

Nachschlagewerk: ja

Antliche Sammlung: ja

BGB §§ 883, 885; KO § 30 Nr. 2

Die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstück ist nicht als eine inkongruente Sicherung im Sinne des § 30 Nr. 2 KO anzusehen.

BGH, Urt. v. 21. Dezember 1960 - VIII ZR 204/59 -

OLG Frankfurt/Main
LG Frankfurt/Main

Verkündet am 21. Dezember 1960
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers E G , F , A -
Straße ,

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. in K -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. A , als Konkursverwalter
über das Vermögen der I Treuhandels-gesellschaft für
Aufbau und Verwaltung mit beschränkter Haftung in F -
, T: anlage ,

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. in K -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Frankfurt/Main vom 14. Juli 1959 aufgehoben.

Berichtigt
durch Be-
schluß vom
30. Dezem-
ber 1960

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung an das Berufungsgericht
zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung
über die Kosten des Revisionsverfahrens über-
tragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 28. August 1957 wurde über das Vermögen der I -
Treuhandgesellschaft für Aufbau und Verwaltung mit beschränk-
ter Haftung in F das Konkursverfahren eröffnet
und der Kläger zum Konkursverwalter ernannt. Der Beklagte
und außer ihm noch 15 andere Bauhandwerker hatten auf dem
der Gemeinschuldnerin gehörenden Grundstück in F
S lager Nr. - ein Wohnhaus errichtet und dadurch
erhebliche Forderungen gegen die Gemeinschuldnerin erworben.
Der Beklagte erwirkte am 20. Juli 1957 eine einstweilige
Verfügung des Landgerichts in Frankfurt/Main (2⁵ Q 29/57)
dahin, daß ihm auf dem betreffenden Grundstück eine Vormer-
kung zur Sicherung einer Bauhandwerker-Sicherungshypothek
einzutragen sei. Die Eintragung der Vormerkung erfolgte am
25. Juli 1957, und zwar zur Sicherung einer Hypothek
einschließlich Zinsen und Kosten in Höhe von 43 229,10 DM.

Der Kläger hat mit der vorliegenden am 28. August 1958
beim Landgericht eingegangenen und dem Beklagten am 29. Sep-
tember 1958 zugestellten Klage die Eintragung der Vormerkung
gemäß § 30 KO. angefochten. Er hat sich zur Begründung auf
folgenden Sachverhalt bezogen:

Schon im Jahre 1955 hatte sich die Gemeinschuldnerin in
einer sehr schwierigen finanziellen Lage befunden. Damals
hatte die G. D. W. gesellschaft m.b.H.
in F sie auf Grund eines sog. Betreuungsver-
trages vor dem Konkurs bewahrt, indem diese ihr sofort und
auch in der Folgezeit die erforderlichen immer höher anwach-
senden Kredite gewährte und den größten Gläubiger, das Bank-
haus B & H, zum Stillhalten und zur Gewährung weiterer
Kredite veranlaßte. Eine endgültige Sanierung der Gemein-
schuldnerin konnte jedoch nicht erreicht werden.



Am 8. Juli 1957 teilten die Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin deren beiden Gesellschaftern folgendes mit:

Nachdem bei den Besprechungen in Berlin am 1./2.d.M. von der G D W Gesellschaft m.b.H. ohne Widerspruch seitens der Vertreter des Bankhauses B & H festgestellt worden ist, daß weitere Mittel unserer Gesellschaft nicht zur Verfügung gestellt werden können und daß aus den eingehenden Miet- und sonstigen Erträgen der Zins- und Tilgungsdienst erledigt werden müsse, für die übrigen Gläubiger aber kein Geld vorhanden ist, ist die Geschäftsleitung der I verpflichtet, um sich nicht der Gefahr strafrechtlicher Ahndung auszusetzen, Konkurs anzumelden ... Wir bitten ... dringend um Anberaumung einer Gesellschafterversammlung mit dem einzigen Punkt zur Tagesordnung "Fortführung der Gesellschaft." Sollte bis zum 13. Juli 1957 diese Gesellschafterversammlung nicht einberufen worden sein oder sollte bis zu diesem Tage uns nicht auf andere Weise die begründete Aussicht gegeben werden, die fälligen Verpflichtungen der I zu erfüllen, kann uns nicht zugemutet werden, uns der Gefahr der Bestrafung nach §§ 64, 84 Abs. 1 GmbH-Gesetz auszusetzen.

Wir müssen uns deshalb vorbehalten, nach diesem Zeitpunkt die Zahlungsunfähigkeit unserer Gesellschaft unter gleichzeitiger Konkursanmeldung bekanntzugeben."

Das Ergebnis der am 16. Juli 1957 abgehaltenen Gesellschafterversammlung faßte der Aufsichtsratsvorsitzende der I in einem an die Hauptverwaltung der G D W Gesellschaft gerichteten Schreiben wie folgt zusammen:

Wie ich soeben von der Geschäftsführung der I ... erfahre, ist in der Besprechung zwischen Ihrem sehr geehrten Herrn Klawonn einerseits und den Herren Graf Bl und Ko vom Bankhaus B & H andererseits, die heute vormittag stattgefunden hat, beschlossen worden, daß die Zwangsverwaltung sämtlicher im Eigentum der Inwog stehenden Grundstücke unverzüglich und mit großer Beschleunigung in die Wege zu leiten ist. Über die weiteren Maßnahmen wurde m.W. kein Beschluß gefaßt. Die Besprechung fand im kleinen Kreise statt und es sind deshalb weder die Mitglieder des Aufsichtsrates der I, noch die Geschäftsführer hinzugezogen worden.

In der dem Antrage auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung beigefügten eidesstattlichen Versicherung hat der Beklagte ausgeführt:

Auf meinen Anruf bei der I. wegen der Zahlung der Rechnung hat mir Frau N. erklärt, sie hätte zur Zeit kein Geld zur sofortigen Bezahlung der Rechnung; sie wolle sehen, wie sie das Geld beschaffen könne.

Ich habe gestern, um 18.7.1957, wiederum mit Frau N. gesprochen, sie erklärte mir bei diesem Telefongespräch, daß sie noch nicht wisse, woher sie das Geld nehmen solle, sie wolle mich evtl. durch Abtretung sichern.

Gestern Abend hat mich nun der andere Geschäftsführer der I., Herr Architekt W. Z., angerufen und hat mir erklärt, daß im Augenblick das Geld zur Bezahlung meiner Rechnung nicht bei der I. vorhanden sei. Er empfahl mir, auf den Grundstücken der I. zur Sicherung meiner Rechte eine Bauvormerkung eintragen zu lassen.

Am selben Tage, an welchem der Beklagte diese einstweilige Verfügung beantragte, nämlich am 20. Juli 1957, traten die Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin an 16 Bauhandwerker, zu denen auch der Beklagte gehörte, zu deren gleichmäßigen Befriedigung folgende Ansprüche ab:

- a) den Anspruch auf Löschung oder Rückabtretung einer Briefgrundschuld von 270 000 DM, die die Gemeinschuldnerin auf dem oben genannten Grundstück zur Sicherung eines inzwischen völlig abgewickelten Zwischenkredites für die F. B. bank AG. hatte eintragen lassen,
- b) Ansprüche auf Eigenkapital bzw. LAG-Mittel" im Betrage von 56 580 DM, die der Gemeinschuldnerin gegen 9 dauerwohnberechtigte Personen noch zustanden.

Dabei betrugen die Forderungen der 15 übrigen Bauhandwerker insgesamt rund 71 000 DM, darunter fällige Forderungen von rund 60 000 DM.

Die Gemeinschuldnerin leistete in der Folgezeit an die außer dem Beklagten an dem streitigen Grundstücke tätigen Baufirmen bis zur Konkurseröffnung noch Zahlungen in Höhe von 25 000 DM.

Der Kläger hat vorgetragen, die Gemeinschuldnerin habe bereits am 8. Juli 1957 ihre Zahlungen eingestellt gehabt, eine Tatsache, die den Gläubigern und so auch dem Beklagten bekannt gewesen sei.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Im zweiten Rechtszuge ist die G D W gesellschaft m.b.H. in F: als Streithelferin zur Unterstützung des Klägers dem Rechtsstreit beigetreten. Die Berufung des Beklagten ist zurückgewiesen worden. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Nebenintervenientin ist am 22. Juli 1960 zu Händen ihres zweitinstanzlichen Anwaltes zur mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht geladen worden.

Entscheidungsgründe:

I. Im ersten Rechtszuge hatte sich der Beklagte darauf berufen, der Kläger habe die Anfechtungsfrist des § 41 KO nicht gewahrt. Das Landgericht hat diese Einwendung nicht durchgreifen lassen und hat erwogen, die Klage sei zwar am letzten Tage der Jahresfrist seit Konkurseröffnung eingegangen, die etwa ein Monat später erfolgte Zustellung an den Beklagten sei indes noch als "demnächst erfolgt" im Sinne des § 261 b Abs. 3 ZPO anzusehen, so daß im Hinblick auf die Einreichung der Klage innerhalb der Jahresfrist die für die Klageerhebung bestimmte Frist des § 41 KO als

gewahrt erachtet werden müsse. Diesen Standpunkt hat der Beklagte im zweiten Rechtszuge nicht angegriffen. Das Berufungsgericht hat sich dem Landgericht angeschlossen.

Die Revision weist daraufhin, dem Kläger sei bereits am 3. September 1958 die Aufforderung des Gerichts zur Zahlung des Kostenvorschusses zugegangen, er habe dann jedoch nach seinem eigenen Vorbringen im Schriftsatz vom 17. November 1958 erst eine Gläubigerausschußsitzung auf den 15. September 1958 einberufen und auf Grund einer entsprechenden Beschlußfassung des Gläubigerausschusses am 16. September 1958 den Prozeßkostenvorschuß geleistet. Da der Kläger in demselben Schriftsatz das weitere vorge-tragen habe, die Einreichung der Klage sei nur vorsorglich erfolgt, und die Entscheidung, ob sie durchgeführt werde, habe dem Gläubigerausschuß vorbehalten werden sollen, müsse ihm, so hat die Revision weiter ausgeführt, der Vorwurf gemacht werden, vor Ablauf der Jahresfrist nicht alles getan zu haben, was auf seiner Seite zur Fristwahrung notwendig gewesen sei. Hieraus will die Revision den Schluß gezogen haben, die Zeitspanne zwischen der Einreichung der Klage und ihrer Zustellung an den Beklagten sei durch ein absichtliches Verhalten des Klägers verlängert worden; und deshalb, so meint die Revision, könne § 261 b Abs. 3 ZPO nicht zur Anwendung kommen.

Der Revision kann indes nicht gefolgt werden.

Wie der Bundesgerichtshof in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts verschiedentlich entschieden hat, ist der in § 261 b Abs. 3 ZPO angewandte Begriff "demnächst" nicht eng auszulegen. Die Vorschrift ist nicht dahin zu verstehen, daß jede Verzögerung der Zustellung, in-soweit als sie auf das Verhalten des Gläubigers zurückge-

führt werden kann und hätte vermieden werden können, ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände des Einzelfalles dem Antragsteller zum Nachteil gereichen muß (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 14. Juli 1960 - VIII ZR 174/59 = NJW 1960, 1952). Die billige Rücksichtnahme auf die Gegenpartei und deren materiellrechtliche Belange, die durch eine ungerechtfertigte Fristerstreckung beeinträchtigt würden, gebieten es jedoch, daß eine Hinausziehung der Frist dann nicht zugelassen wird, wenn derjenige, der die Zustellung beantragt hat, durch eigenes vorsätzliches oder nachlässiges Verhalten die Verzögerung veranlaßt hat (BGHZ 25, 66, 77; 31, 342, 346 m.w.N.). Wie der erkennende Senat in dem oben angeführten Urteil erwogen hat, ist dieser Gesichtspunkt auch dann zu beachten, wenn zwischen Einreichung und Zustellung der Klage ein geringerer Zeitraum als 4 Wochen liegt. Von diesem Standpunkt abzugehen, besteht keine Veranlassung. Deshalb bestehen Bedenken gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, der Umstand, daß zwischen Einreichung und Zustellung der Klage nur ein Zeitraum von etwa einem Monat liege, genüge für sich allein schon, um die Zustellung als "demnächst erfolgt" anzusehen. Es kommt somit darauf an, ob der Kläger die Zustellung der Klage in vorwerfbarer Weise verzögert hat. Eine schuldhafte Verzögerung könnte darin gesehen werden, daß der Kläger von der am 3. September 1958 erfolgten Anforderung des Gerichtskostenvorschusses bis zur Einzahlung vom 16. September 1958 13 Tage hat verstreichen lassen. Bei der Beurteilung dieses Verhaltens will die Revision den Umstand, daß der Kläger die Zwischenzeit dazu benutzt hat, um den Gläubigerausschuß einzuberufen und dessen gemäß § 133 Abs. 2 KO erforderliche Genehmigung zur Prozeßführung einzuholen, nicht als Entschuldigung gelten lassen. Es kann jedoch dahin stehen, ob, wie die Revision meint, ein Konkursverwalter in dem Falle, daß er die Anfechtungsklage am letzten Tage der Jahresfrist des § 41 KO einreicht, grundsätz-

lich nicht wenigstens für verpflichtet zu erachten ist, die Genehmigung des Gläubigerausschusses vorher einzuholen, um eine Verzögerung der Klagezustellung zu vermeiden. Ebenfalls kann unentschieden bleiben, ob entsprechend der Ansicht der Revisionserwiderung der Kläger sich darauf berufen kann, ein Zeitraum von nur 13 Tagen müsse einer Partei, welche durch die Einreichung der Klage eine Frist wahren wolle, für die Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses in jedem Falle als angemessene Frist zugebilligt werden. In der Entscheidung des BGH vom 24. Oktober 1960 - II ZR 142/58 - (VersR 60, 1074) hat der II. Zivilsenat zwar keine Bedenken dagegen erhoben, daß das Berufungsgericht eine zwischen Anforderung und Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses liegende Frist von etwas mehr als zwei Wochen noch als angemessen angesehen hat; dabei konnte er allerdings davon ausgehen, daß der Vorschuß beim Prozeßbevollmächtigten angefordert worden war, und daß die Partei die Einzahlung wiederum über den Prozeßbevollmächtigten vorgenommen hatte. Im vorliegenden Falle führt der Kläger als Rechtsanwalt aber den Rechtsstreit, ohne sich eines Prozeßbevollmächtigten zu bedienen. Der Senat sieht auf alle Fälle eine Rechtfertigung für die Hinauszögerung der Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses in Umständen, die der Kläger unbestritten vom Beklagten in seinem von der Revision selbst in Bezug genommenen Schriftsatz vom 17. November 1958 vorgetragen hat. Danach ist der Kläger zur Hinauszögerung der erst am letzten Tage der Frist des § 41 KO ohne vorherige Anhörung des Gläubigerausschusses erfolgten Einreichung der Klage dadurch veranlaßt worden, daß er glaubte, seinen Entschluß, die Anfechtungsklage zu erheben, von dem Ergebnis eines für August 1958 zu erwartenden Berichtes der von der Staatsanwaltschaft eingesetzten Landesprüfungsstelle abhängig machen zu müssen, daß dieser Bericht sich aber wegen Erkrankung des Prüfers hinausgezögert hat, so daß der Kläger erst Ende August das Ergebnis auf fernmündlichem Wege hatte erfahren können. Es ist vom Beklag-

ten nichts dafür vorgetragen worden, und es ist auch aus dem übrigen Prozeßstoff nichts dafür ersichtlich, daß dieses Verhalten dem Kläger als Verschulden anzurechnen sei.

Trifft den Kläger aber insoweit nicht der Vorwurf einer Nachlässigkeit, als er den Gläubigerausschuß nicht schon vor Einreichung der Klage einberufen hat, und war er gemäß § 133 Abs. 2 KO verpflichtet, die Genehmigung des Gläubigerausschusses vor Klageerhebung einzuholen, so kann ihm auch kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er das erst in dem Zeitraum zwischen Anforderung und Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses getan hat. Zwar ist es weiterhin nicht von der Hand zu weisen, daß der Kläger den Gläubigerausschuß schon sofort hätte einberufen können, nachdem er sich endgültig zur Klageerhebung entschlossen hatte. Allein im Hinblick darauf, daß die Bestimmung des § 261 b ZPO nicht engherzig ausgelegt werden darf, ist es nicht als eine im Rahmen der hier platzgreifenden Beurteilung erhebliches Verschulden anzusehen, wenn der Kläger nach Klageeinreichung noch einige Tage mit der Einberufung gewartet hat, zumal er diese Verzögerung damit wieder ausgeglichen hat, daß er den Gerichtskostenvorschuß an dem der Gläubigerausschußsitzung unmittelbar nachfolgenden Tage eingezahlt hat.

Die Klage ist daher fristgerecht erhoben.

II. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die Anfechtungsklage gemäß § 30 Abs. 2 KO begründet sei, weil sich einerseits die Eintragung der Zwangsvormerkung als ein inkongruentes Deckungsgeschäft darstelle und die Gemeinschuldnerin andererseits ihre Zahlungen vor der Eintragung eingestellt habe. Den gemäß § 30 Abs. 2 KO dem Beklagten obliegenden Nachweis, daß diesem zur Zeit der Eintragung die Zahlungseinstellung unbekannt gewesen sei, hat es nicht für erbracht angesehen.

A. Hinsichtlich der Zahlungseinstellung hat das Berufungsgericht im einzelnen ausgeführt: Die Gemeinschuldnerin habe sich bereits im Juni 1957 in großen Zahlungsschwierigkeiten befunden und Anfang Juli 1957 fällige Verbindlichkeiten von weit mehr als einer Million DM gehabt, von denen sie bis zur Konkursöffnung nur noch rund 50 000 DM abgezahlt habe. Der ihr zuletzt verbliebene Kassenbestand habe nur noch 12 000 DM betragen. Daß die Gemeinschuldnerin spätestens Anfang Juli 1957 aufgehört habe, wegen Mangels an Zahlungsmitteln ihre fälligen Geldschulden im allgemeinen zu erfüllen, hat das Berufungsgericht insbesondere aus den Schreiben vom 27. Juni, 8. Juli, 16. Juli und 19. Juli 1957 geschlossen.

Die Erwägungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Zutreffend hat es erwogen, daß die Erfüllung der fälligen Verbindlichkeiten unmöglich gewesen sei, weil die Nebenintervenientin der Gemeinschuldnerin ihre Hilfe entzogen habe, die die Voraussetzung für Zahlungen in größerem Umfange gewesen wäre. Da die Entziehung der Kredite nach den Feststellungen des Berufungsgerichts endgültig war, hat es auch ohne Rechtsirrtum das Vorliegen einer bloßen Zahlungsstockung verneint. Da das Berufungsgericht weiterhin festgestellt hat, daß die Zahlungseinstellung auch nach außen hin erkennbar geworden sei, weil zumindest der größte Gläubiger, das Bankhaus B & H, an den entscheidenden Besprechungen teilgenommen habe, konnte es zutreffend davon ausgehen, daß eine Zahlungseinstellung im Sinne des § 30 KO spätestens am 16. Juli 1957 eingetreten war. Die Revision hat auch keine Angriffe in dieser Richtung erhoben.

B. Dagegen vertritt die Revision den Standpunkt, daß die Eintragung einer Zwangsvormerkung nicht als inkongruente Deckung im Sinne von § 30 Abs. 2 KO anzusehen sei, und daß der vorliegende Sachverhalt allenfalls nach der Vorschrift des § 30 Abs. 1 KO zu beurteilen sei.

Dem Angriff der Revision ist der Erfolg nicht zu versagen. Er führt dazu, daß das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muß.

Das Berufungsgericht hat seine Ansicht, die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung einer Bauhandwerkersicherungshypothek unterfalle der verschärften Anfechtung des § 30 Abs. 2 KO mit folgenden Erwägungen begründet: Dem Bauhandwerker stehe zwar wegen seiner Forderung aus dem Werkvertrage ein Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers zu. Wenn ihm aber auch durch die §§ 883, 885 BGB die Möglichkeit eröffnet werde, die Sicherungshypothek ohne Mitwirkung des Bestellers im Wege der einstweiligen Verfügung sichern zu lassen, so habe er dennoch keinen bürgerlich-rechtlichen Anspruch auf eine solche Vormerkung. Deshalb stelle eine auf diese Weise erwirkte Vormerkung ein inkongruentes Sicherungsgeschäft dar.

In der Tat wird diese Ansicht im Schrifttum vertreten (Jäger KO 8. Aufl. § 30 Anm. 55; Böhle-Stamschräder KO 4. Aufl. § 30 Anm. 4 e). Ihr ist jedoch nicht zu folgen.

Die angeführten Erläuterungsbücher wollen allerdings die Anwendbarkeit des § 30 Abs. 2 KO auf die Vormerkung auf den Fall beschränken, daß die Vormerkung im Wege einer einstweiligen Verfügung erwirkt wird. Jäger (aaO) geht, wie der Wortlaut der Erläuterung: "Entsprechendes muß auch für die Zwangsvormerkung gelten" beweist, davon aus, die zwangsweise Erwirkung einer Vormerkung liege rechtsgleich mit dem in den vorangehenden Ausführungen erörterten Falle, daß der Gläubiger zur Beitreibung einer Geldforderung im Wege des Arrestvollzuges eine dingliche Sicherung nach Maßgabe der §§ 866, 867 ZPO erlangt hat

Die Annahme, daß die Arresthypothek ebenso wie die auf Grund eines auf Zahlung einer Geldsumme lautenden vollstreckbaren Urteils erwirkte Sicherungshypothek im Regelfalle der verschärften Anfechtbarkeit des § 30 Nr. 2 KO ausgesetzt sind, unterliegt allerdings keinen Bedenken, denn eine solche Sicherung hat der Gläubiger im Sinne des § 30 Abs. 2 KO, wenn nicht ein besonderer Ausnahmefall vorliegt, nicht zu beanspruchen (ständige Rechtsprechung: RGZ 17, 26, 29; 40, 91, 92; 55, 321, 322; 78, 331, 334; 79, 390, 391). Aus der Erwägung allein, daß auch eine Zwangsvormerkung auf Grund eines Vollstreckungstitels erlangt wird, läßt sich jedoch nichts dafür herleiten, daß nun auch eine inkongruente Deckung vorliegen müßte. Denn auch der Umstand, daß eine Sicherung im Vollstreckungswege erlangt wird, zwingt für sich allein nicht zur Anwendung der verschärften Anfechtbarkeit des § 30 Abs. 2 KO. Falls ein Anspruch des Gläubigers auf die erlangte Sicherung besteht, ist es vielmehr ohne jede Bedeutung, ob sie vom Schuldner freiwillig gewährt wird, oder ob sie der Gläubiger im Wege der Vollstreckung eines Urteils, eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung erwirkt hat. Wäre also anzunehmen, daß die Vormerkung eines dem Gläubiger zustehenden dinglichen Rechtes am Grundstücke des späteren Gemeinschuldners als inkongruente Deckung anzusehen ist, so hätte dies in gleichem Maße für die auf Bewilligung des Schuldners eingetragene Vormerkung zu gelten wie für die Zwangsvormerkung.

Für die Frage, ob der Konkursverwalter die Vormerkung unter den für ihn erleichterten Voraussetzungen des § 30 Abs. 2 KO anfechten kann, kommt es daher allein darauf an, ob der Gläubiger durch die Vormerkung seines Anspruches auf Einräumung einer Sicherungshypothek eine Sicherung erlangt hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte.

Das aber ist nicht der Fall, denn die Vormerkung zur Sicherung eines dinglichen Rechtes kann im Konkurs des Schuldners nicht anders behandelt werden wie das dingliche Recht selbst. Diese Folge ergibt sich sowohl aus dem Wesen der Vormerkung als auch aus dem Sinn, den das Gesetz in § 30 Abs. 2 KO mit dem dort verwandten Begriff der Sicherung verbindet.

Die Vormerkung dient der Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Einräumung eines dinglichen Rechts am Grundstück. Sie ist zwar kein dingliches Recht im Sinne des § 873 BGB, sie verleiht jedoch dem durch sie geschützten Anspruch in gewissem Umfange dingliche Wirkungen. Sie hat nicht nur die Wirkung, daß Verfügungen, die später über das Grundstück getroffen werden, insoweit unwirksam sind, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden (§ 883 Abs. 2 BGB), sondern hat auch die Aufgabe, die Verwirklichung des gesicherten Anspruchs in die Wege zu leiten, ihm den Rang des Rechtes, auf dessen Begründung er gerichtet ist, zu sichern, und dessen künftige Eintragung vorzubereiten (BGHZ 28, 182, 185; RGZ 151, 389, 392, 393). Hieraus ergibt sich, daß die Vormerkung eine dingliche Gebundenheit des von ihr betroffenen Grundstücks zur Folge hat (BGHZ aaO; RGZ 118, 230, 234) und daß die durch sie geschaffene dingliche Beziehung zum Grundstück weitgehend den dinglichen Rechten gleichsteht, deren Begründung oder Änderung sie sichern soll (BGHZ aaO). Einmal offenbart sich daher ihre Eigenart darin, daß der schuldrechtliche Anspruch und die dingliche Sicherung zu einer notwendigen Einheit miteinander verbunden werden (vgl. Westermann Sachenrecht 4. Aufl. S. 418). Außerdem ist die Vormerkung lediglich eine Durchgangsserscheinung auf dem Wege vom schuldrechtlichen Anspruch zur Begründung des dinglichen Rechtes selbst (BGHZ aaO; RGZ 118, 230, 234; Westermann aaO). Letzteres zeigt sich mit aller Deutlichkeit darin, daß die Vormerkung ihre Bedeutung in vollem Umfange

verliert und daher erlischt, wenn es zur Begründung des dinglichen Rechtes kommt, der geschützte Anspruch also durch Erfüllung untergeht.

Dient die Vormerkung aber nur dem Schutze des eigentlich geschuldeten dinglichen Rechtes durch eine seiner Eintragung vorangehende Verlautbarung im Grundbuch, so kann sie nicht als eine Sicherung im Sinne des § 30 Abs. 2 KO angesehen werden, unter welcher, wie nachstehend erörtert wird, eine zusätzliche Rechtseinräumung verstanden wird, die der Durchsetzung des gesicherten Anspruches auf eine ganz andere Art zu dienen bestimmt ist und die nur dann von der verschärften Anfechtbarkeit des § 30 Abs. 2 KO ausgenommen wird, wenn der Gläubiger schon vor Beginn der kritischen Zeit des § 30 KO einen schuldrechtlichen Anspruch auf diese Sicherung hatte.

Die dem Gläubiger gewährte Sicherung im Sinne des § 30 Abs. 2 KO muß sich von der Leistung, die der Gläubiger zu fordern hat, unterscheiden ebenso wie das Merkmal einer inkongruenten Befriedigung eine Leistung des Schuldners voraussetzt, die nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses von der tatsächlich geschuldeten Leistung abweicht (Jäger aaO Anm. 49; Mentzel/Kuhn KO 6. Aufl. § 30 Anm. 38; RGZ 10, 33, 36). Die nach § 30 Abs. 2 KO anfechtbare Sicherung ist daher nicht ein "minus" gegenüber der Befriedigung, sie ist vielmehr etwas anderes (RGZ aaO; Mentzel/Kuhn aaO). Die Ansprüche auf Befriedigung und auf Sicherung sind voneinander unabhängig und bestehen nebeneinander, ohne daß der eine Anspruch (auf Sicherung) in dem anderen bereits enthalten ist (RGZ 39, 122, 123). Deshalb werden in Rechtsprechung und Schrifttum Pfandrechte (auch Pfändungspfandrechte - siehe RGZ 10, 33, 36; 17, 20, 29; 39, 123, 124; 78, 331, 334; 79, 390, 391 -), Sicherungsübereignungen usw. alles Rechte, die ihrem Wesen nach von der geschuldeten Leistung abweichen, als Sicherungen angesehen, die von der Anfechtbarkeit gemäß

§ 30 Abs. 2 KO bedroht sind, wenn nicht ein unanfechtbarer Anspruch auf ihre Bestellung begründet war. Der gesetzgeberische Grund für die Erfassung gerade solcher von der Leistung abweichender Sicherungen, auf die der Gläubiger nach dem Schuldverhältnis keinen Anspruch hatte, ist der, daß diese zusätzliche neben dem Anspruch auf Leistung einhergehende Sicherung dem Gläubiger eine Vorzugsstellung im Konkurse gewährt, die ihm auf Grund seines Leistungsanspruches nicht zusteht. Sie wird ihm in der Regel ein Absonderungsrecht gemäß §§ 47, 48 KO verschaffen, durch welches die Konkursmasse in erheblichem Maße geschmälert werden kann.

Im Gegensatz zu diesen von § 30 Abs. 2 KO erfaßten Sicherungen stellt, wie oben ausgeführt, die Vormerkung keine Sicherung dar, die ihrem Wesen nach von dem zu schützenden dinglichen Rechte abweicht. Sie ist vielmehr ein echtes "minus", durch dessen Einräumung der Gläubiger in keiner Weise besser gestellt wird, als durch die Bestellung des dinglichen Rechtes selbst. Im Gegenteil bleibt die Vormerkung des dinglichen Rechtes auf der Vorstufe von dessen Verwirklichung stehen. Hätte der Schuldner dem Gläubiger das dingliche Recht selbst eingeräumt, so wäre diesem die Rechtsstellung jetzt schon zugefallen, für die die Vormerkung lediglich eine Verlautbarung im Grundbuche darstellt. Es hätte dann eines Schutzes seines Anspruches auf Einräumung der dinglichen Rechtsstellung nicht erst bedurft. Das Merkmal einer den Hauptanspruch auf dingliche Rechtseinräumung nur schützenden Maßnahme wird der Vormerkung auch nicht durch die Erwägung genommen, daß der Eintragung eines dinglichen Rechtes im Zeitpunkte seiner Vormerkung im Grundbuche noch Hindernisse entgegenstehen können, mit deren Beseitigung einstweilen noch nicht zu rechnen ist. Auch diese Betrachtungsweise ändert nichts daran, daß der Gläubiger durch Erwirkung einer Vormerkung seines Rechtes nichts anderes erreicht als eine Maßnahme, die der Gesetzgeber im Hinblick auf das schwerfällige Grundbuchverfahren und die erheblichen Gefahren, die mit dem Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs und des gutgläubigen Rechtserwerbs

verbunden sind, zur Erhaltung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens für unumgänglich notwendig angesehen hat.

III. Ob die Anfechtung etwa auf Grund des § 30 Abs. 1 KO durchgreift, hat das Berufungsgericht nicht geprüft. Seine Feststellungen ermöglichen dem Senat auch nicht, eine eigene Entscheidung zu treffen. Deshalb bedarf es der Aufhebung des angefochtenen Urteils und der Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, um diesem Gelegenheit zu geben, die erforderliche Prüfung vorzunehmen. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens ist dem Berufungsgericht übertragen worden.

Dr.Pagendarm Dr.Gelhaar Artl. Dr.Dorschel Dr.Messner

B e s c h l u ß

=====

In dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers E G , Frankfurt/Main,
A: Straße ,

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. in K -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. A , als Konkursverwalter über
das Vermögen der I. Treuhandels-gesellschaft für Aufbau
und Verwaltung mit beschränkter Haftung in F ,
T anlage ,

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. in K -

wird das Urteil des erkennenden Senats vom 21. Dezember 1960
in Absatz 1 des Urteilsauspruches gemäß § 319 ZPO wie folgt
berichtigt:

Es muß heißen:

Statt "Auf die Revision des Klägers,"

"Auf die Revision des Beklagten."

Karlsruhe, den 30. Dezember 1960

Der Bundesgerichtshof

- VIII. Zivilsenat -

Dr. Pagendarm Dr. Gelhaar Artl Dr. Dorschel Dr. Messner