

Schriften zum Prozessrecht

Band 67

# Richterliches Verfügungsverbot und Vormerkung im Konkurs

Ein Beitrag zur Systematik der Vorzugsrechte

Von

Dr. Christoph Paulus



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**CHRISTOPH PAULUS**

**Richterliches Verfügungsverbot und Vormerkung im Konkurs**

**Schriften zum Prozessrecht**

**Band 67**

# Richterliches Verfügungsverbot und Vormerkung im Konkurs

Ein Beitrag zur Systematik der Vorzugsrechte

Von

Dr. Christoph Paulus



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Alle Rechte vorbehalten**  
© 1981 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1981 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61  
Printed in Germany

ISBN 3 428 04817 2

## Vorwort

Die Arbeit ist im Sommer 1980 von der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen worden. Sie behandelt das Verhältnis von Vormerkung und richterlichem Verfügungsverbot; von zwei Sicherungsbefehlen also, die die Erfüllbarkeit obligatorischer Ansprüche gewährleisten und garantieren sollen. Diese gemeinsame Zwecksetzung bedingt jedoch nach der *lex lata* keineswegs, daß beide Rechtsinstitute gleiche Wirkungen zeitigen. Insbesondere im Konkursrecht besteht in dem § 24 einerseits, § 13 andererseits eine Divergenz, indem die gesicherte Forderung dort erfüllt werden muß, hier wegen der Unwirksamkeit der Sicherung auf die quotenmäßige Befriedigung verwiesen wird. Die hiermit vorgelegte Arbeit versucht, für diese Ungleichbehandlung eine Erklärung zu finden und, soweit das nicht möglich ist, eine Korrektur des Anwendungsbereichs des § 13 KO vorzuschlagen.

Betreut wurde diese Arbeit von Prof. Dr. Rimmelpacher; für seine vielfältige und geduldige Unterstützung bin ich ihm zu tiefem Dank verpflichtet. Danken möchte ich auch all denen, die den Fortgang meiner Dissertation dadurch gefördert haben, daß sie die behandelten Probleme mit mir diskutiert haben. Ganz herzlich möchte ich auch an dieser Stelle Herrn Prof. Dr. Broermann dafür danken, daß er der Aufnahme dieser Arbeit in die Reihe ‚Schriften zum Prozeßrecht‘ zugestimmt hat.

München, im November 1980

*Christoph Paulus*



## Inhaltsverzeichnis

<b>Problemstellung</b> .....	9
<b>§ 1. Die Gemeinsamkeiten von richterlichem Verfügungsverbot und Vormerkung</b> .....	11
I. Sicherungsbehelf .....	11
1. Anspruch, der auf eine Geldleistung gerichtet ist .....	11
2. Anspruch, der auf eine Sachleistung gerichtet ist .....	12
3. Sonstige Ansprüche .....	13
4. Schutzrichtung der Sicherungsbehelfe .....	15
II. Relative Unwirksamkeit .....	18
1. Historischer Abriss .....	18
2. Konstellation, Interessen und Wertungen der relativen Unwirksamkeit .....	22
a) Grundkonstellation .....	22
b) Vorläufiger Rechtsschutz .....	26
c) Das richterliche Verfügungsverbot .....	28
d) Relative Unwirksamkeit .....	30
3. Exkurs: Die konstruktive Erfassung der relativen Unwirksamkeit .....	33
a) Konstruktionsversuche .....	33
b) Eigene Konstruktion .....	36
III. Haftungsrechtliche Folgerung .....	42
IV. Ergebnis der haftungsrechtlichen Folgerungen .....	46
<b>§ 2. Die Besonderheiten der Vormerkung</b> .....	48
I. Sicherungswirkung .....	51
1. § 883 I BGB .....	52
2. § 883 II BGB .....	55
II. Vollwirkung .....	63
1. Insolvenzrecht, § 24 KO .....	63
2. § 884 BGB .....	67
a) Nachlaßverwaltung .....	68
b) Nachlaßkonkurs .....	69
c) Haftung bei Dürftigkeit des Nachlasses, §§ 1990 f. BGB .....	72
3. Erbrecht .....	73
4. Zwangsversteigerung .....	75
5. Zusammenfassung der Vollwirkungen .....	81



III. Rangwirkung .....	81
IV. Deliktsschutz .....	84
V. Haftungsrechtliche Folgerung .....	89
1. Verschaffungsanspruch .....	91
2. Aufrechnung .....	92
3. Spezialität und Publizität bei Aus- und Absonderungsrechten ....	94
4. Vormerkung .....	95
<b>§ 3. Das richterliche Verfügungsverbot im Konkurs .....</b>	<b>99</b>
I. § 13,2. HS KO; § 23 ZVG .....	99
II. § 13,1. HS KO .....	101
1. Spezialität .....	102
a) Anforderungen an den zu sichernden Anspruch .....	102
b) Das richterliche Verfügungsverbot in der Zwangsvollstreckung	104
c) Rangwirkung des richterlichen Verfügungsverbot .....	107
2. Publizität .....	107
III. Wertungsunterschiede zwischen Vormerkung und richterlichem Ver- fügungsverbot .....	110
<b>Schlußbemerkungen .....</b>	<b>116</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>118</b>

## Problemstellung

Diese Arbeit bemüht sich um den Nachweis, daß das richterliche Verfügungsverbot<sup>1</sup> beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen konkursfest sein muß. Sie widerspricht damit der *lex lata*, die in § 13 KO ausdrücklich vorschreibt, daß ein Verfügungsverbot im Sinne der §§ 135, 136 BGB den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ist. Jedoch ergeben sich Zweifel an der Stimmigkeit und Berechtigung der Konkursnorm aus § 24 KO: Denn aufgrund dieser Vorschrift bewirkt die Vormerkung, daß der durch sie gesicherte Anspruch trotz Konkurses vom Verwalter erfüllt werden muß.

In den §§ 13 und 24 KO werden demnach zwei Rechtsinstitute unterschiedlich behandelt, die außerhalb des Konkursrechtes mehrere Gemeinsamkeiten aufweisen. Beide fungieren sie als Sicherungsbehelfe, d. h.: sie dienen dazu, die Erfüllbarkeit von Ansprüchen zu garantieren, oder wenigstens das Risiko der Nichterfüllbarkeit zu verringern. Beide Sicherungsbehelfe bedienen sich dabei derselben Methode: sie bewirken die relative Unwirksamkeit anspruchsverittelnder Verfügungen des verbotsbetroffenen Schuldners. Selbstverständlich reicht der Hinweis auf diese Gemeinsamkeiten nicht aus, um die konkursrechtliche Gleichbehandlung von Vormerkung und richterlichem Verfügungsverbot zu fordern. Aber er genügt, um die Fragwürdigkeit der üblicherweise<sup>2</sup> angeführten Rechtfertigung des § 13 KO aufzuzeigen. Die Aussage, diese Norm sei Ausdruck des konkursrechtlichen Grundsatzes der *par conditio omnium creditorum*, hilft für eine wertende Betrachtung nicht weiter. Zwar leuchtet es ein, einer nur persönlichen Interessen dienenden Sicherung im Rahmen einer Verlustgemeinschaft die Wirksamkeit zu nehmen und die Gläubiger auf diese Weise zu gegenseitiger Rücksichtnahme — wenigstens im Hinblick auf den Konkurs — zu verpflichten<sup>3</sup>; doch gibt diese Erklärung im Rahmen eines Systems der

---

<sup>1</sup> Verfügung ist gegenüber Veräußerung der erschöpfendere Begriff — Veräußerungsverbot ist daher *pars pro toto*; siehe etwa Larenz, AT, S. 432; § 111 c 2. HS StPO; § 26 III S. 1 OWiG. Daß das richterliche Verfügungsverbot zum Gegenstand dieser Arbeit gewählt wurde, beruht darauf, daß es als typischer Exponent der weiteren, in den §§ 135, 136 BGB umschriebenen Verbotsarten gelten kann.

<sup>2</sup> Siehe nur BGHZ 56, 231; Gerhardt, FG Flume, S. 531; Jaeger/Henckel, § 13, Rz. 2.

<sup>3</sup> Dafür läßt sich ein Argument aus der Regelungsmaterie der Konkursanfechtung entnehmen: § 30 Ziff. 2 KO unterwirft kongruente Deckungen

Vorzugsrechte im Konkurs keine Antwort auf die Frage, warum andere, genauso nur persönlichen Interessen dienende Sicherungsbefehle konkursfest sind. Warum erhält der Vormerkungsberechtigte entgegen dem Gleichbehandlungsgebot die volle Befriedigung seines Anspruchs, wenn der mit Hilfe von richterlichem Verfügungsverbot gesicherte Gläubiger wegen dieses Gebotes auf die Quote verwiesen wird?

Mit diesen Fragen ist der Ausgangspunkt der folgenden Untersuchungen formuliert. Der Überzeugung folgend, daß „es das Anliegen einer nach Rationalität strebenden Rechtswissenschaft sein (muß), die Rechtsordnung möglichst widerspruchsfrei zu interpretieren und gegebenenfalls fortzubilden“<sup>4</sup>, versucht die vorliegende Arbeit, das Verhältnis der §§ 13 und 24 KO zueinander zu erklären und den Anwendungsbereich des § 13 KO zu korrigieren. Sie setzt dabei als Prämisse, daß das Konkursrecht grundsätzlich das haftungsrechtliche Extrakt des Vermögensrechts ist; d. h.: Das Konkursrecht entnimmt den vermögensrechtlichen Regelungen die zugrunde liegenden Wertungen und überträgt sie in eine dem Haftungsrecht gemäße Form. So kann beispielsweise im Konkurs des Gemeinschuldners<sup>5</sup> die im fremden Eigentum stehende, aber in der Istmasse befindliche Sache ausgesondert werden; ihre Verwertung zugunsten der anteilmäßigen Befriedigung ist haftungsrechtlich nicht gerechtfertigt, da die Sache ausschließlich dem Eigentümer zugeordnet ist<sup>6</sup>.

Um das Verhältnis der §§ 13 und 24 KO zueinander erklären zu können, bedarf es also zunächst einmal einer Darstellung der im Vermögensrecht bestehenden Gemeinsamkeiten von Vormerkung und richterlichem Verfügungsverbot. Die dort erzielten Ergebnisse sind anschließend an den haftungsrechtlichen Grundsätzen zu messen. Dabei wird sich herausstellen, welche der beiden Normen sich dem Konkursrecht anpaßt und welche nicht. Die letztere ist dann einer eigenen Prüfung zu unterziehen, die nach zusätzlichen Kriterien für eine „haftungsrechtliche Rechtfertigung“<sup>7</sup> suchen muß.

---

der Anfechtbarkeit — „der Grundsatz der Verlustgemeinschaft wird auf den Tag der Krisis zurückerstreckt“, Pagenstecher / Grimm, S. 96.

<sup>4</sup> Hagen, FG Larenz, S. 868.

<sup>5</sup> Sprachgeschichtlich präziser wäre der Ausdruck: Konkurs der Gläubiger des Gemeinschuldners. Doch hat sich jener Terminus kraft Gewohnheit so sehr verfestigt, daß der Rückgriff auf den lateinischen Bedeutungsgehalt unnötige Akribie wäre. Vgl. zu einem solchen Sprachwandel den Aufsatz: ‚Problem der Fachsprachen‘ des Sprachwissenschaftlers Helmut Gipper in: Denken ohne Sprache, 2. Aufl., 1978, S. 108 ff.

<sup>6</sup> Siehe ausführlich unten § 2 vor I.

<sup>7</sup> Henckel, FG Wieacker, S. 366.

## **§ 1. Die Gemeinsamkeiten von richterlichem Verfügungsverbot und Vormerkung**

### **I. Sicherungsbehelf**

Richterliches Verfügungsverbot, §§ 935, 936, 920 ZPO und Vormerkung, §§ 883 ff. BGB, dienen zur Sicherung eines Anspruchs. Das will besagen, daß mit ihrer Hilfe die Erfüllung des zu schützenden Anspruchs gewährleistet, zumindest aber das Risiko der Nichterfüllung verringert werden soll. Um aus dieser Aussage haftungsrechtliche Konsequenzen ziehen zu können, bedarf sie einer Präzisierung; denn in der Allgemeinheit gilt sie auch für so unterschiedliche Rechtsinstitute wie Bürgschaft, Vertragsstrafe und Eigentumsvorbehalt. Eine exaktere Erfassung ist daher erforderlich und dann möglich, wenn sich Vormerkung und richterliches Verfügungsverbot von jenen Rechtsinstituten abgrenzen lassen. Dazu bietet sich die Aufstellung eines Systems der Sicherungsbehelfe an.

Ein System hat nicht nur die Aufgabe, Einheiten aufzuzeigen; sie ergibt sich aus dem genannten, gemeinsamen Zweck. Es soll vielmehr noch — und dies ist für die Präzisierung von Interesse — Zusammenhänge aufzeigen und ordnen<sup>1</sup>. Als Kriterium für eine Ordnung bieten sich die den einzelnen Sicherungsbehelfen zugrunde liegenden Ansprüche an, weil sie die Schutzrichtung und den Schutzzumfang bestimmen: Ein Geldanspruch benötigt andere Hilfe als ein auf eine Sachleistung gerichteter Anspruch. Dementsprechend wird im folgenden zwischen Ansprüchen unterschieden, die auf eine Geldleistung, Sachleistung oder sonstige Handlungen gerichtet sind<sup>2</sup>.

#### **1. Anspruch, der auf eine Geldleistung gerichtet ist**

In dieser Kategorie erscheint das Sicherungsbedürfnis zunächst erstaunlich; haftet doch der Schuldner ohnehin mit seinem gesamten pfändbaren Vermögen, und bestehen doch gerade zur Erhaltung dieser

---

<sup>1</sup> Vgl. nur Savigny, System I, S. XXXVI, 10, 214; Canaris, Systemdenken, S. 12 und öfter.

<sup>2</sup> Diese Einteilung erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit und umfassende Erörterung der Probleme; sie ist nur das Mittel zu dem Zweck, die Gemeinsamkeiten von Vormerkung und richterlichem Verfügungsverbot darzustellen.