

101. 1. Zur Anwendung des § 571 BGB.

2. Tritt die Fälligkeit einer Hypothek, die auf einem Grundstück für dessen Mieter eingetragen ist, gemäß § 111 ZwVG. auch dann ein, wenn diesem Eintritte ein Recht des Ersteher aus dem Mietvertrage nach § 571 BGB. und § 57 ZwVG. entgegensteht?

3. Bedeutung des sog. Surrogationsprinzips im Verfahren betreffend die Zwangsversteigerung von Grundstücken.

4. Rechtliche Natur der Übertragung der gegen den Ersteher auf Zahlung des Bargeschulds bestehenden Forderung auf die Berechtigten, deren Ansprüche zur Hebung gelangt sind, und der Eintragung einer Sicherungshypothek für diese Forderung auf dem versteigerten Grundstück.

5. Sind bei der Zwangsvollstreckung aus der übertragenen Forderung auch solche Einwendungen statthaft, die bei einer im Wege des Rechtsstreites erfolgenden Geltendmachung des ursprünglichen Anspruchs von dem Ersteher hätten entgegengesetzt werden können?

BGB. § 571.

ZwVG. §§ 57, 91, 111, 118, 128, 132.

BPD. §§ 767, 794 Nr. 3.

III. Zivilsenat. Ur. v. 13. Juli 1909 i. S. Städt. Lagerbierbrauerei G. (Bell) w. L. (RL). Rep. III. 467/08.

I. Landgericht Göttingen.

II. Oberlandesgericht Celle.

Auf dem Grundstücke des Kaufmanns B. in G. stand in Abt. III unter Nr. 5 eine Restdarlehnshypothek von 9000  $\mathcal{M}$  für die Beklagte eingetragen. Diese hatte durch schriftlichen Vertrag vom 15. November 1901 eine Anzahl von Räumen von B. gemietet, und zwar war in bezug auf einen Teil der Räume die Mietzeit fest bis zum 1. Oktober 1911 bestimmt. In § 10 des Vertrages war festgesetzt, daß die Mieterin die ihr gegen den Vermieter zustehende Hypothekenforderung von damals noch 17000  $\mathcal{M}$  oder die jeweilige Resthypothek nicht kündigen dürfe, solange sie die Mietgegenstände unter den durch den Vertrag bestimmten Bedingungen in Benutzung habe. Durch Beschluß des Amtsgerichts in G. vom 4. Oktober 1907 wurde im Zwangsversteigerungsverfahren das Grundstück der Klägerin zugeschlagen. Bei Festsetzung des geringsten Gebots war die Resthypothek der Beklagten nicht mit aufgenommen worden. Diese kam bei der Versteigerung im vollen Betrage zur Geltung. Im Verteilungstermine weigerte sich die Ersteherin, die 9000  $\mathcal{M}$  auf die Hypothek der Beklagten bar zu zahlen. Darauf wurde zur Ausführung des Teilungsplanes durch Anordnung des Gerichts die Forderung gegen die Ersteherin auf Zahlung des Meistgebots auf die Beklagte in Höhe von 9000  $\mathcal{M}$  nebst 4 v. H. Zinsen seit dem 3. Januar 1908 übertragen, und es wurde für die übertragene Forderung eine Sicherungshypothek auf das versteigerte Grundstück mit dem Range des ursprünglichen Anspruchs der Beklagten eingetragen. Der Beklagten wurde auch eine vollstreckbare Ausfertigung des Zuschlagsbeschlusses mit der Angabe des Betrages der übertragenen Forderung erteilt. Sie teilte sodann der Klägerin mit, daß sie die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen der Klägerin betreiben werde, leitete auch nach ihrer Angabe die Zwangsvollstreckung in das Grundstück gegen die Klägerin ein. Wiederholte Aufforderungen der Klägerin, die 9000  $\mathcal{M}$  auf dem Grundstücke stehen zu lassen, beantwortete die Beklagte ablehnend.

Die Klägerin erhob darauf Klage und beantragte, zu erkennen, daß die Beklagte nicht berechtigt sei, auf Grund des Beschlusses vom 4. Oktober 1907 wegen der ihr im Verteilungstermine übertragenen Forderung von 9000  $\mathcal{M}$  nebst Zinsen Zwangsvollstreckung gegen sie zu betreiben. Die Beklagte behauptete, nach dem Erlöschen der ursprünglichen Hypothek und gemäß dem Teilungsplane die bare

Auszahlung ihrer Forderung verlangen zu können. Die Klägerin erklärte sich schließlich bereit, anstatt der erloschenen Hypothek für die Beklagte eine neue Hypothek mit gleichem Range und unter den gleichen Bedingungen auf das von ihr erworbene Grundstück einzutragen zu lassen. Die Beklagte lehnte dieses Angebot ab, weil es rechtlich nicht ausführbar sei.

Das Landgericht erklärte die Zwangsvollstreckung in das Grundstück auf Grund des Zuschlagsbeschlusses für unzulässig und stellte ferner fest, daß die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen der Klägerin auf Grund des Beschlusses unzulässig sei. Die Berufung und die Revision der Beklagten sind zurückgewiesen, die Revision aus folgenden

#### Gründen:

„Das Berufungsgericht ist, nachdem es die Statthaftigkeit der erhobenen Klage als einer Einwandklage aus § 767 ZPO. festgestellt hat, in materieller Hinsicht davon ausgegangen, daß nach § 57 ZWBG., wenn das versteigerte Grundstück (wie im vorliegenden Falle) vermietet und dem Mieter überlassen sei, auf das Verhältnis zwischen diesem und dem Ersteher der bei der freiwilligen Veräußerung geltende Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ entsprechend anzuwenden sei. Die Klägerin sei als Ersteherin des Grundstücks anstatt des Vermieters W. in die Rechte und Pflichten eingetreten, die sich während der Dauer ihres Eigentums aus dem Mietverhältnisse ergäben. Sie habe den Vertrag auch nicht gekündigt. Zwar trete der neue Erwerber nur in die aus dem eigentlichen Mietverhältnisse sich ergebenden Rechte und Pflichten ein, und in bezug auf solche aus Nebenabreden, die mit diesem in keinem unmittelbaren Zusammenhange ständen und nur aus dessen Anlaß getroffen seien, finde kein Übergang statt. Allein nach dem Inhalte des Vertrages stelle sich die in § 10 bestimmte Unkündbarkeit der Hypothekensforderung der Beklagten als ein wesentlicher Bestandteil des Mietvertrages selbst dar und bilde eine der vom Mieter für die Überlassung des Gebrauches der Sache zu gewährenden Gegenleistungen; es müsse ohne weiteres angenommen werden, daß diese Verpflichtung bei Bemessung des Mietzinses mit in Rechnung gestellt sei. Für diesen Zusammenhang der Vereinbarung über die Unkündbarkeit der Hypothekensforderung mit dem eigentlichen Mietvertrage spreche ferner der Umstand, daß nach § 3 die Miet-

zinsen nicht bar gezahlt, sondern gemäß § 9 verwandt und auf die Hypothekensforderung verrechnet werden sollten. Die Entscheidung des Reichsgerichts in der Jur. Woch. von 1906 S. 58, worauf die Beklagte hingewiesen habe, treffe auf den vorliegenden Fall nicht zu, da ein wesentlich anders gearteter Tatbestand zugrunde gelegen habe. Hiernach sei der § 10 des Mietvertrages auch unter den jetzigen Streittheilen maßgebend, und deshalb der von der Klägerin jetzt daraus gegen die Zwangsvollstreckung aus dem Zuschlagsbeschlusse abgeleitete Einwand berechtigt.

Das Gericht erörtert sodann die Bedeutung des Umstandes, daß die Beklagte ihre Forderung gegen die Klägerin nicht mehr auf Grund des ursprünglichen Darlehnsverhältnisses, sondern auf Grund der gerichtlichen Forderungsübertragung geltend macht. Es hält ihn für einflußlos, weil sich lediglich der Rechtsgrund geändert habe, während es sich nach wie vor um dasselbe Kapital handele. Auch von dem nach § 91 ZwVG. eingetretenen Erlöschen der Hypothek nimmt es an, daß es die Beklagte nicht berechtige, entgegen dem § 10 des Mietvertrages die Rückzahlung des Kapitals zu verlangen. Denn § 111 ZwVG., wonach betagte Ansprüche bei der Zwangsversteigerung, soweit sie nicht in das geringste Gebot fielen, als fällig gälten, könne dann nicht prägreifen, wenn zwischen den Beteiligten eine anderweitige vertragliche Vereinbarung bestehe. Der Beklagten sei auch durch die Eintragung der Sicherungshypothek genügend anderweitige Sicherheit geschaffen, und die Klägerin habe sich erboten, die Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Verkehrshypothek mit dem Inhalte der ursprünglichen umzuwandeln, was in § 1186 BGB. ausdrücklich zugelassen sei. Mit Rücksicht darauf endlich, daß, wenn die Beklagte im Verteilungstermine ihre Zustimmung zu dem Bestehenbleiben der ursprünglichen Hypothek, zu der sie nach dem Mietvertrage verpflichtet gewesen wäre, erklärt hätte, diese Hypothek gemäß § 91 Abs. 2 ZwVG. erhalten geblieben wäre, könne die Klägerin der Beklagten den Einwand der Arglist entgegenstellen.

Diese Begründung des Berufungsurteils läßt keinen Rechtsirrtum, auf dem die Entscheidung beruhte, erkennen, wenn auch nicht allen Ausführungen beizutreten ist.

Die Revision rügt Verletzung der §§ 91 und 111 ZwVG. Die Hypothek sei durch den Zuschlag erloschen; der Übertragung des ihr

entsprechenden Teiles der Kaufpreisforderung anstatt der nach § 111 fällig gewordenen Darlehnshypothekenforderung gegenüber sei eine Verpflichtung der Beklagten, das Kaufgeld stehen zu lassen, aus § 10 des Vertrages nicht herzuleiten, da dieser nur die Kündigung der Darlehnshypothek ausschliesse. Die Angriffe sind nicht begründet.

Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß auf das Rechtsverhältnis zwischen den jetzigen Parteien § 57 BwB. Anwendung finde, wonach, wenn das Grundstück einem Mieter oder Pächter überlassen ist, die Vorschriften der §§ 571, 572, des § 573 Satz 1 und der §§ 574, 575 BwB. entsprechende Anwendung finden, der Ersteher jedoch berechtigt ist, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist für den ersten zulässigen Termin zu kündigen. Die Klägerin, als Ersteherin des Grundstücks, hat das Mietverhältnis nicht gekündigt. Sie ist deshalb gemäß § 571 BwB. anstatt des Vermieters B. in dessen Rechte und Verpflichtungen eingetreten, die sich während der Dauer ihres Eigentums aus dem Mietverhältnisse ergeben. Nun hat der VI. Zivilsenat des Reichsgerichts allerdings in einem Urteile vom 30. November 1905 (Seuffert's Arch. Bd. 61 S. 183 und Jur. Wochenschr. 1905 S. 58 Nr. 10) ausgesprochen, daß, was den Übergang der Rechte betreffe, nur solche Rechte des bisherigen Vermieters in Betracht kämen, welche die Pflichten des Mieters in bezug auf die Gebarung mit dem Mietgegenstande, in bezug auf seine Rückgabe und in bezug auf die Entrichtung der Gegenleistung für den Gebrauch der vermieteten Sache betrafen. Dagegen finde ein Übergang sonstiger dem Vermieter gegen den Mieter zustehender Ansprüche kraft Gesetzes nicht statt, auch wenn die Vereinbarung, worauf sie beruhten, zusammen mit den das Mietverhältnis selbst regelnden getroffen seien, mit diesen in engem wirtschaftlichen Zusammenhange ständen und lediglich mit Rücksicht auf den Mietvertrag abgeschlossen worden seien. Von diesem Gesichtspunkte aus ist in jenem Falle angenommen worden, daß der neue Erwerber eines an einen Mieter überlassenen Grundstücks nicht anstatt des Vermieters in die Rechte aus einem vertragsmäßigen Wettbewerbverbote für den Mieter auf die Zeit nach Ablauf des Mietverhältnisses — es handelte sich um den Betrieb einer Weinwirtschaft — eingetreten sei.

Alein gegen die in jenem Urteile enthaltene Auslegung des

§ 571 BGB. hat auch das Berufungsgericht nicht verstoßen. Denn es hat ausgeführt, die in § 10 des Mietvertrages bestimmte Verpflichtung der Mieterin, die ihr gegen den Vermieter zustehende Hypothekensforderung von 17 000 *M* oder die jeweilige Resthypothek nicht zu kündigen, solange sie die Mietgegenstände unter den im Vertrage festgesetzten Bedingungen in Benutzung habe, stelle sich gerade als ein Teil der Gegenleistung dar, die sie dem Vermieter für die Benutzung der Räume außer dem eigentlichen Mietzinse zu gewähren habe, und es müsse ohne weiteres angenommen werden, daß diese Verpflichtung bei Bemessung des Mietzinses mit in Rechnung gestellt sei. Schon dieser Teil der Darlegungen trägt die Annahme des Berufungsgerichts, daß es sich bei der Verpflichtung aus § 10 des Vertrages um eine Verbindlichkeit des Mieters gerade als solchen handelt. Sie lassen in dieser Beziehung jedenfalls keinen Rechtsirrtum erkennen und liegen im übrigen auf dem Gebiete der Würdigung des festgestellten Sachverhältnisses in tatsächlicher Beziehung.

Das gleiche gilt aber auch von der ferneren Ausführung für den unlöslichen Zusammenhang der Vereinbarung über die Unkündbarkeit der Hypothekensforderung mit dem eigentlichen Mietvertrage spreche ferner der Umstand, daß nach § 3 des Vertrages die Mietzinsen nicht bar gezahlt, sondern gemäß § 9 verwendet oder auf die Hypothekensforderung verrechnet werden sollten. Denn auch hiermit hat das Berufungsgericht ersichtlich aussprechen wollen, daß nach dem Vertrage die Verpflichtung der Beklagten als Mieterin, die Hypothekensforderung oder die jeweilige Resthypothek während der Dauer der Benutzung der Mietgegenstände nicht zu kündigen, nur die Ergänzung der besondern Vertragsbestimmung darüber bildete, daß der Mietzins nicht bar entrichtet, sondern nach Abzug der Zinsen der Hypothekensforderung zur Sicherheit der Beklagten wegen ihres Anspruches auf Erstattung der Kosten des von ihr bewirkten Umbaues der Räume im Betrage von 3000 *M*, demnächst aber auf die Hypothekensforderung selbst angerechnet werden sollte (§ 9 des Vertrages). Es war demnach durch den Vertrag geradezu eine besondere Art der Erfüllung der Verpflichtung des Mieters zur Zahlung des Mietzinses festgesetzt. Demgemäß ist auch bei der Festsetzung der beschränkten Unkündbarkeit der Hypothek im vorliegenden Falle gerade das Erfordernis erfüllt, bei dessen Vorliegen jenes Urteil des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts

annimmt, daß es sich um ein Recht handle, das sich nach seinem Inhalte als ein Recht des Vermieters als solchen darstelle, insofern nur beim Bestehen dieses Rechtes die vereinbarte Art der Tilgung des Mietzinses durchführbar sei.

Demgemäß ist die Annahme des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, daß infolge des durch den Zuschlag bewirkten Eintritts der Klägerin in die aus dem Mietverhältnisse zwischen B. als Vermieter und der Beklagten als Mieterin entspringenden Rechte und Pflichten des Vermieters die Klägerin auch in das Recht aus § 10 des Mietvertrages, daß die Beklagte während der Dauer der Benutzung der Mietgegenstände ihre Hypothekensforderung von ursprünglich 17 000 M nicht kündigen darf, eingetreten ist. Es entsteht aber die Frage, ob und wie sich dieses Recht wirksam erweisen kann einerseits gegenüber den Bestimmungen des § 111 ZwZG., wonach die aus dem Versteigerungserlöse zu berichtenden Ansprüche als fällig gelten, und des § 91, wonach durch den Zuschlag die Rechte erlöschen, die nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen, und andererseits gegenüber den Bestimmungen des § 118, wonach, soweit das Bargebot nicht berichtigt wird, die Forderung gegen den Ersteher auf die Berechtigten übertragen wird, des § 128, wonach für diese Forderung eine Sicherungshypothek auf dem Grundstücke mit dem Range des Anspruchs einzutragen ist, und des § 132, wonach die Forderung gegen den Ersteher und der Anspruch aus der Sicherungshypothek gegen diesen und jeden späteren Eigentümer vollstreckbar ist. Indes ist zunächst der Satz des § 111, daß betagte Ansprüche als fällig gelten, nur eine Folge aus dem angenommenen Grundsatz, daß die Zwangsversteigerung, soweit es sich nicht um Belastungen des Grundstücks handelt, die in das geringste Gebot mit aufgenommen sind, bestimmt ist, dem Ersteher ein lastenfreies Grundstück zu verschaffen. Dieses Recht des Erstehers auf ein so beschaffenes Grundstück wird aber eingeschränkt gerade durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, die auf dem Satze „Kauf bricht nicht Miete“ beruhen, soweit dieser Satz nach § 57 ZwZG. auch gegenüber dem Ersteher zur Anwendung kommt. Steht ein nach § 571 Abs. 1 BGB. dem Ersteher zustehendes Recht aus einem in Ansehung des Grundstücks geschlossenen Mietvertrage dem Eintritte der Fälligkeit eines Anspruchs des Mieters entgegen, so kann insoweit die Fiktion der Fälligkeit des

Anspruchs gemäß § 111 ZwVG. nicht geltend gemacht werden, weil jene Bestimmung dem materiellen, diese lediglich dem Zwangsvollstreckungsrechte angehört.

Die Bedeutung der Vorschrift des § 91 aber, daß durch den Zuschlag die Rechte erlöschen, die nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen, läßt sich nur im Zusammenhange mit den Bestimmungen der §§ 118 und 128, daß, soweit das Bargebot nicht berichtigt wird, die Forderung gegen den Ersteher auf den Berechtigten zu übertragen und für diesen eine Sicherungshypothek an dem Grundstücke mit dem Range des Anspruchs einzutragen ist, zutreffend würdigen. In ihnen allen kommt das sog. Surrogationsprinzip zum Ausdruck. Der § 140 des ersten Entwurfs zum ZwVG. (von 1889) sprach es in § 140 Abs. 1 ausdrücklich aus:

„Der Versteigerungserlös tritt in Ansehung der nach § 138 erlöschenden Rechte an die Stelle des Grundstücks und der übrigen Gegenstände.“

Die Begründung aber bemerkte dazu:

„Der Eigentümer, welchem das Grundstück durch den Zuschlag genommen wird, erlangt dafür den Anspruch auf Zahlung des Betrages, welcher in Erfüllung des Meistgebotes von dem Ersteher oder einem andern zu zahlen ist, gegen den Verpflichteten und, wenn die Zahlung bewirkt wird, das Eigentum an den Grundstücken, natürlich unbeschadet der den Beteiligten zustehenden Rechte.“

und ferner:

„Das Surrogationsprinzip führt in Ansehung der ihm unterliegenden Rechte dahin, daß der Berechtigte durch Zahlung eines dem Werte des Rechtes entsprechenden Kapitals aus dem Versteigerungserlöse abgefunden wird.“

Vgl. Entw. eines Gesetzes, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nebst Motiven S. 263 flg.

Die Kommission II hat jenen Satz des Entwurfs nur deshalb gestrichen, weil er sich aus anderen Vorschriften des Gesetzes von selbst ergebe, im übrigen aber die ihm zugrunde liegende rechtliche Auffassung ausdrücklich gebilligt.

Vgl. Bemerk. zu der vorläufigen Zusammenst. der Beschl. der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Gesetzes, betr. die Zwangsvollstr. usw. S. 200 flg.



Es kann auf sich beruhen, ob hiernach, wie Saedel-Gütthe, *ZwB.* 3. Aufl., Bem. 1 zu § 92, ausführen, trotz des § 91 Abs. 1 das dingliche Recht als solches bestehen bleibt, weil von den beiden zum Begriffe der Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld nach den §§ 1113, 1191 und 1199 *BGB.* gehörigen Momenten, daß die Zahlung einer bestimmten Geldsumme an den Berechtigten und die Zahlung dieser Summe „aus dem Grundstücke“ erfolge, das zweite Merkmal, die dingliche Bindung des Grundstückwertes, nicht dadurch aufhöre, daß der Zuschlag an den Ersteher erteilt werde, vielmehr in der Gestalt fortbauere, daß der durch die dingliche Haftung gesicherte Grundstückswert nunmehr von dem Grundstücke getrennt sei und eine selbständige Existenz gewonnen habe, wonach er eben unmittelbar geeignet sei, zur Verichtigung des dinglichen Anspruchs zu dienen. Denn auch wenn man mit dem V. Zivilsenate des Reichsgerichts (*Entsch.* Bd. 55 S. 264) annimmt, daß das in den §§ 118 und 128 dem aus dem Versteigerungserlöse nicht befriedigten Gläubiger gewährte Forderungsrecht nebst Sicherungshypothek ein anders geartetes Recht als das ursprüngliche ist, so kann doch darüber kein Zweifel bestehen, daß dieses neue Recht nach der erklärten Absicht des Gesetzes an die Stelle des durch den Zuschlag erloschenen treten, daß es der Sache nach die Fortsetzung des ursprünglichen in einer unmittelbar die Zwangsvollstreckung ermöglichenden Gestalt bilden soll. In dieser Beziehung kommt namentlich in Betracht, daß nach § 128 die Sicherungshypothek für die übertragene Kaufgeldforderung „mit dem Range des Anspruchs“, d. h. des ursprünglichen Anspruchs, einzutragen ist (vgl. *Entsch.* des RG.'s in *Zivilf.* Bd. 60 S. 223 fig.); und vor allem, daß nach § 132 der Anspruch aus der Sicherungshypothek gegen den Ersteher und jeden späteren Eigentümer vollstreckbar ist und die Zwangsvollstreckung auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Zuschlagsbeschlusses in das bewegliche wie in das unbewegliche Vermögen des Erstehers stattfindet.

Dafür, daß dies auch die Auffassung bei der Herstellung des Entwurfs des Gesetzes gewesen ist, spricht zunächst die Bemerkung der Begründung zu dem ersten Entwurfe (*Motive a. a. O.* S. 306), die Eintragung habe die Natur einer Zwangsmaßregel gegen den Ersteher und deshalb könne im Hinblick auf § 1130 *BGB.* (erster Entwurf) nur eine Sicherungshypothek in Aussicht genommen werden.

Ferner die Ausführung in den oben erwähnten Bemerkungen zu der vorläufigen Zusammenstellung der Beschlüsse der II. Kommission (a. a. O. S. 232), die Verteilung erfolge durch Übertragung der Forderung auf die Berechtigten; letztere sei, wie das Verteilungsverfahren überhaupt, ein Akt der Zwangsvollstreckung und habe mithin die Natur einer Überweisung im Sinne der Zivilprozessordnung, wenn auch das Wort „Überweisung“ vermieden werde. Materiell kann es sich demnach, wie bei der Überweisung einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung, nur um die zwangsweise erfolgende Durchführung des ursprünglichen Anspruchs handeln, wenn auch der eigentümliche Aufbau des Verfahrens der Zwangsversteigerung von Grundstücken bedingt, daß der ursprüngliche Anspruch gänzlich schon infolge des Zuschlages erlischt und daß der „übertragene“ Anspruch formell an seine Stelle tritt, während bei der Überweisung nur, wenn sie an Zahlungsstatt erfolgt, die ursprüngliche Forderung als getilgt gilt, wenn sie dagegen zur Einziehung erfolgt, die überwiesene Forderung zunächst neben die ursprüngliche tritt (§ 835 BPO.).

Steht aber materiell bei der Zwangsvollstreckung aus der übertragenen Forderung eine solche aus dem ursprünglichen Ansprüche in Frage, so müssen gegen sie auch die Einwendungen statthaft sein, die bei einer im Wege des Rechtsstreites erfolgenden Geltendmachung des ursprünglichen Anspruchs von dem Ersteher entgegengesetzt werden könnten. Denn dann muß auch der § 767 BPO. platzgreifen, da der Zuschlagsbeschluß, aus dem die Zwangsvollstreckung nach § 132 ZwOB. stattfindet, nach § 95 der Beschwerde unterliegt und deshalb zu den in § 794 Nr. 3 BPO. bezeichneten Entscheidungen, aus denen die Zwangsvollstreckung stattfindet, gehört und auf diese Zwangsvollstreckung nach § 795 die Vorschriften der §§ 724—793 entsprechende Anwendung finden. Nur scheidet hier die in § 767 Abs. 2 bestimmte Beschränkung aus, weil eine mündliche Verhandlung, in der „Einwendungen“ spätestens hätten geltend gemacht werden können, nicht stattgefunden hat (vgl. Jaedel-Gütke, a. a. O. Bem. 10 zu § 133). Daß aber im vorliegenden Falle der § 10 des Mietvertrages einen solchen durchgreifenden Einwand gegen den in Gestalt des Vollstreckungsanspruches auftretenden Anspruch der Beklagten auf Zahlung der ursprünglichen Hypothekenforderung begründet, ist oben dargelegt.

Es wird auf diesem Wege gegenüber einer nach der formalen Gestaltung des Zwangsversteigerungsverfahrens ohne vorangegangenen Rechtsstreit und ohne Vorliegen der Voraussetzungen auch nur für die Erhebung einer Klage vollstreckbar gewordenen Hypothekensforderung, die der Gläubiger nach dem materiellen Rechte auf dem Grundstück auch dem Ersteher gegenüber auf Grund bereits früher eingegangener Verpflichtung hätte stehen lassen müssen, derselbe Erfolg erreicht, der nach § 91 Abs. 2 des Gesetzes sonst erst durch eine besondere Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Ersteher dahin erzielt wird, daß ein an sich durch den Zuschlag erloschenes Recht bestehen bleiben solle, eine Vereinbarung, die entweder im Verteilungstermine erklärt oder durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden muß. Für die Gläubigerin liegt der hier zur Entscheidung stehende Fall ähnlich wie der, auf den sich die weitere Bemerkung der „*Motive*“ a. a. D. S. 306 bezieht:

„Eine solche Hypothek“ — nämlich eine Sicherungshypothek — „genügt hier dem Bedürfnisse vollständig, da das Gesetz nach Lage der Sache davon ausgehen muß, daß es sich nur um eine vorübergehende Sicherstellung handelt. Will der Gläubiger die Forderung dem Ersteher kreditieren, so wird es ihm nicht schwer fallen, diesen zur Umwandlung der Sicherungshypothek in eine seinen Wünschen entsprechende normale Hypothek zu bestimmen.“

Denn was hier für den Fall späterer Verständigung zwischen Gläubiger und Ersteher über die Kreditierung der übertragenen Forderung empfohlen wird, muß auch von einem Falle wie dem vorliegenden gelten, in welchem der Gläubiger infolge eines früher geschlossenen, ihn nach den Bestimmungen des materiellen Rechts bindenden Vertrages verpflichtet ist, von der Ausübung des formal erlangten Rechtes zur Weitreibung der übertragenen Forderung Abstand zu nehmen, wie ja auch die Klägerin der Beklagten das Anerbieten gemacht hat, die Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek mit dem Inhalte der ursprünglichen Hypothek umzuwandeln.<sup>4</sup> . . .