

76. Welche Ansprüche kann ein Hypothetengläubiger, dessen Recht bei Feststellung des geringsten Gebots versehentlich übergegangen worden ist, gegen die ihm in der Rangordnung nachstehenden, bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten Ansprüche erheben?

V. Zivilsenat. Urt. v. 3. Dezember 1904 i. S. Aktienbrauerei D. (Bekl.) w. Ehef. G. (Kl.) u. H. (Nebeninterv.). Rep. V. 153/04.

I. Landgericht Mülhausen.

II. Oberlandesgericht Colmar.

Für die Klägerin, Ehefrau G., haftete auf einem Grundstück in Mülhausen eine hypothekarisch sichergestellte Forderung von 10400 *M* nebst 4½ Prozent Zinsen. Dieser stand der Vorrang vor einer für die Beklagte auf demselben Grundstück eingetragenen, zu 4 Prozent verzinslichen Hypothek von 8000 *M* zu. Das Grundstück kam im Jahre 1901 auf Antrag eines der Beklagten in der Rangordnung nachstehenden Hypothetengläubigers B. zur Zwangsversteigerung, die vom Notar H. (dem Nebenintervenienten) als Versteigerungsbeamten geleitet wurde. Obwohl die Klägerin ihre Forderung zum Zwangsversteigerungsverfahren auch noch angemeldet hatte, übersah der Notar, daß dieser Forderung der Vorrang vor der Hypothek der Beklagten zustand und nahm unrichtigerweise an, daß nur eine

hier nicht weiter in Betracht kommende Hypothek der Gebrüder G. von 8000 *M* und die Hypothek der Beklagten von 8000 *M* dem betreibenden Gläubiger vorgingen. Infolge dessen stellte er das geringste Gebot dahin fest, daß es insgesamt 17892,48 *M* betrage, nämlich daß der Ersteher zu übernehmen habe die G.'sche Hypothek mit 8000 *M* und die Hypothek der Beklagten mit 8000 *M*, und bar zu zahlen habe einen von der Steuerkasse in Mülhausen angemeldeten Betrag von 29,80 *M*, sowie an Zinsen aus der G.'schen Hypothek 900,7 *M* und aus der Hypothek der Beklagten 962,76 *M*. Die Forderung der Klägerin blieb also bei der Feststellung des geringsten Gebots unberücksichtigt. Ein Widerspruch gegen diese Feststellung wurde, obwohl im Versteigerungstermin sowohl die Beklagte wie auch die Klägerin, diese durch ihren Ehemann, vertreten waren, nicht erhoben, sondern auf Grund des so festgestellten geringsten Gebots das Grundstück ausbezogen, und der Zuschlag für ein Meistgebot von 20900 *M* von dem Versteigerungsbeamten erteilt. Er wurde rechtskräftig, da ein Rechtsmittel gegen ihn nicht eingelegt wurde. Bei der Verteilung des Erlöses wollte der Versteigerungsbeamte den Bedingungen, unter denen der Zuschlag erteilt worden war, entsprechend feststellen, daß die G.'sche Hypothek von 8000 *M* und die Hypothek der Beklagten von 8000 *M* bestehen bleiben, und er wollte ferner den bar zu zahlenden Erlös von 4900 *M* zuzüglich der von ihm bis zum Verteilungstermin aufgelaufenen Zinsen von 54,28 *M*, zusammen also den Betrag von 4954,28 *M*, der bar gezahlt worden war, anweisen: vorweg auf Kosten, Steuern und Zinsen der G.'schen Hypothek mit 1134,15 *M*, sodann an die Beklagte auf die von ihr liquidierten Hypothekenzinsen mit 1214,89 *M* und den Rest von 2505,24 *M* der Klägerin. Die Klägerin, deren Forderung nebst Zinsen sich auf 11917,20 *M* belief, würde hierdurch einen Ausfall von 9311,96 *M* erlitten haben. Sie widersprach nun aber dieser Verteilung des Erlöses, indem sie jetzt geltend machte, daß ihrer Forderung der Vorrang vor der Hypothek der Beklagten zustehe. Sie verlangte, daß ihre Forderung an Stelle der der Beklagten in Höhe von 8000 *M* vom Ersteher übernommen, und daß ihr der ganze nach Abzug der vorweg verteilten 1134,15 *M* verbleibende Rest des bar gezahlten Erlöses mit 3820,13 *M* zugeteilt werde. Nachdem infolge dieses Widerspruchs der streitige Teil des Barerlöses hinterlegt worden

war, erhoben sie und ihr Ehemann die gegenwärtige Klage und verkündeten zugleich dem Notar den Streit.

Die Beklagte verlangte Abweisung der Klage, verkündete aber auch ihrerseits dem Notar den Streit; der Notar erkannte keine Regressansprüche an, trat aber der klagenden Seite im Rechtsstreite bei.

Der erste Richter ordnete eine Berichtigung des Teilungsplanes dahin an, daß der Rest des bargezahlten Steigpreises mit 3820,13 \mathcal{M} der Klägerin zugewiesen werde; im übrigen wies er die Klage ab. Gegen dieses Urteil legten beide Teile und der Nebenintervenient Berufung ein. Der zweite Richter wies die Berufung der Beklagten zurück, hob dagegen auf die Berufung der Gegenseite das Urteil des Landgerichts, soweit es die Klage abwies, auf und ordnete eine noch weitere Berichtigung des Teilungsplanes dahin an, daß die in ihm als bestehend bleibend aufgeführte Hypothek der Beklagten mit Zinsen seit dem 24. Dezember 1901 den Klägern übertragen werde zur Befriedigung ihrer Restforderung in Höhe von 8097,7 \mathcal{M} und Zinsen vom 26. März 1902 an. Dieses Urteil wurde auf die Revision der Beklagten insoweit aufgehoben, als es der Berufung der Kläger stattgegeben hatte, und insoweit wurde die Berufung der Kläger und des Nebenintervenienten gegen das Urteil erster Instanz zurückgewiesen; im übrigen wurde die Revision zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Bei richtiger Feststellung des geringsten Gebots hätte nach § 45 Bw.V.G. nicht bloß die G.'sche Hypothek und die Hypothek der Beklagten, sondern auch die Hypothek der Klägerin als bestehend (§ 52 das.) berücksichtigt werden müssen, da alle drei Hypotheken in der Rangordnung dem betreibenden Gläubiger vorgingen. Dies ist nun aber nicht geschehen. Die Hypothek der Klägerin ist bei Feststellung des geringsten Gebots, auf Grund dessen das Ausgebot erfolgt, und der Zuschlag erteilt ist, unberücksichtigt geblieben, und nur die Hypothek der Beklagten, die in der Rangordnung der Klägerin nachsteht, und die Hypothek der Gebrüder G. haben Berücksichtigung gefunden. Nun fragt es sich, welche Folgen dies für die Verteilung des Erlöses hat. Die Vorinstanzen sind richtig davon ausgegangen, daß der Hypothek der Klägerin trotz ihrer Nichtberücksichtigung der ihr zustehende Rang, also auch der Vorrang vor

der Hypothek der Beklagten, verblieben ist. Denn das heute geltende Recht kennt in der Zwangsversteigerung eine Zurücksetzung im Range nur als Folge nicht rechtzeitiger Anmeldung oder Glaubhaftmachung (§ 110 Zw.V.G.), und von dieser Folge kann die Klägerin nicht betroffen sein, da ihre Hypothek als eingetragen der Anmeldung nicht bedurfte und von ihr überdies angemeldet worden ist. Hat aber die Klägerin ihren Rang behalten, so geht sie auch bei der Verteilung des Erlöses, soweit nicht die festgestellten Versteigerungsbedingungen etwas anderes festsetzen, der Beklagten vor, und daraus folgt, daß der bar zu zahlende Erlös, den im vorliegenden Falle der Ersteher auch bar berichtigt hat, der Klägerin gebührt. Es sind dies die der Klägerin in erster und zweiter Instanz zugesprochenen 3820,18 *M.*, die nach Abzug der vormweg verteilten 1134,15 *M.* von den bargzahlten 4954,28 *M.* übrig bleiben. Darin ist zwar auch ein Teil des geringsten Gebots enthalten, nämlich derjenige Teil, der nach § 49 Abs. 1 Zw.V.G. bar zu zahlen ist; aber soweit das geringste Gebot einen Betrag als bar zu zahlenden festsetzt, trifft es keine Bestimmung darüber, wem dieser Betrag bei der Verteilung zufallen soll. Es bestimmt nur die Höhe der Barzahlung, unter der Gebote nicht zugelassen werden dürfen, während sich erst bei der Verteilung des Erlöses ergibt, welche Gläubiger aus dieser Barzahlung zu befriedigen sind. Daß die Höhe des vom geringsten Gebot bar zu zahlenden Teils, wie aus § 49 Abs. 1 a. a. D. hervorgeht, sich nach bestimmten, entweder aus dem Grundbuch ersichtlichen oder angemeldeten Ansprüchen richtet, darf daran nicht irre machen; denn das Gesetz schreibt nirgends vor, daß nur diejenigen Ansprüche, nach denen die Höhe der Barzahlung bestimmt worden ist, bei ihrer Verteilung berücksichtigt werden dürfen; es läßt im Gegenteil durch die Vorschrift im § 109 Abs. 2, daß der nach Deckung der Kosten verbleibende Überschuß „auf die Rechte, welche durch Zahlung zu decken sind, verteilt“ werden soll, und durch die darauf folgende Bestimmung im § 110, daß die dort erwähnten Rechte den übrigen bei der Verteilung nachstehen sollen, erkennen, daß für die Verteilung des Barerlöses die grundbuchmäßige Rangordnung maßgebend ist, und daß hierbei nur diejenigen Gläubiger, auf die der § 110 zutrifft, eine Zurücksetzung im Range erfahren dürfen. So wird auch das Gesetz — wenn auch nicht ohne Widerspruch, vgl. Kretschmar, Das Reichsgesetz über die Zwangsverstei-

gerung *ic* S. 185 — überwiegend in der bisher zu ihm erschienenen Kommentarliteratur verstanden,

vgl. Fischer-Schäfer, Bem. 4 zu § 45; Jaekel, Bem. 8 zu § 45; Reinhard, Bem. II unter 2 zu § 45,

und es spricht wesentlich für dieses Verständnis, daß auch das hierin vorbildlich gewesene preußische Gesetz vom 13. Juli 1883 fast einstimmig und unter Zustimmung des Reichsgerichts (Jurist. Wochenschr. 1893 S. 71 Nr. 47) die gleiche Auslegung gefunden hat.

Vgl. Kurlbaum, Neue Grundsätze der Zwangsversteigerung S. 53 flg., und die Kommentare zu diesem Gesetz von Kretsch-Fischer, 3. Aufl. S. 218, und von Jaekel, 3. Aufl. S. 250. 252. 289.

Der Berufungsrichter hat nun aber der Klägerin nicht bloß den nach Abzug der vorweg zu berichtigenden Posten vorhandenen Barerlös („Vargebot“ im Sinne des § 49 Abs. 1 Zw.V.G.) zugesprochen, sondern den Teilungsplan noch weiter dahin abgeändert, daß auch die Hypothek der Beklagten von 8000 *M.*, die bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt worden ist und daher nach § 52 Zw.V.G. bestehen bleibt, nebst Zinsen seit dem 24. Dezember 1901 auf die Klägerin übertragen werden soll. Darin kann ihm nicht beigetreten werden. Vorweg ist dabei zu bemerken, daß auch in dieser Beziehung die Feststellung des geringsten Gebots nicht ganz korrekt erfolgt ist. Denn sie geht dahin, daß der Ersteher die G.'sche Hypothek und die Hypothek der Beklagten zu übernehmen habe, während das Gesetz eine Übernahme durch den Ersteher, soweit das dingliche Recht in Betracht kommt, überhaupt nicht vorschreibt und die Übernahme der etwa bestehenden persönlichen Haftung des Schuldners besonders regelt (§ 53 Zw.V.G.). Richtiger wäre es daher gewesen, wenn der Versteigerungsbeamte zur Feststellung des geringsten Gebots nur ausgesprochen und im Protokoll festgestellt hätte (§§ 66. 78 Zw.V.G.), welche Hypotheken berücksichtigt worden sind; denn hieraus würde sich nach § 52 Abs. 1 das. von selbst ergeben haben, daß diese Hypotheken gegen den Ersteher bestehen bleiben. Aber sachlich kommt die getroffene Feststellung des geringsten Gebots auf dasselbe hinaus, und ihre inkorrekte Fassung hat daher keine Bedeutung. Die Frage ist also die, ob ein Hypothekengläubiger, dessen Hypothek bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt worden ist und daher

bestehen bleiben soll, bei der Verteilung des Erlöses dulden muß, daß sie nicht bestehen bleibt, weil eine ihm in der Rangordnung vorgehende Hypothek, die bei der Feststellung des geringsten Gebots hätte berücksichtigt werden sollen, nicht berücksichtigt worden ist. Diese Frage ist — im Gegensatz zum Berufungsgericht — zu verneinen.

Zunächst mag hervorgehoben werden, wenn auch ein entscheidendes Gewicht darauf nicht zu legen ist, daß die Annahme des Berufungsgerichts zu Konsequenzen führt, die befremdlich erscheinen müssen. Denn die Folge wäre, daß jeder Hypothekengläubiger befugt sein müßte, obwohl seine Hypothek bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt worden ist, den Zuschlag anzufechten, wenn eine ihm vorgehende Hypothek bei der Feststellung des geringsten Gebots keine Berücksichtigung gefunden hat. Will man annehmen, daß einer solchen Beschwerde gegen den Zuschlag der § 100 Abs. 2 Zw.V.G. nicht entgegensteht, so würde der übergangene Hypothekengläubiger, von dem man meinen sollte, daß es in erster Reihe seine Sache sei, den Zuschlag, durch den er in seinem Rechte verletzt wird, anzufechten, dies unterlassen und abwarten dürfen, ob der bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigte Nachhypothekar die Beschwerde erhebt. Denn erhebt er sie, und dringt er mit ihr durch, so kommt der Erfolg, nämlich die Aufhebung des Zuschlags, auch dem übergangenen Ansprüche zugute; und erhebt er sie nicht, so würde der übergangene Anspruch dem berücksichtigten Hypothekengläubiger immer noch aus dem geringsten Gebot herausdrängen. Aber noch mehr! Von Erfolg könnte die Beschwerde natürlich nur dann sein, wenn die nicht berücksichtigte Hypothek zu Unrecht übergangen worden ist. Zu Unrecht ist sie aber nur dann übergangen, wenn und soweit sie noch besteht. Ob dies der Fall ist, müßte der nachstehende Hypothekengläubiger doch erst feststellen können, bevor er die Beschwerde erhebt. Zu dieser Feststellung über ein ihm fremdes Rechtsverhältnis wird er aber in vielen Fällen gar nicht in der Lage sein, namentlich dann nicht, wenn der Vorhypothekar im Versteigerungstermin nicht erschienen ist, oder wenn der Nachhypothekar selbst den Versteigerungstermin nicht wahrgenommen hat, weil er als ein dem betreibenden Gläubiger vorgehender Berechtigter hierzu keine Veranlassung hatte. Gerade der letzt erwähnte Fall zeigt, zu welcher Konsequenz man käme: der Hypothekengläubiger, der im Versteigerungstermin ausgeblieben ist,

und der nun aus dem ihm nach § 88 Zw.B.G. zugestellten Beschlusse über die Erteilung des Zuschlags, da dieser nach § 82 das. auch die Versteigerungsbedingungen enthalten muß, ersieht, daß zwar seine eigene Hypothek bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt worden ist, daß aber eine der ihm vorgehenden Hypotheken nicht berücksichtigt worden ist, müßte festzustellen suchen, wie dies gekommen ist, um darüber ins Klare zu gelangen, ob hier eine Übergehung zu Unrecht stattgefunden hat; denn wenn dies der Fall sein sollte, müßte er selbst die Beschwerde einlegen, um nicht hinterher, nachdem der Zuschlag rechtskräftig geworden, von dem übergangenen Anspruch aus der Berücksichtigung beim geringsten Gebot herausgebrängt zu werden und auf den bar zu zahlenden Erlös angewiesen, also, soweit dieser nicht zureicht, der Gefahr des Ausfalls ausgesetzt zu sein. Vor welche Schwierigkeiten damit der Nachhypothekar gestellt würde, namentlich wenn ihm, wie dies wohl oft der Fall sein wird, die Rechtsverhältnisse der Vorhypotheken unbekannt sind, und wenn man weiter beachtet, daß ihm zu seinen Ermittlungen nach § 96 Zw.B.G. nur eine vierzehntägige Frist zu Gebote stände, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden.

Derartige Erwägungen sind nun zwar, wie bereits bemerkt, nicht ausschlaggebend; aber sie erregen doch von vornherein Bedenken gegen eine Auslegung des Gesetzes, die zu so unbefriedigenden Ergebnissen führt. Ob sich letztere nach dem preussischen Zwangsversteigerungsgesetze vom 13. Juli 1883 ergeben hätten, kann unerörtert bleiben; denn das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 weicht in einer hier maßgebenden Beziehung bei seinen Vorschriften über die Feststellung des geringsten Gebots und über die Verteilung des Erlöses von dem preussischen Gesetze ab. Es schreibt nicht vor, daß das geringste Gebot auf einen Betrag festgesetzt werden soll, der ausreichend ist, um die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Rechte und die aus dem Erlöse zu entnehmenden Kosten des Verfahrens zu decken, und der daher nur gefunden werden kann, wenn man jene Rechte, also namentlich die Kapitalbeträge der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken- und Grundschulden, ziffermäßig zusammen rechnet; das Reichsgesetz läßt vielmehr die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Rechte bei der Feststellung des geringsten Gebots nur berücksichtigen

(§ 45 Zw.V.G.) und schreibt dann vor (§ 52), daß sie, soweit sie nicht durch Zahlung zu decken sind (§ 49 Abs. 1), insoweit bestehen bleiben, als sie bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt worden sind. Das Reichsgesetz kennt auch keine Zuteilung des Erlöses auf Rechte, die bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt und nicht durch Zahlung zu decken sind; es kann eine solche Zuteilung nicht kennen, weil diese Rechte eben bestehen bleiben, also auf sie nichts zuzuteilen ist. Daraus erklärt es sich, daß das Reichsgesetz bezüglich dieser Rechte bei der Verteilung des Erlöses nur vorschreibt, sie seien „in dem Plane auch anzugeben“ (§ 113 Abs. 2). Eine Erklärung des Richters, durch welche nun erst — bei der Verteilung des Erlöses — bestimmt würde, welche Rechte der Ersteher in Anrechnung auf das Meistgebot und auf das in ihm steckende geringste Gebot zu übernehmen habe, findet nicht mehr statt. Sie kann auch nicht stattfinden oder wäre wenigstens völlig überflüssig; denn die Rechte, welche bestehen bleiben, stehen bereits dadurch fest, daß sie bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt worden sind, und die Übernahme der persönlichen Haftung des Schuldners, wofern eine solche besteht, folgt für den Ersteher bei bestehen bleibenden Hypotheken aus dem Gesetz selbst (§ 53). Den Weg, den das preußische Gesetz einschlug, daß nämlich das geringste Gebot für alle bei ihm in Betracht kommenden Rechte, also auch für diejenigen, die der Ersteher übernehmen sollte, nur einen Betrag festsetzte, und daß erst bei der Verteilung des Erlöses durch den Richter bestimmt wurde, welche Rechte in Anrechnung auf jenen Betrag der Ersteher übernahm (§§ 57, 107, 115 des preußischen Gesetzes von 18. Juli 1883), hat das Reichsgesetz verlassen. Nach ihm sind die bestehenbleibenden Rechte schon bestimmt, wenn das Ausgebot erfolgt; sie sind dadurch bestimmt, daß sie bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt worden sind, und zugleich ist bestimmt (§ 52 Abs. 1 Satz 2), daß die übrigen Rechte (die nicht berücksichtigten) erlöschen. Damit sind die Versteigerungsbedingungen festgesetzt, und für die Verteilung des Erlöses das Ergebnis gewonnen, daß nur das bar zu zahlende Meistgebot zu verteilen ist, so daß es in der Tat, wie auch § 113 Abs. 2 Zw.V.G. vorschreibt, für die bestehen bleibenden Rechte nur der Angabe bedarf, welche Rechte nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben.

Aus dieser Konstruktion des Verfahrens folgt dann aber auch weiter, daß Rechte, die nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen, bei der Verteilung des Erlöses nicht als solche behandelt werden dürfen, die erlöschen. Wenn das geringste Gebot und die Versteigerungsbedingungen unrichtig sind, wenn z. B., wie im vorliegenden Falle, eine dem betreibenden Gläubiger vorgehende Hypothek bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt worden ist und daher nach § 52 Abs. 1 Satz 2 erlischt, so ist es Sache des übergangenen Gläubigers, den Zuschlag wegen unrichtiger Feststellung des geringsten Gebots, durch die er in seinem Rechte verletzt wird, anzufechten (§ 83 Nr. 1. § 100 Abs. 1. § 97 Abs. 1 Zw.V.G.). Zu diesem Zwecke schreibt das Gesetz vor, daß der Beschluß, durch den der Zuschlag erteilt wird, den Beteiligten, soweit sie weder im Versteigerungstermin noch im Verkündigungstermin erschienen sind, zugestellt werden muß (§ 88), und daß in ihm auch die Versteigerungsbedingungen zu bezeichnen sind (§ 82). Läßt der übergangene Gläubiger den Zuschlag rechtskräftig werden, so kann er auch die Versteigerungsbedingungen, die für andere Gläubiger das Bestehenbleiben ihrer Forderungen festsetzen, nicht mehr anfechten. Sie sind mit der Rechtskraft des Zuschlags auch für die Verteilung des Erlöses maßgebend geworden. Das Gegenteil folgt keineswegs aus den §§ 50. 51 Zw.V.G. Diese Vorschriften beziehen sich auf den Fall, daß das geringste Gebot, wenn es richtig festgestellt worden wäre, anders hätte festgestellt werden müssen, überhaupt nicht. Sie setzen im Gegenteil voraus, daß das geringste Gebot so, wie es festgestellt worden ist, richtig, d. h. dem Grundbuch und den vorliegenden Anmeldungen entsprechend, aufgestellt worden ist, daß aber ein Recht, das hiernach Berücksichtigung finden mußte und berücksichtigt worden ist, in Wahrheit nicht besteht. Sie geben also nicht den Weg, auf welchem ein Fehler, der bei der Feststellung des geringsten Gebots vorgekommen ist, beseitigt werden kann, sondern sie geben den Weg, wie das materielle Recht einem richtig festgestellten geringsten Gebot gegenüber aufrecht erhalten werden kann. Der Gläubiger, der unter Berufung auf die §§ 50. 51 eine Erhöhung der Barzahlung des Ersteheres verlangt, weil ein bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigtes Recht nicht besteht, behauptet gar nicht, daß das geringste Gebot nach den hierüber bestehenden Vorschriften unrichtig

festgestellt worden sei, sondern stützt sich auf einen Tatbestand, der mit diesen Vorschriften nichts zu tun hat und dem materiellen Recht angehört. Er kann diesen Tatbestand nicht anders, als erst bei der Verteilung des Erlöses geltend machen, namentlich nicht durch eine Beschwerde gegen den Zuschlag. Darin zeigt sich der Gegensatz zu demjenigen Gläubiger, der geltend machen kann, daß er durch eine unrichtige Feststellung des geringsten Gebots in seinem Rechte verletzt sei. Diesem hat das Gesetz die Beschwerde gegen den Zuschlag gegeben, jenem nicht. Daraus folgt dann aber auch weiter, daß der Gläubiger, der es veräußert hat, die Beschwerde einzulegen, obwohl er durch unrichtige Feststellung des geringsten Gebots in seinem Rechte verletzt ist, sich auf die §§ 50, 51 überhaupt nicht berufen kann. Dies ist wichtig für die im Entwurfe zum Zwangsversteigerungsgesetze vorgesehene Erweiterung der jetzt im § 50 Abs. 1 des Gesetzes enthaltenen Vorschrift. Der Entwurf nämlich wollte in § 69 Abs. 2 eine Erhöhung der Barzahlung für den Ersteher auch dann eintreten lassen, wenn die bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigte Hypothek

„den nicht berücksichtigten Rechten eines anderen Beteiligten nachsteht oder gleichsteht oder gegenüber einem solchen Beteiligten unwirksam ist, zugunsten dieses Beteiligten, sofern derselbe von seinem Rechte Gebrauch macht“.

In das geltende Gesetz ist diese Vorschrift nicht übergegangen, aber nur deshalb nicht, weil man annahm, daß es sich nur um singuläre Fälle handeln könne, die der Entscheidung durch die Jurisprudenz überlassen bleiben könnten (vgl. Jaekel, Zwangsversteigerungsgesetz, 2. Aufl. S. 194 Note 6). Der Berufungsrichter führt nun aus, daß diese Erweiterung des § 50 Abs. 1, obwohl sie in das Gesetz nicht ausdrücklich aufgenommen worden sei, gleichwohl gelten müsse. Dies mag sein, wird auch jetzt überwiegend in der Literatur als richtig angenommen. Aber wenn die Erweiterung gilt, so gilt sie doch eben nur da, wo der Grundsatz des § 50 Abs. 1 selbst zur Anwendung kommen könnte; sie gilt also nicht, wenn es sich um eine unrichtige Feststellung des geringsten Gebots handelt, die der durch sie betroffene Gläubiger durch Anfechtung des Zuschlags hätte beseitigen müssen. Dies hat der Berufungsrichter verkannt, und auf dieser unrichtigen Anwendung des Gesetzes beruht es, daß er in

weiterer Abänderung des Teilungsplanes die Hypothek der Beklagten, die bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt worden ist, nicht für die Beklagte fortbestehen lassen, sondern sie der Klägerin zuweisen will.

In den Vorinstanzen ist endlich auch der Gesichtspunkt der Bereicherung zur Sprache gekommen. Es ist behauptet worden, die Beklagte würde sich auf Kosten der Klägerin bereichern, wenn ihre Hypothek bestehen bliebe, während die Klägerin, soweit das bar gezahlte Kaufgeld zu ihrer Befriedigung nicht ausreiche, leer ausginge, und die Beklagte sei auch aus diesem Grunde nach § 812 B.G.B. verpflichtet, den Vorteil, den sie ohne rechtlichen Grund erlange, an die Klägerin herauszugeben. Aber auch mit dieser Begründung läßt sich die vom Berufungsrichter angeordnete weitere Abänderung des Teilungsplanes nicht rechtfertigen. Zunächst deshalb nicht, weil es sich hier um einen Verteilungsstreit handelt, für dessen Entscheidung es nur darauf ankommen kann, ob der vom Versteigerungsbeamten aufgestellte Teilungsplan den über die Verteilung des Erlöses im Zwangsversteigerungsgesetze enthaltenen Vorschriften entspricht. Ist dies der Fall, und behauptet ein Beteiligter, daß ein anderer Beteiligter nach den Vorschriften des materiellen Rechts verpflichtet sei, dasjenige an ihn herauszugeben, was er nach dem Teilungsplan erhalte, so ist dies kein Verteilungsstreit, sondern ein Rechtsanspruch, der sich völlig außerhalb des Verteilungsverfahrens bewegt, und mit dem eine Abänderung des Teilungsplans nicht verlangt werden kann. Dies allein würde ausreichen, um den Bereicherungsanspruch hier auszuschließen. Aber die Beklagte hat auch zutreffend entgegnet, daß sie weder einen Vorteil habe, noch daß sie einen solchen ohne rechtlichen Grund erlangt haben würde. Einen Vorteil habe sie nicht, weil auch ihre Hypothek dem betreibenden Gläubiger vorging, sie also ebenso wie die Klägerin einen Anspruch darauf hatte, bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt zu werden; hätte sie aber einen Vorteil, so beruhe der rechtliche Grund für ihn in dem Verhalten der Klägerin, nämlich darin, daß diese den Zuschlag mit den sie in ihrem Rechte verletzenden Versteigerungsbedingungen habe rechtskräftig werden lassen. Daß diese Entgegnung zutrifft, ergibt sich auch daraus, daß umgekehrt, nämlich wenn man die Klägerin mit einer Hypothek von 8000 *M* an die Stelle der Beklagten

rücken läßt, die Beklagte die Benachteiligte sein würde. Die Beklagte hatte darauf, daß ihre Hypothek, weil sie ebenfalls dem betreibenden Gläubiger vorging, in diesem Subhastationsverfahren unberührt blieb, oder — wie es jetzt in Zwangsversteigerungsgesetze heißt — bestehen blieb, das gleiche Recht wie die Klägerin. Stehen in dieser Beziehung die Parteien einander gleich, und muß eine von ihnen den Nachteil tragen, so entspricht es auch dem materiellen Recht, daß dies diejenige Partei sei, die es verabsäumt hat, ihre Rechte während des Zwangsversteigerungsverfahrens gehörig wahrzunehmen.“ . . .