

Das
Absonderungsrecht im Konkurse

mit besonderer Berücksichtigung

des Preussischen und gemeinen Rechts

systematisch dargestellt

von

Dr. Th. Wolff,

Landgerichtsrath in Dortmund.

Berlin.

J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung.

1892.

Inhaltsverzeichnis.

Litteratur	VI
Abkürzungen	VII
Gesetzestext	VIII
Einleitung	2
§ 1. Geschichtliche Uebersicht	2
§ 2. Das Verhältniß der Konkursordnung zur Reichs- und Landes- gesetzgebung	5
§ 3. Das Verhältniß der Konkursordnung zum früheren Rechte	6
§ 4. Das Verhältniß des Konkursrechtes zu dem Rechte außerhalb des Konkurses	16
I. Allgemeiner Theil	22
§ 5. 1. Die Arten der Absonderungsrechte	22
§ 6. 2. Die rechtliche Natur des Absonderungsrechtes; das Retentions- recht im Konkurse	24
§ 7. 3. Der Gegenstand des Absonderungsrechtes	32
§ 8. 4. Der einfache und der qualifizierte Absonderungsanspruch . . .	34
§ 9. 5. Das unvollkommene Pfandrecht	38
6. Die Modifikationen der speziellen Absonderungsforderungen .	41
§ 10. Im Allgemeinen	41
§ 11. a. Die bedingten Absonderungsforderungen; das Hinterlegungs- pfandrecht	42
§ 12. b. Die betagten Absonderungsforderungen	64
§ 13. c. Die zukünftigen Absonderungsforderungen	69
§ 14. d. Die Korrealabsonderungsforderungen	83
§ 15. e. Die Absonderungsforderungen, welche nicht auf einen bestimmten Geldbetrag lauten	86
§ 16. f. Die Absonderungsforderungen auf wiederkehrende Gebungen .	89
§ 17. g. Die ungültigen Absonderungsforderungen und deren Konvalescenz	91
7. Die Modifikationen der speziellen Absonderungsrechte	94
§ 18. a. Das bedingte Absonderungsrecht; das Pfändungspfandrecht auf Grund eines vorläufigen Vollstreckungstitels und Arrestbefehls, das Vormerkungspfandrecht	94
§ 19. b. Das betagte Absonderungsrecht	105
§ 20. c. Das Absonderungsrecht an künftigen Gegenständen	107
§ 21. d. Das subsidiäre Absonderungsrecht	111
§ 22. e. Das an fremden Sachen bestellte Absonderungsrecht	113
§ 23. f. Die Konvalescenz ungültiger Absonderungsrechte	118

IV

Inhaltsverzeichnis.

§ 24.	8. Die Modifikationen des allgemeinen Absonderungsrechtes . .	122
	9. Der Einfluß der Konkursöffnung auf die Entstehung des Absonderungsrechtes	123
§ 25.	a. Die Konkursöffnung als Hinderungsgrund für die Entstehung des Absonderungsrechtes	123
§ 26.	b. Ausnahmen: Der Erwerb von Absonderungsrechten nach der Konkursöffnung	139
§ 27.	c. Hinderung des Erwerbes von Absonderungsrechten schon vor der Konkursöffnung als Folge derselben	147
	10. Das Absonderungsverfahren und die Befriedigung des Ab- sonderungsrechtes	152
§ 28.	a. Im Allgemeinen	152
§ 29.	b. Die Rechtsstellung des Verwalters im Verhältniß zum Abson- derungsgläubiger	154
	c. Die Verwerthung des Absonderungsgegenstandes	164
§ 30.	a. Im Allgemeinen	164
§ 31.	ß. Die Verwerthung durch den Absonderungsgläubiger	165
§ 32.	γ. Die Verwerthung durch den Verwalter	181
§ 33.	11. Die Theilnahme des Absonderungsgläubigers am Konkurse .	200
§ 34.	Fortsetzung: Das Verfahren	205
§ 35.	Fortsetzung: Die modifizirten Absonderungsfororderungen . . .	212
§ 36.	12. Die besonderen Pflichten des Absonderungsgläubigers . . .	214
§ 37.	13. Die Rangordnung und Kollision der Absonderungsgläubiger .	219
§ 38.	14. Die Succession in das Absonderungsrecht	225
§ 39.	Fortsetzung: Der Uebergang des Absonderungsrechtes auf einen im Auslande wohnenden Erwerber	230
§ 40.	15. Die Beendigung des Absonderungsrechtes	241
§ 41.	a. Die Beendigung des Absonderungsrechtes durch Verzicht des Absonderungsgläubigers	241
§ 42.	b. Die Beendigung des Absonderungsrechtes durch Verzicht des Verwalters	246
§ 43.	c. Die Beendigung des Absonderungsrechtes durch Untergang des Gegenstandes	248
§ 44.	d. Die Beendigung des Absonderungsrechtes durch Zahlung, Mo- vation, Konsolidation	260
§ 45.	e. Die Beendigung des Absonderungsrechtes durch Verjährung .	261
§ 46.	f. Die Beendigung des Absonderungsrechtes zur Strafe	262
	g. Die Beendigung des Absonderungsrechtes durch Anfechtung .	263
§ 47.	α. Die rechtliche Natur der Anfechtungsklage	263
§ 48.	ß. Die Anfechtungsgründe	266
§ 49.	γ. Der Gegenstand der Anfechtung	268
§ 50.	δ. Die Legitimation zur Anfechtungsklage	273
§ 51.	ε. Der Anfechtungsgegner	278
§ 52.	ζ. Das Resultat der Anfechtung	286
§ 53.	η. Die Beendigung des Anfechtungsrechtes	292
§ 54.	θ. Das Verfahren	298
§ 55.	16. Der Einfluß des Affords auf das Absonderungsrecht . . .	303

II. Die einzelnen Absonderungsrechte	305
A. Die speziellen Absonderungsrechte	305
1. Die Immobiliarabsonderungsrechte	305
§ 56. a. Die Immobiliarabsonderungsgläubiger	305
§ 57. b. Die Accessionen des Immobiliarabsonderungsanspruchs	315
§ 58. c. Der Umfang der Immobiliarmasse	325
§ 59. Fortsetzung: Die beweglichen, zur Immobiliarmasse gehörigen Gegenstände	335
2. Die Mobiliarabsonderungsberechtigten	349
a. Die Faustpfandgläubiger	349
§ 60. a. Im Allgemeinen	349
§ 61. β. Derklliche Rechtskollision	350
§ 62. γ. Die Rangordnung	355
§ 63. δ. Die Accessionen der Faustpfandordnung	356
§ 64. e. Der Umfang der Mobilarmasse	357
ζ. Das Faustpfandrecht an beweglichen Sachen	358
§ 65. aa. Mit Gewahrsam	358
§ 66. bb. Ohne Gewahrsam	364
η. Das Faustpfandrecht an unförperlichen Gegenständen	367
§ 67. aa. Im Allgemeinen	367
§ 68. bb. Das Pfandrecht an Forderungen	371
§ 69. cc. Das Pfandrecht an andern unförperlichen Gegenständen	378
b. Die gesetzlichen Absonderungsrechte	388
§ 70. a. Im Allgemeinen	388
β. Die einzelnen gesetzlichen Absonderungsrechte	400
§ 71. aa. Das Absonderungsrecht wegen öffentlicher Abgaben	400
§ 72. bb. Das Absonderungsrecht des Vermiethers und Verpächters	403
§ 73. cc. Das Absonderungsrecht des Pächters	426
§ 74. dd. Das Absonderungsrecht des Gastwirths	431
§ 75. ee. Das Absonderungsrecht aus dem Arbeitsvertrage	438
§ 76. ff. Das Absonderungsrecht wegen nützlicher Verwendung	441
§ 77. gg. Das Absonderungsrecht der Handelsgläubiger	451
§ 78. hh. Das Absonderungsrecht der Pfändungsgläubiger	463
B. Die allgemeinen Absonderungsrechte	488
§ 79. 1. Das Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger und Legatäre	488
§ 80. 2. Das Absonderungsrecht der Gemeinschaftsinteressenten und „Gläubiger	506
§ 81. 3. Das Absonderungsrecht der Lehens-, Stammguts- und Familien- fideikommißgläubiger	517
Alphabetisches Sachregister	520

Litteratur.

1) Kommentare der Konkursordnung:

- v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung, erläutert (2. Aufl.)
- v. Sarmey, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich (2. Aufl.).
- Petersen, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgezet.
- v. Bölderndorff, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgezet 2c. (2. Aufl.).
- Gullmann, Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgezet.
- Wengler, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich.
- Meißner, Die Deutsche Konkursordnung nebst Einführungsgezet 2c.
- Stieglik, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgezet und dem Württembergischen Ausführungsgeze.
- Mewes, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich.
- Willenbücher, Die Reichskonkursordnung und ihre Ergänzungsgeze.
- Hohl, Konkursordnung für das Deutsche Reich.

2) Systematische Darstellungen:

- Fuchs, Der Deutsche Konkursprozeß.
 - Fitting, Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren (2. Aufl.).
 - Schulke, Das Deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen.
 - Hinteln, Das Konkursrecht.
 - Endemann, Das Deutsche Konkursverfahren.
 - Rohler, Lehrbuch des Konkursrechts
 - Detter, Konkursrechtliche Grundbegriffe.
 - Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgeze (2. Aufl.)
 - v. Canstein, Konstruktion der Konkursverhältnisse.
 - Seuffert, Zur Geschichte und Dogmatik des Deutschen Konkursrechts.
 - Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Preussischen Privatrechts, bearbeitet von Eccius (5. Aufl.).
-

Abkürzungen.

- A.G. = Ausführungsgeſetz.
A.G.O. = Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußiſchen Staaten.
A.L.R. = Das Allgemeine Landrecht für die Preußiſchen Staaten.
A. M. = Anderer Meinung.
C.P.O. = Die Civilprozeßordnung für das Deutſche Reich.
E.G.G. = Das Preußiſche Geſetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belaftung der Grundſtücke, Bergwerke und ſelbſtändigen Gerechtigkeiten vom 5. Mai 1872 (Eigenthumserwerbſgeſetz).
E.G. = Einführungsgeſetz zur Konkursordnung.
Entſch. = Entſcheidungen.
Gem. R. = Gemeines Recht.
G.B.O. = Die Preußiſche Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872.
H.G.B. = Das allgemeine Deutſche Handelſgeſetzbuch.
J.M.Bl. = Juſtiz-Minifterialblatt für die Preußiſche Geſetzgebung und Rechtspflege.
K.O. = Die Konkursordnung für das Deutſche Reich.
R.Gef. = Reichſgeſetz.
Z.B.G. = Das Preußiſche Geſetz, betreffend die Zwangsvollſtreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883.

Die unter der „Litteratur“ angegebenen Werke ſind in der Regel nur mit dem Namen der Verfaſſer citirt, ebenſo die Kommentare des Preußiſchen Geſetzes vom 13. Juli 1883, betreffend die Zwangsvollſtreckung in unbewegliche Sachen von Jädel, Kreh und Fiſcher, Rudorff und Knorr, die Kommentare zur Grundbuchordnung von Turnau und Achilles, ſowie die Lehrbücher der Pandekten von v. Wangerow, Sintenis, Windscheid, Dernburg und v. Holzſchuhner (Theorie und Raſuiſtik des gemeinen Civilrechts.)

Gesetzestext.

(Die unter den Paragraphen stehenden Zahlen bedeuten die Seiten, auf denen die Paragraphen erörtert oder erwähnt sind.)

Die Konkursordnung für das Deutsche Reich vom 10. Februar 1872.

§ 3.

Ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen, welche zur Konkursmasse gehören, kann nur in den von diesem Gesetze zugelassenen Fällen geltend gemacht werden.

Die abgesonderte Befriedigung erfolgt unabhängig vom Konkursverfahren.

§. 5, 17, 22, 24, 35, 152.

§ 11.

Während der Dauer des Konkursverfahrens finden Arreste und Zwangsvollstreckungen zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger weder in das zur Konkursmasse gehörige, noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners statt.

§. 97, 137 ff., 139, 140, 146, 165, 471 ff.

§ 12.

Pfand- und Hypothekenrechte, Vorzugsrechte sowie Zurückbehaltungsrechte an Gegenständen der Konkursmasse können nach der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger erworben oder eingetragen werden, wenngleich der Anspruch auf den Erwerb oder die Eintragung schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen ist.

§. 32, 34, 67, 75 ff., 93 ff., 107, 108, 113, 122 ff., 137 ff., 151, 227, 231, 290, 362, 375, 409, 417, 436, 458, 461, 466, 471 ff., 492.

§ 14.

Befindet sich der Gemeinschuldner mit Dritten in einem Miteigenthume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft, so erfolgt die Theilung oder sonstige Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens.

§. 506 ff.

§ 39.

Zur abgesonderten Befriedigung dienen die Gegenstände, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, insoweit ein dingliches oder sonstiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus denselben besteht.

Den Umfang der Immobiliarmasse, sowie den Umfang und die Rangordnung der aus derselben zu berichtigenden Ansprüche bestimmen die Reichsgesetze und Landesgesetze.

§. 16, 32, 305 ff., 315 ff., 325 ff., 335 ff., 401, 476.

§ 40.

Gläubiger, welche an einer beweglichen körperlichen Sache, an einer Forderung oder an einem anderen Vermögensrechte des Gemeinschuldners ein Faustpfandreht haben, können aus den ihnen verpfändeten Gegenständen abgefonderte Befriedigung wegen ihrer Pfandforderung verlangen, zunächst wegen der Kosten, dann wegen der Zinsen, zuletzt wegen des Kapitals.

§. 16, 32, 227, 349 ff., 358 ff., 396.

§ 41.

Den Faustpfandgläubigern stehen gleich:

§. 16, 21, 22, 32, 168, 227, 338 ff.

1) die Reichskasse, die Staatskassen und die Gemeinden, sowie die Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen;

§. 310, 395, 400 ff., 478, 503.

2) Verpächter wegen des laufenden und des rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse, in Ansehung der Früchte des Grundstücks und der eingebrachten Sachen, sofern die Früchte oder Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden;

§. 8, 18 ff., 38, 216, 327, 337, 389, 390, 403 ff.

3) Pächter in Ansehung des in ihrem Gewahrsam befindlichen Inventars wegen der Forderungen für dieses;

§. 426 ff.

4) Vermiether wegen des laufenden und des für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Miethsverhältnisse, in Ansehung der eingebrachten Sachen, sofern die Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden;

§. 8, 16, 18 ff., 38, 216, 389, 390, 391, 403 ff., 431, 433 ff., 442.

5) Gastwirthe wegen ihrer Forderungen für Wohnung und Bewirthung des Gastes, in Ansehung der von demselben eingebrachten, von ihnen zurückbehaltenen Sachen;

§. 3, 216, 390, 411 ff., 431 ff., 461.

6) Künstler, Werkmeister, Handwerker und Arbeiter wegen ihrer Forderungen für Arbeit und Auslagen, in Ansehung der von ihnen gefertigten oder ausgebesserten, noch in ihrem Gewahrsam befindlichen Sachen;

§. 438 ff.

7) diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des, den noch vorhandenen Vortheil nicht übersteigenden Betrages ihrer Forderung aus der Verwendung, in Ansehung der zurückbehaltenden Sache;

§. 224, 395, 429, 439 ff., 441 ff., 478.

8) diejenigen, denen nach dem Handelsgesetzbuche an gewissen Gegenständen ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in Ansehung dieser Gegenstände;

§. 32, 396, 451 ff., 478.

9) diejenigen, welche durch Pfändung ein Pfandrecht erlangt haben, in Ansehung der gepfändeten Gegenstände.

§. 14, 15, 16, 32, 59 ff., 97 ff., 121, 125, 130, 131, 137, 148, 150, 220, 396, 402, 422 ff., 432, 463 ff.

§ 42.

Wer nach der Eröffnung des Konkursverfahrens oder mit Kenntniß des Eröffnungsantrages oder der Zahlungseinstellung eine Konkursforderung dem im Auslande wohnenden Inhaber eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes oder in der Absicht, daß dieser die Forderung erwerbe, einer Mittelsperson abtritt, ist verpflichtet, zur Konkursmasse den Betrag zu ersetzen, welcher derselben dadurch entgeht, daß der Inhaber für die Forderung nach dem Rechte des Auslandes entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes ein Absonderungsrecht an dem Gegenstande ausübt. Die Vorschrift des § 26 findet entsprechende Anwendung.

§. 24, 231 ff.

§ 43.

Hat der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkursverfahrens eine Erbschaft erworben, so können die Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer abgeforderte Befriedigung aus den bei der Eröffnung vorhandenen Nachlassgegenständen verlangen, soweit ihnen ein Absonderungsanspruch nach den Bestimmungen der Landesgesetze zusteht.

§. 3, 7, 16, 22, 162, 184, 201 ff., 207, 219, 488 ff.

§ 44.

Wer sich mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigenthum, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft befindet, kann

wegen der auf ein solches Verhältniß sich gründenden Forderungen abgefonderte Befriedigung aus dem bei der Theilung oder sonstigen Auseinanderfetzung ermittelten Antheile des Gemeinschuldners verlangen.

§. 16, 17, 22, 32, 219, 506 ff.

§ 45.

Die Befriedigung der Lehen-, Stammguts- oder Familienfideikommiß-Gläubiger erfolgt abgefondert aus dem Lehen, Stammgute oder Familienfideikommiße nach den Vorschriften der Landesgesetze.

§. 16, 22, 23, 32, 36, 111, 123, 517 ff.

§ 57.

Ein Gläubiger, welcher abgefonderte Befriedigung beansprucht, kann die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, zur Konkursmasse geltend machen, aus derselben aber nur für den Betrag verhältnißmäßige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf abgefonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist.

§. 22, 34 ff., 111 ff., 160, 200 ff., 205 ff., 241, 242, 244, 303, 452.

§ 88.

Ob und zu welchem Betrage Forderungen, für welche abgefonderte Befriedigung beansprucht wird, in Ansehung ihres muthmaßlichen Ausfalls, sowie Konkursforderungen unter aufschiebender Bedingung zum Stimmen in einer Gläubigerversammlung berechtigen, entscheidet auf den Widerspruch eines Konkursgläubigers oder des Verwalters das Gericht.

Eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt.

§. 22, 205 ff.

§ 98.

Das Gericht kann die zwangsweise Vorführung und die Haft des Schuldners anordnen. Dasselbe kann alle zur Sicherung der Masse dienenden einstweiligen Anordnungen treffen. Es kann insbesondere ein allgemeines Veräußerungsverbot an den Schuldner erlassen. Wird das Verbot öffentlich bekannt gemacht, so findet auf Pfand- und Hypothekenrechte, welche im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes nach der Bekanntmachung des Verbots erworben oder eingetragen worden sind, die Bestimmung des § 12 entsprechende Anwendung.

Bei der Abweisung des Eröffnungsantrags sind die angeordneten Sicherheitsmaßregeln aufzuheben.

§. 147 ff., 472 ff.

§ 108.

Durch den offenen Arrest wird allen Personen, welche eine zur Konkursmasse gehörige Sache im Besitze haben oder zur Konkursmasse etwas schuldig sind, aufgegeben, nichts an den Gemeinschuldner zu verabsolgen oder zu leisten, auch die Verpflichtung auferlegt, von dem Besitze der Sache und von den Forderungen, für welche sie aus der Sache abgesonderte Befriedigung in Anspruch nehmen, dem Konkursverwalter innerhalb einer bestimmten Frist Anzeige zu machen.

§. 26, 34, 42, 153, 214 ff.

§ 109.

Wer die Anzeige über den Besitz von Sachen des Gemeinschuldners innerhalb der bestimmten Frist zu machen unterläßt, haftet für allen aus der Unterlassung oder Verzögerung der Anzeige entstehenden Schaden.

§. 26, 34, 42, 153, 214 ff., 452.

§ 110.

Gläubiger, welche abgesonderte Befriedigung aus einer in ihrem Besitze befindlichen Sache beanspruchen, haben dem Verwalter auf dessen Verlangen die Sache zur Ansicht vorzuzeigen und die Abschätzung derselben zu gestatten.

§. 34, 35, 42, 153, 217 ff., 452.

§ 116.

Die Zwangsverwaltung und die Zwangsversteigerung der zur Masse gehörigen unbeweglichen Gegenstände kann bei der zuständigen Behörde durch den Konkursverwalter betrieben werden.

§. 153, 158, 164, 186 ff., 313, 501, 502.

§ 117.

Der Verwalter ist berechtigt, die Verwerthung eines zur Masse gehörigen beweglichen Gegenstandes, an welchem ein Gläubiger ein Faustpfandrecht oder ein diesem gleichstehendes Recht beansprucht, nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Der Gläubiger kann einer solchen Verwerthung nicht widersprechen, vielmehr seine Rechte nur auf den Erlös geltend machen.

Ist der Gläubiger befugt, sich aus dem Gegenstande ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen, so kann auf Antrag des Verwalters das Konkursgericht dem Gläubiger nach dessen Anhörung eine Frist bestimmen, innerhalb welcher er den Gegenstand zu verwerthen hat. Nach dem Ablaufe der Frist findet die Vorschrift des ersten Absatzes Anwendung.

§. 35, 42, 46, 67, 153, 158, 164 ff., 186 ff., 225, 452, 501, 502.

§ 121.

Der Verwalter hat, falls ein Gläubigerauschuß bestellt ist, dessen Genehmigung einzuholen:

1) wenn Gegenstände, deren Verkauf ohne offenbaren Nachtheil für die Masse ausgesetzt werden kann und nicht durch die Fortführung des Geschäfts veranlaßt wird, verkauft werden sollen, bevor der allgemeine Prüfungstermin abgehalten oder ein vor dem Schlusse desselben eingereichter Zwangsvergleichsvorschlag erledigt ist;

2) wenn die Erfüllung von Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners verlangt, Prozesse anhängig gemacht, deren Aufnahme abgelehnt, Vergleiche oder Schiedsverträge geschlossen, Aussonderungs-, Absonderungs- oder Masseansprüche anerkannt, Pfandstücke eingelöst oder Forderungen veräußert werden sollen, und es sich in diesen Fällen um einen Werthgegenstand von mehr als dreihundert Mark handelt.

§. 153, 181, 191, 274.

§ 124.

Durch die Vorschriften der §§ 121—123 wird die Gültigkeit einer Rechtshandlung des Verwalters dritten Personen gegenüber nicht berührt.

§. 153, 181, 191, 274.

§ 141.

Gläubiger, von welchen abgeforderte Befriedigung beansprucht wird, haben bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist dem Verwalter den Nachweis ihres Verzichts oder ihres Ausfalls nach Maßgabe des § 57 zu führen. Wird der Nachweis nicht rechtzeitig geführt, so werden die Forderungen bei der vorzunehmenden Vertheilung nicht berücksichtigt.

Zur Berücksichtigung bei einer Abschlagsvertheilung genügt es, wenn bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist dem Verwalter der Nachweis, daß die Veräußerung des zur abgeforderten Befriedigung dienenden Gegenstandes betrieben ist, geführt und der Betrag des muthmaßlichen Ausfalls glaubhaft gemacht wird.

§. 203, 207 ff., 242.

§ 143.

Gläubiger, welche bei einer Abschlagsvertheilung nicht berücksichtigt worden sind, können nachträglich, sobald sie die Vorschriften der §§ 140, 141 erfüllt haben, die bisher festgesetzten Prozentsätze aus der Restmasse verlangen, soweit diese reicht und nicht in Folge des Ablaufs einer Ausschlußfrist für eine neue Vertheilung zu verwenden ist.

§. 209 ff.

§ 144.

Die Antheile, mit welchen Gläubiger nach Maßgabe des § 141 Abs. 2 oder des § 142 Abs. 1 bei Abschlagsvertheilungen berücksichtigt worden sind, werden für die Schlußvertheilung frei, wenn bei dieser die Voraussetzungen des § 141 Abs. 1 oder des § 142 Abs. 2 nicht erfüllt sind.

§. 210 ff.

§ 155.

Die Antheile

- 1) auf Forderungen, welche in Folge eines bei der Prüfung erhobenen Widerspruchs im Prozesse befangen sind,
 - 2) auf Forderungen, welche von einer aufschiebenden Bedingung abhängen,
 - 3) auf Forderungen, für welche eine abgesonderte Befriedigung beansprucht und der Vorschrift des § 141 Abs. 2 genügt ist,
 - 4) auf Forderungen unter auflösender Bedingung, sofern der Gläubiger zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet ist und die Sicherheit nicht leistet,
- werden zurückbehalten.

§. 35, 42, 207 ff., 303, 304.

§ 156.

Die Beträge, welche bei dem Vollzuge der Schlußvertheilung zurückzubehalten sind, oder welche bis zu diesem Zeitpunkte nicht erhoben werden, hat der Verwalter nach Anordnung des Gerichts für Rechnung der Betheiligten zu hinterlegen.

§. 207 ff., 304.

§ 178.

Der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich ist wirksam für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, auch wenn dieselben an dem Konkursverfahren oder an der Beschlußfassung über den Vergleich nicht Theil genommen oder gegen den Vergleich gestimmt haben. Die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners werden nicht berührt.

§. 303, 304.

§ 207.

Besitzt ein Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensgegenstände im Inlande, so ist die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zulässig.

Ausnahmen von dieser Bestimmung können unter Zustimmung

des Bundesraths durch Anordnung des Reichskanzlers getroffen werden.

§. 142 ff.

Einführungsgesetz.

§ 11.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der Konkursordnung und dieses Gesetzes über abgeforderte Befriedigung auf Pfand- und Vorzugsrechte Anwendung, wenn gleich dieselben oder die Forderungen vor dem bezeichneten Tage erworben sind.

§. 7 ff.

§ 12.

Insoweit Pfand- und Vorzugsrechte, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung auf Grund eines Vertrages, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind, zufolge der Bestimmungen der Konkursordnung und dieses Gesetzes ihre Wirksamkeit verlieren, kann die Landesgesetzgebung für die Forderung des Berechtigten ein Vorrecht vor allen oder einzelnen der im § 54 der Konkursordnung bezeichneten Forderungen gewähren.

Ist das Pfand- oder Vorzugsrecht auf einzelne bewegliche Gegenstände des Schuldners beschränkt, so kann das Vorrecht nur in Höhe des Erlöses derselben gewährt werden.

Das durch die vorstehenden Bestimmungen vorbehaltene Vorrecht kann nicht gewährt werden für ein zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren, wenn nicht das Vorrecht dadurch erhalten wird, daß dasselbe bis zum Ablaufe der zwei Jahre zur Eintragung in ein öffentliches Register schriftsmäßig angemeldet ist. Der Erlaß von Vorschriften über die Einrichtung solcher Register, sowie über die Anmeldung und Eintragung der Forderungen bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten.

§. 9 ff.

§ 13.

Die Landesgesetzgebung kann der Ehefrau, den Kindern und den Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners für Forderungen, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung entstanden sind, ein Vorrecht nach Maßgabe des § 12 Abs. 1, 2 insoweit gewähren, als ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht der Ehefrau, der Kinder oder der Pflegebefohlenen nach den bisherigen Gesetzen bestanden hat.

Auf das Vorrecht der Ehefrau findet die Bestimmung des § 12 Abs. 3 entsprechende Anwendung.

Den Kindern und den Pflegebefohlenen kann das Vorrecht für ein fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren nicht gewährt werden.

§. 9 ff.

§ 14.

Faustpfandrechte im Sinne des § 40 der Konkursordnung bestehen an beweglichen körperlichen Sachen nur, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat.

Das Absonderungsrecht besteht ohne Uebergabe der Sache, sofern:

1) nach den Reichsgesetzen oder den Landesgesetzen die Uebergabe von Konnossementen und ähnlichen Papieren über Waaren oder andere bewegliche Sachen der Uebergabe derselben, oder die Eintragung der Verpfändung in das Schiffsregister oder die Uebergabe der mit einem beglaubigten Vermerke der Verpfändung versehenen Schiffsurkunden oder einer beglaubigten Abschrift derselben der Uebergabe des verpfändeten Schiffes gleichsteht;

2) über eine Verbodnung nach Vorschrift des Handelsgesetzbuchs ein Bodmereibrief ausgestellt ist.

§. 63, 350, 358 ff., 364 ff., 375.

§ 15.

Faustpfandrechte im Sinne des § 40 der Konkursordnung bestehen an Forderungen und anderen Vermögensrechten nur:

1) wenn der Drittschuldner von der Verpfändung benachrichtigt ist;

2) wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der körperlichen Sache, welche den Gegenstand des Rechts bildet, oder der über die Forderung oder das Vermögensrecht ausgestellten Urkunde erlangt und behalten hat;

3) wenn die Verpfändung in dem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen ist.

§. 63, 350, 367 ff., 371 ff., 378 ff.

§ 16.

Die Vorschriften der Landesgesetze, welche für den Erwerb von Faustpfandrechten mehrere der in den §§ 14, 15 bezeichneten Erfordernisse oder weitere Erfordernisse festsetzen, bleiben unberührt.

§. 350, 368.

Einleitung.

§ 1. Geschichtliche Uebersicht.

Das Römische Recht gewährte das *beneficium separationis*:¹⁾

- 1) den Erbschaftsgläubigern und Legataren am Nachlasse;
- 2) den Gläubigern eines Haussohns oder Sklaven, der mit Pekuliengeldern ein Handelsgeschäft geführt, an diesen Pekuliengeldern, und wenn der Schuldner mehrere Geschäfte betrieben hatte, an demjenigen Geschäftsvermögen, an welchem sie forderungsberechtigt waren;²⁾
- 3) den Gläubigern eines Haussohnes an dessen *castrensischem* Vermögen wegen der in Ansehung desselben ihnen zustehenden Forderungen.³⁾

Ein *benef. sep.* wurde auch demjenigen gegeben, welcher eine *fideikommissarische* Erbschaft antreten mußte und sie nicht restituiren konnte, bezüglich dieser Erbschaft,⁴⁾ ferner dem testamentarisch freigelassenen Sklaven, welcher als *heres necessarius* die Absonderung des ihm testamentarisch hinterlassenen Vermögens von seinem später erworbenen Vermögen und denjenigen Gegenständen verlangen konnte, die ihm der Testator verschuldete,⁵⁾ sowie dem an dem Nachlasse seines Freigelassenen erbberechtigten Patrons, der die Absonderung dieses Nachlasses von einer überschuldeten Erbschaft beanspruchen konnte, welche der Freigelassene durch *bonorum possessio secundum tabulas* von einem Dritten erworben hatte.⁶⁾ Aber die Ausübung

¹⁾ Dig 42, 6. C. 7, 72.

²⁾ l. 5. § 15. 16. D. 14, 1.

³⁾ l. 1 § 9. D. 42, 6. l. 7. D. 49, 7. vgl. Hefter, System des Römischen und Deutschen Civilprozeßes § 531.

⁴⁾ l. 1 § 6. D. 42, 6.

⁵⁾ l. 18. D. 42, 6.

⁶⁾ l. 6 § 1 cit. Vgl. Wiebemann, de separationibus edicto praetoris haud concessis (Lips. 1788) § 7.

dieses Absonderungsrechts wirkte nicht, wie das eigentliche Separationsrecht, zu Gunsten der Nachlaßgläubiger, sondern nur zu Gunsten der Gläubiger des Erben und beschränkte die Haftung des letzteren, wie das benef. inventarii.

Eine dem Separationsrechte gleiche Wirkung hatte das spezielle Pfandrecht, von jenem aber durch den Gegenstand des Rechts verschieden, welcher nicht in einem Vermögen oder einer Vermögensquote, sondern in einer oder in mehreren speziellen Sachen bestand.

Die Separatisten und die Spezialpfandgläubiger waren nicht verpflichtet, an dem Konkurse theilzunehmen, sondern berechtigt, die Trennung der Gegenstände ihres Rechts zu erwirken und aus ihnen gesonderte Befriedigung zu verlangen; nur der Ueberschuß fiel zur Masse zurück.⁷⁾

Dem generellen Pfandgläubiger mangelte dieses Absonderungsrecht, sein Recht stellte sich nur als ein allgemeines Vorzugsrecht dar, unterschied sich aber von diesem dadurch, daß es nicht, wie jenes, den Spezialpfandrechten nachzustehen brauchte.

Das gemeine Recht⁸⁾ übernahm das Absonderungsrecht der Erbschaftsgläubiger, Vermächtnißnehmer und derjenigen, welche Ansprüche an das lastrensische Vermögen eines Haussohnes hatten, gab das Separationsrecht, welches nach Römischen Rechte den Handelsgläubigern eines Haussohnes oder Sklaven zustand, jedem Handelsgläubiger und deduzirte auch für den socius ein, freilich nicht allgemein anerkanntes, Absonderungsrecht am Gesellschaftsvermögen.⁹⁾ Aber es entzog den wichtigsten Separatisten — den Spezialpfandgläubigern —, die bedeutendste Funktion des Absonderungsrechts, die Befugniß zur Trennung des Pfandgegenstandes von der Masse und verwies sie in den Konkurs zu den Chirographariern, denen gegenüber sie nur ein Vorzugsrecht behielten. Diese Hineinziehung der Spezial-

⁷⁾ 1 5. D. 14, 1; 1 10. C 10, 72.

⁸⁾ C. G. Horn, de iuribus circa separationem singularibus, Vit. 1666. Schmidt, Von Separatisten in geistlichen und weltlichen Sachen. H. C. Hake, de separationibus patrimoniorum in concursu, Lips. 1733. Melin, Die Ordnung der Gläubiger beim Oantprozesse nach dem Römischen, Deutschen und besonders Württembergischen Rechte. Dabelow, Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Konkurse der Gläubiger (Halle 1801) S. 325 ff. Schweppe, Das System des Konkurses der Gläubiger. v. Bangerow, Zeitfaden für Pandektenvorlesungen Bd. III, § 593.

⁹⁾ Carpzow, in decis. C. 1. Dec. 54. Richter, de jure et privileg. creditor C. 2 membr 1 No. 71. Schmidt, l. c.

pfandgläubiger in die Rangordnung der Konkursgläubiger, auf der Idee der Universalität des Konkurses beruhend, ging allmählich in die meisten Partikulargesetzgebungen des vorigen Jahrhunderts und theilweise auch des jetzigen Jahrhunderts über.

Die Preussische Allgemeine Gerichtsordnung¹⁰⁾ zählte die Erbschafts-, Gemeinschafts-, Bergwerks-, Schiffs- und Pfandgläubiger zu den Separatisten, zog aber die Pfandgläubiger in den Konkurs hinein, wenn ihnen auch die Priorität aus dem Pfandgegenstande gesichert blieb;¹¹⁾ nur die Hypothekengläubiger waren nicht verpflichtet, sich in den Konkurs einzulassen.¹²⁾ Durch spätere Gesetze — § 5 der Verordnung vom 28. Dezember 1840, Verordnung vom 2. Dezember 1837 und vom 21. Oktober 1838 — wurde die Stellung der Pfandgläubiger gebessert: sie brauchten sich als dinglich Berechtigte an dem Konkurse nicht zu betheiligen, die Hypothekengläubiger wurden in dem abgeforderten Subhastationsverfahren befriedigt, die Mobiliarpfandgläubiger hatten zwar ihre Pfänder an das Konkursgericht abzuliefern, welches unter Zuziehung des Kurators die Veräußerung zu bewirken hatte, konnten aber ohne Rücksicht auf den Gang des Konkurses aus dem Erlöse ihre Befriedigung erlangen.¹³⁾ Die Bank und die Seehandlung wurden durch die Berechtigung noch besser gestellt, ihre Pfänder mit der Verpflichtung, den Ueberschuß zur Masse abzuliefern, selbst zu veräußern.¹⁴⁾

Die Preussische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 rechnete¹⁵⁾ zu den Separatisten die Immobilial-, Bergwerks-, Schiffsgläubiger, die Gläubiger einer Handelsgesellschaft, einer Erbschaft, die Legatäre, die Gemeinschaftsinteressenten und die Mobiliarpfandgläubiger, stellte den letztern¹⁶⁾ den Fiskus und die Gemeinden wegen der Zölle und Steuern, den Fiskus auch wegen der Vorschüsse zur Ausrüstung einer Militärperson, die Gläubiger, welchen eine Kaution bestellt war, den Vermiether und Verpächter wegen der Forderungen aus dem Mieth- und Pachtvertrage, den Gastwirth, Schiffer, Frachtfuhrmann, die Post- und Eisenbahnanstalten, den Havareigläubiger, den kauf-

¹⁰⁾ §§ 272 ff., 289 ff., 672 ff., 681 ff., 377 ff. I, 50.

¹¹⁾ § 381 I, 50.

¹²⁾ § 146 I, 50.

¹³⁾ Koch, Lehrbuch des Preuß. Priv.R. Bd. II, § 493.

¹⁴⁾ Rabinetsordre vom 31. Januar 1827.

¹⁵⁾ §§ 31, 35, 36, 37¹⁾, 64 ff.

¹⁶⁾ § 33.

männlichen Kommissionär und Spediteur, den Werkmeister, Handwerker und Arbeiter wegen bestimmt bezeichneter Ansprüche und denjenigen Gläubiger gleich, der einen Anspruch aus der nützlichen Verwendung an der von ihm retinirten Sache hatte, führte aber auch ein Absonderungsrecht für die Gläubiger des Kridars gegen eine ihm angefallene Erbschaft, und wenn der Kridar Benefizialerbe war, auch für den Verwalter ein.¹⁷⁾ Die abgesonderte Befriedigung fand in der Regel¹⁸⁾ nicht außerhalb des Konkurses, sondern durch das „für die Konkursmasse bestellte Verwaltungspersonal“ statt;¹⁹⁾ die Realgläubiger hatten nicht die Verpflichtung, ihre Realforderung im Konkurse anzumelden.²⁰⁾

Die Deutsche Konkursordnung vom 10. Februar 1877 beseitigt die Absonderungsrechte des Benefizialerben und der Gläubiger des Erben, des gemeinrechtlichen generellen Pfandgläubigers und beschränkt die Zahl der Absonderungsgläubiger auf die Erbschaftsgläubiger, die Gemeinschaftsinteressenten und „Gläubiger, die Lehns-, Stammgut- und Fideikommißgläubiger, die Immobilien- und die Hauptpfandgläubiger und stellt letzteren nur eine, im Verhältniß namentlich zum gemeinen Rechte, geringe Anzahl Gläubiger gleich, denen sie ein gesetzliches Pfandrecht zuerkennt. Dem Verwalter sind zwar bestimmte Rechte für die Verwerthung des Absonderungsgegenstandes eingeräumt, aber die abgesonderte Befriedigung erfolgt außerhalb des Konkursverfahrens. Diese Trennung der abgesonderten Befriedigung vom Konkursverfahren wird in den Motiven²¹⁾ durch den Hinweis auf die Nachtheile begründet, welche mit der bisherigen Hineinziehung der Spezialpfandgläubiger in den Konkurs verbunden waren: da die Verwaltung und Verfügung über die Absonderungsgegenstände den Separatisten entzogen und dem Verwalter übertragen sei, habe man bei der Verwaltung und Verwerthung der Pfandstücke eine überwiegende Mitwirkung der persönlichen Gläubiger zulassen müssen, auch wenn es wahrscheinlich oder gewiß gewesen sei, daß nicht das Geringste zur Befriedigung derselben übrig blieb; die Pfandgläubiger, obgleich sie von dem Konkursverfahren nicht den geringsten Vortheil hätten,

¹⁷⁾ § 37.

¹⁸⁾ §§ 256 ff.

¹⁹⁾ Die Privilegien der Bank und der Seehandlungsgesellschaft blieben unberührt § 265.

²⁰⁾ § 263 Abs. 2.

²¹⁾ S. 26—28.

hätten auf ihre Befriedigung mit den einfachen Konkursgläubigern warten müssen, und durch die Verkettung mit den Absonderungs-
gläubigern hätten bei allen diesen Nachtheilen auch die persönlichen
Gläubiger leiden, auch sie hätten mit ihrer Befriedigung warten
müssen, bis die Streitigkeiten der Realgläubiger über ihre Forderungen
und ihre Rangordnung in dem allgemeinen Verfahren oder durch be-
sondere Prozesse zum Austrag gebracht worden seien.

§ 2. Das Verhältniß der Konkursordnung zur Reichs- und Landesgesetzgebung.

Nach § 3 R.D. kann ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung
aus Gegenständen, welche zur Konkursmasse gehören, nur in den in
der R.D. zugelassenen Fällen geltend gemacht werden; durch § 4
Abs. 1 E.G. z. R.D. sind die Vorschriften der Landesgesetze über das
Konkursverfahren, sowie über das Konkursrecht aufgehoben, soweit
nicht in der R.D. auf dieselben verwiesen oder bestimmt ist, daß sie
nicht berührt werden. Aus diesen gesetzlichen Vorschriften ergibt
sich, daß alle landesgesetzlich anerkannten, von der R.D. nicht mehr
zugelassenen, Absonderungsrechte für das Konkursverfahren beseitigt
sind, und daß, da die Reichsgesetze nach Art. 2 der Reichsverfassung
auch künftigen Landesgesetzen derogiren, neue Absonderungsrechte für
den Konkurs durch die Landesgesetze nicht mehr eingeführt werden
dürfen.

Dagegen sind die Absonderungsrechte, welche auf Grund von
Reichsgesetzen bestehen oder durch Reichsgesetze später eingeführt werden,
nicht aufgehoben, denn nach § 3 Abs. 1 E.G. „werden die den
Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichsgesetze durch die R.D.
nicht berührt“ und die R.D. kann nicht verhindern, daß sie durch
spätere Reichsgesetze abgeändert wird. Von den bisherigen reichs-
gesetzlichen, das Absonderungsrecht betreffenden, Vorschriften sind
durch § 3 Abs. 2 E.G. nur die Bestimmungen beseitigt, welche in
den §§ 13—18 des Gesetzes vom 21. Juni 1869, betreffend die Ge-
währung der Rechtshülfe, gegeben waren.

Fraglich ist es, ob diesen Bestimmungen der R.D. gegenüber ein
Landesgesetz ungültig ist, dessen Erlaß der Partikulargesetzgebung
reichsgesetzlich reservirt ist. Der von der offenen Handelsgesellschaft
handelnde und nach Art. 169 sich auch auf die Kommanditgesellschaft
beziehende Artikel 122 des Handelsgesetzbuchs „behält den Landes-
gesetzen vor, zu bestimmen, ob und wie weit den Privatgläubigern

der Gesellschafter ein Absonderungsrecht in Bezug auf das Privatvermögen derselben zusteht.“ Es läßt sich nicht bestreiten, daß ein auf Grund dieses Vorbehalts landesgesetzlich eingeführtes Separationsrecht durch den § 4 E.G. beseitigt ist, wenn es vor dem Inkrafttreten der R.D. statuiert war;¹⁾ aber man darf den Einzelstaaten die Berechtigung nicht aberkennen, für die Zukunft ein Absonderungsrecht im Sinne des Art. 122 S.G.B. einzuführen. Diese Ansicht ist freilich in der Literatur²⁾ nicht vertreten, welche mit den Motiven³⁾ übereinstimmt, in denen behauptet ist: „den Privatgläubigern des in Konkurs verfallenen Gesellschafters ein Absonderungsrecht zu gewähren, werde, insoweit die Landesgesetze bisher von dem Vorbehalte Gebrauch gemacht, durch § 4 E.G. und für die Zukunft durch § 3 Abs. 1 R.D. beseitigt.“ Diese von der Regierung beabsichtigte Beseitigung des Abs. 2 des Art. 122 ist aber im Gesetz nicht zum Ausdruck gelangt. Ein Partikularstaat, welcher jetzt dem Privatgläubiger eines Handelsgesellschafters ein Absonderungsrecht gewährt, handelt lediglich auf Grund des reichsgesetzlich den Landesgesetzen zugelassenen Vorbehalts. Und da die das Absonderungsrecht betreffende reichsgesetzlichen Vorschriften durch § 3 R.D. nicht beseitigt und durch § 3 E.G. aufrecht erhalten sind, so ist auch der Vorbehalt des Art. 122 nicht außer Kraft gesetzt, sondern in derselben Weise aufrecht erhalten, in welcher er in Kraft geblieben sein würde, wenn die R.D. sein Fortbestehen ausdrücklich erwähnt hätte. Freilich hält der § 3 E.G. nur die den Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichsgesetze aufrecht, aber man kann mit Zug nicht leugnen, daß zu den den Konkurs betreffenden Vorschriften auch solche Vorschriften staatsrechtlicher Natur gehören.

§ 3. Das Verhältniß der Konkursordnung zum früheren Rechte.

Vor dem Inkrafttreten der R.D. können Forderungen entstanden sein:

- 1) für welche sowohl das zur Zeit ihrer Entstehung geltende Recht, wie auch die R.D.,

¹⁾ Von diesem Vorbehalt hatten — Motive S. 451 — Württemberg, Sachsen, Baden, Hannover, Frankfurt, Braunschweig, Hamburg, Lübeck, Kurhessen, Mecklenburg, Oldenburg, Anhalt, nicht aber Preußen, Gebrauch gemacht.

²⁾ Willenbücher, Anm. 2^a zu § 201. v. Wilmowsky, Anm. 1 zu § 201. v. Bölsnerdorff, III, S. 65. v. Sarwey, S. 855 Anm. 1 zu § 201. Fitting, S. 401.

³⁾ S. 451.

- 2) für welche die R.D., nicht aber das zur Zeit der Entstehung der Forderung geltende Recht,
- 3) oder für welche das zur Zeit ihrer Entstehung geltende Recht, nicht aber die R.D. ein Absonderungsrecht anerkennt.

Zu 1. Für die Forderungen der ersten Art beantwortet sich die Frage, ob der Pfandgläubiger absonderungsberechtigt ist, durch den § 11 E.G.:

„In einem am Tage des Inkrafttretens der R.D. oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der R.D. und dieses Gesetzes über abgesonderte Befriedigung auf Pfand- und Vorzugsrechte Anwendung, wenngleich dieselben oder die Forderungen vor dem bezeichneten Tage erworben sind.“

Daraus ergibt sich der Grundsatz, daß ein von der R.D. anerkanntes Absonderungsrecht den älteren mit einem Absonderungsrechte zur Zeit ihrer Entstehung bereits behafteten Forderungen zu Statten kommt.¹⁾ Das Gesetz spricht freilich nur von Pfand- und Vorzugsrechten, nicht auch von den allgemeinen Absonderungsrechten, das gesetzlich aufgestellte Prinzip muß aber auch für die letzteren gelten.²⁾ Denn die R.D. stützt sich im Wesentlichen in ihren materiell rechtlichen Bestimmungen auf das bisherige Civilrecht, und die Erbschaftsgläubiger und sonstigen allgemeinen Absonderungsberechtigten der R.D. sind dieselben, welche bereits vor dem Inkrafttreten der letzteren anerkannt waren.

Zu 2. Ein von der R.D. anerkanntes Absonderungsrecht kommt denjenigen Ansprüchen nicht zu, welchen ein solches vor der R.D. gesetzlich nicht zustand, sofern es nicht nach dem Inkrafttreten der R.D. noch rechtsgültig konstituiert ist.³⁾ Denn wenn auch das neue Gesetz dieselben Rechtsverhältnisse meint, aus welchen das alte Gesetz ein Absonderungsrecht nicht entstehen ließ, so kann doch ein Privilegium, welches mit einem Anspruch zur Zeit seiner Entstehung nicht ver-

¹⁾ Motive S. 473. Vgl. § 32 des Preuß. A.G. vom 31. März 1879: „In den Landesheilen, in welchen vor dem Inkrafttreten der Deutschen Civilprozeßordnung nach dem bisherigen Rechte durch die Pfändung ein Pfandrecht begründet ist, gewährt dieses Pfandrecht dem Gläubiger die im § 709 E.P.D. bezeichneten Rechte.“

²⁾ v. Wilimowski Anm. zu § 11 E.G.

³⁾ A. M. v. Wilimowski Anm. zu § 11 E.G., welcher behauptet, daß die Absonderungsrechte der R.D. allen in den §§ 39–45 R.D. bezeichneten Ansprüchen zukommen, auch wenn ihnen in den bisherigen Konkursvorschriften ein Absonderungsrecht nicht eingeräumt war.

bunden war, nicht dadurch erworben werden, daß ein späteres Gesetz einer gleichartigen Forderung ein solches Privileg gewährt; sonst würde das wohlermorbene Recht der übrigen Gläubiger beeinträchtigt werden, welches von diesen vielleicht in anderer Weise oder unter größerer Sicherheit begründet sein würde, wenn sie gewußt hätten, daß das Gesetz anderen ein Privileg vor ihnen verleihen würde. Auch aus dem § 11 E.G. läßt sich das Gegentheil nicht ableiten: der § 11 spricht von „Pfand- und Vorzugsrechten, wenngleich dieselben vor dem Inkrafttreten der R.D. erworben sind“, und wenn er auch gleichzeitig von Forderungen spricht, die bereits vor dem 1. Oktober 1879 erworben waren, so sind damit doch nur Forderungen gemeint, für welche bereits vor dem 1. Oktober 1879 ein Pfandrecht bestand oder für welche ein solches nach dieser Zeit durch einen gültigen Rechtsakt begründet wird. Bestand z. B. in der Provinz Hannover⁴⁾ vor dem 1. Oktober 1879 ein gesetzliches Absonderungsrecht des Vermiethers nicht, so darf dem letzteren für seine Miethsforderung, soweit sie bis zum 1. Oktober 1879 begründet war, das jetzt anerkannte Absonderungsrecht nicht eingeräumt werden. In Preußen gewährte die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Pfändung ein solches Separationsrecht nicht, wie es seit dem 1. Oktober 1879 als Pfändungspfandreht besteht; dem Gläubiger, welcher vor dem 1. Oktober 1879 hat pfänden lassen, gebührt daher kein Absonderungsrecht. Fiel der Eintritt des neuen Gesetzes in ein bereits begründetes Rechtsverhältniß, welches fortgesetzt neue Rechte erzeugt, z. B. in ein Miethsverhältniß, so kann nur den aus diesem Rechtsverhältniß erst nach dem Inkrafttreten der R.D. entspringenden Forderungen das Absonderungsrecht der R.D. zuerkannt werden; aus einem vom 1. Januar 1876 laufenden Miethsverhältniß kann daher ein Pfandreht für den Vermiether, der dasselbe nach dem damaligen Civilrechte zur Zeit der Begründung des Miethsverhältnisses nicht hatte, nur für diejenige Zeit bestehen, in welcher der Miethsvertrag nach dem 1. Oktober 1879 fortgesetzt ist, mag er auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen sein.

Zu 3. Ein vom bisherigen Rechte anerkanntes Absonderungsrecht, welches die R.D. nicht mehr zuläßt, gilt für das Konkursverfahren als aufgehoben. Denn die R.D. regelt das Verfahren zur Befriedigung der Absonderungsansprüche nur für die von ihr an-

⁴⁾ Vgl. unten § 4 unter 1 c.

erkannten Separationsansprüche, für andere außerhalb der R.D. bestehende Absonderungsrechte fehlt es daher an Wegen, auf welchen im Konkurs Befriedigung erlangt werden kann. Das E.G. hat aber mit Rücksicht auf die wohlervorbenen Rechte der früheren Absonderungsberechtigten wenigstens die bereits begründeten Pfandrechte, soweit sie von der R.D. nicht mehr anerkannt werden,⁵⁾ nicht völlig außer Wirksamkeit setzen wollen. Aber es hat diese schonende Rücksicht nicht auf alle, nicht mehr anerkannten, Absonderungsrechte ausgebehnt, hat auch für die Pfandrechte nicht ein Recht mit der Wirkung der Absonderung aufrecht erhalten, sondern nur der Landesgesetzgebung gestattet, den Pfandgläubigern ein Vorrecht einzuräumen. Daher bestimmt der § 12 dieses Gesetzes:

„Insoweit Pfand- und Vorzugsrechte, welche vor dem Inkrafttreten der R.D. auf Grund eines Vertrages, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind, zufolge der Bestimmungen der R.D. und dieses Gesetzes ihre Wirksamkeit verlieren, kann die Landesgesetzgebung für die Forderung des Berechtigten ein Vorrecht vor allen oder einzelnen der im § 54 R.D. bezeichneten Forderungen gewähren.

Ist das Pfand- oder Vorzugsrecht auf einzelne bewegliche Gegenstände des Schuldners beschränkt, so kann das Vorrecht nur in Höhe des Erlöses derselben gewährt werden.

Das durch die vorstehenden Bestimmungen vorbehaltene Vorrecht kann nicht gewährt werden für ein zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der R.D. eröffnetes Konkursverfahren, wenn nicht das Vorrecht dadurch erhalten wird, daß dasselbe bis zum Ablauf der zwei Jahre zur Eintragung in ein öffentliches Register vorschriftsmäßig angemeldet ist. Der Erlass von Vorschriften über die Einrichtung solcher Register, sowie über die Anmeldung und Eintragung der Forderungen bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten;“

und der § 13:

⁵⁾ Dies sind namentlich die generellen Pfandrechte des gemeinen Rechtes, die nicht mehr anerkannten gesetzlichen Spezialpfandrechte, wie auch diejenigen Spezialpfandrechte, zu deren Begründung nach früherem Rechte geringere Erfordernisse als jetzt genügten, die z. B. den Gewahrsam des Gläubigers nicht voraussetzten.

„die Landesgesetzgebung kann der Ehefrau, den Kindern und den Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners für Forderungen, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der R.D. entstanden sind, ein Vorrecht nach Maßgabe des § 12 Abs. 1, 2 insoweit gewähren, als ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht der Ehefrau, der Kinder oder der Pflegebefohlenen nach den bisherigen Gesetzen bestanden hat.

Auf das Vorrecht der Ehefrau findet die Bestimmung des § 12 Abs. 3 entsprechende Anwendung.

Den Kindern und den Pflegebefohlenen kann das Vorrecht für ein 5 Jahre nach dem Inkrafttreten der R.D. eröffnetes Konkursverfahren nicht gewährt werden.“

Das Preussische Ausführungsgesetz vom 6. März 1879 hat, von dieser Erlaubniß in den §§ 18 ff. Gebrauch machend, den früher, aber nicht mehr von der R.D. anerkannten Pfandrechten, die auf Grund eines Vertrages, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung vor dem 1. Oktober 1879 erworben sind, sowie unter derselben Voraussetzung dem gesetzlichen Pfandrechte der Ehefrau ein Vorrecht gewährt, welches aber für ein 2 Jahre nach dem 1. Oktober 1879 eröffnetes Konkursverfahren oder für eine nach dieser Zeit bewirkte Pfändung nur dann Gültigkeit haben soll, wenn es bis zum Ablauf dieser 2 Jahre zur Eintragung in das Vorrechtsregister vorschriftsmäßig angemeldet ist, und welches für einen 20 Jahre nach dem 1. Oktober 1879 eröffneten Konkurs oder für eine nach dieser Zeit bewirkte Pfändung unwirksam sein soll.

Das Gesetz unterscheidet hiernach zwischen vertragsmäßigen, testamentarischen und richterlichen Pfandrechten einerseits und gesetzlichen Pfandrechten andererseits, läßt die Verwandlung aller Pfandrechte ersterer Art in Vorzugsrechte, von der zweiten Art aber nur das Pfandrecht der Ehefrau zu. Das Vorzugsrecht, welches diesen Pfandrechten von den Landesgesetzgebungen substituiert werden darf und in Preußen substituiert ist, ist von folgenden Voraussetzungen abhängig:

a. Es muß, wenn es in einem bis zum Ablauf von 2 Jahren nach dem Inkrafttreten der R.D. eröffneten Konkurse — also jetzt unbedingt — geltend gemacht werden soll, bis zum Ablauf dieser 2 Jahre zum Vorrechtsregister angemeldet sein. Nur das Vorrecht, welches an Stelle des früher den Kindern und Pflegebefohlenen zustehenden Pfandrechts treten kann, ist ohne Rücksicht auf eine solche

Anmeldung auf die Dauer von 5 Jahren — nach § 22 des Preuß. A.G. auf die Dauer von 2 Jahren —, gerechnet vom 1. Oktober 1879 an, beschränkt, kann also in einem jetzt eröffneten Konkurse nicht mehr geltend gemacht werden und ist jetzt durch das Vorrecht des § 54^b R.D. ersetzt.

Die Konservierung des anzumeldenden Vorrechts hängt nicht von der Eintragung in das Vorrechtsregister ab, es genügt zu seiner Erhaltung die bloße Anmeldung, welche nach § 32 Abs. 1 des Preuß. A.G. zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder in schriftlicher, notariell oder gerichtlich beglaubigter Form angebracht sein muß. Deshalb kann das Vorrecht, auch wenn die Eintragung endgültig zurückgewiesen ist, gleichwohl, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, im Konkurse geltend gemacht werden, wie auch andererseits die Gültigkeit der erfolgten Eintragung im Konkurse bestritten werden kann.⁶⁾ Denn, da sowohl nach dem C.G., wie auch nach dem Preuß. A.G. die vorschriftsmäßige Anmeldung, nicht die Eintragung erforderlich und genügend ist, um das Vorrecht zu konserviren, so kann eine irrige Auffassung der Registerbehörde und der Beschwerdeinstanzen weder dem Rechte des Gläubigers noch des Schuldners präjudiziren, und kann vielmehr die Frage, ob die Anmeldung vorschriftsmäßig war, der Entscheidung des Prozeßrichters unterbreitet werden. Auch in den Motiven zum A.G. vom 6. März 1879 S. 31 ist gesagt, daß „zur Abwehr ungerechtfertigter Beeinträchtigungen des Kredits dem Schuldner die Feststellungsklage des § 231 C.P.D. zusteht.“

b. Das Vorrecht muß vor dem 1. Oktober 1879 bereits erworben, nicht bloß in Aussicht gestellt sein. Wird z. B. das Pfandrecht aus einer letztwilligen Verfügung abgeleitet, so muß diese nach gemeinem Rechte⁷⁾ vor dem 1. Oktober 1879 schon eröffnet⁸⁾ und die Erbschaft aus derselben schon angetreten sein.⁹⁾

Der Erwerb des Pfandrechts ist vor Allem dadurch bedingt, daß das Objekt dem Pfandrechte unterworfen ist. Deshalb kann an denjenigen Gegenständen, welche dem bisher wirksamen, jetzt nicht

⁶⁾ v. Wilmowski, Ausführungsgeetze zur R.D. S. 36 und Willenbücher, Anm. 2 zu § 33 des Gef. vom 6. März 1879 meinen dagegen, daß, wenn das Eintragungsgeſuch endgültig zurückgewiesen sei, die Anmeldung zur Sicherung des Anspruchs nicht genüge.

⁷⁾ Nach Preussischem Rechte — § 367 A.L.R. I, 9 — wird die Erbschaft mit dem Tode des Erblassers erworben.

⁸⁾ I. 21 § 2, I. 27, I 13 pr. D. 29, 2.

⁹⁾ v. Wilmowski, Anm. 1 z. § 12 des C.G.

mehr anerkannten Pfandrechte bis zum 1. Oktober 1879 nicht unterworfen waren, das Vorrecht nicht beansprucht werden. An die Stelle eines das gegenwärtige und zukünftige Vermögen des Schuldners ergreifenden generellen Pfandrechts des gemeinen Rechts tritt das Vorrecht daher nur bezüglich derjenigen Gegenstände, an welchen es bereits vor dem 1. Oktober 1879 bestand, nicht auch bezüglich solcher, welche erst nach diesem Zeitpunkte dem Vermögen des Gemeinschuldners hinzukommen. v. Wilnowski a. a. O. und das Reichsgericht¹⁰⁾ lassen das Vorrecht auch an den erst nach dem 1. Oktober 1879 dem Vermögen des Schuldners hinzugetretenen Sachen zu; ersterer meint, es sei nicht zu bezweifeln, daß das Vorrecht am gesamten Vermögen einschließlich der erst nach dem 1. Oktober 1879 zu machenden Erwerbungen und nicht blos an den früher erworbenen Vermögensgegenständen gewahrt werden könne, und das Reichsgericht macht geltend, daß nach der richtigen, herrschenden Meinung das Generalpfandrecht des gemeinen Rechts in Bezug auf die später erworbenen Sachen nicht nach dem Datum des Erwerbs dieser Sachen, sondern nach dem Datum rangire, mit welchem es überhaupt entstanden sei. So richtig dieser Grund an sich ist, so wenig beweisend ist er. Aus dem Vorrang eines später entstandenen vor einem früher entstandenen Rechte folgt nur, daß jenes diesem vorgeht, nicht aber, daß es früher als jenes entstanden ist, und da der § 12 des E.G. wie der § 18 des Preuß. A.G. den Erwerb des Pfandrechts vor dem 1. Oktober 1879 ausdrücklich voraussetzen, so kann ein Gegenstand nicht dem Vorrechte unterworfen sein, an welchem das Pfandrecht vor dem 1. Oktober 1879 noch nicht erworben war, mag im Verhältniß zu Dritten eine Rückbeziehung zulässig sein oder nicht.

Da das Vorrecht des § 12 E.G. kein Absonderungsrecht ist, so hat der bevorrechtigte Gläubiger am Konkurse theilzunehmen und steht jedenfalls den Massenforderungen nach. Die Bestimmung über seine Stellung gegenüber den anerkannten Absonderungs- und Vorzugsgläubigern ist den Landesgesetzen überlassen, und im § 20 des Preuß. A.G. ist in dieser Beziehung auf die bisherigen Vorschriften verwiesen; aber der frühere Spezialpfandgläubiger, dessen Pfandrecht auf ein Vorzugsrecht reduzirt ist, ist doch andern, in der R.D. anerkannten Vorzugsgläubigern gegenüber beschränkt, indem er nicht, wie diese, sein Vorrecht unbeschränkt an der gesamten Konkursmasse, sondern,

¹⁰⁾ Urtheil vom 9. Okt. 1882 in den Entscheidungen Bd. 10 S. 41, 42.

zwar an der ganzen Masse, aber nur in Höhe des Erlöses der früheren Pfandsache beanspruchen kann, und den anerkannten Absonderungsgläubigern gegenüber ist er nicht nur dadurch im Nachtheile, daß er an dem Konkurse als Konkursgläubiger theilnehmen muß, sondern auch dadurch, daß er kein Recht an dem Gegenstand seines früheren Pfandrechts hat, auch nicht an dem Erlöse dieses Gegenstandes, sondern nur in Höhe desselben. Da er nur Konkursgläubiger sein kann, so fällt sein Vorrecht ganz fort, wenn er nicht persönlicher Gläubiger des Kreditars ist, wenn er z. B. nur ein, jetzt nicht mehr anerkanntes, Pfandrecht an einer Sache des Gemeinschuldners für eine Forderung gegen einen Dritten hatte.

Die Kollision dieses Vorzugsrechts mit den in der R.D. anerkannten Absonderungs- und Vorzugsrechten muß sich aus den Sätzen entscheiden:

- 1) daß sein Recht durch die R.D. nicht vergrößert ist, und
- 2) daß das an Stelle seines früheren Pfandrechts erlangte Vorzugsrecht — nach Preussischem Rechte, welches durch § 20 des A.G. die Rangordnung nach den bisherigen Vorschriften bestimmen läßt — denselben Rang hat, welcher dem früheren Pfandrechte zustand.

Ist dies richtig, so gehen diesem Vorzugsgläubiger die früher begründeten Absonderungsrechte und auch diejenigen früher begründeten Vorzugsrechte vor, welche, wie das seinige, an Stelle bisheriger Pfandrechte getreten sind. Es gehen ihm aber auch die erst später entstandenen Forderungen vor, wenn für dieselben nach bisherigem oder auch nach jetzigem Rechte ein Vorrang ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Entstehung begründet ist, wie die Forderung des Versionsgläubigers nach § 41⁷ R.D.

Gläubiger, welche erst nach dem 1. Oktober 1879 ein Vorrecht des § 54 R.D. erlangt haben, können das Recht des früheren Pfandgläubigers nur schmälern, wenn sie ihm auch nach früherem Rechte vorgehen würden und wenn der Massebestand, an welchem ihr Vorrecht ohne Beschränkung besteht, zur beiderseitigen Befriedigung nicht ausreicht. Soweit durch diese ihm vorgehenden Gläubiger der Erlös absorbiert wird, soweit fällt der frühere Pfandgläubiger mit seinem Vorrechte aus.

Der frühere Generalpfandgläubiger kann sein Vorrecht zwar unbeschränkt an der gesammten Konkursmasse mit Ausschluß des Er-

löses der erst nach dem 1. Oktober 1879 der Masse hinzugetretenen Gegenstände geltend machen, aber er muß den Absonderungs- und Vorzugsgläubigern nachstehen, hinter welchen er nach früherem Rechte rangirte.

Der frühere, jetzt nicht mehr anerkannte, Pfandgläubiger wird auch außerhalb des Konkurses durch die neue Gesetzgebung getroffen. Nach § 708 Abs. 2 E.P.D. steht er dem Pfändungspfandgläubiger nach, dessen Pfandrecht nach dem 1. Oktober 1879 erworben ist. Ueber das Verhältniß des Pfändungspfandgläubigers zu dem nicht mehr anerkannten Pfandgläubiger bestimmt der § 23 des Einführungsgesetzes vom 30. Januar 1877 zur E.P.D.:

„Insoweit Pfand- oder Vorzugsrechte, welche vor dem Inkrafttreten der E.P.D. auf Grund eines Vertrages, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind, gegenüber einem Pfandrechte, welches durch eine nach dem Inkrafttreten der E.P.D. bewirkte Pfändung begründet werden, zufolge des § 709 Abs. 2 E.P.D. ihre Wirksamkeit verlieren würden, kann die Landesgesetzgebung für die Forderung des Berechtigten das bisherige Vorrecht gewähren.

Das Vorrecht kann nicht gewährt werden gegen eine zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der E.P.D. bewirkte Pfändung, wenn nicht das Vorrecht dadurch erhalten wird, daß dasselbe bis zum Ablauf der zwei Jahre zur Eintragung in ein öffentliches Register vorschriftsmäßig angemeldet ist. Der Erlaß von Vorschriften über die Einrichtung solcher Register, sowie über die Anmeldung und Eintragung der Forderungen bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auch auf ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht der Ehefrau des Schuldners für Forderungen, welche vor dem Inkrafttreten der E.P.D. entstanden sind, entsprechende Anwendung.“

Das Preuß. A.G. hat in den §§ 18, 19 den Pfandrechten, welche vor dem 1. Oktober 1879 auf Grund eines Vertrages, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben sind, sowie dem gesetzlich anerkannten Pfandrechte der Ehefrau ein Vorrecht gewährt, soweit diese Pfandrechte gegenüber einem nach dem 1. Oktober 1879 entstandenen Pfändungspfandrechte ihre Wirksamkeit verlieren.

Indem der Landesgesetzgebung gestattet ist, dem früheren Pfandgläubiger das bisherige Vorrecht einem Pfändungspfandgläubiger gegenüber zu belassen, wird ihr nicht die Befugniß eingeräumt, dem bisherigen Pfandgläubiger ein anderes Vorrecht zu gewähren, als er hatte, sondern nur, ihm sein bisheriges Recht zu konserviren, daher geht das Preuß. A.G., sofern es dem Pfandgläubiger ein Vorrecht überhaupt giebt, statt ihm sein bisheriges Vorrecht zu belassen, über die reichsgesetzlich gezogene Grenze hinaus. Der frühere Pfandgläubiger steht somit dem späteren Pfändungsgläubiger außerhalb des Konkurses anders gegenüber, als im Konkurse: außerhalb des Konkurses kann ihm das Landesgesetz nur das bisherige Vorrecht an der Pfandsache bezw. an dem Erlöse derselben belassen, wogegen er im Konkurse ein Vorrecht weder an der Pfandsache, noch an dem Erlöse, sondern nur an der gesamten Masse in Höhe des Erlöses haben kann. Hieraus folgt, daß das Recht des Pfändungsgläubigers am Erlöse vor dem Konkurse durch die Konkurrenz des ihm vorgehenden Pfandgläubigers beschränkt wird, daß diese Beschränkung aber aufhört, sobald der Konkurs eröffnet ist; denn nunmehr ist der frühere Pfandgläubiger nur noch Vorrechtsgläubiger und hat ein Vorrecht nicht mehr an der, auch dem Pfändungspfandgläubiger haftenden, Sache, sondern in Höhe des Erlöses an der gesamten Konkursmasse. Zu diesem Resultat ist auch das Reichsgericht¹¹⁾ gelangt, während v. Wilmowski a. a. O., dem auch Willenbücher¹²⁾ folgt, behauptet, der Pfändungspfandgläubiger, welcher dem früheren Pfandgläubiger vor der Eröffnung des Verfahrens nachstehen würde, könne durch die Konkursöffnung keine günstigere Stellung erlangen; deshalb müsse von demjenigen Betrage, den der Pfändungspfandgläubiger auf Grund seines Absonderungsrechtes erhalte, zunächst der frühere Pfandgläubiger befriedigt werden, während der Pfändungspfandgläubiger nur den Rest behalte und für denjenigen Theil, den er an den früheren Pfandgläubiger auszahlen müsse, einfacher Konkursgläubiger sei; die Konkursmasse werde dadurch nicht benachtheiligt und nicht berührt. Diese Ansicht führt aber zu der Konsequenz, daß dem früheren, jetzt nicht mehr anerkannten Pfandgläubiger im Konkurse ein Recht an dem Erlöse der früheren Pfandsache zustehen würde, ein solches Recht hat er aber gesetzlich nicht mehr.

¹¹⁾ Entsch. Bd. II S. 93 ff.

¹²⁾ Anm. 4 zu § 12.

§ 4. Das Verhältniß des Konkursrechts zu dem Recht außerhalb des Konkurses.

Die R.D. kennt Fälle des Absonderungsrechts, welche in manchen Civilrechten außerhalb des Konkurses nicht anerkannt sind, und umgekehrt werden von manchen Civilrechten außerhalb des Konkurses Absonderungsrechte nicht gewährt, welche die R.D. anerkennt:

- 1) die Frage, ob diejenigen Absonderungsrechte, welche die R.D., aber nicht das Civilrecht anerkennt, im Konkurse geltend gemacht werden können, beantwortet sich nach der Art der Absonderungsrechte verschieden:
 - a. Von den allgemeinen Absonderungsrechten kann dasjenige der Erbschaftsgläubiger und Legatäre, sowie dasjenige der Lehn-, Stammgut- und Familienfideikommissgläubiger nach den ausdrücklichen Vorschriften der §§ 43, 45 R.D. im Konkurse nur geltend gemacht werden, wenn und soweit es im Civilrecht anerkannt ist. Der Kommunionsgläubiger und Kommunioninteressent hat dagegen das Absonderungsrecht im Konkurse auch dann, wenn das Civilrecht ein solches versagt oder verbietet.
 - b. Von den Spezialseparationsrechten sind die Immobilienabsonderungsrechte nach § 39 im Konkurse nur dann wirksam, soweit das Landesgesetz sie anerkennt. Das Absonderungsrecht der Faustpfandgläubiger muß nach § 40 nicht nur den Vorschriften der Landesgesetze, sondern auch denjenigen der §§ 14, 15 E.G. entsprechen.
 - c. Den Quasifaustgläubigern des § 41 steht das Absonderungsrecht auch dann zu, wenn ihnen das Civilrecht ein Pfandrecht nicht gewährt.¹⁾ Denn der § 41 bestimmt, daß die dort aufgeführten Gläubiger „den Faustpfandgläubigern gleichstehen,“ und setzt ohne Rücksicht auf die Vorschriften des Civilrechts die Voraussetzungen des Absonderungsrechts selbst fest, wie denn z. B. dem kaufmännischen Retentionsgläubiger ein Absonderungsrecht ausdrücklich gegeben ist, obgleich er im Civilrecht ein Pfandrecht nicht beanspruchen

¹⁾ v. Wilimowski Anm. 1 zu § 41. v. Bölderndorff I § 41 III Anm. 8. A. M. Meißner S. 183 ff., welcher nur denjenigen Gläubigern des § 41 R.D. im Konkurse ein Absonderungsrecht zuerkennt, die nach Civilrecht ein Pfandrecht haben.

kann. Diese Verschiedenheit der Rechte im Konkurse und außerhalb desselben hat zur Folge, daß mancher Gläubiger, z. B. der Vermiether, welcher in der Provinz Hannover weder ein Retentions- noch ein Pfandrecht hat, durch die Eröffnung des Konkurses, durch die ihm ein Absonderungsrecht erwächst, seine Rechtslage verbessert.

- 2) Daß umgekehrt die im Civilrecht, aber nicht in der R.D. anerkannten Absonderungsrechte vom Konkurse ausgeschlossen sind, ergibt sich aus § 3 R.D., welcher Ansprüche auf abgesonderte Befriedigung nur in den von der R.D. anerkannten Fällen zuläßt.

Die weitere Frage, ob Absonderungsrechte, welche die R.D. nicht kennt, außerhalb des Konkursrechtes bestehen bleiben, beantwortet die R.D. nicht, weil sie in das Recht außerhalb des Konkurses nicht eingreift. Derselbe wird, sowie das Civilrecht nichts anderes bestimmt, für das Recht außerhalb des Konkursverfahrens die Rechtsbeständigkeit von Absonderungsrechten durch die Bestimmungen der R.D. nicht berührt. Das Preussische Recht hat dieses Verhältniß des Konkursrechtes zum Civilrecht in Betreff der allgemeinen Absonderungsrechte nicht geändert,²⁾ nur in Betreff der Quasifaustpfandrechte hat es durch besondere Vorschriften das Absonderungsrecht außerhalb des Konkurses mit dem Konkurs=Absonderungsrecht in Einklang gebracht. Der § 7 des U.G. vom 6. März 1879 bestimmt:

„Die Vorschriften des § 41 R.D. und des § 6 dieses Ges. finden außerhalb des Konkursverfahrens auf das Verhältniß der durch diese Vorschriften den Faustpfandgläubigern gleichgestellten Gläubiger zu anderen Gläubigern des Schuldners entsprechende Anwendung.

Für Forderungen, für welche durch die Vorschriften der R.D. ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus einzelnen Gegenständen des beweglichen Vermögens nicht zugelassen ist, besteht auch außerhalb des Konkursverfahrens kein Absonderungsrecht oder Vorzugsrecht an solchen Gegenständen.“

Hiernach besteht ein gesetzliches und richterliches Pfandrecht im Civilrechte nur noch in denjenigen Fällen, in welchen der § 41 R.D. ein Absonderungsrecht anerkennt, es besteht Dritten gegenüber aber

²⁾ Deshalb hat der Kommuniionsinteressent außerhalb des Konkurses kein Absonderungsrecht.

auch dann, wenn es bisher außerhalb des Konkurses nicht anerkannt war. Aber diese Identität des Absonderungsrechtes in und außerhalb des Verfahrens gilt nicht für Rechte, welchen der Charakter des Absonderungsrechtes fehlt, vor allem nicht für das Retentionsrecht,³⁾ und die durch den § 7 A.G. für das Civilrecht neu eingeführten Absonderungsrechte sollen nur Dritten gegenüber bestehen. In dieser Beziehung ist in den Motiven⁴⁾ behauptet:

„Sowohl seiner Absicht wie seiner Fassung nach bezieht sich der § 7 nur auf das Verhältniß der Gläubiger unter einander. Die Bestimmungen desselben lassen sonach die durch das bürgerliche Recht gewährten Pfand- und Retentionsrechte, soweit dieselben dem Schuldner oder Dritten gegenüber von Wirksamkeit sind, unberührt. Beispielsweise bleiben demgemäß unberührt: die Bestimmungen, nach welchen dem Vermiether oder Verpächter die Befugniß zusteht, sich wegen seiner Forderungen wider den Miether oder Pächter an die eingebrachten Sachen des Aftermiethers oder Afterspächters oder an die dem Afterspächter gehörigen Früchte des Pachtgrundstückes zu halten (vgl. Motive zur Konkursordnung S. 210); die Bestimmungen des Preuß. Rechtes, wonach das dem Vermiether und Verpächter an den eingebrachten Sachen beilegte Pfandrecht nicht nur die eigenen Sachen des Miethers oder Pächters, sondern auch die Sachen umfaßt, welche derselbe ohne Einwilligung des Eigenthümers zu pfänden befugt ist (Deklaration vom 21. Juli 1846 G.S. S. 326; § 33⁴ Preuß. Konkursordnung); die Bestimmungen des Rheinischen Rechtes über das dem Vermiether und Verpächter hinsichtlich der ohne seine Einwilligung anders wohin gebrachten Sachen zustehende Verfolgungsrecht (Art. 2102 Nr. 1 B.G.B.) u. a. m.“

Das Reichsgericht⁵⁾ hat hiernach für die Provinz Hannover, in welcher das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers durch das Hanoversche Gesetz vom 14. Dezember 1864 beseitigt war, sowie für Mecklenburg-Schwerin erkannt, daß außerhalb des Konkurses der Vermiether dem Miether gegenüber ein gesetzliches Pfandrecht nicht habe, und daß ihm ein solches Pfandrecht durch den § 7 A.G. zwar andern Gläubigern gegenüber, nicht aber im Verhältniß zu seinem

³⁾ Vgl. darüber unten § 6.

⁴⁾ S. 20, 21.

⁵⁾ Rechtsprechung in Strafsachen Bd. 4 S. 358 u. Bd. 5 S. 256 ff.

Schuldner, dem Miether, gegeben sei, wogegen dasselbe Gericht in einer andern Entscheidung⁶⁾ davon ausgeht, daß der § 7 dem Verpächter auch dem Pächter selbst gegenüber ein diesem bisher nicht eingeräumtes Pfandrecht gewähre. v. Wilimowski⁷⁾ und Willenbücher⁸⁾ lassen das bisher nicht anerkannte Pfandrecht in Uebereinstimmung mit der zuerst angeführten Entscheidung des Reichsgerichts nur dritten Gläubigern gegenüber zur Entstehung gelangen. Dieser Ansicht muß beigetreten werden, weil der Abs. 1 des § 7 A.G. die Pfandrechte des § 41 R.D. für das Zivilrecht, soweit sie dort nicht begründet sind, ausdrücklich nur „im Verhältniß zu andern Gläubigern des Schuldners“ einführt. Dies Resultat ergibt allerdings ein juristisch anomales Rechtsverhältniß: denn das Pfandrecht ist ein dingliches Recht und seine essentiellen Voraussetzungen bestehen daher darin:

- 1) daß die Sache eines andern dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung haftet, d. i. das Befriedigungsrecht,
- 2) daß das Recht des Pfandgläubigers der Sache folgt und deshalb Dritten gegenüber geltend gemacht werden kann, d. i. die Dinglichkeit des Rechts.

Erkennt man ein Pfandrecht an, welches nur die zweite, nicht aber die erste Funktion hat, also ein Recht, welches zwar Dritten gegenüber geltend gemacht werden kann, welches aber dem Berechtigten die Möglichkeit seiner Befriedigung aus der Sache nicht gewährt, so statuirt man die Eigenthümlichkeit einer abstrakten Dinglichkeit, so erkennt man ein Recht an, welches der Gläubiger an einer Sache des Schuldners Dritten gegenüber hat, welches ihm aber gegen den Schuldner selbst nicht zusteht. Dem dinglichen Rechte läßt sich eher die zweite, als die erste Funktion entziehen: ein solches dingliches Recht, welches nur gegenüber dem Schuldner, nicht aber gegen Dritte geltend gemacht werden kann, besteht z. B. nach § 12 des E.G.G. für diejenigen dinglichen Rechte an einem Grundstücke, welche „zu ihrer Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedürfen“, welche aber nicht eingetragen sind. Die juristische Konstruktion eines dinglichen Rechts, welches ohne Wirkung gegen den Schuldner ist, führt auch zu eigenthümlichen Konsequenzen: Erwirbt ein dritter Gläubiger ein Pfändungspfandrecht an den Utensilien des Miethers, so kann der Vermiether des Hannoverschen Rechts diesem Gläubiger gegenüber sein

⁶⁾ Rechtsprechung in Strafsachen Bd. 4 S. 56, 57.

⁷⁾ Anm. 1 zu § 41.

⁸⁾ Anm. 1 u. 3 zu § 7 des Ges. vom 6. März 1879.

Pfandrecht geltend machen, ihm gegenüber kann er auch den Auktionserlös für sich in Anspruch nehmen, aber sein Sieg gegen den Pfändungsgläubiger hat für ihn wenig Werth: Da der Vermiether dem Schuldner gegenüber kein Recht an den Maten hat, so hat er auch kein Recht an dem Erlöse derselben; den, dem Pfändungspfandgläubiger abgerungenen, Verkaufserlös erhält er daher nur, um ihn an den Schuldner abzugeben. Gleichwohl ist das nur gegen Dritte begründete Pfandrecht nicht ganz ohne Bedeutung und seine Konstruktion nicht ganz ohne Analogie: Indem das Recht des Vermiethers andere Gläubiger des Schuldners abhält, die Maten des Miethers zu ihrer Befriedigung anzugreifen, behält der Vermiether Objekte, aus denen er, wenn sie der Miether nicht freiwillig veräußert, auf Grund eines Vollstreckungstitels für seine Miethforderungen Befriedigung suchen kann. Eine Analogie dieses Rechtsverhältnisses ist gewissermaßen in dem unvollkommenen Pfandrechte⁹⁾ des eingetragenen Gläubigers, welches nur dem Schuldner gegenüber unvollkommen ist, dessen Gläubigern gegenüber aber alle Rechte der Pfandgläubiger gewährt, sie ist auch in der Befugniß des Immobiliargläubigers¹⁰⁾ zu finden, der die beweglichen, zur Immobiliarmasse gehörigen, Gegenstände auf Grund des § 206 B.B.G. dem Zugriffe anderer Gläubiger entziehen kann, ohne selbst unmittelbar seine Befriedigung aus diesen Sachen erreichen zu können. Mag die juristische Konstruktion noch so anomal sein, das Gesetz darf derartige, den juristischen Begriffen nicht entsprechende Absonderlichkeiten schaffen, wie auch das E.G.G. in der Grundschuld des Eigenthümers und in der Eigenthümerhypothek derartige Neuerungen geschaffen hat.

Während aber der Abs. 1 des § 7 A.G. den für das Zivilrecht eingeführten Absonderungsrechten des § 41 R.D. nur Dritten gegenüber Wirksamkeit beilegt, hebt der Abs. 2 des § 7 ohne Beschränkung auf das Verhältniß zu Dritten alle Absonderungsrechte, für die im Konkurs ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus einzelnen Gegenständen des beweglichen Vermögens nicht zugelassen ist, auch für das Civilrecht auf. v. Wilimowski a. a. D. und Willenbücher a. a. D. meinen zwar, daß auch der Abs. 2 des § 7 sich nur auf das Verhältniß zu den Gläubigern des Schuldners, nicht aber auf das Verhältniß zum Schuldner selbst beziehe, und diese Ansicht findet auch in den oben

⁹⁾ Vgl. unten § 9.

¹⁰⁾ Vgl. unten § 37.

ausgeschriebenen Motiven einen Anhalt. Aber der im ersten Absatz des § 7 enthaltene Zusatz „im Verhältniß zu andern Gläubigern des Schuldners“ fehlt im zweiten Absatz, deshalb ist hier die Beschränkung auf das Verhältniß zu Dritten nicht begründet, und es liegt kein Grund vor, eine juristische Anomalie in ein Gesetz hineinzutragen, welches eine solche Anomalie nicht enthält. Die in den Motiven angeführten Beispiele müssen freilich sämmtlich als richtig anerkannt werden, aber sie beweisen die behauptete Beschränkung des Abs. 2 auf das Verhältniß zu den Gläubigern des Schuldners nicht: denn daß das Retentionsrecht nicht beseitigt ist, folgt aus der Erwägung, daß dasselbe kein Absonderungsrecht ist, deshalb ist auch das Verfolgungsrecht des Art. 2102¹ code civ. aufrecht erhalten, und Rechtsfälle, nach welchen dem Vermiether oder Verpächter ein Pfandrecht an Sachen zusteht, die dem Miether oder Pächter nicht gehören, sowie die Bestimmungen des Preuß. Rechtes, wonach das dem Vermiether oder Verpächter an den Illaten beigelegte Pfandrecht nicht nur die eigenen Sachen des Miethers oder Pächters, sondern auch diejenigen eingebrachten Sachen umfaßt,¹¹⁾ die er zu verpfänden befugt ist, gelten auch im Konkurse und können schon deshalb durch den § 7 nicht für das Civilrecht beseitigt sein. Die Motive ergeben freilich, daß die Regierung auch die Beseitigung der in der R.D. nicht anerkannten Pfandrechte nur im Verhältniß zu Dritten beabsichtigt hatte, aber diese Absicht hat im Gesetz keinen Ausdruck gefunden, und es läßt sich mit Zug nicht behaupten, daß ein Rechtsatz besteht, welcher hat aufgestellt werden sollen, der aber nicht aufgestellt ist.

Das Verhältniß des Konkursrechtes zu dem Civilrecht gestaltet sich daher in Bezug auf die Quasipfandgläubiger in folgender Weise: die in dem bisherigen Civilrechte anerkannten und nicht anerkannten, aber im § 41 R.D. aufgeführten Absonderungsrechte sind in dem im § 41 angegebenen Umfange auch außerhalb des Konkurses gegenüber den Gläubigern des Schuldners wirksam; sofern sie in dem bisherigen Civilrecht aber nicht anerkannt sind, sind sie dem Schuldner selbst gegenüber ohne Wirksamkeit; die in dem bisherigen Civilrechte anerkannten, aber im § 41 R.D. nicht berücksichtigten Quasi-

¹¹⁾ Die Ansicht Willensbüchers Anm. 3 zu § 7 A.G., daß das Absonderungsrecht des Vermiethers und Verpächters, soweit dasselbe die Sachen umfaßt, die der Miether bezw. Pächter ohne Einwilligung des Eigentümers nicht verpfänden darf, durch den § 7 den Gläubigern des Schuldners gegenüber beseitigt sei, ist unrichtig und scheint auf ein Mißverständnis der Motive zurückzuführen zu sein.

pfandrechte sind sowohl im Verhältniß zum Schuldner, wie zu den Gläubigern desselben außer Kraft getreten.¹²⁾

I. Allgemeiner Theil.

§ 5. 1. Die Arten der Absonderungsberechtigten.

Die Absonderungsrechte scheiden sich in zwei Arten: Die erste Klasse bilden die Pfand- und sonstigen dinglichen und die ihnen gleichgestellten Rechte, die zweite Klasse die Absonderungsrechte der Erbschaftsgläubiger, Legatäre, Kommunionsgläubiger, der Lehn-, Stammgut- und Familienfideikommißgläubiger.

Das Realrecht hat eine zwiefache Funktion: das Recht der Befriedigung aus der verhafteten Sache und das Recht, die Sache gegen Dritte zu verfolgen. Die Absonderungsrechte der ersten Art haben beide Funktionen, die der zweiten Art nur die erste Funktion, das Recht der Befriedigung der Sache gegen den Schuldner. Aber für die Immobiliarzwangsvollstreckung sind den Realberechtigten durch das Preuß. Z.B.G. solche Gläubiger gleichgestellt, welche ihrer Natur nach nur ein persönliches Recht haben — z. B. im § 26 Z.B.G. die Dienstboten wegen ihres Lohnes —, Gläubiger, welchen die Dinglichkeit und somit die Verfolgbarkeit ihres Rechtes gegen Dritte fehlt, und die deshalb den Separatisten der zweiten Klasse näher stehen, als den Realberechtigten.

Die R.D. behandelt beide Arten des Absonderungsrechtes gleichmäßig: Die Vorschriften der §§ 3, 57, 88 R.D., überhaupt alle die Theilnahme der Separatisten am Konkurse betreffenden Vorschriften beziehen sich auf alle Separatisten, und die Absonderungsgläubiger beider Klassen gehören als solche nicht zu den Konkursgläubigern im Sinne des § 2 R.D. Ist hiernach auch die Behandlung beider Arten der Absonderungsgläubiger im Konkurse eine gleichmäßige, so gestaltet sich ihr Recht doch verschieden, soweit es sich um das Verhältniß zu

¹²⁾ Außer Kraft getreten ist daher u. a. das Absonderungsrecht einer Gewerkschaft wegen rückständiger gewerkschaftlicher Beiträge, dessen Bestehen bisher streitig war. Vgl. Entsch. des Obertribunals Bd. 66 S. 221, Bd. 63 S. 219, Bd. 82 S. 45.

Dritten handelt: Können die Realgläubiger, nicht aber die übrigen Absonderungsgläubiger, ihr Recht gegen Dritte verfolgen, so verlieren die letztern ¹⁾, nicht aber die erstern ihr Recht an dem Absonderungsgegenstande durch den Uebergang desselben in das Eigenthum eines Dritten. Eine Verschiedenheit beider Arten des Separationsrechts zeigt sich weiter auch rücksichtlich ihrer Entstehung: Das Absonderungsrecht der zweiten Art — mit Ausnahme desjenigen der Lehn-, Stammgut- und Familienfideikommißgläubigern, die in dieser Beziehung den Spezialseparatisten gleichstehen — wird nicht schon durch das Vorhandensein der zu ihrer Geltendmachung erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen begründet, sondern zu seiner Existenz wird außerdem die Geltendmachung des Absonderungsrechtes verlangt. Der Erbschaftsgläubiger, der Legatar, der Kommunionsgläubiger kann die Absonderung verlangen, aber erst durch die Stellung dieses Verlangens wird diese Absonderung erforderlich, und der Verwalter darf nicht eher absondern, als dies Verlangen gestellt ist. Das Absonderungsrecht der Realrechte — mit Ausnahme der persönlichen Absonderungsgläubiger des §§ 26 Z.B.G., die in dieser Beziehung den Separatisten der zweiten Klasse gleichstehen — besteht dagegen ohne besondere Geltendmachung und ist zu berücksichtigen, auch wenn der Absonderungsgläubiger ein darauf gerichtetes Verlangen noch nicht gestellt hat.

Die Gläubiger der ersten Klasse werden die speziellen, die der zweiten die generellen oder allgemeinen Absonderungsgläubiger genannt. Diese Bezeichnung wird auch hier gebraucht, weil sie üblich ist, nicht ²⁾ weil die Ausführung der Motive ³⁾ anerkannt wird, daß nicht der Gegensatz zwischen persönlichen und dinglichen, sondern der Gegensatz zwischen generellen und speziellen Vorzugsrechten entscheidend sei.

Der allgemeine Separatist kann gleichzeitig ein spezielles Absonderungsrecht haben, es kann dem Erbschaftsgläubiger z. B. ein Pfandrecht an einer Nachlasssache zustehen. Ein solcher Gläubiger hat ein Absonderungsrecht doppelter Art, sowohl ein Recht zur Absonderung gegenüber der gesammten Konkursmasse, gegenüber den Konkursgläubigern, wie auch zur Absonderung des ihm besonders verhafteten Gegenstandes gegen die übrigen Separatisten; sein Recht

¹⁾ Wie auch die persönlichen Absonderungsgläubiger des § 26 Z.B.G.

²⁾ Auch der Gegenstand des Separationsrechtes der Erbschaftsgläubiger, Legatäre, Kommunionsgläubiger ist nur eine einzelne Sache oder sind nur einzelne Sachen.

³⁾ S. 189.

ist gleichzeitig ein dingliches, gegen dritte verfolgbares. Aber der Konkursmasse gegenüber hat er ein weiteres Vorrecht nicht: Sein Recht, aus der Masse selbst Befriedigung zu verlangen, sein Recht, in den Gläubigerversammlungen mitzustimmen, wird durch die doppelte Sicherung seines Anspruchs nicht gesteigert.

§ 6. 2. Die rechtliche Natur des Absonderungsrechtes; das Retentionsrecht im Konkurse.

Das Absonderungsrecht wird im § 3 R.O. als ein Anspruch auf abgeforderte Befriedigung aus Gegenständen bezeichnet, welche zur Konkursmasse gehören, es ist daher das Recht, aus gewissen Bestandtheilen der Masse unter Ausschluß der Konkurs- und Massengläubiger Befriedigung zu erlangen.

Während der Aussonderungsberechtigte einen nicht zur Masse gehörigen Gegenstand als ihm gehörend, nimmt der Absonderungsberechtigte einen zur Masse gehörigen Gegenstand nicht als ihm gehörend, sondern als ihm besonders verpflichtet in Anspruch; der Aussonderungsberechtigte erstrebt die Erlangung seines Eigenthums, der Absonderungsberechtigte nur die Befriedigung aus einer ihm nicht gehörenden Sache.

Dem Absonderungsrechte steht das Rechtsverhältniß nicht gleich, welches durch das *beneficium inventarii* hervorgerufen wird: der Separatist trennt zum Zweck seiner Befriedigung einen Vermögensbestandtheil von der Masse, der Benefizialerbe beschränkt das Recht der Erbschaftsgläubiger und Legatäre auf die Höhe der Erbschaftsmasse, ohne daß den letztern ein Recht zur Befriedigung gerade aus den Nachlassachen zusteht.

Ähnlichkeit mit dem Absonderungsrecht hat das Kompensationsrecht, eine Ähnlichkeit, auf welche schon äußerlich die Thatsache hinweist, daß die das Absonderungsrecht beschränkende Vorschrift des § 42 R.O. durch den § 49 entsprechende Anwendung auf die Kompensation zu finden hat. Der Kompensationsgläubiger befriedigt sich für eine Forderung, welche er an die Konkursmasse hat, aus einer Forderung, die dieser gegen ihn zusteht. Aber das Gesetz verfolgt die Ähnlichkeit beider Rechtsinstitute nicht weiter und behandelt das Aufrechnungsrecht in einem besonderen Titel.

Vom Absonderungsrecht verschieden ist das Retentionsrecht. Gleich ist beiden Rechtsverhältnissen der auf Sicherung des Anspruchs gerichtete Zweck, aber dieser gleiche Zweck, den auch andere Institute,

z. B. die Bürgschaft, verfolgen, macht beide Rechtsverhältnisse nicht gleich. Die rechtliche Natur des Absonderungsrechtes setzt die Befugniß zur abgeordneten Befriedigung aus Gegenständen der Konkursmasse voraus. Dies dem Absonderungsrechte wesentliche Moment fehlt dem Retentionsrechte, welches dem Gläubiger nicht die Befugniß giebt, sich aus der zurückbehaltenen Sache zu befriedigen, sondern ihn nur berechtigt, die Sache bis zur Befriedigung zurück zu behalten;¹⁾ der Retentionsgläubiger hat daher nur ein negatives, in dem Vorenthalten der Sache bestehendes, Recht, nicht das positive Recht auf Befriedigung aus der Sache.²⁾ Diese Verschiedenheit beider Institute steht der Annahme entgegen, daß aus der Beseitigung aller in der R.D. nicht anerkannter Absonderungsrechte auch die Beseitigung des Retentionsrechtes folge. Da das Retentionsrecht ein Nebenrecht ist, welches mit Hauptrechten der verschiedensten Art verbunden sein kann, so kann die Beseitigung eines mit diesem Nebenrechte versehenen Hauptrechtes nicht die Beseitigung des Nebenrechtes für alle Hauptrechte, mit welchen dasselbe verknüpft sein kann, zur Folge haben. Das Reichsgericht³⁾ ist freilich anderer Meinung, indem es ausführt:

„Können selbst die Faustpfandgläubiger und die ihnen gleichgestellten Absonderungsberechtigten gemäß § 117 R.D. einer Verwerthung der zu ihrer abgeordneten Befriedigung dienenden Gegenstände durch den Verwalter nicht widersprechen, vielmehr ihre Rechte nur auf den Erlös geltend machen, so erscheint ohne Weiteres die Annahme ausgeschlossen, daß ein Gläubiger, dem vom Gemeinschuldner nur ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt ist, auf Grund dieses Rechtes befugt sein sollte, bis zu seiner Befriedigung dem Verwalter den in seinen Händen befindlichen Bestandtheil der Konkursmasse vorzuenthalten und dadurch die Verwerthung der Konkursmasse unmöglich zu machen.“

¹⁾ Zutreffend findet Eccius-Förster Bd I § 110 den Unterschied beider Institute darin, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, sich durch das Pfand zu befriedigen, der Retinent seine Befriedigung aber anderweitig erwarten muß.

²⁾ Deshalb kann der Schuldner durch Deponirung des Werthes der zurückbehaltenen Sache die Herausgabe derselben erzwingen. Entsch. des Obertrib. in Striethorst, Archiv Bd. 21 S. 230; vgl. auch § 234 des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs: „Der Gläubiger kann das Zurückbehaltungsrecht durch Sicherheitsleistung abwenden.“ Ein gleiches Recht hat der Pfandschuldner nicht, welcher nur durch vollständige Befriedigung des Gläubigers dessen Absonderungsrecht beseitigen kann.

³⁾ Entsch. Bd. 16 S. 135–137.

Diese Deduktion kann als schlüssig nicht angesehen werden: Das Recht, vertragmäßige Zinsen zu fordern, gehört zum Darlehn; vertragmäßige Zinsen können aber auch aus einem Kaufvertrage gefordert werden; würde es verboten werden, aus einem Darlehn Zinsen zu fordern, so würde deshalb der Anspruch auf Zinsen aus dem Kaufvertrage nicht aufgehoben sein. So ist auch das Retentionsrecht, welches dem Mobiliarabsonderungsgläubiger in der Regel zusteht, ein Nebenrecht, das auch andern Gläubigern zustehen kann, und dieses, andern Gläubigern zustehende, Nebenrecht wird nicht dadurch beseitigt, daß das Absonderungsrecht auf bestimmte Fälle beschränkt ist.

Die Beseitigung des Retentionsrechts läßt sich auch nicht aus § 107 R.D. ableiten, welcher dem Verwalter zur Pflicht macht, sofort nach der Eröffnung des Verfahrens das gesammte, zur Konkursmasse gehörige, Vermögen in Besitz und Verwaltung zu nehmen, denn durch diese Vorschrift ist nur die Ausführung des § 5, nach welchem das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Konkursmasse vom Kridar auf den Verwalter übergeht. Die Besiznahme, welche der § 107 anordnet, beschränkt sich daher auf den Besitz, welchen auch der Kridar gehabt hat, und der § 107 betrifft lediglich das Verhältniß des Verwalters zum Kridar, während das Verhältniß des Verwalters zu dritten Personen durch den offenen Arrest des § 108 und durch die den dritten Besitzern durch den § 109 auferlegte Pflicht zur Besitzanzeige bestimmt ist.

Die Beseitigung des Retentionsrechtes läßt sich schließlich auch nicht durch landesgesetzliche Bestimmungen erklären, welche diesem Rechte seine Wirkung für den Konkurs versagen. Ob die Retention nach gemeinem Rechte im Konkurse zulässig ist, ist streitig.^{*)} Das

^{*)} Schenk, Zur Lehre vom Retentionsrecht S. 353 und in der Siegener Zeitschrift Bd. 8, 4, Dabelow, S. 682 ff., Gönner, Handbuch des Civilproesses IV Nr. 82 § 10, Gensler im civilistischen Archiv II S. 347 ff., Götz, Entscheidungen der juristischen Fakultät zu Altdorf Nr. 1, Detter, Beiträge zur Lehre vom Konkurse S. 53 ff. u. S. 62 ff., Lenz im Rechtslexikon Bd. 9 S. 400, Bayer, Theorie des Konkursproesses § 28 lassen das Retentionsrecht nach gemeinem Rechte im Konkurse aufhören, wogegen Schwegge S. 60, Gans in der Zeitschrift für Civil- und Kriminalrechtspflege im Königreich Hannover I S. 394 ff., Großkopf, Zur Lehre vom Retentionsrechte S. 94 ff., Frank in Siebenhaar's Archiv für Wechselrecht XIII S. 323, Fuchs, Das Konkursverfahren 1863 S. 43, Happel, Die Rechte der Gläubiger bei ausgebrochenem Konkurse Abschn. 3 S. 74 ff., Trüttschler, Die Lehre von der Präklusion S. 30, Hagemann, Praktische Erörterungen XII Nr. 108 und v. Wangerow I § 382 es im Konkurse fortbestehen lassen.

Landrecht hebt es durch die ausdrückliche Bestimmung des § 566 I. 20: „Ist aber Konkurs über das Vermögen des Schuldners entstanden, so hört das Zurückbehaltungsrecht auf, und der andere, welchem selbiges beigemohnt hat, erlangt dadurch vor andern Gläubigern keinen Vorzug,“ für den Konkurs auf. Diese Bestimmung des Landrechtes, sowie eine etwa im gemeinen Rechte bestehende Vorschrift gleichen Inhalts sind aber durch den § 4 E.G. beseitigt, weil durch denselben alle in der R.D. nicht aufrecht erhaltenen Vorschriften der Landesgesetze über das Konkursrecht aufgehoben sind, und sind durch den § 20 R.D.⁵⁾ nicht aufrecht erhalten, weil hierdurch, wie unstrittig,⁶⁾ nur die für den Konkurs bei bestimmten Rechtsverhältnissen gegebenen Sondervorschriften, d. h. nur diejenigen Landesgesetzlichen Normen konserviert sind, welche die Wirkung der Konkursöffnung auf bestimmte einzelne Rechtsverhältnisse nicht in Anwendung einer allgemeinen Regel, sondern in Anbetracht der besonderen Natur des speziellen Rechtsverhältnisses regeln. Eine allgemeine Vorschrift, welche das Retentionsrecht vom Konkurse ausschließt, ist demnach beseitigt, da das Retentionsrecht nicht ein bestimmtes spezielles Rechtsverhältnis, sondern ein Rechtsverhältnis allgemeiner Natur ist, ein Recht, welches ein Accessorium von Hauptrechten der verschiedensten Art sein kann.⁷⁾

Das Retentionsrecht ist durch die Konkursordnung überhaupt nicht allgemein beseitigt, es ist nur den Konkursgläubigern genommen: Indem der § 2 bestimmt, daß die Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger dient, hat jeder Konkursgläubiger die Pflicht, sich wegen seiner Befriedigung auf die

⁵⁾ „Soweit rücksichtlich einzelner, durch die §§ 16—19 nicht betroffener Rechtsverhältnisse die Reichsgesetze oder die Landesgesetze besondere Bestimmungen über die Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens enthalten, kommen diese zur Anwendung.“

⁶⁾ v. Wilimowski, Anm. 1 zu § 20. Willenbücher, Anm. zu § 20. Prot. der Reichstagskommission S. 19, 153—161, 203, in welcher konstatirt wurde, „daß nur solche Vorschriften gewahrt werden sollen, welche nicht die Wirkung der Konkursöffnung auf Rechtsverhältnisse im Allgemeinen festlegen oder als Ausfluß solcher allgemeinen Bestimmungen diese auf einzelne Rechtsgeschäfte lediglich anwenden, sondern welche mit Rücksicht auf die besondere Natur einzelner Rechtsverhältnisse lediglich für diese unabhängig von jenen allgemeinen Bestimmungen getroffen sind.“

⁷⁾ In Koch's Kommentar zum A.L.R. wird der § 566 A.L.R. I, 20 (Anm. 24) noch als zu Recht bestehend aufgeführt, ebenso von Eccius-Förster I S. 757 § 110.

gemeinschaftliche Vertheilung, auf seine Konkursdividende zu beschränken, soweit nicht durch besondere Bestimmungen ein Absonderungs- oder Vorzugsrecht anerkannt ist;⁹⁾ er darf daher den übrigen Gläubigern nicht einen zur Masse gehörigen Gegenstand zu dem Zweck vorenthalten, sich eine größere, als die gemeinschaftliche, Befriedigung zu sichern.

Die Frage, welche gesetzliche Vorschrift der Geltendmachung des Retentionsrechts im Konkurse entgegensteht, ist nicht blos theoretischer Natur, die Konsequenzen der Beantwortung dieser Frage sind, wenn die Beseitigung auf der Beschränkung der Absonderungsrechte, auf der Vorschrift des § 107 R.D. oder auf bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften beruht, sind andere, als wenn man die Beseitigung auf den § 2 R.D. zurückführt: im ersten Falle ist das Retentionsrecht, soweit es in der R.D. nicht zugelassen ist, für den Konkurs überhaupt beseitigt und kann auch von dritten Personen, die nicht Konkursgläubiger sind, nicht geltend gemacht werden, im zweiten, hier angenommenen, Falle ist es nur den Konkursgläubigern genommen⁹⁾ und bleibt daher für diejenigen bestehen, welche nicht als Konkursgläubiger anzusehen sind. Zu diesen gehören insbesondere diejenigen, welche einen Anspruch aus einer Naturalobligation haben, denen z. B. — wenigstens nach gemeinem Rechte — eine verjährte Forderung zusteht, ferner diejenigen, welche bei einer durch die Sache eines andern erfolgten Beschädigung nach gemeinem Rechte nur einen durch Retention gesicherten Anspruch,¹⁰⁾ welche eine nach § 56 R.D. vom Konkurse ausgeschlossene Forderung, insbesondere einen Anspruch aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners haben, sowie diejenigen, welchen nach § 149 A.L.R. I, 9 und §§ 12, 13 des Gesetzes vom 11. Juni 1891¹¹⁾ ein Retentionsrecht zusteht. Aus demselben Grunde ist auch das Retentionsrecht des gutgläubigen Besitzers nicht beseitigt, welcher dem Eigenthümer die Herausgabe der diesem gehörenden Sache bis zur Erstattung des Kaufgeldes nach Preussischem¹²⁾ und bis zur Er-

⁹⁾ So sagen auch die Motive S. 213: „Die Konkursgläubiger . . haben den Anspruch, daß alle, nicht dinglich verhafteten, Sachen des Gemeinschuldners zur gleichmäßigen Vertheilung für alle Konkursforderungen dienen.“

⁹⁾ Auch die Motive sagen: „Das Retentionsrecht setzt voraus, daß der Anspruch des Inhabers sich als eine Konkursforderung darstellt.“

¹⁰⁾ I. 9, § 1, 2. D. 39, 2. Arnbtz, Pandekten § 328.

¹¹⁾ Vgl. unten § 78.

¹²⁾ §§ 25, 26 A.L.R. I, 15: „Wer die dem rechtmäßigen Eigenthümer oder Besitzer abhanden gekommene Sache von einer unverdächtigen Person durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, muß dieselbe zwar ebenfalls zurückgeben;

stattung der nothwendigen und nützlichen Aufwendungen nach Preussischem und gemeinem Rechte verweigern darf.¹³⁾ Obgleich dieses Recht des bonae fidei possessor ein wahres Retentionsrecht ist, so sichert es doch nicht eine klagbare Forderung. Denn der gutgläubige Besitzer hat gegen den Eigenthümer keinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises, auf Erstattung der Verwendungen, da dieser nicht verpflichtet ist, sein Eigenthum zu verfolgen und es ihm freisteht, die ihm gehörende Sache dem Besitzer zu belassen, um dessen vielleicht unverhältnißmäßig hohen Gegenforderungen auszuweichen. Einen Anspruch¹⁴⁾ gegen den Eigenthümer kann er erst erheben, nachdem er diesem auf dessen Verlangen die Sache herausgegeben hat; bis dahin hat er nur die Befugniß, die Herausgabe der Sache bis zur Erstattung des Kaufpreises bzw. der Verwendungen zu verweigern, und der Eigenthümer kann diesem Retentionsrechte gegenüber seine vindikation fallen lassen. Hat der Besitzer aber die Sache herausgegeben, so kann von einem Retentionsrechte nicht mehr die Rede sein, weil er sich des Besitzes entschlagen hat. Bis zur Herausgabe hat er die Retention und, weil durch dieselbe ein klagbarer Anspruch nicht geschützt wird, hat er das Retentionsrecht auch im Konkurse des Eigenthümers.

Dasselbe gilt auch von dem Retentionsrechte des schlechtgläubigen Besitzers wegen der nothwendigen Verwendungen, es gilt nach Preussischem¹⁵⁾ Rechte auch von dem Retentionsrechte des gutgläubigen Pfandgläubigers, welcher die Pfandsache von einem zur Verpfändung nicht berechtigten Dritten erlangt hat, und es gilt schließlich auch von dem jus tollendi, welches jedem Besitzer für gewisse Verwendungen zusteht.

Man darf das Retentionsrecht des Besitzers gegenüber dem Eigenthümer nicht etwa dem einfachen Absonderungsrechte gleichstellen, für er kann jedoch dagegen die Erstattung alles dessen, was er dafür gegeben oder geleistet hat, fordern.“

¹³⁾ Auch die Regierungsmotive, v. Wilmoński Anm. 8 zu § 41, Eccius-Förster III § 180 Anm. 76 halten dieses Retentionsrecht für den Konkurs aufrecht. In den Motiven wird in dieser Beziehung debuzirt, es sei diese Forderung keine Konkursforderung, überhaupt keine Forderung an den Kribar, sondern eine Beschränkung des Vindikationsrechtes des letztern, das Vindikationsrecht sei hier ein Einlösungsrecht. v. Wilmoński sagt, es sei nicht bloß ein Retentionsrecht, sondern eine Beschränkung des Vindikationsrechtes, welches auf ein Einlösungsrecht debuzirt werde, sei also nicht bloß eine Konkursforderung.

¹⁴⁾ Vgl. die Entscheidungen des Reichsgerichts vom 8. Mai 1883 in Gruchot's Beiträgen Bd. 27 S. 935 und des Obertribunals vom 3. März 1864 in Striethorst's Archiv Bd. 53 S. 197.

¹⁵⁾ § 80 A.L.R. I, 20.

dessen persönliche Forderung der Kridar nicht haftet. Der einfache Absonderungsgläubiger hat einen Anspruch auf Befriedigung aus der Sache gegen den Kridar, einen Anspruch, welcher durch die dingliche Klage zur Geltung gebracht werden kann. Der retinirende Besitzer hat dagegen wegen der Ansprüche aus der Verwendung 2c. keinen Anspruch auf Befriedigung aus der Sache, er ist lediglich der Verpflichtung überhoben, die Sache bis zur Erstattung seiner Verwendungen 2c. herauszugeben; sein Recht hängt davon ab, ob der Eigenthümer die Sache zurückfordert; das Recht des einfachen Absonderungsgläubigers ist in dieser Beziehung von einer Bedingung nicht abhängig.

Die Beseitigung des Zurückbehaltungsrechtes trifft somit nur den Konkursgläubiger; diesen trifft es aber auch dann, wenn er seine Befriedigung aus der Masse nicht verlangt, selbst dann, wenn er auf Befriedigung aus der Masse verzichtet; denn trotz dieses Verzichtes bleibt der Kreditor nach § 2 R.O. immer noch Konkursgläubiger. Diese Eigenschaft verliert er zwar dann, wenn er wirksam auf das Recht selbst verzichtet, aber mit dem Rechte selbst geht auch selbstverständlich die Retention verloren.

Sollen einzelne Beispiele des Verlustes des Retentionsrechtes angeführt werden, so gilt das Zurückbehaltungsrecht des Mandatars ¹⁶⁾ an der Sache des Mandanten als aufgehoben, welche er für diesen gekauft hat, und zu deren Retention ¹⁷⁾ er außerhalb des Konkurses wegen seines Anspruchs auf Erstattung des Kaufpreises berechtigt ist; als aufgehoben gilt auch das Zurückbehaltungsrecht des Rechtsanwaltes an den Handakten, welches er außerhalb des Konkurses wegen seiner Gebühren und Auslagen ¹⁸⁾ geltend machen darf; ¹⁹⁾ aufgehoben ist

¹⁶⁾ Nicht auch des handelsrechtlichen Kommissionärs.

¹⁷⁾ § 83 A.L.R. I, 13. Eccius-Förster II § 141 Anm. 121.

¹⁸⁾ § 32 der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878.

¹⁹⁾ Eccius a. a. O. meint, der Rechtsanwalt habe nur eine bedingte Vertragspflicht zur Uebereignung der Akten an den Auftraggeber, weil er „bei 5jähriger Nichtabforderung“ die Akten vernichten könne, er sei daher Eigenthümer der Akten und könne das Retentionsrecht auch im Konkurse geltend machen. Wäre der Rechtsanwalt Eigenthümer der Handakten, so würde von einem eigentlichen Retentionsrechte keine Rede sein können, weil dasselbe nur fremde Sachen zum Gegenstand haben kann. Aber nicht er, sondern sein Auftraggeber ist Eigenthümer der Manualakten, er ist lediglich Mandatar desselben, hat nur als solcher die zum Theil aus der eigenen Urkunde des Mandanten oder aus den diesem vom Gegner zugestellten Schriftstücken bestehenden Akten angelegt und besitzt sie nur für den

— abgesehen von dem im § 41⁸ R.D. aufrechterhaltenen Zurückbehaltungsrechte der Handelsgläubiger — auch die Retention aus dem Gordianischen Privileg,²⁰⁾ das Recht des Pfandgläubigers, den Pfandgegenstand nach der Befriedigung der Pfandforderung wegen einer anderen chirographarischen Forderung gegen denselben Schuldner zurück zu behalten.²¹⁾

Von dem Grundsatz, daß der Konkursgläubiger sein in der R.D. nicht anerkanntes Retentionsrecht im Konkurse nicht ausüben darf, ist aber dann eine Ausnahme zuzulassen, wenn die Reichs- oder Landesgesetze dies rücksichtlich eines bestimmten Rechtsverhältnisses als Wirkung der Konkursöffnung ausdrücklich vorschreiben. Denn der § 20 R.D. hat die Vorschriften der Reichs- und Landesgesetze aufrecht erhalten, durch welche rücksichtlich einzelner, durch die §§ 16—19 R.D. nicht betroffener Rechtsverhältnisse besondere Bestimmungen über die Wirkung der Konkursöffnung getroffen sind. Hierdurch ist das Retentionsrecht des Werk- oder Baumeisters an einer unbeweglichen Sache konservirt: „Entsteht vor der Uebergabe Konkurs über das Vermögen des Bestellers, so kann der Werkmeister“ nach § 974 A.L.R. I 11 „wegen seiner Arbeit und Auslagen des Zurückbehaltungsrechtes auf das noch in seinem Gewahrsam befindliche Werk sich bedienen“. Ein Pfand- oder Absonderungsrecht an der dem Besteller gehörenden unbeweglichen Sache ist dem Werkmeister in der R.D. nicht eingeräumt; denn der § 41⁶ spricht zwar von dem Absonderungsrechte der Werkmeister u. s. w. für Arbeit und Auslagen in Ansehung der von ihnen gefertigten

Mandatar. Entscheidung des Obertribunals vom 12. April 1844 Bd. 10, S. 136 ff. Das Recht, die Akten nach 5 Jahren zu vernichten, wenn sie ihm bis dahin nicht abgefordert sind, ist ihm aus Zweckmäßigkeitsgründen gegeben; indem aber gesagt ist, „die Pflicht zur Aufbewahrung der Akten erlösche nach 5 Jahren“ ist gesetzlich anerkannt, daß er nur Vertreter, also nicht Eigenthümer der Akten ist.

²⁰⁾ Auch die Motive S. 206, v. Bölderndorff Anm. 1 zu § 40, v. Wil-mowski Anm. 6 zu § 40, Willenbücher Anm. 4 zu § 40 halten die retentio Gordiana für aufgehoben.

²¹⁾ Nach § 171 A.L.R. I, 20 kann sich der Gläubiger wegen Forderungen, die ihm aus einem anderen Geschäft von dem Schuldner oder Verpfänder zustehen, an das Pfand nicht halten; nur in Fällen, wo der Gläubiger wegen solcher anderweitiger Forderungen an den Verpfänder Arrest anzulegen berechtigt sein würde, gestattet ihm der § 172, die Ausantwortung des Pfandes zu verweigern. Im gemeinen Rechte hängt das Recht der Gordianischen Retention nicht von der Existenz eines Arrestgrundes ab. Die Frage, ob dieses Recht im Konkurse zugelassen, wurde im Preussischen Rechte verneint, im gemeinen Rechte war sie streitig, muß aber mit v. Wangerow Leitfaden I § 382⁴ bejaht werden.

und ausgebefferten, noch in ihrem Gewahrsam befindlichen Sachen, er bezieht sich aber nur auf Mobilien,²²⁾ weil das Immobilienrecht nur im § 39, nicht auch im § 41, geregelt ist;²³⁾ und der § 39 verweist rücksichtlich der Immobilienabsonderungsrechte auf die von den Landesgesetzen geregelte Immobilienzwangsvollstreckung; das Preuß. Z.B.G. giebt aber dem Werkmeister kein Pfandrecht. Es bleibt ihm somit nur das Retentionsrecht des § 974 A.L.R. I, 11.

Eine eigentliche Ausnahme von dem Grundsatz des Verlustes des Retentionsrechtes der Konkursgläubiger ist es nicht, wenn man,²⁴⁾ wie auch hier geschieht, den Massegläubigern für eine Masseforderung ein Zurückbehaltungsrecht an einer Konkurssache zugesteht. Denn diese Gläubiger gehören nicht zu den Konkursgläubigern des § 2 R.D., und der § 12 R.D. verbietet zwar die Erwerbung von Zurückbehaltungsrechten an Gegenständen der Konkursmasse nach der Eröffnung des Verfahrens zum Nachtheil der Konkursgläubiger, aber der Verwalter kann sich über eine Belastung der Masse nicht beschweren, welche die Folge seiner eigenen Handlung ist.

§ 7. 3. Der Gegenstand des Absonderungsrechtes.

Objekt des Absonderungsrechtes kann ein einzelner Gegenstand oder können mehrere einzelne Gegenstände sein. Ein Inbegriff von Sachen und Rechten — universitas juris —, ein Vermögen kann nicht Objekt eines Absonderungsrechtes sein, weil ein Gläubiger sich nur aus den Aktivis, nicht aus den Schulden des Kreditars befriedigen kann.

Die R.D. spricht im § 3 allgemein von „Gegenständen“ der Konkursmasse, aus welchen abgeforderte Befriedigung gefordert werden kann, gebraucht den Ausdruck „Gegenstand“ auch im § 39 R.D. von dem Immobilienabsonderungsrechte, im § 43 von dem Absonderungsrechte der Erbschaftsgläubiger und Legatäre, und im § 41^a und ^o von dem Separationsrechte der Handelsgläubiger und dem Pfändungspfandrechte, wogegen in allen übrigen Fällen des Quasipfandpfandrechtes von Sachen und im § 40 von „beweglichen körperlichen Sachen,

²²⁾ v. Wilimowski Anm. 9 zu § 41.

²³⁾ Vgl. unten § 70.

²⁴⁾ v. Wilimowski Anm. 8 zu § 41 beläßt den Massegläubigern das Retentionsrecht, weil die Geltendmachung solcher Ansprüche durch die R.D. hinsichtlich der civilrechtlichen Befugnisse nicht auf das Vorhandensein eines Absonderungsrechtes beschränkt sei.

Forderungen und anderen Vermögensrechten“ als Objekten des Absonderungsrechtes gesprochen wird. Vgl. auch die §§ 14 und 15 E.G. Unter „Sachen“ versteht das Gesetz nur die körperlichen Objekte, während das Wort „Gegenstand“, wie die Motive ¹⁾ ausdrücklich hervorheben, sowohl die körperlichen, als auch die unkörperlichen Sachen, also auch die Forderungen und sonstigen Vermögensrechte umfassen soll. Diese in den Motiven ausgesprochene Interpretation eines Ausdrucks muß als maßgebend angesehen werden; denn wenn auch sonst die Ermägungen der Motive ebenso wie die Verhandlungen der gesetzgebenden Körperschaften und deren Kommissionen für die Interpretation nur autoritative Bedeutung haben, da das Gesetz und nicht die Motive u. s. w. maßgebend sind, so ist doch da, wo die Bedeutung eines Ausdrucks ohne Widerspruch der übrigen gesetzgebenden Faktoren erklärt ist, eine solche Erklärung ebenso maßgebend, wie bei der Interpretation der Willenserklärungen von Privatpersonen der Sprachgebrauch der Erklärenden für die Auslegung seiner Willenserklärung entscheidend ist.²⁾

Aus der Legaldefinition des Absonderungsrechtes³⁾ als eines Anspruchs auf abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen, welche zur Konkursmasse gehören, ergibt sich, daß ein Absonderungsrecht nur an einem Konkursgegenstand bestehen kann, daß daher ein Separationsrecht nicht vorhanden ist, wenn ein Gläubiger für seine Forderung zwar ein Pfandrecht, aber ein solches nicht an einem Gegenstande der Masse hat. So besteht kein Absonderungsrecht, wenn dem Gläubiger an einem Gegenstande ein Pfandrecht bestellt ist, welcher zwar dem Kridar gehört, aber als Kompetenzgegenstand oder weil er nach der Eröffnung des Verfahrens erworben ist, von der Masse ausgeschlossen ist; es besteht kein Absonderungsrecht, wenn ein Dritter eine Hypothek oder ein Faustpfand für eine Schuld des Kridars an einem diesem nicht gehörenden Gegenstande hat; es besteht kein Absonderungsrecht, wenn ein Gesellschafter für eine Forderung der offenen Handelsgesellschaft, der er angehört, einem Gläubiger dieser Gesellschaft ein Pfand an einer nicht der Gesellschaft, sondern ihm persönlich gehörenden Sache bestellt hat,⁴⁾ auch nicht, wenn einem Gläubiger die Hypothekenforderung verpfändet ist,

¹⁾ S. 190

²⁾ §§ 65–69 A.L.R. I, 4.

³⁾ § 3 R.D.

⁴⁾ Reichsgericht Bd. 7 S. 88 ff.

welche für einen Dritten auf dem Grundstücke des Gemeinschuldners haftet;^{*)} wohl aber dann, wenn der Kridar durch Erbgang oder auf andere Weise Eigenthümer dieser Hypothekenforderung wird, ebenso auch dann, wenn dem Gläubiger eine auf dem Grundstücke des Gemeinschuldners eingetragene, diesem gehörende Grundschuld oder Eigenthümerhypothek verpfändet ist.

Auf ein Pfandrecht, welches nicht auch ein Absonderungsrecht ist, findet keine über das Absonderungsrecht in der R.D. gegebene Vorschrift Anwendung; ein solcher Pfandgläubiger ist lediglich als Konkursgläubiger zu behandeln, er kann zu seinem vollen Betrage in den Gläubigerversammlungen mitstimmen, er ist in der Geltendmachung seiner Forderung in keiner Weise, auch nicht durch den § 57 R.D.^{o)} beschränkt, er braucht dem Verwalter den Besitz der Pfandsache nicht anzuzeigen, braucht ihm die Pfandsache nicht vorzuzeigen; der Verwalter kann weder verlangen, daß der Gläubiger sich aus der Pfandsache befriedigt, noch kann er den Verkauf selbst vornehmen.

Aus der Zugehörigkeit des Absonderungsgegenstandes zur Konkursmasse folgt ferner, daß neue Gläubiger des Kridars, deren Forderungen erst nach der Konkursöffnung entstehen, während der Dauer des Konkurses kein Absonderungsrecht an diesen Gegenständen der Masse erwerben — § 12 R.D. — und daher auch auf den Ueberschuß des Verkaufserlöses keinen Anspruch erheben können,¹⁾ wogegen ihnen der Erwerb von Pfandrechten an Sachen, die einem Gläubiger des Kridars verhaftet sind, die aber nicht zur Konkursmasse gehören, abgesehen von den Fällen des § 11 R.D., nicht verwehrt ist.

§ 8. 4. Der einfache und der qualifizierte Absonderungsanspruch.

Weil das Absonderungsrecht nur ein Accessorium, ein Nebenrecht ist, gehört zu seiner Existenz das Bestehen eines Hauptanspruchs. Dieser Anspruch kann in der Weise bestehen, daß der Gemeinschuldner für ihn persönlich haftet, daß also außer der Befriedigung aus dem Absonderungsgegenstande auch die Befriedigung aus der Masse verlangt werden kann. Aber zum Wesen des Absonderungsrechts gehört dessen Verbindung mit einer persönlichen Forderung gegen den Kridar

^{*)} Entsch. des R.D.S.G. Bd. 9 S. 98 ff.

^{o)} Anscheinend anderer Meinung v. Bölderndorff Anm. c zu § 57.

¹⁾ Motive S. 30. Willenbücher Anm. 3 zu § 3.

nicht: Der § 3 setzt für den „Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen der Konkursmasse“ eine solche persönliche Forderung nicht voraus, und der § 57 R.D.,¹⁾ welcher für den Fall, daß der Kridar für die Absonderungsforderung auch persönlich haftet, die Art ihrer Geltendmachung im Konkurse besonders regelt, giebt hierdurch deutlich zu erkennen, daß ein Absonderungsrecht auch ohne diese Qualifikation bestehen kann.

Daher kann, während der Gegenstand des Separationsrechtes stets zur Konkursmasse gehören muß, der durch dieses Recht gesicherte Anspruch selbst entweder gegen den Kridar oder gegen einen Dritten bestehen.

Ein Absonderungsgläubiger, welchem der persönliche Anspruch gegen den Kridar fehlt, dem der Kridar also nur dinglich, nicht auch persönlich haftet, hat kein Recht, sich an dem eigentlichen Konkurse zu betheiligen, er hat daher auch kein Stimmrecht in den Gläubigerversammlungen, er ist nicht verpflichtet, dem Verwalter den Nachweis seines Verzichts oder Ausfalls zu erbringen (§ 140 R.D.), die Retention einer Konkursdividende (§ 155) kann für ihn nicht stattfinden; denn alle diese Rechte und Pflichten setzen das Vorhandensein einer persönlichen Forderung gegen die Masse voraus. Dagegen ist er berechtigt, die Absonderung zu verlangen und verpflichtet, von dem Besiz des Absonderungsgegenstandes dem Verwalter Anzeige zu machen, diesem die Sache zur Ansicht vorzuzeigen und sie nach § 117 R.D. dem Verwalter zur Verwerthung auszuantworten.

Zur Unterscheidung beider Arten von Absonderungsrechten kann das mit einem gegen den Kridar begründeten Anspruch verbundene Recht als ein qualifizirtes, das mit einem solchen Anspruch nicht verbundene als ein einfaches Absonderungsrecht bezeichnet werden.

Muß das qualifizierte Absonderungsrecht mit einem gegen den Kridar gerichteten Anspruch verbunden sein, so braucht diese Verbindung doch nicht vom Gemeinschuldner selbst bewirkt oder beabsichtigt zu sein, und setzt das qualifizierte Absonderungsrecht nur die Zugehörigkeit des Absonderungsgegenstandes zur Masse und die persönliche Verpflichtung des Kridars für die durch diesen Gegenstand ge-

¹⁾ „Ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, kann die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, zur Konkursmasse geltend machen, aus derselben aber nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet oder mit welchem er bei der Letztern ausgefallen ist.“

sicherte Forderung voraus, so kommt es auf die Frage nicht an, ob die Verpfändung von dem Kridar selbst ausgegangen ist: Wenn ein Dritter für eine Forderung gegen den Gemeinschuldner ohne oder auch gegen den Willen desselben dem Gläubiger ein Pfandrecht an der eigenen Sache bestellt und der Kridar z. B. durch Erbgang in das Eigenthum dieses Pfandgegenstandes succedirte, so ist das Absonderungsrecht des Gläubigers ein qualifizirtes; nicht anders ist es, wenn der Kridar, welcher nur Bürge für die Schuld eines Dritten ist, in das Eigenthum des Gegenstandes succedirt, an welchem dieser dem Gläubiger ein Pfandrecht konstituiert hatte.

Das einfache Absonderungsrecht wird hauptsächlich in folgenden Fällen begründet: 1) durch die Pfandbestellung des Kridars für die Schuld eines Dritten; 2) durch Succession des Kridars in das Eigenthum des für die Schuld eines Dritten bestellten Pfandes;²⁾ 3) durch den Erwerb einer Grundschuld an dem Grundstücke des Gemeinschuldners seitens des Gläubigers, welche zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs nicht dient, auch wenn dieser Erwerb vom Kridar selbst abgeleitet wird; 4) auch für die Forderungen, für welche nur das Lehn-, das Familienfideikommiß- oder das Stammgut, nicht auch das Allodialvermögen des Kridars haftet, besteht nur ein einfaches Absonderungsrecht; 5) der Gläubiger einer persönlichen Forderung, welche im Konkurs nicht geltend gemacht werden kann, hat an dem dafür bestellten Pfande nur ein einfaches Absonderungsrecht. Hierher gehören die gesetzlichen Alimentationsforderungen,³⁾ wie auch nach § 56 R.-D. die von der Theilnahme am Verfahren ausgeschlossenen Ansprüche und Geldstrafen, für welche sowohl auf Grund des § 325 der Strafprozeßordnung, als auch durch Pfändung auf Grund einer zu einer Geldstrafe verurtheilenden Entscheidung ein Absonderungsrecht begründet werden kann, und die Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todes wegen, wenn für dieselben ein Pfandrecht an einem Konkursgegenstand bestellt ist; 6) Für das gemeine Recht sind hier ferner die Fälle der Sicherung des Anspruchs aus einer Naturalobligation durch ein Pfandrecht anzuführen; 7) Fraglich ist es, ob das Pfandrecht, durch welches eine verjährte Forderung gesichert wird, ein einfaches oder qualifizirtes Absonderungsrecht ist. Das gemeine Recht läßt, wenn die Schuldklage verjährt ist, das Pfandrecht fortbauern, ohne anzu-

²⁾ Wegen der Zinsen und Kosten vgl. unten § 16.

³⁾ Vgl. unten § 16.

erkennen, daß durch das Fortbestehen des Pfandrechts der dadurch geschützte Anspruch klagbar ist.⁴⁾ Nach gemeinem Rechte besteht daher für die verjährte Forderung das Absonderungsrecht nur als ein einfaches und fällt unter die oben unter Nr. 6 zusammengefaßten Fälle. Das Preussische Recht bestimmt im § 246 A.L.R. I, 20: „Solange das Pfand als ein solches sich noch im Besiz des Gläubigers befindet, kann das Pfandrecht desselben durch keine Verjährung erlöschen,“ im § 247: „Solange das Pfandrecht dauert, kann auch keine Verjährung der Schuld zum Besten des Schuldners anfangen“ und im § 534: „Solange eine in das Hypothekenbuch eingetragene Forderung nicht wieder gelöscht worden, solange kann die Verjährung derselben nicht anfangen.“⁵⁾ Diese Sätze werden aber im § 248, der sich nach § 535 auch auf die Hypotheken bezieht, eingeschränkt: „Dagegen finden in Ansehung der verfloffenen Zinstermine und desjenigen Theils der Schuld, welcher aus dem Pfande nicht bezahlt werden kann, die gewöhnlichen Regeln der Verjährung statt.“ Hieraus ergibt sich das Prinzip, daß die durch Pfand gesicherte Forderung nicht verjährt,⁶⁾ und wenn auch diese Unverjährbarkeit nur in Höhe der Pfanddeckung⁷⁾ besteht, so ist die Forderung doch insoweit der Verjährung nicht unterworfen und bleibt insoweit nicht als bloße Naturalforderung, sondern als klagbarer Anspruch bestehen. Insoweit ist der persönliche Anspruch aber nicht auf die Befriedigung aus dem Pfandgegenstande beschränkt, sondern, weil er nicht verjährt ist, kann er auch gegen den Schuldner geltend gemacht werden. Geht das Pfandobjekt daher nach der Anmeldung der Forderung im Kon-

⁴⁾ I. 2 C. 8, 31. I. 14, § 7, D. 20, 1. v. Holzschuher II, 1, S. 471. v. Vangerow I, § 151 i. f., welcher bezugt, daß durch das Fortbestehen des Pfandrechts für das durch Verjährung gänzlich erloschene Hauptrecht eine Naturalobligation bestehen bleibt: remanet propter pignus obligatis naturalis, I. 59, D. 36, 1.

⁵⁾ Diese Vorschriften beziehen sich nicht auf den Fall, wenn der persönliche Schuldner und der Pfandschuldner nicht identisch sind: Ist der Pfandschuldner ein anderer als der persönliche Schuldner, so wird die Verjährung des Hauptanspruchs durch das Fortbestehen der Pfandsicherung nicht aufgehalten. So auch Eccius-Förster III, § 192, S. 144.

⁶⁾ Eccius-Förster a. a. D.

⁷⁾ Die Höhe der Pfanddeckung wird nicht durch den allgemeinen Werth des Pfandgegenstandes, sondern durch den Verkaufswerth (im Konkurs zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens) unter Abzug der Verkaufskosten dargestellt, denn nur soweit kann die Forderung „aus dem Pfande bezahlt werden“.

kurse verloren, oder verzichtet der Gläubiger ganz oder theilweise nach § 57 R.D. auf das Pfandrecht, so bleibt ihm insoweit ein persönlicher Anspruch gegen den Schuldner. Nach Preuß. Recht hat somit der durch ein Pfand gesicherte Gläubiger eines Anspruchs, welcher ohne die Pfandsicherung verjährt sein würde, ein qualifizirtes Absonderungsrecht.

§ 9. 5. Das unvollkommene Pfandrecht.

Das Absonderungsrecht, dem Schuldner gegenüber in der Befugniß bestehend, den Absonderungsgegenstand in Haft zu behalten und dessen Verwerthung zum Zweck der Befriedigung zu betreiben, gewährt dem Gläubiger in einigen Fällen nur geringere Befugnisse. Diese geringere Befugniß hat

- 1) der Vermiether und der Verpächter an den Mieten des Miethers bezw. des Pächters, der Verpächter auch an den Früchten des Grundstücks,
- 2) der Immobiliargläubiger des Preuß. Rechts an dem beweglichen Zubehör und den Früchten der verpfändeten unbeweglichen Sachen.

Für das eingetragene Kapital haften nach § 30 E.G.B. außer dem Immobile, seinen unbeweglichen Zubehörsstücken und den Feuerversicherungsgeldern auch die stehenden und hängenden Früchte, die noch vorhandenen abgesonderten, dem Eigenthümer gehörenden, Früchte, die Mieth- und Pachtzinsen und sonstigen Erhebungen und das bewegliche, dem Eigenthümer gehörende Zubehör, solange bis dasselbe veräußert und von dem Grundstücke räumlich getrennt ist. Aber durch das Pfandrecht ist weder dem Miether die Disposition über seine Mieten, noch dem Pächter die Verfügung über die Mieten und Früchte, noch dem Immobiliareigenthümer die Disposition über die beweglichen Pertinenzien des Grundstücks entzogen oder geschmälert. Trotz des Pfandrechts ist der Miether und Pächter berechtigt, seine Mieten zu veräußern, ist der Pächter befugt, die Früchte abzusondern und über sie zu verfügen, ist dem Grundstückseigenthümer gestattet, die stehenden und hängenden Früchte abzusondern ¹⁾, die abgesonderten

¹⁾ Nur an der Veräußerung — demnach auch an der Mobilienverpfändung — der stehenden und hängenden Früchte ist der Eigenthümer beschränkt, denn nach § 31 E.G.B. kann der Hypothekengläubiger eine solche Disposition über Früchte, die als stehende oder hängende veräußert sind, dann, wenn diese Verfügung zu seinem Nachtheile gereicht, als ihm gegenüber unwirksam anfechten,

Früchte zu verbrauchen, zu verwerthen, die Pacht- und Miethzinsen einzuziehen¹⁾, die beweglichen Zubehörstücke zu veräußern und vom Grundstücke zu trennen.²⁾

Ein Pfandrecht, welches dem Schuldner derartige Rechte läßt, die ihm gestatten, einseitig einzelne Gegenstände der Pfandhaftung völlig zu entziehen, ist ein Pfandrecht geringerer Ordnung und wird daher hier ein unvollkommenes Pfandrecht genannt.

Unvollkommen ist es aber nur gegenüber dem Eigenthümer bezw. dem Schuldner, nicht auch im Verhältniß zu nachstehenden Absonderungsgläubigern. Nur das Dispositionsrecht des Eigenthümers bezw. des Schuldners beschränkt es in geringerem Maße, als das vollkommene Pfandrecht, die Rangordnung der Gläubiger wird durch seine Unvollkommenheit nicht berührt. Andererseits darf aber auch nicht behauptet werden, daß ein Gläubiger, welcher an Gegenständen, an denen ein unvollkommenes Pfandrecht besteht, ein Pfändungs- oder sonstiges vollkommenes Pfandrecht erworben hat, sein Absonderungsrecht zum Zweck seiner Befriedigung nicht realisiren dürfe;³⁾ aber sobald der unvollkommene Pfandgläubiger von seinem Absonderungsrechte Gebrauch macht, steht ihm derjenige nach, welcher ein Pfandrecht an der Sache nach ihm erworben hat, vgl. auch § 206 B.G.B. und darüber unten § 37.

Aber auch dem Schuldner bezw. Eigenthümer gegenüber muß das unvollkommene Pfandrecht, wenn es auch gegen ihn von Bedeutung sein soll, schließlich zur Geltung gebracht werden können. Der Vermiether und Verpächter vervollkommenet dem Miether und Pächter gegenüber sein Pfandrecht sowohl durch die Geltendmachung desselben d. h. entweder durch die Zwangsvollstreckung auf Grund eines Vollstreckungstitels oder durch den Antrag auf Verkauf des Pfandobjekts,

selbst wenn die Veräußerung vor der Beschlagnahme erfolgte und die Früchte auf Grund des Veräußerungsvertrages vom Käufer separirt und vom Grundstücke weggeschafft sind. Reichsgericht Bd. 5 S. 294–296, vgl. die Entsch. des Obertrib. Bd. 91 S. 234. Dagegen kann der eingetragene Gläubiger kein Recht an den Früchten nicht mehr geltend machen und ihre Veräußerung nicht anfechten, wenn der Eigenthümer sie nach der Separation veräußert hat. Nach § 31 E.G.G. braucht der eingetragene Gläubiger die ihm nachtheilige Abtretung und Verpfändung der Ansprüche auf Versicherungsgelder, die Vorausserhebung, Abtretung und Verpfändung von Pacht- und Miethzinsen auf mehr als $\frac{1}{4}$ Jahr sich nicht gefallen zu lassen.

²⁾ Urtheil des Reichsgerichtes vom 30. März 1881 in der „Zeitschrift für Pr. Recht“ Bd. II S. 3 Nr. 3, und in den Entsch. Bd. 25 S. 21.