher die Gewährleistungs-
pflicht in demselben Umfange angenommen werden, als sie bestände,
wenn die cedirte Forderung eine außerbürgerliche wäre. — Bezüglich
der Haftung des Cedenten für die Richtigkeit (Rechtsbeständigkeit) der
Forderung besteht kein Ausnahmsrecht für Hypotheken ¹⁰⁾: in dieser
Hinsicht also haftet der Cedent — wenn und soweit er überhaupt haftbar
ist, a. b. G. B. § 1397 — selbst dann, wenn die Unrichtigkeit, Strittig-
keit, oder Bestreitbarkeit der Forderung zur Zeit der Cession im öffent-
lichen Buche ersichtlich war. ¹¹⁾

Die Cessionsgründe zerfallen in drei Gruppen:

1) Rechtsgeschäfte: nämlich Abtretungsverträge (wovon gleich
unten Einiges mehr), und Legate. ¹²⁾

⁸⁾ Was besonders bei solchen Pfandgütern leicht vorkommen kann, die nicht
lange vor der Cession aus einem größeren Ganzen bürgerlich ausgeschieden wurden
(z. B. ohne Uebertragung des Eigenthums auf eine andere Person, oder ohne Be-
zifferung eines Entgeltes, beziehungsweise des Werthes, vgl. oben S. 19).

⁹⁾ Ausdrücklich und mit Recht läßt der Wortlaut des § 1398 die Haftungs-
pflicht des Cedenten nur entfallen „insofern der Uebernehmer . . . sich belehren
konnte“. — Es ist Sache des auf Gewährleistung belangten Cedenten, wenn er
sonst regresspflichtig wäre, nachzuweisen, daß die Uneinbringlichkeit der Forderung
welche der Kläger zu beweisen hat) auf solchen Momenten beruhe, über welche der
Kläger aus dem öffentlichen Buche sich belehren konnte. Diese Vertheilung der
Beweislast ergibt sich daraus, daß § 1398 einen singulären Ausschließungsgrund
der allgemeinen Haftungspflicht (§ 1397) aufstellt, dessen thatsächliche Bedingungen
beweisen muß wer sich darauf beruft.

¹⁰⁾ Wird bestätigt durch Zeiller, a. a. D. IV. S. 93. „Für die Richtigkeit
der Forderung, oder daß sie alle Einwendungen ausschließe, haftet nicht das öffent-
liche Buch, sondern immer der Cedent.“ Das ist folgerichtig, da grundsätzlich der
Inhalt des öffentlichen Buches für das obligationenrechtliche Verhältniß zwischen
den Parteien nicht maßgebend ist (s. oben § 8 Note 1), und ebendarum ist die vorher
besprochene Norm des § 1398 eine Singularität, die ihren Grund in dem Bestreben
der Gesetzgebung hat, den Weiterverkehr mit Hypotheken auf Grund des öffentlichen
Buches auch nach der obligationenrechtlichen Seite hin so glatt als möglich zu ge-
stalten. — Auch gilt das Ausnahmsrecht des § 1398 nur für vertragsmäßige Cession,
nicht auch für die cessio necessaria nach § 314 ff., a. G. D. vgl. unten § 58 N. 22.

¹¹⁾ Z. B. durch Einverleibung oder Vormerkung einer Forderung, durch An-
merkung der Forderungsklage, des Streits, der Kompensation u. dgl.

¹²⁾ Ueber das legatum nominis nach ö. R. f. Unger, Erbrecht § 72.

Durch Legat kann nach ö. Rt. eine Hypothekarforderung nicht unmittelbar übertragen, sondern nur die Verpflichtung zur Cession für einen Erben oder Legatar begründet werden. Ob die legitime Satzpost dem Erblasser oder dem Beschwerten gehörte, ist gleichgiltig; das Vermächtniß einer in dritter Hand befindlichen Forderung gilt als Auftrag an den Erben dieselbe an sich zu bringen und sodann dem Legatar zu cediren (arg. a. b. G. B. § 662). Ueber den Umfang und Wegfall der letztwillig begründeten Cessionspflicht gelten die Grundsätze des Vermächtnißrechtes. Insbesondere: sie erstreckt sich im Zweifel auch auf die rückständigen Zinsen (§ 664) und alle vorhandenen Sicherstellungsmittel; ¹³⁾ sie entfällt, wenn das Forderungslegat nach a. b. G. B. § 724 für widerrufen anzusehen ist, und erleidet bei überschwertem Nachlaß verhältnismäßige Reduktion nach § 692 a. b. G. B. Kraft besonderer Interpretationsvorschrift (§ 668) gelten Hypothekarforderungen der Regel nach als nicht inbegriffen in dem Vermächtniß „aller ausstehenden Forderungen“. ¹⁴⁾

2) Richterliche Ueberweisung der Forderung.

Nach den Grundsätzen der österreichischen Prozeßordnung ¹⁵⁾ kann eine Hypothekarforderung des Exekuten dem Vollstreckungswerber durch Dekret des Exekutionsrichters an Zahlungsstatt überwiesen („eingewantwortet“) werden. Für außerbücherliche Forderungen liegt hierin schon der Uebertragungsakt, bei Hypothekarrechten aber, hinsichtlich des Pfandrechtes, bloß der Rechtsgrund zu der Uebertragung, welche erst durch die Verbücherung bewirkt wird. Der Umfang des Cessionstitels ist durch den Inhalt des Ueberweisungsdekretes bestimmt. ¹⁶⁾ — Hierher gehört, richtiger Ansicht nach, ¹⁷⁾ auch die Ueberweisung der

¹³⁾ Unger, a. a. D. Also Cession aller für die Forderung etwa simultan haftenden Pfandrechte, auch wenn dieselbe sonst schon hinreichend (§§ 1373, 1374) sichergestellt erschiene.

¹⁴⁾ Das Gesetz stellt die „ausstehenden Forderungen“ in Gegensatz zu den angelegten Kapitalien“, Zeiller, zu § 668. Demgemäß muß unser § außer Anwendung treten, wo ausnahmsweise auch laufende Gelder hypothekarisch versichert sind, z. B. Kontokorrentschulden durch eine Hypothek mit Höchstbetrag.

¹⁵⁾ Allg. G. D. § 314 bis 319. Westgal. G. D. § 415 ff. Vgl. oben S. 367.

¹⁶⁾ Partielle Einantwortung der Forderung: a. G. D. § 314.

¹⁷⁾ Anders stellt sich die Sache 1) für Die, welche in der exekutiven Feilbietung einen Kauf sehen (dagegen s. oben S. 234), also hier diesen Vertrag als Cessionsgrund betrachten müssen, aber auch 2) für Die, welche dem exekutiven

exekutiv feilgebotenen ¹⁸⁾ Hypothekarforderung an den Ersteher. Denn der richterliche Zuschlag überträgt auf ihn die Forderung und einen Titel zur Cession des Hypothekarrechtes; letztere selbst aber erfolgt erst mit der bücherlichen Umschreibung der Satzpost, welche der Ersteher auf Grund jenes Titels, und nachdem er den Bedingungen des § 339 a. G. D. entsprochen hat, zu begehren befugt ist. Bis dahin ist seine Rechtsstellung die eines außerbücherlichen Cessionars (s. oben S. 383 ff.). Um ihn gegen die Gefahren der meist unfreiwilligen Zwischenzeit zu schützen, hat das Grundbuchsgesetz (§ 72) ein neues Rechtsmittel eingeführt, die „Anmerkung der exekutiven Versteigerung“, welche das Versteigerungsgericht von Amtswegen bei der versteigerten Forderung im Grundbuch zu verfügen hat, ¹⁹⁾ und welche bewirkt, „daß weitere Eintragungen gegen den bisherigen Eigenthümer (der Hypothekarforderung) nur für den Fall ein Recht bewirken, als die Versteigerung für unwirksam erklärt wird“. ²⁰⁾

Zuschlag bücherlicher Objekte überhaupt eine stärkere Wirkung, nämlich unmittelbare Eigenthumsbegründung, beimessen (Strohhal, Eig. an Immo. S. 108 fg., zustimmend Randa, G. Z. 1876, N. 94). Wäre diese Ansicht, auf welche hier nicht näher eingegangen werden kann, die richtige, so müßte gleich dem Eigenthum an Immobilien auch das feilgebotene Hypothekarrecht ohne bücherliche Umschreibung auf den Ersteher übergehen, es wäre also der Zuschlag nicht Cessionsgrund, sondern Cessionsakt.

¹⁸⁾ Hofbetr. v. 27. Okt. 1797 J. G. S. 385. Oben S. 367.

¹⁹⁾ Die in Rede stehende Anmerkung soll der Natur der Sache nach durch das Gericht sofort nach durchgeführter Versteigerung verfügt und vollzogen werden; wäre es jedoch nicht geschehen, so würden in der Zwischenzeit bona fide erfolgte Bucheinträge auf die versteigerte Post (z. B. Weitercession seitens des Exekuten) dem Ersteher allerdings präjudiziren. A. M. Strohhal, S. 117—120, welcher die Möglichkeit reiblichen Erwerbs in unseren Fällen läugnet und somit dem § 72 cit. jede Bedeutung für die materielle Rechtslage abspricht. (Ebenso Klepsch, S. 128.) Aber die Erstfälligkeit der exekutiven Pfändung des Objektes im Grundbuch ist nicht Erstfälligkeit der Versteigerung und verpflichtet auch nicht zu Nachforschungen darüber, ob und wie weit die Exekution fortgesetzt sei (vgl. oben S. 109, Note 10), zumal Jeder weiß, wie weit der Weg vom I. zum III. Exekutionsgrad ist und wie viele Exekutionen über jenen nicht hinauskommen. — Die richtige Ansicht hat Kirchstetter, zu § 437 Note 8. Zweckmäßig normirte „Anmerkung der Verkaufliegung.“

²⁰⁾ Diese Wirkung fällt mit derjenigen einer „Vormerkung der Uebertragung“ (G. B. G. § 49, 4) insofern zusammen, als es sich um die abwehrende Seite handelt; hingegen entfällt hier die Möglichkeit weiterer provisorischer Tabularverfügungen (G. B. G. § 49, 1) seitens des Cessionars, denn dieser ist durch obige

3) Gesetzliche Cessionspflicht.²¹⁾

Wie zur Errichtung eines Hypothekarrechts der Schuldner in gewissen Fällen gesetzlich verhalten ist (oben S. 150 fg.), ebenso der Gläubiger zur Uebertragung bestehender Hypotheken. Ein solcher gesetzlicher Cessionstitel ist vorhanden, 1) wo kraft Rechtsvorschrift, ohne daß

Anmerkung nicht (auch nicht als bedingt Berechtigter) ins öffentliche Buch gebracht, und kann darum nicht bühlerlich verfügen.

21) Die ausführliche Darstellung der *surroga legale* bei Carabelli II, p. 159 fg. entwickelt die Verschiedenheit der obligationenrechtlichen Konsequenzen dieser Fälle von denen vertragsmäßiger Cession (insbes. rücksichtlich der Haftpflicht des Cedenten a. b. G. B. § 1422) und stellt auf Grund derselben die *surroga* (hypothekarische Succession des gemeinen Rechts) in Gegensatz zur Cession. M. E. kennt das a. b. G. B. die hypothekarische Succession nicht, sondern nur eine gesetzliche Cessionspflicht des Gläubigers (a. b. G. B. §§ 462, 1358, 1422). Die scheinbar gegensätzliche Textirung des § 1358 wird durch § 1422 richtig gestellt — vgl. auch G. B. § 39 „... rücksichtlich welcher dieser dem Zahler nach § 1422 a. b. G. B. erst seine Rechte abzutreten hat“, und das Urth. bei GUW. 5000 „... und ist der beklagte Gläubiger zu der von ihm verweigerten Rechtsabtretung nach § 1422 von dem Richter anzuhalten“ cf. L. 1. C. de his qui in prior. 8, 19, L. 3. D. quae res pign. 20, 3, und Pr. l. Rt. I. 20, § 37 „der Pfandgläubiger ist schuldig ... gegen eine solche vollständige Befriedigung sein Pfandrecht abzutreten;“ — jene Beschränkung der Haftungspflicht (nur für *dolus*: § 1422) aber findet ihre ausreichende Erklärung in der Beschaffenheit der *causa cessionis*, und kommt überdies nicht allein bei der nothwendigen, sondern auch bei vertragsmäßiger (unentgeltlicher) und testamentarischer Cession vor. Man kann also nicht mit Carabelli p. 212 in der Entlastung des gewesenen Gläubigers *«la più caratteristica diversità della surroga verso la cessione»* erblicken. — In dem ganz singulären Falle der Konf. D. § 37, 2 (Regreß der Nachpfandgläubiger auf einem für die ganze Pfandschuld in Anspruch genommenen Simultanpfandgut gegen die befreiten anderen Güter) habe ich oben S. 316 „eine Art hypothekarischer Succession“ angenommen (s. auch Schiffrer Lehrb. d. ö. C. N. 4. Heft S. 96). Nicht als ob eine wahre Succession in das (getilgte) Hypothekarrecht stattfände; es entsteht vielmehr ein neuer selbständiger Anspruch *ex lege* mit neuem gesetzlichem Pfandrechtstitel, der wie jeder andere einer konstituierenden Eintragung bedarf um dingliche Existenz zu erlangen: das Eigentümliche ist die gesetzliche Priorität dieses neuen Hypothekarrechts im Range des getilgten, und darin liegt die Analogie zur hypothekarischen Succession, indem gleichsam das Pfandrecht der getilgten Forderung auf die neue übertragen wird (vgl. Windscheid, Pand. 4. Aufl. § 233 b, Note 10); schließt man sich aber für das gem. Rt. der Konstruktion Dernburgs (Röm. Pfrr. II, § 161) an, so muß man allerdings unseren besonderen Fall geradezu den gemeinrechtlichen Successionsfällen gleichstellen. (Eine Zusammenstellung der in der neueren Literatur vorkommenden Auffassungen der hyp. Succession giebt jetzt Roth, Arch. f. civ. Pr. 62, S. 109 ff.)

sonst zwischen den Parteien ein Obligationsverhältniß besteht, auf Grund gewisser Thatsachen die Cessionspflicht erwächst; das ist nach östreichischem Recht (a. b. G. B. § 462, 1358, 1422) ganz allgemein dort der Fall, wo ein Dritter die Pfandschuld, entweder mit Willen des Schuldners oder kraft des *jus offerendi*, durch Zahlung einlöst;²²⁾ der Hypothekar ist also solchenfalls verpflichtet auf Begehren eine Cessionsurkunde (nicht Quittung) auszustellen.²³⁾ 2) Auch in jenen mannigfaltigen Fällen kann man in einem erweiterten Sinne von gesetzlicher Cessionspflicht sprechen, wo diese Pflicht zwar auf Grund eines obligationenrechtlichen Verhältnisses zwischen den Parteien, aber nicht aus deren Willen, sondern aus gesetzlicher Anordnung entspringt; so wenn der Mandatar und der *Negotiorum gestor*, welche im Verlauf ihrer Geschäftsführung im eigenen Namen auf fremde Rechnung Hypothekarforderungen erworben haben, dieselben dem Geschäftsherrn zu überlassen verpflichtet sind (a. b. G. B. § 1009) u. a. m.

Wo hiernach eine gesetzliche Cessionspflicht besteht, hat der Berechtigte zunächst die Möglichkeit durch Klage die Erfüllung, d. i. den Abschluß eines Cessionsvertrags unter Ausstellung der erforderlichen Tabularurkunde, zu erzwingen. Er braucht aber den Ablauf des Prozesses dann gar nicht abzuwarten, wenn er seinen gesetzlichen Cessionstitel urkundlich bescheinigen kann; denn alsdann steht es ihm frei, auf Grund jener Urkunde sofort die Vormerkung der Cession zu erwirken (G. B. § 39, § 49, 4) und den etwaigen Streit gegen die Richtigkeit seines Titels in das Rechtfertigungsverfahren zu verlegen.

Die Cessionsverträge insbesondere.

Unter allen im Bisherigen angeführten Cessionstiteln voran stehen hinsichtlich ihrer praktischen Wichtigkeit die Abtretungsverträge. Wir verstehen darunter alle auf Veräußerung²⁴⁾ bestehender Hypothekar-

22) M. E. (vgl. unten § 70) muß man dieses Recht auf Cession auch dem Drittbefitzer des Hypothekargutes zugestehen, wenn er (auch ohne Zustimmung des Personalschuldners), um das Gut der Exekution zu entziehen, die Zahlung geleistet hat. Es ist kein Grund ihn schlechter zu stellen, als einen postlozirten Gläubiger (§ 462 a. b. G. B.). Ueber die Wirkung einer solchen Cession s. unten § 90.

23) GUW. 5000 (s. Note 21).

24) Ausgeschlossen sind hiemit alle jene Cessionen, welche nicht die Uebertragung des Forderungsrechts wollen, sondern die Ueberweisung desselben an den Cessionar zu einem andern rechtlichen Zweck: so die Cession zum *Incasso* (s. ist

rechte gerichteten Verträge, ohne Unterscheidung ihrer causa, und namentlich auch ohne Unterschied, ob sie blos eine Verpflichtung zu künftiger Abtretung, oder aber zugleich die Erfüllung enthalten, indem der sofortige Uebergang der Forderung auf den Cessionar gewollt ist. Denn auch ein Vertrag des letzteren Inhalts (vgl. oben Note 3) kommt für den Tabularverkehr blos als Cessionstitel in Betracht, da sein dingliches Element, — die Uebertragung des Grundpfandrechtes — durch den präsenten Parteiwillen nur veranlaßt, nicht unmittelbar bewirkt werden kann; und andererseits genügt auch der Vertrag auf künftige Abtretung an sich völlig, um (nach Eintritt des Termines) wenigstens die provisorische Verbücherung, also dingliche Uebertragung, zu erlangen,²⁵⁾ ohne daß der Promissar nöthig hätte vorher erst noch die Erfüllung des Versprechens durch Abgabe einer Entäußerungserklärung (Auflassung) beim Promittenten zu erzwingen.²⁶⁾

Für die Auslegung des Cessionsvertrages gelten durchaus die allgemeinen Rechtsregeln, wobei wieder die causa von Einfluß ist (a. b. O. B. 914, 915), indem bei unentgeltlichen Cessionen im Zweifel zu Gunsten des Cedenten, bei entgeltlichen²⁷⁾ zum Nachtheil dessen

Einzugsbevollmächtigung, nicht Cession“ Regelsberger, S. 433), die Cession zahlungshalber (nicht an Zahlungsstatt: OUV. 166, 1118, 5313, Bähr, Jahrb. für Dogm. I, S. 435), die Cession „zur Sicherstellung“ (Eintreibungsbesugniß gegen Verrechnung, aber mit Kompensations- und Retentionsrecht, vgl. OUV. 349), endlich die Cession zu Pfandrechte (s. unten § 57). Ich sehe auch auf dem Standpunkt des heutigen Rechtes keinen Grund den technischen Begriff der „Cession“, entgegen dem gemeinen Sprachgebrauch, so zu verengen, daß er nur die Fälle einfacher Abtretung (wovon hier die Rede ist) in sich begreift, vgl. Erner, Pfandrechtsbegriff, S. 154, 155.

25) Immer vorausgesetzt, daß dieser Vertrag in einer Urkunde von pränotirbarer Beschaffenheit vorliegt (s. unten § 52); aus blos mündlichem Cessionsvertrag hätte der Cessionar vorerst auf „Ausstellung einer schriftlichen Urkunde“ zu klagen. A. O. D. § 176.

26) Dies entspricht der herrschenden Praxis und läßt sich — auch wenn man hinsichtlich der Vormerkung des Eigenthums (a. b. O. B. § 438) die strengere Anforderung stellt, s. oben § 25, Note 5 — damit rechtfertigen, daß nach der vorauszusetzenden Absicht der Parteien das pactum de cedendo zugleich ein betagtes oder bedingtes pactum cessionis in sich begreift, wenn es auch (bei der heutigen Formlosigkeit beider) meist an dem Bewußtsein dieses Unterschiedes fehlt.

27) Daß unter die „zweiseitig verbindlichen Verträge“ des § 915 auch jene Verträge zu rechnen sind, bei denen auf der einen Seite eine Schuldbefreiung steht (z. B. Cession an Zahlungsstatt) erleidet keinen Zweifel.

interpretirt wird, dem die Undeutlichkeit des Ausdrucks zur Last fällt. Doch ist in jedem Falle scharf zuzusehen, ob wirklich eine Undeutlichkeit (Zwei- oder Mehrdeutigkeit) vorliegt, oder vielmehr blos eine Kürze des Ausdruckes, die ihren Grund in der beiderseits vorausgesetzten Selbstverständlichkeit des Verschwiegenen hat. Hiernach ist die Cession einer verzinslichen Hypothekarforderung ohne Erwähnung der Zinsen, mag die causa cessionis welche immer gewesen sein, auf die Zinsenverbindlichkeit als einen Nebenbestandtheil der cedirten Forderung mit zu beziehen; und zwar gilt dies unbestritten von den nach dem Zeitpunkt der Cession erst verfallenden Zinsraten, muß aber doch wohl auch für die rückständigen angenommen werden, wenn beide Theile um den Rückstand wußten, da in der uneingeschränkten Abtretung eines Forderungsrechtes, auch unter Lebenden, prima facie der Wille sich ausspricht, alle auf Grund des veräußerten Rechtes zustehenden Ansprüche dem Cessionar zur Verfügung zu stellen.²⁸⁾ Ebenso wird man in dem gleich zu besprechenden Falle einer Theilcession aus dem unausgesprochenen Willen der Parteien zu folgern haben, daß der abgetretene Theilsay weder vor noch hinter dem zurückbleibenden Rest, sondern in gleicher Rangstellung mit diesem stehen soll; und zwar kommt es dabei weder auf den Cessionsgrund, noch darauf an, ob jener Rest vorerst in der Hand des Cedenten verbleibt, oder gleichzeitig an einen anderen Cessionar geht.²⁹⁾

Durch ausdrückliche Verfügung der Vertragsschließenden kann die Cession wie jede andere Rechtsvergabeung an Bedingungen und Befristungen geknüpft werden,³⁰⁾ worüber nichts Besonderes gilt. Sie kann ferner auch eine quantitative Beschränkung erhalten, indem

28) Für das östr. Rt. wird diese, der Idee des Cessionsgeschäftes entsprechende, Auslegung noch durch die Analogie aus § 664 a. b. O. B. unterstützt. Anders entscheiden Dernburg, S. 720, Förster, III, S. 447, Regelsberger, S. 437, und das Urth. bei Seuffert, Arch. XI, 226; aber beim Kauf eines individuell bestimmten Werthpapiers mit fälligem Coupon zweifelt doch Niemand, daß dieser dem Käufer gehört.

29) Hierin sind die in der vorigen Note angeff. Schriftsteller einverstanden, wobei zugleich Regelsberger richtig hervorhebt, daß die etwa vorhandene Verpflichtung des Cedenten, für die Einbringlichkeit der cedirten Theilpost zu haften, keinen Einfluß auf die Frage der Priorität haben kann.

30) Auch kann die Cession durch ein dem Cessionar auferlegtes Veräußerungs- und Belastungsverbot beschränkt werden; über dessen Verbücherung und Wirkung s. unten § 60.

1) nur ein Theil des Hauptstammes der Hypothekarforderung abgetreten wird (Theilcession).

„Die Uebertragung einer Hypothekarforderung . . . ist zulässig hinsichtlich der ganzen Forderung, sowie hinsichtlich eines verhältnißmäßig oder ziffermäßig bestimmten Theiles derselben.“ G. B. G. § 13.

Hiermit hat das Gesetz im Interesse der Umlaufsfähigkeit der Hypotheken die schrankenlose Theilbarkeit³¹⁾ derselben zum Grundsatz gemacht. Auch die Art der Theilung, nach Quoten oder nach Summen, ist frei.³²⁾ Demnach kann sowohl eine ziffermäßig bestimmte, als auch eine in unbestimmtem Betrag (oben S. 128) haftende Satzpost nach ziffermäßigen oder aliquoten Theilen³³⁾ übertragen werden, z. B. ein Betrag pr. 4000 Gulden von einer (noch unter der Herrschaft des älteren Rechtes) in unbestimmtem Betrag einverleibten Lohnvertragsforderung, oder drei Vierteltheile einer mit dem Höchstbetrage von 10 000 Gulden einverleibten Ersatzforderung wegen eines noch nicht liquidirten Schadens.³⁴⁾ Die Fälle der ersteren Art machen keine Schwierigkeit: der Cedent, beziehungsweise sein Rechtsnachfolger hinsichtlich des zurückbehaltenen Theiles der Forderung, erhält eben nur das bei der Liquidirung der Schuld (oben S. 241 fg.) über jene 4000 allenfalls sich ergebende Plus, und hat eine wirksame Klage nur insofern er ein solches Plus erweisen kann. Bei den Theilcessionen der letzteren Art aber entsteht die Frage: wenn sich später herausstellt, daß die Forderung den eingetragenen Höchstbetrag übersteigt, hat nun der Cessionar Anspruch

31) Es läßt sich freilich nicht läugnen, daß die Möglichkeit einer sehr weit gehenden Zerspaltung der Hypothekarforderung ihre Gefahren für den Schuldner hat, ja unter Umständen dessen Interesse empfindlich verliert; allein es versteht sich, daß die rechtspolitischen Gründe für die freie Theilbarkeit überwiegen. Dem Schuldner wäre etwa — im Hinblick auf den Grundsatz des § 1413 a. b. Gb. bezüglich „der Art die Verbindlichkeit zu erfüllen“ — durch eine benigna interpretatio des § 1425 a. b. Gb. zu helfen: er kann zu Gericht deponiren, wenn der Cessionare zu viele sind und sie sich über einen gemeinsamen Zahlungsempfänger nicht einigen. Carabelli, a. a. O. p. 135.

32) Aber keine beliebige anderweitige Theilungsart; vgl. unten § 51, Note 17.

33) Theil der Hypothekarforderung sind auch die rückständigen Zinsen, soweit sich das Pfandrecht auf sie mit erstreckt (G. B. G. § 17): sie können also von der Stammforderung durch Cession losgelöst werden, sei es indem diese mit Vorbehalt jener, oder umgekehrt die Zinsforderung ohne das Kapital abgetreten wird.

34) Vgl. G. B. G. § 14 und dazu oben § 20, Note 13. — OUB. 166.

auf $\frac{3}{4}$ der wirklichen Forderung auch dann, wenn dieser Antheil den Höchstbetrag erschöpft, so daß auf das beim Cedenten verbliebene Viertel Nichts entfällt, — oder ist die Theilung so zu verstehen, daß der Cessionar höchstens $\frac{3}{4}$ von dem eingetragenen Höchstbetrage erhalten kann? Dabei darf das Moment der Rangordnung beider Theilhypotheken (ob sie nämlich im gleichen Rang stehen, wie im Zweifel angenommen wird, oder welche etwa verträglich vorgehen soll) nicht eingemengt werden, weil die durch jenen Höchstbetrag ausgebrückte Geldmenge nicht etwa das Objekt beider Pfandrechte ist, aus welchem sie in irgendwelcher Rangfolge ihre Befriedigung zu suchen hätten, sondern nur das Maximum darstellt für die Summe ihres Inhalts, der Inhalt eines Hypothekarrechtes aber niemals durch dessen Priorität bestimmt wird. Es ist nun kein Zweifel, daß die oben an erster Stelle gegebene Entscheidung der Frage für das obligationenrechtliche Verhältniß der Parteien untereinander maßgebend sein muß, weil sie allein der Vertragsintention entspricht (denn Gegenstand der Cession war die bestimmte Quote der Ersatzforderung, nicht aber des eingetragenen Höchstbetrags)³⁵⁾. Daraus folgt, daß der Cessionar, unbekümmert um jenen bloß gegenüber Dritten und für den Tabularverkehr relevanten Höchstbetrag,³⁶⁾ den vollen Anspruch auf $\frac{3}{4}$ des wahren Forderungsinhaltes sogar dann hat, wenn dieser sein Antheil allein schon den Höchstbetrag übersteigen sollte. Allein dies Alles gilt nur zwischen Cedent, Cessionar und Cessus, und nur für die Forderung, nicht für das Pfandrecht und gegenüber Dritten Beteiligten am Pfandgut, insbesondere auch nicht zwischen bürgerlichen Nachfolgern (Cessionaren, Asterhypothekaren) in den beiden Theilhypothekarrechten. Auf dem Boden des bürgerlichen Verkehrs ist der eingetragene Höchstbetrag maßgebend, und zwar: einmal bildet er die unverrückbare obere Grenze für die Belastung des Gutes durch alle aus der ursprünglich in unbestimmtem Betrag haftenden Hypothek abgezweigten Rechte; sodann aber bewirkt die Eintragung einer quantitativ unbestimmten Forderung mit Höchstbetrag, daß diejenige Summe innerhalb desselben, welche sich nachträglich als die wahre Schuldgröße erweist, als der ursprüngliche Inhalt des ver-

35) Andernfalls müßte man dem Cessionar die feste Summe von $\frac{3}{4}$ des Höchstbetrages auch dann zusprechen, wenn die liquidirte Ersatzforderung unter demselben geblieben war.

36) S. oben § 20, Note 15.

bücherten Pfandrechtes angesehen werden muß. Der Erfolg der später eingetretenen Liquidirung des Forderungsinhaltes³⁷⁾ wirkt deklarativ für das bis dahin mit verschwommenen Umrissen dastehende Hypothekarrecht: also, für alle dinglichen Rechtsverhältnisse am Pfandgut steht jetzt die Sache so, als ob gleich bei der Eintragung des Pfandrechtes eine ziffermäßig bestimmte Pfandschuld vorgelegt hätte, und zwar jene Ziffer, welche sich bei der späteren Liquidirung ergeben hat, bis einschließlich zum Höchstbetrag. Hiernach nun ergibt sich für die obige Frage, soweit es sich um den dinglichen Verkehr handelt, die entgegengesetzte Antwort: eine Hypothekarklage hat unser Cessionar nur für $\frac{3}{4}$ des eingetragenen Höchstbetrages, denn dieser ist der hier maßgebende Betrag der Schuld, deren Pfandrecht ihm zu $\frac{3}{4}$ abgetreten wurde;³⁸⁾ aber er hat zugleich die Kontraktklage gegen seinen Cedenten auf vollständige Erfüllung des Cessionsvertrages, welche natürlich nur dann zur Abtretung des beim Cedenten verbliebenen Viertheils der Hypothekarpost führen wird, wenn dieser Theil zur Zeit noch im Vermögen desselben sich befindet.

2) Die vertragsmäßige Beschränkung der Cession kann auch blos die Zinsen betreffen. Wird die Hypothekarforderung mit einem geringeren Zinsfuß abgetreten, als zu welchem sie eingetragen ist,³⁹⁾ so kann jedenfalls der Cessionar nur die geringeren Zinsen fordern, auch wenn der Schuldner die höheren fortwährend schuldet. Ob der Rest dem Cedenten gebührt, hängt von seinem Rechtsverhältniß zum Cessus ab; darin allein, daß er die Forderung mit reduzierten Zinsen abge-

37) Vgl. oben S. 245, 265 fg.

38) Dem entsprechend ist auch zu entscheiden, wo eine Hypothekarforderung theilweise cedirt ist, welche neben ziffermäßig bestimmtem Kapital und Zinsen noch einen unbestimmten mit Höchstbetrag versicherten Anhang enthält; z. B., wie vielfach üblich, es machte sich der Schuldner haftbar für alle Kosten der feinerzeitigen Abführung, für den Ersatz der Einkommensteuer von den Zinsen u. s. w., und gestattete hiefür die Eintragung eines Höchstbetrags pr. 1000 als „Kautions“. Durch die Theilcession wird diese Kautions ipso jure pro rata gespalten, d. h. das Pfandgut haftet jedem Theilcessionar (für seine Ansprüche von der versicherten Art) bis zu derjenigen Quote des eingetragenen Höchstbetrages, welcher auf die cedirte Kapitalquote entfällt.

39) Das kann geschehen, weil Cedent dem Cessus das Plus künftig zu erlassen beabsichtigt, oder schon erlassen hat ohne die Partialabführung zu veranlassen, oder aber auch, weil er einen Theil des Zinsgenusses sich vorbehalten will, s. unten.

treten hat, liegt noch kein theilweiser Verzicht auf die bestehende Zinsenverbindlichkeit, dessen Perfektion etwa durch den ungerufenen Zutritt des Schuldners sich vollzöge;⁴⁰⁾ im Zweifel liegt darin ein theilweiser Vorbehalt des Zinsenrechtes gegenüber dem Cessionar, wirksam allerdings nur für die Zeit, bis es diesem möglich wird durch Einziehung der Forderung den Zinsenlauf abzuschneiden.⁴¹⁾ — Möglich wäre bei dauernd anliegenden Kapitalien auch eine Cession blos des Stammes, ohne die Zinsenforderung, oder umgekehrt; allein hierfür bietet sich in der Ueberlassung, beziehungsweise in dem Vorbehalt des Nießbrauchs⁴²⁾ eine bequemere Rechtsform.

3) Endlich kann bei der Cession die abgetretene Hypothekarforderung auch hinsichtlich ihrer pfandrechtlichen Bedeckung Schmälerungen verschiedener Art erfahren. Zunächst in Bezug auf die Priorität kann festgestellt werden, daß der abgetretene Forderungstheil hinter dem zurückbehaltenen zu stehen (s. oben), oder auch daß die cedirte Forderung hinter eine andere, bisher im Range schlechtere Forderung des Cedenten zurückzutreten habe. Sodann kann der cedirten Hypothekarforderung ein Theil ihrer Pfandobjekte entzogen werden, wenn ein Simultanpfandverhältniß vorliegt.⁴³⁾ Auch darin endlich kann die dem Cessionar vertragsmäßig auferlegte Beschränkung bestehen, daß das ihm übertragene Pfandrecht zu einem Pfandrecht ad fructus herabgesetzt wird.⁴⁴⁾

40) Das Gegentheil lehren die oben Note 28 angeführten preussischen Schriftsteller. Dieselben müßten folgerichtig behaupten, auch wenn z. B. ein nach zehn Jahren zahlbarer, inzwischen mit 5% verzinslicher Kaufschillingsrest „ohne jeden Anspruch auf die Zinsen“ cedirt würde, es lukriere der Schuldner die Zinsen, während doch offenbar der Cedent sich den zeitweiligen Zinsgenuss vorbehalten wollte.

41) Also sehr praktisch bei Kapitalien, die auf längere Zeit unfruchtbar anliegen. — Das Bedenken, ob denn Zinsenanprüche getrennt von der Kapitalforderung cedirt, bz. zurückbehalten werden können, ist (mit Dernburg II, § 83) bejahend zu erledigen (a. b. Ob. § 1393).

42) Darüber s. unten § 59.

43) Was namentlich bei Theilcessionen von Simultanpfandforderungen vorkommt und zur Auftheilung des Gesamtpfandnexus führen kann; s. oben S. 322.

44) Vgl. oben S. 51.

§ 51.

Abtretbarkeit der Hypotheken (Cessibilität).

Die Frage, welche Forderungen überhaupt nach östreichischem Recht der Cession unfähig sind, fällt in das Obligationenrecht; sie bedarf einer, bisher mangelnden, eingehenden literarischen Behandlung¹⁾ um so mehr, da das Gesetz sich mit der Aufstellung eines sehr allgemeinen Satzes begnügt:

„Alle veräußerlichen Rechte sind ein Gegenstand der Abtretung. Rechte, welche der Person anleben, folglich mit ihr erlöschen, können nicht abgetreten werden.“²⁾

Ein Satz, dessen positiver Inhalt sich in dem Ausschluß der singulären Cessionsverbote des gemeinen Rechts³⁾ erschöpft, und es übrigens der Doktrin überläßt zu untersuchen, welche ihrer Art nach „veräußerlichen Rechte“ — wozu alle Forderungsrechte gehören — nach ihrem konkreten Inhalt, oder positiver Sazung zufolge⁴⁾ in der Weise „der Person anleben“, daß sie keine Abtretung ertragen. ⁵⁾ — Unser Zweck

1) Die Ausführung von Carabelli, II, p. 132—135 enthält nur Ansätze zu einer solchen. Für das preussische Recht setzt kurz aber trefflich Dernburg, II, § 83; f. auch Förster, I, § 99. Nach gemeinem Recht ausführlich Mühlentruch, Cession, 3. Aufl. S. 306 fg.

2) A. b. Gb. § 1393. — Die Kommentare zu diesem § beschäftigen sich zuweilen mit der Frage, welche nichtobligatorischen Rechte der Cession unterliegen (Zeiller, Winivarier, Rippel — vgl. Windscheid, Pand. § 337); außerdem wird auf eine Reihe von Gesetzbuchstellen verwiesen, aus welchen sich Fälle der Unübertragbarkeit eines Rechtes ergeben sollen, so: §§ 303 (!), 311 (?), 356 (!), 383, 385 (!), 507, 879 (Zeiller), oder §§ 1098, 1010 (!), 1161 (!), 1186, 1070, 1071, 1074 (Stubenrauch).

3) Verbot der Cession litigioser Rechte, der Cession ad potentiorum, der Cession einer Forderung gegen den Mündel an den Vormund, einer Forderung eines Juden gegen einen Christen an einen Christen. S. darüber Mühlentruch, a. a. D. § 30 fg., Schmid, Cession II, S. 280 fg.

4) Dahin gehören die Ansprüche aus dem Vorbehalt des Wiederkaufes, Rückverkaufs und Vorverkaufes (a. b. Gb. §§ 1070, 1071, 1074); sie sind aber keine Hypothekarforderungen, s. oben § 1, Note 8.

5) Daß das nicht von allen Forderungen gilt, welche mit der Person des Gläubigers erlöschen, ist trotz der irreführenden Fassung des § 1393 anerkannt: so gilt es unzweifelhaft nicht von Leibrentenforderungen (richtig darüber Carabelli und Stubenrauch, a. a. D.), allerdings aber von Alimenten (Carabelli ist hier im Irrthum), und zwar nicht weil sie mit dem Tode des Be-

erheischt nicht eine umfassende Beantwortung der Frage, sondern nur die Darlegung einiger das Hypothekenrecht näher betreffender Punkte:

1) Streitige Hypothekarforderungen

sind im Allgemeinen cedirbar; ⁶⁾ nur sobald sie einem Rechtsfreund zur Einbringung anvertraut sind, können sie an diesen nicht entgeltlich abgetreten werden (a. b. G. B. § 879, 3). Dabei kommt nichts darauf an, ob der Prozeß über die Forderung schon begonnen hat, es genügt, daß diese zur gerichtlichen Geltendmachung, nicht bloß zum Einkassiren, dem Anwalt vertraut war.⁷⁾

2) Mit Verbot belegte Forderungen.

Ist das Verbot ein gerichtliches (nach a. G. D. §§ 283, 287), so hat es zur Folge, daß ebensowenig der Hypothekargläubiger durch Cession, als der Schuldner durch Zahlung die Forderung dem Arrestgläubiger entziehen kann.⁸⁾ Eine im Executionsweg durch einen Dritten erzwungene Cession (a. G. D. § 314) wird dadurch nicht aufge-

zugsberechtigten erlöschen, sondern weil sie „in den Bedürfnissen des bestimmten Gläubigers ihr Maß haben.“ Man muß aber unterscheiden zwischen eigentlichen Alimenten und ziffermäßig festgesetzten Gelbansprüchen zum Zwecke der Versorgung des Empfängers; letztere sind cedirbar. „Ob Alimente als prästationen den einen oder den andern Charakter haben, ist Sache der Auslegung im einzelnen Fall.“ Dernburg, S. 176.

6) Zeiller, IV. S. 84; OUB. 3053. — Das Vorhandensein einer Streit- anmerkung hindert ebensowenig die Cession, als die Entstehung des Hypothekar- rechtes, aber unterwirft die Wirkung der Cession dem Ergebniß des Rechtsstreites, vgl. oben S. 162.

7) Die in Rede stehende Norm hat nichts zu schaffen mit dem gemeinrecht- lichen Cessionsverbot der L. 4. C. de litigiosis (8, 37); ihre Tendenz geht, wie der Zusammenhang erweist, lediglich gegen Uebervortheilungen des Publikums durch gewissenlose Anwälte. Demnach ergibt sich das oben Gesagte, womit auch der Wortlaut stimmt: Von dem Rechtsfreund, welcher eine nicht streitige, sondern ihm nur als Vermögensverwalter zur Einziehung gegebene Forderung käuflich erwirbt, kann ebensowenig gesagt werden, daß er eine „Streitsache an sich löset,“ als von demjenigen, welcher eine streitige Forderung schenkungsweise erwirbt.

8) Die Ungiltigkeit der Cession für diesen Fall hat der ob. Gb. (bei OUB. 529) aus der Analogie des § 287 a. G. D. gefolgert: weil „es nicht in seine Willkür gestellt werden kann, das Verbot unwirksam zu machen oder durch frei- willige Abtretung seiner damit belegten Forderung an einen Dritten den Zweck des Gläubigers, sichergestellt zu werden, zu vereiteln.“ Entsch. v. 23. März 1858 Z. 2137. Es versteht sich aber, daß auch hier die materielle Ungiltigkeit des Cessions- geschäfts dem eingetragenen redlichen Cessionar nicht schadet, s. unten § 54.

halten.⁹⁾ — Dasselbe gilt von vertragsmäßigen und letztwilligen Veräußerungsverboten.¹⁰⁾

3) Künftige Forderungen.

Es ist oben (S. 129—134) ausgeführt, inwiefern auch auf Grund noch nicht vorhandener Forderungen Hypothekrechte gültig errichtet werden können. Sobald solche (gleichviel ob in ziffermäßig bestimmtem oder unbestimmtem Betrag) begründet sind, stehen sie im Verkehr und können wie alle anderen „veräußerlichen Rechte“ (a. b. G. B. § 1393) durch Cession übertragen werden;¹¹⁾ und zwar ganz oder theilweise, und letzterenfalls nach ziffermäßigen oder verhältnismäßigen Theilen.¹²⁾ Da die Rechtswirksamkeit solcher Hypotheken von der Verwirklichung der in Aussicht genommenen Forderung abhängt, liegt es dem Cessionar ob, wenn er zur Geltendmachung seines Anspruchs schreitet, die gegenwärtige Existenz und den Umfang jener Forderung nachzuweisen.¹³⁾ — Das Gesagte gilt insbesondere auch bei den sog. Kautionshypotheken.¹⁴⁾ Wer eine Hypothek hat für Forderungen, welche ihm „aus dem Titel der Gewährleistung oder des Schadenersatzes entstehen können“ (G. B. G. § 14), der mag das gesammte Hypothekrecht für den ganzen Komplex künftiger Ansprüche¹⁵⁾ (bis zu dem eingetragenen Höchstbetrag) unter Einem cediren, er kann aber auch¹⁶⁾ einen aliquoten oder einen ziffer-

9) Da das Verbot weder ein Pfandrecht, noch ein Vorrecht gewährt, Hofdekr. v. 4. Juni 1789, J. G. S. 1015, vgl. Hofdekr. v. 5. April 1791, J. G. S. 134.

10) Ueber diese und andere Einkufirungen s. unten § 60.

11) Gemeinrechtlich wird die Cessibilität künftiger Ansprüche allgemein angenommen, Windscheid, Pand. § 335, Note 12, Schmidt, Cession II, S. 284. L. 3, C. de donat. 8, 54: Spem futurae actionis . . . posse transferri . . . placuit. Ebenso für das preußische (Förster, I, S. 623) und bairische Recht (Regelsberger, Studien S. 32; a. M. Günner, I, S. 503).

12) G. B. G. § 13, 2, f. oben § 50, S. 400.

13) Wie das vorliegendenfalls (man denke z. B. an eine Credithypothek) auch dem Cedenten selbst obliegen würde, s. das Nähere oben S. 244, 245.

14) Ung. G. B. D. § 65, G. B. G. § 14.

15) Anerkannt in dem Urth. bei OLB. 2505.

16) Theilweise abweichend Regelsberger, S. Rt. S. 425 und Studien, I, § 11 fg. auf Grund der ihm eigenthümlichen Ansicht, die Sicherheitshypothek sei „kein Hypothekrecht, sondern nur eine Quelle von solchen“. — Ob die Ansprüche, für welche kavirt ist, auf einem einseitigen oder zweiseitigen Obligationsverhältnis beruhen, ist für die Abtretbarkeit der Kautionshypothek gleichgültig, insofern nur letzteres überhaupt seinem Inhalte nach cedirbar erscheint, was bei den meisten Verkehrsobligationen (z. B. aus Kauf, Pacht etc.) für das östr. Recht gewiß ist.

mäßigen Theil¹⁷⁾ seines Hypothekrechts ausscheiden und abtreten:¹⁸⁾ immer wird es dann Sache des klagenden Cessionars sein, den Nachweis zu erbringen, daß aus der verbücherten Kaufa für den Cedenten Ansprüche mindestens in dem vom Kläger geforderten Betrag erwachsen sind.¹⁹⁾

4) Die Cessionshindernisse aus der Person des Cessionars, welche das gemeine Recht aufstellt²⁰⁾, um den Schuldner gegen eine vom Gläubiger einseitig herbeigeführte Verschlechterung seiner Lage zu schützen, hat das österreichische Recht nicht aufgenommen.²¹⁾ Das außerdem etwa hierher zu beziehende neue Verbot der Cession an den Rechtsfreund, wovon schon die Rede war, fließt aus einem anderen Gedanken.²²⁾

Nicht auf besonderer Sägung, sondern auf der accessorischen Natur des Pfandrechtes beruht es, daß das Hypothekrecht an den Schuldner in der Pfandforderung, auch wenn er nicht Eigentümer des Pfandgutes ist, nicht cedirt werden kann; denn die Cession der

Der Verkäufer, Verpächter, kann einen Theil oder die Gesamtheit der aus dem Vertrag für ihn entspringenden Rechte durch Cession übertragen, also auch die „zur Sicherstellung der genauen Zuhaltung des Pachtvertrages und jeder daraus entspringenden Verantwortlichkeit“ (vgl. OLB. 415) einverleibte Hypothek.

17) Anders aber kann er nicht theilen, z. B. nicht so, daß die Kautionshypothek betreffs Gewährleistung aus einem Verkauf mehrerer Objekte blos hinsichtlich der das Eine Objekt angehenden eventuellen Ansprüche abgetreten würde. Eine solche Theilung, die in dem Weiterverkauf des einen Objectes eine naheliegende Veranlassung hätte, ist unmöglich wegen der durch die einheitliche Eintragung geschaffenen Einheit der Hypothek, und ausgeschlossen durch die ebenso zweckmäßige als kategorische Bestimmung des § 13 Abs. 2 G. B. G. Den richtigen Ausweg bietet die Einräumung des Austerpfandrechts für die Regressansprüche des zweiten Käufers auf die ganze Kautionshypothek des ersten.

18) Er kann z. B. von dem eventuellen Ersatzanspruch einen Betrag pr. 400 Gulden cediren: ob darin ein Glücksvertrag (a. b. G. B. § 1276, vgl. Pr. L. Rt. I, 11, § 527) liege, und ob er für den Eingang der Summe hafte, hängt theils von der Kaufa, theils von der Interpretation des Inhalts der Cession ab.

19) Ebenso für das preuß. Recht Colberg, Bedeutung d. öff. Glaubens des Grundbuchs etc. (1877) S. 90.

20) S. oben Note 3.

21) Sie sind durch die moderne Umgestaltung theils der sozialen Verhältnisse, theils der Gesetzgebung (obervormundschaftliche Beaufsichtigung des Vormundes, beziehungsweise Aufstellung eines Kurator ad actum) entbehrlich geworden.

22) Oben Note 7.

Hypothek ist von Rechtswegen Cession der Forderung mit ihrem Pfandrechte,²³⁾ der Schuldner aber kann seine Schuld nicht einlösen,²⁴⁾ sondern muß sie zahlen, und er kann für eine gegen sich selbst zu richtende Forderung kein Pfandrecht haben. — Der Eigentümer des Pfandgutes hinwiederum, wenn er nicht zugleich Schuldner in der Pfandobligation ist, kann zwar, wie jeder Dritte, diese Obligation cessionsweise erwerben, aber er kann an seiner eigenen Sache kein Pfandrecht erhalten, da die Eigentümerhypothek in Ostreich nicht anerkannt ist. Die Verbücherung einer Cession an den Eigentümer also ist unzulässig;²⁵⁾ haften aber für die abgetretene Forderung mehrere Güter simultan, von denen einige dem Cessionar gehören, andere nicht, so muß der für alle unter Einem vorzunehmende Cessionseintrag bewilligt werden, auch wenn gerade das die Haupteinlage führende Gut im Eigenthum des Cessionars stehen sollte.²⁶⁾

§ 52.

Der Cessionsakt.

Der Akt der bürgerlichen Uebertragung eines Hypothekarrechts erfolgt unter denselben Rechtsbestimmungen, wie der Akt der Begründung eines solchen. Was also zunächst die tabularrechtlichen Voraus-

23) S. oben § 49, Note 13.

24) Cf. L. 7. D. de obl. et act. (44. 7) — Unrichtig hierüber Frainz, a. a. O. Nr. 27 und die das. Note 197 angef. älteren östr. Schriftsteller, welche dem zahlenden Schuldner es frei stellen, sich Quittung oder Cession geben zu lassen (ebenso GUW. 1659 a. E.); eine Wahl, die nur der zahlende Dritte hat (a. b. Ob. § 1358, 1422). Näheres hierüber noch unten § 90.

25) Vgl. oben S. 124 und unten § 90. — Daß übrigens eine solche Cession, obzwar nicht eintragungsfähig, doch auch hinsichtlich des Pfandrechts keineswegs unwirksam ist, ergibt sich sofort, wenn der Cessionar und Eigentümer des Pfandguts zur Weitercession schreitet, und nun sein Cessionar die Einverleibung des der Forderung anhaftenden Pfandrechts (nach G. B. G. § 22) allerdings begehren darf.

26) Denn die vorliegendenfalls durch confusio gegebene materielle Erlöschung des Pfandrechts an dem Gegenstand der Haupteinlage berechtigt den Grundbuchrichter nicht, von Amtswegen die Löschung und danach die Errichtung einer andern Haupteinlage zu verfügen (G. B. G. § 113), und der Eigentümer kann seine Gründe haben (vgl. die vorige Note) die Löschung nicht zu begehren; insoweit aber jene Einlage, als Haupteinlage besteht, kann nur auf ihr die Cession verbüchert werden. G. B. G. § 112. (Vgl. oben S. 304, 305.)

setzungen der „Satzumschreibung“ anbelangt — Bucheigenthum des Cedenten am Cessionsobjekt, Dispositionsbefugniß desselben, beziehungsweise Gebundenheit des Objectes durch den Inhalt darauf bezüglicher Anmerkungen, — so kommt darüber durchaus zur analogen Anwendung, was oben §§ 24, 25 ausgeführt ist.¹⁾ Insbesondere kann nicht nur das einverleibte, sondern auch das vorgemerkte Hypothekarrecht bürgerlich abgetreten werden (G. B. G. § 21 a. E.), und zwar auch letzteres ebensowohl durch Einverleibung als durch Vormerkung der Cession. Ferner kann, falls gegen die abzutretende Satzpost eine Vormerkung der Löschung oder Uebertragung eingetragen ist, dieselbe gleichwohl bürgerlich cedirt werden, mit der selbstverständlichen Wirkung der Hinfälligkeit dieser Cession, wenn jene Vormerkung gerechtfertigt wird;²⁾ bei Vorhandensein einer Uebertragungsvormerkung also ist, insoweit die Rechtfertigung schwebt, eine doppelte Cession des von der Vormerkung betroffenen Rechtes möglich: seitens des pränotirten Gläubigers und seitens desjenigen, gegen den die Abtretung pränotirt ist, — mit der Wirkung, daß die Rechtsbeständigkeit beider Cessionen von dem Ausfall des Rechtfertigungsverfahrens im entgegengesetzten Sinne bedingt ist.³⁾

Der Cessionsakt besteht in einer schriftlichen Eintragung auf dem Lastenblatt des Inhalts, daß die Hypothekarforderung (beziehungsweise ein bestimmter Theil derselben) an die namentlich bezeichnete Person des Cessionars übertragen sei;⁴⁾ derselbe wird niemals von Amtswegen vollzogen (G. B. G. § 76), sondern erfolgt nur über Gesuch des Cedenten oder Cessionars⁵⁾ auf Grundlage von schriftlichen Urkunden, welche den Cessionstitel bezeugen. Je nach der vorliegenden causa cessionis ist dies die betreffende Vertragsurkunde (welche im Eintrag gemeiniglich nur als „Cession de dato . . .“ ohne Angabe der Kaufa angeführt wird), die letztwillige Erklärung, das richterliche Dekret,

1) S. aber auch oben Seite 385, und über die Wirkung angemerkter Veräußerungsbeschränkungen § 51, Z. 2. und § 60.

2) G. B. G. § 50, 51, 39, 69, vgl. oben S. 159.

3) G. B. G. § 49, vgl. oben S. 154.

4) Vgl. Beilage I, C, Postzahl 3; auf welche Forderung sich die Cession beziehe, wird dadurch ersichtlich, daß bei der Postzahl des Cessionseintrags auf die Postzahl des die cedirte Hypothek begründenden Eintrags verwiesen ist.

5) Ausnahmsweise nach G. B. G. § 78 auf Ansuchen dritter derivativ Berechtigter.

wodurch die exekutive Einantwortung der Hypothek verfügt wird (a. G. D. § 315), oder eine Urkunde, aus welcher das Vorhandensein einer urtheilmäßigen oder gesetzlichen Cessionspflicht des Hypothekars sich ergibt. Zur letzteren Klasse gehört die (in § 39 G. B. G. ausdrücklich erwähnte) Amtsurkunde über den gerichtlichen Erlag einer Schuldsomme, „rücksichtlich welcher der Gläubiger dem Zahler nach § 1422 a. b. G. B. erst seine Rechte abzutreten hat“; ohne Zweifel aber auch jede Quittung des Hypothekars, aus welcher hervorgeht, daß ein Dritter die Schuld (entweder mit Zustimmung des Schuldners oder auf Grund des Einlösungsrechtes, a. b. G. B. §§ 1422, 462) bezahlt, und sonach den Anspruch auf Cession erworben habe (a. b. G. B. § 1358).

Von der formalen Beschaffenheit der in Rede stehenden Urkunden hängt es ab, ob auf Grund derselben sofort die Einverleibung der Cession begehrt und bewilligt werden kann, oder bloß die Vormerkung. Hierüber, sowie über den Vollzug des Eintrags⁶⁾ und die Verständigung dritter Personen⁷⁾ gilt dasselbe, was oben (§§ 26—32) hinsichtlich der Entstehung des Hypothekarrechtes ausgeführt ist. Es wird also

1) die Einverleibung der Cession

nur bewilligt, wenn der Cessionstitel a) in einer öffentlichen Urkunde der in § 33 G. B. G. aufgezählten Arten enthalten ist,⁸⁾ oder b) in einer Privaturkunde, welche die ausdrückliche Intabulations-

6) Ueber den Inhalt des Eintrags und die Aufnahme der wesentlichen Modalitäten des übertragenen Rechts insbesondere (G. B. G. § 5) s. oben § 27. Auch die singuläre Vorschrift des § 97 G. B. G. (oben S. 174) kann bei der Cession zur Anwendung kommen. — Gleichzeitig mit dem Cessionseintrag, wenn er eine Intabulation ist, hat der Grundbuchsführer in dem Erwerbseintrag des Cedenten dessen Namen roth zu unterstreichen, oder (im Falle bloß partieller Cession) zu punktuiren. Instrukt. zum G. B. G. § 13; vgl. Beilage I, C, Postzahl 1, 2, 3.

7) Insbesondere: der Bescheid über den Cessionseintrag ist auch dem Eigenthümer des Hypothekargutes — nicht aber dem debitor cessus als solchem — zuzustellen. G. B. G. § 123, 3.

8) Vgl. oben S. 168; hierher gehört auch das Seite 394 erwähnte exekutive Einantwortungsdekret (a. G. D. § 315), sowie jedes rechtskräftige Erkenntniß, welches den Beklagten zur Cession einer bestimmten Hypothekarforderung verurtheilt.

bewilligung des Cedenten,⁹⁾ die genaue Angabe der abzutretenden Forderung, und die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung der Parteiunterschriften aufweist (G. B. G. §§ 31, 32).

2) Die Vormerkung der Cession

hat dieselben Voraussetzungen wie die der Hypothekbestellung: der Pränotationswerber muß seinen Anspruch auf die Forderung und auf das mit ihr verbundene Pfandrecht¹⁰⁾ dem Grundbuchsrichter durch glaubwürdige, wenn auch der besonderen Erfordernisse zur Intabulation ermangelnde Urkunden bescheinigen.¹¹⁾ Wird die Vormerkung hiernach bewilligt und vollzogen, so gewährt sie dem Cessionar — wie die Eigenthumspränotation nach a. b. G. B. § 438 das bedingte Eigenthum — das bedingte Hypothekarrecht, welches als solches schon Objekt des bürgerlichen Weiterverkehrs ist,¹²⁾ aber erst durch die rechtzeitig erbrachte und verbücherte (G. B. G. § 46) Justifizierung ex tunc sich befestigt. Was der Pränotant im Rechtfertigungsverfahren nachzuweisen hat hängt davon ab, welche Mängel in der Beurkundung seines Rechtes der sofortigen Intabulation desselben seinerzeit im Wege standen, und ist nach Analogie der oben S. 205 fg. entwickelten Grundsätze zu beurtheilen. Falls die Rechtfertigung durch Klage (Justifizierungsklage) angestrebt wird, hat Kläger den prozessordnungsmäßigen Nachweis zu führen, daß die Hypothekarforderung nach den Grundsätzen des materiellen Cessionsrechtes ihm gebühre, und sein Petit geht dahin: die Vormerkung der Cession sei für gerechtfertigt zu erklären. — Ist die Recht-

9) Deshalb sind die im Text soeben besprochenen Quittungen nur für die Vormerkung der Cession eine geeignete Grundlage; ebenso die amtlichen Erlagsquittungen nach G. B. G. § 39, wiewohl sie öffentliche Urkunden sind, weil sie nicht unmittelbar die Cessionspflicht selbst, sondern nur eine ihrer Rechtsvoraussetzungen, die Zahlung, beurkunden.

10) Während die Bescheinigung des Pfandrechtstitels für die Vormerkung der Hypothekbegründung ein zweites selbständiges Erforderniß, neben der Bescheinigung der Forderung, bildet (G. B. G. § 36), tritt dies bei der Cessionsvormerkung deshalb nicht hervor, weil in dem Anspruch auf Abtretung einer mit Hypothek versicherten Forderung regelmäßig und stillschweigend auch der Anspruch auf die Cession des Pfandrechtes mit enthalten (s. oben § 49, Note 10), also auch mit bescheinigt ist.

11) Ueber die rechtliche Natur der „Bescheinigung“ und die pränotationsfähigen Urkunden, s. oben S. 200—203.

12) Vgl. oben S. 204.

fertigung mißlungen oder unterblieben,¹³⁾ so erfolgt die Löschung der Cessionsvormerkung (und mit ihr die Löschung aller „in Bezug auf diese Vormerkung vorgenommenen Eintragungen“ G. B. G. § 49) über Antrag des derzeitigen bürgerlichen Inhabers der mit der Vormerkung beschwerten Sachpost.¹⁴⁾ Die Wirkung ist dann allseitig so, als ob die Pränotation der Cession nie stattgefunden hätte.

Die Kosten des Cessionsaktes trägt nach österreichischem¹⁵⁾ Rechte im Zweifel der Cessionar (vgl. a. G. D. § 315), wie sich schon daraus ergibt, daß nur er, nicht auch der Cedent, ein Interesse hat an der Verbücherung des Geschäftes, woraus die Kosten erwachsen.

3) Die Anmerkung der beabsichtigten Cession¹⁶⁾

ist zwar selbst kein Cessionsakt, weil sie noch kein, auch nicht ein bedingtes Recht überträgt, aber sie gehört hierher wegen der eigenthümlichen Rechtslage, die sie für künftige Cessionsakte erzeugt. Es kann nämlich seit der Geltung des allgemeinen Grundbuchgesetzes in Oesterreich jeder bürgerlich eingetragene Inhaber einer Sachpost jederzeit begehren, daß zu derselben angemerkelt werde, es sei beabsichtigt die Forderung ganz oder theilweise (und letzternfalls mit welchem ziffermäßigen oder aliquoten Theil) zu übertragen.¹⁷⁾ Das Begehren muß bewilligt und vollzogen werden,¹⁸⁾ wenn im Zeitpunkt der Einreichung des

13) S. das Nähere oben S. 211 fg.

14) Daß stets der jeweilige Bucheigentümer des von der Pränotation getroffenen Objectes zum Lösungsbegehren legitimirt ist, und nicht „derjenige, gegen welchen die Vormerkung bewilligt wurde“ (G. B. G. § 45), ist oben S. 212 gesagt und seither durch die Entsch. vom 20. März 1877, Z. 3045 (GUW. 6415) anerkannt.

15) Theilung der Kosten zwischen Cedent und Cessionar, nach besonderer Bestimmung des preussischen Rechts: Dernburg, S. 720.

16) G. B. G. § 53—58. Fast gleichlautend mit der für die Länder der ungarischen Krone erlassenen. J. M. Verordnung vom 4. Aug. 1859 (R. G. B. 147) § 8 fg.

17) Das Gesuch braucht weder Gründe anzugeben, noch (anders aber hierin § 9 der cit. Vdg. für Ungarn) die Person zu bezeichnen, an welche die Cession erfolgen soll (schon dies schließt den Gedanken an eine in solcher Anmerkung gelegene bedingte oder eventuelle Uebertragung aus); die Unterschrift des Gesuchstellers muß, was sonst bei Anmerkungsgesuchen nicht der Fall ist, legalisirt sein. G. B. G. § 53, 3. S. die Formulare ähnlicher Gesuche, Bescheide und Anmerkungen bei Offenhuber, Hdb. des Grundbuchwesens (1876) S. 442 fg.

18) Der bewilligende Bescheid, mit der Bestätigung des Vollzugs versehen,

Gesuches der Grundbuchstand so beschaffen ist, daß der Eintragung der Cession selbst jetzt kein bürgerliches Hinderniß im Wege stände; es wird also abgewiesen, wenn eine Dispositionsbeschränkung des Hypothekars vorliegt, oder wenn eine anderweitige kollidirende Cession bereits einverleibt, nicht auch wenn sie bloß vorgemerkt ist.¹⁹⁾

Die Wirkung einer solchen Anmerkung, welche höchstens 60 Tage dauern kann,²⁰⁾ ist die einer gemeinrechtlichen protestatio pro conservando loco²¹⁾: sie fixirt den von ihr vorgefundenen Grundbuchstand zu Gunsten der künftigen Cession in der Art, daß der beabsichtigte und rechtzeitig (d. h. so lange die Anmerkung in Kraft steht) zur Verbücherung vorgelegte Uebertragungsakt unter der Fiktion sich vollzieht, als wäre er schon im Zeitpunkt des Anmerkungsgebuches erfolgt. Es können also inmitten liegende bürgerliche Veränderungen (z. B. exekutive Pfändung oder Uebertragung der Forderung, Löschung, Konkursfähigkeit des Hypothekars²²⁾ die Cession nicht mehr aufhalten; mit ihr unverträgliche Eintragungen der Zwischenzeit werden (auf Ansuchen des Cessionars, G. B. G. § 57) gelöscht, sobald und soweit²³⁾ sie zur Eintragung kommt. — Die ganze Einrichtung hat den praktischen

darf nur in Einem Exemplar hinausgegeben werden (G. B. G. § 54); dadurch will das Gesetz dem Mißbrauch der Urkunde zu mehrfachen Cessionen vorbeugen.

19) Denn letzternfalls ist die zweite Cession, als eventuelle (G. B. G. § 49), möglich.

20) Nach Ablauf dieser Zeit ist sie von Amtswegen zu löschen, aber auch vorher schon auf Ansuchen des Hypothekars gegen Vorlage des sie bewilligenden Bescheids. G. B. G. § 55, 58. Die Löschung verhindert nicht, daß dieselbe Anmerkung auf neuerliches Gesuch sofort wieder bewilligt werde, aber die endlich verwirklichte Cession wirkt immer nur bis zum Zeitpunkt der letzten Anmerkung zurück.

21) Vgl. Prinz, die l. v. d. Protestationen (1858) § 17. Zudem unsere Anmerkung zwar dem gehofften Rechte des Cessionars seinen bürgerlichen Rang wahr, aber das Recht selbst noch nicht, auch nicht als bedingtes erzeugt, unterscheidet sich ihre Wirkung deutlich von derjenigen der Cessionsvormerkung; sie ist eine halbe »protestatio pro conservando jure et loco.«

22) Für diesen Fall wird aber die besondere Anforderung gestellt, daß durch legalisirte Datirung der Cessionsurkunde deren Ausfertigung vor dem Tag der Konkursöffnung nachgewiesen sei. G. B. G. § 56, 3.

23) Wenn also die auf Grund der Anmerkung verwirklichte Cession den Betrag der Sachpost nicht erschöpft (vgl. G. B. G. § 58), so bleiben für den Rest derselben die in der Zwischenzeit (auf das Ganze) verbücherten Dispositionen aufrecht; vgl. § 13 der cit. Vdg.

Zweck den Cessionsverkehr zu erleichtern, indem sie jedem Hypothekar die Möglichkeit gewährt, seine Forderung durch 60 Tage mit unverrückbarem Tabularstand (laut Anmerkungsbescheid: § 54) feilzubieten, dem Kauflustigen aber die Sicherheit, daß der sofortigen Verbücherung des abzuschließenden Cessionsgeschäftes nichts im Wege sei.

§ 53.

Wirkungen der Cession.

Hier sind die dinglichen Wirkungen der im Cessionsakt enthaltenen bürgerlichen Uebertragung des Hypothekarrechtes hinsichtlich der drei daran theilhaftigen Parteien darzulegen. Außer Betracht bleibt das obligatorische Verhältniß zwischen Cedent und Cessionar,¹⁾ und die Rechtslage des Cessus interessiert hier nur insofern, als dieser mit dem Eigentümer des Hypothekargutes zusammenfällt, also sog. „Hypothekarschuldner“ ist. — Ob der Cessionsakt im Wege der Einverleibung erfolgte, oder durch Vormerkung mit nachträglicher Rechtfertigung, steht sich gleich, da die Summe der Rechtswirkung des Tabularaktes in beiden Fällen schließlich immer dieselbe ist.²⁾ Ueberall treten die im folgenden angegebenen rechtlichen Veränderungen ein mit der Rechtskraft des Bescheides, welcher die bürgerliche Durchführung der Cession (oder beziehungsweise die Verbücherung der Justifizierung, G. B. G. § 46) bewilligt hat, aber sie wirken alsdann zurück auf den Zeitpunkt der Ueberreichung des Gesuches um Einverleibung oder beziehungsweise Vormerkung der Cession.³⁾

I. Der Cedent

hört auf Hypothekar zu sein, auch wenn er in der Pfandschuld Gläubiger geblieben sein sollte.⁴⁾ Er kann daher weder die Hypothekar-

1) Insbesondere auch die Haftungspflicht des ersteren für Richtigkeit und Einbringlichkeit der Forderung. Vgl. oben § 50, bei Note 4.

2) S. oben Seite 187, 209.

3) G. B. G. § 132, oben S. 32, 175; oder eventuell auf den Zeitpunkt des Ansuchens um die Anmerkung der beabsichtigten Cession, G. B. G. § 53, 56.

4) Was dann der Fall ist, wenn die bürgerliche Umschreibung auf Grund einer ungiltigen Uebertragungsurkunde erfolgte, z. B. auf Grund gefälschter, oder durch nachträgliche gültige Vereinbarung wieder rückgängig gemachter Cession. Auch wenn und so lange ihm deshalb die Anfechtung des materiell ungerechten Tabularstandes zusteht (oben § 14—16), ist er formell nicht Hypothekar und weder zur Hypothekarklage noch zu bürgerlichen Weiterverfügungen legitimirt.

klage anstellen, noch den begonnenen Prozeß oder die Exekution um die Hypothek (ohne Einverständniß mit dem Cessionar) fortsetzen;⁵⁾ ebenso wenig vermag er das ihm bürgerlich nicht mehr zustehende Hypothekarrecht durch eigene Willensakte zu berühren: die von ihm ausgestellte Abschreibungsbewilligung⁶⁾ oder weitere Cession kann nicht zur Verbücherung gelangen (G. B. G. § 21).

II. Der Cessionar

wird Einzelnachfolger seines bürgerlichen Vormanns in dem Hypothekarrecht. Als solcher hat er die Hypothekarklage ipso jure auch dann, wenn er nicht Gläubiger in der Pfandschuld geworden sein sollte;⁷⁾ die Schuldklage hingegen steht ihm auf Grund des bürgerlichen Cessionsaktes überhaupt nicht zu⁸⁾: wenn er sie hat, so gebührt sie ihm aus dem materiellrechtlichen Geschäft, welches jenem Akt zu Grunde lag (Abtretungsvertrag, Legat, richterliche Einantwortung).

Das Hypothekarrecht geht auf den Cessionar über in derjenigen Beschaffenheit, mit jenen rechtlichen Mängeln und Vorzügen, die ihm in dem maßgebenden Zeitpunkt⁹⁾ bürgerlich angehaftet haben. Wie unter Umständen der bürgerliche Inhaber eines Rechts kraft des Publizitätsprinzips dat quod non habet, so kann auch umgekehrt das Recht

5) Uebereinstimmend OUB. 3350.

6) Hat der Schuldner an den Cedenten gezahlt, bevor ihm die inzwischen intabulirte Cession bekannt wurde, so hat er zwar seine (persönliche) Schuld getilgt (a. b. Gb. § 1395), aber das Pfandgut bleibt verhaftet (§ 469 a. b. Gb.), und der gewesene Schuldner deshalb auf den Ersatzanspruch gegen seinen vermeintlichen Gläubiger (§ 1431 a. b. Gb.) beschränkt; darum zahlen vorsichtige Hypothekarschuldner nur nach Einsicht in den jüngsten Grundbuchstand (§ 443 a. b. Gb.).

7) Z. B. in den oben Note 4 erwähnten Fällen, oder wenn die Forderung vor ihm bereits einem andern rechtsgiltig, aber nicht bürgerlich, abgetreten war (darüber s. noch unten § 56). — Inwiefern daraus, daß die Pfandforderung nicht besteht, oder dem Kläger nicht zusteht, eine wirksame Einrede gegen die Hypothekarklage des Cessionars erwächst, wird unter III. vorkommen.

8) Die praktische Bedeutung dieses Unterschiedes (vgl. auch oben S. 228 fg.) tritt hervor, wenn das Pfandgut zur Deckung der Schuld nicht zureicht, oder wenn dasselbe in Händen eines Drittbefiziers steht. Es kann also z. B. im Falle der vorigen Note der bürgerliche Cessionar auch vom Personalschuldner, der das Pfandgut besitzt, nie mehr verlangen, als eben mit der Hypothekarklage zu erlangen ist, nämlich soviel aus der Pfandexekution für sein Hypothekarrecht abfällt; der etwaige Rest, welcher aus dem übrigen Vermögen des Schuldners zu realisiren wäre, würde dem außerbürgerlichen Cessionar zufallen und mit der Schuldklage einzutreiben sein.

9) Oben bei Note 3.

des Successors schmaler ausfallen, als dasjenige des Auktors, bloß weil das betreffende Plus (z. B. an Zinsen) im öffentlichen Buch nicht apparirt. Mit dieser durch die Grundsätze des Tabularrechts bedingten Einschränkung gilt auch für die Hypothekarcession der Satz des a. b. G. B. § 1394: „Die Rechte des Uebernehmers sind mit den Rechten des Ueberträgers in Rücksicht auf die überlassene Forderung eben dieselben.“ Der Cessionar erwirbt die Hypothek an den Objekten, in der Priorität (G. B. G. § 29, 30), in dem ziffermäßigen Betrag, mit den Accessorien (Mithaftung für Zinsen und andere Nebenverbindlichkeiten), und in dem Exigibilitätszustand,¹⁰⁾ wie das Grundbuch ausweist. Aber andererseits unterliegt dieses sein Recht (arg. a. b. G. B. § 443) auch allen Lasten, Beschränkungen und Gefahren, welche der übernommene Grundbuchstand einschließt. Im Einzelnen also: die cedirte Hypothek nimmt den Keim der Auflösung mit sich herüber, der in einer zur Zeit der Cession vorhandenen Vormerkung der Löschung oder anderweitigen Uebertragung enthalten ist;¹¹⁾ sie wird getroffen von allen Pfandpfandrechten, Nießbrauchs-, Substitutions- und Kautionsbändern, deren Eintragung (Intabulation oder Vormerkung) zu eben jener Zeit vollzogen oder auch nur angefücht war;¹²⁾ sie unterliegt endlich in der gleichen Weise der Wirkung bürgerlicher Anmerkungen. Insbesondere

1) eine vorhandene Anmerkung der Rangordnung für die Löschung oder Uebertragung schadet dem Cessionar — wenn die betreffenden Rechtsgeschäfte später rechtzeitig zu Stande kommen und eingetragen werden —

10) Also mit den Wirkungen der etwa vorhandenen Anmerkung der Hypothekarklage, der Aufkündigung, oder Kompensation (a. b. G. B. § 1443), wovon unten die Rede sein wird. — Ist das Hypothekarrecht erst im Exekutionsstadium abgetreten, so muß der Cessionar den Bescheid über Bewilligung und Modalitäten der Exekution dann gelten lassen, wenn derselbe im Zeitpunkt der bürgerlichen Cession schon rechtskräftig war: GUW. 4449. Aber die Einleitung der Exekution kann er auf Grund eines noch für den Cedenten ergangenen Urtheils nicht im Gesuchswege, sondern nur mit Klage (a. G. D. § 298) begehren: GUW. 3153.

11) Vgl. oben § 52, Note 2, 3.

12) Vgl. G. B. G. § 93, 132 und oben S. 171, 209. Richtig daher die Entsch. GUW. 3946: Cessionar muß sich die Rechtfertigung einer noch gegen den Cedenten erwirkten Superpränotation gefallen lassen, „da er nur eine schon mit (bedingtem) Pfandrecht belastete Forderung übernommen hat.“

ebenso,¹³⁾ wie die Rechtfertigung im Falle einer entsprechenden Vormerkung.

2) Die Anmerkung der Aufkündigung der Hypothekarschuld (G. B. G. § 59) bewirkt, daß er die Kündigung gegen sich gelten lassen, also bei Vermeidung der mora accipiendi die Zahlung sich gefallen lassen muß, während er die außerbücherliche Kündigung nach Umständen ignoriren darf;¹⁴⁾ andererseits nützt ihm die Anmerkung, indem sie den Beweis der gehörig erfolgten Kündigung dem Hypothekarschuldner gegenüber ersetzt.¹⁵⁾

3) Die Anmerkung der Hypothekarklage bringt ihm denselben Vortheil, wie dem Cedenten: daß die Fortführung des Processes, wie der Exekution, unabhängig bleibt von jedem Wechsel in der Person des Eigenthümers des Pfandgutes.¹⁶⁾

4) Eine „Streitanmerkung“, durch welche gegen die materielle Rechtmäßigkeit oder die formelle Richtigkeit des das cedirte Recht begründenden Eintrags protestirt wird,¹⁷⁾ unterwirft den Cessionar schlechthin (ohne Rücksicht auf seine Redlichkeit) dem Ausgang des Aufsechtungsprocesses, wenn dieselbe vor dem Eintreffen des Gesuches um Verbücherung der Cession, — sei es auch nach Ablauf der Frist zum Refusus gegen den bestrittenen Eintrag,¹⁸⁾ — angefücht¹⁹⁾ worden war.

13) G. B. G. § 53, 56, 57; — dasselbe gilt von der Anmerkung der Lösungsklage aus dem Grunde der Verjährung (G. B. G. § 69), worüber unten § 55 a. E.

14) Die außerbücherliche Kündigung des Cedenten (die immer bewiesen werden muß) berechtigt den Cessionar (a. b. G. B. § 1394 — in solange ihm der ursprüngliche Cessus gegenübersteht G. B. G. § 60), aber sie verpflichtet ihn nicht, außer insofern außerbücherlich begründete Einreden überhaupt ihm wirksam entgegengesetzt werden können (darüber s. § 54, 55); hat also der Cessionar von der vorgängigen Kündigung erst nach der Cession Kenntniß erhalten, so steht es ihm frei dieselbe als geschehen oder als ungeschehen zu behandeln. 15) Oben S. 248, 242.

16) G. B. G. § 60, oben S. 240. — Das Vorhandensein einer „Anmerkung der Abschreibung“ (Zertheilungsgesetz R. G. B. 1869 Nr. 18, § 13) unterwirft den Cessionar den eventuellen Folgen der Parzellirung (oben S. 155) des Pfandgutes.

17) G. B. G. § 61, 63; oben § 15, § 11 (S. 91).

18) Die Streitanmerkung ist alsdann nicht mehr rechtzeitig im Sinne des § 63, 127 G. B. G.; aber sie wird gleichwohl bewilligt und wirkt pro futuro gegen Dritte, die nach ihr bürgerliche Rechte erwerben wollen: Entsch. v. 28. Dez. 1877, GUW. 6722. Uebereinstimmend die preuß. Praxis, Cobberg, S. 28, Koch, Comment. zu § 426, I, 20, a. Nr.

19) Der vorsichtige Cessionar wird also auch das Tagebuch des Grundbuchführers einsehen; vgl. auch Instrukt. § 37, oben § 32, Note 9.

III. Der Cessus²⁰⁾

unterliegt der Hypothekarklage des Cessionars vom Zeitpunkte des rechtskräftig vollzogenen Cessionseintrages an, er mag darum wissen oder nicht. Denn nicht erst die private Verständigung („Denunziation“, a. b. G. B. § 1396) und auch nicht die amtliche Zustellung des Bescheides (G. B. G. § 123, 3) begründet den dinglichen Anspruch zwischen Cessionar und Pfandeigentümer, sondern der (bücherliche) Cessionsakt allein.²¹⁾ Die Hypothekarklage wird also, wie schon oben bemerkt, nicht ausgeschlossen durch eine Zahlung der Schuld an den Cedenten, welche nach dem Cessionsakt, aber vor Zustellung des Bescheides (in Unkenntniß der Cession) geleistet war;²²⁾ und zwar auch dann nicht, wenn der Cessionar von der Zahlung gewußt hat,²³⁾ da nach vollendetem Rechtserwerb der nachträgliche Verkehr zwischen Cessus und Cedent den Cessionar nichts mehr angeht und ihn daher rechtlich nicht berühren kann.

Inwiefern die durch den Cessionsakt an sich begründete Hypothekar-

20) Darunter wird hier verstanden wer im Moment der Cession Eigentümer des belasteten Hypothekargutes ist, mag es auch nicht der Schuldner sein, da für den bücherlichen Cessionsverkehr, um dessen spezifische Normen es sich hier handelt, der s. g. Personalschuldner als solcher nicht existirt.

21) Ebenso Regelsberger, a. a. D. S. 434.

22) Vgl. oben, Note 6. Wichtig darüber auch Krauz, a. a. D. Nr. 17, bei Note 162. — Es versteht sich danach, daß im vorliegenden Falle dem Hypothekarschuldner auch dann nicht geholfen wird, wenn die ihm gesetzlich gebührende (G. B. G. § 123) ex officio-Mittheilung des Cessionsbescheids „aus was immer für einem Grunde unterblieben ist“ (G. B. G. § 64); er kann schon vom Augenblick des angebrachten Gesuches um Verbücherung der Cession dem Cedenten nicht mehr mit Vollwirkung zahlen (a. b. G. B. § 443, 469), und beim Vorhandensein einer Anmerkung der beabsichtigten Cession (oben S. 412) reicht dieser Zustand noch weiter zurück, bis auf den Zeitpunkt der Ueberreichung des Anmerkungsgejudes. Wer eben ohne vorgängige Einsicht in das Grundbuch Hypothekarschulden bezahlt, der „leidet in allen Fällen für seine Nachlässigkeit“ (§ 443 cit.), — womit übrigens der Regreß gegen den Bereicherten oder den Schuldigen nicht ausgeschlossen ist, (letzteres z. B. bei Dolus des Zahlungsempfängers, oder wenn durch Verschulden des Grundbuchsamtes die Verständigung unterblieben und gewiß ist, daß der Schaden durch eine rechtzeitige Zustellung des Bescheides abgewendet worden wäre).

23) Nur für diesen Fall ist Obiges praktisch, da der Cessionar, welcher um die Zahlung nicht wußte, selbst dann geschützt wird (s. den folgenden §), wenn die Zahlung der Cession vorangegangen war.

klage von Seiten des Cessus aus materiellen Rechtsgründen abgewehrt werden kann, bedarf einer näheren Darlegung.

§ 54.

Die Vertheidigung gegen die Hypothekarklage des Cessionars.

Sie ist beschränkt durch die Folgen des Publizitätsprinzips. Während im außerbücherlichen Verkehr dem Cessus jederzeit das Recht bleibt „seine Einwendungen gegen die Forderung anzubringen“ (a. b. G. B. § 1396), gewährt der Tabularverkehr dem redlichen Cessionar das bücherlich ihm übertragene Hypothekarrecht in dem Umfange, in der Kraft und Rechtsbeständigkeit, wie es zur Zeit der Umschreibung im öffentlichen Buche stand, auch wenn es so nicht hätte darin stehen sollen; das aber wird nur erreicht, indem dem Cessus unter bestimmten Voraussetzungen auch materiell wohlbegründete aber nicht rechtzeitig durch das öffentliche Buch gewährte Einwendungen — sowohl Einreden im technischen Sinn, als auch den Klagegrund negirende Ausführungen — abgeschnitten werden.¹⁾ Aus den oben (§§ 8 bis 16) im allgemeinen entwickelten Grundsätzen ergiebt sich, daß der Hypothekarbeflagte²⁾ dem aus einem formgerechten Eintrag klagenden Cessionar materiellrechtlich begründete Einwendungen nur dann wirksam entgegenstellen kann, wenn dieselben unter eine der folgenden vier Kategorien fallen³⁾:

1) Kopecky, Wagn. Zchr. 1838, I, S. 253 fg., Filger, Rechtswirkungen der Einträge zc. (1865), § 51, 52, Erner, Publizitätsprinzip S. 78 fg., 105 und passim, Randa, s. G. Z. 1876, Nr. 94, S. 374, Öttnner, I, S. 400 fg. Eine eingehende Behandlung der ganzen Materie nach heutigem preuß. Recht giebt nunmehr Colberg, über die Bedeutung des öffentl. Glaubens des Grundbuchs . . . in Beziehung auf den Erwerb von Hypotheken und Grundschulden durch Cession. Halle 1877.

2) Nur von der Hypothekarklage ist hier überhaupt die Rede; der Schuldklage des Cessionars gegenüber giebt es keinen Schutz des bücherlichen Erwerbes (s. Erner, Publizitätsprinzip S. 78, oben § 8, Note 1, Colberg, S. 27) und gelten mithin alle im materiellen Recht gegründeten Einwendungen; a. b. G. B. § 1396.

3) Die Vertheidigungsstellung des Cessus, wie sie sich aus dem folgenden ergiebt, ist unabhängig von der Art des Cessionsgrundbes; insbesondere also steht der Cessionar auf Grund richterlicher Ueberweisung der Forderung dem Vertragcessionar

1) Einwendungen, welche sich auf rechtliche Beziehungen stützen, die unmittelbar zwischen dem Kläger und dem Beklagten (oder deren Erblässern) obwalten,⁴⁾ sind ohne Ausnahme zulässig. Hierher gehören alle Bestreitungen der Hypothekarklage aus liberatorischen Verträgen zwischen Cessionar und Cessus, aus Zahlungen an jenen, aus der wider ihn (den Cessionar oder seinen Erblasser) vollendeten Verjährung, aus der Kompensation⁵⁾ mit einer dem Beklagten (wenn er zugleich Personalschuldner ist) gegen den Cessionar zustehenden Gegenforderung, aus Urtheilen oder Testamenten, welche zwischen eben diesen Personen eine Aufhebung oder Minderung des Hypothekarrechts begründen. Hierher gehört auch der seltene Fall einer Bestreitung der Sachlegitimation des Klägers wegen Nichtigkeit des bürgerlichen Cessionsaktes.⁶⁾

Hingegen ist der Cessus nicht befugt materielle Mängel der formgerecht vollzogenen Uebertagung gegen den bürgerlichen Cessionar vorzubringen (z. B. die Behauptung, die Cession sei simulirt, erzwungen, oder die Cessionsurkunde gefälscht;⁷⁾ ansechtbar wäre ein solcher Eintrag nur für den Cedenten, der allein durch denselben in seinem bürgerlichen Rechte verletzt erscheint.⁸⁾ Dem Cessus gegenüber ist Hypothekarwer als solcher formgerecht im Grundbuch steht,⁹⁾ — gerechte Zweifel an dessen Gläubigerschaft können die Deposition rechtfertigen (§ 1425 a. b. G. B.), nicht aber eine Einrede, welche hier (gegen die dingliche Klage des Verbücherten) eine wahre exceptio ex jure tertii wäre.

2) Stützen sich die Einwendungen des Beklagten auf Thatfachen, welche zwischen ihm und einem Rechtsvorgänger des Klägers (Singular-Auktor) eingetreten sind, und welche zwischen diesen Personen das ur-

gleich, da auch er im Vertrauen auf das öffentliche Buch erworben hat. Colberg, S. 77 fg.

4) Vgl. G. B. G. § 62 (a. b. G. B. § 547), oben S. 100 Note 2, 3.

5) Ueber die Einwendungen der Verjährung und der Kompensation s. noch besonders unten § 55.

6) Die Nichtigkeit im streng formellen Sinne genommen, s. oben § 11; ihre Geltendmachung steht jedem Interessenten zu (das. Note 17).

7) Vgl. Regelsberger, S. 434, Note 4.

8) Oben § 14; auch wegen Unredlichkeit könnte der Cessus nicht anfechten (vgl. § 16, Note 25), da er durch die ersichene Cession, wenn nur die Hypothek an sich rechtsbeständig ist, keinen Rechtsnachtheil erleidet.

9) G. B. G. § 3725 (wo aber m. E. unrichtig angenommen wird, der Beklagte hätte sich durch den Beweis der Unrechtheit des Cessionsinstrumentes schützen können).

sprünglich gültige Hypothekarrecht aufzuheben, zu mindern, oder zeitweilig zu hemmen an sich rechtlich geeignet wären, so sind diese Einwendungen gegen den (redlichen) Cessionar nur dann zulässig, wenn ihr Rechtsgrund zur Zeit seines bürgerlichen Erwerbes¹⁰⁾ aus dem öffentlichen Buche ersichtlich war. — Für die praktisch wichtigsten Hauptfälle beruht dies auf ausdrücklichen, Einzelbestimmungen des a. b. G. B.,¹¹⁾ deren Analogie für alle übrigen unter die gleiche Kategorie fallenden Einwendungen nicht abzuweisen ist.¹²⁾

In welcher Form die Ersichtlichkeit des Einredegrundes im öffentlichen Buche bewirkt ist, hat auf die in Rede stehende Frage keinen Einfluß. Sie kann schon im Tenor des ursprünglichen die Hypothek begründenden Eintrags gelegen sein,¹³⁾ oder noch weiter zurück in dem für die bürgerliche Rechtsstellung des Verpfänders maßgebenden Eintrag,¹⁴⁾ oder aber sie mag durch eine nachträgliche Einschreibung hergestellt sein, sei es in Form einer Vormerkung (der Löschung, G. B. G. § 50) oder Anmerkung (der Verjährung, G. B. G. § 69, der exekutiven Versteigerung, das. § 72)¹⁵⁾. Immer kommt es nur darauf an, ob

10) D. i. im Zeitpunkt der Ueberreichung seines Gesuches um Einverleibung oder Vormerkung der Cession; vgl. oben § 53, Note 3.

11) A. b. G. B. § 468 (Untergang des Hypothekarrechts in Folge einer dem Eigenthum des Verpfänders anhaftenden zeitlichen Beschränkung), § 469 (durch Zahlung der Pfandschuld), § 1443 (Kompensation), § 1446 (Confusio zwischen Gläubiger und Schuldner), § 1500 (Verjährung der Pfandschuld); vgl. auch § 443, dazu Exner, Publizitätsprinzip S. 37—47.

12) Schon Pöpeky a. a. D. S. 254 hat aus jenen Einzelbestimmungen die Regel abgezogen „daß der Schuldner einem Dritten, welcher eine hypothekirte Forderung . . . in gutem Glauben an sich gebracht hat, nur solche Einreden entgegensetzen könne, welche demselben durch das öffentliche Buch bekannt geworden sind, oder hätten bekannt werden können“. Auch Randa, a. a. D. S. 373 schließt aus § 1500, daß „wohl die Erlösung des Rechtes über haupt demjenigen, der das erloschene Recht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erworben hat, nicht entgegengesetzt werden kann“. Was von der gänzlichen oder theilweisen Erlösung gilt, muß um so mehr auch bei bloß zeitweiliger Hemmung in der Rechtsausübung (z. B. auf Grund eines pactum de non petendo) Geltung haben.

13) G. B. G. § 5, oben S. 178 fg. Klauseln und Nebenbestimmungen aller Art, wodurch das Hypothekarrecht beschränkt oder bedingt wird; insbes. auch die Klausel der Unübertragbarkeit des Rechtes.

14) Z. B. wenn hiernach dieser bloß ein widerrufliches Eigenthum am Pfandgut hatte, a. b. G. B. § 468.

15) S. die Entsch. v. 9. Juli 1878 (G. Z. 1879 Nr. 100), wonach der exek.

der Cessionar im Zeitpunkt seines Erwerbes die Eventualität der jetzt gegen die Hypothek gerichteten Anfechtung im Hauptbuch ersehen konnte¹⁶⁾ oder nicht.

3) Einwendungen, welche sich auf die Behauptung gründen, das eingeklagte Hypothekarreht sei schon ursprünglich bei seiner bürgerlichen Begründung materiell ungiltig gewesen — z. B. weil für eine nicht zugezählte Darlehenssumme, oder auf Grund einer gefälschten Schuldurkunde oder Tabular Klausel einverleibt — sind dem (redlichen) Cessionar gegenüber nur statthaft, wenn die oben § 16 erörterten besonderen Voraussetzungen einer Anfechtung gegen redliche Dritte vorliegen. Also in aller Regel nur dann, wenn im Zeitpunkte der Cession¹⁷⁾ entweder ein bürgerlicher Protest gegen die angeblich unrechtmäßige Begründung der Hypothek (in Form der Streitannmerkung, G. B. G. § 61) bereits vorlag, oder die Frist zu seiner Anbringung (§ 63) noch offen stand,¹⁸⁾ was gleichfalls aus dem öffentlichen Buche ersichtlich ist. Mithin erscheint auch nach dieser Richtung hin die Anfechtung durch die bürgerliche Ersichtlichkeit bedingt, und der redliche Cessionsverkehr durch das Vertrauen auf die öffentlichen Bücher allseitig ge-

Ersterer einer Hypothekarforderung dem Cessionar, dessen mala fides nicht erwiesen war, weichen mußte, weil die Anmerkung der Versteigerung im Zeitpunkt der späteren Cession nicht vorhanden war.

16) Vgl. oben S. 109. — Ueber Einwendungen aus dem Inhalt der über die cedirte Forderung errichteten Urkunde, s. noch unter Z. 4.

17) S. Note 10.

18) Dießfalls (wenn also zur Zeit der Cession der die Hypothek ursprünglich begründende Eintrag noch nicht rechtskräftig geworden ist) bleibt dem durch jenen Begründungseintrag angeblich in seinem bürgerlichen Rechte verletzten Eigenthümer (Cessus) innerhalb des noch übrigen Restes der Rekursfrist das Recht zur Einbringung der Streitannmerkung und Lösungsklage; also auch zur einredeweisen Anfechtung innerhalb derselben Frist, die ihm zur Klage offen steht. — Niemals aber kann er, wenn die Frist zur Protestirung und Bestreitung des die Hypothek begründenden Eintrags verstrichen ist, den dieselbe übertragenden Eintrag deshalb bestreiten, weil derselbe als Uebertragung eines materiell nicht bestehenden Rechtes ungiltig sei: denn das Gesetz (§ 61) gewährt das Bestreitungsrecht nur Dem, „der durch eine Einverleibung in seinem bürgerlichen Rechte verletzt erscheint“ innerhalb der Frist zum Rekurs gegen den ihn so verletzenden Bescheid, — aber unser Cessus war durch die Einverleibung des Pfandrechts in seinem Eigenthum verletzt, nicht durch die Einverleibung der Cession, die seiner bürgerlichen Belastung nichts hinzuffügt. Er kann darum auch aus dem Unterbleiben der ihm gebührenden (G. B. G. § 123) Verständigung von der Cession kein Anfechtungsrecht herleiten (§ 125).

schützt.¹⁹⁾ Ausnahmsweise jedoch haben die in Rede stehenden Ein-

19) Mit Recht ist von Randa, G. Z. 1876 Nr. 94 der Unterschied bemerkt worden, daß „wo das ursprünglich gültige Rechtsverhältniß erst durch nachträgliche Thatfachen erloschen ist“ eine Streitannmerkung (in der Regel: G. B. G. § 69, 70) nicht stattfindet, hingegen „wenn das verbücherte Rechtsverhältniß von Haus aus ungiltig war“ eine solche innerhalb der Rekursfrist möglich ist; daß also der redliche bürgerliche Cessionar im erstern Falle immer sofort, im letztern Falle aber nur dann das Recht unanfechtbar erwirbt, wenn zur Zeit der Cession (die Rekursfrist abgelaufen und) keine Streitannmerkung vorhanden war. Indessen erweist sich diese Differenz doch als eine bloß äußerliche, wenn man bedenkt, daß in den Fällen der ersten Kategorie durch das Rechtsmittel der Lösungsformerkung dieselbe schützende Wirkung hervorgebracht wird, wie in den Fällen der zweiten durch die Streitannmerkung, daß also in beiden Fällen der Cessionar nur dann ein sofort unanfechtbares Recht erwirbt, wenn er zur Zeit seiner Eintragung eine die Anfechtung während bürgerliche Insription nicht vorfindet. — Will ich mich dagegen schützen, daß eine auf meinem Grundstück materiell ungiltig haftende Hypothek durch Uebergang in die Hand eines redlichen Cessionars mir gefährlich werde, so stellt mir das öfr. Recht zwei Mittel zur Verfügung (vgl. oben § 15, Note 10): a) die Pränotation der Lösung, G. B. G. § 50, anwendbar, wenn die Hypothek von Haus aus gültig eingetragen, nachher aber materiell erloschen war, und ich die Erlösungsthatfache urkundlich becheinigen kann; ausnahmsweise für den besonderen Fall des Untergangs durch Verjährung (weil hier eine schriftliche Urkunde über den Erlösungsakt der Natur der Sache nach nicht erbracht werden kann) die Streitannmerkung nach § 69 G. B. G. Beide erreichen ihren Zweck, wenn sie vor Ueberreichung des Gesuches um Verblüderung der Cession nachgesucht sind. b) Die Streitannmerkung, G. B. G. § 61 fg., anwendbar, wenn die fragliche Hypothek schon ursprünglich materiell ungiltig war; sie erreicht genau denselben Zweck, wenn sie bis spätestens zu demselben Zeitpunkte angesucht wurde (sei es auch nach Ablauf der Rekursfrist, s. oben § 53, Note 18). Also, wenn wir von dem wenig praktischen Inhalt (vgl. Fuchs, Jur. Bl. 1879, Nr. 18) des prinziplos angefaßten § 64 G. B. G. absehen, stellt sich die Sache so: Der redliche Cessionar wird nach seinem durch rechtskräftigen Bescheid intabulirten Auktor nur dann, aber auch immer dann mit voller Sicherheit erwerben, wenn im Zeitpunkt seiner Eintragung keine dem cedirten Recht präjudizirende bürgerliche Einschreibung vorliegt. Andernfalls bleibt der durch die vorgefundene Einschreibung, — mag sie eine Lösungsformerkung sein, oder eine Streitannmerkung, — gewährte Anfechtungsanspruch gegen ihn wirksam; wobei es gleichgiltig ist, ob dieser Anspruch als Einrede (gegen seine Hypothekarklage) oder als Lösungsklage erhoben wird, und letzternfalls, ob die Lösungsklage sich auf ursprüngliche Ungiltigkeit und Streitannmerkung stützt, oder auf nachträgliche Endigung und Lösungsformerkung (als flagweise Inoffizirung der letzteren).

Allerdings besteht zwischen jenen beiden bürgerlichen Vorkehrungen zur Abwendung der Publizitätsgefahr ein nicht bloß nomineller Unterschied, da die Pränotation eine schriftliche Bescheinigung erfordert, die Streitannmerkung aber ohne

wendungen (nach der singulären Vorschrift des § 64 G. B. G. 20) — innerhalb 3 Jahren nach dem die cedirte Hypothek begründenden Eintrag — dennoch Statt, wenn der Beklagte beweisen kann, 21) daß er von der Bewilligung jener, ihn in seinem bürgerlichen Rechte verletzenden, Einverleibung des Pfandrechtes nicht vorschriftsmäßig 22) verständigt worden sei.

4) Worin immer die materielle Unrechtmäßigkeit der eingeklagten Hypothek ihren Grund habe, so kann dieselbe dem Cessionar dann stets wirksam entgegengestellt werden, wenn der Beklagte den Beweis führt, daß Kläger die Hypothek nicht redlich erworben habe, d. h. daß er im Zeitpunkt seines bürgerlichen Cessionsaktes den jetzt in Rede stehenden Ungültigkeitsgrund gekannt habe, oder hätte kennen müssen. 23)

Belege bewilligt wird. Aber das betrifft nur die formellen Voraussetzungen; sieht man hingegen auf die materiellen Wirkungen jener beiden Rechtsmittel, worin doch der Kern der Sache liegt, so wird man kaum sagen können, daß hinsichtlich der Anwendung des Publizitätsprinzips auf die erwähnten zwei Kategorien von Fällen nach unserem Gesetz eine „wesentlich verschiedene Behandlung“ Platz greife (Randa, *Das.* S. 374), wofür in der That, wie auch Randa anzuerkennen scheint, kein innerer Grund ersichtlich wäre. — Vgl. den Fall der Entsch. v. 4. Dez. 1877 (GUW. 6681), wo beide Untergerichte die Anfechtungsklage gegen den Cessionar bei erwiesener ursprünglicher Ungültigkeit des Pfandrechtes unter Berufung auf § 469 a. b. G. B. abwiesen, und der ob. Ghf. (sachlich völlig richtig) die Revisionsbeschwerde verwarf, welche geltend machte, daß der § 469 voraussetze, die Forderung, für welche das Pfandrecht erworben worden ist, müsse seinerzeit zu Recht bestanden haben.

20) Vgl. oben S. 105. Immer noch wird von der Praxis zuweilen verkannt (GUW. 5377 in den Motiven), daß jetzt die Norm des § 64 G. B. G. an die Stelle der §§ 1467, 1469 a. b. G. B. getreten ist; s. oben § 11 Note 20.

21) Ueber die Mittel und Schwierigkeiten dieses Beweises, welcher dem Anfechtenden obliegt (§ 125 G. B. G.) und die ganze Singularität des § 64 G. B. G. „nahezu illusorisch“ macht, s. Fuchs a. a. D. Gegen die (allerdings nur de lege ferenda) dajelbst beklagte „mildere Auffassung“ der Beweislast spricht schon ihre Tendenz, den Inhalt des § 64 cit. praktischer zu machen, was er nicht verdient (vgl. oben S. 106, N. 13); überdies ist es nicht ausgemacht, daß die „vorschriftsmäßige Verständigung des Klägers“ (§ 64) auf die Beobachtung der Zustellungsvorschriften gedeutet werden muß, es kann der Sinn auch sein: Unterbleiben der Verständigung, wo dieselbe vorschriftsmäßig (nach § 123) hätte stattfinden müssen, was sachlich gewiß das entsprechendere ist.

22) Dies umfaßt also auch den Nachweis (vgl. N. 21), daß er (oder sein Erblasser) zur Zeit jenes Eintrags zu denjenigen Personen gehört habe, welche nach § 123 G. B. G. ein Recht auf die Zustellung jenes Bescheides hatten.

23) Ueber den Begriff des unrechlichen Tabularerwerbes (insbes. auch im Falle

An diesen jedem Tabularerwerb gegenüber giltigen Grundsatz schließt sich für den Cessionsverkehr insbesondere die Frage: ob der Cessionar auch solche Einwendungen sich gefallen lassen muß, die ihm weder speziell bekannt gemacht, noch im Hauptbuch ersichtlich sind, die aber auf den Inhalt der dem Pfandrechtseintrag zu Grunde liegenden Schul-Urkunde sich stützen? Wenn auch im Allgemeinen zu sagen ist, daß Dritten gegenüber der Inhalt der Urkundensammlung für den Umfang ihres bürgerlichen Erwerbs nicht maßgebend ist, 24) so darf doch bei vertragsmäßiger Cession in der Regel 25) eine grobe Fahrlässigkeit darin erblickt werden, wenn der Cessionar von dem ihm zugänglichen Inhalt der Urkunde, auf welcher das zu erwerbende Forderungsrecht beruht, keine Kenntniß nimmt. 26)

einer Vermittlung durch Stellvertreter) und über den dabei maßgebenden Zeitpunkt s. oben § 16, und jetzt auch Colberg, a. a. D. S. 9 fg., dem ich jedoch darin nicht beistimmen kann, daß auch schon ein „mäßiges Versehen“ die Redlichkeit ausschliesse. Vgl. Publizitätsprinzip S. 83 „man muß sich (bei Feststellung des Thatbestandes der mala fides) ebenso sehr davor hüten den Maßstab des strafrechtlichen Dolusbegriffes auf civilrechtliches Gebiet zu übertragen, als andererseits auch vor einer übertriebenen Schärfung des civilistischen Begriffes der Schlechtläubigkeit, wie sie nur zu leicht durch ein unabhgeklärtes Billigkeitsgefühl diktiert wird.“ Letzteres spielt mit in der Entsch. GUW. 5377.

24) Deshalb gilt das weiterhin Gesagte z. B. vom Asterhypothekar nicht: für ihn besteht die verpfändete Hypothek so, wie sie das Hauptbuch ausweist; die Urkundensammlung geht ihn nur an, wenn sich im Hauptbuch eine Vererbung auf gewisse „genau zu bezeichnende Stellen der Urkunden“ vorfindet „mit der Wirkung, daß die bezogenen Stellen als im Hauptbuche eingetragen anzusehen sind“. G. B. G. § 5.

25) Anders m. E. bei der nothwendigen Cession durch richterliche Einantwortung; denn wer auf ein fremdes Hypothekarrecht die Exekution führt und dasselbe an Zahlungsstatt zugewiesen erhält, dem wird man nicht zumuthen können sich vorher um die materielle rechtlichen Grundlagen des im Vertrauen auf das öffentliche Buch ergriffenen Befriedigungsobjectes umzutun. Auch für den Ersteher einer exekutiv feilgebotenen Satzhof dürfte das Letztere anzunehmen sein.

26) Colberg, S. 12 fg. und das dort angef. Urth. des Pr. Obertrib. Auch unser ob. Ghf. ließ die exc. non adimpleti contractus, wegen im Kaufinstrument bedingener Verpflichtungen, gegen den Cessionar des Verkäufers zu, GUW. 421. S. auch GUW. 3070, in welchem Urtheil wohl zu streng angenommen wurde, daß Cessionar „die Zweifelhaftigkeit des Bestandes der cedirten Forderung . . . aus dem öffentlichen Buch und den demselben einliegenden Urkunden bei geringer Aufmerksamkeit entnehmen konnte“. Bei Culpa-Fragen überhaupt ist ja Vieles quaestio facti; doch aber bleibt es ein gründlicher Unterschied, ob der freiwillige Uebernehmer einer Kaufschillingforderung die Kaufurkunde einzusehen ver-

Gegen die wegen seines unredlichen Erwerbs dem Cessionar entgegenstehenden Einwendungen schützt ihn die Berufung auf den redlichen Erwerb seines Cedenten nicht; denn dieser konnte auf ihn zwar das ipso jure bestehende Hypothekarrecht übertragen, nicht aber die Redlichkeit, durch welche nach den Grundsätzen des österreichischen Tabularrechts (oben S. 107) aller Schutz des bürgerlichen Erwerbs gegenüber materiellen Gebrechen bedingt ist.²⁷⁾

räumt, oder der Käufer einer ehemals zu einer Verlassenschaft gehörigen Darlehensforderung die Einsicht des Testaments und der Abhandlungsakten. Zeitender Gedanke muß immer bleiben, daß „es sehr traurig um das Institut der öffentlichen Bücher bestellt sein (würde), wenn man den Cessionar verpflichten wollte, stets die Urkundenammlung und die Registraturen der verschiedenen Behörden einzusehen“. *GUW.* VI, S. 374.

27) Auf preussischem Rechtsgebiet haben sich gegen diese (schon oben § 16 Nr. 27 vertretene) Ansicht außer den dort Angef. noch erklärt Dernburg, *Pr. Prt.* I, § 202, Nr. 13 und Colberg, S. 18; dafür aber das preuß. Obertribunal (s. das Urtheil bei Colberg, S. 16) und Koch in *Gruchot's Beitr.* IV, S. 358 fg. — Für das österreichische Recht kann die Sache kaum zweifelhaft sein. Man wendet zwar ein, die Spitze unserer Ansicht treffe den redlichen Hypothekar, indem er an der Weitercession seines Rechtes behindert werde, wenn der Belastete den künftigen Cessionar rechtzeitig warnt, oder gar den Sachverhalt durch die Zeitungen veröffentlicht (Strohhal, *Jen. St. Ztg.* 1877, S. 169). Aber was beweist dies? daß der redliche Inhaber einer materiell ungiltigen Satzpost wirthschaftlich ungünstiger steht (indem er faktisch schwerer einen Abnehmer dafür finden mag), als der Inhaber einer giltigen, — was doch an sich weder unbillig noch widersinnig ist. Genug daß beide, kraft des Publizitätsprinzips, juristisch sich völlig gleichstehen, da auch jenem die rechtliche Möglichkeit zur Ausübung sowie Uebertragung der Hypothek gewährleistet ist, ihm also aus der materiellen Ungiltigkeit kein Rechtsnachtheil (namentlich auch keine Regresspflicht, wenn er an einen Unredlichen cedirt hat und dieser darum nicht durchbringt) erwächst. Mehr will und kann das Publizitätsprinzip nicht leisten, insofern es, wie bei uns, darin seinen Inhalt und seine Schranke hat: die Rechtsbefähigkeit des redlichen Tabularerwerbs zu garantiren. Die hier bekämpfte Meinung will den unredlichen Erwerb des zweiten Cessionars schützen, um dem redlichen Ersten, nicht etwa die Rechtsbefähigkeit des seitigen zu erhalten, die außer Frage bleibt, sondern um ihm den Weiterverkehr mit dem materiell ungiltigen Rechte faktisch zu erleichtern. Deshalb soll Jemand, der um die Fälschung der intabulirten Urkunde gewußt, oder der Zahlung der ungelöscht gebliebenen Schuld als Zeuge beigewohnt hat, nachher dennoch dieselbe Hypothek aus dritter Hand unanfechtbar erwerben und gegen den betrogenen Eigenthümer wirksam einklagen können. Wo ist dafür der gesetzliche Anhaltspunkt? §§ 468, 527, 1443, 1500, a. b. Gb., schützen ausdrücklich nur den redlichen Erwerb, und § 63 G. B. G. gestattet ohne Ausnahme die Anfechtung einer materiell ungiltigen Einverleibung „gegen dritte Personen, . . . wenn sie sich hinsichtlich der Gültigkeit der-

§ 55.

Fortsetzung.

Wenn auch durch das bisher Ausgeführte die Vertheidigungsstellung des Cessus für alle Möglichkeiten bestimmt ist, erscheint es doch nicht überflüssig die häufigsten und darum praktisch wichtigsten Einwendungen gegen die Hypothekarlage des Cessionars hier noch besonders hervorzuheben; dabei kann auf Einzelnes näher eingegangen und die Praxis berücksichtigt werden, soweit sie in oberstrichterlichen Urtheilen neuerer Zeit vorliegt.

a) Einrede der Nichtigkeit (der Pfandschuld).

War die Hypothek rechtskräftig einverleibt für eine durch Fiktion, Simulation, Fälschung des Schuldscheines, antizipirtes Empfangsbekennniß¹⁾ u. s. w. hervorgerufene Scheinforderung, so kann das der Hypothekarbeflagte,²⁾ dem Obigen zufolge, nur bei nachgewiesener Unredlichkeit des klägerischen Erwerbes, oder beim Vorhandensein einer rechtzeitig angebrachten Streitannmerkung, der Klage wirksam entgegenstellen, (wobei sich übrigens von selbst versteht, daß er vor Allem gegen den formrichtigen Buchstand die materielle Ungiltigkeit desselben nachzuweisen hat; s. oben S. 115). Dieser wichtige Folgesatz des Publizitätsprinzips ist erst seit der Geltung des a. G. B. G. außer Zweifel,³⁾ und seither in mehreren oberstrichterlichen Urtheilen aner-

selben nicht im guten Glauben befunden haben.“ *Kopecky*, a. a. D. S. 254, 263, *Füger*, S. 106 (vgl. auch *Pratobevera*, *Mat.* VIII, S. 347), welche die Cessionwirkungen unter dem Publizitätsprinzip ex professo behandeln, wollen nur den gutgläubigen Cessionar geschützt wissen und erwähnen keiner abweichenden Ansicht, noch Ausnahme. Ebenso das oberstrichterl. Urth. bei *GUW.* 618, *Motive* II, S. 144. Ich sehe also für jene in Oesterreich angebl. „herrschende Lehre“ weder Gewährsmänner noch Gründe.

1) Ueber die *exceptio non numeratae pecuniae* (s. bes. *Gömmel*, I, S. 402 fg.) gilt nach östr. Rt. nichts Besonderes.

2) Wenn er Drittbefitzer ist jedoch nur unter Beistand des (angeblichen) Personalschuldners, s. oben S. 256.

3) Der Zeit vorher gehört an die *Entsch.* bei *GUW.* 3803 (v. 1. Juni 1870), welche die *exceptio falsi* (bez. Fälschungsklage) dem redlichen Cessionar gegenüber zuläßt; auch das am 29. Mai 1874 ergangene Urth. gleichen Inhaltes bei *GUW.* 5377 muß sich auf einen vor dem G. B. G. liegenden Thatbestand beziehen, da es sonst nach § 63 G. B. G. entgegengesetzt hätte ausfallen müssen. Uebrigens sind diese Entscheidungen wohl auch nach dem älteren Recht kaum richtig (a. W. hierin *Krainz*, S. 3. 1869, Nr. 16, *Randa*, S. 3. 1871 Nr. 39 fg.) und mit an-

kannt durch Verwerfung der *exceptio non numeratae pecuniae*,⁴⁾ der *exceptio simulationis*,⁵⁾ und anderer gleichartiger Einwendungen⁶⁾ gegen den der Unredlichkeit nicht überwiesenen Cessionar.

b) Einrede der Zahlung.

Wegen der klaren Vorschrift des § 469 a. b. G. B. war es schon vor dem allgemeinen Grundbuchsgesetz herrschende Lehre und Praxis, daß aus der Zahlung der Pfandforderung an den Cedenten (oder seinen Rechtsvorgänger) keine Einrede gegen die Hypothekarklage des redlichen Cessionars hergenommen werden kann. Gegenüber abweichenden Entscheidungen mancher Untergerichte (gestützt auf § 1394 a. b. G. B.) hat der oberste Gerichtshof diesen Satz regelmäßig zur Geltung gebracht, mit der richtigen Einschränkung, daß derselbe nur gegenüber der Hypothekarklage anwendbar sei; hingegen insofern der Beklagte „als Personalschuldner belangt wird, kann er dem Kläger die vor der Ab-

bern im Widerspruch (s. oben § 13, Note 1), wie denn die innere Unsticherheit in der schwachen Motivierung sich verräth. (Z. B. zu dem letztgenannten Urtheil: „... so hat die Cessionarin den durch die Ungültigkeitserklärung erlittenen Schaden nur dem eigenen Mangel der nöthigen Aufmerksamkeit zuzuschreiben, indem sie mit bedenkllicher Hast eine kurz vorher entstandene Forderung sich übertragen ließ, ohne über den anspruchten Bestand derselben bei dem Verpflichteten Erkundigung einzuholen.“ Hieraus konnte und wollte die Unredlichkeit des Erwerbes nicht gefolgert werden, aber was sonst?)

4) O. U. W. 2993 (schon vor dem G. B. G.: Entsch. vom 12. Febr. 1868, Z. 496) motivirt aus a. b. G. B. § 443.

5) O. U. W. 5955 (vom 28. Dez. 1875, Z. 5145); der Eigentümer erbot sich zum Beweis, daß die Pfandforderung auf einem Scheingeschäfte beruhe; beide Untergerichte verwarfen dies wegen Erstigung nach § 1469 a. b. G. B. (!), der ob. G. B. unter der richtigen Begründung (G. B. G. § 63 und Mangel des Nachweises von mala fides). Daß vorliegenden Falles die Bestreitung nicht im Wege der Einrede, sondern der Lösungsklage, und nicht gegen einen Cessionar, sondern einen Pfandhypothekar erhoben wurde, berührt die Rechtsfrage nicht.

6) O. U. W. 6681. Entsch. v. 4. Dez. 1877, Z. 6318. Dem Cessionar gegenüber wurde in allen Instanzen die Unanfechtbarkeit des exekutiven Pfandrechts für eine niemals zu Recht bestandene Forderung festgehalten (die Einverleibung war erfolgt für eine unter der Bedingung der Nichtablegung eines dem Beklagten aufgetragenen Haupteides urtheilmäßig anerkannte Forderung, nachdem die Eidesfrist verstrichen war; nach erlangter Wiedereinsetzung wurde jedoch später der Eid geleistet, und somit war die ursprüngliche Nichtexistenz der Forderung *res judicata*. Die Berufung beider Untergerichte auf § 469 a. b. G. B. ist darum nicht zutreffend, aber die Entscheidung richtig). Ganz vergriffen hingegen erscheint das Urth. vom 10. März 1880, O. Z. 1880 Nr. 52, welches die Einrede der nicht

tretung dem Cedenten geleistete Zahlung entgegensetzen.“⁷⁾ Die *causa cessionis* ist dabei gleichgiltig,⁸⁾ und insbesondere ob die Cession eine freiwillige oder exekutive war, macht keinen Unterschied.⁹⁾ — Was von der Zahlung gilt, ist auch Rechtens bei jedem (entgeltlichen oder schenkungsweisen) Schulderlaß.¹⁰⁾

c) Kompensationseinrede.

Man muß unterscheiden zwischen der Einrede, durch welche eine bereits vollzogene Kompensation gegen die Hypothekarklage vorgeschützt wird (z. B. eine zwischen dem Schuldner und einem Rechtsvorgänger des Klägers gepflogene Abrechnung, oder zwischen denselben Personen in einem früheren Prozeß durchgeführte gerichtliche Kompensation), und derjenigen Einrede, durch welche erst das Kompensationsbegehren gestellt, also die Schuldauflösung durch Vermittlung des richterlichen Urtheils¹¹⁾ in Anspruch genommen wird.

Für die erstere gilt, was oben von der Zahlungseinrede gesagt ist; hier beruft sich Beklagter auf ein in der Vergangenheit liegendes

zugezählten Valuta dem bürgerlichen Cessionar gegenüber zuläßt, „da das G. B. G. an den Grundsätzen des a. b. G. B. über den Darlehnsvertrag und über die Erwerbung des Pfandrechts nichts geändert habe;“ nur die zweite Instanz hatte (mit ausführlicher und richtiger Begründung aus § 61—63 G. B. G.) die Einrede verworfen.

7) O. U. W. 1782; ebenso mit der gleichen Einschränkung das. Nr. 2021; ferner Nr. 618, 1395 und (gegenüber dem Pfandgläubiger) Nr. 3288. Wichtig auch die Entsch. das. Nr. 3557, in welcher ausdrücklich anerkannt wurde, daß die einverständliche Uebertragung des ungelöscht gebliebenen Pfandrechts von der getilgten Schuld auf eine andere zulässig (vgl. auch oben S. 255 bei Note 17), und daher aus diesem Vorgang auch gegen den darum wissenden Cessionar kein Anfechtungsrecht abzuleiten sei.

8) O. U. W. 4880 (Prenarentsch.: Zurückweisung der Einrede der Zahlung gegen die Hypothekarklage aus schenkungsweiser Cession); anders aber wieder die Entsch. vom 29. Mai 1878, O. Z. 1879, Nr. 70, s. dazu oben § 10, Note 2.

9) Demgemäß ist die Einrede verworfen in O. U. W. 611 und 1778; wogegen das. Nr. 4430 (wider beide Untergerichte) die entgegengesetzte Entscheidung getroffen ist: „die Beweislast der Quittung muß der Kläger gegen sich gelten lassen, weil er durch die exekut. Einantwortung dieser Forderung an die Stelle des Gläubigers getreten ist.“ (Dasselbe könnte von jedem Cessionar gesagt werden! Uebrigens nimmt das Urtheil auch die bürgerliche Erstfälligkeit der Schuldtilgung an, weil das fragliche Hypothekarrecht als ein simultanes apparirte, und die andere Zweighypothek zahlungshalber gelöscht war; auch letzteres ist verfehlt.)

10) O. U. W. 1109 (einfacher Erlaß), 4880 („Verrechnung“).

11) Vgl. Eifelle, die Kompensation (1876) S. 381.

schuldtilgendes Faktum, welches der Zahlung rechtlich gleichsteht. (a. b. O. B. § 1438), und dessen peremptorische Kraft dem Cessionar gegenüber an dieselben Voraussetzungen gebunden ist.¹²⁾ — Im folgenden ist allein von der Kompensationseinrede in jenem anderen Sinn die Rede. Diese aber steht dem Hypothekarbeflagten nur zu, wenn sowohl die allgemeinen civilrechtlichen Voraussetzungen des Kompensationsrechtes vorliegen,¹³⁾ als auch die besonderen Bedingungen seiner wirksamen Ausübung gegen grundbücherlich versicherte Forderungen.

1) In ersterer Beziehung ist namentlich daran zu erinnern, daß die Gegenseitigkeit der zu kompensirenden Forderungen Grundvoraussetzung des Kompensationsrechtes ist, mithin kein Gläubiger sich die Aufrechnung mit einer Forderung eines Dritten von seinem Schuldner gefallen zu lassen braucht (§ 1441 a. b. O. B.), ebensowenig aber auch von einem Dritten (der nicht sein Schuldner ist) die Aufrechnung mit einer diesem gegen ihn zustehenden Forderung (§ 1438 a. b. O. B.). Letzteres ist der Fall bei dem mit Hypothekarflagge belangten Drittbefitzer des Pfandgutes: er ist nicht Schuldner des Klägers, kann also, auch wenn er dessen Gläubiger ist, gegen die Hypothekarflagge nicht kompensiren. Denn jener macht nur sein dingliches Recht geltend, welches allerdings auf der Pfandforderung ruht und mit deren Tilgung hinfällig wird;¹⁴⁾ aber wenn er die Tilgung durch Zahlung seitens Dritter (hier des dinglich Beflagten) hinnehmen muß,¹⁵⁾ so gilt das keineswegs auch für die Tilgung durch Kompensation.¹⁶⁾

12) Also Ersichtlichkeit der durchgeführten Kompensation im Grundbuch, oder mala fides des letzten Erwerbers. (O. B. 4880.) Auf unseren Fall bezieht sich die besondere Norm des § 1442 a. b. O. B. nicht: auch die von einem Zwischenhaber der Forderung mit dem Schuldner gepflogene Abrechnung kann — wie eine zwischen denselben Personen erfolgte Theilzahlung — dem letzten Cessionar wirksam entgegengehalten werden, wenn derselbe zur Zeit der Cession um den Sachverhalt gewußt hatte. Ferner versteht sich, daß diese Kompensationseinrede auch dem Drittbefitzer des Pfandgutes zusteht, unter denselben Bedingungen wie die Zahlungseinrede.

13) A. b. O. B. §§ 1438—1441.

14) Vgl. oben § 2.

15) § 1422 a. b. O. B.; vgl. darüber noch unten § 79.

16) Das ist ein an sich unbezweifeltes Satz des Kompensationsrechtes (§ 1438 a. b. O. B. verb. „Wenn Forderungen gegenseitig zusammen treffen...“); die Anwendung auf unsern Fall kann nur von Jenen bestritten werden, welche die oben (§ 34) schon von uns bekämpfte Ansicht theilen, daß der sog. „Hypothekar-

Nur der geklagte Personalschuldner also, nicht auch der Drittbefitzer, kann mit eigenen Gegenforderungen einredeweise gegen die Hypothekarflagge auftreten;¹⁷⁾ hingegen steht es dem Beflagten frei sich die Kompensationseinrede des Personalschuldners, wenn eine solche nach Lage der Umstände für diesen wirksam begründet wäre, dadurch zu beschaffen, daß er denselben als Streitgenossen dem Prozesse beizieht.¹⁸⁾

Hervorzuheben ist auch die für bücherliche wie außerbücherliche Cessionen geltende Norm des östreichischen Rechts, wonach der Cessus niemals eine Forderung zur Kompensation bringen kann, die ihm erst nach dem Zeitpunkt der Cession gegen den Cedenten erwachsen ist,¹⁹⁾ sowie daß er, im Falle einer Folge von Cessionen, gegen den letzten Cessionar nur seine Forderungen gegen diesen und jene gegen den ersten

schuldner“ nach östr. Rt. ein wahrer Schuldner, daß er verpflichtet sei, nicht blos der Pfandexekution gegen seine Sache freien Lauf zu lassen, sondern die Pfandschuld zu zahlen. (Dafür aus theoretischen Erwägungen neuerlich S o h n, in Grünhuts Ztschr. V, S. 25 fg. im Widerspruch gegen fast sämtliche das. Note 31 angeführte neuere deutsche Partikularrechtslehrer; die ältere Abhandlung von S c h u s t e r „Ist der Uebernehmer eines verpfändeten Grundstückes dem Hypothekargläubigern persönlich, folglich mit seinem Vermögen, verpflichtet“, Wien 1830, trifft nicht unsere Frage; sie versucht gegen jeden Uebernehmer aus verschiedenen rechtlichen Elementen des Uebernahmengeschäftes — meist in ganz verflüchteter Weise — eine über den Erlös des Pfandstückes hinausgehende Haftung abzuleiten; vgl. die Rezens. Wgn. Ztschr. 1830, III, S. 482 fg.) Aber wenn gleich unsere Praxis dem Eigenthümer des Hypothekargutes nicht selten eine „sachliche Haftung“ zuschreibt (z. B. O. B. 2993 unter Beziehung auf § 443 a. b. O. B.), so will doch damit nur jenes dingliche Pfand gemeint sein, wie es auch jeder Servitut gegenüber stattfindet, vgl. §§ 928, 443 a. b. O. B.

17) Er aber kann dies auch dann, wenn die Klage nicht (wie gewöhnlich, s. oben S. 229, 230) als Kumulation der Schuld- und Hypothekarflagge, sondern als reine Hypothekarflagge erhoben ist. Denn das Kompensationsrecht des Schuldners ist nicht davon abhängig, daß der Gläubiger seine Forderung in judicium debuzire; für die Zulassung der Einrede und die dadurch bedingte Kognition des Richters über die Kompensation genügt es, daß der Bestand und Umfang der klägerischen Forderung eine Vorfrage bildet für das Klagepetit.

18) S. oben S. 256.

19) A. b. O. B. § 1442. O. B. 4459, 828 (?). Ob es dabei auf den Moment der Abtretung oder der Denunziation ankommt, was gemeinrechtlich zweifelhaft ist, berührt das Hypothekenrecht nicht, da hier jedenfalls nur der Zeitpunkt der Cessionsverbücherung entscheidet. Vgl. Dernburg, Gesch. und Theorie der Kompensation. 2. Aufl. S. 406 fg. — Irrelevant aber ist, ob zur Zeit der Cession die Gegenforderung schon fällig gewesen sei: O. B. 857.

Inhaber des cedirten Rechts zur Aufrechnung verwenden darf, nicht aber solche Forderungen, die ihm gegen die Zwischenmänner zustehen.²⁰⁾

2) Die im Interesse der Sicherheit des Hypothekarverkehrs aufgestellten besonderen Bedingungen des Kompensationsrechtes gegen cedirte Hypothekarrechte enthält schon das a. b. G. B. § 1443:

„Gegen eine den öffentlichen Büchern einverleibte Forderung kann die Einwendung der Kompensation einem Cessionar nur dann entgegengefetzt werden, wenn die Gegenforderung ebenfalls und zwar bei der Forderung selbst eingetragen, oder dem Cessionar bei Uebernehmung der letzteren bekannt gemacht worden ist.“²¹⁾

Hiernach besteht die Eine der beiden Alternativbedingungen unserer Kompensationseinrede in dem Eingetragensein der Gegenforderung „bei der Forderung selbst“. In welcher Form ein solcher Eintrag zu denken sei,²²⁾ deutet das Gesetz nicht an. Es kann zunächst ohne Zweifel eine Löschungsvormerkung sein: wenn zu einer gegebenen Zeit der Schuldner und dormalige Bucheigentümer des Pfandobjekts eine an sich kompensable Gegenforderung mit der erforderlichen urkundlichen Bescheinigung hatte, konnte er die Vormerkung der Löschung aus dem Titel der Kompensation erwirken, und alsdann ist kein Zweifel, daß er diese Vormerkung, wie durch Klage so durch Einrede, gegen jeden später eingetragenen Cessionar justifiziren kann (G. B. G. § 50). Allein die erfolgreiche Anwendung dieses Mittels hat zur Voraussetzung die Fälligkeit beider Forderungen zur Zeit des Eintragungsbegehrens, da diese Bedingung der Kompensabilität ist,²³⁾ und daher der Löschungs-

20) A. b. G. B. § 1442, nach Pr. Rdt. I, 16 § 316.; vgl. Dernburg, a. a. D. S. 414 fg., Zeilker, Komm. IV, S. 173, Rippel, VIII, 2, S. 228.

21) Fast gleichlautend der § 53 des Anhanges zum Pr. Rdt. I, 20, § 511 (1803).

22) Im Sinne des angef. § 53 des preuß. Gesetzes ist es eine protestatio pro conservandis exceptionibus, worauf auch der Wortlaut („wenn dieser Einwand im Hypothekenbuche vermerkt... ist“) hinweist. — Rirchstetter, Komm. zu § 1438 fg. Note 6a denkt nur an eine Anmerkung der Löschungsklage, die nach dem G. B. G. unzulässig ist, und meint darum, die in Rede stehende Bestimmung des § 1443 sei jetzt unpraktisch.

23) § 1439 a. b. G. B. (Eisele; a. a. D. S. 335 fg. L. 7 pr. D. de compens. 16, 2); nur dann müßte sich der Gläubiger auch gegen seine noch laufende Forderung die Aufrechnung der fälligen Gegenforderung gefallen lassen, wenn diei adjectio pro reo wäre, was nach b. Rdt. im Zweifel nicht gilt. § 1413 a. b. G. B., Hasenöhrl, östr. Obl. Rdt. 1878, I, S. 293.

titel vor ihrem Eintritt nicht besteht.²⁴⁾ Soll also dem Pfandschuldner und Inhaber einer noch nicht fälligen, sonst aber kompensablen Gegenforderung die rechtliche Aussicht auf die Verwirklichung seines Kompensationsrechtes gegen die Gefahr einer nachfolgenden bürgerlichen Cession wirksam geschützt werden, was sicherlich im Sinne des Gesetzes liegt,²⁵⁾ so erübrigt nur die Zulassung einer im a. b. G. B. nicht vorgesehenen Anmerkung der (künftigen) Kompensation. Eine solche muß unseres Erachtens bewilligt werden, wenn der Schuldner dieselbe gegen seinen im bürgerlichen Besitz der Hypothekarforderung stehenden Gläubiger begehrt (nicht aber gegen einen Cessionar), und wenn er die Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit und Richtigkeit beider Forderungen bescheinigt.²⁶⁾ Sie wahrt dem Schuldner das Kompensationsrecht (gegen die singuläre Norm des § 1442 a: b. G. B.) auch dann, wenn in Folge vorhergegangener und nachfolgender Cessionen derjenige, gegen welchen sie eingetragen wurde, sich späterhin als ein „Zwischeneinhaber“ der Forderung darstellt.²⁷⁾ — Außer dem soeben besprochenen Fall der bürgerlichen Ersichtlichkeit der Kompensationseinrede kann dieselbe dem Cessionar auch dann entgegengestellt werden, wenn die Gegenforderung ihm (spätestens) bei der Cession „bekannt gemacht worden ist“. Gewiß ist hierunter nicht ein ausdrücklicher, vom Cedenten oder Cessus abzugebender besonderer Erklärungsakt an den Cessionar zu verstehen, sondern es genügt, daß der Letztere zur Zeit der Cession sich in Kenntniß jener Umstände befunden habe, welche es ihm rechtlich unmöglich machen nachträglich bei Zurückweisung der Kompensations-

24) Die Vormerkung der Löschung setzt ebenso einen präsenten Titel zur Löschung voraus, wie die Vormerkung der Pfandrechtsbegründung einen präsenten Entstehungstitel; s. darüber noch unten § 85.

25) Durch die in § 1443 cit. vorgesehene Eintragung soll eben der Schuldner der Nothwendigkeit überhoben werden jeweils den Cessionar aufzusuchen und ihm seine Gegenforderung „bekannt zu machen“, insbes. aber soll ihm für den Fall geholfen werden, da er von der Cession gar keine vorgängige Kenntniß erhielt. Vgl. auch oben Note 21, 22.

26) Im Wesentlichen ebenso schon Winwartter, bürgerl. Rdt. V, S. 122, welchem Stubenrauch beiträgt.

27) Das ergibt sich aus der absoluten Wirkung des Inhaltes bürgerlicher Einträge (vgl. oben S. 160) überhaupt, und wird für unsern Fall insbes. schon von den älteren östr. Schriftstellern anerkannt; s. Wagner, die Kompensation im östr. Civilproz. 1817, S. 53, Rippel und Stubenrauch zu § 1443.

einrede auf sein Vertrauen zum öffentlichen Buch sich zu berufen.²⁸⁾ Eine andere Frage aber ist es, ob hierfür die bloße Wissenschaft von dem Bestande einer Forderung des Cessus gegen den Cedenten genügt, ohne die Kenntniß davon, daß Cessus dieselbe im Wege der Aufrechnung gegen die cedirte Hypothekarforderung zur Tilgung zu bringen gewillt sei. Hierin möchten wir die strengere Ansicht billigen.²⁹⁾ Einerseits mit Rücksicht auf die Hemmung des Cessionsverkehrs, welche daraus entspringe, wenn der Cessionar jedesmal eine genauere Erforschung des Sachverhaltes vornehmen müßte, sobald ihm nur überhaupt bekannt ist, daß obligatorische Beziehungen zwischen Cedent und Cessus zu Gunsten des letzteren bestehen, auch wenn weder die Kompensabilität noch die Absicht der Kompensation deutlich vorliegt (zumal da der Gedanke an die Möglichkeit einer Kompensation im Hypothekarverkehr den Parteien in der Regel ferne steht)³⁰⁾. Andererseits scheint auch der Gedanke des Gesetzes (§ 1443) der zu sein, daß dem Cessionar die fragliche Forderung des Cessus eben als „Gegenforderung“, d. h. als Kompensationsobjekt, „bei der Uebernehmung bekannt gemacht“ sei, daß er also einen bestimmten Hinweis auf die Eventualität der Kompensation erhalten habe; ³¹⁾ ein solcher liegt aber nicht schon in dem bloßen Wissen von einer Forderung des Cessus.

28) Vgl. die Textirung in a. b. G. B. §§ 468, 527, 1395, 1396, und Fügler, S. 92.

29) Uebereinstimmend mit der bei Dernburg, a. a. D. S. 418 angeführten Rechtsauffassung des preuß. Obertribunals, welches annimmt, „das Gesetz (oben Note 21) setze einen schon erhobenen Einwand der Kompensation, oder doch die erklärte Absicht des Cessus auf die Hypothekarforderung kompensiren zu wollen voraus“.

30) Das Kompensationsrecht hat sich erfahrungsmäßig nur wenig ins Volksbewußtsein eingelebt; während jeder vorsichtige Forderungskäufer den aufrechten Bestand der Waare in Rücksicht auf Verjährung und Zahlung genau zu prüfen pflegt, bleibt die Kompensation in der Regel außer dem Gesichtskreis. Ich kann darum Dernburg a. a. D. nicht beistimmen, welcher annimmt: „wer aber die Existenz von Forderungen des Cessus an den Cedenten kennt, hat hierdurch genügende Veranlassung den Cessus zur Erklärung über den Gebrauch der Kompensationseinrede zu bestimmen.“

31) Das muß nicht nothwendig durch eine Erklärung des Cedenten oder Cessus geschehen sein (es genügt z. B. die verlässliche Kunde aus dritter Hand, wonach der Schuldner einer früheren Zahlungsaufforderung des Cedenten gegenüber sich auf eine bestimmte Gegenforderung berufen habe); aber allerdings erscheint es bei unserer Ansicht als das Normale, daß der Cessus ausdrücklich sein Kompensations-

d) Einrede der Verjährung.

Die Geltendmachung der Verjährung gegenüber dem hypothekarischen Anspruch des Cessionars. — mag es sich nun um die Verjährung der Pfandschuld, oder der Pfandklage³²⁾ handeln — unterliegt den Bedingungen des Publizitätsprinzips nach § 1500 a. b. G. B.: „Das aus der . . . Verjährung erworbene Recht kann aber demjenigen, welcher im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher noch vor der Einverleibung desselben eine Sache oder ein Recht an sich gebracht hat, zu keinem Nachtheil gereichen.“³³⁾

Hiernach schadet die zur Zeit der Cessionsverbücherung abgelaufene Verjährung dem Cessionar ebensowenig als die Zahlung, vorausgesetzt daß die seinen Anspruch materiell aufhebende Thatsache ihm weder aus dem öffentlichen Buch selbst (s. unten), noch sonst bekannt war oder bekannt sein mußte. Aus welchem Rechtsgrund die Cession erfolgt war, ist dabei gleichgiltig,³⁴⁾ daß hingegen die erbrechtliche Uebertragung des Hypothekarrechts hierin der Cession nicht gleichsteht, folgt aus oben schon dargelegten Grundsätzen.³⁵⁾

Die Einrede der Schuldverjährung insbesondere ist also unter den angegebenen Voraussetzungen gegen das Hypothekarrecht des Cessionars wirkungslos, sie ist es aber nicht gegen sein Forderungsrecht als solches, das keineswegs unter dem Schutze des Publizitätsprinzips steht; daher kann ihm vorliegendenfalls auch gegenüber dem geklagten Personalschuldner nie mehr zugesprochen werden, als eben sein Pfandrecht abwirft, nämlich die Befriedigung „nach Zulänglichkeit der Hypothek“. Andererseits kann die in concreto zulässige Einwendung der Verjährung der Hypo-

recht durch Einspruch wahr, — sei es durch privaten Einspruch gegenüber dem einzelnen Cessionar, sei es im Wege des öffentlichen Buches gegen Jedermann.

32) Ueber diesen Unterschied s. oben S. 254, 261.

33) Erläutert durch das Hofbetr. v. 27. März 1846, J. G. S. 951 (bei Michel Nr. 1447), durch welches auch die unten zu erwähnende Streitanmerkung eingeführt wurde. Dem Inhalt nach übereinstimmend: G. B. G. § 71.

34) Auch der Cessionar titulo lucrativo genießt die Vortheile des Publizitätsprinzips in dem vorliegenden Punkte nicht minder als sonst überall (vgl. oben § 10, Note 2); unrichtig hierüber Unger, Syst. II, § 122 Note 42, gegen die dort angeführten älteren östr. Schriftsteller.

35) Oben S. 100 u. S. 375 Note 1; speziell für den vorliegenden Fall anerkannt in O. U. 843.

thekarfrage das Schuldverhältniß selbst nicht berühren, wenn dieses nicht mit verjährt ist.³⁶⁾

Der gute Glaube des Cessionars, durch welchen seine geschützte Rechtsstellung bedingt ist, wird nicht dadurch allein schon ausgeschlossen, daß sein Hypothekarrecht als ein seit mehr als 30 Jahren bestehendes im Grundbuch erscheint; denn der Zeitablauf allein bewirkt die Verjährung nicht, sondern das den Zeitraum erfüllende „Stillschweigen“ des Berechtigten,³⁷⁾ aber „daß dieses letztere Erforderniß eingetreten sei, ist aus dem öffentlichen Buche keineswegs zu ersehen.“³⁸⁾ Will also der Eigentümer des Hypothekargutes sein durch eine vollendete Verjährung erworbenes Einrederecht auch gegen künftige Cessionare wirksam erhalten, so muß er dasselbe durch eine besondere Einzeichnung im Grundbuch wahren; die Form dafür ist die Streitannmerkung, welche gleichzeitig mit der „Löschungsklage aus dem Grunde der Verjährung“, oder auch nach Erhebung derselben, begehrt werden kann, und deren Vorhandensein sodann jeden späteren bürgerlichen Erwerb des so protestirten Hypothekarrechtes dem Ausgange des angemerkten Streites unterwirft.³⁹⁾

Wenn schon die vollendete Verjährung dem gutgläubigen Cessionar nicht schadet, so kann auch die noch im Laufe begriffene ihm „zu keinem Nachtheil gereichen“. Es wäre an sich widersinnig und der Absicht des Gesetzes (§ 1500) zuwider, wollte man den am letzten Tage der Verjährungsfrist erwerbenden Cessionar nach einigen Stunden das Recht verkümmern lassen, welches er ebensoviele Stunden später unanfechtbar erworben hätte; ist ja doch das Laufen der Verjährung aus dem öffentlichen Buche ebensowenig ersichtlich, als ihr Abgelaufensein. Mitthin ergiebt sich, daß gegen den bürgerlichen Cessionar jedesmal eine neue Verjährung anfangen muß, ohne Rücksicht auf die gegen seine Rechtsvorgänger

36) Vgl. oben § 36, Note 35.

37) L. 7 pr. C. de praescr. 30 ann. 7, 39: . . . actionem hypothecariam annorum 30 finire spatiis, si non interruptum erit silentium ut lege cautum est . . . „ein so lange Zeit beobachtetes Stillschweigen“. § 1479, a. b. G. B.

38) Motive zur Entsch. OUB. 5294; s. auch das. Nr. 3725.

39) G. B. G. § 69, 71 (s. schon das in Note 33 angef. Hofdekr. und Ung. G. B. D. § 155). — Diese Streitannmerkung kann nicht schon vor Erhebung der Klage angebracht werden; daher giebt es kein Mittel, um die von einer künftigen redlichen Cession beschränkte Unterbrechung der noch nicht vollendeten Verjährung (s. unten) hintanzuhalten.

abgelaufene Zeit, daß also im Momente des Cessionsaktes eine Unterbrechung der Verjährung (a. b. G. B. § 1497) stattfindet.⁴⁰⁾

§ 56.

Kollidirende Cessionen.

Die Rechtswirkungen, welche daraus entspringen, daß eine und dieselbe hypothekarisch versicherte Forderung an verschiedene Personen ganz, oder zu kollidirenden Theilen, übertragen wird, lassen sich aus den bisher entwickelten Grundsätzen über die Wirkung der außerbürgerlichen Cession einerseits und über die Rechtskraft ihrer Verbücherung andererseits ableiten. Da es sich hier nur um die hypothekenrechtlichen Folgen der Kollision handelt, die obligatorischen Ersatzansprüche gegen ihren Urheber also außer Betracht bleiben, so kommt es auf den Rechtsgrund der kollidirenden Cessionen nicht an; dieselben mögen auf Vertrag (entgeltlichem oder unentgeltlichem), gesetzlicher Cessionspflicht, oder richterlicher Zuweisung beruhen, das macht für die hier vorliegenden Fragen keinen Unterschied. Wohl aber kommt Alles darauf an, wie die in Widerstreit befindlichen Uebertragungen zum öffentlichen Buche sich verhalten. Daher ist es zweckmäßig die hiernach sich ergebenden Fallgruppen von vornherein auseinander zu halten.

1) Kollision zwischen außerbürgerlichen Cessionen.

Hier entscheidet allein das materielle Recht. Das spätere Abtretungsgeschäft, und ebenso jedes etwa folgende, war ungiltig, da Cedent über ein Recht verfügte, das ihm nicht mehr zustand (§ 442 a. b. G. B.). Nur der erste Cessionar also hat die Hypothekarfrage,¹⁾ nur er ist materiell berechtigt Zahlung entgegenzunehmen und Löschung zu bewilligen. Aber allerdings wird sein Recht hinfällig, wenn der zweite unrechtmäßige Cessionar ihm zuvorkommt, indem er vom redlichen Schuldner die Zahlung einhebt (arg. § 1395); denn seinen außerbürgerlichen Erwerb schützt keine Glaubhaftigkeit der Bücher, und wie jedem Cessionar die redliche Zahlung des Cessus an den Cedenten,

40) Oder, was dasselbe bedeutet, es findet gegen den (bürgerlichen) Cessionar keine accessio temporis statt, wie schon Unger a. a. O. Note 42 a richtig hervorhebt.

1) Vgl. oben § 49. — Natürlich kann an sich auch der spätere Cessionar die Hypothekarfrage erheben, aber er wird abgewiesen, wenn dargethan ist, daß seine Cession keine giltige war, weil die Forderung dem Cedenten nicht mehr gehörte.

so schadet ihm auch diejenige an den (falschen) zweiten Cessionar, wenn er sich nicht durch Denunziation (§ 1396) rechtzeitig gesichert hat.²⁾

Auch dadurch kann der zweite dem ersten Cessionar zuvorkommen, daß er dem Cessus (aus irgendwelchem Rechtsgrund) Löschungs-bewilligung ertheilt und dieser sodann die Löschung erwirkt (G. B. G. § 22); damit erlischt die Hypothek des Cedenten und mit ihr die Hypothekarklage des rechtmäßigen Cessionars.³⁾ Ebenso wenn jener diesem mit der Einverleibung der Cession zuvorkommt, wovon sogleich die Rede sein wird.

Wer der erste, also materiell der allein berechnigte Cessionar sei, das entscheidet sich schlechthin nur durch den Zeitpunkt der Perfektion des Abtretungsgeschäftes: prior tempore, potior jure (§ 442, fin. a. b. G. B.). Die mit der Cession etwa verbundene oder ihr nachgefolgte Einhändigung der Schuldburkunden hat darauf keinen Einfluß; denn sie ist (wo nicht das Gegentheil als Parteienabsicht erhellt) weder ein Erforderniß der Vollendung des Geschäftes, noch — wie bei Sachveräußerungen die Tradition — eine Rechtsbedingung für den Erwerb des zu übertragenden Rechtes.⁴⁾ Der spätere Cessionar, welchem die Urkunden übergeben waren, hat darin eben Zeugnisse über ein Recht, das ihm nicht zusteht, weil es seinem Auktor zur Zeit der Abtretung

2) Vorbehalten bleibt ihm der Regreßanspruch gegen diesen (im Falle des Dolus auf volle Genugthuung, sonst auf Rückleistung des indebite acceptum. § 1431, vgl. Bähr, Jahrb. f. Dogm. I, S. 439 fg., Regelsberger, S. 435, Nr. 6), und jedenfalls gegen den Cedenten, welcher durch die zweite Cession über des Klägers Recht verfügt hatte; arg. § 430 fin. a. b. Gb.

3) Oben § 49, bei Note 26. — Die Löschung kann nur gegen den unredlichen Eigenthümer des entlasteten Hypothekargutes (da durch redliche Verfügung die Schuld getilgt und somit die Löschung gerechtfertigt wäre) von dem rechtmäßigen Cessionar angefochten werden, aber, weil dieser in keinem bürgerlichen Rechte durch sie verletzt ist, ohne das Rechtsmittel der Streitannulirung und daher ohne Wirkung gegen Dritte (G. B. G. § 61). Der Cedent kann selbstverständlich gar nicht anfechten, da ihm gegenüber überhaupt kein Unrecht vorliegt.

4) Die von manchen älteren Schriftstellern herangezogene Analogie des § 430 a. b. Gb. ist nicht zutreffend, weil die Rechtswirkung der Cession in Oestreich (wie nach gemeinem Recht) nirgends an die Uebergabe der Schuldburkunden — auch wo solche existiren, was keineswegs in allen Fällen zutrifft — gesetzlich gebunden ist. — Anders nach preuß. Recht, wo die Aushändigung des Hypothekeninstrumentes gesetzliche Form für die hypothekarische Cession ist. Colberg, S. 118, vgl. aber Dernburg, S. 721, 722 Nr. 24.

nicht mehr gehörte. — Bei gleichzeitigen Cessionen, oder wo die Priorität keineswegs nachgewiesen werden kann, entscheidet die Prävention.⁵⁾

2) Kollision zwischen außerbücherlicher und bücherlicher Cession.⁶⁾

Die Norm hierfür ergibt sich aus der Analogie des § 440 a. b. G. B.

„Hat der Eigenthümer ebendieselbe unbewegliche Sache zwei verschiedenen Personen überlassen, so fällt sie derjenigen zu, welche früher die Einverleibung angefordert hat.“

Hypothekar ist, wer auf Grund seiner Cession zuerst die Umschreibung des Pfandrechtes — sei es als Einverleibung oder auch nur Vormerkung — erlangt hat; auf die Priorität seines Titels kommt es nun nicht mehr an.⁷⁾ Als dem Hypothekar steht ihm allein die Pfandklage zu, unter Ausschluß jedes anderen, hinsichtlich seines Titels besser berechtigten Cessionars. Sollte die Hypothekarklage des älteren außerbücherlichen Cessionars schon erhoben sein, so kann sie nicht zum Ziele führen, wenn im Zeitpunkt der Bewilligung des ersten Exekutionsgrades die bürgerliche Uebertragung des Pfandrechtes auf den jüngeren Cessionar bereits erfolgt (bez. angefordert) war. — Wer hingegen der rechte Gläubiger in der cedirten Forderung sei, das entscheidet sich hinwiederum nicht durch den Buchakt, sondern allein durch die Priorität der Abtretung. Wenn also ein späterer Cessionar die Eintragung seines Rechtes (materiell unrechtmäßig) erlangt hat, wird er dadurch eben nur Hypothekar (mit dem Anspruch auf die Befriedigung aus dem Pfandgut, soweit dieses dazu ausreicht), aber die dem Pfandrecht zu Grunde gelegene Forderung bleibt in der Hand des (rechtmäßigen) ersten Cessionars, welchem deshalb auch die Schuldklage ipso jure zusteht. Freilich wird diese insolange unwirksam bleiben, als der Gläubiger nicht in der Lage ist seinem zur Zahlung bereiten Schuldner die Löschung des aushaftenden Pfandrechtes zu gewähren;⁸⁾ bringt er aber die Ein-

5) Vgl. Hierulff, Theorie des gem. Civilrechts, S. 236 fg. L. 32. D. de reb. auct. jud. 42, 5, L. 9, § 4 D. de publ. a. 6, 2. L. 28, pr. D. de R. I. 50, 17 (in pari causa possessor potior haberi debet).

6) Fügler, S. 89. Unger, G. Z. 1868 Nr. 26 S. 106. Prinz, Einfluß der Hypothekenbuchverfassung v. (1858) S. 265 fg. Colberg, S. 41 fg. Regelsberger, S. 435. Vgl. auch oben § 49, Note 26 und § 53, Note 8.

7) Vgl. die Entsch. v. 11. Okt. 1876, OUV. 6258.

8) Arg. § 469 a. b. Gb. „Der Pfandgeber ist aber die Schuld nur gegen dem zu tilgen verbunden, daß ihm das Pfand zugleich zurückgestellt werde.“

willigung zur Löschung seitens des eingetragenen Pfandberechtigten bei, oder ist dieselbe in Folge bereits durchgeführter hypothekarischer Exekution erfolgt, während ein Rest der Schuld noch ungetilgt besteht, so erweist sich sein Forderungsrecht allerdings wirksam; er kann dann die Schuld, beziehungsweise den Schuldrest, gegen den Personalschuldner ungehindert einlagen, während der bei der Pfandexekution leer ausgegangene bürgerliche Cessionar keinen Anspruch mehr hat.

Eine in Unkenntniß von der vorher erfolgten Eintragung der zweiten Cession⁹⁾ an den außerbüchlichen ersten Cessionar geleistete Zahlung¹⁰⁾ befreit das Pfandgut von der Hypothekarklage nicht (a. b. G. B. § 469), sondern nur den Schuldner als solchen von seiner (persönlichen) Schuld. Jeder Hypothekarschuldner also, der von einem Cessionar um Zahlung angegangen wird, kann dieselbe ohne Gefahr nur dann leisten, wenn der Empfänger zur Zeit bürgerlich eingetragen, oder sonst in der Lage ist löschungsfähige Quittung zu ertheilen.¹¹⁾

Eine Anfechtung der bürgerlichen Rechtsstellung des intabulirten zweiten Cessionars durch den ersten ist nur möglich, wenn jener im Zeitpunkt seiner Eintragung nicht im guten Glauben sich befunden hatte;¹²⁾ andernfalls hätte er durch den im Vertrauen auf das öffentliche Buch erwirkten Tabularakt die Hypothek sofort unanfechtbar er-

9) Der Cessus hat den gesetzlichen Anspruch auf amtliche Zustellung des Bescheides, durch welchen die Cessionsverbuchung bewilligt wird, nur dann, wenn er zugleich Eigenthümer des Pfandgutes ist (G. B. G. § 123, 3.), aber auch dann erwächst ihm aus der unterbliebenen Zustellung kein Recht gegen den intabulirten Cessionar (§ 125 G. B. G.).

10) Sei es, daß dieselbe freiwillig erfolgte, oder auf die Schuldklage hin, gegen welche der Beklagte die oben (Note 8) gedachte Einwendung zu erheben versäumt hat. Uebrigens ist eine solche Zahlung, wenn auf Irrthum beruhend, durch *condictio indebiti* anfechtbar (arg. § 1434 a. b. Gb.), und auch schon dadurch erscheint hinwiederum die obige *exceptio* begründet, weil *dolo facit, qui petit quod redditurus est*. L. 8. pr. D. de doli m. exc. 44, 4.

11) Das kann auch der außerbüchliche Cessionar insoweit sein Cedent noch Bucheigenthümer der Satzpost ist; s. oben § 49, Note 26, 37.

12) Es kommt darauf an, daß er im Moment des Anschuhens um die Vormerkung oder Einverleibung sich für den rechtmäßigen Inhaber des Hypothekarrechtes hielt (s. oben § 16, Z. 2): auch wer die Forderung *bona fide* gekauft hat, aber vor der Eintragung erfuhr, daß sie dem Verkäufer nicht mehr gehörte, erwirkt das Pfandrecht dafür nicht im Vertrauen auf das öff. Buch; (die Forderung selbst aber erwirbt man überhaupt nicht durch das Buch).

worben.¹³⁾ Die Anfechtungsklage geht nach Umständen auf Wiederaufhebung der erfolgten Cessionseintragung und Ersatz derselben durch die Eintragung des Klägers, oder auf Ausstellung einer Löschungs-erklärung, durch welche der Beklagte dem Kläger die wirksame Eintreibung seiner Forderung (s. oben) ermöglicht. Daß die Klage gegen gutgläubige bürgerliche Rechtsnachfolger — Cessionare, Afterhypothekare — des schlechtgläubigen Cessionars nicht zusteht, bedarf keiner Ausführung. Eine Anmerkung des Rechtsfreites, um die begonnene Anfechtung gegen inmitten liegende bürgerliche Erwerbungen zu wahren, ist nicht zulässig, da der Kläger nicht „in seinem bürgerlichen Recht verletzt erscheint“.¹⁴⁾

3) Kollision zwischen bürgerlichen Cessionen.¹⁵⁾

Es ist keine wirkliche Kollision, sondern nur der durch einen bestimmten Zeitraum sich erstreckende Schein einer solchen, wenn zwei auf dieselbe Satzpost sich beziehende, ihrem Inhalt nach unvereinbare Cessionsakte so eingetragen sind, daß von einem künftigen bürgerlich erkennbaren Ereigniß die Entscheidung darüber abhängen soll, welcher von beiden Akten hinfällig wird und welcher bei Kraft bleibt. Das ist z. B. der Fall, wo zuerst eine Cession blos vorgemerkt, und hierauf gegen den Cedenten eine zweite Cession zu Gunsten einer anderen Person eingetragen wurde (G. B. G. § 49, fin.); oder wo nach durchgeführter Umschreibung einer exekutiv erstandenen Forderung (und erfolgter Anmerkung nach G. B. G. § 72) eine andere Cession gegen den Exekuten verbüchert wurde; oder auch wo, nachdem die eine Cession eingetragen war, eine zweite erfolgt, für welche durch eine vorgehende und noch in Kraft stehende Anmerkung (G. B. G. § 53) die Rangordnung vorbehalten war. Ueberall liegt nicht Kollision vor, sondern *Pendenz: ex postfacto apparet quid actum sit*.¹⁶⁾ Während der Dauer des Schwebezustandes ist das Recht beider Cessionare ein noch problema-

13) Ebenso Fügler, § 44.

14) G. B. G. § 61, vgl. oben Note 3 und über die richtige Interpretation jener §§ 61 fg. (Voraussetzungen der Streitannmerkung) oben § 25 Note 26, 29.

15) Ueber mehrfache Cession bei Simultanhypotheken s. oben § 42, a. G.

16) Vgl. L. 25. D. de usufr. 7, 1. L. 86, § 2, D. de legat. I (30). L. 19, § 5. L. 20, D. de castr. pec. 49, 17. Wächter, das schwebende Eigenthum, 1871. Fitting, Begriff der Rückziehung, 1856.

tisches — wie bei dem eigentlich bedingten Rechtsgeschäft¹⁷⁾ — und daher zur Ausübung nicht reif; ¹⁸⁾ aber schon jetzt ist für den Rechtskundigen aus dem öffentlichen Buch ersichtlich, wovon die künftige Entscheidung abhängt (Rechtfertigung der Vormerkung, § 49; Anfechtung des Versteigerungsaktes, § 72; Lösungsbegehren des vorgehenden Cessionars, § 57), und sobald dieselbe erfolgt ist, verschwindet auch der Anschein einer Kollision.

Nur dann also kann von wahrer Kollision gesprochen werden, wenn zwei einander sachlich ausschließende Cessionsakte ohne ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis, als definitive Uebertragungen, einverleibt worden sind. Z. B. die exekutive Ueberweisung der Forderung des A an den C, nachdem zuvor schon eine freiwillige Cession derselben Forderung an den B eingetragen oder doch angesucht (G. B. G. § 93, 94, 132) war; oder die Cession eines Theilbetrages pr. 600 von der (laut Grundbuch) 1000 betragenden Forderung des A, nachdem schon vorher „die Hälfte“ derselben anderweitig bürgerlich abgetreten erscheint. Dergleichen beruht immer auf einem Fehler in der Grundbuchverwaltung, sei es daß ein richtiger Bescheid unrichtig vollzogen, sei es daß ein unrichtiger, weil mit dem maßgebenden derzeitigen Buchstand unvereinbarer, Bescheid richtig vollzogen wurde. Denn wo, wie hier vorausgesetzt ist, mehrere ihrem Inhalte nach unvereinbare bürgerliche Verfügungen begehrt sind, da kann von Rechtswegen immer nur Eine bewilligt und vollzogen werden; welche, darüber entscheidet allein die Priorität des Ansuchens (die Nummer des Präsentatums)¹⁹⁾: das zuerst eingelaufene Gesuch ist zu bewilligen, sofern dieß der vorgefundene Grundbuchstand erlaubt, jedes spätere muß abgewiesen werden, sofern durch die — sei es auch zeitlich später — erfolgte Bewilligung des

17) Ein solches liegt hier (wie in den Fällen der vorigen Note) darum nicht vor, weil die Pendenz nicht durch den Parteiwillen gesetzt ist (vgl. Unger, Syst. II, § 82): aber wegen der Uebereinstimmung in der charakteristischen Wirkung des Verhältnisses wendet hier das Gesetz selbst (a. b. Gb. § 438, 453) die Kategorie der Bedingung an.

18) Vgl. oben S. 204, 249, 250.

19) Oben S. 27. G. B. G. § 93. — Wo aber das a. G. B. G. noch nicht gilt, können auch ohne formellen Fehler derlei widersprechende Eintragungen vorkommen, wie der Fall in O. W. 6258 (Tirol) beweist.

ersten nach rückwärts ein Grundbuchstand geschaffen wird, bei welchem das zweite nicht aufrecht erledigt werden konnte.²⁰⁾

Mithin ist von kollidirenden bürgerlichen Cessionen immer nur Eine gültig, alle übrigen sind schon formell nichtige Akte,²¹⁾ und unterliegen als solche den oben (§ 11) erwähnten Arten des Nichtigstellungsverfahrens. Anders aber verhält es sich mit weiteren derivativen bürgerlichen Verfügungen, welche von solch' einem nichtigen Cessionsakt formell korrekt abgeleitet werden. Diese sind an sich rechtsbeständig (oben S. 87), und dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nur dann anfechtbar, wenn die gesetzlichen Bedingungen einer Bestreitung formgerechter Tabularakte gegen redliche Dritte (oben § 15) in concreto vorhanden sind. Es besteht also die Möglichkeit,²²⁾ daß kollidirende

20) G. B. G. § 132, 94. — Voraussetzung dabei ist ein, wenn auch noch so geringer, Zeitraum zwischen der Ueberreichung beider Gesuche. Für den seltenen (aber doch praktisch gewordenen) Fall der absolut gleichzeitigen Anbringung kollidirender Cessions-Eintragungsgesuche bleibt nichts übrig, als die Freiheit des Grundbuchrichters, welches Gesuch er zuerst vornehmen und aufrecht erledigen will; das andere muß er sodann abweisen, als mit dem nunmehr (rückwirkend) gegebenen Grundbuchstand unverträglich. Jeder andere Ausweg führt entweder auf ein unjuristisches (Theilung der Forderung), oder ein rechtswidriges Ergebnis (Abweisung oder Bewilligung beider Cessionen, Aufseß, S. 173.) — Sollten unvereinbare Cessionen in Einem Gesuche zur Verbücherung vorgelegt werden, so wäre daselbe als widersinnig abzuweisen (G. B. G. § 94, 3).

21) Weil entweder der Bescheid buchwidrig, oder der Eintrag bescheidwidrig war, vgl. oben S. 85, 86.

22) Es könnte bezweifelt werden, ob überhaupt nach einer wegen Kollision nichtigen Cession ein Weitererwerb „im Vertrauen auf das öffentliche Buch“ möglich sei, da ja der Grund jener Nichtigkeit, nämlich der Bestand einer früheren kollidirenden Eintragung, aus dem Grundbuch selbst irgendwie erkennbar sein mußte. Hiegegen ist zu bedenken, daß wo kollidirende Cessionen bewilligt und vollzogen wurden, es mit der Ordnung und Uebersichtlichkeit auf der betreffenden Bucheinlage in der Regel schlimm bestellt sein wird, und daß solchenfalls von dem das Buch einsehenden Dritten gerechterweise nicht erwartet werden darf, er müsse darin finden, was der zur Ausrichtung verpflichtete Grundbuchsführer selbst seinerzeit nicht gefunden hatte. (Man denke z. B. an fehlende oder unrichtige Widersprüche-Zahlen bei sehr weitläufigem und verwickeltem Grundbuchstand.) Es ist eben nicht unter allen Umständen wahr, daß, was im öff. Buch irgendwo steht, auch nothwendig „aus dem öff. Buch bekannt sein konnte“ (a. b. Gb. § 468, 527), — wenn man nicht hier einen Rigorismus walten lassen will, bei dem kein Verkehr bestehen kann. Vielmehr wird es in jedem einzelnen Fall Thatfrage sein, ob der spätere Cessionar, welcher das Grundbuch eingesehen, aber darin doch den Fehler nicht entdeckt hat, schlecht gesucht, und

Cessionen im Weiterverkehr zum unanfechtbaren Bestande kollidirender Hypothekarrechte führen: dann ist das Verhältniß praktisch so, als ob beide Hypotheken von Anfang nebeneinander rechtlich begründet gewesen wären; beide Cessionare haben unabhängig von einander die Hypothekarklage (die Schuldklage natürlich steht nur einem, oder auch wohl keinem von beiden zu), und stehen in gleicher Priorität; der Hypothekarschuldner aber, will er das Pfandgut frei machen, muß die Pfandschuld doppelt bezahlen. — Ob und gegen wen er deshalb regressberechtigt ist,²³⁾ hängt von den Umständen ab, welche die Kollision verursacht haben, und gehört nicht hierher.

II. Belastung der Hypotheken.

A. Durch Asterpfand.

§ 57.

Begriff und Inhalt.

„Der Pfandinhaber kann sein Pfand, insoweit er ein Recht darauf hat, einem Dritten wieder verpfänden, und insofern wird es zum Asterpfande, wenn zugleich letzterer . . . die Asterverpfändung auf das Pfandrechth in die öffentlichen Bücher eintragen läßt.“ *A. b. G. B.* § 454.

Die praktische Absicht dieser Gesetzesstelle ist eine doppelte: Einmal die Berechtigung des Pfandgläubigers zur Weiterverpfändung, auch ohne Zustimmung seines Verpfänders, festzustellen,¹⁾ und sodann, die Eintragung des Geschäftes in das öffentliche Buch auch für die Asterhypothek obligatorisch zu machen. Sinegen läßt sich aus ihr, trotz des anscheinend sehr bestimmten Wortlautes, ein brauchbares Er-

darum „für seine Nachlässigkeit“ zu leiden habe (§ 443 a. b. G. B.), oder ob es ihm trotz aller praktisch möglichen Vorsicht widerfahren sei zu übersehen, was in diesem Grundbuch mehr versteckt war, als „apparirte“; denn . . . *neq. scrupulosa inquisitio exigenda, . . . neque delatoria curiositas . . .* L. 6. D. de jur. et facti ignor. 22. 6.

23) S. auch oben S. 323. und S. 25.

1) Entgegen dem preuß. Recht (*A. R. t.* I, 20. § 127 fg. *Dernburg*, *pr. R. t.* I, S. 802), übereinstimmend mit dem röm. *R. t.*: L. 1. C. si pignus pignori (8, 24).

gebniß für die in der gemeinrechtlichen Literatur vielbestrittene Frage²⁾ nicht gewinnen, ob die Asterverpfändung stets auch die Verpfändung der dem ersten Pfandrechth unterliegenden Forderung in sich begreife, also begrifflich die Verpfändung einer Forderung mit deren Pfand sei,³⁾ oder aber lediglich Weiterverpfändung des Pfandgutes (beziehungsweise, wie Andere wollen, des Pfandrechtes) innerhalb der Grenzen des durch die erste Pfandschuld gegebenen Werthes. Die praktische Bedeutung dieses Unterschiedes liegt darin, daß zufolge der letzteren Auffassung der Asterhypothekar beschränkt bleibt auf die Deckung, welche ihm das Pfandgut selbst in der auf die verpfändete Hypothek entfallenden Kaufschillingstangente gewährt, während er nach der anderen Ansicht, in seiner Eigenschaft als Forderungspfandgläubiger, bei Unzulänglichkeit des Pfandgutes in dem Werthe der mitverpfändeten Forderung möglicherweise weitere Deckung findet.

In Oestreich ist Theorie und Praxis dahin einig, in der Verpfändung einer Satzpost die Verpfändung der versicherten Forderung sammt deren Hypothek zu erblicken;⁴⁾ das Rechtsverhältniß ist also *pignus nominis* und *pignus pignoris* zugleich. Das hat zur Folge, einerseits daß dem Asterhypothekar stets der Gesamtwert der verpfändeten Forderung haftet, ohne Rücksicht darauf wie weit dieselbe durch das Pfandgut gedeckt ist, und andererseits, daß er, auch wo diese Forderung ungiltig oder erloschen ist, das für dieselbe aushaftende Hypothekarrechth kraft seines *pignus pignoris* zu seiner Deckung heranziehen kann, unter denselben Voraussetzungen wie ein bürgerlicher Cessionar die abgetretene Hypothek bei ermangelnder Pfandschuld.⁵⁾

2) S. darüber *Windscheid*, *Hand.* § 239.

3) Hauptvertreter dieser Ansicht ist *Dernburg*, *röm. R. t.*, I, S. 476 fg., der entgegengelegten *Sohm*, *l. v. subpignus*, S. 67 fg. *Brinz*, *Hand.* I, S. 323.

4) *Harum*, in *Haimel's Magaz.* XIII. S. 33, 34, *Prinz*, a. a. O. bei *Note 181*, *Winiwarter*, II, S. 252, *Stubenrauch*, *Kirchstetter*, zu § 454. Auch gemeinrechtlich ist dieses wenigstens im Zweifel anzunehmen, vgl. *Erner*, *Pfandrechthsbegriff* S. 84. — Nicht immer bleibt sich die Praxis der Duplizität des in der Satzpostverpfändung liegenden Inhalts bewußt; daher in den oberflächlichen Motiven manches Schwanken, indem halb die Pfandverpfändung allein ins Auge gefaßt wird (so in *GUW.* 1097), halb die Forderungsverpfändung (*GUW.* 4418, wo mit Unrecht die Identität des Pfandobjectes für das Rechth des Superhypothekars und der Haupthypothekare geläugnet ist.)

5) S. oben § 55.

Wenn nun aber allerdings diese Auffassung der Satzpostverpfändung, als der regelmäßigen Parteiabsicht entsprechend, im Zweifel überall unterlegt wird, so bleibt doch die rechtliche Möglichkeit die hier kombinierten beiden Geschäftselemente zu trennen: man kann sein Hypothekarrecht auch so verpfänden, daß der Gläubiger nur nach Zulänglichkeit des Pfandgutes (nicht auch der Forderung als solcher) seine Befriedigung pfandrechtl. erhalten soll; dann müßte bei der Eintragung des Superpfandrechtes ein dies bezeichnender Zusatz (G. B. § 5) verbüchert werden, um die obige weitergehende Geschäftsauslegung auszuschließen.⁶⁾ Und umgekehrt besteht kein rechtliches Hinderniß eine hypothekarisch versicherte Forderung ohne ihre Hypothek zu verpfänden (als „bewegliche Sache“ § 299 a. b. G. B.), was in den Formen der Mobilienverpfändung (§ 452, 427 z. B. durch Uebergabe der Schuldurfunden) zu geschehen hat und kein Gegenstand der öffentlichen Bücher ist. Mithin ergibt sich die von einigen östreichischen Schriftstellern mit Unrecht geläugnete Möglichkeit eines Zusammentreffens von bürgerlichem und außerbürgerlichem Pfandrecht hinsichtlich einer und derselben Satzpost.⁷⁾ Das Zusammentreffen wird zur Kollision, wenn der auf die doppelt verpfändete Post⁸⁾ eingehende Betrag zur Befriedigung beider Pfandgläubiger nicht zureicht; sie muß nach Analogie von § 440 a. b. G. B. zu Gunsten des verbücherten Gläubigers gelöst werden, so daß dieser vor dem Anderen auch dann befriedigt wird, wenn sein Verpfändungsakt der spätere war.⁹⁾

6) Die Wirkung eines solchen reinen Asterpfandrechts (pignus pignoris ohne gleichzeitiges pignus nominis) wäre dem gewöhnlichen Verhältniß gegenüber eine sehr beschränkte; da der Asterpfandgläubiger als solcher in Oestreich kein Distractionsrecht hat (weder bezüglich des Pfandgutes, noch an der ihm nicht mitverpfändeten Forderung), so müßte er die freiwillige Zahlung des verpfändeten Schuldners, oder die von einem unmittelbaren Hypothekar erwirkte Exekution des Pfandguts abwarten.

7) Wichtig darüber Nippel, III, S. 479, 484, vgl. dagegen Stubenrauch, a. a. D. 3. 4.

8) Vorausgesetzt ist dabei, daß die bürgerliche Verpfändung in der gewöhnlichen Weise, nicht mit der bei Note 6 erwähnten Beschränkung erfolgt war.

9) In diesem Endresultat kommen auch die Gegner mit uns überein; nur daß sie, weil sie dem außerbürgerlichen Gläubiger jedes Pfandrecht abschprechen (Krauz), ihm auch keinen pfandrechtl. Anspruch auf jenen Rest des Forderungswertes gewähren, welchen der bürgerliche Gläubiger übrig läßt. — Indessen darf nicht übersehen werden, daß die vorliegende Lösung des Konfliktes, obzwar

Die Verpfändung einer Hypothekarpost bezweckt nicht die Uebertragung derselben, — wenngleich das Rechtsverhältniß im Laufe seiner Entwicklung (durch die exekutive Einantwortung der Forderung) dahin führen kann — und unterscheidet sich dadurch deutlich von der Cession im gemeinen Sinne, auch wenn diese eine „Cession zur Sicherstellung“ ist, d. h. auf dem Motive beruht dem Cessionar in der von ihm als Selbstgläubiger einzutreibenden Schuldsomme eine Deckung für sein Guthaben zu gewähren.¹⁰⁾ Aber beide Rechtsgeschäfte fallen unter den Begriff der Veräußerung (alienatio) im weitern Sinne, da auch die Asterverpfändung eine Uebertragung (zu sog. konstitutiver Succession)¹¹⁾ in sich schließt, daher beide hinsichtlich ihrer Entstehung von ähnlichen Rechtsfägen beherrscht werden, so sehr sie in der Wirkung auseinandergehen.

§ 58.

Entstehung und Wirkung der Asterhypothek.

A) Entstehung.

Wie jedes Hypothekarrecht entsteht auch die Asterhypothek nur durch die Eintragung in das Hauptbuch¹⁾ (a. b. G. B. § 454, G. B. § 4), sei es direkt durch Einverleibung, oder mittelst Vor-

nach dem heutigen Rechtszustand die allein zulässige, nicht ganz rationell ist. Eigentlich sollte das absolute Vorrecht des bürgerlichen Gläubigers nur so weit reichen, als er aus dem bürgerlichen Objekt (dem als Asterpfand versetzten Tabularbüxer) seine Befriedigung finden kann; insoweit er aber dafür die persönliche Verpflichtung des Schuldners seines Schuldners heranziehen will, die als solche nicht Grundbuchsobjekt ist, müßte er hinter dem älteren Pfandgläubiger auf dieselbe Forderung zurückstehen (ebenso wie der jüngere bürgerliche Cessionar dem älteren außerbürgerlichen gegenüber hinsichtlich des durch das Hypothekargut nicht bedeckten Restes der abgetretenen Forderung, s. oben § 56, 3. 2). Allein die Durchführung dieses Gedankens scheidet derzeit noch daran, daß dem Superpfandgläubiger die Hypothekarlage auf Feilbietung fehlt (s. unten § 58, R. 12), daher es kein in allen Fällen durchgreifendes Mittel giebt um fest zu stellen, wie viel seiner Sicherheit in dem Werth des Grundstückes, und wie viel davon in dem Personalkredit des verpfändeten Schuldners steckt.

10) Verpfändung und Cession zur Sicherstellung sind gut unterschieden in dem Urtheil bei OUB. 349.

11) Ueber diesen Begriff in Anwendung auf die Verpfändung, s. Exner, a. a. D. S. 53 fg.

1) Ueber die im östreichischen Rechte des Mittelalters vorkommenden Formen der Asterverpfändung (Uebertragung des Gültbriefes u. dgl.) s. Bischof, in Bruns Zchr. f. Geschichte, XII, S. 38, 41 fg.

merkung und Rechtfertigung. Ueber den Rechtstitel dazu, sowie über die formellen und materiellen Voraussetzungen des Aktes gilt durchaus das oben § 19—31 Ausgeführte.²⁾ Der Verpfänder muß als Inhaber der zu belastenden Satzpost im Buche stehen³⁾ und die volle bürgerliche Dispositionsbefugniß haben. Wo diese vorliegt bedarf es zur gültigen Gewährung eines Asterpfandrechts weder der Zustimmung des Eigenthümers des Hypothekargutes (a. b. G. B. § 454, arg. § 1098), noch des Schuldners in der Hauptpfandschuld; auch ihr Widerspruch bildet kein rechtliches Hinderniß. Der Eigenthümer hat nur den Anspruch auf amtliche Verständigung von der bewilligten Asterverpfändung (G. B. G. § 123, 3). — Ueber Theilverpfändungen (G. B. G. § 13, 2), sowie über Verpfändung von Kautionshypotheken kommt das über die betreffenden Cessionsfälle oben § 50 und § 51 Ziff. 3 Gesagte zur Anwendung.

B) Wirkung.

I. Während der ruhigen Dauer des Asterpfandverhältnisses — bevor es zum Zweck der Befriedigung in Bewegung gesetzt wird — äußert sich dasselbe einerseits darin, daß der Asterhypothekar die Rechtsstellung eines Realgläubigers gegenüber dem belasteten Tabularkörper einnimmt, und als solcher behufs Wahrung seines Realinteresses zu allen rechtlichen Schritten befugt ist, die dem unmittelbaren Hypothekar offen stehen: so nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung⁴⁾ in dem Verfahren zur Neuanlegung und Richtigstellung der Grundbücher, in den Verhandlungen wegen Zertheilung des Tabularkörpers,⁵⁾ wegen gänzlicher oder theilweiser Expropriation desselben;⁶⁾ und folgerichtig muß auch

2) Die Form der Eintragung ist für das Asterpfandrecht dieselbe wie bei dem direkten Pfandrecht, vgl. Weil. I, Postzahl 42, Weil. II, Ord. 3, 92, 99, 102.

3) Daß der seine Eintragung verfügende Bescheid auch schon rechtskräftig sei, ist nicht erforderlich: O. U. 5447. — Die Norm des § 22 G. B. G. gilt hier nicht, sondern § 78.

4) „Ein Asterpfandgläubiger ist zu denjenigen Schritten befugt, welche zur Geltendmachung der dem Hauptgläubiger zustehenden Rechte oder Widersprüche erforderlich sind, und zwar in gleicher Zeit und Art wie dieser letztere.“ Ges. vom 25. Juli 1871. R. G. B. 96, § 19.

5) § 1 des Zertheilungsgesetzes (v. 6. Febr. 1869, R. G. B. 18) fordert allgemein „die vorgängige Verständigung und Einwilligung derjenigen Personen, für welche dingliche Rechte auf dem Gute eingetragen sind.“

6) S. oben S. 285, 286. — Ueber die Frage, ob der Asterhypothekar das jus offerendi habe s. unten § 70.

im Falle der Gefährdung der Realgläubiger durch Veräußerung der Substanz des Gutes der den Hypothekaren gewährte Sicherstellungsanspruch den Superhypothekaren ebenfalls zustehen.⁷⁾ Andererseits bewirkt der Bestand einer Asterhypothek zwar keine Mehrbelastung für den Eigenthümer des Pfandgutes, aber eine Gebundenheit der belasteten Hypothekarpost. Diese nämlich kann, so lange das Asterpfandrecht bürgerlich aushaftet, mag der Eigenthümer darum wissen oder nicht,⁸⁾ nur mit Zustimmung des Asterhypothekars, oder mit Vorbehalt seiner Rechte,⁹⁾ oder endlich auf Grund gerichtlicher Hinterlegung der Schuldsomme gelöst werden (a. b. G. B. § 455).¹⁰⁾ Durch die gesetzmäßige Deposition zu Gerichtshänden erwirbt der Eigenthümer einen Lösungs-titel, dessen bürgerliche Eintragung mit der Haupthypothek zugleich das Asterpfandrecht vernichtet, ohne Unterschied ob die Asterpfandschuld fällig, oder der Asterhypothekar sonst gewillt ist die Zahlung anzunehmen oder nicht.¹¹⁾

7) Oben S. 226. Der Anspruch ist kein Ausfluß des obligatorischen Verhältnisses zwischen Hypothekar und Verpfänder (sonst müßte er dem Drittbesther des Gutes gegenüber versagen, vgl. S. 219), mithin kein Grund ihn auf den ersten Pfandnehmer zu beschränken.

8) § 455 a. b. G. B. macht zwar diese Wirkung abhängig von der Denunziation der Asterverpfändung an den Eigenthümer, allein dies muß auf den außerbürgerlichen Verkehr beschränkt bleiben, während hier § 443 a. b. G. B. die maßgebende Norm ist. Vgl. auch G. B. G. § 123, 3 und § 125. Wie gegen etwaige Cessionare, so auch gegen mögliche Asterhypothekare kann sich der zahlende Hypothekarschuldner nur durch Einsicht in den augenblicklichen Grundbuchstand schützen.

9) Dieser Vorbehalt wird in den Tenor des Lösungsbeitrags aufgenommen (G. B. G. § 51) und bewirkt, daß dem Asterhypothekar und seinem Rechtsnachfolger gegenüber das Pfandgut so haftet, als wenn die Lösung nicht erfolgt wäre; a. b. G. B. § 455 a. E. „sonst bleibt das Pfand dem Inhaber des Asterpfandes verhaftet.“ (Hiernach war im Falle der Entsch. bei O. U. 4165 auf Lösung, mit dem obigen Vorbehalt für den Asterhypothekar, zu erkennen.)

10) Ueber eine fernere Gebundenheit der belasteten Post (hinsichtlich künftiger Prioritätseinräumungen) s. unten § 64.

11) Daher kann der mit Hypothekarklage belangte Eigenthümer durch den Hinweis auf das Vorhandensein einer noch nicht fälligen Asterhypothek keineswegs der Verurtheilung entgehen; aber allerdings kann er nicht zur Zahlung schlechtweg, sondern nur zur Deposition, oder zur Zahlung gegen Empfang einer vom Asterhypothekar mitunterzeichneten Lösungsquittung verurtheilt werden. O. U. 318, 716. — Der Asterhypothekar andererseits muß sich zwar vorliegenden Falls den Untergang seines Pfandrechts gefallen lassen, da sein abgeleitetes Recht nicht stärker ist als das Mutterrecht (a. b. G. B. § 442, L. 1. C. si pign. pignori 8, 24 ...

II. Der Rechtsweg zur Befriedigung des Asterhypothekars gestaltet sich verschieden, je nachdem er sie aus dem Werthe des Asterpfandgutes sucht (kraft seines *pignus pignoris*), oder aus dem Werthe der verpfändeten Hypothekarforderung (kraft des *pignus nominis*).

a) Ersteres kann der Asterhypothekar nur, wenn die exekutive Veräußerung des Pfandgutes anderweitig, sei es auf Betreiben eines Haupthypothekars oder im Konkurs des Eigentümers, veranlaßt ward. Er selbst hat kein Recht auf die Veräußerung zu dringen,¹²⁾ wohl aber den dinglichen Anspruch auf Befriedigung seiner Forderung aus dem Erlös des Pfandgutes, beziehungsweise aus derjenigen Tangente des Erlöses, welche auf die ihm verpfändete Hypothekarpfost entfällt.¹³⁾ Gerichtet ist dieser Anspruch gegen den Exekuten und alle an dem in Liquidation stehenden Tabularkörper Interessirten (Hypothekare, Servitutberechtigzte, u.), nicht etwa bloß oder vorzugsweise gegen den Inhaber der verpfändeten Satzpost. Sein Petit geht auf Zuweisung eines Geldbetrages aus dem Kauffchilling in der Höhe der Asterpfandschuld sammt Zinsen und Kosten (wie oben § 37), aber innerhalb des auf die Hauptschuld

ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiu eum is, qui jus repraesentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus, qui dedit), aber er braucht den Akt nicht als Zahlung seiner noch nicht fälligen Forderung gelten zu lassen (a. b. Gb. § 1413), sondern kann diese (ohne Pfandrecht) aufrecht halten, indem er die deponirte Summe seinem Schuldner ganz zur Verfügung läßt.

12) Es fehlt ihm das Distraktionsrecht, die gemeinrechtlich gewährte *actio utilis* (L. 1. C. cit.); von dem hypothekarischen Anspruch kommt ihm nur die zweite Hälfte (vgl. oben S. 235) zu, das Recht auf Befriedigung aus dem Feilbietungserlös. Es ist dies, wie schon Kirchstetter zu § 455 bemerkt, eine dauerliche Lücke im Gesetz, welches hier nach dem Muster des pr. Edits. das *pignus pignoris* (trotz dem theoretischen § 454 a. b. Gb.) praktisch verkümmert. Die Praxis könnte abhelfen, indem sie dem Asterhypothekar (wie einem Heilcessionar) die Hypothekarforderung seines Verpfänders gewährte, natürlich unter der Voraussetzung der Fälligkeit sowohl der Haupt- als der Asterpfandschuld, was rechtlich durchaus unbedenklich und dem Gläubiger unter Umständen weit vortheilhafter wäre, als die Feilbietung oder Einantwortung der verpfändeten Forderung. (Abgewiesen ist diese Hypothekarforderung in dem obersterichterl. Urth. vom 23. Juli 1878, v. G. Z. 1879 Nr. 95.)

13) Die Zulässigkeit der Asterpfandklage auf Liquidation des Asterpfandrechtes gegen die Konkursmasse des Eigentümers des Grundstückes anerkennt das Urtheil OUV. 1097.

entfallenden Betrages.¹⁴⁾ Voraussetzung ist (abgesehen vom Konkursfall) die Fälligkeit beider Forderungen,¹⁵⁾ nicht aber daß der Haupthypothekar die seinige gleichfalls eingeklagt habe, oder mit der Erhebung der Asterpfandklage einverstanden sei. Ueberhaupt ist die Rechtsstellung des Asterhypothekars sowohl seinem Auktor gegenüber, als zum Pfandgut und dessen Realinteressenten, durchaus analog derjenigen des bürgerlichen Cessionars; es gilt also für ihn, was oben über die Hypothekarforderung des Letzteren und die Vertheidigung gegen dieselbe gesagt ist: auch der Asterhypothekar steht unter dem Schutz des Publizitätsprinzips und kann folgeweise mit seinem dinglichen Anspruch unter Umständen auch dann zur Befriedigung durchdringen, wenn das Hypothekarrecht seines Verpfänders materiell ungiltig war, oder zur Zeit bereits erloschen ist.¹⁶⁾

b) Aus dem Werth der verpfändeten Satzpost selbst erlangt der Asterhypothekar seine Befriedigung, indem er entweder

1) deren exekutive Feilbietung begehrt; das geschieht mittelst Pfandklage, welche gegen den bürgerlichen Inhaber der verpfändeten Post (sei er zugleich der Schuldner in der Asterpfandschuld oder nicht) gerichtet, und deren Petit auf pfandrechtliche Veräußerung der Post zum Zwecke der Befriedigung des Klägers gestellt wird. Voraussetzung ist, wie bei jeder Hypothekarforderung, der Beweis des Pfandrechtes und die Liquidation der (fälligen) Asterpfandschuld.¹⁷⁾ Die Feilbietung findet nach den Vorschriften über Mobilienexekution statt (a. G. D. § 347), jedoch ohne Schätzung, da der eingetragene Schuldbetrag als Ausrufspreis

14) Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur pignus secundo creditori tenetur. L. 13 § 2. D. de pign. 20, 1.

15) Nur wenn auch die verpfändete Hypothekarforderung fällig ist, kann der Asterhypothekar Befriedigung aus dem Kauffchilling fordern; sonst muß er sich gefallen lassen, daß jene sammt dem Superjuss auf den Ersteren übertragen wird, a. G. D. § 328.

16) S. darüber oben §§ 54, 55; OUV. 3288, 4165 (Anerkennung der Gültigkeit einer Asterhypothek, obzwar zur Zeit ihrer Entstehung die verpfändete Hypothekarforderung durch Zahlung, bereits materiell erloschen war). Insbesondere gilt auch Alles dort über das Kompensationsrecht Ausgeführte ebenso für den Asterhypothekar.

17) Vgl. oben § 35. Hinsichtlich der Einreden s. die vorige Note.

gilt.¹⁸⁾ Die Fälligkeit der verpfändeten Post ist nicht Bedingung ihrer pfandrechtlichen Veräußerung.¹⁹⁾ Bestand an ihr eine Mehrheit von Asterpfandrechten, so muß über die rangmäßige Verteilung des Kauffchillings ebenso verhandelt werden (eventuell im Vorrechtsprozeß), wie beim Zusammenreffen von Haupthypotheken auf den Erlös eines Tabularkörpers.²⁰⁾

2) Anstatt der Feilbietung kann der siegreiche Asterpfandkläger die gerichtliche Ueberweisung²¹⁾ der verpfändeten Forderung bis zum Betrag seiner Forderung (samt Anhang) und den bücherlichen Vollzug dieser Cession begehren. Dadurch wird hinsichtlich des dem Gegner verbleibenden Restes das Asterpfandrecht aufgehoben und die Asterpfandschuld wie durch Zahlung getilgt; doch bleibt der Exekut, falls er Personalschuldner ist, für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der überwiesenen Forderung, vorbehaltlich eines gegnerischen Verschuldens, schlecht hin²²⁾ haftbar (a. G. D. § 317, 318). — Wenn mehrere Asterpfandrechte zusammenreffen, kann die Auftheilung der Forderung eventuell erst nach durchgeführter Prioritätsverhandlung stattfinden. Jedem Asterhypothekar für sich aber steht es frei, anstatt der Auftheilung die Feilbietung zu begehren; nur versteht sich, daß jeweils der im

18) Hofdekr. v. 27. Okt. 1837. J. G. S. 385; oben S. 367.

19) Das Gegentheil lehrt Stubenrauch, a. a. D. nach Nippel, III, S. 475; dabei ist übersehen, daß hier nicht das Asterpfandrecht (wie in dem Falle oben sub a), sondern das in der Satzpostverpfändung mitbegründete Forderungsrecht zur Ausübung kommt. Der erste Verpfänder wird dadurch sowenig als durch eine Cession beschwert, da natürlich die Ausübung des Pfandrechts am Grundstück (seitens des Erstehers der Post) bis zur Fälligkeit der letzteren ausgeübt bleibt.

20) S. darüber unten § 71 fgde.

21) „Exekutive Einantwortung“, a. G. D. § 314—319. S. darüber oben § 46 a. E. und Seite 394 ff.

22) Nicht unter der für vertragsmäßige Cessionen statuirten Beschränkung des § 1398 a. b. Gb. (vgl. oben § 50, Nr. 10); eine Ausdehnung jener singulären Vorschrift auf unsern Fall erscheint nicht nur nach allgemeinen Grundsätzen unzulässig, sondern hier insbesondere noch unbillig, da der Exekutionsführer nicht nach freier Ueberlegung die Forderung erwirbt, sondern, durch das Nichtzahlen seines Schuldners gezwungen, die meist für Beide günstigere Exekutionsalternative ergreift. (Unrichtig daher die Bemerkung der Manz'schen Gesetzesausgabe zu § 318, a. G. D.)

Rang Nachstehende sich mit der Feilbietung desjenigen Restes der Forderung begnügen muß, welcher nach der an die Vorgehenden mit ihrem Willen erfolgten Theilcession noch übrig ist.

3) Hat der verpfändete Schuldner, oder ein Dritter für ihn, den Schuldbetrag gerichtlich erlegt (a. b. G. B. § 1425, 455), so gehen die Ansprüche der Asterhypothekare auf rangmäßige Befriedigung aus der deponirten Summe, welche wie der Kauffchilling im Falle einer exekutiven Feilbietung der verpfändeten Post (s. oben unter 1) zu behandeln ist. Den etwaigen Streit um ihre Antheile an der Erlagssumme haben die Asterhypothekare unter sich, beziehungsweise gegen ihren gemeinschaftlichen Schuldner, auszufechten (durch Vorrechts-, beziehungsweise Pfandklage). Den Eigentümer des Pfandgutes kümmert das nicht, er ist durch den Erlag frei geworden und kann die Haupthypothek sammt ihren Superfäßen unmittelbar zur Löschung bringen.²³⁾

Wie der Grundbuchkörper selbst, so kann auch die einzelne Satzpost bloß ad fructus verpfändet werden (vgl. oben S. 48, 161), und bei gewissen vinkulirten Hypotheken (unten § 60) ist eine Verpfändung anders gar nicht möglich. Der Asterhypothekar hat dann kein Recht auf Veräußerung oder Einantwortung der Kapitalforderung, sondern

23) Dies hat die Entsch. des ob. Ohs. bei OULW. 5434 verkannt und folgerweise wurde (nach § 1369 a. b. Gb.) die Zuweisung des Depositum an den ersten Asterhypothekar von der Beischaffung der Lösungsquittungen aller Supergläubiger abhängig gemacht; sachlich richtig bemerkte die zweite Instanz, „daß die Zahlung der (Haupt-) Pfandforderung schon durch den nach § 1425 a. b. Gb. erfolgten Erlag . . . bewirkt wurde, die bücherliche Löschung daher auf Grund dieses Erlags zu bewirken wäre“ (s. auch oben bei Note 10). Das Entscheidende jedoch ist, daß der gerichtliche Erlag der Zahlung nicht nur gleich, sondern in der vorliegenden Beziehung stärker wirkt, indem er die Superfäße auch ohne Zustimmung der Asterhypothekare mit aufhebt, was die Zahlung ebensowenig thut (§ 455 a. b. Gb.) als andere materielle Endigungen des verpfändeten Rechtes; (richtig daher die Entsch. OULW. 5025, daß mit der Löschung des Nießbrauches wegen Tod nicht ohne Weiteres zugleich die auf dem Fruchtgenuß haftenden Pfandrechte entfallen, sondern nach § 51 G. B. G. vorzugehen ist). Aber das Institut der gerichtlichen Deposition erfüllt gerade darin seinen Zweck, daß es dem Schuldner alle Rechtsfolgen der Zahlung sichert, wo diese selbst „aus wichtigen Gründen“ (§ 1425) unterbleiben muß; und zwar hier darum, weil bei Verwicklungen unter den Asterberechtigten die erforderliche Zustimmung (§ 455) derselben nicht ohne Weiterungen zu erlangen ist, welchen der Hauptschuldner gesetzlich nicht unterworfen werden kann ohne den Grundsatz zu verletzen, daß die Weiterverpfändung ihm nicht schaden soll.

nur auf allmähliche Befriedigung aus den Zinsen, was ihm durch exekutive Sequestration der Forderung vollstreckt wird; er steht vom Zeitpunkt des Sequestrationsdekretes bis zu dessen Wiederaufhebung dem Hypothekarschuldner gegenüber in der Rechtsstellung eines Nießbrauchers der Forderung.

B. Belastung durch Nießbrauch.

§ 59.

Nach östreichischem Recht wird der Nießbrauch an Hypothekarforderungen durch die Verbücherung dieses Rechts zu Lasten der eingetragenen Hypothek erworben.¹⁾ Die so begründete Belastung enthält keine Veräußerungsbeschränkung für den Hypothekar: er kann das beschwerte Recht beliebig, auch theilweise, abtreten oder verpfänden; dem Nießbraucher wird dadurch sein Recht auf den Bezug der Zinsen (a. b. G. B. § 510), wofür ihm das Pfandgut haftet, nicht berührt. Ebenso gewiß ist, daß andererseits der Hypothekarschuldner (beziehungsweise der Drittbefitzer des Pfandgutes) die jeweils fälligen Zinsen an ihn abführen oder gerichtlich hinterlegen muß, wenn er sein Gut von der Haftung dafür frei machen will (arg. § 455 a. b. G. B.), und daß er durch Rückzahlung des fälligen Kapitals an den Gläubiger unter Zustimmung des Nießbrauchers, oder aber in Ermangelung der letzteren durch die Deposition zu Gerichtshänden, einen liquiden Löschungstitel hinsichtlich der Hypothek sammt Usufrukt erwirbt.²⁾

Hingegen bleibt es, in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung, zweifelhaft, ob der Hypothekar befugt sei, ohne Zustimmung des Nießbrauchers die Fälligkeit der Forderung durch eigenen Willen³⁾ herbei-

1) Und zwar (im Gegensatz zum Pfandrecht an solchen Forderungen, vgl. oben Seite 446) nur durch die bücherliche Eintragung, nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 481 a. b. G. B.: „das dingliche Recht der Dienstbarkeit kann auf unbewegliche Sachen und überhaupt auf solche Gegenstände, die in öffentlichen Büchern eingetragen sind, nur durch die Eintragung in dieselben erworben werden.“

2) Vgl. oben S. 449, 453; ebenso Dernburg, pr. Prkt. I, S. 624.

3) Wo die Forderung schon von Haus aus auf einen Endtermin gestellt ist, kann ebensowenig ein Zweifel aufkommen, als im Falle einer berechtigten Kündigung seitens des Schuldners, dem sein Kündigungsrecht durch die Nießbrauchsbestellung nicht geschmälert werden kann.

zuführen, oder ob er trotz seiner nuda proprietas an der Substanz des Kapitals dieses ausstehen lassen muß, weil dem Nießbraucher sein Recht auf die Zinsen gerade dieses Kapitals wider Willen nicht entzogen werden darf.⁴⁾ Keinesfalls bildet die Berufung auf den Bestand eines Nießbrauchs und den Mangel der Zustimmung des Usufruktuars zu der Hypothekarklage eine wirksame Einrede gegen diese. Wie in dem analogen Falle beim Pfandrecht (s. oben S. 449) wird der Hypothekarschuldner eventuell zur gerichtlichen Deposition an Zahlungsstatt verurtheilt; in welcher Weise Gläubiger und Nießbraucher sich alsdann über den hinterlegten Betrag auseinander zu setzen haben, und welchen Inhalt das Nießbrauchsrecht der neuen Sachlage gegenüber annimmt,⁵⁾ gehört nicht hierher, da der durch die Tilgung der Pfandschuld befreite Grundbuchskörper davon nicht weiter berührt wird.

Der Hypothek-Nießbraucher hat die Hypothekarklage auf die Zinsen der Satzpost — nicht auch auf Eintreibung des Kapitals⁶⁾ — wie ein bücherlicher Cessionar; er steht dabei wie dieser unter dem Schutz des Publizitätsprinzipes, so daß ihm bei redlichem Erwerb seines Nießbrauchs die bücherlich nicht ersichtlichen Mängel im Rechte seines Autors nicht schaden. Insbesondere also bleibt sein Recht auf die vollen verbücherten Zinsen aufrecht, auch wenn eine außerbücherliche Zinsherabsetzung stattgefunden hat, oder ein Theil des Kapitals ohne sein Wissen zurückbezahlt aber nicht gelöst wurde (§ 469 a. b. G. B.), gleichgiltig ob diese Rechtsgeschäfte vor oder nach Errichtung des Nießbrauchsverhältnisses erfolgt sind. Bücherlich nicht angemerkte Vorauszahlungen von nicht fälligen Zinsen beeinträchtigen seinen Anspruch

4) Letzteres ist die Ansicht Dernburgs, a. a. D. Mir scheint das Erstere dem Sinne unserer Gesetzesstelle (§ 510 a. b. G. B.) mehr zu entsprechen, welche gegenüber dem unmittelbar vorher normirten Fall (Nießbrauch an Baargeld) nur eine Beschränkung, nicht auch eine sonstige Veränderung der Rechtsstellung des Nießbrauchers zu verfügen scheint: . . . „Mit dem baaren Gelde kann der Berechtigte nach Belieben verfügen. Wird aber ein bereits anliegendes Kapital zum Fruchtgenuß oder Gebrauche bewilligt, so kann der Berechtigte nur die Zinsen fordern.“ Unsere Kommentatoren berühren die Frage nicht.

5) Vgl. Bärkel, Beitr. z. l. v. Nießbrauch 1862, Hanauersk., L. v. un-eigentlichen Nießbrauch 1879, § 14, 15.

6) Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob der Forderungsnießbraucher das jus exigendi habe (s. darüber Hanauersk., a. a. D. S. 92 fg.), ist durch a. b. G. B. § 510 im negativen Sinne entschieden.

nicht. 7) Letzterer erstreckt sich auf alle Zinsen, die nach Maßgabe der verbücherten Bestimmungen über Höhe und Termine der Zinsenschuld innerhalb der Dauer des bestehenden Nießbrauchs fällig werden, ohne Rücksicht darauf, ob die Zinsen prae- oder postnumerando zu leisten sind, und ob auch die Zeiträume, für welche sie laufen, zur Gänze in die Nießbrauchsdauer hineinfallen, oder nicht. 8)

C. Belastung durch Verfügungsbeschränkungen.
(Vinkulirung der Hypotheken.)

§. 60.

1) Gewillkürte Veräußerungs- und Belastungsverbote.¹⁾

Das der Einräumung oder Abtretung eines Hypothekarrechts vertragsmäßig oder letztwillig beigelegte Veräußerungs- oder Ein-

7) Arg. § 1102 a. b. Ob.; vgl. oben S. 279.

8) Dies wird nach Analogie des Sach-Nießbrauchs — wo es ja auch von dem Zeitpunkt der Perzeption der Früchte allein abhängt, wem sie zufallen, L. 13. D. quib. mod. usufr. (7, 4), L. 25, § 1. D. de usur. (22, 1) — nach gemeinem Recht angenommen (Seuff. Arch. XVI, 274. Hanaußel, a. a. D. S. 119). Bei uns ist es zweifelhaft wegen des Schlusssatzes in § 519 a. b. Ob.: „Auf andere Nutzungen hat der Fruchtnießer oder dessen Erben den Anspruch nach Maß der Dauer der Fruchtnießung.“ Der § hat aber, wie der erste Satz zeigt, nur den Sach-Nießbrauch vor Augen, meint daher mit jenen „andern Nutzungen“ solche, die abgesehen von eigentlichen Früchten noch aus körperlichen Sachen gezogen werden, sei es in natura oder durch Verwerthung (z. B. Pachtzins; aber auch hinsichtlich dieser wollen Zeilker und Nippel unsere Vorschrift nicht angewendet wissen, wenn der Fälligkeitstermin noch in die Zeit des Nießbrauchs gefallen war). In unserem Falle jedoch, wo der Nießbrauch an einem „bereits anliegenden Kapital“ (§ 510) mit seinen in festen Terminen fälligen Zinsen haftet, scheint es mir nicht nur das Einfachere, sondern auch der Absicht der Parteien und des Gesetzes näher liegende zu sein, wenn man die periodischen Zinsen der Ernte gleichstellt und die Analogie des ersten Satzes unseres § 519 zur Anwendung bringt, wonach sich das im Text Gesagte ergibt. Uebrigens bleibt dieses, für den Hypothekerverkehr und dem Hypothekarschuldner gegenüber, auch dann wahr, wenn man in der materiellen Frage die andere Ansicht annimmt: die Hypothekarklage des Usufruktuars auf die ganze fällige Zinsensrate ist immer begründet, wenn nur im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit der Nießbrauch zu Recht bestand, und die freiwillige Zahlung der Zinsen an ihn entlastet unter derselben Voraussetzung stets das Pfandgut von der Haftung für die ganze Zinsensrate. Die Ausgleichung darüber, was — der supponirten Ansicht zufolge — hiemit der Usufruktuar möglicherweise zuviel oder zu wenig bezogen hat, kann nur hinterher zwischen ihm und dem Proprietar sich vollziehen.

1) Es gilt darüber nichts Anderes, als was schon oben S. 161 hinsichtlich

schuldungsverbot²⁾ soll nach der regelmäßigen Parteienabsicht nicht obligatorische, sondern absolute Kraft haben: es will den neuen Hypothekar nicht bloß zum Behalten der Hypothek verpflichten, sondern am Veräußern derselben durchgreifend hindern. In diesem Sinne auferlegt enthält das Verbot eine Schmälerung des gewährten Rechtes, indem zwar dessen voller Genuß, nach Nutzungen und Substanz, übertragen, die Verfügung³⁾ über das Recht aber vorenthalten ist.

Bisher nun war über die Zulässigkeit und Eintragbarkeit solcher Beschränkungen kein Streit; neuerlich jedoch ist die Ansicht aufgestellt, daß gewillkürte Veräußerungsverbote nach östreichischem Recht nur zwischen den unmittelbar Betheiligten, nicht aber gegen Dritte, wirken, daher auch der Eintragung in die öffentlichen Bücher weder bedürftig noch fähig seien. Als Hauptgrund hierfür wird angeführt, das aus einem solchen Verbot für den Verbieter erwachsende Recht sei weder ein dingliches, noch eines der nach G. B. O. § 9 ausnahmsweise der Verbücherung fähigen persönlichen Rechte, mithin durch eben diesen § von der „Verdinglichung“ ausgeschlossen und sonach der absoluten Wirkung baar.⁴⁾ Dieß jedoch erledigt sich mit der Erkenntniß, daß überhaupt von dem Rechte des Verbieters (auch wo ein solches besteht, was nicht überall zutrifft) als Gegenstand der fraglichen Verbücherung gar nicht die Rede ist, sondern von einer Beschränkung an dem bürgerlichen Rechte des unter dem Verbot Erwerbenden. Die zu verbüchernde Uebertragung ist eben keine volle, sondern eine geschmälerete, und dieser Umstand kann und soll hier, wie sonst, als zu den „wesentlichen Bestimmungen“ des übertragenen Rechtes gehörig, im Hauptbuch ersichtlich gemacht werden durch Aufnahme in den Tenor des Eintrags.⁵⁾ — War die Beschränkung erst nachträglich auferlegt und

der Vinkulirung ganzer Tabularkörper in Kürze festgestellt wurde und damals unbefristete Sache war. Seither ist durch eine anregende Einzeluntersuchung (Steinbach, die Wirkungen vertragsmäßiger und letztwilliger Veräußerungs- und Belastungsverbote nach Kst. Rt. 1877) eine entgegengesetzte Meinung vertreten, und daher ein genaueres Eingehen auf die Frage hier nöthig geworden.

2) Das Erstere begreift im Zweifel das Letztere in sich, vgl. oben § 57 bei Note 11.

3) Ueber Genuß und Verfügung als trennbare Elemente im Verhältniß des Rechtes zu seinem Subjekt s. Bekker, Jahrb. f. Dogm. XII, S. 1 gg.

4) Steinbach, a. a. D. S. 23.

5) „In das Hauptbuch sind die wesentlichen Bestimmungen der bürgerlichen

angenommen worden, so steht für ihre Verbücherung die Form der Anmerkung offen, wie ja auch nachträgliche Rangveränderungen in dieser Form eingetragen werden, obwohl das G. B. G. § 20 der Anmerkung einer Nachstehungserklärung nicht gedenkt.^{6) 7)}

Vom formalen Tabularrecht aus ist also gegen die bücherlichen Verfügungsbeschränkungen nichts einzuwenden, wie denn auch die bisherige Praxis (s. unten) hierin nie eine Schwierigkeit gefunden hat. Man ruft aber in zweiter Linie auch materielle Argumente rechtspositiver Natur auf, indem man auf die Gefährdung der Freiheit und Sicherheit des Verkehrs, welche aus der rechtlichen Anerkennung von gewillkürten Dispositionsbeschränkungen mit absoluter Wirkung folgen soll, hinweist und daraus unmittelbar folgert, daß von ihrer bücherlichen Eintragung „schon aus dem Grunde nicht gesprochen werden könne, weil eine solche Eintragung gar keinen andern Zweck als den

Rechte einzutragen“ G. B. G. § 5; wobei „der Grundbuchsrichter die in der Urkunde selbst festgesetzten Rechtsbeschränkungen zu berücksichtigen hat.“ (Motive zu dem Urth. GUB. 569.)

6) Die dort angeführte „Anmerkung der Rangordnung“ ist die nach § 53 G. B. G. — Die oberstr. Entsch. vom 11. März 1879 (G. Z. 1880 Nr. 103) anerkennt ein Klagerrecht auf Anmerkung eines letztwilligen Veräußerungsverbotes und bewilligt dafür sogar die Streitannmerkung.

7) Wenn man mit Steinbach S. 24, 25 die Anmerkung des Veräußerungsverbotes deshalb für unzulässig hält, weil § 20 G. B. G. sie nicht enthält, so thut man diesem höchst unglücklich abgefaßten § zu viel Ehre an, welcher sich den Schein giebt das Gebiet der Anmerkungen umgrenzen zu wollen, dabei aber doch über Beispiele nicht hinauskommt. „Die grundbücherlichen Anmerkungen können erfolgen: a) zur Ersichtlichmachung persönlicher Verhältnisse (?), insbesondere von Beschränkungen der Vermögensverwaltung, . . .“ Uebrigens läßt sich ganz wohl die Wirkung eines Veräußerungsverbotes als eine (partielle) „Beschränkung der Vermögensverwaltung“ ansehen, wenngleich (aus den im Kontext des § 20 weiterhin angeführten Beispielen) gewiß ist, daß bei Abfassung der Gesetzesstelle zunächst an allgemeine Dispositionsbeschränkungen gedacht ist. Spricht man in unserem Falle lieber (mit Steinbach) von einer „durch das Verbot betroffenen Sache“, so ist das doch nur ein Bild, und kaum ein richtiges, denn dem Verbot unterliegt nicht etwa jeder Inhaber der Sache, sondern nur der Eine, dem es auferlegt ist, dieser aber so, daß er kraft desselben nicht nur nicht veräußern darf, sondern gar nicht kann, hinsichtlich dieses Einen Objectes also einem Kridar oder Unmündigen gleichsteht. — Nach preussischem und bairischem Recht werden vertragemäßige Cessionsverbote in Form einer Protestation verbüchert (s. Regelsberger Hdt. § 65, Note 7), was unserer Anmerkung entspricht und die Wirkung gegen Dritte in sich schließt.

der Wirkung dieser Beschränkung Dritten gegenüber haben könnte, dieser Erfolg aber als unerlaubt sich darstellt.“⁸⁾ — Sicherlich ist die rechtsgeschäftlich statuirte Unveräußerlichkeit des Hypothekarrechts, wie jede Einkuftrung, ein Hemmnis im Verkehr; eine Gefahr ist sie nicht, sobald die bücherliche Ersichtlichkeit als Bedingung der Wirkung gegen Dritte feststeht. Daß aber um jenes Hemmnisses willen das in Frage stehende, keinerlei unsittliches Element enthaltende, Rechtsgeschäft von der positiven Rechtsordnung unterdrückt und seines beabsichtigten Effectes entkleidet sei, ist eine unbeweisbare Behauptung. Eine Behauptung, die aber auch die innere Wahrscheinlichkeit gegen sich hat auf dem Boden einer Civilgesetzgebung, welche wie die östreichische dem kontrahirenden Parteiwillen fast keine Schranken zieht, und welche insbesondere — was hier unmittelbar einschlägt — die zerstörende Wirkung der erfüllten Resolutivbedingung gegen Dritte anerkennt. Denn es braucht der Testator die Zuwendung einer Hypothekarforderung nur an die auflösende Bedingung der Nichtveräußerung zu knüpfen, um die angeblich verpönte Wirkung gegen Dritte unfehlbar zu erreichen, und auch unter Lebenden könnte dasselbe stets gültig ausgemacht werden.⁹⁾ Aber warum sollte die rechtliche Tragweite des bedingenden Willens größer sein, als die des bloß beschränkenden?

Demnach billigen wir die bisher ständige Praxis der östreichischen Gerichte, wonach die Wirkung eines gewillkürten Veräußerungsverbotes, wenn dasselbe zu dem Hypothekarrecht, dessen Beschränkung es enthält, bücherlich verzeichnet ist — sei es schon im Tenor des betreffenden Erwerbungsbeitrages, oder nachträglich als Anmerkung — dahin geht, daß hiernach eine freiwillige Cession oder Afterverpfändung vom Grundbuchsrichter nicht zugelassen werden darf.¹⁰⁾ Die aus Versehen dennoch

8) Steinbach, S. 25 — Für das gemeine R. ähnlich L. Seuffert, Arch. f. civ. Pr. 51, S. 102 fg., dagegen aber Windscheid, Pand. § 335, Note 5. Mittermaier, D. Pr. R. I, § 263 a. E. und die Urtheile in Seuff. Arch. I, 176; XXXI, 251.

9) Dies steht außer Zweifel und ist auch von Steinbach, S. 12, 19 anerkannt.

10) S. die oberstrichterl. Entsch. bei GUB. 116, 140, 238, 1331, 3784, 5991, dann das Urth. v. 5. März. 1879, S. G. Z. 1880 Nr. 91. Ueberall liegt der Satz zu Grunde, daß das Veräußerungsverbot der freiwilligen Uebertragung und Verpfändung, nicht aber der exekutiven, im Wege stehe: Z. B. Abweisung des Gesuches um Intabulation, eventuell Pränotation, einer Cession, „weil bei der frag-

bewilligte und bürgerlich vollzogene Veräußerung wäre dem Cessionar (beziehungsweise Pfandhypothekar) gegenüber, welcher den Buchinhalt zu kennen verpflichtet war, jederzeit anfechtbar (vgl. oben S. 109, 112). Ist das Verbot ein bedingtes oder zeitlich beschränktes (z. B. auf die Dauer einer Ehe), so kann ein eventuell wirksames Veräußerungsgeschäft schon jetzt abgeschlossen und (mit ausdrücklichem Hinweis auf seine bloß eventuelle Wirkung) bürgerlich eingetragen werden.¹¹⁾

Eine nothwendige Cession aber wird durch das gewillkürte Veräußerungsverbot so wenig aufgehoben, als die exekutive Pfändung durch ein ebensolches Einschuldungsverbot.¹²⁾

2) Substitutions- und Fideikommissband.

Letzteres verhält sich anders, wo die Rechtsbeschränkung des Hypothekars ihren Grund in erworbenen Rechten Dritter hat, wie bei dem Vorhandensein eines Substitutions- oder Fideikommissbandes. Diesfalls ist auch die exekutive Cession und Pfändung der so vinkulirten Hypothekarforderung ausgeschlossen (resp. beschränkt),¹³⁾ weil der Rechtszwang nur das ergreifen kann, was im Vermögen des Schuldners steht.¹⁴⁾ Hier reicht der Arm der Exekution nicht weiter, als die Möglichkeit freiwilliger Disposition: was man nicht hat kann man weder freiwillig noch unfreiwillig verlieren. Dort aber liegt die Sache juristisch anders: wer unter einem echten Veräußerungsverbot besitzt,

lichen Mente die (testamentarisch versügte) Beschränkung besteht, daß sie von B. weder verpfändet noch übertragen werden darf, daher eine von ihm ausgehende Uebertragung, wie sie hier vorliegt, weder zur unbedingten noch zur bedingten Einverleibung geeignet ist" (aus den Motiven bei G.U.W. 1331).

11) Urth. bei G.U.W. 436.

12) S. die Entscheidungen in Note 10, insbes. G.U.W. 5991 und das Urtheil v. 5. März 1879: . . . „da kein Gesetz besteht, kraft dessen ein derlei Verbot einem Gläubiger in der Verfolgung seines Rechtes hinderlich sein sollte.“

13) Das Genauere s. oben § 25, Note 17—20, a. b. G. §§ 613, 631, 632, 635, 642; die Pfändung ist überall nur hinsichtlich der Zinsen, die Cession bei Familienfideikommisskapitalien nur auf $\frac{1}{3}$, bei Substitutionsforderungen nur unbeschadet der Anwärterrechte möglich.

14) In diesem Sinne urtheilte der ob. G. Hof. mit Entsch. vom 5. Dez. 1877, G.U.W. 6692.

dessen Wille ist gebunden, so daß er nicht vergeben kann was er allerdings hat, und was man ihm daher nehmen kann, wie man es auch einem allgemein Verfügungsunfähigen im Exekutionswege nimmt.

Wegen der vorliegenden praktischen Verschiedenheit in den Folgen ist das echte Veräußerungsverbot, welches rein negativ ist, scharf zu unterscheiden von solchen Verfügungen, welche in der Form des Veräußerungsverbotens eine Rechtsvergabe an Dritte enthalten, wo also das ausgesprochene Verbot bloß die Rehrseite des dadurch indirekt dem Dritten gewährten Rechtes darstellt.¹⁵⁾ Wann dies der Fall, ist eine Frage der Auslegung; bei letztwilligen Veräußerungsverboten¹⁶⁾ — und wohl auch sonst, wenn keine Anhaltspunkte für das Gegentheil vorliegen — spricht die Vermuthung für das reine Verbot (a. b. G. B. § 610 a. E.).

3) Kautionsband.

Ein Hypothekarrecht kann (wie ein Tabularkörper) haftbar gemacht werden für eine Forderung oder Gruppe von Forderungen, die gegen den Bucheigenthümer desselben noch nicht bestehen, für den Fall, daß dieselben aus einem bestimmten Rechtsgrunde kontraktlicher oder deliktischer Art künftig entspringen sollten.¹⁷⁾ Wird eine solche Haftung bürgerlich eingetragen, was nur unter Feststellung eines Höchstbetrags geschehen kann, so entsteht eine Pfandhypothek als Kautionshypothek, deren Inhalt und Wirkung durch die bereits dargelegten Grundsätze bestimmt ist.¹⁸⁾ Die Praxis bedient sich bei der Eintragung zuweilen des Ausdruckes „Kautionsband“ anstatt zu sagen Pfandrecht für die Haftung (Kaution).

In einem andern Sinne kommt derselbe Ausdruck dort vor, wo

15) So war die Sachlage, über welche das in der vorigen Note angeführte Urtheil erging.

16) Im Gegensatz zum Testirverbot, welches als fideikommissarische Substitution ausgelegt wird, § 610 a. b. G. B.

17) Z. B. Kaution beim Abschluß eines Lieferungsvertrages für eventuellen Schadenersatz, bei Uebernahme eines verantwortlichen Amtes für künftige Ansprüche aus pflichtwidriger Amts- oder Geschäftsführung, bei Entlassung aus der Untersuchungshaft nach Str. Pr. D. § 192 ff. für die aus dem Entweichen erwachsenden Ansprüche, Cautio usufructuaria, aktorische Kaution u. dgl. m.

18) S. oben S. 133, 243 und § 58.; G. B. G. § 14.

ein Hypothekarkapital kraft besonderer Vorschriften für die Dauer eines bestimmten Verhältnisses deshalb vinkulirt wird, weil es mit seinen Einkünften einem bestimmten Zweck zu dienen hat und demselben durch die Willkür der an sich Berechtigten nicht entziehbar sein soll, wie das namentlich bei den sog. Militär-Heiratskautionen der Fall ist. Hier liegt keine Pfänderverpfändung vor, sondern eine Art zeitweiliger Stiftung; das bücherlich angemerkte „Kautionsband“, welches erst mit dem Wegfall des zu schützenden Verhältnisses wieder gelöscht werden kann, hindert innerhalb der einschlägigen Sondervorschriften¹⁹⁾ sowohl die freiwillige als die exekutive Veräußerung der vinkulirten Hypothek.

19) S. dieselben bei Michel Hdb. Nr. 814 (aber im Einzelnen ist dort Manches veraltet).

Fünftes Buch.

Kollision der Hypotheken.

I. Die Rangordnung.

§ 61.

1) Die Regel.

Es ist ein in der Geschichte des Pfandrechtsinstituts begründeter¹⁾ und von allen europäischen Pfandrechtsystemen überkommener Satz, daß, wo beim Zusammentreffen einer Mehrheit von Pfandrechten auf Einem Objekt durch die Unzulänglichkeit desselben die Konkurrenz dieser Rechte zur Kollision wird, nicht Prävention die Entscheidung herbeiführen soll, sondern eine zum Voraus gesetzlich feststehende Regel, welche den konkurrierenden Ansprüchen die Reihenfolge ihrer Befriedigung

1) Begründet nämlich durch die juristischen Gesichtspunkte, welchen die Verpfändung einer schon verpfändeten Sache unterstellt wurde, als im römischen Pfandverkehr zuerst solche Geschäfte aufkamen (was nicht vor Rezeption der griechischen Verpfändungsart geschehen sein kann). Vgl. die eine Auffassung des Geschäftes (als bedingte Verpfändung) in L. 9, § 3. D. qui potior. 20, 4; die andere (als Verpfändung der hyperocha) in L. 6. D. de naut. foen. 22, 2, L. 20. D. qui pot. 20, 4, L. 96, § 3. D. de solut. 46, 3; beide verbunden in L. 15, § 2. D. de pign. 20, 1; dazu Dernburg, röm. Pfnd. II. S. 479 fg. Cynner, Pfandrechtsbegriff S. 102, 114. In der Subsumtion des Geschäftes unter eine dieser beiden Begriffskategorien — zu welcher wiederum die alte Anschauung, daß die Verpfändung eine Art Veräußerung sei (mancipatio sub fiducia), geführt hat — liegt als Konsequenz schon die Regel vom Altersvorzug und der Ausschluß des an sich nicht minder möglichen Gedankens, daß mehreren Pfandgläubigern die Pfandsache grundsätzlich ebenso unterschiedslos hafte, wie den Gemeingläubigern das Vermögen des Schuldners.

vorschreibt, und damit unter ihnen eine Rangordnung aufstellt.²⁾ Eine solche kann, von allen Einzelheiten abgesehen, an sich in doppelter Weise wirksam gedacht werden. Entweder so, daß durch gewisse rechts-erzeugende Thatfachen, ursprüngliche oder nachfolgende, jedem einzelnen Hypothekar eine Werthportion aus dem Pfandgut zu seiner Befriedigung zugewiesen erscheint, indem bestimmt ist, welche Summe aus dem künftigen Erlös ihm vorgeht, und daß auf diese Summe, auch wenn sie nicht von anderen Hypotheken ergriffen würde, ihm keinesfalls ein Anspruch zukommt. Bei dieser Ordnung stellt sich der Rang (die Pfandstelle, Lokus) als feste und immanente Qualität des einzelnen Hypothekarrechtes dar, welche seinen Inhalt und Werth ein für allemal mit bestimmt; eine Veränderung kann es nicht geben; über leer gebliebene oder leer gewordene Stellen verfügt der Eigentümer, und was bei der Pfandexekution auf eine solche aus dem Kaufschilling entfällt, kommt ihm zu Gute.³⁾ Oder aber — und hierin besteht das andere mögliche Prinzip der Rangordnung — diese Ordnung bestimmt bloß relativ die Reihenfolge, in welcher jene Hypotheken, die zur Zeit des eröffneten Befriedigungsverfahrens vorhanden sind, zum Zuge gelangen sollen, nach dem Grundsatz, daß eigentlich jedem Hypothekar der ganze Erlös des Pfandgutes verfangen ist, aber wegen der eingetretenen

2) Ansichten der gemeinrechtlichen Literatur über das Wesen des Ranges s. bei Bar, Arch. f. civ. Pr. 53 (n. F. III.) S. 374 fg. (Dernburg, Bremer, Göppert).

3) Die sog. Lokustheorie, welche in Etwas abgeschwächt in Mecklenburg (Meibom, S. 260, 262) zu Recht besteht und in der ältern preussischen Praxis und Literatur vielfach vertheidigt (s. z. B. Hagen, die Hypothek des Eigentümers 1836, S. 29 fg.), aber von der neuesten Gesetzgebung verworfen ist: preuß. Ges. vom 5. Mai 1872, § 62, vgl. Werner, Mat. II, S. 28. — Für das gemeine Recht versucht Simon (Arch. f. civ. Pr. 41, S. 56, 60 fg.) aus den bekannten Bestimmungen über die sog. hypothekarische Succession ein ähnliches Ergebnis zu gewinnen. Das allerdings läßt sich nicht halten; doch ist es (gegenüber Aufstellungen, wie bei Bremer, Hypothek und Grundschulb. S. 33, 34) immerhin bemerkenswerth, daß den Römern die Möglichkeit einer Fixirung des Lokus im obigen Sinne nicht entgangen ist, und daß dieselbe, nicht als dem Wesen des Pfandrechts, sondern nur als der Parteienabsicht zuwiderlaufend, abgewiesen wird. L. 15, § 2, D. de pignor. 20, 1. (dazu Dernburg, röm. Pfrr. II, S. 481). Wären die Römer bei der anfangs ergriffenen Auffassung (s. Note 1), daß die Nachverpfändung nicht Verpfändung derselben Sache sondern der hyperocha sei, geblieben, so würden sie zur Lokustheorie gelangt sein.

Kollision partes concursu fiunt, jedoch nicht ex praeventione, sondern ex ordine. Hiernach ist der Rang jeder einzelnen Hypothek nur der Ausdruck ihres jeweiligen Verhältnisses zu den derzeit vorhandenen sonstigen Hypotheken, also eine veränderliche Größe, die den günstigen und, bei dem Vorhandensein von Vorrechtsprivilegien, auch den ungünstigen Wechselfällen der Zukunft unterworfen ist; Offenhaltung einer Pfandrechtsstelle kann es nicht geben; bei Wegfall eines vorgehenden Pfandrechtes erfolgt das Nachrücken kraft rechtlicher Nothwendigkeit.

Letzteres ist das Rangprinzip des gemeinen und (mit einer neueren Abweichung hinsichtlich des Vorbehaltes von Rangstellen) auch des östreichischen Rechtes. In der Durchführung des Prinzips freilich unterscheidet sich unser Recht von jenem ebenso gründlich als vortheilhaft.⁴⁾

Regel ist: Die Rangordnung der Hypotheken fällt zusammen mit der Rangordnung ihrer Eintragungen in das öffentliche Buch (§ 438, 440, a. b. G. B.). Diese aber bestimmt sich durch den Satz: „die Rangordnung einer Eintragung richtet sich nach der Einreichungszahl, mit welcher die Eingabe bei der Grundbuchsbehörde versehen wurde“ (G. B. G. § 29).⁵⁾

Das für die Rangbestimmung Entscheidende ist nicht der Zeitpunkt des Vollzuges,⁶⁾ sondern allein der Zeitpunkt des Ansuchens um die

4) Nicht die Regel, aber die Durchbrechungen der Regel über die Rangordnung bilden bekanntlich die Hauptschwäche und darum von jeher den Angriffspunkt gegen die römische Pfandrechtslehre; s. schon die beredten Invektiven von Thibaut, civ. Abhandl. XIII, 1814 (abgedruckt bei Gönner, I, S. 476—479). — In Oestreich war für Immobilien mit der Ausbildung des Instituts der öffentlichen Bücher und durch dasselbe schon früh die gemeinrechtliche Prioritätsordnung beseitigt zu Gunsten des einfachen Satzes, daß „die älteste Verschreibung, vor denen so erst hernach beschehen, so vil die Gewähr anlanget, den Vorgang und Vorzug haben“, Kaiser Ferdinand II. l. O. für Böhmen (10. Mai 1627) K. XIX; Haan, Stud. S. 8. Kanda, Grünhut's Zschr. VI. S. 97 fg.

5) Vgl. böhm. Spat. § 15, Ung. G. B. D. § 61. Fügler, § 15 fg. Klepisch, S. 103 fg. Eine Rechtfertigung dieser Regel gegenüber theoretischen Bedenken, welche die ältere Praxis aus § 451, 441 a. b. G. B. ableitete, enthält die Abhandlung Kopecký's, „Ueber das Vorzugsrecht ic.“, Wagn. Zschr. 1830. II, S. 1—27.

6) Der Grund ist „weil sonst jene Rechte nicht von der Wachsamkeit der Parteien, sondern von der über derselben Gesuche und Requisitionen erfolgenden frühern oder späteren Erledigung abhängen würden, hierauf aber verschiedene Zufällige Gönner, Desir. Hyp.-Recht.

Eintragung des Pfandrechtes.⁷⁾ Die Reihenfolge der, jedem Eintrag voranstehenden, Einreichungszahlen⁸⁾ ergibt also die Rangordnung der Hypotheken; die früher angesuchte hypothekarische Eintragung geht der späteren auch dann vor, wenn letztere früher bewilligt und vollzogen wurde. Ob die Eintragung eine Einverleibung oder Vormerkung ist, bleibt für den Rang gleichgiltig.⁹⁾ Immer aber wird vorausgesetzt, daß dieselbe auf Grund eben jenes Gesuches wirklich erfolgt sei, aus dessen Präsentationszahl sie ihren Rang schöpfen will: wäre das Gesuch unerledigt geblieben, rechtskräftig abgewiesen, oder der bewilligende Bescheid nicht vollzogen worden,¹⁰⁾ so erhielte der auf erneutes Gesuch oder auf richterliches Urtheil hin vollzogene Eintrag nur die Priorität der letzteren Einreichungszahl. Denn ohne die wirkliche Eintragung entsteht kein Pfandrecht, also auch kein Rang.¹¹⁾

Für die Rangbestimmung wird in Oestreich die natürliche Zeitmessung (von Moment zu Moment) angewendet,¹²⁾ so daß auch mehrere an demselben Tage angebrachte Gesuche, wenn nur irgend ein Zeitunterschied zwischen ihrer Ueberreichung vorliegt, eine Prioritätsreihe

feiten, wie Krankheit der Beamten, Geschäftsdrang u. Einfluß nehmen können.“ Mot. des Urth. G. U. V. 758. S. auch Копецкы, a. a. D. S. 12 fg. F ü g e r, § 16. Früher war die Priorität der Eintragung selbst maßgebend (noch nach dem k. k. Pat. § 15), daher die Nothwendigkeit den Behörden besonders einzuschärfen, daß die Eintragungen nach der Reihenfolge des Anbringens vorzunehmen seien. Pat. v. 12. Dez. 1785, oben S. 62.

7) D. i. der Zeitpunkt des Einlaufs beim Protokoll des Tabularrichters, nicht etwa schon der Aufgabe bei der Post oder bei einem andern Gericht. F ü g e r, § 17.

8) Oben S. 171, G. B. G. § 103.

9) S. oben S. 209; a. b. G. B. § 453, F ü g e r, § 30.

10) So im Falle der Entsch. v. 18. Dez. 1878, G. Z. 1879 Nr. 26.

11) Aber es versteht sich, daß der Anspruch auf einen besseren Rang, welcher durch das frühere Anbringen des Gesuches erworben ist (§ 440 a. b. G. B.), nach oder mit der endlich erwirkten Pfandrechteintragung im Rechtswege verfolgt werden kann, inselange nicht das Publizitätsprinzip dazwischen tritt. Копецкы, S. 7, 8 und unten § 76. — Aus dem obigen Gesichtspunkt folgt auch, daß, bei Verblüherung von Veränderungen an der Pfandschuld zu Lasten des Schuldners, die modifizierte Hypothek in der Priorität des novirenden Gesuches steht: G. U. V. 2956 (vgl. das. Nr. 415).

12) Während z. B. nach kairischem Recht nur ganze Tage gezählt und daher alle am nämlichen Tag ingrossirten Hypotheken als gleichzeitig angesehen werden; Erwägungen dafür s. bei G ö n n e r, I, S. 482 fg., dagegen Копецкы, S. 25, 26.

begründen;¹³⁾ die Thatsache der successiven Ueberreichung wird auch durch die erweislich auf Gleichzeitigkeit gerichtete Absicht des Ueberreichenden in ihrer Wirkung nicht aufgehoben.¹⁴⁾ Wirklich gleichzeitig eingelangte Eingaben aber erzeugen Hypotheken von unter sich gleichem Range.¹⁵⁾ —

Der Rang einer noch nicht bestehenden Hypothek kann bücherlich vorweg fixirt werden vermöge des Instituts der „Anmerkung der Rangordnung“.¹⁶⁾

Dieselbe besteht darin, daß der Bucheigentümer eines Grundbuchkörpers oder eines Hypothekarrechtes durch einfaches (legalisirtes) Gesuch die Anmerkung begehrt und erwirkt: daß er auf das bücherliche Objekt eine Schuld¹⁷⁾ aufzunehmen beabsichtige, und daß dem in Folge dieses Geschäftes seinerzeit einzutragenden Pfandrecht (oder Pfandrecht) der Rang vom Zeitpunkte des Anmerkungsgesuches gewahrt sein solle. Der Betrag der in Aussicht genommenen Schuld (welcher hier

13) § 118 der Gerichtsinstr. v. 3. Mai 1853, R. G. B. 81. „Werden Eingaben . . . in einem und demselben Zeitpunkte übergeben . . .“

14) G. U. V. 3607. Um diese Absicht zu erreichen, müßte er die Gesuche thatsächlich uno actu überreichen — also z. B. unter Einem Umschlag einreichen, oder persönlich mit Einem Griff übergeben; daß dieselbe Person ein Gesuch nach dem andern in continenti abgibt, genügt dazu nach obiger Entscheidung nicht, — oder es müßte in den Gesuchen selbst die Eintragung in gleicher Priorität begehrt werden, wovon hier noch nicht die Rede ist (s. unten § 64).

15) G. B. G. § 29, 2. Bei den betreffenden Einträgen sind alsdann „die Einreichungszahlen der gleichzeitig eingelangten Ansuchen mit einem ihre Gleichzeitigkeit ausdrückenden Beisatze anzumerken.“ G. B. G. § 103. S. auch § 118 der cit. Instruktion: als gleichzeitige sind auch jene Eingaben zu behandeln, „welche zu einer Zeit mit der Post anlangen, in welcher das Einreichungsprotokoll geschlossen ist, und Eingaben von Parteien, welche auf die Eröffnung des Einreichungsprotokolltes warten.“

16) G. B. G. § 53—58. (Erweiterung der k. Vdg. vom 12. Aug. 1851, R. G. B. 184, dazu Helm in Halmers Magazin V, S. 278 fg., Haan, S. 240 fg.); für Ungarn die k. Vdg. v. 4. Aug. 1859, R. G. B. 147. — Ueber alles formale Detail, welches genau so geordnet ist, wie bei der Anmerkung der beabsichtigten Cession, s. oben § 52, Z. 3.

17) Das Gesetz (§ 53) spricht nur von „Darlehen“; aber es ist kein Grund andere causae obligandi auszuschließen, wenn sie an sich erlaubt und im Gesuch genau bezeichnet sind, so z. B. könnte wohl hinsichtlich eines Baugrunds die Anmerkung der Rangordnung für das aus dem beabsichtigten Verbaunungsvertrag für den Bauunternehmer erwachende Forderungsrecht begehrt und bewilligt werden.

immer als Höchstbetrag, wie nach § 14 G. B. G., fungirt) ist darin aufzunehmen, aber weder die Angabe der Gründe des Begehrens, noch der Person des künftigen Gläubigers wird erfordert. Das Gesuch muß bewilligt werden, wenn nach Lage des Grundbuchstandes die sofortige Verpfändung des Objectes durch den Gesuchsteller zulässig wäre; die vollzogene Anmerkung bleibt, wenn sie nicht vorher gelöscht ist (G. B. G. § 58), durch 60 Tage in Kraft, nach deren Ablauf sie von Amts wegen gelöscht wird, was aber eine Erneuerung in Folge eines neuen Gesuches nicht ausschließt.¹⁸⁾

Die Wirkung dieser Anmerkung ist materiell eine doppelte: Einmal gewährt sie der später, aber rechtzeitig,¹⁹⁾ erfolgten Eintragung des betreffenden Hypothekarrechtes (innerhalb des angemerkten Höchstbetrages) den Rang, welcher ihr zukommen würde, wenn das Gesuch um die Anmerkung schon dasjenige um die Einverleibung gewesen wäre; (wurde das beabsichtigte Darlehen durch eine Mehrheit von Posten verwirklicht,²⁰⁾ so entscheidet für ihre Priorität unter einander die Reihenfolge ihrer Eintragungsgesuche). Es wird also für den erst zu suchenden Kredit von bestimmter Höhe gleichsam eine Pfandstelle auf dem Gute des kreditwerbenden Eigenthümers zeitweilig offen gehalten. — Sodann aber erzeugt die in Rede stehende Anmerkung auch noch eine Gebundenheit des Pfandobjectes für die in Aussicht genommene Kreditoperation in der Weise, daß dasselbe ihr auch dann nicht entrinnt, wenn es zur Zeit ihrer Verwirklichung im Vermögen eines Dritten stehen sollte: „die Eintragung in der angemerkten Rangordnung kann²¹⁾ selbst dann be-

18) S. oben § 52, Note 20. Die Anordnung dieser nur vorübergehenden Wirksamkeit der Anmerkung hat ihren Grund in der Besorgniß vor Mißbrauch des Institutes zur Schaffung fiktiver Hypotheken auf Kosten späterer oder pfandloser Gläubiger.

19) So lange die Anmerkung in Kraft steht; über den Fall des Konkurses des Verpfänders s. G. B. G. § 56, 3.

20) Es ist kein Grund die Zulässigkeit solcher successiven Erschöpfung der angemerkten Summe zu bezweifeln (arg. auch G. B. G. § 58 „... wird der Betrag, für welchen die Anmerkung der Rangordnung erfolgte, bis zum Ende dieser Frist nicht erschöpft...“); die im Text vertretene Rangordnung der Einzelposten ergibt sich dann von selbst.

21) Dieses „kann“ (wohl besser „muß“) will sagen, daß die inmitten liegende Uebertragung für die Bewilligung oder Abweisung der angesuchten Eintragung irrelevant ist.

willigt werden, wenn die Liegenschaft oder Hypothekarforderung nach dem Einschreiten um die Anmerkung der Rangordnung an einen Dritten übertragen worden wäre.“ G. B. G. § 56.

In Folge dieser absoluten Wirkung des bücherlich publicirten Rangvorbehaltes bietet derselbe, innerhalb beschränkter Zeitgrenzen, dem Bodenkreditverkehr die nämliche praktische Leistung, welche anderwärts durch hypothekarische Eintragungen auf den Namen des Eigenthümers (die sog. Eigenthümerhypothek) bezweckt wird.²²⁾ —

Die dargelegte Regelung des Ranges der Hypotheken mit ihrem rein formalen Prinzip scheidet durchaus ab von dem Inhalt des verbücherten Rechtes. Damit entfallen alle Schwierigkeiten, welche auf gemeinrechtlichem Boden die Feststellung des Alters der konkurrirenden Rechte²³⁾ umgeben: unsere Regel gilt ausnahmslos und ohne Rücksicht auf das Alter der Titel der eingetragenen Pfandrechte,²⁴⁾ sie macht keinen Unterschied zwischen bedingten und unbedingten,²⁵⁾ ursprünglich schon gültigen und nachträglich erst konvaleszirten,²⁶⁾ für gegenwärtige und für künftige²⁷⁾ Schuld haftenden Pfandrechten. Sie gilt für die

22) Auch der theoretischen Auffassung bietet der so wirkende Rangvorbehalt kaum geringere Schwierigkeiten (problematische Konstruktionen s. bei Bar, a. a. O. S. 373, 377 fg.). Welches ist die Natur der Belastung, die das mit solcher Anmerkung behaftete Grundstück mit sich in dritte Hand zieht? Eine Hypothek ist es noch nicht, auch nicht eine bedingte (dazu fehlt vor Allem der Hypothekar), aber doch ein Keim dazu, schon jetzt dinglicher Natur, von Rechts wegen in Evidenz gehalten und gegen Vereitelung geschützt. (Unsere Wissenschaft wird sich eben bequemem müssen auch mit werdenden Rechten, als realen Größen, zu rechnen. Ueber „unentwickeltes Pfandrecht“ und was dahin schon nach röm. Rt. gehört s. Erner, Pfandrechtsbegriff S. 100—133.)

23) Regelsberger, Altersvorzug der Pfandrechte, 1859; Dernburg, II, § 150, vgl. I, § 168—171.

24) A. b. Gb. § 440. — Eine vorübergehende Ausnahme hievon bildet die Uebergangsbestimmung des § 48 des Eisenbahnbüchergef. v. 19. Mai 1874, wonach die Rangordnung des Pfandrechts für Prioritätsobligationen, die noch vor der Wirksamkeit dieses Gesetzes ausgegeben wurden, sich nicht nach dem Zeitpunkt der Intabulation richtet, sondern „nach dem Zeitpunkt der erteilten Zusicherung, sofern nicht zur Zeit des Entstehens der Schuld ein anderes Verhältniß der Rangordnung begründet wurde“; für die Zukunft schließt § 50 diese Anomalie aus.

25) Die zuweilen vorkommende bücherliche Ersichtlichmachung der Bedingungs-erfüllung ist für die Priorität gleichgiltig.

26) Oben S. 118, 119.

27) Oben S. 133, 134.

Rangordnung von Pfandpfandrechten unter sich ebenso wie für die Hauptpfandrechte, und bewährt sich auch in der Anwendung auf Simultanhypotheken.²⁸⁾

Die Rangstellung eines jeden Hypothekarrechtes kommt auch dem gesetzlichen Zubehör der Pfandforderung, mag dasselbe der bürgerlichen Eintragung bedürftig sein oder nicht,²⁹⁾ von Rechtswegen zu; insbesondere für die dreijährigen Rückstände an vertragmäßigen oder gesetzlichen Zinsen ist dies ausdrücklich verordnet durch G. B. G. § 17. Dasselbe gilt für die „drei Jahre rückständigen Ansprüche auf jährliche Renten, Unterhaltsgelder und andere wiederkehrende Zahlungen“ nach G. B. G. § 18.

§ 62.

2) Rangprivilegien.

Die soeben dargestellte natürliche Rangordnung der Hypotheken wird durch einige wenige Privilegien durchbrochen zu Gunsten eben jener öffentlichrechtlichen Ansprüche, die auch vom Eintragungszwang befreit sind, und darum oben (§ 6) als uneigentliche Hypotheken bezeichnet wurden. Im Einzelnen giebt es hier manche provinzielle Besonderheiten, auf die nicht eingegangen werden kann, aber auch bei den gemeinsamen Fällen ist die Praxis nicht in allen Punkten fest, wie sogleich erhellen wird, und schon darum erscheint eine Revision der einschlagenden, zum Theil sehr unvollkommenen Gesetzesbestimmungen als dringendes Bedürfnis.¹⁾

Folgenden Ansprüchen kommt, ohne Rücksicht darauf ob und wann sie intabulirt sind, das Recht zur Befriedigung aus dem Erlös des Pfandgutes vor allen gemeinen Hypotheken zu:

28) Ueber die Priorität bei Simultanhypotheken G. B. G. § 110, Ung. G. B. D. § 115; oben S. 294. Wo bei den Einträgen der Zweigpfandrechte die Anmerkung der Simultaneigenschaft regelwidrig fehlt, können aus gesonderter Verpfändung dieser Posten die nämlichen Verwicklungen entstehen, wie aus der Cession derselben; über deren Lösung s. oben S. 323. (unrichtig darüber K e p s c h, S. 369).

29) Was gesetzliches Zubehör der Hypothekarforderung ist, und inwiefern dazu das Eingetragen sein erfordert wird, s. oben § 37; G. B. G. § 16, 17, Konf. D. §§ 33, 35, 36. Frühere Zweifel darüber bei F ü g e r, § 69 fg.

1) Vgl. oben § 6, Note 17.

1) Staatliche Realsteuern.²⁾

Nämlich: die dreijährigen Rückstände³⁾ solcher Staatssteuern, die unmittelbar das Pfandgut selbst treffen (Grundsteuer sammt Zuschlägen, Hauszinssteuer) und nach der Praxis auch der Erwerbsteuer, wenn das Gewerbe rabizirt oder doch faktisch mit dem Pfandgut untrennbar verbunden ist (Mühlen, Fabriken);⁴⁾ nicht aber die reinen Personalsteuern (Einkommensteuer, Verzehrssteuer)⁵⁾. Ältere Rückstände jener privilegierten Ansprüche, wenn sie nicht intabulirt sind, kommen hinter alle Hypotheken zu stehen.⁶⁾ — Auf Einer Linie mit den Grundsteuern stehen die Besitzveränderungsgebühren, welche auf dem übertragenen Grundstück quasi-pfandrechtlich haften.⁷⁾ Mehr als drei Jahre ausstehende Posten dieser Art gewinnen auch durch nachträgliche Einverleibung das verlorne Vorzugsrecht nicht;⁸⁾ hinwiederum verlieren jüngere Posten dasselbe durch eine inmitten liegende Exekution nicht, auch wenn sie nie intabulirt wurden, da die in Rede stehende Haftung vom öffentlichen Buch überhaupt unabhängig ist.⁹⁾

2) S c h o p f, über das Vorrecht der landesfürstlichen Haus- und Grundsteuern etc. in dessen Archiv 1839, I, S. 265 f.

3) Abweichend G. B. G. 3857 und 1555, wo auch den älteren Rückständen das Vorrecht zuerkannt ist; richtig aber: G. B. G. 3851, 3870, 4480, und die diese Praxis bestätigende neueste Entsch. v. 18. Nov. 1879, Spruchrep. Nr. 105, nach Hofd. vom 16. Sept. 1825, J. G. S. 2132, vom 14. Febr. 1840, J. G. S. 409 (Mitsch. Nr. 838, 840). Die Rückständigkeit ist vom Fälligkeitstermin, nicht erst von der Steuervorschreibung an zu rechnen (G. B. G. 3851), aber durch fortgesetzte Eintreibung wird jene dreijährige Verjährung (?) unterbrochen, G. B. G. 4480. Die drei Jahre sind vom Tag der exekutiven Feilbietung zurückzurechnen.

4) Menarentsch. G. B. G. 3987, ebenso Nr. 3229, 4477.

5) G. B. G. 674, 811, 3009, 3366. Hierher stellt der ob. Hof. neuerdings auch die sog. Zinssteuer, weil dieselben „nicht die Natur einer von einer Realität zu entrichtenden Gemeindeumlage an sich tragen.“ Entsch. vom 12. Juni 1878, J. 6656.

6) Hofdetr. v. 14. Febr. 1840, J. G. S. 409, § 1; Konf. D. § 31, 3.

7) S. die Gesetze oben § 6, Note 24, 25. — Die Haftung umfaßt auch die Kosten der durch Reliquitation wieder rückgängig gewordenen Uebertragung: G. B. G. 3439.

8) G. B. G. 2804, 2807; und die Entsch. vom 9. März 1880, G. J. 1880, Nr. 47, worin der innerhalb des Trienniums zwar einverleibten, aber nicht beigetriebenen Gebührenforderung nur die Priorität vom Einverleibungs-, nicht vom Fälligkeitstage zugesprochen ist.

9) Das Vorrecht steht daher auch der erst nach der Anmerkung der exekut. Versteigerung (G. B. G. § 72) intabulirten Uebertragungsgebühr zu: G. B. G. 5328.

2) Grundentlastungsschulden.

Hinsichtlich der aus dem Titel der Grundentlastung entspringenden Ansprüche¹⁰⁾ schwankte die Praxis zwischen der Gleichstellung mit den Grundsteuern (also Beschränkung des Privilegs auf die dreijährigen Rückstände¹¹⁾), und der unbeschränkten Zuweisung des Vorrechts. Letztere Ansicht überwiegt jetzt, seit der oberste Gerichtshof in sein Spruchrepertorium den Satz aufgenommen hat: „Bei der Vertheilung des Meistbots auf ein exekutiv versteigertes unbewegliches Gut gebührt sämtlichen bis zum Feilbietungstage rückständigen¹²⁾ Raten des Grundentlastungskapitals (und den bezüglichlichen 5% Zinsen und Verzugszinsen, den Zinsen jedoch nur durch 3 Jahre vom Feilbietungstage zurück) das Vorrecht vor allen aus Privatrechtstiteln entspringenden Hypothekarforderungen.“¹³⁾

3) Gemeindeumlagen und sog. Konkurrenzbeiträge.

Während früher zuweilen die Ansicht durchschlug, daß das Rangprivilegium der Staatssteuern eben nur diesen und keineswegs auch den Gemeindeumlagen zukomme,¹⁴⁾ hat auch hierin neuerlich eine laxere Praxis Platz gegriffen, welche allen durch Staats- oder Landesgesetz festgestellten und auf das Grundstück als solches gelegten öffentlichen Lasten das gesetzliche Vorrecht immer dann gewährt, wenn dem betreffenden Anspruch im Allgemeinen hinsichtlich seiner Eintreibung die Begünstigungen der staatlichen Steuern gewährt sind. Hiernach wurde das Privilegium beispielsweise anerkannt für den Schulkonkurrenzbeitrag,¹⁵⁾

Ebenbarum sehe ich ferner in der Entsch. OUB. 4281 (gegen beide Untergerichte), wonach die bei den Feilbietungsverhandlungen nicht angemeldete Gebühr aus einer früheren (aber nicht über drei Jahre alten) Uebertragung gegen den Erstehet nicht eintreibbar sein soll, ein reines Billigkeitsurtheil; man kann dafür in der That nur „die Grundsätze der Gerechtigkeit und die Grundlagen der staatlichen Ordnung“, aber kein juristisches Argument anführen. Jene Grundsätze aber fordern allerdings die gesetzliche Abschaffung des in Rede stehenden Privilegiums.

10) S. oben § 6, Note 23.

11) Vgl. OUB. 1555, 3857, 3870.

12) Noch weiter ging die Entsch. bei OUB. 1770, indem sie sogar noch nicht verfallene Raten des Grundentlastungskapitals vor allen Gläubigern aus dem Rauffchilling zur Tilgung brachte.

13) OUB. 5309, Spruchrepertor. Nr. 70; übereinstimmend OUB. 5554.

14) S. z. B. OUB. 811.

15) OUB. 2210; Hofbetr. v. 4. Jan. 1836, J. G. S. 113.

für Gemeindeumlagen zu Flußregulirungen und Begebauten,¹⁶⁾ ja sogar für die Prämienforderungen staatlich errichteter oder von Landeswegen unterhaltener Immobilienversicherungsanstalten.¹⁷⁾ Es bedarf keiner Ausführung darüber, wie schwach einerseits der Analogieschluß von der privilegierten Einhebungsform auf das Rangprivilegium ist, und wie sehr andererseits damit dem allgemeinen Bodenkredit geschadet wird.

Jeder der hiernach privilegierten Ansprüche genießt den ihm zukommenden Vorrang nicht nur für das Kapital, sondern auch, nach Maßgabe des oben § 37 Ausgeführten, für seinen Anhang an Zinsen und Eintreibungskosten.¹⁸⁾

Für die Frage, ob die in Rede stehenden Ansprüche unter sich wieder eine Rangordnung haben, fehlt es an gesetzlichen Anhaltspunkten.¹⁹⁾ Allgemein pfandrechtlichen Grundsätzen nach wird man in Kollisionsfällen dem älteren Anspruch den Vorzug geben müssen, da für den jüngeren nur übrig sein kann, was jener nicht erschöpft hat; aus welchem der obigen privilegierten Titel die Forderung stammt, ist dabei gleichgiltig, und ebensowenig kommt darauf etwas an, ob etwa die eine oder die andere intabulirt ist, da die hier rechtlich überflüssige Eintragung, die das Pfandrecht nicht erst schafft, auch kein Vorrecht schaffen kann. — Besonderes gilt über die

4) Bergwerkschulden.

Hinsichtlich der Montangrundstücke sind sowohl die Vorzugsprivilegien als deren Rangordnung untereinander gesetzlich bestimmt;²⁰⁾ es genießen den Vorzug vor allen Hypotheken, und zwar unter sich in nachfolgender Ordnung:

- a) Die für die letzten drei Jahre rückständigen, von dem Werke an den Staatsschatz zu entrichtenden Vermögensübertragungsgebühren und Abgaben;

16) OUB. 4270, 4477.

17) OUB. 3296, 4187; immer nach Analogie: weil diese Beträge wie die Staatssteuern, und zum Theil mit ihnen zugleich, eingehoben werden.

18) G. B. G. § 16, 17, R. D. § 33; OUB. 811, 5309.

19) Auch eine obergerichtliche Entscheidung darüber ist mir nicht bekannt.

20) Allg. Berggesetz v. 23. Mai 1854 R. G. B. 146, § 268; sachlich übereinstimmend R. D. § 41. Ueber das Einzelne s. Schneider, *öst. Bergrecht*, §§ 260—266.

- b) der für das letzte Jahr rückständige Lohn der Arbeiter;
- c) die Forderungen der Anpappschäfts- oder Bruderladen in Ansehung der von den Aufsehern oder Arbeitern zwar entrichteten oder denselben an dem Lohne abgezogenen, aber nicht in die Kasse gelegten oder in derselben abgängigen Beiträge;
- d) die für das letzte Jahr ausständigen Beträge an Erb- und Revierstollengebühren und anderen Beiträgen zu Revieranstalten, sowie an Wasser-, Schacht-, und Gestängengebühren und anderen jährlichen Leistungen für eingeräumte Bergbaudienstbarkeiten.
- 5) Eisenbahnschulden.

Bei der pfandrechtlichen Exekution, sei es Sequestration oder Veräußerung, einer bürgerlichen Eisenbahn gehen sämmtlichen auf den Gesamtkörper eingetragenen Hypotheken folgende Ansprüche vor:

- a) Die nicht mehr als Ein Jahr vor der Exekution rückständigen „Betriebsauslagen“ und „Abrechnungsschuldigkeiten“; ²¹⁾
- b) die einen Gegenstand der zweiten Abtheilung des Eisenbahnlastenblattes bildenden Ansprüche, mag deren Eintragung bereits erfolgt sein, oder nicht; ²²⁾
- c) die Entschädigungsforderungen aus nicht zur Aufnahme in die Eisenbahneinlage geeigneten Lasten hinsichtlich nicht expropriirter Eisenbahngrundstücke, welche ungeachtet der Anmeldung der Last in die Bahneinlage aufgenommen wurden. ²³⁾

Unter sich stehen alle diese Ansprüche ohne Rücksicht auf ihre Entstehungszeit im gleichen Rang. ²⁴⁾

6. Die Exekutionskosten.

Es ist ein durch die Praxis festgestellter ²⁵⁾ und von ihr ohne Schwanken durchgeführter Rechtsatz, daß die Kosten der hypotheka-

21) Ges. v. 19. Mai 1874 B. G. B. 70, § 47, wo auch die nähere Bestimmung dieser Ausdrücke gegeben ist; vgl. die Motive bei Wittke, Komm. 3. angef. Ges. S. 77.

22) Das. § 46; vgl. oben S. 22.

23) Das. § 39.

24) Das. § 47, Abs. 4.

25) Nur die Immobilienexekutionsordnung für Tirol § 11 (Hofbetr. v. 19. Nov. 1839, J. G. S. 388) spricht den Satz aus, und es ist ein schwacher Nothbehelf, wenn die Praxis (GUW. 1773, 1961) aus den Hofdekreten v. 29. Nov. 1785 J. G. S. 509 u. v. 20. Nov. 1818, J. G. S. 1519 (Michel Nr. 920) die Ermächtigung holt, denselben zu allgemeiner Anwendung zu bringen. In den Motiven

rischen Exekution — Schätzungs- und Feilbietungskosten, oder im anderen Falle die Kosten der exekutiven Sequestration — den Vorrang vor allen Hypotheken genießen, also dem exquirenden Hypothekar, der sie ausgelegt hat, nicht etwa nur als Anhang seiner Forderung in der Priorität derselben ersetzt werden (wie die Prozeßkosten), sondern aus dem Kauffchilling vorweg gebühren, ohne Rücksicht darauf, in welchem Rang die Hypothek steht, durch welche die Exekution veranlaßt wurde. ²⁶⁾ Gewiß ist dieser Rechtsatz richtig und nothwendig. Aber wenn man sich dafür auf den Gesichtspunkt der nothwendigen oder nützlichen Geschäftsführung beruft, und daraus den Anspruch des Exekutionsführers auf Ersatz des „vorschußweise gemachten Aufwandes“ herleiten will, ²⁷⁾ so ist dies unrichtig ²⁸⁾ und unzureichend; letzteres darum, weil aus jener Auffassung zwar der Ersatzanspruch, aber nicht das geforderte Rangprivilegium sich folgern läßt. Man muß vielmehr davon ausgehen, daß die Exekution mit den ihr anhängenden Kosten für die zwangsweise Verwirklichung der Rechte jedes Realgläubigers den gesetzlich nothwendigen Durchgangspunkt bildet, wie für die Kridagläubiger das Konkursverfahren. Wenn der Einzelne sein Recht verfolgt, so reißt er zugleich die Rechte der Uebrigen in den Liquidationsprozeß hinein, nicht weil er für diese handeln will, sondern kraft der Rechtsordnung, welche an die Stelle der gemeinrechtlichen Sonderverfolgung des Pfandanspruchs die konkursmäßig durchgreifende Immobilienexekution gesetzt hat; die gesetzliche Gestaltung des heutigen Hypothekarenwesens bringt es mit sich, daß sobald das Exekutionsverfahren in Gang

der zahlreichen einschlagenden Urtheile fehlt es daher auch nicht an Versuchen durch Konstruktion einen anderen Stützpunkt für den richtig erfaßten Satz zu gewinnen, wovon sogleich die Rede sein wird.

26) Hierin übereinstimmend (nur über die Abgrenzung der so privilegierten Kosten zum Theil verschieden) die Urth. GUW. 1773, 1961, 2265, 2354 (Planar-entsch.), 2373, 2385, 2595, 2852, 3095, 3312, 3318, 3739, 4897, 5416.

27) So z. B. in den Urth. bei GUW. 1773, 2354, 2373, 3739, 5416 unter Berufung auf a. b. G. B. §§ 1041, 1042.

28) Vgl. über dieselbe Motivirung in der Frage des Prozeßkostenersatzes oben § 37, Note 27, 31. — In ihre Konsequenzen verfolgt würde diese unrichtige Konstruktion u. a. auch ergeben, daß der exquirende Hypothekar die Kosten nicht erhielte, wenn die Uebrigen, in deren Interesse es möglicherweise liegt, daß jetzt nicht zur Exekution geschritten werde, dahin ausdrücklich ihren Willen erklärt haben: § 1040 a. b. G. B.

gebracht ist — gleichgiltig welcher der dazu Berechtigten den Anstoß gegeben hat — jeder Hypothekar davon insofern mitbetroffen wird, als der geöfnete Rechtsgang sein Recht kraft gesetzlicher Nothwendigkeit mit umfaßt, und dessen Kosten den gemeinsamen Befriedigungsfond schmälern. Das führt sofort auf den richtigen Standpunkt in der vorliegenden Frage: der Ersatzanspruch des Exekutionsführers hat unseres Erachtens seinen Grund nicht in irgendwelchen obligationenrechtlichen Beziehungen zu den Mitinteressenten, sondern das Recht aller Hypothekare reicht überhaupt schon ursprünglich nicht weiter, als der reine Erlös aus der künftigen Feilbietung, beziehungsweise der reine Ertrag aus der exekutiven Sequestration des Pfandgutes. Die Exekutionskosten aber bilden den Gestehungspreis der Liquidation des Gutes, wie dieselbe von Rechtswegen erfolgen muß, um die Deckungssumme für die Hypotheken bereit zu stellen, und darum sind die Kosten von dieser Summe vorweg abzuziehen. Daß dann Derjenige sie zurück-erhält, welcher sie ausgelegt hat, ²⁹⁾ versteht sich, aber er erhält sie nicht aus dem Titel der unberufenen Geschäftsführung oder Bereicherung, sondern als der durch die gesetzliche Einrichtung des Hypothekarwesens auch wider Willen berufene Liquidator der gesammten Pfandmasse. ³⁰⁾

Ist diese Auffassung richtig, so folgt daraus die absolute Priorität des Anspruchs auf den Ersatz der Exekutionskosten, auch vor den obigen mit Vorrangsprivilegium ausgestatteten Forderungen. ³¹⁾ Denn es handelt sich hier nicht eigentlich um ein Rangprivilegium, da die Konkurrenz und mit ihr die Rangordnung der pfandrechtlich versicherten Ansprüche erst gegenüber dem reinen Erlös des Pfandguts beginnt.

29) Das muß gar nicht nothwendig ein Hypothekar sein; vgl. das Urth. bei O. W. 3312: das Exekutionsgericht hatte die Verfassung des Vertheilungsentwurfes einem Advokaten aufgetragen, und mit Recht wurden diesem seine Kosten vor allen Gläubigern angewiesen. — Das Wesen des vorliegenden Verhältnisses würde sofort unverkennbar sein, wenn es in Oesterreich besondere Hypothekenbehörden gäbe, welche anstatt der Gerichte über Auftrag derselben die Exekution durchführen und hinterher die Rechnung stellen, die natürlich aus dem Kaufschilling vor Allem zu begleichen wäre.

30) Darum hat den bevorrechteten Anspruch nicht, wer einer bereits von einem Anderen in Gang gebrachten Exekution blos beiträgt: O. W. 5416 (wohl aber kann er den Ersatz in der Rangordnung seiner Forderung, als deren Zubehör, begehren, O. W. 1336, s. oben § 37, N. 31).

31) Eine oberstgerichtliche Entscheidung der Frage ist mir nicht bekannt. Die

Hiernach erübrigt nur noch einige in der Praxis zweifelhafte Grenzbestimmungen des Begriffes der hier in Rede stehenden Exekutionskosten in Betracht zu ziehen.

- a) Es gehören hierher nur die Kosten der Exekution selbst, also der Schätzung und Feilbietung, ³²⁾ beziehungsweise der exekutiven Sequestration; nicht die Prozeßkosten, ³³⁾ welche lediglich den Rang des eingeklagten Kapitals theilen;
- b) nur die Kosten der Immobiliarexekution selbst, nicht auch diejenigen einer etwa gleichzeitig gegen den Eigenthümer des Pfandgutes als Personalschuldner geführten Mobiliarexekution; ³⁴⁾
- c) nur die Kosten derjenigen Exekution, auf Grund welcher die hypothekarische Befriedigung jetzt erfolgt; nicht auch die Kosten einer früher etwa eingeleiteten, aber nicht durchgeführten Feilbietung, ³⁵⁾ oder einer früheren exekutiven Sequestration; ³⁶⁾ und ebensowenig die Kosten des bloßen Anschlusses an eine schon im Zug befindliche Exekution; ³⁷⁾
- d) hingegen sind die Kosten der Reliquitation zu denen der rückgängig gewordenen ersten Feilbietung hinzuzuschlagen, da solchenfalls beide Feilbietungen zusammen erst den Veräußerungserfolg herstellen und als Ein Exekutionsakt anzusehen sind. ³⁸⁾

hier vertretene Ansicht ist aber gesetzlich ausgesprochen in der Graduationsordnung für Tirol und Vorarlberg § 11 (Hofbetr. v. 19. Nov. 1839, S. G. S. 388) und außerdem dürfte auch noch die Analogie zu § 31, 29 der Konf. O. der Praxis maßgebend sein.

32) O. W. 2265, 3095. Darunter sind aber nicht blos die Kosten der betreffenden gerichtlichen Kommissionen begriffen, sondern auch die Kosten der gesetzlich erforderlichen Einleitungs Schritte (oben § 45) als, Gesuche, Verständigung der Sächgläubiger, Feilbietungsankündigungen: O. W. 2395, 4597.

33) So ausdrücklich § 11 der angef. Vdg. für Tirol.

34) O. W. 2385, 2595.

35) O. W. 4251.

36) So O. W. 64. Unrichtig hingegen O. W. 3318, die Auslagen für den früheren Sequester hätten seinerzeit aus den Früchten vorweg genommen werden sollen; anders im Falle der Entsch. bei O. W. 3930, wo wirklich in rem versio vorlag, und der Nutzen ziffermäßig nachgewiesen wurde, welchen die Aufwendungen des Sequesters den später feilbietenden Gläubigern geschafft hatten.

37) S. Note 30.

38) Richtig O. W. 2852. Vgl. oben Seite 364 ff.

§ 63.

3) Rangveränderungen.

A. Durch Vorrückung.

Da nach dem geltenden Rangprinzip (oben S. 465) jedem Hypothekar grundsätzlich das ganze Pfandgut haftet und sein Recht nur jeweils durch besser gestellte andere Rechte, soweit diese reichen, in seiner Ausübung eine Hemmung erleidet: so ergibt sich von selbst, daß diese Hemmung in dem Maße sich hebt, als vorgehende Hypotheken gelöscht werden, d. h. daß alsdann die nachstehenden vorrücken. Die Vorrückung ist für die Nachhypothekare, welche beim Erwerb ihrer Rechte über den Bestand und Umfang der ihnen vorstehenden Pfandrechte durch das öffentliche Buch volle Gewißheit hatten, im rechtlichen Sinne ein günstiger Zufall, dessen Vortheil, wenn er eintritt, ihnen mit Rechtsnothwendigkeit zukommt. Es liegt darum in ihrem Interesse, daß wo möglich alle Vorhypotheken entfallen, bevor der Zeitpunkt der Ausübung ihrer Rechte erscheint, — aber ein Recht zur Vorrückung, welches etwa als ein eventueller Anspruch in jedem nachstehenden Hypothekarrecht enthalten wäre, giebt es nicht; ebenso wenig als ein Recht des Proprietars besteht auf Konsolidation für den künftigen Fall des Todes des Nießbrauchers, oder ein Recht des Miterben auf die Accreszenz bei künftigen Wegfalle der Uebrigen (nicht zu verwechseln mit dem Rechte auf die schon angewachsene Portion): überall liegt, genauer gesehen, wenn der entsprechende Fall eintritt, nicht die Verwirklichung eines darauf gerichteten besonderen Anspruchs vor, sondern eine innere Aktion des schon vorhandenen Rechtes (Pfandrecht, Eigenthum, Erbrecht), welches, von einem Gegendruck befreit, gleichsam mit natürlicher Elastizität seinen Inhalt von selbst erweitert. Dies ist dem vorliegenden Verhältnisse gegenüber keine leere Subtilität, sondern es entscheidet die sehr bestrittene Frage,¹⁾ ob die Nachhypo-

1) In der älteren östr. Literatur erscheint die Frage meist in der Beschränkung: ob bei gezahlter Pfandschuld die ungelöschte Hypothek ohne Zustimmung der Nachhypothekare eodirbar sei. S. die Citate bei *Ellinger* (Kaleffa), Komm. zu § 469; die richtige Ansicht vertreten *Winwarter*, *Rippel* und in der Hauptsache auch *Kopecky* (*Wagn. Ztschr.* 1835, I, S. 306 fg., 1846, I, S. 185 fg.), welchem wie überall *Stubenrauch* nachschreibt. Für den besonderen Fall einer Erlöschung der vorgehenden Pfandschuld durch Konfusio vertritt die richtige Ansicht (aber ohne genügende Begründung) *Turnes*, *b. G. Z.* 1870, Nr. 93. Anders hingegen z. B.

thekare befugt sind auf die Löschung materiell hinfalliger Vorhypotheken klagweise zu dringen,²⁾ um sich dadurch die Vorrückung zu verschaffen?

Nach *Obigem* muß diese Frage verneint werden. Wenn der Vorhypothekar und sein Schuldner übereinkommen das Pfandrecht für die durch Zahlung, Kompensation, Novation getilgte Schuld nicht löschen zu lassen, um dasselbe durch Cession weiter zu begeben³⁾ oder auf eine andere unter sich zu errichtende Forderung zu übertragen (a. b. G. B. § 1378),⁴⁾ und ebenso, wenn der Eigenthümer des Pfandgutes es aus irgendwelchem Grunde für angemessen hält, eine durch Konfusio erloschene⁵⁾ (a. b. G. B. § 1446, 526, 469), oder eine von Anfang materiell ungiltig haftende Hypothekarpost im öffentlichen Buch stehen zu lassen, — so läuft alles dies natürlich dem Interesse der Nachhypothekare⁶⁾ zuwider, da es ihnen die bei der materiellen Sachlage nahe getretene Hoffnung auf Vorrückung vereitelt: aber ein Recht⁷⁾

Gspan, gesetzm. Befriedigung der Gläubiger I, S. 38, *Leisch*, *Wagn. Ztschr.* 1844, I, S. 160. — Neuerlich *David*, *Studien z. östr. Hypothekrecht*, *b. G. Z.* 1879 Nr. 2, wo die Frage allseitig gestellt, aber m. E. grundsätzlich unrichtig gelöst ist. Wichtig aber *Strohhal*, die Prioritätsabtretung, S. 79.

2) Es ist hier überall nur die Rede von einer vor der Exekution des Pfandgutes erhobenen Lösungsklage, nicht von den im Stadium der Meißbotvertheilung etwa gestellten Anträgen auf Nichtberücksichtigung gewisser Posten, vgl. unten N. 9.

3) Vgl. unten § 90.

4) Vgl. unten § 80 und *GUW.* 3557.

5) Für diesen Fall ist auch *David*, a. a. O. S. 6 mit uns einverstanden: „Gegen die Lösungsklage der Nachhypothekare ist der Grundeigenthümer durch die Berufung darauf geschützt, daß die Hypothek durch die Vereinigung nicht materiell (?) erloschen, sondern nur in den Zustand der Ruhe versetzt ist, aus welchem sie . . . entweder durch Veräußerung des Grundeigenthums oder durch Cession des hypothekarischen Rechts . . . wieder zu materieller Wirksamkeit gelangen kann.“ Aber läßt sich nicht genau dasselbe bei allen übrigen Tilgungsthatfachen folgern? Die §§ 526 und 469 a. b. G. B. stehen doch völlig parallel, da sie Anwendungen desselben Prinzips sind.

6) Was hier von Nachhypothekaren gesagt ist, gilt natürlich auch für die mit der ansehbaren Hypothek in gleicher Priorität stehenden Gläubiger.

7) In der unzulässigen Folgerung von dem Interesse auf das Recht liegt der Irrthum der *David'schen* Ausführung: „Da die materiell unkräftige Vorhypothek, wenn deren Löschung nicht erfolgt, durch Cession . . . wieder zu materieller Kraft gelangen und unansechtbar werden kann, so hat jeder einzelne Nachhypothekar ein Interesse daran, daß dieselbe ohne Verzug aus dem Grundbuch entfernt werde. So wie der Grundeigenthümer hat daher (?) auch jeder Nachhypothekar das Recht, die Löschung der materiell rechtswidrigen Vorhypothek, falls sie verweigert wird, im

wird ihnen nicht verlegt, weil sie eben ein solches nicht haben.⁸⁾ Und mithin steht ihnen auch keine Klage zu.⁹⁾

Klagewege zu begehren.“ Es ist klar, daß der Grundeigentümer die Löschungsklage nicht deshalb hat, weil die Löschung in seinem Interesse liegt, sondern weil kraft Rechtsvorschrift aus dem Zahlungsakt der Anspruch auf Befreiung des Pfandes dem Verpfänder und seinen Rechtsnachfolgern erwächst (a. b. O. B. § 1369); aber wo ist ein solcher Rechtsatz zu Gunsten der Nachhypothekare?

8) Ganz im Sinne unserer Ansicht ist die gelegentliche Bemerkung bei R o p e z k y (eingestreut in dessen Aufsatz über das jus offerendi, Wagn. Ztsch. 1834, II, S. 27): „Den postfizierten Gläubigern mag freilich daran liegen, daß die Forderung des requirenden Gläubigers bezahlt und gelöscht, statt daß sie abgetreten und dadurch die Hypothek erhalten werde, weil sie eine bessere Priorität für ihre Forderungen zu erlangen hoffen. Allein deswegen haben sie noch kein Recht eine Handlung anzufechten, weil sie allenfalls in ihren Erwartungen getäuscht werden. Das ist blos zufällig. Jeder Hypothekar hat ein Recht nur auf den Vorzug, welchen das Hypothekenbuch nach Ordnung der Einträge darstellt. So lange eine Hypothek noch eingetragen, noch nicht wirklich gelöscht ist, hat kein Gläubiger ein Recht auf eine andere Priorität.“ Uebereinstimmend auch Unger, der sächs. Entw. S. 249, 250, Krainz, f. O. Z. 1869, Nr. 27, und jetzt Strohal, a. a. O.; letzterer jedoch mit schiefer Begründung aus der Befugniß des Eigenthümers über gezahlte Satzposten noch weiter zu verfügen. Diese Befugniß ist bei uns nicht Grund, sondern Folge des in Rede stehenden Rechtsatzes.

9) Hiermit stimmt die oberverrichterliche Praxis: OLV. 1659, 3357, 5084 („weil das Gesetz den nachfolgenden Hypothekargläubigern ein Vorrückungsrecht ipso facto in Folge der Tilgung der vorausgehenden Post, oder das Recht die grundbücherliche Löschung derselben zu verlangen, nicht zugesetzt, vielmehr aus dem § 469 a. b. O. B. das Gegentheil zu folgern ist“), ebenso ferner die Entsch. bei OLV. 6258 und v. 20. Nov. 1877 Z. 8432 (O. Z. 1878, Nr. 89), v. 3. Okt. 1878, Z. 8488 (O. Z. 1879, Nr. 2; Not.: „Die Gläubiger einer Hypothek stehen unter einander in keinem Rechtsverhältnisse; der dem Rang nach folgende Gläubiger hat kein Recht, die Forderung des vorangehenden Gläubigers, welche von dem Hypothekbesitzer nicht bestritten worden ist, zu bestreiten“). Eine entgegengesetzte Entscheidung des ob. Ohs. ist mir nicht bekannt (— man kann nicht behaupten, daß das Urth. bei OLV. 5103 die entgegengesetzte Rechtsansicht stillschweigend zu Grunde lege, weil es für eine Anfechtungsklage der in Rede stehenden Art die Streitannmerkung bewilligt —); im Gegentheil findet sich die Tendenz den richtigen Satz zu missbrauchen, indem man ihn auch im Stadium der Kaufschillingsvertheilung nach durchgeführter Exekution zur Anwendung bringen will, wohin er nicht gehört (so die obige Entsch. v. 20. Nov. 1877 und OLV. 1051, 2012, 4418, 5349). S. über die in jenem Stadium maßgebenden Grundsätze unten § 73, Z. 4. David, a. a. O. bei Note 4, Konf. D. § 119. — Uebereinstimmend mit dem hier Ausgeführten hat auch in Preußen die Praxis ein Recht des nachstehenden Pfandgläubigers zur Anfechtung vorstehender Posten vor der Verpfändung der Pfandsache nicht anerkannt“. Der n b u r g, pr. Pr. Rt. I, S. 746; unwichtig darüber C o l b e r g, Bedeutung des öff. Glaubens etc. S. 44, 45.

Die durch Vorrückung gewonnene Rangverbesserung wird im öffentlichen Buch durch keine besondere Auszeichnung bei der vorgeführten Post ersichtlich gemacht; es bedarf dessen nicht, da die Löschung der Vorhypothek darin steht und bei der Ausgabe von Grundbuchsauszügen und Prioritätszeugnissen die gelöschten Posten ebenso außer Betracht bleiben,¹⁰⁾ wie seinerzeit bei der rangmäßigen Vertheilung des Kaufschillings.

§. 64.

B. Durch gewillkürte Verfügungen über die Priorität.

Die Rangordnung der Hypotheken, wie sie durch die Zeitfolge der betreffenden Eintragungsgesuche gebildet wird (O. B. O. § 29), beruht auf dispositiver Rechtsvorschrift; sie kann durch gültige Parteienverfügungen, wenigstens dem praktischen Erfolg nach, abgeändert werden. Und zwar ist ebensowohl eine Veränderung in der durch bereits vollzogene Einträge schon begründeten Rangfolge zulässig, als auch die Herstellung einer gleich bei der Errichtung der betreffenden Hypotheken beliebten von der gesetzlichen Ordnung abweichenden Priorität. Es mag hier beides gesondert in Betracht gezogen werden.

a) Ursprüngliche Modifikationen des Ranges.

Gleichzeitig zur Verbücherung vorgelegten Hypothekarrechten käme von Rechtswegen der gleiche Rang zu; aber es steht nichts entgegen, daß auf Begehren der Erwerber (welches in den betreffenden Grundbuchsgesuchen enthalten sein muß) zwischen solchen gleichwohl eine Rangordnung errichtet und durch Anmerkungen bei den betreffenden Einträgen im öffentlichen Buch ersichtlich gemacht wird.¹⁾ Und umgekehrt können auch nicht gleichzeitig überreichte Eintragungsgesuche den Willen der Parteien enthalten, daß dieselben als gleichzeitig angebracht anzusehen²⁾ und somit die erworbenen Rechte in gleicher Priorität

10) Oben S. 215. Instruktion zum O. B. O. § 41.

1) Aus welchen Gründen der ob. Ohs. (mit Entsch. v. 16. Febr. 1868. Not. Ztg. Nr. 12) bei gleichzeitigem kollektivem Eintragungsbegehren mehrerer Gläubiger deren Ansuchen [um] Auszeichnung einer gewissen gegenseitigen Rangordnung unberücksichtigt lassen konnte, ist nicht ersichtlich. Jetzt wäre das schon wegen O. B. O. § 30 unmöglich, denn wo der Verzicht auf den erworbenen Vorrang zulässig ist, muß es auch der Verzicht auf den Erwerb desselben sein.

2) Wollen die Parteien gleichzeitige Ueberreichung, so gebietet es die Vorsicht ein solches Begehren in die Gesuche aufzunehmen, damit nicht durch einen Zufall

einzutragen seien. Insolange keine dieser Eintragungen bewilligt ist, kann dem gestellten Begehren durch eine die Gleichzeitigkeit ausdrückende Bemerkung im Kontext des Eintrages selbst entsprochen werden; später wäre das nicht mehr möglich, sondern eine besonders einzubringende und anzumerkende Gleichstellungserklärung (nach Analogie der Nachsetzungserklärung, s. unten) erforderlich. Wo durch Theilcessionen³⁾ neue Hypotheken geschaffen werden, steht es gleichfalls in der Macht der Parteien, zunächst des Cedenten, die Rangordnung der abgetretenen Rechte sowohl unter einander, als zu dem zurückbleibenden Rest zu bestimmen, anstatt der sonst Platz greifenden Ranggleichheit aller; die hierüber getroffene Bestimmung findet in einem Zusatz innerhalb des Cessionseintrages ihren Ausdruck.⁴⁾ — Unmöglich hingegen ist es den Parteien, einer einzutragenden Hypothek einen schlechteren Rang zuzuwiesen, als welcher ihr im Zusammenhalt mit den schon vorhandenen oder gleichzeitig zur Eintragung vorliegenden anderen bürgerlichen Rechten mindestens zukommt, da sonst eine Lücke in der Rangfolge⁵⁾ entstände (zu künftiger Ausfüllung mit Eigenthümerhypothek oder anderweitiger Belastung), dies aber mit dem in Oesterreich über die Konkurrenz der Pfandrechte geltenden Prinzip nicht vereinbar ist. (S. oben § 61.) Daß bei dem Vorhandensein einer Anmerkung der Rangordnung für eine künftige Hypothek gleichwohl zeitweilig eine solche Lücke besteht, indem nachfolgende Hypotheken hinter einer noch nicht existirenden zu stehen kommen, wurde oben schon bemerkt und bildet auf dem Boden unseres Rangsystems eine Singularität, die eben als solche

bei der Ueberreichung die beabsichtigte Gleichzeitigkeit vereitelt und eine nicht beabsichtigte Rangordnung geschaffen werde; vgl. den Fall der Entsch. bei O. W. 3607.

3) O. B. G. § 13; oben § 50.

4) Z. B. es wird einverleibt „auf Grund der Cessionsurkunde dd. die Uebertragung eines Theilbetrages pr. . . . der Forderung X auf A, mit dem Vorrang vor dem verbleibenden Rest pr. . . . , aber mit dem Range hinter dem laut . . . auf B übertragenen Theile derselben Forderung pr. . . .“ Vgl. Weis. I, Postz. 3., Weis. II, P. 3. 88.

5) Auch die Offenhaltung von Stellen, wie sie z. B. nach mecklenburgischem Rechte dem Eigenthümer beliebig freisteht (Weißbom, S. 138) ist ein Ausfluß der Lokustheorie.

streng zu handhaben ist.⁶⁾ — Unmöglich ist ebenfalls eine gewillkürte Theilung des Ranges für eine ungetheilte Hypothekarforderung.⁷⁾

b) Veränderungen am bestehenden bürgerlichen Rang (Rang = Abtretung oder Prioritätsnachsetzung.⁸⁾)

Um die keine Schwierigkeit bietenden Fälle dieser Kategorie vorweg zu erledigen, sei zunächst vorausgesetzt, daß die von der Rangveränderung zu treffenden Satzposten in der Prioritätsreihe unmittelbar auf einander folgen.⁹⁾ Gehören sie laut Grundbuch demselben Gläubiger,

6) Darum müßte es der Grundbuchsrichter unberücksichtigt lassen, wenn etwa die Eintragung einer Hypothek begehrt würde „mit dem Range um 100 fl. hinter der zuletzt eingetragenen Hypothek“, indem sich der Verpfänder zu diesem Betrag die Aufnahme einer vorgehenden Hypothek vorbehalten wolle. Das kann eben nur durch ein (vorher überreichtes) Gesuch um Anmerkung der Rangordnung, in den Formen und Grenzen dieses besonderen Rechtsmittels, erzwungen werden.

7) Darüber des Näheren unten § 65, Z. 7.

8) In der älteren östr. Literatur fehlt eine Behandlung dieses Rechtsgeschäftes, und auch die oberöstr. Praxis hat zu den wichtigen Fragen, die dasselbe in sich schließt, bisher nicht Stellung genommen. (Anderwärts in Preußen, wo an die einschlagende Entscheidung des Obertribunals, Entsch. Bd. VI. S. 359, eine lebhaft literarische Kontroverse sich angeschlossen hat.) Erst neuerlich gab David (S. G. Z. 1877, Nr. 98) „über das Wesen der Vorrangseinräumung“ eine kurze aber beachtenswerthe Ausführung; und in jüngster Zeit (nachdem inzwischen der Inhalt unseres vorliegenden und des folgenden Paragr. in Grünhuts Ztschr. VII, S. 291 fg. vorläufig publizirt war) erschien Strohal's Schrift „Die Prioritätsabtretung“ 1880, welche von einer ausführlichen Polemik gegen unsere a. a. D. gegebene Darstellung ausgehend zu einer abweichenden theoretischen Auffassung und zu manchen erheblich verschiedenen praktischen Folgerungen gelangt. Zu erschöpfender Gegenpolemik fehlt hier der Raum; doch werden die auf das angef. Werk bezüglichen Zusätze im Folgenden genügen um dem Leser anzudeuten, warum unsere frühere Darstellung der Sache in allen Hauptzügen und namentlich in allen ihren praktischen Folgerungen festgehalten ist, aber auch, wo sie nach Strohal im Einzelnen ergänzt oder berichtigt wurde. Theilweise gegen unsere Auffassung stehen auch die kurzen Ausführungen von Dfner, S. Ger. Halle, 1880 Nr. 58, 83, wesentlich für dieselbe hingegen Fleischler und Schäffler, das. Nr. 67, 68. — Die gemeinrechtliche Literatur bietet in der vorliegenden Materie keine Stütze, da sie selbst (bei dem Fehlen einschlägiger Quellenstellen) erst von den Partikularrechten aus zu einer (bisher immer noch recht dürftigen) Erörterung der betreffenden Einzelfragen angeregt ist, und über die grundsätzliche Auffassung des ganzen Rechtsgeschäftes keine herrschende Ansicht besteht; vgl. Windscheid, Pand. § 247, Dernburg, röm. Pfdt. II, § 158.

9) David a. a. D. unterscheidet zwischen der „Vorrangseinräumung im engeren Sinne“, womit die hier vorangestellten Fälle gemeint sind, und der „Rang-

so kann dieser durch einfaches Gesuch ihre Rangordnung verkehren oder ihre Gleichstellung bewirken, und ebenso, wenn die Posten bisher in gleicher Priorität standen, eine ihm beliebige Rangordnung unter denselben herstellen;¹⁰⁾ bücherlich wird dieses durch eine Anmerkung

abtretung“, welche dann vorliege, wenn sich zwischen den Hypotheken der Kontrahenten Zwischenposten befinden. Ich kann nicht zugeben, daß es sich da um zwei Rechtsgeschäfte verschiedener Art handle (wie denn auch das Gesetz sie nicht unterscheidet, G. B. G. § 30, ung. G. B. D. § 61), sondern es ist ein und dasselbe spezifische Geschäft, welches überall dieselben Rechtswirkungen hat, nur daß diese bei dem einfacheren Sachverhalt sich eben einfach abwickeln, während alle Schwierigkeiten und Streitfragen, die sich an unser Rechtsgebilde knüpfen, erst in der Komplikation aus dem Vorhandensein von Zwischenhypotheken Ursprung und Raum gewinnen. (Wenn also auch wir jene beiden Fallgruppen in unserer Darstellung auseinanderhalten, so geschieht es nur im Interesse der Deutlichkeit.) — Neuestens hat Strohal a. a. D. jene Unterscheidung Davids aufgenommen und weiter durchzuführen versucht, indem er ganz allgemein, also auch für die Fälle des Vorhandenseins von Zwischenhypotheken, eine doppelte Prioritätsabtretung annimmt, je nach der Verschiedenheit der von den Parteien in concreto beabsichtigten Rechtswirkung: wollten dieselben sich damit begnügen, daß dem Cedenten durch die Prioritätsabtretung nur eine dem Cessionar nachtheilige Geltendmachung der Ersthypothek unmöglich gemacht ist (§. 43), so liege die Eine Art des Geschäfts vor, für welche (§. 45) der Ausdruck „Satzweicheung“ als technischer empfohlen wird; die andere Art hingegen dort, „wo die Absicht der Parteien darauf gerichtet ist, daß der Prioritätscessionar in die bessere Pfandstelle des zurücktretenden Prioritätscedenten einrücken solle“ (§. 71), was alsdann „Prioritätsabtretung im e. S.“ zu nennen sei; die Rechtswirkungen beider, welche Strohal sodann überall gesondert entwickelt, gehen natürlich weit auseinander. Wir haben dem schon oben gegen David Bemerkten kaum etwas beizufügen: die behauptete Zweispaltigkeit des Nachstehungsgeschäftes existirt weder im Pfandrecht (s. oben), noch in anderen verwandten Hypothekenrechten, noch in der Ueberzeugung der Gerichte, und am wenigsten im Bewußtsein der Parteien selbst; in letzterer Richtung ist es bezeichnend, daß Niemand eine Tertirung des Vertrages angiebt, nach welcher die eine oder die andere Auslegung Platz zu greifen habe. Insolange es nicht Brauch wird, daß man den Grundbuchgesuchen um Eintragung der Prioritätsnachstehung eine Abhandlung über die Theorie der Nachstehungswirkungen beifügt, dürfte es dabei bleiben, daß „die Parteien das Geschäft, ohne sich des Unterschiedes zwischen Satzweicheung und Prioritätsabtretung im e. S. bewußt geworden zu sein, schlechtweg als ‚Prioritätsabtretung‘ oder ‚Prioritätseinräumung‘ bezeichnen“. Für diesen allein wirklichen Fall nun erklärt Strohal §. 97 „daß man sich im Zweifel immer für die Annahme einer Prioritätsabtretung i. e. S. entscheiden muß“. Hiernach werden wir uns im Folgenden allein an die über das letztere Geschäft gegebenen Ausführungen zu halten haben.

10) Die Gesetze schweigen darüber, aber in der Praxis ist kein Zweifel. —

ersichtlich gemacht. Gehören die beiden Hypotheken aber verschiedenen Gläubigern, so bedarf es, um denselben Erfolg herbeizuführen, einer f. g. Prioritäts-Nachstehungserklärung, d. h. einer schriftlichen Erklärung¹¹⁾ desjenigen, dessen Hypothek im Range verlieren soll, des Inhalts, daß er gewillt sei der anderen „den Vorrang einzuräumen“ (G. B. G. § 30), bezw. die Gleichstellung beider zu gestatten.¹²⁾ Das Gesuch wird bewilligt und danach die Eintragung des veränderten Ranges vollzogen,¹³⁾ wenn nach den bekannten Grundsätzen des Tabularverfahrens (G. B. G. § 21, 93 fg.) kein rechtliches Hinderniß im Wege steht. Als ein solches aber kommt hier insbesondere das Vorhandensein von Belastungen oder Einkufirungen der ihren Vorrang abtretenden Hypothek in Betracht. Gewiß ist zunächst, daß, wer rechtlich nicht in der Lage ist seine Forderung zu veräußern, ebensowenig das für dieselbe bestehende Pfandrecht erlassen, als dessen Priorität aufgeben kann; wohin die gegentheilige Ansicht führen würde, bedarf keiner Darlegung. Aber auch für die mit Aftershypotheken belastete Forderung müssen wir in der vorliegenden Richtung die gleiche Gebundenheit behaupten. Die Veräußerung der

Ebenso für das preuß. und bair. Rt. Dernburg, pr. PrRt. § 334, N. 1. Regelsberger, S. 449.

11) Ueber die Form dieser Erklärung enthält das Gesetz ebensowenig eine Bestimmung, als über die Form der entsprechenden bücherlichen Eintragung; so lange die Praxis letztere als Anmerkung vollzieht, können auch an das Gesuch und dessen Beilagen die Anforderungen der Einverleibungsgesuche nicht gestellt werden; insbesondere auch nicht die Anforderung der Beglaubigung der Unterschriften, da diese ausdrücklich nur für Einverleibungen und für die Anmerkung der Rangordnung gesetzlich geboten ist (G. B. G. § 31, 53). Dies ist so gefährlich, daß es das triftigste Argument gegen die Richtigkeit der Anmerkungspraxis bildet; s. N. 13.

12) Die Erklärung muß den Willen zur Einräumung des Vorrangs ausdrücklich enthalten; derselbe darf nicht indirekt aus anderen Erklärungen gefolgert werden, z. B. aus der Erbetenen und ertheilten Zustimmung zur späteren Verpfändung (anders nach gemeinem Rt. Glük, XIX, S. 431 fg.), oder zur Servitutbestellung (darüber Espan, Wagn. Ztschr. 1836 II, S. 125 fg.).

13) Die Eintragung erfolgt bisher in der Regel (aber nicht unbestrittenmaßen) als Anmerkung, f. z. B. Weil, I, Post. 16. Mit guten Gründen tritt jetzt Strohal, a. a. D. S. 37 fg. für die Form der Einverleibung, bez. Vormerkung, ein (im gleichen Sinne die Motive des Urth. OUB. 6686). Es versteht sich, daß die Gerichte, welche diese Praxis adoptiren, alldann auch an die betreffende Grundbuchsurkunde die entsprechenden Anforderungen stellen, also insbes. zur Intabulation der Nachstehung eine legalisirte Urkunde fordern müssen.

verpfändeten Hypothek schadet dem Austerhypothekar nicht und bleibt darum frei. Bei der Herabsetzung der Priorität aber stehen wir vor der Alternative: entweder ihr Vollzug schadet dem Austerpfandgläubiger, und dann kann sie ohne dessen Zustimmung nicht erfolgen,¹⁴⁾ oder man nimmt an, jene Rechtsveränderung berühre ihrem Wesen und Erfolg nach die Austerhypothekare nicht,¹⁵⁾ und dann gelangt man zu höchst verwickelten Verhältnissen, deren Herbeiführung weder in der Absicht der Parteien, noch im Interesse des Realverkehrs gelegen ist. Denn man müßte sagen: für den Haupthypothekar gilt die schlechtere, für die älteren Austerhypothekare, welche dessen Nachstehungserklärung nichts angeht, die ursprüngliche bessere Priorität, für jüngere jener Eintragung nachstehende Supersätze wiederum der herabgesetzte Rang.¹⁶⁾

Will man dies nicht, so bleibt nur, was wir nicht bloß für einfacher, sondern für allseitig entsprechender halten, die Regel: die Vorrangsabtretung seitens einer mit Austerpfandrechten belasteten Hypothek ist nur zulässig auf Grund einer von allen Austerpfandgläubigern genehmigten Nachstehungserklärung.¹⁷⁾

Wenn nun hiernach — zwischen unmittelbar aufeinander folgenden Hypotheken und betreffenden Falls unter Zustimmung der Auster-

14) Dafür könnte man sich berufen auf § 61 der ung. G. B. D. „Ein Gläubiger kann einem Andern den Vorrang nur insofern einräumen, als dadurch die bürgerlichen Rechte dritter Personen nicht benachtheiligt werden“.

15) Dafür scheint zu sprechen § 30 G. B. G. „Rechte und Vorrang der übrigen Gläubiger werden dadurch nicht berührt“; — aber man wollte hiemit sachlich nichts Anderes normiren, als der obige § 61 besagt, und wie wenig beide Gesetzesstellen zur Begründung einer Theorie der Prioritätsnachstehung brauchbar sind, wird sich gleich unten ergeben.

16) Technisch geradezu unausführbar wären diese Konsequenzen nicht, sowohl bei der Kaufschillingsvertheilung nach Exekution des ganzen Pfandgutes, als auch bei der Sonderexekution auf die verpfändete Hypothekarpost (welche der equirende ältere Austerhypothekar ohne Rücksicht auf die Nachstehung, also in ihrer ursprünglichen Priorität, feilzubieten besugt wäre), — aber es stünde im Widerspruch entweder zu der bei uns sonst anerkannten Natur der Austerverpfändung, die keine partielle Cession ist, sondern ihr Objekt ungetheilt ergreift (oben S. 447), oder zu dem Grundsatz, daß Eine Satzpost immer nur Einen Platz in der Rangordnung einnimmt (s. unten § 65 Z. 7).

17) In der Praxis dürfte es, schon der einschneidenden Einfachheit wegen, so gehalten werden, doch ist mir eine oberstgerichtl. Entscheidung des Falles nicht bekannt. Strohal, welcher sogar dem Eigenthümer des Pfandgutes ein Einspruchsrecht gegen Prioritätsabtretungen gewähren möchte (a. a. D. S. 59), wird dasselbe umso mehr für den Austerhypothekar anerkennen müssen.

berechtigten — die Eintragung des Vorranges (oder der Gleichstellung) bewilligt und vollzogen ist, so kann über ihre Wirkung kein Zweifel bestehen: es hat dem Erfolg nach ein Umtausch der Rangstellen beider Posten stattgefunden, und wird von jetzt an nicht nur unter den Beteiligten sondern Jedermann gegenüber Alles so gehalten, als wäre die zurückgetretene Hypothek seinerzeit erst nach der vorgetretenen zur bürgerlichen Eintragung gekommen.¹⁸⁾ Freilich beschränkt sich, der gemachten Voraussetzung gemäß, diese Wirkung von selbst auf die Rechtsnachfolger der Erstbetheiligten, da zwischen ihnen Niemand steht, den Nachhypothekaren und dem Eigenthümer aber der Rang zweier Hypotheken, die beide ihnen vorgehen, gleichgiltig sein muß.¹⁹⁾

Ernste Zweifel hinsichtlich der praktischen Folgen der Prioritäts-einräumung, welche nur durch eine genauere Feststellung der rechtlichen Natur dieses Geschäftes zu lösen sind, ergeben sich aber sofort, wenn in der bürgerlichen Reihenfolge zwischen den zunächst Betroffenen noch andere Hypotheken stehen.

Die Zulässigkeit der Rangverschiebung auch zwischen solchen (mögen sie denselben oder verschiedenen Gläubigern gehören) ist ausdrücklich ausgesprochen:

„Der Hypothekargläubiger ist berechtigt, einer gleichzeitig oder später eingetragenen Hypothekarforderung den Vorrang vor seiner Hypothekarforderung einzuräumen.“ G. B. G. § 30. (Aehnlich schon § 26 des böhm. Uelpat.)

Bewilligung und Vollzug erfolgen wie im obigen Fall. Ueber

18) Uebereinstimmend Regelsberger, S. 448. Ebenso für die in Rede stehenden Fälle Strohal, S. 42 fg.

19) Roth, bair. Civ. Rt. II, § 191, N. 4. Damit will nicht gesagt sein, daß es diesen Personen unter allen Umständen faktisch gleichgiltig sei, in welcher Ordnung jene anderen stehen, (— für den Eigenthümer insbesondere ist die Möglichkeit eines Interesses daran bei Strohal, S. 46 fg. reichlich exemplifizirt —) aber ein in ihrer dinglichen Rechtsstellung enthaltenes rechtliches Interesse haben sie nicht, daher schon deshalb von einem Einspruchsrecht derselben gegen die Rangveränderung nicht die Rede sein kann. A. M. Strohal, a. a. D., welcher an die Stelle jenes Interesses ohne Weiteres ein Recht setzt, welches in Oestreich durch § 30 G. B. G. dem Eigenthümer verflümmert sei. Aber es wird in anderem Zusammenhange unten (§ 90) ausgeführt werden, daß die unter Umständen dem Eigenthümer eröffnete Möglichkeit Hypothekarrechte einzulösen, anstatt zu zahlen, noch keineswegs die Annahme eines allgemeinen Einlösungsrechtes begründet.

die Wirkung schweigt das Gesetz, nur daß die Zwischengläubiger durch dieselbe keine Rechtsverkürzung erleiden sollen, wird hervorgehoben:

„Rechte und Vorrang der übrigen²⁰⁾ Gläubiger werden dadurch nicht berührt.“

Es läßt sich nun aber die Wirkung dieses Rechtsaktes — innerhalb der selbstverständlichen Grenze, daß durch ihn fremde Rechte nicht gekränkt werden — in doppelter Weise gestalten, je nachdem man dieselbe als absolute, oder als bloß relative Rangveränderung bestimmt. Und zwar weichen die praktischen Ergebnisse aus beiden Auffassungen erheblich von einander ab, indem gegenüber manchen Eventualitäten die rechtliche Lage nicht nur der Nächstbetheiligten sich verschieden gestaltet, je nachdem man der einen oder anderen Gedankenreihe folgt, sondern auch diejenige der Zwischenhypothekare, ohne daß übrigens „Rechte und Vorrang“ derselben auf Einem der beiden Wege berührt würden. Dabei ist zum Voraus ins Auge zu fassen, daß, wenn der praktische Kern der vorliegenden Differenz heraustreten soll, dieselbe nicht dahin formulirt werden darf: ob die Rangabtretung ein dingliches, oder ein obligatorisches Rechtsgeschäft sei,²¹⁾ sondern dahin: ob sie eine absolut, oder eine nur relativ wirkende rechtliche Veränderung erzeuge.²²⁾ Denn

20) Damit können nur die Inhaber von Zwischenhypotheken und ihre Rechtsnachfolger gemeint sein, da sowohl die der vortretenden Post nachstehenden, als die der zurücktretenden Post vorstehenden Gläubiger durch die Rangveränderung in ihren Rechten gar nicht berührt werden können. Die Allgemeinheit der Formulierung entspricht der herrschenden Unklarheit über Wesen und Wirkung des in Rede stehenden Aktes. Man begnügte sich (hier, wie schon in der ung. G. B. D. § 61) mit einem Satze, der, in thesi banal und in der Anwendung mehrdeutig, die praktischen Fragen nicht entscheiden hilft. (Nicht anders der im Wesentlichen gleichlautende § 35 des preuß. Ges. v. 5. Mai 1872.) Viel besser jedoch der östr. Reg.-Entwurf v. 1869, § 15: „... so ändert sich dadurch nur die Rangordnung dieser Forderungen unter einander.“

21) Einerseits nämlich verträgt es sich auch mit der Auffassung der Nachstehung als dingliches Geschäft ganz wohl, daß man ihr bloß relative Wirkungen zuschreibt (vgl. Note 23, a. E.); andererseits aber kann, auch wer die obligatorische Natur dieses Geschäftes festhält, der Verbücherung desselben die Kraft beimessen quasidingliche Wirkungen zu erzeugen, wie solche ja auch sonst unzweifelhaft obligatorischen Verträgen kraft der bürgerlichen Eintragung zukommen.

22) Die erstere Alternative allein lehrt Strohal heraus (a. a. D. S. 10 fg.), richtig faßt den Gegensatz Dfner, a. a. D. Nr. 58.

die letztere Alternative ist es, auf welche alles Für und Wider bei der Erwägung der zweifelhaften praktischen Fragen zurückführt.

Wir entwickeln zunächst die Eine der möglichen Auffassungen mit den sich daran knüpfenden Folgerungen.

I. Die Prioritätseinräumung wirkt absolut, als Veränderung des objektiven Bestandes der Rangordnung:²³⁾ es ist, so weit nicht wirkliche Rechte Dritter im Wege stehen, die Fiktion maßgebend, als ob das vorgetretene Recht seinerzeit mit der Einreichungszahl des zurückgetretenen Rechts intabulirt worden wäre und umgekehrt. Daraus folgt:

1) Die Rangstellung des vorgetretenen Hypothekars ist unabhängig von den ferneren Schicksalen des zurückgetretenen Rechts. Auch wenn dieses etwa durch Zahlung oder Erlaß untergeht, bleibt jenem der einmal erworbene Vorrang, der jetzt nur den Zwischenhypothekaren gegenüber seine Wirkung geltend macht; da letztere überhaupt ein Recht auf eventuelle Vorrückung nicht haben (wie oben § 63 dargelegt ist), erscheinen sie durch den Rangtausch keineswegs in ihren Rechten gekränkt, mag es auch wahr sein, daß ohne den Tausch vielleicht jene Tilgung ebenfalls stattgefunden und alsdann für sie ein Ranggewinn sich ergeben hätte. Nicht einmal eine später erfolgreich durchgeführte Anfechtung der zurückgetretenen Hypothek kann der anderen ihren Vorrang wieder nehmen, wenn derselbe im Vertrauen auf das öffentliche Buch redlich erworben war, so wenig als dieselbe Anfechtung einer früher ebenso erworbenen Alterhypothek die Wirksamkeit entziehen würde.²⁴⁾

23) Diese Auffassung wird jetzt in Preußen von der Autorität Dernburg's (pr. Prt. I, S. 743) getragen, aber von ihm nur ganz summarisch begründet: „es rechtfertigt sich dies aus der Meinung der Kontrahenten und entspricht der formalen Kraft der Einschreibung“. (Treffend hiergegen David, a. a. D. Nr. 7.; in Preußen selbst steht diese Ansicht vereinzelt und gegen das Obertribunal, vgl. unten § 65, Nr. 8.) Grundsätzlich will auch Strohal zu den Vertretern dieser Lehrmeinung gehören, da er S. 90 die Wirkung der Prioritätsabtretung „dahin präjiziert, daß hierdurch Primus seiner Hypothek, mit der er an die bisher vom Tertius eingenommene Stelle tritt, die des Letzteren substituirt“. Gleichwohl sucht er in der Durchsicherung einen Mittelweg zwischen der Theorie der absoluten und der der relativen Wirkung, indem er in verschiedenen Fällen und nach verschiedenen Richtungen hin (s. unten Note 25) bald diese, bald jene eintreten läßt; vgl. S. 79, 81, 88.

24) Die Analogie des ganzen Verhältnisses zur Alterhypothek betont insbes. Regelsberger, Stud. S. 51, ohne jedoch die hier aufgestellte Folgerung zu ziehen. Ähnlich Dfner, a. a. D. Nr. 83.

2) Umgekehrt ist auch der neue schlechtere Rang der zurückgetretenen Hypothek — gerade als hätte sie denselben von jeher eingenommen — von dem Weiterbestand der vorgetretenen nicht anders abhängig, als das bei jeder sonstigen Nachhypothek hinsichtlich ihrer Vorposten der Fall ist. Wird also jene gelöscht, so findet allgemeines Nachrücken statt, wobei natürlich die Zwischenhypothekare zunächst gewinnen.²⁵⁾

3) Ist die vortretende Forderung kleiner als die, deren Rang sie erhält, so gewinnen ebenfalls die Zwischengläubiger, indem ihnen nun-

25) Die hier unter 1 und 2 gezogenen Folgerungen nimmt Dernburg a. a. O. ausdrücklich an („der richtigen Ansicht nach ist aber die Abänderung der ursprünglichen Ordnung, welche durch die eingetragene Prioritätscession erfolgt ist, eine endgiltige“); auf das Weitere geht er nicht ein. Strohal hingegen macht folgende Unterscheidungen: Zu 1). Der nachträgliche Untergang der Hypothek des Prioritäts-Cedenten sei für den Rangwerb des Cessionars bald vernichtend, bald gleichgiltig, oder auch beides zum Theil; wenn nämlich a) die zurückgetretene Hypothek eine Kautionshypothek war, so muß sich nach deren Untergang der Rang-Cessionar „mit seiner ursprünglichen Pfandstelle wieder zufrieden geben“ (§. 82); war dieselbe aber b) eine gewöhnliche Hypothek, so gelte das Gegentheil (was §. 79 blos damit begründet wird, daß die Zwischengläubiger kein Vorrückungsrecht haben, also in einem solchen auch nicht verletzt würden; woraus aber doch offenbar nur folgt, daß das Behauptete nicht aus diesem Grunde unstatthaft, keineswegs auch daß es richtig sei); endlich c) sei auch die gewöhnliche Hypothek hinsichtlich ihrer gesetzlichen Anhängel (Zinsen und Kosten, § 16 G. B. G.) als Kautionshypothek zu behandeln, und mithin der Rückschlag des Unterganges einer verzinlichen Vorhypothek auf die Rechtsstellung des Rangcessionars zum Theil nach a) (für die Nebenschuldbigkeiten), zum Theil nach b) (für das Kapital) zu bestimmen (§. 84). Was nun aber weiterhin den umgekehrten Fall (oben unter 2) betrifft, wenn nämlich die Hypothek des Rang-Cessionars erlischt, so entscheidet Strohal §. 88 ohne weitere Unterscheidung für den Wegfall jeder Wirkung der Rangcession, „denn nicht schlechtthin und unbedingt will der Prioritätscedent mit dem Prioritätscessionar den Rang tauschen, sondern nur zum Vortheil des Letzteren und somit nur unter der Bedingung, daß die dem Tertius zur Verfügung gestellte bessere Pfandstelle (?) von diesem zur Zeit der Pfandexekution auch wirklich in Anspruch genommen wird.“ — Eine Argumentation, an welcher Nichts fragwürdig erscheint, als warum sie nicht genau ebenso (mutatis mutandis) gegenüber der Fallgruppe unter 1) zur Anwendung gebracht wurde? Alsdann wäre die einzig abweichende Entscheidung unter 1, b) entfallen, und ein einfaches Prinzip zur Beherrschung aller einschlägigen Entwicklungen und Fragen gewonnen worden, nämlich die von uns unten vertretene Theorie der durchgängigen Relativität der Nachstehungswirkungen. Freilich hätte dann die von unseren Gegnern vertretene — und von Strohal in der stark verfaulerten Formulierung §. 90 nur mühsam festgehaltene — Grundauffassung der Prioritätsabtretung als eines Stellenwechsels aufgegeben werden müssen.

mehr eine geringere Summe vorgeht, ebenso wie nach einer theilweisen Löschung; der zurücktretende Hypothekar, welcher (dieser Auffassung nach) durch die Rangabtretung einen Rangtausch bewirkt hat, steht mit seiner ganzen Hypothek an der eingetauschten schlechteren Stelle und hat keinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlösantheil, welcher, abgesehen von der Rangverschiebung, auf seine Forderung entfallen wäre.

4) Wenn umgekehrt die zurücktretende Forderung den geringeren Inhalt hat,²⁶⁾ so kann das Vortreten der anderen nur bis zu diesem geringeren Betrag stattfinden; denn die Vorschübung einer lästigeren Hypothek würde allerdings Rechte und Rang der Zwischenhypothekare verletzen. Mithin bleibt der Ueberschuß der vortretenden Forderung auf ihrer ursprünglichen Rangstelle stehen und theilt diesen Platz mit der eben dahin zurücktretenden Forderung, so daß insoweit beide sich im Range gleichstehen.²⁷⁾

5) Eine Rangabtretung seitens mehrerer auf verschiedenen Rangstufen stehender Vorhypothekare an einen und denselben Nachhypothekar erscheint aus dem hier eingenommenen Gesichtspunkte unmöglich, weil Niemand mit seiner ganzen Forderung auf mehreren Rangstufen zugleich stehen kann; sie wäre aber auch überflüssig, da durch die wirksame Prioritätseinräumung von Seiten des ersten der Vorhypothekare ohnehin dessen Rang, und damit nach Obigem der nicht weiter alterirbare

26) Bei der Abwägung der Größe beider Forderungen müssen natürlich auch Zinsen und sonstige Nebenverbindlichkeiten in Anschlag gebracht werden; ist z. B. die zurücktretende Post unverzinslich, so kann nur so viel von einer verzinlichen Nachhypothek an ihre Stelle einrücken, als mit Einrechnung dreijähriger Zinsen (G. B. G. § 17) ihrem Betrag gleichkommt. — Bei Kautionshypotheken erhellt das hier maßgebende Größenverhältniß immer erst ex post; es kann nicht der in tabulirte Höchstbetrag angenommen werden, da das Pfandgut nicht schlechtthin für diesen haftet, sondern nur für die innerhalb seiner gelegene seitherzeit zu liquidirende Summe, und ein Mehreres den Zwischenhypothekaren nicht vorangesezt werden darf; man kann also diesfalls immer erst im Zeitpunkt der Liquidation feststellen, wie weit die Prioritätsverschiebung gegriffen habe. Vgl. darüber insbes. Berger, Studien im bair. H. R. S. 53 fg.

27) Diese Gleichstellung ist logische Folge der Theorie vom Stellentausch (a. M. Strohal, §. 91): denn wenn die Hypothek des Cedenten an den Platz zurückgetreten ist, auf welchem ein Theil der Hypothek des Cessionars zurückblieb, so stehen nunmehr beide auf Einem Platz und können nicht anders behandelt werden, als andere Hypothekenpaare, die aus anderen Gründen (z. B. durch gleichzeitige Entstehung) auf Einem Platz gekommen sind.

Vorzug vor allen Uebrigen erworben wird. (Gingegen ist umgekehrt eine Prioritätseinräumung an Mehrere praktisch und zulässig, wenn die Summe der vortretenden Beträge den Inhalt der Einen zurücktretenden Hypothek nicht übersteigt.)

6) Die Weiterübertragung des durch Prioritätseinräumung erworbenen Ranges ist in derselben Weise ohne Einschränkung statthaft und gewährt dem zweiten Erwerber dasselbe feste und durch das Publizitätsprinzip geschützte Rangrecht, wie dem ersten.²⁸⁾

7) Zwischen einer Hypothek und einer Servitut ist, sobald dritte Gläubiger inmitten stehen, ein Rang austausch nicht möglich,²⁹⁾ weil der Geldwerth der Servitut nicht liquid, mithin es nicht gewiß ist, ob die an ihre Stelle tretende Hypothek (oder umgekehrt die an Stelle der Hypothek tretende Servitut) die Rechte der Zwischengläubiger unberührt läßt.

§ 65.

Fortsetzung.

Rechtliche Natur der Vorrangseinräumung.

Gegen die in der vorstehenden Ausführung dargelegte Ansicht über das durch die Prioritätsabtretung geschaffene Rechtsverhältnis läßt sich bei dem dürftigen Bestand an positiven Rechtsnormen ein zwingendes Argument nicht beibringen. Wohl aber lassen sich an der Hand der aus dieser Ansicht sich ergebenden Folgerungen, welche wir soeben gezogen haben, nicht unerhebliche Zweifel darüber entwickeln, ob dieselbe wirklich den getreuen Ausdruck von dem Wesen jenes Rechts-

28) In diesem Sinne entscheidet Strohal, S. 92, ohne sich durch seine eigenen Aufstellungen über die bedingte Natur der Rangabtretungserklärung (s. oben Note 25) beirren zu lassen; daß der Rangcessionar vermöge der Weitercession den Dritten „an seine Stelle gesetzt hat“, bildet hier kein Argument, denn darum fragt es sich eben, ob jener ein anderes Hypothekarrecht an die Stelle setzen kann, welche (nach der S. 88 gegebenen Auslegung des Vertragsinhaltes) eben nur seiner Forderung zur Verfügung gestellt war.

29) Hiermit scheint zu stimmen, daß § 30 G. B. G. einer Abtretung des Vorrangs nur zwischen Hypotheken erwähnt; gegen das argumentum a contrario aus diesem § und für die rechtliche Zulässigkeit der in Rede stehenden Prioritätsabtretungen spricht sich Strohal, S. 103, mit Recht aus; eine zu Gunsten des sog. Dispositionsrechtes des Eigentümers S. 106 gemachte Einschränkung ist aber abzulehnen.

instituts bilde, wie es — obzwar von der Gesetzgebung kaum beachtet und gleichsam nur im Vorübergehen erlaubt¹⁾ — im Bodencredit-Verkehr längst eingewurzelt und im Rechtsbewußtsein aller diesem Verkehr Obliegenden lebendig ist. Und wenn dies der Fall, so wird sich weiter fragen, ob nicht etwa in der anderen oben als möglich vorgelegten Auffassung des Verhältnisses, welche innerhalb der vorhandenen Rechtsnormen nicht minder zulässig erscheint als jene, der dort vermifste getreue Ausdruck zu finden sei. Letzteres werden wir dann sagen können, wenn sich herausstellt, daß die sich ergebenden praktischen Folgen, insofern sie von den obigen abweichen, mit Dem zusammentreffen, was die Betheiligten selbst in der Regel erwarten, was also aus der Natur des Geschäftes, wie es der Verkehr auffaßt, zu fließen scheint. Trifft aber dieses zu, wie wir allerdings meinen, so muß man, auch ohne Stützpunkt an einer Gesetzesstelle und ohne Rücksicht auf etwa auftauchende Schwierigkeiten der theoretischen Konstruktion, die erstere Ansicht als unrichtig verwerfen, die letztere als die allein im wirklichen Recht begründete ansehen, und sie dann aber auch in allen ihren Konsequenzen vertreten.

Was nun in diesem Sinne vor Allem gegen die obige Aufstellung einer absoluten Wirkung der verbücherten Prioritätsnachstehung in's Gewicht fällt, ist der Rückschlag auf die Interessen der Zwischengläubiger, wie er ihr zufolge unvermeidlich eintritt. Zwar deren Rechte und Rangstellung bleiben dabei unberührt, aber ihr Interesse wird, wie sich ergeben hat, nach Umständen günstig oder ungünstig betroffen von dem Eintritt einer anderen an die Stelle der bisherigen Hypothek.²⁾ Und eben hiergegen sträubt sich die Verkehrsansicht: sie erwartet, daß

1) Der oben S. 487, 488 vollständig abgedruckte § 30 G. B. G. (wesentlich identisch mit § 61 ung. G. B. D. und § 26 böhm. Kpat.) ist die einzige Gesetzesstelle, welche die Prioritätseinräumung betrifft.

2) Wer etwa hinter einer bedeutenden Hypothek deshalb noch Kredit gewährt hat, weil ihm nach seiner Kenntniß der Personen und Dinge die demnächstige Tilgung gerade dieser Schuld wahrscheinlich war, der würde sich enttäuscht finden durch den Rang- und Stellentausch zwischen dieser und einer ziffermäßig gleichen anderweitigen Post, bei der vielleicht jene Verhältnisse ganz anders liegen; aber daß sein hypothekarisches Recht oder sein Rang damit verletzt sei, könnte er freilich ebensowenig behaupten, als wenn im gleichen Fall durch eine Cession, Novation (§ 1378 a. b. Gb.), Prolongation u. dgl. seine Aussichten auf Vorrückung in die Ferne geschoben wären.

das zwischen den Dritten allein abgemachte Geschäft nicht nur die Rechte, sondern die gesammte Lage der übrigen Realbetheiligten dergestalt unverfehrt lasse, daß für sie Wirkungen jenes Geschäftes überhaupt nicht fühlbar werden.³⁾ Das drückt sich in der ganzen äußeren Gestalt der Abmachung aus, welche nicht als Rangstellentausch, sondern als „Nachstehung“ (d. h. Erklärung, daß man im Kollisionsfall einem bestimmten Gläubiger weichen wolle) auftritt,⁴⁾ und demzufolge auch in der bürgerlichen Durchführung nicht als Veränderung der Gesammt-Rangordnung erscheint, sondern, unter Aufrechthaltung dieser, bloß als Super-Eintrag bei der begünstigten Post, von welchem Eintrag die übrigen Hypothekare amtlich gar nicht in Kenntniß gesetzt werden. Das klingt endlich auch in der Textirung der mehrerwähnten Gesetzesstelle an, wenn darin nicht von Abtretung des eigenen Ranges oder der bürgerlichen Stelle, sondern nur von Einräumung des „Vorranges vor seiner Hypothekarforderung“ gesprochen wird, was dem Sinne nach mit der obigen „Nachstehung“ zusammenfällt. — Nimmt man hiezu noch, daß es im Verkehr allgemein für zulässig und vorsichtig gilt, wenn der später eintretende Gläubiger, welcher sich dennoch die erste Rangstelle sichern will, die Prioritätseinräumung nicht bloß vom Ersteingetragenen, sondern auch von allen Zwischenhypothekaren begehrt⁵⁾ und verbüchern läßt (was nur auf der Voraussetzung beruhen kann, es werde erst hierdurch seine Vorrangstellung unabhängig von späteren Schicksalen der ersteingetragenen Hypothek); ferner, daß Nachstehungserklärungen von Seiten Servitutberechtigter zu Gunsten späterer Hypotheken einem nicht seltenen praktischen Bedürfniß ent-

3) Höchst wahrscheinlich liegt diese Meinung dem sonst überflüssigen Schlußsatz des § 30 G. B. G. zu Grunde; aber ausgesprochen ist sie darin nicht, gehört auch nicht dahin, da der Gesetzgeber nicht die beabsichtigten praktischen Wirkungen seiner Normen, sondern diese selbst auszusprechen hat.

4) Die ältere Praxis verwendete auch den besonders bezeichnenden Ausdruck „Hypothekenweichung“, oder „Satzweichung“ s. Gspan, gesetzm. Befr. d. O. § 192 und passim; Strohal, S. 45.

5) Bei öffentlichen Kreditinstituten, die statutenmäßig nur in bester Priorität belehnen, ist das ständige Brauch. (Daher wohl die irrige Meinung David's, a. a. O. Nr. 9, daß in anderer Weise die Rangabtretung in der östr. Praxis bisher gar nicht üblich sei.) Vom Standpunkt der gegnerischen Theorie (Dfner, a. a. O. Nr. 58) erscheint dieser Brauch als Ausfluß übergeschäftiger Advokatenvorsicht.

sprechen;⁶⁾ endlich daß eine Theilung der Priorität ohne Bervielfältigung der Forderung, wie sie sich in zahlreichen hierhergehörigen Fällen unter Anwendung der absoluten Theorie nach Obigem (§. 4) ergeben würde, ihre besonderen Bedenken⁷⁾ hat: so drängt alles dieses überwiegend zu einer solchen Auffassung der rechtlichen Natur des besprochenen Geschäftes, welche dessen gesammte Wirkungen (nicht bloß die rechtlichen, sondern auch die bloß wirtschaftlichen) auf die handelnden Personen und ihre Rechtsnachfolger beschränkt, also keineswegs eine Abänderung der Rangordnung als solcher, sondern nur eine Relation zwischen einzelnen Hypothekaren, betreffend ihren wechselseitigen Rang, als dessen Inhalt hinstellt.

Damit ist die zweite der oben als möglich hingestellten Ansichten gegeben:

II. Die Einräumung des Vorranges an einen Nachhypothekar wirkt bloß relativ;⁸⁾ sie verändert den objektiven Bestand der vorhandenen bürgerlichen Rangreihe nicht, aber sie verpflichtet den zurücktretenden Hypothekar und (wenn sie verbüchert ist) seine bürgerlichen oder außer bürgerlichen Rechtsnachfolger in der Hypothek, den dieser Hypothek an sich — und Dritten gegenüber fortwährend wirksam — zustehenden Rang⁹⁾ gegen

6) Sie könnten nach der oben dargestellten Ansicht (Ziff. 7) beim Vorhandensein von Zwischenhypotheken nicht bewilligt werden; es würde also z. B. die Ausnahme eines Sparkassenlehens für den Proprietar, wenn der Miethbraucher zur Nachstehung bereit ist, und die Kasse in dem Betrag der sonstigen vorhandenen Posten kein Hinderniß findet, dennoch an der Weigerung des Inhabers der kleinsten Zwischenhypothek scheitern müssen.

7) Vgl. unten Ziff. 7.

8) Diese Ansicht ist für Preußen durch das Obertribunal festgestellt und wird von Förster, III, S. 452, Koch, Komm. zu § 497, I, 20 A. L. Rt. und Goldberg, S. 87. fg. gebilligt; für das bair. Rt. ebenso Regelsberger, S. 450, 451, Roth, bair. Civ. R. I, S. 451 und die dort angezogene Praxis; für Hannover Bar, S. 114 f. auch Römer, würtemb. Pfandrt. § 241. Auch Strohal muß (trotz seiner theoretischen Gegenwehr) mit zu den Anhängern dieser Grundauffassung gezählt werden, mit deren Folgesätzen die meisten seiner praktischen Aufstellungen sich decken; vgl. oben § 64 Nr. 25, und das hier folgende. — Für unsere Ansicht spricht auch die Textirung im v. Reg. Entw. 1869; s. oben § 64, Nr. 20.

9) Hiermit (ebenso schon in Grünhut's Ztschr. VII, S. 303, und S. 316) glaube ich mit voller Deutlichkeit ausgesprochen zu haben, daß meiner Ansicht nach der zurücktretende Hypothekar keineswegs zur Nichtausübung seines Hypothekarrechts durch die Nachstehung sich anheischig macht, sondern eben dazu, den Rang

jene bestimmte Nachhypothek nicht zur Geltung zu bringen. Er ist durch den Inhalt seines Abkommens mit dem Prioritätscessionar weder verpflichtet, seinerzeit seine Hypothek unausgeübt zu lassen (um diesen etwa nachrücken zu machen), noch umgekehrt verpflichtet dieselbe auszuüben und dadurch seine persönliche Forderung zu konsumiren (um etwa den Erlös dem Prioritätscessionar zur Verfügung zu stellen): sondern er hat — unter Wahrung der vollen Freiheit, mit seiner Hypothek übrigens zu verfahren wie ihm gut dünkt, — nur darauf verzichtet, die Hypothek seines Mitkontrahenten vermöge des seiner eignen Hypothek zukommenden Vorranges bei einer künftigen Konkurrenz auf den Kaufschilling zurückzubringen.

Daraus folgt dann im Einzelnen:

1) Wenn zur Zeit der Pfandexekution beide Hypotheken noch zu Recht bestehen, so ist der auf die zurückgetretene Hypothek ihrer bürgerlichen Rangstelle gemäß entfallende Erlösanteil zunächst der vorgetretenen Nachhypothek versandt. Denn da der Vorhypothekar nur dieser Nachhypothek gegenüber auf seinen Vorzug verzichtete, ohne sonst seine Rangstellung aufzugeben, drückt er kraft der letzteren jetzt alle Zwischenhypothekare zurück, und der Prioritätscessionar zieht den Betrag ein, weil ihm allein gegenüber jenes Vorrecht keine Kraft hat, und weil jedem Hypothekar grundsätzlich der ganze Erlös des Pfandgutes haftet, insofern derselbe nicht durch bessere Rechte Dritter in Anspruch genommen ist.¹⁰⁾ Er erhält den Betrag ganz,

dieses seines Rechtes gegen jenen Einen Nachhypothekar nicht ins Feld zu führen. Gleichwohl fußt Strohal's ganze Polemik gegen meine Ansicht (§. 22 bis 27) auf der (wohl durch minder genauen Ausdruck an anderen Stellen verschuldeten) irrhümlichen Unterstellung der ersten Meinung, die natürlich zu Unmöglichkeiten führt. Um in Zukunft kein Mißverständnis darüber aufkommen zu lassen, ist jetzt der im Text unmittelbar folgende Satz hinzugefügt worden.

10) Also er zieht nicht, wie der entgegengesetzten Theorie zufolge, kraft des nachträglich erworbenen besseren Ranges, sondern weil ein Stück des Pfanderlöses vorhanden ist, welches nur für ihn frei, für alle anderen Nachhypothekare aber durch ein wirksames Vorpfandrecht in Beschlag genommen erscheint. (Sein „direkter Anspruch, mit seiner Forderung aus dem Erlöse an der bevorzugten Stelle befriedigt zu werden“, David, 3. 3, ist nichts anderes, als seine actio hypothecaria, die vermöge jener Nachstehung nun günstigere Konkurrenzverhältnisse vorfindet.) Davin liegt die Antwort auf die Frage bei Strohal, §. 24, „wie es denn eigentlich zugeht, daß Tertius in Folge des Umstandes allein, daß Primus seine erste Hypothek — soll heißen den Rang seiner ersten Hypothek — nicht geltend

wenn seine Forderung die Ziffer der zurückgetretenen erreicht oder übersteigt; letzterenfalls bezieht er den Ueberschuß aus dem auf seine eigene Rangstelle entfallenden Erlösanteil, aber vor dem Prioritätscedenten; ¹¹⁾ ist hingegen seine Forderung geringer, ¹²⁾ so bleibt der an der besseren Stelle noch verfügbare Anteilsrest zusammen der auf die befriedigte Hypothek an ihrer eigenen schlechteren Rangstelle entfallenden ganzen Summe dem zurückgetretenen Vorhypothekar zur Verfügung. ¹³⁾ Oder allgemein ausgedrückt: bei der vorausgesetzten Sachlage, wenn beide Hypotheken im Zeitpunkt der Kaufschillingsvertheilung noch vorhanden sind, wird aus den auf beide rangmäßig entfallenden Erlösanteilen Eine Masse gebildet, und aus dieser zuerst die begünstigte Nachhypothek und sodann, soweit die Summe zureicht, die mit der Nachstehung behaftete Vorhypothek zur Tilgung gebracht. (War nicht eine Nachstehung, sondern die Gleichstellung beider eingetragen, so erfolgt ebenso die Tilgung beider aus jener Masse, aber ohne Reihenfolge, nach verhältnismäßigen Anteilen.)

2. Ist die Wirkung der Prioritätseinräumung ihrem Wesen nach nur eine Relation zwischen zwei Hypotheken, so wird dieselbe sich in Nichts auflösen, sobald eines dieser Rechte untergeht. Wenn daher

- a) die vorgetretene Nachhypothek erlischt, so verschwindet damit jede Verpflichtung des ihr gegenüber zurückgetretenen Vorhypothekars: da nunmehr nur solche Nachhypothekare vorhanden sind, denen gegenüber er seinen Vorzug nicht aufgegeben hatte, befindet er sich allseitig in derselben Lage, wie vor der Prioritätsabtretung; ¹⁴⁾ von Vorrückung der Zwischenhypotheken kann nicht

macht, in die Lage kommen soll, sich aus dem Pfanderlöse vor dem Sekundus zu befriedigen?“

11) Nach dem Inhalt des Abkommens soll eben der Cessionar für seine ganze Forderung vor dem Cedenten befriedigt werden, daher muß auch bei der Konkurrenz an der schlechteren Stelle ersterer vorgehen (ebenso David, 3. 5, Strohal, §. 91); aus der Theorie der absoluten Wirkung ergäbe sich das Gegentheil, oben, 3. 4.

12) S. dazu oben § 64, N. 26.

13) Was der Prioritätscessionar übrig ließ, bezieht an beiden Stellen der Cedent bis zu seiner vollen Befriedigung (übereinstimmend Strohal, §. 91) — und zwar aus eigenem Rechte, nicht etwa kraft einer Rechtsnachfolge in die Hypothek des Anderen, vgl. unten N. 16, 39 — weil er eben allen seinen sonstigen Nachhypothekaren gegenüber immer der Vormann geblieben ist.

14) Uebereinstimmend Strohal, §. 88.

die Rede sein, da eine ihnen vorgehende Post nicht erloschen ist.
— Wenn aber umgekehrt

b) die Vorhypothek untergeht, nachdem sie einer überlebenden Nachhypothek den Vorrang eingeräumt hatte, so entschwindet dieser letzteren der daraus eventuell zu erwartende besondere Rechtsvortheil; sie nimmt nur an der jetzt eintretenden allgemeinen Vorrückung aller Nachhypotheken in ihrer bücherlichen Rangreihe mit Theil und kommt bei der Exekution erst hinter allen Zwischenhypotheken zum Zuge.¹⁵⁾

Um diese unerwünschte Möglichkeit auszuschließen hat der vorkretende Hypothekar kein anderes Mittel, als den Abschluß gleichartiger Nachstehungsverträge auch mit allen Zwischengläubigern; keineswegs erwächst ihm aus dem Prioritätseinräumungs-Vertrag die Befugniß, gleich einem Asterhypothekar (§ 455 a. b. Ob.) die freiwillige Tilgung der zurückgetretenen Forderung zu hindern oder den gezahlten Betrag anzusprechen. Denn er hat kein Verfügungsrecht über diese Forderung erworben,¹⁶⁾ sondern nur den negativen Anspruch, daß seinerzeit ihr

15) Uebereinstimmend David, jedoch mit der unrichtigen Begründung aus dem angeblichen Vorrückungsrechte der Zwischengläubiger. Theilweise übereinstimmend auch Strohal; s. oben § 64, R. 25.

16) Das Gegentheil lehrt Regelsberger, S. 453, auf Grund der behaupteten Analogie zur Asterverpfändung: der zurücktretende Gläubiger könne fortan seine Hypothek nicht mehr durch Verzicht u. aufheben, der Vortretende habe die Befugniß dieselbe im Konkurs und im Subhastationsverfahren geltend zu machen, falls jener es unterläßt. (Ebenso für das öster. Rt. David, a. a. O. mit einer Modifikation für den Zahlungsfall, und Dfner, a. a. O.; dawider jedoch Strohal, S. 80, 81). Nun aber glaube ich, daß gerade in dem rein negativen, — keine Verfügung über das fremde Recht beanspruchenden, sondern dieses nur aus dem Weg schiebenden — Inhalt des Parteiwillens das Charakteristische des in Rede stehenden Abkommens liegt. Man gelangt zu einer Nachstehungsverhandlung, indem der um Kredit Angegangene solchen nicht gewähren will, weil das Dasein einer größeren Post ihm die Hypothek unsicher erscheinen läßt; dieses Hinderniß hebt der Kreditwerber, indem er die Nachstehungserklärung jenes Hypothekars beibringt. Offenbar wäre eine solche gar nicht gefordert, sondern der Kredit sofort gegeben worden, hätte jene bedenkliche Vorhypothek nicht bestanden, (denn wäre auch an dieser oder jener Zwischenhypothek Anstoß genommen worden, so würde auch ihre Nachstehung bedungen worden sein): liegt aber hierin das Motiv des Vertrages, dann ist für seinen Inhalt daraus zu schließen, der Promissor habe sich so stellen wollen, daß ihn die ihm bedenkliche Vorhypothek keinesfalls gefährden kann, — ein Recht an ihr oder über sie braucht er dazu nicht, und wenn sie nachher verschwindet, so ist der Zustand da, der von Anfang den Nachstehungsvertrag erpart hätte. (Natürlich kann es gleichwohl dem

Pfandrecht dem seinigen nicht in den Weg treten werde: von einer Verpflichtung den Platz bis zum entscheidenden Zeitpunkt im Interesse des Gegners zu halten, damit er dann für diesen frei werde, ist im Inhalte des Nachstehungsvertrages nichts zu finden. Wer also einen solchen Vertrag nur mit Einem seiner Vormänner abschließt, muß wissen, daß er dadurch mit Sicherheit nur diesen aus der Reihe seiner Vormänner ausgeschieden hat, und daß die Zwischengläubiger, mit denen er kein Abkommen getroffen, ihm seinerzeit möglicherweise vorgehen.

3) Dem eben Dargelegten zufolge ist eine Rangabtretung seitens mehrerer Vorhypothekare zu Gunsten Einer Nachhypothek nicht nur möglich, sondern nothwendig, wenn der letztern der Vorrang vor Allen für jede Eventualität gesichert werden soll. — Umgekehrt kann ein Vorhypothekar beliebig vielen seiner Nachmänner, gleichgiltig wie weit die Summe ihrer Forderungen die seinige übersteigen mag¹⁷⁾, den Vorrang einräumen, da die Zwischenmänner dadurch keinesfalls in ihrer Rangstellung verkürzt werden; und das kann gleichzeitig oder successive geschehen. Die Wirkung für den Prioritätscedenten ist die, daß er aus dem Pfanderlös erst dann etwas erhält, wenn seine sämtlichen Cessionare voll befriedigt sind. Hinsichtlich dieser letzteren aber entsteht die Frage, ob sie auf den durch den Rücktritt der Vorhypothek für sie frei gewordenen Erlösantheil nach der unter ihnen bestehenden bücherlichen Rangfolge konkurriren, oder nach der Zeitfolge ihrer Prioritätsnachstehungsverträge.¹⁸⁾ Nach unserer Auffassung von dem Inhalt

Kreditgeber späterhin sehr unerwünscht sein, daß ihm die Zwischenhypothek vorgeht, deren ebenfallsige Nachstehung er seinerzeit vielleicht darum nicht gefordert hatte, weil er nach den damaligen Gutswerthverhältnissen auch hinter ihr sich für völlig gedeckt hielt, oder weil er an ihre bevorstehende Tilgung glaubte, u. s. w.; was Strohal, S. 21 a. C. und S. 23 nicht bedacht hat.)

17) Vgl. hingegen oben § 64, Ziff. 5.

18) Beispiel: A, B, C, D haben in dieser Reihe je eine Hypothek für 100 fl. Dann räumt zuerst A dem D den Vorrang ein, und später auch dem C. Zur Zeit der Exekution sind alle diese Hypotheken bei Kraft und der Erlös beträgt 250 fl. Gewiß ist nun, daß daraus B seine 100 und A nichts erhält, fraglich: ob von den übrigen 150 entweder C 100 und D 50 bekomme, weil jener diesem im bücherlichen Rang vorgeht und daher aus dem für Beide erübrigenden Betrag zuerst zu befriedigen sei, — oder aber D 100 und C 50, weil jener zuerst die Vorrangabtretung von A und damit den Anspruch auf denjenigen Betrag erhalten habe, welcher auf die Hypothek seines Autors rangmäßig entfiel.

dieser Verträge ist Ersteres das Richtige: der zeitlich frühere Vorrangserwerber hat damit keinen irgendwie gearteten Anspruch auf Befriedigung aus dem Rechte des ihm weichenen Vorhypothekars gewonnen¹⁹⁾, sondern nur darauf, daß dieses Recht dem seinigen nicht die Befriedigungsmittel vorwegnehme, wenn es zur Kollision kommen sollte; durch die spätere zweite Nachstehung kommt er schlimmsten Falls in keine schlechtere Lage, als durch eine Zahlung und Löschung der ersten Vorhypothek, die er gleichfalls zu hindern nicht die Macht hat. Wie die zwischen Primus und Tertius abgemachte Vorrangseinräumung den Sekundus nicht hindert nach der Löschung vorzurücken, so hindert sie ihn auch nicht daran seinerseits mit Primus früher oder später eine gleichartige Abmachung zu treffen: der kombinierte Erfolg beider Nachstehungen ist der, daß im Kollisionsfall die, obzwar an sich und allen Uebrigen gegenüber aufrechte, Hypothek des Primus für den Sekundus und den Tertius nicht da ist; an der zwischen diesen beiden bestehenden Rangfolge aber hat sich nichts geändert.

4) Von einer Weiterübertragung des durch Prioritätseinräumung erworbenen Ranges²⁰⁾ kann auf dem Boden der hier vertretenen Ansicht schon darum nicht die Rede sein, weil durch dieses Geschäft eben kein Rang erworben wird, sondern nur ein relativer Anspruch, dieser aber schon seinem Inhalte nach unübertragbar ist; denn ich kann die rechtliche Zusicherung, daß Jemand der Ausübung meines Rechtes nicht in den Weg treten wolle, unmöglich einem Anderen für sein Recht übertragen ohne den Inhalt der Zusicherung einseitig zu verändern, was auch dann der Fall bleibt, wenn dieses andere Recht seinem quantitativen Inhalte nach das meinige nicht übersteigt.²¹⁾ Wohl aber liegt in der Uebertragung meines Hypothekarrechtes von selbst auch die Mitübertragung des ihm durch die Vorrangseinräumung er-

19) Denn die Nachstehung ist weder eine Art, noch eine Abart der Cession, vgl. unten bei Note 36—39; wenn wir gleichwohl den Ausdruck „Prioritätscedent“ und „Cessionar“ gebrauchen, so geschieht es nur in Ermangelung einer anderen kürzeren Bezeichnung für die Kontrahenten in dem Nachstehungsvertrag.

20) Vgl. hingegen oben § 64, Zff. 6.

21) Die Nachstehungserklärung besagt nicht, daß man überhaupt einen Betrag von so und soviel vorgehen lassen, sondern daß man dieser Nachhypothek die Befriedigung nicht abschneiden wolle. Sie kann auch nicht anders gefaßt werden, da sie sonst zur Offenhaltung einer Rangstelle führen würde, was bei uns im Allgemeinen nicht angeht (vgl. jedoch unten bei Note 32).

worbenen rechtlichen Vorzuges, ebenso wie andererseits die entsprechende Verpflichtung des zurückgetretenen Vorhypothekars, wenn sie bürgerlich ersichtlich gemacht ist, auf seine Nachfolger in dem geschwächten Rechte mit übergeht.

Eine andere Frage²²⁾ ist, inwieferne es dem Prioritätscessionar zum rechtlichen Vortheil gereicht, wenn der Cedent seinerseits wieder von einem noch besser gestellten Hypothekar die Vorrangseinräumung erhalten hatte, oder nachträglich erhält.²³⁾ Man muß unterscheiden zwischen der Wirkung dieses Verhältnisses im Stadium der Exekution und vorher während des Dauerzustandes der Hypotheken. Für letzteren ist gewiß, daß irgendwelche Gebundenheit oder Beschränkung des ersten Rangcedenten aus der Nachstehung des zweiten, die ihn nichts angeht, nicht erwachsen kann. Insbesondere also verliert die Prioritätseinräumung des Ersten ihre Kraft, und damit jede Wirkung für den Dritten, wenn die Hypothek des Zweiten, zu Gunsten welcher die Nachstehung erfolgt war, untergeht;²⁴⁾ ferner kann der Zweite, wie durch Erlaß seiner Forderung, Zahlungsempfang u. s. w., ebenso auch durch Wiederauflösung seines Vorrangsvertrags mit dem Ersten, indem er die ungehemmte Wirkung der bürgerlichen Rangfolge zwischen jenem und sich wieder herstellt, mittelbar auch zwischen dem Ersten und Dritten die bürgerliche Ordnung wieder maßgebend machen: ein Einspruchsrecht hiegegen hat der Dritte ebensowenig, als gegen die Tilgung der ihm gegenüber zurückgetretenen Forderung des Zweiten, weil er eben an dieser Forderung kein Recht hat,²⁵⁾ und weil in der Nachstehungs-

22) Diese wie die zuvor besprochenen Einzelfragen sind m. W. bisher in der Literatur nicht behandelt. (S. aber jetzt auch Strohal, S. 70, 71, 91 fg.)

23) J. B. Nachdem A dem C die Priorität eingeräumt hatte, giebt dieser seinerseits wieder dem D eine Nachstehungserklärung; oder, erst nachdem letzteres geschehen war, tritt A seine Priorität an C (nicht aber zugleich an D) ab.

24) Wird die Hypothek des C gelöscht, so rückt D unmittelbar an B vor und hat keinen Vorrang vor A. Das gilt auch, wenn die Rangabtretung zwischen A und C zu einer Zeit erfolgte, da dieselbe zwischen C und D schon vollzogen und angemerkt war, denn immerhin hat A den Vorrang der Forderung des C, nicht aber der des D eingeräumt. Anders entscheidet in beiden Fällen Strohal, S. 71, 92; vgl. aber oben § 64, Note 28.

25) Oben, Note 16. Auch hier erscheint das Gegentheil Strohal (S. 92) „als völlig selbstverständlich“, obzwar es dies nur für Jene ist, welche in der Prioritätscession ein der Ueberverpfändung ähnliches Geschäft erblicken, das dem Cessionar

erklärung des Zweiten (an den Dritten) nicht zugleich die des Ersten enthalten war, wenn auch dieser dem Zweiten eine solche gegeben hatte.²⁶⁾ — Allerdings aber, wenn beide Vorrangseinräumungen im Zeitpunkt der Pfandexekution noch aufrecht stehen, so erweist sich die zweite vermöge des Bestandes der ersten als werthvoller, indem nun für den dritten Hypothekar kraft der Nachstehung des zweiten dessen ganzer Erlösantheil frei wird, in welchem wiederum kraft der Nachstehung des Ersten ein Theil von dessen Portion enthalten sein mag.²⁷⁾ Niemals hingegen kann die zweite Prioritätscession, auch wenn sie zeitlich vorhergegangen wäre, den Auktor der ersten schlechter stellen, als er ohne jene, eben nur kraft seiner Nachstehung, stünde. Fällt also der Erlös so aus, daß der Zweite, abgesehen von seiner Nachstehung gegen den Dritten, voll zum Zuge käme, so bleibt der Erste unberührt, auch wenn der Dritte deshalb theilweise durchfällt, weil die ihm zufallende Portion des Zweiten zu seiner Befriedigung unzureichend ist.²⁸⁾ M. a. W. der Prioritätscedent hat immer nur seinem Cessionar zu weichen, nicht auch dem Cessionar seines Cessionars.

5) Eine Prioritätsnachstehung kann, auch wenn Zwischenposten da sind, von einem Servitutberechtigten an einen ihm nachgehenden Hypothekar, und umgekehrt, wirksam vollzogen werden. Denn sie

irgend ein Recht an der zurückgetretenen Forderung gewähre; eine Ansicht, die aber (gegen Regelsberger, David, Dsner, u. A.) von Strohal selbst S. 80 mit Recht bekämpft wird.

26) Vgl. bei Note 36, 37. — Wird also die Eintragung des Vorranges der Forderung des C vor der des A wann immer gelöscht, so steht D so, als hätte eine solche Eintragung nie bestanden.

27) Beispiel. Zusammentreffende Hypothesen: A mit 100, B 200, C 300, D 400; Erlös 500. Besteht nun eine Nachstehung blos zwischen C und D, so erhält: A 100, B 200, C 0, D 200; besteht aber eine solche zugleich auch zwischen A und C, so erhält A: 0, B 200, C 0, D 300.

28) Man setze im obigen Beispiel, bei gleichzeitigem Vorhandensein beider Nachstehungen, den Erlös auf 600, so ergiebt sich die Vertheilung: A 100, B 200, C 0, D 300; C kann von A nichts begehren, da sein Leerausgehen nicht durch den Rang seiner Forderung, sondern durch dessen Abtretung verursacht ist, und ebenso wenig kann D die ihm fehlenden 100 von A begehren, weil eben dieser nicht seiner sondern nur der Forderung des C zu weichen verpflichtet ist. Anders natürlich wenn A den Vorrang beiden Nachhypothekaren, C und D, abgetreten hätte; dann erhielte, wenn außerdem noch die Rangabtretung zwischen C und D besteht, A 0, B 200, C 0, D 400; wenn sie aber nicht besteht, A 0, B 200, C 300, D 100.

bewirkt nur, daß der Zurücktretende mit seinem Recht behandelt wird, als existire er gegenüber dem Anderen nicht, was diesem bei der Exekution zum wesentlichen Vortheil,²⁹⁾ den Zwischengläubigern aber nie zum Schaden gereichen kann.

6) Die Vorrangseinräumung hat zur Voraussetzung, daß sowohl die zurücktretende, als auch die vortretende Hypothek bereits existent sei. Eine vorläufige bindende Verabredung: zu Gunsten einer künftig zu erwerbenden Hypothek, oder zu Lasten einer solchen, den Vorrang erwerben, beziehungsweise einräumen zu wollen, würde eine gültige Verpflichtung zur dereinstigen Prioritätscession, aber noch nicht diese selbst erzeugen, zur Verbücherung nicht geeignet, und mithin Einzelnachfolgern gegenüber unverbindlich sein.³⁰⁾ Das ergiebt sich schon daraus, daß einerseits ein noch nicht bücherlich erworbener Rang nicht Gegenstand einer bücherlichen Verfügung sein kann — nach dem durchgreifenden Grundsatz des Tabularrechts, welcher derivative Verbücherungen nur auf Grund vorhandener Einträge zuläßt, G. B. G. § 21, — andererseits aber ein noch nicht existentes Hypothekarrecht keinen Rang, also auch keinen Vorrang haben kann. Keine Ausnahme bilden die Kautionshypotheken³¹⁾ für künftige Schulden, da in diesen Fällen nur die Pfandforderung noch künftig, das Pfandrecht mit seinem Rang aber schon vorhanden ist (vgl. oben S. 133). Hingegen dürfte allerdings eine Ausnahme zu Gunsten solcher künftiger Hypothesen zu behaupten sein, für welche schon jetzt durch Anmerkung der Rangordnung³²⁾ ein bücherliches Substrat geschaffen ist. Wenn ein der

29) Ueber das Verhältniß der Servituten zu den Hypothesen im Kollisionsfall s. unten § 68, Strohal, S. 99 ff.

30) Hierzu stimmt der Wortlaut des § 30, G. B. G.: „Der Hypothekargläubiger ist berechtigt, einer gleichzeitig oder später eingetragenen Hypothekforderung den Vorrang . . .“ — Eine Rangabtretung zu Gunsten einer künftigen Hypothek in derzeit noch unbestimmtem Betrag, (wie sie ein obger. Urth. v. 10. Sept. 1874, Ztschr. f. d. v. Not. 1875, Nr. 1, mit Recht verworfen hat), verbietet sich schon nach dem Spezialitätsprinzip, da sie die Gültigkeit der zurücktretenden Hypothek völlig in der Luft schweben ließe.

31) Ueber die Nachstehung bei Kautionshypotheken handelt besonders Strohal, S. 81 ff.; die von ihm statuirten Wirkungen des Geschäftes stimmen mit dem überein, was nach unserer Ansicht auch bei gewöhnlichen Hypothesen das Richtige ist; vgl. auch oben § 64, Note 25.

32) G. B. G. § 53 fg.; oben § 61.

Anmerkung im Range vorgehender Gläubiger sich bereit findet, der nach Rausa und Inhalt zum Voraus bestimmten künftigen Hypothek den Vorrang vor der seinigen einzuräumen, so steht nichts entgegen, daß diese Verbesserung ihrer künftigen Priorität gleichzeitig mit oder nach der Anmerkung der Rangordnung, bei derselben, vermerkt werde; die Wirkung, welche natürlich mit dem Erlöschen ihres Substrates eventuell wieder verschwindet (G. B. G. §§ 55, 58), ist dann zwischen den Parteien dieselbe, als ob die zurückgetretene Vorhypothek erst nach dem Zeitpunkt des Einschreitens um die Anmerkung der Rangordnung intabulirt wäre. — Das umgekehrte Geschäft aber, nämlich die Zurückstellung der künftigen Hypothek, für welche die Rangordnung durch die Anmerkung gewahrt ist, hinter eine später eingetragene Forderung, erscheint als unzulässig mit Rücksicht auf den Zweck der Rangordnungsanmerkung und die auf der Hand liegende Gefahr einer Täuschung desjenigen, welcher auf Grund des die Anmerkung bewilligenden Bescheids (G. B. G. § 54) Kredit gewährt.

7) Eine theilweise Nachstehung halten wir für unzulässig, weil sie eine Theilung der Priorität bei ungetheilter Hypothek zur Folge hätte. Allerdings ist es nirgends ausgesprochen, wohl aber in unserer Gesetzgebung überall vorausgesetzt, daß der Rang stets dem ganzen Pfandrecht, und jedem Pfandrecht nur ein Rang zukommt. Das ergibt sich bei der natürlichen Rangordnung von selbst aus dem Prinzip ihrer Entstehung durch Zeitfolge, da Eine Hypothek immer in Einem Zeitpunkt und somit unter Einer Einreichungszahl zur Verbuchung gelangt (G. B. G. § 29). Nirgends ist gestattet beim Ansuchen um die Eintragung eines Pfandrechts eine Theilung seiner Priorität zu begehren, etwa so, daß das Pfandrecht für die erste Hälfte der Pfandschuld, oder für die ersten 1000 fl., dem Pfandrecht für den Rest vorgehen solle; ³³⁾ ein praktisches Bedürfnis dafür ist auch nicht vorhanden, da es den Parteien offensteht durch Theilung in zwei Forderungen und successive Bestellung von Pfandrechten für diese den gewünschten Erfolg zu erreichen. Auch nachträglich noch kann

33) Dernburg, I, S. 742 vertritt für das preuß. Rt. die Zulässigkeit solcher Einträge, weil sie nicht verboten sind, und die anderen eingetragenen Gläubiger kein Interesse und kein Recht dagegen haben. Allein nicht darum handelt es sich hier, sondern um das öffentliche Interesse an der Klarheit und Uebersichtlichkeit des Inhalts der öffentlichen Bücher.

dasselbe, selbst ohne Veräußerung eines Forderungstheiles, durch novatorisches Abkommen (a. b. Ob. § 1378) und ihm entsprechende Verbuchung geschehen, wonach dann zwei Hypothekarforderungen zwischen denselben Parteien entstehen, unter welchen sie die ihnen beliebige Rangfolge herstellen können; bei Cessionen liegt ohnehin die Feststellung der künftigen Rangordnung, wie oben schon besprochen ist, in der Hand des Cedenten. Das Entscheidende aber ist die schwere Einbuße an Durchsichtigkeit, welche unseren Grundbuchständen droht, sobald der Grundsatz fällt: daß jede Eintragung den Rang, welcher ihr „nach der Einreichungszahl“ zukommt, ihrem ganzen Inhalt mittheilt. ³⁴⁾ Darum müssen Eintragungsbegehren des in Rede stehenden Inhalts unter Verweisung auf § 29 G. B. G. zurückgewiesen werden, obzwar dergleichen in keinem Paragraph ausdrücklich verboten ist.

Hiernach ist es umsomehr als unmöglich zu bezeichnen und vom Grundbuchgericht abzuweisen, wenn ein Vorhypothekar nur einem Theile einer Nachhypothek den Vorrang vor seiner ganzen Forderung, oder umgekehrt einer ganzen Nachhypothek den Vorrang vor einem Theil seiner Forderung einräumen wollte. Außer den obigen allgemeinen Gesichtspunkten tritt hier insbesondere noch unterstützend ein der Wortlaut des § 30 G. B. G., welcher der gegentheiligen Ansicht keine Handhabe bietet, ³⁵⁾ und das Argument a contrario aus § 13 Abs. 2 G. B. G., wo diejenigen bürgerlichen Verfügungen, welche ausnahmsweise an Theilen von Grundbuchgegenständen zulässig sind, mit der Absicht auf Vollständigkeit aufgezählt werden.

8) Daß sich die Vorrechtsabtretung von selbst auch auf die Zinsen des Kapitals und sonstige Nebenleistungen erstreckt (was § 35 des preuß. Ges. bestimmt) versteht sich bei uns von selbst; arg. G. B. G. §§ 16—18.

34) Es ist schon oben bemerkt, daß dieser Satz — wenn man seine Nichtigkeit zugiebt, wie seine Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit wohl zugegeben werden muß — ein gewichtiges Argument gegen die Theorie von der absoluten Wirkung der Prioritätsnachstehung bildet; denn dieser zufolge würde eine Theilung des Ranges bei ungetheilter Hypothekarforderung immer eintreten, wenn die beiden betreffenden Forderungen nicht völlig gleichen Inhalt haben.

35) Dieser in jeder Richtung unzulängliche Paragraph entscheidet aber auch diese Frage nicht, sondern läßt nur vermuthen, daß die Verfasser an dieselbe nicht gedacht haben.

Die im Vorstehenden entwickelten praktischen Wirkungen der Vorrangseinräumung enthalten die Elemente zu der uns schließlich noch obliegenden Feststellung der rechtlichen Natur dieses Geschäftes. Dabei wird, da diese Natur von den spezifischen Wirkungen der etwaigen späteren Verbücherung des Geschäftes nicht berührt werden kann, zunächst einmal von der Verbücherung ganz abgesehen.

Wenn es richtig ist, was wir oben unmittelbar der Rechtsanschauung des Verkehrs entnommen haben, daß alle direkten und indirekten Wirkungsstrahlen des Nachstehungsvertrages zwischen den Kontrahenten und ihren Rechtsnachfolgern eingeschlossen bleiben, so ist diejenige Auffassung vorweg ausgeschlossen, welche in der sogenannten Prioritätscession eine wirkliche Cession erblickt, sei es eine wechselseitige Cession der Pfandforderungen³⁶⁾ (so weit sie sich decken), sei es eine Cession bloß der Pfandrechte, ohne die unterliegenden Forderungen.³⁷⁾ Denn nach beiden Gesichtspunkten müßte der Erfolg der Uebertragung für den Cessionar unabhängig sein von späteren das eingetauschte Recht des Cedenten ergreifenden Thatsachen, und es müßten für die Zwischengläubiger die oben dargelegten, theils günstigen, theils ungünstigen Rückwirkungen des Geschäftes eintreten. Auch ist nichts gewisser, als daß die Meinung der Vertragsschließenden keineswegs auf irgend welche Veräußerung der zurücktretenden Hypothek gerichtet ist.³⁸⁾ Es beginnt also die richtige Einsicht hier mit der Anerkennung, daß das vorliegende Verkehrsgebilde ein Geschäft sui generis sei, andern bekannten Typen höchstens ähnlich, aber unter keinen derselben glattweg unterzubringen. Am nächsten liegt es dabei sofort an Vinkulirungsgeschäfte, und in erster Linie an die Pfandverpfändung zu denken,³⁹⁾ welche ja ebenfalls

36) Dies ist die Ansicht Dernburg's, röm. Pfandr. II, § 158; weitere Literatur s. bei Regelsberger, Studien S. 45 fg., Strohal, S. 73, 78. Uebersicht der Ansichten bei Römmer, S. 240.

37) So Prinz, Protestationen S. 272 fg. Lehner, Lehrbuch d. bair. G. Rt. I, § 114. Darauf geht wohl auch die Ansicht Schlayer's hinaus (Arch. f. civ. Pr. 49, S. 232 fg.), welcher eine Art hypothekarischer Succession annimmt.

38) Colberg, a. a. D. S. 88. Gegen die Cessionstheorie auch David, a. a. D., aber nicht durchaus folgerichtig, denn die oben Note 16 von uns abgelehnte, von jenem aber gebilligte Ansicht fließt aus dieser Theorie.

39) Dies ist der Ausweg Regelsberger's, G. Rt. S. 452 und Stud. S. 51. „Die Rechte, welche für jeden Theil aus dem Rechtsverhältnisse entspringen, sind eigenthümlicher Art, haben aber die nächste Verwandtschaft mit dem Pfand-

ein bestehendes Hypothekarrecht der Befriedigung einer fremden Schuld dienlich macht, obzwar in anderer Weise, und welche ebenfalls durch Vermittlung des Bücherapparates gegen die beiderseitigen Rechtsnachfolger durchgreifend gemacht wird. Gegen die Zusammenstellung mit der Pfandhypothek entscheidet nun aber der oben erörterte Inhalt des Parteiwillens beim Nachstehungsvertrag, welcher ein bloßes Gewährenlassen auf der einen Seite und dadurch den Wegfall einer Rechtschranke auf der anderen Seite, keineswegs aber eine rechtliche Verfügungsgewalt des Einen über die Hypothek des Anderen beabsichtigt. Insofern möchte die Vergleichung mit bloßen Dispositionsbeschränkungen (z. B. Veräußerungsverboten), ihres rein negativen Inhalts wegen, eher stimmen, weil auch dort ein Stück aus dem Inhalt des Hypothekarrechts gelähmt erscheint, ohne fremder Verfügung unterworfen zu sein. Wer einen Nachstehungsvertrag abschließt, der erklärt, — wenn anders unsere obigen Aufstellungen das Richtige getroffen haben — daß er von dem Rang seines besseren Pfandrechtes gegenüber dem Pfandrecht des Gegners keinen Gebrauch machen wolle, nicht aber, daß er sein Pfandrecht selbst oder dessen Stelle⁴⁰⁾ in der Rangordnung Aller aufgebe; der Vertrag berührt also nicht den Bestand seiner hypothekarischen Rechtsstellung, sondern den Gebrauch, welchen er von derselben eventuell dem Promissar gegenüber zu machen in der Lage sein wird. Indem er sich und seine Rechtsnachfolger verbindet, sein Hypothekarrecht im Kollisionsfalle insofern unausgeübt zu lassen, als die Ausübung mit der Befriedigung Jenes unverträglich wäre,⁴¹⁾ ver-

pfandrechte.“ (Ebenso Dsner, a. a. D.) Das Gefährliche dieser Vergleichung erweist sich an der sofort angezeigten m. E. unrichtigen Folgerung: „Jeder kann das Hypothekrecht des Anderen zu seinem Vortheil geltend machen, ohne daß er von der Geltendmachung des eigenen Rechts völlig ausgeschlossen wird.“ (Aehnlich Römmer, S. 242 „der Vortretende macht eben doch nur ein fremdes Recht, wenn auch zu eigenem Vortheil, als procurator in rem suam, geltend.“ Das führt zurück zu einer qualifizirten Cession. (Gegen diese auch Strohal, S. 80, 81.)

40) Letzteres scheint David anzunehmen, da er von einem Verfügenden des Hypothekars „über die Stelle, welche seine Hypothek in der Reihenfolge der Hypotheken einnimmt“, spricht (a. a. D. 3. 5). Aber in Oesterreich gilt die Lokustheorie nicht, und daher ist „die Stelle“ als solche kein Gegenstand rechtlicher Verfügung, sondern nur die Hypothek, welche an der Stelle steht. S. auch noch unten Note 47.

41) Das heißt nicht schlechtweg, daß unser Hypothekar sein Hypothekarrecht (ganz oder theilweise) unausgeübt zu lassen habe, sondern daß er im Kollisionsfalle die Ausübung dem Prioritätscessionar gegenüber so einrichten, bezw. so weit ein-

richtet er nicht auf den kleinsten Theil dieses seines Rechtes selbst, noch auch überträgt er etwas davon,⁴²⁾ sondern er erzeugt ein Forderungsrecht gegen sich, des Inhalts: daß eben eintretenden Falls die präjudizirliche Verfolgung seines Pfandrechts ihm von diesem Gegner verwehrt werden kann; nach römischer Terminologie: es steht nun seiner Berufung auf das ipso jure zuständige bessere Pfandrecht die *replica pacti conventi* wirksam entgegen. Allen anderen Personen gegenüber bewährt sich seine Hypothek in ungeschwächter Kraft. Und ebenso erzeugt die Nachstehung auf der anderen Seite, beim Promissar, keine dingliche Novation; dessen Hypothek bleibt nach Gegenstand, Umfang und Rang dieselbe, aber er hat neben ihr ein Forderungsrecht des soeben bezeichneten Inhalts, insolange jene andere Hypothek und sein diesbezügliches Vertragsverhältniß aufrecht besteht.

beschränken müsse, als es erforderlich ist, um diesem bei der Ausübung seines Rechtes nicht im Wege zu stehen, d. h. also (wie schon oben mehrfach gesagt), daß er diesfalls und diesem gegenüber den besseren Rang seiner Hypothek nicht herauskehren darf. — Der vorausgesetzte „Kollisionsfall“ ist nicht etwa bloß dann vorhanden, wenn sich bei der Rauffchillungsvertheilung herausstellt, daß der nach seiner bürgerlichen Rangstelle nicht voll zum Zuge kommende Cessionar gerade durch die Hypothek des Cedenten um seine Befriedigung gebracht würde, (wie Strohal, S. 23, von einem irrigen Begriff der Kollision ausgehend, unterstellt), sondern auch beim Vorhandensein einer Zwischenhypothek, welche für sich allein schon den Meißbrot erschöpft hätte. Denn nach der fast allgemein gelehrten Theorie ist Kollision dinglicher Rechte jener faktische Zustand, welcher für eine Mehrheit von zu Recht bestehenden Ansprüchen eingetreten ist, sobald erhellt, daß sie nur darum nicht alle ihre Befriedigung finden können, weil ihr gemeinsames Objekt nicht zureicht; ein Zustand, welcher, wenn überhaupt vorhanden, so für alle auf das Objekt zusammentreffenden Rechte vorhanden ist; eine etwaige Rangordnung derselben mit ihren weiteren rechtlichen Konsequenzen schließt die Kollision nicht aus, sondern hat den Zweck sie zu lösen. Vgl. Wächter, Hdb. II, S. 588 fg. Unger, Syst. I, § 70, Note 21, u. a. (eine von Hierulff u. a. vertretene abweichende Ansicht will bei successive entstandenen Pfandrechten von Kollision überhaupt nicht sprechen, kommt also hier gar nicht in Betracht). Hiernach existiren die von Strohal, S. 23 aufgeführten „Widersprüche“ nicht.

42) Nach David erlangt der Promissar „nicht bloß einen obligatorischen Anspruch gegen den Zurückgetretenen auf verhältnißmäßige Herausgabe desjenigen, was für diesen seinerzeit aus dem Erlöse des Hypothekenobjectes . . . flüssig werden wird, er erwirbt vielmehr den direkten Anspruch u. s. w.“ Nach unserer Auffassung hingegen erwirbt er allerdings bloß einen obligatorischen Anspruch, und zwar geringeren Inhalts (nämlich nicht auf eventuelle Herausgabe einer Summe, sondern bloß auf Nichtvorwegnahme derselben), und alles Weitere ergibt sich ihm dann von selbst aus seinem eigenen Hypothekarrecht, welches jeden nicht von Rechtswegen vorweggenommenen Erlösthheil aus eigener Kraft ergreift.

Es fragt sich nun schließlich noch, welchen rechtlichen Einfluß die Verbücherung des Nachstehungsvertrages — gleichgiltig ob dieselbe in der Form der Anmerkung oder der Einverleibung vollzogen wird — auf das daraus entsprungene Rechtsverhältniß übe?⁴³⁾

Letzteres kommt dadurch, ohne darum die ihm ursprüngliche Natur als Verpflichtungsverhältniß hinterher zu verläugnen, zu jenen quasi-dinglichen Wirkungen, welche das moderne Tabularrecht auch sonst mit der Verbücherung von Obligationsverhältnissen (S. B. G. § 9) verknüpft; es erhält die Natur einer (auch im buchstäblichen Sinne) in *rem scripta obligatio*: der Forderungsberechtigte in dieser Obligation erscheint mit dem Anspruch, den sie ihm gewährt, als „Realgläubiger“; dieser Anspruch selbst besteht nun gleichsam nicht mehr zwischen den beiden Personen, sondern zwischen den beiden Hypotheken (in demselben Sinne, wie man Ähnliches bei den Prädialservituten sagt), ohne daß darum sein Inhalt ein anderer wäre, als vor der Verbücherung. Im Einzelnen aber läßt sich die Steigerung seiner Wirkung dahin bestimmen: 1) Der Anspruch aus der Prioritätscession geht nicht nur gegen den Cedenten und seine Gesamtnachfolger (wie eine gewöhnliche Forderung), sondern auch gegen dessen bürgerliche und außerbürgerliche Einzelnachfolger in dem geschwächten Hypothekarrecht, sowie er umgekehrt auch allen Rechtsnachfolgern in der begünstigten Hypothek zusteht. 2) Der Anspruch genießt, als ein bürgerlicher, den Schutz der

43) Das Folgende enthält die Ausführung zu der schon a. a. O. S. 316 gegebenen allzukurzen Andeutung: „dieses obligatorische Rechtsverhältniß . . . gewinnt die Natur einer *obligatio in rem scripta* und gewährt dadurch der begünstigten Hypothek auch für den Weiterverkehr einen bleibenden und sicheren Vortheil.“ Worin dieser Vortheil besteht, wird nun im Einzelnen dargelegt. Zugleich kann hier berichtigt werden, was mir nach Strohal's Kritik jetzt ungenügend formulirt erscheint: es genügt nämlich nicht, wenn man (wie ich mit Colberg, S. 89, vgl. Regelsberger, S. 452, gethan habe) den Effect der Verbücherung bloß im Hinblick auf die Wirksamkeit des Verhältnisses gegen Einzelnachfolger beurtheilt. Die Gesamtheit der Verbücherungswirkungen, wie sie unten zusammengestellt sind, ergibt als die theoretisch richtige Formulirung dieses Effectes allerdings das, was man im heutigen Recht „Verdinglichung“ eines Vertragsverhältnisses nennt. Aber das betrifft nur den theoretischen Ausdruck; an dem dargelegten Inhalt des Geschäftes der Nachstehung und allen daraus entwickelten praktischen Folgerungen, wie an der Ueberzeugung von seiner ursprünglich und wesentlich obligatorischen Natur (s. auch Windscheid, Pand. § 247, Note 1) halte ich fest.

publica fides, kann also von den Successoren⁴⁴⁾ des ersten Erwerbers, die ihn zusammen mit der begünstigten Hypothek bona fide bürgerlich übernommen haben, selbst dann wirksam ausgeübt werden, wenn er nach materiellem Recht hinfällig ist, z. B. weil die Nachstehungserklärung gefälscht war.⁴⁵⁾ 3) Bei der Kaufschillingsvertheilung nach durchgeführter exekutiver Feilbietung des Pfandgutes wird die bürgerlich eingetragene Prioritätscession von Amtswegen wahrgenommen, indem der Vertheilungsrichter, welchem der Inhalt des Buches vor Allem maßgebend ist, bei Zuweisung der Befriedigungssummen aus dem Kaufschilling die oben dargelegten Folgen der Nachstehung verwirklicht; während der Nachstehungsvertrag als solcher den Promittenten bloß verpflichtet, und Verpflichtungen sonst gegen den etwa widerwilligen Schuldner in aller Regel nur im Prozeßwege erzwingbar sind, bewirkt es hier die Verbücherung des Vertrages (zusammen mit der offiziellen Natur des Kaufgeldervertheilungsverfahrens), daß der betreffende Anspruch im entscheidenden Zeitpunkt officio iudicis befriedigt wird, indem der Vertheilungsbescheid, auch gegen etwaigen Widerspruch des Verpflichteten, das pflichtgemäße negative Verhalten desselben (die Nichtausübung seines Ranges gegenüber der Hypothek des Promissars) thatsächlich erzwingt. Jener also darf nicht nur der Hypothek seines Mitkontrahenten gegenüber den Rang der seinigen nicht geltend machen, sondern er kann es gar nicht mehr, sobald der Inhalt des Vertrages in dem öffentlichen Buch apparirt, ebenso wie im gleichen Falle der Vermiether seinen Miether nicht bloß nicht austreiben darf, sondern es von Rechtswegen nicht kann. 4) Dabei bleibt es, auch wenn etwa der Prioritätscedent im entscheidenden Zeitpunkt konkursfähig wäre; denn

44) Nicht aber vom ersten Erwerber selbst; vgl. oben S. 100.

45) Wenn aber der Prioritätscedent den Rang, welcher „abgetreten“ wurde, damals selbst nicht zu Recht inne hatte und darum späterhin im Wege eines Revisionsprozesses einen schlechteren zugewiesen erhielt, so können die Rechtsnachfolger des Cessionars keineswegs ihre Befriedigung dennoch nach jenem besseren Range begehren; denn sie haben, nach unserer Ansicht, aus der Nachstehung kein positives Recht auf die zurückgetretene Post (oder auf ihre Rangstelle) erworben, sondern nur das negative, daß jene Post ihnen nicht vorgreife; mithin müssen sie sich im vorliegenden Fall das Vorrücken der Zwischenposten ebenso gefallen lassen, als im Falle einer Zahlung oder Ungiltig-Erklärung der ihnen gewichenen Post (S. oben S. 498). Anders müssen Jene entscheiden, die in unserem Geschäft eine der wirklichen Cession oder der Alterverpfändung analoge Rechtsübertragung sehen.

daß der Cessionar wegen Vertragsbruches eine Entschädigungsforderung an die Masse stellen sollte, ist ein Fall, der nach Obigem nicht vorkommen kann, da es bei der vorausgesetzten Sachlage (verbücherte Nachstehung) gar keiner Thätigkeit des Cedenten bedarf um den vertragsmäßigen Erfolg herbeizuführen, ein etwaiger Versuch in entgegengesetzter Richtung aber — ein Antrag auf Nichtberücksichtigung der Nachstehung bei der Vertheilung des Kaufschillings — vom Exekutionsrichter abgewiesen würde.

Um die Summe der soeben bezeichneten Wirkungen der Verbücherung der Nachstehung theoretisch zusammen zu fassen, können wir sagen: Es wird durch dieselbe die aus dem Nachstehungsvertrag entsprungene Obligation „verbinglicht“, in dem Sinne, daß sie nun nicht mehr gesondert neben den Hypothekarrechten der beiden Kontrahenten besteht, sondern daß ihr Inhalt sich diesen Hypothekarrechten selbst mittheilt und dadurch in denselben eine Veränderung hervorbringt — Verstärkung des einen, Schwächung des andern — vermöge welcher nunmehr letzteres nicht mehr die Macht hat alle ihm bürgerlich postulirten Hypotheken bei der Konkurrenz auf den Kaufschilling zurückzudrängen, während jenem die Macht zugewachsen ist, auch eine bestimmte im Rang vorgehende Hypothek eventuell zu verdrängen. An dem Bestande der Rangordnung, wie er durch die Reihenfolge der bürgerlichen Einträge Ein für Allemal gegeben ist, wird dadurch nichts geändert; es werden weder die „Rangstellen getauscht“, noch wird „der Rang übertragen“, sondern es tritt (gleichsam als dinglicher Niederschlag der Vertragsobligation) eine solche Rechtsbeziehung zwischen den betreffenden Hypotheken (nicht nur zwischen den Hypothekaren) ein, zufolge welcher die eine zum Vortheil der anderen einen Theil des ihr an sich zukommenden Rechtsinhaltes einbüßt; wie das in ähnlicher Weise (nur nicht relativ sondern absolut) auch in Folge der Verbücherung eines vertragsmäßigen Veräußerungsverbotens stattfindet, wodurch ja ebenfalls ein Stück der im belasteten Recht enthaltenen Willensmacht (Uebertragungs-, Verpfändungsrecht) lahmgelegt wird. — Wenn man hiernach die Wirkungen der Prioritätscession nach ihrer Verbücherung als dingliche (besser quasidingliche) bezeichnet, so ist dabei vor dem Mißverständniß zu warnen, als ob der Inhalt des von der Nachstehung erzeugten Rechtsverhältnisses durch die Verbücherung irgendwie alterirt würde, da doch in Wahrheit nur dessen Wirkungs-

weise und Energie davon berührt wird. Alle die von uns oben entwickelten praktischen Rechtsfolgen des Nachstehungsvertrages — und darunter namentlich auch die aus der streng relativen Natur des Verhältnisses abgeleiteten — bestehen ohne Unterschied, ob das Geschäft bürgerlich eingetragen wurde, oder nicht; nur ihre Durchsetzbarkeit gegen gewisse Personen und unter gewissen Umständen ist von der Verbücherung bedingt.⁴⁶⁾

Wir brauchen das Gesagte nur zusammenzufassen, um unsere Ansicht von dem juristischen Wesen der hypothekarischen Vorrangseinräumung⁴⁷⁾ zu formulieren; die Begründung ist in den vorstehenden Erörterungen enthalten.

46) Daß die Wirkung der Rangabtretung nicht abhängig ist von der Anmerkung im Grundbuch, sondern daß nur gewisse Vorteile ihr dadurch gesichert werden, anerkennt auch David, a. a. O. S. 3.

47) David stellt darüber Folgendes an die Spitze seiner Ausführungen: „Durch die Vorrangseinräumung wird in dem gegebenen Falle der Rang, welcher der vorgehenden, älteren, Hypothek zukommt, auf eine nachfolgende jüngere übertragen. Darin liegt die rechtliche Bedeutung dieses Rechtsverhältnisses und damit ist auch die juristische Konstruktion desselben gegeben.“ Ich kann darin eine Konstruktion des Verhältnisses überhaupt nicht sehen: Da der Rang eines Pfandrechtes — mindestens gilt das in Oesterreich und überall sonst, wo die Ranglehre des gemeinen Rechtes zu Grunde liegt — weder ein besonderes Recht neben dem Pfandrechte, noch ein Theil desselben ist (sondern eine Rechtsbeziehung zu anderen Pfandrechten), so kann er nicht wirklich übertragen werden (daß das „nach modernem Hypothekenrecht“ anders sei, ist unrichtig); mithin gebraucht man ein Bild, indem man von „Uebertragung des Ranges“ spricht, zur ungefähren Veranschaulichung dessen, was die Parteien mit dem Geschäft beabsichtigen und dem Erfolg nach auch erreichen. Aber welcher wirkliche Rechtsvorgang dem nun zu Grunde liege, und welche Rechtsätze daher für seine Wirkungen im Einzelnen bestimmend sind, das erst ist die Frage nach der juristischen Konstruktion. — Das hier Gesagte gilt auch gegen Strohal, S. 74 fg., welcher wie David konstruirt, nur mit dem Unterschied, daß er zugleich den Versuch unternimmt die „juristische Möglichkeit“ des „im ersten Augenblicke überaus befremdlichen“ Vorganges zu beweisen, welcher in der „Ablösung“ des Ranges einer Hypothek und der „Uebertragung“ dieser Befugnisse an den Inhaber einer anderen Hypothek bestehen soll. Zu diesem Ende stellt Strohal zwei von einander sonst unabhängige Betrachtungen an, aus deren Ergebnissen er jenen Beweis zusammensetzen will: 1) wird darauf hingewiesen, daß durch mancherlei Umstände der Rang einer Hypothek sich verbessern oder verschlechtern kann (jenes z. B. durch Vorrückung bei Lösung einer Vorpost, dieses durch nachträglichen Eintritt einer privilegierten Post u. a. m.), und zwar „ohne daß die Hypothek damit für die juristische Betrachtung aufhört, dieselbe Hypothek zu sein, die sie bisher war“. Das ist nun freilich außer Zweifel, aber für unsere Frage völlig

Die Prioritätsnachstehung ist ein obligatorischer Vertrag, welcher den Promittenten verpflichtet, den Vorrang seiner Hypothek gegenüber

belanglos: denn was soll aus der Variabilität des Ranges für dessen Abtretbarkeit folgen? Wenn man durch den Tod eines älteren Bruders zum Ältesten der Familie werden und umgekehrt durch ein falsches rechtskräftiges Urtheil diese Qualität rechtlich verlieren kann, ohne ein anderer Mensch zu werden, so liegt doch darin auch nicht der Ansatz zu einem Beweise dafür, daß man die Erstgeburt durch Abtretung erwerben und vergeben könne. Es bleibt also allerdings auch hiernach „Gegenstand des Zweifels“, wie der von der einen Hypothek abgelöste Rangvorrug im Wege der Uebertragung einer anderen zugewendet werden kann. Diesen Zweifel soll nun 2) eine kasuistische Betrachtung zerstreuen, indem (S. 76) ein Fall aufgestellt wird, in welchem es ohne jeden Vertrag angeblich dazu komme, daß der Rang einer Hypothek von einer anderen erworben und ausgelöst wird, wonach dann „nicht einzusehen ist, warum das Vorrangsrecht nicht auch den Gegenstand einer rechtsgeschäftlichen Uebertragung soll bilden können“. Jener Fall besteht in Kürze darin: die Ersthypothek des A wurde materiell widerrechtlich gelöst und später bürgerlich restituirt, nachdem inzwischen B und C Hypotheken erworben hatten, jener mit Bewußtsein der Unrechtmäßigkeit obiger Lösung, dieser aber bona fide; hierauf Exekution, Insuffizienz und die Frage nach der Vertheilung. Der Fall gehört zu der unten (S. 77) von uns zu besprechenden Gruppe, wo durch besondere Umstände — hier ist es die Wirkung des Publizitätsprinzips, welches für die eine Hypothek eingreift, bei der anderen cessirt; anderwärts ist es die Rechtskraft disparater Prioritätsurtheile — die Einheit der Rangordnung gebrochen und in eine Summe von einzelnen Vorrangsbeziehungen zwischen je zwei Hypotheken aufgelöst erscheint (hier: $A > B$; $B > C$; $C > A$). Man bezeichnet sie als Fälle „relativer Priorität“ (vgl. Windscheid, § 247, Note 2, Dernburg, röm. Prt. II, S. 463, 470 ff.), und darin liegt für den unfrigen schon die richtige Lösung: A gelangt vor B und C zur Befriedigung, insoweit sein Anspruch innerhalb des Umfangs der Forderung des B liegt, mit dem Ueberschuß aber erst hinter C, jedoch vor B. Der Grund ist: da für den gutgläubigen C der Buchstand allein maßgebend ist, hat er Anspruch auf alles was erübrigt, nachdem die Befriedigungssumme des B aus dem Kaufschilling ausgeschieden ist; da aber zwischen A und B hinwiederum nicht die formale, sondern die materiellrechtliche Rangordnung maßgebend ist, kann jener fordern, daß dieser „allseitig so rechtlich behandelt werde, als wäre der fragliche Bucheintrag nicht wie er ist, sondern wie er nach Maßgabe des materiellen Rechts sein sollte“ (oben S. 107), mithin also, daß der für B (als bürgerlich Erster) ausgesetzene Erlösanteil ihm dem A (als materiell Ersten) in der Vertheilung zugewiesen werde. Das Recht, welches A ausübt, indem er dieses begehrt und erlangt, ist sein Ansetzungsanspruch aus der widerrechtlichen Lösung, begründet gegen B durch dessen Schlichtgläubigkeit; oben S. 115. Wenn nun aber Strohal S. 77 die von ihm ebenso getroffene Entscheidung des Falles sich kurzweg so zurechtlegt: „in unserem Falle . . . wird das Vorzugsrecht, welches dem B gegenüber C zusteht, vom A zur Deckung einer anderen Hypothek von gleicher Höhe ausgelöst“, so ist das einfach petitio principii, und natürlich „damit auch schon erwiesen, was wir er-

der Hypothek des Promissars bei der künftigen Pfandredektion nicht geltend zu machen. Dieser relative Verzicht (nach Art eines pactum de non petendo in personam) kann zu Lasten der Hypothek des

weisen wollen". — Wer immer künftig versucht sein sollte die bildliche Nebensart von der „Abtretung des Ranges“ eigentlich zu nehmen und zum Stützpunkt einer wissenschaftlichen Konstruktion zu machen, wird sich vor Allem darüber klar sein müssen, daß er damit die bisherige Lehre vom hypothekarischen Rang umwirft und verpflichtet ist eine neue an ihre Stelle zu setzen. Denn eine wirkliche Abtretung des Ranges (nicht etwa Rangwechsel, der nur die Variabilität des Ranges voraussetzt) schließt die Vorstellung in sich, daß der Rang einer Hypothek nicht eine Dualität, sondern ein (ablösbarer) Theil dieses Rechtes, also selbst ein Recht sei; wie dies schon unwillkürlich zum Ausdruck kommt, wenn man vom „Vorrangsrecht“ spricht und dieses bestimmt als „jene rechtliche Macht, mit welcher der Hypothekar zu Folge des Ranges seiner Hypothek den nach ihm eingetragenen Inhabern von Rechten gegenüber . . . ausgestattet ist“ (Strohhal, S. 77, 74), woraus sofort ersichtlich, daß das „Rangrecht, Vorzugsrecht, Vorrangsrecht“ etwas Anderes sein muß, als der Rang, welchem „zufolge“ es dem Hypothekar zusteht. Aber was ist es? worin besteht jene besondere rechtliche Macht neben der Hypothek? Das führt zu der, an sich keineswegs widersinnigen, Vorstellung: Die Hypothek bestehe eigentlich aus zwei Rechten, 1) dem Pfandrecht, wonach man für eine Forderung von 100 fl. aus dem Erlös des Gutes Befriedigung verlangen, und 2) dem Rangrecht, wonach man die Personen X, Y, Z mit ihren eventuellen Ansprüchen an den Gutserlös um 100 fl. zurückbringen darf, so daß sie diesen, sonst ihnen versagenden, Betrag zur Verfügung des Rangberechtigten (oder seiner Rechtsnachfolger) lassen müssen; alsdann mag dieser das letztere Recht zum Gegenstand von Abtretungsverträgen mit wem immer machen (auch mit Nichthypothekaren), denn jene haben kein rechtliches Interesse daran, zu wessen Gunsten sie jene Summe zurücklassen; sein Pfandrecht kann er sich dabei gleichwohl vorbehalten. Und umgekehrt kann dieser auch sein Pfandrecht verlieren, ohne daß darum auch das Rangrecht untergeht; sei es, daß er dasselbe einem andern ihm schon zustehenden oder zu erwerbenden Pfandrecht zu Diensten stellen darf, sei es daß es alsdann auf den Gutseigentümer devolvirt; womit die Eigentümerhypothek zugleich gegeben und im Sinne der Lokus-Theorie konstruirt wäre. — Allein es ist ganz unzweifelhaft, daß diese Auffassung des „Ranges“ der Hypotheken dem östreichischen Recht fremd ist (welches ja die Nachhypotheken der gelöschten Post ipso facto nachrücken läßt und die Eigentümerhypothek grundsätzlich ausschließt). Gilt aber bei uns das Rangprinzip des gemeinen Rechts, so stellt sich der Rang als eine Dualität des Pfandrechtes dar, d. h. eine Abstraktion, in welcher wir die Summe seiner Konkurrenzbeziehungen zu anderen Rechten am gleichen Objekt zum juristisch-technischen Gebrauch uns zusammenfassen. Und auf diesem Boden ist es ebenso widersinnig von Ablösung und Uebertragung des Ranges zu sprechen, als wollte man dem Servitutberechtigten die Macht zuschreiben, die „Dinglichkeit“ seines Rechtes einem Anderen, etwa für dessen Mietrecht, abzutreten und sich mit dem bloß obligatorischen Fortbestand seiner Befugnisse zu begnügen.

Promittenten im Grundbuch eingetragen werden und bildet alsdann, mit der Rechtskraft bürgerlicher Verfügungen ausgestattet, eine rechtliche Beschränkung dieses Hypothekarrechtes zu Gunsten der Hypothek des Promissars; ihrem Inhalt nach bewirkt die Verfügung für den jeweiligen Inhaber der letzteren Hypothek im Exekutionsfall das Freiwerden der sonst dem Inhaber der Ersteren zufallenden Erlösportion, — vorher aber weder eine Vorrückung in dessen Rangstelle, noch ein Verfügungsrecht über dessen Pfandrecht, und für dritte Hypothekare auf demselben Pfandgut weder früher noch später irgendwelche Veränderung ihrer rechtlichen oder wirtschaftlichen Lage.

II. Rechtswirkungen des Ranges.

1) Allgemeine Grundsätze.

§ 66.

Nach heutigem Hypothekenrecht steht die Pfandlage mit dem jus distrahendi nicht dem ersten, sondern jedem Hypothekar zu; 1) somit

1) Gewiß ein bedeutender Fortschritt gegenüber dem römischen Rechtszustand, wo jeder Nachpfandgläubiger, um zur Ausübung seines Rechts zu gelangen, alle seine Vormänner aussuchen und durch Oblation besettigen mußte, widrigens er Gefahr lief einen nichtigen Pfandverkauf vorzunehmen und hinterher dem Exekutionsanspruch sich ausgesetzt zu sehen; ein Fortschritt, welcher nur möglich war auf Grund der Einrichtung der Öffentlichkeit der Pfandrechte, weil nur sie dem Subhastationsrichter die Möglichkeit gewährt die Vorhypothekare zu kennen und bei einer Veräußerung durch den Nachhypothekar ihre Ansprüche wirksam zu wahren ohne den Ersterer zu schädigen. Allein ebenso gewiß ist es, daß wir das Ziel überschossen und neue Uebelstände geschaffen haben, indem wir den Nachhypothekaren das schrankenlose Recht gewähren die exekutive Verpfändung des Pfandguts — gleichgiltig um welchen Preis — durchzuführen. Wenn das Gut, auf Betreiben eines Nachhypothekars feilgeboten, um einen Preis losgeschlagen wird, welcher die Summe der dem Exekutionsführer vorgehenden Posten nicht um irgend einen noch so geringen Betrag übersteigt: so hat die Exekution ihren einzigen Zweck, Tilgung der betriebenen Pfandschuld, gänzlich verfehlt, hingegen die ruhig gebliebenen Rechte besserer Pfandgläubiger um soviel beschädigt, als der Meistbot hinter jenem Minimum zurückblieb. Dieß zu vermeiden erübrigt dem bedrohten prior creditor nur die Alternative, entweder das nicht von ihm (vielleicht zur Unzeit) unter den Hammer gebrachte Gut selbst zu erstehen, oder die eingeklagte schlechte Post baar einzulösen. Wie aber will die Befugniß des Nachhypothekars, seinen Vormann

bedeutet der Rang des prior creditor — im Gegensatz zu der im

in solche Zwangslage zu setzen, innerlich begründet werden? Sie widerstreitet dem Grundsatz, auf dessen peremptorische Durchführung im heutigen Recht wir mit Zug stolz sind, daß keine spätere Verpfändung die wohlverordneten Rechte früherer Hypothekare schmälern kann, nicht minder als dem Axiom, daß der Verpfänder nicht mehr Recht an der Pfandsache durch den Pfandvertrag gewährt, als er selbst zur Zeit daran hat; in unserem Falle also das Recht zum Verkaufe derselben salvo jure der bereits vorhandenen Hypothekare, da er ja selbst auch nur so verkaufen kann. Ein öffentliches Interesse giebt es nicht, welches geböte, daß eine Exekution zum Schaden der besseren Hypothekare und des Eigentümers, die sie nicht wollen, gleichwohl zu Ende geführt werde, nachdem ihre Fruchtlosigkeit hinsichtlich des zu vollstreckenden Anspruchs konstatiert ist. Wenn das dennoch oft genug geschieht, so bleibt, nicht zur Rechtfertigung aber zur Erklärung der in Rede stehenden Erscheinung, nur ein Interesse des Exekutionsführers selbst übrig. Ein solches besteht möglicherweise in doppelter Richtung: Einmal will derselbe durch den ex. Verkauf die Kosten aller bisherigen Exekutionsschritte decken, die ihm vermöge des Rangprivilegiums auch dann aus dem Erlös zufallen, wenn seine Hypothekarforderung leer ausgeht; sodann aber will er möglicherweise als Bieter aus der selbst erregten Krise Vortheil ziehen, indem er das Pfandgut unter dem Werth erseht. In beiden Richtungen liegt ein unberechtigtes Interesse vor, und die durch dasselbe getriebenen Rechtsschritte enthalten einen Mißbrauch des jus distrahendendi. Denn, was die Kosten betrifft, so versteht es sich sonst überall, daß die Kosten einer mißlungenen Exekution (in Ermangelung des Exekuten) den Exekutionsführer treffen, nicht aber aus der Tasche Dritter — hier der Vorhypothekare, die sich der Exekution nicht angeschlossen haben — geholt werden. Und was den anderen Punkt angeht, so steht allerdings die Spekulation auf exekutiv verschleuderte Güter Jedermann frei, aber nimmer kann die Aussicht auf eine solche den Rechtsgrund bilden für die Zulässigkeit der Fortsetzung einer frustrierten, also rechtlich zwecklosen Exekution. Erwägungen, die schon in dem trefflichen Gutachten von Salpius, XII, deutsch. Juristg. I, S. 117 fg. ausgeführt sind; sachlich übereinstimmend auch Heinsen, das. S. 134 fg. und Bähr, Jahrb. für Dogm. XIII, S. 204 fg. — Die gesetzliche Beschränkung des Exekutionsrechtes der Nachhypothekare, welche hier nach u. E. geboten erscheint, würde dahin zu fassen sein: in allen Fällen, wo ein postfuzirter Gläubiger die Exekution führen will, muß in den Feilbietungsbedingungen der Minimalpreis ausgedrückt sein, unter welchem auch beim letzten Termin das Gut nicht losgeschlagen wird; derselbe ist (ohne Rücksicht auf den Schätzungswerth), nöthigenfalls nach gepflogener Verhandlung mit den Vorhypothekaren, durch den Exekutionsrichter festzusetzen, und zwar in dem Betrag der Summe aller dem Exekutionsführer vorgehenden Posten sammt deren liquidem Anhang. Dasselbe hätte für kridamäßige Feilbietungen zu gelten (vgl. dazu oben § 47 a. E.). — Hiernach würde Jedermann, welcher nach andern Hypotheken ein Gut belehnt, also demselben einen über den Betrag jener hinausgehenden Werth beimißt, wissen, daß er diesen höheren Werth im Exekutionsfall erzielen oder selbst geben muß, widrigens er aus diejem Pfand seine Befriedigung weder für das Kapital noch die Kosten finden wird.

römischen Recht zu Grunde liegenden Auffassung²⁾ — nicht mehr ein qualitatives Ueberwiegen seines aktiven Rechtes, welches die übrigen zu bloßen Eventualrechten herabdrückt. Alle Hypotheken sind jetzt gleichermaßen gegenwärtige und aktive Rechte; die Rangordnung berührt (ebenso wie die Rangordnung der Forderungen für den Konkurs) nicht ihren Bestand, sondern nur ihre Kraft für eine gewisse mögliche Krisis. Wenn der reine Erlös aus dem der exekutiven Feilbietung verfallenen Pfandgut zur Deckung aller Hypotheken zureicht, so kommt deren Rang zu keiner Wirkung; erst wo im entgegengesetzten Falle eine Kollision der Rechte vorliegt, findet diese ihre Lösung zu Gunsten des im Rang vorgehenden auf Kosten des nachstehenden. — Der Rang jeder einzelnen Hypothek ist also eine dingliche Rechtsbeziehung derselben zu allen übrigen bürgerlichen Rechten³⁾ an dem nämlichen Objekt, des Inhalts, daß sie im Kollisionsfall einerseits allen ihr vorgehenden Rechten schlechthin weichen muß, andererseits aber ohne Rücksicht auf die ihr nachstehenden ihre Befriedigung suchen darf.⁴⁾ Indem wir den Ausdruck „Rechtsbeziehung“ wählen, ist damit einmal der Gegensatz

Der hier befürwortete Rechtsatz steht bereits in Geltung (nach Heinsen, S. 147) in Frankfurt, Lübeck, Hamburg, Nassau, Hessen-Darmstadt, Newvorpommern und Rügen.

2) Vgl. darüber Dernburg, röm. Pfrit. II, § 159, 160. Ursprünglich hatte der römische Nachpfandgläubiger nur ein Eventualrecht, die Anwartschaft auf Befriedigung aus einer künftigen möglichen hyperocha. Im späteren R. R. allerdings ist das Recht des posterior creditor schon ein gegenwärtiges Recht geworden; aber immer noch ist es ein spezifisch — seinem Inhalt nach — geringeres als das des primus, welcher allein die Verkaufsmacht hat, daher ihm gegenüber die posteriores insgesamt nur als sekundär Berechtigte dastehen. S. auch Johanny, Bhdg. des X. b. Jurtes. I, S. 139 und Salpius, a. a. D. S. 120, wo zugleich eine Skizze des geschichtlichen Ursprungs unseres heutigen Rechtszustandes sich findet.

3) Im Folgenden wird der Klarheit halber nur vom Range der Hypotheken unter sich die Rede sein, das Verhältniß derselben zu anderen bürgerlichen Rechten ist unten § 68 besonders erörtert. Uebrigens versteht es sich, daß unter den hier gemeinten „bürgerlichen Rechten“ das Eigenthum selbst nicht mitbegriffen sein kann, da zwischen diesem und seinen rechtlichen Lasten eine Rangordnung undenkbar ist.

4) Wie diese dingliche Wirkung des Ranges durch obligatorische Geschäfte (Nachsetzungsvertrag) gegenüber einzelnen oder auch allen Nachhypothekaren lahmgelegt werden kann, ist oben schon ausgeführt.

gegen die *s. g.* Lokustheorie⁵⁾ bezeichnet, welcher der Rang als ein in dem Recht selbst enthaltener Bestandtheil desselben sich darstellt, sodann aber auch die dem Rang wesentliche *Relativität*: ein Rang besteht und wirkt nur, insofern Rechte Dritter an dem gleichen Objekt vorhanden sind, gegen die er wirken kann; eben weil der Rang seinem Wesen nach nicht eine inneres Element der Hypothek selbst, sondern eine äußere Schranke gegen die Hypotheken Anderer ist. Die Rangordnung, welche zwischen mehreren unmittelbar auf einander folgenden, einem und demselben Gläubiger zustehenden Pfandrechten bürgerlich apparirt, hat also vorerst keine Wirkung; erst die Veräußerung eines derselben in dritte Hand könnte eine solche hervorbringen. Darin liegt der praktisch wichtige Satz, daß der Inhaber mehrerer Hypothekarrechte bei Unzulänglichkeit des Pfanderlöses die freie Wahl hat,⁶⁾ auf welche seiner Forderungen er den ihm zufallenden Erlösbetrag aufrechnen will, ohne dabei durch das Rangverhältniß seiner Pfandrechte gebunden zu sein. Sein Recht geht hierin soweit als sein Interesse;⁷⁾ wenn er die im Rang schlechtere seiner Forderungen vor der besseren zur Tilgung bringen will, so kann ihm darin weder der Schuldner mit Recht entgegen treten, weil er nicht freiwillig zahlt,⁸⁾ noch der Eigentümer des Pfandguts als solcher,⁹⁾ weil sein Gut allen Hypotheken gleichmäßig haftbar ist (a.

5) Vgl. oben § 61, Note 3.

6) Die entgegengesetzte Entscheidung würde zur Voraussetzung haben, daß man der Rangordnung absolute Natur beilegt, wonach dann jeder Interessent sich auf dieselbe berufen und die Abwicklung des ganzen Verhältnisses nach ihrer Richtschnur begehren könnte. Allein dieß entspricht nicht der in Oestreich (wie im gemeinen Recht) der Rangordnung zu Grunde liegenden Idee. Vgl. oben § 61 und Seite 517.

7) Das Interesse kann *z. B.* darin bestehen, daß er für die eine seiner Forderungen außerdem durch Simultanhypothek oder Bürgschaft u. *s. w.* Deckung hat, für die andere nicht.

8) Es bedarf keiner Ausführung, daß hier nicht die Normen der §§ 1415, 1416 a. *b.* Ob. eingreifen; der equirende Pfandgläubiger schafft sich selbst Zahlung und ist dabei nur an die Grenzen seines Rechts gebunden: *s. L.* 101, § 1, *D. de solut.* (46, 3) *aliam causam esse debitoris solventis, aliam creditoris pignus distrahentis: nam cum debitor solvit pecuniam, in potestate ejus esse commemorare in quam causam solveret; cum autem creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur.* Vgl. *Dernburg, röm. Prt. II, S. 211 ff.*

9) Im Interesse des Eigentümers würde es *z. B.* liegen, daß aus dem Kaufschilling eher die Post getilgt wird, in welcher er als Personalschuldner haftet, als

b. G. B. § 443), noch endlich ein Nachhypothekar,¹⁰⁾ weil dieser allen Vorhypotheken gleicherweise zu weichen hat, und die Reihenfolge ihrer Befriedigung (welche ja auch zum Voraus durch Rangabtretung ohne seine Zustimmung verändert werden kann) ihn rechtlich nichts angeht.¹¹⁾

Jeder Nachhypothekar muß allen Vorhypotheken weichen, aber nur diejenigen sind in Wahrheit solche, welche im Zeitpunkt der Exekution formell und materiell zu Recht bestehen. Es ist die Aufgabe der im Gefolge der Teilbietung eröffneten allgemeinen Liquidation des Lastenstandes, bloß scheinbar haftende von den rechtsbeständigen Lasten zu scheiden, und ist das Recht eines jeden Postloziten, die ihm bürgerlich vorgehenden Ansprüche als nicht wirkliche anzugreifen¹²⁾ um dieselben von der ihm vererblichen Konkurrenz auszuschließen. Dabei gilt der unten weiter auszuführende Grundsatz, daß dem Nachhypothekar alles Anfechtungsmaterial rechtlich offen steht, welches der Exekut selbst zur Abwehr der in erster Linie gegen ihn gerichteten Ansprüche wirksam anwenden könnte; also jede Einwendung gegen den materiellrechtlichen Bestand der Vorhypothek (*z. B.* wegen fiktiver Errichtung, Untergang durch Zahlung, Verjährung, Konfusio u. *vgl.*) insofern dieselbe nicht nach Lage des Falles durch das Publizitätsprinzip abgeschnitten erscheint. Es versteht sich ferner, daß die Vorhypothek nur mit demjenigen Inhalt¹³⁾ vorgeht, der ihr nach der formellen und materiellen Rechtslage zukommt; also die Kautionshypothek nur innerhalb des eingetragenen Höchstbetrages, soweit derselbe durch wirklich entstandene Forderungen ausgefüllt ist, die verzinsliche Hypothek mit einem

eine andere, die gegen einen insolventen und darum für den Regressanspruch unerreichten Schuldner besteht.

10) Verschiedene Interessenverschlingungen können einem solchen die eine oder die andere Art der Erledigung der Vorhypotheken begehrenswert machen, wie *z. B.* folgender Fall lehrt: A, welcher drei aufeinanderfolgende Posten hatte, wollte aus dem Erlös die erste und dritte tilgen, weil er für die zweite eine Simultanhypothek auf einem andern Gute X hatte; der Nachhypothekar B aber wollte ihn (nach Obigem mit Unrecht) zwingen vielmehr die erste und zweite zu tilgen, weil auch B Hypotheken auf X hatte und nach Tilgung jener Simultanpost dort vorzurücken gedachte.

11) Vgl. oben § 64, Note 19.

12) Das Nähere darüber *s.* unten § 73, Ziff. 4.

13) Oben § 37.

höchstens dreijährigen Zinsrückstand, wenn die Verzinslichkeit eingetragen war, andernfalls ohne die (Vertrags-) Zinsen u. s. w. ¹⁴⁾

Hypotheken, welche unter einander keinen Rang haben (d. h. in gleicher Priorität stehen), partizipiren an dem von den Vorhypotheken übrig gelassenen Erlösrest nach Verhältniß der Größe ihres Inhalts (pro rata parte). Dieser Satz ist zwar in den Gesetzen nirgends ausgesprochen, ¹⁵⁾ ergibt sich aber für die Hypothekenbefriedigung im Konkurs von selbst aus bekannten Konkursgrundsätzen, und wird sodann auch bei der Kauffchillingerledigung nach durchgeführter Einzelerkution von der Praxis gehandhabt. ¹⁶⁾ Gewiß mit Recht, da die heutige Pfandsubhaftation richtigerweise unter den Gesichtspunkt eines Partial-Konkurses zwischen den Realbetheiligten gestellt werden muß, ¹⁷⁾ und die gegenheiltige Entscheidung der Frage — wonach unter Hypothekaren gleichen Ranges die Prävention den Ausschlag geben würde — dieser Auffassung zuwider und zugleich praktisch unerträglich wäre. Bei der hienach erforderlichen Auftheilung dient als Grundlage nicht die eingetragene Kapitalsumme der konkurrirenden Hypotheken an und für sich, sondern der Betrag der einer jeden einzelnen wirklich unterliegenden Forderungssumme, welche bei Zulänglichkeit des Erlöses aus demselben auf sie entfallen würde; so daß, wer schlechtweg 120 fl. Kapital zu fordern hat, an dem Erlösrest nicht stärker theilhaftig wird,

14) Schon nach dem älteren östr. Recht hatte Kopecky (Wagn. Zfhr. 1838, I, S. 247) richtig angenommen, die Nachhypothekare seien nicht schuldig zu dulden, daß geschuldete aber nicht intabulirte Zinsen dem Vorhypothekar bei der Kauffchillingsvertheilung (im Range des Kapitals) zugewiesen werden; nach heutigem Recht genießen sie überhaupt kein Pfandrecht, vgl. oben S. 267, 268. — Uebereinstimmend hienit die Entsch. v. 18. Nov. 1879 (Spruchrepert. Nr. 106), wonach nicht intabulirte Zinsen, ebenso wie ältere Rückstände von intabulirten Zinsen, bei der Meißborvertheilung nicht in der Rangordnung des Kapitals, sondern nur in derjenigen des für sie etwa früher erworbenen exekutiven Pfandrechtes zuzuweisen sind.

15) Auch nicht in der Konkurs-D. § 31, wo einfach die Befriedigung der Hypothekare „nach Maßgabe ihrer Priorität“ verordnet ist. Vgl. aber das. § 43, 4, §§ 45, 47.

16) Gspan, gesetzm. Befriedigung konkurrr. Gläubiger § 198 (ohne Begründung), § 201. S. auch GUW. 4957 in den Motiven.

17) S. unten § 72. Auch die oben S. 234 berührte Vergleichung mit der Expropriation führt auf denselben Vertheilungsgrundsatz.

als der Inhaber einer Hypothekarforderung von bloß 100 fl., welcher aber 20 fl. an (einrechenbaren) Zinsen und Kosten anhaften. ¹⁸⁾

Dieselbe Wirkung, welche der Rang der Hypotheken gegenüber dem zu vertheilenden Feilbietungserlös äußert, kommt ihm auch zu gegenüber den Erträgen der exekutiven Sequestration, wenn diese Form der Exekution gewählt ist: die Erträge fallen den Hypothekaren dem Range nach zu, so daß der zweite erst etwas erhält, wenn der erste voll befriedigt ist (entweder bloß für seinen Zinsanspruch, oder auch für das Kapital, falls dasselbe fällig und exekutionsreif ist), ohne Rücksicht darauf, welcher Gläubiger die Sequestration erwirkt hat. ¹⁹⁾

Ebenso versteht es sich, daß die hier und im Folgenden über die Wirkung des Hypothekenranges entwickelten Grundsätze auch für die Konkurrenz solcher Hypotheken in analoger Anwendung gelten, welche nicht den Grundbuchkörper selbst, sondern einzelne bücherliche Rechte an diesem zu ihrem Gegenstande haben (vgl. oben § 4). Der Erlös einer exekutiv verkauften Satzpost wird an die Austerhypothekare ebenso rangmäßig vertheilt wie der Erlös des Grundstückes an die Haupthypothekare; die Erträge aus einem exekutiv sequestrirten Nießbrauch kommen an eine Mehrheit von Gläubigern, welchen derselbe verpfändet war, in der soeben besprochenen Weise zur Vertheilung.

§ 67.

Insbesondere bei Theilhypotheken und bei Pfandrechten ad fructus.

Von Kollision und Rang kann der Natur der Sache nach nur gesprochen werden, wo die mehreren Pfandrechte auf einem und demselben Gegenstand zusammentreffen. Wenn also die eine Hypothek auf das Haus, eine zweite auf das Nießbrauchsrecht an diesem Hause, eine dritte auf eine Realkaufberechtigung oder Satzpost ¹⁾ eingetragen ist, so mögen alle

18) Weil diese Anhänge der Forderung (mögen sie auch sonst, z. B. hinsichtlich der Verjährung, als besondere Rechtsindividuen gelten) pfandrechtig mit dieser eine geschlossene Einheit bilden. O. B. O. § 16, 17.

19) Hofdekr. v. 6. Mai 1814, S. O. S. 1085, Ung. Ger. Dg. § 483, 484. Stubenrauch, Komm. zu § 457, Z. 6. Gspan, a. a. D. § 274, 284 fg. S. auch schon oben § 44.

1) Vom Standpunkt der landläufigen Vorstellungswelt (oben S. 53) erscheint

diese den Gegenstand eines Lastenblattes bilden, aber eine Rangordnung besteht unter ihnen unmittlbar nicht.²⁾ Dies verhält sich nun aber anders zwischen Hypotheken, die das ganze Grundstück ergreifen, und solchen, denen ein ideeller Theil desselben haftet (Theilhypotheken), oder auch zwischen Theilhypotheken unter einander, insofern ihre ideellen Objekte auch nur partiell zusammenfallen (z. B. dem A haftet $\frac{1}{2}$, dem B $\frac{3}{4}$ desselben Gutes), denn die theilweise Identität des Pfandobjektes erzeugt hier, soweit sie reicht, die Möglichkeit der Kollision. Dasselbe gilt (wenn unsere oben S. 48 fg. entwickelte Auffassung des Verhältnisses richtig ist) zwischen gewöhnlichen Hypotheken und »ad fructus« intabulirten Pfandrechten, da auch letztere das fruchttragende Grundstück selbst zu ihrem Gegenstande haben. Es ist daher auf diese beiden Fälle, von denen namentlich der erstgenannte von hervorragendem praktischen Belang ist, hier besonders einzugehen.

1) Theilhypotheken.³⁾

Es ist oben schon angegeben, daß und unter welcher Beschränkung in Oestreich ideale Theile eines bürgerlichen Gutes als solche mit Hypotheken belastet werden können.⁴⁾ Da nun ein Tabularkörper, bei der schrankenlosen Freiheit der Eigenthumstheilung, zu verschiedenen Zeiten nach den verschiedensten Quoten im Miteigenthum stehen, jede derselben ihrer Zeit hypothekarisch belastet worden sein kann, und im Augenblick der Exekution aus allen jenen Zeitabschnitten herrührende Hypotheken möglicherweise noch vorhanden sind: so ergiebt sich eine erschöpfende Mannigfaltigkeit möglicher Kombinationen von theils das

hier die Rangordnung durch die Verschiedenheit der Pfandobjekte ausgeschlossen; nach einer andern (das. Note 2 angedeuteten) theoretischen Auffassung liegt der Grund dafür darin, daß die Pfandrechte (obzwar das nämliche Objekt) einen inkommutablen Inhalt haben.

2) Wohl aber besteht eine Rangordnung, die man allerdings nicht eine pfandrechtliche nennen kann, zwischen diesen verschieden gearteten jura in re unter einander, (wovon im folgenden §) die folgweise dann mittelbar auch auf die Lasten derselben zurückwirkt.

3) »Ueber die Hypothek an Grundstücken im Miteigenthum« s. die gediegene Erörterung von David, ö. G. Z. 1879, Nr. 49, 50, welche auch die hierher gehörigen Fragen kurz aber überall zutreffend berührt. Vgl. auch Schlo mka in Grundriss Beiträgen VIII, S. 502 fg.

4) Ö. B. G. § 13 und dazu oben § 3, Note 16; über partielle Verpfändung von Hypothekarrechten oben § 58, bezw. § 51, Z. 3.

ganze Gut, theils verschiedene Antheile desselben treffenden Lasten, die unter einander in verschiedene Konkurrenzverhältnisse treten, je nach ihrem Objekt und je nachdem, ob auf das ganze Gut, oder nur auf diesen oder jenen Antheil desselben die Exekution geführt wird.

a) Beschränken wir uns zunächst auf die Betrachtung des Falles, da das ganze Pfandgut⁵⁾ exekutiv veräußert ist und es sich um die rangmäßige Auftheilung des Erlöses zwischen den Total- und Partialhypothekaren handelt. Da ist nun zunächst klar, daß zwischen solchen Partialhypothekaren, welchen ein und derselbe Antheil und nur dieser verpfändet ist, das nämliche Verhältniß stattfindet, als wäre dieser Antheil das einzige vorhandene Pfandobjekt und die ihm entsprechende Tangente des Gesamterlöses der einzige Pfanderlös: sie konkurriren auf diese nach der unter ihnen bestehenden Rangordnung, und dasselbe gilt natürlich für jede andere Gruppe von Partialhypothekaren auf den übrigen Antheilen.⁶⁾ Wenn aber die Antheile sich kreuzen und folglich theilweise decken,⁷⁾ so findet, soweit dies der Fall, für jenen Betrag, welcher auf den mehrseitig belasteten Gutsantheil entfällt, eine Konkurrenz mehrerer Gruppen von Partialhypothekaren statt, und entscheidet unter ihnen wiederum das Alter ihrer Einträge.⁸⁾ — Alle oder einige

5) Der Kürze halber ist hier immer nur ein Grundstück als Pfandobjekt vorausgesetzt; die Anwendung auf Forderungspfandrechte bietet keine Schwierigkeit. Ebenso darf im Text von der Möglichkeit der Exekution durch Sequestration abgesehen werden, weil auch in diesem Falle die Vertheilung des Ergebnisses, sobald nur die Vertheilungsgrundsätze feststehen, nach Analogie des oben Gesagten sich von selbst ergiebt.

6) Wird der auf einen Antheil entfallende Erlösthail durch die darauf haftenden Hypotheken nicht erschöpft, so gebührt der Rest als hyperocha dem Eigenthümer (a. b. Ob. § 464), die Hypothekare auf andern Gutsantheilen haben darauf keinen Anspruch.

7) Z. B. X hatte $\frac{3}{5}$ des Hauses und gewährte darauf nach einander dem A und B Hypotheken, der Miteigenthümer Y verpfändete seine $\frac{2}{5}$ an C, kaufte hierauf noch $\frac{2}{5}$ von A und verpfändete seine nunmehrigen $\frac{4}{5}$ an D, X aber verpfändete den ihm nach dem Verkauf verbliebenen Rest schließlich noch an E. Nun haben A und B je ein Pfandrecht an $\frac{3}{5}$, C an $\frac{2}{5}$, D an $\frac{4}{5}$ und E an $\frac{1}{5}$ des Hauses.

8) Im obigen Beispiel gehört D zu beiden Gruppen und der zweiseitig belastete Antheil besteht in den hinüberverkauften $\frac{2}{5}$; bei der Vertheilung sind zweckmäßig drei Massen zu bilden: die erste, $\frac{1}{5}$ des Erlöses, fällt an A, B, E; die zweite, $\frac{2}{5}$, an A, B, D; die dritte, ebenfalls $\frac{2}{5}$, an C und D. Aus jeder dieser Massen befriedigen sich die darauf Angewiesenen (insofern sie nicht schon aus einer der übrigen

Gutsantheile können auch simultan verpfändet sein (vgl. oben S. 292); dann hat der betreffende Gläubiger den Vortheil, was zu seiner vollen Befriedigung in der auf den einen Antheil entfallenden Erlösmaße fehlt, aus der anderen Masse (in seiner dortigen Priorität) ergänzen zu können, so daß er befriedigt wird, wenn nur die Summe der Erlösantheile, welche auf die ihm simultan verpfändeten Gutsantheile entfallen — nach Abzug der ihm auf jedem derselben etwa vorgehenden Posten — seine Forderung deckt.⁹⁾ In jedem Falle aber wird, was für die Partial-Nachhypothekare von Wichtigkeit ist, diesen gegenüber alles so gehalten, als habe der ganz oder theilweise zum Zuge gekommene Simultanhypothekar seine Befriedigung verhältnißmäßig aus allen jenen Massen erhalten.¹⁰⁾

Wenn neben Partial-Hypothekaren auch solche Gläubiger vorhanden sind, welchen das ganze Gut ungetheilt verpfändet war (Totalhypothekare), — sie mögen in der Rangordnung vor, nach, oder zwischen jenen stehen — so ergibt sich die durchschlagende Norm aus dem schon oben festgestellten Satze:¹¹⁾ daß für diese eine Getheiltheit des Gutes überhaupt nicht existirt, daher sie ebensowenig ein Recht haben den Erlös eines Theiles für ihre ganze Forderung in Anspruch zu nehmen, als umgekehrt irgendwelche Auftheilung ihrer Forderung an die einzelnen Pfandgutsantheile ihnen aufgezwungen werden kann. Mithin sind ihre Ansprüche an den Erlös des veräußerten (ganzen) Pfandgutes genau so zu erledigen, als wäre dieses Gut niemals ideell getheilt worden.¹²⁾ Das geschieht, indem man die ihnen etwa vorgehenden

Massen voll befriedigt sind) nach ihrer Rangordnung. Hiernach erhält, wenn Jeder 100 zu fordern hatte und der Erlös 300 betrug, A 100 (60 + 40), B 80, C 100, D 20, E 0. (Bei einem Erlös von 450 aber würden A, B, C, D voll befriedigt, E würde leer ausgehen, und der Rest pr. 50 fl. dem Miteigentümer Y gehören.)

9) Hätte in obigem Falle B zugleich Simultanhypothek an dem Gutsantheil des Y erworben gehabt, so würde er die ihm fehlenden 20 (aus der auf die ursprünglichen $\frac{2}{5}$ des Y entfallenden Masse) ergänzt haben, und D wäre leer ausgegangen.

10) Dafür spricht die von selbst einleuchtende Billigkeit, welcher hier kein denkbares Interesse des Simultanhypothekars entgegensteht, und die Analogie des § 37 Konf. D. Die Auftheilungsrechnung (vgl. oben S. 312) ist nach der dortigen Angabe zu machen (also nach Abzug der auf jedem Antheil unserer Simultanhypothek vorgehenden Posten.)

11) S. oben S. 301; ebenso David, a. a. D.

12) Diese einfache Regel folgt unmittelbar aus dem Grundsatz des § 847

Partialhypothekare in oben gedachter Weise an die den Eigenthumsantheilen entsprechenden Erlösmaße weist,¹³⁾ sodann aber (nachdem jene befriedigt oder bei einzelnen überlasteten Massen auch wohl durchgefallen sind) die Reste aller dieser Massen wieder vereinigt, und auf deren Summe nun die Totalhypothekare nach ihrer Rangordnung anweist; folgen ihnen im Range weiterhin noch Partialhypothekare, und ist ein Rest übrig, so muß dieser wieder in die entsprechenden Theilmassen zerlegt, und deren etwaige Reste für noch später eingetragene Totalhypothekare neuerlich zusammengeworfen werden u. s. w. — Ein Totalhypothekar kann für seine Forderung zugleich ein Simultanpfandrecht an einem Antheil desselben Pfandgutes haben;¹⁴⁾ das gewährt ihm, außer insofern letzteres etwa in besserer Priorität steht, vorliegendensfalls keinen besonderen Rechtsvortheil. Anders jedoch in dem sofort zu erörternden Falle der pfandrechtlichen Sonderexecution auf den ideellen Theil des Gutes.

b) Jeder Partialhypothekar ist berechtigt den ihm verpfändeten Gutsantheil in Execution zu ziehen, mag derselbe zur Zeit als selbständiger Eigenthumsantheil in der Hand eines Miteigentümers bestehen oder nicht.¹⁵⁾ Auch ein Totalhypothekar kann, wie kaum zu bezweifeln ist, wenn er nur einen Theil seiner Pfandforderung eintreiben will, blos den entsprechenden Antheil des Pfandgutes in Anspruch nehmen und eventuell zur Veräußerung bringen.¹⁶⁾

a. b. Ob.; sie wird aber (wie z. B. das ausführliche Prozeßreferat über einen einschlägigen Fall, im Jurist V, S. 97 fg. lehrt) in der Praxis zuweilen verunkelt durch die hier ganz unpassende Heranziehung des § 839 a. b. Ob. (s. oben l. c.), und durch die falsche Vorstellung einer Mitschuldnerschaft der Miteigentümer als solcher.

13) In diesem Sinne hat der ob. Obf. in dem Urth. bei O. W. 2781 entschieden.

14) Es kann ihm bei der Theilung des Pfandgutes zu seiner mehreren Sicherheit von einem Theileigentümer bestellt sein, oder er mag umgekehrt zu seinem älteren Partialpfandrecht bei der Vereinigung der Eigenthumsantheile die Totalhypothek als simultane hinzuerworben haben.

15) Dieser wichtige Satz, obwohl gesetzlich nicht ausgesprochen, steht in Oesterreich in unbeschränkter Geltung; ebenso jetzt in Preußen, O. E. G. v. 1872 § 43. (Ueber andere Partikularrechte vgl. Mascher, S. 320, Stobbe, d. Pr. R. II, S. 73.)

16) Wozu er z. B. dadurch veranlaßt sein kann, daß der eine Miteigentümer die Zinsen bezahlt, der andere nicht; ein Zwang das Ganze in Execution zu

Die Konkurrenz auf den aus solcher Antheilsexekution flüßig gemachten Werth gestaltet sich sehr einfach, wenn nur solche Hypotheken in Betracht kommen, welche den ganzen Antheil und nur diesen Antheil belasten. Dann gelangen dieselben nach ihrer Rangordnung zum Zuge und der etwaige Rest fällt an den Eigenthümer.¹⁷⁾ Konkurrirt aber mit ihnen ein Totalhypothekar, so entsteht die Frage: ist derselbe auf Begehren mit seiner ganzen Pfandforderung aus dem vorliegenden Antheilserlös zu befriedigen, oder aber nur mit derjenigen Quote seiner Forderung, welche der verhältnismäßigen Größe des exquirten Pfandtheiles entspricht. Letzteres ist das Richtige.¹⁸⁾ Denn das Totalhypothekarrecht ruht auf dem Ganzen, nicht auf allen Theilen ganz; jeder Antheil also trägt seine Quote von der Gesamtlast. Freilich kann der am Ganzen Berechtigte nicht zu einer Theilung seines Rechtes, also auch nicht zur Annahme einer Theilzahlung gezwungen werden; aber daraus folgt nicht, daß er sein Recht, gleichwie ein Simultanpfandrecht, an dem Theile voll zur Ausübung bringen darf,¹⁹⁾ sondern eben nur daß, wenn er die Partialbefriedigung ablehnt, sein Pfandrecht (insoweit es durch den Meistbot gedeckt erscheint) auf den Erstehrer zu überbinden,²⁰⁾ also vorerst gar nicht zur Tilgung zu bringen ist. Hierauf steht es ihm frei durch eine seinerseits erhobene Hypothekarklage das ganze Gut in Anspruch zu nehmen und es als Ganzes zur Veräußerung zu bringen. Zugleich ergibt sich aus dem Gesagten, daß und inwiefern allerdings die Rechtsstellung unseres Hypothekars dann eine bessere ist, wenn er für seine Forderung neben der Totalhypothek an dem Ganzen noch Simultanhypothek an dem feilgebotenen Antheil hat.²¹⁾ — Mit Obigem ist zugleich das Prinzip

ziehen, hätte in der That keinen Sinn. Daß das Gesagte mit dem oben § 38 bei Note 6 Ausgeführten keineswegs im Widerspruch steht, versteht sich aus dem Wesen der ideellen Theilung.

17) Vgl. oben, Note 6.

18) Doch soll das Gegentheil „herrschende Lehre“ sein nach David, a. a. O. Note 18, welcher selbst die richtige Ansicht vertritt und auf die praktischen Uebelstände hinweist, die sich sonst ergeben.

19) Darum ist der Totalhypothekar auch vor der Exekution nicht besugt, durch Erlaß und Löschung auf Einem Pfandgutsantheil sein ganzes Recht auf den andern zu konzentriren; s. darüber unten § 83, Z. 2. Unrichtig GUW. 4088.

20) A. O. § 328, unten § 74.

21) Er kann dann seine volle Befriedigung aus dem Antheilserlös mit Recht

der Entscheidung für jene Kombinationen gegeben, wenn auf den Antheilserlös Gläubiger mit konkurriren, denen das Gut zu einem Antheil verpfändet wurde, welcher über den veräußerten hinausgreift; z. B. es wurde die Hälfte in Exekution gezogen, während eines der Pfandrechte auf $\frac{3}{5}$ des Gutes lastet. Hier liegt die Sache nur arithmetisch anders, juristisch ist der Fall mit dem obigen identisch; auch hier gebührt der Forderung mit dem weitergreifenden Pfandrecht die Befriedigung aus dem Antheilserlös nur zu demjenigen Theil, welcher dem Verhältnisse des feilgebotenen zu dem verpfändeten Antheil entspricht.²²⁾

2) Pfandrechte ad fructus.

Wo solche mit gewöhnlichen Hypotheken (ad corpus) auf demselben Objekt zusammentreffen — was nur geschehen kann, wenn durch Willenserklärung des Verpfänders bei der Begründung einzelner Hypotheken die fragliche Beschränkung statuiert ist,²³⁾ — da kann der klagende Fruchthypothekar die Exekution nur im Wege der Sequestration

begehren. — Eine verhältnismäßige Auftheilung aber, bez. ein Regressanspruch zu Gunsten der dadurch betroffenen Nachhypotheken auf dem verkauften Antheil findet hier m. E. nicht statt, da die übrigen Simultanpfänder nicht zugleich in Liquidation stehen, also die Analogie aus § 37 K. O. nicht zutrifft und nicht durchführbar erscheint. Vgl. oben § 42 bei N. 36.

22) Der umgekehrte Fall — wenn der verpfändete Antheil den veräußerten nicht erreicht — bietet keine Schwierigkeit: ersterer ist dann eine Quote des letzteren, und die Vertheilung erfolgt nach den unter a) entwickelten Grundsätzen. Z. B. Wenn B die Hälfte des Hauses zur Feilbietung gebracht hat, während A ein vorgehendes Pfandrecht hat an $\frac{1}{3}$ (und wenn vorausgesetztmaßen dieses Drittel innerhalb jener Hälfte liegt, also nicht etwa zur andern Hälfte gehört, in welchem Falle eine Konkurrenz überhaupt nicht vorhanden wäre), so ergibt sich: da $\frac{1}{3}$ zwei Dritttheile von $\frac{1}{2}$ sind, gebührt dem A die womöglich volle Befriedigung vor B aus zwei Dritttheilen des Erlöses, auf den Rest hat er keinen Anspruch.

23) Auch wenn das ehemals (z. B. als Fideikommissgut) nur einer so beschränkten Verpfändung fähige Pfandstück späterhin die betreffende Eigenschaft verloren hat. Aber in diesem Falle entsteht die Frage, ob nicht jene Rechtsveränderung am Objekt (z. B. Modifikation) ipso jure die bisherigen ad fructus-Hypotheken in unbeschränkte verwandelt? Gewiß ist, daß der Gläubiger nunmehr im Wege des exekutiven Pfandrechts zur Feilbietung gelangen kann; der Zweifel beschränkt sich darauf, ob er alsdann gleichwohl in derjenigen Rangstellung zum Zuge kommt, welche ihm sein alter Eintrag ad fructus gewährt. Dafür spricht die vermuthliche Parteienabsicht: die Hypothek wäre ihm seinerzeit als eine vollinhaltliche gewährt worden, wenn dies damals möglich gewesen wäre. Vgl. L. 18, § 1: D. de pign. act. (13, 7).

erlangen, worauf auch jeder Andere sich freiwillig beschränken kann, und diesfalls erfolgt die rangmäßige Befriedigung successive aus den Erträgen. ²⁴⁾ Kommt es aber auf Begehren eines vollberechtigten Hypothekars zur exekutiven Feilbietung, und weigert der Exekut oder ein Nachhypothekar die Zustimmung zur Tilgung jener ad fructus-Hypothek aus dem Kaufschilling, so muß dieselbe, soweit sie durch dessen Betrag gedeckt erscheint, wie eine Servitut zu Lasten des Erstehers übertragen werden; zahlt dieser (nach eingetretener Fälligkeit) ²⁵⁾ nicht, so sucht der Gläubiger gegen ihn durch Hypothekarklage und Sequestration seine Befriedigung.

2) Verhältnis der Hypotheken zu intabulirten Servituten und persönlichen Verbindlichkeiten.¹⁾

§ 68.

Der Gedanke, auf welchem die Rangordnung der Hypotheken beruht — daß das jüngere Recht im Kollisionsfall dem älteren zu weichen habe — erstreckt seine Wirkung nach östreichischem Recht auf alle an einem und demselben Objekt haftenden Lasten, ohne Unterschied, ob diese Hypotheken sind, oder Dienstbarkeiten, oder endlich persönliche Verbindlichkeiten jener privilegirten Art (G. B. G. § 9), welche der Verbücherung und dadurch der sog. Verdinglichung fähig sind. Mit hin kann jede Hypothek nicht nur mit ihresgleichen, sondern auch mit Rechten der genannten Klassen in Rangordnung stehen. Diese bestimmt sich hier nach denselben Regeln, wie zwischen Hypotheken unter einander: die Folge der Einreichungszahlen (G. B. G. § 29) bestimmt die Priorität der verbücherten Rechte ohne Unterschied ihres Inhaltes; durch

24) S. das Nähere oben § 44.

25) Eben der Umstand, daß die Forderung für längere Zeit unkündbar, und deshalb dem Ersther deren Uebnahme muthmaßlich erwünscht ist, kann es den Gegnern vortheilhaft erscheinen lassen, die fragliche Forderung (schon in den Feilbietungsbedingungen) von der sofortigen Tilgung auszuschließen.

1) Drb a c k i, Ueber die Liquidirung der Servituten zc. Wagn. Zchr. 1834, I, S. 119 fg.; G s p a n, Darstellung des rechtlichen Einflusses einer Servitut auf ein mit Pfandrechten belastetes dienendes oder herrschendes Gut. Ebendas. 1836, II, S. 125 fg. Derselbe, Ueber die gesetzmäßige Befriedigung konkurrierender Gläubiger, 1837, §§ 120, 179, 626.; Carabelli, Dir. ipot. I, p. 126 fg.; K l e p s c h, S. 144. S t r o h a l, Prioritätsabtretung, S. 4 ff. Die Kommentatoren zu § 1121 a. b. G. B. Vgl. auch M a s c h e r, S. 684 fg., 610 fg.

giltige Parteienverfügung (insbes. Nachstehung)²⁾ kann zwischen einer Dienstbarkeit und einer Hypothek, ebenso wie zwischen zwei Hypotheken, die Rechtswirkung ihres Rangverhältnisses abgeändert werden.

Diese Wirkung, die natürlich erst im Kollisionsfall hervortritt, bietet dann keine Schwierigkeit, wenn die Exekution auf die Erträge des Gutes geführt wird und die Kollision lediglich in der Unzulänglichkeit dieser besteht. Es versteht sich, daß alsdann der im Rang vorgehende Hypothekar alle Nutzungen des sequestrirten Gutes für sich einheben läßt,³⁾ ohne Rücksicht auf den nachstehenden Usufruktuar oder verbücherten Bestandnehmer,⁴⁾ und umgekehrt, daß der nachstehende Hypothekar seine Exekution ad fructus so einrichten muß, daß die vorgehenden Rechte des Servitutberechtigten oder Miethers dabei in ihrer Ausübung unberührt bleiben.⁵⁾

Bei der Exekution durch Feilbietung aber tritt eine Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung ein zwischen den Servituten einerseits und den übrigen nichthypothekarischen Lasten andererseits; sie hat ihren Grund darin, daß nur die ersteren ihrer Natur nach dinglich, die letzteren bloß obligationes in rem scriptae sind,⁶⁾ daher folgerichtig ihre Haltbarkeit in der Krise der Pfandveräußerung sich minder stark erweist. Beide Arten müssen also hier gesondert betrachtet werden.

1) Dienstbarkeiten.

Es war früher in der Praxis der Irrthum gangbar, die Servitut als ein „gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirksames Recht“ (a. b. G. B. § 472) werde durch die exekutive Feilbietung nicht berührt, müsse also ganz ohne Rücksicht auf ihren bürgerlichen Rang vom Er-

2) Vgl. oben § 65. Insbesondere liegt darin eine Nachstehung der eingetragenen Hypothekare gegenüber einer zu errichtenden Servitut, wenn dieselben dazu ihre Einwilligung geben (f. Ung. G. B. D. § 53), und dies bürgerlich ersichtlich gemacht wird.

3) Daß sich dieses nur auf solche Früchte beziehen kann, die im Zeitpunkt der erwirkten Sequestration noch ausstehen, ist oben § 38, Note 23 ausgeführt.

4) Diese können sich gegen die zeitweilige Behinderung ihres Rechtes, wenn der Sequester das Gut anderweitig pure verpachten will, nur durch ihr jus offerendi schützen; vgl. unten § 70, Z. 1.

5) Vgl. das bair. Hyp. Ges. § 5, dazu G ö n n e r, I, S. 127 fg. — S t u b e n r a u c h zu § 457 a. b. G. B., Nr. 7.

6) So schon Carabelli, I, p. 127.

stehender übernommen werden. 7) Wie sehr dies dem Inhalt vorgehender Hypothekarrechte widerspricht (welchen ja das Pfandgut in seiner damaligen rechtlichen Beschaffenheit haftbar wurde), und wie schwer es zugleich den Realkredit beschädigt (da durch nachfolgende Servitutbestellungen der Werth des Pfandes mit Erschöpfung bedroht wäre) liegt auf der Hand. — Der rechtlich und wirtschaftlich allein entsprechende Grundsatz, daß auch in dem Verhältnisse zwischen dinglichen Eigenthumsbeschränkungen und Hypotheken die Rangordnung entscheidend ist, wurde schon in der Ung. G. V. D. anerkannt, § 53:

„Die Beschränkungen eines Eigenthums, welche auf dem Eigenthumsblatt 8) ohne Einwilligung der früher verbücherten Gläubiger eingetragen werden, können das Recht dieser Gläubiger nicht beirren, den ihnen verpfändeten Grundbuchkörper ohne Rücksicht auf diese Eigenthumsbeschränkungen in Execution zu ziehen.“

Für die östreichischen Länder hat erst die Konkursordnung vom 25. Dez. 1868, § 32 die Frage erledigt durch Aufstellung eines Rechtsatzes, welcher dem Inhalt nach Obigem entspricht und in seiner all-

7) Außer der Argumentation aus § 472 a. b. Ob. bezog man sich dafür auf ein Hofdekr. v. 19. Juli 1792, J. G. S. 33, welches verfügt, daß Servituten im Konkurs zwar anzumelden, aber nicht zu klassifizieren sind. So auch die Urth. vom 5. Nov. 1868 (GUW. 3150) und v. 9. Juni 1869 (das. 3435). Hingegen hatten schon die oben Note 1 angeff. älteren Schriftsteller den richtigen Grundsatz vertreten, wenn auch zum Theil (namentlich Drdacki) mit unpraktischen Ausführungsvorschlägen. Eine (unhaltbare) Ausnahme behauptete S p a n, S. 144 nur für die sog. servitutes apparentes, „welche in einem bereits vergangenen Akte, dessen Wirkung aber noch fortbauert, bestehen“ (?); es sind das dieselben Servituten (z. B. oneris ferendi), welche die ältere Theorie (S c h u s t e r, Baurecht, S. 375) auch von der Nothwendigkeit der bürgerlichen Eintragung befreit wissen wollte. — Ganz auf dem obigen irrigen Standpunkt steht aber L e p s i c h, a. a. D. (und ebenso in Haimers Magaz. XIII, S. 48, 49), indem er die durch nachfolgende Servitutbestellungen (worin er eine Deterioration des Pfandes sieht) geschädigten Hypothekare auf § 458 a. b. Ob. verweist.

8) Da nach § 54 des cit. Ges. Servituten auf das Lastenblatt gehören, sind unter den obigen „Eigenthumsbeschränkungen“ allerdings nicht diese zu verstehen, sondern die Norm bezieht sich zunächst auf die in § 52, lit. d genannten Einkultivungsverhältnisse „wie die Substitution, das Vorkaufsrecht, das Pfandbesitzverhältniß nach dem früheren ungarischen Rechte u. s. w.“ Allein was von diesen hinsichtlich des Ranges gilt, muß schon deshalb umso mehr auch von den Servituten gelten, weil eben letztere auf dem Lastenblatt, in Einer Reihe mit den Hypotheken, stehen, wodurch ihre Einfügung in die Rangordnung aller Lasten schon äußerlich sich aufdrängt.

gemeinen Fassung das Verhältniß von Servituten zu Hypotheken nicht bloß für den Konkursfall, sondern für jede exekutive Feilbietung 9) regelt:

„Dienstbarkeiten sind als eine Last des unbeweglichen Gutes, worauf sie haften, aufrecht zu erhalten und an den neuen Erwerber desselben zu überweisen, soweit dadurch den vorhergehenden Hypothekarforderungen kein Abbruch geschieht.

Geschähe diesen dadurch Abbruch, so tritt der Entschädigungsanspruch für die nicht überwiesene Dienstbarkeit als Hypothekarforderung an die Stelle dieser Dienstbarkeit.“

Hiermit ist in thesi das Recht des vorgehenden Hypothekars anerkannt, sein Pfand so zur Veräußerung zu bringen, wie es ihm verpfändet war, d. h. unter Abstreifung der später intabulirten Servitut; und ebenso das Recht des vorgehenden Servitutinhabers auf ungeschmälernten Bestand seiner Dienstbarkeit ohne Rücksicht auf den Eigenthumswechsel, der durch die Ausübung nachfolgender Hypotheken bewirkt wurde. Aber es ist zugleich dem Interesse des nachstehenden Servitutberechtigten insoweit billige Rechnung getragen, als das ohne Rechtsverkürzung an den Vorhypotheken angeht. Einmal durch Aufstellung des gesetzlichen Ersatzanspruches im Falle der unvermeidlich gewordenen Vernichtung der Servitut. 10) Sodann aber auch dadurch, daß diese Vernichtung keineswegs schlechthin (was nach strenger ratio juris folgen würde) in die Macht des vorgehenden Hypothekars gegeben ist, sondern nur im Nothfall: wenn feststeht, daß letzterer nicht anders zu der ihm gebührenden vollen Befriedigung aus der Pfandsache kommen kann. Damit das aber feststehe, muß vorerst die exekutive Feilbietung unter der Maßgabe der Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit versucht und mißlungen sein, indem sich gezeigt hat, daß der so zu erzielende Meistbot die der Servitut vorgehenden Hypotheken nicht decken würde.

Es liegt in dieser gesetzlichen Veranstellung eine sehr weit

9) Aus den bei K a s e r e r, S. 78 mitgetheilten Motiven des Reichsrathsausschusses (1863), welcher diesen § der R. D. einfügte, ist ersichtlich, daß man eine allgemein durchgreifende Lösung der Frage beabsichtigt hat; aber auch an sich wäre kein Grund für eine singuläre Behandlung derselben im Konkursfalle ersichtlich.

10) Der zweite Satz des Gesetzes verfügt die richterliche Konversion der in der Kollision unterlegenen Servitut in einen obligatorischen Anspruch, und gewährt zugleich diesem ein gesetzliches Pfandrecht im Range der gewesenen Servitut, wovon schon oben S. 152 die Rede war.

gehende Rücksicht auf die Erhaltung postlozirtter Servituten, denn dem Vorhypothekar wird die Verfolgung seines Rechtes in nicht geringem Grade verzögert und erschwert. Damit nämlich obiges Resultat erreicht werde, ist jedes mit Hypotheken und Servituten belastete Gut „doppelt zu schätzen, einmal mit Rücksicht auf die haftende Dienstbarkeit, und dann ohne Rücksicht auf diese, und ebenso ist die Veräußerung zuerst mit der haftenden Servitut und, insoweit sich hierbei eine Benachtheiligung vorgehender Hypothekarforderungen herausstellen würde, ohne die Servitut vorzunehmen“; ¹¹⁾ und wenn zwei Servituten da sind, bedarf es dreier Schätzungen und möglicherweise eben so vieler Feilbietungen. — Man darf also behaupten, daß die neuere östreichische Gesetzgebung, indem sie jener den Hypothekaren verderblichen älteren Praxis ein Ende gemacht hat, dabei in der Rücksichtnahme auf das Interesse der Servituteninhaber bis an die äußerste Grenze ¹²⁾ der Billigkeit gegangen ist.

2) Verbücherte Obligationen (insbesondere Bestandrechte).

a) Das Forderungsrecht des Bestandnehmers (Miethers oder Pächters) auf Gewährung von Besitz und Genuß der Sache genießt den singulären Vorzug der Verbücherungsfähigkeit; die Eintragung desselben auf dem Lastenblatt des in Bestand genommenen Gutes bewirkt, daß es nun „als ein dingliches Recht zu betrachten ist, welches sich auch der nachfolgende Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß“ (a. b. Gb. § 1095). Das gilt aber nur gegenüber freiwilliger oder von Todeswegen erfolgender Eigenthumsübertragung; der exekutiven Veräußerung des Gutes hält das quasi-dingliche Miethrecht nicht Stand: ¹³⁾

11) Aus den Motiven des Ausschusses, Kaserer, S. 78. Es entspricht dies dem auch früher schon in der Praxis vielfach beobachteten Vorgang, Espan, S. 144 fg.

12) M. E. hätte man besser gethan hier nur der Rechtskonsequenz zu folgen, daß für aber dem Servitutberechtigten das jus offerendi (vgl. S. 544) ausdrücklich auszusprechen.

13) Der Grund dafür, daß man dem Miether auch bei erlangter Intabulation ein echtes dingliches Recht nicht gewährt hat, lag in der Rücksicht auf die Hemmungen des Verkehrs und auf den in der Natur des Miethverhältnisses liegenden bloß zeitweiligen Zweck. Zeiller, III, S. 454. Daß das einverleibte Bestandrecht ein wahres jus in re nicht ist (was auch die Redaktoren selbst durch die Fassung des Wortlautes im § 1095 andeuteten) bemerkte schon Carabelli, p. 127 *quel diritto non ottiene ni la natura, ni l'efficacia assoluta d'un diritto reale*.

„Bei einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung muß der Bestandnehmer selbst in dem Falle, daß sein Recht als ein dingliches eingetragen ist, dem neuen Käufer weichen. Nur in Rücksicht auf die Entschädigung bleibt ihm sein Vorzugsrecht vorbehalten.“ (§ 1121 a. b. Gb.)

Der Untergang des in Rede stehenden Rechtes und seine Verwandlung in einen Entschädigungsanspruch ist also hier absolut geboten, ohne Unterschied, ¹⁴⁾ ob ihm vorgehende Hypotheken vorhanden sind oder nicht. Während die Servitut bei der Pfandexekution nur ihr vorgehenden Hypotheken, und auch diesen nur im Nothfalle weicht, wird das intabulirte Bestandrecht von jeder durchgeführten exekutiven Feilbietung kraft Rechtsnothwendigkeit verzehrt. ¹⁵⁾ Dasselbe löst sich in einen Ersatzanspruch ¹⁶⁾ auf, welcher — ganz ebenso wie entsprechendensfalls bei der Servitut — ein gesetzliches Pfandrecht genießt ¹⁷⁾ und in der Rangordnung des verdrängten Rechtes auf den Kaufschilling angewiesen wird.

b) Das Vorkaufsrecht und Wiederkaufsrecht (a. b. Gb. §§ 1070, 1072, 1073, G. B. G. § 9), wenn sie den öffentlichen Büchern

14) Das ist jetzt durch die ausdrücklich bloß auf Servituten beschränkte gegen-
theilige Norm des § 32 K. D. unzweifelhaft, wurde aber auch früher schon mit
Recht aus dem Wortlaut des § 1121 a. b. Gb. gefolgert. Espan, a. a. D.
S. 136, Carabelli, p. 126.

15) Darin liegt die praktische Nothigung zur begrifflichen Diagnose zwischen
intabulirtem Miethrecht und einer persönlichen Gebrauchservitut; sie ist nach
§ 504, 521 a. b. Gb. dahin zu geben, daß Wohnungservitut vorliegt, wo die
Absicht der Parteien auf Gewährung des Gebrauches nicht für Zeitabschnitte, son-
dern Ein für Allemal, und bloß zum persönlichen Bedürfniß des Gebra-
chers (also höchstens auf Lebenszeit) gerichtet war, was sich aus den umliegenden
Verhältnissen in der Regel leicht erschließen läßt, — in allen andern Fällen aber
Mieth. Hiernach war der bei Ordaeki a. a. D. zum Ausgangspunkt der Erörter-
ung für Servituten genommene Fall als Mieth zu behandeln. Freilich fehlt
in unserer älteren Literatur auch die Ansicht nicht, daß jede Mieth durch die
Intabulation zur Servitut werde: Scheidlein, Mieth- und Pachtvertrag 1819,
S. 22, Kopecky, der Wohnungsbestandvertrag 1841, S. 54 (Grund: weil sie
nach § 1095 ein dingliches Recht sein muß, aber keines der andern im § 308 auf-
gezählten dinglichen Sachenrechte sein kann).

16) Ob derselbe auf einfache Entschädigung oder „volle Genugthuung“ gehe, ist
unter den Kommentatoren streitig; für letzteres Stubeirauch, dagegen Hippel.

17) Mit Recht wurde darum in der Entsch. GUV. 5076 die Entschädigungs-
klage des intabulirten Pächters als Hypothekarklage behandelt

einverleibt sind, erhalten wie das Miethrecht absolute Wirkung gegen den dritten Inhaber; dieser muß sich die Ausübung derselben gefallen lassen,¹⁸⁾ mag er um ihren Bestand gewußt haben oder nicht (a. b. Ob. § 443), mag ihm gegen seinen Rechtsvorgänger deshalb ein wirklicher Rückgriff zustehen oder nicht. Aber echte dingliche Rechte sind auch sie keineswegs. Dieselben innern Gründe, welche bei der intabulirten Miethe für den Exekutionsfall zu der Vorschrift der gesetzlichen Konversion geführt haben,¹⁹⁾ walten auch hier ob; und mithin führt die hier gewiß gerechtfertigte Analogie²⁰⁾ zu dem Ergebnis: daß die genannten Rechte im Falle der Pfandfeilbietung wie die Bestandrechte zu liquidiren, in Geldforderungen umzusetzen²¹⁾ und als solche in ihrer Rangordnung auf den Rauffchilling anzuweisen sind.

c) Aus den nämlichen Gründen ist das Gleiche zu behaupten für Realkasten, welche (wie namentlich bei Altentheil- oder Ausgebingsrechten häufig der Fall ist) in Naturalleistungen des Gutsinhabers bestehen, und deren Verbücherung aus der Zeit vor dem Grundbuchsgesetz herrührt. Auch sie müssen — nicht anders als die früher gleichfalls häufigen Hypotheken für nicht in Geldleistung bestehende Schulden — in ihren Geldwerth umgesetzt,²²⁾ und sodann als Hypotheken

18) Mehr als dies kann doch wohl nach § 1070 als Folge der f. g. Verdinglichung jener Ansprüche nicht behauptet werden; namentlich nicht (wie mit Wächter, Erörterungen I, S. 248, 254 fg. auch oben S. 159 angenommen wurde), daß nachfolgende bürgerliche Verfügungen über das Objekt ex tunc hinfällig werden, wenn das Vorkaufsrecht zur Ausübung gelangt. Hierin unterscheidet sich die Intabulation des Verkaufs- und Wiederkaufsrechtes sehr wesentlich von einer Vormerkung des Eigenthums (a. b. Ob. § 438).

19) Vgl. oben Note 13; nicht leicht wird für ein mit Wiederkaufsrecht belastetes Grundstück ein guter Preis erzielt werden.

20) In dem Urth. bei O. U. W. 1575 ist hinsichtlich eines vor Geltung des O. B. G. eingetragenen „Kaufrechtes“ die Analogie aus § 1121 a. b. Ob. ganz im obigen Sinne angewendet: „... so muß ihnen der Werth dieses Rechtes nach Zulänglichkeit des Rauffchillings ersetzt, rückfichtlich müssen sie dafür ebenso entschädigt werden, wie der Bestandnehmer im Falle des § 1121.“

21) Dieser Umsatz mag bei der heute noch bestehenden Unbeholfenheit des gerichtlichen Verfahrens in Erstanzstreitigkeiten seine besonderen Schwierigkeiten haben; übrigens hilft auch hier in letzter Reihe des jus offerendi (vgl. unten § 69).

22) Näheres über die Schätzung bei K l e p s c h, Haimers Mag. XIII, S. 44, 45; „Dieser Werthausmittlung müssen die Preise des Lizitationstages zu Grunde gelegt werden.“ Speziell hinsichtlich der Ausgebingsrechten behandeln unsere Frage: Ch r u d i m s k y, das. VI, S. 119—124, und W i z d a l e f, im Jurist XVII,

behandelt werden,²³⁾ d. h. sie sind, je nach der sonstigen Sachlage, entweder aus dem Rauffchilling sofort zu tilgen (durch Auszahlung des Schätzungswertes, soweit er durch den Rauffchilling noch gedeckt erscheint), oder aber als Geldrenten auf den Ersteher zu übertragen (wenn der Berechtigte die sofortige Tilgung nicht will, a. O. D.

S. 70—80. Beide vertreten die in der folgenden Note bekämpfte Ansicht, daß die betreffende Verpflichtung vom Ersteher zu übernehmen und in natura abzuleisten sei; zugleich geht aus der ausführlich dargelegten Durchführungsmethode auf das Deutlichste hervor, wie diese Ansicht — welche theoretisch auf dem Irrthum beruht, es müsse Alles im Grundbuch stehende dinglicher Natur sein — praktisch den Realkredit doppelt schädigt: Einmal, indem sie den Preis solcher Grundstücke unter deren Werth herabdrückt (da es nicht Sache jedes Kauflustigen ist, sich mit Naturalprästationen an fremde Leute zu begeben), und sodann, indem sie die endgiltige Beteilung der Nachhypothekare auf den Zeitpunkt bis nach dem Erlöschen des Ausgebingsrechtes hinauschiebt, was natürlich ein jedes derartig belastete Grundstück um den Rest seines Kredites bringen muß.

23) Anders das Urth. bei O. U. W. 5957. Hier wurde die Analogie aus § 32 R. D. herangezogen, also die Naturalleistungspflicht wie eine Servitut dem Ersteher des Gutes überbunden, und zugleich der Rechtsatz für das Spruchrepertorium (Nr. 49) formulirt: „der Ersteher einer exekutiv feilgebotenen Realität hat ein hierauf haftendes Ausgebingsrecht (abgesehen von speziellen Bestimmungen der Feilbietungsbedingungen) . . . in Natur zu leisten . . .“. Die Begründung, im Wesentlichen aus § 1413 a. b. Ob. und der Analogie zu § 32 R. D. geschöpft, bewegt sich um den Gedanken, daß „mit der exekutiven Veräußerung der Realität kein gesetzlicher Grund eingetreten sei, welcher eine Aenderung in der Beschaffenheit des bürgerlich sichergestellten Ausgebings-Bezugsrechtes bewirkt hätte.“ Dies würde in folgerichtiger Anwendung dahin führen, daß auch jene obengedachten, aus älterer Zeit her noch vielfach vorhandenen Tabularforderungen auf irgendwelche nicht in Geldzahlung bestehende Leistungen eventuell dem Ersteher zur Naturalerfüllung überwiesen werden müßten, (dagegen insbef. K l e p s c h, a. a. O.) woraus in der Regel die relative Unverkäuflichkeit des Gutes und die Vernichtung seines ferneren Kredites resultiren würde. Das aber entspricht nicht „dem Geiste und Fortschritte der östreichischen Gesetzgebung“. Im Gegentheil, es leiten uns die rechtspolitischen Erwägungen hier nach derselben Richtung hin, nach welcher auch die Beachtung der Qualität jener Rechte führt, um die es sich hier handelt, — nämlich zur analogen Anwendung des § 1121 a. b. Ob., nicht aber des § 32 R. D. (vgl. die richtigere ältere Praxis, angef. in der Zschr. f. d. Notariat 1874 Nr. 8 und auch das oben cit. Urth. O. U. W. 1575). Denn das Recht aus dem Ausgebingsvertrag ist seiner Natur nach ein persönliches Forderungsrecht, wie das aus dem Bestandvertrag, und dort wie hier treffen dieselben praktischen Gründe zu, welche den Gesetzgeber bewegen haben, und heute mehr als ehedem wieder bewegen müßten, zum Heile des Realverkehrs der Wirkung des Forderungsrechtes gewisse unüberschreitbare Grenzen zu stecken.

§ 328). Immerhin ist auch im letzten Falle die Ermittlung des Kapitalwerthes²⁴⁾ erforderlich, wenn der Ersteher darauf dringt, um festzustellen, ob die Reallast (nach Befriedigung aller vorgehenden Rechte) in den erzielten Kaufschilling noch ganz hineinfalle. Wo nicht, so muß der Bezugsberechtigte, wie jeder andere Hypothekar an seiner Stelle, sich eine Kürzung seines Rechtsinhaltes gefallen lassen, entsprechend dem sich ergebenden Abgang an Deckung.²⁵⁾ Und zwar läßt sich dieß in doppelter Weise durchführen, entweder durch Schmälerung jeder einzelnen Rate, oder durch Abkürzung der Dauer des Bezugsrechts bei ungeschmälernten Raten. Ersterenfalls sind die vom Ersteher zu übernehmenden Schuldraten nach Verhältniß des Abganges herabzusetzen, nämlich so, daß jede Rate um eben die Prozente gekürzt wird, um welche die ermittelte Kapitalsumme den für sie übrigen Kaufschilling betrag übersteigt. Letzterenfalls hingegen übernimmt der Ersteher die Pflicht zur Zahlung der vollen Raten, aber nur für solange, bis der in jeder gezahlten Rate enthaltene Ueberschuß über die jeweiligen

24) Das geschieht bei Zeit-Renten (welche im Gegensatz zu ewigen Renten einen Endtermin haben, sei es einen dies certus oder incertus) durch Ermittlung des Kapitals, welches mit Rücksicht auf die gewisse oder wahrscheinliche Dauer der Rente (nach den Grundsätzen der Wahrscheinlichkeitsrechnung) deren heutigen Werth darstellt, — nicht aber durch einfaches Kapitalistiren des jährlich fälligen Betrages (auch hierin ist das Urtheil O. U. V. 4957 verfehlt); letzteres enthält eine auf der Hand liegende Rechtsverletzung gegenüber dem im Rang nachfolgenden Gläubiger, welche sich keineswegs gefallen lassen müssen, daß auf Grund einer Lebensrente von 600 fl. für einen Greis ihnen 10,000 fl. aus dem Kaufschilling entzogen werden. Dennoch ist dieses die herrschende Praxis und wird auch von Ropezky, im Jurist XIV, S. 460 fg. gebilligt; aber will man etwa ebenso verfahren, wenn die Rente für auf 5 Jahre bestellt war? oder ist es die Scheu vor der Wahrscheinlichkeitsrechnung, was obige Praxis erhält? Doch wohl eher die Besorgniß vor einer möglichen Schädigung des Rentners, falls das rechnungsmäßig ermittelte Kapital sich hinterher doch zu gering erweisen sollte. Der gleichen Möglichkeiten sind im Rechtsleben nicht auszuschließen, soweit überhaupt Schätzungen darin Platz greifen, und ein Berechtigter gezwungen wird für sein Gut dessen Werth zu nehmen. Hier aber ist daran um so weniger Anstoß zu nehmen, da eine Zwangsablösung des Rentenrechtes immer in einer theilweisen Unzulänglichkeit des Pfandes ihren Grund hat.

25) Richtig fährt der oben angef. Rechtsatz (Spruchrep. Nr. 49) fort: „... und ist der Umfang seiner (des Erstehers) Haftung begrenzt durch die Zulänglichkeit des auf das Meistgebot gänzlich oder nur zum Theile gewiesenen für das Ausgedinge ermittelten Bedeckungskapitals“.

Zinsen des den Werth des ganzen Bezugsrechtes darstellenden Kapitals dieses selbst aufgezehrt hat.²⁶⁾ Da beide Erfüllungsmodalitäten dem Inhalte der vom Ersteher übernommenen Verpflichtung — auf Befriedigung der Forderung nach Maßgabe der Zulänglichkeit des Kaufschillings — gerecht werden, muß die Wahl zwischen denselben bis zur Erledigung des Vertheilungsverfahrens dem Schuldner offen gehalten werden; „er kann aber von der einmal getroffenen Wahl für sich allein nicht abgehen“ (a. b. Ob. § 906).

3) Das Einlöfungsrecht (jus offerendi).¹⁾

§ 69.

A) Wesen und Wirkung desselben.

Dem Rechte des Hypothekars das Pfandgut in Exekution zu ziehen, um daran ohne Rücksicht auf alle Uebrigen seine rangmäßige Befriedigung zu suchen, steht nicht selten ein Interesse anderer Realberechtigter gegenüber, des Inhaltes, daß das Gut eben jetzt nicht, oder nicht in der jetzt begehrten Weise zur Liquidirung komme; etwa weil sie aus einer Feilbietung zu günstigerer Zeit ein besseres Ergebnis hoffen, oder weil eine exekutive Sequestration ihrem besonderen Interesse entsprechender wäre, als die Feilbietung, oder weil sie Grund haben die dereinstige Veräußerung des ganzen Grundbuchskörpers der jetzt drohenden Theilveräußerung vorzuziehen, oder umgekehrt. Schon das

26) Die letztere Durchführungsart adoptirt das mehrerwähnte Urtheil (O. U. V. 4957, unter Berufung auf die Analogie aus § 34 R. D.), ohne einer anderen Möglichkeit zu gedenken; für die erstere hingegen erklärt sich Klepisch, a. a. D. S. 46.

1) A. b. Ob. § 462 (Vgl. pr. L. R. I, 20, § 36 fg.; L. 12, 16, 20, D. qui potior, 20, 4; L. 5 D. de distr. pign. 20, 5; L. 22 C. 8, 14, L. 1, 5, C. 8, 18; L. 4, C. 8, 19; Paul. sent. recept. II, 13, § 8). — Ropezky in Wagn. Schr. 1834, II, S. 1—33, die Kommentatoren zu § 462, Carabelli, II, p. 415 fg. — Glük, Pand. 19, S. 352 fg. Sintonis Pftr. S. 409 fg. Schmid, Cession I, S. 300 fg. Dernburg, Pftr. II, § 165, 166; vgl. auch Simon, im Arch. f. civ. Pr. 41, S. 32 fg. Regelsberger, S. R. t. § 89. Förster, pr. Pr. R. III, § 194. Kurze Uebersicht der gemeinrechtlichen Ansichten und der partikularrechtlichen Bestimmungen bei Roth, Arch. f. civ. Pr. 62, S. 111, 112 (doch ist in diesem ganzen Aufsatz leider das östreichische Recht unberücksichtigt geblieben).

römische Recht schützte dieses Interesse (welches natürlich dort noch weit dringender auftritt, wo privater Pfandverkauf möglich ist) durch eine besondere Veranstaltung zu Gunsten jenes Pfandgläubigers, der seinen Konkurrenten durch Zahlung der Pfandschuld, oder gleichwirksame Oblation, befriedigt hat. Das Besondere bestand nicht in der Zulässigkeit der liberirenden Leistung auch ohne Zustimmung des Gläubigers und des Schuldners,²⁾ sondern in dem gesetzlich gewährten Einstandsrecht des Zahlers (s. g. hypothekarische Succession) in das durch die Zahlung eigentlich ipso jure erloschene Pfandrecht des Bezahlers; daher »jus offerendi et succedendi«. Die Forderung, für welche hiernach der Offerent das alte Pfandrecht erwirbt, ist eine neue, von der getilgten verschieden nach ihrem Rechtsgrund (Aufwendung im Interesse des Schuldners), nach ihrem Inhalt (möglicherweise hat er den Oblaten mit einer geringeren Summe zufriedengestellt und hat dann nur diese zu fordern), und nach ihren Accessionen (Bürgen und anderweitige Pfänder der alten Schuld werden frei): es findet eben eine Succession nicht in die Forderung, sondern nur in deren Pfandrecht statt; und zwar nur in dasjenige Pfandrecht, welches an der dem Offerenten gleichfalls pfandbaren Sache haftet, und nur für die neue Forderung, welche er sich durch die Oblation erzeugt hat³⁾.

In Oestreich bedarf es zu dem gleichen Zweck dieses besonderen Rechtsfaktes nicht. Denn es besteht hier ein anderer, dem römischen Recht hinwiederum fremder Grundsatz, welcher jenen zugleich umfaßt und in den meisten Fällen praktisch ersetzt, nämlich die allgemeine Erzwingbarkeit der Cession einer Forderung cum sua causa (gegen volles Entgelt) gegenüber jedem Gläubiger, und für jeden Dritten mit Zustimmung des Schuldners. A. b. Gb. § 1422:

„Man und will ein Dritter anstatt des Schuldners mit dessen Einverständnis nach Maß der eingegangenen Verbindlichkeit bezahlen,

2) Da wirksame Zahlung nach röm. Rt. ganz allgemein jedem Dritten möglich ist, L. 39, D. de neg. gest. (3, 5) solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat eum.

3) Obiges nach der Darstellung Dernburgs, a. a. D. S. 519 fg. Uebrigens ist ein näheres Eingehen auf die seit jeher bestrittene Konstruktion des gemeinrechtlichen jus offerendi nicht erforderlich, da es sich uns hier lediglich darum handelt das Institut, wie es in Oestreich besteht, auf dem Hintergrunde des gemeinen Rechtes deutlicher sich abheben zu lassen.

so muß der Gläubiger die Bezahlung annehmen und dem Zahler sein Recht abtreten“.

Was hier Zahlung genannt wird, — weil es dem Gläubiger schafft, was ihm gebührt und darum für ihn allerdings die Forderung vernichtet, — ist in Wahrheit nicht Untergang, sondern erzwungener Uebergang des Forderungsrechtes: der „Zahler“ wird Cessionar aus gesetzlichem Titel⁴⁾, ihm gebührt die Forderung seines Rechtsvorgängers, wie dieser sie hatte, also mit ihrem ganzen Inhalt, mit allen Pfandrechten, welche sie sicherstellen, mit ihren Bürgen und sonstigen rechtlichen Nebenvorzügen.

Was Jeder kann, das steht natürlich auch dem Mithypothekar des Gläubigers frei: er kann also die seinem Interesse zuwiderlaufende Exekution des Pfandgutes ausschließen, indem er legerem den Betrag seiner Forderung einhändigt oder nöthigenfalls gerichtlich erlegt (§ 1425 a. b. Gb.) und dadurch sich selbst einen Cessionstitel verschafft, dessen Verwirklichung durch sofortige Vormerkung der Uebertragung antizipirt, und spätestens durch deren Rechtfertigung vollzogen wird;⁵⁾ alsdann ist die ihm gefährliche Hypothekarforderung sein eigen geworden, und er mag, je nach der Lage seiner sonstigen Interessen, die Exekution dafür fortsetzen, modifiziren, oder einstellen. Ein besonderes, ihm nur in seiner Eigenschaft als Mithypothekar zustehendes Recht, hat er in der Oblation nicht ausgeübt.⁶⁾

Es bedürfte auch eines besonderen Rechts für die am Pfandgute dinglich Berechtigten, neben dem in Rede stehenden allgemeinen Cessionszwang, nicht,⁷⁾ wäre derselbe frei von der Bedingung des Einverständ-

4) Vgl. oben § 50, Z. 3. — Darum spricht man in Oestreich mit Recht von „Einlösung der Forderung“ (§ 462 a. b. Gb.), während gemeinrechtlich der Ausdruck „Ablösung“ der richtigere ist; denn was man einlöst hat man nachher, hingegen pflegen wir als a b gelöst Lasten zu bezeichnen, die (z. B. Zehnten, Ewigelder, Robott) durch diesen Akt vernichtet sind.

5) G. B. G. § 39, oben § 52, Z. 2.

6) Es ist ein Irrthum, wenn Kopecky, S. 21 fg. u. A. die Einlösung der Hypothekarforderung von Seiten eines Mitschuldners, Bürgen, oder nicht dinglich beteiligten Dritten als Ausübung des jus offerendi hinstellen. Sie beruht auf dem allgemeinen Satze des § 1422 (1358) a. b. Gb. und hat mit dem besonderen Recht des § 462 nichts zu schaffen. Letzteres ist, wie unten erhellt, ein in Etwas weiter gehendes Recht, bleibt aber auf die Realbetheiligten beschränkt.

7) Das Urth. bei GULZ. 2159 stellt ausdrücklich fest, daß die von einem be-

nisses des Schuldners.⁸⁾ Nun ist zwar dieses Einverständnis bei einem mit Exekution bedrängten in zeitweiliger Zahlungsverlegenheit befindlichen Schuldner in der Regel leicht zu erlangen; anders aber wenn dieser, gänzlich überschuldet, an dem Aufschub der Realexekution kein Interesse hat, wenn er im Konkurs, oder abwesend ist. Dann würde seine, bez. seines Kurators, Zustimmung nur mit Opfern an Geld und Zeit zu erlangen sein, während doch der Zweck der Einlösung oft nur durch augenblickliches Eingreifen erreicht werden kann; und andererseits fallen unter solchen Verhältnissen jene Rücksichten weg, welche die Gesetzgebung sonst bestimmen, den Eintritt eines neuen Gläubigers in ein bestehendes Schuldverhältnis von der Einwilligung mindestens eines der Obligationssubjekte abhängig zu machen. Es ist also billig,⁹⁾ daß jene dritten Personen — aber auch nur sie, — welche als Realbetheiligte durch die drohende Pfandexekution in ihren Interessen

liebigen Dritten nach § 1422 a. b. Gb. bewirkte Deposition der Hypothekarsumme, wenn sie mit Einwilligung des Schuldners erfolgte, dieselbe Wirkung habe, wie die Ausübung des jus offerendi nach § 462 durch einen Hypothekargläubiger.

8) Der Gegensatz der Bestimmung des § 1422, 1423 a. b. Gb. zu den gemeinrechtlichen Normen über Zahlung durch Dritte (oben Note 2) findet seine Aufklärung darin, daß eben jene §§ in erster Linie nicht von Zahlung, sondern von Einlösung handeln. Gemeinrechtlich braucht der zahlende Dritte gegenüber dem Gläubiger keine Legitimation zur Zahlung, weil er von ihm nichts begehrt, als Quittung; wollte er Cession, so würde dazu der Konsens des Schuldners weder genügen, noch erforderlich sein, als Zahler aber ist er nicht Käufer der Forderung. Daher: *Nulla tibi adversus creditorem alienum actio superest, eo quod ei debitam quantitatem offerens, jus obligationis in te transferri desideras: cum ab eo te nomen comparasse non suggeras: licet solutione ab alio facta nomine debitoris evanescere soleat obligatio.* L. 5. C. de solut. 8, 43. Dem gegenüber hat das öst. Recht — man vgl. im Gegensatz zu obigem Reskript das Urth. bei O. W. 5490 — die Befugniß des Dritten wesentlich gesteigert, aber auch die Voraussetzungen der Intervention strenger gestellt. Indem es nicht unterscheidet: ob der Interveniens einfach zahlen, oder aber einlösen will (s. das angef. Urtheil), und letztensfalls: ob er an dem Schuldverhältnis (z. B. als Bürge) rechtlich theilhaftig ist, oder nicht, — erweisen sich unsere Normen für den Dritten theils strenger, theils freier, als die entsprechenden des gemeinen Rechts und der meisten deutschen Partikularrechte. Vgl. die Zusammenstellung bei Gruchot, Zahlung der Geldschuld, 1871, S. 29—48.

9) Die Aequitätsnatur des jus offerendi wird allgemein anerkannt, s. z. B. Carabelli, p. 418, welcher dasselbe auf den alten Legitensatz gründet: *quod tibi non nocet et alteri prodest, hoc aequitas suggerit* (nach L. 2, § 5, D. de aqu. pluv. 39, 3).

berührt erscheinen, innerhalb gewisser Zeitgrenzen bei Ausübung jenes allgemeinen Einlösungsrechtes von der Rechtsbedingung des schulnerischen Konsenses gesetzlich befreit werden. Und dieses so bevorzugte Einlösungsrecht der Hypothekare ist das österreichische jus offerendi, wie es in § 462 a. b. Gb. gewährt wird:

„Vor der Feilbietung des Gutes ist jedem darauf eingetragenen Gläubiger die Einlösung der Forderung, wegen welcher die Feilbietung angesucht worden, zu gestatten.“¹⁰⁾

Man ist darüber einig,¹¹⁾ daß das Eigenthümliche dieser Bestimmung, gegenüber § 1422 a. b. Gb., in dem Absehen des Gesetzes von dem „Einverständnis des Schuldners“ gelegen sei. In allem Uebrigen steht das jus offerendi dem oben besprochenen allgemeinen Einlösungsrecht Dritter gleich. Hiernach ist Wesen und Wirkung desselben bestimmt: Die von einem dazu Berechtigten, rechtzeitig und in gehöriger Weise,¹²⁾ erbrachte Oblation bewirkt nicht die Zahlung, sondern erzwingt — auch gegen den Willen des Gläubigers und des Schuldners — den Abkauf der gegnerischen Hypothekarforderung mit allen ihren Nebenrechten; vom Zeitpunkte der wirksamen Ausübung seines jus offerendi ist der Dfferent Gläubiger in der eingelösten Schuld¹³⁾ und berechtigt die Umschreibung aller dafür haftenden Hypothekarrechte (auch der Simultanhypotheken an dritten Gütern) kraft gesetzlichen Cessionstitels zu begehren;¹⁴⁾ aber auch ohne dieses kann er als

10) Hauptsächlich um die rechtzeitige Ausübung dieses Rechtes praktisch zu ermöglichen besteht die Vorschrift (Hofb. v. 6. Mai 1847, J. G. S. 1063 vgl. oben S. 357), daß alle Hypothekare von der Anordnung des ersten Feilbietungstermines durch den Exekutionsverwerber verständigt werden müssen.

11) Nippel, Winivarter, zu § 462, Carabelli, p. 417. Nur Kopetzky hält die Bedingungen der Einlösung nach § 462 von derjenigen nach § 1422 nicht auseinander und gelangt dadurch (s. oben Note 6) zu einer unrichtigen Ausdehnung des jus offerendi.

12) Darüber s. den folgenden §.

13) Und zwar hat er, wie sich bei der östreichischen Gestaltung unseres Instituts von selbst versteht, die ganze Schuldsomme zu fordern, gleichgiltig um welchen Preis er eingelöst hat. Anders nach der oben referirten Auffassung für das gemeine Recht Derenburg, S. 529. „Hat der Nachhypothekar den Primus mit weniger abgefunden, als der Nominalbetrag seiner Forderung war, so kann er nur Ersatz seiner Auslage verlangen.“

14) Da nach öst. Rt. der Dfferent Cessionar wird, entfällt hier die Hauptstreitfrage der gemeinrechtlichen Theorie, worauf sein Eintritt in das abgelöste Pfandrecht sich gründe? S. Derenburg, S. 519 fg.

procurator in rem suam des abgefundenen Gläubigers dessen Hypothekarklage zurückziehen, oder die begonnene Exekution fortsetzen,¹⁵⁾ auch etwaige Bürgen belangen und Faustpfänder an sich ziehen; denn er befindet sich kraft der rechtswirksam vollzogenen Oblation sofort in der Rechtsstellung eines zunächst außerbüchlichen Cessionars,¹⁶⁾ bis ihm die Verbücherung (C. B. G. § 39) des Rechtsüberganges, wenn er sie bedarf und begehrt, die volle Rechtsstellung des Hypothekars verschafft. Erweist sich die eingelöste Forderung nach der Hand als uneinbringlich oder unrichtig, so hat er gegen den unfreiwilligen Cedenten, außer wegen Betruges, keinen Rückgriff (a. b. Gb. § 1422), insbesondere also im Falle der Unrichtigkeit auch keine *condictio indebiti*,¹⁷⁾ weil er mit der Einlösungssumme keineswegs eine (vermeintliche) Schuld des Dritten gezahlt, sondern eine Forderung, und zwar auf eigene Gefahr, gekauft hat.

Das Einlösungsrecht, als eine im allgemeinen Interesse des Realverkehrs getroffene gesetzliche Veranstaltung zum Schutze konkurrierender dinglicher Rechte, kann durch einen Vertrag mit dem Eigentümer bei Errichtung der einzelnen Hypothek nicht ausgeschlossen werden;¹⁸⁾ weder so, daß der Hypothekar ein von keinem *jus offerendi* erreichbares Pfandrecht erwürbe,¹⁹⁾ noch umgekehrt so, daß er selbst ein für allemal auf dieses Recht verzichtete. Doch hindert das den in concreto Einlösungsberechtigten nicht, durch eine Uebereinkunft

15) Carabelli, p. 419.

16) S. über dieselbe oben S. 383 ff.

17) Auch hierin führt die gemeinrechtliche Lehre zu dem entgegengesetzten Ergebnis, Dernburg, S. 528.

18) Es handelt sich bei dem *jus offerendi* um ein Rechtsinstitut, das den einzigen Zweck hat eine Schutzwehr gegen legale Rechtsverteilung zu sein, ganz im Sinne des von Jhering, Jahrb. f. Dogm. X, S. 318 fg. entwickelten Begriffes der Rechtsverteilung (wo aber des *jus off.* auffallenderweise nicht gedacht ist). Sein Zweck würde verfehlt, wenn dieses Recht in abstracto der freien Parteidisposition unterworfen wäre.

19) Ausdrücklich normirt ist dies im pr. Rdt. I, 20, § 38. Für uns folgt es aus dem Zweck und Wesen des *jus offerendi* (ebenso für das bair. Rdt. Regelsberger, S. 441) und stützt sich auf die Analogie des § 1371 a. b. Gb.: die Verabredung, daß kein Nachhypothekar das Pfandrecht jemals einlösen solle, steht auf einer Linie mit derjenigen, „daß der Schuldner das Pfand niemals einlösen, oder ein liegendes Gut keinem Anderen verschreiben dürfe.“

mit demjenigen, gegen welchen ihm dieses Recht allbereits zusteht, zur Nichtausübung desselben sich zu verpflichten.²⁰⁾

§ 70.

B. Einzelfragen.

1) Wem steht das Einlösungsrecht zu?

Die alte gemeinrechtliche Streitfrage, ob auch vorgehende Pfandgläubiger gegen ihre Hintermänner das *jus offerendi* haben,¹⁾ hätte in Oestreich (auch wenn sie nicht durch den Wortlaut des § 462 a. b. Gb. ausgeschlossen wäre) schon dadurch sich erledigt, daß bei uns auch der letzte Hypothekar das Verkaufsrecht hat, durch dessen unzeitige Ausübung möglicherweise sogar die Rechte seiner Vormänner gefährdet werden. Alle Kommentatoren²⁾ sind einig, daß die Befugniß aus § 462 jedem auf das Pfandgut eingetragenen Gläubiger ohne Unterschied des Ranges zustehe, — also auch dem Simultanhypothekar, mag das Folium des bedrohten Gutes die Haupt- oder Nebeneinlage bilden, — nicht aber den pfandlosen Gläubigern desselben Schuldners. Dem Afterspandgläubiger wird mit Unrecht das *jus offerendi* abgesprochen, weil er nicht auf das Pfandgut, sondern auf die Hypothekarforderung eingetragen ist;³⁾ aber gleichwohl ergreift auch sein Recht mittelbar den Tabularkörper selbst (oben S. 52 fg.), und auch das Interesse an der Einlösung ist bei ihm dasselbe wie beim Cessionar.

Zweifelhaft bleibt es, bei dem beschränkten Wortlaut des Gesetzes, das nur den „eingetragenen Pfandgläubiger“ nennt, ob auch die intabulirten Inhaber von Nutzungsrechten, welche dinglich sind oder doch im Sinne der Gesetzgeber durch die Eintragung dinglichen Charakter erhalten, das Einlösungsrecht haben; also Servitutberechtignte, in-

20) Ebenso wie man dem Verjährungsrecht in abstracto nicht entsagen (§ 1502 a. b. Gb.), wohl aber auf den konkreten Anspruch aus einer abgelautenen Verjährung gültig verzichten kann. Unger, Syst. II, § 122, Z. 3.

1) Vgl. Wangerow, Pand. § 377, Anm. 1. Dernburg, a. a. D. II, S. 529 fg. L. 5. C. qui pot. 8, 18; Paul. sent. rec. II, 13, § 8.

2) Ebenso Carabelli, p. 417, 422, Kopecky, S. 20.

3) Es überwiegt hierin die einseitige Auffassung der Afterspandhypothek als *pignus nominis* (vgl. oben § 57 N. 4); in diesem Sinne hat ein Hofdekr. vom 16. März 1811, J. G. S. 935 es für nicht erforderlich erklärt, daß auch die auf einer Krida- realität *super intabulirten* Gläubiger von der bevorstehenden Exekution verständigt werden, „weil derlei Gläubiger nicht Gläubiger des Kridatars, sondern Gläubiger eines Konkursgläubigers sind“; Stubenrauch, zu § 462, Z. 1.

tabulirte Bestandnehmer und Reallastberechtigte. Daß diese an der Hintanhaltung einer ihnen bedrohlich erscheinenden Exekution nicht minder interessirt sind; als die Hypothekare, steht fest; die beiden zuletzt genannten Klassen von Realberechtigten haben sogar daran ein noch dringenderes Interesse, als die Pfandgläubiger, weil ihre Rechte, selbst wenn dieselben in bester Priorität stehen, von der exekutiven Feilbietung ergriffen und einer möglicherweise sehr unerwünschten Verwandlung unterworfen werden.⁴⁾ Darum, und weil schlechterdings kein innerer Grund dafür gefunden werden kann, daß jene Realberechtigten bei der Einlösung an die Zustimmung des Schuldners (nach § 1422) gebunden werden sollten, während die Hypothekare (nach § 462) es nicht sind, muß im Wege der Analogie auch für das östreichische Recht⁵⁾ angenommen werden, daß das jus offerendi jedem auf das Pfandgut eingetragenen Realberechtigten zusteht.⁶⁾ Auch der Eigentümer (beziehungsweise Miteigentümer) des in Anspruch genommenen Pfandgutes, als Drittbefitzer, hat hiernach das Einlösungsrecht;⁷⁾ nicht aber der Miteigentümer eines solchen Antheiles, welcher zur Zeit pfandrechtl. nicht in Anspruch genommen ist, und ebensowenig der Schuldner

4) S. oben § 68.

5) So ist es in Preußen nach § 37 a. L. Nr. I, 20. (Förster, III, S. 398) „der Pfandgläubiger ist schuldig einem Jeden, der ein dingliches Recht auf die Sache hat . . . sein Pfandrecht abzutreten.“

6) Für Servitutberechtignte hat dies schon Gspan, Wagn. Ztschr. 1836, II, S. 142, 151 als selbstverständlich hingestellt (a. M. ohne Begründung Stubenrauch zu § 462, Z. 3); aber abzuweisen ist dessen weitergehende Behauptung (S. 161), daß das Einlösungsrecht des § 462 a. b. Gb. „offenbar auch auf die Pfandgläubiger des herrschenden Gutes auszudehnen ist.“ — Bezüglich der Bestandnehmer und Reallastberechtigten ist die Frage in der östr. Literatur m. W. nicht berührt (auch nicht bei Kopežky, a. a. D. S. 20 fg.); in der Praxis dürfte die hier vertretene Ansicht schon deshalb Geltung finden, weil man von früher her, wo Hypothekarrechte auch für Nicht-Geldschulden möglich waren, geneigt ist den intabulirten Miether, Aktenhefts-Berechtigten u. s. w. den Pfandgläubigern beizuzählen.

7) Uebereinstimmend Kopežky, S. 23 fg., Carabelli, p. 419 „il possessore, in quanto non sia personalmente obligato al debito, gode di questo beneficio di legge,“ (und für das gem. R. schon der das. angef. Neguzantius de pignore, I, 5, 3. Jus offerendi competit ratione domini, quod quis habet in re); Gspan, Besr. d. G. I, S. 134, Kippel und Ellinger zu § 463 gestatten dem Drittbefitzer (mit Recht) das Erstehen des selbgebotenen Pfandgutes (ebenso das Urth. O. W. 377), müssen also folgerichtig auch das jus offerendi ihm zugestehen.

selbst,⁸⁾ auch wenn er zugleich Eigentümer des Pfandgutes wäre, denn dieser ist seinem Gläubiger gegenüber verpflichtet zu zahlen, nicht einzulösen, und kann daher von demselben nur Quittung⁹⁾, nicht Cession erzwingen.¹⁰⁾

2) Zeitgrenzen für das jus offerendi.

Das Gesetz gestattet die Einlösung der Pfandschuld „vor der Feilbietung“ (§ 462 a. b. Gb.). Eine Bestimmung, die in mehr als Einer Richtung unzulänglich erscheint. Zunächst weil darin die Möglichkeit unberücksichtigt ist, daß die zwangsweise Befriedigung im Wege der exekutiven Sequestration begehrt wird. Es ist kein Grund das Einlösungsrecht auf den Fall der Einen, allerdings wichtigeren und häufigeren, Exekutionsart zu beschränken, wenn auch das Gesetz nur diesen ausdrücklich bezeichnet; denn auch die Exekution durch Sequestration kann die Interessen der übrigen Realbetheiligten nachtheilig berühren,¹¹⁾ und alle legislativen Gründe, auf welchen das jus offerendi beruht, treffen bei dieser Befriedigungsart in gleicher Weise zu. Man wird also den Rechtsatz unserer Gesetzesstelle in der Anwendung weiter fassen und mindestens sagen müssen: das Einlösungsrecht besteht gegenüber jeder Forderung, wegen welcher die Zwangsvollstreckung angefordert ist. Und da die Sequestration einen dauernden Exekutionsstand herbeiführt, in dessen Ablauf die allmähliche Tilgung der Forderung sich vollziehen soll, der aber in jedem Zeitpunkt seiner Dauer durch die volle Befriedigung des Gläubigers aufgehoben werden kann, so ist das Recht zur Einlösung jener Forderung (beziehungsweise ihres noch ungetilgten Restes) den Oblationsberechtigten während des ganzen in Rede stehenden Zeitraumes zu gewähren. Als Anfangstermin für die Ausübung des Rechtes wäre der Zeitpunkt der begehrteten

8) Hierin geht Kopežky, a. a. D., S. 26, zu weit, indem er zwischen dem Drittbefitzer und dem Personalschuldner nicht unterscheidet (richtig aber Carabelli, l. c.).

9) A. M. Hierüber Krauz, S. G. Z. 1869, Nr. 27 gegen die ältere, insbes. von Winwarter, Aufseß, Gaan, vertretene Ansicht; s. noch unten § 90.

10) Damit ist nicht gesagt, daß die ihm vom Gläubiger freiwillig, anstatt der Quittung, gewährte Cessionserklärung unwirksam sei (vgl. § 51, Note 24, 25 und § 90), aber erzwingen kann er sie nicht, d. h. er hat kein jus offerendi. Vgl. auch Strohal, die Prioritätsabtretung, S. 53 ff. und Note 46, welcher sich jedoch über den zuletzt berührten Punkt nicht ausspricht.

11) Vgl. z. B. oben § 68, Note 3, 4.

Sequestration anzusehen, wenn man in dem sogleich zu besprechenden Normalfalle der Exekution durch Feilbietung, auf den entsprechenden Moment (Einschreiten um die exekutive Feilbietung) abstellt. Das führt sofort zu der praktisch viel wichtigeren Frage: ob das Gesetz in den obigen Worten einen Anfangs- oder Endtermin aufstellt? und letzternfalls, ob dieser in der bewilligten, in der begonnenen, oder in der vollendeten Feilbietung liege?

Die meisten Schriftsteller wollen aus dem Wortlaut des § 462 a. b. Ob. sowohl den End- als auch den Anfangstermin des Einlösungsrechtes entnehmen. Mit Recht erblicken sie in der „Feilbietung des Gutes“ den Moment, nach welchem von Einlösung schon der Natur der Sache gemäß nicht mehr die Rede sein kann. Der Anfangstermin aber soll, nicht etwa in der Bewilligung, oder dem thatsächlichen Beginn des Feilbietungsaktes gelegen sein, sondern in dem Zeitpunkte des Ansuchens um dieselbe; und zwar soll sich dieses aus den Gesetzesworten „... die Einlösung der Forderung, wegen welcher die Feilbietung angefordert worden“ ergeben, und innerlich damit rechtfertigen, daß der Gläubiger eben durch das Feilbietungsgesuch „zu erkennen gegeben hat, daß er die Forderung bezahlt haben wolle“. ¹²⁾ Allein das hat er schon früher mit der Ueberreichung der Hypothekarlagung hinreichend deutlich erkennbar gemacht, und wiederum mit dem Gesuche um das exekutive Pfandrecht und um die Schätzung; jener Grund also würde dahin führen, den fraglichen Anfangstermin viel weiter hinauszurücken. Aber auch nach exegetischen Grundsätzen geht es nicht an, in den angeführten Relativsatz, welcher lediglich beabsichtigt die das alleinige Objekt der Einlösung bildende Forderung deutlich zu bezeichnen, ¹³⁾ eine Zeitbestimmung hineinzutragen, zumal da an der Spitze des Hauptsatzes schon steht, was der Gesetzgeber in dieser Richtung zu sagen für nöthig fand. Will man also bei der Beantwortung unserer Frage über die Betrachtung der wenigen Gesetzesworte nicht hinausgehen, so muß man jenes „vor der Feilbietung“ in dem vulgären Sinne des täglichen Lebens deuten, wonach es — allerdings in etwas

12) Stubenrauch, a. a. D., ebenso Winiwarter, II, S. 253, und Carabelli, p. 418.

13) Was darum nicht überflüssig war, weil nach gemeinem Recht das jus offerendi gegen jede, auch nicht eingeklagte, Pfandforderung bestand; vgl. auch Zeißler, unten Note 16.

ungenauer Weise ¹⁴⁾ — zugleich den Anfangs- und Endtermin und damit eigentlich den ganzen Zeitraum bezeichnen würde, welcher unmittelbar vor dem Ende der Feilbietung, dem Zuschlag, liegt, also durch die Feilbietungsverhandlung ausgefüllt ist; dann wäre die Einlösung in dem Zeitabschnitt vom Beginn bis dicht vor Schluß der Feilbietung zulässig. ¹⁵⁾ — Welchen Zweck nun aber eine so enge zeitliche Begrenzung des jus offerendi haben sollte, bleibt durchaus unerfindlich: jeder Schritt, den der Gläubiger von der Klage bis zur vollendeten Feilbietung thut, kostet Geld und vertheuert für den Einlösungsberechtigten den Einlösungspreis, und doch sollte dieser, auch wenn er von vornherein zur Oblation entschlossen ist, von Gesetzeswegen gezwungen werden zu warten, bis all' jene Kosten aufgelaufen sind? Erscheint nicht bereits während dieses ganzen Zeitraumes die Verweigerung des Einlösungskonsenses von Seiten des Gläubigers, und ebenso die des (anwesenden) Schuldners, als die reine Chifane, da doch bei dem ersteren der Wille Zahlung zu erhalten ebenso feststeht, als für den letzteren die Nothwendigkeit Zahlung zu leisten, wenn anders die Forderung zu Recht besteht? Mehr aber ist das jus offerendi, wie wir gesehen haben, nicht, als die gegen chifanöse Rechtsvereitelung aufgestellte gesetzliche Befreiung des im eigenen Interesse zahlenden Dritten von der freiwilligen Zustimmung entweder des Gläubigers oder des Schuldners (§ 1422, 1423 a. b. Ob.).

Will man sich also durch eine an sich keineswegs zwingende, ja kaum wahrscheinliche Gesetzesinterpretation ein zweckwidriges Ergebnis nicht aufdrängen lassen, so bleibe man bei dem Wortlaut des § 462 stehen, der nur einen Endtermin ausspricht, und bescheide sich, daß das Gesetz einen Anfangstermin für das Einlösungsrecht nicht festgesetzt habe. ¹⁶⁾ Ihn aus der Natur der vorliegenden Verhältnisse zu bestimmen fällt alsdann nicht schwer. Von Zwangseinlösung kann natürlich vor Fälligkeit der Pfandschuld nicht die Rede sein, weil der

14) Es würde anstatt „vor der Feilbietung“ dann richtiger „bei der Feilbietung“ gesagt worden sein.

15) Diese Ansicht scheint für das preuß. Recht Förster, III, S. 399, N. 64 zu vertreten: „erst wenn die Sache zum Verkauf gestellt ist.“

16) Zeißler, II, S. 275 unterstützt diese Auffassung, indem er unseren § so umschreibt: „Daher berechtigt das Gesetz . . . die Forderung, welcher wegen das Pfand feilgeboten werden soll, noch vor der Feilbietung einzulösen.“

Gläubiger diesfalls auch die Zahlung sich nicht gefallen zu lassen braucht (a. b. Gb. § 1413), aber auch nach derselben bis zur Klage nicht, weil der Schuldner nach östreichischem Recht auch zu der indirekten Zahlung, welche in der Intervention des Dritten liegt und schließlich doch auf seine Kosten geht, eben nur durch den Willen seines Gläubigers soll gezwungen werden können.¹⁷⁾ Ist aber dieser Wille durch Anstellung der Klage bethätigt, so kann der Schuldner nicht mehr sagen, daß er durch den einlösenden Dritten indirekt zur Leistung verhalten sei, während ihn sein Gläubiger möglicherweise verschont hätte; zugleich aber liegt jetzt, — wenn die angestrenzte Klage die Hypothekarklage ist — für alle Realberechtigten auf dem Pfandgut, aus dessen Werth die Befriedigung klagweise begehrt ist, die Gefahr der Exekution desselben in greifbarer Nähe,¹⁸⁾ und mit ihr treten alle jene Momente auf, die das Einlösungsrecht erheischen und rechtfertigen.¹⁹⁾ Mit hin setzen wir den Anfangstermin für das jus offerendi in den Zeitpunkt der eingebrachten Hypothekarklage.²⁰⁾ Eine etwaige Ausübung noch vor dem Urtheil schadet weder dem Schuldner, der deshalb um nichts früher exequirt werden kann, noch dem Gläubiger, der keinesfalls regreßpflichtig ist (§ 1422), erspart aber dem Offerenten, welcher sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Forderung gewagt hat, möglicherweise

17) Dies ist die Idee, welche den vom gemeinen Recht abweichenden Bestimmungen über Zahlung durch Dritte (a. b. Gb. §§ 1422, 1423) zu Grunde liegt, insofern sich diese Bestimmungen auf die eigentliche Zahlung (im Gegensatz zur Cession, vgl. oben § 69, Note 8) mit beziehen. Weil gemeinrechtlich die Zahlung fälliger Schulden durch Dritte auch ohne Zustimmung des Schuldners schon vor der Klage zulässig ist, besteht auch das jus offerendi schon vorher.

18) Wäre blos die persönliche Schuldklage erhoben, also nicht die eventuelle Befriedigung aus dem Pfandgut begehrt, so wäre auch kein jus offerendi begründet, welches diesfalls erst nach dem Urtheil mit dem Verzicht um Realexekution auf das Pfandgut entstände, bez. ganz ausbliebe, falls der siegende Gläubiger seine Befriedigung an andern Gütern sucht.

19) Sie entfallen wieder, und mit ihnen das Einlösungsrecht, wenn der Hypothekarkläger die Klage zurückzieht.

20) Dies ist auch das Ergebnis der von rein praktischen Gesichtspunkten ausgehenden Erörterung Kopežky's, a. a. O. S. 30 fg. Ebenso ausdrücklich das bair. Hyp. Ges. § 63, während das pr. L. Rt. (§ 39, I, 20) dem gemeinen Recht folgend die Einlösung schon „nach abgelaufenem Zahlungstermin“ zuläßt. Nicht der geringste Vorzug der ersteren Norm besteht darin, daß sie die gemeinrechtliche Streitfrage abschneidet: ob und wie der Oblat zur Angabe des derzeitigen Um-

die Kosten eines langen Prozesses. — Hat ein Gläubiger die Hypothekarklage blos auf Zinsen (oder einzelne fällige Kapitalkosten) erhoben, so beschränkt sich das jus offerendi eben auf die Zinsforderung und deren Pfandrecht (G. B. G. § 17, 18), so daß der Offerent durch die entsprechende Abfindung in dieselbe Rechtslage kommt, als wäre ihm von dem ganzen Hypothekarrecht des Oblaten nur der jetzt eingeklagte Theil durch freiwillige Cession übertragen worden.²¹⁾

Endtermin für die Ausübung des Einlösungsrechtes ist der Augenblick der vollendeten Feilbietung²²⁾ des Pfandgutes. Dieser aber ist mit dem Zuschlag an den Meistbietenden eingetreten: nicht später (etwa erst durch die Verbücherung des Käufers, oder die Anmerkung der Versteigerung, G. B. G. § 72), denn schon der Zuschlag hat dem Ersteher wohlverworbene Rechte gegeben;²³⁾ aber auch nicht früher, denn vor dem Zuschlag besteht kein Kauf, ist also der Feilbietungsakt zu seinem Ziel nicht gelangt. Die — auf einer unrichtigen Auffassung des rechtlichen Vorganges bei der Feilbietung beruhende — Ansicht älterer östreichischer Schriftsteller, wonach schon die Eröffnung des Versteigerungsaktes die in Rede stehende Wirkung habe, ist unhaltbar;²⁴⁾ die Einlösung kann also mit voller Rechtswirkung auch noch während der Steigerung,

fanges seiner Forderung vom Offerenten gezwungen werden könne (Dernburg, Prt. II, S. 528).

21) Vgl. Regelsberger, § 89, Note 5 (welcher diesfalls das Einlösungsrecht auch hinsichtlich der Hauptforderung gewähren will), und andererseits Öbner, I, S. 512 (welcher es ganz verweigert).

22) Im Falle der Exekution durch Sequestration (s. oben bei Note 11) der Zeitpunkt der Abberufung des Sequesters, so es weil die Sequestration bereits zur vollen Befriedigung des exequirenden Gläubigers geführt hat, oder weil dieser von der Fortsetzung absteht.

23) A. Ger. D. § 337.

24) Es wurde nämlich behauptet (Mippel, Winwartner, Ellinger zu § 462 a. b. Gb.), schon die Eröffnung des Feilbietungsaktes durch Ausruf des Preises begründe für jeden erschienenen Kauflustigen (auch wenn er gar kein Gebot gethan hat!) das Recht zum Erwerb des ausgebotenen Gutes um den Ausrufspreis unter der Bedingung, daß kein höherer Preis geboten wird. Allein dies wird gegenwärtig selbst von Schriftstellern, die der verpflichtenden Kraft des einseitigen Versprechens innerhalb des Versteigerungsgeschäftes einen großen Spielraum gewähren, verworfen; nicht einmal, daß ein gehörig angebrachtes Gebot eines Steigerers den Versteigerer bedingt verpflichte, kann zugegeben werden. S. darüber Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund, § 10, und die dort Angeff.

bis zum Zuschlag, angeboten werden. Sollte sie unterlassen, aber später der Feilbietungsakt aus irgendwelchem Grund für ungiltig erklärt sein, oder sollte er sich wegen Insolvenz des Erstehers als unwirksam erweisen, so lebt das jus offerendi wieder auf und kann auch bei der neuerlichen Feilbietung bis zum Zuschlag geübt werden.

3) Inhalt und Beschaffenheit der Oblation.

Der Einlösungsberechtigte, will er sein Recht wirksam ausüben, muß Tilgung der ganzen Hypothekarschuld, soweit sie eingeklagt ist, ²⁵⁾ anbieten, und zwar sammt Zinsen und Kosten, so daß der Oblat das erhält, was der Beklagte im gegebenen Zeitpunkt ihm leisten mußte, um ihn klaglos zu stellen. Für die zur Zeit noch nicht liquiden Kosten, oder sonstigen Anhängsel der Forderung, ist durch Erlag einer jedenfalls ausreichenden Kautionssumme Deckung zu geben. Ebenso für die Hauptsumme selbst, falls dieselbe nicht ohnehin durch Urtheil, oder (wenn die Einlösung vorher stattfindet) durch den Inhalt des Grundbuches ziffermäßig festgestellt ist; bei Kautionshypotheken also wäre, wenn der Differenz das Urtheil nicht abwarten will, stets der bürgerlich eingetragene Höchstbetrag (O. B. G. § 14) als Deckungssumme zu erlegen. — Eine theilweise Ausübung des jus offerendi (so daß Differenz gegen Theilzahlung den Anspruch auf entsprechende Theilcession erwürbe) ist nicht zulässig; denn dem Gläubiger kann wider seinen Willen ebensowenig von Dritten, als vom Schuldner selbst, eine Theilzahlung aufgedrungen werden. ²⁶⁾

Die Oblation des Einlösungsberechtigten hat ihre spezifische Wirkung nur als Realoblation: seine bloße Erklärung, daß er die eingeklagte Forderung einlösen wolle und sich zur vollen Tilgung verpflichte, bewirkt an sich ²⁷⁾ weder seinen Eintritt in diese Forderung, noch den gesetzlichen Titel zur bürgerlichen Uebertragung des Pfandrechts. Es bedarf also dazu des wirklichen Vollzuges der Leistung, sei es, daß der Gläubiger sie annimmt, oder daß diese Annahme durch

²⁵⁾ Vgl. oben bei Note 21. — L. 22. C. de pignor. 8, 14, L. 5. C. qui pot. 8, 18. — Daß die eingeklagte Forderung zugleich durch andere Simultanhypotheken versichert ist, ändert hieran nichts, s. oben § 42 a. E.

²⁶⁾ A. b. Gb. § 1415; ebenso für unsern Fall Förster, S. 399, Nr. 59.

²⁷⁾ Will sich aber der Gläubiger damit begnügen und sohin seine Forderung akzeptieren, so liegt nicht Ausübung des jus offerendi vor, sondern gewöhnliche Cession.

Hinterlegung der Schuldsomme zu Gerichtshänden entbehrlich gemacht wird. ²⁸⁾

Unter Mehreren, die gleichzeitig oder nach einander Einem Hypothekar die Einlösungssumme anbieten, entscheidet nicht schlechtthin die Prävention, in dem Sinne, daß der Gläubiger gehalten wäre von dem Zuorkommenden die Leistung anzunehmen ²⁹⁾ und sohin dann ihm die Forderung abzutreten; sondern zunächst hat der Gläubiger die Wahl, welchen er abweisen, und von welchem er annehmen will, ³⁰⁾ da er ja auch alle abweisen und es auf gerichtliche Deposition ankommen lassen könnte. Rechtsnachfolger des Klägers wird derjenige Offerent, von welchem jener die Leistung angenommen hat, bevor ein Anderer zur Deposition geschritten war. Nach der Deposition freilich ist das Anbringen der Zahlung an die Person des Gläubigers nicht mehr wirksam, wie auch umgekehrt die Deposition unwirksam bleibt, wenn sie zu einer Zeit geschieht, wo eine angenommene Zahlung bereits für einen andern Offerenten entschieden hatte. Also es kommt allerdings auf Prävention an, aber nicht auf ein Zuorkommen in der Erklärung des Einlösungswillens, sondern in der Verwirklichung der Leistung; letztere liegt sowohl in der vom Oblaten angenommenen Zahlung, als in der vom Offerenten einseitig bewirkten Deposition. — Uebrigens ergiebt sich aus allem Obigen, daß auch der Einlösende selbst wieder der erzwungenen Einlösung von Seiten der anderen ausgesetzt ist, insolange er die Hypothekarklage nicht zurückgezogen, beziehungsweise die im Zuge befindliche Exekution nicht eingestellt hat.

²⁸⁾ A. b. Gb. § 1425, Urth. bei OUB. 2159. Bei uns ist nur die gerichtliche Deposition Zahlungsersatz, die private aber ausgeschlossen (anders nach röm. Rt. L. 1. C. qui pot. 8, 18).

²⁹⁾ Dies wird nach Kopecky, a. a. O. S. 21 von den Kommentatoren (und ebenso Unger, b. sächs. Entw. S. 227) ohne nähere Feststellung gelehrt.

³⁰⁾ So für das gem. Recht Dernburg, II, S. 534.

III. Der Anspruch auf rangmäßige Befriedigung.

§ 71.

Uebersicht der Praxis.

Es wurde bisher die Rangordnung der Hypotheken und ihre Wirkung dargestellt, also Voraussetzungen und Inhalt des „Vorrechts“ bestimmt. Nun erübrigt noch die Frage nach der Verwirklichung desselben: wie gestaltet sich die Bethätigung des Rechts auf rangmäßige Befriedigung in jenem Stadium des Rechtszuges, welches zwischen der vollzogenen Feilbietung und der thatsächlichen Befriedigung der Hypothekare liegt?

Nicht auf eine ins Einzelne gehende Darstellung der betreffenden Rechtsschritte und Verhandlungen kann es dabei abgesehen werden,¹⁾ aber ein übersichtliches Bild jener rechtlichen Vorgänge erscheint unerlässlich, um die materiellen Rechtsfragen, auf die es uns allein ankommt, in den richtigen Zusammenhang zu stellen. Wir können uns dabei auf den Fall der Einzelerkution in das Pfandgut beschränken (da über den Konkursfall schon oben § 47 das Nöthige gesagt ist), und auch hier wieder nur den gewöhnlichen Fall der Erkution durch Feilbietung besonders ins Auge fassen, da er weitaus der wichtigere ist, und da, wo etwa bei der Erkution durch Sequestration²⁾ ein Zweifel sich ergiebt, in dem Streit um die Erträgnisse des sequestrirten Gutes nach Analogie dessen zu entscheiden sein wird, was über den Erlös des feilgebotenen gilt.

Ueber das Verfahren vom Zuschlag des exekutiv feilgebotenen Gutes an den Meistbieter bis zur wirklichen Befriedigung der Pfandgläubiger — abgesehen von Denjenigen, deren Forderungen nach § 328 a. G. D. vom Ersteher mit dem Gut übernommen, mithin von dem Erkutionsfall nicht weiter berührt werden, und welche wir vorerst

1) Vgl. übrigens oben § 43 fg.; bei der dort gegebenen Uebersicht des Erkutionsverfahrens wurde von dem Zusammentreffen mehrerer Hypotheken abgesehen, hier aber handelt es sich eben nur um die durch die Kollision hervorgerufenen Rechtsvorkehrungen.

2) Vgl. oben § 44; über die Einzelheiten dabei s. Gspan, gesetzm. Befriedigung der Gläubiger, § 239 fg.

außer Betracht lassen können, — giebt es derzeit in Oestreich nur höchst unvollkommene gesetzliche Bestimmungen.³⁾ Die Praxis hilft sich theils aus Eigenem, nach Zweckmäßigkeitsansichten und lokalem Herkommen,⁴⁾ theils überläßt sie es den Parteien, sich selber die nöthigen Rechtsnormen zu schaffen, indem sie solche nach dem Bedürfniß des konkreten Falles erfinden und durch Aufnahme in die (allen Beteiligten vorzuliegenden und gerichtlich zu genehmigenden) Feilbietungsbedingnisse zu einer Art *lex contractus* für ihren Fall machen.⁵⁾ Danach ist es leicht erklärlich, warum die Praxis der Kaufschillingsvertheilung so sehr verschieden ist, und warum auch die praktischen Schriftsteller darüber keine allgemeine Verfahrensweise darstellen, sondern ein jeder nur mit der Darlegung der ihm am zweckmäßigsten erscheinenden Behand-

3) Was die a. G. D. §§ 322—339 (westgal. G. D. §§ 426—453) über Immobilienerkution enthält reicht nicht weiter, als bis der Ersteher „den ganzen Kaufschilling erlegt, oder für die bedungenen Zahlungsfristen hinlängliche Sicherheit gegeben“ hat; wie aber mit dem Kaufschilling weiter zu verfahren, wie und wann insbes. die Gläubiger daraus ihre Befriedigung zu finden haben, darüber giebt es kein allgemeines organisches Gesetz, sondern nur gelegentliche, Einzelfragen entscheidende Verordnungen (so namentlich die Hofbetr. v. 11. Aug. 1827, J. G. S. 2300; v. 15. Jän. 1787, J. G. S. 621; v. 23. Okt. 1794, J. G. S. 199; v. 17. Mai 1796, J. G. S. 298.). Nur für Tirol und Vorarlberg besteht eine Kaufschillingsvertheilungsordnung: Hofbetr. v. 19. Nov. 1839, J. G. S. 388 (abgedruckt zu § 468 wgal. G. D. der Manz'schen Ausgabe).

4) Es genügt dafür hinsichtlich der älteren Praxis auf den Aufsatz Kopecky's „über das Rechtsverhältniß der Hypothekargläubiger und des Meistbieters nach der vorgenommenen exekutiven Feilbietung eines unbeweglichen Gutes, und bei der Vertheilung des Kaufpreises“ Wagn. Zschr. 1847, I, S. 1—20 zu verweisen; s. auch Schopf, in dessen Arch. f. Civil-Zustizpflege n. F. I, (1846) S. 76—105, und Meppsch in Haimers Magazin XIII, S. 36 fg., 1856. Daß sich bis in die neueste Zeit daran nichts Wesentliches geändert hat, ergiebt sich u. a. aus dem Reserate von Kohn „die Praxis bei Meistbotsvertheilungen unbeweglicher Güter“, Gerichtshalle 1879, Nr. 47, 48.

5) Mit Recht wird darum auf die Abfassung dieser Bedingnisse und auf die Verhandlung über deren Zulässigkeit in concreto das größte Gewicht gelegt (vgl. die Min. Vdg. vom 3. Juli 1859, R. G. B. 121); denn nicht selten enthält die durch Einsprache eines Beteiligten hervorgerufene Gerichtsentscheidung über die Verwerfung oder Zulassung einer Bedingnißklausel zugleich das Präjudiz über materielle Ansprüche (vgl. z. B. unten § 73, Note 2). Um hier einen festen Boden zu schaffen wäre die gesetzliche Aufstellung von „Normalfeilbietungsbedingnissen“, wie sie beabsichtigt sein soll, allerdings das geeignete Mittel.

lungsart sich beschäftigt. ⁶⁾ Erst das Zustandekommen der längst vorbereiteten Zivilprozeßordnung wird diesem Zustand ein Ende machen. ⁷⁾

Die sämtlichen Rechtshandlungen des Gerichtes und der Parteien, welche sich an die vollzogene Feilbietung des Pfandgutes anschließen, verfolgen ihren Zweck — die allseitige Vereinigung des in die Realexecution verwickelten Komplexes von Interessen und Rechten — nach zwei Hauptrichtungen hin: einerseits handelt es sich um das rechtliche Schicksal des durch die Feilbietung flüssiggemachten Pfandwerthes, also um die Frage, wer von den bisherigen Inhabern dinglicher Rechte an dem Pfandgut (Hypothekare, Servituts- und Reallastberechtigte, endlich der Eigentümer selbst) aus dem Kaufschilling etwas erhalten soll, und wieviel; auf der anderen Seite aber steht der Ersteigerer des Gutes mit dem Anspruch auf möglichst baldige gerichtliche Einantwortung desselben unter Löschung der von ihm nicht übernommenen bürgerlichen Lasten, und mit der Verpflichtung zur vorgängigen Erfüllung oder Sicherstellung (a. G. D. § 339) aller ihm aus den Feilbietungsbedingungen und dem Versteigerungsergebnisse erwachsenen Verbindlichkeiten. ⁸⁾ Von unmittelbarem Belang für unseren Gegenstand sind nur die nach der ersten Richtung zielenden Rechtsschritte, das Verfahren zur „Kaufschillingserledigung“. Dasselbe umfaßt in seiner Vollständigkeit, nämlich bis zur vollkommenen Erreichung des oben bezeichneten Zweckes, zwei ihrer rechtlichen Art nach durchaus verschiedene Gruppen von Rechtsakten: a) die Feststellung („Liquidirung“) der unbestrittenen Ansprüche auf den Kaufschilling, nach ihrer Größe und ihrem Rang, durch Verhandlung unter den Betheiligten (mit oder ohne Leitung durch das Gericht), und schließliche gerichtliche Bestätigung des Ergebnisses durch Bescheid („Vertheilungsbescheid“); zugleich aber Ausscheidung der besprochenen Ansprüche, Verweisung derselben auf den Rechtsweg, und Verfügung über den mittlerweiligen Zustand der Dinge; b) die Aus-

6) So Ропезъ, a. a. D., aber auch (trotz der oft apodiktischen Form seiner Aufstellungen) Gspan, gesetzm. Besr. § 150 fg., § 168 fg.

7) Wenn man nicht, um eine der empfindlichsten Wunden unseres Rechtszustandes rascher zu schließen, auf das im J. 1875 gezeichnete Projekt einer Executionsnovelle wieder zurückkommt.

8) Die Urkunde, in welcher der Ersteher dem Gericht die Vereinigung dieser seiner Verpflichtungen nachweist, um darauf sein Einantwortungsbegehren zu stützen, wird „Kaufschillingsausweis“ genannt.

tragung der auf den Rechtsweg gewiesenen Ansprüche durch Urtheile, und die Vollstreckung ihres Inhalts an dem Kaufschilling.

Letzteres ergiebt regelrechte Civilprozeße, in welchen die Grundsätze des streitigen Verfahrens Platz greifen. Hingegen bildet die erstere Gruppe von Rechtshandlungen, insoweit dabei überhaupt das Gericht mitwirkt, der Sache nach ⁹⁾ eine Aufgabe der freiwilligen Gerichtsbarkeit, indem dabei das Executionsgewicht, wie bei der ganzen Leitung und Durchführung der Execution, nicht prozessualische Entscheidungen zu fällen hat, sondern angesichts der eingetretenen wirtschaftlichen Krise im Interesse aller Betheiligten nach Recht und Zweckmäßigkeit verfügt, vertheilt und ordnet. ¹⁰⁾

Hier nun treten die oben angedeuteten starken Verschiedenheiten der praktischen Durchführung, von allen Einzelheiten abgesehen, namentlich in der größeren oder geringeren Initiativthätigkeit des Gerichtes hervor; der wesentlich unterscheidende Zug an den sofort zu erwähnenden Verfahrensarten liegt eben darin, wie weit das Executionsgewicht von amtswegen eingreift, und wie viel es der Selbstthätigkeit der Parteien überläßt.

Die einfachste, dem Interesse beider Gruppen von Betheiligten und zugleich der wahren Aufgabe des Gerichtes (s. oben) am besten entsprechende, Behandlung des Geschäftes ¹¹⁾ ist diese: Der Ersteher erlegt den ganzen Betrag des Kaufschillings zu Gerichtshänden, und auf denselben wird sofort in den Depositenbüchern der gesammte Lasten-

9) Daß die das Verfahren regelnden Normen, zum Theil wenigstens, in der Civilprozeßordnung stehen, ändert daran nichts.

10) Schon bei Besprechung der rechtlichen Natur der executiven Feilbietung (oben S. 232—235) haben wir darauf hingewiesen, daß die Stellung des Richters im Stadium der Execution eine wesentlich andere ist, als im Prozeß: denn hier handelt es sich nicht um die Frage, quid juris? sondern darum, daß dem unzweifelhaft Berechtigten zu dem Seinigen geholfen werde (natürlich innerhalb der Formen des Rechtes), was nicht eine eigentlich richterliche, sondern im w. S. des Wortes eine verwaltende Thätigkeit erfordert, wie sie in ganz umfassendem Maße h. z. T. im Konkurs, in der Verlassenschaftsabhandlung u. s. w. den Gerichten obliegt. (Die Theilungsklagen bezeichnen darum den Uebergang von der streitigen zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, weil das Theilen — wo der Theilungsschlüssel vorweg feststeht, und nicht Selbstcondemnation, sondern Naturaltheilung erwartet wird — ein Akt des Verwaltens, nicht des Richtens ist.)

11) In diesem Sinne auch schon von Ропезъ, a. a. D. 10 fg. und Schöpf, S. 82 fg. bekräftigt, aber nur auf dem flachen Lande in regelmäßiger Uebung.

stand des veräußerten Pfandgutes übertragen. Hiernach steht der bürgerlichen Uebereignung des Gutes an den Ersteher und der Löschung der Hypotheken nichts im Wege,¹²⁾ während alle Verhandlungen unter den Gläubigern sich um die Vertheilung des Depositum drehen. Zu diesem Ende ordnet das Gericht von amtswegen eine Tagsatzung mit allen Betheiligten an; bei derselben erfolgt die Sichtung aller konkurrirenden Ansprüche, durch Liquidirung oder Bestreitung, und auf Grundlage dieser stellt das Gericht selbst das Vertheilungsinstrument auf,¹³⁾ nach dessen Rechtskraft die Inhaber der liquidirten Forderungen um die Erfolgslaffung der ihnen zugewiesenen Beträge aus dem deponirten Kauffchilling einschreiten, während die auf den Rechtsweg gewiesenen den Ausgang ihres Prozesses abzuwarten haben. — War der Kauffchilling nicht erlegt, sondern den Lizitationsbedingungen gemäß durch direkte Zahlungen an die zum Zuge kommenden Hypothekare zu entrichten, so besteht das Ergebnis der in Rede stehenden Verhandlungen in einem Zuweisungsbescheid, in welchem der Richter dem Ersteher die entsprechenden Zahlungen aufträgt; letzterer erhält vom Gericht „ein Verzeichniß der vorgemerkten Gläubiger, nach der unter ihnen bestehenden Ordnung, mit dem Beisatze des einem jeden, als eine richtig anerkannte Schuld, auszuzahlenden Betrages.“¹⁴⁾

Zumeist aber pflegen die östreichischen Gerichte einen erheblichen Theil dieser Arbeit auf eine der Parteien zu überwälzen, indem sie durch die Feilbietungsbedingungen den Ersteher oder den Exekutionsführer ver-

12) Justizhofdekr. v. 11. Aug. 1827, S. G. S. 2300; v. 22. April 1803, S. 1139.

13) Daß nach den bestehenden Gesetzen die Verfassung der Klassifikation und Kauffchillingsvertheilung (bez. Zuweisung, s. unten) Pflicht des Richters sei, vertritt auch Span, a. a. D. § 172 fg., wo zugleich die Durchführung im Einzelnen angegeben ist. — Ausdrücklich vorgeschrieben ist dies für Tirol und Vorarlberg durch § 4 u. 8 des oben Note 3 angef. Hofdekr.; der Vertheilungsbescheid heißt dort „Graduationsurtheil“.

14) Hofdekr. v. 23. Okt. 1794, S. G. S. 199, lit. b. Schon früher hatte das Hofdekr. v. 15. Jan. 1787, S. G. S. 621, lit. s dem Richter zur Pflicht gemacht „dem Käufer jene, so er aus dem angebotenen Preise zu bezahlen hat, namhaft zu machen.“ In diesem Falle kann natürlich der Ersteher die Einantwortung des Gutes erst nach Abwicklung seiner Verpflichtungen gegen die Hypothekare erhalten. § 339, a. G. D. — Diese Art des Verfahrens bezeichnet K l e p s c h, a. a. D. S. 38 als „gerichtliche Uebung (usus fori)“.

pflichten,¹⁵⁾ selbst einen Kauffchillingsvertheilungs-Entwurf zu verfassen und vorzulegen, über welchen sodann nach gepflogener Gesamtverhandlung mit allen Betheiligten durch Einen Erledigungsbescheid entschieden wird.¹⁶⁾ — Immerhin ist auch bei dieser Art der Behandlung die von der Natur des Gegenstandes geforderte Einheit gewahrt, indem über die Gesamtheit der konkurrirenden Ansprüche, soweit deren Erledigung ohne Prozeß möglich ist, unter Einem verhandelt und durch Gesamtbescheid verfügt wird. Anders jedoch verhält sich dieß bei derjenigen Praxis, welche die Ueberbürdung der Gerichte in den großen Städten erzeugt hat: hier nämlich wird, nachdem durch den Ersteher der Kauffchilling deponirt ist, behufs Vertheilung desselben von amtswegen nichts vorgekehrt, eine Gesamtverhandlung darüber überhaupt nicht gepflogen, sondern abgewartet bis die Gläubiger einzeln um die Erfolgslaffung der einem jeden angeblich zufallenden Summe gerichtlich einschreiten; über jedes derartige Gesuch, worin der Petent die Liquidirung seiner Forderung nach Umfang und Priorität gegen alle Realbetheiligten begehrt, muß mit allen diesen (insofern sie nicht etwa schon befriedigt sind) eine besondere Verhandlung angeordnet werden, bei welcher es sich nur um Liquidirung dieser einen Forderung handelt, und ergeht je nach deren Ergebnis entweder der Bescheid auf Erfolgslaffung des liquidirten Betrages, oder es folgt ein strittiges Verfahren¹⁷⁾ zwischen dem Gesuchsteller und Allen, die seinen Anspruch bestreiten, und hierauf dann die Entscheidung durch Urtheil.

Auch in dieser letzteren Verbildung¹⁸⁾ scheidet sich das ganze Verfahren, innerlich wenigstens, in jene beiden oben schon erwähnten

15) Zuweisen wohl auch den Exekuten; s. Span, §§ 169, 170, 171, wo richtig ausgeführt ist, daß von Rechtswegen an sich keine dieser Parteien dazu verhalten werden könnte und so namentlich auch nicht der Exequent: „nach der vorgenommenen Versteigerung des Pfandgutes ist der Exekutionsführer nichts, als ein Pfandgläubiger, welcher aus dem zusammengestellten Zahlungsfonde die Anweisung zur Befriedigung seiner Forderung nach der gesetzlichen Ordnung erwartet“.

16) Sch o p p f, a. a. D. S. 76, 77.

17) Sei es ein sog. Liquidirungsprozeß, wenn die Existenz oder der behauptete Umfang des Hypothekarrechts, oder ein Vorrechtsprozeß, wenn nur dessen Rang bestritten ist; s. unten § 75, 76.

18) Andere Varietäten der Praxis und alle jene Mißstände, deren Spitze sich gegen den Ersteher kehrt (vgl. darüber R o h n, a. a. D.), dürfen wir hier übergehen. Schon Sch o p p f, a. a. D. S. 85, 86 hatte „das Sonderbare dieses unregelmäßigen Verfahrens“ ins Licht gestellt.

Hauptabschnitte; nur daß hier die ganze Kauffchillingserledigung in eine Reihe von Einzelverhandlungen zerpfückt erscheint, und es von Fall zu Fall erst bei der Verhandlung klar wird, ob das einzelne Hypothekarreht im Wege des offiziellen Liquidationsverfahrens, oder aber nur durch einen Prozeß seiner rangmäßigen Befriedigung zugeführt werden kann. Da nun aber diese beiden Rechtswege von verschiedenen materiellen Rechtsgrundsätzen beherrscht sind, welche wir nunmehr zu erörtern haben werden, ist es für unsere Darstellung geboten, dieselben auch äußerlich auseinander zu halten und gesondert in Betracht zu nehmen.

1) Der Anspruch auf rangmäßige Befriedigung in offiziöser Behandlung.

(Liquidirung und Kauffchillingsvertheilung.)

§ 72.

A. Prinzip des Verfahrens.

Sobald die Feilbietung des Pfandgutes vollzogen ist, bildet nicht mehr dieses selbst, sondern ausschließlich der durch die Exekution herausgeschlagene Werth¹⁾ das Befriedigungsobjekt für die Hypothekare. Diese haben jetzt kein Hypothekarreht mehr: ihr Recht auf volle Befriedigung aus dem Pfande (§ 466 a. b. Gb.) hat sich verwandelt in den Anspruch auf rangmäßige Bethheiligung an dem Kauffchilling, soweit derselbe reicht.²⁾ Gerichtet ist dieser Anspruch in erster Linie gegen das Exekutionsgericht; nicht nur weil und wenn dasselbe den Befriedigungsfond

1) Vorausgesetzt ist dabei, daß die Feilbietung gültig ist und bleibt (vgl. oben § 46.).

2) Wichtig darüber David, Studien zum ö. H. R. v. G. Btg. 1879 Nr. 2 „Das hypothekarische Recht erlischt und das Recht auf prioritätsmäßige Befriedigung tritt an dessen Stelle“ (s. auch schon oben S. 232, und Exner, Pfandrechtsbegriff S. 45). Es tritt mit der vollendeten exekutiven Feilbietung eine Art novatio necessaria ein (deren plastischer Ausdruck die Uebertragung des Lastenstandes aus dem Grundbuch auf das Folium des Depositenbuches ist), in demselben Sinne, wie eine solche im römischen Prozeß durch die litis contestatio bewirkt wurde (s. GUW. 3346, 4467). Darin liegt der richtige Kern des von Pfaff, das pignus irregulare S. 22 fg., aufgestellten Satzes, alles Pfandreht setze sich eventuell in ein Geldpfandreht um; nur daß m. E. der Anspruch des Pfandgläubigers nach jener Novation überhaupt kein Pfandreht mehr ist. S. auch Meibom, H. R. S. 289 fg.

thatsächlich in Händen hat, sondern allgemein, weil nach dem Prinzip der heutigen Immobiliarexekution dem Richter nicht, wie im Laufe des Prozesses, blos die formale Leitung des Verfahrens, sondern die materielle Abwicklung des ganzen Geschäftes — als von Staatswegen aufgestelltem Hüter und Verwalter aller dabei im Spiel stehenden Interessen³⁾ — von Amtswegen obliegt. In zweiter Linie aber kehrt der nunmehrige Anspruch des Ex-Hypothekars seine Spitze gegen Alle, die auf denselben Befriedigungsfond neben ihm Ansprüche erheben, also mit dem seinigen, mindestens hypothetisch (in aller Regel aber auch faktisch), in Kollision sich befinden. Die Frage ist jetzt nicht die, welches Recht (nach Umfang, Gegenstand und Rang) der Hypothekar an dem Pfandgut habe, sondern wieviel auf ihn aus dem Kauffchilling, kraft seines früheren Pfandrehtes und mit Rücksicht auf den Umfang und Rang der Rechte aller Uebrigen, entfalle? M. a. W. es liegt ein Konkursverhältniß vor.

Die Richtigkeit dieser Auffassung, durch welche der richtige Gesichtspunkt für die fernerhin aufzuwerfenden materiellrechtlichen Einzelfragen bedingt ist, ergibt sich aus der Betrachtung, daß die wesentlichen Züge der Rechtserscheinung, die wir mit dem Namen des Konkurses bezeichnen, hier ohne Ausnahme sich wiederfinden. Mögen wir das Wesentliche des Konkurses in der materiellen Sachlage erblicken, durch welche das Verfahren hervorgerufen wird (concursum creditorum bei präsumtiver Ueberlastung des schuldnerischen Vermögens, also Kollision der Ansprüche), — oder in dem gesetzlichen Prinzip zur Lösung der Kollision (Ausschließung der Prävention durch Gesamtbehandlung aller Ansprüche, Rangordnung, und bezw. pro rata-Befriedigung), — oder endlich in dem grundsätzlichen Zuschnitt des Verfahrens und der dem Gericht dabei zugetheilten Rolle (gerichtliche Verwaltung des Deckungsfonds, Liquidirung aller Ansprüche, Auftheilung durch das Gericht) — in allen Punkten findet sich wesentliche Uebereinstimmung. Denn nicht wesentlich, weil ohne Belang für die in dem Institut verkörperten Rechtsgedanken, ist es, daß es sich dort um das Gesamtvermögen und die gesammten Verbindlichkeiten Einer Person handelt, während hier der Gesamtwertb Einer Sache, die möglicherweise bis dahin mehreren Personen gehört haben mag, als Sonder-Deckungsfond

3) S. oben S. 234, Note 21.

blos für den Betrag der dinglichen Lasten eben dieser Sache aufzukommen hat, und ebensowenig, daß dort die Rangordnung der Ansprüche zum Theil nach anderen Regeln bestimmt wird, als hier. Indem also die neuere Immobiliargesetzgebung, im Gegensatz zum römischen Recht mit seiner pfandrechtlichen Sonderexecution, den Grundsatz aufgestellt hat, daß kein Hypothekar sein Recht für sich bis zur Befriedigung verfolgen kann, sondern daß diese Verfolgung stets den Anlaß bildet zu einer unter gerichtlicher Mitwirkung und Obforge durchzuführenden Gesamtliquidirung und verhältnismäßigen Befriedigung aller auf das nämliche Object zusammen treffenden Realansprüche, hat sie einen Realkonkurs geschaffen, ⁴⁾ welcher als ein durchaus analoges Rechtsgebilde neben dem von Altersher allein überkommenen Personalkonkurs steht, und in der Hauptsache von den gleichen Rechtsgrundsätzen beherrscht wird. ⁵⁾

Aus der hiermit dargelegten Gesamtauffassung des vorliegenden Rechtsverhältnisses ergeben sich die folgenden beiden Sätze, welche uns als die leitenden Gesichtspunkte bei der Entwicklung der im Einzelnen maßgebenden Grundsätze (im nächsten §) zu dienen haben:

I. Bei der Liquidirung und Ordnung der aus dem Kaufschilling zu befriedigenden Realansprüche entscheidet die materielle Rechtslage im Zeitpunkt der executiven Veräußerung; diese ist, soweit

4) Wie sehr auch äußerlich das Verfahren nach eingeleiteter Immobiliarexecution dem Verfahren nach eröffnetem Konkurs gleicht, erhebt besonders deutlich an den Vorschriften der tiroler „Graduationsordnung“ (Hofd. v. 19. Nov. 1839, Z. G. S. 833, § 2, 3) über die gerichtliche Zusammenberufung der Realgläubiger, Ansetzung eines Termins zur Anmeldung ihrer Forderungen bei sonstiger Präklusion, u. s. w. Auch nach Leipzig (Saimers Mag. XIII, S. 38) „fällt vor Allem die Ähnlichkeit dieses Verfahrens mit dem Verfahren im Konkurs auf“, aber weiterhin findet dieser Schriftsteller die oben von uns als unwesentlich bezeichneten Differenzen in den Voraussetzungen beider Prozeduren „so wesentlich, daß von einer Analogie des Verfahrens in keiner Beziehung die Rede sein kann“. Richtig aber Regelsberger, S. Rt. S. 475, „daß die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück nach heutigem Recht einen Partikularkonkurs begründet“.

5) Nur so erklärt es sich, daß nach den Bestimmungen aller neueren Aritad-Ordnungen (B. R. D. § 30 fg.) die Befriedigung der Realgläubiger innerhalb des Konkurses ihres Personalschuldners von diesem Konkurs nicht berührt, sondern auf ihrem gewöhnlichen Weg durchgeführt wird; es ist eben dieser gewöhnliche Weg an sich schon Konkurs — ein Realkonkurs, der sich innerhalb des Personalkonkurses selbständig abwickelt, — und braucht deshalb nicht erst durch besondere für den Aritadfall gegebene Modifikationen den Konkursgrundsätzen angepaßt zu werden.

dazu die Mittel des officiosen Verfahrens reichen, festzustellen und von Amtswegen der richterlichen Vertheilung zu Grunde zu legen.

Wie in jedem Konkurs, so bestimmt sich auch hier das Maß der auf jeden Konkurrenten entfallenden Summe in erster Linie durch den Betrag dessen, was ihm an sich, d. h. abgesehen vom Kollisionsverhältnisse, rechtlich gebührt. Und wie schon im hypothekarischen Einzelprozeß der klagende Pfandgläubiger genöthigt ist, seine Forderung zu „liquidiren“, ⁶⁾ indem er deren materiellen Bestand und Inhalt darlegt, so muß dasselbe umsomehr hier gelten, wo das ohne Prozeß zur Befriedigung strebende Recht mit Rechten Dritter kollidirt. Nur ist der Unterschied der, daß dort der Gläubiger es nur mit dem Eigenthümer des Pfandgutes, als einzigem Gegner, zu thun hat, und daß dessen Einwendungen unter den Normen des Prozeßrechtes beurtheilt werden, — während hier vermöge des Kollisionsfalles der Anspruch gegen Alle sich kehrt (weil sein Erfolg mindestens einen Theil aller übrigen in Frage stellt), und daß der Vertheilungsrichter ex officio dafür zu sorgen hat, daß Keiner mehr erhalte, als ihm wirklich gebührt. Zu diesem Ende hat derselbe an der Hand des Grundbuchstandes die eingetragenen Hypothekarrechte, als prima facie rechtsbeständig, in Betracht zu nehmen, aber auch die gegen ihre materielle Gültigkeit — von welcher Seite immer ⁷⁾ — erhobenen Bedenken zu würdigen. Denn die formale Rechtskraft des korrekten bürgerlichen Eintrags schafft zwar dem eingetragenen Recht ipso jure formellen Bestand, aber schützt dasselbe gegen wirksame Anfechtung eben nur für den redlichen Erwerber und den redlichen Weiterverkehr; aller Weiterverkehr ist nun durch den Executionsfall abgeschnitten, ⁸⁾ es ist eine Krise eingetreten, die für alle an dem Pfandgut haftenden bürgerlichen Lasten einen Läuterungsprozeß mit sich führt, wobei das Echte von dem nur formell Wahren sich scheidet. Zwar wird auch jetzt dem redlichen Erwerber sein ipso jure bestehendes Recht erhalten; aber es ist kein Grund mehr das nur formell Rechtsbeständige mit Rücksicht auf den Weiterverkehr aufrecht stehen zu lassen. Wer also bisher kraft des Buch-

6) S. oben S. 241 fg.

7) Ueber dieses und anderes Einzelne s. den folgenden §.

8) „Mit dem Vollzuge der executiven Versteigerung, deren Anmerkung im Grundbuche zu erfolgen hat (von Amtswegen: C. B. G. § 72), hört jede grundb. bürgerliche Verfügung über die Hypotheken auf“. David, B. G. Z. 1879 Nr. 2.

Erner, Destr. Hyp. Recht.

standes zwar in der Lage gewesen wäre ein giltiges Recht derivativ zu übertragen, weil er ipso jure ein solches hatte, aber selbst dieses Recht nicht wirksam hätte eintragen können, weil es in seiner Person anfechtbar war, der fällt bei der Rauffchillingsvertheilung durch, kraft des Grundsatzes, daß hier jeder höchstens soviel erhalten kann, als ihm ohne die Kollision mit Anderen von Rechtswegen gebührt hätte.⁹⁾ — Ob hier- nach eine blos formell rechtsgiltige, materiell aber hinfallige Hypothek bei der Rauffchillingsvertheilung gleichwohl als wirksam zu behandeln, oder aber zu übergehen sei, weil und soweit eben ihrem Inhaber materiell nichts gebührt, das hat der Exekutionsrichter auf Grund der ihm vorliegenden Thatfachen und der gepflogenen Verhandlung festzustellen.

II. Der richterliche Vertheilungsbescheid ist eine juristische Einheit: er verfügt für alle Betheiligten unter Einem über den Rauffchilling, und stellt Eine, in sich übereinstimmende, Rangordnung aller Ansprüche auf.

Es liegt in der Natur jedes konkursartigen Verfahrens, daß dessen richterliche Erledigung — mag sie uno actu erfolgen, oder aus einer Mehrheit von Gerichtsentscheidungen sich äußerlich zusammensetzen — doch niemals ein bloßes Aggregat von Einzelverfügungen über das Rechtsverhältniß je zweier Betheiligten sein kann, sondern immer eine allseitig durchgreifende, für Alle verbindliche Gesamtordnung des in den Kollisionsfall verwickelten Rechte-Komplexes hin- stellen will und soll. So entscheidet denn auch die exekutionsrichterliche Erledigung¹⁰⁾ des Pfandgut-Erlöses (im Einzelnen mit oder ohne Vor-

9) Ganz zutreffend behandelt diesen Punkt David, a. a. O. Note 3, „Die materiell rechtswidrige Hypothek besteht allerdings bis zur Löschung im Grundbuche formell zu Recht, aber dieser lediglich zu Gunsten des auf das öffentliche Buch Vertrauenden normirte formelle Fortbestand der materiell rechtswidrigen Hypothek darf keine rechtliche Wirkung äußern, die über den Zweck, das Vertrauen auf das öffentliche Buch zu schützen, hinausginge; die materiell rechtswidrige Hypothek gewinnt nur in den Händen eines gutgläubigen Erwerbers materiellen Bestand; soweit dieser Fall nicht vorliegt, muß sie, als blos formell zu Recht bestehend, dem materiellen Rechte weichen.“ — Ob aber dieser Fall vorliege, das ist nach den oben § 12 fg. entwickelten Grundsätzen über die Anfechtung formell gültiger Einträge zu beurtheilen.

10) Gleichgiltig, ob dieselbe in Form einer von Amtswegen hergestellten Rauffchillingsvertheilung, oder als Bestätigung des von einer Partei vorgelegten Theilungs- bez. Zuweisungsentwurfes erfolgt.

behalt einer Abänderung auf dem Prozeßweg) über alle vorliegenden Ansprüche bis zur Erschöpfung des Rauffchillings dahin: welche derselben, mit welchem Betrag, und in welcher Reihenfolge sie daraus ihre Befriedigung zu finden haben. Und diese Entscheidung ist für einen Jeden gegen alle Uebrigen erlossen; sie schafft also, wenn in Rechtskraft erwachsen, res judicata für und gegen alle Theile.¹¹⁾ — Hierin liegt ein bemerkenswerther Unterschied der materiellrechtlichen Wirkung des in Rede stehenden Bescheides gegenüber dem Urtheil im Vorrechtsprozeß, welches seiner Natur nach nur inter partes formelles Recht setzen kann; während also zwischen dem Inhalt mehrerer Urtheile aus verschiedenen Vorrechtsprozessen (bei verschiedener Würdigung des rechtlichen Sachverhaltes durch die Richter) ein Widerspruch¹²⁾ möglich ist, dessen Lösung uns unten beschäftigen wird, kann der Vertheilungsbescheid vermöge seiner einheitlichen Natur — bei sonstiger Nichtigkeit — einen solchen inneren Widerspruch, welcher seinen logischen Zusammenhang aufheben würde, niemals enthalten.

§ 73.

B. Durchführung des Verfahrens. Materiellrechtliche Einzelfragen.

Bei der, zunächst außerstreitigen, Verhandlung über die Liquidirung und Ordnung der aus dem Rauffchilling zu befriedigenden Posten bildet die Grundlage der letzte Tabularstand: alle Realansprüche, welche dieser ausweist, sind als prima facie rechtsbeständig anzusehen und

11) Das gilt auch — bei der oben S. 557 erwähnten städtischen Praxis — hinsichtlich der Gesamtheit aller über die einzeln angemeldeten Forderungen ergangenen Liquidirungsbescheide. Darum muß jedes Erfolgslangungsgesuch gegen alle Betheiligten gerichtet sein, und werden diese zu jeder einzelnen Liquidirungsverhandlung unter dem Präjudiz vorgeladen, daß der Ausbleibende für zustimmend gilt. Natürlich kann es bei diesem vermittelnden Vorgang viel leichter widersfahren, daß die über die einzelnen Ansprüche erlossenen Bescheide (die doch zusammen ein Ganzes bilden, wie die Posten einer gerichtlichen Rauffchillingsvertheilung), in sich einen Widerspruch tragen, und dann sind die widerprechenden Bescheide m. E. beide nichtig. (Anders stellt sich die Sache, wenn durch Urtheil entschieden war.)

12) Vgl. vorläufig L. 16, D. qui pot. 20, 4: 3. B. in einem Vorrechtsprozeß siegte C gegen A, in einem zweiten B gegen C, während das Vorrecht des A vor B unbestritten feststeht (woraus nach gemeinem Recht ein circulus inextricabilis sich ergibt, indem die Drei einander fortwährend der Reihe nach das Pfand abvindizieren, C dem A, B dem C, A dem B, C wieder dem A u. s. w. f. darüber Boß, Jahrb. f. Dogm. XVI, S. 177 fg. und unten § 77.)

sonach mit ihrem bürgerlichen Betrag ¹⁾ und in ihrer bürgerlichen Rangfolge in die Vertheilung einzustellen. Aber das schließt nicht aus, daß gegen ihre materielle Richtigkeit Einwendungen erhoben werden; ²⁾ die alsdann entweder zur Verweisung auf den Prozeßweg ³⁾ (s. unten § 75), oder aber auch, wenn die Sache sofort klar gestellt werden kann, zur gänzlichen oder theilweisen Streichung der Post, bez. zur Anweisung eines schlechteren Ranges für dieselbe führen; so z. B., wenn die Tilgung einer ungelöschten Post durch anerkannte Quittung, oder deren Nichtbestand durch rechtskräftiges Urtheil, ⁴⁾ oder die auf einem Verstoß beruhende unrichtige Rangstellung im öffentlichen Buch, bei der Verhandlung durch allseitige Anerkennung dieses Thatbestandes festgestellt ist. ⁵⁾ Und umgekehrt können Ansprüche als rechtsbeständig eingereicht werden, die dem Tabularstand fremd sind; sei es daß sie als s. g.

1) Wegen der Kautionshypotheken insbes. s. unten Seite 576.

2) Bei Servituten ergiebt sich eine Besonderheit in Betreff des Zeitpunktes der Liquidirungsverhandlung: während diese hinsichtlich der Hypothekarrechte und ebenso jener Nutzungsrechte, die im Exekutionsfall der Konversion in Hypotheken unterliegen, erst nach der Feilbietung beginnt, muß dieselbe hinsichtlich der Servituten schon vorher, im Stadium der Feststellung der Feilbietungsbedingungen, erforderlichenfalls gepflogen werden. Denn wenn der Bestand einer Servitut bestritten wird, muß dieser Streit geschlichtet sein bevor festgestellt werden kann, ob das Gut (nach R. D. § 32, s. oben § 68, Z. 1) mit oder ohne die Dienstbarkeit zur Versteigerung zu bringen sei. Gspan, Wagn. Zsch. 1836 II, S. 150.

3) „Der Tabularrichter kann und muß bei der Entscheidung über die Kaufschillingsvertheilung nur nach dem wirklichen Tabularstande vorgehen, darf aber dabei nicht erkennen, daß eine in den Grundbüchern noch als haftend erscheinende Post nicht berücksichtigt und als löschungsfähig erklärt werde, sondern ein (solches) Erkenntniß kann nur auf Grund eines über eine Bestreitungsfrage des Exekutanten oder nachfolgender Tabulargläubiger durchgeführten ordentlichen Rechtsstreites geschöpft werden.“ GUW. 1345, a. E. Hiemit will aber nicht gesagt sein, daß der Vertheilungsrichter auch dort dem Grundbuchstande blind zu folgen habe, wo es einer Bestreitungsfrage gar nicht bedarf, weil das materielle Verhältniß von den verhandelnden Parteien anerkannt, oder zwischen ihnen bereits rechtskräftig entschieden ist; s. das folgende im Text.

4) Wie gegen eine durch exekutionsfähige Urkunden erwiesene Forderung keine Bestreitung zulässig ist (§ 6 des cit. Hofdekr. f. Tirol), so bedarf es einer Bestreitung nicht gegen Tabularposten, die durch solche Urkunden aberkannt sind.

5) Ueberall da, wo außerhalb der Exekution der fragliche Eintrag im öffentlichen Weg (durch Löschungsgesuch, nicht erst durch Löschungsfrage) beseitigt, bez. berichtigt werden könnte, bedarf es innerhalb des Meistbotverfahrens zu dem gleichen Zwecke keiner Bestreitungsfrage.

Vorzugsposten keiner Eintragung bedürfen, ⁶⁾ oder daß ihre vormalige Löschung als eine materiell ungerechtfertigte sich darstellt und als solche von den Vertheiligten anerkannt wird. Ueber all' diese Umstände hat das Gericht zunächst durch die oben besprochene Gesamtverhandlung mit den Parteien Klarheit zu schaffen, indem es bindende Anerkennungen vermittelt, ⁷⁾ und bez. Bestreitungen zur Kenntniß nimmt. Aber damit ist seine Gewalt nicht erschöpft: gemäß den Grundsätzen des officiosen Verfahrens steht es dem Exekutionsrichter nach Lage der Sache zu, auch von Amtswegen im Rechte nicht begründete Ansprüche bei der Vertheilung fallen zu lassen, ⁸⁾ sowie umgekehrt offenbar unrechtmäßig bestrittene (vorbehaltlich des Prozesses) als liquid zu behandeln und sonach zur sofortigen Befriedigung zuzulassen. Auch diese letztere Macht muß dem Exekutionsrichter grundsätzlich gewährt werden, ⁹⁾ denn sie ist ein Ausfluß jener Stellung zu den Parteien, die ihm das Prinzip des Vertheilungsverfahrens anweist, und bildet den einzigen Schutz des Hypothekars gegen willkürliche Verzögerungen seiner Befriedigung in Folge offenbar grundloser Bestreitungen seitens Dritter.

Nach den im Bisherigen entwickelten Grundsätzen wird die Vertheilungsverhandlung geführt; im Einzelnen kommt dabei noch Folgendes in Betracht:

1) Da bei der Vertheilung jeder Realgläubiger wenn möglich das bekommen soll, was ihm nach den Regeln des materiellen Rechtes zur Zeit gebührt, so sind Pfandsforderungen, die indebite haften, auszu-

6) S. oben § 62.

7) Die vermittelnde Stellung des Gerichtes ist ausdrücklich hervorgehoben in § 7 des cit. Hofd. „Werden . . . Einwendungen gemacht, welche durch die Vermittlung des Gerichts nicht beseitigt werden können . . .“

8) Nach dieser Seite hin ist das Offizialprinzip besonders deutlich anerkannt in einer vom ob. Gsh. bestätigten gleichförmigen Entsch. (GUW. 4251), welche eine als Vorzugspost angemeldete und von keiner Seite bestrittene Steuerforderung gleichwohl von der Kaufschillingsvertheilung (als materiell ungegründet) ausschließt, in Erwägung, daß die Vertheilung des Meistgebots stets nach Maßgabe des gesetzlichen oder bürgerlichen Vorrechtes zu geschehen hat, und aus der unterlassenen Bestreitung des angesprochenen Vorrechtes von Seiten der mit den maßgebenden Verhältnissen nicht vertrauten Parteien auf ihr Zugeständniß eines gesetzlich nicht begründeten Vorrechtes keineswegs geschlossen werden darf.“

9) Thatsächlich wird dieselbe von den k. r. Gerichten (zuweilen in zu weitem Maß, s. z. B. GUW. 5418) dort geübt, wo die Bestreitung gegen den klaren Inhalt des Buchstandes gerichtet ist.

schließen, sobald die Verhandlung dies ergeben hat, und soweit nicht das Publizitätsprinzip für den gegenwärtigen Inhaber der Post (oder seine Afterberechtigten) eingreift. Ob die Pfandforderung schon ursprünglich ungiltig, oder in einem späteren Zeitpunkt erloschen war, ist dabei an und für sich ebenso gleichgiltig, als der Umstand, ob ihr Erlöschen mit oder ohne Befriedigung des Gläubigers erfolgte; was von der gezahlten oder durch vorhergegangene Abrechnung getilgten Forderung, das gilt auch von jeder durch Vereinigung oder Verjährung¹⁰⁾ untergegangenen; insbesondere also kann der Eigenthümer des Hypothekargutes auf eine ihm selbst bürgerlich zustehende Hypothekarpost (mag er dieselbe vor dem Eigenthum erworben, oder nachher irgendwie an sich gebracht haben)¹¹⁾ aus dem Rauffschilling niemals etwas erhalten.

2) Hasten an einer Hypothekarpost Supersätze, so ist der auf sie entfallende Betrag des Rauffschillings dem Haupthypothekar mit Vorbehalt der Rechte der Aftershypothekare zuzutheilen; was die Wirkung hat, daß dieser Betrag nur mit Zustimmung derselben (gegen von ihnen mitunterzeichnete Quittung) erhoben werden kann.¹²⁾ Ergiebt sich, daß die Haupthypothek (ganz oder theilweise) materiell ungiltig oder erloschen ist, während die Aftershypotheken trotzdem zu Recht bestehen,¹³⁾ so ist für die erstere (bez. für den ungiltigen Theil derselben) nur soviel in die Vertheilung einzustellen, als zur Deckung der Gesamtheit der rechtswirksamen Afterspfandrechte erfordert wird. Ebenso, wenn das Hauptpfandrecht mit Vorbehalt der Rechte der Aftershypothekare gelöscht war (nach § 51 G. B. G.), während zur Zeit der Exekution noch ungelöschte Afterspfandrechte hasten; diese treten nun an die Stelle jenes, sie erhalten zusammen nie mehr, als auf ihren gelöschten Auctor entfallen wäre, aber auch dies nur, soweit ihre Rechte giltig bestehen und reichen. In diesen Fällen, wo die Aftershypotheken

10) Ueber Kompensation und Verjährung s. noch unten S. 573.

11) Vgl. darüber noch unten § 90 und Unger, der sächs. Entw. S. 250. — Hingegen gebührt ihm (dem Eigenthümer, nicht dem Schuldner) die hyperocha, was zwar die Rechtsstellung der Hypothekare nicht angeht, doch aber im Hinblick auf die ungenaue Fassung des § 464 a. b. Gb. hier beiläufig bemerkt werden mag.

12) Gspan, gesetzm. Befriedigung d. Gl. § 189, 236.

13) A. b. Gb. § 455; oben § 58, R. 16.

der Sache nach zu Haupthypotheken geworden sind, erstreckt sich das Liquidirungsverfahren auch auf sie. Ist hingegen die Haupthypothek ungelöscht und materiell giltig, so bleibt die Frage, ob die eingetragenen Aftersrechte giltig, in welchem Umfang und in welcher Ordnung sie aus der Tangente des Hauptrechtes zu befriedigen seien, von der Cognition des Vertheilungsrichters ausgeschlossen. Das bildet den Gegenstand eines zwischen den Aftershypothekaren und ihrem Verpfänder um die erliegende Summe besonders zu führenden Rechtsstreites, in welchem über die eingebrachte Afterspfand- oder bez. Vorrechtsklage durch Urtheil entschieden wird, und weiterhin hinsichtlich der Vertheilung des gemeinsamen Befriedigungsfonds unter die Afterberechtigten nach Analogie der hier dargestellten Grundsätze zu verfahren ist.

3) Pränotirte, aber nicht gerechtfertigte, Posten müssen verschieden behandelt werden, jenachdem die Möglichkeit zur Einleitung des Rechtfertigungsverfahrens noch offen ist,¹⁴⁾ oder nicht. Letzternfalls (— insbesondere wenn nach rechtskräftig abgewiesener Justifizierungsklage die Löschung bisher nicht erfolgt war, oder wenn nach abgelauener Rechtfertigungsfrist das Löschungsgeſuch eingebracht,¹⁵⁾ aber noch nicht erledigt ist —) muß die Hypothek, als wegen Vereitlung ihrer Bedingung nicht rechtsbeständig, von Amtswegen unberücksichtigt bleiben, gerade so als ob sie im öffentlichen Buch gar nicht stände.¹⁶⁾

14) S. oben S. 205 fg., 211.

15) G. B. G. § 43, 45; damit ist jede spätere Justifizierung ausgeschlossen und hat somit die Bedingung des (nach a. b. Gb. § 453) bedingten Pfandrechtes desizirt.

16) Unrichtig behauptet Gspan, a. a. D. § 185, daß nur der Exekut berechtigt sei auf Löschung der nicht gerechtfertigten Hypothek anzutragen (wegen § 439 a. b. Gb.), daß er aber dazu von den Nachhypothekaren im Rechtswege verhalten werden könne. Das widerspricht nicht bloß dem, was wir oben S. 212 schon für die Zeit vor der Exekution als das sachentsprechende angenommen haben (s. aber das gewiß verkehrte Urth. v. 1. Febr. 1875, G. Z. 1876 Nr. 73, vgl. Urth. v. 20. März 1877, GUW. 6415), sondern erscheint hier in dem Stadium der Rauffschillingsvertheilung, wo Konkursgesichtspunkte maßgebend sind (vgl. oben Note 8 und R. D. § 119) als offenbar verkehrt. Die bei der vorausgesetzten Sachlage erwiesenermaßen hinfallige Pfandrechteintragung bedarf jetzt gar nicht mehr der Löschung, — geschweige denn einer erst auf dem Umweg eines Prozesses mit dem Exekutoren zu erlangenden, — sondern, sobald dem Exekutionsrichter von welcher Seite immer klar gelegt ist, daß die Bedingung des bedingt eingetragenen Rechtes desizirt habe, hat er dasselbe als nicht eingetragen zu behandeln. Jede an-

Ist hingegen eine Rechtfertigung noch möglich und vom pränotirten Hypothekar darauf nicht verzichtet, so kann dieselbe jetzt in kurzem Wege bei der Verhandlung dadurch bewirkt werden, daß alle Betheiligten das vorgemerkte Pfandrecht anerkennen, welches sodann bei der Vertheilung als unbedingtes anzusehen ist; weigert sich aber dessen der Exekut selbst oder auch ein Nachhypothekar, ¹⁷⁾ so gilt die Post als bestritten, und muß wie jede andere streitige Hypothek behandelt, also vorerst von der Vertheilung ausgeschlossen und behufs ihrer Rechtfertigung auf den Rechtsweg gewiesen werden. ¹⁸⁾

Dasselbe gilt in analoger Anwendung von solchen Posten, gegen welche die Löschung blos vorgemerkt ist. ¹⁹⁾

4) Das soeben Besprochene umschließt schon die sehr wichtige Frage, wer im Vertheilungsverfahren befugt sei, die Richtigkeit und Rangstellung der zur Betheiligung strebenden Hypotheken anzusechten?

Dabei konnte hinsichtlich der Bestreitung blos des in Anspruch genommenen Ranges kaum je ein Zweifel aufkommen: Da die Rangstellung als solche nur die Nachhypothekare berührt, dem Eigenthümer aber ebenso gleichgiltig ist, wie den Vormännern, muß das diesbezügliche Bestreitungsrecht allen jenen gewährt werden, welche durch die Befriedigung einer andern Hypothek an der ansehbaren Rangstelle in der Ausübung ihres Rechtes materiell widerrechtlich verkürzt würden. ²⁰⁾ — Handelt es sich hingegen nicht um den Rang, sondern um den Bestand oder Umfang einer Vorhypothek, so geht die jetzt herrschende Ansicht der Praxis dahin, daß nur der Exekut als Schuldner (?) berechtigt sei, sich über die Liquidität der zur Zahlung aus dem Meistgebote einer exekutiv veräußerten Realität angemeldeten Forderungen auszusprechen. ²¹⁾ Die

obige Auffassung stellt sich in Widerspruch zu der gesetzlichen Natur der Vormerkung als einer bedingten Einverleibung.

17) Davon wird sogleich die Rede sein; speziell das Recht der Nachhypothekare zur Bestreitung pränotirter, vom Exekuten nicht bestrittener, Posten anerkennt das Urth. bei O. W. 5300.

18) Nichtig O. W. § 184.

19) S. darüber noch unten § 87, Note 7.

20) Für den reinen Vorrechtsfreit ist dies allgemein anerkannt (z. B. auch in dem, weiterhin die entgegengesetzte Ansicht zur Geltung bringenden, Urth. bei O. W. 1051).

21) Entsch. d. ob. O. W. v. 20. Nov. 1877, Z. 8432 (O. Z. 1878 Nr. 89);

inneren ²²⁾ Gründe, welche dafür beigebracht werden, verdienen unsere volle Beachtung, da sie aus „der Natur der Sache und des Liquidirungsverfahrens“ fließen sollen, und zugleich das postulierte Ergebnis als schlüssige Anwendung des Publizitätsprinzips hinstellen. Sie gehen im Wesentlichen dahin, „daß die Gläubiger untereinander in gar keinem Rechtsverhältnisse stehen, daß der später eingetragene Hypothekgläubiger die früheren aus dem öff. Buch ersehen mußte, und daß die Priorität einer Forderung nur die nothwendige Folge der früheren Eintragung ist. ²³⁾ Der Zweck der öff. Bücher bringt es mit sich, daß die in denselben vorkommenden Eintragungen von dritten Personen als wirklich bestehend angenommen werden müssen. Diesem Grundsatz gemäß bleiben in Folge der §§ 469, 526, 1443 und 1446 a. b. G. die rechtlichen Wirkungen eingetragener Rechte auch nach ihrer Erlöschung in Betreff dritter Personen, d. i. der nachfolgenden Gläubiger, bis zur Löschung aufrecht. Diese gesetzlichen Vorschriften würden ihre Geltung verlieren, wenn einem intabulirten Gläubiger gestattet wäre die Forderung seiner Vorgänger zu bestritten.“ — Hiergegen nun ist vor Allem

ebenso die Urth. bei O. W. 1051, 2012, 4418, 5349; anders Nr. 5300 (i. Note 17).

22) Ihren äußeren Stützpunkt sucht die in Rede stehende Ansicht — nach den Motiven des Urth. bei O. W. 1051, des einzigen eingehend begründeten Erkenntnisses, aus welchem auch die im Text weiterhin angeführten Argumente entnommen sind — theils in den Bestimmungen des k. Pat. v. 11. Apr. 1851 R. G. B. 84 § 38 und der prov. C. B. D. für Ungarn § 558, wonach aber doch „gegen den Bestand und die Priorität des Pfandrechts von jedem nachfolgenden Gläubiger Einwendungen gemacht werden können“ (und die in concreto wirksame Aufsehung der Pfandforderung richtet sich ja doch mittelbar zugleich gegen den Bestand des Pfandrechts, § 449 a. b. G. vgl. oben S. 96, 97), — theils aber in dem Satze der (alten) Konkursordnung, daß die Richtigkeit der Forderung eines Gläubigers nie von einem andern einzelnen Gläubiger, sondern nur vom Masse-Vertreter bestritten werden kann, ein Satz, der heute nicht mehr wahr ist (R. D. § 119 bestimmt das Gegentheil), aber niemals zu jenem Schluß berechtigen konnte, da der Massevertreter eben als solcher die Bestreitungsrechte der einzelnen Gläubiger in sich vereinigt und ausübt. — Uebrigens liegt der Schwerpunkt der ganzen Argumentation nicht in diesen Gesetzesauslegungen, sondern in der auf das Publizitätsprinzip gegründeten Ausführung, welche im Text sofort näher untersucht werden soll.

23) Hier übersieht das cit. Erkenntniß, daß seine Folgerung viel zu weit führt, nämlich zur Ausschließung nicht blos der Richtigkeits-, sondern auch der Vorrechts-Anfechtung, von welcher doch im Kontext der Motive vorher anerkannt wurde, daß sie „jedem einzelnen Gläubiger freigestellt ist.“

darin zu erinnern, daß zwar die Hypothekare unter einander bis zur Exekution in keinem Rechtsverhältnisse stehen,²⁴⁾ daß aber die Eröffnung des Gesamtbefriedigungsverfahrens, in welches kraft unserer Exekutionsordnung mit Rechtsnothwendigkeit alle Realberechtigten einbegriffen werden und durch welches sie für ihre kollidirenden Ansprüche die rang- und verhältnismäßige Befriedigung uno actu erhalten sollen, allerdings zwischen ihnen ein Rechtsverhältnis geschaffen wird, und zwar von derselben Art, wie es durch die Konkursöffnung zwischen den Kreditgläubigern entsteht. Sie haben jetzt, wie oben näher ausgeführt ist, im strengen Sinne des Wortes aufgehört Hypothekare zu sein und sind Konkursgläubiger auf den Rausschilling geworden, aus welchem Jeder erhalten soll, soviel ihm neben allen Anderen gebührt. Wer etwas erhält, was ihm von Rechtswegen nicht gebührt, würde es seinen Nachmännern widerrechtlich vorweg nehmen, er würde deren Recht — nicht ihr gewesenes Hypothekarrecht, wohl aber das mit der vollzogenen Teilbietung erworbene Recht auf gemeinsame Befriedigung durch rechtmäßige Auftheilung des Rausschillings — verletzen. Daran ändert sich nichts, falls der Exekut sich bewegen findet materiell nicht zu Recht bestehende Pfandschulden anzuerkennen, oder doch ihre Befreiung zu unterlassen: denn es handelt sich gar nicht um den (möglicherweise überschuldeten und darum von vornherein interesselosen) Exekuten und was er jedem Hypothekar zuwenden will, sondern darum, wie groß und wie stark eines Jeden Anspruch an den Erlös des Pfandgutes sei, wie weit er also in dem eingetretenen Kollisionsfall die Uebrigen zurückdrängen dürfe. Dafür aber kann nur der materielle Bestand seines Rechtes, — wie es ist, oder bez. von allen Gegnern anerkannt wird, — nicht eine willkürliche Verfügung des Exekuten allein, das Maß abgeben. Mithin müssen wir, vom Publizitätsprinzip für's Erste noch abgesehen, jedem Realbetheiligten das Recht zuerkennen, gegen die materielle Rechtsbeständigkeit jedes anderen ihm vorgreifenden²⁵⁾ Anspruch auf den Rausschilling wirksam seine

24) Vgl. darüber oben § 63.

25) Nach bekannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen und nach Analogie der Konk. D. § 124 Abs. 4 entfällt das in Rede stehende Befreiungsrecht, wenn „endgiltig festgestellt, daß dem Befreitenden ein gesetzliches Interesse an der Befreiung fortan nicht zukommt“, d. h. hier, wenn die Sachlage ergibt, daß er auch im Falle

Einwendungen geltend zu machen.²⁶⁾ Auf diese von älteren und neueren östreichischen Schriftstellern gebilligte Ansicht,²⁷⁾ welche in der einzigen zusammenhängenden Rausschillungsvertheilungsordnung, die wir bisher besitzen, angenommen,²⁸⁾ und durch die Analogie der Konkursordnung unterstützt ist,²⁹⁾ wird die Praxis wieder zurückkommen müssen, auch bevor ein allgemeines Exekutionsgesetz sie ausdrücklich bestätigt.³⁰⁾

Dem wäre anders, wenn in der That, wie behauptet wird, unsere Ansicht mit „den von der Gesetzgebung in neuester Zeit angenommenen Grundsätzen“ über die Glaubhaftigkeit der öffentlichen Bücher unverträglich wäre.³¹⁾ Aber diese Meinung beruht auf einem Mißverständnis jener Grundsätze. Wir haben oben ausgeführt (S. 561), daß eine Befreiung richtig eingetragener Hypotheken auf Grund materieller Mangelhaftigkeit des Rechts — mag dieselbe vom Exekuten oder einem andern Betheiligten erhoben sein — überhaupt nur dann Erfolg haben kann, wenn dem gegenwärtigen Inhaber des bestrittenen Rechtes die Berufung auf das Vertrauen in die öffentlichen Bücher abgeschnitten

der Richtigkeit des bestrittenen Anspruches seine volle Befriedigung aus dem Rausschilling erhalten würde.

26) Ueber die Art der Wirkung dieser Befreiung s. unten § 74.

27) Espan, § 158, Schoppf, in dessen Archiv, v. J. I, S. 79. Kopecky, a. D. S. 18 David, a. a. D. bei N. 4, aber alle ohne eigentliche Erörterung der Frage.

28) § 5 des angef. Hofb. für Tirol: „Dem Schuldner sowohl, als den angemeldeten Gläubigern steht frei, ihre Erklärungen und Einwendungen über die Richtigkeit der angemeldeten Forderungen und über den Bestand und die Priorität des angesprochenen Pfandrechtes zu Protokoll zu geben.“

29) R. D. § 119, 2: „Jeder bei der Tagfahrt anwesende Gläubiger, dessen Forderung . . . in dem Schuldenverzeichnisse erscheint, ist befugt, die Richtigkeit und Rangordnung jeder anderen Forderung zu bestreiten, für welche die gleiche, oder eine höhere Rangordnung in Anspruch genommen wird.“

30) Nach dem Vorbilde der besten neueren Gesetze, z. B. der preuß. Subhastationsordnung v. 15. März 1869, § 70; Dernburg, pr. Prkt. I, S. 785.

31) So das angef. Urth. (GW. 1051); nebenher wird dort auch noch eine Zweckmäßigkeitserwägung angebracht, nämlich die Rücksicht auf die „bedenklichsten Verzögerungen“, welchen die Befriedigung des Hypothekars ausgesetzt würde, wenn jeder Nachmann befugt wäre, „die Einwendung der nicht bezahlten Baluta, des Scheingeschäftes oder gar der Unechtheit der Forderungsurkunde zu erheben.“ Allein dieses praktische Motiv kann doch äußersten Falles nur dahin führen, daß man der Befreiung jede vorläufig hemmende Wirkung auf die Vertheilung des Rausschillings benimmt (vgl. oben bei Note 9 und unten § 74 Note 1), keineswegs aber bis zur Unterdrückung des Befreiungsrechtes.

ist, also immer dann nicht, wenn derselbe das materiell hinsfällige Recht im guten Glauben bürgerlich erworben hatte. Mehr als dies verlangt und bedeutet das Publizitätsprinzip nicht; daß auch der erste Inhaber einer simulirten Hypothekarforderung, der unredliche Cessionar einer gezahlten aber nicht gelöschten Post bei der Rauffchillingsvertheilung auf Kosten vollberechtigter Nachmänner deshalb zum Zuge kommen soll, weil der jetzt bankerotte und seinerzeit an den betreffenden Scheinhandlungen etwa mitschuldige Exekut jene Scheinposten nicht bestreiten will, das hat mit dem Vertrauen auf die öffentlichen Bücher nichts zu schaffen.³²⁾ Freilich konnte jeder Nachhypothekar die ihm vorgehenden Posten aus dem öffentlichen Buch ersehen: das bringt ihn in die Lage deren materiell rechtswidrige Befriedigung dann sich gefallen lassen zu müssen, wenn im gegebenen Zeitpunkt das Publizitätsprinzip sie fordert; im höheren Interesse des Verkehrs ist ihm das auferlegt, aber wo dieses im konkreten Fall außer Frage steht, da schlägt der Inhalt seines Rechtes durch, welches von Anfang an auf die volle Befriedigung aus der ganzen Sache ging,³³⁾ und nur durch wohl erworbenene Rechte Dritter verkürzt werden kann.

Es darf also jeder Realgläubiger (der daran ein rechtliches Interesse hat) gegen den Anspruch jedes anderen desjenigen Bestreitungsmaterials sich bedienen, welches bis zur Exekution nur dem Pfandeigenthümer zugestanden hatte, und kraft welches dieser, soweit es das Publizitätsprinzip gestattet, die gänzliche oder theilweise Löschung der eingetragenen Hypothek hätte begehren können. Das gilt ohne Unterschied des in concreto behaupteten materiellen Anfechtbarkeitsgrundes (welchen natürlich der Bestreitende zu beweisen hat,³⁴⁾ und so insbesondere auch

32) Gewiß ist das auch nicht die bei der hier bekämpften Praxis zu Grunde liegende Meinung; sondern man will einerseits den Hypothekaren die aus muthwilliger Bestreitung (bei ganz mechanischer Geschäftsbehandlung durch den Richter) erwachsende Befriedigungsverzögerung ersparen (s. vorige Note), und andererseits zugleich auch dem Publizitätsprinzip Genüge thun, in der Voraussetzung, daß jene Bestreitungen sehr häufig diesem Prinzip zuwiderlaufen. Aber indem man — anstatt präsumtiv ausichtslosen Anfechtungen bloß die hemmende Wirkung zu versagen, und im Uebrigen die Wahrung des Publizitätsprinzips in den Anfechtungsprozeß selbst zu verlegen — alle Bestreitungen der Mitgläubiger grundsätzlich niederschlägt, wird das Kind mit dem Bade verschüttet.

33) Nicht bloß auf den nach Abzug der apparirenden Vorhypotheken erübrigen den Rest, wie nach der s. g. Lokustheorie, s. oben Seite 464, 514.

34) Span's Behauptung (§ 158), daß die Bestreitung wegen erfolgter

hinsichtlich der Erlöschung der Pfandforderung durch Verjährung.³⁵⁾ Denn durch den Ablauf derselben erlischt die Forderung, wird mithin das für sie haftende Pfandrecht materiell hinsfällig,³⁶⁾ und wenn auch von Untswegen auf diesen Tilgungsfall kein Bedacht zu nehmen ist, sondern nur über „Einwendung der Parteien“ (a. b. Gb. §. 1500), so geht aus allem Obigen genügend hervor, daß und warum im Rauffchillingsvertheilungsverfahren alle Konkurrenten gegenseitig Parteien sind. Ebenso verhält es sich mit der Behauptung, eine Pfandforderung sei durch früher gepflogene Abrechnung zwischen Schuldner und Hypothekar getilgt worden,³⁷⁾ denn diese wirkt wie Zahlung (§ 1438 a. b. Gb.). Woraus aber nicht folgt, daß ein Nachhypothekar auch dazu befugt wäre, eine dem Schuldner (mag derselbe zugleich der Exekut sein oder nicht) gegen einen andern Hypothekar derzeit noch zustehende Forderung compensando wider diesen geltend zu machen, um dessen Pfandrecht zu mindern; das wäre nicht Bestreitung des haftenden Pfandrechtes, als eines materiell ungiltigen, sondern Erzeugung eines noch nicht vorhandenen Hinsfälligkeitsgrundes mittelst einer Verfügung über ein Vermögensobjekt des Dritten, welche Verfügung nur diesem selbst zusteht.³⁸⁾

§ 74.

Fortsetzung.

5) Zweck und Ergebnis der soeben besprochenen Verhandlung ist die Scheidung aller bürgerlich apparirenden oder sonst angemeldeten Realansprüche in streitige und richtige (liquide).

Zahlung „der Natur der Sache nach“ (nur) dem Exquirten zusteht, weil sich nur in seinen Händen die Beweise der Aufhebung der Verbindlichkeit befinden,“ bedarf keiner Widerlegung.

35) N. M. Span a. a. O. wegen § 1499 a. b. Gb.

36) S. oben S. 254, N. 14.

37) Vgl. dazu oben S. 429 ff. Unwirksam ist auch diese Einwendung gegen den redlichen Erwerber der Hypothekarforderung a. b. Gb. § 1443. — Ueber den besondern Fall, da behauptet wird, die gezahlte, kompensirte u. Forderung sei späterhin durch eine andere gültige Schuld vertragsmäßig ersetzt worden s. noch unten S. 613 fg.

38) Der Antrag auf gerichtliche Kompensation — wohl zu unterscheiden von der Einwendung der getilgten Schuld kraft früherer außergerichtlicher Kompensation — enthält ein Rechtsgeschäft über die eigene Forderung, des Inhalts, daß man sie, im Wege der Abrechnung einer entsprechenden Summe von der eigenen Schuld, befriedigt haben wolle. S. darüber jetzt Eisele, Kompensation § 31.

a) Die streitigen (illiquiden) Hypothekarforderungen kommen der Regel nach¹⁾ nicht sofort zum Zuge: die Bestreitung hat hemmende Wirkung. Bei der Gesamtvertheilung werden also solche Posten, als f. g. „Ausscheideposten“²⁾ nur bedingt eingestellt,³⁾ indem ihre Hebung vom Ausfall des betreffenden Rechtsstreites abhängig erklärt wird. Zugleich aber ist für jede derselben die Frage zu ordnen, welcher Theil den Rechtsweg als Kläger zu betreten habe, welches das Präjudiz der unterlassenen Klage sei, und wieviel einstweilen den Nachberechtigten gegenüber zur Deckung des streitigen Anspruchs aus dem Kauffchilling zurückgehalten werde. 1) Bezüglich des ersten Punktes ist die herrschende⁴⁾ und richtige Praxis die, daß zwischen ziffermäßig eingetragenen und Kautions- oder Credithypotheken unterschieden wird: bei jenen gilt der bücherliche Betrag bis auf Weiteres für den rechtmäßigen, wer ihn bestreitet muß als Kläger auftreten; ⁵⁾ bei Posten der letztgenannten Art aber ist es Sache des Hypothekars nöthigenfalls klagweise den Nachweis zu erbringen⁶⁾, daß und wie weit der verbücherte Höchstbetrag von wirklich entstandenen Forderungen erfüllt sei; ⁷⁾ und ebenso müssen solche Hypotheken behandelt werden,⁸⁾ die aus der Zeit vor dem a. G. B. G. herrühren und keinen ziffermäßig bestimmten Inhalt haben. —

1) Oben schon ist ausgeführt, daß es allerdings in der Macht des Vertheilungsrichters liegt ausnahmsweise auch (seiner Ueberzeugung nach offenbar grundlos) bestrittene Posten zur sofortigen Tilgung auf den Kauffchilling oder den Ersteher anzuweisen; dabei wird er zugleich verfügen, ob und welche Sicherheit der ziehende Gläubiger für den Fall seines immerhin doch möglichen Unterliegens in einem etwa erhobenen Prozeß zu leisten haben.

2) Gspan, § 184, Schopf, S. 81.

3) Vgl. z. B. OUB. 5349.

4) S. Rohu, Gerichtshalle 1879 Nr. 48.

5) OUB. 5418, 5772 („es hat nicht der Tabulargläubiger, der den Grundbuchstand . . . für sich hat, das Bestehen seiner Forderung und des ihm streitig gemachten Pfandrechts zu beweisen und zu diesem Ende den Rechtsweg zu betreten, sondern es ist Sache des Crediten, der ihn bei der Vertheilung des Meistbots ausgeschlossen sehen will, darzuthun, daß jene Forderung . . . erlöschen sei.“)

6) S. oben S. 245, 246. G. B. G. § 14. Regelsberger, Studien im Vair. S. II. I, § 22.

7) Oder, daß das Haftungsverhältniß, und damit die Möglichkeit der künftigen Entstehung solcher Forderungen, noch fortbestehe; s. unten N. 16.

8) Vgl. oben § 20, Z. 1 und die Entsch. v. 22. Okt. 1878, G. Z. 1878 Nr. 99.

2) Der auf den Rechtsweg Gewiesene hat, insofern nicht schon seine Bestreitungserklärung als Klage gilt,⁹⁾ binnen 30 Tagen nach Zustellung des Bescheides die Liquidirungsklage einzubringen, widrigenfalls die Bestreitung als fallengelassen gilt und die Befriedigung ohne Rücksicht auf dieselbe ihren Lauf nimmt.¹⁰⁾ Die Wirkung der Präklusion ist also die, daß der Ausgeschlossene für die vorliegende Kauffchillingsvertheilung den bestrittenen Anspruch seines Gegners gelten lassen muß, oder m. a. W. daß er aus dem Kauffchilling nicht mehr erhält, als er im Falle des Verlustes des unterlassenen Prozeßes erhalten hätte. Verwirkt aber hat er seinen etwaigen Anspruch damit keineswegs, denn der rechtskräftige Vertheilungsbescheid schließt ihn zwar (schlimmsten Falles) von der Betheiligung an diesem Kauffchilling völlig aus, macht aber nicht res judicata gegen seine Schuldner: es bleibt ihm also durch die ganze Verjährungszeit nicht nur sein materieller Anspruch gegen den (persönlichen) Schuldner in der gewesenen Pfandschuld,¹¹⁾ sondern nach Umständen¹²⁾ auch der Schadenersatzanspruch gegen Vormänner, die sich aus dem Kauffchilling auf seine Kosten schuldhaft bereichert haben.¹³⁾ — 3) Als Deckungsfond für die bestrittene, mithin doch eventuell zum Zuge kommende, Hypothek ist ein solcher Betrag aus dem Kauffchilling auszuscheiden, wie er ihrem präsumtiv höchsten Inhalt entspricht. Also bei gewöhnlichen Posten der Betrag des Kapitals sammt den gesetzlichen Anhängen, insoweit solche gefordert und bescheinigt¹⁴⁾

9) So nach § 7 der cit. Vdg. für Tirol (19. Nov. 1839, J. G. S. 388).

10) Nach Analogie der bezüglichen Bestimmungen über die Vorrechtsklage (unten Note 21). So z. B. OUB. 5349 (2. Instanz). Ebenso Schopf, S. 81.

11) Der Inhaber einer Kautionshypothek, wenn er im Zeitpunkt der Kauffchillingsvertheilung außer Stande ist den Inhalt und Umfang seiner Forderung nachzuweisen (was z. B. bei Schadenersatzforderungen leicht eintreten kann), thut wohl daran den Prozeß zur Zeit gar nicht zu versuchen; er verliert dadurch jeden Antheil am Meistbot, aber wahrt sich für die Zukunft den Anspruch.

12) Wer z. B. eine Vorhypothek als betrügerisch fingirt bestritten, die Klage aber nicht eingebracht hat, verliert nur die Möglichkeit den Betrüger von diesem Kauffchilling auszuschließen, nicht aber den Anspruch auf volle Genugthung; a. v. Ob. §§ 1295, 1324, 1489.

13) Es ist also der Satz des § 137 wgal. G. D.: „widrigens ist sein Recht gegen diejenigen erloschen, die er nicht angegangen hat,“ sinngemäß zu beschränken auf das Recht zur Befriedigung aus diesem Kauffchilling.

14) Letzteres, um ganz offenbar übertriebene Kostenansprüche (G. B. G. § 16) vorweg auszuschließen; vgl. N. 33.

sind; bei älteren Hypothekarschulden von unbestimmtem Inhalt die vom Gläubiger in Anspruch genommene Summe, mit der gleichen Maßgabe.¹⁵⁾ Bei Kautionshypotheken endlich muß unterschieden werden, ob das Rechtsverhältniß, für dessen mögliche Ausflüsse die Sicherheit gewährt war, noch besteht, oder nicht; letzterenfalls ist vorzugehen, wie bei den soeben besprochenen unbestimmten Forderungen, nur daß die vorbehaltene Summe den eingetragenen Höchstbetrag nicht übersteigen kann. Dauert aber das Haftungsverhältniß noch fort, so daß neue pfandrechtlich eventuell versicherte Forderungen auch künftig noch zur Entstehung kommen können, so muß stets der ganze Höchstbetrag ausgeschieden und zur Deckung jener künftigen Ansprüche zurückgehalten werden,¹⁶⁾ nicht anders, als ob dieselben schon jetzt als bedingte Forderungen vorhanden wären.

Ueberhaupt sind suspensiv bedingte Hypotheken, auch unbestrittene, insofern den bestrittenen gleichzubehandeln, als der Betrag, welcher nach Obigem auf sie entfallen würde, bis zur Entscheidung der Bedingung zurückgehalten wird.¹⁷⁾ Beim Vorhandensein einer auflösenden Bedingung wäre die gleiche Behandlung sachwidrig, da das resolutiv bedingte Recht ein gegenwärtiges und zur Zeit vollwirksames, wenn auch von der Möglichkeit der künftigen Vernichtung schon jetzt bedrohtes Recht ist.¹⁸⁾ Demgemäß muß dasselbe sofort zur Befriedigung zugelassen, dabei aber auch vorgesorgt werden, daß für den Fall des Eintrittes der Bedingung den eventuellen Anwärtern auf das alsdann

15) Ebenso sind intabulirte Bestandrechte und Reallasten zu behandeln, wenn ihr Bestand oder der Betrag der dafür angesprochenen Entschädigung streitig ist.

16) Regelsberger, a. a. O. Um das Kapital in der Zwischenzeit fruchtbar zu machen, empfiehlt sich ein Abkommen unter den Betheiligten, (welches der Theilungsrichter nöthigenfalls auch von Amtswegen suppliren kann), entweder dahin, daß der Ertrag in zinstragenden Werthen erfolge, oder daß die Haftung dem Ersteren, gegen Abzug am Kaufpreis und Verpflichtung zur Verzinsung, überbunden werde. Auf die so erzielten Früchte haben stets diejenigen Nachberechtigten Anspruch, an welche das Kapital seinerzeit zu fallen hat, sobald das versicherte Haftungsverhältniß aufgehört hat, und soweit daraus entsprungene Forderungen dasselbe nicht erschöpfen.

17) Ueber die einstweilige Fructifizierung des Kapitals s. die vorige Note. — Nach der zweckmäßigen Bestimmung der preussischen Subhastationsordnung § 76 wird dasselbe auf die Nachberechtigten aufgetheilt gegen Sicherstellung der Rückgewähr für den Fall des Eintrittes der Bedingung.

18) A. v. Gb. § 696, Unger, System, II, § 82.

rückfällige Kapital ihre Anwartschaft schon jetzt gesichert werde, was durch Kautionen, über deren Tauglichkeit nöthigenfalls das Gericht entscheidet, am zweckmäßigsten geschieht.

b) Die richtigen (liquiden) Forderungen — d. i. jene, gegen deren Bestand und Umfang von keiner bestreitungsberechtigten Seite¹⁹⁾ Einwendungen erhoben sind, und außerdem jene, welche durch unmittelbar vollstreckungsfähige Urkunden erwiesen sind²⁰⁾ — unterliegen möglicherweise noch einer Anfechtung hinsichtlich des für sie in Anspruch genommenen Ranges. Auch darüber wird, ohne Präjudiz für den Vorrechtsprozeß, durch Bescheid erkannt, und zwar bei bücherlich eingetragenen Posten ohne Ausnahme im Sinne der prima facie maßgebenden bücherlichen Reihenfolge, so daß wer diese bestreitet zur Vorrechtsklage (binnen 30 Tagen) verhalten wird.²¹⁾ Auch diese Anfechtung hat in der Regel²²⁾ hemmende Kraft; es wird also der auf die angefochtene Forderung, in dem ihr vorerst zugewiesenen Rang, entfallende Betrag aus dem Kaufschilling ausgeschieden und insolange zurückgehalten, bis durch den Ausfall (oder die Präklusion) des Vorrechtsstreites entschieden ist, wem daraus zuerst die Befriedigung gebühre.²³⁾ Ist aber die Summe der Forderungen, für welche der Vorrang auf dem Rechtsweg erstritten werden will, kleiner als der Betrag der angefochtenen Post, so kann (die Liquidität der letzteren vorausgesetzt) der Ueberschuß sofort flüssig gemacht werden.

Alle jene Hypothekarposten nun, welche nach dem Ergebnis der eben besprochenen Verhandlung als in jeder Beziehung — nach ihrem Bestand und Rang — unangefochten sich darstellen, finden nach eingetretener Rechtskraft²⁴⁾ des Vertheilungsbescheides²⁵⁾ folgendermaßen ihre endgiltige Erledigung:

Der zum Zuge kommende Hypothekar wird mit der ihm laut

19) S. darüber oben S. 568 ff.

20) § 6 der cit. Vdg. für Tirol; Konf. D. § 115, Abs. 3; vgl. a. G. D. § 298 und die dazu gehörigen Hofdekr. (Mauz'sche Sammlung zum cit. §), wgal. G. D. § 396.

21) § 9 der cit. Vdg.; wgal. G. D. § 137, Spanien, § 219.

22) S. oben Note 1.

23) Ueber den Vorrechtsprozeß s. unten § 76.

24) Hofdekr. v. 15. Jan. 1787, J. G. S. 621; Spanien, § 220.

25) Beziehungsweise, bei dem oben S. 557 geschilderten Verfahren, eine jede für sich nach Rechtskraft des über sie insbesondere ergangenen Bescheides.

Erner, Destr. Hyp.-Recht.

Gerichtsbefcheid zufallenden Summe entweder auf den deponirten Rauffchilling, oder an den Ersteher gewiesen (letzteres, wenn dieser nicht deponirt hatte, sondern der Kaufpreis nach den Feilbietungsbedingungen durch direkte Zahlung an die Gläubiger zu berichtigen ist). Weiterhin kommt es dann darauf an, ob die Pfandschuld zur Zeit schon fällig ist, oder nicht. Die sofortige Tilgung der fälligen Post²⁶⁾ muß der Gläubiger sich gefallen lassen; nicht fällige Schulden aber hat der Ersteher, gegen Abzug ihres Betrages am Kaufpreis, auf sich und das erstandene Gut zu übernehmen, wenn der Gläubiger nicht freiwillig zur Tilgung sich versteht.²⁷⁾ Jedoch ist der Ersteher nicht auch seinerseits berechtigt solchenfalls die Zahlung zu weigern und Schuldübernahme zu begehren, wenn der Gläubiger die sofortige Tilgung will.²⁸⁾ Es

26) Also insbesondere auch, wo keine Zahlungszeit und keine Ausfälligung bedungen war, a. b. Ob. § 1417, Espan, § 229.

27) Nach a. G. D. § 328 soll dies in den Feilbietungsbedingungen stets „deutlich ausgedrückt werden“.

28) Bestimmt ausgesprochen ist dies in keinem Gesetz, es wird aber allgemein aus der Natur der exekutiven Feilbietung und insbesondere aus der Pflicht des Erstehers zur sofortigen Baarzahlung, oder bez. zur genauen Einhaltung der bedungenen Zahlungsfristen (a. G. D. § 338) gefolgert; s. z. B. Espan § 229: „Ist aber eine Zahlungszeit (in den Feilbietungsbedingungen) nicht bestimmt, so kann auch den angewiesenen Gläubigern die Zahlung vor der Ausfälligkeit nicht aufgedrungen werden, obgleich sie berechtigt sind die Zahlung von dem Ersteher sogleich nach der erfolgten Zuweisung nach der Natur des Geschäftes und den gesetzlichen Vorschriften zu fordern.“ — Gewiß ist dies richtig, führt aber zu der weiteren Frage: besteht ein Recht der Nachhypothekare dahin, bei Abfassung der Feilbietungsbedingungen geeigneten Falles darauf zu dringen, daß darin die Berechtigung des Erstehers zur Übernahme der nicht fälligen Vorhypothek, auch gegen den Willen des Gläubigers, aufgenommen werde? Die Frage ist zu bejahen in dem Sinne, daß der Exekutionsrichter, gemäß seiner Aufgabe das Interesse aller Konkurrenten gleichmäßig zu wahren, einem Antrag obigen Inhalts stattgeben muß, wenn nach der Sachlage dabei ein besserer Kaufpreis erzielbar scheint (was bei auf lange Zeit unfindbar und zu mäßiger Verzinsung anliegenden Kapitalien wahrscheinlich, bei unverzinslichen aber gewiß ist). Ein Recht des Inhabers der nicht fälligen Post auf gegenwärtige Befriedigung, aus Anlaß der von dritter Seite erwirkten Exekution, besteht nicht, weil eben die Post nicht fällig ist; mithin wird durch die richterliche Zulassung der in Rede stehenden Klausel in die Feilbietungsbedingungen ihm kein Recht gekränkt, sondern bloß dem für ihn zufälligen Ereigniß der Exekution jeder Einfluß auf den Bestand seines Rechtes entzogen, und damit allerdings auch die Aussicht auf einen im rechtlichen Sinne zufälligen Gewinn. S. noch Note 34.

gilt also in Oestreich nur die Hälfte der anderwärts durchgreifenden Regel,²⁹⁾ daß die Exekution alle Hypotheken fällig mache; bei uns tritt die Fälligkeit nur einseitig ein, wohl zu Gunsten, aber nicht zu Lasten des Gläubigers. Ihm steht gesetzlich die Wahl zu, ob er die Ueberbindung auf den Ersteher begehren will, in welchem Falle dieser, auch wenn es in den Feilbietungsbedingungen nicht ausdrücklich gesagt war,³⁰⁾ verpflichtet ist als persönlicher Schuldner für den überwiesenen Betrag einzutreten,³¹⁾ während überdies das Pfandgut für die ungelöscht bleibende Post³²⁾ eo ipso weiterhaftet, — oder ob er auf sofortige volle Befriedigung seiner betagten Forderung dringen will, was ihn im Falle der Unverzinslichkeit derselben um das Interursurium bereichert.³³⁾ Aber nur dann steht ihm jene Alternative offen, wenn nicht im Interesse und auf Antrag nachstehender Realgläubiger das Gegentheil durch die Feilbietungsbedingungen festgesetzt wurde.³⁴⁾

29) S. über diese Regel und ihre partikularrechtlichen Abweichungen *Stobbe*, d. Pr. Rt. II, § 114. Gegen ihren gesetzlichen Fortbestand in Preußen insbes. *Bähr*, *Jahrb. f. Dogm.* XIII, S. 182 fg. Dafür aber das Gutachten von *Struckmann* in den Verhandlungen des 10. deutschen Juristentages Bd. I, S. 63 fg.

30) Die von der a. G. D. (§ 328) vorgeschriebene Einschaltung jener Klausel in die Bedingungen hat das Recht der Hypothekare auf den Fortbestand ihrer nicht fälligen Hypotheken zur stillschweigenden Voraussetzung, aber ist nicht dessen Bedingung.

31) Das folgt aus der Natur seiner Verpflichtung als Käufer (— indem er einen Theil des Preises, anstatt durch Baarzahlung, durch Intervention berichtigen soll und will, wird er expromissor —) und ist von Wichtigkeit bei künftiger Zerstückung des Pfandgutes u. dgl. Der bisherige Schuldner in der Pfandschuld (auch wenn er nicht der Exekut war) wird novatione frei, wenn die Ueberbindung auf den Ersteher mit Willen des Gläubigers erfolgte; andernfalls (N. 28, 34) bleibt er neben jenem haftbar.

32) Aber den Inhalt dieser Haftung bildet nicht die ursprüngliche Pfandschuld, sondern der auf Grund derselben im Vertheilungsbefcheid dem Gläubiger zuerkannte und somit auf den Ersteher überwiesene Anspruch, welcher sich von jener Schuld sowohl dem Umfang (wenn letztere nicht ganz in den Meißbot hineinfiel), als auch dem Gegenstande nach unterscheiden kann; war daher die Pfandschuld nicht eine Geldschuld (im strengen Sinn, vgl. oben S. 127), so haftet das Gut beim Ersteher schlechthin bloß für die in der Meißbotsvertheilung dafür angelegte Summe in ihr. Wahrung. So richtig die Entsch. bei *GUW.* 4467 unter ausdrücklicher Betonung der novatorischen Kraft der rechtskräftigen Meißbotsvertheilung.

33) Die preuß. Subhastationsordnung § 75 verfügt dießfalls Tilgung unter Abzug des Interursurium.

34) S. Note 28. — *Bähr*, a. a. O. S. 198 fg. erklärt sich *de lege ferenda*

6) Gegen den Vertheilungsbescheid steht jedem Realinteressenten das Rechtsmittel des Rekurses, nach den gewöhnlichen Regeln,³⁵⁾ zu: darin kann sowohl die dem Beschwerdeführer zugewiesene Rangstellung angefochten werden, als der Betrag, mit welchem seine Forderung eingestellt erscheint, oder endlich auch deren Behandlung als Ausscheidepost, während ihre sofortige Liquidirung verlangt ist. — Wird die Anwendung eines formell gesetzwidrigen Verfahrens bei der Vertheilung behauptet, so ist gegen den Bescheid die Nichtigkeitsbeschwerde zu erheben.³⁶⁾

Nach eingetretener Rechtskraft aber kann der Inhalt dieses Bescheides nur noch im Prozeßwege, durch die Ergebnisse rechtzeitig erhobener Liquidirungs- und Vorrechtsklagen, Abänderungen erleiden.

2) Der Anspruch auf rangmäßige Befriedigung im Prozeßwege.

§ 75.

A. Die Liquidirungsklage.¹⁾

Wir verstehen darunter die Klage um richterlichen Austrag²⁾ des im Vertheilungsverfahren erhobenen Streites über den Bestand oder

für das unbeschränkbare Wahlrecht des Gläubigers und will insbesondere das Recht zur Zurückforderung auch nicht fälliger Kapitalien aus einem „bei jedem Kreditgeben“ angeblich zu unterstellenden „Stillschweigenden Vorbehalt“ ableiten, des Inhalts „daß für die zugesagte Dauer des Kreditverhältnisses das Grundstück nicht zum Zwangsverkauf komme“. Aber diese, an sich höchst problematische, Interpretation des Kreditvertrages könnte doch nur gegen den Kreditnehmer selbst, nicht auf Kosten der Nachhypothekare in Anwendung gebracht werden. Das letztere setzt einen positiven Rechtsatz voraus, wie er derzeit z. B. in Preußen besteht (und von *Struckmann*, S. 73 aus Billigkeitsgründen vertheidigt wird), aber m. E. entbehrlich ist, wenn man das in R. 31 a. E. Gesagte beachtet.

35) *A. G. D.* § 267, *Min. Vdg.* v. 28. Aug. 1860, *R. G. B.* 205, wgal. *G. D.* § 349 fg. Ueber die Zustellung des Vertheilungsbescheides s. den § 9 der cit. *Vdg.* für Tirol.

36) *A. G. D.* § 262 fg., wgal. *G. D.* § 342 fg. *Spain*, a. a. *D.* § 221.

1) *Hofbetr.* v. 19. Nov. 1839, *J. G. S.* 338, § 7, wgal. *G. D.* § 138; vgl. *Konf. D.* §§ 124 fg.

2) Ausnahmeweise, z. B. bei Steueransprüchen, erfolgt der Austrag durch die Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde; *R. D.* § 127.

Umfang³⁾ einer Hypothekarpfost;⁴⁾ sei es nun daß der Inhaber der bestrittenen Hypothek als Kläger auftritt und die Liquidirung begehrt, oder daß die bestrittenden Parteien auf Nichtliquidirung, oder beziehungsweise auf Minderung des angesprochenen Umfangs der Pfost klagen.⁵⁾

1) Ersterenfalls liegt im Wesentlichen eine Hypothekarklage vor und gelten die oben § 34 fg. für diesen Anspruch und die Vertheidigung gegen denselben entwickelten materiellrechtlichen Grundsätze. Nur hat es hier der Kläger nicht, wie bei der gemeinen Hypothekarklage, blos mit dem Eigenthümer des Pfandgutes zu thun, sondern mit der Gesamtheit aller jener Realberechtigten, welche seinen Anspruch in der Vertheilungsverhandlung bestritten haben; diese muß er als Streitgenossen⁶⁾ belangen. Sein Petit unterscheidet sich von dem der ordentlichen Hypothekarklage darin, daß er nicht die „volle Befriedigung“ kraft seines Hypothekarrechtes, sondern nur die Liquidhaltung, d. h. die Anerkennung seines Rechtes in dem angesprochenen Umfang, begehrt.⁷⁾ Er hat darum nur den Rechtsbestand desselben nachzuweisen, nicht auch die Fälligkeit; und die Wirkung seines Sieges ist, daß seine Hypothek

3) Dabei wird der Einfachheit wegen hier vorausgesetzt, daß ihr eventueller Rang außer Streit steht; andernfalls wäre auch über diesen unter Einem zu prozessiren und würde das Liquidirungsurtheil, wenn es die Pfost überhaupt anerkennt, zugleich über deren Rang zu entscheiden haben (vgl. *R. D.* § 132), also zugleich Vorrechturtheil sein.

4) Der hier angenommene Sprachgebrauch steht in der östr. Praxis nicht fest. Der Ausdruck „Vorrechtsklage“ wird auch für die Liquidirungsklage gebraucht, selbst wenn sie nur gegen die Existenz (und nicht gegen den Rang) einer in den Vertheilungsbescheid als richtig eingestellten Vorhypothek sich richtet (s. *Kleppsch*, *Haimers Mag.* XIII, S. 41), weil sie auch dann „immer auf die Prioritätsrechte der (anderen) Tabularforderungen von Einfluß ist“. Diesen weiteren Sinn unterlegt auch die wgal. *G. D.* diesem Wort, indem sie (§ 138) unter der „Vorrechtsklage . . . einem Gläubiger das ihm in der Klassifikation zugewiesene Recht zu bestritten“ die Liquidirungsklage versteht, während § 137 von der Vorrechtsklage i. e. S. handelt.

5) Ueber die Zuthellung der Klägerrolle s. oben S. 574.

6) *R. D.* § 124. Nach § 7 der cit. *Vdg.* haben dieselben einen gemeinsamen Vertreter zu bezeichnen, der für Alle den Prozeß zu Ende zu führen hat; nöthigenfalls bestimmt einen solchen der Richter; s. auch wgal. *G. D.* § 144, wo hinsichtlich der Vorrechtsklage dasselbe verfügt ist.

7) Die Liquidirungsklage des Hypothekars ist ebenso eine Anerkennungsklage, wie die Pränotations-Rechtfertigungsklage (s. oben S. 207), mit welcher sie innerlich verwandt ist.

(mit ihrem durch das Urtheil festgestellten Inhalt) weiterhin so behandelt wird, als wäre sie allseitig freiwillig anerkannt worden, also nach Obigem, daß sie nach Zulänglichkeit des Kauffchillings entweder zur Tilgung, oder zur Ueberbindung⁸⁾ auf den Ersteher kommt.

2) Sind die bestreitenden Parteien auf den Rechtsweg gewiesen, den sie als Streitgenossen⁹⁾ innerhalb der zuständigen Frist¹⁰⁾ zu betreten haben, so entsteht ein Anfechtungsprozeß, in welchem die oben § 12 fg. dargelegten materiellrechtlichen Normen über die Anfechtung formell gültiger bürgerlicher Einträge¹¹⁾ zur Anwendung kommen; mit der Maßgabe jedoch, daß (wie wir in § 73 bereits festgestellt haben), dem Vertreter der Bestreitenden das gesammte Anfechtungsmaterial rechtlich zur Verfügung steht, welches außer dem Executionsfall nur dem Pfandeigentümer wirksam zugestanden hätte, und zwar dies auch dann, wenn der Execut selbst sich der Bestreitung nicht angeschlossen hat.

Die Wirkung des die Liquidität anerkennenden (rechtskräftigen) Urtheils, gleichgiltig ob dies Ergebnis aggressiv oder defensiv erstritten sei, ist immer die, daß die Hypothek fortan so behandelt wird, als wäre sie nie bestritten gewesen. Wird aber durch das Urtheil dem ganzen Hypothekarrecht oder einem Theil desselben die Richtigkeit aberkannt, so ist es, als hätte dasselbe insoweit nie im öffentlichen Buch gestanden: 12) die zu seiner eventuellen Befriedigung aus dem erlegten Kaufpreis vorläufig zurückgehaltene, oder beim Ersteher zum gleichen Zweck stehengebliebene Summe fällt den bei der Meistbotsvertheilung leer ausgegangenen Gläubigern nach Maßgabe ihrer Rangordnung zu. Ueber die gehörige Vertheilung solcher, möglicherweise erst nach Zahren frei gewordener, Kauffchillingsreste muß nöthigenfalls eine neuerliche

8) Weil der Liquidirungskläger nicht auf Befriedigung klagt (so wenig als der Justifizierungskläger), kann er nach dem Sieg immer noch die Zahlung ablehnen und die Ueberbindung der fortbestehenden Schuld begehren (wenn sie nicht fällig ist, s. oben § 74, Note 26).

9) S. Note 6.

10) Oben § 74, Note 10.

11) Möglicherweise wird auch die formelle Richtigkeit des bestrittenen Eintrags negirt, dann gestaltet sich die Bestreitung zur Nichtigkeitsklage (oben § 11).

12) Die Bückung, wenn sie nicht schon vorher gegen Erlag des Kauffchillings erfolgt war, erwirkt jetzt der Ersteher durch ein Gesuch auf Grund des rechtskräftigen Urtheils.

offizielle Verhandlung gepflogen und neuerlich ein Vertheilungsbescheid geschöpft werden.

Die Kosten des Liquidirungsprozesses bilden einen gesetzlichen Anhang des zu liquidirenden Hypothekarrechts,¹³⁾ welches eben nur durch diesen Prozeß hindurch zu seiner gesetzmäßigen Befriedigung gelangen kann; daher gebührt ihr Ersatz dem klagenden Hypothekar aus dem Kauffchilling in dem Rang seiner Forderung; 14) nur wenn er gänzlich unterliegt, so daß ihm eine Forderung überhaupt nicht zusteht, gebührt ihm auch kein Kostenersatz. Die bestreitenden Nachhypothekare hingegen, wenn sie (als Kläger oder Beklagte) abgewiesen und in die Kosten verurtheilt sind, haben niemals Anspruch auf deren Ersatz aus dem Kauffchilling; denn für sie bildet die Erhebung eines Prozesses zur Bestreitung einer angeblich ungiltigen Vorhypothek keineswegs einen gesetzlich nothwendigen Schritt auf dem Wege zur Realisirung ihrer Hypothekarrechte: thun sie ihn, um sich in der Konkurrenz auf den Kauffchilling besser zu stellen, so geschieht es auf ihre Gefahr, nicht auf Kosten ihrer Nachmänner und des Eigentümers. — Dem im Liquidationsfrei siegreichen Hypothekar gebührt außer den Prozeßkosten auch noch der Ersatz der dem Gerichtsdepositenamt zu zahlenden Gebühren für die mittlere Verwahrung und endliche Zuzählung des erstrittenen Kauffchillingsbetrages, da die „erwähnte Gebühr, ebenso wie Gerichtskosten, sich als eine nothwendige Auslage für den Gläubiger darstellt, um zu seiner vollen Befriedigung aus dem Pfande, wie sie nach dem Gesetze geschehen soll, zu gelangen“. 15).

§ 76.

B. Die Vorrechtsklage.¹⁾

Inhalt und Voraussetzungen derselben.

Um Mißverständnissen vorzubeugen sei vorerst bemerkt, daß wir unter einer Vorrechts- oder Prioritätsklage ausschließlich diejenige ver-

13) G. B. G. § 16; es gilt hier dasselbe, wie von den Kosten der Hypothekar-klage, s. oben S. 270.

14) Nicht etwa, gleich den Executionskosten, als Vorzugspost; so ausdrücklich § 11 der cit. Vbg.

15) Urth. bei G. W. 2535.

1) Wgal. G. D. §§ 137 f.; § 9 des cit. Hofdekr. für Tirol (vgl. R. D. §§ 124,

stehen, in welcher der Kläger für seine Hypothek den besseren Rang (das Vorrecht) vor einer oder mehreren anderen Hypotheken an demselben Objekt in Anspruch nimmt, indem er die Rangstellung der letzteren vor der seinigen als rechtswidrig bestreitet. Der Bestand und Umfang der so bestrittenen Post bleibt dabei außer Streit; andernfalls läge, unserem Begriffe nach,²⁾ keine Vorrechts-, sondern eine Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage vor,³⁾ — deren Erfolg natürlich weiter reicht und das Ziel der Vorrechtsklage mit umfaßt, — oder allenfalls auch eine Kombination beider Klagen, wenn nämlich eventuell, für den Fall der Abweisung des auf Ungiltigkeit der Vorpost in erster Linie gestellten Begehrens, in zweiter Linie die Priorität derselben angefochten würde.⁴⁾

Die Veranlassung zur Erhebung einer Vorrechtsklage liegt vor, sobald die gegnerische Hypothek im Besitze der vorausgesetztermaßen rechtswidrigen Vorrangstellung erscheint, und dadurch die Einbringlichkeit des klägerischen Rechts gefährdet. Das ist nun augenscheinlich dann der Fall, wenn sie in dem rechtskräftigen Kaufschillingsvertheilungsbescheid⁵⁾ nach durchgeführter Feilbietung des Pfandes zu Unrecht vor die Hypothek des Klägers gereiht ist; und von diesem ihrem gewöhnlichsten Anwendungsfall her hat man sich in Oestreich gewöhnt den Begriff der Vorrechtsklage, welcher einerseits in der schon erwähnten Weise auf Anfechtungsklagen mit ausgedehnt wurde, andererseits ohne Grund auf die klagweise Anfechtung (des Bestandes oder des Ranges) einer im Exekutionsverfahren bereits liquidirten Hypothekarpost zu beschränken. Aber es bedarf kaum der Ausführung, daß auch schon vor dem Einbruch der Exekution das Recht und die Veranlassung zur Erhebung einer gleichartigen Klage vorliegen kann. Wenn ein Theil einer Hypothekarforderung bedirt ist, mit dem ausdrücklich eingeräumten

132, 135, 136). Die Gesetzesstellen beziehen sich ausschließlich auf die Vorrechtsklage im Stadium der Exekution.

2) Ueber den abweichenden Sprachgebrauch der östr. Praxis, welche auch hier von „Vorrechtsklage“ spricht, falls der Anspruch erst im Stadium der Exekution gegen den Vertheilungsbescheid auftritt, s. oben § 75 Note 4.

3) Ueber diese s. § 75, Z. 2.

4) Diesen letzteren Fall behandelt § 132 der R. O.

5) Bei dem oben S. 557 geschilderten Verfahren tritt an die Stelle dieses Gesamtbescheids der Sonderbescheid, welcher die Liquidität und zugleich die (jetzt zu bestreitende) Rangstellung der betreffenden Forderung anerkannt hat.

Vorrecht vor dem zurückgebliebenen Rest, und erst nach Rechtskraft des Einverleibungsbescheides entdeckt wird, daß dieses Rangverhältniß bei der Eintragung übergangen wurde, — oder wenn verabredetermaßen successiv eingereichte Verbücherungsgesuche dennoch als gleichzeitige behandelt sind, — oder wenn das nachweislich früher überreichte Gesuch bei Gericht verlegt und die endlich bewilligte Eintragung alsdann erst hinter einer später angefochtenen vollzogen ist, — oder wenn die beiden Präsentationszahlen im Einreichungsamte des Gerichts gefälscht oder verwechselt wurden — in all' diesen und vielen ähnlichen Fällen kann doch dem Verletzten, weil er den Rekurs versäumt hat, nicht zugemuthet werden mit der Geltendmachung seines Vorrechtsanspruchs bis zur künftigen Exekution zu warten, zumal derselbe alsdann leicht durch inmitten liegende Tabularakte zu Gunsten redlicher Dritter abgeschnitten sein dürfte: sondern es steht ihm jederzeit das Recht zu, soweit und solange die Folgen des Publizitätsprinzips nicht dazwischengetreten sind, die Rangstellung des ihn rechtswidrig zurückdrängenden bücherlichen Eintrages als nichtig oder anfechtbar anzugreifen, und die Herstellung der dem materiellen Rechte entsprechenden Rangfolge im Buch zu begehren.⁶⁾ Dies ist eine Vorrechtsklage, welche sich von der gewöhnlich allein so genannten, wie die nachfolgende Ausführung ergeben wird, weber in dem Inhalt des erhobenen Anspruchs, noch in den Voraussetzungen und Wirkungen des Sieges wesentlich unterscheidet.

1) Was zunächst das Petit der Klage anbelangt, so geht dasselbe in den Fällen der zuletzt besprochenen Art auf Erkenntniß, daß dem klägerischen Pfandrechte der Vorrang vor demjenigen des Beklagten (oder der mehreren Beklagten) zustehet, und daß demgemäß der materiell unrichtige Buchstand (dessen Existenz die Rechtsstellung des Klägers wegen möglicher Folgen des Publizitätsprinzips gefährdet) zu berichtigen sei. Bei der Vorrechtsklage im Stadium der Exekution aber schließt sich an die Bitte um das gleiche präjudizielle Erkenntniß naturgemäß das Begehren auf Nichtigstellung nicht des Buchstandes, sondern des Kaufpreis-Vertheilungsentwurfes, also auf Befriedigung nach Maßgabe der richtiggestellten Priorität. Beide Schlußbitten enthalten die der

6) Auch das Rechtsmittel der Streitannulirung nach § 61 G. V. G. steht ihm neben der Klage zu (gleichzeitig oder später), da er die Einverleibung des Gegners in einem integrierenden Bestandtheile derselben, dem Rang, als ungiltig bestreitet.

verschiedenen Sachlage angemessenen Folgerungen aus derselben Prämissen, dem in Anspruch genommenen Vorrecht.

2) Auch die Voraussetzungen des Sieges sind in beiden Fällen dieselben. Immer hat der Kläger den Beweis zu unternehmen, daß die zwischen seinem und dem gegnerischen Pfandrechte — nach dem Inhalt des öffentlichen Buches, oder des Kaufgeldervertheilungsbescheides⁷⁾ — bestehende und bis auf Weiteres ipso jure maßgebende Rangbeziehung widerrechtlich sei, und daher zu seinen Gunsten abgeändert werden müsse, sei es im Sinne der Gleichstellung beider Rechte, oder dahin, daß jenes dem seinigen nachzustehen habe. Zu diesem Ende wird er je nach der Sachlage entweder a) die partielle Nichtigkeit des bestrittenen bürgerlichen Eintrags behaupten, nämlich die Nichtigkeit jenes Theiles des Eintrags, wodurch dessen Priorität bestimmt wird; seine Bestreitung wird also sachlich den Charakter der Nichtigkeitsklage⁸⁾ haben. So in den oben angeführten Beispielen, und außerdem überall, wo die bestrittene bürgerliche Rangordnung durch einen Verstoß gegen die Normen des formalen Tabularrechts geschaffen ist; z. B. auch in dem Falle, da die bestrittene Post auf Grund einer Anmerkung der Rangordnung einverleibt wurde, welche damals bereits erloschen (G. B. G. § 55), aber durch Versehen des Grundbuchsgerichtes nicht gelöscht war.⁹⁾ Oder b) der Kläger muß zwar die formelle Nichtigkeit der im öffentlichen Buch (und demzufolge auch im Vertheilungsbescheid) apparirenden Priorität des Gegners gelten lassen, aber er behauptet deren materielle Rechtswidrigkeit und die Verpflichtung des Gegners, dem materiellen Recht sich zu fügen; sein Anspruch also ist Anfechtung im technischen Sinn.¹⁰⁾ So z. B. wenn angeführt wird, der bürgerliche Vorrang der gegnerischen Hypothek sei seinerzeit gegen den Inhalt eines Vertrages dolos erschlichen, oder durch Zufall entstanden, indem etwa die verabredete Gleichzeitigkeit der Gesuchsüberreichungen durch Absicht

7) „Graduationsurtheil“ nach dem Sprachgebrauch des cit. Hofbetr. § 9; vgl. auch Note 5.

8) S. oben § 10, 11.

9) Vgl. G. B. G. § 58. Wichtig ist diesfalls der Theil der Eintragung, welcher besagt, daß dieselbe in der Rangordnung jener Anmerkung erfolge.

10) S. oben § 13; unter welchen Voraussetzungen die Verpflichtung des Gegners, dem materiellen Recht zu weichen, besteht, ist oben § 14 fg. ausgeführt.

oder Ungeschick vereitelt wurde;¹¹⁾ oder wenn die Rechtswirksamkeit einer gehörig eingetragenen Vorrangsabtretung wegen Betrug, Zwang u. dgl. angefochten wird. — In beiden Fallgruppen (unter a und b) fällt der Anspruch des Vorrechtsklägers unter die Schranken des Publizitätsprinzips, bleibt also gegenüber dem rechtlichen bürgerlichen Einzelnachfolger in dem widerrechtlich voranstehenden Hypothekarreht wirkungslos.¹²⁾

Endlich kann c), bei der im Stadium der Kaufschillingsvertheilung erhobenen Vorrechtsklage, der Klagegrund insbesondere auch noch darin liegen, daß der Exekutionsrichter den der Vertheilung zu Grunde gelegten richtigen Tabularstand unrichtig oder unvollständig aufgefaßt habe (— z. B. indem er der angemerkten Vorrangsabtretung bei der Vertheilung absolute Wirkung beimäß,¹³⁾ oder indem er bei nacheinanderstehenden Posten die Anmerkung der Gleichzeitigkeit übersah u. dgl. —), und so zu einer unrichtigen Befriedigungsreihe gelangt sei; oder auch wohl darin, daß derselbe einen im Grundbuch gar nicht apparirenden Anspruch, welchem die Eigenschaft als „Vorzugspost“ bestritten wird, im Vertheilungsbescheid an vorgehender Stelle zur Befriedigung gewiesen habe.¹⁴⁾ In diesen und ähnlichen Fällen richtet sich die Klage nur der Form nach gegen den beklagten Gegner, dem Inhalt nach gegen den Vertheilungsrichter, und fällt mit dem Rekurs gegen den Vertheilungsbescheid materiell zusammen. —

Der klagende Nachhypothekar, welcher für sein Recht einen besseren Rang in Anspruch nimmt, als welcher ihm durch den Wortlaut des Buchstandes oder beziehungsweise des Vertheilungsbescheides, angewiesen erscheint, wird je nach Umständen bloß Einen, oder aber mehrere der ihm vorangestellten Gläubiger von ihren Plätzen verdrängen zu müssen glauben. Im letzteren Falle muß er gegen Jeden insbesondere die Klage richten;¹⁵⁾ wer nicht beklagt ist, behält seinen Rang, un-

11) Vgl. oben § 61 Note 14. In diesem Falle ist die bürgerliche Priorität der zuerst angesuchten Eintragung formell völlig korrekt, aber nach dem Inhalt jenes Vertrages zwischen den Hypothekaren besteht für den Vorangefkommenen die Pflicht, die entsprechende Abänderung des Buchstandes sich gefallen zu lassen.

12) S. oben S. 87, 94, 513.

13) Vgl. oben S. 489, 495.

14) Auf Vorrechtsklagen dieser Art beziehen sich die meisten der oben in § 62 angef. oberstrichterlichen Entscheidungen.

15) Er hat also im Allgemeinen so viele Vorrechtsklagen anzustrengen, als er

Berührt durch den Erfolg der gegen seine Vor- und Nebenmänner angestregten Prioritätsprozesse.¹⁶⁾ Ein rechtlicher Zwang, auch die Zwischenmänner in den Rechtsstreit einzubeziehen, wenn man das Vorrecht vor einem nicht unmittelbar prälozirtten Gläubiger klagweise in Anspruch nimmt, besteht nicht; es gilt, nicht blos für die Zeit der Dauer der Hypotheken, sondern auch im Stadium der Liquidation des Pfandes hierin freie Wahl,¹⁷⁾ so daß jeder Nachhypothekar einen oder mehrere seiner Vormänner, nach Belieben auch sprungweise (per saltum), um das Vorrecht beklagen kann.

§ 77.

Fortsetzung.

Wirkungen der Vorrechtsklage.

Die Wirkung des Vorrechtsurtheils ist für den siegenden Kläger dieselbe, mag es schon vor der Exekution, oder erst im Laufe des Vertheilungsverfahrens (gegen den Vertheilungsbescheid) erstritten sein: immer nämlich die, daß bei der künftigen Befriedigung, mag diese in der Ferne stehen oder unmittelbar im Zuge sein, die Hypothek des Beklagten erst hinter der des Klägers an die Reihe kommt. Aber außerdem ergibt sich in dem letztern Fall noch eine Seitenwirkung des Urtheils auf andere Hypothekare, die in dem abgeführten Prozeß nicht Parteien waren, in Folge des konkursartigen Charakters unserer Realexekution. Daher scheint es zweckmäßig beide Fälle in unserer Darstellung auseinander zu halten. Wir beginnen mit dem ersten.

I. Hat Kläger seinem Petit gemäß das Erkenntniß erwirkt, daß die im öffentlichen Buch der seinigen voranstehende (oder gleichstehende) Hypothek des Gegners ihr gleich- oder nachzustehen habe, und daß Gegner in Anspruch nehmen will; nur im Stadium der Rausschillungsvertheilung kann er sie alle, als Streitgenossen, mit Einer Klage angehen und zugleich die Aufstellung eines gemeinsamen Vertreters derselben begehren (vgl. G. D. § 137), was dem konkursartigen Charakter des obwaltenden Verhältnisses entspricht.

16) § 137 cit.; von der Frage nach der Seitenwirkung dieser Prozesse wird unten noch des Näheren die Rede sein.

17) Diesen wichtigen Satz enthält § 137 wg. G. D. (welcher in § 9 der cit. Vdg. für Tirol ausdrücklich bezogen ist): „Wer eine Vorrechtsklage einreichen will, um zu behaupten, daß ihm ein besseres Recht gebühre, als mit welchem er in der Klassifikation einkommt, muß die Klage wider alle diejenigen ausdrücklich anbringen, die er diesfalls anzugehen gedenkt; widrigens ist sein Recht gegen diejenigen erloschen, die er nicht angegangen hat.“

demgemäß der Inhalt des Grundbuches richtig zu stellen sei, so bewirkt er nach Rechtskraft dieses Urtheils durch Einschreiten beim Tabulargericht die betreffende Richtigstellung und hat damit sein Ziel erreicht. Es geschieht dies durch eine Anmerkung bei beiden im Rangstreit gewesenen Posten des Inhalts, daß laut Urtheils die siegende der besiegten im Rang vorgehe (bez. gleichstehe). Die Wirkung ist, wenn keine Zwischenpost vorhanden oder auch gegen diese das Vorrecht erstritten ist, dieselbe, als ob schon ursprünglich die betreffenden Eintragungen in derjenigen Reihenfolge verbüchert wären, welche ihrer jetzt urtheilsmäßig festgestellten Rangordnung entspricht. Sind aber Zwischenhypotheken da, gegen welche das Vorrecht nicht eingeklagt oder nicht erstritten ist, so bleiben diese nach den bekannten Grundsätzen über res judicata¹⁾ von den Wirkungen des inter tertios ergangenen Urtheils unberührt: der dritte Pfandgläubiger, welcher dem Ersten das Vorrecht abgestritten hat, bringt dadurch den Zweiten nicht hinter sich, aber dieser rückt auch nicht vor, da für ihn immer noch der Erste Vormann bleibt.²⁾ Wüthlin stellt sich die Sache so, daß seinerzeit bei der Rausschillungsvertheilung nur der Dritte kraft seines Urtheils vom Ersten fordern darf, daß er ihm weiche; wonach der auf die Forderung des Ersteren sonst entfallende Erlösthail nun zunächst zur Befriedigung des Dritten frei wird, welcher aber für den etwaigen Rest seiner Forderung erst hinter dem Zweiten zum Zuge kommt, wogegen hinwiederum der Erste den etwaigen Ueberschuß seiner Forderung über die des ob-siegenden Dritten, nach dessen völliger Befriedigung, vor dem Zweiten bezieht (gegen den er immer der potior geblieben war.) Ist das Urtheil durch die oben gedachte Anmerkung vollzogen, so wirkt sein Inhalt auch für und gegen die Einzelnachfolger in beiden Hypotheken.³⁾ Wird, bevor es zur Exekution gekommen, die Forderung des Ersten getilgt, so entfällt damit für den Dritten der Erfolg seines Vorrechtsstreites, indem der

1) S. darüber Unger Syst. II, § 132. A. b. Gb. § 12, a. G.

2) Dies besagt die berühmte L. 16 D. qui pot. 20, 4; eine Entscheidung, die deshalb auch für uns maßgebend ist, weil sie nur eine Anwendung der in Destrinch regipirten römischrechtlichen Grundsätze über die Rechtskraft des Urtheils enthält.

3) Während sonst die Rechtsmittel aus der res judicata schlechtweg auf alle Successoren übergehen (Unger, a. a. O. IV, 2, L. 2, C. de except. 8, 36), ist das hinsichtlich der Einzelnachfolger, wegen des Publizitätsprinzips, hier bedingt durch die bürgerliche Erstlichkeit des Urtheilsinhalts.

Zweite vorrückt. Darin steckt kein Widerspruch gegen den Inhalt des Rechtspruches, sondern nur eine Folge der Wahrheit, daß das Urtheil streng relativ, nur zwischen den Parteien und ihren Rechten ein Verhältniß schafft, welches mit dem Wegfall des einen Verhältnißgliedes naturgemäß zusammenbricht. Es liegt darin auch die Erklärung dafür, daß die Wirkungen des rechtskräftigen Prioritätsurtheils mit den oben (§ 65) entwickelten Wirkungen der bürgerlichen Nachstehungserklärung in Allem zusammentreffen; denn diese letztere schafft, nach unseren obigen Ausführungen, durch Vertrag genau das, was das Prioritätsurtheil durch seine Rechtskraft bewirkt, nämlich eine rechtliche Beziehung⁴⁾ nur zwischen den Betheiligten (und ihren Rechtsnachfolgern) des Inhalts, daß der bürgerliche Vorrang des Einen gegenüber dem Andern nicht zur Geltung kommen kann, während er doch jedem Dritten gegenüber besteht.⁵⁾

Die im Wesen der Rechtskraft begründete Relativität des Prioritätsurtheils führt auf dem Boden des gemeinrechtlichen Pfandrechts bekanntlich zu einem unlöslichen, mindestens durch die Gesetzgebung nicht gelösten, Kreislauf, indem der obstehende dritte Pfandgläubiger kraft des Urtheils den Besitz der Pfandsache dem Ersten abnimmt, aber an den Zweiten wieder herausgeben muß (da er diesen nicht besiegt hat), und letzterer hinwieder dem Ersten zu weichen hat, welchem neuerdings der Dritte den Besitz abnimmt u. s. w.⁶⁾ Für unser Hypothekenrecht besteht diese Verwicklung nicht, da es kein Besitzrecht des prior creditor giebt, sondern dessen Vorrecht erst im Befriedigungsstadium sich geltend

4) Die im technischen Sinne s. g. Subikatsobligatio. Unger, § 133.

5) Wenn Windscheid, Pand. § 247 vom Prioritätsurtheil sagt: „Ein solches Urtheil bewirkt nicht, daß das nachstehende Pfandrecht den Rang des vorgehenden habe, sondern gibt nur dem Prozeßsieger des Recht, von dem Besiegten zu verlangen, daß dieser ihn als den vorgehenden Pfandgläubiger anerkenne; Dritte werden davon nicht berührt.“ — so deckt sich dies völlig mit dem, was wir oben S. 513 ff. als die Rechtswirkung der vertragsmäßigen Nachstehung festgestellt haben.

6) Ueber diesen »circulus inextricabilis« und seine etwaigen Lösungen s. die gemeinrechtliche Literatur bei Windscheid, § 247, N. 2, Vangerow, Pand. I, § 377, Anm. 2, und neuerdings Voss, Jahrb. f. Dogm. XVI, S. 177 fg. Das Richtige ist, daß es eine eigentliche Lösung nicht giebt (s. Krüger, prozessualische Konsumtion S. 199), sondern nur eine praktische Erledigung im Wege der Ausübung des jus offerendi durch den Dritten gegen den Zweiten.

macht, hier aber die durch das Urtheil geschaffene Relation in der soeben dargestellten Weise ihre Erledigung findet⁷⁾.

Denn es erleidet nach östreichischem Recht keinen Zweifel, daß bei der Kaufgeldervertheilung nach Ver Silberung des Pfandgutes, gleichviel ob in der Einzeleruktion oder im Konkurs, der Vertheilungsrichter den Inhalt vorhergegangener rechtskräftiger Vorrechtsurtheile als maßgebend zu betrachten, somit bei der aufzustellenden Befriedigungsreihe als nicht weiter zu erörternde Grundlage hinzunehmen hat.⁸⁾ Schwierigkeiten der Durchführung ergeben sich dabei, wenn man die grundsätzlich bloß relative Urtheilswirkung im Auge behält, auch dann nicht, wenn zwischen zwei oder mehreren Paaren aus der Gläubigerreihe Prioritätsurtheile vorliegen, die sich insofern widersprechen, als ihrem Inhalt gemäß Eine objektiv gültige Prioritätsreihe nicht denkbar ist, weil jedes der Urtheile eine andere ergeben würde. Hat (um dies an dem einfachsten Beispiel zu zeigen) von vier hintereinander im Buche stehenden Gläubigern A, B, C, D der Dritte den Ersten, aber nicht zugleich den Zweiten besiegt, so wäre die diesem Urtheil entsprechende objektive Rangordnung: C, B, A, D; liegt nun aber außerdem auch ein Urtheil gleichen Inhalts bloß zwischen dem Vierten und Zweiten vor, so ergäbe dieses an und für sich die Ordnung: A, D, C, B. Das erscheint als ein Widerspruch, weil nicht A zugleich an erster und an dritter Stelle stehen kann u. s. w.⁹⁾ Indessen liegt der Fehler in der falschen obzwar versteckten Unterstellung, daß das Prioritätsurtheil absolut wirke; denn so müßte es wirken, wenn es eine objektive Rangreihe geben soll, die man als seinem Inhalt entsprechend, als von ihm gesetzt, bezeichnen könnte.¹⁰⁾ In Wahrheit aber setzt das Urtheil eine solche

7) Für das Stadium der Kaufgeldervertheilung vertritt Voss a. a. O. in ausführlicher Weise auch vom Standpunkt des gemeinen Rechts die hier angenommenen Grundsätze.

8) Für das gemeine Recht hat Dernburg röm. Pfdrt. II, S. 469 die gegentheilige Ansicht zu vertreten gesucht, wonach der Vertheilungsrichter von Neuem zu entscheiden habe, wenn die vorliegenden Prioritätsurtheile nicht zusammenstimmen. Dagegen Voss, a. a. O., Windscheid, § 247, N. 2.

9) Ebenso steht die Sache, wenn in zwei Prozessen erst B dann C dem A seinen Vorrang streitig gemacht haben, B abgewiesen, C aber durchgedrungen ist, indem der erste Richter annahm, die rechtmäßige Reihe sei A, B, C, während der zweite überzeugt war, sie sei B, C, A.

10) Es bedarf gar nicht der obigen Annahme zweier Prioritätsurtheile, um

Reihe überhaupt nicht, sondern nur eine Einzelbeziehung zwischen den Prozeßparteien allein,¹¹⁾ und der obige scheinbare Widerspruch existirt nicht, weil die vermeintlich sich widersprechenden Ordnungen nirgends bestehen.

Indem nun der Vertheilungsrichter jene Einzelbeziehungen, wie sie durch die vorliegenden rechtskräftigen Urtheile gegeben sind, als solche einzeln auffaßt und zur Geltung bringt, lösen sich ihm von selbst alle Schwierigkeiten. Er wird in allen Stücken so vorgehen, als ob zwischen den betreffenden Hypothekaren die betreffende Veränderung in ihrer gegenseitigen Rangstellung nicht durch Prozeß erzwungen, sondern durch freiwillige Abmachung (Nachstehungsvertrag) hergestellt wäre, — er wird also die nach der bürgerlichen Reihe auf jeden im Vorrechtsstreit Besiegten entfallende Erlösportion zunächst dem Sieger (bez. den Siegern) zur Befriedigung zuweisen, den etwaigen Rest aber ihm, unter Ausschluß der nicht klagweise aufgetretenen und darum nicht vorrückenden Zwischenmänner, belassen; hinwiederum dient, wie im Falle der Nachstehung,¹²⁾ die Erlösportion des Siegers nach dessen gänzlicher Befriedigung, soweit sie eben reicht, zur Deckung des Besiegten.¹³⁾

zu Widersprüchen zu gelangen, wenn man einmal in die hier bezeichnete falsche Unterstellung verfallen ist. Genauer besehen enthält schon jede einzelne der im Text aufgestellten Rangordnungen in sich selber den Widerspruch: denn A gehört zwar (nach dem ersten Urtheil) hinter C, aber nicht zugleich hinter B, und C hinwiederum zwar hinter B, aber doch vor A. Damit ist die Möglichkeit einer widerspruchsfreien Rangreihe schon ausgeschlossen, denn man kann nicht der Vormann Jemandes sein, hinter dessen Hintermann man steht.

11) Das ist theoretisch auch dann wahr, wenn das Vorrangsurtheil nicht per saltum, sondern gegen alle Vormänner, bis zu dem in Anspruch genommenen Platz hinauf, erstritten ist; nur tritt es dann praktisch nicht hervor, weil dann wirklich durch die Rechtskraft des Urtheils der Erfolg so hergestellt wird, als bestünde objektiv die entsprechende Reihenfolge. (Es braucht aber nur späterhin das Urtheil gegen Einen der Zwischenmänner sich als nichtig zu erweisen, um sofort die wahre Natur seiner Wirkung gegenüber allen Uebrigen herauszufehren.)

12) S. oben § 65 N. 13.

13) Es kommt also im Falle des obigen Beispiels (im Text) aus der auf A, als den bürgerlich Ersten, entfallenden Erlösportion zunächst C zum Zuge; was er übrig läßt, weil seine Forderung etwa kleiner ist, als die des A, erhält dieser (vor B und D) und außerdem die ganze an sich auf C entfallende Portion. Ebenso befriedigt sich aus der Portion des B zunächst D, welcher mit seinem etwaigen Forderungsrest an seiner eigenen letzten Stelle noch dem von ihm besiegten B vorgeht; B endlich erhält,

Die in den hier besprochenen Fällen beobachtete Erscheinung einer bloß relativen Priorität zwischen den Hypothekaren eines Pfandgutes kann sich auch anderweitig, als Folge des Publizitätsprinzips, ergeben. Dann nämlich, wenn die zur Zeit der Exekution vorliegende bürgerliche Rangreihe durch eine Eintragung bedingt ist, welche materiell widerrechtlich erfolgt war, und wenn unter den von dieser Eintragung in ihrer Priorität Affizirten einige durch das Publizitätsprinzip gedeckt sind, andere jedoch nicht; so daß gegen diese letzteren die dem materiellen Recht entsprechenden Rangverhältnisse geltend gemacht werden dürfen, während für die ersteren bloß der Buchstand entscheidet.¹⁴⁾ Auch hier hat der Vertheilungsrichter, ganz in der soeben besprochenen Weise, die einzelnen Prioritätsbeziehungen als solche in Rechnung zu ziehen und bei der Kauffchillingsvertheilung zu verwirklichen.

II. Wir gelangen endlich zur Frage nach der materiellen Wirkung solcher Prioritätsurtheile, die erst im Stadium der Pfandexekution gegen den Inhalt des richterlichen Vertheilungsbescheides erstritten sind. Zum Voraus muß hervorgehoben werden, daß an sich für die rechtliche Behandlung der in jenem Stadium auftretenden Rangstreitigkeiten ein doppelter Standpunkt möglich ist. Man kann 1) die einzelnen auf den Kauffchilling konkurirenden Gläubiger auch jetzt noch als Einzelne betrachten, die jeder für sich die Befriedigung ihrer Forderung suchen und dabei mit jedem Einzelnen von den Uebrigen in Kollision gerathen; der Vertheilungsbescheid drückt alsdann die Summe jener Einzelbeziehungen aus, und wer sich durch seinen Inhalt rechtlich verletzt findet, der greift im Klagwege soviel von diesem Inhalt an, als ihn beschwert; er wird also von den darin statuirten Rangbeziehungen seiner Forderung zu allen übrigen Eine oder mehrere (auch per saltum) als rechtswidrig bezeichnen und das Urtheil dahin verlangen: daß ihm der Vorzug vor dieser und jener Post zuerkannt, sonach also der bis dahin ihr zugewiesene Kauffchillingsbestandtheil zunächst zu seiner Befriedigung herangezogen werde. Es ist klar, daß alsdann die Wirkung des ergangenen Urtheils genau ebenso zwischen den Parteien beschränkt

wenn seine Forderung größer ist, als die seines Siegers D, den Ueberschuß an seiner eigenen Stelle (vor C, bezw. A), und den Rest aus dem was alle anderen übrig lassen.

14) Ein für diese Fälle typisches Beispiel wurde schon oben § 65, N. 47 erörtert. Czner, Desfr. Hyp.-Recht.

bleibt, und die kombinierte Wirkung verschiedener, zwischen verschiedenen Gläubigergpaaren ergangener Prioritätsurtheile in ganz derselben Weise sich darstellen muß, als ob diese Urtheile schon vor dem Exekutionsbeginn dagewesen wären; woraus natürlich folgt (vgl. oben), daß die Klassifikation keine in sich geschlossene und widerspruchsfreie Einheit bildet, weil die im Vertheilungsbescheid angenommene Rangordnung durch die Rechtskraft mehrerer nachfolgender Prioritätsurtheile in der Weise durchlöchert sein kann, daß eine für alle Betheiligten gleichermaßen maßgebende objektive Rangreihe überhaupt nicht mehr vorliegt.¹⁵⁾

2) Andererseits aber kann der maßgebende Gesichtspunkt für die Behandlung aller in diesem Stadium auftauchenden Rangkontroversen auch der sein, daß mit der Vorrechtsklage nicht sowohl die Priorität des Beklagten im Verhältnisse zum Kläger als solche und allein angegriffen werden will, als vielmehr die vom Vertheilungsrichter aufgestellte Rangordnung selbst, indem behauptet wird: das Pfandrecht des Beklagten gehöre an einen bestimmten schlechteren Platz in dieser Ordnung, hinter das Recht des Klägers (und somit auch hinter die Rechte der etwaigen Zwischenmänner), es sei also jenes ganze Stück der Reihe, welches zwischen der klägerischen und der gegnerischen Post liegt, umzustürzen und anders zu ordnen. Wenn, bei dieser Auffassung des Streitinhaltens, der Richter der Klage stattgibt, so korrigirt er die dem Vertheilungsbescheid zu Grunde gelegte Rangreihe, indem er die des Klägers an deren Stelle setzt, und dabei gewinnen natürlich die Zwischenmänner mit, indem sie zunächst an den Platz ihres abgesetzten Vormanns einrücken; der Kläger hat also durch seinen Sieg zugleich jenen geholfen, das Urtheil wirkt nicht nur, wie sonst, inter partes, sondern auch zu Gunsten Dritter, die dem Erfolg nach gleichsam seine Streitgenossen gewesen sind. Ein solches Hinübergreifen der Rechtskraft des Urtheils weist hin auf ein besonderes rechtliches Verhältniß unter dem in Betracht stehenden Personenkreis, wodurch es erklärt und gefordert wird. Und dieses liegt nahe genug in dem von uns schon mehrfach betonten konkursartigen Verhältniß, welches die eröffnete Realexekution

15) Es wäre dann, wie das obige Beispiel lehrt, (s. dazu N. 13) keine durch die ergangenen Judikate endgültig festgestellte Klassifikation da, nach Maßgabe welcher die Gesamtvertheilung zu erfolgen hätte, sondern zwischen je zwei Litiganten wäre ihr Prioritätsurtheil maßgebend, während alle Uebrigen, davon unberührt, durchaus nach dem von ihnen nicht angefochtenen Vertheilungsbescheid zu behandeln wären.

zwischen allen Realgläubigern herstellt; im Konkurs aber ist es ein bekannter, durch den Mechanismus der Gesamtliquidation geforderter Grundsatz, daß Prioritätsurtheile für und gegen Alle wirken:

„Die in den besonderen Prozessen ergangenen Entscheidungen über die Wichtigkeit und die Rangordnung der bestrittenen Ansprüche sind für die Gesamtheit der Gläubiger rechtswirksam“ (R. D. § 136).

Es unterliegt nun keinem Zweifel — die wenigen auf die Vorrechtsklage bezüglichen Gesetzesstellen genügen darüber — daß in der That diese letztere, dem Konkurs-Charakter des ganzen Verhältnisses entsprechende Auffassung von dem Inhalt und Effekt desjenigen Vorrechtsprozesses, welcher im Laufe des Exekutionsverfahrens erhoben wird, die in Oestreich gültige ist. Die Vorstellung, wonach die Prioritätsklage nicht zwischen den zwei Gegnern allein um den Vortritt des einen oder des andern kämpft, sondern objektiv ein Stück der richterlichen Vertheilungsordnung als unrichtig umstoßen will, spricht sich in jenen Gesetzesnormen deutlich aus. Nach § 9 der s. g. tiroler Graduationsordnung muß die Vorrechtsklage gegen das Graduationsurtheil binnen 30 Tagen angebracht werden, widrigens die Graduation in Rechtskraft erwächst; und nach § 137 der westgal. G. D.¹⁶⁾ bildet den Inhalt der Klage die Behauptung, „daß dem Kläger ein besseres Recht gebühre (d. h. seinem Recht ein besserer Platz), als mit welchem er in der Klassifikation einkommt.“ Demgemäß erwirkt er durch die siegreiche Klage die entsprechende Veränderung dieser Klassifikation: alle, gegen die er geklagt und gesiegt hat, treten hinter ihn; aber nicht nur ihm selbst müssen sie weichen, sondern auch all' seinen unbefrittenen Vorgängern in der bisherigen Reihe; und somit kommt sein Sieg auch den letzteren mittelbar zu gute, obzwar sie nicht geklagt haben, — sie gewinnen durch „Reflexwirkung“¹⁷⁾, indem ohne ihr Zuthun und im fremden Interesse die Gesamttrangoordnung zu ihrem Vortheil geändert wird. Diese charakteristische Folgerung aus der hier in Rede stehenden

16) S. oben § 76, N. 17.

17) So bezeichnet *Thering*, *Jahrb. f. Dogm.* X, S. 245 fg. die in den verschiedensten Gestalten vorkommende Rechtserscheinung einer durch besondere Verhältnisse bedingten, meist ungewollten Rückwirkung rechtlicher Thatfachen auf den Rechtskreis dritter Personen. Eine besondere Rechtsfolge dieser Wirkung in unserem Falle ist die gesetzliche Verpflichtung zum theilweisen Prozesskostensatz. (§ 143 cit. in der folgenden Note).

Auffassung der Vorrechtsklage im Executionsstadium ist ausdrücklich normirt in § 143 wgal. G. D.

„Eine solche Klage, wenn damit ausgemacht wird, kommt allen jenen zu Statten, denen der Beklagte in der Klassifikation vorgegangen oder gleichgehalten worden ist, wenn sie auch an der überreichten Klage keinen Antheil hatten.“¹⁸⁾

Wer also durch siegreiche Vorrechtsklage gegen den richterlichen Vertheilungsbescheid eine ihm günstigere Vertheilungsordnung erstritten hat, der hat dies für und gegen alle Beteiligte gethan: gegen Die, welche er beklagte, denn sie treten nun zurück (aber nicht weiter, als der klägerische Anspruch dies erheischt, also unmittelbar hinter den Kläger, bez. den letzten der Kläger); für Die, welche zwischen ihm und dem Beklagten stehen, denn sie rücken vor, indem letzterer zurücktritt; Jene aber, die ganz außerhalb des durch den Vorrechtsstreit angegriffenen Stückes der Rangreihe stehen (vor dem ersten Beklagten, oder hinter dem letzten Kläger), bleiben natürlich unberührt. — Jeder Hypothekar kann in Einem und demselben Kaufschillingsvertheilungsverfahren nur Einmal die Vertheilungsordnung durch Vorrechtsklage bestreiten und hat darin unter Einem alle Gegner zu bezeichnen, die er belangen will und die er als Streitgenossen belangen muß.¹⁹⁾ Hat er per saltum geklagt, so ist sein Recht zur Vorrechtsklage „gegen diejenigen erloschen, die er nicht angegangen hat.“ (§ 137 cit.). Daraus aber folgt nicht, daß ihm auch jene Vorrückung abgeschnitten ist, die für ihn als Seitenwirkung aus dem Vorrechtsprozeß eines Hintermannes gegen

18) „Nur können (fährt das Gesetz fort) diejenigen, die den Prozeß abführten und behaupteten, von jenen, die dadurch Vortheil ziehen, den verhältnismäßigen Beitrag zu den Prozeßkosten fordern.“ Der „Vortheil“, als Voraussetzung dieses singulären Erstattungsanspruchs, bedeutet nicht etwa den Ranggewinn durch die Vorrückung an sich, (welcher kein Vortheil ist, wenn die Post auch an ihrem früheren Platz zum Zuge gekommen wäre), sondern besteht nur in dem Maß, als in concreto durch die Vorrückung allein die Befriedigung erzielt ward; und bei Berechnung des „verhältnismäßigen“ Kostenbeitrages ist nicht das Verhältniß der Forderungen beider schlechthin, sondern das Verhältniß derjenigen Theile beider Forderungen maßgebend, die ohne den geführten Prozeß unbefriedigt geblieben wären. Das liegt in dem Sinne unseres Rechtsatzes, welcher den Gesichtspunkt der negotiorum gestio analog verwendet.

19) „Zu gleicher Zeit hat er zur Aufstellung eines gemeinschaftlichen Rechtsfreundes, wider welchen die weitere Rechtsverhandlung zu vollziehen kommt, um eine Tagelohnung anzulangen.“ Wgal. G. D. § 137.

einen seinerseits nicht beklagten Vormann sich ergeben kann. Denn hatte er auch das Recht zur Klage wider diesen verloren, so war er doch nicht von ihm besiegt; es liegt also kein materieller Widerspruch darin, daß, — nachdem der Dritte bloß den Ersten geklagt und besiegt hatte, wonach der Zweite zum Ersten und der Dritte zum Zweiten geworden war — nun der Vierte in einem neuen Prozeß den ehemaligen Zweiten, jetzt Ersten, allein angreift und besiegt, wonach denn jetzt erst der ehemalige Dritte auch den von ihm seinerzeit unbeklagt gelassenen Vormann überholt und zum Ersten wird.²⁰⁾

Es ergibt sich mithin erst nach der Beendigung aller gegen den Kaufschillings = Vertheilungsbescheid erhobenen Vorrechtsprozesse die endgiltige Reihenfolge, in welcher die konkurrierenden Hypotheken zum Zuge kommen. Diese Reihenfolge, wie sie durch den kombinierten Erfolg jener Prozesse gebildet wird, ist eine in sich geschlossene Einheit²¹⁾ und stellt den richtiggestellten Inhalt des Klassifikationsbescheides dar.

Die Kosten des Vorrechtsstreites, wenn derselbe in einem selbständigen Prozeß (nicht als integrierender Theil des Petits der Liquidirungsklage) auftritt, treffen nicht das Pfandgut, sondern die streitenden Pfandgläubiger,²²⁾ und zwar, wo deren eine Mehrheit

20) Hatte — um das obige Beispiel beizubehalten — der Vertheilungsbescheid die Ordnung der Hypothekare: A, B, C, D aufgestellt, und sodann C das Vorrecht nur gegen A eingeklagt, so gewinnt B mit, indem er vorrückt und die Reihe B, C, A, D sich ergeben würde; nun aber kann, innerhalb der gesetzlichen Frist, die Ordnung des Vertheilungsbescheides abermals durch D angegriffen werden, welcher seinerseits das Vorrecht vor B, aber nicht vor A und C behauptet. Siegt auch er, so ergibt sich die endgiltige Befriedigungsreihe C, A, D, B; das Vorrecht vor A verbannt der nunmehrige Primus (C) seinem eignen Prozeß, dasjenige vor B aber der Rückwirkung aus dem Prozesse des D gegen B.

21) Die Möglichkeit eines materiellen Widerspruchs zwischen den einzelnen Vorrechtsurtheilen ist allerdings nicht absolut ausgeschlossen; ein solcher würde z. B. vorliegen, wenn einmal dem C das Vorrecht vor B zuerkannt, das anderemal dem gegen B und C klagenden D zwar das Vorrecht vor C zuerkannt, vor B jedoch aberkannt wäre. Allein in Wirklichkeit ist die Gefahr des Eintretens solcher Widersprüche deshalb gering, weil alle im Stadium der Execution vorkommenden Rangstreite zu derselben Zeit und bei demselben Gericht anhängig werden. Eintretensfalls aber müßte die Vertheilung nach den oben entwickelten Grundsätzen (rein relative, streng auf die Prozeßparteien beschränkte Wirkung des Prioritätsurtheils) erfolgen.

22) Dies ist schon oben S. 271, 272 angeführt; hier sei ergänzend noch bemerkt, daß dafür auch die Analogie aus § 133, Abs. 2 der R. D. bezogen werden

auf Einer Seite steht, nach Verhältniß der Größe ihrer Forderungen (vgl. G. D. § 144).

kann. Denn, wenn dort die Kosten der Bestreitungsprozesse nur insoweit aus der Masse zugewiesen werden, „als der Nutzen reicht, welcher durch die Prozeßführung der Konkursmasse zugewendet worden ist“, so ist dieser Nutzen in unsern Fällen stets Null. Vergl. die Motive der Entsch. v. 24. März 1868, Z. 2813: „der Vorrechtsprozeß ist ein Streit einzelner Gläubiger unter sich und berührt die Konkursmasse ebensowenig, als einen Exekuten der Vorrechtsstreit, welchen etwa zwei oder mehrere seiner Gläubiger mit einander führen, indem durch selben nicht die Masse, sondern nur die Quoten einzelner Gläubiger betroffen werden.“ (G. Z. 1868, Nr. 49).

Sechstes Buch.

Untergang der Hypotheken.

I. Erlöschung und Löschung der Hypothekarrechte.

§ 78.

Das allgemeine Privatrecht knüpft die Entstehung des konkreten Pfandrechtes an den Eintritt bestimmter rechtserzeugender Thatfachen (Pfandvertrag mit Uebergabe bei gültiger Pfandschuld, richterliche Pfändung); ebenso knüpft es dessen Untergang an gewisse rechtsvernichtende Thatfachen, wie Tilgung der Pfandschuld, Erlaß des Pfandrechtes, Vereinigung desselben mit dem Eigenthum, Eintritt einer auflösenden Bedingung, Untergang der Pfandsache¹⁾ u. s. w. Ist eine solche Thatfache hinsichtlich eines bestimmten Hypothekarrechtes eingetreten, so bezeichnen wir dasselbe als materiell erloschen, womit nicht mehr gesagt sein will, als daß dieses Recht, an dem Maßstabe der Regeln des allgemeinen materiellen Pfandrechtes gemessen, als untergegangen anzusehen wäre. Da aber bekanntlich die Regeln des allgemeinen materiellen Rechtes auf dem Gebiet der bürgerlichen Rechte vielfach gebeugt sind durch besondere Satzungen des Tabularrechtes, so bleibt die Frage vorerst noch offen, ob und unter welchen weiteren Voraussetzungen die „materiell erloschene“ Hypothek wirklich untergegangen sei. Erlöschung der Hypothek, in dem soeben bezeichneten Sinne, ist also keineswegs identisch mit Untergang derselben.

Unter *Löschung* überhaupt versteht man eine bürgerliche Eintragung, durch welche der Inhalt eines anderen auf derselben Buch-

1) A. E. Ob. §§ 467, 468, 469, 1. Satz.

einlage²⁾ befindlichen Eintrages als rechtlich aufgehoben erklärt wird; mag derselbe ein rechtsbegründender, modifizirender, oder selbst wieder ein rechtsaufhebender Eintrag sein (Löschung einer Löschung). Im Folgenden aber ist zunächst nur die Rede von Löschungen der erstgenannten Art: ³⁾ die Löschung eines Hypothekarrechtes ist der bürgerliche *contrarius actus* zu jenem Erwerbseintrag, durch welchen dasselbe seinerzeit begründet worden war; sie erklärt durch förmlichen Buchakt, daß das bisher einverleibte oder vorgemerkte Pfandrecht hiemit aufgehoben sei. ⁴⁾

Es fragt sich nun, wie verhält sich nach östreichischem Rechte ⁵⁾ die Löschung zur Erlöschung der Hypothekarrechte?

Da der Idee nach die bürgerlichen Einträge nur zum öffentlichen und formulirten Ausdruck bringen sollen, was nach materiellem Recht entsteht und vergeht, ist das ideale Verhältniß dieses, daß jedes materiell erloschene Pfandrecht, und nur ein solches, aus dem öffentlichen Buche gelöscht wird; daß also Erlöschung und Löschung zusammenfallen. Allein angesichts der wirklichen Lage der Dinge, wie sie aus mannigfachen Gründen ⁶⁾ nur zu häufig sich darstellt, geht die Frage dahin, was Rechtens sei, wenn a) materiell erloschene Pfandrechte nicht gelöscht, oder b) nicht erloschene gelöscht worden sind.

Im Allgemeinen ist die Antwort in unseren obigen Ausführungen über den Grundsatz der Publizität ⁷⁾ schon enthalten. Hier ist noch besonders hervorzuheben, daß gerade im vorliegenden Punkte jener Grundsatz nicht erst durch das allgem. Grundbuchsgesetz zur Durch-

2) Eine Ausnahme bilden hierin die Simultanhypotheken, wo die Löschung auch der Zweigpfandrechte in der Haupteinlage vollzogen wird, s. oben S. 305.

3) In diesem engeren Sinne definiert die ung. G. B. D. § 77: „Die Einverleibung oder Vormerkung der Erlöschung oder Aufhebung eines bürgerlichen Rechtes heißt die Löschung desselben.“

4) Ueber die Form und den Wortlaut des Lösungseintrages s. noch unten § 88.

5) An diesem Punkt erhellt am schärfsten, wie weit ein modernes Hypothekenrecht vom Publizitätsprinzip durchdrungen sei; man vgl. z. B. neben dem oben Folgenden die Darstellung nach bairischem Recht bei Regelsberger, § 96.

6) Neben der allgemein menschlichen Indolenz bilden in Oestreich die Gebühren noch einen besonderen Grund, das Begehren um Verbücherung rechtlicher Veränderungen zu unterlassen oder aufzuschieben.

7) Oben § 8—11, s. auch § 55, S. 428 fg.

führung gekommen, sondern schon von den Verfassern des a. b. Gb. zu lebendigem Ausdruck gebracht ist.

1) Für die praktisch wichtigsten der oben unter a) begriffenen Fälle bestimmt das Gesetzbuch:

„Zur Aufhebung einer Hypothek ist die Tilgung der Schuld allein nicht hinreichend. Ein Hypothekargut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuldburkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist (§ 469).

„Rechte und Verbindlichkeiten, welche den öffentlichen Büchern einverleibt sind, werden durch die Vereinigung in Einer Person nicht aufgehoben, bis die Löschung aus den öffentlichen Büchern ersichtlich ist“ (§ 1446). ⁸⁾

Hiernach bleibt die materiell erloschene aber ungelöschte Hypothek vorerst rechtsgültig und wirksam; ⁹⁾ sowenig sie ohne Buchakt entstehen konnte (§ 451 a. b. Gb.), ebensowenig kann sie ohne solchen untergehen. Die rechtlichen Ereignisse, welche das außerbücherliche Pfandrecht *ipso jure* zerstören, bilden dem Hypothekarrecht gegenüber blos Lösungstitel, oder beziehungsweise Anfechtungsgründe. ¹⁰⁾

8) Auch § 1500 a. b. Gb. gehört zur Hälfte hierher, denn die „Einverleibung des aus der Verjährung erworbenen Rechtes“ ist nichts anderes, als die bürgerliche Löschung des verjährten Rechtes.

9) Es versteht sich aber, daß sie nicht für jedermann wirksam bleibt, sondern nur wo sie nicht durch wirksame Anfechtung ausgeschlossen wird. Darüber s. oben § 14 flgde. und § 54, 55.

10) Ganz verfehlt erscheint der Versuch von Lefisch, Wagn. Ztschr. 1844, I, S. 157 fg. den Inhalt des § 469 a. b. Gb. seiner materiellrechtlichen Bedeutung zu entkleiden; s. dagegen schon Ropezky, das. 1845, I, S. 111 fg.; vgl. auch Wilbner, im Jurist, I, S. 156 fg., II, S. 316, Krainz, ö. G. Z. 1869, Nr. 26. Die Praxis hat stets den Rechtsbestand der erloschenen aber ungelöschten Hypothek anerkannt: s. z. B. G. U. W. 3307, 3557, 4880; ferner G. U. W. 3865, 4012, 4153, 4165 (Gültigkeit des an einer getilgten Satzpost erworbenen Austerpfandrechtes), dann G. U. W. 3288, 3395 u. a. (Gültigkeit der Cession erloschener Posten). — Nach Strohal, die Prioritätsabtretung, S. 52, 53 soll unser § 469 a. b. Gb. nicht besagen, daß das ungelöschte Hypothekarrecht fortbestehe, sondern nur, daß ein solcher „Eintrag, solange er im Grundbuch nicht gelöscht ist, als juristisch relevanter Faktor . . . noch in Betracht kommt;“ und zwar bestche diese seine Relevanz einmal in der Möglichkeit, „daß sich auf Grundlage desselben ein gutgläubiger und deshalb unter dem Schutze des Vertrauensprinzips stehender Hypothekenrechtlicher Erwerb vollziehen kann,“ und sodann darin, „daß dieser Eintrag durch sein Vorhandensein nach wie vor das Vorrücken der Nachpfandgläubiger hindert.“ Rein

2) Was ferner die oben unter b) begriffenen Fälle anbelangt, so hat allerdings das Gesetzbuch es nicht ausgesprochen, daß die (formell korrekt vollzogene) Löschung des Hypothekarrecht auch dann vernichte, wenn dasselbe materiell nicht erloschen war, also innerlich unrechtmäßig gelöscht wurde. Allein das „Vertrauen auf die öffentlichen Bücher“ fordert das Eine nicht minder, als das Andere; denn es handelt sich in beiden Fällen ganz gleichmäßig für den Realverkehr darum, ob dasjenige als wahr hinzunehmen sei, was das öffentliche Buch über den Bestand eines dinglichen Rechtes aussagt (daß dasselbe noch bestehe — daß es nicht mehr bestehe). Es war also nur eine folgerichtige Anwendung der im a. b. Gb. enthaltenen Grundsätze, wenn der oberste Gerichtshof schon vor dem a. G. B. G. entschieden hat, auch die auf gefälschte Quittung hin erfolgte Löschung von Hypotheken zerstöre dieselben, so daß die spätere Eintragung der durch Prozeß erstrittenen Löschung jener Löschung „die erloschenen Pfandrechte nicht wieder auf-

praktisch betrachtet könnte man sich dies gefallen lassen, da ja auch wir dem Hypothekargläubiger, nachdem er Zahlung empfangen hat, ein für ihn selbst wirksames Pfandrecht absprechen. Allein theoretisch ist es unzulässig von Uebergang des Rechts zu sprechen, wenn man gleichwohl jene obigen Wirkungen statuirt: was wird denn auf den reiblichen Cessionar übertragen, und was drückt denn die Nachhypothekare in der Konkurrenz zurück, wenn das eingetragene Recht verschwunden sein soll? Doch nicht der „Eintrag“ an und für sich, die bloßen Schriftzüge? Wer Letzteres ernst nehmen wollte, würde damit, von Anderem abgesehen, für die Ranglehre die Lokustheorie vertreten, was dem in Oestreich geltenden Recht durchaus widerspricht. Will man also jene Rechtswirkungen, wie sie die Verfasser des a. b. Gb. allerdings gewollt haben, so muß man richtigerweise dahin formuliren, daß das Hypothekarrecht, trotz Zahlung, confusio u. s. w., bis zur Löschung ipso jure fortbestehe (wenn auch zwischen gewissen Personen durch wirksame exceptio bis auf Weiteres gehemmt). Was Strohal, a. a. O. für seine Auffassung Positives anführt, erledigt sich, wenn man erwägt: 1) daß „eine ausdrückliche Bestimmung“ nicht existirt, welche die Lösungsfrage des Eigenthümers nach § 1499 a. b. Gb. als die „negatorische Klage“ kenntlich mache; und 2) daß die Verfasser des a. b. Gb., indem sie in § 469 „Aufhebung einer Hypothek“ sagten, anstatt „Aufhebung des Hypothekarrechtes“ wie das wgal. G. B. III, § 249, eine weittragende legislative Idee mit dieser Redaktionsänderung schwerlich verbunden haben. Es mag sich darin die Empfindung ausdrücken, daß ja doch nach Tilgung der Schuld der Gläubiger kein Recht mehr habe, die Zahlung zu fordern und sein Pfandrecht geltend zu machen. Wie mißlich es aber ist, aus dieser Redaktionsepisoden etwas „mit voller Exaktheit nachweisen“ zu wollen, lehrt der Text des § 1446, welcher (unter Beziehung auf § 469) sagt: Rechte und Verbindlichkeiten . . . werden nicht aufgehoben, bis die Löschung . . .“

leben“ macht, sondern neue begründet.¹¹⁾ — Nach heutigem Recht aber kann darüber vollends kein Zweifel mehr bestehen. Ist die Löschung bewilligt und rechtskräftig (ohne Dazwischenkunft einer Streitannmerkung, G. B. G. § 63) intabulirt,¹²⁾ so hat das gelöschte Pfandrecht aufgehört für den Tabularverkehr zu existiren: es kann weder bücherlich eebirt, noch mit Asterhypothek belastet werden, es partizipirt nicht an der exekutiven Vertheilung des Kauffchillings oder Sequestrationsertragnisses, — kurz es besteht als Hypothekarrecht nicht mehr. War die Löschung eine materiell unrechtmäßige, so kann sie, wie jeder andere Tabularakt, nach den oben S. 98, 99 fg. entwickelten Regeln möglicherweise angefochten werden; aber der Erfolg der siegreichen Anfechtung ist keineswegs die einfache Annullirung des Lösungsaktes: es wird nicht der Fortbestand der zu Unrecht gelöschten Hypothek deklarirt, sondern als Ersatz für die seinerzeit untergegangene eine formell neue Hypothek geschaffen, welche sich in der Priorität¹³⁾ sowohl, als in ihrem Inhalt (wenn die Unrechtmäßigkeit der Löschung nur eine partielle war), oder in ihrem objektiven Umfang (wenn etwa in der Zwischenzeit von dem ursprünglichen Pfandgut Theile bücherlich abgetrennt wurden), von jenem gelöschten Rechte unterscheiden kann.

Die rechtskräftige Lösungseintragung ist also in demselben Sinne,¹⁴⁾ wie die Eintragung der Hypothekentstehung, ein Formalakt, da sie den Untergang des eingetragenen Rechtes nicht bloß formulirt, sondern formalisirt, d. h. ipso jure auch dann aus eigener Kraft bewirkt, wenn die materiellrechtlichen Voraussetzungen dazu etwa fehlen. Andererseits genügen diese Voraussetzungen nicht, um unmittelbar die Hypothek aus der Welt zu schaffen, sie begründen bloß ein Recht den Vollzug jenes Formalaktes zu begehren, einen Lösungstitel. Aber auch der Titel an sich genügt noch nicht; derselbe muß nicht bloß materiell vorhanden sein, er muß in tabularmäßiger Form vorliegen, — in Gestalt einer „Lösungsfähigen Urkunde“, — um als Substrat des förmlichen Lösungsaktes tauglich zu sein.

11) Entsch. v. 21 Febr. 1871, Z. 1865, E. G. Z. 1871, Nr. 30.

12) Was bei bloß pränotirter Lösung Rechtens ist (G. B. G. § 50), s. unten § 87, Z. 2.

13) Vgl. das in Note 11 angef. Urtheil.

14) Vgl. oben § 9, Note 8.

Mithin ist der natürliche Verlauf bei der Endigung bestehender Hypotheken der, daß erstlich gewisse Ereignisse eintreten, mit welchen die materielle Erlöschung des Pfandrechts verbunden ist, daß sodann die Existenz dieser rechtsaufhebenden Thatsachen in einer den Ansprüchen des formellen Tabularrechts genügenden Urkunde festgestellt wird, worauf endlich, über Initiative eines Betheiligten, der Tabularapparat sich in Bewegung setzt und der Löschungssakt vollzogen wird.

Unsere nächste Aufgabe ist demnach die Feststellung jener rechtsvernichtenden Thatsachen, auf welchen der Anspruch zur förmlichen Aufhebung einer Hypothek, der Löschungstitel, beruht.

II. Löschungstitel.

A. Hinsichtlich der Pfandschuld.

§ 79.

1) Untergang derselben.

Die Löschungstitel (in dem im vorigen § entwickelten Sinne) werden gebildet entweder durch Thatsachen, welche die Pfandschuld betreffen: sei es daß sie dieselbe aufheben und damit das Pfandrecht materiell hinfällig machen, sei es daß sie die Schuld als eine schon ursprünglich ungiltige und darum das Hypothekarrecht als ein anfechtbares darstellen (vgl. oben § 13), — oder durch solche rechtliche Ereignisse, welche das Pfandrecht unmittelbar angreifen und dasselbe auch bei Fortbestand der Pfandschuld aufzuheben die Kraft haben. Wir wenden uns zunächst den Löschungstiteln der ersteren Art zu.

Untergang der Pfandschuld.

Zufolge der materiell accessorischen Natur der Hypothek (s. oben § 2) begründet der Untergang der Pfandschuld, wie immer derselbe erfolgt sein mag, mit oder ohne Befriedigung des Gläubigers, den Anspruch auf Löschung des Pfandrechts.¹⁾ Freilich ist dieser Anspruch nicht stets

1) „Durch Tilgung der Schuld hört das Pfandrecht auf“ (a. b. Ob. § 469); ... „der befriedigte Gläubiger muß den Verpfänder in den Stand setzen, die Löschung der Verbindlichkeit aus den Hypothekenbüchern bewirken zu können“

ein wirksamer, sondern kann nach Lage der Dinge durch die Normen des Publizitätsprinzips ausgeschlossen erscheinen, so daß dem gegenwärtigen Inhaber des Hypothekarrechts gegenüber der ipso jure vorhandene Löschungstitel nicht durchgreift. Wann dies der Fall ist, geht aus unseren obigen grundsätzlichen Ausführungen hervor und wird im Einzelnen noch unten erwähnt werden; ²⁾ hier aber handelt es sich um die Voraussetzungen der Entstehung des Löschungstitels im Allgemeinen, ohne Rücksicht auf den Umfang und die Richtung seiner Wirksamkeit im einzelnen Fall, und zu diesem Ende sind die wichtigsten Schuldvernichtungsgründe in Kürze durchzugehen.

a) Zahlung.

Nur eine gültige Zahlung, d. h. eine solche, welcher von Rechtswegen die schuldtilgende Kraft zukommt, erzeugt einen Löschungstitel. Ob eine solche vorliege ist von Fall zu Fall nach den Regeln des Obligationenrechts zu beurtheilen, wobei Ort, Zeit und Art der erfolgten Leistung nicht minder, als die Personen durch welche und an welche geleistet wurde, in Betracht kommen. ³⁾ In letzterer Richtung betrifft das Hypothekenrecht insbesondere die Frage, ob der Drittbefitzer des Hypothekargutes die fällige Pfandschuld auch ohne Zustimmung des Personalschuldners wirksam zahlen könne? Läßt sich der Hypothekargläubiger die Zahlung gefallen, so muß er Quittung oder Cession (§ 1423 a. b. Ob.) geben, und somit hat der Zahler jedenfalls einen Löschungstitel, im Cessionsfall den der Confusio; ⁴⁾ weigert aber jener die Annahme der Zahlung und schreitet darum dieser zur gerichtlichen Deposition (§ 1425), so wird zu unterscheiden sein zwischen der Frage der Schuldtilgung und der Pfandlöschung: die persönliche Verbindlichkeit zwischen dem Schuldner und seinem Gläubiger, welche beide die Zahlung durch den Dritten nicht wollen, besteht fort, da nach österreichischem Recht „ohne Einwilligung des Schuldners dem

(§ 1369 a. b. Ob.). — S. zu dem Folgenden die ausführliche Darstellung bei Carabelli, Dir. ipot. II, p. 549 fg.

2) Vgl. oben § 10 fg., § 54, 55 und noch unten § 85, Ziff. 1.

3) Vgl. a. b. Ob. §§ 1412 fg. Carabelli, p. 553 fg. Gruchot, Zahlung der Geldschuld 1871 § 2—10; über Fälligkeit und Rindigung insbes. s. oben S. 246 fg. Erforderniß der Produktion des Papires bei Löschung von Forderungen aus Inhaberpapieren, Krausz, S. G. Z. 1869, S. 70 fg., S. 106.

4) S. über diesen unten § 83, Z. 3.

Gläubiger die Zahlung von einem Dritten in der Regel (§ 462)⁵⁾ nicht aufgedrungen werden kann“ (§ 1423); der Gläubiger kann also die Erhebung der deponirten Summe ablehnen und dieselbe zur Verfügung des Deponenten lassen, wonach sein Forderungsrecht unberührt fort-dauert. Anders verhält es sich mit der Hypothek; ihre Löschung darf auf Grund der erfolgten Hinterlegung begehrt werden, auch wenn der Hypothekar seine persönliche Forderung nicht getilgt wissen will. Das Gesetz weiß von diesem, begreiflicherweise seltenen, Falle nichts, aber unsere Entscheidung rechtfertigt sich — ohne die Anschauung derer herbeizuziehen zu müssen, welche in dem sog. „Hypothekarschuldner“ einen wahren Schuldner, in unserer Hypothek also eine Grundschuld sehen wollen⁶⁾ — damit, daß der Eigentümer des Pfandgutes zwar hinsichtlich der Pfandschuld, aber nicht für die rei obligatio, den Pfandneerus, ein „Dritter“ ist; wenn er eventuell zahlen muß, um sein Gut von der Exekution loszumachen, so ist es nur folgerichtig, daß er zahlen darf, um jener Eventualität vorzubeugen; das Gegentheil würde zu der absurden Möglichkeit eines unlöslichen Pfandrechtes führen.

Eine T h e i l z a h l u n g begründet den Anspruch auf Theillösung. Das will sagen, auf Entlastung des ganzen Pfandgutes von der Haftung für den entsprechenden Theil der Schuld, nicht aber auf gänzliche Entlastung eines (reellen oder ideellen) Theiles des Pfandgutes (pignoris causa indivisa). Ein Miteigentümer am Pfandgut also kann die auf dem Ganzen lastende Hypothek nur durch Zahlung der ganzen Pfandschuld von seinem Antheil abstoßen; ⁷⁾ die Zahlung eines seiner Miteigentumsquote entsprechenden Schuldantheiles würde ihn nur zur Partiallösung auf dem Ganzen, nicht zur gänzlichen Löschung auf seinem Antheil berechtigen. ⁸⁾

5) Die Ausnahme, auf welche das Citat hinweist, betrifft die Fälle des jus offerendi, von welchen hier abgesehen wird.

6) Vgl. oben S. 37, 38, 231. Für die dort bekämpfte Ansicht neuerlich auch Sohm in Grünhuts Ztschr. V, S. 25 fg. und David, b. G. Z. 1877, Nr. 49, Note 4.

7) Vgl. L. 65, D. de evict. (21, 2) Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, et evictionis nomine pro partibus hereditariis sponponderunt; cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit. Quarebatur, an uterque heredum conveniri possit. Idque placebat propter indivisam pignoris causam.

8) Daß der Gläubiger an Stelle seiner Totalhypothek sich nicht eine Theil-

Der Zahlung gleich wirkt die Berichtigung der Schuld durch datio in solutum mit Einverständnis des Gläubigers (a. b. Gb. § 1414), sowie die Zwangsablösung nicht fälliger Schulden im Parzellierungsverfahren.⁹⁾ — Ferner gehört hierher die unter den gesetzlich dazu ermächtigenden Voraussetzungen bewirkte gerichtliche Hinterlegung, beziehungsweise Verwahrung, des Gegenstandes der schuldigen Leistung: ¹⁰⁾ denn „jede dieser Handlungen, wenn sie rechtmäßig geschehen, und dem Gläubiger bekannt gemacht worden ist, befreit den Schuldner von seiner Verbindlichkeit“ (§ 1425). Dabei herrscht Unsicherheit über den Zeitpunkt, in welchem diese Befreiung und mit ihr der Löschungstitel eintrete: ob schon durch die gerichtliche Deposition, ob durch die Denunziation an den Gläubiger, ob erst durch die (streitigenfalls durch Urtheil zu gewinnende) Feststellung der Rechtmäßigkeit der Deposition, ¹¹⁾ oder endlich gar erst durch die Empfangnahme des deponirten Gegenstandes von Seiten des Gläubigers. Die Unrichtigkeit der letzteren Aufstellung liegt auf der Hand, da sie den Zweck des Instituts der gerichtlichen Deposition verkennt und aufhebt; ¹²⁾ hingegen verwechselt die unmittelbar vorher bezeichnete Ansicht Existenz und Liquidität der rechtlichen Voraussetzungen des Tilgungsaktes: gewiß kommt der Deposition ihre Rechtswirkung nur zu, „wenn sie rechtmäßig geschehen“. — und das gilt gleicherweise auch von der (eigent-

hypothek (für den Schuldrest) aufzwingen zu lassen braucht, was Unterschlebung eines anderen Pfandobjekts wäre, ist zweifellos Rechtens, und zugleich von einleuchtender Billigkeit (denn das halbe Haus bietet in der Regel eine schlechtere Deckung für die halbe Forderung, als das ganze Haus für die ganze). Daß aber, wenn der Gläubiger zustimmt, die anderen Miteigentümer sich eine solche Löschung gefallen lassen müssen, welche einen Pfanderlass für den befreiten Antheil und eine Konzentration des verhältnißmäßig reduzirten Pfandrechtes auf die übrigen Antheile bedeutet, wird unten noch darzulegen sein; s. § 83, Ziff. 2.

9) § 8 des Ges. v. 6. Febr. 1869. R. G. B. 18.

10) A. b. Gb. § 1425. Dazu die gründliche Erörterung von Czypkartz in Grünhuts Ztschr. VI, S. 657 fg.; s. auch Kohler, Jahrb. f. Dogm. XVII, S. 352 fg.

11) Ueber diese Feststellung s. die Urtheile bei OUB. 4072, 5202, 5229.

12) Gleichwohl scheint diese Ansicht der oberstrichterl. Entsch. bei OUB. 5434 zu Grunde zu liegen; richtig hatte die zweite Instanz argumentirt, „daß die Zahlung (Tilgung) der Pfandforderung schon durch den nach § 1425 a. b. Gb. erfolgten Erlag, wenn derselbe rechtmäßig geschehen ist, bewirkt wurde, die bürgerliche Löschung daher auf Grund dieses Erlags zu bewirken wäre.“

lichen) Zahlung, wie von jedem anderen Rechtsgeschäft, — aber damit ist nicht gesagt, daß die Wirkung erst dann eintrete, wenn jene Rechtmäßigkeit erwiesen ist; ein späteres Urtheil über die Frage, ob seinerzeit ein gültiger Depositionsgrund vorgelegen habe, wirkt nicht anders, als ein Urtheil darüber, ob eine eigentliche Zahlung ihrem Objekt und Subjekt nach geeignet war die Schuld zu tilgen: in jedem Falle deklarirt es nur die juristische Existenz oder Nichtexistenz des Tilgungsaktes, keinesfalls schafft es ihm erst die tilgende Wirkung. Es bleibt also nur fraglich, ob die Deposition schon an sich,¹³⁾ oder erst in Verbindung mit der Benachrichtigung des Gläubigers den Löschtitel bilde. Letzteres ist wohl, nach dem Wortlaut unserer Gesetzesstelle,¹⁴⁾ anzunehmen; jedoch mit der doppelten Maßgabe, daß erstlich die im Momente der Denunziation eintretende Schuldbefreiung auf den Zeitpunkt der Deposition zurückbezogen wird (*liberatio ex tunc*),¹⁵⁾ und sodann, daß der Befreite, wenn er seinen Löschtitel zur Verbücherung bringen will, die Denunziation nicht zu bescheinigen braucht. Dieses hat seinen Grund darin, weil die Verständigung des Gläubigers dem Depositionsgericht von Amtswegen obliegt,¹⁶⁾ und ergibt sich aus dem Schweigen des § 39 G. B. G., welcher nur den Beweis des gerichtlichen Erlages als Voraussetzung der Löschtitelformulierung erfordert:

„Wird der Betrag einer Hypothekarschuld, welche aus einem der im § 1425 a. b. Gb. erwähnten Gründe nicht bezahlt werden kann, . . . gerichtlich erlegt, so findet gegen Vorbringung der Amtsurkunde über den gerichtlichen Erlag die Vormerkung zum Zwecke der Lösung . . . statt.“

Aus allem Obigen geht hervor, daß diese Vormerkung gerechtfertigt wird, entweder durch eine intabulationsfähige Löschtitel-

13) So wirkte nach R. N. die *obsignatio*, welche dort die Stelle unserer Deposition vertrat: *Obsignatione totius debitae pecuniae solemniter facta liberationem contingere manifestum est. L. 9. C. de solut. (8, 43.)*

14) Die Vorschrift der Benachrichtigung des Gläubigers wurde erst in dritter Lesung in den § 1425 aufgenommen (Ezylar3, S. 668, N. 31), der entsprechende § 580, III, des westgal. Gb. kennt sie noch nicht.

15) Ezylar3, a. a. D.

16) Darüber und über das Verfahren beim gerichtlichen Erlag überhaupt s. Ezylar3, a. a. D. S. 666—669.

erklärung¹⁷⁾ des Gläubigers, oder durch ein Urtheil, welches die Deposition als eine rechtswirksam erfolgte anerkennt.

Allgemeinen Rechtsgrundsätzen nach steht es der Schuldauflösung durch Zahlung gleich, bildet also den hier in Rede stehenden Löschtitel, wenn zwischen den Parteien durch gerichtlichen Vergleich oder rechtskräftiges Urtheil der derzeitige Nichtbestand der Pfandschuld — sei es auch im Widerspruch zur materiellen Wahrheit — festgestellt ist. Daher: *si deferente creditore juravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur; quia perinde habetur ac si iudicio absolutus esset: nam et si a iudice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.*¹⁸⁾

§ 80.

Fortsetzung.

b) Kompensation.¹⁾

Aus dem Titel der Kompensation kann die Lösung der Hypothek begehrt werden, wenn der Personalschuldner²⁾ entweder durch Abrechnungsvertrag mit dem Gläubiger die Tilgung der Pfandschuld herbeigeführt, oder im Prozeß dieselbe durchgeführt hat (gerichtliche Kompensation)³⁾. Aber auch außergerichtlich und einseitig kann die Schuldtilgung durch Kompensation bewirkt werden. Zwar erfolgt sie auch nach östreichischem Recht, trotz der scheinbar dahin zielenden Fassung des § 1438 a. b. Gb., nicht von selbst aus dem bloßen Gegenüberstehen zweier oder mehrerer kompensabler Forderungen; ⁴⁾ sondern es entsteht

17) Vgl. unten § 87, Note 9.

18) L. 13. D. quib. mod. pign. solv. (20, 6.)

1) Carabelli, II, p. 567 fg. Regelsberger, S. Nt. S. 472 fg. Vgl. auch oben § 55, lit. c.

2) Daß dem Drittbefitzer des Pfandgutes das Kompensationsrecht nicht zusteht, s. oben § 55, Note 16.

3) Der Kläger also kann auf Grund des Urtheiles die Lösung begehren, wenn darin der Einrede der Kompensation (mit der Pfandschuld) stattgegeben, und aus diesem Grunde die Klageforderung ganz oder theilweise abgewiesen wurde. (Zimmer vorausgesetzt, daß der Löschtitel dem derzeitigen Inhaber des Hypothekarrechts gegenüber wirksam ist.)

4) Der cit. § ist sichtlich unter dem Eindrucke der berühmten Phrase: »*ipso jure compensari*« abgefaßt, über welche soviel doch feststeht, daß sie Obiges nicht besagen will; vgl. Windscheid, Pand. § 349, N. 10, Eisele, Kompensation, § 12 fg.

darans nur für beide Theile das Recht zu kompensiren, wonach ein Jeder seine Forderung „in Abrechnung bringen kann“ (nicht muß, a. b. Gb. § 1442)*. Aber dieses Kompensationsrecht bedarf, um wirksam zu werden, nicht der Klage des Gegners, es kann der richtigen Ansicht nach (die aber hier nicht zu begründen ist) auch durch außergerichtliche Willenserklärung des Schuldners an seinen Gläubiger-Schuldner ausgeübt werden,⁵⁾ welche Erklärung — wenn alle rechtlichen Erfordernisse der Kompensabilität vorhanden sind — alsdann auch ohne Zustimmung des Gegners „schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirkt“ (§ 1438). Damit ist auch der Löschtitel gegeben: es kann mithin der Kompensant mit dem Nachweis der Gültigkeit seiner außergerichtlich an den Gegner gerichteten Abrechnungserklärung auf Löschtung klagen;⁶⁾ ist er in der Lage den Kompensationsakt (also den Bestand seiner kompensablen Gegenforderung und die Abrechnungserklärung) durch Urkunden zu bescheinigen, so kann er auch sofort die Vormerkung der Löschtung erwirken.

c) Novation.

Das östreichische Gesetzbuch bezeichnet als solche eine jede vertragsmäßige Umänderung einer Verbindlichkeit, durch welche, ohne Hinzukunft einer dritten Person, „der Rechtsgrund oder der Hauptgegenstand der Forderung verwechselt wird“. Sie bewirkt nicht nothwendig, aber in dubio die Erlöschtung der für die novirte Schuld haftenden Pfandrechte;⁷⁾ ein gegenseitiges „Einverständnis“ zwischen den Parteien

5) Ebenso Schwanert, Kompensation S. 66 fg., Dernburg, Kompens. 2. Aufl. § 64, Regelsberger, a. a. O.; vgl. Eisele, S. 361 fg. und L. 12. C. de compensat. (4, 31). A. M. jedoch Windscheid, § 349, Z. 5.

6) Die einseitige Kompensationserklärung wirkt, wenn sie gültig erfolgt, gleich der Deposition des Schuldbetrages; der Gläubiger muß sich als befriedigt behandeln lassen und das Pfand frei machen: *Invicem debiti compensatione habitata — si quid amplius debes solvens, vel accipere creditore nolente offerens, et consignatam deponens — de pignoriibus agere potes.* L. 12. C. cit.

7) A. b. Gb. §§ 1376, 1378: „Die mit der vorigen Hauptverbindlichkeit verknüpften Bürgschafts-, Pfand- und anderen Rechte erlöschen durch den Neuungsvertrag, wenn die Theilnehmer nicht durch ein besonderes Einverständnis hierüber etwas Anderes festgesetzt haben.“ L. 11, § 1 D. de pign. act. (13, 7) *Novata autem debiti obligatio pignus perimit, nisi convenit, ut pignus repetatur* (wo *pignus repetere* bedeutet: das Pfand für die neue Forderung wiederum in Anspruch nehmen.) Carabelli, p. 556—566 (aber ohne Berücksichtigung der Einwirkungen des Tabularwesens).

überträgt das Pfandrecht auf die neue Schuld. Ein solches Abkommen kann auch nachträglich, jedoch bevor die Löschtung des Pfandrechtes angebracht ist, wirksam geschlossen werden. In jedem Falle aber versteht sich (— arg. § 1379 „auch kann eine Abänderung in den Nebenbestimmungen einem Dritten, welcher derselben nicht beigezogen worden ist, keine neue Last auflegen“ —), daß die neue Schuld den Inhalt des auf sie übertragenen Hypothekarrechtes nicht vergrößern darf. Weder der Eigentümer des Pfandgutes (wenn er nicht der Schuldner ist), noch die dem novirenden Hypothekar bürgerlich nachstehenden dinglich Berechtigten brauchen sich gefallen zu lassen, daß bei einer künftigen Exekution aus dem Pfanderlös auf die neue Forderung mehr entfallt, als auf die alte entfallen wäre; diesen letzteren Betrag aber müssen sie ihr lassen, insoweit nicht, auf Grund der Novation, die gänzliche oder theilweise Löschtung der novirten Forderung begehrt und erfolgt ist. Mithin stellt sich für den Realverkehr die Novationswirkung so dar: Entweder die novirte Schuld wurde, in Ermangelung eines betreffenden besonderen Uebereinkommens gelöscht, dann gilt sie wie gezahlt, das Hypothekarrecht ist aufgehoben, die Nachhypothekare rücken vor, bei der Rauffchillungsvertheilung entfällt auf die neue Forderung nichts; oder jene wurde nicht gelöscht, weil die Parteien einig waren das Pfandrecht auf die neue Schuld übergehen zu lassen: dann entsteht auf dinglichem Gebiet aus der Novation vorerst gar keine Wirkung, das Pfandgut haftet nach wie vor für den Betrag der novatione getilgten Schuld (§ 469 a. b. Gb.), bei der Rauffchillungsvertheilung aber wird dieser Betrag dem Novationsgläubiger nur dann ganz zufallen, wenn der gegenwärtige Inhalt seiner wirklichen Forderung denselben erschöpft;⁸⁾ er erhält also den Betrag seiner neuen Forderung bis zur Grenze des Betrages der alten, nie mehr als auf diese entfallen wäre, hingegen weniger, falls seine jetzige Forderung kleiner ist. — Da in dem zuletzt vorausgesetzten Falle die novatione erloschene Post im Realverkehr bleibt, kann sie durch bürgerliche Cession oder Asterpfändung in dritte Hand kommen, und dann versteht sich, daß im

8) S. über die materiellrechtlichen Vertheilungsgrundsätze, aus welchen dieses folgt, oben § 72, 73; aus dem dort Erörterten ergibt sich auch, daß die Gläubiger darzulegen haben, daß und wieviel die zur Zeit wirklich bestehende Schuld geringer sei, als die intabulirte.

Stadium der Exekution dem gutgläubigen Inhaber derselben die Novation so wenig entgegengestellt werden kann, als eine Zahlung.⁹⁾

Verträge, durch welche „in Rücksicht auf den Hauptgegenstand oder Rechtsgrund keine Umänderung geschieht,“ sondern nur die Subjekte oder die näheren Bestimmungen der Obligation (Zeit, Ort, Art der Leistung) verändert werden, gelten bei uns nicht als Novationen (a. b. Gb. § 1379). Für das Hypothekenrecht besteht der Belang dieser Unterscheidung darin, daß Verträge dieser letzteren Kategorie in dubio keinen Löschtitel bilden; das Pfandrecht besteht also hier im Zweifel für die modifizierte Forderung fort. Daß aber solche Modifikationen der Pfandschuld (z. B. veränderte Kündigungsfristen), insolange sie nicht bürgerlich ersichtlich gemacht sind,¹⁰⁾ für den rechtlichen Weiterverkehr nicht existieren, ist an sich klar, und daß sie bei der Exekution dritten dinglich Beteiligten keinesfalls zur Last fallen können, ist gesetzlich besonders ausgesprochen.¹¹⁾

d) Erlaß, Endtermin, Konfusio.

Diese Rechtsaufhebungsgründe treffen seltener die Pfandschuld allein, meist wird mit ihr zugleich unmittelbar auch das Pfandrecht selbst erlassen, u. s. w.; wir behandeln dieselben darum zweckmäßiger im folgenden §. Wo sie aber ausnahmsweise die Schuld allein aufheben, wie z. B. Konfusio zwischen den Schuldsubjekten, während das Pfandgut in dritter Hand steht, da wirken sie analog der Zahlung. Hervorzuheben ist hier noch, daß bei Solidarschulden der Einem Schuldner „für seine Person“ gewährte Erlaß die übrigen auch nicht pro parte befreit (a. b. Gb. § 894), also auch keinen Löschtitel hinsichtlich des für die Gesamtschuld haftenden Pfandes bildet; und nach Analogie dieses Satzes hat der oberste Gerichtshof angenommen, daß auch die erb-schaftliche Konfusio zwischen dem Gläubiger und Einem Solidarschuldner nicht die Wirkung der Zahlung, sondern des Erlasses habe, mithin den anderen Schuldner nicht zum Löschtitel begehren berechtigt.¹²⁾

9) S. oben § 55, 58, N. 16, § 72, Z. I.

10) Die Auszeichnung im Grundbuch geschieht in der Form der Anmerkung, welche überall allein erübrigt, wo „Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes“, die nach § 5 G. B. G. in den Tenor des Eintrages gehören, erst nach dessen Vollzug sich ergeben; vgl. oben S. 160.

11) A. b. Gb. § 1379, s. oben S. 611 im Text.

12) Entsch. v. 4. Aug. 1870, OUV. 3842.

e) Schuldverjährung.

Da nach östreichischem Recht für die Verjährung intabulirter Forderungen nichts Besonderes gilt¹³⁾, so zerstört¹⁴⁾ der Ablauf der Verjährungszeit¹⁵⁾ die Pfandschuld und begründet somit den Anspruch auf Lösung der Hypothek (§ 1499, a. b. G. B.). Dieser Lösungstitel kann seiner Natur nach nicht in einer Urkunde vorgelegt werden, wie das bei den meisten übrigen liberatorischen Thatsachen möglich ist, und somit entbehrt hier der Lösungsberechtigte den Vortheil, um die Lösung unmittelbar (ohne vorgehenden Löschtitel) einschreiten zu können¹⁶⁾ und sich dadurch die Wirksamkeit seines Titels für die Zukunft auch gegen Dritte zu wahren. Hiergegen nun bietet das G. B. G. § 69 jetzt die zweckmäßige Abhilfe, indem es für die Löschtitel aus dem Grunde der Verjährung singulärerweise die Zulässigkeit der (gleichzeitigen) Streitannulirung verfügt, mittelst welcher der gewesene Schuldner in unserem Falle dieselbe Rechtswirkung erzielt, wie in anderen Tilgungsfällen durch die Vormerkung der Lösung.

Substitution einer anderen Pfandschuld an Stelle der getilgten.

Ueberall, wo dem Gesagten zufolge aus dem Eintritt einer schuldvernichtenden Thatsache der Löschtitel sich ergeben hat, kann derselbe, aber muß nicht zur Vernichtung des Hypothekarrechtes führen; der gewesene Schuldner mag aus Nachlässigkeit oder Absicht die Lösung der nunmehr, wie die Praxis sagt, „indebite haftenden“ Hypothek unterlassen und dadurch das Pfandrecht vorerst erhalten (§ 469 a. b. Gb.). Kommt es bei diesem Stand der Dinge zur Exekution in das Pfandgut, so wird die fragliche Post, wie oben erwähnt ist, leer aus-

13) S. oben § 36, Note 37.

14) Vgl. daselbst Note 14.

15) Ueber den Beginn derselben insbes. in dem häufigen Fall der auf bestimmte Zeit nach erfolgter Kündigung festgesetzten Fälligkeit s. die verschiedenen Ansichten bei Prodlowski, Die Verjährung nach öst. Rtt. 1878, S. 49—53, und Leonhard, Jahrb. f. Dogm. XVII, S. 438 fg. — Zur Auslegung des § 1494 a. b. Gb. (Hemmungen des Anfangs der Verjährung) s. das Urth. bei OUV. 2167.

16) Eine singuläre Ausnahme hiervon statuirt § 34, Abs. 2 des G. B. G.: Pfandrechte für lebenslängliche Leistungen können nach Ablauf von 3 Jahren nach dem Todestage (vgl. a. b. Gb. § 1480) des Bezugsberechtigten ohne Prozeß, bloß auf Grund des Todenscheins oder des Todeserklärungs-Instruments gelöst werden.

gehen¹⁷⁾ — falls sie nicht etwa zur Zeit in dritter redlicher Hand steht — weil eben dem aufrechten Pfandrecht keine wirkliche Pfandschuld zu Grunde liegt. Allein in dem Zeitraum zwischen der Tilgung der ursprünglich vorhandenen Pfandschuld und dem Einbruch der Exekution kann jene Sachlage sich geändert haben: die ganz oder theilweise erfolgte Zahlung ist etwa von den Parteien rückgängig gemacht, indem der Gläubiger seinem gewesenen Schuldner das in Zahlung Erhaltene in der Absicht wieder zugezählt hat, um die erloschene Schuld zu erneuern, bez. wieder zu ergänzen;¹⁸⁾ die vertragsmäßig durchgeführte Kompensation oder Novation ist durch späteren Vertrag aufgehoben, somit die getilgte Pfandschuld wieder erweckt worden; durch ausdrücklichen Verzicht auf die abgelaufene Verjährung und ein bezügliches Zahlungsverprechen wurde die verjährte Forderung restituiert, u. s. w.; oder,¹⁹⁾ es blieb zwar bei dem Aufgehobensein jener Schuld, aber zwischen den Parteien wurde abgemacht, daß das zu diesem Zwecke aufrecht erhaltene Pfandrecht nunmehr als Deckung für eine andere Schuld dienen solle, sei es einer schon bestehenden,²⁰⁾ oder neu zu errichtenden. In all diesen Fällen nun entsteht die Frage, ob nunmehr das Hypothekarrecht als auch materiell wieder gültig anzusehen, oder ob es wegen der inmitten liegenden Tilgung der Pfandschuld seinerzeit bei der Exekution als ein indebite haftendes zu behandeln sei? Was man auch dah formuliren kann: ob das Pfandrecht — ganz abgesehen von seiner Wirkung in der Hand Dritter — im Stadium seiner Ausübung sich auf dieselbe „giltige Forderung beziehen“ müsse (§ 449 a. b. Ob.), welche es im Zeitpunkt seiner Begründung zu decken bestimmt war?

17) §. 72. — Dieses Leeransgehen ist, was für den Inhalt der folgenden Erörterung wesentlich ins Gewicht fällt, eine Folge der materiellen Ungültigkeit der Post, nicht aber eines (nicht existirenden) Vorrückungsrechtes etwaiger Nachmänner.

18) So war die Sachlage in dem Falle der oben S. 255, N. 17 referirten obger. Entscheidung.

19) Zwischen diesen und den vorher angeführten Fällen besteht kein juristischer Unterschied; denn die durch Rückzahlung des gezahlten Darlehens „wieder hergestellte“ Schuld ist von Rechtswegen eine neue und andere Schuld, u. s. w.; daß sie den Parteien nicht als solche, sondern als die wieder auferstandene alte Schuld gilt, ist natürlich, aber ändert an der rechtlichen Beurtheilung des Sachverhaltes nichts. (Blos in dem Verjährungsfall ergiebt sich eine andere Auffassung für jene, welche die s. g. „schwächere Wirkung“ der Verjährung annehmen.)

20) So in dem Falle der unten zu besprechenden Entsch. bei O. W. 3557.

Hinsichtlich des außerbücherlichen Pfandrechtes kann diese Frage nur bejaht werden, denn hier wirkt seine accessorische Natur im Sinne des römischen Rechtes (vgl. oben S. 41, a. b. Ob. § 469, 1. Satz); für das bücherliche Pfandrecht aber ist ihre Verneinung grundsätzlich geboten und von der Praxis anerkannt. Sie folgt aus unserer Gesamtauffassung von dem Verhältniß zwischen Pfandschuld und Hypothekarrecht überhaupt (oben § 2), und von der rechtlichen Natur der Anfechtung bestehender Hypotheken mangels gültiger Schuld (oben § 14) insbesondere: Die Pfandschuld bildet nicht direkt, und im streng rechtlichen Sinne überhaupt nicht den Inhalt des Hypothekarrechtes, sie bildet nur dessen Rechtfertigungsgrund, seine materielle Kausa (und dadurch mittelbar das Maß seines Inhalts). Wer den Anspruch auf hypothekarische Befriedigung in der Verhandlung um die Vertheilung des Meistbots erhebt, der tritt nicht als Gläubiger auf, sondern als Hypothekar, er hat den Bestand der Pfandschuld weder zu beweisen noch zu behaupten; jedoch entkräften die Gegner diesen seinen dinglichen Anspruch durch den Beweis der Erlöschung der Schuld, für welche die Hypothek gegeben wurde, weil daraus prima facie folgt, daß damit der rechtliche Grund das Pfandrecht zu behalten aufgehört habe,²¹⁾ — aber nur prima facie folgt dies, vorausgesetzt nämlich, daß nicht ein anderer genügender Rechtfertigungsgrund für den Bestand des dinglichen Rechts vorliegt. Ein solcher nun ergiebt sich aus der vertragsmäßigen Substituierung einer andern gültigen Schuld an Stelle der getilgten, welche natürlich der Hypothekar replicando nachzuweisen hat; ist dieser Nachweis erbracht, so hat der Hypothekar damit auch dargethan, daß er keineswegs — wie es nach erwiesener Schuldtilgung allerdings schien — eine ungerechtfertigte Bereicherung anstrebe, indem er sein ipso jure zweifellos bestehendes Hypothekarrecht ausübt. Wenn wir oben (§ 14) die juristische Grundlage bei der Anfechtung ipso jure bestehender Hypotheken inter partes auf das Moment der grundlosen Bereicherung zurückgeführt haben, so erweist sich dies an dem vorliegenden Punkt von praktischem Belang: denn, beruht der nach Tilgung der Pfandschuld regelmäßig vorhandene Anspruch auf Löschung der

21) Vgl. a. b. Ob. § 1435 und oben S. 101, 103. Dabei wird hier überall an den ersten Erwerber des Hypothekarrechtes gedacht; den redlichen Cessionar berührt ja der nachträgliche Untergang der Pfandschuld auch dann nicht, wenn derselben keine andere Schuld substituirt war.

ipso jure fortbestehenden Hypothek auf diesem Fundament,²²⁾ so muß er entfallen, sobald ein nachfolgendes Rechtsgeschäft dem grundlos gewordenen Hypothekarrecht wieder einen Rechtfertigungsgrund (causa) gegeben hat, da nun von grundlosem Haben, von ungerechtfertigter Bereicherung des Hypothekars nicht mehr die Rede sein kann.

Zu dem gleichen Ergebnis führt die Analogie aus den oben entwickelten Folgen des Novationsvertrags mit einverständlicher Uebertragung der Hypothek auf die neue Schuld (a. b. Ob. § 1378); eine Uebertragung, die gar nicht möglich wäre, wenn Hypothek und Schuld im obigen Sinne untrennbar wären. Was durch einen solchen Neuevertragsvertrag uno actu bewirkt wird — Aufhebung der Pfandschuld, Schaffung einer neuen Schuld, Uebertragung des Pfandrechts von jener auf diese, — das muß durch aufeinanderfolgende Rechtsgeschäfte nicht minder möglich sein; und, kann überhaupt die hypothekarische Versicherung auf eine andere Schuld übertragen werden, so kann darauf nichts ankommen, ob diese mit der untergegangenen Pfandschuld zugleich, oder nach ihr begründet wird, oder ob sie schon vorher bestand.

In Uebereinstimmung hiermit hat der oberste Gerichtshof wie folgt geurtheilt.²³⁾ Einmal mit der ausdrücklichen Begründung: „So wie es keinem Zweifel unterliegt, daß ein Pfandrecht für eine künftige Forderung eingeräumt und erworben werden kann, ebenso ist es mit dem Gesetze vereinbar, für eine bereits erloschene Forderung das Pfandrecht fortbestehen zu lassen, und derselben eine andere, entweder schon bestehende oder neu entstandene, Forderung zu substituieren.“

Uebrigens bedarf es keiner Ausführung, daß durch die giltige

22) Die theoretische Frage nach dem letzten Grund des vorliegenden Lösungsanspruchs ist darum bisher in Oesterreich nicht aufgeworfen worden, weil man stets die Lösungsklage des Schuldners vor Augen hat, die sich natürlich auf den Inhalt des Pfandvertrags stützt (a. b. Ob. § 1369); unser Problem aber tritt erst hervor, wenn wir fragen, was denn den Drittbefitzer des Gutes nach einer nicht von ihm bewirkten Tilgung der Pfandschuld, trotz §§ 443 und 469 a. b. Ob., zum Lösungsbegehren berechtigt? — Die ausländische Literatur dieser Frage und die schwankende Rechtsprechung insbes. das bair. ob. Obf. s. bei Regelsberger, *HRt.* S. 482, 483.

23) *Entsch.* v. 28. Mai 1869 (s. oben S. 255), und v. 4. Nov. 1869 (*GUW.* 3557); den Entscheidungsgründen des letzteren Urtheils sind die im Text angeführten Worte entnommen. Eine entgegengesetzte Entscheidung ist mir nicht bekannt; die entgegengesetzte Ansicht vertritt *Repsch*, S. 99, 100.

Substitution einer andern Pfandschuld die Pfandlast des Hypothekargutes nie erschwert werden kann;²⁴⁾ es gilt hierüber allgemein, was oben für den besonderen Fall der Novation gesagt ist.

§ 81.

2) Ursprüngliche Ungiltigkeit der Pfandschuld.

Wenn sich erweist, daß die Forderung, für welche das Pfandrecht bürgerlich errichtet wurde, schon damals nicht rechtswirksam (sei es nichtig oder bloß anfechtbar,¹⁾ war, so hat der Eigentümer des indebite belasteten Gutes gleicherweise, — aus dem gleichen Rechtsgrund, und unter den gleichen durch das Publizitätsprinzip gegebenen Beschränkungen — den Lösungsanspruch, wie in den Fällen des Unterganges der giltigen Pfandschuld. Meist wird er genöthigt sein diesen Lösungstitel im Wege der Anfechtungsklage²⁾ geltend zu machen, indem er gegen den rechtskräftig gewordenen Pfandrechteintrag „die Wiederherstellung des vorigen bürgerlichen Standes begehrt;“ alsdann steht ihm immer (ohne Unterschied des konkreten Ungiltigkeitsgrundes) das Rechtsmittel der Streitannulirung mit seiner bekannten Rechtsfolge zur Verfügung (*G. B. O.* § 61). Ebenso wenn die Ungiltigkeitserklärung durch den Strafprozeß erstritten wurde (*G. B. O.* § 67; oben S. 117). Kann er aber seinen Titel urkundlich vorlegen, z. B. in Gestalt einer vom derzeitigen bürgerlichen Hypothekar ausgestellten Anerkennungserklärung über die Ungiltigkeit der Pfandschuld, so steht auch der direkten Verwirklichung desselben durch ein Grundbuchgesuch um Vormerkung oder Einverleibung der Lösung (je nach der Beschaffenheit der Urkunde) nichts im Wege.

24) Woraus sich umgekehrt wieder ergibt, daß die Substitution dort überhaupt nicht gültig erfolgen kann, wo sie ohne Alteration des Inhaltes der Pfandlast unbedenkbar ist, vgl. § 82, a. E.

1) Vgl. oben S. 96.

2) Es ist die oben S. 114 fg. näher besprochene „Lösungsklage aus dem Grunde der (materiellen) Ungiltigkeit;“ sie stellt sich je nach den Umständen (vgl. *N.* 22 des vorigen §) als Vertragsklage, Schadenersatzanspruch (§ 1323, 1295 a. b. Ob.), oder als *condictio sine causa* dar.

§ 82.

3) Besonderes für Kautions- und Credithypotheken.

Bekanntlich besteht das Eigenthümliche dieser Hypotheken ¹⁾ darin, daß sie nicht für eine bestimmte Schuld errichtet werden, sondern eine Haftung des Pfandgutes für alle aus einem gewissen, im Eintrag bezeichneten, obligatorischen Grundverhältniß (causa) entsprungene oder künftig sich ergebenden Forderungen enthalten. Das Entstehen und Vergehen solcher Schulden während der Dauer des Haftungsverhältnisses erscheint für das Hypothekarrecht insofern gleichgiltig, als es doch immer nur darauf ankommt, ob im Zeitpunkte der Execution in das Pfandgut aufrechte Forderungen der versicherten Art vorliegen; ihre Gesamtsumme bildet alsdann, innerhalb des eingetragenen Höchstbetrages, den in der betreffenden Priorität zu befriedigenden Inhalt des Hypothekarrechtes. So wenig die einzelne aus der versicherten causa wamm immer entspringende Forderung einer besonderen Eintragung ²⁾ bedarf, um der Pfandbedeckung theilhaft zu werden, ebensowenig ist bei ihrem Untergang eine Löschung am Platz: ³⁾ es bedarf derselben nicht, um das Pfandgut von der Haftung für den getilgten einzelnen Posten frei zu machen, eine theilweise Befreiung von der Gesamthaftung aber würde damit nicht erzielt, sondern nach wie vor bliebe das Gut bis zum ganzen Höchstbetrag verpfändet. ⁴⁾

1) Vgl. oben S. 129 fg. G. B. G. § 14.

2) Solche Eintragungen (deren die Gesetze nirgends erwähnen) kommen zwar vor, als f. g. Intabulationen per juxtam, auch wohl als Anmerkungen, aber sie sind h. z. L. rechtlich überflüssig (s. OUB. 415), da die Pfandhaftung selbst davon nicht abhängt, und die Größe der Gesamtbelastung durch den eingetragenen Höchstbetrag für den Verkehr ohnehin zum Voraus klar gestellt ist.

3) Wo freilich eine Juxta-Einverleibung vorliegt, muß im Tilgungsfalle auch deren Löschung bewilligt werden, aber das eine ist so gleichgiltig wie das andere.

4) „Weil die eingetragene Summe nicht den Betrag der versicherten Forderung, sondern nur die Grenze bezeichnet, bis zu welcher das Unterpfand für sämtliche aus dem bestimmten Rechtsverhältnisse entspringenden Forderungen haftet;“ Regelsberger, Hdt. S. 366. Dem östr. Recht fremd ist der Billigkeitsatz des h. z. Nts. (Hypoth. § 19), wonach eine Theilzahlung unter Umständen den Schuldner berechtigen kann, die richterliche Minderung des ursprünglich angesetzten Höchstbetrages zu begehren; bei uns ist die Intervention des Richters beschränkt auf die ursprüngliche Feststellung des Höchstbetrages, vgl. oben S. 129, G. B. G. § 14, Abs. 4.

Anders wenn das obligatorische Grundverhältniß selbst, für dessen mögliche Ausflüsse die Hypothek bestellt war, ohne Rücklassung einer Schuld aufgehört hat: dann ist schon jetzt gewiß, daß die seinerzeit bei einer künftigen Execution etwa bücherlich noch vorhandene Hypothek keinen rechtlichen Inhalt haben kann, sie haftet also schon jetzt indebite und muß auf Begehren des Inhabers des Pfandgutes gelöscht werden. Somit hat dieser, als Voraussetzung seines Löschungstitels, darzulegen, erstlich, daß zur Zeit aus dem versicherten Verhältniß keine Schuld bestehe — sei es, daß daraus niemals solche entstanden, oder daß die entstandenen wieder erloschen sind —, und sodann, daß auch in Zukunft solche Schulden nicht mehr erwachsen können, weil ihre Grundlage (das Kreditverhältniß, die Geschäftsführung u. s. w.) aufgehört habe.

Ob die Löschung im außerstreitigen Wege möglich, oder durch Prozeß zu erzwingen ist, hängt auch hier von den bekannten Umständen ab. Im einfachsten Falle genügt die in einverleibungsfähiger Form ausgestellte Erklärung des hypothetischen Gläubigers, daß er in Ermangelung des Bestandes einer bezüglichen Forderung in die Löschung willige; sind bücherliche Austerberechtigzte vorhanden, ⁵⁾ so ist die förmliche Zustimmung auch dieser zur reinen Löschung ⁶⁾ erforderlich. Fehlt es an einer hiernach genügenden Urkunde, so muß der mangelnde Löschungskonsens gegen die Dissentirenden, wie sonst, durch Klage erstritten werden. Dabei ist zu beachten, daß der Nachweis der obigen Voraussetzungen unseres Löschungstitels auch gegenüber den bücherlichen Austerberechtigzten durchaus genügt: diesen haftet nicht etwa der intabulirte Höchstbetrag schlecht hin, als ob er der Inhalt einer verpfändeten oder cedirten gewöhnlichen Satzpost wäre, ⁷⁾ (wonach eine

5) Die Praxis nimmt keinen Anstand auch auf Kautionshypotheken u. s. w. Austerpfandrechte und Cessionen eintragen zu lassen.

6) Andernfalls könnte nur die Löschung mit Vorbehalt der Rechte der Austerhypothekare (a. b. Ob. § 455 vgl. oben § 58 R. 10) bewilligt werden, womit dem Eigentümer in der Regel nicht gedient ist.

7) Es ist scharf zu unterscheiden zwischen den hier in Rede stehenden Hypotheken, welche bedingte Pfandrechte für künftige Schuldsommen sind, und solchen unbedingten Hypotheken für gegenwärtige Schulden, die nur darum mit einem Höchstbetrag eingetragen wurden, weil ihre Ziffer noch nicht ermittelt war (s. oben S. 128), wie z. B. ein mit Höchstbetrag vorgemerktes Vertrags-Pfandrecht für die Ersatzforderung aus schon vorliegendem aber noch nicht liquidirtem Schaden. Hier haftet dem Cessionar (oder Austerhypothekar) zwar auch nicht der Höchstbetrag selbst,

Abzahlung ihnen gar nicht präjudizieren könnte, § 455 a. b. Ob.), — sondern ihnen haftet das Pfandgut, bis zum Höchstbetrag, wenn im Zeitpunkt der Geltendmachung ihrer Rechte Forderungen der versicherten Art bestehen, und so weit alsdann deren Betrag reicht; und dieses Verhältniß apparirt im öffentlichen Buch. Ist also jetzt von Seiten des Lösungsnerbers der obige Nachweis erbracht, so ist damit auch bewiesen, daß die in Rede stehenden Asterrechte keinen Inhalt haben, und einen solchen auch künftig nicht erlangen können; dadurch aber ist auch ihnen gegenüber das Lösungsbegeh gerechtfertigt.⁸⁾

Bei Kautionshypotheken drückt sich die im Verkehr maßgebende Einbuße an Realcredit für das Grundstück nicht allein in dem eingetragenen Höchstbetrag aus; der aus dem versicherten Grundverhältniß resultirende Grad von Wahrscheinlichkeit der Entstehung von Schulden und ihres eventuellen Umfanges spielt dabei ganz wesentlich mit; wer hinter einer im Höchstbetrag von 10000 fl. haftenden Pachtkaution noch ein Hypothekendarlehen gewährt, würde dasselbe hinter einem gleich großen Kauffschillingsrest möglicherweise nicht gewährt haben, da er mit Rücksicht auf das ihm bekannte Pachtverhältniß die Gefahr des

aber doch die bestehende Forderung mit ihrem Pfandrechte, so daß eine spätere Theilzahlung wider seinen Willen sein Recht nicht schmälert. Dort hingegen hat das cedirte (verpfändete) Hypothekarrecht vorerst noch keinen fixirten Inhalt; ob etwas da ist, wofür es haftet, das soll sich erst im Augenblick seiner Geltendmachung (durch den Hauptgläubiger, oder seinen bürgerlichen Ersatzmann) zeigen: immer ist es nur die alsdann vorhandene Summe der aus dem versicherten Grundverhältniß herrührenden Verbindlichkeiten, wofür das Pfandgut aufkommt; ob diese Summe früher einmal größer war, ob sie durch Abzahlungen, Erlässe, Kompensationen u. s. w. auf ihre derzeitige Ziffer gekommen ist, das erscheint gegenüber unserer Hypothekarklage (bez. Asterhypothekarklage) ebenso gleichgültig, wie gegenüber einer Saldofrage aus laufender Rechnung.

8) Wie mit diesen Höchstbeträgen verhält es sich auch mit den zur Sicherstellung ungewisser periodischer Leistungen (z. B. Leibrenten, Beteiligungs-kapitalien). Nicht sie, sondern die einzelnen Ratenforderungen bilden das Substrat des Hypothekarrechtes, welches mithin gelöst werden muß, sobald der Prästations-titel erloschen und damit die Möglichkeit der Entstehung weiterer Pfandschulden ausgeschlossen ist. Asterrechte auf das Beteiligungs-kapital sollten nicht verbüchert werden, weil dieses keineswegs eine Hypothekarpfand für sich bildet, die gleichsam bloß mit der Rente belastet und nach deren Wegfall frei verfügbar wäre; ist es aber doch geschehen, so vermögen solche Supereinträge die Lösung der ganzen Last nicht aufzuhalten. In diesem Sinne erging das Urth. bei O. U. W. 2837.

Auslaufens einer so hohen Pachtschuld für unwahrscheinlich zu halten guten Grund hatte. Man kann darum hier, wo das Vertrauen in die öffentlichen Bücher nicht allein den Betrag, sondern wesentlich und gerechtfertigterweise auch den Rechtsgrund der pfandrechtlichen Belastung ins Auge faßt, die Unterstellung einer anderen, als der ursprünglich eingetragenen Pfandschuld, nicht für zulässig erachten. Und zwar weder in der Art, daß anstatt der versicherten künftigen Schulden eine bestimmte gegenwärtige Schuld (wenn auch unter dem eingetragenen Höchstbetrag) dem Pfandrechte unterlegt wird; noch auch so, daß an Stelle eines obligatorischen Grundverhältnisses ein Anderes gesetzt wird.⁹⁾ Denn in unseren Fällen¹⁰⁾ bestimmt die Art des Schuldgrundes nicht bloß, wie sonst, den im Verhältnisse zwischen Schuldner und Gläubiger maßgebenden rechtlichen Charakter der Pfandschuld, sondern auch die Wahrscheinlichkeit ihres Entstehens und das Maß ihres eventuellen Inhaltes.

§ 83.

B. Hinsichtlich des Pfandrechtes.

Wir gelangen zu den Lösungstiteln der zweiten Gruppe,¹⁾ welche unmittelbar gegen das Pfandrecht selbst wirken, also auch bei unversehrter Pfandschuld bestehen können.

1) Untergang des Pfandgegenstandes.

In dem kaum praktischen Falle, da ein hypothekarisch belastetes Grundstück durch ein Naturereigniß (vulkanische Eruption etwa, oder dauernde Uebersfluthung durch Wasser) der menschlichen Beherrschung ganz und endgiltig entzogen würde, entstände nicht ein Lösungstitel, sondern würde das Hypothekarrecht selbst unmittelbar vernichtet, da keine Möglichkeit der Ausübung und somit kein Inhalt für dasselbe übrig wäre. Hingegen berührt der bloße Untergang eines (physischen) Theiles der einen Grundbuchkörper bildenden Sachgesamtheit die Hypotheken in ihrem Bestande nicht, sondern nur in ihrem objektiven Umfang; es gilt, was über den analogen Fall der Deterioration gesagt ist.²⁾

9) Uebereinstimmend Regelsberger, Studien S. 62.

10) Siehe hingegen oben S. 613 ff.

1) Vgl. oben Seite 604.

2) S. oben S. 276, 286 fg.

Ähnlich verhält es sich bei dem bürgerlichen Untergang des Pfandgutes. Ist seine Einlage aus dem öffentlichen Buch getilgt, weil dasselbe entweder dem Privatverkehr entzogen, oder weil es als integrierender Theil einem anderen Tabulargut angegliedert wurde, so verschwinden damit zugleich seine Hypothekarlasten; ist aber nur ein (physischer) Theil bürgerlich abgetrennt, gleichviel ob lastenfrei oder nicht, so bestehen die Hypotheken in ungeschmälertem Betrag an dem Reste fort, sie erleiden, wie im obigen Falle des partiellen physischen Unterganges, nur eine innere Reduktion an dem Maß ihrer Sicherheit.³⁾

Wenn ein mit Hypotheken belasteter Antheil (*pars pro indiviso*) des Pfandgutes als Theil untergeht, indem das Eigenthum daran mit dem Eigenthum an den übrigen Antheilen bürgerlich vereinigt wird, so berührt dieses die Antheilshypotheken in keiner Weise. Wie mit der ideellen Theilung,⁴⁾ ebenso verhält es sich mit der Wiederaufhebung der Getheiltheit: sie kann den Hypothekaren weder Vortheil noch Nachtheil bringen. Es bleibt also in unserem Falle die Antheilshypothek als solche bestehen und wird als solche eventuell ausgelöst,⁵⁾ auch nachdem die bürgerliche Theilung des Eigenthums wieder behoben ist; oder m. a. W. die einmal dagewesene Eigenthumsgetheiltheit wirkt fort, so lange bürgerliche Rechte bestehen, die aus einem der ehemaligen Eigenthums-Theilrechte abgeleitet sind.

Akterpfandrechte und andere auf *jura in re aliena* des Verpfänders eingetragene Hypotheken erlöschen nicht notwendig mit dem bürgerlichen Untergang des Rechtes, auf welches sie intabulirt sind; ⁶⁾ letzteres kann gelöscht sein, ohne daß die Akterrechte davon berührt werden:

„Wenn auf einer Hypothekarforderung zur Zeit als ihre Löschung

3) Ueber den Expropriationsfall s. oben S. 285; über die bürgerliche Abtrennung s. S. 220 fg., und das Gef. v. 6. Febr. 1869, R. G. B. 18 (dazu Rand a, b. G. Z. 1879, Nr. 50 fg.).

4) A. b. Gb. § 847; vgl. oben S. 300, und S. 522 ff.

5) Ueber die Behandlung solcher Hypotheken bei der Vertheilung des Meistbotes s. oben § 67.

6) Wenn sie mit demselben erlöschen, so geschieht das nicht wegen Untergang ihres Objektes, sondern weil eine Bedingung oder Befristung, welche sich durch das Mutterrecht dem abgeleiteten Rechte mitgetheilt hat, dessen Untergang herbeiführt; der Fall gehört also zu den unter Ziff. 4 zu besprechenden.

begehrt wird noch Akterpfandrechte⁷⁾ haften, so darf die Löschung der Forderung nur mit dem Beisatze bewilligt werden, daß ihre Rechtswirkung in Ansehung der Akterpfandrechte⁸⁾ erst mit deren Löschung einzutreten hat⁹⁾ G. B. G. § 51.

Während also die Haupthypothek erloschen und aus dem Tabularverkehr verschwunden ist — sie bildet fortan weder einen Gegenstand weiterer bürgerlicher Verfügungen,¹⁰⁾ noch partizipirt sie an dem Kaufschilling im Falle der Exekution — behält die Akterhypothek ihren Bestand: sie bleibt im bürgerlichen Verkehr, und wenn es zur Exekution kommt, bevor sie gelöscht ist, findet sie unmittelbar aus dem Tabularkörper¹¹⁾ ihre Befriedigung, indem zu diesem Zwecke aus dem Gesamterlös des Gutes soviel ausgeschieden wird, als auf das „verpfändete Recht“ entfallen wäre, wenn dieses zur Zeit noch bestünde.¹²⁾

2) Erlaß des Pfandrechtes.

Der Pfandgläubiger kann vertragsmäßig (entgeltlich oder schenkungsweise) auf sein Pfandrecht verzichten, indem er entweder dieses allein,¹³⁾ oder zugleich auch die Pfandforderung erläßt. Dann bildet

7) Was hier von Akterpfandrechten gesagt ist, gilt ebenso von allen anderen bürgerlichen Akterrechten (s. oben S. 54, 55), wenn nicht der Grund, aus welchem die Löschung des Mutterrechtes begehrt wird, ein solcher ist, daß er zugleich das abgeleitete Recht mit trifft. Wird z. B. die Löschung eines Nießbrauches auf Grund eines zwischen Eigenthümer und Usufruktuar geschlossenen Erlaßvertrages, oder auf Grund eingetretener Konsolidation, bewilligt, so bleiben die darauf eingetragenen Hypotheken aufrecht; anders wenn die Löschung auf Grund des Todes des Usufruktuars erfolgt, vgl. unten § 84, bei Note 4.

8) Minder richtig sagt die ung. G. B. O. (§ 79) „daß ihre volle Rechtswirkung erst mit der Löschung des Akterpfandrechtes stattfinden wird“. Die Wirkung der Löschung des Hauptpfandrechtes ist sofort voll, die des Akterpfandrechtes aber setzt vorerst ganz, weil und solange eben dieses selbst nicht gelöscht ist.

9) S. einen solchen Löschungseintrag in der Beilage II, Postzahl 107.

10) „Weitere Eintragungen auf diese Hypothekarforderung dürfen, wenn die Löschung einverleibt wurde, nicht mehr bewilligt werden.“ G. B. G. § 51, Abs. 2.

11) Hierin bestätigt sich unsere (oben S. 52, 53 angedeutete) Auffassung, wonach immer der Grundbuchskörper selbst der wahre Gegenstand aller in seiner Bucheinlage erscheinenden hypothekarischen Rechte und Akterrechte ist.

12) Ein nach Befriedigung des Akterberechtigten etwa bleibender Ueberchuß fällt natürlich nicht dem Inhaber des erloschenen Hauptrechtes, sondern den bürgerlichen Nachmännern oder dem Eigenthümer zu. Vgl. oben S. 450, 451.

13) Unter Umständen kann der Gläubiger zu solchem Erlaß verpflichtet sein, also eventuell auch durch Urtheil dazu angehalten werden, vgl. oben S. 97, lit. b;

dieser Vertrag, wenn er mit dem Pfandschuldner oder beziehungsweise dem Drittbefitzer des Pfandgutes eingegangen ist, ¹⁴⁾ einen besonderen Löschtitel (§ 467 a. b. Gb.).

Der Pfanderlassvertrag, wie der Pfandbestellungsvertrag, ist formlos, ¹⁵⁾ kann daher auch stillschweigend (a. b. Gb. § 863) geschlossen werden. Bei der Annahme einer *pignoris remissio tacita* aber wird der österreichische Richter darum besonders vorsichtig sein müssen, weil bei uns die Möglichkeit den Bestand der Pfandschuld aus den öffentlichen Büchern zu ersehen eine solche Annahme vielfach dort ausschließt, wo sie sonst geboten wäre und z. B. nach gemeinem Recht geboten ist. So wird bei uns die Zustimmung des Hypothekars zur Veräußerung des Pfandgutes in der Regel keinen Verzicht auf das Pfandrecht einschließen; ¹⁶⁾ nur wenn jener den „lastenfreien“ Uebergang des Gutes auf den Käufer zugelassen und gebilligt hätte (was in der bloßen Mitfertigung des Kaufkontraktes als Zeuge noch nicht liegt), ¹⁷⁾ oder wenn er der Parzellirung des Gutes auf Befragen ausdrücklich zugestimmt, ¹⁸⁾ oder in die bücherliche Abschreibung eines Trennstückes gewilligt hätte, ¹⁹⁾ — müßte daraus in der Regel wohl eine indirekte Erlaßerklärung gefolgert werden.

Der Erlaßvertrag ist nach allgemeinen Grundsätzen im Zweifel zu Gunsten des Erlassenden auszuliegen (a. b. Gb. § 915); wenn also

a. b. Gb. §§ 520, 1245, 1365, »causa pignoris cessante, pignus aut hypotheca cessat.«

14) Nicht aber, wenn die Erlaßklärung zu Handen eines Dritten, der nicht Stellvertreter des Schuldners ist, abgegeben wurde: Entsch. d. ob. Gbts. vom 10. April 1867, v. G. Z. 1872, Nr. 1.

15) Vgl. oben S. 144 fg. Carabelli, II, p. 619 fg. L. 2. C. de remiss. pign. (8, 26) Nam obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur.

16) Ebenso Carabelli, l. c. Rippel, Komm. zu § 467, Nr. 2. Vgl. dagegen L. 158, D. de R. J. (50, 17): creditor, qui permittit rem venire, pignus dimittit; f. aber auch L. 8, § 15, D. quib. mod. p. solv. (20, 6). Dernburg, röm. Pfct. II, S. 550 fg.

17) Wohl aber, wenn er bei dem Abschluß des Kaufs in einer Weise mitgewirkt hätte, welche bei ihm die Kenntniß des vollen Vertragsinhalts bedingt, und das Unterlassen eines Einspruches gegen die sein Pfandrecht betreffende Klausel als Dolus erscheinen läßt, z. B. der Hypothekar hatte als Notar jenen Vertrag verfaßt; vgl. den Fall der L. 9, § 1. D. quib. m. p. solv. (20, 6), und schon Neguzantius, Tract. de pignoribus (Köln 1700) VI, 3, 18.

18) S. oben § 33, Note 14.

19) Zertheilungsgesetz § 2.

das Pfandrecht nicht hinsichtlich der ganzen Schuld erlassen sein wollte, ist in dubio der kleinere Betrag, und wenn bei Simultanpfandrecht der Erlaß nicht ausdrücklich auf alle Zweighypotheken sich bezog, ²⁰⁾ in dubio der geringere Umfang des Gewährten anzunehmen.

Erlassen kann nur, wer über das Pfandrecht die freie Verfügung hat; ²¹⁾ und auch er kann nur das erlassen, was ihm rechtlich zusteht, wohl weniger, aber nicht mehr oder ein Anderes. Der letztere an sich selbstverständliche Satz enthält die Entscheidung der in der Praxis nicht selten vergriffenen Frage: ²²⁾ ob der Hypothekar befugt sei, sein auf dem ganzen Tabularkörper haftendes Pfandrecht blos hinsichtlich eines ideellen Theiles zu erlassen? Auf den ersten Blick mag es scheinen, daß, wer das Ganze in Haftung hat, wohl einen Theil müsse freiwillig entlassen können, wie es ja hinsichtlich physischer Theile außer Zweifel steht. Allein die Nichtigkeit dieses Schlusses wird sofort bedenklich gegenüber der offenbaren Unbilligkeit seiner praktischen Ergebnisse: der Inhaber einer auf dem ganzen Grundbuchkörper haftenden Hypothek wäre, wenn das Gut später in Antheile zerfiel und auf einige derselben besonders Hypotheken eingetragen sind, in der Lage, solchen Antheilshypothekaren ganz willkürlich die Bonität ihrer Pfandrechte zu mindern oder zu bessern, indem er sein Totalpfandrecht rücksichtlich einiger Antheile erläßt und es somit auf die anderen konzentriert; denn es würde in Folge dieser Operation bei der künftigen Meistbotvertheilung, — sei es nach einer Exekution in das Ganze, oder in einen der Antheile, — ein wesentlich anderer Theilungsschlüssel in Anwendung kommen, als ohne dieselbe; und zwar zum Nachtheil jener Gläubiger, die im Vertrauen auf das öffentliche Buch einen Gutsantheil zu Pfand genommen hatten, welcher damals laut Grundbuch keineswegs allein mit der fraglichen Post belastet war, sondern für dieselbe nur mit allen anderen

20) Ueber die Zulässigkeit von solchen Erlaßverträgen s. oben S. 320.

21) Also der persönlich dispositionsfähige Hypothekar selbst und solche Machthaber, in deren gesetzliche oder gewillkürte Vollmacht die Befugniß zur Vergabung von Immobilienrechten fällt; die gemeinrechtliche Streitfrage (s. Dernburg, a. a. D. S. 542 fg.), ob der Generalprokurator zum Hypothekenerlaß befugt sei, ist nach östr. Recht hinsichtlich des unentgeltlichen Erlasses zu verneinen (a. b. Gb. § 1008); der Vormund bedarf dazu stets der gerichtlichen Einwilligung, a. b. Gb. § 233.

22) So in den Entsch. beider Obergerichte v. 14. Dez. 1870 und v. 14. März 1871, bei OUB. 4088.

Ezner, Lehr. Hyp.-Recht.

Gutsanth eilen zusammen, also pro rata parte, aufzukommen hatte, jetzt aber die ganze Last tragen soll. Es liegt auf der Hand, welche Quelle ungerechter Bereicherung durch bedenkliche Negotiationen mit den Theilhypothekaren die hier vorausgesetzte rechtliche Möglichkeit jedem Totalhypothekar eröffnen würde.²³⁾ Indessen beruht dieß Alles auf der unrichtigen und von uns schon oben bekämpften Theorie, als ob die ideale Theilung des Pfandgutes die an dem Ganzen haftenden Hypotheken in Simultanhypotheken an jedem der entstandenen Anthteile verwandle.²⁴⁾ In Wahrheit hat der Totalhypothekar, nach erfolgter Idealtheilung seines Pfandes, nicht das Recht seine ganze Forderung aus Einem Anthteile zu befriedigen, sondern nur aus allen pro rata;²⁵⁾ mithin kann er auch nicht das Recht haben jene Art der Befriedigung, durch vorgehende bürgerliche Konzentration seiner Hypothek von dem Ganzen auf den Theil, vorzubereiten und herbeizuführen.²⁶⁾ Er kann hinsichtlich des einzelnen Gutsanththeiles nur das Recht erlassen, welches er daran hat, also das Recht diesen Theil zur Befriedigung seiner Gesamtforderung verhältnißmäßig heranzuziehen. Damit aber

23) Oder auch umgekehrt einem der Theilhypothekare durch Abmachungen mit dem vorgehenden Totalhypothekar, oder durch Ablösung von dessen Forderung. So in dem Falle der cit. oberstgr. Entsch.: A hatte hinter einer auf dem ganzen Gut haftenden Post der Sparkasse eine bloß auf $\frac{7}{12}$ desselben eingetragene Forderung, welche bei der bevorstehenden Feilbietung dieses Anththeils durchzufallen drohte, wenn die entsprechende Quote jener Vorpost aus dem Erlös vorweg genommen wurde; er löste nun diese Post ab und schritt sofort als Cessionar um Ablösung derselben auf jenen $\frac{7}{12}$ des Gutes ein, in der durch den Erfolg gerechtfertigten Voraussetzung, daß er nach Durchführung dieser Operation seine ursprüngliche Forderung aus dem Erlös dieser $\frac{7}{12}$, und die angekaufte Sparkassenforderung seinerzeit ebenfalls aus dem Erlös der übrigen $\frac{5}{12}$ — zum Schaden der auf diesem Anththeil haftenden Hypotheken — ganz hereinbringen werde.

24) Oben § 40, und das Note 12 das. angef. Urtheil; s. auch S. 526. Die hier in Rede stehende Entsch. (GUW. 4088) fußt auf demselben Irrthum und beruft sich dafür sehr unrichtig auf a. b. Ob. § 457, wo von idealen Theilen nicht die Rede ist. Richtig hingegen die Entsch. GUW. 6419, und F ü g e r, Rechtswif. d. Eintr. in die öff. Bücher S. 138 fg.

25) Vgl. oben § 67.

26) Allerdings konzentriert der Pfandgläubiger, welcher einen physischen Theil des Gutes (durch Konsens zur lastenfreien Abtrennung) freigiebt, sein Pfandrecht auf den ihm verbleibenden Rest: aber das kann nur mit dem Willen des Eigentümers geschehen, und Rechte dritter Hypothekare kommen dabei nicht in Mitleidenchaft, da an physischen Theilen keine Pfandrechte bestehen.

verliert er — da die Anthteile des in seiner ursprünglichen Einheit verpfändeten Gutes für die Befriedigung dieser Totalhypothek nicht solidariß, sondern eben nur pro parte haften, wie die Erben für eine vom Erblasser kontrahirte Schuld — hinsichtlich des entsprechenden Anththeiles seiner Forderung die hypothekarische Bedeckung; indem er eine Quote des Pfandgutes entlasten will, verzichtet er mit Rechtsnothwendigkeit zugleich auf eine Quote seines Pfandrechtes.²⁷⁾ — Ein Erlaß, wie er hiernach allein rechtlich zulässig erscheint, wälzt den übrigen Anthteilen keine Mehrbelastung auf und gewährt doch die unter Umständen wünschenswerthe Möglichkeit den liberirten Anththeil lastenfrei in den Verkehr zu bringen. Die bürgerliche Durchführung des Geschäfts gestaltet sich so, daß die angesuchte gänzliche Löschung hinsichtlich des Einen Anththeiles nur dann bewilligt wird, wenn zugleich seitens des Erlassenden die Einwilligung zur Löschung einer dem befreiten Gutsanththeil entsprechenden Quote der ganzen Pfandforderung²⁸⁾ vorliegt, welche Löschung alsdann unter Einem mit jener zu vollziehen ist (arg. § 97 G. B. G.).

3) Vereinigung des Eigenthums und des Pfandrechtes (Konfusio).

Der Erwerb des Eigenthums am Pfandgute durch einen Hypothekar, oder umgekehrt der Erwerb einer Hypothekarpost durch den Eigentümer des Gutes ist an sich nicht geeignet den Rechtsbestand der Hypothek zu vernichten:

„Rechte und Verbindlichkeiten, welche den öffentlichen Büchern einverleibt sind, werden durch die Vereinigung in einer Person nicht aufgehoben, bis die Löschung aus den öffentlichen Büchern erfolgt ist.“
A. b. Ob. § 1446 (vgl. §§ 469, 526).

Nicht einmal ein besonderer Löschungstitel wird dadurch geschaffen: nicht für den Eigentümer-Hypothekar, weil dieser ohnehin in seiner doppelten Eigenschaft die Befugniß zu jeder Verfügung über die Hypothek, mithin auch zur Vernichtung derselben hat; nicht für etwaige Nachhypothekare, weil dieselben im vorliegenden Falle ebensowenig, als im

27) Anders wäre es nur in dem hier nicht in Rede stehenden Fall, da die Gutsanthteile ihm solidariß (als Simultanhypotheken) verpfändet wären; vgl. oben S. 292, 525 ff., K o p e z k y, Wagn. Zschr. 1836, I, S. 196 fg.

28) Worin natürlich kein Verzicht auf den betreffenden Theil der Forderung selbst liegt, sondern nur auf das Pfandrecht für denselben.

Fälle der Zahlung u. s. w., befugt sind die Löschung einer materiell hinfällig gewordenen Vorhypothek zu begehren.²⁹⁾

Hat der Hypothekar nur an einem Theile des verpfändeten Ganzen das Eigenthum erworben, so kann er diesen seinen Theil nur in der oben erwähnten Weise durch Löschung frei machen, d. h. indem er zugleich auf den fremden Antheilen eine entsprechende Quote seiner Forderung zur Abschreibung bringen läßt.

Ist das mit dem Eigenthum vereinigte Hypothekarrecht mit bürgerlichen Superlasten behaftet, so kann dasselbe auch im vorliegenden Falle nur mit dem schon besprochenen „Beisatz“ (C. B. O. § 51) gelöscht werden, wonach jene Asterrechte bis auf weiteres von der Löschung des Hauptrechtes unberührt bleiben.³⁰⁾

Der Inhaber der vereinigten Rechte kann die Löschung der Hypothek herbeiführen, aber er ist dazu nach keiner Richtung hin verpflichtet, und vielfach kann ein praktisches Interesse ihm gebieten es zu unterlassen. Welches alsdann die Wirkungen des Fortbestandes der Hypothek neben dem Eigenthum, einerseits für den Weiterverkehr und andererseits im Stadium der Pfanderkulation, sind, das geht zwar aus dem Gesamteinhalte unserer bisherigen Darstellung hervor, wird aber doch der deutlicheren Uebersicht halber unten noch zusammenhängend behandelt werden.³¹⁾

Was von der Vereinigung zwischen Eigenthum und Pfandrecht zu sagen ist, das gilt in analoger Anwendung ebenfalls von der Vereinigung zwischen Hauptrecht und Asterrecht.

§ 84.

Fortsetzung.

4) Befristungen und Bedingungen.

Das Hypothekarrecht kann, auch abgesehen von der Pfandschuld, an einen Endtermin geknüpft sein, sei es durch den Parteiwillen,¹⁾

29) Vgl. oben S. 100, und § 63, Note 9.

30) S. oben. S. 623.

31) S. den Anhang, § 89, 90.

1) Dazu ist namentlich Veranlassung, wo Jemand sein Gut für fremde Schuld verpfändet, und dieß z. B. nur für die Dauer eines gewissen persönlichen Verhältnisses zum Schuldner, oder für dessen Minderjährigkeit thun will. Vgl. auch Winivarter, Komm. II, § 154.

sei es von Rechtswegen, weil die zeitlich beschränkte Rechtsstellung des Verpfänders es so mit sich bringt. Dann erzeugt der Eintritt des Termines, wegen des damit verbundenen materiellen Erlöschens des Pfandrechtes, für den Belasteten einen Löschungstitel (welcher aber nach bekannten Grundsätzen gegen den redlichen Hypothekar nur dann wirksam ist, wenn die Betagtheit seines Rechtes bürgerlich apparirt):²⁾

„Das Pfandrecht erlischt ferner mit der Zeit, auf welche es eingeschränkt war, folglich auch mit dem zeitlichen Rechte des Pfandgebers auf die verpfändete Sache, wenn anders dieser Umstand dem Gläubiger bekannt war, oder aus den öffentlichen Büchern bekannt sein konnte.“
A. b. Gb. § 468.

Wie hiernach ein gemeines Hypothekarrecht mit dem Tode des Verpfänders erlischt,³⁾ wenn derselbe, z. B. als Fidejuzarerbe, bloß ein auf seine Lebensdauer beschränktes Eigenthumsrecht hatte, ebenso und aus demselben Grunde (§ 442 a. b. Gb.) erlischt die Hypothek an einem Nießbrauch mit dem Tode des Nießbrauchers, nicht aber durch früheren Erlaß oder Konsolidation; weil letztere Endigungen des Rechts des Verpfänders nicht in einer demselben inhärenten Schranke gegründet sind.⁴⁾ Ebenso wird die Asterhypothek auf eine betagte Rente mit dem Eintritt des wie immer bestimmten Endtermines, nicht aber durch ein Ablösungsgeschäft zwischen dem Rentner und seinem Schuldner hinfällig.

Der Löschungsberechtigte erlangt in den vorliegenden Fällen die Löschung regelmäßig durch bloßes Grundbuchgesuch; wenn nämlich die Bezeichnung des Termines im Grundbuch unzweifelhaft ausgedrückt, und dessen Eintritt notorisch (Kalender), oder durch urkundliche Thatfachen (Todenschein u. s. w.) belegt ist.⁵⁾ Andernfalls müßte auch hier zum Löschungsprozeß geschritten werden, dessen Ergebnis übrigens — wenn vorausgesetztermaßen der Endtermin besteht und bürgerlich ersichtlich ist — nur einen formalen Werth hat, da materielle Rechts-

2) Was in der Regel der Fall sein wird, wenn die Normen des C. B. O. § 5 (vgl. oben S. 180) ausgeführt werden.

3) Vgl. L. 3, § 1 D. de pignor. (20, 1), L. 4, § 3, D. de in diem add. (18, 2).

4) Ueber die juristische Konstruktion der möglichen Fortdauer des Nießbrauchspfandrechtes nach erloschenem Nießbrauch s. Erner, Kritik d. Pfandrechtsbegriffes S. 68—72.

5) C. B. O. § 34.

wirkungen aus dem bürgerlichen Fortbestand des erloschenen Rechtes hier nicht zu befürchten sind.

Von bedingten Hypotheken gilt insoweit dasselbe, als ja jede Bedingung zugleich eine Befristung in sich trägt; der Eintritt der bürgerlich apparirenden auflösenden Bedingung also bildet einen Löschtitel nicht nur hinsichtlich des bedingten Rechtes selbst, sondern auch hinsichtlich aller von diesem abgeleiteten bürgerlichen Pfandrechte; ebenso die Defizienz der Suspensivbedingung, wenn überhaupt das so bedingte Recht gleichwohl intabulirt worden war. Das Besondere aber in der Wirkung der Bedingung gegenüber der bloßen Befristung liegt bekanntlich in der Möglichkeit der Rückwirkung ihres Erfolgs; wo diese stattfindet, bildet die Lösung der bedingt gewesenen Hypothek nicht deren Erbgang, sondern sie deklarirt, daß die Hypothek von Rechtswegen als niemals dagewesen anzusehen sei, es zerfallen mithin auch die von ihr abgeleiteten Rechte ex tunc. Dabei ist die bürgerliche Ersichtlichkeit der Bedingung, wie oben des Dies, immer vorausgesetzt. — Der Beweis des Eintritts, beziehungsweise Ausfalles, der Bedingung liegt selbstverständlich dem Lösungswerber ob.

Besonderer Hervorhebung bedarf eine wichtige Kategorie bedingter Hypotheken, nämlich die durch Pränotation geschaffenen „bedingten Pfandrechte“ (a. b. Gb. § 453) und alle von solchen abgeleiteten bürgerlichen Pfandrechte.

Wenn ein Hypothekarrecht bloß vorgemerkt ist, hat es bekanntlich eine problematische Existenz, es ist suspensiv bedingt durch den rechtzeitigen Eintritt der nachträglichen Rechtfertigung; ⁶⁾ und diese seine Bedingtheit zusamment den gesetzlich bestimmten Thatsachen, von welchen die eventuelle ex tunc-Vernichtung des vorläufig eingetragenen Rechtsbestandes abhängt, muß Jedermann bekannt sein, welcher das öffentliche Buch — worin jenes Recht ausdrücklich als „vorgemerkt“ steht — einseht, und das Gesetz kennt. Mithin kann auf Grund eines bloß pränotirten Rechtes Niemand weitere bürgerliche Rechte erwerben, welche die Defizienz jener Bedingung überdauern: ⁷⁾ mit der Lösung des pränotirten Eigenthums erlöschen ausnahmslos zugleich die von demselben abgeleiteten Hypothekarrechte, ⁸⁾ und ebenso mit der Lösung

6) S. darüber oben § 31.

7) A. b. Gb. §. 2, § 468.

8) So bestimmt ausdrücklich das G. B. G. § 49, Abs. 3.

des pränotirten Pfandrechtes die darauf eingetragenen Pfandhypotheken, ⁹⁾ immer vorausgesetzt, daß der Rechtsgrund der Lösung in der unterbliebenen oder mißlungenen Rechtfertigung der Vormerkung, also in der Defizienz der bürgerlich apparirenden Bedingung, bestand. Darin liegt keineswegs eine Singularität, sondern eine folgerichtige Anwendung des Grundsatzes, daß bürgerlich ersichtliche Mängel und Schranken in dem Rechte des Auktors dem abgeleiteten Rechte des bürgerlichen Successors ipso jure sich mittheilen. ¹⁰⁾ Nur in der formalen Behandlung dieses Lösungstitels besteht das Besondere: er braucht gegen die Pfandberechtigten nicht besonders (durch Gesuch oder Klage) geltend gemacht zu werden (wie sonst nach G. B. G. § 51), sondern wird von Amtswegen vollzogen, indem zugleich mit der Lösung der Eigenthums-, bez. Pfandrechtsvormerkung „alle in Bezug auf diese Vormerkung vorgenommenen Eintragungen“ mit gelöscht werden, G. B. G. § 49. Der Grund hiefür liegt in der völligen Liquidität des die Lösung bedingenden rechtlichen Sachverhaltes. Während in anderen Fällen derselben Kategorie, nämlich bei dem Vorhandensein anderweitiger bürgerlich ausgezeichnete Bedingtheit des Rechts des Verpfänders, darüber noch ein Streit möglich und dann allerdings ein Prozeß nöthig ist, ob die Bedingung wirklich eingetreten sei, bez. ob das Eintretene mit dem bürgerlich apparirenden Inhalt der Bedingung sich decke, — hätte hier ein solcher Streit keinen Raum: durch die Ein-

9) Letzteres wurde in der Praxis mit Unrecht bezweifelt (s. GUB. 5272), aber durch Plenarentsch. d. ob. Ghs. festgestellt: „Wenn die Lösung einer vorgemerkten Forderung bewilligt wird, findet die gleichzeitige Lösung der mittlerweile hierauf bewilligten Eintragungen ebenso statt, wie im Falle der Lösung der Vormerkung des Eigenthumsrechtes“ (§ 49 G. B. G.); Judikatenbuch Nr. 87, GUB. XII, S. 68.

10) Ebendarum wäre es unrichtig auch andere Lösungsgründe des pränotirten Rechts, wie Zahlung, Erlaß u. s. f., oder anderweitige nicht intabulirte Bedingungen oder Beschränkungen, gegen die Pfandhypothekare wirken zu lassen. Dennoch scheint die Ansicht des ob. Ghs. (s. Note 9) „welcher entschied, daß die Norm des § 51 G. B. G. auf die Lösung vorgemerkter Forderungen, und zwar in jedem Falle, nicht bloß in jenem der Lösung wegen nicht erfolgter Rechtfertigung der Vormerkung, unanwendbar sei“. Hiemit würde der in keinem Gesetz enthaltene und durch keinen Grund zu rechtfertigende neue Satz aufgestellt, daß pränotirte Rechte überhaupt nicht unter dem Publizitätsprinzip stehen, daß auch § 469 a. b. Gb. für sie nicht gilt, kurz daß Niemand auf eine solche Post hin im Vertrauen auf das öffentliche Buch weitere Rechte erwerben kann, da sein Erwerb durch jedwede Lösung jener Post vernichtet würde.

tragung jenes Rechtes in der Form der Pränotation ist Art und Inhalt der ihm anhaftenden Bedingung, durch die richterliche Löschungs-bewilligung mangels Rechtfertigung aber ist die Defizienz derselben schlechthin gegeben.¹¹⁾

Durchaus analog dem soeben besprochenen ist das Rechtsverhältniß solcher Hypothekare, deren Rechte zu einer Zeit eingetragen sind, da gegen das Recht ihres Auktors eine Löschung bereits vorgemerkt war. Dieses Recht (sei es Eigenthum, Pfandrecht, Nießbrauch etc.) war dadurch zu einem resolutiv bedingten geworden, welches im Falle der erbrachten Rechtfertigung ex tunc (bis zum Zeitpunkt der Lösungspränotation) zusammenfallen muß, und der Inhalt dieser Bedingung war durch das öffentliche Buch (im Wege des Eintrags jener Pränotation) publizirt. Es muß demnach existente conditione hier dieselbe vernichtende Wirkung die abgeleiteten bürgerlichen Rechte treffen, wie obigenfalls deficiente conditione;¹²⁾ und auch hier steht kein Bedenken im Wege die liquide Rückwirkung zugleich mit der Hauptwirkung des rechtsvernichtenden Ereignisses zum bürgerlichen Vollzug gelangen zu lassen. So verfügt G. B. G. § 50, Abs. 2:

„Wird die Vormerkung (der Löschung) gerechtfertigt, so sind bei der Eintragung der Rechtfertigung zugleich alle jene Eintragungen von

11) Wichtig ist, daß der Pränotant durch Saumseligkeit oder Böswilligkeit diese Defizienz selbst herbeiführen und dadurch seine Austerberechtigten schädigen kann. Es ist deren Sache, ihren Auktor zur rechtzeitigen Justifizierung zu verhalten (vgl. oben S. 205), an sich aber müssen sie diese Gefahr (aus der Erlösung des Rechtes mangels Rechtfertigung) tragen, weil dieselbe zur Zeit ihres derivativen Erwerbs aus dem öff. Buch ersichtlich war und mit jedem Rechtsverkauf auf Grund bloß pränotirten Rechtes des Auktors verbunden ist.

12) In Konsequenz seiner oben (Note 10) erwähnten Ansicht müßte der ob. Gf. auch im vorliegenden Falle annehmen, ein bürgerliches Recht, gegen welches aus irgend einem Titel (z. B. Zahlung) die Löschung vorgemerkt ist, bilde fortan keinen Gegenstand des Vertrauens in die öffentlichen Bücher mehr, so daß dessen nachträglicher materieller Untergang, auch wenn er aus einem andern und späteren Rechtsgrunde erfolgte (z. B. Erlaß) den Austerberechtigten präjudizire, obzwar jene Lösungspränotation nicht gerechtfertigt worden war. Das ist nicht nur theoretisch unhaltbar, sondern auch höchst unbillig. Ein Austerpfandgläubiger, welcher auf die angeblich gezahlte Forderung dennoch lieh, weil er wußte die pränotirte Quittung sei gefälscht, soll sich gefallen lassen müssen, daß späterhin sein Schuldner und dessen Gläubiger sich über einen Erlaß verständigen und nun die verpfändete Hypothekarpf samt ihren Superlasten zur Löschung bringen?

Amtswegen zu löschen, welche hinsichtlich des nunmehr gelöschten Rechtes mittlerweile (d. h. seit dem Ansuchen um Vormerkung der Löschung) bewilligt wurden.“

Endlich ist hier noch zu erinnern an die schon oben (S. 162) besprochene Wirkung einer Streitammerkung gegen die Gültigkeit des Rechtes des Auktors, wenn eine solche in dem Zeitpunkte der Entstehung des davon abgeleiteten Hypothekarrechts bürgerlich apparirt. Letzteres Recht erscheint dadurch ebenso, wie in dem zuletzt erwähnten Falle der Lösungspränotation, als ein resolutiv bedingtes, und die Wirkung ist dieselbe: wie dort die Rechtfertigung der Lösungspränotation, so führt hier das über die angemerkte Klage ergangene, die Ungültigkeit des bestrittenen Rechtes konstatirende, Urtheil den Eintritt des Lösungsfallendes auch für das abgeleitete Recht herbei, und dessen Löschung wird, wie dort, von Amtswegen sofort vollzogen. G. B. G. § 65.¹³⁾

5) Exekution des Pfandgutes.

Die Exekution durch Sequestration des Gutes läßt an sich die auf demselben haftenden Hypotheken unberührt; insoweit dieselben aus den erzielten Erträgen zur Tilgung gekommen sind, bildet die Zahlung, nicht die Exekution, den Lösungstitel.

Anders verhält es sich mit der exekutiven Feilbietung. Diese bildet ihrem Zwecke nach eine abschließende Krise für das Pfandgut und alle zur Zeit daran haftenden hypothekarischen Lasten: mit der rechtlich perfecten gerichtlichen Feilbietung tritt der erzielte Meistbot an die Stelle des Pfandgutes¹⁴⁾ und bildet fortan die ausschließliche Befriedigungsmasse für alle Hypotheken, während das Gut selbst pfandfrei in den Verkehr zurücktritt. Mithin erzeugt die Feilbietung einen Lösungstitel auch hinsichtlich aller jener Hypotheken und Austerhypotheken, die in dem Auffschillings-Vertheilungsverfahren leer ausgehen; von dem allgemeinen Untergang ausgenommen bleiben nur jene Posten, die nach besonderer Uebereinkunft zwischen den Parteien oder

13) Ebenso verhält es sich mit Hypotheken, die nach angemerkter exekutiver Versteigerung gegen den Exekuten, oder den Ersteher, eingetragen wurden, jenachdem die Versteigerung nachträglich umgestoßen wird, oder nicht. G. B. G. § 72, vgl. auch § 49 a. E. Und das gleiche gilt für Austerhypotheken, welche eingetragen sind, nachdem hinsichtlich der verpfändeten Post eine „Anmerkung der beabsichtigten Abtretung oder Löschung“ vorlag. G. B. G. § 53, 57.

14) Anerkannt in den Entsch. bei OULB. 3346, 4467.

nach Inhalt der Feilbietungsbedingungen auf den Ersteher überbunden sind.

Die Löschung selbst erfolgt, — je nach dem Vorgang, welchen das Exekutionsgericht bei der Kauffchillingserledigung beobachtet¹⁵⁾ — entweder sofort nach dem Erlag des gesamten Kaufpreises zu Gerichtshänden auf Grund eines betreffenden gerichtlichen Auftrages, oder, hinsichtlich der durchgefallenen Posten nach Rechtskraft des Vertheilungsbefehdes ebenfalls über Auftrag des Vertheilungsrichters an das Grundbuchsamt,¹⁶⁾ hinsichtlich jener Posten aber, deren Zahlung vom Ersteher direkt an die Bezugsberechtigten zu bewirken ist, auf Grund des von diesem zu erbringenden Nachweises über die Befriedigung jener Gläubiger.¹⁷⁾

6) Verjährung und Amortisirung.

Auch ohne die Pfandschuld kann das Pfandrecht verjähren (a. b. Gb. § 1479);¹⁸⁾ aus der abgelaufenen Verjährung erwächst dem Inhaber des belasteten Gutes ein Anspruch auf Löschung der verjährten Hypothek unter denselben, von uns oben S. 261 fg. näher dargelegten Voraussetzungen,¹⁹⁾ unter welchen ihm gegen die Hypothekarfrage die Verjährungseinrede zukommen würde. Dieser Löschungsstitel ist nur im Wege der Klage geltend zu machen (§ 1499, a. b. G. B.), deren Erfolg durch Streitanmerkung gegen Dritte sichergestellt wird (G. B. § 69).

15) S. über die verschiedenen Wege dazu oben § 71.

16) Ueberflüssige Bedenken darüber, ob die Löschung durchgefallener Posten ohne Einwilligung der betreffenden Hypothekare zulässig sei, erörtern Scheidelein, im Jurist VI, S. 403 fg, Leisch, das. X, S. 346 fg.

17) S. a. G. D. § 339, Hofdekr. v. 22. April 1803, J. 1139; Schöpf, in dessen Archiv, n. F. I, S. 81, 84. Aufseß, S. 331. Mißbräuchliches aus der Praxis bei Schön, Gerichtshalle 1879 Nr. 47, 48.

18) Vgl. oben § 36, Note 35.

19) Ueber den Beginn der Verjährung s. zu dem oben Ausgeführten noch das Hofdekr. v. 4. Juni 1819, J. G. S. 1567, welches bestimmt, „daß die Verjährung bei landtäglich oder grundbücherlich einverleibten Rechten . . . von dem Tage, an welchem die Urkunde in die öffentlichen Bücher eingetragen worden ist, zu berechnen, und unter den öffentlichen Büchern das Hauptbuch zu verstehen sei.“ (Leisch, S. 106).

Um bei sehr alten Hypotheken den Lösungsprozeß gegen unbekannte Gegner zu ersparen,²⁰⁾ hat eine wiederholt bestätigte²¹⁾ Verordnung des vorigen Jahrhunderts²²⁾ den alten Brauch der Amortisirung solcher Hypotheken im Wege eines Proklamationsverfahrens dahin geregelt, daß dieselbe stattfinden darf: „wenn es auf die Löschung einer solchen alten landtäglich, stadt-, oder grundbücherlichen Vormerkung ankommt, die über 50 Jahre, ohne daß sich Jemand des Kapitals oder der Interessen halber gemeldet hatte, haftet, und die zugleich weder auf den Namen eines coporis, das nicht absterbt, noch auf Namen eines wissentlich lebenden Gläubigers, oder eines Gläubigers, dessen Erben bekannt sind, haftet.“ Es soll von Gerichtswegen „die Ediktalzitazion sub clausula perpetui silentii et praeclusi“ erlassen, und dem Zirkiren die altübliche Frist von 1 Jahr, 6 Wochen und 3 Tagen zur Meldung gesetzt werden, nach deren erfolglosem Ablauf die Löschung bewilligt und vollzogen wird.²³⁾

Dieses Amortisationsverfahren ist jetzt durch das allg. Grundbuchs-gesetz §§ 118—121 neuerlich festgestellt; dabei wurde die obige Frist von „Jahr und Tag“ auf Ein Jahr abgerundet, die Art und Weise der Kundmachung näher bestimmt (§ 120), und für den Fall der Anmeldung eines Anspruches im Laufe der Ediktalfrist verordnet, daß davon der Amortisirungserber in Kenntniß gesetzt wird, und es den Betheiligten vorbehalten bleibt die Entscheidung über den Anspruch im Prozeßwege zu bewirken (§ 121). Womit der ordentliche Lösungsprozeß gemeint ist, in welchem der Lösungserber als Kläger aufzutreten hat.

20) Diese ratio legis bezeichnet das Hofdekr. v. 20. Nov. 1818, J. G. S. 1519 (Michel, 920). Uebrigens ist nirgends gesagt, daß gegen abwesende oder verschollene Gläubiger nur die Ediktal-löschung, nicht auch die Lösungs-klage zulässig sei; letztere wird (gegen einen ad hoc aufzustellenden Kurator, § 276, a. b. Gb.) anzubringen sein, wenn die 50jährige Frist noch nicht abgelaufen ist.

21) Hofdekr. v. 3. Juni 1785 (Michel 919), v. 20. Nov. 1818 (das. 920) SMerlaß v. 18. Mai 1850, R. G. B. 209 (das. 921).

22) Das Hofdekr. v. 15. März 1784, J. G. S. 262 (Michel 918).

23) Ueber das Verfahren s. Schöpf, Grundbuchs-Verfassung S. 262 fg.

III. Lösungs-Akt.

A. Voraussetzungen desselben.

§ 85.

1) Ein inter partes wirksamer, präsenster Lösungstitel.

Wir haben im Bisherigen die Thatfachen kennen gelernt, welche die materielle Erlösung des Pfandrechtes herbeiführen und dadurch an sich, d. h. abgesehen von dem Sonderrecht für den redlichen Tabularverkehr, Lösungstitel bilden. Ob nun aber und in welchem Umfange ein solcher Titel in concreto wirksam sei, das hängt von Umständen ab, die im Verlaufe unserer Darstellung bereits mehrfach und eingehend erörtert sind.¹⁾ In erster Linie kommt dabei die Person des Gegners, nämlich des derzeitigen bürgerlichen Inhabers des zu löschenden Hypothekarrechtes,²⁾ in Betracht: besteht der Lösungstitel in einem gegen diesen selbst (oder seinen Erblasser) erworbenen Anspruch auf Tilgung der Hypothek, — sei es weil dieselbe ursprünglich unrechtmäßig für ihn errichtet wurde, sei es weil sie nachträglich durch ein mit ihm geschlossenes Rechtsgeschäft (Zahlung u. s. w.) oder den Ablauf einer gegen ihn gerichteten Verjährung hinfällig geworden war, — so ist der Titel allemal ein wirksamer. Wo aber die Sache anders liegt, wo also der gegenwärtige Inhaber des materiell erloschenen Rechtes, oder eines Theiles desselben, für seine Person nicht der unmittelbar Verpflichtete ist in dem auf Beseitigung des ipso jure bestehenden Hypothekarrechtes gerichteten obligatorischen Verhältniß, da ist die Wirksamkeit desselben bedingt durch die bekannten Voraussetzungen der Aufsechtung bürgerlicher Rechte gegen Dritte: Unredlichkeit des Gegners, oder gehörige bürgerliche Wahrung des Anspruchs (durch rechtzeitig erfolgte Streitannmerkung, ursprüngliche Ersichtlichkeit des Endigungsgrundes, oder Vormerkung der Lösung.) Ueberall dann also, wenn der Cessionar (oder Asterhypothekar) sich die

1) Vgl. namentlich oben § 14 fg. und § 54, 55.

2) Vgl. G. B. G. § 21. Das Lösungsbegehren „ist nur wider denjenigen zulässig, welcher zur Zeit des Ansuchens als Eigenthümer . . . des Rechtes, in Aufsechtung dessen die Eintragung erfolgen soll, im Grundbuche erscheint, oder doch gleichzeitig als solcher einverleibt, oder vorgemerkt wird.“

einverleibte Geltendmachung des derzeitigen Nichtbestandes der Hypothek gefallen lassen müßte,³⁾ falls er mit der Hypothekarlage aufgetreten wäre, da kann auch die Lösung gegen ihn mit Erfolg begehrt werden.

Berechtigt zum Lösungsbegehren ist derjenige, dessen Gut durch die Haftung der materiell erloschenen Hypothek belastet erscheint, nicht auch Dritte, die an der Lösung indirekt ein Interesse haben, z. B. Nachhypothekare.⁴⁾ Also bei gemeinen Hypotheken nur der Eigenthümer,⁵⁾ mag er zugleich Schuldner sein oder nicht, bei Asterhypotheken aber sowohl der Inhaber des verpfändeten Rechtes als auch der Eigenthümer des Tabularkörpers selbst, weil auch dieser vom Asterpfandrecht getroffen ist.⁶⁾

Der Lösungstitel muß im Augenblick des Lösungsbegehrens vorhanden sein; ein betagter oder bedingter Titel bildet ebensowenig eine taugliche Grundlage zur Lösung, als ein betagter oder bedingter

3) S. oben § 55.

4) S. oben § 63 bei Nr. 9, G. B. G. 1659, 3067, 3557. — Eine Ausnahme von dieser Regel wurde oben § 212 für den einzigen Fall aufgestellt, da die Lösung einer pränotirten Hypothek mangels Rechtfertigung in Frage steht. Der Fall ist insofern ganz einzig, als hier nicht ein bedingtes Recht eingetragen, sondern die Eintragung selber bedingt ist: sie wurde, obzwar das einzutragende (unbedingte) Recht noch nicht tabularmäßig beurkundet war, aequitatis ratione vorläufig bewilligt und vollzogen unter der Bedingung des Nachtrages jener Beurkundung. Nachdem nun diese Bedingung besizirt hat ist klar, daß das Recht eigentlich gar nicht hätte eingetragen werden sollen, und de lege ferenda wäre darum sogar die Vorschrift zu rechtfertigen, daß pränotirte Einträge nach unterlassener oder mißlungener Justifizierung von Amtswegen zu löschen seien. Um so mehr kann man sagen, jeder irgendwie Beteiligte dürfe einen solchen Eintrag aus dem öffentlichen Buche herausstoßen; nicht etwa weil dieser Eintrag angeblich etwas materiell Unrechtmäßiges enthält (das geht den Dritten nichts an), sondern weil er formell unferdig ist und weil nach Defizienz der Bedingung das Provisorium seine bürgerliche Existenzberechtigung verloren hat. — Der oberste Gsh. behandelt bisher den in Rede stehenden Anspruch wie jeden sonstigen Lösungstitel und gewährt ihn (nebst dem Verpfänder) zwar dem jeweiligen Bucheigenthümer des Pfandgutes (Entsch. G. B. G. 6415), nicht aber den Nachhypothekaren (Entsch. v. 1. Febr. 1875, G. B. G. 1876 Nr. 73).

5) Wenn der Personalschuldner, oder der Gläubiger, ohne ausdrückliche Ermächtigung des Pfandeigenthümers um Lösung einschreitet, so kann diese immerhin bewilligt werden, da der Eigenthümer von Amtswegen davon verständig wird und seinen etwaigen Widerspruch im Rekurswege anbringen mag; vgl. oben § 26, Nr. 5.

6) G. B. G. § 51, vgl. oben § 83 Ziff. 1.

Erwerbstitel zur bürgerlichen Errichtung der Hypothek.⁷⁾ War also z. B. der Verzicht auf das Hypothekerecht vertragsmäßig an die Bedingung der Gewährung einer bestimmten anderen Sicherheit geknüpft, oder die Ungiltigkeit der Hypothek durch Urtheil unter der Bedingung der Ablegung eines Eides ausgesprochen, so kann vor Erfüllung der Bedingung weder die Intabulation,⁸⁾ noch die Pränotation⁹⁾ der Löschung bewilligt werden.

2) Urkundlicher Beleg des Lösungstitels.¹⁰⁾

Da nach dem Grundsatz des Tabularverfahrens (vgl. oben S. 27) bürgerliche Einträge überhaupt nur auf Grund urkundlicher Nachweisung ihrer rechtlichen Voraussetzungen bewilligt werden, so muß wer die Löschung einer Hypothek begehrt seinen Lösungstitel in Form einer schriftlichen Urkunde vorlegen (Lösungsurkunde). Von dem Grade ihrer formellen Perfektion, und namentlich davon, ob sie einen ausdrücklichen Eintragungskonsens (Lösungsklausel) enthält, hängt es ab, ob die Löschung als definitive, in der Form der Einverleibung, oder ob sie vorerst nur als provisorische, als Vormerkung, mit Erfolg angesucht werden kann. Indessen mag von diesem Gegensatz hier fürs Erste noch abgesehen sein; in beiden Fällen wird doch die Löschung begehrt und eine Lösungsurkunde erfordert. Es fragt sich, was eine solche sei, und was sie enthalten müsse?

Halten wir uns gegenwärtig, daß Hypothekrechte gelöscht werden sollen, wenn sie materiell erloschen sind (§ 78), und wenn zugleich dieser rechtliche Sachverhalt dem derzeitigen Inhaber der Hypothek präjudizial ist, ferner, daß Beides auf Rechtsfäßen und auf Thatfachen beruht, von welchen letztere theils durch das öffentliche Buch selbst gegeben sind, theils nicht; und endlich, daß der Grundbuchsrichter sowohl die seine Entscheidung bedingenden Rechtsfäße, als auch die aus

7) S. oben § 26, N. 24; § 30, N. 19.

8) So für den analogen Fall der Hypothekbegründung das Urth. O. U. W. 1606.

9) Ebenso O. U. W. 3817. Mit Recht, denn die Pränotation ist nicht Eintragung eines bedingten Rechtes, sondern bedingte Eintragung. — G. B. G. § 38, lit. a, verb. „zwar unbedingt zugesprochen oder abgesehen.“

10) Kleyisch, S. 96 fg. Aufferz, S. 318 fg., Smoboda, im Jurist XIII, S. 262 fg., über die Erfordernisse Lösungsfähiger Urkunden, behandelt nur eine Einzelfrage bei Quittungen.

der betreffenden Bucheinlage apparirenden Thatfachen, von Amtswegen zu kennen und seinem Bescheid zu unterlegen verpflichtet ist, — so ergibt sich die Antwort: Die Lösungsurkunde muß den richterlichen Beweismäßigsten Beweis enthalten über Eine jener Thatfachengruppen, welche nach Obigem die materielle Erlösung der Hypothek bewirken, aus welchen also der Richter den Schluß auf die Erlösung zu ziehen gesetzlich berechtigt und bemüht ist.¹¹⁾ Gleichgiltig bleibt dabei, ob dieser Schluß durch Vermittelung einer Rechtsvermuthung sich zu vollziehen hat, oder nicht; ebenso ob derselbe einen Gegenbeweis zuläßt, oder ob er rechtlich unumstößlich ist. Daher ist eine einfache Quittung¹²⁾ ebensowohl Lösungsurkunde, als ein rechtskräftiges Urtheil auf Nichtbestand der Forderung; und die Quittung über das bezahlte Kapital ist Lösungsurkunde auch für die Zinshypothek, die Quittung über die letztverfallene Rentenrate auch für die Hypothek hinsichtlich der früher verfallenen Raten,¹³⁾ und eine Urkunde, welche die vorbehaltlose Zurückstellung des Schuldscheins durch den Gläubiger an den Schuldner beweist,¹⁴⁾ genügt zur Löschung des für die Schuld haftenden Pfandrechts.¹⁵⁾ (Vgl. §§ 1427—1429 a. b. Gb.)

11) Unzutreffend definiert Kleyisch a. a. O.: „Die Lösung ist nur auf Grund von Urkunden möglich, welche das Erlöschen des Rechtes unzweifelhaft ausdrücken (?), nicht auf Grund von Urkunden, welche nur Thatfachen nachweisen, aus welchen erst auf das Erlöschen des Rechtes geschlossen werden kann.“ Eine Beweisurkunde erbringt immer nur die thatsächlichen Prämissen, aus welchen die betreffende Rechtsveränderung nicht geschlossen werden kann, sondern muß.

12) Nämlich eine solche, die nicht mehr sein will und soll, als Beweismittel über den Akt der Zahlung, nicht etwa die Form eines Erlaßvertrages, oder einer Anerkennungserklärung. Vgl. über diese doppelte Funktion der heutigen Quittung (als Beweis- und als Dispositionsurkunde) Gruchot, Zahlung der Geldschuld S. 184 fg., Windscheid, Pand. § 357, N. 5. L. 19, § 1. D. de accept. (46, 4); inter acceptationem et apocham hoc interest, quod acceptatione omnimodo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apocha non alias quam si pecunia soluta sit. Praktisch wird dieser Gegensatz erst im Rechtfertigungsprozeß (oder Anfechtungsprozeß), wenn der Gläubiger mit dem Gegenbeweis des nicht empfangenen Geldes auftreten will.

13) Uebereinstimmend Kleyisch, a. a. O.

14) Nicht aber genügt dazu die Produktion des Schuldscheins selbst seitens des Schuldners, da nicht auf das Haben desselben schlechtweg, sondern auf das Bekommenhaben aus der Hand des Gläubigers die Rechtsvermuthung des § 1428 gestellt ist.

15) Daß in diesen Fällen nur die Vormerkung der Lösung bewilligt werden kann, hat seinen Grund in dem Mangel der Lösungsklausel.

Ob der vorgelegte Löschungstitel gegen den derzeitigen Inhaber der zu löschenden Hypothek wirksam sei, wird in der Regel aus dem Buchstand erhellen; wo nicht, muß es gleichfalls urkundlich nachgewiesen werden, wenn die Löschungsurkunde (auch nur zur Vormerkung) tauglich sein soll. Ist also z. B. der Aussteller der Quittung nicht identisch mit dem derzeit eingetragenen Hypothekar, so muß dieselbe ergänzt werden durch eine weitere urkundliche Vorlage, welche diesen als den Erben oder Machtgeber jenes ausweist, oder welche sonst die vorgängige Kenntniß oder nachträgliche Billigung der Zahlung seitens des Hypothekars gegen denselben beweist.

Ganz ausnahmsweise bedarf es einer Löschungsurkunde gar nicht, wo alle Elemente des Löschungstitels im öffentlichen Buch appariren, und somit nur die im Löschungsgesuch ausgedrückte Willenserklärung erforderlich ist; so im Falle der schon vollzogenen bücherlichen Vereinigung des Eigenthums mit dem Pfandrecht.¹⁶⁾ Sonst aber muß der Löschungswerber, wenn er seinen Titel in beweiskräftiger schriftlicher Beurkundung nicht zur Hand hat, (was bei manchen Titeln, wie z. B. Verjährung, schon ihrer Natur nach der Fall zu sein pflegt), sich durch einen Prozeß helfen, in welchem er als Kläger den Löschungstitel gegen den Hypothekar nachweist, und in dem diesen Titel anerkennenden Urtheil sich eine Löschungsurkunde erkämpft.

Ihrer Natur nach ist diese Löschungsklage stets eine persönliche, da sie ihren Grund in der obligatorischen Verpflichtung des Hypothekars hat sein materiell widerrechtlich fortbestehendes Pfandrecht fahren zu lassen;¹⁷⁾ mag übrigens die Verpflichtung hiezu aus dem Pfandvertrage sich ergeben (wenn der Verpfänder selbst gegen seinen Gläubiger nach Tilgung der Schuld auf Löschung klagt,¹⁸⁾ oder mag sie quasi ex contractu, bez. quasi ex delicto entsprungen sein¹⁹⁾ (wenn der Drittbesitzer des Pfandgutes gegen den Gläubiger,

16) S. oben § 83, Z. 3.

17) Wer trotz § 469, 1446 a. b. Ob. den Fortbestand des Pfandrechtes läugnet (vgl. die oben § 78, N. 10 Angeff.) muß in unserer Löschungsklage eine actio negatoria sehen.

18) Nach a. b. Ob. § 1369 . . . „betrifft es eine Hypothek, so muß der befriedigte Gläubiger den Verpfänder in den Stand setzen, die Löschung der Verbindlichkeit aus den Hypothekenbüchern bewirken zu können.“

19) Vgl. oben S. 101, 107.

seinen Erben, oder unredlichen Einzelnachfolger auftritt). Ihrem Petit nach aber gestaltet sich die Klage entweder zu einem Anspruch ad praestandum factum, wenn nämlich der Kläger die Ausstellung einer förmlichen Löschungsurkunde vom Beklagten begehrt; oder sie stellt sich als Präjudizialklage dar, wenn Kläger vom Gericht die Anerkennung des materiellen Nichtbestandes der Hypothek und sohin ein Urtheil des Inhalts begehrt, daß die Löschung im Rechte begründet und auf Grund des Urtheiles zu vollziehen sei.

Ersterenfalls ist die Personalinstanz des Beklagten zuständig,²⁰⁾ und die Löschung kann erst erfolgen auf Grund des vom Verurtheilten nöthigenfalls im Exekutionswege eingetriebenen Löschungsdocumentes. Letzterenfalls wird unsere Klage (auch wenn es sich um Löschung eines Pfandpfandrechtes handelt) hinsichtlich der Gerichtskompetenz zu jenen Klagen gerechnet, „welche ein dingliches Recht auf ein unbewegliches Gut zum Gegenstande haben“,²¹⁾ und gehört zur Realinstanz. Die Löschung erfolgt hier unmittelbar auf Grund des Urtheiles.

In welchen Fällen das Ergebnis der Löschungsklage durch Streit- anmerkung zum Voraus gegen Dritte gesichert werden kann (S. B. G. § 62, 69), wurde schon bei der Erörterung der einzelnen Löschungstitel hervorgehoben.²²⁾ — Ebenso ist hier nur daran zu erinnern, daß auch im Wege des Strafprozesses unter Umständen ein löschungsfähiges Urtheil²³⁾ erlangt wird.

B. Durchführung des Löschungsaktes.

§ 86.

1) Einverleibung der Löschung.

Im Allgemeinen vollzieht sich der Löschungsakt nach denselben Regeln, wie der Akt der Begründung von Hypothekarrechten;¹⁾ es ist

20) So wurde bei O. W. 3737 in allen Instanzen entschieden, „in Erwägung daß das Klagebegehren zunächst und wesentlich nur auf persönliche Leistungen des Beklagten (Ausfertigung einer Quittung und Bewirkung der theilweisen Löschung einer Satzpost) gerichtet ist, folglich, wenn sich auch die geforderten Leistungen auf eine intabulirte Forderung beziehen, doch nicht das Pfandrecht als unmittelbarer und eigentlicher Gegenstand der Klage angesehen werden kann“.

21) Civil-Jurisdiktions-Norm § 52.

22) Oben § 80 bei N. 16, § 81.

23) S. B. G. § 67, oben S. 117.

1) Das a. O. B. G. stellt diese Regel in seinem II und III. Abschnitt (des 2. C. n. er, Dist. Hyp.-Recht.

daher auf die analoge Anwendung der oben § 26 bis 32 entwickelten Normen zu verweisen. Nur solche Punkte werden hier noch berührt, wo Abweichungen stattfinden, oder Zweifel möglich sind.

Auch die Löschung erfolgt in der Regel²⁾ nicht von Amtswegen, sondern nur auf ausdrückliches Gesuch; sie wird durch Bescheid bewilligt, und zwar entweder als definitive (Einverleibung der Löschung), oder als provisorische (Vormerkung d. L.) gegen Nachtrag der Rechtfertigung.³⁾ Von ersterer ist hier zunächst die Rede.

Das Gesuch um Einverleibung der Löschung geht in aller Regel vom derzeitigen bürgerlichen Inhaber entweder des zu löschenden Rechtes,⁴⁾ oder des damit belasteten Objectes aus. Ersterenfalls bedarf es dazu, wenn ein Nachhaber einschreitet, einer auf Grundbuchsgefuhe insbesondere lautenden Vollmacht (G. B. G. § 77), letzterenfalls genügt allgemeine Ermächtigung (a. b. Gb. § 1006, G. B. G. § 77, Abs. 3). Aber auch der außerbürgerliche Cessionar kann „unter Nachweisung seiner Vormänner“ die Löschung ansuchen (vgl. G. B. G. § 22), sowie dieselbe vom Cessus begehrt werden darf, ohne die Verbücherung der Cession abwarten zu müssen.⁵⁾

Das Petit muß die zu löschende Hypothekarpst durch ihre bürgerliche Bezeichnung genau angeben und bestimmt ausdrücken, ob die Löschung der ganzen Post, oder welches Theiles derselben begehrt wird. Theillösungen (sog. „Abschreibungen“) sind nicht nur hinsichtlich eines

Hauptstückes) auf, wo „von der Einverleibung“ und „von der Vormerkung“ gehandelt wird, ohne Unterschied ob der Inhalt dieser Buchakte die Begründung oder die Aufhebung eines bürgerlichen Rechtes ist.

2) Die Ausnahmen enthält § 49, 50 G. B. G.; über ex officio-Löschung von Tabularposten auf Berglehen s. den Jurist XV, S. 3 fg.

3) Die bei Simultanhypotheken vorkommende Anmerkung der Löschung (G. B. G. § 109, 112) bewirkt nicht, sondern publizirt bloß den Untergang des Rechtes; vgl. oben § 41, R. 30.

4) Aber gegen den Willen des bürgerlichen Inhabers des zu entlastenden Objectes kann ebensowenig die Löschung durchgeführt werden, als die bürgerliche Errichtung des Hypothekarrechtes ohne Willen des Erwerbers. S. oben § 26 R. 5, Strohal, die Prioritätsabtretung, S. 57.

5) G. B. G. § 22. In diesem Falle muß der Schuldner, wenn ihm die Cession bekannt gemacht ist (a. b. Gb. § 1396), und er die Löschung auf Grund eines Tilgungsgefuhests mit dem Cessionar begehrt, seinerseits den tabularmäßigen Nachweis der Cession erbringen, um die Löschung des Rechtes des Cedenten zu erwirken; kann er das nicht, so muß er die Lösungsklage gegen den Cedenten (als bürgerlichen Hypothekar, G. B. G. § 21) einbringen.

ziffermäßigen, sondern, nach Analogie der Cession und Verpfändung (G. B. G. § 13), auch zu einem aliquoten Theil zulässig, nicht aber in unbestimmtem Betrage; ⁶⁾ nur wo die zu löschende Post selbst im unbestimmten Betrage haftet, sei es als Kautionshypothek nach heutigem Recht (G. B. G. § 14), oder weil sie noch vor der Herrschaft des G. B. G. eingetragen war, muß, wie die Löschung des Ganzen, so auch diejenige eines aliquoten Theiles der unbestimmten Haftung zugelassen werden.⁷⁾

Gestützt wird das Gesuch auf eine, im Original vorzuliegende,⁸⁾ intabulationsfähige Lösungsurkunde. Das ist eine solche, welche abgesehen von ihrem Inhalt als Lösungsurkunde⁹⁾ mit den besonderen Förmlichkeiten ausgestattet ist, die das Gesetz von Einverleibungsurkunden verlangt.¹⁰⁾ Wenn also die Urkunde eine private ist, muß sie die Intabulationsklausel enthalten,¹¹⁾ und mit der gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung der Parteienunterschriften versehen sein.¹²⁾ Die Kaufa der Pfandrechtsaufhebung braucht aus der Tabular-

6) Unzulässig z. B. wäre das auf Grund eines Kompensationsvertrages gestellte Begehren um Löschung bis zu dem (noch nicht ausgemittelten) Betrage einer Schadensforderung, oder eines Erbtheilsanspruches des Schuldners an seinen Hypothekar. — Ziffermäßige Beträge können selbstverständlich auch von solchen Posten abgeschrieben werden, die (nach älterem Recht intabulirt) auf unbestimmte Summen lauten; über „Abschreibungen“ überhaupt s. *Auffez*, S. 328.

7) Besteht neben der ziffermäßigen Haftung noch eine Kautions (z. B. für Gerichtskosten), so kann auch letztere allein gelöst oder ermäßigt werden.

8) Ueber Abschriften und Uebersetzungen gilt das oben § 26, Note 11, 30 Gesagte; G. B. G. § 87, 89.

9) S. darüber S. 639.

10) G. B. G. §§ 26, 27, 32—34; ung. G. B. D. § 77, 81—85. *Offenhuber*, Handb. über das Grundbuchswesen, 2. Aufl. 1876. S. 89 fg. (mit selbständigen Zusätzen ins Italiensche überetzt von *Masovic*, Zara 1877.) *Auffez*, S. 324 fg., *Leiner*, § 6 fg. *Oben* S. 166—171.

11) Nach G. B. B. § 32, b. (ung. G. B. D. § 77) ist dies jetzt unzweifelhaft, während früher gestritten wurde, ob namentlich Quittungen um intabulationsfähig zu sein des ausdrücklichen Eintragungskonsenses bedürfen. *Verneinden* u. a. *Swohoda*, *Jurist* XIII, S. 262 fg.

12) Vgl. oben S. 169, 170; dazu jetzt noch (über die Geschichte des s. g. Legalisirungszwanges in Oestreich) *Krasnopolski*, die Legalisirung, 1880. — Für Urkunden, die noch vor dem G. B. G. ausgestellt sind, gilt alternativ das neue und das alte Recht: die Urkunde ist intabulationsfähig, wenn sie entweder den Anforderungen des § 434 a. b. Gb. entspricht (alsdann ohne Legalifi-

urkunde nicht zu erhellen; es genügt, daß der Hypothekar in die bürgerliche Löschung seines Rechtes willigt und daß dieser sein Wille in authentischer Erklärung dem Grundbuchsrichter vorliegt.¹³⁾ — Von öffentlichen Urkunden sind hier insbesondere zu erwähnen:¹⁴⁾ die von Verwaltungsbehörden ausgestellten Zeugnisse über die erfolgte Berichtigung solcher Gebühren und Steuern, welche auf Grund eines Zahlungsauftrags eben dieser Behörde intabulirt worden waren;¹⁵⁾ rechtskräftige „Vertheilungen des Kaufpreises für exekutiv versteigerte Liegenschaften oder Rechte“ (G. B. G. § 33, lit. d) für die Löschung sowohl der zum Zuge gelangten als der leer ausgehenden Posten; rechtskräftige Urtheile, in welchen auf Löschung der Hypothek direkt erkannt, oder aber der Nichtbestand des Rechtes ausgesprochen und zugleich die Befugniß zur Löschung desselben dem Kläger ausdrücklich zugesprochen ist;¹⁶⁾ endlich Todtenscheine und Todeserklärungsurkunden hinsichtlich der Löschung von Pfandrechten für Leistungen auf die Lebensdauer einer Person (G. B. G. § 34). Diese sind entweder sofort intabulationsfähig, oder erst nach Ablauf von drei Jahren nach dem (wirklichen, beziehungsweise präsumtiven, a. b. Ob. § 278) Todestag des Hypothekars; letzteres, wenn sein Recht wiederkehrende Leistungen zum Gegenstande hat, mithin unverjährte Rückstände möglicherweise ausstehen.

rung, Einf. Ges. zum G. B. G. Art. III.), oder wenn sie legalisirt wurde (dann ohne Zeugenunterschriften). Plenarbeschl. d. ob. Ohs. bei GUB. 4600. — Zeitweilige Erleichterungen im Verfahren bei Löschungen kleiner Satzposten enthielt das Ges. v. 31. März 1875, N. G. B. 52, dessen Wirksamkeit aber mit Ende 1878 abgelaufen ist.

13) Dies ist gemeint, wenn jetzt das G. B. G. § 26, wo es in den übrigen Tabularurkunden „einen gültigen Rechtsgrund“ fordert, über die Löschungsurkunden schweigt (Ossenhuber, S. 91); aber auch vor dem G. B. G. schon wurde dies allgemein gelehrt, s. z. B. Nusse, S. 325.

14) S. außerdem die oben S. 168 angeführten.

15) Es versteht sich, obwohl es in § 33 lit. c. des G. B. G. nicht gesagt ist, daß die Empfangsbefähigungen solcher Behörden (ohne irgendwelche weitere Förmlichkeiten) ebenso zur Intabulation der Löschung geeignet sein müssen, wie ihre „Zahlungsaufträge“ und „Ausweise“ zur Intabulation des Pfanderwerbs genügen.

16) Der bloße Ausspruch, daß das Pfandrecht oder die Pfandschuld nicht zu Recht bestehe, genügt zur Intabulation der Löschung nicht: s. die Entsch. vom 19. Aug. 1871, G. B. Z. 1871, Nr. 80 (wo aber m. E. mit Unrecht sogar die Vormerkung abgewiesen wurde).

Für die richterliche Erledigung des Gesuches sind die oben S. 171 fg. entwickelten Grundsätze maßgebend.¹⁷⁾ Hervorzuheben ist, daß nach heutigem Recht das Vorhandensein von Asterhypotheken der Bewilligung der Löschung der Haupthypothek nicht im Wege steht; nur muß dieselbe mit dem ausdrücklichen Beisatze eingetragen werden, daß sie den Rechten der Asterhypothekare keinen Eintrag thut.¹⁸⁾ Liegt hinsichtlich des zu löschenden Rechtes eine Vormerkung der Uebertragung oder eine Anmerkung der exekutiven Versteigerung vor, so ist die Löschung ohne Beisatz zu bewilligen, aber sie erhält ipso jure nur eventuelle Wirksamkeit, G. B. G. §§ 49, 72. Inwiefern bürgerliche Einfulirungen des Hypothekars dessen Löschung hemmen, ist nach dem oben § 60 Ausgeführten zu beurtheilen; wobei man sich gegenwärtig halten muß, daß jedes Rechtsgeschäft des Hypothekars, welches einen Löschungstitel begründet (wie Zahlungsempfang, Novation, Erlaß etc.), eine gewillfürte Verfügung über die Hypothek in sich schließt, also nur zulässig und wirksam ist, wo auch eine Cession möglich wäre.

Wichtig ist, dafern die Entscheidung über das Löschungsbegehren von dem obwaltenden Tabularstand abhängt, dessen Lage im Zeitpunkt der Einreichung des Begehrens maßgebend; nachherige Veränderungen des Tabularstandes begründen weder die Abweisung noch die Bewilligung (G. B. G. § 93).

§ 87.

2) Vormerkung der Löschung.

Hat der Löscherwerb einen Löschungstitel und eine denselben bezeugende Urkunde, ohne daß aber die letztere die zur Intabulation erforderliche formale Vollendung besitzt, so kann er die provisorische Eintragung der Löschung (Vormerkung) begehren. Die Löscherwerbpränotation hat denselben Zweck und dieselbe rechtliche Natur, wie die

17) G. B. G. §§ 93—101.

18) G. B. G. § 51, vgl. oben § 83, Z. 1 und § 58. Früher war dies zweifelhaft; noch im Jahr 1871 haben zwei obersterichterl. Entsch. die Löschung der verpfändeten Hypothek ohne Zustimmung der Asterhypothekare für unzulässig erklärt: Entsch. v. 29. März 1871, G. B. Z. 1871, Nr. 66; Entsch. v. 11. Mai 1871, GUB. 4165. Ebenso Nusse, S. 342.

Vormerkung der Entstehung und der Uebertragung des Hypothekarrechts.¹⁾ Demnach sind auch ihre Voraussetzungen und Wirkungen analog.

a) Voraussetzungen.

Wer die Vormerkung der Löschung einer Hypothek ansucht, hat den wirksamen Bestand eines Löschungstitels „hinlänglich zu bescheinigen“ (G. B. G. § 36). Das heißt (vgl. oben S. 200 fg.), er hat durch vorgelegte Urkunden dem Grundbuchsrichter die Ueberzeugung von der Wahrheit solcher Thatfachen beizubringen, aus welchen von Rechts wegen die materielle Erösung des fraglichen Pfandrechtes geschlossen werden muß. Mehr bedarf es nicht, und namentlich ist dort, wo die Erlösungsthatfache aus einem Rechtsgeschäft mit dem Satzgläubiger sich ergibt, die Zustimmung desselben zur Verbücherung der Löschung nicht erforderlich; denn aus der Tilgung der Pfandschuld folgt von selbst die Verpflichtung auch das Pfandrecht aufzugeben und sonach dessen Löschung geschehen zu lassen (a. b. Gb. § 1369).²⁾ — Außer den allgemeinen Normen des § 26 Abs. 1 und § 27 G. B. G. werden keine besonderen Anforderungen an pränotirbare Löschungsurkunden gestellt, sondern die Würdigung ihrer Tauglichkeit dem Grundbuchsrichter anheimgegeben. Dieser bewilligt die Vormerkung, wenn ihm aus der Gesamtheit der urkundlichen Vorlagen im Zusammenhalt mit dem derzeitigen Grundbuchstand erhellt, daß ein gegen den eingetragenen Hypothekar wirksamer Löschungstitel vorliege. Hiernach ist die Löschungs vormerkung namentlich auf Grund folgender Urkunden zu bewilligen:

aa) Privat urkunden, und zwar insbesondere

Quittungen und andere Dokumente über liberatorische Rechtsgeschäfte, wenn darin die Löschungsklausel fehlt,

wenn sie nicht im Original, sondern nur in Abschrift oder Uebersetzung vorliegen,

wenn die Unterschriften nicht legalisirt sind,

wenn sie von einem Machthaber ausgestellt, aber wegen unzureichender Vollmacht desselben (nach § 31 G. B. G.) nicht intabulationsfähig sind,

wenn sie das zu löschende Recht nicht mit der zur Intabulation erforderlichen Bestimmtheit (§ 32, a, G. B. G.) bezeichnen; z. B. Erklärungen des Inhalts, daß der Aussteller sich mit dem Produzenten berechnet habe, von demselben für alle seine Forderungen befriedigt sei und in die Löschung aller dieserhalb haftenden Pfandrechte willige.³⁾

bb) öffentliche Urkunden, und zwar (G. B. G. § 38)

gerichtliche Erkenntnisse erster oder höherer Instanz, durch welche die Pfandschuld oder das Pfandrecht zwar unbedingt abgesprochen wird, welche aber noch nicht in Rechtskraft erwachsen sind,

rechtskräftige Urtheile gleichen Inhalts, in welchen aber nicht ausdrücklich auf Löschung des Eintrags erkannt ist,⁴⁾

gerichtliche Verfügungen, durch welche die angeordnete Exekution zur Sicherstellung wieder aufgehoben wird, so lange sie nicht rechtskräftig sind,

Amts urkunden über die gerichtliche Deposition (nach a. b. Gb. § 1425) der Pfandschuldsumme (G. B. G. § 39),

Urkunden über gerichtlich oder notariell errichtete Tilgungsgeschäfte, wenn sie auch als Privat urkunden nur pränotationsfähig wären (z. B. mangels ausdrücklicher Löschungsbewilligung).

b) Wirkung der Vormerkung.

aa) Während der Schwebung.

Die vollzogene Löschungs vormerkung vernichtet das betreffende Hypothekarrecht noch nicht; sie macht es nur zu einem resolutiv bedingten Recht, von welchem schon jetzt bücherlich apparirt, daß es im Falle des Eintritts der Bedingung (Rechtfertigung) nach rückwärts (ex tunc) aufgehoben werden wird. Darum bleibt es vorerst noch im Vermögen des Gläubigers⁵⁾ und im Tabularverkehr; doch ver-

1) Vgl. daher oben § 28 fg. und § 52. — Aufseß, S. 331 fg.

2) Darum hat § 36 (37), G. B. G., welcher das Erforderniß des Titels (bez. der Einwilligung zur Eintragung) für die Pränotation vorschreibt, dieses mit Recht auf „die Vormerkung zur Erwirkung des Pfandrechts“ beschränkt; denn es besteht keine gesetzliche Verpflichtung zur Gewährung von Pfandrecht bei der Eingehung von Schulden, wohl aber zur Freigebung des Pfandes bei der Tilgung derselben.

3) U. M. Kleyfisch, S. 96, welcher diesfalls die Löschung für unzulässig hält, weil auch zur Errichtung der Hypothek ein auf ein bestimmtes Objekt gerichteter Vertrag erforderlich sei; aber letzteres ist unrichtig, da im Wege der Pränotation auch ihrem Gegenstande nach nicht präzisirte Titel zum Pfandrechterswerb führen. Vgl. oben S. 140, 201.

4) Vgl. oben § 86, Note 16.

5) S. oben § 30, Note 25.

steht sich, daß, vom Zeitpunkt der angeführten Vormerkung angefangen, alle von dem nunmehr problematischen Recht späterhin abgeleiteten bürgerlichen Rechte die nämliche resolutiv bedingte Existenz haben.

„Wurde die Löschung eines Rechts nur vorgemerkt, so können in Hinsicht desselben zwar weitere Eintragungen, z. B. Pfandpfandrechte oder Cessionen, bewilligt werden: doch hängt der rechtliche Bestand davon ab, ob die Vormerkung gerechtfertigt wird, oder nicht.“ G. B. G. § 50.

Kommt es während der Schwebung der Bedingung zur Exekution in das Pfandgut, so wird die bedingt gelöschte Post bei der Kaufschillungsvertheilung, ebenso wie eine bedingt erworbene Hypothek⁶⁾ als illiquid behandelt und behufs Vereinigung der Pendency nöthigenfalls⁷⁾ auf den Rechtsweg gewiesen.

bb) Nach Entscheidung der Bedingung.

Die Rechtfertigung der Löschungs Vormerkung erfolgt durch dieselben Mittel, auf denselben Wegen und innerhalb derselben Fristen, wie die Rechtfertigung der Vormerkung des Hypothekenerwerbs.⁸⁾ Also durch Gesuch und Bescheid, oder Klage und Urtheil; ersterenfalls auf Grund nachträglichlicher Beibringung von Urkunden, welche die frühere Pränotationsgrundlage zur Einverleibungsfähigkeit ergänzen⁹⁾; letzterenfalls auf Grund der Rechtfertigungs Klage, in welcher der derzeitige materielle Nichtbestand der Hypothek behauptet und sonach das Erkenntniß begehrt wird, die vorgemerkte Löschung sei für gerechtfertigt zu halten.¹⁰⁾ Diese Klage ist die oben schon besprochene persönliche Klage aus dem Löschungstitel — welcher daher vom Kläger zu beweisen ist, — mit der in dem Vorhandensein einer bereits vollzogenen Löschungsprä-

6) Vgl. § 73, Ziff. 3.

7) Wenn nämlich nicht im Verhandlungsweg über ihre Existenz durch Anerkennung unter den Beteiligten die Entscheidung herbeigeführt werden kann. Ist aber die Rechtfertigungsfrist abgelaufen, oder das Justifizierungsbegehren bereits rechtskräftig abgewiesen, ohne daß bisher die Löschung der Vormerkung erwirkt wurde, so hat der Vertheilungsrichter die Post als aufrecht zu behandeln, als ob keine Löschung vorgemerkt wäre.

8) S. oben § 31; G. B. G. §§ 41 fg.

9) G. B. G. § 41, lit. a, b. Z. B. Nachtrag des Löschungskonsenses des Gläubigers, oder der Legalisirung der Unterschriften, Ausweis über die mittelweil eingetretene Rechtskraft des pränotirten Erkenntnisses u. s. w.

10) G. B. G. §. 41, c; s. dazu oben S. 207.

notation begründeten Erweiterung des Begehrens auf Rechtfertigung dieser Pränotation, falls der Klagebehauptung Statt gegeben wird.¹¹⁾

Die Rechtfertigung wird, in dem Umfange, in welchem sie rechtskräftig erwirkt ist,¹²⁾ auf Ansuchen des Löschungs werbers im Grundbuche eingetragen (G. B. G. § 46), und bewirkt alsdann den endgiltigen Untergang des gelöschten Pfandrechts nach rückwärts vom Zeitpunkte des Anbringens¹³⁾ des Gesuchs um die Vormerkung der Löschung (arg. § 453 a. b. Ob.). Mit ihm zerfallen alle seit demselben Zeitpunkte zur Eintragung vorgelegten und nachher wirklich eingetragenen derivativen Rechte; sie sind von Amtswegen zu löschen:

„Wird die Vormerkung gerechtfertigt, so sind bei der Eintragung der Rechtfertigung zugleich alle jene Eintragungen von Amtswegen zu löschen, welche hinsichtlich des nunmehr gelöschten Rechtes mittelweil¹⁴⁾ bewilligt wurden.“ G. B. G. § 50.

11) Deshalb vertritt jede Löschungs Klage auch formell die Stelle der Justifizierungs Klage, „solange nach den Bestimmungen der Civilprozessordnung das Begehren auch noch auf die Rechtfertigung der Vormerkung ausgebehrt werden darf.“ G. B. G. § 44.

12) Die Vormerkung der Löschung der ganzen Post kann möglicherweise nur für einen Theil, oder bei Simultanhypotheken nur hinsichtlich einiger Objekte gerechtfertigt sein (vgl. oben S. 200, 210), oder auch umgekehrt (s. die folgende Note).

13) Hatte sich die Pränotation der Löschung nur auf einen Theil der Satzpost bezogen, und war dann im Rechtfertigungsprozess der Nichtbestand der ganzen Pfandschuld festgestellt, so findet eine Rückwirkung natürlich nur hinsichtlich des pränotirt gewesenen Theiles statt; für den Rest liegt in dem Urtheil ein neuer Löschungstitel, welcher (wenn überhaupt) nur ex nunc wirksam werden kann. S. darüber oben S. 210, und S. 211, Note 23.

14) Unter „mittelweil“ kann nur verstanden werden: in der Zeit zwischen der Vormerkung und dem Eintrag ihrer Rechtfertigung (wobei, wie immer G. B. G. § 132, die Wirkung beider Einträge auf den Zeitpunkt der Ueberreichung des Tabulargesuchs zurückgreift). Dann aber ist die Fassung des ganzen Relativsatzes nicht korrekt: Denn das Gesetz will nicht und kann nicht wollen, daß derivative Einträge, die vor dem Einlangen jenes Pränotationsgesuches ange sucht, aber erst später bewilligt wurden, von der Wirkung der Pränotationsrechtfertigung mit getroffen werden. Mithin müßte es in G. B. G. § 50 a. E. anstatt „bewilligt“ heißen „angesucht“, oder noch genauer (wie es oben im Text ausgedrückt ist), „welche mittelweil angesucht und bewilligt wurden“; denn Einträge, die mittelweil angesucht und nicht bewilligt wurden, bedürfen natürlich der Löschung nicht, und solche, die zwar mittelweil bewilligt, aber nicht auch erst mittelweil angesucht waren (sondern früher), unterliegen ihr nicht.

Ist die Rechtfertigung veräunmt oder mißlungen,¹⁵⁾ so erwächst daraus dem Inhaber des mit der Lösungspränotation behafteten Rechts, so wie seinen bürgerlichen und außerbürgerlichen Rechtsnachfolgern¹⁶⁾ der Anspruch auf Beseitigung jener Vormerkung durch Lösung derselben im Wege des Gesuches (G. B. G. § 45, 46). Nach Vollzug dieser Lösung steht das Hypothekarrecht allseitig so, als ob gegen dasselbe niemals die Lösung pränotirt gewesen wäre. — Ueber Erneuerung der Lösungsvormerkung auf Grund des nämlichen Lösungstitels (G. B. G. § 47, 48) gilt dasselbe, wie bei jeder andern Pränotation; s. darüber oben S. 213.

3) Eine Anmerkung der beabsichtigten Lösung (G. B. G. § 53 fg.) kann jeder bürgerliche Inhaber einer Satzpost unter den nämlichen Voraussetzungen erwirken, wie die Anmerkung der beabsichtigten Cession. Sie hat dieselben, oben S. 412 fg. dargelegten, Wirkungen für den bürgerlichen Weiterverkehr, und den analogen Zweck: dritten Personen, die wegen Tilgung der Pfandschuld mit dem Hypothekar in Unterhandlung treten, die Sicherheit zu bieten, daß nicht das Ziel des Geschäftes, die Entlastung des Pfandgutes, durch dazwischentretende Supereinträge (Pfändung, Cession) in Frage gestellt werde.

§ 88.

Vollzug, Beurkundung und Zustellung des Lösungsbescheides.

1) Die vom Grundbuchgericht bewilligte Lösung wird über Auftrag desselben durch das Grundbuchsamt im Allgemeinen nach den-

15) Wann dies der Fall, ergibt sich analog aus dem oben S. 211 Gesagten; G. B. G. § 42, 43, 45, Abs. 3.

16) Daß der Wortlaut des § 45 G. B. G. — „so kann derjenige, gegen welchen die Vormerkung bewilligt wurde, um deren Lösung ansuchen“ — zu eng ist (vgl. oben S. 212), kann gar nicht bezweifelt werden. Ueber das Maß der nöthigen Ausdehnung läßt sich streiten, aber dem bürgerlichen Rechtsnachfolger des Pränotanten muß man den fraglichen Anspruch gewähren (so auch die Entsch. O. W. 6415), sei er nun Cessionar, Usufruktuar, oder Asterhypothekar. Der außerbürgerliche Cessionar aber muß denselben m. E. als Vertreter des Pränotanten haben, da in der Befugniß zur Ausübung einer Forderung doch sicherlich auch die Vollmacht zur Befreiung derselben von einer hinfalligen Belastung, als das minus, mit enthalten ist.

selben Normen vollzogen, wie Erwerbseinträge und Uebertragungen.¹⁾ Nur bedarf es einer ausführlichen Angabe des Inhaltes der zu löschenden Hypothek (mit ihren Subjekten und Modalitäten, G. B. G. § 5) nicht, da dieselbe in dem Erwerbseintrag, auf welchen der Lösungseintrag sich bezieht, enthalten ist. Nur die Hauptsumme wird auch bei Totallösungen der Deutlichkeit wegen, neben jener Beziehung auf den aufzuhebenden Eintrag, in der Lösung wiederholt; bei Theillösungen ist natürlich die genaue ziffermäßige, oder nach Bruchtheilen ausgedrückte, Angabe des zu löschenden Theiles erforderlich, und die Hinzufügung des hiernach ungelöst verbleibenden Restes üblich²⁾. — Außerdem ist, wie sonst, das Präsentatum, die Postzahl, die Bezeichnung der Lösungsurkunde nach Ort und Datum, und endlich die Bezeichnung der Kategorie der Eintragung, als Einverleibung oder Vormerkung, wesentlich.³⁾ Der rascheren Uebersicht halber werden vielfach die Lösungseinträge mit rother Tinte ausgeführt; überdies soll bei Vollzug von Lösungsintabulationen (nicht bei Vormerkungen) gleichzeitig in dem Eintrag, auf welchen sich die Lösung bezieht, das Wort „einverleibt“, oder „vorgemerkt“ roth bezeichnet werden.⁴⁾

2) Die Beurkundung des vollzogenen Lösungseintrags erfolgt erfüllt von Amtswegen durch die obligatorische Bestätigung des Vollzugs auf der Lösungsurkunde,⁵⁾ oder in deren Ermangelung auf dem für den Lösungswerber bestimmten Exemplar des Bescheides.⁶⁾

1) Vgl. oben S. 31, 175 fg. und S. 409 fg.

2) Vgl. Beilage I, C. Postz. 4, 7.

3) Also lautet der ganze Lösungseintrag z. B. so:

Post.-Z.	Pr. 30. Sept. 1872, Z. 63875.
7	Auf Grund der Quittung vom 1. Sept. 1872 wird die Lösung des
ad 6	Pfandrechtes bezüglich des Theilbetrages von 2000 fl.
	von der unter Post-Z. 6 haftenden Forderung von 9000 fl.
	vorgemerkt. Rest 7000 fl.

4) Unterstrichen, wenn die Lösung eine gänzliche, bloß unterpunktirt, wenn sie eine theilweise ist. Instrukt. z. G. B. G. § 13; s. Weil. VII. C, Post 4, 6. Vielfach ist nebenher noch die Durchstreichung des ganzen gelöschten Eintrages mit einer rothen Linie üblich; vgl. Weil. I, C, P. Z. 36, Weil. II, D. Z. 79, 80.

5) G. B. G. § 105 (wo die näheren Vorschriften gegeben sind für den Fall einer Mehrheit von Urkunden, die zusammen die Lösungsgrundlage bilden).

6) Instruktion § 16.

Sodann durch amtliche Zeugnisse über den Bestand und Inhalt des Löschungseintrages auf Begehren von Parteien, „welche derartiger Bestätigungen in ihren Rechtsangelegenheiten bedürfen“. 7) Endlich durch die Grundbuchsauszüge, 8) in welchen, wenn die Rechtskraft der Löschung außer Zweifel steht, in der Reihenfolge der Eintragungen an Stelle der gelöschten Eintragung das Wort „Gelöscht“ erscheint; wenn aber die ansuchende Partei es begehrt, so kann, und wenn die Rechtskraft der Löschung nicht außer Zweifel steht, so muß in dem Extrakt auch die Einverleibung oder Vormerkung der Löschung, nebst der vollen Eintragung des gelöschten Rechts, stehen. 9)

3) Die Zustellung des Löschungsbescheides, auch wenn sie im Löschungsgesuch nicht begehrt wurde, ist obligatorisch und von Amtswegen an folgende Personen zu bewirken: 10)

a) dem bürgerlichen Satzgläubiger, dessen Pfandrecht gelöscht wird,

b) den bürgerlich eingetragenen Afterberechtigten an dem gelöschten Recht, mögen sie intabulirt oder pränotirt sein,

c) dem Löschungswerber selbst,

d) dem Machtgeber des letzteren, wenn die Eintragung der Löschung gegen ihn über Ansuchen eines Machthabers erfolgt ist, dessen Vollmacht den Anforderungen des § 31 G. B. G. nicht entspricht.

Ein noch so deutlicher und ausdrücklicher Verzicht auf die Zustellung seitens einer der genannten Personen, sei er in der Löschungs-urkunde oder in dem Grundbuchsgeſuch enthalten, würde keine rechtliche Wirkung haben; denn die obigen Zustellungsnormen sind publici juris und ihr Zweck geht eben dahin eine Kautei gegen die Verfälschung des Inhalts der Urkunden, welche zur Eintragung führen, zu schaffen. 11)

7) Instruktion § 41.

8) Ausführliche oder summarische, G. B. G. § 7, Instruktion § 32—40; vgl. oben S. 215.

9) Instruktion § 36.

10) G. B. G. § 123; vgl. oben S. 215, 216. Beweislast hinsichtlich der Zustellung G. B. G. § 125; über die Mittel und Schwierigkeiten dieses Beweises s. Fuchs, Jurist. Blätter 1879, Nr. 18.

Von den Mitteln und Voraussetzungen einer Berichtigung nichtiger und einer Anfechtung materiell widerrechtlicher Löschungen ist hier nicht mehr zu handeln; es gilt darüber, was von nichtigen und anfechtbaren Tabularakten überhaupt in unserem ersten Buch ausgeführt ist.

11) Wirkungslos ist daher der nicht selten vorkommende Zusatz zur Einverleibungsklausel: „ohne mein Wissen“, oder „ohne Verständigung“. Richtig darüber Schopp, dessen Arch. n. F. I, S. 111 fg. und Lefisch, Jurist, XI, S. 11, 12.

Anhang.

Ueber Hypotheken an eigener Sache.

§ 89.

Uebersicht der Frage.

Bekanntlich gewähren verschiedene deutsche Hypothekenrechte dem Eigenthümer eines unbeweglichen Gutes unter verschiedenen Voraussetzungen die Möglichkeit an seinem eigenen Gut Hypothekarrechte bürgerlich zu erwerben, sei es indem er schon bestehende Hypotheken auf seinen Namen umschreiben, oder neu entstehende sofort für sich selber eintragen läßt.¹⁾ Diese Möglichkeit besteht nach östreichischem Rechte nicht, und insoferne kann man die uns vorliegende Frage kurzweg negativ beantworten: das Institut der „Eigenthümerhypothek“ hat auf östreichischem Rechtsboden keine Geltung.

Allein die praktischen Ziele, welche jenes Rechtsinstitut verfolgt, und die Bedürfnisse, denen es seine Entstehung verdankt, bestanden lange bevor der technische Begriff einer „Eigenthümerhypothek“ herausgearbeitet war; der materielle Inhalt des heute mittelst dieses Rechtsgebildes in bestimmter Art gelösten praktischen Problems hat ja, zum

1) Eine ausführliche Uebersicht über den diesbezüglichen heutigen Rechtszustand auf allen deutschen Gebieten (ausgenommen Oestreich) giebt Roth im Arch. f. civ. Pr. 62, S. 113 ff. (1879), wo auch die partikularrechtliche Literatur des Gegenstandes zusammengestellt ist. Hervorzuhebende besondere Schriften darüber sind, aus älterer Zeit: Von der Hagen, die Hypothek des Eigenthümers, 1836, (s. auch Carabelli, dir. ipot. II, § LI, n. 20, 27.), aus neuerer Zeit: Buchka, die H. des Eig. 1875, R. Goldschmidt, Systematik der Hyp. d. Eig. 1877, (s. auch Bremer, Hypothek und Grundschuld, 1869, S. 37 ff., Bar, Arch. f. civ. Pr. 53, S. 378 ff., Währ, Jahrb. f. Dogm. XI, S. 94, 95, Schott, das. XV, S. 28 ff.)

Theil wenigstens, schon die Kunst der römischen Juristen beschäftigt. Und hinwiederum sehen wir auch heute in Rechtsgebieten, wo die „Eigenthümerhypothek“ nicht aufgenommen ist, die gleichen Zwecke und Ziele mit anderen juristisch-technischen Mitteln verfolgt und mehr oder weniger vollkommen erreicht. Es kann also die obige blos formale Antwort nicht genügen, wo es sich darum fragt, wie das östreichische Recht die aus dem Zusammentreffen von Eigenthum und Pfandrecht sich ergebenden Verhältnisse behandelt. Wollen wir aber auf den sachlichen Inhalt der Frage eingehen, so gehört dazu vor Allem eine Orientirung über die hier in Betracht kommenden praktischen Bedürfnisse und die an sich möglichen Wege zu deren Befriedigung. Die folgende, nur auf die Hauptmomente gerichtete, Uebersicht soll uns in möglichster Kürze diese Orientirung schaffen.

Dabei thut man wohl den theoretischen Zweifel zunächst auf sich beruhen zu lassen: ob und wie ein dingliches Recht an eigener Sache juristisch denkbar sei? ein Zweifel, der (wie immer man es auch bewerkstelligen wolle) im affirmativen Sinne gelöst werden muß, sobald einmal praktische Motive die positive Rechtsordnung zur Anerkennung der Eigenthümerhypothek gedrängt haben.²⁾ Fragt man also hier blos darum, wozu und unter welchen Umständen der Eigenthümer eines Grundstückes — welchem doch, als Eigenthümer, ohnehin jede Verfügung über das Objekt zusteht, insofern sie nicht durch bestehende Rechte Dritter gehemmt ist — neben seinem Eigenthum auch noch ein hypothekarisches Recht an eben diesem Grundstück brauche: so finden sich allerdings mehrfache, und im Kreditverkehr keineswegs selten auftretende, praktische Kombinationen, bei welchen dem Eigenthümer ein solches besonderes Recht an seiner eigenen Sache höchst nützlich wird, weil er durch dasselbe materielle Erfolge erzielt, die ihm keine der in seinem Eigenthumsrecht enthaltenen Befugnisse unter den obwaltenden

2) Die Lösung dieses Zweifels im Sinne der Befreiung unserer Doktrin „vom alten Vorurtheil angeblicher logischer Unvereinbarkeit der Hypothek mit gleichzeitigem Eigenthumsrecht“ bildet das Thema der Schrift Hartmann's: Rechte an eigener Sache, 1877 (auch abgedruckt in den Jahrb. f. Dogm. XVII, S. 67 ff.); die Versuche der preussischen Jurisprudenz zur Konstruktion der Eigenthümerhypothek s. bei Roth, a. a. O. S. 139 fg.; für das mecklenburgische Recht bei Buchka, S. 82 ff. — Wir haben bei dem heutigen Stande des positiven östr. Rechtes keine Veranlassung auf dieses theoretische Problem einzugehen.

Verhältnissen bieten kann. Wir fassen die hierher gehörigen Verkehrserscheinungen unter drei Gruppen zusammen:

I. Könnte der Eigenthümer eines bisher unbelasteten Gutes im Hinblick auf mögliche künftige Kreditbedürfnisse zum Voraus schon und vorerst auf seinen eigenen Namen Hypotheken errichten (zu den ihm beliebigen Summen, und in beliebiger Anzahl und Reihenfolge), so gewährte ihm diese Möglichkeit — welche in seinem Eigenthumsrechte an sich keineswegs enthalten ist — bei der späteren Verwerthung des Realkredits seines Gutes auf der Hand liegender Vortheile: er ist nicht gezwungen das erste benötigte Geld, welches ohnehin am leichtesten zu erhalten ist, in der besten Priorität aufzunehmen, sondern kann die dritte, vierte Hypothek zuerst vergeben, um sich die besseren Pfandrechte auf schlechtere Zeiten zu sparen. Außerdem aber ist es für den Geldsuchenden an sich schon ein Vortheil, wenn er in die Verhandlungen um Kreditgewährung mit dem Anbot einer bestimmten, bücherlich schon eingetragenen und zur Begebung fertig gestellten Hypothek eintreten kann; schon deshalb, weil der bücherlich feststehende Rang einer solchen die dem Kreditgeber angebotene Deckung über alle Gefahren hinaushebt, welche ihr etwa aus Zwischenfällen während der Zeit der Verhandlungen und weiterhin während der formellen Ausfertigung und bücherlichen Durchführung des abzuschließenden Geschäftes drohen mögen. Es würde also durch die in Rede stehende Einrichtung jene Summe von Erleichterungen des Kreditverkehrs angebahnt, deren Erfolg man wohl als „Mobilisirung des Realkredits“ bezeichnet hat. — Ein zweiter, sehr weitreichender, aber mit dem Bisherigen nicht innerlich zusammenhängender Vortheil ergiebt sich für den Eigenthümerhypothekar dann, wenn ihm die Gesetze gestatten bei der Exekution des Pfandgutes (außer dem Konkurs) diejenigen Beträge für sich zu liquidiren und aus dem Pfanderlös den Nachhypothekaren vorwegzunehmen, welche auf die zur Zeit noch nicht weiterbegebenen, oder in seine Hand zurückgekehrten Eigenthümerhypotheken entfallen; im Konkurs würde natürlich derselbe Vortheil der Masse zu Gute kommen.

II. Hat der Eigenthümer des Pfandgutes, welcher aber nicht Pfandschuldner ist, die Pfandforderung durch Erbgang, Vertrag oder Exekution an sich gebracht, oder umgekehrt ein Hypothekar das Pfandgut, so liegt in der alsdann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eintretenden Konfusio der zusammentreffenden dinglichen Rechte eine offen-

bare Gefährdung seiner materiellen Lage. Denn wenn zur Begründung jenes Grundsatzes im Allgemeinen richtig gesagt wird, das Eigenthum absorbire darum mit Rechtsnothwendigkeit alle in derselben Hand mit ihm zusammenfallenden jura in re, weil es ohnehin die in letzteren enthaltenen Befugnisse in sich schließt: so ist doch dies für unsern besonderen Fall nur solange stichhaltig, als gewiß bleibt, daß das Pfandgut zureiche um im Exekutionsfall dem gewesenen Hypothekar den Ersatz für seine erloschene Hypothek, in Gestalt einer um den vollen Betrag derselben vermehrten Hyperocha, abzuwerfen. Da man aber dies zum Voraus nie wissen kann, steht unser Eigenthümerhypothekar vor der Alternative: entweder die Hypothek fahren zu lassen, oder (solange es dazu noch Zeit ist) das Eigenthum aufzugeben um die Hypothek zu retten; er wird das Eine oder das Andere thun, jenachdem er von dem künftigen Pfandverkauf einen Erlös erwartet, bei welchem entweder der auf seine Hypothek entfallende Betrag, oder aber die nach Wegfall derselben erübrigende Hyperocha größer ausfällt. Daß er dabei, falls der Erfolg der Erwartung widerspricht, eine materiell nicht zu rechtfertigende Vermögenseinbuße erleidet, ist ebenso gewiß, als daß diese ihm erspart würde, wenn von Rechtswegen in irgend einer Form die Möglichkeit zugestanden wäre, zugleich die Rechte eines Hypothekars und diejenigen des Eigenthümers an derselben Sache geltend zu machen.

III. Wenn dem Eigenthümer eines mit mehreren Hypotheken belasteten Gutes eine der in besserer Priorität stehenden Posten gekündigt wird, und er, außer Stande aus eigenen Mitteln zu zahlen, die Summe durch eine neue Kreditoperation aufbringen muß, so erwächst ihm die Verlegenheit, daß er dem neuen Kreditgeber nicht dieselbe Realsicherheit bieten kann, welche der mit seinem Gelde jetzt zu tilgenden Post zukam, da mit dem Untergang der letzteren alle Nachhypothekare vorrücken und für die neue Schuld nur die letzte Priorität übrig ist. Unter solchen Umständen wird es nicht selten schwer die gesuchten Zahlungsmittel zu erhalten, und man ist darum längst auf den Ausweg verfallen, anstatt die fällige Pfandschuld zu zahlen, womit ihre Hypothek erlischt, vielmehr eine Cession zwischen dem Gläubiger und dem neuen Kreditgeber zu vermitteln, wodurch Ersterer in Form des Kaufpreises den vollen Schuldbetrag, Letzterer aber mit der gekauften Forderung auch deren Hypothek erhält, und das Nachrücken der schlechteren

Hypothekare ausgeschlossen wird. Allein dies Alles hängt erstlich vom guten Willen des abzufertigenden Hypothekars ab, welcher in der Regel (abgesehen von den hier außer Betracht stehenden Fällen des *jus offerendi*) zur Cession nicht verhalten werden kann, sondern Zahlung gegen Quittung fordern darf.³⁾ Sodann aber scheidet die in Rede stehende Operation viel öfter noch daran, daß im Zeitpunkt der Fälligkeit der Hypothek der Ersatzmann noch nicht gefunden ist, also die Zahlungsmittel einstweilen durch schwebende Schulden beschafft werden müssen, bis der gesuchte Realkredit, zu spät für die Cession, erlangt wird. Zwar fehlt es auch hiergegen nicht an praktischen Auskünften, — Cession an ad hoc aufgestellte Strohmänner, die als wahre *interpositae personae* zwischen den vergangenen und den künftigen Gläubiger gestellt werden um die Hypothek künstlich am Leben zu erhalten, sodann Blanko-Cessionen, und andere Scheingeschäfte zum gleichen Zweck — welche aber auch wieder je nach ihrer Art und Ausführung ihre besondern Gefahren in sich schließen. Gewiß also liegt in dem besprochenen Sachverhalt ein lebendiges Interesse für den Eigenthümer des Pfandgutes, daß man ihn, nachdem er gezahlt hat, gleichwohl bis auf Weiteres als Pfahhalter für den gesuchten Nachfolger seines abgefundenen Gläubigers gelten lasse, worin schon enthalten ist, daß man ihm (innerhalb gewisser Grenzen⁴⁾) gegenüber den Nachhypothekaren die Stellung eines Pfandberechtigten an seiner eigenen Sache zuweise. —

Dieses sind die Hauptpunkte, auf welchen die Frage der „Eigenthümerhypothek“ ein praktisches Interesse trifft. Sehen wir nun, zunächst noch ohne Rücksicht auf den Stand der Dinge in Oestreich, wie weit jenes Interesse sonst positivrechtlich anerkannt und in welchen Formen es befriedigt ist.⁵⁾

3) Ein ängstlicher Gläubiger mag namentlich deshalb die Cession ablehnen, weil er die Haftungspflicht eines Lebenden, trotz aller dagegen errichteten Vertragsklauseln, fürchtet. (Das hier Gesagte hat nach östr. Rt. keine Anwendung, da bei uns der Gläubiger gesetzlich zur Cession verpflichtet und von der Haftung befreit ist, § 1422 a. b. Ob. vgl. unten S. 672.)

4) Nämlich für den Weiterverkehr mit dem erloschenen Hypothekarrecht; daß er überdies auch befugt sein solle, das etwa in seiner Hand verbliebene Recht im Exentionsfall an Kaufschilling auszuüben, ist in Obigem noch keineswegs enthalten.

5) Für unseren Zweck genügt die folgende Skizze. Näheres findet man bei den oben Note 1 Angeff.

Wir fassen dabei zuerst die beiden soeben (unter II und III) besprochenen Fallgruppen ins Auge, weil hier schon das römische und gemeine Recht das Interesse des Eigenthümers im obigen Sinne vertreten hat, wenn auch ohne ihm geradezu das Pfandrecht an der eigenen Sache zuzusprechen.⁶⁾ In den Konfusionsfällen nämlich gewährt schon das klassische Recht dem Eigenthümer-Hypothekar materiell die Rechtsstellung eines Pfandberechtigten gegenüber den Mithypothekaren, indem es ihm sowohl die dingliche Pfandlage als das *jus offerendi* zuerkennt.⁷⁾ L. 30, § 1. D. de exc. rei jud. 44, 2: *neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore, actio tamen pigneratitia competit*; L. 17, D. qui potior. 20, 4: *eum, qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit*;⁸⁾ L. 1. C. si antiqu. cred. 8, 20 (*jus off.*). Und ferner ist durch das Institut der hypothekarischen Succession dafür gesorgt, daß im Falle der Befriedigung eines Pfandgläubigers aus fremdem Geld — auch wo es zu einer cessionsweisen Ablösung der Forderung nicht gekommen ist, sondern diese durch Zahlung oder Novation getilgt wurde — derjenige neue Creditor, aus dessen Vermögen die Mittel hiezu dem Schuldner zugeflossen sind, das Pfandrecht des abgefundenen erhalten kann, daß also den Nachhypothekaren gegenüber der oben geforderte Erfolg eintritt. L. 1, L 3, C. de his qui in prior. cred. loc. succ. 8, 19: *si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, . . . in jus eorum successisti*; L. 3 D. quae res pign. 20, 3; L. 12, § 5, L. 17, D. qui potior. 20, 4; L. 11, § 1. D. de pign. act. 13, 7 (Novation).

Auf dem hiedurch gewiesenen Wege sind neuere deutsche Parti-

6) A. M. hierin Hartmann, a. a. D. S. 38—58, welcher schon für das römische Recht die Anerkennung der eigentlichen Eigenthümerhypothek in Anspruch nimmt; vgl. darüber auch Buchka, a. a. D. S. 7 ff.

7) Ob auch das *jus vendendi*? das ist die für Hartmann's Auffassung entscheidende Frage, deren Bejahung mindestens aus den Quellen nicht erweislich ist. S. Buchka, S. 28 ff., Windscheid, Pand. § 248, Ziff. 4.

8) Der Fall gehört mit hierher, denn der Käufer ist als solcher Eigenthümer, aber zugleich auch Pfandgläubiger kraft hypothekarischer Succession (L. 3. C. 8, 19); a. U. darüber Buchka, S. 37 ff.

kularrechte weitergegangen. Das preussische Recht (schon vor der neuesten Gesetzgebung) gelangte zu dem durchgreifenden Rechtsätze: daß der Eigenthümer über die getilgte Hypothek in allen Fällen zu Gunsten Dritter zu verfügen berechtigt ist (sog. Dispositionsrecht, im inneren Zusammenhang mit der Lokustheorie). Das wurde zunächst für die Konfusionsfälle (und zwar, über das römische Recht hinaus, auch wo der Eigenthümer zugleich Personalschuldner ist) festgestellt durch § 52 des Anhangs zum a. Rrt. (1803);⁹⁾ sodann auf alle übrigen Tilgungsfälle ausgedehnt durch die Deklaration v. 3. April 1824, wonach der Eigenthümer, mag er vom befriedigten Hypothekar Cession oder Quittung erhalten haben, in dessen Rechtsstellung eintritt, und die Hypothek wann immer weiter zu begeben befugt ist. Nach der hierauf weiterbauenden Praxis¹⁰⁾ kann er das Recht sogar auf den eigenen Namen umschreiben lassen, und bei der Exekution des Gutes für sich, bez. seine Gläubiger, liquidiren. (Eigenthümerhypothek.) Diese Praxis ist nunmehr durch das preuß. G. G. (1872) §§ 63 bis 66 bestätigend kodifizirt.¹¹⁾

Das sächsische Gesetzbuch (1863) hat diese Lösung aufgenommen (§§ 442, 443), jedoch unter Ablehnung der letzten Konsequenz: „hat der Eigenthümer . . . die Forderung nicht abgetreten, und erfolgt die Zwangsversteigerung des Grundstückes, so wird der Uebergang der Forderung auf den Eigenthümer den späteren hypothekarischen Gläubigern gegenüber wirkungslos.“¹²⁾ § 444.

Winder weit gedieh die Entwicklung in Baiern; dort blieb es bei der Norm des Hypothekengesetzes (1822), welche in Erweiterung und Verallgemeinerung der gemeinrechtlichen Successionsbestimmungen dem Eigenthümer gestattet „nach erloschener aber im Hypothekenbuche

9) Die Gesetzgebungscommission stützte sich dabei auf eine schon für das gemeine Recht von Cocceji, Jus civile controuv. 46, 4, § 11, 13 vertheidigte Lehrmeinung (Noth, S. 133).

10) S. Noth, S. 138, 139.

11) Ueber das Verhältniß des Gesetzes zum ältern Recht vgl. Werner, Mat. II, S. 27, Achilles, die pr. Ges. über den Erwerb u. f. w. S. 122, Dernburg, pr. Pr. Rt. I, § 338, Note 8, Noth, S. 142.

12) Letzteres ist auch der Standpunkt der meissenburgerischen Rechte, welche zuerst die Eintragung auf eigenen Namen zugelassen haben (revid. Hyp. Dg. vom 18. Okt. 1848, f. Buchka, S. 1, Meibom, G. Rt. S. 266, 267), und dadurch in dieser Materie das Muster aller späteren deutschen Gesetzgebung geworden sind.

noch nicht gelöschter Hypothek den Rang dieser Hypothek einem anderen, auch einem neueren Gläubiger, jedoch für keine größere Summe einzuräumen“ § 84 (f. g. Subrogation oder Hypothekenerneuerung). Es wird dabei vorausgesetzt, daß er im Zeitpunkt des Begehrens um Eintragung der neuen Hypothek noch Eigenthümer der Liegenschaft sei und den wie immer (ausgenommen durch exekutiven Verkauf) erfolgten materiellen Untergang des zu ersetzenden Hypothekarrechtes nachweise; übrigens aber kann er eine solche Hypothek weder auf seinen Namen umschreiben lassen, noch bei der Kauffchillingsvertheilung für sich beheben.¹³⁾

Wenden wir uns schließlich nun dem oben zuerst (unter I) ange deuteten praktischen Bedürfnis zu, so ist vor Allem klar, daß das römische Recht theils keine Veranlassung, theils keine Mittel besaß, um demselben entgegenzukommen. Denn die Leichtigkeit und Beweglichkeit, welche man heute dem Hypothekarverkehr durch jenes antizipirende Bereitstellen der zu errichtenden Pfandverhältnisse geben will, besaß das antike Hypothekenwesen — seit der Aufnahme des formlosen griechischen pactum hypothecae — ohnehin in höchster Vollkommenheit. Und andererseits war der weitere wesentliche Zweck, vorgängige Feststellung und Sicherung des Ranges für das künftig zu bestellende Pfandrecht, in keiner Weise erreichbar innerhalb der damaligen höchst unvollkommenen Einrichtungen zur Bestimmung und Sicherung der hypothekarischen Priorität überhaupt; zwar fehlte keineswegs der Gedanke, daß durch Parteidisposition auch einem noch nicht fertigen, aber in bestimmter Aussicht stehenden, Pfandrecht der Rang von einem früheren Datum, als dem seiner Verwirklichung, aufgedrückt werden kann:¹⁴⁾ aber wie weit konnte man damit reichen? da doch wegen latenter älterer und wegen privilegirter jüngerer Rechte an eine gesicherte Rangstellung irgend eines Hypothekars überall nicht zu denken war.

Als nun aber der neuere europäische Kreditverkehr in dem öffentlichen Bücherwesen die äußere Handhabe zur Sicherung des Hypothekenvanges überhaupt gewonnen hatte, sehen wir auch die Lösung der vorliegenden besonderen Aufgabe auf verschiedenen Wegen wie von

13) Gerner, I, S. 575 ff., Regelsberger, G. Rt. § 60, 61.

14) Ueber die Voraussetzungen dazu f. Dernburg, röm. Prt. II, S. 247 ff., Regelsberger, Altersvorzug der Prt. S. 48 ff.; über den Erfolg hinsichtlich der rechtlichen Lage des Hypothekars, Gerner, Pfandrechtsbegriff, S. 131, 132.

selbst sich einfinden. Zuerst auf dem Umwege durch ein bürgerliches Scheingeschäft, indem der Eigenthümer Hypotheken eintragen läßt, die zur Zeit nicht bestehen, und zwar auf den Namen eines Treuhänders, welcher sie ihm nach Bedarf zur Verfügung hält; das war der Zweck und Sinn der insbesondere in Hamburg schon im fünfzehnten Jahrhundert gesetzlich anerkannten Hypotheken-Insription »pro forma«. ¹⁵⁾ Die spätere Rechtsbildung Norddeutschlands, zumal in den auf hypothekarrechtlichem Gebiet pfadfindenden mecklenburgischen Rechten, hat zwei Formen bürgerlicher Einträge hervorgebracht, welche den in Rede stehenden Zweck offen verfolgen: die Eigenthümerhypothek und den Rangvorbehalt, ¹⁶⁾ von denen nachher die erstere im neueren preussischen, die letztere im bairischen Recht Aufnahme gefunden hat.

1) „Der Eigenthümer kann auf seinen Namen Grundschulden eintragen . . . lassen.¹⁷⁾ Er erlangt dadurch das Recht über diese Grundschuld zu verfügen und auf dritte Personen die vollen Rechte eines Grundschuldgläubigers zu übertragen. Bei der Vertheilung der Kaufgelder in Folge einer gerichtlichen Zwangsversteigerung kann er die Grundschuld für sich geltend machen.“ § 27 des preuss. Ges. vom 3. Mai 1872. Für Hypotheken im e. S. (im Gegensatz zu den Grundschulden) gilt dieser Satz nicht.

2) „Hat sich der Schuldner (d. i. Eigenthümer) bei einer Forderung das Recht vorbehalten, noch vor derselben einer anderen Forderung den Rang einzuräumen, . . . so muß bei dem Eintrag jener Hypothek die vorbehaltene Hypothek . . . mit einer bestimmten Summe vorgemerkt, auch ihr Vorzug ausgedrückt, und . . . bemerkt werden, daß die Benennung des Gläubigers noch vorbehalten sei. Wenn diese erfolgt, so wird dann am gehörigen Orte der Rechtstitel und der Name des Gläubigers eingetragen.“ § 150 des bair. Hypoth. Ges. Eine aus der Idee dieses Rechtsfaktes nicht begründbare (aber auch im

15) Baumeister, hamburg. Pr. Rt. I, S. 209; in Bremen: s. Mittermaier, Arch. f. civ. Pr. 18, S. 190. Vgl. überhaupt Brackenhoeft, in Weiske's Rtslex. V, S. 372 ff.

16) Beide kommen nebeneinander in den mecklenburgischen Hypothekenordnungen vor, s. Meibom, S. 138, 150 ff.

17) Also, er kann nicht blos, wie schon früher anerkannt war, ursprünglich für Dritte errichtete und später getilgte Rechte auf sich umschreiben lassen, sondern gleich von Haus aus jura in re propria schaffen; hierin liegt die (dem mecklenburgischen Muster nachgebildete) Neuerung des jüngsten preussischen Gesetzes.

Verkehr leicht zu umgehende) Beschränkung liegt hier darin, daß der Rangvorbehalt nur gelegentlich einer Hypothekbestellung angebracht werden kann. Uebrigens steht es dem Eigenthümer frei den Vorbehalt für beliebig viele künftige Posten in beliebiger Höhe eintragen zu lassen.

Beide hiemit in ihren gesetzlichen Grundzügen bezeichneten Rechtsinstitute, so sehr sie sonst in den Wirkungen auseinandergehen, — was namentlich darin hervortritt, daß im Exekutionsfall der Eigenthümerhypothekar seine Hypothek liquidirt, während der Rangvorbehalt, wenn er nicht bis dahin durch Pfandbestellung an einen Dritten ausgenützt ist, in Nichts zerfällt, — kommen darin überein, daß sie beide dem oben unter I angegebenen praktischen Bedürfniß vollkommen Genüge thun.

§ 90.

Stand der Frage im heutigen österreichischen Recht.

Aus der vorstehenden Uebersicht ist hervorgegangen, daß es sich bei den verschiedenen hier in Betracht stehenden Veranstaltungen des modernen Hypothekenrechtes im Wesentlichen um zwei Dinge handelt: 1) Beförderung der Ausnutzung des in unserem Immobilienvermögen potentiell enthaltenen Kredits durch antizipative Bereistellung von Hypothekarrechten für den Markt, und sodann 2) Abwehr unbilliger und krediterschädlicher Konsequenzen aus der überkommenen Gestaltung des Pfandrechtes als eines jus in re aliena, welches bei seinem (wie immer herbeigeführten) Zusammentreffen mit dem Eigenthum von letzterem aufgesogen wird. Nach beiden Richtungen hin hat auch das österreichische Recht gewisse gesetzliche Vorkehrungen getroffen. Es empfiehlt sich diese Richtungen, und was dahin zielt, auch im Folgenden auseinanderzuhalten, wie das schon oben geschehen ist.

I. Rangvorbehalt und Eigenthümerhypothek.

Der erstermähnte Zweck, wie wir gesehen haben, wird anderwärts theils durch die Eigenthümerhypothek, theils durch den Rangvorbehalt verfolgt. In Oestreich war zur Zeit der Entstehung des bürgerlichen Gesetzbuchs und weiterhin bis zur Mitte unseres Jahrhunderts keines von beiden Rechtsinstituten gesetzlich anerkannt. Erst die mit Anfang der fünfziger Jahre wieder in Fluß gekommene Immobilienrechtsgesetzgebung

griff die Frage auf und entschied sich für die Lösung in der Form des Rangvorbehaltes; aber, in Anbetracht der Gefahren dieses Instituts bei unredlichem Verhalten des Eigenthümers, wurde dasselbe nur als innerhalb bestimmter Zeitgrenzen wirksame bürgerliche Vorbereitung einer demnächst erwarteten ordentlichen Hypothekbestellung zugelassen.

Das Mittel ist die, schon oben S. 467 ff. besprochene, Anmerkung der Rangordnung für künftig aufzunehmende Gelddarlehen; zuerst blos für Nieder-, Oberösterreich und Salzburg eingeführt durch die k. Vdg. v. 12. Aug. 1851 R. G. B. 184, sodann auf die ungarischen Länder ausgedehnt durch WM. Vdg. v. 4. Aug. 1859, R. G. B. 147, endlich mit einer Erweiterung (daß der Name des künftigen Hypothekars nicht angegeben zu werden braucht) in das allg. Grundbuchsgesetz §§ 53—58 aufgenommen.

Hienach hat nun jeder (überhaupt dispositionsberechtigte) Bucheigenthümer eines pfandbaren bürgerlichen Objectes das Recht, die Rangordnung für eine darauf zu legende Hypothek anmerken zu lassen,¹⁾ und damit durch 60 Tage die Möglichkeit die Hypothek mit festgelegter Priorität anzubieten. Einen Anspruch, den angemerkten Betrag aus dem Kaufschilling selbst zu beziehen, falls die Hypothek bis zur Execution nicht errichtet war, hat er nicht, sondern alsdann rücken die Nachhypotheken in die vorbehaltenene aber nicht ausgefüllte Rangstelle vor.²⁾ Das aus der Anmerkung fließende Verfügungsrecht hängt nicht ab vom Eigenthum, sondern bleibt dem gewesenen Eigenthümer auch nach der (freiwilligen) Veräußerung des eventuellen Pfandgutes.³⁾ Hingegen erlischt es

- 1) mit Ablauf von 60 Tagen nach Bewilligung der Anmerkung des Vorbehaltes;
- 2) mit der Konkursfähigkeit des Verfügungsberechtigten (die Eintragung des von ihm gewährten Pfandrechtes ist nachher

1) Und zwar ohne Unterschied, ob gleichzeitig die Eintragung einer andern Hypothek begehrt wird, welche jener im Range nachstehen soll, oder nicht; es kann also in Oesterreich (anders in Baiern, s. oben) das Lastenblatt eines Grundstückes möglicherweise nur Anmerkungen der Rangordnung enthalten.

2) Es ist also das in Oesterreich überhaupt geltende Rangprinzip (oben S. 465) durch das vorliegende Rechtsinstitut nicht wesentlich alterirt, da es im entscheidenden Zeitpunkt wieder hervortritt.

3) Auch hierin abweichend vom bair. Recht (Regelsberger, S. R. S. 290.)

nur zulässig, wenn das Pfandsetzungsgeschäft vor der Konkursöffnung datirt und dieses durch legalisirte Urkunden bewiesen wird);

- 3) mit der executiven Feilbietung des eventuellen Pfandobjectes.

Letzteres ist zwar gesetzlich nicht ausgesprochen, muß aber doch wohl (nach Analogie des Konkursfalles) angenommen werden; denn wollte man das nicht, so müßte der angemerkte Betrag der noch nicht bestehenden Hypothek gleich dem Höchstbetrag einer bestehenden Kauutionshypothek behandelt, also (in der Regel) auf den Ersteher überbunden werden, was natürlich zur Folge hätte, daß der Execut diesen Betrag gleichwohl thatsächlich für sich beziehen könnte, indem er noch nach der Execution das Pfanddarlehen aufnimmt, dessen Valuta der Kaufschilling zu decken hätte.⁴⁾

Eintragungen von Hypotheken auf den Namen des Eigenthümers kennt das österreichische Recht nicht; doch aber wird in gewissen besonderen Fällen eine wahre Eigenthümerhypothek eingetragen, wenngleich nicht auf des Eigenthümers Namen: überall da nämlich, wo auf den Inhaber lautende Theilschuldverschreibungen, noch bevor sie begeben sind, mit einem bürgerlichen Pfandrechte ausgestattet werden. Den Hauptfall⁵⁾ bilden die Eisenbahnprioritäten, deren Hypothekarrecht nach neuem Gesetze dem öff. Buch einverleibt sein muß,⁶⁾ bevor mit der Hinausgabe der Werthtitel begonnen werden darf. In der Zwischenzeit steht das bürgerlich bereits vollendete Pfandrechte in der Hand des Eigenthümers.

4) Was dagegen spricht ist einzig die (übrigens im Konkursfall ebenso vorhandene) Gefahr, daß der unredliche Execut Dritte in Schaden bringt, indem er aus Grund des die Anmerkung bewilligenden Bescheides noch innerhalb der 60 Tage aber schon nach der Feilbietung das Darlehen aufnimmt. Aber die Anmerkung der executiven Feilbietung im öff. Buch hätte den Kreditgeber warnen müssen.

5) Was früher blos bei einzelnen Kategorien von Werthpapieren (z. B. Salinenscheine, Windischgrätzlose) der Fall war, nämlich die Eintragung des Pfandrechts für die Gesamtschuld noch vor deren Emission ohne Angabe des Namens der künftigen Gläubiger, ist jetzt verallgemeinert durch das Ges. v. 24. April 1874, R. G. B. 49.

6) Eisenbahnbücherges. v. 19. Mai 1874, R. G. B. 70, § 50.

II. Eigenthum und Pfandrecht im Konfusionsfall.

Hinsichtlich der hierhergehörigen Verwickelungen besteht ein Eingriff der neueren Gesetzgebung nicht; es fragt sich also um die Gestaltung der betreffenden Rechtsverhältnisse, wie sie auf Grund der Normen des bürgerlichen Gesetzbuches im Zusammenhalt mit den Grundsätzen des heutigen formalen Tabularrechtes sich ergibt.

Unter den materiell sehr verschiedenen Thatfachenkombinationen, welche eine Vereinigung der Hypothek mit dem Eigenthum nach sich ziehen, ist Ein Fall, auf welchen sich das praktische Interesse zumeist konzentriert: nämlich die vom Eigenthümer zu dem Ende herbeigeführte Erwerbung (Einlösung) des fälligen Hypothekarrechtes, um dessen Löschung hintanzuhalten und dadurch in die Lage zu kommen darüber weiter zu verfügen und die Vorrückung der Nachhypotheken auszuschließen. Alle übrigen Konfusionsfälle haben diesem gegenüber Das gemeinsam, daß sie auf einem im rechtlichen Sinne zufälligen Ereignisse beruhen, indem das Zusammentreffen von Hypothek und Eigenthum in Einer Hand entweder überhaupt ohne darauf gerichtete Absicht des Berechtigten erfolgt (wie in den Erbfällen), oder, wenn auch durch Rechtsgechäft, so doch keineswegs in der Absicht damit das rechtliche Schicksal der Hypothek zu alteriren. In solcher Weise erfolgt die Konfusio, wenn ein Hypothekar das von einem anderen exekutiv feilgebotene Pfandgut ersteht, während seine nicht fällige Hypothekarforderung den Bedingungen gemäß aufrecht bleibt, oder wenn er durch freiwilligen Kauf, Tausch, Erbtheilungsvertrag u. s. w. das Hypothekargut (etwa vom Drittbefitzer) erwirbt, ohne daß seine Pfandforderung dabei berührt wird, ferner wenn der Drittbefitzer des Gutes eine darauf haftende Hypothekarpfost, welche vom Afterspandgläubiger exekutiv feilgeboten wird, ersteht, u. s. w. Ueberall hier ist, wie bei der Konfusio durch Erbgang, das Zusammentreffen beider Rechte insofern zufällig, als man sagen kann, deren Inhaber würde das andere Recht an sich gebracht haben, auch wenn er das Eine nicht schon gehabt hätte. Von den Fällen dieser Art soll zunächst allein die Rede sein; der besonders wichtige und besonders geartete Fall der Einlösung des fälligen Hypothekarrechtes durch den Eigenthümer wird alsdann einer besonderen Betrachtung unterworfen werden müssen.

A. Rechtlich zufällige Konfusio.⁷⁾

Hierüber hat das bürgerliche Gesetzbuch § 1446 nur ausgesprochen, daß Konfusio sowenig als andere materielle Erlösungsgründe an sich schon, ohne Hinzutritt des Formalaktes der Löschung, das Hypothekarrecht vernichten:

„Rechte und Verbindlichkeiten, welche den öffentlichen Büchern einverleibt sind, werden durch die Vereinigung in Einer Person nicht aufgehoben, bis die Löschung aus den öffentlichen Büchern erfolgt ist“ (§ 469, 526).“

Welches aber die Wirkungen seines Fortbestandes sind, ist damit nicht festgestellt; daher bleibt im Einzelnen Raum für Meinungsverschiedenheiten. Doch sollte hienach wenigstens dies grundsätzlich außer Zweifel sein, daß die bloß materiell von der Tilgungsthatfache affizirte Hypothek wirklich fortbesteht, als das Recht, welches sie ist, nicht bloß als der Schatten eines gewesenen Rechtes in der fragwürdigen Gestalt eines „juristisch relevanten Faktors.“⁸⁾ — Stellen wir nun die Rechtswirkungen der Konfusio zusammen, wie sie sich nach dem Gesammtinhalt der in diesem Werke entwickelten Rechtsgrundsätze darstellen, so ergibt sich in Kürze Folgendes:

1) Der Eigenthümer hat in der Konfusio einen gültigen Lösungstitel, kann daher die Löschung jederzeit begehren und durch ihren Vollzug den Untergang der Hypothek bewirken; er kann auch vor Ueberreichung des Lösungsgesuchs die Rangordnung für sein Lösungsrecht durch Anmerkung der beabsichtigten Löschung (G. B. G. § 53) wahren.⁹⁾

2) Er ist aber zur Erwirkung der Löschung keineswegs und gegen Niemand verpflichtet; insbesondere haben die bürgerlichen Nachmänner kein Recht auf die Löschung der konfundirten Post zu klagen, da sie kein Vorrückungsrecht haben.¹⁰⁾

7) Die hiermit gemeinten Fälle allein sind es, bei denen man auf dem Boden der gemeinrechtlichen Lehre von Konfusio spricht; in dem hier vorerst noch ausgeschlossenen Falle aber liegt gemeinrechtlich nicht Einlösung und Konfusio vor, sondern Ablösung (Tilgung) und hypothekarische Succession; vgl. oben S. 659.

8) Letzteres meint Strohal, die Prioritätsabtretung S. 53; vgl. oben § 78, Note 10.

9) Vgl. oben Seite 612, 650.

10) S. oben Seite 478 ff.

3) Wird bei noch ungelöschter Hypothek das Eigenthum des Pfandgutes veräußert, so verschwindet jede Wirkung der zeitweiligen Konfusio, der neue Eigenthümer muß sich die Geltendmachung der Hypothek gefallen lassen; ¹¹⁾ nach a. b. Gb. § 443, und nach Analogie von § 526:

„Wird aber in der Folge Einer dieser vereinigten Gründe wieder veräußert, ohne daß inzwischen in den öffentlichen Büchern die Dienstbarkeit gelöscht worden, so ist der neue ¹²⁾ Besitzer des herrschenden Grundes befugt, die Servitut auszuüben.“

4) Dasselbe gilt in dem umgekehrten Falle, wenn das ungelöschte Hypothekarrecht durch eine bücherliche Weiterverfügung aus der Hand des Eigenthümers wieder heraustritt.

Hier nun aber ist der Punkt, wo allerdings verschiedene Auffassungen über den rechtlichen Inhalt des „Fortbestandes“ der konfundirten Hypothek möglich sind und zu verschiedenen praktischen Folgerungen führen. Kein Zweifel kann nur darüber bestehen, daß ein Cessionar die Hypothek unanfechtbar dann erwirbt, wenn er um die eingetretene Vereinigung nicht wußte und auch aus dem öffentlichen Buch dieselbe nicht ersehen konnte (z. B. weil der Cedent als Erbe ob dem Pfandgute noch nicht intabulirt war). In allen übrigen Fällen aber, — und diese sind die weitaus häufigsten und wichtigsten, da die Identität von Eigenthümer und Hypothekar, mithin die Konfusio, meist aus dem Buchinhalte erhellt — entsteht die Frage: ist das confusione (materiell) erloschene Pfandrecht dem solutione (ebenso) erloschenen gleichzustellen, wonach ein redlicher derivativer Erwerb desselben nur höchst ausnahmsweise möglich wäre, oder kann man auch in voller Kenntniß des Konfusionsfalles die Hypothek vom Eigenthümer-Hypothekar redlich erwerben? Dabei ist, wenn man sich der letzteren Alternative zuneigt, wieder entweder die uneingeschränkte Bejahung unserer Frage möglich, oder man unterscheidet, ob die Konfusio auch

11) Uebereinstimmend David, ö. G. Z. 1879 Nr. 2, Ziff. 3.

12) Bei der Redaktion des Nachsatzes hat man die allgemeine Fassung des Vorderatzes aus dem Auge verloren und den Fall allein unterstellt, daß die Veräußerung das herrschende Gut betroffen hatte; aber es kann kein Zweifel sein, daß im Sinne der Gesetzgeber auch der neue Besitzer des dienenden Gutes sich die Servitut gefallen lassen muß (schon nach § 443, a. b. Gb.); so auch Rippel, Komm. III, S. 695.

die Pfandschuld ergriffen habe oder blos das Pfandrecht, um sodann weiter zu folgern: nur im letzteren Falle — wenn also der Pfandgläubiger zwar Eigenthümer des Pfandgutes, aber nicht auch zugleich Schuldner in der Pfandschuld geworden war — liege in dem Erwerb der aufrechten Forderung seitens eines Cessionars, der von Allem wußte, nichts Bedenkliches; ersternfalls aber sei mit dem Untergang der Pfandschuld die gleiche Rechtslage gegeben, als ob Zahlung inmitten stände, und der darum wissende Cessionar könne das indebite haftende Pfandrecht nicht redlich erwerben.

Unseres Erachtens lösen sich diese Fragen sehr einfach, wenn man nur den richtigen Begriff vom „redlichen Erwerb“ festhält. Erste Voraussetzung der civilrechtlichen Unredlichkeit (mala fides) ist ein materiell widerrechtlicher Thatbestand, welchen man entweder herbeiführen oder für sich ausnutzen will. Wo Niemand in seinen Rechten gekränkt ist, noch gekränkt werden soll, kann es keine Unredlichkeit geben; ¹³⁾ erst wenn das Gegentheil vorliegt, entsteht die Frage nach dem subjektiven Verhalten der Person zu jenem Thatbestand. Daß nun ein Hypothekarrecht im öffentlichen Buch indebite haftet, ist ein Verhältniß, durch welches an sich noch Niemand in seinen Rechten verletzt wird, insbesondere nicht die Nachhypothekare, da sie solchenfalls wohl etwa eine Hoffnung aber kein Recht auf Vorrückung haben. Wird aber die so haftende Hypothek bücherlich weiter begeben, so kann darin eine Rechtsverletzung liegen oder nicht, je nachdem, zu wessen Lasten die Begebung wirkt: cedirt der Hypothekar das ungelöschte Recht, nachdem er dafür vom Schuldner Zahlung erhalten, an einen Dritten, so ist das Unrecht klar, der Schuldner ist der Gekränkte, indem er anstatt frei zu sein mit nochmaliger Zahlung bedroht ist; cedirt aber jener an den Zahler selbst, so ist kein Unrecht da, also auch keine Unredlichkeit, denn durch die Cession erleidet dieser keinen Abbruch sondern kann nur Vortheil haben. In unseren Konfusionsfällen nun ist es stets nur der Cedent selbst, in seiner Eigenschaft als Eigenthümer des Pfandgutes, zu Lasten dessen die Wiederbelebung des konfundirten Pfandrechtes wirken kann; und darin liegt schon die uneingeschränkte Be-

13) Vgl. L. 28. D. de noxal. act. 9, 4, L. 25, D. de donat. i. vir. 24, 1, L. 3. D. pro don. 41, 6, L. 5, pr. D. pro derel. 41, 7. Stintzing, Das Wesen von bona fides und titulus, 1852.

jahung der oben gestellten Frage. Wodurch auch die Konfusio eingetreten sei, mag sie zugleich die Pfandschuld ergriffen haben oder nicht, immer schafft der Cedent durch Weiterbegebung der ungelöschten Hypothek nur Rechte gegen sich selber, ohne den Rechtskreis Dritter zu berühren; es kann also die Frage, ob der Cessionar redlich erwerbe, hier gar nicht aufgeworfen werden.¹⁴⁾

5) Ist hienach die freiwillige Cession der konfundirten Hypothek bis zu deren Böschung jederzeit möglich, so muß auch die Afterverpfändung und ebenso die exekutive Pfändung und Einantwortung derselben zugelassen werden; es steht eben das Hypothekarrecht allseitig im Verkehr, und auch dem nach der Konfusio eingetretenen Cessionar oder Aftershypothekar „bleibt das Hypothekargut verhaftet“ (§ 469 a. b. Gb.).

6) Aber der Eigenthümer kann das irgendwie erworbene Hypothekarrecht, auch wenn ein Dritter persönlicher Schuldner ist, im öffentlichen Buche nicht auf seinen Namen umschreiben, nur einen Rangvorbehalt für eine beabsichtigte Cession desselben kann er anmerken lassen;¹⁵⁾ jedoch verliert diese Anmerkung (nach Analogie des oben S. 665 Ausgeführten) mit der exekutiven Feilbietung des Gutes ihre Wirkung.

7) Einen Anspruch auf rangmäßige Befriedigung aus dem Erlös des exekutiv feilgebotenen Gutes hat der Eigenthümer für die zur Zeit der Exekution in seiner Hand stehende Hypothekarforderung nicht.¹⁶⁾ Vermöge des oben entwickelten Grundsatzes, — wonach der Fortbestand materiell erloschener Hypotheken nur im Weiterverkehr zur Geltung kommt, im Stadium der exekutiven Befriedigung aber das materielle Recht durchschlägt, — geht also der Eigenthümer als Hypothekar leer

14) Darum ist mit gutem Grund in § 526 a. b. Gb. von Redlichkeit keine Erwähnung gethan.

15) Da diese Anmerkung immer dann gesetzlich (G. B. G. § 53, 3) zulässig ist, wenn die Eintragung der Cession selbst es wäre.

16) Ebenso kann er, wenn die Exekution durch Sequestration geführt wird, aus den Gutserträgen weder für die Zinsen noch für das Kapital der eigenen Forderung Zahlung begehren; doch steht ihm hier auch noch im Laufe der Exekution die Möglichkeit einer Cession offen, welche ihm dort durch die Feilbietung abgeschnitten wird.

aus¹⁷⁾ und erleidet dadurch, wenn er nicht selbst der Schuldner in der Pfandschuld ist (und letzterer etwa nachher als zahlungsunfähig sich erweist), eine sachlich durch nichts gerechtfertigte Vermögenseinbuße; denn es ist klar, daß unter den vorausgesetzten Umständen eben das „materielle“ Recht das unbillige Recht ist, indem es Jenen um das Pfandrecht für seine aufrecht bestehende Schuldforderung bloß deshalb bringt, weil dieses Pfandrecht im kritischen Momente der exekutiven Feilbietung mit dem Eigenthum in Einer Hand stand, — was durch rechtzeitige Veräußerung des einen oder des anderen Rechtes hätte verhütet werden können, — und obzwar ihm das Eigenthum hier keinen Ersatz für das verlorne Pfandrecht bietet. Um dieser Härte zu begegnen bedarf es bei uns keines neuen Rechtsatzes. Die Praxis könnte helfen, indem sie dem Eigenthümer die Liquidirung einer etwaigen Hypothekarforderung, auch gegen den Widerspruch der Nachhypothekare, zuließe;¹⁸⁾ also ihm die rangmäßige Befriedigung aus dem Rauffchilling, wie jedem anderen Gläubiger, gewährte, wenn er Drittbefitzer ist und darthut, daß die Forderung, um die es sich handelt, zur Zeit (gegen den Personalschuldner) wirklich bestche.

B. Konfusio durch Einlösung.

Schon oben ist mehrfach das hervorragende praktische Interesse betont worden, welches der Eigenthümer eines Hypothekargutes daran hat, daß — wenn es zur Tilgung einer Pfandschuld, durch Zahlung von welcher Seite immer, kommt — dieses Geschäft mit seinen Folgen den Tabularstand unberührt lasse, was nur so geschehen kann, daß dasselbe für den Tabularverkehr nicht als Zahlung und Böschung, sondern als Einlösung (Cession) und Umschreibung auftritt, wodurch das Borrücken postlozirter Rechte ausgeschlossen und die Verfügung über

17) Ebenso Kopecky, Wagn. Zschr. 1846, I, S. 198 und David, v. G. Z. 1879, Nr. 2, a. G. (s. oben § 63, N. 5.).

18) Vom Standpunkte der von uns oben S. 568 ff. bekämpften Praxis, welche den Nachhypothekaren im Exekutionsfall überhaupt kein Befreiungsrecht zugestehen will, wäre dies sogar selbstverständlich. Aber es zeigt sich hier eben wieder, wie unhaltbar dieser Standpunkt ist: denn von ihm aus müßte man dazu gelangen, überhaupt jede Eigenthümerhypothek (auch wenn die Pfandschuld selbst konfusionslos erloschen war) aus dem Rauffchilling zu befriedigen, da der Exekut., der hier zugleich Hypothekar sein will, seine eigene Post sicher nicht bestreiten wird.

das Pfandrecht der abgestoßenen Schuld dem Pfandeigenthümer erhalten wird. Bei der Beantwortung der Frage, ob, wie und wie weit das möglich sei, haben sich schon unter den älteren östreichischen Schriftstellern Meinungsverschiedenheiten und Mißverständnisse ergeben, ¹⁹⁾ die sich vermeiden lassen, wenn man zum Voraus zwei ganz verschiedene Dinge auseinanderhält: Erstlich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Zahler einer Hypothekarschuld befugt sei vom Gläubiger, anstatt Quittung, eine Cession der Post (sei es auf sich selbst, in blanco, oder auf einen Dritten) zu fordern? — und sodann zweitens die wesentlich andere Frage, welchen Rechtseffekt eine solche Cession (mag sie freiwillig oder erzwungen gegeben sein), gegenüber dem Pfandgute im Exekutionsfall habe? sei es daß die eingelöste Hypothek bürgerlich weiterbegeben wurde, oder nicht, und letzterenfalls jenachdem deren Inhaber zugleich der Schuldner oder nur Drittbesitzer ist.

Ersteres beantwortet sich einfach dahin: der zahlende Schuldner kann nur Quittung fordern, ²⁰⁾ a. b. Ob. § 1426, da er eben als Schuldner zur bedingungslosen Leistung verpflichtet, der Gläubiger aber nicht gehalten ist, sich den Empfang der schuldigen Zahlung an irgendwelche, nicht vertragsmäßig oder gesetzlich vorgeschriebene, Belastung knüpfen zu lassen. Jeder Dritte hingegen (also auch der Eigenthümer des Hypothekargutes, wenn er nicht der Schuldner ist), hat den gesetzlichen Anspruch auf „die Abtretung des dem Gläubiger zustehenden Rechtes“ (§ 1423), wenn er gültiger Weise gezahlt hat; und zwar kann dieser Anspruch gegen den mit seinem Willen befriedigten Gläubiger „selbst noch nach der geleisteten Zahlung“ durchgesetzt werden. ²¹⁾ Hier-

19) S. z. B. Kopecky, a. a. D. S. 198 gegen Spain, Bejr. d. Gl. I, S. 38 fg. und Winivarter, Komm. II, S. 272, 283; auch Krauz, B. G. Z. 1869, Nr. 27 gegen die das. Note 197 Angeff.

20) A. M. Krauz, a. a. D. und zum Theil die das. Nr. 197 angef. Schriftsteller, ohne übrigens in eine Begründung des behaupteten Satzes einzugehen. Wenn hingegen das Urth. bei GUB. 1659 annimmt, daß „die Zahlung mittelst (gegen) Cession zu leisten eine in § 1422 a. b. Ob. liegende Berechtigung des Schuldners ist“, so will damit, wie der Zusammenhang zeigt, nicht eine Berechtigung gegenüber dem Gläubiger (der freiwillig cebirt hatte), sondern gegenüber den Nachhypothekaren gemeint sein, deren „Vorrückungsrecht“ hiemit negirt werden soll.

21) Aber nur die Abtretung an den Zahler (§ 1422) kann begehrt werden;

nach ergibt sich, daß auch der zahlende Personalschuldner, wenn er rechtzeitig daran denkt, auf einem Umweg sich den Vortheil der Cession sichern kann, indem er die Zahlung nicht selbst leistet, sondern sie durch einen ad hoc bestellten Dritten, gegen Cession an diesen, dem Gläubiger nöthigenfalls aufdringen läßt (§ 1422); ²²⁾ hatte er aber selbst gezahlt, so giebt es für ihn kein Mittel, um nach der Hand den Umtausch der Quittung gegen eine Cession zu erzwingen. ²³⁾

Welches nun sind die Rechtsvortheile, die dem Eigenthümer des Hypothekargutes aus der wie immer erlangten Cession des Hypothekarrechtes erwachsen?

die Cession an einen Dritten, oder in blanco, hängt vom guten Willen des Cedenten ab.

22) Die Möglichkeit der Einlösung des Pfandrechtes für eine gezahlte Pfandschuld ist also in Oestreich für den zahlenden Dritten eine gesetzliche, für den Schuldner hingegen grundsätzlich vom freien Willen des Gläubigers bedingt. Aber selbst hinsichtlich des Drittbesizers eines Hypothekargutes kann man nicht (mit Strohal, die Prioritätsabtretung, S. 49 fg., 61) von einem Einlösungsrechte des Eigenthümers in dem Sinne sprechen, als ob ein solches Recht — welches in Wahrheit erst im Augenblick der Zahlung und durch dieselbe zur Entstehung kommt — schon ursprünglich in dem Inhalte des Eigenthums gelegen wäre. Darum giebt es auch jenen „offenbaren Eingriff in das Recht des Eigenthümers zur Disposition über gezahlte Hypothekarposten“ nicht, um dessentwillen Strohal S. 59 diesem ein Einprüfungsrecht gegen heabsichtigte Prioritätsabtretungen gewähren zu müssen glaubt (vgl. oben § 64, Nr. 19); schon darum nicht, weil das gleiche Dispositionsrecht nicht nur dem zahlenden Eigenthümer (und diesem niemals als Eigenthümer), sondern allgemein jedem zahlenden Nichtschuldner aus der Zahlung erwächst (§§ 1422, 1423).

23) Offenbar liegt hier eine Lücke im Recht vor; denn es giebt keinen inneren Grund dafür, warum dem gegen Quittung zahlenden Schuldner die Weiterverfügung über das Pfandrecht abgeschnitten wird, welche dem gegen Cession zahlenden (s. unten) zusteht. Der Regierungsentwurf zum G. B. G. (1869) hatte für diesen Fall durch eine singuläre Norm vorgesorgt, indem er dem gewesenen Hypothekarschuldner gestattete, anstatt der Bfchung, „die Anmerkung des Vorbehaltes der Rangordnung für eine neue Forderung“ zu erwirken (§ 16). Diese Bestimmung wurde in das Gesetz nicht aufgenommen, und es bedarf ihrer in der That nicht; m. E. wäre sie zu ersetzen durch die Vorschrift, daß für den bürgerlichen Weiterverkehr mit getilgten aber ungelöschten Hypothekarposten die Bfchungsfähige Quittung des Gläubigers einer Cessionserklärung zu Handen des Zahlers rechtlich gleichzuachten sei; wonach dieser auf Grund der Quittung jene Post entweder sich selbst, oder doch (wenn er Eigenthümer des Pfandgutes ist) seinem Rechtsnachfolger bürgerlich zuschreiben lassen könnte. Vgl. das preuß. G. B. G. § 64.

1) Lautet die Cession auf ihn selber, so kann er sie gleichwohl nicht bürgerlich eintragen lassen; ²⁴⁾ und zwar ebensowenig dann, wenn er Drittbefitzer des Gutes ist, als wenn die Pfandschuld gegen ihn selbst als Schuldner gerichtet wäre. Veräußert er aber in der Folge das Pfandgut, so steht fortan auch der Einverleibung seiner Cession nichts im Wege.

2) Hingegen kann er jederzeit die ihm cedirte Post gültig weiter cediren, ²⁵⁾ und sein Cessionar (oder dessen Rechtsnachfolger) ist befugt die Umschreibung derselben auf seinen Namen in dem öffentlichen Buche vornehmen zu lassen (O. B. G. § 22); ebenso steht der Verbücherung der Cession nichts im Wege, wenn dieselbe von dem ausbezahlten Gläubiger direkt auf den Namen eines Dritten gestellt, oder in blanco gegeben war, ²⁶⁾ und wenn letzterenfalls der Eintragungswerber sein rechtmäßiges Successionsverhältniß durch geeignete Urkunden darlegt.

3) Kommt es zur Exekution des Pfandgutes und sonach zur Vertheilung des Erlöses (bezw. Ertrages), so entfällt auf die vom Eigenthümer cessionsweise eingelöste und im entscheidenden Zeitpunkt noch in seiner Hand stehende Hypothek nichts, obzwar sie ungelöscht ist. Es gilt hierüber das oben S. 670 für die anderen Konfusionsfälle Gesagte; auch hier könnte und sollte die Praxis in Zukunft dem Eigenthümer dann zu Hilfe kommen, wenn er eine fremde Schuld gezahlt hat, in welchem Falle es sich ihm darum handelt, für den Regressanspruch gegen den befreiten Schuldner das von diesem seinerzeit gewährte Pfandrecht geltend machen zu dürfen.

4) Steht das eingelöste Hypothekarrecht im Zeitpunkt der Exe-

24) Das Gegentheil behauptet nur Krainz, a. a. D. bei Note 197; der von ihm als beistimmend angeführte Kopecky (Wagn. Zschr. 1846, I, S. 195, und ebenso Unger, der sächs. Entw. S. 252) behauptet nicht die Möglichkeit der Eintragung des Eigenthümer-Cessionars, sondern nur der Weiterbegebung des Rechtes. Gegen die Eintragung des Eigenthümers spricht auch das Hofdekr. vom 22. April 1825, J. G. S. 2090.

25) Natürlich nur solange er sie nicht hat löschen lassen, wozu er (und zwar nur er, vgl. oben § 86, N. 4; richtig auch Strohal, a. a. D. S. 48, 49) berechtigt ist. — Weil und solange er cediren kann, darf er auch die Anmerkung der Rangordnung für eine beabsichtigte Cession (O. B. G. § 53) mit ihrer oben S. 412 ff. dargelegten Wirkung begehren.

26) Vgl. Regelsberger, S. Nt. S. 284.

kution in dritter Hand, so anerkennt schon jetzt die Praxis ²⁷⁾ in Uebereinstimmung mit der Mehrheit der österreichischen Schriftsteller, ²⁸⁾ daß dasselbe aus dem Kaufschilling zur Befriedigung gelangt, — ohne Rücksicht darauf, ob dessen gegenwärtiger Inhaber von der inmitten liegenden Tilgung der Pfandschuld gewußt habe, oder nicht. ²⁹⁾ Diese Tilgung (durch Zahlung der Schuldsomme an den Pfandgläubiger gegen Cession) kann zur Bestreitung der fraglichen Hypothek von den Nachhypothekaren im Liquidierungsverfahren überhaupt nicht geltend gemacht werden, ebensowenig als die Tilgung im Falle einer früheren Novation der Pfandschuld mit einverständlicher Uebertragung des Pfandrechtes auf die substituirte neue Forderung. Es genügt hier wie dort, daß im Zeitpunkt der Exekution das Hypothekarrecht ungelöscht besteht, und daß zugleich eine „giltige Schuld“ (§ 449 a. b. Gb.) vorliegt, für welche es zu haften hat. ³⁰⁾ — Eine „Cession“, durch welche in Oesterreich der zahlende Eigenthümer dem Vorrücken nachstehender Pfandgläubiger mit Erfolg vorbeugt, ist freilich dem inneren Wesen nach keine Cession: die „cedirte“ Forderung ist durch Zahlung erloschen und kann nie wieder auferstehen; nur ihr Pfandrecht wird erhalten, um einer neuen, für den „Cessionar“ errichteten Forderung (gleichen Inhalts) zur Deckung zu dienen. In Wahrheit also liegt eine hypothekarische Succession vor, — die, weil das a. b. Gb. dieses Rechtsinstitut nicht kennt, in das

27) S. die übereinstimmenden Urth. bei O. W. 1659, 3557, 5084.

28) Kopecky, a. a. D. Stubenrauch, II, S. 133, Krainz, Unger, David, Strohal, a. a. D.

29) Es schlägt hier der oben schon entwickelte Gedanke ein, daß Unverlöslichkeit des Erwerbers ein im Erwerb enthaltenes materielles Unrecht voraussetzt. Ein solches aber fehlt, sobald man den Nachhypothekaren ein Recht auf Vorrückung nicht zuerkennt; vgl. oben § 63. Letzterem von unserer Praxis längst durchgeführten Sage liegt der gesunde rechtspositive Gedanke zu Grunde: „da die ungewisse Aussicht auf Verbesserung ihrer Stellung durch Nachrüden an die Stelle einer gelöschten Vorhypothek bei Gewährung der Darlehen auf Seite der Nachhypothekare wirtschaftlich gar nicht in Betracht kommt, so kann dem Eigenthümer die Möglichkeit gewährt werden, dieses Nachrüden in dem einzelnen Fall auszuschließen.“ Roth, a. a. D. S. 124.

30) Vgl. oben S. 610, 613 ff. Aus den in § 82 entwickelten Gründen aber hat auch das hier Gesagte auf Kautionshypotheken keine Anwendung; s. auch Strohal, a. a. D. S. 82, Regelsberger, Stud. S. 62 ff.

Gewand der Cession sich kleiden muß, ³¹⁾ — und sie erfüllt bei uns in der vorliegenden Anwendung den nämlichen Zweck, um dessentwillen die römischen Juristen sie erfanden: Aufhebung jener praktisch unerträglichen Rechtsfolgen des theoretischen Satzes, daß man an seiner eigenen Sache kein Pfandrecht haben kann.

31) S. oben § 50, Note 21. — Der Gegensatz gegen die hypoth. Succession des gemeinen Rechtes besteht aber darin, daß der Rechtserfolg (Uebergang des Pfandrechtes von der getilgten auf eine andere Forderung) bei uns nicht ipso facto mit der Zahlung eintritt, sondern durch ein Rechtsgeschäft mit dem befriedigten Gläubiger (eben jene „Cession“) vermittelt werden muß.

Beilagen, Register, Inhaltsverzeichnis.

Beilage VI.

Eisenbahnbuch. *)

Titelblatt.

K. K. B.

Definitive Einlage.

K. k. priv. Kronprinz Rudolf-Bahn mit der Hauptlinie:

St. Valentin-Laibach und den Zweiglinien:

a. Raftenreit (Kleinreifling) — Amstetten,

b. Hieslau — Eisenerz,

c. St. Michael — Leoben,

d. Launsdorf — Miesel,

e. Slandorf (St. Veit) — Klagenfurt.

I. Bahnbestandsblatt. Erste Abtheilung.

Post- zahl.	Kata- stral- zahl.	Bezeichnung des Grundstückes.	Post- zahl.	Kata- stral- zahl.	Bezeichnung des Grundstückes.
		Land: Nieder-Oesterreich. Gerichtsbezirk: Haag. Katastral-Gemeinde: Turnsdorf.			Land: Nieder-Oesterreich. Gerichtsbezirk: Haag. Katastralgemeinde: St. Valentin.
		Nr. 1.			Nr. 2.
1	105	Theil des Heizhauses.	1	111	Theil des Heizhauses.
2	103	Wächterhaus.	2	112	Aufnahmegebäude u. Vor- platz.
3	101	"			
4	100	"	3	115	Kohlenmagazin.
5	1513	Bahn als Paristikat.		1	
6	1597	" " "		115	Wagenremise.
7	2	" " "	4	2	
	1820	" " "		115	Wächterhaus.
		(L. S.)	5	3	
		Z. 1347.	6	814	Waarenmagazin.
		Gepflüzt und richtig be- funden.	7	2	
		Amstetten, am 25. Juni 1877.	7	787	Beamtenhaus.
		Der k. k. Statthalterei-Rath	8	2	
		(L. S.) Rabitsch m. p.	8		Wächterhaus.
			9	137	Bahn als Paristikat.
			10	787	
			10	3	" " "
			11	838	" " "
			12	1209	" " "
					(L. S.)
					Z. 1347.
					Gepflüzt u. richtig befunden.
					Amstetten, am 25. Juni 1877.
					Der k. k. Statthalterei-Rath.
					(L. S.) Rabitsch m. p.

*) Die Ergänzung der „vorläufigen Einlagen“ (vgl. oben S. 21 ff.) zu definitiven, im Sinne des Ges. v. 19. Mai 1874, R. G. B. 70, ist zur Zeit noch in der Durchführung begriffen; der vorliegende Abdruck einer der am weitesten fortgeschrittenen Eisenbahn-Einlagen des Wiener Gerichtes soll dem Leser ein Bild dieser Bücher in ihrer demnächst zu erwartenden Vollständigkeit geben.

Postzahl.	Katastralzähl.	Bezeichnung des Grundstückes.	Postzahl.	Katastralzähl.	Bezeichnung des Grundstückes.
1	41	Land: Niederösterreich. Gerichtsbezirk: Haag. Katastralgemeinde: Kulering. Nr. 3.	1	2	Land: Niederösterreich. Gerichtsbezirk: Haag. Katastralgemeinde: Brunnhof. Nr. 4.
	2	Wächterhaus.	2	1	Wächterhaus.
2	47	Aufnahmegebäude.		1	Bahn als Paristikat.
3	48	Magazin.			(L. S.)
	1				3. 1347.
4	48	Wächterhaus.			Gepprüft u. richtig befunden.
	2				Amsfetten, am 25. Juni 1877.
5	91	Bahn " als Paristikat.			Der k. k. Statthaltereirath.
6	2239	" " "			(L. S.) Kaditsch m. p.
7	2195	" " "			u. j. w.
8	2197	" " "			
9	2198	" " "			
10	2201	" " "			
11	2206	" " "			
12	2207	" " "			
13	2216	" " "			
14	2217	" " "			
15	2219	" " "			
		(L. S.)			
		3. 1347.			
		Gepprüft u. richtig befunden.			
		Amsfetten, am 25. Juni 1877.			
		Der k. k. Statthaltereirath.			
		(L. S.) Kaditsch m. p.			

Bahnbestandsblatt. Zweite Abtheilung.

K. K. B.

Land: Niederösterreich.
Bezirksgericht: Haag.
Katastralgemeinde: Turnsdorf.

Postzahl.	Eintragung.	Mappenzahl.
1	Mitbenützungrecht in Gemäßheit des Uebereinkommens vom 18. Oktober 1876	1511/5 1
2	Mitbenützungrecht in Gemäßheit des Uebereinkommens vom 18. Oktober 1876	1511/2 2
3	Mitbenützungrecht in Gemäßheit des Uebereinkommens vom 18. Oktober 1876	1511/1 3
4	Mitbenützungrecht in Gemäßheit des Uebereinkommens vom 18. Oktober 1876	1511/1 4
5	Mitbenützungrecht in Gemäßheit des Uebereinkommens vom 18. Oktober 1876	104 5

Postzahl.	Eintragung.	Mappenzahl.
6	Wasserbezugsrecht für das Wächterhaus Nr. 2	103 6
7	In der Bewirthschaftung beschränkte Waldfläche	1819 7
8	" " " " "	1821 8
9	" " " " "	1825/1 10

Land: Niederösterreich.
Bezirksgericht: Haag.
Katastralgemeinde: St. Valentin.

Postzahl.	Eintragung.	Mappenzahl.
1	Mitbenützungrecht in Gemäßheit des Uebereinkommens vom 18. Oktober 1876	126 1
2	Mitbenützungrecht in Gemäßheit des Uebereinkommens vom 18. Oktober 1876	2 136
3	Mitbenützungrecht in Gemäßheit des Uebereinkommens vom 18. Oktober 1876	3 136
4	Mitbenützungrecht in Gemäßheit des Uebereinkommens vom 18. Oktober 1876	4 u. j. w.

K. K. B. II. Eigenthumsblatt.

Postzahl.	Eintragung.
1.	Pr. 31, August 1874 3. 70022.
Vi:	Auf Grund der Konzeptions-Urkunden vom 11. Nov. 1866, Nr. 142 K. G. B., vom 20. Juli 1868, Nr. 120 K. G. B., vom 23. Febr. 1869, Nr. 38 K. G. B., vom 23. Juli 1871, Nr. 102 K. G. B. und vom 25. Nov. 1871, Nr. 144 K. G. B. und der Bestätigung des k. k. Handelsministeriums vom 22. Aug. 1874, Nr. 25895 werden:
" 2	A. Die in den obangeführten Konzeptionsurkunden begründeten Rechte für die Firma: „K. k. priv. Kronprinz Rudolf-Bahn“ mit dem Sitze der Unternehmung in Wien.
" 3	B. Die Beschränkungen:
" 4	1. Durch das Heimfallsrecht des Staates in Gemäßheit der §§ 23, 25 und 26 der Konzeptionsurkunde vom 11. November 1866, § 1 der Konzeptionsurkunden vom 20. Juli 1868 und vom 23. Juli 1871, §§ 22. 24 und 25 der Konzeptionsurkunde vom 23. Febr. 1869 und § 1 der Konzeptionsurkunde vom 25. Nov. 1871.

Postzahl.	Eintragung.	fl.	fr.
	2. Durch das Einlösungsrecht des Staates zufolge der §§ 24 und 25 der Konzessionsurkunde vom 11. Nov. 1866, § 1 der Konzessionsurkunden vom 20. Juli 1868 und vom 23. Juli 1871, §§ 23 und 24 der Konzessionsurkunde vom 23. Febr. 1869 und § 1 der Konzessionsurkunde vom 25. Nov. 1871 — einverleibt.		
Vi: 5	2 ad 1	Pr. 30. März 1875 Z. 24945.	
		Refurs des Dr. Niebauer als Kurators für die Besitzer von Prioritätsobligationen der k. k. priv. Kronprinz Rudolf-Bahn wider den Bescheid dd. 27. Jänner 1875 Z. 70022, über welchen die vorstehende Eintragung erfolgte, wird <u>angemerkt</u> .	
Vi: 5	3 ad 1	Pr. 31. März 1875 Z. 25294.	
		Der Refurs des Dr. Gampe als Kurators für Besitzer von Prioritätsobligationen der k. k. Kronprinz Rudolf-Bahn wider den Bescheid dd. 27. Jänner 1875 Z. 70022 ex. 1874 über welchen die Eintragung Postz. 1 erfolgte, wird <u>angemerkt</u> .	
Vi: 5	4 ad 1	Pr. 31. März 1875 Z. 25384.	
		Der Refurs des Dr. Stammfest als Kurators für Besitzer von Prioritäts-Obligationen der k. k. pr. Kronprinz Rudolf-Bahn wider den Bescheid dd. 27. Jänner 1875 Z. $\frac{70022}{1874}$, über welchen die Eintragung Postz. 1 erfolgte, wird <u>angemerkt</u> .	
	5	Pr. 2. Aug. 1875 Z. 62068.	
	ad 2. 3. ii. 4	Ueber Auftrag des k. k. Landesgerichts Wien dd. 6. Aug. 1875 werden in Folge der mit Dekret des h. k. k. k. f. r. Oberlandesgerichtes vom 27. Juli 1875 Z. 12213 intimirten obersterichterlichen Entscheidung dd. 13. Juli 1875 Z. 7026, die vorstehend sub Postz. 2. 3 und 4 angemeldeten Refurse gelöst.	

K. K. B. III. Lastenblatt. Erste Abtheilung.

Postzahl.	Eintragung.	fl.	fr.
Vi: 2. 3. 4. 5. 6. 10. 14. 15.	1	Pr. 31. Aug. 1874 Z. 70022.	
		Ueber das Gesuch der k. k. Kronprinz Rudolf-Bahn in Wien de Prs 31. Aug. 1874 Z. 70022 und auf Grund der diesem Gesuche beigefügten Bestätigung des landesfürstlichen Kommissärs-Stellvertreter dd. Wien 31. Aug. 1874, wird das Pfandrecht zur Sicherstellung der Forderungen aus nachbezeichneten, im Wege der Verloosung im vollen Nennwerthe in effektiver Silbermünze rückzahlbaren Theilschuldverschreibungen im Betrage von je 300 fl. öst. W. Silber, gleich 350 fl. südd. W., gleich 200 Thlr. der Thalerwähr. und zwar:	

Postzahl.	Eintragung.	fl.	fr.
	a) 49,303 Stück der Emission vom 15. Aug. 1867 im Gesamtbetrage von	14,790,900	
	b. i. vierzehn Millionen, siebenhundertneunzig Tausend neun hundert Gulden öst. W. in Silber,		
	b) 42,709 Stück der Emission vom 1. Juli 1868 bezüglich der Strecke Steyer, Weyer, Rottenmann, St. Michael, Launsdorf, Mäsel, St. Veit-Klagenfurt im Gesamtbetrage von	12,812,700	
	b. i. zwölf Millionen achthundertzwölf Tausend siebenhundert Gulden öst. W. in Silber,		
	c) 3371 Stück der Emission vom 1. Juli 1868 bezüglich der Strecke St. Michael-Leoben im Gesamtbetrage von	1,011,300	
	b. i. einer Million elf Tausend dreihundert Gulden öst. W. in Silber,		
	d) 33,788 Stück der Emission vom 7. Mai 1869 bezüglich der Strecke Weyer-Rottenmann im Gesamtbetrage von	10,136,400	
	b. i. zehn Millionen einhundert dreißigsechs Tausend vierhundert Gulden öst. W. in Silber,		
	e) 26,836 Stück der Emission vom 7. Mai 1869 bezüglich der Strecke Tarvis-Lai-bach im Gesamtbetrage von	8,050,800	
	b. i. acht Millionen fünfzig Tausend achthundert Gulden öst. W. in Silber,		
	f) 19,350 Stück der Emission v. 28. Mai 1872 bezüglich der Strecke Kleinreifling-Amstetten im Gesamtbetrage von	5,805,000	
	b. i. fünf Millionen achthundert fünf Tausend Gulden öst. W. in Silber,		
	g) 6544 Stück der Emission vom 28. Mai 1872 bezüglich der Strecke Hieslau-Eisenerz im Gesamtbetrage von	1,963,200	
	b. i. einer Million neunhundert sechzigdrei Tausend zwei hundert Gulden öst. W. in Silber,		
	h) 8537 Stück der Emission vom 28. Mai 1872 bezüglich der Strecke Villach-Tarvis im Gesamtbetrage von	2,561,100	
	b. i. zwei Millionen fünfshundert sechzig ein Tausend ein hundert Gulden öst. W. in Silber,		
	je sammt fünfprocentigen jährlichen Zinsen in Silber und in gleicher Rangordnung für diese sämtlichen Prioritätsanleihen sammt Zinsen — <u>einverleibt</u> .		
Vi: 7	2 ad 1	Pr. 30. März 1875 Z. 24945.	
		Refurs des Dr. Niebauer als Kurators für die Besitzer von Prioritäts-Obligationen	

Lastenblatt. Erste Abtheilung.

Postzahl.	Eintragung.	fl.	fr.
	der k. k. priv. Kronprinz Rudolf-Bahn wider den Bescheid vom 27. Jänner 1875 Z. 70022 über welchen die vorstehende Eintragung erfolgte, wird <u>angemerkt.</u>		
Vi: 7	3 ad 1	Pr. 30. März 1875 Z. 24980.	
		Der Rekurs des Dr. Nowak als Kurators für Besitzer von Prioritäts-Obligationen der k. k. priv. Kronprinz Rudolf-Bahn wider den Bescheid dd. 27. Jänner 1875 Z. 70022 ex. 1874, über welchen die Eintragung Postz. 1 erfolgte, wird <u>angemerkt.</u>	
Vi: 7	4 ad 1	Pr. 31. März 1875 Z. 25294.	
		Der Rekurs des Dr. Gampe als Kurators für Besitzer von Prioritäts-Obligationen der k. k. priv. Kronprinz Rudolf-Bahn wider den Bescheid dd. 27. Jänner 1875 Z. 70022 ex. 1874 über welchen die Eintragung Postz. 1 erfolgte, wird <u>angemerkt.</u>	
Vi: 7	5 ad 1	Pr. 31. März 1875 Z. 25348.	
		Der Rekurs des Dr. Stammfest als Kurators für Besitzer von Prioritäts-Obligationen der k. k. priv. Kronprinz Rudolf-Bahn wider den Bescheid dd. 27. Jänner 1875 Z. 70022 ex. 1874, über welchen die Eintragung Postz. 1 erfolgte, wird <u>angemerkt.</u>	
	6 ad 1	Pr. 1. Mai 1875 Z. 34769.	
		In Gemäßheit der mit dem Dekrete des h. k. k. östr. Oberlandesgerichtes v. 27. April 1875 Z. 6403 intimirten Entscheidung wird die Eintragung sub Postz. 1 dahin ergänzt: daß I. die dort eingetragene Pfandrechts-einverleibung sich auf die ausgegebenen und noch nicht zurückgezahlten Theilschuldverschreibungen beziehe und daß II. bei der Einverleibung Postz. 1a nach den Worten „der Emission vom 15. Aug. 1867“ die Worte eingeschaltet werden: „bezüglich der Strecken St. Valentin-Steier und St. Michael-Willach“.	

Lastenblatt. Erste Abtheilung.

Postzahl.	Eintragung.	fl.	fr.	
7	Pr. 2. Aug. 1875 Z. 62088.			
ad 2	Ueber Auftrag des k. k. Landesgerichtes Wien vom 6. Aug. 1875, werden in Folge der mit Dekret des h. k. k. östr. Oberlandesgerichtes vom 27. Juli 1875 Z. 12213 intimirten obertrichterlichen Entscheidung dd. 13. Juli 1875 Z. 7026, die oben sub Postz. 2. 3. 4 u. 5 angemerkten Rekurse gelöst.			
	Präs. 20. Sept. 1875 Z. 75925. Nebeneinlage.			
Vi: 9.	8	Auf Grund der Pfandbestellungs-urkunde dd. Wien, den 6. September 1875, das Simultan-Pfandrecht zur Sicherstellung der Forderungen aus den auf Grund dieser Pfandbestellungsurkunde zu emittirenden, auf den Inhaber lautenden im Wege der Verlosung innerhalb neunzig Jahren, vom Jahre 1878 ab im vollen Nennwerthe in Gold rückzahlbaren 126,100 Theilschuldverschreibungen zu je 200 fl. ö. W. in Gold, oder 500 Francs in Gold, oder 20 £, im Gesamtbetrage von Zwanzig fünf Millionen zweihundertzwanzig tausend Gulden östr. W., d. i. in Gold, oder Sechzig drei Millionen fünfzig tausend Francs (63,050,000 Fres.) in Gold, oder zwei Millionen fünfshundertzwanzigtausend zwei tausend Liv. Sterl. (2,522,000 £) sammt jährlichen fünfprozentigen Zinsen einverleibt.	25,220,000 östr. W.	
	9 ad 8	Die Simultan-Haftung auf der „Salzkammergutbahn“ als Haupteinlage wird <u>angemerkt.</u>		
	10 ad 1	Präs. 21. Dez. 1875 Z. 102686.		
		Auf Grund der im Gesuche Z. 102686 beigefügten Besätigung des Herrn landesfürstlichen Kommissärs wird die Lösung des Pfandrechtes für die Forderungen aus den eingelösten, unter Post Z 1 sub a—h bezeichneten Theilschuldverschreibungen sammt fünfprozentigen jährlichen Zinsen in Silber, und zwar: ad a. aus 397 Stücken im Gesamtbetr. von 119,100 fl. Rest 48,906 St. im Gesamtbetrage von 14,671,800 fl. ad b. aus 244 Stücken im Gesamtbetr. von 73,200 fl. Rest 42,465 St. im Gesamtbetrage von 12,739,500 fl. ad c. aus 36 Stücken im Gesamtbetr. von 10,800 fl. Rest 3335 St. im Gesamtbetrage von 1,000,500 fl.		

Lastenblatt. Erste Abtheilung.

Postzahl.	Eintragung.	fl.	fr.
Vi: 15	ad d. aus 106 Stücken im Gesamtbetr. von 31,500 fl. Rest 33,682 St. im Gesamtbetrage von 10,104,600 fl. ad e. aus 49 Stücken im Gesamtbetr. von 14,700 fl. Rest 26,787 St. im Gesamtbetrage von 8,036,100 fl. ad f. aus 22 Stücken im Gesamtbetr. von 6600 fl. Rest 19,328 St. im Gesamtbetrage von 5,798,400 fl. ad g. aus 39 Stücken im Gesamtbetr. von 11,700 fl. Rest 6505 St. im Gesamtbetrage von 1,951,500 fl. ad h. aus 13 Stücken im Gesamtbetr. von 3900 fl. Rest 8524 St. im Gesamtbetr. von 2,557,200 fl. hiermit einverleibt		
Vi: 13	11 ad 1 Die Abweisung des Begehrens wegen Einverleibung der Pfändung des Pfandrechtes bezüglich der fünf Prozent jährlichen Zinsen von den bereits verloosten und zur Rückzahlung fälligen jedoch nicht eingelösten 443 Theilschuldverschreibungen im Gesamtbetrage von 132,900 fl. in Silber, wird <u>angemerkt</u> .		
Vi: 15	12 ad 1 Präf. 14. Dez. 1876 Z. 103,494. Die Abweisung des Begehrens um Einverleibung der Pfändung des Pfandrechtes bezüglich der eingelösten 652 Stück Theilschuldverschreibungen im Gesamtbetrage von 195,600 fl. östr. W. in Silber, sammt Anhang von den unter Post. Z. 1 sub a—h einverleibten Restforderungen, wird <u>angemerkt</u> .		
	13 ad 11 Die Anmerkung der Abweisung unter Post Z. 11 wird hiermit gelöst.		
	14 ad 1 Präf. 19. Febr. 1877 Z. 14,205. Auf Grund der dem Gesuche Z. 14,205 beigefügten Bestätigung des k. k. landesfürstlichen Commissärs wird: I. Die Pfändung des Pfandrechtes für die Forderungen aus den neu eingelösten 652 Stück Theilschuldverschreibungen im Gesamtbetrage von 195,600 fl. in Silber, sub Post Z. 1 a—h und zwar: ad a aus 354 Stücken im Gesamtbetr. von 106,200 fl. ö. W. — Rest 48552 St. im Betrage von 14,565,600 fl. in Silber. ad b aus 163 Stücken im Gesamtbetr. von 48,900 fl. ö. W. — Rest 42,302 St. im Betrage von 12,690,600 fl. in Silber.		

Lastenblatt. Erste Abtheilung.

Postzahl.	Eintragung.	fl.	fr.
Vi: 15	ad c aus 7 Stücken im Gesamtbetrage von 2100 ö. W. — Rest 3328 St. im Betrage von 998,400 fl. in Silber. ad d 44 Stücken im Gesamtbetrage von 13,200 fl. ö. W. — Rest 33,638 St. im Betrage von 10,091,400 fl. in Silber. ad e 33 Stücken im Gesamtbetrage von 9900 fl. ö. W. — Rest 26,754 St. im Betrage von 8,026,200 fl. in Silber. ad f 35 Stücken im Gesamtbetrage von 10,500 fl. ö. W. — 19,293 St. im Betrage von 5,787,900 fl. in Silber. ad g aus 1 Stück im Gesamtbetrage von 300 fl. ö. W. — Rest 6504 St. im Betrage von 1,951,200 fl. in Silber. ad h aus 15 Stücken im Gesamtbetr. von 4500 fl. ö. W. — Rest 8509 St. im Betrage von 2,552,700 fl. in Silber. ad f aus 34 Stücken im Gesamtbetr. von 10,200 fl. ö. W. — Rest 19,259 St. im Betrage von 5,777,700 fl. in Silber. welch letztere 34 Stück Theilschuldverschreibungen schon früher eingelöst worden sind; II. wird die ad Nr. 102686 unter Post Z. 10 1875 sub g vollzogene Pfändung bezüglich der Forderungen aus 34 Stück Theilschuldverschreibungen im Gesamtbetrage von 10,200 fl. in Silber ö. W. sammt fünfprozentigen Zinsen gelöst, so zwar, daß das bezügliche Pfandrecht für Forderungen: ad g noch aus 6538 Stück im Betrage von 1,961,400 fl. in Silber sammt 5 Prozent Zinsen in Silber, einverleibt ist. » III. Die Anmerkung der Abweisung vom 22. Dezember 1876 Z. 103494 unter Post Z. 12 wird gelöst.		
	15 ad 10 g		
	ad 12		

Beilage VI.: Eisenbahnbuch.

K. K. B. Lastenblatt. Zweite Abtheilung.

Land: Nieder-Oesterreich.

Bezirksgericht: Haag.

Katastralgemeinde: Turnsdorf.

Postzahl.	Eintragung.	Mappenzahl.
1	Sperrbare Wirtschaftsrampe.	$\frac{1820}{9}$

Land: Nieder-Oesterreich.

Bezirksgericht: Haag.

Katastralgemeinde: St. Valentin.

Postzahl.	Eintragung.	Mappenzahl.
1	Mitbenützungsberecht der k. k. priv. Kaiserin Elisabethbahn in Gemäßheit des Uebereinkommens vom 18. Oktober 1876	$\frac{112}{1}$
2	Sperrbare Wirtschaftsrampe	$\frac{838}{2}$

Land: Nieder-Oesterreich.

Bezirksgericht: Haag.

Katastralgemeinde: Dorf a/b. Enns.

Postzahl.	Eintragung.	Mappenzahl.
1	Sperrbare Wirtschaftsrampe	$\frac{404}{1}$
2	" "	$\frac{404}{2}$

Beilage VII.

Wiener Grundbuch nach neuester Form.*)

A. Bestandblatt.

Zahl der Grundbucheinlage: 398. Katastralgemeinde: Wien, Bezirk VII.

Haus in der Kaiser-Straße: K.-Nr. 101, Schottenfeld.

Postzahl.	Katastralzähl.	Bezeichnung der Parzelle
1	1532	Garten
2	1533	Banarea

Postzahl.	Eintragung
1	Das Servitutsrecht der Dachtraufe in den Garten des Nachbarhauses K.-Nr. 100 Schottenfeld, Grundbucheinlage Nr. 400 laut Lastenstand des letzteren Hauses als dienenden Gutes in K.-Postz. 20.

B. Eigentumsblatt.

Postzahl.	Eintragung	
		<u>Schotten-Gewährb. B/14, folio 231, 240v, 263vo.</u>
1	a) Bendi, Maria, zu siebenhundertdreißig und vierzig Zehntausendtel Antheilen	743 10000
	b) Winkler, Vincenz, zu eintaufendzweihundertelf Zwanzigtausendtel Antheilen	1211 20000
	c) Winkler, Karoline, zu eintaufendzweihundertelf Zwanzigtausendtel Antheilen	1211 20000
Vi: 2	d) Reichl, Anna, zu eintaufendneunhundertsechzig und neun Zehntausendtel Antheilen	1979 10000
	e) Dittmeyer, Antonia, zu dreihundertsechzig und vier Zehntausendtel Antheilen	374 10000
	f) Berger, Karoline, zu vierhundertdreißig und acht Zehntausendtel Antheilen	438 10000
	g) Prohaska, Ludwig, zu fünfhundertneun Zehntausendtel Antheilen	509 10000

*) Angelegt nach dem Gesetze v. 2. Juni 1874, R. G. B. 88 (Vgl. oben S. 9).

B. Eigentumsblatt.

Postzahl.	Eintragung	
Vi: 4	h) Steyskal, Ferdinand, zu dreihundertsebzigzwei Zehntausendtel Antheilen	372 10000
	i) Prohaska, Josefina, zu eintausendvierhundert-dreiundfünzig Zwanzigtausendtel Antheilen.	1453 20000
	k) Prohaska, Anna, zu siebenhundertsebzigzwei Zwanzigtausendtel Antheilen.	773 20000
	l) Paleček, Josef, zu sechshundertsechszwanzig Zehntausendtel Antheilen	626 10000
	m) Schimmon, Maria, zu fünfhundertzwei Zehntausendtel Antheilen	502 10000
	n) Kopecký, Johann, zu dreihundertsechzigzwei Zehntausendtel Antheilen	362 10000
	o) Zerko, Andreas, zu neunhundertvierzigfünf Zehntausendtel Antheilen	945 10000
	p) Janitsch, Josef, zu achthundertsechszwanzig Zwanzigtausendtel Antheilen.	826 20000
	q) Janitsch, Leopoldine, zu achthundertsechszwanzig Zwanzigtausendtel Antheilen	826 20000
Vi: 3 2 ad 1d	Präs. 26. März 1878 Z. 22580. Auf Grund des Kaufvertrages vom 1. März 1878 wird das Eigentumsrecht auf Anna Reichl's 1979 ^{tt} Antheile für Mader, Franz, einverleibt.	1979 10000 10000
Vi: 6 3 ad 2	Präs. 21. August 1878 Z. 61897. Auf Grund des Kaufvertrages vom 18. August 1878 wird das Eigentumsrecht auf Franz Mader's 1979 ^{tt} Antheile für von Lillbry, Josef, einverleibt.	1979 10000 10000
4 ad 11	Präs. 10. Septbr. 1878 Z. 66735. Auf Grund der Ehepakte vom 5. Septbr. 1878 wird das Eigentumsrecht auf Josef Paleček's 626 ^{tt} Antheile einverleibt für Paleček, Margaretha.	626 10000
Vi: 6 5 ad 3	Präs. 17. Septbr. 1878 Z. 68599. Abweisung der Johanna Schönhofer wegen Eigentumsrechtseinverleibung auf den Antheil unter 3 angemerk.	

B. Eigentumsblatt.

Postzahl	Eintragung	
Vi: 10 6 ad 3	Präs. 9. Oktober 1878 Z. 74123. a) Auf Grund des Kaufvertrages vom 16. Septbr. 1878 und des Nachtrages vom 5. Oktbr. 1878 wird das Eigentumsrecht auf 1979 ^{tt} des Josef v. Lillbry für Schönhofer, Johanna, einverleibt, b) ferner der abweisliche Bescheid Z. 68599/1878 gelöscht.	1979 10000
7 ad 1 P. 9	Präs. 9. Mai 1879 Z. 33308. Auf Grund des Kaufvertrages vom 21. April 1879 auf die Antheile des Josef und der Leopoldine Janitsch von je 826/20000 das Eigentumsrecht für Prohaska, Ludwig, einverleibt.	826 20000
8 ad 1n	Präs. 6. Juni 1879 Z. 40683. Auf Grund des Kaufvertrages vom 29. Mai 1879 wird das Eigentumsrecht auf Johann Kopecký's 362/10000 ^{tt} Antheile für Kopecký, Viktoria, einverleibt.	362 10000
Vi: 10 9 ad 6	Präs. 22. Oktbr. 1879 Z. 75266. Bei der Johanna Schönhofer'schen 1979 ^{tt} die exekutive Versteigerung angemerk.	1979 10000
10 ad 6	Präs. 6. März 1880 Z. 15623. a) Auf Grund des landesger. Legitimations-Bescheides vom 27. Jänner 1880 Z. 87597 wird das Eigentumsrecht auf die 1979/10000 ^{tt} Antheile der Johanna Schönhofer für 1979 Winkler, Karoline, einverleibt. Hierzu 1c 20000 b) und die Nummerung Z. 75266/1879 gelöscht.	1979 10000 1211 20000 5169 20000

C. Lastenblatt.

Postzahl	Eintragung	fl.	fr.
Vi: 3, 11 1	Präs. 9. Nov. 1872 Z. 67168 — Nr. 54912/1872. Schotten-Satzb. B/15, folio 11 ^{vo} Auf dem Ganzen: In Folge obergerichtlicher Entscheidung vom 5. November 1872 Z. 21844 ist auf Grund des		

C. Lastenblatt.			
Postzahl	Eintragung	fl.	fr.
	Kaufvertrages vom 1. Juli 1872 das Pfandrecht für die Forderung im Betrage von zehntausend Gulden östr. W. sammt 6% Zinsen für Reichl, Anna, einverleibt.	10,000	323.
Vi: 3	Präf. 11. Dez. 1873 Z. 82588 u. Z. 42572/1874. <u>Schotten-Satzb. B/15, folio 42v, 58v.</u> <u>Auf dem Ganzen:</u> Auf Grund des Schuldscheines vom 10. Dezember 1873 und Erklärung vom 27. Mai 1874 ist das Pfandrecht für die Forderung im Betrage von Dreißigtausend Gulden östr. W. sammt 5 1/2 % Zinsen, 5 1/2 % Zinneszinsen, 2/10 % Regiebeitrag und Kaution pr. 600 fl. für die Pfandbriefanstalt der ersten östr. Sparkasse einverleibt, und der Vorrang für diese Forderung vor den unter Postz. 1 habenden 10,000 fl. östr. W. sammt Nebengebühren angemerk.	30,000	323.
3 ad 1			
Vi: 21, 22, 23, 33, 35, 37, 38	Präf. 29. Mai 1874 Z. 42769. <u>Schotten-Satzb. B/15 folio 59</u> <u>Auf dem Ganzen:</u> Auf Grund des Schuldscheines vom 27. Mai 1874 ist das Pfandrecht für die Forderung im Betrage von fünfzehntausend Gulden östr. W. sammt 10% Zinsen und der Kaution pr. vierhundert Gulden östr. W. 400 fl. für Gottlieb, Emma, einverleibt.	15,000	—
4			
5	Präf. 30. April 1877 Z. 34115. <u>Schotten-Satzb. B/15, folio 183</u> Auf die dem Vinzenz Winfler gebhörigen 1211/20000 u. Anteile (B 2b) ist auf Grund des Erkenntnisses dd. 17. Oktober 1876 Z. 75496 das exekutive Pfandrecht für die Forderung im Betrage von eintausend Gulden östr. W. sammt 7% Zinsen, 19 fl. 65 kr. und 8 fl. 93 kr. Gerichtskosten für Märkl, Josef, einverleibt.	1,000	—
6	Präf. 17. Juli 1878 Z. 52739. Auf Franz Wader's 1979/10000 u. Anteile (B 2): Auf Grund der Note des Central-Laxamtes vom 12. Juli 1878 Z. 18638 wird das Pfand-		

C. Lastenblatt.			
Postzahl	Eintragung	fl.	fr.
	recht wegen einhundertsechzigvier Gulden 75 kr. östr. W. sammt 6% Verzugszinsen an Gebühr des f. f. Aerrars vorgemerkt.	174	75
Vi: 8, 9, 13, 19, 36	Präf. 21. August 1878 Z. 61897. Auf Josef von Litzbry's 1979/10000 u. Anteile (B 3): Auf Grund des Kaufvertrages vom 18. August 1878 wird das Pfandrecht a) für die Forderung der Anna Reichl im Betrage von zweitausend Gulden östr. W. sammt 6% Zinsen, und b) für die Forderung des Franz Wader im Betrage von eintausend Gulden östr. W. sammt 6% Zinsen einverleibt. Der Vorrang der unter 7a bezeichneten 2000 fl. sammt Zinsen vor den unter 7b bezeichneten 1000 fl. sammt Zinsen angemerk.	2,000	—
8 ad 7a, b		1,000	—
Vi: 31	Präf. 11. November 1878 Z. 82707. Auf der unter 7a erscheinenden Forderung von 2000 fl.: Auf Grund der Note des Central-Laxamtes vom 7. Novbr. 1878 Z. 82707 wird das Pfandrecht wegen 12 fl. 50 kr. östr. W., d. i. zwölf Gulden 50 kr. östr. W. sammt 6% Zinsen Verzugszinsen an Gebühren des f. f. Aerrars vorgemerkt.		
9 ad 7a			
Vi: 36	Präf. 22. November 1878 Z. 85636. Auf den 1979/10000 u. Anteilen der Johanna Schönhofer (B 6): Auf Grund der Note des Central-Laxamtes vom 19. November 1878 Z. 29976 wird das Pfandrecht wegen einhundertachtzigseven Gulden 25 kr. östr. W. sammt 6% Verzugszinsen vorgemerkt.	187	25
10			
Vi: 20	Präf. 28. November 1878 Z. 87010. Abweisung des Steueramtes Sechshaus nom. f. f. Aerrars wegen Pfandrechteinverleibung peto. 158 fl. 70 kr. östr. W. auf Anna Reichl's Forderung von 10,000 fl. angemerk.		
11 ad 1			

C. Lastenblatt.			
Postzahl	Eintragung	fl.	kr.
	<u>Präf. 28. Dezember 1878 Z. 94773.</u> Klage der Emma Gottlieb peto. 3903 fl. 96 kr. östr. W. angemerk.		
	<u>Präf. 4. Jänner 1879 Z. 625.</u> Auf Grund der Cession vom 18. Dezember 1878 und 2. Jänner 1879 wird die Uebertragung des für Franz Mader wegen 1000 fl. östr. W. sammt 6% Zinsen haftenden Pfandrechtes an Pözl, Theresia, <u>einverleibt.</u>		
Vi: 36	<u>Präf. 9. Jänner 1879 Z. 1839.</u> <u>Auf den 1979/10000^{II} Anttheilen der Johanna Schönhöfer (B. 6):</u> Auf Grund der Note des Wiener Magistrates vom 4. Jänner 1879 Z. 286529 wird das Pfand- recht wegen vierzehn Gulden 98 kr. östr. W. sammt 6% Zinsen an Gemeindeaufgabe der Stadt Wien <u>vorgemerkt.</u>	14	98
Vi: 32	<u>Präf. 23. Jänner 1879 Z. 5631.</u> <u>Auf demselben Anttheile.</u> Auf Grund der Note des Wiener Magistrates vom 21. Jänner 1879 Z. 277414 wird das Pfand- recht wegen vierzehn Gulden 98 kr. östr. W. sammt 6% Zinsen an Gemeindeaufgabe der Stadt Wien <u>vorgemerkt.</u>	14	98
Vi: 27-36	<u>Präf. 27. Jänner 1879 Z. 6510.</u> <u>Auf demselben Anttheile.</u> Auf Grund der Note des Central-Taxamtes vom 22. Jänner 1879 Z. 1875 wird das Pfand- recht wegen einhundertneunzigdrei Gulden 50 kr. östr. W. sammt 6% Zinsen für das f. f. Aerar an Gebühren <u>vorgemerkt.</u>	193	50
Vi: 36	<u>Präf. 15. März 1879 Z. 19462.</u> Auf Grund des Zahlungsauftrages des Cen- tral-Taxamtes vom 7. Oktober 1878 Reg. Nr. 11480/1878 und der Empfangsbefätigung vom 13. Oktober 1878 wird bei der Gebührenforderung des f. f. Aerars p. 187 fl. 25 kr. östr. W. sammt Verzugszinsen die Rechtfertigung und Exekution <u>angemerkt.</u>		

C. Lastenblatt.			
Postzahl	Eintragung	fl.	kr.
Vi: 34	<u>Präf. 19. März 1879 Z. 20316.</u> <u>Auf den 626/10000 der Margaretha Paleček (B. 4).</u> Auf Grund der Note des Central-Taxamtes vom 15. März 1879 Z. 7406 wird das Pfandrecht wegen achtzig drei Gulden 50 kr. östr. W. sammt 6% Verzugszinsen an Gebühr des f. f. Aerars <u>vorgemerkt.</u>	83	50
Vi: 26	<u>Präf. 2. April 1879 Z. 23928.</u> <u>Auf der Forderung der Theresia Pözl pr. 1000 fl.</u> Auf Grund der Note des Central-Taxamtes vom 29. März l. J. Z. 7592 wird das Pfandrecht für die Gebühr des f. f. Aerars pr. 6 fl. 25 kr. östr. W. sammt 6% Verzugszinsen <u>vorgemerkt.</u>		
	<u>Präf. 30. April 1879 Z. 30838.</u> Wird die Abweisung Z. 87010/1878 <u>gelöscht.</u>		
	<u>Präf. 19. Juni 1879 Z. 43852.</u> Auf Grund der Quittung vom 31. Mai 1879 wird die Lösung eines Theilbetrages von 2000 fl. östr. W. sammt hievon entfallenden Nebengebüh- ren von der Forderung der Emma Gottlieb pr. 15000 fl. östr. W. ferner die Lösung eines Procentes der bisher 10% Zinsen hievon <u>einverleibt.</u>		
	<u>Präf. 2. Juli 1879 Z. 47413.</u> Auf Grund des l. g. Urtheiles vom 20. Mai 1879 Z. 34369 wird die Exekution wegen des Theilbetrages von 3903 fl. 96 kr. sammt Zinsen und Kosten bei dem Anttheile der Johanna Schön- höfer <u>angemerkt.</u>		
Vi: 29	<u>Präf. 5. Juni 1879 Z. 48450.</u> <u>Auf den 1979/10000^{II} der Johanna Schönhöfer (B. 6).</u> Auf Grund der Note des Wiener Magistrates vom 1. Juli 1879 Z. 259112/IV. wird das Pfand- recht für die Gemeindeaufgabe der Stadt Wien pr. dreizehn Gulden 98 kr. östr. W. sammt 6% Ver- zugszinsen <u>vorgemerkt.</u>	13	98

C. Lastenblatt.

Postzahl	Eintragung	fl.	kr.
	<u>Präf. 1. Aug. 1879 Z. 55488.</u> <u>Auf den 1979/10000 fl. der Johanna Schönhofer</u> <u>(B. 6).</u>		
Vi: 36 25	Auf Grund der Note des Central-Laxamtes vom 28. Juli 1879 Z. 20082 wird das Pfandrecht für die Gebühr des f. f. Aerrars pr. zwanzigvier Gulden 62 $\frac{1}{2}$ fr. östr. W. sammt 6% Verzugszinsen seit 26. Juli 1879 <u>vorgemerkt.</u>	24	62 $\frac{1}{2}$
	<u>Präf. 23. Aug. 1879 Z. 61021.</u>		
Vi: 36 26 ad 19	Auf Grund des Zahlungsauftrages des Central-Laxamtes vom 15. Febr. 1879 Z. 1608 wird die Rechtfertigung und die Execution bei der unter P. Z. 19 erfolgten Pränotirung pcto. 6 fl. 25 fr. östr. W. für das f. f. Aerrar <u>angemerkt.</u>		
	<u>Präf. 26. Sept. 1879 Z. 68953.</u>		
Vi: 36 27 ad 16	Auf Grund des Zahlungsauftrages vom 10. Juli 1879 Z. 16785 wird ad P. Z. 16 die Rechtfertigung und Execution <u>angemerkt.</u>		
	<u>Präf. 26. Sept. 1879 Z. 68954.</u>		
Vi: 36 28 ad 6	Auf Grund des Zahlungsauftrages des Central-Laxamtes vom 10. Juli 1879 Z. 5043 wird ad P. Z. 6 die Rechtfertigung und Execution <u>angemerkt.</u>		
	<u>Präf. 22. Nov. 1879 Z. 82772.</u>		
29 ad 24	Auf Grund der Note des Wiener Magistrates vom 21. Nov. 1879 Z. 275004 wird die Lösung der P. Z. 24 haftenden Gebühr pr. 13 fl. 98 fr. sammt Verzugszinsen einverleibt.		
	<u>Präf. 22. Nov. 1879 Z. 82773.</u>		
30 ad 14	Auf Grund der Note des Wiener Magistrates vom 21. Nov. 1879 Z. 275005 wird die Lösung der P. Z. 14 haftenden Gebühr pr. 14 fl. 98 fr. sammt Verzugszinsen einverleibt.		
	<u>Präf. 6. Dez. 1879 Z. 86135.</u>		
31 ad 9	Auf Grund der Note des Central-Laxamtes vom 5. Dez. 1879 Z. 31741 wird die Lösung der unter P. Z. 9 haftenden Gebühr pr. 12 fl. 50 fr. östr. W. sammt Verzugszinsen einverleibt.		

C. Lastenblatt.

Postzahl	Eintragung	fl.	kr.
	<u>Präf. 9. Dez. 1879 Z. 86656.</u>		
32 ad 15	Auf Grund der Note des Wiener Magistrates vom 5. Dez. 1879 Z. 28774 wird die Lösung der unter P. Z. 15 haftenden Gebühr pr. 14 fl. 98 fr. sammt Verzugszinsen einverleibt.		
	<u>Präf. 13. Dez. 1879 Z. 87578.</u>		
33 ad 4	Auf Grund der Quittung vom 28. Nov. 1879 wird von der P. Z. 4 haftenden Forderung der Emma Gottlieb die Lösung eines Theiles von 1000 fl. östr. W. sammt Nebengebühren einverleibt.		
	<u>Präf. 22. Dez. 1879 Z. 89905.</u>		
34 ad 18	Auf Grund der Note des Central-Laxamtes vom 18. Dez. 1879 Z. 33203 wird die Lösung der P. Z. 18 haftenden 83 fl. 50 fr. östr. W. sammt Anhang einverleibt.		
	<u>Präf. 23. Dez. 1879 Z. 90104.</u>		
35 ad 4	Auf Grund der Quittung vom 17. Dez. 1879 wird von der P. Z. 4 haftenden Forderung der Emma Gottlieb die Lösung eines Theiles von 1200 fl. östr. W. sammt Nebengebühren einverleibt.		
	<u>Präf. 6. März 1880 Z. 15623.</u>		
36	Auf Grund des landger. Bescheides vom 27. Jänner 1880 Z. 87597 wird die Lösung der unter P. Z. 6 wegen 174 fl. 75 fr. östr. W. — P. Z. 7a wegen 2000 fl. östr. W. — P. Z. 7b und 13 wegen 1000 fl. östr. W. — P. Z. 19 wegen 6 fl. 25 fr. östr. W. — P. Z. 10 wegen 187 fl. 25 fr. — P. Z. 16 wegen 193 fl. 50 fr. — P. Z. 25 wegen 24 fl. 62 $\frac{1}{2}$ fr. je sammt Anhang haftenden Pfandrechte einverleibt — ferner werden die Anmerkungen P. Z. 28. 8. 26. 17. und 27 gelöscht.		
	<u>Präf. 9. März 1880 Z. 16277.</u>		
37 ad 4	Auf Grund der Quittung dd. 28. Febr. 1880 wird die Lösung eines Theilbetrages von 1400 fl. östr. W. sammt hievon entfallenden Nebengebühren von der unter P. Z. 4 haftenden Forderung der Emma Gottlieb einverleibt.		
	<u>Präf. 4. Okt. 1880 Z. 67971.</u>		
38 ad 4	Auf Grund der Quittung vom 30. August 1880 wird die Lösung eines Theilbetrages von		

C. Lastenblatt.

Postzahl	Eintragung	fl.	kr.
	1000 fl. sammt Nebengebühr von den F. Z. 4 bajtenden refl. 9400 fl. 5fr. W. sammt Anhang der Emma Gottlieb einverleibt.		
39	Prf. 10. Nov. 1880 Z. 79840. Auf Grund der Erklärung ddt. Wien vom 20. Okt. 1880 die Servitut: „die zwei Fenster des Nachbarhauses N.-Nr. 102 am Schottenfelde Grundbucheinlage Nr. 396 durch alle Stock- werke in den Garten dieses Hauses N.-Nr. 101 sowohl während des gegenwärtigen Bestandes dieser beiden Häuser als auch bei einem allfälli- gen Umbau eines derselben zu dulden“ — auf dieses Haus als dienendes Gut einverleibt.		

Paragrafenregister

zum allgemeinen Grundbuchsgefez.

(Die den Paragrafen beigeſetzten großen Ziffern bedeuten die Seite, die kleinen die Note. Jene Stellen, an welchen ein Paragraf ex professo beſprochen wird, ſind durch den Druck ausgeſichnet.)

A. Einföhrungsgefez.

Art. 1. 6, 7¹⁷. Art. 2. 6, 14²⁸. Art. 3. 644¹². Art. 4. 49.

B. Grundbuchsgefez.

Erſtes Hauptſtück.

Von den Grundbüchern im Allgemeinen.

§ 1. 16, 16³³. § 5. 175, 176⁷, 178, 243¹⁹, 311¹⁵, 410⁶,
2. 16³³, 17. 421¹³, 425²⁴, 446, 458⁵, 612¹⁰, 651.
§ 3. 48², 60¹⁰, 273⁴, 273⁶, 275¹⁰, § 6. 16³³, 17, 183.
275¹³, 293, 300⁸. § 7. 69, 69⁵, 214¹, 215⁵, 215⁶, 215¹⁰,
§ 4. 17, 66¹³, 378⁷, 448. 652⁸.

Zweites Hauptſtück.

Von den bürgerlichen Eintragungen.

§ 9. 38⁸, 56, 70¹, 159⁶, 159⁸, 222²⁰, § 18. 62, 266⁹, 470, 505³⁵, 549.
457, 509, 528, 533. § 20. 160, 160¹¹, 162²³, 325⁴, 458,
§ 13. 39, 48⁴, 49, 51, 52¹⁶, 57, 60, 458⁷.
85, 147¹⁷, 155⁸, 168, 178, 221, § 21. 87¹, 154¹, 154³, 156¹⁰, 186⁵,
273⁴, 322, 400, 406¹², 407¹⁷, 204, 385, 409, 415, 485, 503,
448, 482³, 505, 522⁴, 643. 636², 642⁵.
§ 14. 39, 61, 62, 126, 127, 127¹⁰, § 22. 380, 382, 385, 385²⁹, 386,
128, 133, 133³¹, 133³⁴, 177, 387³⁵, 388, 408²⁵, 438, 448³,
177⁹, 177¹⁰, 181²⁸, 199⁴, 201, 642, 642⁵, 674.
244²³, 245, 245²⁶, 251², 265⁵, § 24. 57²², 156¹².
267, 269²⁴, 400³⁴, 406, 406¹⁴, § 26. 124, 135, 135⁴⁹, 167, 167¹³,
461¹⁸, 468, 550, 574⁶, 618⁴, 201, 389, 390, 643¹⁰, 644¹³,
618⁴, 643. 646.
§ 15. 597, 67¹⁷, 291, 294, 294¹⁴, 296¹⁸, § 27. 167, 167¹⁴, 201, 643¹⁰, 646.
310, 324. § 28. 135.
§ 16. 62, 67¹⁷, 177, 268¹⁹, 270, 470²⁹, § 29. 62²⁰, 63²², 133³⁶, 171³⁴, 171³⁵,
473¹⁸, 490²⁵, 505³⁵, 521¹⁸, 575¹⁴, 176, 176⁶, 416, 465, 467¹⁵,
583¹³. 504, 505, 528.
§ 17. 62, 151⁹, 267, 268¹⁹, 400³³, § 30. 63²², 98, 416, 481¹, 484⁹, 485,
470, 470²⁹, 473¹⁸, 491²⁶, 521¹⁸, 486¹⁵, 487, 487¹⁹, 488, 492²⁹,
549. 493¹, 494³, 503³⁰, 505.

§ 31.	164 ¹ , 168, 168 ²⁰ , 170, 201, 202, 202 ¹³ , 206, 216, 216 ¹³ , 387 ³³ , 411, 485 ¹¹ , 647, 652.	412 ¹⁷ , 414 ³ , 417 ¹³ , 441, 458 ⁶ , 467, 467 ¹⁶ , 467 ¹⁷ , 485 ¹¹ , 503 ³² , 633 ¹³ , 650, 664, 667, 670 ¹⁵ , 674 ²⁵ .	
§ 32.	135, 168, 168 ¹⁷ , 168 ¹⁹ , 169, 170, 202, 206, 386 ³² , 387, 411, 643 ¹⁰ , 643 ¹¹ , 647.	§ 54.	413 ¹⁸ , 504, 664.
§ 33.	30, 167 ¹⁶ , 168, 203, 410, 643 ¹⁰ , 644, 644 ¹⁵ .	§ 55.	413 ²⁰ , 504, 586, 664.
§ 34.	129 ¹⁷ , 201, 202 ¹³ , 613 ¹⁶ , 629 ⁵ , 643 ¹⁰ , 644.	§ 56.	413 ²² , 414 ³ , 417 ¹³ , 468, 468 ¹⁹ , 468 ²¹ , 664.
§ 35.	159 ⁵ , 198 ¹ , 201, 202 ¹³ , 386 ³¹ .	§ 57.	164 ³¹ , 413, 417 ¹³ , 442, 633 ¹³ , 664.
§ 36.	141 ¹ , 159 ⁷ , 198 ³ , 199, 411 ¹⁰ , 646, 646 ² .	§ 58.	26 ²⁹ , 164 ³¹ , 412 ¹⁶ , 413 ²⁰ , 468, 468 ²⁰ , 504, 586 ⁹ , 664.
§ 37.	159 ⁵ , 159 ⁸ , 646 ² .	§ 59.	240, 240 ⁷ , 242 ¹⁷ , 385 ²⁷ , 417.
§ 38.	203, 203 ¹⁹ , 206 ⁷ , 211 ²⁴ , 638 ⁹ , 647.	§ 60.	240, 240 ⁷ , 240 ¹⁰ , 242 ¹⁶ , 242 ¹⁷ , 385 ²⁷ , 417, 417 ¹⁴ , 417 ¹⁶ .
§ 39.	39, 159 ⁹ , 396 ²¹ , 397, 409 ² , 410, 411 ⁹ , 539 ⁵ , 542, 608, 647.	§ 61.	8, 46, 47 ¹⁷ , 75 ⁵ , 90 ¹⁵ , 91 ¹⁶ , 91 ¹⁷ , 113 ²⁷ , 162, 162 ²⁵ , 163 ²⁷ , 175 ⁴⁸ , 417 ¹⁷ , 422, 422 ¹⁸ , 423 ¹⁹ , 429 ⁶ , 438 ³ , 441 ¹⁴ , 585 ⁶ , 617.
§ 40.	204 ¹ , 209, 249 ⁵¹ .	§ 62.	47 ¹⁶ , 92, 92 ²⁰ , 99 ¹ , 100 ³ , 100 ⁵ , 116, 420 ⁴ , 641.
§ 41.	206, 206 ⁵ , 211 ²⁴ , 648 ⁸ , 648 ⁹ , 648 ¹⁰ .	§ 63.	47 ¹⁶ , 81, 103 ¹ , 104, 104 ⁵ , 105, 107 ² , 114 ⁴ , 115 ⁶ , 116, 117, 119 ⁵ , 120, 162 ²⁴ , 162 ²⁶ , 175 ⁴⁸ , 417 ¹⁷ , 417 ¹⁸ , 422, 426 ²⁷ , 428 ⁵ , 429 ⁶ , 603.
§ 42.	141 ⁴ , 198 ³ , 208, 650 ¹⁵ .	§ 64.	47 ¹⁶ , 81 ¹⁶ , 88 ² , 94, 95, 105, 105 ¹¹ , 106, 107, 115 ⁶ , 117, 119 ⁵ , 418 ²² , 423 ¹⁹ , 424, 424 ²⁰ , 424 ²¹ .
§ 43.	208, 211, 567 ¹⁵ , 650 ¹⁵ .	§ 65.	103 ¹ , 105 ⁷ , 114 ⁴ , 162, 162 ²⁶ , 633.
§ 44.	206, 249 ⁵⁰ , 649 ¹¹ .	§ 66.	104, 113, 163 ²⁷ .
§ 45.	208 ¹⁶ , 211, 211 ²⁵ , 412 ¹⁴ , 567 ¹⁵ , 650, 650 ¹⁵ , 650 ¹⁶ .	§ 67.	105 ⁷ , 105 ¹⁰ , 117, 617, 641 ²³ .
§ 46.	205 ⁴ , 208, 208 ¹⁶ , 209, 211, 211 ²⁵ , 411, 414, 649, 650.	§ 68.	103 ¹ , 105.
§ 47.	213 ²⁸ , 650.	§ 69.	47 ¹⁶ , 109 ¹² , 159 ⁹ , 163 ²⁷ , 409 ² , 417 ¹³ , 421, 423 ¹⁹ , 436 ³⁹ , 613, 634, 641.
§ 48.	204 ¹ , 213, 213 ²⁹ , 213 ³¹ , 650.	§ 70.	159 ⁵ , 163 ²⁷ , 423 ¹⁹ .
§ 49.	26 ⁶⁹ , 57 ²³ , 109 ¹² , 154 ³ , 186 ⁵ , 204, 209 ¹⁸ , 213 ²⁷ , 366 ³⁸ , 395 ²⁰ , 397, 409 ³ , 412, 413 ¹⁹ , 441, 442, 630 ⁸ , 631, 631 ⁹ , 633 ¹³ , 642 ² , 645.	§ 71.	435 ³³ , 436 ³⁹ .
§ 50.	26 ⁶⁹ , 105 ¹⁰ , 109 ¹² , 159 ⁹ , 249 ⁵¹ , 409 ² , 421, 423 ¹⁹ , 432, 603 ¹² , 632, 642 ² , 648, 649, 649 ¹⁴ .	§ 72.	26 ⁶⁹ , 155 ⁶ , 159 ⁵ , 366, 366 ³⁸ , 395, 421, 441, 442, 471 ⁹ , 549, 561 ⁸ , 633 ¹³ , 645.
§ 51.	198 ¹ , 409 ² , 449 ⁹ , 453 ²³ , 566, 623, 623 ¹⁰ , 628, 631, 631 ¹⁰ , 637 ⁶ , 645 ¹⁸ .	§ 74.	184 ² , 220 ¹³ .
§ 52.	160 ¹¹ .		
§ 53.	63 ²² , 132 ³⁰ , 163 ³⁰ , 182 ³¹ , 412 ¹⁶ .		

Drittes Hauptstück.

Von dem Verfahren in Grundbuchsachen.

§ 75.	26 ⁶⁸ , 166.	§ 84.	166, 215 ¹¹ .
§ 76.	89, 165 ³ , 409.	§ 85.	29 ⁷⁴ , 85, 85 ⁹ , 166, 182, 198 ² .
§ 77.	166, 642.	§ 86.	166 ¹⁰ .
§ 78.	27 ¹ , 29 ⁷⁶ , 157 ¹⁵ , 165, 385 ²⁸ , 387 ³⁵ , 409 ⁵ , 448 ³ .	§ 87.	166 ¹¹ , 643 ⁸ .
§ 79.	29 ⁷⁶ , 165, 205 ⁴ , 216 ¹⁴ .	§ 88.	26 ⁶⁹ , 164 ³² , 167 ¹¹ , 202 ¹⁷ .
§ 81.	104 ⁵ , 175 ⁴⁰ .	§ 89.	26 ⁶⁹ , 164 ³² , 170, 202 ¹⁷ , 643 ⁸ .
§ 83.	164 ¹ , 166.	§ 90.	171 ³¹ , 183.
		§ 91.	171 ³¹ .

§ 92.	166 ⁸ , 215 ¹¹ .	§ 112.	178 ¹² , 294, 304 ²³ , 305, 305 ²⁷ , 320 ⁴⁸ , 322, 350 ⁷ , 408 ²⁶ , 642 ³ .
§ 93.	160 ¹³ , 171, 171 ³² , 416 ¹² , 442, 442 ¹⁹ , 485, 645, 645 ¹⁷ .	§ 113.	26 ⁶⁹ , 304 ²³ , 306, 408 ²⁶ .
§ 94.	84 ⁶ , 123, 157, 171, 171 ³⁶ , 172, 172 ³⁹ , 173, 173 ⁴² , 442, 443 ²⁰ , 645 ¹⁷ .	§ 115.	305 ²⁹ .
§ 95.	645 ¹⁷ .	§ 116.	304 ²³ .
§ 96.	29 ⁷⁴ , 85, 174, 183, 645 ¹⁷ .	§ 117.	304 ²³ .
§ 97.	165 ⁴ , 174, 410 ⁶ , 627, 647 ¹⁷ .	§ 118.	635.
§ 98.	174, 645 ¹⁷ .	§ 119.	635.
§ 99.	30 ⁷⁹ , 164 ³³ , 645 ¹⁷ .	§ 120.	635.
§ 100.	645 ¹⁷ .	§ 121.	635.
§ 101.	26 ⁶⁹ , 30, 645 ¹⁷ .	§ 122.	174.
§ 102.	3 ⁸⁰ , 85, 89, 89 ⁸ , 89 ⁹ , 176.	§ 123.	318 ³ , 106, 175 ⁴⁶ , 175 ⁴⁸ , 216, 216 ¹² , 216 ¹⁴ , 220 ¹⁰ , 410 ⁷ , 418, 418 ²² , 422 ¹⁸ , 424 ²¹ , 424 ²² , 440 ⁹ , 448, 449 ⁸ , 652, 652 ¹⁰ .
§ 103.	63 ²² , 176, 176 ⁶ , 181 ²⁶ , 203, 466 ⁸ , 467 ¹⁵ .	§ 124.	256 ⁶⁸ , 256 ⁷ , 216.
§ 104.	87 ¹⁴ , 89, 89 ⁹ , 89 ¹⁰ , 90, 176, 176 ³ .	§ 125.	256 ⁶⁸ , 106, 106 ¹⁴ , 117, 422 ¹⁸ , 424 ²¹ , 440 ⁹ , 449 ⁸ , 652.
§ 105.	203, 214, 214 ² , 214 ³ , 651 ⁵ .	§ 126.	31 ⁸⁴ , 89 ¹⁰ , 90, 90 ¹³ , 113 ¹ , 175 ⁸ , 203.
§ 106.	39, 178 ¹² , 297, 301 ¹⁴ , 302 ¹⁷ , 304, 304 ²³ , 306.	§ 127.	104 ⁵ , 175 ⁴⁹ , 417 ¹⁸ .
§ 107.	294, 302 ¹⁸ , 303, 303 ²⁰ , 324.	§ 129.	26 ⁶⁹ , 109 ¹² , 158 ² , 163, 176 ¹ , 204.
§ 108.	166 ⁷ , 294 ¹⁴ , 303 ¹⁹ , 306.	§ 131.	26 ⁶⁹ , 30, 204.
§ 109.	294, 304 ²⁶ , 642 ³ .	§ 132.	30, 90 ¹⁴ , 110 ¹⁶ , 164 ³³ , 175, 414 ³ , 416 ¹² , 442, 443 ²⁰ , 649 ¹⁴ .
§ 110.	62 ²⁰ , 294, 294 ¹⁴ , 470 ²⁸ .	§ 133.	26 ⁶⁹ , 158 ² , 163, 175 ⁴⁸ .
§ 111.	166 ⁷ , 294 ¹⁴ , 304 ²³ , 323 ⁵⁶ .		

Register

der hypothekarischen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes.

(Die links stehenden Zahlen bedeuten die Nummern der Entscheidungen in der Glaser-Unger-Walter'schen Sammlung, die rechtsstehenden, die Stellen, an welchen sie in diesem Werke citirt sind.)

Nr. 19.	391 ⁴ .	Nr. 330.	259 ³⁰ , 261 ³⁴ , 276 ¹⁴ .
" 64.	477 ³⁶ .	" 349.	398 ²⁴ , 447 ¹⁰ .
" 96.	278 ²³ .	" 355.	135 ⁴⁷ , 191 ⁵ .
" 116.	459 ¹⁰ .	" 377.	326 ⁸ , 544 ⁷ .
" 140.	459 ¹⁰ .	" 415.	125 ³ , 128 ¹¹ , 131 ²³ , 134 ³⁷ , 243 ¹⁸ , 266 ⁷ , 407 ¹⁶ , 466 ¹¹ , 618 ² .
" 166.	398 ²⁴ , 400 ³⁴ .	" 421.	425 ²⁶ .
" 168.	131 ²⁴ .	" 433.	228 ⁴ , 258 ²⁶ .
" 175.	391 ⁴ , 392 ⁷ .	" 436.	161 ¹⁶ , 460 ¹¹ .
" 189.	391 ⁴ .	" 438.	240 ^{10*} , 241 ¹⁰ .
" 195.	135 ³⁷ , 191 ⁵ .	" 453.	165 ⁵ .
" 238.	459 ¹⁰ .	" 510.	391 ⁴ .
" 246.	277 ²⁰ .	" 522.	270 ²⁶ .
" 249.	135 ³⁷ , 191 ⁵ .	" 523.	179 ¹⁸ .
" 258.	241 ¹² , 267 ¹⁰ .	" 529.	405 ⁸ .
" 259.	147 ¹⁵ .	" 534.	179 ¹⁸ .
" 260.	191 ⁵ , 202 ¹⁶ .	" 552.	272 ³⁵ .
" 284.	269 ²¹ .	" 556.	1088.
" 318.	449 ¹¹ .	" 567.	229 ⁸ .
" 320.	391 ⁴ .		
" 322.	210 ²¹ .		

Nr. 569.	172 ^{39*} , 458 ⁵ .	Nr. 1345.	564 ³ .
" 571.	363 ³³ .	" 1346.	135 ⁴⁵ , 191 ⁵ .
" 572.	191 ⁵ .	" 1369.	108 ⁸ .
" 576.	278 ²³ .	" 1392.	355 ¹³ .
" 587.	277 ²⁰ , 277 ²¹ , 278 ^{23*} .	" 1395.	429 ⁷ .
" 595.	68 ²⁵ , 150 ⁵ .	" 1406.	128 ¹¹ , 131 ²⁴ , 265 ⁴ .
" 611.	429 ⁹ .	" 1413.	391 ⁴ .
" 618.	427 ²⁷ , 429 ⁷ .	" 1441.	227 ³⁵ .
" 674.	471 ⁵ .	" 1443.	246 ^{32*} .
" 716.	191 ⁷ , 449 ¹¹ .	" 1458.	267 ¹⁰ , 267 ^{11*} .
" 753.	173 ⁴¹ .	" 1459.	68 ²⁵ .
" 780.	68 ²⁵ , 150 ⁵ .	" 1460.	55 ¹² .
" 800.	277 ²⁰ , 278 ^{23*} .	" 1464.	68 ²⁵ .
" 805.	337 ¹¹ .	" 1469.	229 ⁸ .
" 806.	229 ⁸ .	" 1482.	391 ⁴ .
" 811.	471 ⁵ , 472 ¹⁴ , 473 ¹⁸ .	" 1512.	135 ⁴⁶ , 135 ⁴⁸ , 183 ³⁵ , 191 ⁵ .
" 824.	165 ⁵ .	" 1537.	221 ¹⁵ , 273 ⁶ .
" 828.	431 ¹⁹ .	" 1555.	471 ³ , 472 ¹¹ .
" 842.	262 ⁴⁰ .	" 1575.	534 ²⁰ , 535 ²³ .
" 843.	261 ³⁶ , 435 ³⁵ .	" 1582.	191 ⁷ , 192 ⁹ .
" 857.	431 ¹⁹ .	" 1606.	169 ²⁴ , 181 ²⁷ , 638 ⁸ .
" 883.	252 ⁸ .	" 1628.	225 ²⁸ .
" 901.	129 ¹⁶ .	" 1659.	408 ²⁴ , 480 ⁹ , 637 ⁴ , 672 ^{20*} ,
" 918.	270 ²⁶ .	" 1668.	676 ²⁷ .
" 941.	68 ²⁵ , 150 ⁵ .	" 1674.	391 ⁴ .
" 963.	192 ⁸ , 193 ¹³ .	" 1679.	135 ⁴⁶ .
" 995.	301 ¹³ .	" 1679.	157 ¹⁶ .
" 1013.	261 ³⁷ , 263 ⁴⁰ .	" 1680.	157 ¹⁶ .
" 1026.	225 ²⁸ , 226 ³² .	" 1703.	229 ⁸ .
" 1027.	252 ⁷ .	" 1707.	163 ²⁹ .
" 1051.	480 ⁹ , 568 ²⁰ , 569 ²¹ , 569 ²² ,	" 1733.	346 ¹⁶ .
" 1057.	571 ^{31*} .	" 1770.	472 ^{12*} .
" 1071.	360 ²⁵ .	" 1773.	270 ²⁶ , 270 ^{27*} , 271 ³¹ ,
" 1085.	241 ¹⁰ .	" 1778.	474 ²⁵ , 475 ²⁶ , 475 ²⁷ .
" 1094.	261 ³⁵ , 262 ⁴¹ .	" 1780.	429 ⁹ .
" 1097.	179 ¹⁸ .	" 1780.	241 ¹⁰ .
" 1097.	445 ⁴ , 450 ¹³ .	" 1782.	429 ⁷ .
" 1102.	445 ⁴ , 450 ¹³ .	" 1783.	241 ¹⁰ .
" 1109.	256 ²¹ .	" 1796.	284 ⁴³ .
" 1109.	429 ¹⁰ .	" 1803.	96 ¹ , 112 ²⁴ .
" 1118.	398 ²⁴ .	" 1857.	326 ⁷ .
" 1122.	135 ⁴⁷ , 191 ⁵ .	" 1861.	130 ²¹ .
" 1162.	97 ⁵ .	" 1898.	224 ^{24*} , 225 ²⁷ , 226 ^{30*} .
" 1166.	129 ¹⁶ .	" 1899.	191 ⁵ .
" 1167.	196 ²⁰ , 207 ⁸ .	" 1907.	226 ³² .
" 1170.	191 ⁵ .	" 1945.	365 ³⁶ .
" 1179.	356 ^{15*} .	" 1961.	270 ²⁶ , 474 ²⁵ , 475 ²⁶ .
" 1184.	267 ¹⁰ .	" 1966.	136 ⁵¹ .
" 1195.	337 ¹¹ .	" 1967.	365 ³⁶ .
" 1196.	391 ⁴ .	" 1968.	391 ⁴ .
" 1237.	378 ⁶ .	" 2001.	355 ¹³ .
" 1249.	191 ⁶ , 192 ⁹ .	" 2011.	136 ⁵¹ .
" 1259.	363 ³³ .	" 2012.	480 ⁹ , 569 ²¹ .
" 1314.	173 ⁴¹ .	" 2015.	179 ¹⁸ .
" 1324.	209 ¹⁹ .	" 2021.	429 ⁷ .
" 1331.	173 ⁴¹ , 459 ¹⁰ .	" 2091.	365 ³⁶ .
" 1335.	68 ²⁵ , 150 ⁵ .	" 2096.	365 ³⁶ .
" 1336.	270 ²⁶ , 271 ^{31*} , 476 ³⁰ .	" 2120.	355 ¹³ .
" 1337.	267 ¹² .		

Nr. 2136.	55 ¹⁴ , 56 ¹⁶ .	Nr. 3154.	361 ²⁷ .
" 2159.	539 ⁷ , 551 ²⁸ .	" 3163.	361 ²⁶ .
" 2161.	55 ¹⁹ , 55 ¹³ .	" 3229.	471 ⁴ .
" 2167.	613 ¹⁵ .	" 3271.	349 ⁵ .
" 2210.	472 ¹⁵ .	" 3288.	429 ⁷ , 451 ¹⁶ , 601 ¹⁰ .
" 2234.	361 ²⁶ .	" 3296.	473 ¹⁷ .
" 2247.	196 ²⁰ , 207 ⁸ .	" 3301.	310 ¹³ , 314 ²⁷ .
" 2265.	475 ²⁶ , 477 ³² .	" 3307.	97 ⁶ , 109 ¹⁰ , 601 ¹⁰ .
" 2279.	353 ⁹ .	" 3309.	391 ⁴ .
" 2317.	361 ²⁶ .	" 3312.	475 ²⁶ , 476 ²⁹ .
" 2323.	359 ²² .	" 3316.	342 ⁴ .
" 2330.	359 ²¹ .	" 3318.	475 ²⁶ , 477 ^{36*} .
" 2340.	360 ^{25*} .	" 3319.	365 ³⁷ .
" 2343.	334 ^{6*} .	" 3339.	252 ^{8*} .
" 2354.	475 ²⁶ , 475 ²⁷ .	" 3346.	558 ² , 633 ¹⁴ .
" 2373.	475 ²⁶ , 475 ²⁷ .	" 3348.	355 ¹³ .
" 2374.	108 ⁸ .	" 3350.	388 ³⁹ , 415 ⁵ .
" 2385.	475 ²⁶ , 477 ³⁴ .	" 3357.	480 ⁹ .
" 2395.	477 ³² .	" 3366.	471 ⁵ .
" 2396.	355 ¹³ .	" 3395.	601 ¹⁰ .
" 2425.	360 ²⁵ .	" 3415.	344 ⁹ .
" 2431.	391 ⁴ .	" 3421.	359 ²³ .
" 2432.	354 ¹⁰ .	" 3430.	267 ¹⁰ .
" 2477.	131 ^{25*} .	" 3435.	530 ⁷ .
" 2505.	131 ²⁴ , 406 ¹⁵ .	" 3484.	359 ²³ .
" 2530.	202 ¹⁶ .	" 3505.	355 ¹³ .
" 2535.	271 ³¹ , 583 ¹⁵ .	" 3509.	354 ¹⁰ .
" 2540.	56 ¹⁷ .	" 3544.	135 ^{44*} .
" 2582.	55 ⁹ .	" 3546.	355 ¹³ .
" 2595.	475 ²⁶ , 477 ³⁴ .	" 3557.	97 ⁶ , 100 ⁴ , 429 ^{7*} , 479 ⁴ ,
" 2607.	360 ²⁵ , 361 ²⁶ .	" 3600.	601 ¹⁰ , 614 ²⁰ , 616 ²³ , 637 ⁴ ,
" 2663.	272 ² .	" 3607.	675 ²⁷ .
" 2678.	126 ⁵ .	" 3703.	342 ^{5*} .
" 2757.	354 ¹⁰ .	" 3703.	467 ¹⁴ .
" 2763.	199 ⁴ .	" 3725.	85 ^{10*} .
" 2778.	288 ^{12*} .	" 3725.	420 ^{9*} , 436 ³⁸ .
" 2781.	525 ¹³ .	" 3737.	641 ²⁰ .
" 2804.	471 ⁸ .	" 3739.	475 ²⁶ , 475 ²⁷ .
" 2807.	471 ⁸ .	" 3760.	360 ²⁵ .
" 2837.	620 ⁸ .	" 3784.	459 ¹⁰ .
" 2852.	475 ²⁶ , 477 ³⁸ .	" 3785.	356 ¹⁵ .
" 2853.	572 ^{3*} .	" 3803.	427 ³ .
" 2885.	287 ^{11*} .	" 3805.	356 ¹⁵ .
" 2910.	355 ¹³ .	" 3806.	382 ¹⁹ , 383 ²¹ .
" 2953.	252 ⁴ .	" 3817.	203 ¹⁹ , 638 ⁹ .
" 2956.	466 ¹¹ .	" 3842.	612 ¹² .
" 2993.	100 ⁴ , 256 ¹⁹ , 428 ⁴ , 431 ¹⁶ .	" 3843.	391 ⁴ .
" 3009.	471 ⁵ .	" 3851.	471 ³ .
" 3029.	354 ¹⁰ .	" 3857.	471 ³ , 472 ¹¹ .
" 3053.	388 ³⁹ , 388 ^{40*} , 405 ⁶ .	" 3865.	601 ¹⁰ .
" 3067.	637 ⁴ .	" 3870.	471 ³ , 472 ¹¹ .
" 3070.	425 ^{26*} .	" 3902.	355 ¹³ .
" 3095.	475 ²⁶ , 477 ³² .	" 3920.	198 ²⁵ .
" 3110.	55 ¹² .	" 3921.	354 ¹⁰ .
" 3126.	288 ¹³ .	" 3930.	477 ^{36*} .
" 3127.	56 ²⁰ , 60 ⁹ .	" 3946.	416 ¹² .
" 3150.	530 ⁷ .	" 3948.	346 ^{14*} .
" 3153.	416 ¹⁰ .	" 3987.	471 ⁴ .

Nr. 3996.	205 ² .	Nr. 5140.	325 ^{4*} .
" 4012.	100 ⁴ , 601 ¹⁰ .	" 5202.	607 ¹¹ .
" 4072.	607 ¹¹ .	" 5218.	378 ⁶ .
" 4084.	275 ¹⁰ .	" 5229.	607 ¹¹ .
" 4088.	526 ^{19*} , 625 ²² , 626 ²⁴ .	" 5247.	385 ²⁸ .
" 4108.	354 ¹⁰ .	" 5249.	288 ¹⁴ .
" 4153.	601 ¹⁰ .	" 5272.	631 ⁹ , 631 ^{10*} .
" 4164.	109 ¹⁰ .	" 5294.	436 ³⁸ .
" 4165.	449 ^{9*} , 451 ¹⁶ , 601 ¹⁰ , 645 ¹⁸ .	" 5300.	568 ¹⁷ , 569 ²¹ .
" 4187.	473 ¹⁷ .	" 5309.	472 ¹³ , 473 ¹⁸ .
" 4235.	96 ¹ .	" 5313.	398 ²⁴ .
" 4251.	477 ⁸⁵ , 565 ⁸ .	" 5328.	471 ⁹ .
" 4270.	473 ¹⁶ .	" 5349.	480 ⁹ , 569 ²¹ , 574 ³ , 575 ¹⁰ .
" 4281.	4729 [*] .	" 5377.	961 [*] , 424 ^{20*} , 425 ²³ , 427 ^{3*} .
" 4284.	391 ⁴ .	" 5416.	475 ²⁶ , 475 ²⁷ , 476 ³⁰ .
" 4299.	382 ¹⁹ .	" 5418.	565 ⁹ , 574 ⁵ .
" 4330.	360 ^{25*} .	" 5434.	453 ^{23*} , 607 ^{12*} .
" 4336.	391 ⁴ .	" 5447.	448 ⁸ .
" 4406.	359 ²³ .	" 5460.	102 ^{8*} , 117 ¹⁶ , 117 ¹⁷ .
" 4418.	445 ^{4*} , 480 ⁹ , 569 ²¹ .	" 5489.	345 ¹² .
" 4430.	429 ^{9*} .	" 5490.	540 ⁸ .
" 4449.	359 ²⁴ , 416 ¹⁰ .	" 5554.	472 ¹³ .
" 4459.	431 ¹⁹ .	" 5569.	66 ¹⁶ .
" 4467.	558 ² , 579 ² , 633 ¹⁴ .	" 5631.	390 ³ .
" 4477.	471 ⁴ , 473 ¹⁶ .	" 5772.	115 ^{9*} , 574 ⁵ .
" 4480.	471 ³ .	" 5862.	192 ¹¹ .
" 4534.	378 ^{6*} .	" 5955.	428 ^{5*} .
" 4600.	170 ²⁸ , 644 ¹² .	" 5991.	459 ¹⁰ , 460 ¹² .
" 4657.	311 ¹⁸ .	" 6186.	344 ⁸ , 348 ³ .
" 4738.	361 ²⁸ .	" 6258.	439 ⁷ , 442 ¹⁹ , 480 ⁹ .
" 4740.	341 ^{2*} .	" 6264.	325 ⁴ .
" 4880.	97 ⁶ , 429 ⁸ , 429 ¹⁰ , 430 ¹² , 601 ¹⁰ .	" 6415.	412 ¹⁴ , 567 ¹⁶ , 637 ⁴ , 650 ¹⁶ .
" 4881.	330 ¹ .	" 6419.	298 ⁴ , 626 ²⁴ .
" 4897.	475 ²⁶ , 477 ³² .	" 6543.	356 ¹⁵ .
" 4957.	520 ¹⁶ , 535 ^{23*} , 536 ^{24*} , 537 ²⁶ .	" 6551.	346 ¹⁷ .
" 5000.	396 ²¹ , 397 ²³ .	" 6605.	364 ^{34*} .
" 5025.	453 ^{23*} .	" 6668.	326 ^{8*} .
" 5032.	360 ²⁵ .	" 6675.	382 ¹⁸ .
" 5049.	382 ¹⁹ .	" 6681.	424 ^{19*} , 428 ^{6*} .
" 5076.	533 ¹⁷ .	" 6686.	485 ¹³ .
" 5084.	486 ⁹ , 675 ²⁷ .	" 6692.	460 ¹⁴ .
" 5103.	480 ^{9*} .	" 6718.	310 ¹⁵ , 311 ¹⁸ .
		" 6722.	417 ¹⁸ .
		" 6741.	300 ⁹ .

Sachregister.

(Die großen Ziffern bedeuten die Seite, die kleinen die Note.)

Abrechnungserklärung 610.	Anmerkung des Lehensbandes 161.
Abschreibungen 642.	— der Minderjährigkeit 160.
Abschreibung einer Parzelle 220 ¹² .	— der Nachstehung 485 ¹³ .
Abschriften aus dem Urkundenbuch 615 ⁶ .	— der Rangordnung 132 ³⁰ , 163, 416, 467, 664.
— der Tabularurkunde 171 ³¹ .	— des Refurjes 32, 163.
accessio temporis 119, 437 ⁴⁰ .	— der Simultanhaftung 297, 302.
Abnotation s. Anmerkung.	— des Streitens, s. Streitammerkung.
Asterpfand 444.	— der Verkaufsbewilligung 395 ¹⁹ .
Asterpfandklage 450 ¹³ , 451.	— der Vollstreckbarkeit des Schuldscheins 243 ¹⁹ .
Asterpfandrechth 57, 566.	— der Vorausbezahlung des Bestandeszinses 279 ²⁶ .
—, Lösung desselben 623.	Antheile (pro indiviso) 51.
Alimente 404 ⁹ .	Anteilsypothek 622.
Alluvion 276.	Antichrese 180, 218 ² .
Altentheil (s. auch Ausgebüde) 534.	Anweisungen, kaufmännische 135.
—, Abtretbarkeit desselben 405 ⁵ .	Affekturanzgelde 287.
—, Verpfändbarkeit desselben 55.	Auffanbung 169 ²⁵ .
Alternativobligationen 127.	Auffanbungsurkunde 30, 169.
alveus derelictus 276 ¹⁷ .	Ausgebüde (s. auch Altentheil) 55, 331 ¹ , 534.
Amortisirung 634.	Ausscheideposten 574.
Anerkennung der ungiltigen Pfandschuld 253.	Bahnbestandsblatt 21.
Anfallsrechte 57 ²³ .	Bedeckungskapitalien 620 ⁸ .
Anfechtung formell gültiger Einträge 92.	Bedingungen 181, 628.
— gegen Dritte 103, 422.	Befristungen 628.
— gegen unredliche Dritte 106, 425.	Beglaubigung der Parteiunterschriften 170, 643.
— inter partes 99.	Befassungsverbote 456.
— wegen unterbliebener Zustellung 105, 424.	beneficium cedendarum actionum 256 ²¹ .
Anfechtungsgründe 92.	Bereicherung, Begriff derselben 1017.
Anmerkung 27, 160.	Bergbücher 20.
— bis zur Erlangung des Originals 167 ¹¹ .	Berggericht 23.
— des abweislichen Bescheides 30, 164.	Bergwerkeigentum 55.
— der Abschreibung 155, 417.	Bergwerkszubehör 273 ³ , 283.
— der Auffanbung 242 ¹⁷ , 417.	Berichtigung des Eintrags 87.
— der beabsichtigten Emission 412, 670.	— von Amtswegen 89.
— der beabsichtigten Lösung 650.	Beschreib, altenwibriger 85.
— der Bedingungserfüllung 469 ²⁵ .	—, buchwibriger 86.
— der Exekution 341.	—, Echtheit desselben 84.
— der exekutiven Sequestration 162 ²³ .	—, Richtigkeit desselben 85.
— der exekutiven Versteigerung 155 ⁶ , 159 ⁵ , 366.	—, Vollzug desselben 86.
— des Familienidekommisses 161.	—, Zustellung desselben von Amtswegen 31, 174 ⁴⁶ , 652.
— der Gleichstellung im Range 482.	Bescheinigung 200.
— der Gleichzeitigkeit 467 ¹⁵ .	Bescheinigungsmittel 200 ¹ .
— der Hypothekarklage 240.	Besitzblatt 17 ³⁹ .
— der Kompensation 433.	Besitzrecht des Pfandgläubigers 218.
— der Konkursöffnung 160.	Besitzstandsblatt s. Besitzblatt.
— der Kuratel 160.	
— der Lösung von Simultanhypotheken 305.	

- Besitzveränderungsgebühr 471.
 Bestandrechte 54, 532, 576¹⁵.
 Bodenkreditinstitute, Exekutionsprivilegien derselben 330, 346, 350, 354¹⁰.
 bona fides 103², 669.
 bona fides superveniens 80¹⁴.
 Brandschadensvergütung 287.
 brevi manu Intabulation 165³.
 Buchbehörden 23.
 Bucheigentum 155.
 Causa cessionis 389¹, 391.
 Causa der Pfandforderung 61, 134.
 cautio indiscreta 135.
 Certificierung 214.
 Certificierungskauf 214.
 Cessibilität der Hypotheken 404.
 cessio necessaria 393¹⁰.
 Cession 376.
 — der Simultanhypothek 322.
 — zum Inkasso 397²⁴.
 — zur Sicherstellung 398²⁴, 447.
 Cessionsakt 408.
 Cessionsgrund 389.
 Cessionstitel, gesetzlicher 396.
 Cessionsverbot 404.
 Cessionsverträge 397.
 Civilfrichte 277.
 clausula de non amplius oppignorando 161¹⁵.
 — intabulandi 169²².
 condictio causa finita 103.
 — indebiti 102¹².
 correalitas realis 295, 314²⁷, 320.
Datio in solutum 607.
 Denunciation 418.
 Deposition, gerichtliche 449, 453²³, 454, 607.
 Deterioration des Pfandgutes 224.
 Dienstbarkeiten 229.
 Dienstbuch 15.
 Distractionsrecht 235, 515.
 — des Austerhypothekars 450¹².
 Dominicalgewerbe 56¹⁸.
 Dreibuchsystem 15.
 Drittbefitzer im Pfandgut, Defensivstellung desselben 255.
Eigentümerhypothek 124, 654, 662, 663.
Eigentumsblatt 19.
 — bei Eisenbahnbüchern 22.
Eigentumsvorbehalt 145.
 Einantwortung, exekutive 452²¹.
 Einkommensteuer 471.
 Einlage 17.
 Einlösungsrecht 537.
 Einmahnung 247³⁸.
 Einrede (s. auch exceptio) der Klagerverjährung 261.
 — der Compensation 253, 429.
 — der Nichtigkeit der Pfandschuld 427.
 — der nicht gezählten Valuta 252, 428⁶.
 — der Verjährung 435.
 — der Verjährung der Pfandschuld 254.
 — der Vorausklage 256.
 — der Zahlung 428, 429⁸.
 Einreichungszahl 63, 176, 466.
 Einschuldungsverbot 457, 460.
 Eintrag, Vollzug desselben 31, 175.
 Einverleibung 27, 165.
 — der Cession 410.
 — der Lösung 641.
 Einverleibungsbescheid 174.
 Einverleibungsgesuch 165.
 — des Bürgen 165.
 — des Nachmannes 165.
 Einverleibungskonvens 29.
 Eisenbahnbücher 21.
 Eisenbahngrundstücke 21.
 Eisenbahnprioritäten 665.
 Eisenbahnzugehör 283.
 Elementarschaden, Entwerthung des Hypothekarobjekts durch denselben 286.
 Endtermin 612.
 Entschädigungshypothek 152.
 Erbpachtrechte, Verpfändung derselben 54.
 Erbrecht, Verpfändung desselben 56.
 Erbzinsrechte, Verpfändung derselben 54.
 Erlaß des Pfandrechtes 612, 623.
 Erlöschung der Hypothekrechte 599.
 Ersterher 363.
 Erwerbssteuer 471.
 exceptio divisionis (bei Simultanhypotheken) 309.
 exceptio excussionis personalis 257.
 — excussionis realis 256.
 — falsi 252, 427³.
 — non adimpleti contractus 425²⁶.
 — non numeratae pecuniae 427¹, 428.
 — simulationis 428.
 Exekution 633.
 — ad fructus 278.
 — des liquiden Hypothekanspruches 330.
 —, sicherstellungsweise 328.
 — zur Sicherstellung 153.
 Exekutionsfähigkeit des Hypothekanspruches 324.
 Exekutionsgrade 340.
 Exekutionsklausel 325³.

- Exekutionskosten 269, 474.
 Exekutionsprivilegien von Bodenkreditanstalten 346, 350.
 Exekutionsprozeß 328.
 Expropriation 285.
 Extrabulation 27, 642.
Familienfideikommiß 51, 161, 460.
 Feilbietung, exekutive 234, 347.
 —, fridamäßige 373.
 Feilbietungsbedingungen 350, 353.
 Feilbietungsbewilligung 348, 354¹².
 Feilbietungsbuch 356.
 Feilbietungsgesuch 348.
 Feilbietungskommission 361²⁶.
 Feilbietungskosten 475.
 Feilbietungsordnung 352.
 Feilbietungsprotokoll 362.
 Feilbietungstermin 356.
 Fideikommißband 460.
 Fideikommiße, Sequestration ders. 51.
 Firma 182³², 239.
 Fischereibefugnisse 55.
 Fluginsel 276¹⁷.
 Forderungen, künftige 129.
 Forderungslegat 394.
 Formalakt 76.
 Formalwirkung der grundbücherlichen Einträge 83, 423.
 Früchte 48, 275.
 fructus pendentes 277.
 — separati 282.
 fundus instructus 273⁶.
Gebührenforderungen 150⁵.
 Gegenstände des Hypothekarrechtes 47.
 Generalhypothek 58, 59⁸.
 Gerichtsöffentlichkeit der Verpfändung 64.
 Gesamthypothek 291⁶.
 Gewährbuch 16.
 Gewährleistungspflicht des Cedenten 391⁴, 392.
 Gewerbe, rabigirte 56, 223²¹, 284⁴³.
 Gewerbuch 20.
 Glaubhaftigkeit des Buches 64, 69.
 Graduationsordnung 560⁴.
 Graduationsurtheil 595.
 Grundbuch 14, 15.
 Grundbuchamt 24.
 Grundbuchsansätze, Beweiskraft derselben 249⁴⁶.
 —, summarische 215.
 —, umständliche 215.
 Grundbuchsbescheid 27.
 Grundbuchsvertrag s. Grundbuchsansätze.
 Grundbuchsführer 24.
 Grundbuchsgericht 23.

- Grundbuchgesetz, allgemeines** 5.
Grundbuchgesetz 26.
Grundbuchkörper 17, 273.
Grundbuchpatente 3.
Grundbuchsystem 14.
Grundentlastung 67.
Grundpfand 34.
Grundschuldbriefe 377.
Grundsteuer 67, 471.
 Gültenbuch 18⁴⁰.
 Gütsbestandsblatt 17.
Gastpflicht des Cedenten 396²¹.
Handelsbuchschulden 135.
Handpfand 34.
Handbuch 16.
Hauptbuchsystem 16.
Haupteinlage 304, 306.
Haupt- und Nebenhypothek 294¹⁸.
Hauszinssteuer 471.
Heirathstationen 461.
Hinterlegung, gerichtliche (s. auch Deposition) 607.
Höchstbetrag 61, 129.
Holzungsrechte 55.
hora legalis 362³⁰.
hyperocha 566¹¹.
hypotheca privata 64.
 — tacita 64, 66, 150.
Hypothek, accessoriische Natur derselben 39.
 —, Begriff derselben 35.
Hypothekarische Succession 316, 396²¹, 659, 675.
Hypothekarflagge 228.
 — des Usurfruktars 455, 456⁸.
 —, Zeit derselben 236.
 —, Verjährung derselben 261.
Hypothekarrecht 39.
Hypothekarschuldner 38, 430¹⁶.
Hypothekenerneuerung 661.
Hypothekenrecht 39.
Hypothekenregister 716.
Hypothekenwidmung 494⁴.
Impetratio domini 368.
Inhaberpapiere 182.
Inkorporationen 276.
Inskription pro forma 662.
Inskription zum Vollzuge des allgem. Grundbuchgesetzes 8.
Instrumentenbuch 17³⁵.
Intabulation s. Einverleibung.
Intabulationsklausel 145⁶, 169.
Intabulationschein 214.
Jus distrahendi 235, 515.
 — offerendi 537.
Justifizierung s. Rectifizierung.

- Justifizierungsklage s. Rechtfertigungsklage.
 Zuzug-Einverleibung 134, 243¹⁸, 618³.
 Kataster 18.
 Katastralmappe 18, 274⁸.
 Kaufrechte 126, 129¹⁴, 534²⁰.
 Kaufschillingsausweis 554⁸.
 Kaufschillingspfandrecht, gesetzliches 151.
 Kaufschillingsvertheilung 558.
 Kaufschillingsvertheilungsentwurf 557.
 Kautionsband 461.
 Kautionshypothek (s. auch Credithypothek) 133³⁵, 574, 618.
 Kollision der Hypotheken 463.
 — zwischen Cessionen 437.
 Kompensation 253, 573, 609.
 Kompetenz für die Hypothekarklage 326, 371.
 Konfirmation 144.
 Konfusio 612, 627, 656, 667, 671.
 Konkurrenzbeitrag 67.
 Konkurs des Hypothekargutbesizers 368.
 Konsensprinzip 27.
 Kontoauszüge 197.
 Konvaleszenz ansechtbarer Einträge 118.
 — bei wichtigen Tabularakten 88.
 Konventionalstrafe 181.
 Korrealhypothek 291⁶.
 Kosten des Liquidierungsprozesses 583.
 Kredithypothek 132, 266, 574, 618.
 Kündigungs der Hypothekarschuld 247.
 Lagerbücher 15.
 Landesgesetze, betreffend die Anlegung neuer Grundbücher 9.
 Landtafel 14.
 Landtafelpatente 3.
 Lastenblatt 19.
 — bei Eisenbahnbüchern 22.
 Legalisierung 170²⁸, 643¹².
 Legalitätsprinzip 27, 123⁵.
 legatum nominis 393¹².
 Lehen 161.
 Lehenbücher in Böhmen 162²¹.
 Lehen mit der Gnade 162²¹.
 Lehentafel 14²⁹.
 Leibrenten, Abtretbarkeit derselben 404⁵.
 — Behandlung im Exekutionsfall 536²⁴.
 Leibzucht 55.
 lex commissoria 178.
 Liquidierung 554, 558.
 — der Pfandforderung 243.
 Liquidierungsklage 580.
 Liquidierungstagsfahrt im Konkurse 372⁶.
 Literatur des öfr. Hypothekenrechts 10.
 Löschung der Hypothekrechte 599.
 — der Simultanhypotheken 305.

- Löschung der Vormerkung 211.
 Lösungsakt 636.
 Lösungsklage 640.
 — aus dem Grunde der materiellen Ungiltigkeit 114.
 — aus dem Grunde der Nichtigkeit 90¹⁵.
 Lösungsklausel 638.
 Lösungstitel 604.
 Lösungsurkunde 638.
 Lokustheorie 464³.
 Lufrung 27, 172⁴⁰.
 Majestas Carolina 2.
 mala fides 108, 425²³.
 mala fides superveniens 111.
 Mandatsverfahren 326.
 Manuale 16²⁴.
 Mietzinse 278²³.
 Mobilisierung des Realcredits 377, 656.
 modus aquirendi 71.
 Nachsehung 529².
 Nachsehungserklärung 98, 485.
 Naturalobligationen 136.
 Nebeneinlage 304, 306.
 Nichtigkeit des Eintrags 87.
 Nichtigkeitsklage 90.
 Nießbrauch an Hypothekarforderungen 454.
 —, Löschung desselben 623⁷.
 —, Verpfändbarkeit desselben 54.
 Normalfeilbietungsbedingungen 352⁸, 553⁵.
 Notariatsakt 168, 325.
 Notizenbücher 7.
 Novation 610.
 Nullitätserklärung 88.
 Nutzungseigenthum, Verpfändbarkeit desselben 54.
 Oeffentlichkeit s. Publizität.
 Officialprinzip 565⁸.
 Orderpapiere 182.
 Pactum cessionis 390³, 398²⁶.
 — de cedendo 390³, 398²⁶.
 Partikularextrakt 215.
 Parzellirung 220.
 Personalschuldner 38, 251.
 Personalservitut 55.
 Pertinenzstücke 280.
 Pfandbriefe 377⁴.
 Pfandbuchsystem 142⁷.
 Pfandforderung, Fälligkeit derselben 246.
 — als Voraussetzung des Hypothekenrechts 121.
 Pfandrecht ad fructus 48, 453, 527.
 —, exekutives 153, 340.

- Pfandsubhastation 234, 347.
 Pfandvertrag 144².
 Pflichttheil, Unverpfändbarkeit desselben 60.
 Pfündengelder 51.
 pignoris causa indivisa est 264.
 pignus judiciale 153.
 — nominis 153.
 — pignoris 450.
 — privatum 65⁷.
 — publicum 65.
 Postzahl 31.
 Präbialservituten 284.
 Pränotation s. Vormerkung.
 — der Löschung 423¹⁹.
 Pränotationsurkunde 201.
 Präsentatum 27.
 Priorität, Ersichtlichkeit derselben im Grundbuche 63, 71.
 —, relative 593.
 Prioritätsnachsehung 483, 513.
 Prioritätsobligationen 469²⁴.
 — der Eisenbahnunternehmungen 377⁵.
 Protestation 73, 104⁶.
 protestatio de non disponendo 185².
 — pro conservandis exceptionibus 104⁶, 185², 432²².
 — pro conservando jure et loco 185².
 Provinzialgesetze über das Grundbuchswesen 2.
 Prozeßkosten beim Vorrechtsstreit 596¹⁸, 597.
 Prozeß- und Exekutionskosten 62, 177, 269.
 publica fides s. Glaubhaftigkeit des Buches.
 Publizität der Hypothekenbestellung 64.
 —, Grundsatz derselben 63.
 Quittung 99⁹, 639.
 Rang, Bestimmtheit desselben 62.
 Rangabtretung 483.
 Rangordnung der Hypotheken 463.
 Rangprivilegien 470.
 Rangveränderung 478.
 Rangvorbehalt 662, 663.
 Realfolien 17³⁸.
 Realgewerbe 284.
 Realgläubiger 370².
 Realkonkurs 560.
 Realkassen 55, 57, 284, 576¹⁵.
 Realservituten 56, 284.
 Rechtfertigung 204.
 — der Lösungsvormerkung 648.
 —, Rückwirkung derselben 210, 649.
 Rechtfertigungsklage 207, 648.
- Rechtfertigungsurtheil 206.
 Redlichkeit s. bona fides.
 Regressansprüche bei Simultanhypotheken 313.
 Rektifikatorium 184⁰.
 Refurs 31, 90.
 — gegen den Feilbietungsbewilligungsbescheid 354¹².
 Refursfrist 1754⁹.
 Relizitation 364.
 —, Kosten derselben 477.
 remissio pignoris 624.
 Renten 536²⁴.
 —, Verpfändbarkeit derselben 55.
 Retentionseinsrede wegen Zinsen 259.
 Rubriken 166⁸.
 Rückwirkung der Pränotationsrechtfertigung 210, 649.
 Satzansätze 214⁴.
 Satzbriefe 214.
 Satzbuch 16.
 Satzobligationen 469²⁴.
 Satzforderung 39.
 Satznoten 214⁴.
 Satzpost 39.
 Satzumschreibung 409.
 Satzwechslung 484⁹, 494⁴.
 Schächmeister 345¹¹.
 Schätzung, exekutive 342.
 Schätzungskosten 475.
 Schätzungspreis 352.
 Schiedspruch 168²⁰.
 Schuldübernahme 229⁸.
 Schulkonkurrenzbeitrag 472.
 Sequestration 51, 331.
 — des gefährdeten Hypothekarobjectes 226.
 — exekutive 232¹⁶.
 —, Kosten derselben 227³⁵.
 Servituten 54⁸, 533¹⁵, 564².
 Sicherheit, pillarmäßige 142.
 Sicherstellungstitel 150.
 Simultanhypothek 291.
 Solidarpfandrecht 291⁶.
 Spezialität 58.
 Spezialvollmacht 170²⁹.
 Stadtbücher 15.
 Stellvertretung bei Tabularerwerb 111.
 Streitanmerkung 73, 91, 103, 162, 417, 423¹⁹, 436, 633.
 Subrogation 661.
 Substitution, fideikommissarische 155, 161.
 Substitutionsband 460.
 Syndikatsklage 24.
 Tabularakt 84.
 Tabularerfetzung 92²⁰.
 Tabulargericht 23.

- Tabularlaufel 30, 169.
 Tabularkompetenz 23.
 Tabularkörper 17, 273.
 Tabularpost 39.
 Tabularstand 68¹.
 Tabularurkunde 166.
 Theilcession 400.
 Theile (pro diviso) 48.
 Theilhypotheten 521.
 Theilschuldverreibungen 183.
 Theilzahlung 606.
 Titel, gesetzliche 149.
 —, gewillkürte 139.
 —, richterliche 153.
 —, Wesen und Arten derselben 138.
 Todeserklärungsurkunden 644.
 Tobiensteine 644.
 Uebersetzung der Tabularurkunde 170.
 Uebertragung der Hypotheken 375.
 Uebertragungsgebühr 68, 471⁹.
 Ungarische Grundbuchsordnung 4.
 Unkündbarkeit der Hypotheken 179.
 Unrechtmäßigkeit hypothekarischer Einträge 95.
 Unredlichkeit 669.
 — im Tabularbesitz 108.
 Unterbrechung der Verjährung 119.
 Unterereignthum, Verpfändbarkeit derselben 54.
 Urbaren 15.
 Urkunden, pränotirbare 202.
 Urkundenbuch 16.
 Urkundenammlung 17⁸⁵.
 Vadium 361, 362²⁹.
 Veräußerungsverbote 161, 456.
 Verantwortlichkeit der Grundbuchsbehörden 24.
 Verbandhypotheken 291⁶.
 Vereinigung des Eigenthums und des Pfandrechts 627.
 Verschäblicher 7.
 Verfahren in Tabularsachen 26.
 Verfügungsbeschränkungen 456.
 Vergleich, executionsfähiger 168.
 Verjährung (als Löschtitel) 634.
 — der Anfechtungsprüche 119.
 — der Hypothekarklage 261.
 — der Nichtigkeitsklage 92.
 — der Pfandforderung 573.
 — der Pfandschuld 254.
 — intabulirter Forderungen 613.
 Verkaufrecht des Pfandgläubigers 232, 515.
 Vermögensübertragungsgebühr 473.
 Verpfändung ad fructus 48.
 —, letztwillige 148.
 Verpfändungsvertrag 143.
 Verschweigung 106¹³.
 Verständigung der Grundbuchsinteressenten von der Feilbietungsbewilligung 357.
 — von dem Vollzuge des Eintrags 106, 424²¹, 652.
 Vertheilungsbescheid 554.
 Vertretungsleistung 256²¹.
 Verwahrung s. Protestation.
 Verwendungen auf das Pfandgut 259.
 Verzehrungssteuer 471.
 Verzugszinsen 267.
 Vinkulirung des Pfandgutes 157, 161.
 — der Hypotheken 456, 645.
 vitium visibile 167¹⁵.
 Vollmachtenbuch 20.
 Vollziehungsklausel 168¹⁹.
 Vorausklage, Einwendung derselben 258.
 Vorkaufsrecht 56, 533.
 Vormerkung 27, 158, 184.
 — der Cession 411.
 — der Löschung 159, 645.
 — der Uebertragung 159.
 — des Eigenthumes 159⁵.
 Vorrangseinräumung 483, 506.
 Vorrechtsklage 235, 241, 577, 581⁴, 583.
 Vorrückung 478.
 Wechsel, Intabulationsfähigkeit derselben 135.
 Wiederkaufsrecht 56, 533.
 Wohnungs-Servitut 548, 533¹⁵.
 Zahlung 605.
 Zahlungsauftrag 168.
 Zehnten, Verpfändbarkeit derselben 55.
 Zeitbestimmungen 180.
 Zertheilungsfreiheit 220, 299.
 Zertheilung von Grundstücken 220, 275.
 Zinsen 62, 266, 470.
 Zinsfuß 177.
 Zinsstreuzer 471⁵.
 Zugehör der Pfandforderung 470.
 Zugehör des Pfandgutes 280.
 Zusammenlegung v. Grundstücken 275.
 Zustellung des Einverleibungsbescheides 174⁴⁶.
 — des Löschtitels 652.
 —, Beweis derselben 106, 424²¹.
 Zuwachs 276.
 Zuweisungsbeseid 556.
 Zweighypotheken 291⁶.

Inhalts-Verzeichniß.

Vorwort.

Vorwort zur zweiten Abtheilung.

Einleitung.

I. Quellen und Literatur des östreichischen Hypothekenrechtes.

- A. Quellen. Das bürgerliche Gesetzbuch. Die älteren Landtafel-Patente und Grundbuchsordnungen. [3] Die provisorische Grundbuchsordnung für Ungarn. Das allgemeine Grundbuchs-gesetz vom 25. Juli 1871. Charakter und Geltungsgebiet desselben [5]. Instruktion dazu. Neuere Spezialgesetze. Landesgesetze betreffend die Anlegung neuer Grundbücher [9]. B. Literatur. [10] Seite 1

II. Uebersicht der Grundbuchsverwaltung in Oestreich.

- A. Die Bücher. I. Die Grundbücher [14]. Landtafeln, Stadtbücher, Grundbücher im engeren Sinne. Innere Einrichtung derselben. Hauptbuch-System. Inhalt des Hauptbuches: 1) Das Gutsbestandsblatt. 2) Das Eigenthumsblatt. 3) Das Lastenblatt. II. Die Bergbücher [20]. III. Die Eisenbahnbücher [21]. B. Die Buchbehörden [23]. Grundbuchsgerichte (Kompetenzbestimmungen). Verantwortlichkeit der Grundbuchsbehörden. Die Syndikatsklage. C. Grundzüge des Verfahrens in Tabularsachen [26]. Grundbuchs-gesuch. Petit um a) Einverleibung, b) Vormerkung, c) Anmerkung. Aufstreichung des Grundbuches. Grundbuchsbescheid. Prinzip der Entscheidung: 1) Legalitätsprinzip, 2) Konsensprinzip; Abgrenzung des Geltungsbereiches beider Prinzipie [29]. Vollzug und Zustellung der Bescheide. Refkurs. Seite 14

Erstes Buch.

Grundlehren.

I. Begriff der Hypothek. Terminologie.

- § 1. Definition des bürgerlichen Gesetzbuches [34]. Einheitlichkeit des Pfandrechtsbegriffes. Wesentlicher Zusammenhang der Hypothek mit dem Institute der öffentlichen Bücher [35]. Die östreichische Hypothek ist keine Grundschuld, sondern bürgerliches Pfandrechts [37]. — Terminologie [39]. Seite 33

II. Accessorische Natur der Hypothek.

- § 2. Die accessorische Natur 1) im Sinne des römischen Rechtes [41], 2) im Sinne der modernen auf dem Tabularsystem beruhenden Partikularrechte. Praktischer Unterschied beider [43]. Die östreichische Hypothek hat accessorische Natur im Sinne der Letzteren [45]. Seite 39

III. Gegenstand des Hypothekarrechtes.

- § 3. Alle Sachen, die im Grundbuchsverkehre stehen: „Der Grundbuchs-körper“ als universitas [48]. — Insbesondere 1) Theile (pro diviso), 2) Früchte (Wesen des sogenannten Pfandrechtes «ad fructus»), 3) Antheile (pro indiviso) Seite 47.
- § 4. Fortsetzung. Bücherliche Rechte als Objekte der Verpfändung, insbesondere [54]: 1) das Unter- oder Nutzungs-eigenthum, 2) der Nießbrauch, 3) Intabulirte Bestandrechte, 4) Reallastberechtigungen, 5) das sogenannte Bergwerkseigenthum, 6) das Hypothekarrecht selbst. — Unverpfändbare Rechte [55]: 1) Personal-Servituten, 2) Real-Servituten, 3) Radizirte Gewerbe, 4) das Wiederkaufs- und Verkaufsrecht, 5) das Erbrecht. Seite 52

IV. Der Grundsatz der Spezialität.

- § 5. Inhalt und Zweck dieses Grundsatzes [58]. Durchführung desselben in Oestreich: 1) Bestimmtheit des Gegenstandes [59], 2) Bestimmtheit des Inhaltes [61], 3) Bestimmtheit des Ranges der Hypothek [62]. Seite 58

V. Der Grundsatz der Publizität.

- § 6. Uebersicht. A. Oeffentlichkeit der Hypothekenbestellung [64]. Alter dieses Rechtsatzes in Oestreich [66]. Ausnahmen (Hypotheca tacita legalis) [66]. Seite 63
- § 7. B. Offenheit des Buches. Unbeschränkter Zutritt zu den öffentlichen Büchern in Oestreich Seite 68
- § 8. C. Glaubhaftigkeit des Buches (publica fides). Einleitung. Inhalt des Grundsatzes und Uebersicht der Folgen desselben für das materielle Recht [70]; insbesondere in Hinsicht auf 1) die Entziehung, 2) Inhalt, Umfang, Priorität, 3) die Endigung der Hypothekarrechte. Seite 69
- § 9. Fortsetzung. Juristische Konstruktion der materiell-rechtlichen Wirkungen des Vertrauensprinzipes. Formalwirkung korrekter und rechtskräftiger bürgerlicher Akte; Anfechtung ihres Inhaltes nach obligationenrechtlichen Grundsätzen [74]. Entwicklung und Kritik der die Formalwirkung des Buchaktes negirenden Theorie [76]. Seite 73

- § 10. AA. Die Formalwirkung der grundbücherlichen Einträge. Erfordernisse ihres Eintrittes: 1) Hinsichtlich des Bescheides [84], a) Echtheit, b) Richtigkeit; 2) hinsichtlich des Vollzuges [86]. Seite 83
- § 11. Richtigkeit und Berichtigung. Wesen und Folgen der Richtigkeit [88]. Berichtigung [89]: 1) von Amtswegen, 2) durch Rekurs, 3) Richtigkeitsklage. Ziel, Grund und Beweisthema derselben [91]. Seite 87
- § 12. BB. Anfechtung formal gültiger Einträge. Wesen der Anfechtung. Uebersicht der Anfechtungsgründe [94]. 1) Ungerechtfertigte Bereicherung, 2) Mala fides. 3) Bücherliche Wahrung des Anfechtungsrechtes Seite 92
- § 13. Materielle Unrechtmäßigkeit der hypothekarischen Einträge. 1. Unrechtmäßigkeit der Hypothekbestellung [95]. a) wegen Mangel des Eigenthums oder der Dispositionsfähigkeit, b) wegen Richtigkeit oder Anfechtbarkeit der Pfandforderung, c) wegen Richtigkeit oder Anfechtbarkeit des Pfandrechtsitels. 2) Unrechtmäßigkeit des Fortbestandes der Hypothek [97]. a) Nachträglicher Wegfall der Pfandschuld, b) Wegfall des Titels. 3) Unrechtmäßigkeit der Hypothek-Übertragung. 4) Der Abtretung der Rangordnung. 5) Der Löschung [98]. Seite 95
- § 14. Die Anfechtungs-Ansprüche im Einzelnen. 1) Die Anfechtung inter partes. Rechtsgrund der Anfechtbarkeit jedes materiell unrechtmäßigen Eintrages zwischen den unmittelbar betroffenen Parteien [101]. Sitzpunkte im a. b. Ob. Seite 99
- § 15. 2) Die Anfechtung gegen Dritte. a) Gegen redliche Dritte: aa) die ordentliche Anfechtung auf Grund rechtzeitig angebrachter Protestation (Streitanmerkung; Erfordernisse und Wirkung derselben [104]), bb) die singuläre Anfechtung bei unterbliebener Zustellung des Bescheides [105]. Seite 103
- § 16. C. Die Anfechtung gegen unredliche Dritte. 1) Wesen der Unredlichkeit im Sinne des östreichischen Tabularrechtes [108]. 2) Zeitpunkt der Unredlichkeit [110]. 3) Die Redlichkeitsfrage im Falle der Intervention von Stellvertretern [111]. 4) Beim Erben und Singular-Nachfolger [112]. 5) Beweislast [113]. Seite 106
- § 17. Processuale Form der Anfechtung. A. Im Civilproceße: 1) in Form der Einrede [113]. 2) im Klageweg, a) die Löschungsklage aus dem Grunde der materiellen Ungültigkeit [114]. b) Unterfügung der Hypothekarklage durch replikweise Anfechtung. Beweislast [115]. — B. Die Anfechtung im Strafproceße [117]. S. 113
- § 18. Wegfall der Anfechtung. 1) Konvaleszenz. 2) Verjährung Seite 118

Zweites Buch.**Entstehung der Hypothek.****I. Voraussetzungen der Entstehung des Hypothekarrechtes.****A. Bezüglich des Erwerbers.**

- § 19. 1. Die Pfandforderung. Dieselbe ist nur formales Erforderniß der Errichtung der Hypothek. Ausnahmen von diesem Satze [123] Seite 121
- § 20. Beschaffenheit der Pfandforderung. 1) Gegenstand. Nur Geldschulden; älteres und neueres Recht darüber [125]. 2) Bestimmtheit des Inhaltes. Bezifferung unbestimmter Schulden für den Tabularverkehr durch Ansatz eines Höchstbetrages [128]. 3) Künftige Forderungen. Feststellung der Voraussetzungen ihrer Eintragungsfähigkeit [131]; insbesondere Kautions- und Kredit-hypotheken [133]. 4) Kaufa der Pfandforderung. Nothwendigkeit oder Entbehrlichkeit ihrer Angabe bei Eintragung des Pfandrechtes; cautio indiscreta [134]. 5. Natural-Obligationen (Unterschiedliche Behandlung derselben [137]). 6. Person des Schuldners (Verpfändung für Schulden Dritter) Seite 125
- § 21. 2) Der Titel a. Wesen und Arten des Titels. Allgemeine und spezielle Pfandrechststitel [140]. Gesetzliche Auslegung des Umfanges der ersteren [142] Seite 138
- § 22. b. Die einzelnen Titel. 1) Verpfändungsvertrag. Formlosigkeit desselben. Indirekte Verpfändungserklärung: Pactum reservati dominii; stillschweigende Pfandbestellungen [144]. Auslegungsfragen [147]. Persönliche Fähigkeit zur Verpfändung. 2) Legtwillige Verpfändung [148] Seite 143
- § 23. 3) Gesetzliche und richterliche Titel (Insbes. die im a. b. Ob. enthaltenen gesetzlichen Titel) Seite 149
- § 24. B. Voraussetzungen bezüglich des Bestellers der Hypothek. 1) Buch-Eigenthum am Verpfändungsobjekt. Verpfändung künftiger zu erwerbender Güter; auf Grund resolutiv bedingten Eigenthums; auf Grund Miteigenthums [155]. Eintragung gegen den Erben des Verpfänders. Eintragung der Rechte der Gläubiger des Erben. Aufschreibung des Eigenthums des Verpfänders auf Begehren seines Gläubigers [156] S. 154
- § 25. 2) Dispositionsbefugniß des Auktors (Gebundenheit des Objectes). Verpflichtung des Grundbuchsrichters. Einkultungen und bürgerliche Dispositionsbeschränkungen von Amtswegen zu beachten [157]. Mittel zur bürgerlichen Auszeichnung derselben: Vormerkung und Anmerkung. Wesen und Unterschied derselben [159]. Gegenstand der Anmerkungen insbesondere 1) Dispositionsunfähigkeit des Eigentümers [160]. 2) Einkul-

lungen des Objectes und partielle Dispositionsbeschränkungen [161]. 3) Streitannmerkung. Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit [162]. 4) Anmerkung der beabsichtigten Uebertragung oder Belastung des Objectes [163] Seite 157

II. Der Entstehungsakt des Hypothekarrechtes.**A. Die Einverleibung.**

- § 26. 1) Formale Voraussetzungen derselben. 1) Subjekt des Einverleibungsgesuches [165]. 2) Inhalt desselben. Die Tabular-Urkunde [166]. Arten und Erfordernisse der Einverleibungs-Urkunde. Die Intabulationskaufel [169]. Legalisirung der Unterschriften. 3) Erledigung des Einverleibungsgesuches. Gründe der Abweisung und Bewilligung [171]. Maß der Bewilligung [173]. Rechtskraft des Bescheides [175] Seite 164
- § 27. 2) Vollzug und Inhalt des Eintrages. Wesentlicher Inhalt des einzutragenden Rechtes [176]. a) Kaufa der Pfandschuld, b) ziffernmäßiger Betrag, c) Object der Hypothek, d) Nebenbestimmungen des Rechtes (Unzulässige Klauseln [178]). Gewöhnliche Nebenbestimmungen [180]: aa. Zeitbestimmung, bb. Bedingungen. cc. Beschränkungen der Uebertragbarkeit. dd. Modifikationen der Priorität. — Besonders bei der Gesamteintragung des Pfandrechtes für Theilschuldverschreibungen, welche auf den Inhaber lauten [183] Seite 175

B. Die Vormerkung.

- § 28. 1) Zweck und rechtliche Natur derselben. Sie ist eine provisorische Intabulation, bestimmt für Hypothekarrechte, die aus formalen Gründen zur Einverleibung noch nicht reif sind [186]. Rückblick auf die ältere Gestalt dieses Institutes [187]. S. 184
- § 29. 2) Erfordernisse der Pfandrechts-Pränotation. a. älteres Recht. Feststellung der Pränotationserfordernisse durch die ältere Praxis [190]. Ihr zufolge war kein Pfandrechststitel erforderlich und auch im Wege der Rechtfertigung nur der Nachweis des Bestandes der Schuld geboten [192]. Rechtliche Natur und Mängel des Institutes in dieser Gestalt [193]. Anbahnung der Reform durch die ungarische Grundbuchsordnung [196] Seite 189
- § 30. b) Neues Recht. Erforderniß der Bescheinigung eines Rechts-titels zum Pfandrechte [199]. Mittel der Bescheinigung. Die Pränotationsurkunde [201]. 1) Privaturlunden. 2) öffentliche Urkunden. — Wirkung der vollzogenen Pränotation [204]. S. 198
- § 31. 3) Die Rechtfertigung. Begriff derselben. A. Voraussetzungen der Rechtfertigung, insbesondere die einverleibungsfähige Rechtfertigungserklärung [205]. Das Rechtfertigungsurtheil. Die Zustufigungsfrage [207]: Kläger, Geklagter, Beweisschema, Erfolg. B. Wirkungen des Rechtfertigungsverfahrens. 1) Die Wir-

fung der erbrachten Rechtfertigung [209]. Rückwirkung auf den Zeitpunkt des überreichten Pränotationsgesuches [210]. 2) Wirkung der entfallenen Rechtfertigung [211]. Wer ist befugt um die Löschung mangels Rechtfertigung einzuschreiten? [212] — Neuerliche Pränotirung mangels Rechtfertigung gelöschter Hypotheken [213] Seite 204

§ 32. Beurkundung des vollzogenen Eintrages und Verkündigung Dritter. 1) Die Certiorirungsklausel (Vollzugsklausel). 2) Satzbriefe oder Intabulationscheine. 3) Grundbuchsanzüge (Extrakte) [215]. — Obligatorische Verkündigung gewisser Kategorien von Betheiligten durch amtliche Zustellung der Grundbuchsbescheide [216]. Form und Beweis der Zustellung. S. 214

Drittes Buch.

Wirkung der Hypothek.

I. Im Allgemeinen. — Die Rechtsstellung des Hypothekars gegenüber dem Eigenthümer.

§ 33. Eigenthümliche Natur der durch die Hypothek gegebenen Belastung des Eigenthums. Freiheit der Verfügung über das Eigenthumsrecht [217]. Grenzen derselben. 1) Rechtliche Verfügungen des Eigenthümers [219]. Parzellirung. Servitutbestellungen. Servitutenerlaß. 2) Faktische Verfügungen des Eigenthümers [224]. Grundfällige Freiheit; aber Sicherstellungsrecht der Hypothekare, wenn durch einen Akt antiökonomischer Gebahrung die Substanz des Pfandgutes in einem den Hypothekaren gefährlichen Maße angegriffen wird. Inhalt und Form der Sicherstellung [226]. S. 217

II. Das Recht auf Befriedigung. (Der hypothekarische Anspruch.)

A. Dessen materieller Inhalt.

§ 34. I. Rechtliche Natur des hypothekarischen Anspruches. Dinglicher Charakter desselben. 1) Verhältniß zwischen der Hypothekarklage und der Klage aus der Pfandschuld [228]. 2) Inhalt der Hypothekarklage [230]. Das Recht auf Exekution und Befriedigung zu dringen ist wesentlich verschieden vom Verkaufsrechte des römischen Pfandgläubigers [232]. Rechtliche Natur des durch die exekutive Feilbietung geschaffenen Veräußerungsaktes [234]. 3) Das Petit der Hypothekarklage [236] Seite 227

§ 35. II. Subjekte und Voraussetzungen des Anspruches.

1) Der Kläger. 2) Der Beklagte [239]. Fortwirkung der erhobenen Klage gegen den Universalnachfolger des Beklagten, und gegen den Einzelnachfolger bei vorhandener Anmerkung der Hypothekarklage. 3) Begründung der Klage [241]: Liquidirung der Pfandforderung bezüglich a. ihrer Existenz, b. ihres Betrages, c. ihrer

Fälligkeit. Kündigung der Schuld [247]. Inhalt und Durchführung der Kündigung; Anmerkung der Kündigung. 4) Nachweis des rechtlichen Bestandes des Pfandrechtes [249]. Beweiskraft des bürgerlichen Eintrags Seite 238

III. Materiellrechtliche Vertheidigung gegen den hypothekarischen Anspruch.

§ 36. a) Bestreitung des Klagefundamentes [250]. b) Materielle Einreden und Gegenansprüche: einredeweise Anfechtungen des Hypothekarrechtes als eines schon ursprünglich materiell ungültig entstandenen oder späterhin materiell erloschenen Rechtes [251]. — Ferner insbesondere: 1. Die Einwendung der Vorausklage (exceptio excussionis); sie besteht nach österreichischem Rechte nicht [256]. 2. Gegenansprüche wegen Verwendungen [259]. 3. Einrede der Klageverjährung [261]. Beginn, Hemmungen, Ablauf der Verjährung Seite 250

IV. Umfang des hypothekarischen Anspruches.

§ 37. Pignoris causa indivisa est. Nähere Feststellung. 1) Hinsichtlich der Pfandforderung a) Kapital [264]. b) Zinsen. Das Pfandrecht der dreijährigen Zinsenrückstände [266]. c) Prozeß- und Exekutionskosten [269]. Begrenzung des hier maßgebenden Begriffes von Prozeßkosten; Kosten des Vorrechtsstreites [271] Seite 264

§ 38. 2) Umfang des hypothekarischen Anspruches hinsichtlich seines Objectes. Der Tabularkörper „als ein Ganzes“, d. h. als rechtliche Einheit (universitas juris) ist der Gegenstand des Pfandanspruches [272]. 1) Außerer Umfang des Hypothekargutes [274]. Zertheilung und Zusammenlegung von Grundstücken. 2) Intensive Veränderungen des Objectes [275]. Meliorationen und Inkorporationen. Früchte. Vertheilung der Civilfrüchte im Sequestrationsfalle [277]. Antizipation von Civilfrüchten durch den Eigenthümer [279]. 3. Zugehör [280]. Modifikation des Pertinenzbegriffes für den Tabularverkehr. a. unbewegliche Nebensachen. b. Bewegliche. Instrumentum fundi. Gesetzliche Spezialbestimmungen für Eisenbahnen und Bergwerke [283]. 4. Rechtliche Qualitäten des Pfandgutes (Prädialservituten, Realgewerbe u. dgl.) [284] Seite 272

§ 39. Fortsetzung. 5) Im Falle der Expropriation und der Elementarbeschädigung. a. Expropriation [285]. Befriedigung der Hypothekare aus der Ablösungssumme; Theilbefriedigung bei bloß partieller Enteignung. b. Entwerthung durch Elementarschäden. Ansprüche der Hypothekare auf die Affekuranz-Prämien [287] Seite 285

V. Von den Simultanhypotheken insbesondere.

- § 40. Zweck und Begriff. Praktisches Bedürfniß nach den Solldar-
pfandrechten; Opposition gegen ihre gesetzliche Anerkennung [290].
— Die gesetzliche Definition [291]. Elemente des Begriffes:
1. Mehrheit der Pfandrechte [293]. 2) Einheit der Pfandschuld.
Ähnlichkeit (aber nicht Analogie) des Verhältnisses mit der Kor-
real-Obligation [294] Seite 289
- § 41. Entstehung und bürgerliche Behandlung der Simul-
tanhypotheken. A. Entstehung. 1. Durch Simultanpfand-
titel [298]; insbesondere Pfandbestellung durch Korreal Schuldner.
2. Gesetzliche Entstehung von Simultanhypotheken nach dem Zer-
theilungsgesetze [299]. 3. Die ideelle Theilung des Pfandobjektes
erzeugt keine Simultanhypotheken [300]. B. Bürgerliche Be-
handlung. 1. Die Anmerkung der Simultanhaftung [302].
2) Die Zusammenfassung der Einlagen sämtlicher Zweighypo-
theken. Haupteinlage und Nebeneinlage [304]. Bloss formale Be-
deutung dieses Unterschiedes Seite 298
- § 42. Wirkung der Simultanhypotheken. A. Freie Wahl
in der Ausübung [307]. Kein beneficium divisionis; aber
Dispositionsnormen für die Auftheilung in Ermanglung einer ge-
troffenen Wahl. Vertheilungsrechnung [311]. — B. Negreß-
Ansprüche. Inhalt und Art der Interessen, welche durch die
gewählte Art der Ausübung des Simultanpfandrechtes möglicher-
weise berührt werden [313]. 1) Billigkeitsanspruch auf Aus-
gleichung, gesetzlich anerkannt für den Konkursfall [315]. Umfang
und Durchführung des hienach bestehenden Negreßrechtes. Die
Frage nach der analogen Ausdehnung dieses Rechtes über den
Konkursfall hinaus [316]. 2) Andere Negreßansprüche [317]. —
C. Freie Verfügung über das Simultanpfandver-
hältniß. 1. Erlaß. Streitfragen darüber [320]. 2. Aufthei-
lung. 3. Cession und Afterverpfändung. Kollidirende Cessionen
der Zweigpfandrechte [322]. 4. Zwangseinslösung (jus offerendi)
gegen den Inhaber der Simultanhypothek [324]. Seite 307
- B. Die prozessuale Durchsetzung des hypothekarischen Anspruchs.
a. Im Einzelprozesse.
- § 43. I. Formale Liquidirung des Hypothekarananspruches.
Erfolgsfähigkeit desselben. Die Hypothekarklage in prozessualer
Beziehung [326]. Gerichts-Kompetenz. Art des Verfahrens.
Mandatsverfahren. Exekutivprozeß. (Erfolgsfähiger Notariats-
akt; gerichtlicher Vergleich) Seite 324
- § 44. II. Processuale Durchsetzung des liquiden Hypothe-
karananspruches (Exekution). 1. Die exekutive Seque-
stration [331]. Person und Rechtsstellung des Sequesters.
Mehrfache Sequestration [334]. Kosten derselben [337]. Seque-
strationsrechnung und Vertheilung der Erträgnisse Seite 330

- § 45. 2. Die Exekution durch Veräußerung des Hypothe-
kargutes. Vorbereitende Schritte. I. Die bürgerliche
Auszeichnung des ersten Exekutionsgrades. Rechtliche Bedeutung
der Erwerbung des „exekutiven Pfandrechtes“ für mit Hypothek
schon versehene Ansprüche [340]. II. Die exekutive Schätzung
[342]. Zwecke und Durchführung derselben Seite 339
- § 46. III. Die Feilbietung. 1) Gerichtskompetenz. 2) Das Feil-
bietungsgesuch. Kein Eintrittsrecht der Mithypothekare in die
fallen gelassene Exekutionsführung [349]. 3) Die Feilbietungs-
bedingungen [350]. Nothwendigkeit derselben? Grenzen der Par-
teienwillkür bei deren Feststellung [355]. 4) Die Feilbietungs-
termine. 5) Die Feilbietungsbeditte. 6) Die Verständigung aller
Betheiligten von der bewilligten Feilbietung [357]. 7) Vornahme
der Feilbietung. Das Vadium [361]. 8) Die Relizitation. Recht-
liche Natur und Kosten derselben [364]. Die Anmerkung der
exekutiven Versteigerung [366]. — Exekution in verpfändete
bürgerliche Rechte [367] Seite 347
- § 47. Die Realisirung des Hypothekarrechtes. b. Im
Konkursfalle. Verhältniß der Hypothekarfriedigung zum
Konkurs [368]. Die Realgläubiger als Separatisten [370]. Die
kridamäßige Feilbietung und ihre Wirkungen im Gegensatz zur
gemeinen exekutiven Feilbietung [372] Seite 368

Viertes Buch.

Uebertragung und Belastung der Hypotheken.

- § 48. Uebersicht Seite 375
- I. Cession.
- § 49. Allgemeines. Die Cession und das öffentliche Buch.
Formlosigkeit der Forderungscession. Erforderniß des Buchaktes
für die Pfandrechtscession. (Rechtliche Natur der „Pfandbriefe“
[377]). Daher die Möglichkeiten: 1) Cession der Forderung
ohne das Pfandrecht [379]. 2) Uebertragung des Pfand-
rechtes ohne die Forderung [380]. 3) Außerbüchliche Cession der
Forderung und des Pfandrechtes [381]. Die rechtliche Lage des
außerbüchlichen Cessionars als procurator in rem suam des
Cedenten [383]. Seine Pfandklage; Einreden; Befugniß zum
Intabulationsbegehren; zur Weitercession und Verpfändung; zu
Erlaß und Löschung [385]. Rechtslage des Cedenten nach einer
außerbüchlichen Cession [388] Seite 376
- § 50. Grund und Umfang der Cession. Rechtlicher Einfluß der
causa cessionis, insbesondere hinsichtlich der Wirkungen der Ab-
tretung [390]. Gewährleistungspflicht des Cedenten [392]. —
Einzelne Cessionsgründe [393]. 1) Rechtsgeschäfte. Legat.

II. Belastung der Hypotheken.

A. Durch Pfand.

- 2) Richterliche Ueberweisung der Forderung (Einantwortung).
 3) Gesetzliche Cessionspflicht (Unterschied von der „hypothekarischen Succession“ des gemeinen Rechtes [396]). — Die Cessionsverträge insbesondere. Wesen und Auslegung derselben [398]. Theilcession [400]. Gesetzlich schrankenlose Theilbarkeit der Hypothekarrechte. (Schwierigkeit bei ziffermäßig unbestimmten Forderungen mit Höchstbetrag). Andere Beschränkungen des Cessionsinhaltes [402]. Seite 389
- § 51. Abtretbarkeit der Hypotheken. (Cessibilität.) Grundsatz der Abtretungsfreiheit. Einzelne Fragen [405]: 1) Streitige, 2) mit Verbot belegte, 3) für künftige Forderungen haftende Hypotheken. 4) Cessionshindernisse aus der Person des Cessionars. Seite 404
- § 52. Der Cessionsakt. 1) Die Einverleibung der Cession [410]. 2) Die Vormerkung. Kosten des Cessionsaktes [411]. 3) Die Anmerkung der beabsichtigten Cession. Voraussetzungen, Wirkungen und Zweck derselben [412]. Seite 408
- § 53. Wirkungen der Cession. I. Für den Cedenten. II. Für den Cessionar. Unterwerfung seines Rechtes unter die bürgerlich ersichtlichen Beschränkungen und Aufhebungsgründe [416]. III. Für den Cessus. Die Denunziation [418]. Seite 414
- § 54. Die Vertheidigung gegen die Hypothekarklage des Cessionars. Grundsätzliche Beschränkung dieser Vertheidigung gegenüber dem im Vertrauen auf das öffentliche Buch handelnden Cessionar. — 1) Einwendungen aus rechtlichen Beziehungen, welche unmittelbar zwischen dem Kläger und Geklagten obwalten [420]. 2) Aus bürgerlich ersichtlichen Rechtsgründen [421]. 3) Einwendungen gegen die ursprüngliche Gültigkeit der Forderung auf Grund angebrachter Streitannmerkung, oder unterbliebener Zustellung des Bescheides [422]. 4) Einwendungen auf Grund unredlichen Erwerbes (Die Redlichkeitsfrage in gewissen besonderen Cessionsfällen [425]). Seite 419
- § 55. Fortsetzung. Die praktisch wichtigsten Einwendungen gegen die Hypothekarklage des Cessionars: a) Einrede der Nichtigkeit der Pfandschuld [427]. b) Einrede der Zahlung [428]. c) Kompensationseinrede [429]. Personen zwischen welchen sie stattfindet. Bürgerliche Ersichtlichkeit des Kompensationsanspruches [432]. d) Einrede der Verjährung [435]. Beschränkung durch das Publizitätsprinzip Seite 427
- § 56. Kollidirende Cessionen. 1) Kollision zwischen außerbücherlichen Cessionen [437]. Entscheidung nach dem materiellen Rechte: Prior tempore potior jure. 2) Kollision zwischen außerbücherlicher und bürgerlicher Cession; Entscheidung nach dem Tabularprinzip [439]. Aufsehung der bürgerlichen Rechtsstellung des materiell unrechtmäßig intabulirten Cessionars. 3) Kollision zwischen bürgerlichen Cessionen [441]. Feststellung des Falles. Entscheidung. S. 437

- § 57. Begriff und Inhalt. Die Pfandverpfändung erzeugt regelmäßig zugleich pignus nominis und pignus pignoris [445]. Möglichkeit der Trennung beider Geschäfte und einer Kollision ihrer Wirkungen. — Cession „zur Sicherstellung“ [447]. Seite 444
- § 58. Entstehung und Wirkung der Pfandhypothek. A. Entstehung [447]. B. Wirkung. I. Während der Dauer des Verhältnisses. Stellung des Pfandhypothekars als Realgläubiger. Gebundenheit der belasteten Hypothekarpost [448]. II. Im Stadium der Ausübung doppelter Weg zur Befriedigung: a) aus dem Kaufschillinge des exekutiv feilgebotenen Grundbuchskörpers [450]. b) aus dem Werthe der verpfändeten Satzpost selbst [451]: 1) durch exekutive Feilbietung derselben; 2) durch exekutive Einantwortung; 3) aus dem gerichtlich deponirten Betrage der verpfändeten Forderung. — Sequestration der verpfändeten Forderung [453]. Seite 447

B. Belastung durch Nießbrauch.

- § 59. Inhalt dieser Belastung. Befugniß des Hypothekars zur Aufkündigung der Pfandschuld ohne Willen des Nießbrauchers [454]. Hypothekarklage des Nießbrauchers (Umfang seines Anspruches bei Inkongruenz der Zinszeiträume mit der Dauer des Nießbrauches [456]). Seite 454

C. Belastung durch Verfügungsbeschränkungen (Intabulirung der Hypotheken).

- § 60. 1) Gewillkürte Veräußerungs- und Belastungsverbote. Zulässigkeit der Verbücherung und dingliche Wirkung derselben [457]. 2) Substitutions- und Fideikommißband [460]. 3) Rautionsband (insbesondere die Militär-Heirathskautionen [461]). Seite 456

Fünftes Buch.

Kollision der Hypotheken.

I. Die Rangordnung.

- § 61. 1) Die Regel. Prinzip der Rangordnung. (Das römisch-rechtliche Rangprinzip; die s. g. Lokustheorie [464]). Grundregel: Die Ordnung der Eintragungen bestimmt die Rangreihe der Pfandrechte. Sinn und Durchführung dieser Regel [465]. — Die Anmerkung der Rangordnung. Zweck und Wirkung derselben [467]. Seite 463
- § 62. 2) Rangprivilegien. 1) Staatliche Realsteuern [471]. 2) Grundentlastungsschulden. 3) Gemeinde-Umlagen und Konkurrenzbeiträge. Rangordnung dieser Ansprüche untereinander [473].

Kaufschillingsvertheilung. — Konstruktion des Geschäftsinhaltes bei der Nachstehung [511] Seite 492

II. Rechtswirkungen des Ranges.

- 4) Bergwerkschulden. 5) Eisenbahnschulden. 6) Die Exekutionskosten [474]. Rechtsgrund, aus welchem die Priorität der Letzteren abzuleiten ist. Absolute Priorität. Grenzbestimmungen über den Umfang der privilegierten Exekutionskosten [477] . . . Seite 470
- § 63. 3) Rangveränderungen. A. Durch Vorrückung. Rechtsgrund der Vorrückung beim Wegfall vorgehender Hypotheken. Die Nachhypothekare haben ein Interesse an der Vorrückung, aber kein Recht darauf; daher auch keine Klage auf Böschung materiell erloschener Vorhypotheken [480] S. 478
- § 64. B. Durch gewillkürte Verfügungen über die Priorität. a) Ursprüngliche Modifikationen des Ranges. Bedingungen und Grenzen solcher Verfügungen [482]. b. Veränderungen am bestehenden bürgerlichen Range (Rangabtretung oder Prioritäts-Nachstehung) [483]. Wirkung einer solchen zwischen Hypotheken, die im Range unmittelbar aufeinanderfolgen; Form ihrer Verbücherung (Anmerkung oder Einverleibung, bezw. Vormerkung [485]); Erforderniß der Zustimmung des Aftershypothekars bei Nachstehung der ihm verpfändeten Post. — Vorrangabtretung zwischen nicht aufeinanderfolgenden Posten [487]. Doppelte mögliche Auffassung der sich an dieses Geschäft knüpfenden Wirkung. I. Absolute Wirkung der Prioritätseinräumung als Veränderung des objektiven Bestandes der Rangordnung. Entwicklung der Einzelfolgen dieser Auffassung [489] . . . Seite 481
- § 65. Fortsetzung. Rechtliche Natur der Vorrangseinräumung. Bedenken gegen die Triftigkeit der vorhin entwickelten Folgerungen [493]; Uebergang zur zweiten möglichen Auffassung, II. Die Vorrangseinräumung wirkt blos relativ, sie erzeugt die Verpflichtung, den der einen Hypothek zustehenden Rang gegen eine bestimmte andere, ihr bürgerlich nachfolgende, Hypothek nicht zur Geltung zu bringen. Entwicklung der Folgefälle aus dieser Auffassung [495]: 1) Wenn im Zeitpunkt der Pfandexekution beide Hypotheken noch bestehen [496]. 2) Wenn die Vortretende oder die Nachstehende vorher weggefallen ist [497]. 3) Rangabtretung seitens mehrerer Vorhypothekare zu Gunsten Einer Nachhypothek und umgekehrt [499]. 4) Weiterübertragung des durch Prioritätseinräumung erworbenen Rechtes [500]? 5) Prioritätsabtretung zwischen Servitut und Hypotheken, und umgekehrt [502]. 6) Vorrangseinräumung zu Gunsten oder zu Lasten einer künftig zu erwerbenden Hypothek [503]? 7) Unmöglichkeit einer theilweisen Nachstehung [504]. — Rechtliche Natur des Nachstehungs-Geschäftes [506]. Ein obligatorischer Vertrag bestimmten Inhaltes, welcher durch Eintragung in das Grundbuch „verdinglich“ wird. Wirkungen der Verbücherung [509]: Uebergang auf die beiderseitigen bürgerlichen Einzel-Nachfolger; Schutz durch das Publizitätsprinzip; offiziöse Berücksichtigung des Vertragseinhaltes bei der

- § 66. 1) Allgemeine Grundsätze. Wesen der rechtlichen Beziehung zwischen der Vor- und der Nachhypothek. (Materielle Gleichstellung des Rechtsinhaltes der Ersthypothek und der Nachhypotheken im heutigen Rechte; unbeschränktes jus distrahendi der posteriores creditores [515]). Relativität des Ranges. (Praktische Folgerungen im Falle des Zusammenstehens mehrerer Hypotheken an demselben Gut in der Hand Eines Gläubigers [518]). — Hypotheken im gleichen Range werden eventuell pro rata befriedigt [520] Seite 515
- § 67. Insbesondere bei Theilhypotheken und bei Pfandrechten ad fructus. 1) Theilhypotheken [522]. a) Auftheilung des Erlöses zwischen Total- und Partialhypothekaren, wenn das ganze Pfandgut veräußert ist [523]; insbesondere bei Simultanpfandrechte an mehreren Theilen des Gutes [524]. b) bei Veräußerung eines Gutsantheiles; insbesondere wenn derselbe größer oder kleiner ist, als der verpfändete Antheil [525]. — 2) Pfandrechte ad fructus [527] Seite 521
- § 68. 2) Verhältniß der Hypotheken zu intabulirten Servitut und persönlichen Verbindlichkeiten. Grundsätzliche Geltung der Rangordnung zwischen allen Arten intabulirter Rechte. Verschiedene Kraft dieser Rechte in der Krise der Feilbietung. 1) Die Dienstbarkeiten [529]. Grundsatz der Erhaltung derselben, soweit es ohne Schaden für vorgehende Hypotheken möglich ist. Verfahren zu diesem Zwecke [531]. 2) Verbücherte Obligationen insbesondere Bestandsrechte [532]. Gesetzliche Verwandlung derselben in Entschädigungsansprüche in Folge der exekutiven Feilbietung. Vorkaufsrecht. Wiederkaufsrecht. Reallasten, insbesondere Ausgedinge; sind dieselben nach Analogie der Servituten oder der Bestandsrechte zu behandeln? [534]. Ermittlung des richtigen Kapitalswerthes solcher Rechte [536] Seite 528
- § 69. 3) Das Einlöfungsrecht (jus offerendi). A. Wesen und Wirkung desselben. Inhalt und Zweck des gemeinrechtlichen jus offerendi. Verschiedene Rechtslage in Oestreich, vermöge der abweichenden Normen des a. b. Ob. über Zahlung durch Dritte [538]. Verhältniß des jus offerendi zum allgemeinen Einlöfungsrechte jedes dritten Zahlers nach a. b. Ob. § 1422 [541]. — Verzicht auf das Einlöfungsrecht Seite 537
- § 70. B. Einzelfrage. 1) Wem steht das Einlöfungsrecht zu? [543] Vorhypothekare, Aftershypothekare, Servitutsberechtigte, Bestandnehmer u. s. w. 2) Zeitgrenzen für das jus offerendi [545]. (Interpretation des § 462 a. b. Ob.) Dasselbe steht zu vom Zeitpunkte der angebrachten Hypothekarfrage bis zur vollendeten

Feilbietung [547]. 3) Inhalt und Beschaffenheit der Oblation. Theilweise Ausübung des jus offerendi. Verbal-, oder Realoblation? [550] Konkurrenz einer Mehrheit von Einlösungsberechtigten [551] Seite 543

III. Der Anspruch auf rangmäßige Befriedigung.

§ 71. Uebersicht der Praxis. Mangelhafter Bestand der Gesetzenormen über das Verfahren vom Zuschlage des exekutiv feilgegebenen Gutes bis zur wirklichen Befriedigung der Pfandgläubiger. Darstellung der Hauptarten der diesfälligen Praxis [555]. S. 552

1) Der Anspruch auf rangmäßige Befriedigung in offizioser Behandlung. (Liquidirung und Rauffchillungsvertheilung.)

§ 72. A. Prinzip des Verfahrens. Die gerichtliche Rauffchillungsvertheilung als ein Realkonkurs [559]. Grundsätzliche Folgen dieser Auffassung. I. Die materielle Rechtslage im Zeitpunkte der exekutiven Veräußerung ist von Amtswegen festzustellen und der Vertheilung zu Grunde zu legen [560]. II. Juristische Einheit des richterlichen Vertheilungsbescheides [562]. Seite 558

§ 73. B. Durchführung des Verfahrens. Materiellrechtliche Einzelfragen. Der letzte Tabularstand als Grundlage der Verhandlung [563]; prinzipielle Stellung des Vertheilungsrichters in dieser Verhandlung. Einzelnes [565]: 1) Ausscheidung indebita hastender Posten. 2) Behandlung der mit Supersässen belasteten Hypotheken. 3) Pränotirte Hypothekarforderungen. 4) Wer ist im Vertheilungsverfahren befugt die Nichtigkeit und Rangstellung einer Hypothek anzufechten? [568] Kritik der herrschenden Praxis. S. 563

§ 74. Fortsetzung. 5) Ergebnis der Verhandlung: streitige und liquide Posten. a) Hemmende Wirkung der Bestreitung [574]. „Ausscheideposten“. Parteirollenvertheilung für die Bestreitung. Präjudiz der unterlassenen Klage. Deckungskapitalien für bestrittene Hypotheken. Suspensiv oder resolutiv bedingte Posten. — b) Befriedigung der liquiden Posten durch Zuweisung aus dem deponirten Meistbote oder durch Ueberweisung auf den Ersteher [577]. Behandlung nicht fälliger vom Meistbote gedeckter Posten [578]. — 6) Rechtsmittel gegen den Vertheilungsbescheid [580]. S. 573

2) Der Anspruch auf rangmäßige Befriedigung im Prozeßwege. (Liquidirungs- und Vorrechtsklage.)

§ 75. A. Die Liquidirungsklage. 1) Wenn der Hypothekar zu klagen hat [581]. 2) Wenn die bestreitenden Parteien auf den Rechtsweg gewiesen sind [582]. — Wirkung des Urtheils. Kosten des Liquidirungsprozesses [583]. Kosten der mittlerweiligen gerichtlichen Verwahrung Seite 580

§ 76. B. Die Vorrechtsklage. Inhalt und Voraussetzungen derselben. Terminologisches. Veranlassung zur Klage vor oder

nach eröffneter Exekution [584]. 1) Petit der Klage [585]. 2) Voraussetzungen des Sieges; Klagegrund und Beweisthema [586] Seite 583

§ 77. Fortsetzung. Wirkungen der Vorrechtsklage. I. Streng relative Wirkung der außerhalb des Exekutionsverfahrens erhobenen Vorrechtsklage [589]. Pflicht des Exekutionsrichters den Inhalt solcher Urtheile bei der Vertheilung zu respektiren. Durchführung der Vertheilung beim Vorhandensein disparater Prioritätsurtheile [591]; „relative Priorität“ [593]. II. Wirkung des im Exekutionsstadium erhobenen Vorrechtsstreites. Sein Ziel ist Abänderung der im Vertheilungsbescheide gegebenen Klassifikation [595], daher resultirt eine mögliche Seitenwirkung des Urtheils zu Gunsten dritter Hypothekare [596]. Innere Einheit der endgiltig richtiggestellten Klassifikation [597]. — Kosten des Vorrechtsstreites Seite 588

Sechstes Buch.

Untergang der Hypotheken.

I. Erlöschung und Löschung der Hypothekarrechte.

§ 78. Unterschied beider Begriffe [599]. Rechtszustand, wenn entweder materiell erloschene Pfandrechte nicht gelöscht, oder nicht erloschene gelöscht worden sind: 1) Fortbestand erloschener Hypotheken bis zur Löschung (Interpretation des § 469 a. b. Ob.) [601]. 2) Ipso jure-Wirkung der materiell unrechtmäßigen Löschung [602]. — Wesen und Bedeutung des Löschungstitels Seite 599

II. Löschungstitel.

A. Hinsichtlich der Pfandschuld.

§ 79. 1) Untergang derselben. a) Zahlung [605]. Person des Zahlers. Theilzahlungen. Der Zahlung gleichwirkende rechtliche Ereignisse: Datio in solutum. Gerichtliche Deposition (Zeitpunkt des Eintrittes der Befreiung in letzterem Falle [607]). Rechtskraft eines die Schuld aberkennenden Urtheils Seite 604

§ 80. Fortsetzung. b) Kompensation [609]. c) Novation [610]. Einverständlicher Uebergang des Pfandrechtes auf die neue Schuld. Wirkung der Novation für den Realverkehr. d) Erlaß, Endtermin, Konfusio [612]. e) Schuldverjährung [613]. Streitannmerkung für die betreffende Löschungsklage. — Substitution einer anderen Pfandschuld an Stelle der getilgten? [613] Seite 609

§ 81. 2) Ursprüngliche Ungiltigkeit der Pfandschuld. S. 617

§ 82. 3) Besonderes für Kartions- und Kredithypotheken. Rechtliche und wirtschaftliche Eigentümlichkeit dieser Hypotheken. Beweisthema für das Löschungsbegehren [619]. Unguldfähigkeit der Substitution einer andern Schuld in diesen Fällen [620]. S. 618

- § 83. B. Löschungstitel hinsichtlich des Pfandrechtes. 1) Untergang des Pfandgegenstandes. Physischer Untergang, bürgerlicher Untergang. Untergang des belasteten Antheiles durch Aufhebung der Getheiltheit des Gutes [622]. Untergang der verpfändeten Hypothekarforderung. — 2) Erlaß des Pfandrechtes [623]. Formlosigkeit des Vertrages. Auslegung desselben; pignoris remissio tacita. Unzulässigkeit des Pfandrechtsverlustes hinsichtlich eines Antheils des Pfandgutes unter Konzentration des Rechtes auf die übrigen Antheile [625]. 3) Vereinigung des Eigenthums und des Pfandrechtes (Konfusio) [627] Seite 621
- § 84. Fortsetzung. 4) Befristungen und Bedingungen. Wirkung des bürgerlich ersichtlichen Endtermines des Rechtes des Verpfänders auf, das abgeleitete Pfandrecht [629]. Bürgerlich ersichtliche Bedingtheit jenes Rechtes. Wirkung ex tunc; insbesondere bei Hypotheken, welche von bloß pränotirten Rechten abgeleitet sind [630]. 5) Exekution des Pfandgutes [633]. 6) Verjährung und Amortisirung [634] Seite 628

III. Lösungsakt.

A. Voraussetzungen desselben.

- § 85. Ein inter partes wirksamer, präsenster Lösungstitel. (Von wem und gegen wen kann die Lösung begehrt werden? Betagte oder bedingte Lösungstitel [637]). 2) Urkundlicher Beleg des Lösungstitels; die Lösungsurkunde [638]. Inhalt derselben. Insbesondere die Quittung [639]. Das Lösungsurtheil. Lösungsklage [640]; Rechtliche Natur und Petit derselben; Kompetenz. S. 636

B. Durchführung des Lösungsaktes.

- § 86. 1) Einverleibung der Lösung. Das Lösungsgefuß und dessen Beilagen. Intabulationsfähige Lösungsurkunden [643]. Bescheid über das Lösungsgefuß Seite 641
- § 87. 2) Vormerkung der Lösung. a) Voraussetzungen derselben. Pränotationsfähige Lösungsurkunden [646]. b) Wirkung der Vormerkung aa) während der Schwebung, bb) nach Entscheidung der Bedingung. Rechtfertigung der pränotirten Lösung [648]; Wirkung der erbrachten und der emfallenen Rechtfertigung. — 3) Anmerkung der beabsichtigten Lösung [650]. Seite 645
- § 88. Vollzug, Beurkundung und Zustellung des Lösungsbescheides Seite 650

Anhang.

Ueber Hypotheken an eigener Sache.

- § 89. Uebersicht der Frage. Die praktischen Ziele, welche das in verschiedenen deutschen Partikularrechten aufgenommene Institut

- der „Eigenthümerhypothek“ verfolgt. I. Mobilisirung des Realcredites durch antizipative Eintragung von Hypotheken vorerst auf den Namen des Eigenthümers [656]. II. Abwehr unbilliger Rechtsfolgen der Konfusio bei nachträglichem Erwerb des Eigenthums durch den Hypothekar (oder umgekehrt). III. Hintanhaltung des Vorrückens der Nachhypotheken, insbesondere bei Tilgung der Vorpost aus fremden Mitteln [657]. — Rechtsvorkehrungen, durch welche diese Ziele zum Theil schon im gemeinen Recht und vollständiger sodann in neueren Partikularrechten verfolgt werden [659]; insbesondere die „Eigenthümerhypothek“ des preussischen und der „Rangvorbehalt“ des bairischen Rechtes [662]. Seite 654
- § 90. Stand der Frage im heutigen östreichischen Recht. I. Rangvorbehalt und Eigenthümerhypothek [663]. — II. Eigenthum und Pfandrecht im Konfusionsfall [666]. A. Rechtlich zufällige Konfusio: Fortbestand der Hypothek bis zur Lösung (a. b. Ob. § 1446). Wirkungen dieses Bestandes; insbesondere für den Fall einer Cession des konfundirten Hypothekarrechtes, wenn dem Cessionar die Konfusio bekannt ist [668]. B. Konfusio durch Einlösung. Berechtigung des Zahlers, anstatt Quittung, Cession der Hypothek zu begehren? [672] Rechtsvortheile, welche dem Eigenthümer aus der Einlösung des Hypothekarrechtes erwachsen [674]; jene „Cession“ ist dem Wesen nach hypothekarische Succession.

Beilagen.

	Seite
I. Grundbuch der Stadt Wien	XV
II. Nieder-Östreichische Landtafel	XXVII
III. Bergbuchauszug	XXXVIII
IV. Auszug aus dem Eisenbahnbuche	XLIV
V. Auszug aus dem Eisenbahnbuche	XLV
VI. Eisenbahnbuch	III*
VII. Wiener Grundbuch (nach neuester Form)	XIII*

Register.

I. Paragraphenregister zum allgemeinen Grundbuchgesetz	XXIII*
II. Register der hypothekarischen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes	XXV*
III. Sachregister	XXIX*
IV. Inhalts-Verzeichniß	XXXV*