

Werk

Titel: Ueber die Vertheilung des Erlöses aus mehreren Pfandobjecten, die mit einer Hypot...

Autor: Luden, Heinrich

Ort: Heidelberg

Jahr: 1870

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1870_0003|log5

Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

I.

Ueber die Vertheilung des Erlöses aus mehreren Pfandobjecten, die mit einer Hypothek für eine und dieselbe Forderung belastet sind.

Von Herrn Dr. Heinrich Luden
zu Weimar.

I. Wenn einem Gläubiger für eine und dieselbe Forderung eine Hypothek an mehreren Gegenständen bestellt ist, und alsdann die Pfandobjecte im einzelnen noch weiter mit Pfandrechten belastet werden, so wird es für die jenem Doppelpfandgläubiger nachstehenden Pfandgläubiger, nicht minder aber auch für die Pfandeigenthümer und gutgläubigen Pfandbesitzer oder im Fall des Concurfes für die chirographarischen Gläubiger von großem vermögensrechtlichem Interesse sein, aus welchem der Pfandgegenstände der erstere seine Befriedigung sucht, bezüglich in welcher Proportion dieselben zur Deckung der mit Doppelpfandreht versehenen Forderung herangezogen werden.

Sofern nun dem Richter die Möglichkeit gegeben ist, sei es in Folge der Art, wie das Recht des Doppelpfandgläubigers auf Befriedigung aus sämmtlichen ihm verpfändeten Gegenständen geltend gemacht wird, sei es in Folge gesetzlicher Anordnung, nach freiem Ermessen zu bestimmen, wie viel aus dem Erlös eines jeden der dem Doppelpfandgläubiger verhafteten Pfandobjecte zu dessen Befriedigung zu nehmen sei, muß es die Aufgabe sein, die Forderung des Doppelpfandgläubigers

2 L u d e n : V e r t h e i l u n g d e s E r l ö s e s a u s m e h r e r e n P f a n d o b j e c t e n .

nach dem Maßstab objectiver Gerechtigkeit auf die einzelnen diesem verpfändeten Gegenstände so zu vertheilen, daß diejenigen, welche außerdem noch an dem Erlös des einen Pfandobjects zu participiren haben, durch die Art und Weise der Vertheilung nicht mehr Schaden erleiden, als diejenigen, welchen ein Anspruch auf den nach verhältnißmäßiger Befriedigung des Doppelpfandgläubigers noch verbleibenden Rest des Erlöses aus dem andern Pfandobject zusteht.

Die Lösung dieser Aufgabe ist jedoch nicht so ganz einfach, als es auf den ersten Blick wohl scheinen möchte. Es hat sich bereits eine ganze kleine Literatur gebildet, welche sich mit derselben beschäftigt, und sind in einer Anzahl von einzelnen Aufsätzen¹⁾ die verschiedensten Principien aufgestellt worden, von denen ein jedes nach Meinung seines Urhebers den einzig richtigen Schlüssel zu einem objectiv gerechten Vertheilungsmodus darbietet. Einigen dieser Aufsätze sieht man es allerdings wohl an, daß es ihren Verfassern eine ungewohnte Arbeit war, sich, wie es hier doch nicht gänzlich zu vermeiden war, der Mathematik als einer Hülfswissenschaft der Jurisprudenz zu bedienen.

Nicht minder hat sich auch die Particulargesetzgebung, der es oblag, mit den neuen Hypothekenordnungen auch neue Prioritätsordnungen einzuführen, mit dieser Frage beschäftigt und dieselbe positiv zu regeln gesucht.

Ich kann jedoch kein einziges der aufgestellten Principien für vollständig befriedigend halten; die Aufgabe erscheint mir demnach noch ungelöst, und dies hat mich veranlaßt, einen neuen Versuch der Lösung um so mehr zu wagen, als auch die durch die Particulargesetzgebung getroffenen positiven Bestimmungen keineswegs für alle denkbaren Fälle ausreichen.

Die Theorien, die überhaupt aufgestellt sind, machen fast alle²⁾ nur für den Fall des Concursees der Gläubiger Anspruch auf Gültigkeit.

1) Siehe die Angaben bei Windscheid Lehrbuch des Pand. Rechts I §. 241 not. 1 und Dernburg, Pfandrecht II p. 486 not. 7.

2) Vergl. jedoch auch Simon in diesem Archiv XLI p. 371—76.

Das Wahlrecht des Doppelpfandgläubigers, nach seinem Belieben, ohne jede Rücksicht auf die nachstehenden Gläubiger, oder die Pfandbesitzer, aus den ihm verpfändeten Gegenständen Befriedigung suchen zu können, ist in den Quellen³⁾ auf das unzweideutigste anerkannt. Es konnte daher Guyet⁴⁾ nicht gelingen, den nachfolgenden Pfandgläubiger, zu dessen Ungunsten der vorhergehende Doppelpfandgläubiger sein Wahlrecht ausgeübt hatte, dadurch zu schützen, daß er ihm das Recht zusprach, diesen Doppelpfandgläubiger unter Berufung auf den Rechtsatz:

„Niemand dürfe eine Handlung, welche er an sich innerhalb der Grenzen seiner Rechtsbefugniß ausüben würde, so vornehmen, daß dadurch einem andern ein Schaden zugefügt werde, insofern als der handelnde aus dieser seiner Handlung, oder aus der von ihm beabsichtigten Art ihrer Vornahme, ganz und gar keinen Vortheil erhalten und überhaupt keinerlei Interesse dabei haben würde“

auf ein anderes ihm für dieselbe Forderung noch haftendes Pfand ganz oder theilweise zu verweisen.⁵⁾

Darüber sind jedoch wohl sämmtliche Rechtslehrer, die sich überhaupt mit der vorliegenden Frage beschäftigt haben, einig, daß im Concurse dieses Wahlrecht der Gläubiger aufhört, und der Concurstrichter die Pflicht wie das Recht hat, die Masse unter die Betheiligten so zu vertheilen, wie es ihm gerecht erscheint.

Diese Behauptung wird, wenn auch schwerlich für den römischrechtlichen Concurse, so doch für den Concurse in seiner heutigen gemeinrechtlichen Gestalt, dem Resultat nach wohl richtig sein; aber es ist mir a priori gewiß, daß der Vertheilungsmaßstab im Concurse kein anderer sein kann, als derjenige, dessen Anwendung auch außerhalb des Concurses von

3) L. 8 D. de distract. pign. (20, 5). Modestinus lib. IV regul. — Creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis, ad suum commodum pervenire.

4) Guyet, Archiv f. civ. Pr. XVIII p. 368 ff.

5) Vergl. Windscheid Band. I. §. 235. not. 22.

4. Zuden: Vertheilung des Erlöses aus mehreren Pfandobjecten.

den Betheiligten, d. i. den nachstehenden Pfandgläubigern und den Pfandbesitzern, erzwungen werden kann. Man wird sogar anerkennen müssen, daß die Art und Weise der Vertheilung der zu tilgenden Pfandschulden auf die einzelnen Pfandobjecte nur die Consequenz des Verhältnisses sein kann, in welches der Doppelpfandgläubiger sowie die ihm nachstehenden Pfandgläubiger und die Pfandbesitzer zu einander treten können. Daraus würde folgen, daß der richtige Maßstab zur Vertheilung der Concurssmasse überhaupt nur dann gefunden werden kann wenn zuvor festgestellt ist, ob und wie weit die nachstehenden Pfandgläubiger und die Pfandbesitzer kraft eignen Rechtes zur Befriedigung des Doppelpfandgläubigers eine verhältnismäßige Heranziehung aller ihnen für dieselbe Forderung verpfändeten Gegenstände durchsetzen können. Wenn man daher nicht eine Lücke im Rechtssystem statuiren will, wird man geradezu behaupten können, daß der Concurssrichter, falls ein derartiges eignes Recht der nachstehenden Pfandgläubiger und Pfandbesitzer nicht bereits auch außerhalb des Concursses existirte, gar nicht in der Lage wäre, die Concurssmasse, mit Beiseiteschiebung des dem Doppelpfandgläubiger an und für sich zustehenden Wahlrechts, so zu vertheilen, wie es nach seiner Ansicht recht und billig ist.

Eine kurze Beleuchtung und Vergleichung der aufgestellten Vertheilungstheorien wird Fehler bei Auffuchung der richtigen Theorie leichter vermeiden lassen und somit die Erkenntniß desjenigen Princips, welches dem Maßstab objectiver Gerechtigkeit vollständig entspricht, am geeignetsten vermitteln.

II. Bei dieser Prüfung wird das Augenmerk einmal darauf zu richten sein, ob die rechtlichen Grundsätze, welche durch die aufgestellten Vertheilungsrechnungen verwirklicht werden sollen, Billigung verdienen; alsdann aber darauf, ob die ersteren durch die letzteren auch wirklich in allen Fällen zur Geltung gebracht werden, was keineswegs durchgängig der Fall ist.

Guyet ist derjenige, welcher zuerst eine wissenschaftliche Lösung der hier zu behandelnden Frage angestrebt hat.⁶⁾ Der-

6) Guyet cit. p. 372.

selbe hat alsbald eine ganze Reihe ungenügender Theorien widerlegt, ist indessen auch seinerseits dem Schicksal nicht entgangen, wiederum von Fontenay widerlegt zu werden. 7) Gegen Fontenay kämpft Simon an 8) und gegen diesen wieder Brakenhoeft 9) in einem etwas schwer genießbaren Aufsatz.

Bei Aufstellung einer Vertheilungsrechnung muß zunächst Klarheit darüber vorhanden sein, ob und wie weit die dem Doppelpfandgläubiger nachstehenden Pfandgläubiger des einen Pfandobject's einen Vorzug vor den Pfandbesitzern des andern Pfandobject's bezüglich im Fall des Concur'ses vor der Gesamtgläubigerschaft verdienen; mit anderen Worten, ob und wie weit letztere etwas aus dem Erlös sämtlicher Pfänder erhalten können, so lange erstere noch nicht vollständig befriedigt sind. Denn es liegt auf der Hand, daß jede Berechnung, welche der Vertheilung lediglich die Größe der mehrfach versicherten Forderung oder den Werth der verpfändeten Gegenstände zu Grunde legt, durch das Anerkenntniß jenes Vorzugsrechts der nachstehenden Pfandgläubiger beträchtlich modificirt werden muß.

Guyet, welchem auch Sintenis und v. Bangerow beistimmen, 10) Fontenay und Brakenhoeft, dem im Resultat auch Windscheid 11) beistimmt, wollen nun ohne Berücksichtigung des Umstandes, ob auf den für dieselbe Forderung verpfändeten Gegenständen hinter diesem Doppelpfandrechte noch Nachhypotheken bestellt sind, die Vertheilung vornehmen. Simon dagegen dieses jedoch nur für den Fall, daß nicht eine Concur'smasse zu vertheilen ist, und auch mehrere particularrechtliche Prioritätsordnungen, so z. B. die bairische

7) Fontenay Archiv f. civ. Pr. XXXVII p. 166 ff.

8) Simon eod. XLI p. 360.

9) Brakenhoeft eod. XLIII p. 251 ff.

10) Sintenis Handb. des gem. Pfandr. p. 475. v. Bangerow Pand. I §. 389 Anm. 2.

11) Windscheid Pand. I. §. 241 not. 1.

und die weimarische, ¹²⁾ neuerdings auch Dernburg, stellen eine Berechnung auf, nach welcher die Befriedigung des Doppelpfandgläubigers mit mehr oder minder ausschließender Berücksichtigung der Interessen der nachstehenden Pfandgläubiger zu erfolgen hat.

Die erwähnten beiden Prioritätsordnungen huldigen der sogenannten Prioritätstheorie, welcher Guyet den Vorwurf macht, daß sie den gordischen Knoten dieser Frage nicht löse, sondern durchhau. Dieser Vorwurf ist nicht ganz unbegründet; doch bietet die Prioritätstheorie in der verfeinerten Gestalt, in welcher sie z. B. in dem weimarischen Prioritätsgesetz niedergelegt ist, zum wenigsten correcte und sicher zu handhabende Bestimmungen, durch welche auch die Fehler, welche Guyet ¹³⁾ rügt, wenigstens zum Theil vermieden werden.

Es wird nämlich daselbst zunächst das Princip hingestellt, daß die mit mehreren Pfandrechten versehene Forderung aus denjenigen Pfandgegenständen zu befriedigen sei, deren Angriff den wenigsten Nachtheil für die nachstehenden Pfandschulden bringe. Dies wird alsdann weiter dahin ausgeführt, daß wenn an den mehreren für dieselbe Forderung verpfändeten Gegenständen spätere Pfandrechte bestellt seien, die Erlöse aus diesen Gegenständen zusammen zu rechnen und aus dem Gesamtbetrag sämtliche in der Concurrenz befindliche Pfandschulden nach ihrem Alter oder sonstigem Rang zu befriedigen seien. Hierbei wird jedoch die durch Detailbestimmungen weiter erläuterte Beschränkung gemacht, daß ein Pfandgläubiger niemals mehr erhalten könne, als der Erlös aus seinem Unterpfund betrage.

Wenn man überhaupt das Princip zugeben dürfte, daß diejenigen, denen ein Pfandrecht an dem Gegenstand A zusteht, lediglich deshalb, weil einem Dritten auf den Gegenständen A und B eine Vorhypothek für eine und dieselbe Forderung bestellt ist, in einem Prioritätsverhältniß zu denjenigen

12) R. Bair. Prioritätsordnung vom 1. Juli 1822. §. 19. Großh. Weim. Prioritätsgesetz vom 7. Mai 1839 §. 63. 64 ff.

13) Guyet a. a. D. p. 374.

ständen, denen nachstehende Pfandrechte an dem Gegenstand B eingeräumt sind, so wäre gegen die Prioritätstheorie, wie sie in dem erwähnten Gesetz weiter ausgebildet ist, wenig einzuwenden. Aber dieses Princip kann aus dem Wesen des Pfandrechts nicht entwickelt werden, und sind Anhaltspunkte für dasselbe im gemeinen Recht weder zu finden, noch auch nur gesucht worden.

Daß es unanwendbar ist, wenn die Pfandgegenstände, welche für eine und dieselbe Forderung mit Pfandrechten belastet sind, sich in den Händen verschiedener Besitzer befinden, liegt auf der Hand, und hat auch keine Particulargesetzgebung sich dazu verstanden, für diesen Fall die Anwendbarkeit festzusetzen. Freilich ist es alsdann schwer zu rechtfertigen, wie diejenigen, die ein dem Pfandrecht für eine gleichzeitig auch auf den Gegenstand B eingewiesene Forderung nachstehendes Pfandrecht am Gegenstand A haben, dadurch daß dieser letztere Gegenstand in die Hände des Besitzers des Gegenstandes B übergeht, mit einem Male in ein Prioritätsverhältniß zu den mit Nachhypotheken am Gegenstand B versehenen Personen kommen sollen.

Man wird daher die Anwendung dieser Prioritätstheorie wohl strengstens auf diejenigen Fälle zu beschränken haben, für welche sie durch die Particulargesetzgebung einzelner Länder eingeführt ist. Da dieselbe nun nur für die Vertheilung des Erlöses aus mehreren Pfandgegenständen, die zu einer Concursumasse gehören, Regeln gibt, so folgt, daß sie nicht angewendet werden darf, wenn die Erlöse aus mehreren Pfandgegenständen, die im Besitz verschiedener Personen stehen, zu vertheilen sind; daß demnach in diesen Fällen, sobald ein Streit über die Art der Einweisung des vorangehenden Doppelpfandgläubigers zwischen den diesem im Recht nachstehenden Personen entsteht, auf das gemeine Recht zurückgegangen werden muß.

Aber auch für die erst noch aufzufuchende gemeinrechtliche Theorie wird der in jener Prioritätstheorie zuerst aufgestellte und aus der Natur der Sache sich ergebende Grundsatz festgehalten werden müssen, daß unter keinen Umständen ein Pfand-

gläubiger bei der Vertheilung des Erlöses aus sämtlichen Pfandgegenständen mehr erhalten dürfe, als dann für ihn übrig bleiben würde, wenn der ihm vorgehende Pfandgläubiger gar nicht vorhanden wäre. Die von Simon erfundene Theorie entfernt sich zwar nicht von diesem Grundsatz; es wird sich aber zeigen, daß derselbe dafür in einen andern Fehler verfällt. Diese Theorie, welche indessen nicht für den besonders von Simon behandelten Fall des Concurſes gelten soll, geht dahin, daß die dem Doppelpfandgläubiger nachstehenden Pfandgläubiger aus den Versteigerungserlösen zunächst ganz so zu befriedigen seien, als wenn die ihnen vorgehenden Hypotheken des Doppelpfandgläubigers nicht für eine und dieselbe Forderung, sondern für verschiedene Forderungen bestellt wären, daß sie alsdann, soweit sie auf diese Weise nicht volle Befriedigung erhalten würden, aus den Ueberschüssen jener für dieselbe Forderung haftenden Pfandrechtsstellen pro rata der nicht berechtigten Beträge ihrer Forderungen zu participiren hätten, daß sie hierbei aber aus den Ueberschüssen der nach Befriedigung des Doppelpfandgläubigers frei gewordenen Pfandrechtsstellen nicht mehr erhalten dürften, als jene ihnen vorgehende Hypothek selbst betrage.¹⁴⁾ Setzen wir also den Fall, daß der A für seine Forderung von 100 ein Pfandrecht an dem Gegenstand X mit einem Werth von 100, dem Gegenstand Y mit einem Werth von 500, dem Gegenstand Z mit einem Werth von 100 hätte und daß alsdann dem B für eine Forderung von 100 auf den Gegenstand X, dem C für eine Forderung von 5100 auf den Gegenstand Y, dem D endlich für eine Forderung von 200 auf den Gegenstand Z ein Pfandrecht zustände, das Schema also das folgende wäre:

	X	Y	Z
	100	500	100
A :			
B :	100	C : 5100	D : 200

¹⁴⁾ Simon a. a. D. p. 371.

so würden zur Befriedigung des A drei Pfandrechtsstellen von je 100 zur Disposition stehen, und könnte daher außerdem zunächst nur der C aus dem Erlös des Pfandobjectes Y den Betrag von 400 erhalten. Sonach würden noch 100 von der Forderung des B, 4700 von der Forderung des C und 200 von der Forderung des D zu befriedigen sein und hierzu wäre derjenige Ueberschuß zu verwenden, der aus den drei Pfandrechtsstellen des A nach dessen Auszahlung noch übrig bliebe. Dieser Ueberschuß würde in vorliegendem Fall 200 betragen und in diese 200 hätten sich der B, C und D nach Verhältniß ihrer unbefriedigten Forderungen, also nach dem Verhältniß von 1 : 47 : 2 zu theilen und würde demnach dem B der Betrag von 4, dem C der Betrag von 188, dem D aber der Betrag von 8 zufallen. Von diesen 188 müßte C allerdings, weil er nicht mehr als höchstens den Betrag der Hypothek des A erhalten soll, 88 wieder abgeben, welche nach dem Verhältniß von 1 : 2 unter B und D zu vertheilen wären.

Das willkürliche dieser Vertheilung wird ohne weiteres einleuchten.

Diese nachträgliche Berücksichtigung des Grundsatzes, daß ein nachstehender Pfandgläubiger im günstigsten Fall nicht mehr erreichen könne, als die Verweisung des ihm vorgehenden Doppelpfandgläubigers auf andere Pfandgegenstände, hebt die offenbare Unbilligkeit nicht auf, daß Pfandschulden, welche in keinem Falle zur Befriedigung gelangen können, als Factoren der Vertheilungsrechnung auftreten und auch wirklich verhältnißmäßig befriedigt werden.

In dem obigen Beispiel ist es doch ganz klar, daß der C mindestens mit 4600 durchfallen muß. Eine Rechnung, welche trotzdem dem Umstand, daß dem C überhaupt noch dieses unter allen Umständen unrealisirbare Pfandrecht zusteht, Einfluß auf die Größe der Theile einräumt, welche B und D erhalten sollen, kann nicht richtig sein. Demnach ergibt sich das allgemeine Princip, daß alle Pfandschulden höchstens insoweit Berücksichtigung finden können, als sie ihrem Betrag nach den Erlös aus den ihnen verhafteten Pfandobjecten nicht übersteigen.

10 *Luden*: Vertheilung des Erlöses aus mehreren Pfandobjecten.

Da nun aber, wenn lediglich der Erlös der Pfandobjecte der Vertheilungsrechnung zu Grunde gelegt wird, die nachstehenden Pfandgläubiger in demselben Verhältniß empfangen, wie die Pfandbesitzer, bezüglich im Fall des Concurſes die Chirographarier, so folgt hieraus weiter, daß diejenige Methode, welche die Interessen der nachstehenden Pfandgläubiger vor denen der Pfandbesitzer berücksichtigt, und diejenige, welche dies nicht thut, dann zu demselben Resultat führen müssen, wenn die sämtlichen dem Doppelpfandgläubiger auf jedem einzelnen Pfandobjecte nachstehenden Pfandschulden ihrem Betrag nach größer sind, als der Erlös des zu ihrer Sicherheit dienenden Pfandgegenstandes. Von selbst versteht es sich endlich, daß eine besondere Berücksichtigung der nachstehenden Pfandschulden nicht minder insoweit überflüssig wird, als dieselben auch bei Einweisung der ganzen Forderung des Doppelpfandgläubigers auf das ihnen verhaftete Object voll befriedigt werden würden.

Es kann mit andern Worten das Verlangen der nachstehenden Pfandgläubiger, es möge die Forderung des Doppelpfandgläubigers so auf die verschiedenen ihnen verpfändeten Gegenstände eingewiesen werden, daß die nachstehenden Pfandschulden dadurch möglichst wenig benachtheiligt würden, nur dann von Einfluß auf das Rechnungsergebniß sein, wenn nach entsprechender Repartirung der Forderung des Doppelpfandgläubigers auf die einzelnen Pfandobjecte und Befriedigung der auf denselben haftenden Nachhypotheken von dem Erlöse des einen oder andern Pfandobjectes noch ein Betrag übrig bliebe, der zur gänzlichen oder theilweisen Verichtigung der noch ungedeckten, auf andern Pfandobjecten eingewiesenen Pfandschulden verwendet werden könnte.

Nur in diesem Falle höchstens also wird die eine Rechnungsmethode durch die andere zu modificiren sein.

III. Demnach macht es sich unter allen Umständen nöthig, die Methode zu finden, welche die mehrfach berechnete Forderung in objectiv gerechter Weise, jedoch ohne besondere Berücksichtigung der Rechte der nachstehenden Pfandgläubiger,

auf die einzelnen zu ihrer Sicherheit bestellten Pfandobjecte vertheilt.

Hier ist zunächst zu prüfen, ob die Fontenay'sche Methode innerlich haltbar ist. Das Princip derselben ist höchst einfach. Die mit mehreren Pfandrechten versehene Forderung wird in so viel Theile zerlegt, als Pfandobjecte zu ihrer Sicherheit bestellt sind, und jedes Pfandobject hat einen dieser Theile aufzubringen; reicht der Erlös aus einem der Pfandobjecte hierzu nicht aus, so ist der ungedeckte Theil der Forderung wieder in so viel Theile zu zerlegen, als noch Pfandobjecte, die einen Ueberschuß haben, vorhanden sind, und letztere haben diese Theile aufzubringen. So wird fortgeföhren, bis die Forderung der mehrfach berechtigten Pfandgläubiger getilgt, oder weiterer Stoff zu deren Befriedigung nicht mehr vorhanden ist.

Daß diese Methode nicht zu rechnerischen Widersprüchen führt, muß zugegeben werden; aber der Grund, durch welchen sie innerlich gerechtfertigt werden soll, ist unstichhaltig.

Fontenay beruft sich darauf, daß zwei der Intenfität und dem Umfang nach gleiche Rechte, die mit einander in Collision kämen, sich gegenseitig zur Hälfte aufheben müßten.¹⁵⁾

Wenn die mit einem Pfandrecht für eine und dieselbe Forderung belasteten Pfandobjecte hinsichtlich dieser Forderung als gegeneinander regreßberechtigte *correi debendi* aufgefaßt werden könnten, wäre die Annahme vielleicht richtig. Denn zwischen regreßberechtigten *correi debendi* kann die Regreßpflicht unmöglich nach Proportion des Leistenkönnens eines jeden *correat* bemessen werden; hier ist das Recht eines jeden, daß der andere für den ganzen Betrag der *Correatschuld* aufkomme, in der That gleich stark, und wird demnach jeder vom andern verlangen können, daß er die Hälfte zur Befriedigung der *Correatschuld* beitrage, eventuell wenigstens bis zum halben Betrag der Forderung soviel leiste, als er könne.

Es kann aber nur zu Verwirrung führen, wenn Rechtsätze aus der Lehre der *Correatobligationen* in das Pfandrecht übertragen werden, und ist der Versuch einer Aufstellung des

15) Fontenay a. a. D. p. 172.

Begriffs einer sogenannten *correalitas realis*, der wohl schon gemacht worden ist, ¹⁶⁾ theoretisch absolut zu verwerfen.

Die Rechte derjenigen, welche an dem nach Befriedigung der mehrfachen Pfandgläubiger noch verbleibenden Rest des Erlöses aus dem Pfandgegenstand A zu participiren haben, sind zwar nach ihrer Intensität genau so stark, wie die Rechte derjenigen, die hinsichtlich des Pfandgegenstandes B in der gleichen Lage sind; aber keineswegs ihrem Umfang nach. Das Recht des mit mehreren Pfandrechten für dieselbe Forderung versehenen Pfandgläubigers culminirt nämlich jedenfalls darin, daß ihm die Befugniß zusteht, zur Befriedigung seiner Forderung die ihm verpfändeten Gegenstände gleichzeitig verkaufen zu lassen.

Wenn nun der Doppelpfandgläubiger in einem gegebenen Fall von diesem seinem Recht Gebrauch macht und die beiden ihm verpfändeten Gegenstände im Werth von b und c wegen seiner Forderung im Betrag von a versteigern läßt, so muß dies zur Folge haben, daß die Erlöse aus beiden Pfandobjecten in Gemäßheit des vom Doppelpfandgläubiger gestellten Antrags zusammengeworfen werden. Somit ergibt sich als Gesamterlös die Summe $b+c$. Von dieser Summe ist zunächst die Forderung a zu befriedigen; es bleibt also $b+c-a$. Es ist nun zu entscheiden, wieviel von diesem Rest auf diejenigen kommt, die ein Recht auf den Einzelerlös eines jeden der versteigerten Pfandgegenstände haben. Das Recht der auf den Erlös b angewiesenen Personen ist nun sicherlich ebenso intensiv, als das Recht der auf den Erlös c angewiesenen; aber es erhellt sofort, daß die ersteren aus dem verbliebenen Rest $b+c-a$ nicht mehr und nicht weniger als gerade den Betrag b und die letzteren gerade den Betrag c wiederhaben wollen. Da nun hierzu der verbliebene Rest $b+c-a$ nicht ausreicht, kann beider Parteien Verlangen nicht vollständig befriedigt werden, und haben dieselben ein *lagbares* Recht darauf, daß ihre in gleichem Rang stehenden Ansprüche verhältnißmäßig,

16) Vgl. v. G ö n n e r, Commentar zum R. Bair. Hypothekengesetz I p. 565 ff.

d. h. nach Verhältniß des Umfangs derselben befriedigt werden; gleich als ob es sich darum handelte, aus einem unzureichenden Pfandgegenstand zwei Forderungen gleicher Priorität zu decken. Um die Proportion, in welcher demnach die Befriedigung erfolgen muß, rechnerisch darzustellen, braucht man nur eine einfache Gleichung anzusetzen, und man wird finden, daß die auf den Erlös b angewiesenen Personen

$$b \frac{(b+c-a)}{b+c}$$

und die auf den Erlös c angewiesenen

$$c \frac{(b+c-a)}{b+c}$$

zu erhalten haben.

Bei Ausführung der Division ergibt sich, daß

$$b \frac{(b+c-a)}{b+c} = b - \frac{b.a}{b+c}$$

und

$$c \frac{(b+c-a)}{b+c} = c - \frac{c.a}{b+c}$$

ist.

Dies ist nur ein anderer Ausdruck dafür, daß der Pfandgegenstand mit dem Erlös b zur Befriedigung der Forderung a gerade $\frac{b.a}{b+c}$ und der Pfandgegenstand mit dem Erlös c zu demselben Zweck gerade $\frac{c.a}{b+c}$ beizutragen hat. Es muß alsdann $\frac{b.a}{b+c} + \frac{c.a}{b+c} = a$ sein, und dies ist, wie ein Blick auf vorstehende Gleichung zeigt, auch wirklich der Fall.

Mit andern Worten, es hat jeder Pfandgegenstand nach Verhältniß seines Wertes zur Befriedigung der mit mehreren Pfandrechten versehenen Forderung beizutragen.

Insofern stimmt vorstehende Berechnung, welche indessen bereits in der allgemeinen Preussischen Gerichtsordnung¹⁷⁾ angewendet worden ist und von Guyet die Societätstheorie ge-

17) Vgl. allgem. Preuß. Gerichtsordnung Theil I tit. 50 §. 521.

14 Luten : Vertheilung des Erlöses aus mehreren Pfandobjecten.

nannt wird, dem Resultat nach mit derjenigen überein, zu welcher Brakenhoeft auf etwas verwickelten Wegen gelangt ist. Diese Uebereinstimmung wird zwar von Brakenhoeft in Abrede gestellt; doch muß es verlorne Mühe sein, wenn derselbe nachweisen will, ¹⁸⁾ daß es durchaus vergeblich und falsch sei, die Quoten der mehrfach versicherten Forderung, welche von den einzelnen Pfandgegenständen aufzubringen seien, durch Berechnung festzustellen; daß vielmehr die richtige Proportion nur dann gefunden werden könne, wenn man berechne, wie viel jeder Pfandgegenstand zu dem nach Befriedigung des Doppelpfandgläubigers noch verbleibenden Rest des Gesamterlöses aus sämmtlichen Pfandgegenständen beigetragen habe; daß es demnach reiner Zufall sei, wenn die erstere Methode auch einmal zu einem richtigen Resultate führe. Denn daß dies nicht reiner Zufall ist, sondern in der Natur der Zahlen liegt, wird nach obigem wohl klar sein.

So wäre denn eine Methode gefunden, wie zwei oder mehrere Specialmassen zur Befriedigung eines mit mehrfachem Pfandrechte für eine und dieselbe Forderung versehenen Gläubigers verhältnißmäßig heranzuziehen sind. Aber diese Methode bedarf noch gar sehr des Ausbaus. Zunächst kann sie vorläufig nur insoweit als anwendbar gelten, als der mehrfach berechnete Pfandgläubiger wirklich den vollen Gebrauch von seinem Rechte macht und jeden der ihm verhafteten Gegenstände ganz in Anspruch nimmt; alsdann ist noch immer die Frage offen, wie die nachstehenden Pfandgläubiger zu den Pfandbesitzern gestellt sind.

Allein soviel ist wohl festzuhalten, daß zum wenigsten der Ausgangspunkt ein richtiger ist. Guyet erhebt zwar gegen dieses von ihm als Societätstheorie bezeichnete Vertheilungsprincip allerlei Ausstellungen; ¹⁹⁾ aber dieselben sind nicht durchschlagend. Nicht zu übersehen ist allerdings, daß der Berechnung der Quoten nicht der Werth des verpfändeten Gegenstandes überhaupt, sondern erst der nach Abrechnung der dem

18) Brakenhoeft a. a. D. p. 240.

19) Guyet a. a. D. p. 376.

Doppelpfandgläubiger etwa vorstehenden Pfandschulden noch verbleibende Rest zu Grunde gelegt werden darf, was, wie Guyet mit Recht rügt, bei der ersten Aufstellung der ganzen Berechnungsweise geschehen war. ^{19a)}

Unrichtig ist es aber, daß diese sogenannte Societätstheorie in Widerspruch mit dem Grundsatz der Solidarität der mehreren für dieselbe Forderung bestellten Pfandrechte gerathe, indem sie mit Verleugnung dieses Grundsatzes annehme, es seien die mehreren Pfandobjecte dem Doppelpfandgläubiger von Anfang an nur nach Verhältniß ihres Werthes verpfändet.

Dieser Vorwurf wäre nur dann begründet, wenn die Societätstheorie, ohne weitere Rechtfertigung ihrer Anwendung für jeden einzelnen Fall, unterschiedlos angewendet würde, sobald überhaupt für eine und dieselbe Forderung mehrere Pfandrechte bestellt sind. Dies wird jedoch keineswegs in Anspruch genommen, und war bis jetzt überhaupt nur von dem Fall die Rede, daß der mehrfach berechnigte Pfandgläubiger aus jedem der ihm verhafteten Pfandgegenstände, mögen diese nun im Besitze einer und derselben oder mehrerer Personen sein, volle Befriedigung sucht.

Jedenfalls aber ist die Societätstheorie consequenter als die von Guyet selbst aufgestellte Vertheilungsmethode, welche aus der ersteren und der Vertheilungstheorie Fontenay's zusammengesetzt ist. Guyet ^{19b)} macht nicht, wie dies oben geschehen ist, den vollen Werth der zu Gunsten des Doppelpfandgläubigers versteigerten Pfandobjecte, sondern nur, wie er es ausdrückt, die demselben eigentlich verpfändete Werthquote zur Basis seiner Proportionalrechnung.

Um die Theile der doppelberechtigten Forderung a zu finden, welche auf den Gegenstand b und welche auf den Gegenstand c zu übernehmen sind, setzt er also, wenn unter x

19 a) Dies ist auch für die folgenden Erörterungen im Auge zu behalten, indem, wenn vom Werth eines Pfandobjectes in der Folge die Rede sein wird, hierunter immer nur der nach Abzug der dem mehrfach berechtigten Pfandgläubiger vorgehenden Hypotheken noch verbleibende Rest verstanden werden wird.

19 b) Guyet a. a. O. p. 386.

16 **Zuden: Verteilung des Erlöses aus mehreren Pfandobjecten.**

und y die erst noch zu suchenden Summen, die aus b und c zur Deckung der Forderung a zu nehmen sind, verstanden werden, nicht die Gleichung

$$b : c = x : y$$

an, wobei sich, da

$$x + y = a$$

zu setzen ist, ergibt, daß

$$x = \frac{b \cdot a}{b + c}$$

und

$$y = \frac{c \cdot a}{b + c}$$

ist. Er ersetzt vielmehr in obiger Gleichung b und c , sobald eines derselben größer ist, als a , durch a . Demgemäß findet er, wenn b und auch c größer sind, als a , er also anzusetzen hat:

$$a : a = x : y$$

daß $x = \frac{a}{2}$ und $y = \frac{a}{2}$ ist, daß mit andern Worten jeder Pfandgegenstand die Hälfte der Forderung a aufzubringen hat.

In diesem Fall ist die Guyet'sche Methode demnach identisch mit der Fontenay'schen, deren Mängel sie denn auch theilt.

Ist dagegen nur der Erlös aus einem der Pfandgegenstände, also etwa der Erlös b größer als a , so setzt er

$$a : c = x : y$$

$$x + y = a$$

und findet

$$x = \frac{a}{a + c} a$$

$$y = \frac{c}{a + c} a$$

Es nähert sich also schon in diesem Fall der Societätstheorie, mit der er ganz übereinstimmt, sobald b und c kleiner als a sind. Schon Fontenay hat die innerliche Unhaltbarkeit dieser Theorie veranschaulicht²⁰⁾, und ist dem nur noch

20) Fontenay a. a. D. p. 167.

hinzuzufügen, daß man durch fortgesetzte Zerlegung der Forderung *a* in ihre Theile auch mit der Guyet'schen Methode jederzeit zu einem Resultat kommen kann, welches sich, je weiter man die Zerlegung fortsetzt, immer mehr dem Ergebnis der Fontenay'schen Rechnung nähert.

Setzen wir, um ein concretes Beispiel zu gebrauchen, daß dem *A* für eine Forderung von 16 ein Pfandrecht an dem Gegenstand *B* mit Werth von 100 und dem Gegenstand *C* mit Werth von 8 zusteht. Alsdann wird nach Guyet der Gegenstand *B* $10\frac{2}{3}$ und der Gegenstand *C* $5\frac{1}{3}$ zur Befriedigung des *A* beizutragen haben, während nach Fontenay aus jedem Gegenstand 8 zu nehmen wären. Wir zerlegen nun aber die Forderung von 16 in zwei Forderungen von je 8 und vertheilen zunächst die eine. Es ergibt sich, daß jeder Pfandgegenstand je 4 aufzubringen hat, so daß von dem Erlös aus *C* nur noch 4 übrig bleiben. Wir zerlegen nun die Restforderung des *A* im Betrag von 8 wiederum in zwei Forderungen von je 4 und vertheilen zunächst die eine, wobei sich zeigt, daß jeder Pfandgegenstand je 2 aufzubringen hat, so daß von dem Erlös aus *C* jetzt nur noch 2 übrig bleiben. Die Restforderung von 4 kann abermals in zwei Forderungen von je 2 getheilt und hiermit bis in die Unendlichkeit fortgeföhren werden. Jede neue Theilung wird bewirken, daß das Resultat dem sich bei der Fontenay'schen Methode ergebenden einen Schritt näher kommt, bis endlich die Differenz zwischen beiden unendlich klein wird.

Eine Theorie, welche zu solchen Consequenzen führt, muß nothwendigerweise von einem falschen Princip ausgehen. Dies ist denn auch in der That der Fall. Denn es ist nicht richtig, daß dem Pfandgläubiger für seine Forderung nur eine dem Betrag derselben entsprechende Quote des Erlöses aus dem Pfandgegenstand verpfändet ist; vielmehr liegt es im Wesen des Pfandrechts, daß es auch bei Verpfändung eines Bruchtheils die ganze Sache umfaßt. Auch Guyet leugnet dies nicht; ²¹⁾ trotzdem bildet er aber seine Vertheilungspropor-

21) Guyet a. a. D. p. 367.

tion so, als ob das erste Pfandrecht nur eine Quote des Pfandgegenstands umfasse und das zweite nur den Mehrerlös, die *Hyperocha*, zum Gegenstand habe. Daraus erklären sich die Fehler, in welche seine Theorie verfallen ist.

IV. Wenn nun aber der Doppelpfandgläubiger dem am Erlös der ihm verpfändeten Gegenstände sonst noch theilhaftigen Personen nicht die Rücksicht erweist, zur Befriedigung seiner Forderung beide Pfandobjecte voll in Anspruch zu nehmen, so fragt sich nunmehr noch, ob letzteren nicht ein Mittel gegeben ist, durch welches sie der offenbaren Unbilligkeit, die in willkürlicher Inangriffnahme des einen oder andern Pfandgegenstands für sie liegt, entgehen können.

Man muß hier sofort an das *ius offerendi* der nachstehenden Pfandgläubiger denken, sowie nicht minder für den Fall, daß die für eine und dieselbe Forderung verhafteten Pfänder sich in den Händen verschiedener Personen befinden, an das dem mit der Pfandklage belangten rechtmäßigen Besitzer der Pfandsache zustehende Recht,²²⁾ die Abtretung der Pfandforderung von dem Gläubiger gegen Befriedigung desselben zu verlangen.

1) Theoretisch einfacher ist die Lage des gutgläubigen Pfandbesizers, der Abtretung der Pfandforderung verlangt. Man könnte zunächst allerdings zweifeln, ob die Forderung mit den dafür bestellten Pfandrechten auf den Pfandbesitzer übergehe. Doch ist zu bedenken, daß schon an und für sich mit der Abtretung der Pfandforderung stillschweigend auch die Uebertragung der für dieselbe bestellten Pfandrechte verbunden ist.²³⁾

Auch wird das Recht, die Abtretung nicht nur der Forderung, sondern auch der für dieselbe bestellten Pfandrechte zu

22) L. 19 D. qui potiores (20, 4): *Mulier in dotem dedit marito praedium obligatum et testamento maritum et liberos ex eo natos, item ex alio, heredes instituit; creditor quum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit; quaero, an si ei iustus possessor offerat, compellendus sit, ius nominis cedere. Respondi, posse videri non iniustum postulare.*

23) Cf. l. 6 D. de hered. vel act. vend. (18, 4).

verlangen, dem in ähnlicher Lage befindlichen Bürgen, der auf Zahlung der Hauptschuld belangt wird, ausdrücklich zugestanden.²⁴⁾

Was aber hier vom Bürgen gilt, muß sicherlich gleichfalls vom iustus possessor gelten, der die dem Bürgen eingeräumte Vergünstigung jedenfalls in noch höherem Grade als dieser verdient; denn der Bürge hat sich selbst dafür verantwortlich zu machen, wenn er zur Zahlung der Hauptschuld angehalten wird, während der mit der actio hypothecaria belangte iustus possessor zahlen muß, auch wenn er gar nichts von der dem Gegenstand aufhaftenden Hypothek weiß. So haben denn auch z. B. Arndts und Sintenis²⁵⁾ kein Bedenken getragen, dem iustus possessor geradezu das Recht einzuräumen, auf Uebertragung der Pfandforderung mit sämmtlichen dafür bestellten Pfandrechten zu bestehen. Derselben Meinung ist auch Dernburg.²⁶⁾ Wenn daher ein Gläubiger, dem für seine Forderung die Gegenstände A und B verpfändet sind, gegen den Besitzer des Gegenstandes A sein Pfandrecht voll geltend macht, so braucht der letztere nur Zahlung der Pfandforderung zu offeriren, um nicht nur die Forderung selbst, sondern auch das für dieselbe am Gegenstand B bestellte Pfandrecht zu erwerben. Hiermit kommt man aber zunächst noch nicht weiter. Denn nunmehr kann der Besitzer des Pfandgegenstands B in die Lage versetzt werden, seinerseits für die ganze Forderung des Doppelpfandgläubigers aufkommen zu müssen. Offenbare Unzuträglichkeiten, zu denen dies führen könnte, sind allerdings dadurch ausgeglichen, daß

24) Cf. l. 2 C. de fidej. et mand. (8, 41): — Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fidejussorem accepit, licet, si malit, fidejussorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverit. Quod quum facit, debet jus pignorum in eum transferre. Sed quum in aliam quoque causam eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum exsolvatur.

25) Vgl. Arndts Pand. §. 374 c. Sintenis, Pfandrecht §. 47 p. 422. Siehe jedoch auch Knorr, Archiv f. civ. Pragis XXVIII p. 184.

26) Vgl. Dernburg, Pfandrecht §. 366 not. 9.

der in l. 19 D. qui pot. aufgestellte Rechtsatz einige Ausnahmen hat, die den dritten Pfandbesitzer, der für die ganze verpfändete Forderung aufkommen soll, vor allzu unbilligen Anforderungen schützen. Zunächst erhält nach Nov. 4. cap. 2. der beklagte Pfandbesitzer, der zugleich Bürge ist, wenn die für die Hauptschuld anderweit verpfändeten Gegenstände sich nicht im Besitz des Hauptschuldners, sondern im Besitz dritter Personen befinden, keinen Pfandanspruch gegen diese dritten Personen.²⁷⁾ Da ferner nach derselben Gesetzesstelle der Besitzer des für die Bürgschaftsobligation eingesezten Pfandes den Gläubiger mit der sogenannten exceptio excussionis personalis auf die für die Hauptforderung haftenden Pfänder verweisen darf, wird auch der Besitzer des für die Hauptforderung bestellten Pfandes, der durch gehörige Oblation Inhaber der Hauptforderung geworden ist, einen Pfandanspruch gegen dritte Besitzer der für die Bürgschaftsobligation verpfändeten Gegenstände nicht erhalten.

Selbstverständlich ferner ist es, daß auch der mit der Pfandklage belangte Principalschuldner durch Zahlung der Forderung ein Pfandrecht gegen die dritten Besitzer eines für dieselbe noch verhafteten Pfandes nicht mehr erwerben kann. Endlich ist noch hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zwischen mehreren correi debendi, die gleichzeitig auch noch Pfänder bestellt haben, hervorzuheben, daß das Pfandrecht, welches der eine mit der Pfandklage belangte Correal Schuldner durch Bezahlung der Correal schuld an den von dem andern bestellten Pfändern erwerben kann, unzweifelhaft nur soweit geltend gemacht werden darf, als überhaupt das Recht zum Regreß reicht.

Dasselbe gilt von mehreren Mitbürgen, die für ihre Bürgschaftsobligation auch Pfänder bestellt haben, vorausgesetzt, daß man ein durch das beneficium cedendarum actionum oder utiles actiones zu vermittelndes Regreßverhältniß zwischen denselben, überhaupt anerkennen will. Savigny²⁸⁾ will zwar von einem derartigen Regreßverhältniß nichts wissen; doch kann

27) Vgl. Windscheid, Pand. I §. 233 a not. 1.

28) Savigny, Obl. Recht I. p. 25.

die entgegengesetzte Ansicht wohl als die jetzt in Theorie und Praxis herrschende angesehen werden.²⁹⁾ Demnach können nur diejenigen dritten Besitzer der mit Pfandrechten für eine und dieselbe Forderung belasteten Gegenstände, welche weder in dem Verhältniß von Bürge und Hauptschuldner, noch in dem Verhältniß von Correal Schuldnern oder Mitbürgen zu einander stehen, in die unangenehme Lage kommen, es sich gefallen lassen zu müssen, daß die mehrfach versicherte Forderung lediglich aus dem Erlös des in ihrem Besitz befindlichen Pfandes befriedigt wird und sie auf Geltendmachung einer Regreßklage gegen ihren auctor beschränkt bleiben.

Doch wird die hierin liegende Härte gleichfalls noch dann vermieden werden, wenn die Besitzer der mehreren für dieselbe Forderung verpfändeten Gegenstände nur deren rechtmäßige Besitzer, nicht auch gleichzeitig deren Eigenthümer sind und hierbei aus irgend einem Grunde Bedenken tragen müssen, auf das an dem in ihrem Besitz befindlichen Pfandgegenstand ihnen zustehende Pfandrecht zu verzichten. Denn alsdann wird das Pfandrecht an dem Pfandobjecte A, auf dessen Besitzer die mehrfach versicherte Forderung nebst dem für dieselbe bestellten Pfandrechte an dem nicht in seinem Besitz befindlichen Pfandobject B durch gehörige Oblation übergegangen ist, bestehen bleiben und nicht etwa durch Confusion untergehen. So lange aber diese Confusion nicht eingetreten ist, bleibt es auch nicht ausgeschlossen, daß der von dem Besitzer des Gegenstands A mit der Pfandklage in Anspruch genommene Besitzer des Pfandgegenstands B seinerseits wiederum durch gehörige Oblation die Forderung des ursprünglichen Doppelpfandgläubigers und mit ihr das Pfandrecht am Gegenstand A erwerben kann. Da nun eine Schraube ohne Ende nicht statuiert werden kann, so bleibt zur Schlichtung dieser zwischen zwei gleichstarken Rechten entstandenen Collision nichts übrig, als den Besitzer der Pfandsache B gegen den Besitzer der Pfandsache A, insoweit letzterer mehr von ersterem haben will, als ihm nach der oben

²⁹⁾ Vgl. Girtanner, Bürgschaft p. 538 not. 9. Dernburg, Pfandrecht II p. 366.

sub III entwickelten Vertheilungstheorie zukommt, eine *exceptio doli* einzuräumen.

Die Vornahme der Vertheilung gerade nach dieser Methode rechtfertigt sich dadurch, daß die collidirenden Rechte zwar in ihrer Intensität, nicht aber in ihrem Umfang gleich stark sind. Die beiden Rechte sind nämlich nur insoweit gleich stark, als jeder der beiden Pfandbesitzer darauf ausgeht, den in seinem Besitz befindlichen Pfandgegenstand von einer Heranziehung zur Befriedigung der Forderung des Doppelpfandgläubigers möglichst frei zu halten. Dieses Streben kann beiden Pfandbesitzern nur verhältnißmäßig gelingen und damit ist ausgesprochen, daß beide Pfandgegenstände nach Verhältniß ihres Werths zur Befriedigung des Doppelpfandgläubigers beizutragen haben. Dernburg³⁰⁾ geht sogar noch einen Schritt weiter, indem er den allgemeinen Grundsatz aufstellt, daß der zunächst belangte Pfandbesitzer unmöglich die ganze Last auf die Besitzer anderer Pfänder, die sich mit ihm in gleicher Lage befänden, abladen dürfe, daß also vielmehr der Cessionar, wenn er die *actio hypothecaria cessa* anstelle, gezwungen werden könne, sich mit Zahlung des Theils der versicherten Schuld zufrieden zu geben, welcher dem Verhältniß des Werths der vom Beklagten besessenen Sache zu dem Werth der noch außerdem verpfändeten Objecte entspreche. Diese allgemeinen Billigkeitsrücksichten scheinen mir jedoch nicht ausreichend zu sein, um den einen Pfandbesitzer gegen den andern, der ihn mit der *actio hypothecaria cessa* belangt, selbst dann verhältnißmäßig zu schützen, wenn beide Pfandbesitzer in gar keinem Rechtsverhältniß zu einander stehen. Ein solcher durch Beschränkung in der Durchführung der *actio hypothecaria cessa* gewährter Rechtsschutz scheint mir vielmehr für jeden einzelnen Fall der besonderen rechtlichen Begründung zu bedürfen.

Man wird nun aber gerechtes Bedenken tragen müssen, die *exceptio doli*, welche in dem oben erwähnten Falle die

³⁰⁾ Dernburg, Pfandrecht II p. 366 not. 10. vgl. auch Sintenis, Pfandrecht p. 424. Glück, Commentar XVIII p. 344.

Anwendung unserer Vertheilungstheorie vermittelte, auch dann dem vom Besitzer des Pfandgegenstandes A in Anspruch genommenen Besitzer des Pfandgegenstandes B zuzugestehen, wenn durch Verzicht des ersteren oder durch Vereinigung der Rechte des Eigenthümers und Pfandgläubigers in der Person desselben das Pfandrecht am Gegenstand A bereits untergegangen ist.

Wer dessen ungeachtet das Pfandrecht am Gegenstand A für das Verhältniß der beiden Pfandbesitzer zu einander noch als bestehend annehmen wollte, müßte sich weiter dazu entschließen, auch dann, wenn das Pfandrecht an dem einen Gegenstand durch Verzicht des Gläubigers untergegangen wäre, die Vertheilung der Forderung desselben auf die beiden ihm ursprünglich verpfändeten Gegenstände so vorzunehmen, als ob dieser Verzicht niemals ausgesprochen wäre.

Wie Simon³¹⁾ bezeugt, neigt die Königl. Sächs. Gerichtspraxis dazu hin, aus allgemeinen Billigkeitsgründen, selbst diese Consequenz zu ziehen, und lehrt unter Andern Reinhardt (die Ordnung der Gläubiger im Concurſ nach den im Königreich Sachsen geltenden Rechten §. 205), daß wenn auch ein Gläubiger, dem die Befugniß zustehet, aus mehreren Specialmassen und zwar aus jeder verhältnißmäßig, vorzüglich seine Befriedigung zu suchen, auch noch vor Ausbruch des Concurſes auf sein ihm an einem Gegenstand zukommendes Pfandrecht Verzicht geleistet, dessen ungeachtet die Vertheilung so vorzunehmen sei, als wenn die Renunciation gar nicht erfolgt wäre; daß jedoch der Gläubiger mit demjenigen Theil der Forderung, welcher eigentlich aus der betreffenden Specialmasse hätte zur Befriedigung kommen sollen, nun nicht dabei vorzüglich, sondern nur bei der gemeinsamen Masse als chirographarischer Gläubiger einzustellen sei.

Mit Anerkennung dieses Grundsatzes wäre jedoch das freie Wahlrecht des Doppelpfandgläubigers, welches ihm nach l. 8 D. de distr. pign. zusteht, nicht nur im Concurſ, sondern schon vor Ausbruch desselben ohne weiteres beseitigt. Dies aber ist offenbar gänzlich unstatthaft.

31) Simon a. a. D. pag. 364 not. 39.

Daß durch die von Dernburg vertretene Ansicht einige Härten vermieden werden, ist nicht zu leugnen; aber man muß auf der andern Seite auch bedenken, daß demjenigen Pfandbesitzer, der für die ganze Pfandforderung aufkommen muß, nicht nur der Regreß wegen Eviction, sondern auch die persönliche Klage gegen den Principalschuldner und dessen Bürgen zusteht.

Insbefondere kann die Analogie des Verhältnisses mehrerer Correalschuldner und mehrerer Mitbürgen zu einander unter keinen Umständen dazu benützt werden, in gleicher Weise wie den Correalschuldnern und Mitbürgen auch den Besitzern mehrerer für dieselbe Forderung verpfändeter Gegenstände die rechtliche Möglichkeit zur Herbeiführung einer verhältnißmäßigen Repartition unter sämtliche Betheiligte einzuräumen. Denn dem zahlenden Correalschuldner ist ein Recht auf Klagencessio überhaupt nur zum Zweck der leichteren Durchführung seines bereits vorhandenen Regreßanspruchs eingeräumt worden; wollte er mit der ihm cedirten Klage mehr von seinem Mitschuldner einfordern, als ihm schon vermöge seines Regreßanspruchs zukommt, würde ihm dieser sicherlich *exceptio doli* entgegensetzen können. Mehrere Mitbürgen dagegen haben allerdings an und für sich kein Rückgriffsrecht gegen einander; aber der zahlende Mitbürge kann nur dann vom Gläubiger Klagencessio verlangen, wenn er mehr leistete, als er bei Geltendmachung des *beneficium divisionis* nöthig hatte, und soll die ihm cedirte Klage ihrem Zwecke nach nur dazu dienen, ihm die Einforderung des zuviel geleisteten Betrags zu ermöglichen. Würde er einen ausgedehnteren Gebrauch von derselben gegen seinen Mitbürgen machen, könnte dieser ihm unzweifelhaft *exceptio doli* entgegensetzen.³²⁾ In beiden Fällen zeigt sich also das Princip, daß durch die Klagencessio nur bereits bestehende Rechtsverhältnisse geschützt werden sollen, daß aber durch dieselbe weder das Regreßverhältniß mehrerer Correalschuldner zu einander alterirt, noch den Mitbürgen das *beneficium divisionis* verkümmert werden darf.

32) Windscheid, Pand. II. §. 294 not. 5. und §. 481 not. 3.

Ein derartiges Princip ist für das Verhältniß mehrerer Pfandbesitzer zu einander nicht zu wahren und ist daher für letztere ein Grund zur Beschränkung der Wirksamkeit der cedirten Klagen nicht vorhanden.

2) Es ist nunmehr noch zu untersuchen, welchen Einfluß das *ius offerendi* der nachstehenden Pfandgläubiger auf die Art und Weise der Befriedigung des ihnen vorgehenden Doppelpfandgläubigers auszuüben im Stande ist. Eine nur einigermaßen erschöpfende Behandlung der Controversen, an denen die Lehre von der hypothekarischen Succession so reich ist, ³³⁾ liegt jedoch gänzlich außerhalb der gestellten Aufgabe; ich werde mich vielmehr im wesentlichen lediglich auf Bachofen's ^{33a)} Ausführungen über die rechtlichen Folgen der Oblation beziehen, da dieselben nach meiner Ansicht auch durch die inzwischen erschienenen neueren pfandrechtlichen Schriften nicht wiederlegt sind.

Ich halte daran fest, daß der nachstehende Pfandgläubiger durch gehörige Oblation in Forderung und Pfandrecht seines Vorgängers einrückt; auch scheint es mir durchaus richtig, daß dieser Vorgang keineswegs durch eine fingirte Cession zu erklären ist; daß im Gegentheil zwischen der Succession des Zahlung leistenden Pfandbesizers und des offerirenden nachstehenden Pfandgläubigers derjenige Unterschied wirklich besteht, der von Bachofen in dem Abschnitt H der Abhandlung über das Rechtsverhältniß eines nachstehenden Pfandgläubigers ³⁴⁾ entwickelt wird.

Indessen wird die Verschiedenheit der über die hypothekarische Succession bestehenden Theorien überhaupt nur insofern von Einfluß auf die Lösung der hier behandelten Aufgabe sein, als man sich entweder der Ansicht, daß der offerirende Pfandgläubiger auch in die seinem dimittirten Vormann an

33) Vergl. jetzt E. Th. com. de Beust, de succ. hypoth. Diss. inaug. Berol. 1868.

33 a) Bachofen, das röm. Pfandrecht pag. 510—530.

34) Bachofen, das röm. Pfandrecht pag. 520.

andern Gegenständen zustehenden Pfandrechte succedirt, oder der entgegengesetzten Meinung anschließt.

Alle diejenigen, welche den offerirenden Pfandgläubiger überhaupt nur auf Grund des Uebergangs der Forderung in das Pfandrecht des abgefundenen vorstehenden Pfandgläubigers einrücken lassen, müssen sich in Consequenz dieser Auffassung, wenn sie dies auch nicht ausdrücklich aussprechen, der ersteren Meinung anschließen, und ist dieselbe demnach entschieden als die herrschende zu bezeichnen. ³⁵⁾

Auch Bachofen, der doch von einer fingirten Cession nichts wissen will, steht nicht an, sich in Folge seiner Annahme, daß die Oblation nur einen Personenwechsel herbeiführe, ohne das Rechtsverhältniß selbst anzutasten, zu derselben zu bekennen. ³⁶⁾

Nach Windscheid freilich und Brinz, ³⁷⁾ die nur einen Uebergang des Pfandrechts ohne seine Forderung stattfinden lassen, gehen in Folge der gehörigen Oblation mit der Forderung des vorstehenden Pfandgläubigers nothwendig auch die für dieselbe anderweit bestellten Pfandrechte unter, und erwirbt der offerirende Pfandgläubiger daher nur das ihm selbst vorgehende Pfandrecht. Windscheid findet eine Bestätigung seiner Ansicht gerade in der Thatfache, daß der offerirende Pfandgläubiger, wenn die Forderung wirklich überginge, auch die sonstigen für diese Forderung bestellten Pfandrechte, für welche er doch nicht Nachpfandgläubiger sei, erhalten müsse.

Dagegen hat Dernburg ³⁸⁾ neuerdings die Ansicht aufgestellt, daß die Abfindung des Vorgängers durch Ausübung des ius offerendi die Forderung und das Pfandrecht des vorstehenden Pfandgläubigers tilge, daß die Forderung des Offerenten durch die Abfindung vermittelt werde, daß das dem letzteren verwilligte Pfandrecht, wie es sich überhaupt auf Ver-

35) Vergl. Windscheid, Band. I. §. 238b not. 16.

36) Vergl. Bachofen, das röm. Pfandrecht pag. 529.

37) Windscheid cit. I. §. 233 b not. 4. Brinz, Band. pag. 292. 336.

38) Dernburg cit. pag. 518 ff. vergl. gegen denselben de Beust cit. §. 4. 5.

wendungen erstrecke, jetzt auch diese Auslage schütze und daher der Offerent durch gesetzliche Vorschrift in entsprechendem Maße in die Stelle des dimittirten Gläubigers einrücke.

Gegen diese Auffassung hat, wie mir scheint nicht mit Unrecht, bereits Windscheid hervorgehoben, daß die Annahme einer gesetzlichen Neubegründung eines Pfandrechts ohne Forderung eine viel größere Anomalie sei, als die Annahme des Fortbestands eines Pfandrechts nach Tilgung der Forderung, für welche es bestellt gewesen. Davon abgesehen scheint mir aber der Gesichtspunkt der *versio in rem* zur Erklärung der Stellung des vom *ius offerendi* Gebrauch machenden Pfandgläubigers überhaupt nicht recht geeignet zu sein.

Denn der offerirende Pfandgläubiger würde zwar die Lage der Pfandsache dem Eigenthümer und den nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber wirklich verbessern, wenn er, wie jeder Dritte, der einen Pfandgläubiger befriedigt hat, auf den persönlichen Ersatzanspruch wegen nützlicher Verwendung beschränkt bliebe; wenn er aber, was doch die Hauptsache beim *ius offerendi* ist, in das Pfandrecht des dimittirten Gläubigers einrückt, kann von solch einer Verbesserung im Ernste nicht die Rede sein. Es ist daher wohl auch nicht gerechtfertigt, dem Offerenten einen Anspruch auf Ersatz der Abfindungssumme aus dem Gesichtspunkt der Verwendung zuzugestehen.

Diesen Widerspruch vermeidet die Ansicht von Windscheid und Brinz, die außerdem noch den Vorzug hat, mehr in Einklang mit den allgemeinen Principien des römischen Pfandrechts zu bleiben, immerhin aber noch so anomal ist, daß sie nur dann gebilligt werden könnte, wenn positive Beweise für dieselbe erbracht würden. Es mangelt aber nicht nur einigermaßen an derartigen Beweisen, wie Windscheid³⁹⁾ selbst nicht umhin kann zuzugestehen: man wird sogar anerkennen müssen, daß die Consequenzen, zu welchen die Ansicht von Dernburg sowohl, als auch die von Brinz und Windscheid führen, keineswegs unbedenklich sind.

Nach beiden Theorien geht nämlich der Pfandbesitzer sämt-

39) Windscheid cit. I. pag. 612.

licher Rechtswohlthaten verlustig, die er hätte zur Geltung bringen können, wenn die *successio in locum prioris* nicht stattgefunden hätte. Da die Forderung des abgefundenen Pfandgläubigers nebst den für dieselbe bestellten Pfändern und Bürgschaften nicht mehr existirt, kann er von dem in das Pfandrecht seines Vorgängers eingerückten Pfandgläubiger, der von ihm Zahlung seiner eigenen Forderung und des Betrags der Abfindungssumme für den Vormann fordert, auch die Abtretung der Forderung des letzteren nicht mehr verlangen; er bleibt vielmehr, wenn er nicht gleichzeitig auch Eigenthümer der Pfandsache ist, auf den Ersatzanspruch wegen nützlicher Verwendung gegen den wirklichen Eigenthümer und fernere Nachhypothekarien beschränkt.⁴⁰⁾

Nicht minder ist ihm, soweit der Betrag der Abfindungssumme in Frage kommt, das Recht abgeschnitten, eine *exceptio excussionis realis* oder *personalis*, die ihm sonst vielleicht zur Seite gestanden hätte, vorzuschützen.

Wenn die rechtliche Lage des Pfandbesitzers wirklich in dieser einschneidenden Weise davon, ob ein Pfandgläubiger vom *ius offerendi* Gebrauch macht, beeinflusst worden wäre, so würde sich bei der reichen Casuistik der römischen Juristen sicherlich eine Spur hiervon in den Quellen finden.

Es wird nun aber ausdrücklich anerkannt,⁴¹⁾ daß der *secundus creditor*, abgesehen von der *actio hypothecaria* gegen den Pfandbesitzer, durch die Abfindung seines Vormanns ein Forderungsrecht gegen den Schuldner des letzteren erwerbe. Es dürfte schwer fallen, diese Constitution aus der Theorie Windscheid's oder Dernburg's genügend zu erklären.

Wenn man nun noch in das Auge faßt, daß nach einem

40) L. 29 D. *fam. herc.* (10. 2), l. 7 §. 12 D. *comm. div.* (10. 3), l. 10 §. 1 D. *qui pot.* (20. 4).

41) L. 22 C. *de pign. et hyp.* (8. 14): *Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus et a debitore sortem eiusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum usuras, accipere potest.* Vergl. auch l. 12. §. 12 D. *de capt. et postlim.* (49. 15).

ausdrücklichen Zeugniß⁴²⁾ der abfindende Pfandgläubiger nicht nur in das Pfandrecht seines Vorgängers als solches, sondern auch in alle hinsichtlich desselben getroffenen Nebenaberedungen einrückt, erscheint die Annahme wohl als die natürliche, daß der *secundus creditor* durch die Oblation die Rechtsstellung seines abgefundenen Vormanns in ihrer Totalität erwirbt, also in *locum prioris*, dessen Forderung nebst dafür bestellten Sicherheiten bestehen bleibt, in des Wortes eigentlicher Bedeutung succedirt.

Dernburg⁴³⁾ legt ein entscheidendes Gewicht darauf, daß in mehreren Stellen im *corpus iuris*⁴⁴⁾ von dem abfindenden Gläubiger der Ausdruck „*solvere*“ gebraucht werde, woraus er folgert, daß die Obligation des abgefundenen Pfandgläubigers, die durch „*solutio*“ getilgt sei, auf einen andern nicht mehr übergehen könne.

Da aber der Zweck der Oblation gerade darauf gerichtet war, den vorgehenden Pfandgläubiger gänzlich abzufinden, und der nachstehende Pfandgläubiger durch das *ius offerendi* das Recht erhielt, seinem Vormann gegenüber das Recht des Schuldners auszuüben, so konnte man immerhin von einem „*solvere*“ des Offerenten sprechen, ohne durch die *solutio* eine Befreiung des Principalschuldners eintreten zu lassen. Auch ist aus den Quellen⁴⁵⁾ zu ersehen, daß die römischen Juristen es mit dem Ausdruck „*solvere*“ keineswegs durchgängig so genau nahmen, wie sie dies in der Regel allerdings wohl thaten, und daher einmal, auch wenn sie von *solutio* sprachen, noch eine Klagencession für möglich halten konnten.

42) L. 3 D. quae res pignori (20. 3).

43) Dernburg cit II. p. 522.

44) L. 1 C. qui pot. (8. 18), l. 5 C. eod., l. 12 §. 9 D. qui pot. (20. 4), l. 12 §. 6 eod.

45) L. 11 C. de fidejuss (8. 41): *Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satis faciat, actio ei adversus eum, qui una fidejussit, non competit. Potuisti sane, cum fisco solveres desiderare, ut ius pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur; et si hoc ita factum est, novis actionibus uti poteris. Quod et in privatis debitis observandum est.*

Dernburg benutzt endlich noch die l. 12 §. 6 D. qui pot.⁴⁶⁾ zu einem Argument gegen die hier vertretene Ansicht, indem er sagt, daß ein Zweifel darüber, ob der abfindende Gläubiger etwa als negotiorum gestor aufzufassen sei, dem Juristen gar nicht hätte beikommen können, wenn man des erstern rechtliche Stellung auf eine wirkliche oder fingirte Cession habe stützen wollen; daß dieser Zweifel aber dann seinen guten Sinn habe, wenn die Auslage des Nachhypothekars für den Schuldner die Basis seiner Ansprüche bilde; denn dann könne man in der That zweifeln, ob der Dfferent nur seine Auslage oder, gleichwie ein negotiorum gestor, auch die Zinsen derselben ersetzt verlangen könne.

Dieses Argument ist wohl an und für sich etwas künstlich. Wie mir scheint, konnte schon lediglich aus dem Grunde, weil das römische Recht überhaupt davon ausging, es sei eine Sondernachfolge in die Forderung unzulässig, der Versuch gemacht werden, die rechtliche Stellung des Dfferenten aus der negotiorum gestio zu erklären. Es ist dieser Versuch aber ausdrücklich mißbilligt worden, und sprechen gerade die von Dernburg selbst citirten Stellen⁴⁷⁾ es auf das bestimmteste aus, daß der abfindende Pfandgläubiger von dem Schuldner zwar nicht so viel als ein negotiorum gestor, aber doch gerade so viel als der abgefundenene Gläubiger hätte fordern können, nämlich das Hauptgeld (sortem) und diejenigen Zinsen, die der Schuldner an den abgefundenenen Gläubiger zu zahlen gehabt haben würde (usuras quae praestandae fuissent), zu beanspruchen habe.

Ob man dem Dfferenten nun eine Klage ex persona creditoris prioris oder eine actio utilis suo nomine mit demselben Umfang und denselben Nebenverträgen wie die Forderung des abgefundenenen Gläubigers zuerkennt, dies scheint mir

46) Sciendum est, secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in suum debitum, quam in primi creditoris. Sed tamen usurarum, quas creditori primo solvit, usuras non consequetur. Non enim negotium alterius gessit, sed magis suum, et ita Papinianus libro tertio responsorum scripsit, et verum est.

47) L. 12 §. 6. D. qui pot. (20. 4). — 1. 22. C. de pign. (8. 14).

für unsere heutige Rechtsanschauung ziemlich gleichgültig zu sein.

So nehme ich denn als Ausgangspunkt für weitere Folgerungen an, daß der offerirende Pfandgläubiger in die gesammte Rechtsstellung seines Vormanns succedirt und also nicht nur das ihm selbst unmittelbar vorgehende Pfandrecht, sondern auch die demselben zustehende persönliche Forderung nebst sämmtlichen für dieselbe bestellten Sicherheiten erwirbt.

Auch hier muß es zunächst den Anschein haben, als ob in gleicher Weise, wie hinsichtlich des Verhältnisses der Besitzer mehrerer mit einem Doppelpfandrecht belasteter Pfandsachen, durch das *ius offerendi* nicht eine verhältnißmäßige Repartirung der mehrfach versicherten Forderung auf sämmtliche für dieselbe verhafteten Pfandobjecte, sondern nur eine Verschiebung der gesammten Last auf dasjenige Pfand erreicht werde, auf dessen Erlös diejenigen Hypothekarier, welche nicht zum Offeriren gekommen sind, ein Recht haben.

Denn es scheint nichts im Wege zu stehen, daß der in *locum prioris* succedirte Pfandgläubiger sofort das eben erst erworbene Pfandrecht an der ihm bereits für seine eigene Forderung verpfändeten Sache wieder aufgibt und sich lediglich an die für die erworbene Forderung des abgefundenen Gläubigers außerdem noch verpfändeten Gegenstände zu halten vorzieht.

Die Oblation bewirkt aber nicht nur *successio in locum*, sondern daneben auch noch *confirmatio pignoris*.⁴⁸⁾ Die Bedeutung dieser *confirmatio pignoris* besteht nach Bachofen⁴⁹⁾ darin, daß die Vereinigung der ursprünglich getrennten Pfandrechte des abgefundenen und des abfindenden Pfandgläubigers in einer Person die Beschränkungen des *ordo* unter denselben aufhebt, so daß eine Collision nicht weiter vorkommen kann und das zweite Pfandrecht an dem Vorzug des ersten Theil nimmt, mithin in dessen Rang erhoben ist. Die beiden Pfandrechte des Offerenten werden zu einem einzigen verbunden, welches beide Schuldsummen gleichmäßig umfaßt.

48) L. 22 C. de pign. et hypoth. (8. 14)

49) Bachofen cit. pag. 515.

Die Forderung ist um den Betrag der Oblationssumme erhöht, und tritt demnach dasselbe Verhältniß ein, als habe dem Dfferenten von Anfang an eine einzige, ihrem Betrag nach seine eigene und die des abgefundenen Gläubigers umfassende Forderung zugestanden.

In soweit ist meines Erachtens Bachofen vollständig beizustimmen. Eine ganze Reihe von Stellen⁵⁰⁾ weist darauf hin, daß das eigene Pfandrecht des Dfferenten mit dem Pfandrecht für die Forderung des dimittirten Gläubigers in eins verschmolzen werde. Diese Verschmelzung kann nur den Effect haben, daß der Dfferent nicht etwa zu der ihm bereits zustehenden Pfandklage auch noch diejenige seines abgefundenen Vormanns erwirbt, daß vielmehr beide Pfandklagen in seiner Person zu einer einzigen verbunden werden. Die Folge hiervon muß sein, daß für die ihm nun zustehende actio hypothecaria nicht mehr unterschieden wird, ob es sich um Deckung seiner eigenen Forderung oder der durch Abfindung seines Vormanns erworbenen handelt. Vielmehr haftet jeder Theil der Pfandsache für jeden Theil der Gesamtpfandforderung. Mit vollem Rechte kann man daher von einer confirmatio pignoris sprechen. Dieses Verhältniß wird allerdings erst dann zu voller Wirksamkeit gelangen, wenn der secundus creditor den primus abfindet. Es scheint mir jedoch nicht gerechtfertigt, wenn Bachofen⁵¹⁾ den Satz aufstellt, die Confirmatio des dritten oder eines noch späteren Pfandrechts ver-

50) L. 1 C. qui pot. (8. 18): Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit.

1. 5 C. eod.: Si tu illi (priori creditori) omne, quod debetur, solveris, pignoris tui causa firmabitur.

1. 22 C. de pign. (8. 14): Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus.

1. 12 §. 12 D. de capt. et postlim. (49. 15): Cum posterior priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa.

1. 6. D. de distr. pign. (20. 5): Servandi sui pignoris causa videtur pecuniam dedisse.

51) Bachofen cit. pag. 515. 517.

lange die Vereinigung aller vorgehenden Rechte in einer Person. Es wird zwar meistens in den Quellen der Fall behandelt, daß der *secundus creditor* dem *primus* offerirt und hierdurch sein Pfandrecht confirmirt; doch ist die Annahme, es habe hierdurch ein Princip ausgedrückt werden sollen, wohl nur willkürlich, und zeigt sich aus l. 12 §. 12 D. de capt. et postlim.⁵²⁾ daß in jenen Stellen in der That nur beispielsweise von der *confirmatio pignoris secundi creditoris* die Rede war. Die Erklärung Bachofen's, daß in dem in dieser Stelle behandelten Fall nicht von der wirklich eingetretenen *confirmatio pignoris*, sondern nur von der Absicht, dieselbe herbeizuführen, gesprochen werde, scheint mir mehr in die Worte hineinzutragen, als in ihnen wirklich liegt.

Daß auch der offerirende *tertius creditor* in locum *primi* succedere, ist unbestreitbar.⁵³⁾ Worin nun die Wirkungen dieser *successio* bestehen sollen, wenn nicht eben gerade darin, daß der *tertius creditor* die durch Abfindung des ersten Pfandgläubigers erworbene rechtliche Stellung auch geltend zu machen in der Lage ist, darüber ist von Bachofen keine Auskunft gegeben.

Sobald aber der *tertius creditor* die von ihm erworbenen Rechte überhaupt nur ausüben kann, ist auch eine *confirmatio pignoris* eingetreten. Selbstverständlich ist hierbei, daß diese *confirmatio* nur in so weit wirksam werden kann, als die in der Mitte liegenden noch unbefriedigten Gläubiger nicht hindernd im Wege stehen. Demnach wird in gleicher Weise, wie bei der Seitens des *secundus creditor* ausgeübten Obla-

52) Si pignori servus datus fuerat ante captivitatem, post dimissum redemptorem in veterem obligationem revertitur; et si creditor obtulerit ei, qui redemit, quanto redemptus est, habet obligationem et in propriorem debiti causam et in eam summam, qua eum liberavit, quasi ea obligatione quadam constitutione inducta, ut, cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa.

53) L. 16. D. qui pot. (20. 4) Plane cum *tertius creditor* primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit.

Ob. 53. R. §. Ob. 3. §. 1.

tion eine Verschmelzung der eigenen Pfandforderung des tertius und der erworbenen des primus zu einer einzigen eintreten. Wenn daher z. B. an dem Gegenstand X zuerst dem A ein Pfandrecht für 20, alsdann dem B ein Pfandrecht für 30 und endlich dem C ein Pfandrecht für 40 zusteht, und nun der C dem A offerirt, so wird die Wirkung die sein, daß zunächst der C mit der actio hypothecaria die Befriedigung von $\frac{1}{3}$ seiner Gesamtforderung von 60 durchsetzen kann, daß alsdann der B zu befriedigen ist, und der Rest dem C auf die noch ungedeckten $\frac{2}{3}$ seiner Forderung zufällt. Der C confirmirt also in der That sein Pfandrecht, aber nur in ea quantitate, quam superiori exsolvit. Gerade hier zeigt sich der theoretische Unterschied zwischen dem durch Cession der Forderung vermittelten Erwerb eines Pfandrechts und der hypothekarischen Succession. Der Cessionar erwirbt das Pfandrecht als ein Annexum der Forderung, und tritt somit nur ein Wechsel hinsichtlich der Person des Berechtigten ein; der Dfferent dagegen verschafft seinem eigenen Pfandrecht durch die Oblation einen höheren Rang und führt folglich einen Zustand herbei, als ob von Anfang an ihm für seine eigene Forderung und die durch Abfindung seines Vorgängers erworbene nur ein einziges gemeinsames Pfandrecht bestellt worden wäre. Dieses Verhältniß tritt rein zu Tage, wenn der secundus creditor dem primus offerirt; offerirt dagegen der tertius dem primus, so wird dieselbe Wirkung hervorgebracht, als ob ersterem zuerst nur ein Pfandrecht für eine ihrem Betrag nach der Forderung des abgefundenen Gläubigers entsprechende Quote des Gesamtbetrags seiner eigenen und des primus Forderung bestellt gewesen wäre, alsdann aber der secundus creditor sein Pfandrecht und nun erst der Dfferent Hypothek für die Restquote seiner Gesamtforderung erhalten hätte.

Dieser so eben hervorgehobene theoretische Unterschied zwischen Erwerb des Pfandrechts durch Cession und hypothekarischer Succession hat eine für die vorliegende Frage sehr wichtige Consequenz. Der Dfferent, der mit dem Pfandrecht seines abgefundenen Vorgängers an dem ihm wegen seiner eigenen Forderung bereits verpfändeten Pfandgegenstand A gleichzeitig

auch noch ein Pfandrecht an dem Gegenstand B erworben hat, ist nämlich nicht mehr in der Lage, die ganze Last der Befriedigung seines durch die Oblation erworbenen Anspruchs auf den Gegenstand B, bezüglich die an dem Erlös aus demselben sonst noch Berechtigten hinüber zu wälzen, wie dies hinsichtlich des Verhältnisses mehrerer Pfandbesitzer möglich war.

Auf eines oder das andere seiner Pfandrechte zu verzichten, ist ihm zwar unverwehrt; aber es ist zu bedenken, daß eine Verschmelzung seines eigenen Pfandrechts und desjenigen seines Vorgängers vor sich geht, und daß diese ipso iure eintritt. Folge dieser confirmatio pignoris muß sein, daß jedes gänzliche oder theilweise Aufgeben seiner neuerworbenen pfandrechtlichen Stellung auch die dingliche Sicherheit für seine eigene, nicht erst durch die Oblation erworbene Forderung verhältnißmäßig verringert.

Würde daher der Different sein durch successio in locum prioris confirmirtes Pfandrecht am Gegenstand A gänzlich fallen lassen, so würde er sich zwar wegen einer Quote seiner Gesamtpfandforderung, die dem Betrag seines durch Abfindung des Vorgängers erworbenen Anspruchs gleichkommt, an den Gegenstand B halten können; er würde alsdann aber eben nur diejenige Summe wiedererhalten, die er für die Abfindung ausgelegt hätte.

Sollte der Different dagegen sein Pfandrecht am Gegenstand A nur theilweis fallen lassen, so würde er den am Erlös des Pfandgegenstands B Berechtigten immer noch die Möglichkeit offen lassen, durch Oblation wiederum das am Gegenstand A noch bestehende Pfandrecht zu erwerben, und könnte somit seinen Zweck, die ganze Last der Befriedigung des doppelt berechtigten Pfandgläubigers auf die Besitzer anderer Pfänder abzuladen, nicht erreichen.

Es fehlt für den Differenten, wenn er sich nicht selbst schädigen will, somit an jedem denkbaren Motiv, auf irgend eines der von ihm erworbenen Pfandrechte Verzicht zu leisten.

Dem zu Folge ist aber auch die Möglichkeit gegeben, eine verhältnißmäßige Heranziehung der sämtlichen Pfandgegenstände zur Befriedigung der mehrfach versicherten Forde-

zung mit Sicherheit herbeizuführen. Gerade weil die Nachhypothekarier der einen Pfandsache gegen diejenigen der andern das Pfandrecht des Doppelpfandgläubigers voll zur Geltung bringen können, müssen sich diese einander gegenüberstehenden, an und für sich gleichstarken Rechte gegenseitig bis zu einem gewissen Grade aufheben, und das Resultat hiervon wird eine verhältnißmäßige Repartition der Forderung des Doppelpfandgläubigers auf sämtliche Pfandsachen sein.

Daß der Vertheilungsmodus ein anderer sein muß, als der oben für das Verhältniß mehrerer Pfandbesitzer entwickelte, ist wohl ohne weiteres klar. Denn das Recht eines Pfandgläubigers auf Befriedigung ist unter allen Umständen stärker als das Recht des Pfandeigenthümers oder gutgläubigen Pfandbesizers auf die hyperocha.

Da nun im vorliegenden Falle lediglich Pfandrechte mit einander collidiren, muß der Anspruch des Eigenthümers bezüglich Besitzers der Pfandsache, daß der Betrag der mehrfach versicherten Forderung ganz oder theilweis aus einem andern Pfande gedeckt werde, hinter dem Anspruch eines Pfandgläubigers auf Befriedigung aus gerade dieser Pfandsache jedenfalls zurückstehen. Es muß daher je nach den Umständen eine Modification der oben entwickelten Vertheilungstheorie eintreten.

Setzen wir zunächst den Fall, daß die Erlöse der einzelnen Pfandgegenstände auch ganz abgesehen von der Art der Einweisung der mehrfach versicherten Forderung, zur Deckung der Pfandschulden nicht hinreichend wären und demnach z. B. etwa auf den Gegenstand A (im Werth von 5), den Gegenstand B (im Werth von 15) und endlich C (im Werth von 30) eine Hypothek für eine Forderung von 20 haftete, daß alsdann der Gegenstand A noch für eine Forderung von 10, der Gegenstand B für eine Forderung von 15 und der Gegenstand C für eine Forderung von 30 verpfändet sei und demnach das Schema das folgende wäre:

A	B	C
5	15	30
—————		
10	20 15	30

Hier geht das Interesse sämmtlicher Nachhypothekarier in vollständig gleicher Weise dahin, daß die Forderung von 20 nicht aus dem ihnen verpfändeten Gegenstand befriedigt werde. Ihre Ansprüche, den ganzen Betrag der Forderung von 20 auf ein anderes Pfand zu verweisen, sind nun gleich stark und müssen daher verhältnißmäßig befriedigt werden. Es kann dies nur nach der Proportion des Werths der einzelnen Pfandsachen zu der Größe der mehrfach versicherten Forderung geschehen. Denn es ist ein Grund zur Modification des für das Verhältniß mehrerer Pfandbesitzer aufgestellten Vertheilungsmodus nicht vorhanden. Demnach würde es, wenn die Nachhypothekarier sich gegenseitig offeriren, im vorliegenden Fall dem Maßstab objectiver Gerechtigkeit entsprechen, wenn zur Befriedigung der Forderung von 20 der Gegenstand A $\frac{2}{5} \cdot 5$, also 2, der Gegenstand B $\frac{2}{5} \cdot 15$, also 6, der Gegenstand C endlich $\frac{2}{5} \cdot 30$, also 12, beitragen muß.

Durch Gebrauch des ius offerendi können aber die Nachhypothekarier dieses Resultat noch sicherer erreichen, als dies nach obigem den Pfandbesizern durch Benutzung des Rechtes auf Klagencession möglich war.

Sezen wir nun den Fall, daß statt der Nachhypotheken im Betrag von 10, 15 und 30 auf den Gegenständen A B C etwa Nachhypotheken im Betrag von 4, 6, 25 hafteten, das Schema also das folgende wäre:

A	B	C
5	15	30
<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>		
20		
4	6	25

Es zeigt sich, daß zur Befriedigung der Forderung von 20 unter allen Umständen aus dem Gegenstand A der Betrag von 1, dem Gegenstand B der Betrag von 9, dem Gegenstand C der Betrag von 5 disponibel bleibt. Im Interesse der Pfandgläubiger liegt es, daß zunächst dieser disponible Gesamtbetrag von 15 zur Deckung der Forderung von 20 verwendet wird. Dieselben können dies vermöge des ius offerendi sowohl gegeneinander, als auch gegen die Pfandbesitzer jeder Zeit

durchsetzen. Die Pfandbesitzer sind nämlich nicht in der Lage, einen Widerspruch entgegenzusetzen, weil ihnen ein Anspruch auf Cession des Pfandrechts überhaupt dann nicht zusteht, wenn der sie belangende Pfandgläubiger ein ökonomisches Interesse an der Nichtcession hat.⁵⁴⁾ Ein solches Interesse ist aber im vorliegenden Falle zweifellos so lange vorhanden, als der Pfandbesitzer, der sich weigern sollte, den Betrag der mehrfach versicherten Forderung ganz auf seine Pfandsache zu übernehmen, nicht überhaupt den Gesamtbetrag der Forderung des Differenten herauszuzahlen bereit ist.⁵⁵⁾ Noch weniger können auf der andern Seite die Pfandgläubiger etwas gegen ein derartiges Verfahren einwenden. Denn deren Interessen werden durch diese Verwendung des aus sämtlichen Pfändern genommenen disponiblen Betrags gar nicht berührt; es tritt vielmehr dasselbe Verhältniß ein, als sei nur die hyperocha aus jeder Pfandsache zur Befriedigung des Doppelpfandgläubigers verwendet worden.

In dem oben angegebenen Beispiel reichte jedoch der disponible Betrag von 15 zu diesem Zweck nicht aus, und ist von der Forderung von 20 noch der Betrag von 5 zu decken.

Die Nachhypothekarien des Gegenstands A werden nun zunächst verlangen, daß nicht nur, wie es an und für sich dem Repartirungsmaßstab entspräche, der Betrag von 15 aus dem Erlös der Pfänder B und C genommen werde; weil bei derartiger lediglich auf den Werth der Pfänder Rücksicht nehmender Vertheilung sie selbst noch mit dem Betrag von 1 zurückfallen würden, werden sie vielmehr weiter gehen und verlangen, daß der Betrag von 19 auf die Pfänder B und C hingewiesen werde. Die Nachhypothekarien des Gegenstands B dagegen würden an und für sich, d. h. ohne Berücksichtigung der Interessen der Pfandgläubiger überhaupt, zur Befriedigung der mehrfach versicherten Forderung den Betrag von

54) Dernburg cit II. pag. 367.

55) L. 2 C. de fidejuss (8. 41): Sed quum alia quoque causa eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum exsolvatur.

6 beizutragen haben und könnten daher beanspruchen, daß der Betrag von 14 auf die beiden andern Pfänder verwiesen werde. Da aber dieses Recht, soweit es im Interesse des Pfandbesitzers ausgeübt wird, schwächer ist, als das Recht der Pfandgläubiger, aus dem Erlös des Gegenstandes B den Betrag von 9 zur Deckung der Forderung des Doppelpfandgläubigers zu verwenden, so können sie nur den Anspruch, daß der Betrag von 4 auf die beiden andern Pfänder verwiesen werde, aufrecht erhalten. Da nun auch der aus dem Erlös des Pfandes C disponibel bleibende Betrag schon geringer ist, als diejenige Summe, die nach dem Verhältniß des Werths der Pfandsache zur Befriedigung der Forderung von 20 genommen werden müßte, so ergibt sich, daß nichts übrig bleibt, als nunmehr hierzu zunächst aus dem Erlös des Pfandes B den disponiblen Betrag von 9 zu nehmen, zur Deckung des Restes aber die beiden Pfandsachen A und C nach Proportion ihres Werths heranzuziehen. Demnach ist aus dem Erlös des Pfandes A $1\frac{4}{7}$, aus dem Erlös des Pfandes C aber $9\frac{3}{7}$ zu nehmen.

Noch ist die Frage zu beantworten, wie die Vertheilung vor sich gehen soll, wenn der nach Befriedigung der Nachhypotheken verbleibende disponible Fonds den Betrag der mehrfach versicherten Forderung übersteigt.

Setzen wir den Fall, daß auf dem Gegenstand A eine Nachhypothek für eine Forderung von 4, auf der Pfandsache B für eine Forderung von 5, auf der Pfandsache C endlich für eine Forderung von 12 haftet, und daher das Schema das folgende wäre:

A	B	C	
5	15	30	
20			
4	5	12	
1 + 10 + 18 = 29			

Es zeigt sich, daß nach Befriedigung der auf jeder Pfandsache haftenden Nachhypotheken noch ein Fonds von 29 übrig bleibt, welcher zur Deckung der mehrfach gesicherten Forderung von 20 mehr als hinreicht. Daher entsteht die Frage, nach

welcher Proportion die einzelnen Pfandsachen an jenem Ueberschuß von 9 participiren sollen.

Zunächst ist klar, daß die Nachhypothekarier des Gegenstands A keinen Antheil an jenem Ueberschuß haben können, denn die am Erlös der Pfandsachen B und C theilhabenden Personen sind dem Anspruch, daß der Betrag von 19 auf die Pfänder B und C übernommen werde, bereits vollständig gerecht geworden.

Die Nachhypothekarier der Pfänder B und C, aus denen diese 19 zu befriedigen sind, haben nun nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bei dem Pfandverkauf und der Vertheilung des Erlöses die Interessen der Pfandbesitzer thunlichst zu berücksichtigen. Die Interessen der letzteren würden erheischen, daß jene 19 von den beiden Pfändern B und C nach Verhältniß deren Werthes aufgebracht würden.

Die eigenen Interessen der Hypothekarier widerstreiten einer derartigen Repartirung keineswegs, und hat letztere demnach einzutreten. So wird in dem oben gesetzten Fall die Pfandsache A den Betrag von 1, die Pfandsache B den Betrag von $6\frac{1}{3}$, die Pfandsache C endlich den Betrag von $12\frac{2}{3}$ zur Befriedigung der mehrfach gesicherten Forderung beizutragen haben.

Es kann daher folgende allgemeine Regel aufgestellt werden:

Zunächst ist zu ermitteln, wie viel aus dem Erlös eines jeden für eine und dieselbe Forderung verpfändeten Gegenstands nach Befriedigung der Nachhypotheken noch übrig bleibt.

Bleibt gar nichts übrig, so hat ohne weiteres eine Repartirung nach dem Verhältniß des Werthes der Pfandsachen zu der Größe der mehrfach gesicherten Forderung einzutreten.

Bleibt dagegen ein Fonds disponibel, welcher zur Befriedigung der letztern nicht vollständig hinreicht, so ist von den einzelnen Beträgen, die aus jeder einzelnen Pfandsache disponibel sind, zu berechnen, ob sie größer oder geringer als die Beträge sind, welche dann von den einzelnen Pfändern beizutragen wären, wenn nach Verhältniß des Werthes repartirt würde. Sind dieselben durchgängig geringer, so hat gleichfalls ohne weiteres die Repartirung nach Verhältniß des Werthes der

Pfandsachen einzutreten. Sind dieselben jedoch theilweise größer, so sind zunächst diese größeren Beträge zur Deckung der mit mehrfachem Pfandrechte versehenen Forderung zu verwenden, und ist alsdann die Differenz zwischen der Summe der ersteren und dem Betrag der letzteren auf diejenige Pfandsache, welche einen geringeren Betrag disponibel läßt, zu übernehmen, oder wenn deren mehrere in Frage sind, auf dieselben nach Verhältniß deren Werths zu repartiren.

Bleibt aber ein Fonds disponibel, welcher zur Befriedigung der mehrfach gesicherten Forderung mehr als ausreicht, so sind zunächst zu deren Deckung diejenigen Beträge zu verwenden, welche geringer sind, als die bei Repartirung nach dem Werth von den einzelnen Pfandsachen aufzubringenden Quoten; sodann aber ist die Differenz zwischen der Summe dieser geringeren Beträge und dem Betrag der zu repartirenden Forderung auf die noch übrige Pfandsache, die einen größeren Betrag disponibel läßt, zu übernehmen, oder falls deren mehrere in Frage sind, auf dieselben nach Verhältniß deren Werths zu vertheilen.

Eine derartige Vertheilung tritt zwar nicht *ipso iure* ein; aber vermöge des *ius offerendi* haben es die Nachhypothekariere stets in der Hand, ein Resultat herbeizuführen, welches mit dem bei Anwendung der oben angegebenen Regeln sich ergebenden übereinstimmt.

Das *ius offerendi* ist auch in die neueren Hypothekenordnungen übergegangen, allerdings in der Regel mit der Beschränkung, daß die Oblation nur dann stattfinden kann, wenn der abzulösende Pfandgläubiger seine Forderung aufgekündigt oder gerichtlich geltend gemacht hat.

Diese Beschränkung wird jedoch vollständig dadurch ausgeglichen, daß im modernen Hypothekenrecht den Nachhypothekariern jederzeit die Befugniß zusteht, den Verkauf des Pfandobjects herbeizuführen. Durch die Einleitung des Verkaufs zwingen sie die ihnen vorgehenden Pfandgläubiger, ihre Rechte geltend zu machen, und sind daher auch in der Lage, das *ius offerendi* auszuüben und durch dasselbe nicht nur deren Pfand-

recht an dem ihnen selbst verhafteten Object, sondern auch an etwaigen dritten Gegenständen zu erwerben.

V. Diese hier aufgestellte Vertheilungstheorie ist ohne Rücksicht auf den Umstand, ob es sich um Vertheilung einer Concurssmasse handelt, lediglich aus dem rechtlichen Verhältniß der Nachhypothekarier zu einander entwickelt worden. Es fragt sich nun noch, nach welcher Methode der Concurssrichter, *ex officio* die Vertheilung vorzunehmen hat.

Dernburg ⁵⁶⁾ stellt hierfür eine Theorie auf, welche im wesentlichen dasselbe Resultat ergibt, welches nach obigem die Nachhypothekarier durch Ausübung des *ius offerendi* herbeiführen können.

Diese Theorie zeichnet sich insbesondere dadurch aus, daß sie die sogen. Societätstheorie zur Grundlage nimmt, diese aber aus dem Bedürfniß, die Nachhypothekarier besser als die Pfand-eigenthümer zu stellen, zu Gunsten der ersteren modificirt.

Dernburg geht nämlich davon aus, es sei im heutigen Concurss Sache des Richters zu bestimmen, aus welchem der Pfandobjecte die Abzahlung zu geschehen habe; diese Bestimmung dürfe aber nicht nach Willkür vorgenommen werden, vielmehr sei die Repartition nach dem Princip zu machen, daß bestehende Rechte möglichst erhalten würden; zu conservirende Rechte an den einzelnen Vermögensstücken hätten aber nur die Hypothekarier, nicht die Chirographarier; demnach könnten die ersteren fordern, daß der erste Hypothekar, dem noch andere verpfändete Vermögensobjecte zu Gebote ständen, zunächst aus diesen befriedigt würde; wenn nun aber diese Vermögensobjecte gleichfalls mit Nachhypotheken belastet wären, so entstände eine Collision der Ansprüche, welche dadurch gelöst würde, daß der Vorgänger aus den verschiedenen Pfandmassen je nach Verhältniß des zu seiner Disposition stehenden Quantums befriedigt werde. Diese Methode ist zunächst rechnerisch nicht vollständig richtig oder wenigstens noch nicht genügend durchgebildet; denn sie gibt nur dann ein zufriedenstellendes Resultat, wenn nur auf einem einzigen der für dieselbe Forderung

56) Dernburg cit. V. II. pag. 486.

verpfändeten Gegenstände Nachhypotheken lasten, oder wenn bei einer Repartirung der Forderung des Vorgängers auf die einzelnen Pfandsachen nach Verhältniß deren Werthes keine einzige der Nachhypotheken voll befriedigt werden könnte.

Dernburg würde nämlich, wenn z. B. dem Gläubiger A für eine Forderung von 24 ein Pfandrecht am Grundstück x im Werth von 24 und auch am Grundstück y im Werth von 72 zustände und alsdann das erstere Grundstück noch dem Gläubiger B für eine Forderung von 2 und das letztere Grundstück dem Gläubiger C für eine Forderung von 100 verpfändet wäre, das Schema also das folgende wäre:

x	y
24	72
~~~~~	
A	24
B 2	C 100

nach dem von ihm aufgestellten Princip nicht umhin können, wegen der Collision der Ansprüche die Forderung des A so zu vertheilen, daß 6 auf das Grundstück x und 18 auf das Grundstück y fielen, während er, wenn die Hypothek des B gar nicht vorhanden wäre, die gesammte Forderung des A auf das Grundstück x verweisen würde.

Wenn aber einmal die Interessen der Nachhypothekarier vor denen der Pfandbesitzer gewahrt werden sollen, wäre es durchaus ungerechtfertigt, dies nicht auch in den Fällen durchzuführen, in denen bei einer Vertheilung nach Proportion des Werthes die Nachhypotheken der einen Pfandsache nicht einmal voll befriedigt werden könnten, während bei der anderen Pfandsache sogar nach Befriedigung der Nachhypotheken noch etwas für den Pfandeigenthümer übrig bliebe. Es müßte daher in dem Beispielsweise so eben angeführten Falle zweifellos nicht nur der Betrag von 6, sondern der Betrag von 22 auf das Grundstück x und nur der Betrag von 2 auf das Grundstück y angewiesen werden.

Es scheint mir jedoch auch der Grund, durch welchen Dernburg im Fall des Concurfes die Anwendung seiner Theorie rechtfertigen will, nicht stichhaltig zu sein. Denn das

Recht der Nachhypothekarier ist, soweit es von der Art und Weise der Ausübung des Wahlrechts ihres Vorgängers abhängig ist, durchaus bedeutungslos; dasselbe verdient daher auch keinen besonderen Schutz, und würde es durch nichts gerechtfertigt sein, dem Doppelpfandgläubiger sein Wahlrecht zu nehmen, um lediglich den Nachhypothekarier zu begünstigen.

Es ist aber überhaupt die Behauptung, daß im heutigen Concurse das Wahlrecht des Pfandgläubigers aufhöre, nur in einer gewissen Beschränkung richtig. Denn es muß sich zwar ein Pfandgläubiger damit begnügen, wenn er eben aus seinen Pfändern Befriedigung erhält; aber hieraus folgt noch keineswegs, daß der Pfandgläubiger im Concurse an einem Verzicht auf eines oder das andere seiner Pfandrechte gehindert ist. Derselbe muß nach heutiger Rechtsanschauung vor oder in dem Liquidationstermin Forderung nebst Pfandrechten bei Ausschluß der Forderung von der Masse und Verlust der Pfandrechte anmelden und bescheinigen.⁵⁷⁾ Die Pfandrechte, die er nicht anmeldet, können weder zu Gunsten der Gesamtgläubigerschaft, noch zu Gunsten der Nachhypothekarier, noch als bestehend angesehen werden und daher als Factoren bei der Vertheilungsrechnung nicht weiter in Betracht kommen. Eine andere Frage ist es allerdings, ob der Pfandgläubiger auch auf bereits angemeldete Pfandrechte verzichten kann. Diese Frage muß verneint werden. Denn mit der Anmeldung im Concurse verwandelt sich das dingliche Recht des Pfandgläubigers in einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung seiner Forderung, und kann daher schon an und für sich von einem Verzicht auf ein angemeldetes Pfandrecht nicht mehr die Rede sein. Da nun durch die Art und Weise der Geltendmachung des Rechts des Doppelpfandgläubigers auf vorzugsweise Befriedigung aus den ihm verpfändeten Objecten die ihm nachstehenden Pfandgläubiger sowohl zu einander, als auch zur Gesamtgläubigerschaft in ein Rechtsverhältniß getreten sind so kann der Doppelpfandgläubiger einen Verzicht auf ein bereits geltend gemachtes Vorzugsrecht nur insoweit mit Erfolg

57) Vgl. z. B. E n d e m a n n. Das deutsche Civilproceßrecht. S. 292. II.

vornehmen, als dadurch jenes Rechtsverhältniß nicht betroffen wird. So tritt also der Wegfall des Wahlrechts des Doppelpfandgläubigers erst mit dem Act der Anmeldung im Concurse ein, letztere kann er noch vornehmen, wie es ihm gut dünkt.

Wenn nun aber der Pfandgläubiger sämtliche ihm für dieselbe Forderung zustehenden Pfandrechte wirklich anmeldet, so muß dies, wie oben sub III gezeigt worden ist, zu demselben Resultate führen, welches auch dann eingetreten wäre, wenn er aus jedem der ihm verpfändeten Objecte nur eine im Verhältniß zu dem Werth derselben stehende Quote seiner Forderung beansprucht hätte.

Ein vermögensrechtliches Interesse an der Art der Vertheilung der mehrfach gesicherten Forderung ist nämlich nur dann vorhanden, wenn überhaupt Nachhypothekarier zu befriedigen sind, welche bei Einweisung der gesammten Forderung ihres Vormanns auf das gerade ihnen verpfändete Object nicht voll zum Zuge kommen können.

Ist dies aber der Fall, so werden die Nachhypothekarier das Streben haben, aus der Gesammtmasse, welche aus dem Erlös der sämtlichen dem mehrfachen Pfandgläubiger verhafteten Objecte zu bilden ist, wo möglich den vollen Betrag des Erlöses ihres Pfandes zu ihrer Befriedigung, bezüglich Abführung der hyperocha an die gemeine Masse zurückzuerhalten.

Die Chirographarier dagegen haben gleichfalls ein Interesse daran, den ganzen Betrag des Erlöses aus den nicht mit Nachhypotheken belasteten Pfändern möglichst zur gemeinen Masse wieder heranzuziehen.

Der Anspruch der einen ist so gut begründet wie der der andern, und dies muß zur Folge haben, daß eine Vertheilung nach der sogen. Societätstheorie, wie sie oben sub III entwickelt worden ist, einzutreten hat. Sonach erscheint die Anwendung der von Dernburg vorgeschlagenen Vertheilungsmethode unstatthaft. Aber es ist zu bedenken, daß den Nachhypothekariern auch im Concurse die Ausübung des ius offerendi unbenommen bleibt. Durch gehörige Oblation werden dieselben daher die Pfandrechte ihres Vorgängers nach wie vor erwerben und dadurch ihre eigenen Pfandrechte in den ersten

Rang erheben können. Haben sie dies gethan, so können sie auch kraft eigenen Rechtes verlangen, daß die Location mit thunlichster Conservirung der bestehenden Pfandrechte vorgenommen werde. Einer Oblation aber würde es, um diesen Effect zu erzielen, immerhin bedürfen. Doch wird es in der Praxis den Nachhypothekariern ein Leichtes sein, ihren Vormann dazu zu bewegen, daß derselbe die Zusicherung, er werde dereinst bei Realisirung der Masse jedenfalls voll befriedigt werden, als gehörige Oblation gelten läßt.

So haben es denn auch im Concurß die Nachhypothekariere in der Hand, eine Vertheilung, wie sie oben sub IV. Nr. 2 entwickelt worden ist, durchzusetzen.

Demnach hat sich ergeben, daß die Möglichkeit der *successio hypothecaria* durch Ausübung des *ius offerendi* zu einer Modification der sogen. Societätstheorie zu Gunsten der Nachhypothekariere führen muß.

Zu einem entgegengesetzten Resultat ist auf einem ähnlichen Wege *Simon*⁵⁸⁾ gelangt.

Derselbe meint nämlich, die Gläubigerschaft, welche dem Gemeinschuldner als dritte Person gegenüberstehe, sei berechtigt, wie jeder dritte, der einen Pfandgläubiger des Creditors befriedigt, in dessen Pfandrechte und Pfandrechtsstellen mittelst der *successio in locum alterius* einzutreten; derselbe werde daher nach bewirkter Tilgung der mit mehrfachen Hypotheken versehenen Forderung in die sämtlichen Pfandrechtsstellen jener getilgten Forderung einrücken; nun aber könne ein Gläubiger, dem für eine und dieselbe Forderung an mehreren Objecten Hypothek bestellt sei, diese mehrfachen Pfandrechtsstellen an einen oder mehrere Gläubiger für verschiedene ihrem Gesamtbetrag nach den Betrag seines eigenen Anspruches übersteigende Forderungen abtreten und somit den ursprünglich zum Theil noch leeren Inhalt seiner verschiedenen Pfandrechtsstellen nachträglich gänzlich ausfüllen; demnach müsse auch die Gläubigerschaft mit ihrer gesammten Forderung, also den sämt-

58) *Simon* cit. V. pag. 376. 384.

lichen passivis, in die mehrfachen Pfandrechtsstellen des abgefundenen Pfandgläubigers eintreten

Dieser Schluß ist aber ganz entschieden falsch. Es ist zwar richtig, daß außerhalb des Concurres eine derartige Cession der Pfandrechtsstellen, bevor dieselben gelöscht sind, nach modernem Hypothekenrecht möglich erscheint; aber Simon selbst muß zugeben, ⁵⁹⁾ daß zwar nicht die Genehmigung der Nachhypothekarier, aber doch die Einwilligung des Eigenthümers des Pfandobject's hierzu erforderlich ist. Hiermit ist ausgesprochen, daß sich diese Cession als eine Neuverpfändung charakterisirt. Daß nun aber weder Cridar noch auch die an dessen Stelle getretene Gläubigerschaft Verpfändungen zum Nachtheil einzelner Liquidanten vornehmen kann, scheint mir weiter keiner Erörterung zu bedürfen. So wird es denn auch im modernen Hypothekenrecht bei der oben entwickelten Vertheilungstheorie sein Wenden behalten müssen.

Wenn allerdings in der bevorstehenden Weiterbildung des Hypothekenrechts die Hypothek den ihr bis jetzt immer noch zum guten Theil anhaftenden accessorischen Charakter gänzlich verlieren und die Gesetzgebung etwa dazu schreiten sollte, die Hypothekenstellen als Handfesten zu Ordrepapieren oder gar Papieren au porteur zu stempeln, so würde die Schlußfolgerung Simon's vielleicht gerechtfertigt sein. Freilich würde dann die ganze hier behandelte Frage überhaupt nicht mehr auftauchen können; denn es enthielte alsdann eine jede Verpfändung eine definitive, selbstständige Werthentfremdung, und würde daher der Inhaber mehrerer Hypotheken ohne Rücksicht auf das ursprüngliche Schuldverhältniß deren Gesamtbetrag unter allen Umständen einfordern können.

---

59) Simon cit. V. pag. 362.