

Universitäts- und Landesbibliothek Tirol

Die Prioritätsabtretung nach heutigem Grundbuchrecht

Strohal, Emil

Graz, 1880

II. Die Prioritätsabtretung unter Hypothekengläubigern

II.

Die Prioritätsabtretung unter Hypothekengläubigern.

1. Kapitel.

Die Prioritätsabtretung als Geschäft des Obligationen-Rechtes.

I. Schon in der Einleitung ist hervorgehoben worden, dass jenes Geschäft, welches man als Prioritätsabtretung zu bezeichnen pflegt, von den Einen⁵ als Geschäft mit nur obligatorischer Wirkung, von den Anderen wieder als solches mit dinglicher Wirkung aufgefasst wird, und dem ist hier beizufügen, dass wohl noch eine dritte Auffassung als möglich erscheint, vermöge welcher je nach

⁵ Für die obligatorische Construction der Prioritätsabtretung erklären sich: Windscheid, Pandekten-R. I § 247, N. 4 (jedoch nur für das gemeine Recht); ferner Rm. in den Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, Bd. XXVI (1861) S. 65—77 und S. 81—88; Roth, bayrisches Civil-R. II § 192 („indem sich der ausweichende Hypothekengläubiger nur verpflichtet, dem anderen dasjenige zu überlassen, was für den Ausweichenden seiner Zeit aus dem Erlös des Hypothekenobjekts nach Massgabe des seiner Forderung zukommenden Ranges wird flüssig werden....“); Colberg, über die Bedeutung des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs S. 87 ff. besonders S. 89; Exner in Grünhut's Zeitschrift VII S. 291 ff.

Massgabe des vorliegenden Thatbestandes bald die eine bald die andere Wirkung eintritt (vgl. auch Dernburg a. a. O. I, S. 743 der 1. und S. 784/785 der 2. Auflage).

Die Entscheidung darüber, welche dieser Auffassungen für das österr. Recht die richtige ist, soll zunächst dadurch vorbereitet werden, dass wir uns die Ergebnisse klar zu machen suchen, zu welchen die obligatorische Construction der Prioritätsabtretung führt.

Die hiezu erforderliche Untersuchung gliedert sich naturgemäss in zwei Hauptabtheilungen, in deren erster jener Fall der Prioritätsabtretung, wo Prioritätscedent unmittelbarer Vormann des Prioritätscessionars ist, und in deren zweiter der complicirtere Fall zu besprechen sein wird, wo Prioritätscedent unmittelbarer Vormann des Prioritätscessionars nicht ist.

II. 1. Findet zwischen *primus* und *secundus* eine Prioritätsabtretung statt, so geht der Wille der Parteien zweifellos dahin, dass hiedurch für den *secundus* — insofern und insoweit dieser überhaupt ein Interesse daran hat — derselbe praktische Erfolg hergestellt werden soll, als ob dieser der *primus* wäre; und ist die Prioritätsabtretung — wie wir ja vorläufig voraussetzen — als Geschäft des Obligationenrechtes aufzufassen, so werden wir demgemäss sagen müssen, dass sich *primus* durch die Prioritätsabtretung dem *secundus* gegenüber zu einem Verhalten verpflichtet, vermöge dessen für den Letzteren der vorerwähnte Erfolg wirklich eintritt.

Der Inhalt der Verpflichtung des *primus* ist aber hiemit noch nicht genügend charakterisirt. Denn wenn gleich wir wissen, welchen Erfolg *primus* durch sein

Verhalten herbeizuführen hat, so bleibt durch obige Fassung doch noch im Unklaren, wie sich *primus* zu verhalten hat, um jenen Erfolg herbeizuführen.

Wir werden uns also über dies „wie“ erst noch zu verständigen haben.

2. Der nach Obigem vom *primus* herzustellende Erfolg kann von diesem offenbar auf zweifachem Wege erreicht werden: entweder dadurch, dass derselbe sein Pfandrecht, insoweit dies dem *secundus* zum Nachtheile gereichen würde, bei der Vertheilung des Pfanderlöses nicht geltend macht und hiedurch dem Letzteren die Möglichkeit gewährt, jenen Theil des Erlöses an sich zu ziehen, der in Folge der Nichtgeltendmachung des Pfandrechts des Ersteren frei geworden ist, oder dadurch, dass er sein Pfandrecht geltend macht und sodann aus dem von ihm eingezogenen Erlöse an den *secundus* das abgibt, um was dieser in Folge der Geltendmachung des dem *primus* zustehenden Pfandrechts verkürzt worden ist.

Dabei springt zugleich in die Augen, dass es trotz der Identität des, wie auf dem einen so auch auf dem anderen Wege erreichbaren, Enderfolges weder für den *primus* noch für den *secundus* gleichgültig ist, welcher dieser Wege von dem Ersteren eingeschlagen wird. Beschränkt sich *primus* darauf, sein Pfandrecht im Interesse des *secundus* nicht geltend zu machen, so verbleibt Jenem doch noch immer der durch das Pfandrecht gesichert gewesene Anspruch gegen den Personalschuldner, ferner sein etwa vorhandenes sonstiges Pfandrecht an einem anderen Objecte und unter Umständen sogar der Anspruch gegen den Bürgen (*arg. a contrario* aus

§ 1360 bürgerl. G.-B.); schlägt *primus* dagegen den zweiten Weg ein, so consumirt er, insoweit er aus dem Pfanderlöse Befriedigung erhält, zugleich auch alle jene Rechte, die ihm bei Beschreitung des ersten Weges vorbehalten blieben, kömmt aber dabei, indem er aus dem von ihm eingezogenen Betrage den *secundus* befriedigt, diesem gegenüber allerdings in die Lage, von dem in den §§ 1358, 1422, 1423 bürgerl. G.-B. normirten Eintrittsrechte Gebrauch zu machen.

Für den *secundus* tritt der Unterschied zwischen den beiden möglichen Verhaltungsweisen des *primus* darin hervor, dass er jenen Theil des Pfanderlöses, welchen er sich durch die Prioritätsabtretung sichern wollte, im ersten Falle direct beim Ersteher erhebt, während er ihn im zweiten Falle erst aus der Hand des *primus*, nachdem ihn dieser beim Ersteher erhoben hat, also auf einem Umwege, erhalten soll und in Folge dessen bis zum Momente des Zahlungsempfanges Gefahr läuft, durch eine beim *primus* eintretende Zahlungsunfähigkeit afficirt zu werden.

Durch die vorstehenden Erörterungen haben wir das erforderliche Material gewonnen, um den Inhalt der vom Prioritätscedenten übernommenen Verpflichtung genauer bestimmen zu können.

Zwischen zwei Formulierungen steht die Wahl: Man kann sagen: *a. primus* sei zufolge der Prioritätsabtretung verpflichtet, sein Pfandrecht, insoweit dies dem *secundus* zum Nachtheil gereichen würde, nicht geltend zu machen, verletze er aber diese primäre Verpflichtung, so entstehe hiedurch für ihn eine secundäre Verpflichtung zum Er-

satzes des dem *secundus* verursachten Schadens. Bei Würdigung dieser Formulierung ist übrigens im Auge zu behalten, dass von einer dem *secundus* nachtheiligen Geltendmachung des Pfandrechtes des *primus* selbstverständlich gar nicht die Rede sein kann, wenn *primus* bei Geltendmachung seines Pfandrechtes zugleich beantragt, dass dem *secundus* aus dem auf ihn entfallenden Erlöse genau so viel zugewiesen werde, als dieser im Falle der Nichtgeltendmachung des Pfandrechtes des *primus* kraft seines Pfandrechtes gezogen hätte. Man kann aber auch sagen: *b. primus* sei zwar dem *secundus* gegenüber zur Herausgabe dessen verpflichtet, um was dieser durch die Geltendmachung des jenem zustehenden Pfandrechtes verkürzt wird, könne jedoch das Existentwerden dieser Verpflichtung durch Unterlassung der Geltendmachung seines Vorpfandrechtes vermeiden.

Die Formulierung sub *a* verdient wohl entschieden den Vorzug vor der sub *b*; denn vermöge der ersteren erscheint das Interesse des *secundus* besser gewahrt, ohne dass *primus* hiedurch um etwas verkürzt wird, was sich zu erhalten er ein berechtigtes Interesse hätte.

3. Die dem *primus* obliegende Verpflichtung, sein Pfandrecht nicht zum Nachtheile des *secundus* geltend zu machen, ist nur dann eine Verpflichtung zu einem reinen *non facere*, wenn dessen Hypothek eine Cautionshypothek ist: denn der Cautionshypothekar wird bei der Meistbotsvertheilung einfach als nicht vorhanden betrachtet, wenn er rechtzeitige Anmeldung (eventuell Liquidstellung) seines Anspruches unterlässt. Ist dagegen die Hypothek des *primus* keine blosse Cautionshypothek,

so muss *primus* rechtzeitig thätig werden, wenn eine dem *secundus* nachtheilige Zuweisung des Pfanderlöses verhindert werden soll. Unterbliebe diese Thätigkeit, so müsste die Zuweisung nach Massgabe des Grundbuchstandes erfolgen, der ausweist, dass *primus* dem *secundus* vorgeht.

4. Die rein obligatorische Natur des in Rede stehenden Geschäftes bringt es mit sich, dass *secundus* sein ihm aus der Prioritätsabtretung erwachsenes Recht nur dem Prioritätscedenten und dessen Universalsuccessor gegenüber geltend machen kann. Geht also die Hypothek des *primus* im Wege der Singularsuccession auf einen Anderen über, oder erlangt Jemand an der Hypothek des *primus* eine Afterhypothek, so ist *secundus* dem Cessionar oder Afterpfandgläubiger gegenüber völlig schutzlos und zwar auch dann, wenn diese Person im Zeitpunkte des Erwerbes ihrer Rechte von der erfolgten Prioritätsabtretung Kenntniss gehabt hatte.⁶

Undurchsetzbar wird der Anspruch des *secundus* auf Nichtgeltendmachung der Vorhypothek aber auch schon dann, wenn *primus* zu einer Zeit, wo Geltendmachung der Vorhypothek noch möglich ist, in Concurs verfällt (§ 22 lit. b der österr. Concurs-O.; vgl. auch §§ 21 u. 62 der Concurs-O. f. d. Deutsche Reich). Mit dem ihm für den Fall der Geltendmachung der Vorhypothek zustehenden Ersatzanspruche wird *secundus* nach österr. Rechte in die dritte Klasse der Concursgläubiger ein-

⁶ Vgl. hiezu Strohal, Eigenthum an Immobilien S. 43 ff.

gereiht (vgl. hiezu § 54 Z. 6 der Concurs-O. f. d. Deutsche Reich).

5. Wird die Hypothek des *primus* vor der Pfand-execution gelöscht, so erscheint die dem *secundus* gegenüber erfolgte Prioritätsabtretung nunmehr als gegenstandslos: denn jene Gefahr, gegen welche sich *secundus* durch die Prioritätsabtretung sichern wollte, kann dann gar nicht mehr eintreten.

III. 1. Grössere Schwierigkeiten, als welchen wir bisher begegnet sind, bietet die Beurtheilung des zweiten möglichen Falles der Prioritätsabtretung, wo Prioritätscedent unmittelbarer Vormann des Prioritätscessionars nicht ist.

Was ist von den Parteien — so lautet hier die Frage — als gewollt anzusehen, wenn der obligatorische Prioritäts-Abtretungsvertrag zwischen *primus* und *tertius*⁷ abgeschlossen worden ist, worin besteht der Inhalt der hiedurch vom *primus* übernommenen Verpflichtung?

Möglicher Weise erweist sich auch hier jene Formulirung als verwendbar, die wir sub I, 2 gefunden haben, und kann man daher auch hier sagen, *primus* sei verpflichtet, sein Pfandrecht nicht zum Nachtheile des *tertius* geltend zu machen. Zum mindesten berücksichtigungswerth scheint aber noch eine zweite Ansicht zu sein, wonach *primus* als verpflichtet anzusehen ist, dem *tertius* einen von diesem etwa erlittenen Ausfall aus dem zu

⁷ Hiebei wird der Einfachheit wegen vorausgesetzt, dass die Hypothekarforderungen des *primus* und des *tertius* völlig dieselbe Höhe haben.

decken, was *primus* kraft seines ersten Pfandrechtes aus dem Erlöse gezogen hat, oder doch hätte ziehen können.⁸

2. Die zweiterwähnte Ansicht würde für den *tertius* zu einem so günstigen Resultate führen, wie es sich dieser unter den obwaltenden Verhältnissen und bei einer bloss obligatorisch wirkenden Prioritätsabtretung nur wünschen könnte; *primus* dagegen würde dieser Ansicht zufolge in eine Lage kommen, welche weitaus schlechter ist, als diejenige, in der er sich befände, wenn die Prioritätsabtretung einen effectiven Stellenwechsel zwischen *primus* und *tertius* herbeigeführt hätte. Unter der letzteren Voraussetzung würde *primus* zwar Gefahr laufen, bei der Meistbotsvertheilung ganz oder theilweise durchzufallen, dabei aber doch selbst im schlimmsten Falle immer noch seinen Anspruch gegen den Personalschuldner und die auf S. 12 näher bezeichneten Sicherungsrechte übrig behalten. Ein ganz anderes Resultat resultirt jedoch aus obiger Ansicht, der zufolge *primus* in Fällen⁹, wo *tertius* selbst dann einen Ausfall erlitte, wenn *primus* sein Pfandrecht nicht geltend machte, nothgedrungen zur Geltendmachung seines Pfandrechtes und dadurch zugleich zur Aufopferung alles dessen schreiten müsste, was ihm sonst noch an Recht zusteht, um aus dem auf ihn entfallenden Erlösantheile den *tertius* befriedigen zu können.

⁸ So legen sich die Vertreter der obligatorischen Construction der Prioritätsabtretung die Sache zumeist zurecht.

⁹ Beispiel: Die Hypothek des *primus* beträgt 1000, die des *secundus* 3000, die des *tertius* 1000 und der Erlös 3000; beliefe sich der Erlös auf 4000, so könnte sich *primus* auch nach obiger Ansicht auf Nichtgeltendmachung seines Pfandrechtes beschränken.

Strohal, Prioritätsabtretung.

Hiemit haben wir aber auch schon ein völlig durchschlagendes Argument gegen die Richtigkeit der besprochenen Ansicht gewonnen: denn Prioritätscedent kann regelmässig gar nicht gewillt sein, seinen Anspruch gegen den Personalschuldner und was damit sonst noch zusammenhängt, im Interesse des Prioritätscessionars zu verbrauchen, da er sich ja doch erfahrungsgemäss zumeist gerade mit Rücksicht auf die Creditwürdigkeit des Personalschuldners¹⁰ oder auf ihm zu Gebote stehende sonstige Deckung zu der (nicht selten völlig unentgeltlichen) Preisgebung jenes ökonomischen Vorthails entschliesst, den ihm seine Pfandrechtopriorität gewährt.

3. Es wird also wohl auch in dem uns hier beschäftigenden Falle der Prioritätsabtretung dabei verbleiben müssen, dass Prioritätscedent nur verpflichtet ist, sein Vorpfandrecht nicht zum Nachtheile des Prioritätscessionars geltend zu machen.¹¹

Ist aber dies und nur dies der Inhalt der vom *primus* übernommenen Verpflichtung, dann scheint sich aus der Erfüllung der letzteren als Resultat zu ergeben, dass

¹⁰ Vielleicht auch mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer Compensation.

¹¹ Die Möglichkeit eines obligatorischen Vertrages, wodurch sich *primus* verpflichtet, einen vom *tertius* erlittenen Ausfall aus dem zu decken, was Ersterer kraft seines Pfandrechtes aus dem Erlöse zieht, soll aber damit keineswegs in Abrede gestellt werden. Wir legen unsererseits nur darauf Gewicht, dass sich *primus* dadurch, dass er dem *tertius* gegenüber zur Prioritätsabtretung schreitet, noch keineswegs geneigt zeigt, zu Gunsten des Letzteren seinen Anspruch gegen den Personalschuldner aufzuopfern.

tertius praktisch so gestellt wird, als wenn das Pfandrecht des *primus* gar nicht vorhanden wäre.

Angenommen also, dass sich die Hypothek des *primus* auf 1000, die des *secundus* auf 3000 und die des *tertius* abermals auf 1000, der Pfanderlös aber auf 4000 belaufe, so würde *tertius* in Folge der Nichtgeltendmachung des Pfandrechtes des *primus* vollständig zur Befriedigung gelangen, während er sonst gänzlich durchgefallen wäre.

Beliefe sich jedoch der Erlös auf nur 3500, so würde dem *tertius* durch die Nichtgeltendmachung der ersten Hypothek immerhin noch die Möglichkeit geschaffen, wenigstens 500 aus dem Erlöse für sich zu erheben. Dabei ergäbe sich aber zugleich neben dem Vortheile für den *tertius* auch noch ein solcher für den *secundus*, dem im Falle der Nichtgeltendmachung des Erstpfandrechtes volle 3000 zugewiesen würden, während er sonst nur auf Zuweisung von 2500 hätte rechnen dürfen. Wollte jedoch *primus* diesen Vortheil dem *secundus* nicht gönnen, so bliebe ihm noch immer der Ausweg, sein Pfandrecht zwar geltend zu machen, hiebei aber zugleich seinen Anspruch auf Erhebung des Erlöses im Theilbetrage pr. 500 an den *tertius* zu überweisen.

Beliefe sich der Erlös endlich auf nicht mehr als 3000, so müsste die vom *primus* übernommene Verpflichtung als gegenstandslos erscheinen, da ja doch die Nichtgeltendmachung des Erstpfandrechtes dem *tertius* durchaus keinen Vortheil bringen könnte. *Primus* würde daher in diesem Falle in der Lage sein, seine Hypothek

anstandslos geltend zu machen und den eingehobenen Betrag für sich zu behalten.

Im Uebrigen müsste für die Prioritätsabtretung zwischen *primus* und *tertius* völlig dasselbe gelten, was oben sub II, 3, 4 und 5 über die Prioritätsabtretung zwischen *primus* und *secundus* gesagt worden ist.

4. Auf Grundlage derselben Prämisse, von der wir im vorhergehenden Absatze ausgegangen sind, gelangt Exner in seinem jüngst in Grünhut's Zeitschrift VII, S. 291 ff. veröffentlichten Aufsatze: „Ueber den Einfluss des Parteiwillens auf den Rang der Hypotheken“ zu Consequenzen, welche von den unsererseits gezogenen sehr erheblich abweichen.

Wir werden uns daher über diese Differenzen zu orientiren und dabei zugleich unsere eigenen Aufstellungen einer Ueberprüfung zu unterziehen haben.

Exner charakterisirt die Prioritätsabtretung ausdrücklich als ein Geschäft des Obligationenrechtes, wodurch sich Prioritätscedent dem Prioritätscessionar gegenüber „verbindet, sein Hypothekarrecht im Collisionsfalle so weit unausgeübt zu lassen, als die Ausübung mit der Befriedigung (des Letzteren) unverträglich wäre“ (vgl. a. a. O. S. 314. 315, ferner N. 60 auf S. 315¹² und S. 316).

Mit dieser Grundauffassung stimmt es auch voll-

¹² An dieser Stelle finden wir bemerkt, dass es dem Prioritätscessionar völlig genügen müsse, gegen den Prioritätscedenten einen Anspruch auf „Nichtvorwegnahme“ des (zu seiner Deckung) erforderlichen Antheils des Pfanderlöses zu haben; alles Weitere ergebe sich dann aus seinem eigenen Hypothekarrechte von selbst.

ständig überein, wenn Exner (vgl. S. 305) lehrt, dass die Prioritätsabtretung auch dann, wenn sie zu Gunsten eines entfernteren Nachmannes erfolgt ist, durch Löschung der Hypothek des Prioritätscedenten gegenstandslos werde.¹³

Die Differenz zwischen der Auffassung Exner's und der oben sub Z. 3 niedergelegten tritt also nur in dem Falle hervor, wo im entscheidenden Zeitpunkte neben der Hypothek des Prioritätscessionars auch die Hypothek des Prioritätscedenten noch besteht. Um die Gefahr

¹³ Zur Rechtfertigung dieser Entscheidung führt Exner in N. 37 auf S. 305 noch Folgendes aus: „Man gelangt zu einer Nachstehungsverhandlung, indem der um Credit Angegangene solchen nicht gewähren will, weil das Dasein einer grösseren Post ihm die Hypothek unsicher erscheinen lässt; dieses Hinderniss hebt der Gegner (?), indem er die Nachstehungserklärung jenes Hypothekars beibringt. Offenbar wäre eine solche gar nicht gefordert, sondern der Credit 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, dass der Promissar sich so stellen wollte, dass ihn die 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 erspart hätte, weil sein Zweck entfallen ist.“ Mit dieser Ausführung ist es dann aber freilich schwer in Einklang zu bringen, wenn Exner die Löschung der Vorhypothek zugleich wieder als eine für den Prioritätscessionar „unerwünschte Möglichkeit“ (vgl. S. 305 im Texte) bezeichnet. Denn wie kann für den Prioritätscessionar ein Vorgang unerwünscht sein, vermöge dessen dieser, was er (nach Exner) allein angestrebt hatte, in vollkommener Weise erreicht?

eines schon bei der Wiedergabe der Ansicht Exner's sich einschleichenden Missverständnisses zu vermeiden, lassen wir Exner am besten selbst sprechen. Derselbe sagt a. a. O. S. 303. 304:

„Wenn zur Zeit der Pfandexecution beide Hypotheken noch zu Recht bestehen, so ist der auf die zurückgetretene Hypothek ihrer bücherlichen Rangstelle gemäss entfallende Erlösantheil zunächst der vorgetretenen Nachhypothek verfangen (?). Denn da der Vorhypothekar nur dieser Nachhypothek gegenüber auf sein Rangrecht 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. Er erhält den Betrag ganz, wenn seine Forderung die Ziffer der zurückgetretenen erreicht oder übersteigt; letzterenfalls bezieht er den Ueberschuss aus dem auf seine eigene Rangstelle entfallenden Erlösantheil, aber vor dem Prioritätscedenten; ist hingegen seine Forderung geringer, so bleibt der an der besseren Stelle noch verfügbare Antheilsrest zusammt der auf die befriedigte Hypothek an ihrer eigenen schlechteren Rangstelle entfallenden ganzen Summe dem zurückgetretenen Vorhypothekar zur Verfügung“.

Das von uns oben sub Z. 3 a. E. besprochene Beispiel, wonach der Anspruch des *primus* 1000, der des

secundus 3000, der des *tertius* 1000 und der Pfanderlös 3000 betrug, würde somit nach Exner dahin zu entscheiden sein, dass *tertius* 1000 und *secundus* 2000 erhalte, *primus* aber durchfalle.

Unwillkürlich drängt sich hiebei die Frage auf, wie dieses Resultat mit dem von Exner angenommenen Inhalte der Verpflichtung des Prioritätscedenten zu vereinbaren sei.

Oder sind es nicht Widersprüche, wenn gesagt wird: *primus* sei nur im Collisionsfalle mit dem *tertius* verpflichtet, seine Hypothek unausgeübt zu lassen, zugleich aber, dass *primus* sein Hypothekarrecht auch dort unausgeübt lassen müsse, wo ein Collisionsfall zwischen ihm und dem *tertius* gar nicht vorliegt; ferner, wenn wir hier die Belehrung erhalten, dass *tertius* durch Löschung der Hypothek des *primus* um das, was er sich durch die Prioritätsabtretung sichern wollte, gar nicht verkürzt werde, dort aber wieder erfahren, dass *tertius* an dem Bestande der Hypothek des *primus* im Zeitpunkte der Pfandexecution das grösste Interesse habe; wenn wir an der einen Stelle dem Ausspruche begegnen, *tertius* wolle sich durch die Prioritätsabtretung „so stellen, dass ihn die Vorhypothek des *primus* keinesfalls gefährden könne“, und an anderer Stelle wieder der Behauptung, dem *tertius* sei der auf die Post des *primus* entfallende Erlösantheil auch bei einer solchen Constellation der Verhältnisse verfangen, wo von einer Gefährdung des *tertius* durch die Hypothek des *primus* gar keine Rede sein kann?

Selbst wenn wir uns aber über diese Widersprüche

völlig hinwegsetzen, so bleibt doch noch immer ganz unverständlich, wie es denn eigentlich zugeht, dass *tertius* in Folge des Umstandes allein, dass *primus* seine erste Hypothek nicht geltend macht, in die Lage kommen soll, sich aus dem Pfanderlöse vor dem *secundus* zu befriedigen.

Wir haben schon weiter oben sub II, 3 gesehen, dass eine Cautionshypothek schon dann als nicht geltend gemacht anzusehen ist, wenn der Cautionshypothekar während des an die executive Feilbietung sich anschließenden Anmeldungs- und Liquidierungsverfahrens Stillschweigen beobachtet, und dass in Folge dieses Stillschweigens die Meistbotsvertheilung so ausfällt, als ob der Cautionshypothekar gar nicht vorhanden wäre.

Wenn wir uns somit einen Cautionshypothekar als *primus* denken, der sich dem *tertius* gegenüber auf eine Prioritätsabtretung eingelassen hat, so würde Ersterer seine Hypothek durch Schweigen während des Anmeldungs- und Liquidierungs-Verfahrens zwar unausgeübt gelassen, aber hiedurch doch nicht bewirkt haben, dass nunmehr *tertius* ohne Weiteres jenen Erlösantheil, der im Falle der Geltendmachung der Ersthypothek auf den *primus* entfallen wäre, mit Erfolg für sich zu beanspruchen vermöchte.

Nach alledem wird also wohl zugegeben werden müssen, dass die Construction Exner's völlig unmöglich ist. Der Exner'n unterlaufene Constructionsfehler scheint aber darin zu bestehen, dass Exner den Thatbestand, wo die Hypothek des *primus* wirklich unausgeübt bleibt, mit einem anderen Thatbestande verwechselt, wo

nur scheinbar Nichtausübung, thatsächlich jedoch Ausübung dieser Hypothek vorliegt.

Exner denkt sich nämlich an der uns hier vornämlich interessirenden und oben S. 22 mitgetheilten Stelle unter Nichtausübung der Ersthypothek offenbar ein solches Verhalten des *primus*, welches einerseits bewirkt, dass auf die ihm gebührende Rangstelle in der Meistbotsvertheilung jener Antheil des Erlöses ausgesetzt wird, auf welchen er kraft seines Pfandrechtes Anspruch hat, anderseits aber wieder, dass dieser Erlösantheil dem *tertius* zur Deckung des von ihm an seiner Rangstelle erlittenen Ausfalles zur Verfügung steht.

Ein derartiges Verhalten des *primus*, wie wir es soeben geschildert haben, ist jedoch von der blossen Nichtausübung der Ersthypothek wesentlich verschieden. Der vorhandene Unterschied tritt selbstverständlich am schärfsten hervor, wenn die Hypothek des *primus* eine Cautionshypothek ist. Denn während in diesem Falle zur blossen Nichtausübung der Ersthypothek ein rein passives Verhalten des *primus* genügte, müsste *primus* behufs Herbeiführung des von Exner bezeichneten Erfolges thätig werden, um im Anmeldungstermin zu erklären, einmal, dass an seiner Pfandstelle so und so viel flüssig gemacht werden solle, und zum zweiten, dass er den für ihn flüssig zu machenden Betrag dem *tertius* zur Deckung des von diesem an seiner Pfandstelle erlittenen Ausfalles überweise.

Der Unterschied zwischen wirklicher Nichtausübung der Ersthypothek und nur scheinbarer Nichtausübung im Sinne Exner's lässt sich aber auch dann nicht ver-

kennen, wenn die effective Höhe der Forderung, für welche die Ersthypothek haftet, aus dem Grundbuche ersichtlich ist. Um diese Hypothek unausgeübt zu lassen, brauchte *primus* nur zu erklären, dass auf seine Pfandstelle nichts ausgesetzt werden solle; um sich im Sinne Exner's zu benehmen, müsste *primus* dagegen beantragen, dass der auf ihn entfallende Erlösantheil, insoweit dies zur Deckung des *tertius* erforderlich sei, dem Letzteren zugewiesen werde.

Nichtausübung der Ersthypothek im Sinne Exner's ist somit identisch mit Ausübung (Geltendmachung) derselben unter gleichzeitiger Ueberweisung des Anspruches auf den Erlös an den *tertius*.

Hiemit ist aber auch schon erwiesen, dass Exner, freilich ohne sich dessen bewusst zu werden, in eine Auffassung zurückverfällt, vermöge welcher der Vortheil, welcher dem *tertius* durch die Prioritätsabtretung zu Theil werden soll, vom *primus* durch Aufopferung seines persönlichen Anspruches erkaufte werden muss, also in eine Auffassung, welche wir schon oben (III, 2) widerlegt zu haben glauben und welche Exner selbst an anderer Stelle entschieden verwirft.

5. Ist richtig, was wir sub Z. 4 gegen Exner ausgeführt haben, so erscheint als sicher gestellt, dass die Prioritätsabtretung, so lange man sie als ein rein obligatorisches Geschäft behandelt, nur so beurtheilt werden kann, wie dies oben sub Z. 3 geschehen ist.

Freilich wird aber kaum zu leugnen sein, dass der Vortheil, der sich hienach für den *tertius* aus der seitens des *primus* erfolgten Prioritätsabtretung ergibt, regel-

mässig hinter dem zurückbleibt, was die Parteien eigentlich angestrebt haben. Denn wenn *tertius* vom *primus* Prioritätsabtretung verlangt, so scheint er damit die Vorstellung zu verbinden, dass er im Falle der Gewährung seines Verlangens praktisch so stehen werde, wie jetzt *primus* steht; und wenn *primus* sich zu der vom *tertius* verlangten Prioritätsabtretung versteht, so zeigt er sich hiedurch doch wohl geneigt, seinen Rangvorzug schlechtweg dem *primus* zu überlassen, vorausgesetzt, dass ihm nur unter allen Umständen sein Anspruch gegen den Personalschuldner vorbehalten bleibt.

Ob dieser beiderseitig gewollte Erfolg durch eine dinglich wirkende Prioritätsabtretung verwirklicht werden kann, muss vorläufig dahin gestellt bleiben; für uns handelte es sich hier nur darum, zu constatiren, dass das bezeichnete Resultat vermittelt einer nur obligatorisch wirkenden Prioritätsabtretung nicht zu erzielen ist und dass man sich somit auf dem Boden der obligatorischen Construction mit einem für den *tertius* weniger günstigen Resultate begnügen muss, um nicht dem *primus* zu nehmen, was ohne Weiteres aufzuopfern, er durchaus nicht gewillt ist.

IV. Die obligatorische Construction der Prioritätsabtretung führt aber auch nach anderen Richtungen hin und zwar sowohl in dem sub II wie in dem sub III behandelten Falle zu sachlich wenig befriedigenden Ergebnissen.

Eine Prioritätsabtretung in dem bisher dargelegten Sinne vermöchte schon allein wegen der Schutzlosigkeit des Prioritätscessionars gegenüber den Singularsuccessoren

in das Recht des Prioritätscedenten dem Zwecke, dem sie dienen soll, durchaus nicht zu entsprechen. Diesen Uebelstande liesse sich aber etwa noch durch Aufstellung des Grundsatzes vorbeugen, dass der Anspruch des Prioritätscessionars durch Eintragung im Grundbuche Wirksamkeit auch gegen den Singularsuccessor des *primus* erlange,¹⁴

Andere die Brauchbarkeit der Prioritätsabtretung wesentlich beeinträchtigende Gebrechen würden aber noch immer übrig bleiben. Wir erinnern nur an die Abschwächung, welche der nur obligatorische Anspruch des Prioritätscessionars gegen den zur Nichtgeltendmachung seines Vorpfandrechtes Verpflichteten nothwendig im Concourse des Letzteren erleiden muss; ferner daran, dass der nur obligatorisch berechnigte Prioritätscessionar immer der Gefahr ausgesetzt bleibt, dass der ihm gegenüberstehende Prioritätscedent (resp. dessen Nachfolger) sich der Erfüllung seiner Verpflichtung weigert und dass Ersterer dann nur darauf angewiesen bleibt, seinen Anspruch auf Erfüllung oder seinen Anspruch auf Ersatz wegen Nichterfüllung erst im Processwege mit Mühe und Noth durchzusetzen.

Damit kann aber als erwiesen gelten, dass dem praktischen Bedürfnisse mit einer nur obligatorisch wirkenden Prioritätsabtretung nicht genügt ist (vgl. auch Regelsberger, Studien im bayr. Hypothekenrechte S. 50.51 und bayr. Hypotheken-R. S. 452; Römer, württemberg. Unterpfand-R. S. 241; David, österr. Ger.-Zeit. 1877, N. 98).

¹⁴ So Exner a. a. O. S. 315. 316.

2. Kapitel.

Die Prioritätsabtretung als dingliche Disposition.

I. Schon das negative Resultat der im vorigen Kapitel angestellten Untersuchung weist uns auf die Nothwendigkeit einer sachenrechtlichen Construction der Prioritätsabtretung hin.

Zur Erkenntniss dieser Nothwendigkeit führen aber auch noch andere Erwägungen: In den modernen Hypotheken-Gesetzgebungen finden wir die Prioritätsabtretung ausdrücklich als zulässig erklärt. In Oesterreich begegnet man einer solchen Bestimmung zuerst im § 26 des böhmischen Landtafelpatents:¹⁵

„Ein Gläubiger, der mit seiner Forderung in dem Hauptbuche früher vorgemerkt ist, kann das erworbene Vorgangsrecht (Priorität) dem Nachfolgenden abtreten. In einem solchen Falle muss die Erklärung des Abtretenden mittelst eines Begleitungs-Anbringens bei dem Landrechte eingereicht und solche nach erfolgtem Bescheide in dem Hauptbuche ordnungsmässig vorgemerkt werden.“

und jetzt im § 30 allg. Grundb.-G.:

„Der Hypothekargläubiger ist berechtigt, einer gleichzeitig oder später eingetragenen Hypothekarforderung den Vorrang vor seiner Hypothekarforderung

¹⁵ Durch seine Publication in der Justiz-Gesetz-Sammlung gewann dieses Patent — obwohl zunächst nur für Böhmen und Mähren erlassen — auch für die übrigen westösterreichischen Provinzen massgebende Bedeutung.

einzuräumen. Rechte und Vorrang der übrigen Gläubiger werden dadurch nicht berührt.“

Solche ausdrückliche Anerkennung wäre aber durchaus überflüssig gewesen, wenn der Gesetzgeber nur eine obligatorisch wirkende Prioritätsabtretung im Auge gehabt hätte. Denn wem würde es jemals eingefallen sein, die Zulässigkeit eines obligatorischen Vertrages zu bezweifeln, durch welchen sich ein Vorhypothekar einem Nachhypothekar gegenüber verpflichtet, seine Hypothek zum Nachtheile des Letzteren nicht geltend zu machen? Man wird daher nicht umhin können, die vom Gesetzgeber in den bezogenen Bestimmungen ausgesprochene Anerkennung auf eine mit dinglicher Wirksamkeit ausgestattete Disposition zu beziehen, deren Möglichkeit mangels einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes doch zum mindesten fraglich bliebe.

Die Richtigkeit dieses Schlusses wird in der unzweideutigsten Weise durch zwei Umstände bestätigt, welchen wir noch einige Beachtung zu schenken haben: Nach § 26 böhm. Landt.-Pat. gewinnt die Abtretung des „Vorgangrechtes“ die ihr eigenthümliche Wirksamkeit erst durch Eintragung im Grundbuche; dies zwingt uns aber, an eine dingliche Wirksamkeit zu denken, da sonst die Nothwendigkeit der Eintragung im Grundbuche ganz unerfindlich bliebe. Der für die Beurtheilung der Prioritätsabtretung derzeit massgebende § 30 allg. Grundb.-G. hebt die Eintragung im Grundbuche als Erforderniss der Wirksamkeit der Prioritätsabtretung allerdings nicht mehr hervor, er bringt aber dafür wieder in anderer Weise zum unzweifelhaften Ausdrucke, dass die Priori-

tätsabtretung vom Gesetzgeber als dingliche Disposition aufgefasst wird. Am Schlusse unseres Paragraphen heisst es nämlich, „dass Rechte und Vorrang der übrigen Gläubiger durch die Prioritätsabtretung unberührt bleiben.“ Zu diesem Ausspruche konnte sich aber der Gesetzgeber offenbar nur dadurch veranlasst sehen, dass er sich die Prioritätsabtretung als eine dinglich wirksame dachte; denn bei einer nur obligatorisch wirkenden Prioritätsabtretung würde es sich von selbst verstehen, dass Rechte und Vorrang der übrigen Gläubiger durch sie gar nicht berührt werden könnten.

II. 1. Ueber die Voraussetzungen, von welchen die dingliche Wirkung der Prioritätsabtretung abhängt, spricht sich der § 30 allg. Grundb.-G. nicht aus. Trotzdem muss auch für das gegenwärtig geltende Recht behauptet werden, dass der Eintritt dieser Wirkung bedingt ist durch Eintragung der Prioritätsabtretung im Grundbuche.¹⁶ Hiefür kann man sich selbst heute noch auf den oben citirten § 26 böhm. Landt.-P. berufen. Durch das allgemeine Grundb.-G. sind eben ältere gesetzliche Bestimmungen über grundbuchrechtliche Gegenstände nur insoweit aufgehoben, als diese Gegenstände im allg. Grundb.-G. geregelt sind (vgl. Art. IV d. Einführ.-Ges. z. allg. Grundb.-G.). Da nun das allg. Grundb.-G. über die Frage, ob der Eintragung der Prioritätsabtretung constitutive oder nur declarative Bedeutung zu-

¹⁶ Dass die Nothwendigkeit der Eintragung der Prioritätsabtretung von Exner geleugnet wird (vgl. a. a. O. S. 315 N. 61), darf uns nicht wundern, da dieser Schriftsteller der Prioritätsabtretung jede dingliche Wirksamkeit abspricht.

komme, vollständiges Stillschweigen beobachtet, so hat es bei der berufenen Entscheidung des § 26 d. böhm. Landt.-Pat. nach wie vor sein Bewenden.

Zu demselben Resultate gelangt man übrigens auch, wenn man vom böhm. Landt.-P. gänzlich absieht: Mit strengerer Consequenz als in den meisten anderen Gesetzgebungen ist im österr. bürgerl. G.-B. das Eintragungsprincip¹⁷ durchgeführt. Regel ist, dass dingliche Rechtsverhältnisse bezüglich unbeweglicher Sachen nur begründet, modificirt und aufgehoben werden können durch Eintragung im Grundbuche, und nur mühsam können dem Gesetze hie und da Ausnahmen von dieser Regel abgerungen werden.

Wo also zwingende Gründe zur Abweichung vom Principe fehlen — und nach solchen sucht man gerade bei der Prioritätsabtretung ganz vergebens — hat es bei der Durchführung des Principis zu verbleiben.

Nach anderen Hypotheken-Gesetzgebungen ist unsere Frage allerdings viel zweifelhafter. Denn wenn, wie z. B. nach preussischem, bayrischem und württembergischem Rechte von vorne herein feststeht, dass es zur Uebertragung und Verpfändung einer Hypothek der Verbücherung der Uebertragung beziehungsweise Verpfändung nicht¹⁸ bedarf, so ist damit allerdings ein unleug-

¹⁷ Vgl. über dieses Princip: Strohal, *Eigenthum an Immobilien* S. 1 ff. und Schiffner, *systematisches Lehrbuch des österr. allg. Civilrechtes* § 108.

¹⁸ Vgl. § 54 preuss. Ges. über den Eigenthumserwerb; für das bayr. Recht s. Regelsberger, *bayr. Hyp.-R.* S. 430 ff. und 445; für das württemb. Recht s. Römer, *württemberg. Unterpfand-R.* S. 241.

barer positiver Anhalt für die Meinung gewonnen, dass auch die dingliche Wirkung der Prioritätsabtretung durch die Eintragung im Grundbuche nicht bedingt sei.¹⁹ Bei uns dagegen verhält es sich gerade umgekehrt: denn nach § 445 bürgerl. G.-B. wird der Uebergang der Hypothek auf den Cessionar nur durch Eintragung der Uebertragung vermittelt und nach § 454 bürgerl. G.-B. kommt die Afterhypothek erst durch Eintragung der Afterverpfändung zur juristischen Existenz. Der Schluss, dass somit auch die Prioritätsabtretung unter der Herrschaft des unser ganzes Grundbuchrecht durchdringenden Eintragungsprincips stehe, ist hiedurch unabweisbar geworden.²⁰

III. 1. Hinsichtlich der Form, in welcher die Prioritätsabtretung im Grundbuche einzutragen ist, herrscht bei uns in Oesterreich gegenwärtig sowohl in der Theorie als in der Praxis eine bedauerliche Unklarheit.

Komarek, Zeitschr. f. Notariat in Oesterr. 1877, Nr. 30, David, allg. österr. Ger.-Zeit. 1877, Nr. 98, und Exner a. a. O. S. 294, N. 9 sprechen sich für die Form der „Anmerkung“ aus, wogegen sich Fortwängler, Zeitschr. f. Notariat 1877, Nr. 38 u. 39 für die Form

¹⁹ Trotz des in der vorigen Note berufenen § 54 des preuss. Ges. über den Eigenthumserwerb lehrt Dernburg a. a. O. I § 334 (und zwar wie uns scheint mit vollem Rechte), dass die dingliche Wirksamkeit der Prioritätsabtretung auch in Preussen durch die Eintragung im Grundbuche bedingt sei. Dagegen aber freilich wieder Colberg a. a. O. S. 89.

²⁰ David a. a. O. S. 389 (1. Spalte) behauptet ohne jede Begründung, dass die Eintragung der Prioritätsabtretung zur dinglichen Wirksamkeit der Prioritätsabtretung nicht erforderlich sei.

Strohal, Prioritätsabtretung.

der „Einverleibung“ erklärt; in der Praxis behauptet die erstere Ansicht das entschiedene Uebergewicht, was wohl darauf zurückzuführen ist, dass die Eintragung der Prioritätsabtretung auch in der vom Justizministerium herausgegebenen Beispielsammlung zum allg. Grundb.-G. als „Anmerkung“ exemplificirt wird.

Näheres Eingehen auf die hiemit angeregte Frage ist deshalb geboten, weil es von nicht geringer praktischer Bedeutung ist, je nachdem man sich für die eine oder die andere der beiden vorerwähnten Formen der Eintragung entscheidet.

Liesse sich nämlich erweisen, dass die Prioritätsabtretung in der Form der „Einverleibung“ im Grundbuche einzutragen sei, dann wäre hiedurch zugleich dargethan, dass die Prioritätsabtretung auch einen Gegenstand der im Sinne der §§ 40 ff. allg. Grundb.-G. zu rechtfertigenden Pränotation (Vormerkung) bilden könne (vgl. § 35 allg. Grundb.-G.); ferner dass die Urkunden, auf Grundlage welcher die Eintragung der Prioritätsabtretung begehrt wird, mit den Erfordernissen²¹ zur

²¹ Exner a. a. O. S. 294 N. 9 meint, dass diese Erfordernisse nicht vorhanden zu sein brauchen und dass somit die Eintragung der Prioritätsabtretung auch auf Grund einer nicht legalisirten Privaturkunde stattfinden könne. Dies ist jedoch gewiss unrichtig. Vgl. die Rede Hye's in der Herrenhaussitzung vom 23. März 1870 (Kaserer, Oesterr. Gesetze mit Materialien Bd. XV S. 265), in welcher die, das Erforderniss der Legalisirung aufstellende, Bestimmung des zur Beräthung stehenden § 31 allgem. Grundb.-G. (§ 34 des damaligen Entwurfes) gerade mit Bezugnahme auf einen Aufsehen erregenden Fall vertheidigt wird, wo es zur Eintragung von gefälschten Prioritätsabtretungs-Erklärungen gekommen war.

Einverleibung oder doch zur Vormerkung versehen sein müssen (§§ 26, 31, 32, 33, 35, 38 lit. a. allg. Grundb.-G.), sodann dass die Bestimmungen über Bestreitung ungültiger Einverleibungen (§§ 61 ff. allg. Grundb.-G.), desgleichen die Bestimmungen über die Zustellung der Einverleibungs- und Vormerkungs-Bescheide (§ 123 Z. 2. u. 3), über die Anmerkung des abweislichen Bescheides (§§ 99 bis 101) und des Recurses (§ 129), endlich über die Wirkung der Recurs-Erledigung (§§ 132 u. 133 allg. Grundb.-G.) ohne Weiteres auch bei der Prioritätsabtretung zur Anwendung zu bringen seien.

Müsste man sich dagegen für die Form der „Anmerkung“ entscheiden, so wäre damit die Möglichkeit einer Pränotation der Prioritätsabtretung jedenfalls ausgeschlossen, die Anwendbarkeit der übrigen oben namhaft gemachten — und nach dem Wortlaute des Gesetzes nur für Einverleibungen und Vormerkungen geltenden — Bestimmungen würde dagegen davon abhängen, ob und in wie weit man sich auf mehr oder minder unsichere Analogieschlüsse einzulassen geneigt wäre.

Prüfen wir also, was sich zu Gunsten der einen und zu Gunsten der anderen Form der Eintragung geltend machen lässt.

Für die Form der „Anmerkung“ mag man anführen, dass unsere Grundbuchgesetzgebung zum mindesten einen Fall ausdrücklich hervorhebt, wo eine dingliche Disposition nicht „einverleibt“, sondern bloss „angemerkt“ wird: nämlich den im § 20 lit. b allg. Grundb.-G. zunächst nur erwähnten und in den §§ 53 ff. allg. Grundb.-G. eingehend behandelten Fall der „Anmerkung der Rang-

ordnung“; es scheint also auch in unserem Falle, wo es sich ja gleichfalls um eine die „Rangordnung“ betreffende dingliche Disposition handelt, die Form der „Anmerkung“ acceptirt werden zu müssen.

Bei genauerer Prüfung erweist sich dies jedoch als ein ganz oberflächlicher Trugschluss. Die mit arrestähnlicher Wirkung ausgestattete Eintragung nach § 53 allg. Grundb.-G. ist eine nur präparatorische und transitorische, auf Grundlage derer und mit Bezug auf welche innerhalb der Frist von 60 Tagen eine Einverleibung oder Vormerkung erst erfolgen soll, und die von Amtswegen wieder gelöscht wird, sobald die Stellung des betreffenden Einverleibungs- oder Vormerkungs-Begehrens innerhalb der 60tägigen Frist unterblieben ist. Indem die Gesetzgebung eine solche Eintragung überhaupt zuließ, war damit von selbst gegeben, dass die letztere etwas von Einverleibung oder Vormerkung Verschiedenes sein musste und dass sie daher nur unter die dritte Kategorie der im österreichischen Rechte möglichen Eintragungen, d. i. unter die Kategorie der „Anmerkungen“ fallen konnte.

Ganz anders verhält es sich mit der Eintragung der Prioritätsabtretung; ihre Wirksamkeit ist weder eine zeitlich beschränkte, noch eine präparatorische, sie wird nicht vorgenommen, um einer künftig erst zu beantragenden Einverleibung oder Vormerkung durch Abwehrung unerwünschter Aenderungen des Buchstandes den angestrebten Erfolg zu sichern, sondern lediglich ob der mit ihr unmittelbar verknüpften materiellrechtlichen Wirkung. Ein Schluss von der Form der im § 53 allg.

Grundb.-G. gestatteten Eintragung auf die Form, in welcher die Eintragung der Prioritätsabtretung zu erfolgen hat, ist daher offenbar ganz unzulässig.

Es fehlt aber auch an Gründen nicht, welche positiv dafür sprechen, dass für die letztere Eintragung die Form der Einverleibung zu wählen ist:

a. Der § 26 böhm. Landt.-Pat. fordert für die Eintragung der Prioritätsabtretung die Form der „Vormerkung“; „Vormerkung“ im Sinne des böhm. Landt.-Pat. ist aber identisch (§ 6 Landt.-P.) mit der heutigen Einverleibung (und „Voranmerkung“ wieder identisch mit der heutigen Vormerkung = Pränotation).

b. Nach § 8 allg. Grundb.-G. sind „Einverleibungen“ solche Einträge, welche aussprechen, dass ein bürgerliches Recht begründet, übertragen, beschränkt worden oder erloschen ist. Unter diese Begriffsbestimmung fällt entschieden auch die Eintragung der Prioritätsabtretung. Denn ohne späteren Erörterungen vorzugreifen, können wir schon an dieser Stelle aussprechen, dass die Eintragung der Prioritätsabtretung unter allen Umständen eine derartige Abschwächung der Hypothek des Prioritätscedenten zur Folge hat, vermöge welcher eine dem Prioritätscessionar nachtheilige Geltendmachung jener Vorhypothek gar nicht mehr möglich ist. Derartige Abschwächung eines bürgerlichen Rechtes ist aber zugleich Beschränkung desselben im Sinne des § 8 allg. Grundb.-G., woraus wieder folgt, dass für die Eintragung der Prioritätsabtretung die Form der „Einverleibung“ zu wählen ist.

c. Die Möglichkeit der Pränotation der Prioritätsabtretung wird durch ein unzweifelhaftes Bedürfniss ge-

fordert; Gegenstand der Pränotation kann aber nur sein, was auch Gegenstand der Einverleibung ist.

d. Jede einzelne der auf Einverleibungen sich beziehenden Bestimmungen des allg. Grundb.-G. erweist sich in sachlicher Beziehung auch als durchaus angemessen für die Eintragung der Prioritätsabtretung und es würde alsbald eine fühlbare Lücke entstehen, wenn man diese Bestimmungen auf die Eintragung der Prioritätsabtretung nicht anwenden wollte. Auch aus diesem Grunde werden wir uns somit für die Form der „Einverleibung“ entscheiden müssen.

2. Nachdem nunmehr festgestellt ist, wie die Eintragung der Prioritätsabtretung zu erfolgen hat, mögen jetzt noch einige Worte über die urkundliche Unterlage dieser Eintragung gesagt werden.

Behufs Einverleibung der Prioritätsabtretung muss vom Gesuchsteller vorgelegt werden, entweder:

a. eine mit den Erfordernissen des § 32 allg. Grundb.-G. und mit der legalisirten Unterschrift des Prioritätscedenten (§31 allg. Grundb.-G.) versehene Privat- oder eine notarielle Urkunde (§ 33 lit. a allg. Grundb.-G.), laut welcher der Prioritätscedent oder dessen Bevollmächtigter die Einverleibung der Prioritätsabtretung be- willigt; oder:

b. ein rechtskräftiges und executionsreifes richterliches Urtheil, laut dessen Prioritätscedent zur Gestattung²²

²² In dem Falle Nr. 6636 der Glaser-Unger-Walther- schen Sammlung hatte der Hypothekengläubiger B dem A das mündliche Versprechen gegeben, dass er dem Letzteren nach In- tabulirung der Forderung desselben die Priorität abtreten werde.

der Einverleibung verurtheilt ist (§ 33 lit. d allg. Grundb.-G.); oder endlich:

c. eine amtliche Ausfertigung eines executionsfähigen gerichtlichen Vergleiches, laut dessen sich Prioritätscedent, veranlasst durch die Klage des Prioritätscessionars, ohne es erst auf die Entscheidung des Richters ankom-

Nachdem die Intabulirung des A erfolgt war, weigerte sich B seine Zusage zu erfüllen, worauf A auf Ausstellung der Prioritätsabtretungserklärung klagte. Die beiden unteren Instanzen wiesen die Klage ab, weil sich die unentgeltlich gemachte Zusage des B als Schenkung darstelle und weil ein mündliches Schenkungsversprechen (Gesetz v. 25. Juli 1871 Nr. 76 R.-G.-B. § 1 lit. d) nicht klagbar sei. Der oberste Gerichtshof entschied mit Recht, dass trotz der Unentgeltlichkeit des Vertrages von einer Schenkung keine Rede sein könne, bestätigte jedoch die Erkenntnisse der Untergerichte aus dem Grunde, weil „eine Aenderung in der Rangordnung der bestehenden Pfandrechte nur auf Grund einer Urkunde erfolgen kann und demnach eine jede Prioritätsabtretung eine zur Eintragung in das Grundbuch geeignete Urkunde voraussetzt“. Wir können aber auch die Entscheidung des obersten Gerichtshofes nicht für richtig halten. Denn wie soll sich daraus, dass zur Eintragung der Prioritätsabtretung eine urkundliche Unterlage nothwendig ist, ergeben, dass aus einem mündlich geschlossenen Vertrage nicht auf Ausstellung einer eintragsfähigen Urkunde, oder auf Gestattung der Eintragung auf Grund des erfließenden Urtheiles geklagt werden kann? Mit derselben Logik könnte man auch behaupten, dass auf Grund eines mündlichen Kaufvertrages nicht auf Gestattung der Eintragung des Eigenthums, auf Grund eines mündlichen Schulderlasses nicht auf Gestattung der Löschung des Pfandrechtes, auf Grund eines mündlichen Versprechens ein Pfandrecht an einer bestimmten Liegenschaft bestellen zu wollen, nicht auf Erfüllung dieses Versprechens u. dgl. geklagt werden könnte. U. E. wäre also der Klage des A statt zu geben gewesen. Vgl. auch Hasenöhrl, österr. Obligationenrecht S. 627 (lit. b).

men zu lassen, zur Gestattung der Einverleibung der Prioritätsabtretung herbeilässt (§ 33 lit. b allg. Grundb.-G.).

Behufs Pränotation der Prioritätsabtretung würde dagegen schon die Vorlage einer mit den Erfordernissen der §§ 26 u. 27 allg. Grundb.-G. versehenen Privat-urkunde oder eines die unbedingte Verurtheilung des Prioritätscessionars zur Gestattung der Einverleibung der Prioritätsabtretung aussprechenden, aber noch nicht rechtskräftigen, Urtheiles (§ 38 lit. a allg. Grundb.-G.) genügen. Ueber die Rechtfertigung einer solchen Pränotation brauchen wir uns wohl nicht weiter auszusprechen; es genügt die einfache Verweisung auf die §§ 40 ff. allg. Grundb.-G.

IV. 1. Nach Erledigung der Vorfragen, die uns bisher allein beschäftigt haben, können wir unsere Aufmerksamkeit jetzt ungetheilt der mit der einverleibten Prioritätsabtretung verbundenen Wirkung zuwenden.

Wie im vorigen Kapitel so machen wir selbstverständlich auch hier mit der Erörterung desjenigen Falles, wo Prioritätscedent unmittelbarer Vormann des Prioritätscessionars ist, den Anfang. Die dingliche Wirkung einer solchen zwischen *primus* und *secundus* stattfindenden Prioritätsabtretung wird, um der Intention der theiligten Parteien zu entsprechen, so beschaffen sein müssen, dass vermöge derselben zwar *secundus* unter allen Umständen praktisch so gestellt ist, als ob er *primus* wäre, dass aber dabei zugleich dem *primus*, so ferne er aus dem Pfande Deckung nicht mehr zu finden vermag, sein Anspruch gegen den Personalschuldner, und was damit zusammenhängt, reservirt bleibt.

Aus dieser Anforderung, welche wir an die zu findende Lösung von vorne herein stellen müssen, ergibt sich bereits die Unrichtigkeit jener Meinung, zufolge welcher die dingliche Wirkung einer solchen Prioritätsabtretung darin bestehen soll, dass *secundus* hiedurch befugt werde, den auf die Hypothek des *primus* (vorausgesetzt, dass diese im Zeitpunkte der Pfandexecution noch besteht) entfallenden Erlös zur Deckung seines Hypothekaranspruches zu verwenden.²³ Denn danach müsste durch Ausübung der dem *secundus* zustehenden Befugniss das Pfandrecht des *primus* und damit zugleich dessen Anspruch gegen den Personalschuldner consumirt werden; die erwähnte Construction führt also zu einem Resultate, das wir als ein fehlerhaftes bereits erkannt haben und deshalb gerade vermeiden wollen.

²³ Diese Ansicht wird vertreten in einem in den Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern Bd. XXII (1857) S. 257—66 und 273—79 erschienenen anonymen Aufsätze. Vgl. a. a. O. insbesondere S. 261. Aehnlich auch Regelsberger, Studien im bayr. Hyp.-R. S. 51 und 52 und Bayr. Hyp.-R. S. 452 und 453. [Unklar bleibt uns jedoch, wie der von Regelsberger an d. a. Orten ausgesprochene Satz, dass in Folge der Prioritätsabtretung „jeder Theil das Hypothekenrecht des andern zu seinem Vortheil geltend machen kann“ mit dem anderen Satze (bayr. Hyp.-R. S. 448) zu vereinbaren ist, dass in Fällen, wo „die den Rang wechselnden Hypotheken in unmittelbarer Reihenfolge stehen, ein wahrer Stellenwechsel stattfindet“. Oder gilt vielleicht das an den zuerst angeführten Orten Gesagte nur für die Prioritätsabtretung zwischen *primus* und *tertius*? Dann hätte aber dies besonders hervorgehoben werden müssen, und zwar um so mehr, als anderes daselbst Gesagte zweifellos auch für die Prioritätsabtretung zwischen *primus* und *secundus* gilt.] Vgl. ferner noch Römer a. a. O. S. 240 ff.

Die gestellte Aufgabe erscheint dagegen als durchaus befriedigend gelöst, wenn wir die dingliche Wirkung unserer Prioritätsabtretung einfach dahin bestimmen, dass die Ersthypothek zum Nachtheile des *secundus* und der Rechtsnachfolger desselben nicht mehr geltend gemacht werden kann.²⁴ Bei solcher Wirkung der Prioritätsabtretung erreicht *secundus* durch dieselbe offenbar genau das, was er anstrebt, während *primus* bloss dadurch, dass ihm eine dem *secundus* nachtheilige Geltendmachung seiner Hypothek unmöglich geworden ist, seinen Anspruch gegen den Personalschuldner eben so wenig einbüsst, als er denselben einbüssen würde, wenn er sein Pfandrecht vollständig aufgäbe.

Nur ein Punkt erheischt noch nähere Erwägung. Mit Rücksicht auf die obwaltenden concreten Verhältnisse mag es ausnahmsweise vorkommen, dass *primus* an der Reservirung seines Anspruches gegen den Personalschuldner²⁵ ein Interesse nicht hat, sondern es im Gegentheile für vortheilhafter hält, sich durch Aufopferung dessen, was ihm an Recht zusteht, den Eintritt in die Rechte des auf seine Kosten befriedigten *secundus* zu ermöglichen. Bei einer derartigen Sachlage wirft sich daher die Frage auf, ob es mit der dinglichen Wirkung

²⁴ Dass *primus* trotz der erfolgten Prioritätsabtretung mit der *hypothecaria actio* auf Feilbietung des Pfandobjects dringen kann, versteht sich von selbst; denn dies könnte er selbst dann, wenn er schon von vorn herein dem *secundus* im Range nachgestanden hätte.

²⁵ Möglich ist auch der Fall, dass ein persönlicher Anspruch des *primus* überhaupt nicht mehr besteht (vgl. hiez u Colberg a. a. O. S. 54 ff.).

unserer Prioritätsabtretung noch vereinbar bleibt, dass *primus* seine Hypothek in einem Falle, wo der Pfanderlös zur Deckung des *primus* und *secundus* nicht ausreicht, sein Pfandrecht zwar geltend macht, damit aber zugleich eine entsprechende Ueberweisung des auf seine Hypothek entfallenden Erlöses an den *secundus* verbindet.

Wollte man diese Frage verneinen, so bedürfte das oben über die dingliche Wirkung der Prioritätsabtretung Gesagte noch einer kleinen Correctur; denn unter der gemachten Voraussetzung würde die Ausschliessung des *primus* von der Geltendmachung seines Pfandrechtes und damit zugleich die Einbusse des *primus* an rechtlicher Macht so weit reichen, dass *secundus* hiedurch geradezu immer in die Lage käme, den Theil des Erlöses, auf den er Anspruch hat, lediglich auf Grund seines Pfandrechtes an sich zu ziehen. Vom Standpunkte dieser Auffassung müsste daher auch zugegeben werden, dass die Prioritätsabtretung zwischen *primus* und *secundus* einen „wahren Stellenwechsel“ zur Folge habe.

Hält man es dagegen mit uns für genügend, wenn dem *primus* durch die Prioritätsabtretung nur eine dem *secundus* nachtheilige Geltendmachung der Ersthypothek unmöglich gemacht ist, dann wird man die aufgeworfene Frage bejahen, und damit zugleich den Eintritt eines zwischen *primus* und *secundus* sich vollziehenden „wahren Stellenwechsels“²⁶ leugnen müssen.

²⁶ Einen wahren Stellenwechsel nimmt z. B. an: Dernburg a. a. O. I § 334; David a. a. O. S. 289 (1. Spalte); über Regelsberger vgl. das in N. 23 Gesagte.

Für die von uns hiemit proponirte Lösung dürfte ausschlaggebend sein, dass das Interesse des *secundus* den Eintritt der stärkeren Wirkung (d. i. eines wahren Stellenwechsels) gar nicht erheischt, sondern auch schon bei Eintritt der schwächeren Wirkung vollständig gewahrt ist und dass es denn doch nicht angeht, den *primus* eine grössere Einbusse an rechtlicher Macht erleiden zu lassen, als im Interesse des *secundus* unbedingt nothwendig ist.²⁷

2. Aus dem sub Z. 1 Gesagten erhellet, dass die allgemein geläufige Bezeichnung unseres Geschäftes als „Prioritätsabtretung“ eigentlich wenig passend ist. Die dem *secundus* durch die Prioritätsabtretung zu Theil werdende Verbesserung seiner Position wird eben durchaus nicht dadurch bewirkt, dass *secundus* in die Rechtsstellung des *primus* ganz oder theilweise einrückt, sondern lediglich dadurch, dass die zum Nachtheile des *primus* eintretende Abschwächung der Ersthypothek dem *secundus* zu Gute kommt. Dies bleibt selbst in dem Falle wahr, wo *primus* seine Hypothek zwar geltend macht, dabei aber zugleich seinen Anspruch auf den Erlös dem *secundus* überweist; denn man darf nicht vergessen, dass der hienach erfolgende Eintritt des *secundus* in den Anspruch des *primus* nicht schon Folge der Prioritätsabtretung, sondern nur Folge des vom *primus* aus freien Stücken gewählten — und ihm durch die Prioritätsabtretung nur nicht verwehrten — Verhaltens ist.

Der statt „Prioritätsabtretung“ nicht selten gebrauchte

²⁷ Ein juristisch-technisches Hinderniss scheint uns jedoch auch der stärkeren Wirkung durchaus nicht entgegen zu stehen.

Ausdruck „Prioritätseinräumung“ (vgl. auch § 30 allg. Grundb.-G.) will uns deshalb nicht recht gefallen, weil man mit demselben unwillkürlich die dem geschilderten juristischen Vorgange gleichfalls nicht entsprechende Vorstellung verbindet, als ob der den Vorrang einräumende *primus* durch den ohne Weiteres vortretenden *secundus* zurückgedrängt würde.²⁸

Zutreffender sind dagegen die Bezeichnungen unseres Geschäftes als „Nachstehungserklärung“ oder „Satzweichung“,²⁹ obwohl sich nicht verkennen lässt, dass auch diese Ausdrücke auf eine noch stärkere Wirkung hinweisen, als wir sie angenommen haben.

Die vorstehende Bemängelung des Ausdrucks „Prioritätsabtretung“, der sich immerhin dadurch empfiehlt, dass er eine weitläufige Umschreibung der bequemen Bezeichnungen der Parteien als: „Prioritätscedent“ und „Prioritätscessionar“ entbehrlich macht, soll uns übrigens nicht hindern, uns desselben auch noch weiterhin zu bedienen. Sollte sich jedoch in der Folge zeigen, dass es neben jener Prioritätsabtretung, die wir bisher kennen gelernt haben, noch ein anderes Geschäft gibt, auf welches der Ausdruck „Prioritätsabtretung“ buchstäblich passt, so werden wir dann noch immer in der Lage sein, dieses Geschäft als „Prioritätsabtretung im engeren Sinne“ der blossen „Satzweichung“ gegenüber zu stellen.

²⁸ Unbefriedigend daher auch David a. a. O.

²⁹ Der österr. Praxis ist der Ausdruck „Satzweichung“ (Hypothekenweichung) ein ganz geläufiger; vgl. auch Exner a. a. O., S. 301 N. 37a.

3. Der Zustimmung des Eigenthümers des Pfandobjectes bedarf die Prioritätsabtretung nicht; ja selbst die Möglichkeit eines nachträglichen Einspruches gegen die bereits erfolgte Prioritätsabtretung ist dem Eigenthümer versagt.³⁰

Man versucht dies gewöhnlich damit zu rechtfertigen, dass die rechtliche Stellung des Eigenthümers des Pfandobjectes durch eine Prioritätsabtretung überall nicht tangirt werden könne.³¹ Dies ist aber in dieser Allgemeinheit keineswegs richtig. Man denke doch nur an einen Fall, wo z. B. für den *primus* 1000 eingetragen sind, für welche der Eigenthümer auch als Personalschuldner haftet, für den *secundus* gleichfalls 1000, rücksichtlich welcher aber eine Personalschuld gar nicht mehr besteht und wo der Pfanderlös gerade 1000 ausmacht. Bleibt für die Zuweisung des Pfanderlöses lediglich die bücherliche Rangordnung massgebend, so wird *primus* vollständig befriedigt, während *secundus* durchfällt. Wird jedoch angenommen, dass *primus* dem *secundus* die Priori-

³⁰ Indem der § 30 allg. Grundb.-G. den vorstehenden Hypothekengläubiger zur Prioritätsabtretung zu Gunsten des nachstehenden für „berechtigt“ erklärt, spricht er zugleich aus, dass die Prioritätsabtretung auch ohne und gegen den Willen des Eigenthümers des Pfandobjectes erfolgen kann. Vgl. über diesen Punkt auch Roth a. a. O. § 192 N. 4 und Exner a. a. O. 296 N. 17. Einen abweichenden Standpunkt nimmt das mecklenburgische Hypothekenrecht ein. Vgl. hiezu Meibom, mecklenburg. Hypothekenrecht S. 264.

³¹ So Roth a. a. O.; ein rechtliches Interesse des Eigenthümers an der Rangordnung, welche unter seinen Hypothekaren besteht, leugnet auch Exner a. a. O.; vgl. aber auch David a. a. O. N. 1 und Bar, hannöversches Hypothekenrecht S. 114.

tät abgetreten hat, und bleibt die Hypothek des Ersteren in Folge dessen unausgeübt, so zieht *secundus* den ganzen Erlös ein, während *primus* unbefriedigt bleibt. Damit ist aber auch schon zur Evidenz gebracht, dass der Eigenthümer bei Eintritt der letzteren Eventualität dadurch im Nachtheile ist, dass er nach wie vor noch immer dem *primus* für 1000 persönlich haftbar bleibt, während er sonst dem befriedigten *primus* gegenüber liberirt und zugleich des *secundus*, der einen persönlichen Anspruch gar nicht hat, los und ledig gewesen wäre.

Der dargestellte Fall beweist übrigens nicht mehr, als dass der Eigenthümer des Pfandobjectes unter Umständen ein Interesse daran hat, dass die erste Hypothek und nicht an ihrer Statt die zweite zur Bedeckung kommt, er beweist aber noch keineswegs die Möglichkeit eines durch die Prioritätsabtretung erfolgenden Eingriffes in das Recht des Eigenthümers. Denn wenn die Ersthypothek in Folge der Prioritätsabtretung unausgeübt bleibt, so tritt damit nur eine Eventualität ein, welcher der Eigenthümer auch dann ausgesetzt gewesen wäre, wenn die Prioritätsabtretung nicht stattgefunden hätte.

Bedenklicher ist dagegen bereits folgender Fall: Eine Liegenschaft ist mit zwei Hypotheken zu je 10,000 belastet, von welchen die erste seitens des Hypothekars bereits gekündet ist und in drei Monaten fällig wird, während die Fälligkeit der zweiten noch in weiter Ferne steht. Der Eigenthümer, dem Baarmittel fehlen, lässt sich mit einer Sparkasse in Unterhandlungen ein und erhält von dieser die Zusicherung, dass sie den Erst-

hypothekar am Verfallstage befriedigen werde, um hiedurch zugleich in die Rechte des Letzteren einzutreten und die 10,000 damit dem Eigenthümer neuerdings zu creditiren. Nachdem diese Vereinbarung kaum perfect geworden, tritt *primus* dem *secundus* seinen Rang ab, was den Rücktritt der Sparkasse und die peinlichste Zahlungsverlegenheit des Eigenthümers zur selbstverständlichen Folge hat.

Ueber die in diesem Falle und zwar direct durch die Prioritätsabtretung verursachte Schädigung des Eigenthümers wird man sich nicht so leicht hinwegsetzen dürfen, wie über das dem Eigenthümer gleichfalls nachtheilige Ergebniss des ersterwähnten Falles.

Eine angemessene Würdigung des vorliegenden Sachverhaltes ist übrigens nur möglich, wenn wir uns zunächst über die Vorfrage verständigen, ob eine Hypothek auch auf einseitigen Antrag des Hypothekars oder mit anderen Worten auch ohne und gegen den Willen des Eigenthümers gelöscht werden kann?

Bei Bejahung dieser Frage würde man allerdings gezwungen sein, unseren zweiten Fall in ähnlicher Weise zu beurtheilen, wie den ersten. Denn es ist doch klar, dass die Durchführung der zwischen dem Eigenthümer und der Sparkasse verabredeten Kreditoperation auch dann nicht mehr als möglich erscheint, wenn die Hypothek des *primus* gelöscht worden ist und *secundus* in Folge dessen nunmehr mit seiner Hypothek die erste Stelle einnimmt. Hält man daher den *primus* überhaupt für berechtigt, eine eventuelle Disposition des Eigenthümers über die erste Pfandstelle nach Belieben zu ver-

eiteln, so kann es dann nichts Befremdliches mehr haben, wenn diese Vereitlung im Wege der Prioritätsabtretung stattfindet.

Die gestellte Frage ist jedoch richtiger Ansicht nach aus dem Grunde zu verneinen, weil unsere Gesetzgebung, gleich anderen modernen Hypothekenrechten, den Eigenthümer befugt, über gezahlte Hypothekenposten weiter zu verfügen³² und weil diese Befugniss völlig illusorisch wäre, wenn dem Hypothekar einseitige Löschung seiner Hypothek freistünde.

Das preussische Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872 enthält hierüber folgende Bestimmungen:

§ 64. Der eingetragene Eigenthümer ist berechtigt, auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Post auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen.

§. 58. Die Löschung erfolgt auf Antrag³³ des Eigenthümers oder auf Ersuchen einer zuständigen Behörde.

Vgl. hiezu auch noch die §§ 92 und 94 der preussischen Grundb.-Ordg.

³² Vgl. hiezu den belehrenden Aufsatz von Roth im Archiv f. civil. Praxis Bd. 62, S. 97 ff.: „Die hypothekarische Succession und die Eigenthümerhypothek“.

³³ Man ist allgemein darüber einig, dass hiedurch die Löschung einer Hypothek auf einseitigen Antrag des Hypothekars ausgeschlossen werden wollte. Vgl. insbesondere Achilles, die preuss. Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht, 3. Aufl. S. 297 (ad § 58 sub Z. 1).

Aehnlichen Bestimmungen begegnen wir auch im sächsischen bürgerl. G.-B. Vgl.:

§. 442. Befriedigt der Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks den hypothekarischen Gläubiger, so kann er, selbst wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist, verlangen, dass die eingetragene Forderung entweder gelöscht oder auf seinen Namen in dem Hypothekenbuche umschrieben werde. Im letzteren Falle hat er das Recht, die Forderung Anderen abzutreten.

§ 463. Aus den (in den unmittelbar vorhergehenden §§) erwähnten Erlöschungsgründen kann der Eigenthümer des Grundstücks Löschung dem Pfandgläubiger gegenüber verlangen u. s. w.

Der Consequenz ermangelt dagegen allerdings das bayrische Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822. Beweis dessen die §§ 84 und 158 dieses Gesetzes:

§ 84. Der Schuldner kann nach erloschener, aber im Hypothekenbuche noch nicht gelöschter Hypothek den Rang dieser Hypothek einem Anderen, auch einem neueren Gläubiger, jedoch für keine grössere Summe einräumen.³⁴ Ist die Löschung einer Hypothek im Hypothekenbuche eingetragen, so rücken die folgenden Gläubiger nach Ordnung ihrer Eintragung vor.

§ 158. — — — — Auf Antrag desjenigen, welchem durch die Eintragung der Hypothek ein Recht er-

³⁴ Die Hypothekenerneuerung des bayr. Rechtes darf übrigens mit der „Eigenthümer-Hypothek“ des preuss. und sächs. Rechtes nicht identificirt werden. Vgl. hiezu Regelsberger, Studien S. 54 ff. und bayr. Hypoth.-R. S. 277 ff. und Roth, Archiv f. civ. Praxis Bd. 62, S. 127 ff.

worben ist, kann die Löschung ohne weiteres geschehen. — — —

Trotz der zwischen diesen §§ bestehenden auffallenden Disharmonie ist aber der Eigenthümer doch auch nach bayrischem Rechte dem Belieben des Hypothekars nicht ganz schutzlos preisgegeben. Denn dem einseitigen Lösungsbegehren des Hypothekars kann wenigstens durch eine auf Antrag des Eigenthümers eingeschriebene Protestation vorgebeugt werden (vgl. hiezu Regelsberger, bayrisches Hypoth.-R. S. 285).

Nach österreichischem Rechte resultirt die Befugniß des Eigenthümers zur Verfügung über bezahlte Hypothekenposten aus den §§ 469 und 1446 bürgerl. G.-B.:

§ 469. Durch Tilgung der Schuld hört das Pfandrecht auf. Der Pfandgeber ist aber die Schuld nur gegen dem zu tilgen verbunden, dass ihm das Pfand zugleich zurückgestellt werde. Zur Aufhebung einer Hypothek ist die Tilgung der Schuld allein nicht hinreichend. Ein Hypothekargut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist.

§ 1446. 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 und 526).

Die soeben ausgesprochene Ansicht ist aber freilich

noch nicht so allgemein anerkannt³⁵, dass eine Begründung derselben völlig entbehrt werden könnte.³⁶

Man hat den mit den Worten „zur Aufhebung der Hypothek“ beginnenden zweiten Theil des § 469 bürgerl. G.-B. mitunter dahin verstanden, dass das hypothekarische Recht des Gläubigers auch dann noch fortahre materiellrechtlich existent zu sein, nachdem der Gläubiger bereits vollständige Befriedigung erhalten hat.³⁷ Vor solcher Auslegung hätte jedoch der § 469 schon durch die überaus nahe liegende Erwägung gesichert sein sollen, dass mit der Befriedigung des Hypothekars doch zum mindesten dieselbe rechtsaufhebende Wirkung verbunden sein muss, wie mit der Verjährung der Hypothekarklage. Hinsichtlich der letzteren haben wir aber eine ausdrückliche Bestimmung (vgl. § 1499 bürgerl. G.-B.), wonach der Anspruch des Hypothekars im Falle der Verjährung derart erlischt, dass nunmehr seitens des Eigenthümers mit der ne-

³⁵ Vgl. hiezu die Debatte in der Herrenhaussitzung vom 22. März 1870 bei Kaserer a. a. O. S. 249 ff.

³⁶ Auf eine auch nur annähernd vollständige Behandlung des Problems können wir uns aber hier selbstverständlich nicht einlassen.

³⁷ So wird der 2. Absatz des § 469 b. G.-B. aufgefasst von Krainz, allg. österr. Ger.-Zeit. 1868 Nr. 96 ff. und 1869 Nr. 26 ff. (vgl. insbesondere Nr. 26 von 1869) und Exner, österr. Hyp.-R. S. 73 ff. und S. 97. Beide Schriftsteller lehren nämlich, dass das hypothekarische Recht des Gläubigers durch Zahlung nicht aufgehoben werde, sondern dass der Eigenthümer in Folge der von ihm geleisteten Zahlung nur einen obligatorischen Anspruch auf Aufhebung der an und für sich noch rechtsbeständigen Hypothek erwerbe. Vgl. aber hiezu Strohal in der Jenaer Liter.-Zeit. 1877 Nr. 11 S. 168.

gatorischen³⁸ Klage auf Löschung gedungen werden kann.

Es lässt sich aber sogar mit voller Exactheit nachweisen, dass die Redactoren unseres G.-B. bei der Formulirung des § 469 geradezu bemüht waren, einer derartigen missverständlichen Auslegung jeden Anhaltspunkt zu entziehen. Im Entwurfe des bürgerl. G.-B. (vgl. § 249 ~~HT~~ westgal. G.-B.) hiess es noch: „Zur Aufhebung des Hypothekenrechts ist die Tilgung der Schuld allein nicht hinreichend“. Bei der Berathung (Sitzung vom 11. Juli 1803) wurde jedoch seitens des Präsidiums geltend gemacht, dass es statt „Aufhebung des Hypothekenrechts“ richtiger wäre zu sagen „Aufhebung der (einer) Hypothek“, indem „durch die Tilgung der Schuld doch immer das Recht (also offenbar das hypothekarische Recht) aufgehoben sei“. Auf dies hin wurde die vorgeschlagene Aenderung einstimmig beschlossen.³⁹

Der Gedanke, welchen die Redactoren im zweiten Absatze des § 469 zum Ausdrucke bringen wollten, kann hienach nur der gewesen sein, dass ein Hypotheken-Eintrag, so lange er im Grundbuche nicht gelöscht ist, als juristisch relevanter Factor selbst dann noch in Betracht kommt, wenn das hypothekarische Recht des Gläubigers bereits durch Zahlung erloschen ist.

Ein gut Theil der juristischen Bedeutung, welche einem solchem Hypotheken-Eintrage noch zukommt, be-

³⁸ Vgl. hiezu auch Strohal in Grünhut's Zeitschrift IV S. 493.

³⁹ Wir verdanken diese Mittheilung der Güte des Herrn Prof. Pfaff in Wien.

steht sicherlich darin, dass sich auf Grundlage des letzteren ein gutgläubiger und deshalb unter dem Schutze des Vertrauensprinzips⁴⁰ stehender hypothekenrechtlicher Erwerb vollziehen kann. Die juristische Relevanz eines solchen aus dem Buche noch apparirenden Hypotheken-Eintrages tritt aber ausserdem noch darin hervor, dass dieser durch sein Vorhandensein nach wie vor das Vorrücken der Nachpfandgläubiger hindert und so dem Eigenthümer die Möglichkeit eröffnet, über die gezahlte Hypothekenpost neuerdings zu verfügen.⁴¹ Der Anerkennung dieser zweiten Function des ungelöscht gebliebenen Hypotheken-Eintrages kann man sich um so weniger entziehen, als es erst mit Rücksicht auf sie vollkommen begreiflich wird, wie die Redactoren, nachdem sie doch klar erkannt hatten, dass das hypothekarische Recht des Gläubigers durch Zahlung erlösche, trotzdem zur Aufstellung des Satzes gelangen konnten, dass „die Tilgung der Schuld allein zur Aufhebung der Hypothek nicht ausreiche“.

Um unsere Argumentation zum Abschlusse zu bringen, haben wir jetzt noch den § 1446 bürgerl. G.-B. heranzuziehen; dieser im Entwurfe (westgal. G.-B.) noch fehlende Paragraph zeigt eine so auffallende Verwandtschaft mit dem vielbesprochenen § 52 des Anhangs zum preussischen L.-R., welche fast unabweisbar zu der Annahme drängt, dass der § 1446 bürgerl. G.-B. dem § 52⁴² des am

⁴⁰ Wir gebrauchen den Ausdruck „Vertrauensprincip“ als identisch mit „Publicitätsprincip“, „Oeffentlichkeitsprincip“.

⁴¹ Vgl. auch Unger, sächs. Entwurf S. 251. 252.

⁴² Dieser Paragraph lautet: „Hypothekenrechte werden nicht durch die blosse Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigen-

11. April 1803 — und somit während der ersten Lesung unseres bürgerl. G.-B. — publicirten Anhangs zum preuss. L.-R. nachgebildet worden sei.⁴³

Wie im § 52 d. A. z. preuss. L.-R. — aus dem sich in Preussen bekanntlich die ganze Theorie von der „Eigenthümerhypothek“⁴⁴ herausentwickelt hat — so ist auch in unserem § 1446 der wichtige Rechtssatz enthalten, dass der Eigenthümer und bisherige Personalschuldner über eine noch nicht gelöschte Hypotheken-

thum des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben, so lange nicht eine von dem Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist, und kann der Besitzer ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an einen Anderen abtreten“. Unser § 1446 b. G.-G. unterscheidet sich hievon nur durch seine (schon wegen § 526 geboten erscheinende) weitere Fassung und durch Weglassung dessen, was sich aus dem ausgesprochenen Principe ohnehin bereits von selbst ergibt.

⁴³ Ein ähnliches Descendenzverhältniss scheint übrigens auch zwischen § 53 des Anhangs z. preuss. L.-R.: „Doch kann dem Cessionar einer mit Consens des Schuldners eingetragenen hypothekarischen Schuldverschreibung ein wider den Cedenten zustehender, vor der Cession entstandener Einwand der Compensation nur alsdann mit rechtlichem Effekte entgegengesetzt werden, wenn dieser Einwand im Hypothekenbuche vermerkt oder dem Cessionar sonst bekannt gewesen ist u. s. w.“ und dem im Entwurfe gleichfalls noch fehlenden § 1443 b. G.-B.: „Gegen eine den öffentlichen Büchern einverleibte Forderung kann die Einwendung der Compensation einem Cessionar nur dann entgegengesetzt werden, wenn die Gegenforderung ebenfalls und zwar bei der Forderung selbst eingetragen oder dem Cessionar bei der Uebernehmung bekannt gemacht worden ist“ obzuwalten.

⁴⁴ Vgl. hiezu vor Allen: Hagen, die Hypothek des Eigenthümers S. 17 ff. Bei uns hat man sich dagegen das zu lösende Problem noch nicht einmal mit voller Klarheit gestellt.

post selbst dann weiter verfügen kann, wenn die sicher-gestellte Forderung dadurch erloschen ist, dass der Eigenthümer den Hypothekengläubiger beerbt hat. Das von uns früher aus dem § 469 gewonnene Resultat erhält damit seine volle Bestätigung: denn die dem Eigenthümer im § 1446 zugestandene Dispositions-Befugniss hängt mit der Befugniss zur Disposition über bezahlte Posten so innig zusammen, dass die eine ohne die andere gar nicht gedacht werden kann. Im vollen Bewusstsein dieses Zusammenhangs haben die Redactoren daher auch im § 1446 ausdrücklich auf den § 469 verwiesen.⁴⁵

Es darf endlich nicht unerwähnt bleiben, dass die hiemit nachgewiesene Dispositionsbefugniss des Eigenthümers auch schon in zwei interessanten Entscheidungen des obersten Gerichtshofes (vgl. Nr. 1659 und Nr. 3557 der Glaser-Unger-Walther'schen Sammlung) zur Anerkennung gelangt ist.⁴⁶

⁴⁵ Im § 16 der Regierungsvorlage eines allg. Grundb.-G. von 1869 wurde der Versuch gemacht, das im Texte nachgewiesene Dispositionsrecht des Eigenthümers genauer zu normiren. Die Herrenhauscommission liess jedoch diesen Paragraph der Regierungsvorlage fallen, und ein im Plenum gestellter Antrag auf Wiederaufnahme des § 16 der Regierungsvorlage blieb erfolglos (vgl. die Debatte bei Kaserer a. a. O. S. 249 ff.). In der von der Regierung 1871 (zunächst im Abgeordnetenhause) eingebrachten neuerlichen Vorlage eines allg. Grundb.-G. kam ein dem § 16 der ersten Reg.-Vorl. correspondirender Paragraph gar nicht mehr vor, und auch bei der Berathung der zweiten Reg.-Vorl. wurde das Dispositionsrecht des Eigenthümers nicht mehr zur Sprache gebracht.

⁴⁶ Die Ausübung des Dispositionsrechtes gestaltet sich in unserer Praxis in der Weise, dass sich der Eigenthümer von dem

Eine dem oben citirten § 58 des preuss. Ges. über d. Eigenthumserwerb entsprechende Bestimmung fehlt in unserer Gesetzgebung; aber eben so wenig findet man irgendwo ausgesprochen, dass die Löschung einer Hypothek auf einseitigen Antrag des Hypothekars stattfinden könne. Die Entscheidung kann somit nur aus der positiven Natur der Sache gewonnen werden, deren Würdigung uns bereits früher zu dem Ergebnisse geführt hat, dass die Löschung einer Hypothek auf einseitigen Antrag des Hypothekars nicht bewilligt werden darf.⁴⁷

Wenn wir unseren Blick jetzt wieder auf das Beispiel zurücklenken, welches uns zu vorstehender Erörterung veranlasst hat, so werden wir ernste Zweifel über die sachliche Angemessenheit des Rechtssatzes, der die Zustimmung des Eigenthümers zur Prioritätsabtretung für entbehrlich erklärt, nicht mehr unterdrücken können.

Vorsichts halber wollen wir aber noch einen weiteren Fall vorführen: An erster Stelle haften 10,000, die mit 15 %, an zweiter Stelle abermals 10,000, die erst in

befriedigten Hypothekar eine Cession auf den Namen desjenigen, welchem die bezahlte Hypothek neuerdings eingeräumt werden will oder wohl auch eine Blanco-Cession ausstellen lässt und dass der Eigenthümer sohin den neuen Geldgeber durch Einhändigung der entweder ohnehin schon auf dessen Namen lautenden, oder nachträglich mit dessen Namen ausgefüllten Cession in die Lage versetzt, sich umschreiben zu lassen. Eine Disposition des Eigenthümers auf Grund der Lösungsquittung ist dagegen nach österr. Rechte aus formellen Gründen unmöglich.

⁴⁷ Das von uns in Grünhut's Zeitschrift IV S. 480 über die Möglichkeit der Löschung einer Servitut auf einseitigen Antrag des Servitutsberechtigten Gesagte halten wir jedoch nach wie vor noch aufrecht.

5 Jahren rückzahlbar, und inzwischen mit 6% zu verzinzen sind. Da dem Eigenthümer in sichere Aussicht gestellt ist, dass er „auf den ersten Satz“ 10,000 mit nur 5%ger Verzinsung bekommen werde, so schreitet derselbe dem Ersthypothekar gegenüber zur Kündigung, lässt die Kündigung im Grundbuche anmerken, nimmt, um die ihm obliegende Rückzahlung pünktlich leisten zu können, eine schwebende Schuld auf und hegt dabei die Absicht, diese Schuld mit jenen 10,000 wieder zu tilgen, die ihm für den Fall der Einräumung der zunächst von ihm selbst einzulösenden Ersthypothek zugesichert sind. Von der gegen ihn erfolgten Aufkündigung kaum in Kenntniss gesetzt, tritt der bisherige Ersthypothekar, der durchaus nicht gewillt ist, auf eine 15%ge Verzinsung seines Kapitals so leichthin zu verzichten, seinem Nachmanne die Priorität ab, vereitelt dadurch dem Eigenthümer die von diesem beabsichtigte Freimachung der ersten Pfandstelle, damit aber zugleich auch die Durchführung der eingeleiteten Finanzoperation. Das Endresultat wird also sein, dass der Eigenthümer seine Kündigung zurücknehmen und die 15% fortbezahlen muss.

Das beigebrachte Material ist jetzt gross genug, um eine principielle Beurtheilung zu ermöglichen. Wir gelangen hiebei zu folgenden Ergebnissen: *a.* Es gibt Fälle, in welchen die Prioritätsabtretung zu einer solchen Schädigung des Eigenthümers führt, welcher der Letztere ohne die Prioritätsabtretung gar nicht ausgesetzt gewesen wäre. *b.* Die in solchen Fällen eintretende Schädigung des Eigenthümers besteht darin, dass dieser

durch die Prioritätsabtretung der Vortheile beraubt wird, welche ihm abgesehen von der Prioritätsabtretung aus der Einlösung der Ersthypothek erwachsen wären. *c.* Es ist eine entschiedene Inconsequenz, wenn die Gesetzgebung dasselbe Interesse, welches sie auf der einen Seite durch Gestattung der Disposition über bezahlte Hypothekenposten unter ihren besonderen Schutz stellt, auf der andern Seite wieder durch die — wenigstens dem Eigenthümer gegenüber schrankenlose — Zulassung von Prioritätsabtretungen der Verkümmern preisgibt. *d.* Was endlich die *lex ferenda* betrifft, so möchten wir empfehlen, dass dem Eigenthümer gegen Prioritätsabtretungen ein innerhalb einer kurzen Präclusivfrist geltend zu machendes Einspruchsrecht gewährt werde. -

4. Sub Z. 1—3 ist bisher immer als selbstverständlich vorausgesetzt worden, dass jene Hypothek, deren Priorität abgetreten werden will, dem Prioritätscedenten auch wirklich zugehört. Ueber diesem Normalfalle dürfen jedoch die Ausnahmefälle nicht übersehen werden, wo die gemachte Voraussetzung nicht zutrifft.

Es kann vorkommen:

a. Dass die aus dem Buche apparirende Ersthypothek schon von vorne herein auf einem nichtigen Eintrage beruht;

b. dass die Ersthypothek zur Zeit der Prioritätscession bereits bezahlt war; denkbar ist ferner:

c. auch die Constellation, dass die dem *P* zugehörige Ersthypothek zunächst vermittelt eines nichtigen Eintrags auf den *P*₁ umschrieben worden ist, worauf Letzterer zur Prioritätsabtretung schreitet; und es ist endlich

d. auch noch möglich, dass der aus dem Buche als Hypothekar noch apparirende P eine Prioritätsabtretung vornimmt, nachdem dessen hypothekarisches Recht bereits ausserbüchlerlich auf den P_1 übergegangen ist.

Jeder dieser Fälle bedarf einer kurzen Besprechung.

ad a. Bei Beurtheilung dieses Falles muss wieder unterschieden werden, je nachdem die Nichtigkeit des Hypotheken-Eintrags eine solche ist, die nur vom Eigenthümer, oder eine solche, die auch von den Nachhypothekaren geltend gemacht werden kann.⁴⁸ Liegt eine Nichtigkeit der zweiten Art vor, so ist die praktische Bedeutung der Prioritätsabtretung regelmässig gleich Null: denn materiellrechtlich war Prioritätscessionar ohnedies bereits *primus*. Dies ändert sich jedoch, wenn die nichtig eingetragene, aber noch nicht gelöschte, Ersthypothek nachträglich auf einen gutgläubigen und zufolge des Vertrauensprinzips geschützten Cessionar übergeht. Bei Eintritt dieser Eventualität erweist sich die Prioritätsabtretung dann allerdings als wirksam.

Eine ganz andere Beurtheilung muss dagegen eintreten, so wir es mit einer Nichtigkeit der ersten Art zu thun haben, welche dem Eigenthümer die Möglichkeit offen lässt, auf Grund des nur ihm gegenüber nichtigen Eintrags eine rechtsgiltige Hypothek erst noch zur Existenz zu bringen. Will der Eigenthümer von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, so muss er sich in seiner Disposition offenbar beengt fühlen, wenn der aus dem

⁴⁸ Wann eine Nichtigkeit der ersten und wann eine solche der zweiten Art vorliegt, kann hier nicht untersucht werden.

nichtigen Eintrage nur scheinbar Berechtigte vorher eine Prioritätsabtretung vorgenommen hat. Der Eigenthümer wird daher auch ein Interesse daran haben, die einverleibte Prioritätsabtretung wieder zur Löschung zu bringen. Der Erfolg der gegen den Prioritätscessionar angestrenzten Löschungsklage wird jedoch von folgenden Umständen abhängen: War der Prioritätscessionar schlechtgläubig, oder m. a. W. hatte derselbe im Zeitpunkte der Einverleibung der Prioritätsabtretung bereits Kenntniss davon gehabt, dass sein Auctor zufolge eines nichtigen Eintrags ins Buch gekommen war, so wird sich Ersterer der vom Eigenthümer begehrten Löschung fügen müssen (vgl. § 63 allg. Grundb.-G. a. E.). War dagegen der Prioritätscessionar gutgläubig⁴⁹ und ist ausserdem⁵⁰ die Frist bereits versäumt, innerhalb welcher gegen den gutgläubigen Nachmann eines nichtig Eingetragenen noch auf Löschung geklagt werden kann (vgl. §§ 63 und 64 allg. Grundb.-G.), so muss sich der Eigenthümer die durch die Prioritätsabtretung bewirkte Einschränkung seines Dispositionsrechtes gefallen lassen.

ad b. Die seitens eines bereits befriedigten Hypothekars erfolgende Prioritätsabtretung involvirt einen offenbaren Eingriff in das Recht des Eigenthümers zur Disposition über gezahlte Hypothekenposten. Um von

⁴⁹ Darauf, ob der Erwerb ein entgeltlicher oder unentgeltlicher war, kommt im österr. Rechte nichts an. Vgl. hiezu Exner, Publicitätsprincip S. 63 ff. und österr. Hyp.-R. S. 83 Nr. 2.

⁵⁰ Wer auf Grundlage eines nichtigen Eintrages gutgläubig erwirbt, ist nach österr. Rechte vermöge seiner Gutgläubigkeit allein gegen die Bestreitungsklage noch nicht geschützt.

diesem Rechte ungeschmälerten Gebrauch machen zu können, wird der Eigenthümer daher auch bestrebt sein müssen, die einverleibte Prioritätsabtretung wieder zu beseitigen. Solche Beseitigung stellt sich jedoch als schlechthin⁵¹ undurchführbar heraus, wenn der Prioritätscessionar im entscheidenden Zeitpunkte im guten Glauben

⁵¹ Die Gutgläubigkeit des Prioritätscessionars reicht hier deshalb aus, um dem Letzteren eine völlig gesicherte Position zu verschaffen, weil der zu Gunsten des Auctors desselben aus dem Buche apparirende Eintrag nicht als ein nichtiger im Sinne des § 61 allg. Grundb.-G. erscheint. Vgl. Strohal in der Jenaer Lit.-Zeit. 1877 Nr. 11 S. 169: „Das Publicitätsprincip greift nach österr. R. nicht in allen Fällen gleichmässig ein; es müssen vielmehr zwei Gruppen von Thatbeständen unterschieden werden, welche einer völlig verschiedenen Behandlung unterliegen: 1) Zur ersten Gruppe gehören jene Fälle, in welchen von vorn herein ein Bucheintrag vorgenommen wird, welcher der materiellen Rechtslage nicht entspricht; z. B. auf Grund einer gefälschten oder einer von einem Handlungsunfähigen ausgestellten Urkunde wird eine Hypothek eingetragen. 2) Zur zweiten Gruppe gehören dagegen jene Fälle, in welchen die aus dem Buche apparirende Rechtslage sich von vorn herein mit der materiellen Rechtslage in vollständiger Uebereinstimmung befunden hat, wo letztere jedoch nachträglich durch ausserbücherliche Vorgänge alterirt worden ist; z. B. die eingetragene Hypothek ist gezahlt worden, aber im Buche ungelöscht stehen geblieben, oder die Hypothekarklage ist verjährt, die Löschung der betreffenden Hypothek jedoch noch nicht durchgeführt worden. Der wesentlichste Unterschied zwischen diesen beiden Gruppen von Fällen besteht aber darin, dass der gutgläubige Dritte, zu dessen Gunsten auf Grundlage der aus dem Buche apparirenden Rechtslage eine weitere Eintragung vorgenommen wird, in den Fällen der zweiten Gruppe sofort und ohne Weiteres, in den Fällen der ersten Gruppe dagegen nur bei Vorhandensein der Voraussetzungen des § 63 oder § 64 allgem. Grundb.-G. geschützt erscheint“. Vgl. auch Randa, allg. österr. Ger.-Zeit. 1871 Nr. 40, 1872 Nr. 35, 1876 Nr. 94.

war (vgl. § 28 allg. Grundb.-G.). Der für den gutgläubigen Prioritätscessionar hieraus resultirende Vortheil besteht aber darin, dass ihm die Ausübung des dem Eigenthümer hinsichtlich der bezahlten Post zustehenden Verfügungsrechtes nicht mehr nachtheilig werden kann.

ad *c.* Liegt der oben sub lit. *c* erwähnte Fall vor, so kann *P* mit Erfolg wider *P*₁ und zugleich wider den schlechtgläubigen Prioritätscessionar mit der Klage auf Wiederherstellung des früheren Buchstandes auftreten. Gegen den gutgläubigen Prioritätscessionar ist dagegen erfolgreiche Anstrengung dieser Klage nur innerhalb der Frist des § 63, beziehungsw. § 64 allg. Grundb.-G. möglich; versäumt also *P* diese Frist, so ist die Position des gutgläubigen Prioritätscessionars unangreifbar geworden.

ad *d.* Was endlich den Fall betrifft, auf den wir oben sub lit. *d* hingewiesen haben, so wird derselbe nach österr. Rechte aus dem Grunde nur selten vorkommen können, weil die bücherliche Umschreibung regelmässig zugleich auch materiellrechtliche Voraussetzung des Uebergangs der Hypothek auf den neuen Erwerber ist. Eine Ausnahme⁵² von dieser Regel tritt jedoch z. B. dort ein, wo eine Hypothek auf Grund des *jus offerendi* nach § 462 bürgerl. G.-B., oder vom Bürgen nach § 1358 bürgerl. G.-B. eingelöst worden ist.⁵³ Nimmt nun *P* in einem

⁵² Warum obige Ausnahmen gemacht werden müssen, kann hier nicht auseinandergesetzt werden.

⁵³ Ein weiterer hieher gehöriger Ausnahmefall (der aber freilich auch sonst noch manche Eigenthümlichkeiten hat) liegt vor, wenn eine Hypothek von dem Afterpfandgläubiger zur Versteigerung gebracht und sohin dem Ersteher zugeschlagen wird.

solchen Ausnahmefalle, nachdem er bereits aufgehört hat, Hypothekar zu sein, eine Prioritätsabtretung vor, so hängt die Wirksamkeit der letzteren lediglich davon ab, ob der Prioritätscessionar gut- oder schlechtgläubig ist. Nur gegen den schlechtgläubigen Prioritätscessionar wird P_1 mit der Löschungsklage durchdringen können, der gutgläubige Prioritätscessionar steht dagegen sofort unter dem Schutze des Vertrauensprinzips.

5. Die Einverleibung der Prioritätsabtretung kann auch unter Umständen stattfinden, wo eine Prioritätsabtretungs-Erklärung nur scheinbar vorliegt, *de jure* aber gar nicht vorhanden ist. So verhält es sich z. B., wenn die Einverleibung der Prioritätsabtretung auf Grund einer gefälschten Urkunde, oder auf Grund einer von dem minderjährigen Prioritätscedenten ohne Zustimmung des Vormundes und der Obervormundschaft ausgestellten Urkunde bewilligt worden ist. In diesen und ähnlichen Fällen ist die vorgenommene Einverleibung der Prioritätsabtretung offenbar ungiltig im Sinne des § 61 allg. Grundb.-G. und steht daher auch dem durch diese Einverleibung in seinem bürgerlichen Rechte verletzten Ersthypothekar die Klage auf Wiederherstellung des vorigen bürgerlichen Standes zu. Versäumt jedoch der Ersthypothekar die Frist des § 63 beziehungsweise § 64 allg. Grundb.-G., so ist solche Klageführung nicht mehr möglich gegenüber einem gutgläubigen Singularsuccessor des ursprünglichen Inhabers jener Hypothek, zu deren Gunsten die Einverleibung der Prioritätsabtretung stattgefunden hat (vgl. hiezu auch Colberg a. a. O. S. 90).

V. 1. Nach Abschluss der sub IV geführten Unter-

suchung wirft sich uns zunächst die Frage auf, ob die gewonnenen Ergebnisse auch auf den Fall der Prioritätsabtretung übertragen werden können, wo Prioritätscedent unmittelbarer Vormann des Prioritätscessionars nicht ist.

Hierauf lässt sich weder schlechtweg mit „Ja“ noch schlechtweg mit „Nein“ antworten. Nicht mit einem unbedingten „Ja“, weil die Anwendung der sub IV, 1 gewonnenen Construction auf eine zwischen *primus* und *tertius* erfolgende Prioritätsabtretung niemals zu dem von den Parteien regelmässig gewollten Resultate führen kann, dass der Nachmann in Folge der Prioritätsabtretung in die Position des *primus* einrückt; nicht mit einem unbedingten „Nein“, weil das Vorkommen von Fällen nicht in Abrede gestellt werden darf, wo das, was *tertius* anstrebt und was *primus* allein concediren will, lediglich in einer derartigen Lahmlegung der Ersthypothek besteht, vermöge welcher diese zum Nachtheile des *tertius* nicht mehr geltend gemacht werden kann.

Die unter, durch Zwischenhypotheken getrennten, Hypothekaren stattfindende Prioritätsabtretung im weiteren Sinne erscheint also für die juristische Betrachtung nicht immer als ein und dasselbe Geschäft; sie ist vielmehr entweder blosser „Satzweichung“ („Nachstehungserklärung“) im Sinne von IV, 2 oder aber „Prioritätsabtretung im engeren und eigentlichen Sinne“.⁵⁴

⁵⁴ In ähnlicher Weise unterscheidet auch schon David a. a. O. zwischen „Vorrangseinräumung“ (unsere Satzweichung) und „Rangabtretung“ (unsere Prioritätsabtretung im engeren Sinne), ohne jedoch diese Unterscheidung im Detail durchzuführen.

Von der letzteren Rechtsfigur wird erst sub VI näher gehandelt werden und nur mit der ersteren wollen wir uns hier befassen.

2. Es ist im Hypothekenverkehr keine Seltenheit, dass sich ein Nachhypothekar (*tertius*) zunächst von seinem unmittelbaren Vormanne *secundus* und dann erst von seinem weiteren Vormanne *primus* die Priorität abtreten lässt. In Fällen solcher Art ist durchaus nicht abzu- sehen, warum wir die Prioritätsabtretung zwischen *primus* und *tertius* anders construiren sollten als die zwischen *secundus* und *tertius*. Dem Parteienwillen erscheint vielmehr vollständig genügt, wenn wir die Wirkung jener Prioritätsabtretung gerade so bestimmen wie die Wirkung dieser, und somit zu dem Ergebnisse gelangen, dass keine der beiden Vorhypotheken mehr zum Nachtheile des *tertius* geltend gemacht werden kann.

Eine Prioritätsabtretung, deren Wirkung damit erschöpft ist, dass Prioritätscedent seine Hypothek nicht mehr zum Nachtheile des Prioritätscessionars geltend machen kann, wird aber zwischen *primus* und *tertius* zweifellos auch dort stattfinden können, wo derselben eine Prioritätsabtretung zwischen *secundus* und *tertius* noch nicht voran gegangen ist.

Mancherlei Verhältnisse lassen sich denken, welche den *tertius* veranlassen, sich mit einer solchen Wirkung von vorne herein zu begnügen, oder welche den *primus* bestimmen, sich auf eine stärker wirkende Prioritätsabtretung nicht einzulassen: Beläuft sich z. B. die Hypothek des *primus* auf 5000, die des *secundus* auf 500 und die des *tertius* auf 1000, und ist dabei der Werth des

Pfandobjectes so gross, dass auf einen Erlös von circa 2000 mit voller Sicherheit gerechnet werden darf, so wird sich *tertius* mit einer ihm seitens des *primus* ertheilten „Satzweichung“ vollständig zufrieden geben können. Ein zureichender Grund der den *tertius* bestimmen mag, vom *primus* nur „Satzweichung“ zu begehren, liegt auch dann vor, wenn *primus* bereits Garantien dafür besitzt, dass ihm später auch seitens des *secundus* eine „Satzweichung“ werde ausgestellt werden. Auf einen weiteren hierher gehörigen Fall, wo es für den *primus* räthlich erscheint, sich dem *tertius* gegenüber nur auf eine „Satzweichung“ einzulassen, werden wir unten sub Z. 4 noch zu sprechen kommen.

3. Liegt neben der Satzweichung des *primus* zu Gunsten des *tertius* auch noch eine solche des *secundus* vor, so wird *tertius* in Folge der combinirten Wirkung beider Satzweichungen praktisch offenbar zum Ersthypothekar. Liegt dagegen die erstere Satzweichung allein vor, so besteht der Vortheil des *tertius* nur darin, dass er praktisch so gestellt wird, als ob die Hypothek des *primus* gar nicht vorhanden wäre. Die Consequenzen, die hieraus im Einzelnen resultiren, sind bereits auf S. 18 ff. dieser Schrift ausgeführt worden⁵⁵; es genügt also, wenn wir auf das a. a. O. Gesagte kurz verweisen.

4. Aus dem Wesen der blossen „Satzweichung“ ergibt sich, dass diese sehr wohl auch, sei es nun gleichzeitig, oder nach einander zu Gunsten mehrerer Nach-

⁵⁵ Vgl. hiezu den während des Druckes erschienenen Aufsatz von Ofner in der österr. Gerichtshalle 1880 Nr. 83.

hypothekare also z. B. zu Gunsten des *secundus* und des *tertius* erfolgen kann. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen. Wir nehmen an: *primus* sei mit 5000, *secundus* mit 4000 und *tertius* mit 2000 eingetragen und der Erlös betrage 5000. Liegt hier nur eine Satzweichung des *primus* u. zw. zu Gunsten des *secundus* vor, so zieht *primus* 1000 und *secundus* seine vollen 4000; *tertius* fällt gänzlich durch. Ist *primus* nur zu Gunsten des *tertius* von seinem Satze gewichen, so erhält *tertius* jedenfalls so viel vom Erlöse, als auf ihn entfallen würde, wenn *primus* gar nicht vorhanden wäre, d. i.: 1000; dabei bleibt aber dem *primus* doch noch immer die Wahl offen, ob er diese 1000 dem *tertius* dadurch verschaffen will, dass er seine Hypothek unausgeübt lässt — in welchem Falle 4000 vom *secundus* eingezogen werden —, oder dadurch, dass er seine Hypothek unter gleichzeitiger Überweisung von 1000 an den *tertius* geltend macht —, in welchem Falle *secundus* gänzlich durchfällt. Hat sich jedoch *primus* sowohl dem *secundus*, wie dem *tertius* gegenüber zur Satzweichung herbeigelassen, so entfallen auf *secundus* unter allen Umständen 4000 und auf *tertius* 1000, während *primus* leer ausgeht.

Selbst dann, wenn die vom *primus* zu Gunsten des *tertius* concedirte Satzweichung bereits einverleibt ist, steht der Einverleibung einer vom *primus* nachträglich auch noch dem *secundus* concedirten Satzweichung nichts im Wege: denn der Vortheil, welchen sich *tertius* durch die ihm gegenüber erfolgte Satzweichung des *primus* allein sichern wollte und konnte, ist so beschaffen, daß er ihm durch eine weitere Satzweichung des *primus*

zu Gunsten des *secundus* unmöglich benommen werden kann.⁵⁶

5. Hat sich neben dem *primus* auch noch der *secundus* auf eine Satzweichung zu Gunsten des *tertius* eingelassen, so bleibt dies nicht ohne Einfluss auf die Stellung des *primus*. Zur Illustration diene Folgendes:

a. Setzt man z. B. voraus, dass die Hypothekarforderungen des *primus*, *secundus* und *tertius* je 1000 betragen und dass sich der erzielte Erlös gleichfalls auf 1000 beläuft, so macht es für den *primus* einen erheblichen Unterschied, je nachdem nur eine Satzweichung von seiner Seite, oder aber ausserdem noch eine solche seitens des *secundus* vorliegt. Denn im ersten Falle kann *primus* mit Rücksicht auf den Umstand, dass die Nichtausübung seines Pfandrechtes nur dem *secundus*, nicht aber dem *tertius* zu Gute kommen würde, den Erlös pr. 1000 trotz der Satzweichung für sich einziehen, während im zweiten Falle der ganze Erlös immer dem *tertius* zufallen muss.

Irrig wäre es jedoch, wenn man dieses Ergebnisses wegen dem *tertius* die Berechtigung absprechen wollte, sich nach der erfolgten Satzweichung des *primus* eine solche auch noch vom *secundus* gewähren zu lassen. Man darf eben nicht ausser Acht lassen, dass der Vortheil, welcher dem *primus* unter Umständen daraus er-

⁵⁶ Es kann daher auch vorkommen, dass sich *primus* gerade deshalb, um sich die Möglichkeit einer Satzweichung zu Gunsten des *secundus* (dem gegenüber er sich hiezuvielleicht bereits verpflichtet hat) noch offen zu halten, dem *tertius* gegenüber nur zu einer Satzweichung versteht. Vgl. oben S. 67 (Z. 2 a. E.).

wachsen kann, dass *secundus* keine Satzweichung gegeben hat, ein rein zufälliger ist, auf den Ersterer nicht den geringsten Rechtsanspruch hat. Die blosse Zufälligkeit jenes Vortheils ergibt sich am besten daraus, dass derselbe dem *primus* auch dann verloren geht, wenn die Hypothek des *secundus* gelöscht wird, oder wenn *secundus* vor dem Substitutionsrichter auch nur die Erklärung abgibt, dass er seine Hypothek nicht geltend machen wolle.

b. Ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn wir an den sub *a* gemachten Annahmen die Veränderung vornehmen, dass sich der Pfanderlös statt auf 1000 auf 2000 belaufe: denn unter dieser Voraussetzung geht *primus*, wenn nur er sich zur Satzweichung verstanden hat, leer aus, während auf *secundus* und *tertius* je 1000 entfallen; apparirt dagegen aus dem Buche neben der Satzweichung des *primus* auch noch eine solche des *secundus*, so erhalten *primus* und *tertius* je 1000, während *secundus* durchfällt.

Durch diese Ergebnisse wird uns die Frage nahe gelegt, ob es dem *tertius* nach erfolgter Einverleibung der Satzweichung des *primus* und des *secundus* noch gestattet ist, die Satzweichung des Letzteren löschen zu lassen und dadurch die rechtliche Situation des *primus* wieder zu verschlechtern? Dass dies verneint werden muss, kann in solchen Fällen kaum zweifelhaft sein, wo sich *primus* zur Satzweichung erst herbeigelassen hat, nachdem und, regelmässig wohl auch nur, weil die Satzweichung des *secundus* bereits einverleibt war. Wir sind jedoch zur Verneinung der aufgeworfenen Frage selbst

dort geneigt, wo die Einverleibung der Satzweichung des *secundus* erst nachträglich stattgefunden hat. Massgebend ist uns hiebei die Erwägung, dass die nachträglich erfolgende Satzweichung des *secundus* nicht nur für den *tertius*, sondern auch für den *primus* denselben praktischen Erfolg herstellt, als ob die Hypothek des *secundus* gelöscht worden wäre. Eine nachträgliche Entziehung des für ihn hieraus resultirenden Vortheils braucht sich daher *primus* ebenso wenig gefallen zu lassen, als er es sich gefallen zu lassen brauchte, wenn die rechtsgiltig gelöschte Hypothek des *secundus* wieder hergestellt werden wollte.

6. Was über die Satzweichung des *primus* zu Gunsten des *tertius* Besonderes zu sagen war, ist hiemit erschöpft; im Uebrigen gilt das sub IV Ausgeführte *mutatis mutandis* auch hier.

VI. 1. Schon sub V. 1 ist hervorgehoben worden, dass sich die Construction der Prioritätsabtretung als „Satzweichung“ für jene zahlreichen Fälle als völlig unbrauchbar erweist, wo die Absicht der Parteien darauf gerichtet ist, dass der vom Prioritätscedenten durch Zwischenhypotheken getrennte Prioritätscessionar in die bessere Pfandstelle des zurücktretenden Prioritätscedenten einrücken solle.

Das thatsächliche Vorkommen einer solchen Parteienabsicht wird allseitig zugegeben; darüber aber, ob und in wie weit eine solche Absicht realisirt werden könne, gehen die Meinungen weit auseinander. Scheidet man jedoch aus dem bunten Gewirre von Ansichten diejenigen aus, welche auf der falschen Grundauffassung beruhen,

dass die Prioritätsabtretung ein Geschäft des Obligationenrechtes sei, so bleiben nur mehr zwei Lösungsversuche übrig, zwischen welchen wir zu wählen haben werden:

a. Die eine dieser Lösungen ist zuerst von dem Anonymus in den bayr. Blättern f. Rechtsanwendung XXII (1857) S. 261 angedeutet, sodann von Regelsberger in seinen Studien z. bayr. Hyp.-R. (1872) S. 45 ff. (vgl. auch Regelsberger, bayr. Hyp.-R. S. 450 ff.) näher ausgeführt und bald darauf auch von Römer in dessen württemb. Unterpfand-Rechte S. 240 ff. adoptirt worden. Hienach soll der von den Parteien gewollte Erfolg dadurch erreicht werden, dass *tertius* befugt wird, sich zur Deckung seines Anspruches der *hypothecaria actio* des *primus* zu bedienen, und dass dafür *primus* wieder die Befugniss eintauscht, sich mittelst der *hypothecaria actio* des *tertius* nach Möglichkeit Deckung zu verschaffen.

Wir können dies jedoch, ganz abgesehen von anderen Bedenken, schon deshalb nicht für befriedigend halten, weil die referirte Auffassung nothwendig dazu führen muss, dass der Anspruch des *primus* gegen seinen Personalschuldner in so weit erlischt, als sich *tertius* durch Anstellung der *hypothecaria actio* des *primus* Befriedigung verschafft. Dass und warum ein solches Ergebniss als unannehmbar erscheinen muss, ist oben auf S. 17. 18 u. S. 41 bereits eingehend dargelegt worden.

b. Die zweite Lösung sucht dem Parteienwillen durch die Annahme gerecht zu werden, dass *primus* seiner Hypothek, indem er mit derselben zurücktritt, die Hypothek des *tertius* substituirt und damit das Einrücken des *tertius*

in die von ihm geräumte Pfandstelle ermöglicht. Als Vertreter dieser Ansicht⁵⁷ können insbesondere folgende Schriftsteller namhaft gemacht werden:

Lehner, bayr. Hypoth.-R. I § 114 (S. 161 d. 2. Aufl.);

Heyne, Commentar über das sächs. Ges. v. 6. Novemb. 1843 S. 363;

Siegmann, sächs. Hypoth.-R. S. 98;

Prinz, Einfluss der Hypothekenbuchs-Verfassung auf das Sachenrecht S. 272;

Dernburg, preuss. Privat-R. I § 334⁵⁸;

Ofner, österr. Gerichtshalle 1880 No. 58 u. 83;

Dr. N., österr. Gerichtshalle 1880 No. 78.

Wir bekennen uns unbedenklich zu derselben Meinung⁵⁹

⁵⁷ Eine ähnliche Ansicht vertritt Schlayer im Arch. f. civil. Prax. Bd. 49 S. 232 ff. auch schon für das gemeine Recht.

⁵⁸ Anders entscheidet Dernburg, Pfandrecht II S. 475 ff. für das gemeine Recht.

⁵⁹ Rm. a. a. O. S. 68 betrachtet diese Lösung für das bayr. Recht schon durch den Wortlaut des § 62 Hypoth.-Ges. („Ein Hypothekengläubiger kann unbeschadet seines Hypothekenrechtes den durch früheren Eintrag erworbenen Vorrang einem späteren Gläubiger abtreten, jedoch wird dadurch den anderen Gläubigern an dem bereits erlangten Vorzuge nichts entzogen.“) als ausgeschlossen und stützt sich dabei auf die Worte: „unbeschadet seines Hypothekenrechtes“. Unseres Erachtens ist dies ganz irrig. Die Worte: „unbeschadet seines Hypothekenrechtes“ wollen vielmehr nur besagen, dass ein Hypothekengläubiger, der sich zur Prioritätsabtretung herbeilässt, seines hypothekarischen Rechtes dadurch nicht verlustig wird, sondern nur die Bonität desselben verringert. Die Einwendung, dass die Prioritätsabtretung nicht mehr unbeschadet der Hypothek des Prioritätscedenten vor sich gehe, wenn diese Hypothek in ihrer Bonität gemindert werde, wird damit widerlegt, dass es ohne solche Minderung der Bonität der Vorhypothek bei der Prioritätsabtretung überhaupt nicht abgeht,

und hoffen diese Entscheidung durch nachstehende Ausführungen allseitig zu rechtfertigen.

2. Vermöge der sub Z. 1 lit. b. vorläufig nur ganz im Allgemeinen charakterisirten Auffassung der Prioritätsabtretung im e. S. stellt sich diese als eine wahre Rechtsübertragung dar: zwar nicht als eine Uebertragung des dem Prioritätscedenten zustehenden hypothekarischen Rechtes selbst, wohl aber als eine Uebertragung des Ranges der Hypothek des Prioritätscedenten, oder, um uns genauer auszudrücken, als eine Uebertragung jener rechtlichen Macht, mit welcher der zur Prioritätsabtretung schreitende Hypothekar zufolge des Ranges seiner Hypothek den auf dem Lastenblatte nach ihm eingetragenen Inhabern von Rechten gegenüber für den Fall des Eintrittes eines Interessenconflictcs mit denselben ausgestattet ist.

Die Ablösung jener Befugnisse, welche dem Inhaber einer Hypothek vermöge des Ranges derselben den nach eingetragenen Inhabern von Rechten gegenüber zukommen, von dieser Hypothek und die Uebertragung dieser Befugnisse an den Inhaber einer anderen Hypothek scheint zwar im ersten Augenblicke etwas überaus Befremdliches zu haben; die juristische Möglichkeit eines solchen Vorganges ergibt sich jedoch aus folgenden Erwägungen:

a. Selbst wenn man von der Prioritätsabtretung ganz absieht, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass der einer bestimmten Hypothek im Zeitpunkte der Begründung derselben zukommende Rang keineswegs ein

auch dann nicht, wenn die Prioritätsabtretung im weiteren Sinne zwischen *primus* und *secundus* stattfindet.

für allemal gegeben, sondern vielmehr mannigfacher Veränderung ausgesetzt ist. So verbessert sich z. B. der Rang der bisherigen Zweithypothek, wenn die Ersthypothek erlischt und gelöscht wird, so verschlechtert sich dagegen wieder der Rang der bisherigen Ersthypothek, wenn diese zur Ungebühr gelöscht wird und wenn die beiden nacheingetragenen Hypotheken, bevor noch auf Wiederherstellung des früheren Buchstandes geklagt worden ist, an gutgläubige Cessionare gelangt sind, welche sich zufolge des ihnen zu Gute kommenden Vertrauensprincips die Wiederherstellung der zur Ungebühr gelöschten Hypothek an der ursprünglichen Pfandstelle nicht mehr gefallen zu lassen brauchen.

b. Einen interessanten Beleg für die Variabilität des einer Hypothek zukommenden Ranges bieten uns auch die Hofdecrete v. 1. Septemb. 1826 No. 2219 u. v. 14. Febr. 1840 No. 409 J. G. S., zufolge welcher bei der Beurtheilung des dem gesetzlichen Pfandrechte des Fiskus für rückständige Grundsteuern gebührenden Ranges darauf gesehen werden muss, ob die Rückstände bereits länger als 3 Jahre aushaften, oder ob sie jünger sind. Rücksichtlich dieser Rückstände hat das gesetzliche Pfandrecht des Fiskus den Vorrang vor allen eingetragenen Hypotheken; insoweit es sich dagegen um jene handelt, gehen dem Pfandrechte des Fiskus alle eingetragenen Hypotheken im Range vor. Man kann dies m. a. W. auch dahin ausdrücken, dass die gesetzliche Hypothek des Fiskus für Grundsteuerrückstände des ihr vor anderen Hypotheken zukommenden Vorranges nachträglich entkleidet wird, sobald seit der Fälligkeit der betreffenden Rückstände mehr als 3 Jahre vergangen sind.

c. Durch das sub *a* u. *b* Gesagte ist erwiesen, dass eine Hypothek ihren bisherigen Rangvorzug sehr wohl einbüßen kann, ohne damit für die juristische Betrachtung aufzuhören dieselbe Hypothek zu sein, die sie bisher war. Gegenstand des Zweifels kann also nur mehr sein, wie der von der einen Hypothek abgelöste Rangvorzug im Wege der Uebertragung einer anderen, von der ersteren durch Zwischenhypotheken getrennten, Hypothek zugewendet werden kann. Um auch diesen Zweifel zu zerstreuen, verweisen wir auf einen Fall, wo die auf dem Lastenblatte zunächst allein eingetragen gewesene Hypothek des *A* pr. 5000 nichtig gelöscht worden ist und wo *A* die Klage auf Wiederherstellung des nichtig gelöschten Eintrages erst nach Ablauf der Frist des § 63 resp. § 64 allg. Grundb.-G. anstrengt, und nachdem inzwischen zwei weitere Hypotheken eingetragen worden sind: nämlich eine zu Gunsten des *B*, der von der Nichtigkeit der Löschung der Vorhypothek Kenntniss gehabt hatte pr. 5000 und die andere zu Gunsten des *C*, dem der vorerwähnte Sachverhalt ganz unbekannt war, pr. 2000. Völlig sicher ist hier ein Zweifaches: Einmal, dass der nichtig gelöschte *A* dem *B* gegenüber den Vorrang in Anspruch nehmen kann, zum Zweiten aber auch, dass *C* durch die Wiederherstellung der Hypothek des *A* auf keinen Fall schlechter gestellt werden darf, als er stünde, wenn ihm nur die Hypothek des *B* voranginge. Kommt es daher später zur Feilbietung der Liegenschaft und beläuft sich der Erlös auf 5000, so darf *A* diesen Betrag zweifellos ganz für sich in Anspruch nehmen, wogegen *B* und *C* gänzlich durchfallen.

Damit ist aber auch schon erwiesen, was wir erweisen wollen: denn in unserem Falle wird das Vorzugsrecht, welches dem *B* gegenüber *C* zusteht, nicht vom *B*, sondern vom *A* und nicht zur Deckung derjenigen Hypothek, welche dem *C* zur Zeit, als dessen Pfandrecht eingetragen wurde, voranging, sondern zur Deckung einer anderen Hypothek von gleicher Höhe ausgeübt. Ist aber all dies überhaupt möglich, dann ist nicht einzusehen, warum das Vorrangsrecht nicht auch den Gegenstand einer rechtsgeschäftlichen Uebertragung soll bilden können.

3. Es obliegt uns jetzt unsere Auffassung der Prioritätsabtretung im engeren Sinne noch des Näheren auszuführen. Wir wenden uns dabei zunächst der weitaus wichtigsten Frage zu, ob und in wie weit eine solche Prioritätsabtretung ohne Schädigung des Zwischenhypothekars *secundus* überhaupt möglich ist (vgl. § 30 allg. Grundb.-G.).

Besteht im Zeitpunkte der Pfandexecution neben dem hypothekarischen Anspruche des Prioritätscessionars auch der des Prioritätscedenten noch zu Recht, so kann von einer Verschlechterung der Position des Zwischenhypothekars *secundus* durch die mit obiger (Z. 1 lit *b*) Wirkung ausgestattete Prioritätsabtretung geradezu niemals die Rede sein. Dies wird denn auch allgemein zugegeben.

Ueberaus streitig ist es dagegen, ob Prioritätscessionar die ihm vom Prioritätscedenten zur Verfügung gestellte Rangstelle dem *secundus* gegenüber auch dann noch zu behaupten vermag, wenn das hypothekarische

Recht des Prioritätscedenten nachträglich erloschen und bücherlich gelöscht worden ist.

Von sämmtlichen sub Z. 1 lit. b citirten Schriftstellern wird diese Frage bejahend⁶⁰ beantwortet; verneinend dagegen vom preuss. Obertribunal in zwei bei Achilles, Commentar zu den preuss. Gesetzen v. 5 Mai 1872, S. 226 ff. (3. Aufl.) mitgetheilten Entscheidungen vom 1. September 1838 und vom 5. September 1873, ferner von:

Koch, Commentar z. preuss. Land.-R. ad § 497, I 20;
Förster, Theorie und Praxis des preuss. Privat-R.

III, S. 452;

Achilles a. a. O. S. 226 ff.;

Bahlmann, das preuss. Grundbuch-R. S. 141 d. 3. Aufl.;

Colberg a. a. O. S. 87 ff.;

Gönner, Commentar über das Hypothekengesetz für Bayern I, S. 506;

Rm. in den Blättern für Rechtsanwendung, XXVI (1861) S. 61;

Regelsberger, Studien S. 46, bayr. Hypothek.-R. S. 450;

Römer a. a. O. S. 241;

Bar, hannöver'sches Hypoth.-R. S. 114;

Haan, Studien über Landtafelwesen S. 229 ff.;

David, allg. österr. Gerichts-Zeitung, 1877, Nr. 98;

Exner a. a. O. S. 305 (vgl. hiezu auch noch die zustimmenden Aeusserungen von Fleischer und

⁶⁰ In demselben Sinne äussert sich auch der österr. oberste Gerichtshof in den Entscheidungsgründen in Nr. 3557 d. Glaser-Unger-Walther'schen Sammlung (VII S. 306).

Schüssler in d. österr. Gerichtshalle 1880, Nr. 67 u. Nr. 68).

Um zu einer richtigen Antwort zu gelangen, muss man u. E. unterscheiden, ob die Hypothek des *primus* eine reguläre Hypothek, oder aber eine blosse Cautionshypothek ist.

Im ersten Falle muss sich *secundus* mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Eigenthümer des Pfandobjects befugt⁶¹ ist, über gezahlte Hypothekenposten noch weiter zu disponiren⁶², von allem Anfange an darüber klar sein, dass ihm aus der Erlöschung des hypothekarischen Rechtes des ursprünglichen Inhabers der Ersthypothek durch Zahlung oder, was dieser gleich steht, ein Rechtsanspruch auf Vorrückung in die erste Pfandstelle niemals erwachsen kann.⁶³ Steht aber dem *secundus* ein Recht auf eventuelle Vorrückung gar nicht zu, so kann er in diesem Rechte auch nicht⁶⁴ verletzt sein, wenn die erste Pfandstelle trotz nachträglich eingetretener Erlöschung des

⁶¹ Für das württemb. Recht trifft obige Argumentation allerdings nicht zu, da das württemb. Hypothekengesetz das im Texte berufene Dispositionsrecht des Eigenthümers nicht kennt.

⁶² Auf dem Boden des preuss. Rechtes ist es sogar völlig zweifellos, dass der Eigenthümer die von ihm eingelöste Hypothek, vorausgesetzt, dass er über dieselbe nicht weiter verfügt hat, bei der Subhastation für sich selbst liquidiren kann. Vgl. hiezu Achilles a. a. O. S. 311.

⁶³ Der Zusammenhang der Prioritätsabtretung mit dem Rechte des Eigenthümers zur Disposition über gezahlte Posten wird richtig herausgefühlt in der N. 60 erwähnten Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes.

⁶⁴ Bar und Exner an den a. O. geben dies sogar ausdrücklich zu.

hypothekarischen Rechtes des *primus* von der Hypothek des Prioritätscessionars *tertius* noch occupirt bleibt.⁶⁵

⁶⁵ Rm. a. a. O. S. 71. 72, Römer a. a. O. S. 241 Z. 3 und David a. a. O. entscheiden zwar im Principe anders, lehren aber dabei (David allerdings mit der von ihm a. a. O. N. 8 gemachten Einschränkung) zugleich, dass eine ohne Zustimmung des Prioritätscessionars erfolgende Erlöschung der Forderung des Prioritätscedenten durch die Vermerkung der Prioritätsabtretung im Grundbuche unmöglich gemacht sei, und gewinnen hiedurch auf einem Umwege ein praktisches Ergebniss, welches, in so weit es sich um die Sicherung der Position des Prioritätscessionars handelt, dem von uns gewonnenen sehr nahe kommt. Diese Lehre ist jedoch unhaltbar und beruht auf einer sehr bedenklichen Verwechslung der Prioritätsabtretung mit der Afterverpfändung (vgl. auch Exner a. a. O. S. 305). Im Falle einer Afterverpfändung wird die Hypothek und mit ihr zugleich die pfandversicherte Forderung des Afterverpfänders zum Befriedigungsobjekte des Afterpfandgläubigers, der daher auch gegen eine ohne seine Zustimmung erfolgende Tilgung der Forderung des Ersteren geschützt sein muss (§ 455 bürgerl. G.-B.). Bei der Prioritätsabtretung dagegen überlässt Prioritätscedent dem Prioritätscessionar nur den Vortheil, welchen ihm sein Pfandvorrang gewährt, behält sich aber dabei die freie Disposition über die hiedurch nur in ihrer Intensität geschwächte Hypothek und über die durch die Prioritätsabtretung gar nicht afficirte Forderung gegen den Personalschuldner vollständig vor (vgl. oben S. 72). Es kann daher auch nicht dem geringsten Anstande unterliegen, wenn der Prioritätscedent seine Forderung gegen den Personalschuldner einklagt, exequirt, wenn er sich im Compensationswege befriedigt, wenn er seine Forderung schenkungsweise erlässt u. s. w. Mit der Auffassung der vorgenannten Schriftsteller verwandt, aber nicht identisch, ist die Regelsberger's, der den Prioritätscessionar gegen die Gefahr einer Tilgung der Hypothek des Prioritätscedenten (vgl. Studien S. 47) gleichfalls sichern will, der aber dies a. a. O. S. 52 wieder folgendermassen einschränkt: „Trotzdem ist die Vorzugsabtretung von einer Verpfändung des Hypothekrechtes wohl verschieden; denn letztere enthält nach unserem Rechte immer zu-

Ganz anders muss dagegen der zweite Fall beurtheilt werden. Ist z. B. für den *primus* eine Cautionshypothek mit dem „Höchstbetrage“ (vgl. § 14 allg. Grundb.-G.) von 2000 eingetragen, so folgt daraus selbst bei voller Rechtsgiltigkeit dieses Eintrages noch durchaus nicht die Berechtigung des *primus* aus dem erzielten Pfanderlöse 2000 für sich vorweg zu nehmen. Nicht allein der Eigenthümer, sondern auch die Nachhypothekare können bei der Liquidirungsverhandlung darauf bestehen, dass der Cautionshypothekar die Existenz und Höhe jener Forderung, zu deren Sicherstellung die Cau-

gleich eine Verpfändung der Forderung und ergreift das damit verbundene Hypothekrecht seinem ganzen Umfange nach, so dass dasselbe ohne Zustimmung des Afterhypothekars nicht einmal theilweise gelöscht werden kann, während an den zurückgetretenen Hypothekar gültig Zahlung geleistet und dessen Hypothekrecht selbst ohne Genehmigung des vortretenden Hypothekars gelöscht werden kann, wenn nur der Pfandeigenthümer kraft der ihm nach Hypoth.-Ges. § 84 Abs. 1 zukommenden Befugniss für die vortretende Post an der Stelle der gelöschten Hypothek ein neues Pfandrecht bestellt“. Vgl. auch bayr. Hypoth.-R. S. 452. Hiegegen ist jedoch zu bemerken, dass es für den Zwischenhypothekar *secundus* völlig auf dasselbe hinauskommt, ob man annimmt, dass ihm *tertius* nach Erlöschung der Hypothek des *primus* deshalb vorangeht, weil die Wirksamkeit der Prioritätsabtretung durch den Fortbestand der Hypothek des *primus* gar nicht bedingt ist, oder deshalb, weil man den Eigenthümer, sobald er die Hypothek des Prioritätscedenten getilgt hat, für bemüssigt hält, dem *tertius* an der ersten Pfandstelle ein neues Pfandrecht einzuräumen. Wenn Regelsberger trotzdem behauptet (vgl. bayr. Hypoth.-R. S. 450), dass *secundus* durch die von uns acceptirte Auffassung einer ungerechtfertigten Benachtheiligung ausgesetzt sei, so kommt er hiedurch — so scheint uns wenigstens — mit sich selbst in Widerspruch.

tionshypothek bestellt wurde, im Klagswege erweise. Ist die betreffende Forderung zwar zur Existenz gekommen, aber vor der Pfandexecution wieder erloschen, so kann dies selbst einem gutgläubigen Cessionar des ursprünglichen Cautionshypothekars entgegengesetzt werden; die Berufung des Cessionars auf die *publica fides* des Buches ist hier aus dem Grunde ganz bedeutungslos, weil die effective Höhe, der versicherten Forderung aus dem Buche gar nicht zu ersehen ist. Als besonders bemerkenswerth ist endlich noch zu erwähnen, dass die dem Eigenthümer sonst zustehende Befugniß über gezahlte Hypothekencapitalien weiter zu disponiren bei Cautionshypotheken entfällt (vgl. hiezu Regelsberger, Studien S. 62 und 63, Dernburg a. a. O. I § 338 und § 67 preuss. G. über d. Eigenthumserwerb).

Die Anwendung dieser aus der rechtlichen Natur der Cautionshypothek sich ergebenden Grundsätze auf eine seitens des Cautionshypothekars zu Gunsten des *tertius* erfolgte Prioritätsabtretung im engeren Sinne führt offenbar zu dem Resultate, dass der Prioritätscessionar des Cautionshypothekars die ihm von diesem eingeräumte erste Pfandstelle nur in der Masse für sich in Anspruch nehmen kann, als die durch die Cautionshypothek versicherte Forderung — vorausgesetzt, dass sie überhaupt zur Existenz gekommen ist — noch besteht. Erlischt also die Forderung des Cautionshypothekars gänzlich — und ein Mittel dies zu verhindern, gibt es für den *tertius* nicht —, so muss sich der Letztere mit seiner ursprünglichen Pfandstelle wieder zufrieden geben.

Es darf übrigens nicht übersehen werden, dass rück-

sichtlich gewisser Nebenansprüche des Hypothekars auch die reguläre Hypothek den Charakter der Cautionshypothek hat. Nach § 16 allg. Grundb.-G. „kommt das für eine Forderung erworbene Pfandrecht, abgesehen von besonderen Bestimmungen, auch den Process- und Executionskosten zu“ und nach § 17 allg. Grundb.-G. „geniessen dreijährige Rückstände von Zinsen, welche aus einem Vertrage⁶⁶ oder aus dem Gesetze herrühren, gleiche Priorität mit dem Kapitale“.

Um mit Berufung auf diese Bestimmungen⁶⁷ aus dem Meistbote neben dem Kapitale auch angeblich anerlaufene Process- und Executionskosten und rückständige Zinsen erheben zu können, muss auch der Inhaber einer regulären Hypothek sowohl dem Eigenthümer als den Nachhypothekaren gegenüber die Existenz seines Kosten- und Zinsenanspruches erweisen.⁶⁸ Wie gegen

⁶⁶ Bei einer zufolge Vertrages verzinslichen Forderung muss übrigens die Höhe der Zinsen im Grundbuche eingetragen sein (§ 14 allg. Grundb.-G.).

⁶⁷ Ganz anders ist jedoch der Sachverhalt dann zu beurtheilen, wenn ein Gläubiger auf Grund eines rechtskräftigen Urtheiles, in welchem ihm z. B. ein Kapital pr. 5000, ein Zinsenrückstand von 400 und ein Kostenbetrag von 200 zugesprochen wird, gegen seinen Schuldner zur Realexecution schreitet und die Einverleibung des executiven Pfandrechtes für den Gesamtbetrag pr. 5600 erwirkt.

⁶⁸ Hiebei darf aber freilich nicht unberücksichtigt bleiben, dass die den Hypothekar rücksichtlich des Zinsenanspruches treffende Beweislast deshalb eine ganz minimale ist, weil nach allgemeinen Beweisgrundsätzen angenommen werden muss, dass ein einmal entstandener Zinsenanspruch in so lange fortbesteht, als die inzwischen eingetretene Erlöschung desselben nicht vom Gegner erwiesen wird.

den Anspruch aus der Cautionshypothek überhaupt, so ist auch gegen diese Nebenansprüche aus einer regulären Hypothek die Einrede der nachträglichen Erlöschung selbst gegen den gutgläubigen Cessionar des ursprünglichen Hypothekars zulässig. Was endlich das Dispositionsrecht des Eigenthümers betrifft, so muss dasselbe auch bei der regulären Hypothek dort seine Grenze finden, wo diese anfängt, blosse Cautionshypothek zu sein.

Geleitet durch die Erwägung, dass *secundus* durch die Prioritätsabtretung in keiner Beziehung schlechter gestellt werden darf, als er gestellt wäre, so er nur mit dem Dispositionsrechte des Eigenthümers zu rechnen hätte, können wir daher auch nicht umhin dem auf S. 79. 80 aufgestellten Grundsatz noch die Einschränkung beizufügen, dass dem Prioritätscessionar nach Erlöschung des Rechtes des Prioritätscedenten an der ihm von diesem abgetretenen Rangstelle keinesfalls mehr zugewiesen werden kann, als der Kapitalsbetrag, auf welchen die Hypothek des Prioritätscedenten lautete, nebst solchen Zinsen und Kosten, die erst seit der Prioritätsabtretung gelaufen, beziehungsweise ausgelegt worden sind.

Es dürfte angemessen sein, wenn wir die praktische Bedeutung dieser Einschränkung durch ein Beispiel illustriren. Zu diesem Behufe wird angenommen, dass die Ersthypothek ursprünglich zur Sicherstellung eines mit 15% verzinlichen Kapitals pr. 4000 und die Dritthypothek zur Sicherstellung eines mit 6⁰/₁₀% verzinlichen Kapitals pr. 5000 bestellt worden sei, ferner, dass das Prioritätsabtretungsgeschäft zwischen *primus* und *tertius* in einem Zeitpunkte stattgefunden habe, in welchem sich

der Zinsenrückstand des *primus* auf baare 1500 belief. Besteht nun in diesem Falle der Anspruch des zurückgetretenen *primus* mit $4000 + 1500 = 5500$ im Zeitpunkte der Pfandexecution noch zu Recht, so kommt *tertius* an der ersten Pfandstelle mit seinem vollen Kapitale pr. 5000, und ausserdem auch noch mit seinen Nebenansprüchen — insoweit sie 500 nicht übersteigen — zur Befriedigung. Würde dagegen die Hypothek des Prioritätscedenten im Zeitpunkte der Pfandexecution bereits erloschen sein, so könnte dem *primus* an der ersten Pfandstelle keinesfalls mehr zugewiesen werden, als ein Kapitalsbetrag pr. 4000 sammt 6% Zinsen hievon vom Zeitpunkte der Prioritätsabtretung an gerechnet und den seit diesem Zeitpunkte allenfalls anerlaufenen Process- und Executionskosten.

4. Gegen die von uns hiemit vertretene Auffassung der Prioritätsabtretung im engeren Sinne wird mitunter auch geltend gemacht, dass ihr zufolge, wenn auch nicht der *secundus*, so doch der Eigenthümer des Pfandobjekts einer ganz unzulässigen Benachtheiligung ausgesetzt werde (vgl. hiezu insbesondere Bar, hannöv. Hypoth.-R. S. 114).

Diesem Einwande gegenüber ist jedoch zu bemerken, dass hinsichtlich der Rückwirkung auf den Eigenthümer zwischen der Prioritätsabtretung im engeren Sinne und dem von uns als „Satzweichung“ bezeichneten Geschäfte nicht der geringste Unterschied besteht. In Folge der seitens des *primus* zu Gunsten des *tertius* vorgenommenen Prioritätsabtretung im engeren Sinne bekommt der Eigenthümer im Falle der Zahlung der Post des *primus* aller-

dings nur die dritte und nicht mehr die erste Pfandstelle zur Disposition, während er sich hiedurch, wenn die Prioritätsabtretung nicht erfolgt wäre, die erste Pfandstelle freigemacht hätte. Ganz ebenso verhält es sich aber offenbar auch dann, wenn sich *primus* zuerst zu Gunsten des *secundus* und dann zu Gunsten des *tertius* zur Satzweichung herbeigelassen hat und wenn hierauf noch eine Satzweichung des *secundus* zu Gunsten des *tertius* gefolgt ist. Ausserdem darf nicht verkannt werden, dass der Eigenthümer auf der anderen Seite wieder den Vortheil hat, dass er in Folge der Prioritätsabtretung bei Einlösung der Hypothek des *tertius* die erste Pfandstelle zur Disposition bekommt, während er sich hiedurch sonst nur die dritte Pfandstelle freigemacht hätte.

Sind nun die Hypotheken des *primus* und des *tertius*, die mit einander den Rang getauscht haben, nicht nur dem Betrage nach gleich, sondern bestehen hinsichtlich derselben auch gleiche Zahlungsbedingungen, Aufkündigungstermine, Zinsenverpflichtungen und persönliche Haftungen, so dass sie als fungible Grössen betrachtet werden können, dann compensirt sich der Nachtheil, welchen der Eigenthümer auf der einen Seite erleidet, so vollständig mit dem Vortheile, welcher ihm auf der anderen Seite zu Theil wird, dass die rechtliche Situation des Eigenthümers durch die Prioritätsabtretung ganz unberührt bleibt.

Fehlt es jedoch an diesen Voraussetzungen, dann kann freilich eine Schädigung des Eigenthümers im Falle einer Prioritätsabtretung im engeren Sinne ebenso gut

eintreten, wie im Falle der blossen Satzweichung (vgl. oben S. 46 ff.). Für dieses unbefriedigende Ergebniss kann jedoch nimmermehr die Theorie verantwortlich gemacht werden, sondern nur die Gesetzgebung, welche es leider unterlassen hat, den Eigenthümer gegen solche Benachtheiligung in angemessener Weise zu schützen. Dass der Fehler aber in der That nur auf Seiten des Gesetzgebers liegt, ergibt sich am Besten daraus, dass die Möglichkeit einer Benachtheiligung des Eigenthümers selbst dann nicht eliminirt wird, wenn man annimmt, dass der Prioritätscessionar *tertius* die erste Pfandstelle nur in so lange zu behaupten vermag, als die Hypothek des *primus* zu Recht besteht. Um dies klar zu machen, brauchen wir nur an einen, dem auf S. 57. 58 mitgetheilten, analogen Fall zu denken, wo der Eigenthümer seinem bisherigen Ersthypothekar das mit 15 % verzinsliche Kapital pr. 10,000 gekündet hat, um auf die erste Pfandstelle ein ihm unter weit günstigeren Bedingungen angebotenes neues Darlehen im gleichen Kapitalsbetrage aufnehmen zu können, wo aber der Ersthypothekar noch vor dem Zahlungstermine zur Prioritätsabtretung im engeren Sinne zu Gunsten des *tertius* geschritten ist.

Nach unserer Ansicht besteht der Nachtheil, den der Eigenthümer hier durch die Prioritätsabtretung erleidet, darin, dass sich derselbe durch Einlösung der ihn übermässig beschwerenden Hypothek des *primus* nicht mehr die Disposition über die erste Pfandstelle verschaffen kann und daher auch nicht mehr in der Lage ist, von der ihm, jedoch nur für den Fall der Einräumung einer Hypothek an erster Stelle, in Aussicht ge-

stellten neuerlichen Creditgewährung Gebrauch zu machen. Genau denselben Nachtheil muss aber der Eigenthümer auch nach der Ansicht der Gegner erleiden, da sich das dem *tertius* durch die Prioritätsabtretung eingeräumte Vorzugsrecht jedenfalls in dem Momente wieder als wirksam erweisen müsste, in welchem der Eigenthümer die eingelöste Hypothek des Prioritätscedenten seinem neuen Creditgeber einräumen würde.

5. Jene Schriftsteller, deren Grundauffassung auch wir uns angeschlossen haben, betrachten es als eine nothwendige Consequenz ihrer Meinung, dass *primus* nach der erfolgten Prioritätsabtretung an der ursprünglichen Rangstelle des *tertius*, mit dem er den Rang getauscht hat, selbst dann verbleiben müsse, wenn die Hypothek des *tertius* nachträglich erlischt und gelöscht wird.

Wir sind hierin anderer Meinung und glauben die entgegengesetzte Entscheidung mit der adoptirten Grundauffassung sehr wohl vereinigen zu können: denn nicht schlechthin und unbedingt will der Prioritätscedent mit dem Prioritätscessionar den Rang tauschen, sondern nur zum Vortheile des Letzteren und somit nur unter der Bedingung, dass die dem *tertius* zur Verfügung gestellte bessere Pfandstelle von diesem zur Zeit der Pfandexecution auch wirklich in Anspruch genommen wird (vgl. hiezu auch Regelsberger Studien S. 47 und bayr. Hypoth. R. S. 450, Römer a. a. O. S. 241. 242, David a. a. O., Exner in Grünhut's Zeitschr. VII S. 304, Ofner, österr. Gerichtshalle No. 58 und 83); wir sehen daher auch nicht ein, warum dieser Willensmeinung des Prioritätscedenten nicht Rechnung getragen werden soll.

Im ersten Augenblicke hat es zwar freilich den Anschein, als ob die von uns getroffene Entscheidung zu dem Resultate führe, dass der Eigenthümer, um die erste Pfandstelle zur Disposition zu bekommen, nicht allein die Hypothek des Prioritätscessionars, sondern auch die des Prioritätscedenten einlösen müsse (vgl. hiezu Heyne a. a. O. S. 364). Bei dieser Argumentation wird jedoch übersehen, dass es ganz und gar vom Belieben des Eigenthümers abhängt, ob er über die von ihm eingelöste Hypothek des Prioritätscessionars weiter disponiren, oder ob er sie löschen lassen will. Entscheidet sich der Eigenthümer für das Erstere, so verfügt er hiedurch thatsächlich über die erste Pfandstelle, entscheidet er sich dagegen für das Letztere, so kann er sich nicht beklagen, wenn er eines Vortheiles, dessen er sich freiwillig begibt, auch wirklich verlustig wird.⁶⁹

6. Mit dem sub Z. 5 erörterten Punkte hängt auch die Frage zusammen⁷⁰, ob *primus* trotz der Prioritätsabtretung dem Prioritätscessionar gegenüber noch berechtigt bleibt, sein Pfandrecht zwar an der ersten Pfandstelle, aber unter gleichzeitiger Ueberweisung des auf ihn entfallenden Erlöses an den *tertius* geltend zu machen. Durch ein solches Vorgehen würde *primus* seinen Anspruch gegen den Personalschuldner — der ihm

⁶⁹ Die weitere Behauptung Heyne's a. a. O., dass durch obige Entscheidung auch der Zwischenhypothekar *secundus* verletzt werde, ist so offensichtlich falsch, dass wir uns eine Widerlegung füglich ersparen können.

⁷⁰ Würde der Stellentausch zwischen *primus* und *tertius* als ein endgiltiger zu betrachten sein, so könnte obige Frage offenbar gar nicht aufgeworfen werden.

sonst reservirt bliebe — freilich consumiren, er würde sich dabei aber doch wieder anderseits den ihm *in concreto* vielleicht vortheilhaften Eintritt in die Rechte des befriedigten *tertius* ermöglichen (vgl. oben S. 42 ff.).

Wir sind geneigt ein solches Vorgehen des *primus* mit Rücksicht darauf, dass dasselbe weder dem Eigenthümer, noch dem *tertius*, noch endlich dem Zwischenhypothekar nachtheilig werden kann, für zulässig zu erklären und präcisiren demnach unsere Auffassung der Prioritätsabtretung i. e. S. dahin: dass hiedurch *primus* seiner Hypothek, mit der er an die bisher vom *tertius* eingenommene Stelle tritt, die des Letzteren substituirt, jedoch alles dies nur unter der auf S. 88 formulirten Bedingung und mit dem Vorbehalte seine Hypothek wenigstens dann an der besseren Pfandstelle geltend machen zu dürfen, wenn gleichzeitige Ueberweisung des auf ihn entfallenden Erlöses an den Prioritätscessionar erfolgt.

Wir gewinnen damit zugleich die denkbar einfachste Entscheidung für solche Fälle, wo nach vorher erfolgter Prioritätsabtretung im engeren Sinne seitens des *primus* zu Gunsten des *tertius* die Zwischenhypothek des *secundus* wieder gelöscht wird, nämlich die: dass die Prioritätsabtretung im engeren Sinne bei Eintritt dieser Eventualität genau so wirkt wie die Satzweichung (vgl. oben S. 42 ff.).

7. Bisher wurde mit einer einzigen Ausnahme (vgl. oben S. 84. 85) immer vorausgesetzt, dass die Posten des Prioritätscedenten und des Prioritätscessionars dem Betrage nach gleich seien. Trifft diese Voraussetzung nicht

zu, so muss man unterscheiden, je nachdem die Post des Prioritätscedenten grösser oder kleiner ist als die des Prioritätscessionars. Im ersteren Falle kommen die Hypotheken in nachstehender Reihenfolge zur Befriedigung: 1a. *tertius*, 1b. *primus* mit jenem Betrage, um welchen seine Post grösser ist als die des *tertius*; 2. *secundus*; 3. *primus* mit dem auf der ersten Pfandstelle unbedeckt gebliebenen Betrage. Im letzteren Falle ist die Reihenfolge diese: 1. *tertius*; 2. *secundus*; 3a. *tertius* mit dem auf der ersten Pfandstelle unbedeckt gebliebenen Betrage; 3b. *primus*.

Das Zurückstehen des *primus* hinter dem *tertius* auf der ersten resp. dritten Pfandstelle rechtfertigt sich hier dadurch, dass in der Wirkung der Prioritätsabtretung im engeren Sinne immer zugleich auch die Wirkung der Satzweichung mit enthalten ist. Es ist daher auch ganz unbegründet, wenn Rm. a. a. O. S. 72 und Exner a. a. O. S. 298. 299 behaupten, dass von unserem Standpunkte aus eigentlich anders entschieden werden müsste.

8. Es liegt in der Natur der Sache, dass die rechtlichen Vortheile, welche dem Prioritätscessionar aus der Prioritätsabtretung erwachsen, diesem nicht bloss *ad personam* zustehen, sondern auch auf jeden späteren Erwerber der Hypothek des Prioritätscessionars übergehen.

Allein nicht nur in diesem, sondern noch in einem anderen Sinne kann man von einer Uebertragung des Rechtes aus der Prioritätsabtretung reden. Es ist z. B. sehr wohl möglich, dass *tertius*, nachdem ihm seitens des *primus* die Priorität abgetreten worden ist, sich

seinerseits wieder zur Prioritätsabtretung zu Gunsten des *quintus* ⁷¹ entschliesst. ⁷²

Besteht in einem solchen Falle die Hypothek des *tertius* im Zeitpunkte der Pfandexecution noch zu Recht, so kommt *quintus* zweifelloos vor dem *tertius* und *tertius* wieder vor dem *primus* zur Befriedigung. Wir tragen jedoch kein Bedenken noch einen Schritt weiter zu gehen und zu behaupten, dass die Prioritätsabtretung des *primus* zu Gunsten des *tertius* dem *quintus* auch dann noch nützen kann, wenn die Hypothek des *tertius* im Zeitpunkte der Pfandexecution bereits erloschen und gelöscht ist. ⁷³

Naheliegend scheint zwar die Einwendung zu sein, dass sich *primus* nur zu Gunsten des *tertius* zur Prioritätsabtretung herbeigelassen habe und dass die Wirksamkeit dieser Prioritätsabtretung daher auch mit dem Wegfalle des *tertius* ihr Ende erreichen müsse. Bei solcher Argumentation wird jedoch ganz ausser Acht gelassen, dass *tertius*, bevor er weggefallen ist, den *quintus* an seine Stelle gesetzt hat und dass *primus* hiedurch nicht schlechter gestellt ist, als er es wäre, wenn der Eigentümer die Hypothek des *tertius* eingelöst und über die-

⁷¹ Dabei wird vorausgesetzt, dass die Hypotheken des *primus*, *tertius* und *quintus* dieselbe Höhe haben.

⁷² Als völlig selbstverständlich erscheint es uns, dass *tertius* in einem solchen Falle nicht mehr befugt ist, die Prioritätsabtretung des *primus* nachträglich wieder löschen zu lassen (vgl. hiezu das bereits oben auf S. 70. 71 Ausgeführte). Anders entscheidet aber freilich Exner a. a. O. S. 308.

⁷³ Anders auch hier wieder Exner an dem in der vorigen Note a. O.

selbe weiter verfügt hätte. Das Dispositionsrecht des Eigenthümers hinsichtlich gezahlter Hypothekenposten unterliegt jedoch — wie wir oben S. 81 ff. gesehen haben — gewissen Beschränkungen, welche auch hier berücksichtigt werden müssen. Um nicht zu viel zu behaupten, werden wir daher noch genauer sagen müssen, dass die Prioritätsabtretung des *primus* zu Gunsten des *tertius* dem *quintus* nach Wegfall des *tertius* nur in so weit zum Vortheile gereichen kann, als der Eigenthümer über die Post des *tertius* im Falle der Einlösung derselben weiter hätte disponiren können.⁷⁴

9. Der sub Z. 8 besprochene Fall führt uns zu einer weiteren Combination, wo die Prioritätsabtretung des *primus* zu Gunsten des *tertius* der des *tertius* zu Gunsten des *quintus* erst nachfolgt.

Die Hauptfrage, um die es sich hier handelt, ist: ob die Prioritätsabtretung des *primus* zu Gunsten des *tertius* auch in diesem Falle dem *quintus* zum Vortheile gereichen kann, oder ob dieselbe nicht vielmehr ausschliesslich dem *tertius* zu Gute kommt?

Es ist nicht leicht hierauf mit voller Sicherheit zu antworten. Ueberwiegende Gründe scheinen jedoch noch immerhin für die erstere Entscheidung zu sprechen. In der Prioritätsabtretung des *tertius* zu Gunsten des *quintus* war die Erklärung enthalten, dass Ersterer seiner Hypo-

⁷⁴ In demselben Sinne ist übrigens auch zu entscheiden, wenn sich *B*, nachdem er von seinem unmittelbaren Vormanne *A* Satzweichung erlangt hat, zu Gunsten seines unmittelbaren Nachmannes *C* zur Satzweichung versteht und die Hypothek des *B* dann nachträglich gelöscht wird.

thek die des *quintus* substituiren; erringt sich daher *tertius* für seine Hypothek in der Folge eine günstigere Position, so erscheint auch über diese durch die vorangegangene Prioritätsabtretung des *tertius* zu Gunsten des *quintus* schon im Voraus verfügt. Stellt man sich aber einmal auf diesen Standpunkt, dann ist unser Fall gerade so zu beurtheilen wie der sub Z. 8 besprochene.⁷⁵⁾

10. Ebenso gut wie bei der Satzweichung, so kann es auch bei der Prioritätsabtretung i. e. S. zu einem vermöge des Vertrauensprincips geschützten Erwerbe kommen.

Wir brauchen jedoch hierüber an dieser Stelle nicht mehr so ausführlich zu werden, wie oben auf S. 59 ff. Was daselbst sub Z. 4 lit. *c* und *d* und Z. 5 gesagt worden ist, gilt vollständig auch für die Prioritätsabtretung im e. S. Nur auf die a. a. O. sub Z. 4 lit. *a* und *b* erörterten Complicationen müssen wir noch mit einigen Worten zurückkommen.

a. Ist die Hypothek des *primus*, der zu Gunsten des *tertius* eine Prioritätsabtretung im e. S. vorgenommen hat, nichtig eingetragen, so kann diese Nichtigkeit von demjenigen, der sie überhaupt geltend machen kann, im Falle der Schlechtgläubigkeit des Prioritätscessionars *tertius* selbstverständlich auch dem Letzteren entgegen gesetzt werden. Die Anstellung der Klage auf Löschung der Prioritätsabtretung wird also unter dieser Voraussetzung

⁷⁵ Aus ähnlichen Gründen wird man daher auch entscheiden müssen, dass es dem *C*, zu dessen Gunsten sich dessen unmittelbarer Vormann *B* zur Satzweichung herbeigelassen hat, gleichfalls zum Vortheile gereichen muss, wenn *B* nachträglich auch von seinem unmittelbaren Vormanne *A* Satzweichung erlangt.

von Erfolg begleitet sein (vgl. § 62 u. 63 allg. Grundb.-G.). Im Falle der Gutgläubigkeit des *tertius* dagegen und unter der weiteren Voraussetzung, dass der Klagberechtigte die Frist des § 63 resp. § 64 allg. Grundb.-G. versäumt hat, steht die Prioritätsabtretung unter dem Schutze des Vertrauensprinzips, welches aber freilich nur dann einzugreifen vermag, wenn die Scheinhypothek des *primus* als reguläre, d. h. nicht als blosse Cautionshypothek eingetragen ist. Man kann dies m. a. W. auch dahin ausdrücken, dass sich die Prioritätsabtretung unter solchen Verhältnissen in dem Masse als wirksam erweist, in welchem dieselbe sonst noch wirksam bleibt, wenn das Recht des Prioritätscedenten im Zeitpunkte der Pfandexecution nicht mehr besteht.

b. In ähnlicher Weise gestalten sich die Dinge, wenn das hypothekarische Recht der Prioritätscedenten *primus* im Zeitpunkte der Prioritätsabtretung bereits durch Zahlung (oder was dieser gleichsteht) erloschen, aber noch nicht gelöscht war. Abweichungen von dem sub a Gesagten treten jedoch darin ein: α. dass hier Gutgläubigkeit des Prioritätscessionars für sich allein bereits genügt, um den Letzteren des Schutzes des Vertrauensprinzips theilhaftig zu machen (vgl. oben S. 62); ferner: β. darin, dass hier im Falle der Schlechtgläubigkeit des Prioritätscessionars immer nur der Eigenthümer auf Löschung der (die Ausübung seines Dispositionsrechtes hinsichtlich der Post des *primus* hindernden) Prioritätsabtretung klagen kann.⁷⁶

⁷⁶ Vom Standpunkte der Annahme aus, dass die Prioritätsabtretung immer nur in dem Masse wirksam bleibt, als die

VII. Die von uns im Vorhergehenden sub IV, V und VI durchgeführte Unterscheidung⁷⁷ zwischen „Satzweichung“ und „Prioritätsabtretung im engeren Sinne“ legt die Frage nahe, welches dieser beiden Geschäfte in solchen Fällen als gewollt anzunehmen ist, wo die Annahme einer Prioritätsabtretung im engeren Sinne nicht schon durch die Natur der Sache als ausgeschlossen erscheint und wo die Parteien das Geschäft, ohne sich des Unterschiedes zwischen Satzweichung und Prioritäts-

Hypothek des Prioritätscessionars im Zeitpunkte der Pfandexecution noch besteht, muss man dagegen selbstverständlich zum Resultate gelangen, dass die Prioritätsabtretung trotz der Gutgläubigkeit des Prioritätscessionars auch immer wirkungslos ist, wenn die Hypothek des Prioritätscedenten zur Zeit der Prioritätsabtretung nicht zu Recht bestanden hat. Vgl. auch Regelsberger, Studien S. 187 (der aber zugleich betont, dass sich der gutgläubige Prioritätscessionar wenigstens darauf verlassen können, dass der Hypothek des Prioritätscedenten — vorausgesetzt dass sie überhaupt zu Recht besteht — jener Rang auch wirklich zukomme, der für sie aus dem Buche apparirt); weniger scharf spricht sich Regelsberger hierüber in seinem bayr. Hypoth.-R. S. 144 Z. 2 lit. b aus. Vgl. ferner Achilles a. a. O. S. 228 und die daselbst berufene Entscheidung des preuss. Obertribunals III. vom 11. Februar 1870, wonach „der Gläubiger, welchem das Vorrecht eingeräumt ist, auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches sich nicht berufen kann, wenn die Post, welche zurücktreten sollte, sich als ungiltig erweist“; ähnlich Römer a. a. O. S. 242; David a. a. O. (3. Spalte); Exner a. a. O. S. 298 (Z. 1 a. E.) und S. 301. Das Eingreifen des Vertrauensprinzips in den im Texte sub a und b besprochenen Fällen wird dagegen ausdrücklich anerkannt von Ofner in der österr. Gerichtshalle 1880 Nr. 83.

⁷⁷ Für die *lex ferenda* dürfte es sich vielleicht empfehlen, wenn der Unterschied zwischen „Satzweichung“ und „Prioritätsabtretung im engeren Sinne“ ausdrücklich hervorgehoben würde.

abtretung im engeren Sinne bewusst geworden zu sein, schlechtweg als „Prioritätsabtretung“ oder „Prioritätseinräumung“ bezeichnet haben. Die Antwort hierauf ergibt sich bereits aus dem, was wir oben auf S. 26. 27 über den regelmässigen Inhalt des Parteienwillens ausgeführt haben und lautet demnach: dass man sich im Zweifel immer für die Annahme einer Prioritätsabtretung im engeren Sinne entscheiden muss.⁷⁸

VIII. Vor Schluss dieses der Prioritätsabtretung als dinglicher Disposition gewidmeten Kapitels ist endlich noch auf die Möglichkeit aufmerksam zu machen, dass das von den Parteien als „Prioritätsabtretung“ bezeichnete Geschäft unter Umständen auch nach unserer Ansicht nur obligatorisch wirkt, und zwar entweder aus dem Grunde, weil die Parteien eine dinglich wirkende Prioritätsabtretung gar nicht gewollt haben, oder weil die von den Parteien zwar in Aussicht genommene dingliche Wirkung wegen Unterbleibens der Einverleibung der Prioritätsabtretung nicht eintreten konnte.

Im ersten Falle — der aber freilich selten genug vorkommen wird — ist das Geschäft in Ermangelung eines nachweisbar anderweitigen Parteienwillens nach Massgabe der im ersten Kapitel dieses Abschnittes entwickelten Grundsätze zu behandeln. Im letzteren Falle ist wieder zu unterscheiden, ob die rechtzeitige Einverleibung der Prioritätsabtretung deshalb unterblieben ist,

⁷⁸ Vgl. auch Dernburg, Pfandrecht II S. 475: „Die Absicht geht vielmehr meist dahin, dem Späteren, zu dessen Gunsten verzichtet wird, die Ausübung des Vorzugsrechtes zu verschaffen, welches dem Verzichtenden bisher zukam“.

weil Prioritätscedent seiner Verpflichtung zur Ausstellung einer eintragungsfähigen Prioritätsabtretungs - Urkunde nicht nachgekommen, oder deshalb, weil Prioritätscessionar mit der Stellung des Antrages auf Einverleibung säumig war. Unter jener Voraussetzung ist der Prioritätscedent dem Prioritätscessionar gegenüber selbstverständlich ersatzpflichtig, unter dieser dagegen tritt eine Ersatzpflicht des Prioritätscedenten regelmässig⁷⁹ selbst dann nicht ein, wenn Letzterer hinsichtlich seiner Hypothek noch vor Einverleibung der Prioritätsabtretung eine weitere bürgerliche Verfügung vornimmt.⁸⁰

⁷⁹ Anders jedoch dann, wenn Prioritätscedent dolos vorgeht; ferner dann, wenn der Einverleibung der Prioritätsabtretung lediglich der Umstand im Wege steht, dass über das Vermögen des Prioritätscedenten vor der Einverleibung der Concurs eröffnet worden ist (vgl. § 11 der österr. Conc.-O.). Lässt die Concurssmasse im letzteren Falle die Einverleibung der Prioritätsabtretung nicht mehr zu, so kann Prioritätscessionar zweifellos einen Anspruch auf Schadenersatz stellen, mit dem er in die III. Klasse der Concursgläubiger eingereiht wird.

⁸⁰ Denn es geht doch nicht an, dem Prioritätscedenten, der seinem Prioritätscessionar die einverleibungsfähige Prioritätsabtretungs-Urkunde schon längst eingehändigt hat, die Verpflichtung aufzuerlegen, sich so lange jeder weiteren bürgerlichen Verfügung über seine Hypothek zu enthalten, bis es dem Prioritätscessionar endlich gefällig ist, um Einverleibung der Prioritätsabtretung anzusehen.
