

14. 1. Steht eine Grundschuld, die zur Sicherung einer Forderung bestellt ist, dem Grundstückeigentümer zu, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt?
2. Hat auf den bei der Verteilung des Zwangsversteigerungserlöses auf eine Grundschuld entfallenden Betrag, den der Grundschuldgläubiger nicht liquidiert, indem er erklärt, daß er auf die

Grundschuld Valuta nicht gezahlt habe, der Vollstreckungsschuldner, oder der nächste ausfallende Realberechtigte Anspruch?

BGB. §§ 1163 Abs. 1, 1168, 1183, 1191, 1192 Abs. 1.

ZwVG. §§ 52, 91.

V. Zivilsenat. Urtr. v. 6. Dezember 1911 i. S. M. (Rl.) w. G. (Bekl.).  
Rep. V. 208/11.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Im Grundbuche des dem Gastwirte B. gehörigen Grundstücks in Str. standen in Abt. III eingetragen:

- a) unter Nr. 6: eine Briefgrundschuld von 158100  $\mathcal{M}$  für die M.'sche Hypotheken- und Wechselbank zu Schw. Hierbon waren 25000  $\mathcal{M}$  an die Fr.-Bank in L. abgetreten.
- b) unter Nr. 7: eine Hypothek von 24850  $\mathcal{M}$  für die Fr.-Bank.
- c) unter Nr. 8: eine zu 5% verzinsliche Hypothek von 7500  $\mathcal{M}$  für den Kläger.

Im Jahre 1909 kam das Grundstück zur Zwangsversteigerung. Bei der Verteilung des bar zu zahlenden Versteigerungserlöses liquidierte die M.'sche Bank für die noch in Höhe von 133100  $\mathcal{M}$  für sie eingetragene, nicht in das geringste Gebot fallende Grundschuld nur 119928,30  $\mathcal{M}$  aus dem Versteigerungserlöse, indem sie erklärte, daß sie hinsichtlich des Restbetrages von 13171,70  $\mathcal{M}$  Valuta nicht gewährt habe. Diesen Betrag nahmen die Fr.-Bank und die Parteien in Anspruch. Der Beklagte stützte sich auf den notariellen Vertrag vom 27. Februar 1908, wodurch der Eigentümer B. den Betrag der Grundschuld der M.'schen Bank, der sich infolge Nichtzahlung der Valuta oder aus einem sonstigen Grunde mit dem Eigentume verbinde und eine B. zustehende Eigentümergrundschuld werden würde, an den Beklagten abgetreten hatte. Die Fr.-Bank beanspruchte den Betrag von 5407,49  $\mathcal{M}$ , in welcher Höhe sie mit ihrer Hypothek zu b ausgefallen war. Den überschießenden Betrag von 7764,21  $\mathcal{M}$  nahm der Kläger, weil er mit seiner Hypothek zu c nebst Zinsen und Kosten von 8102,42  $\mathcal{M}$  ausfiel, für sich in Anspruch. In dieser Höhe erhob er gegen das Liquidat des Beklagten Widerspruch. Die 13171,70  $\mathcal{M}$  wurden als Streitmasse hinterlegt.

Im Rechtsstreite beantragte der Kläger, den Beklagten zu verurteilen, darin zu willigen, daß von den als Streitmasse zwischen den Parteien und der Fr.-Bank hinterlegten 13171,70 *M* der Teilbetrag von 7764,21 *M* nebst Hinterlegungszinsen an ihn, den Kläger, ausgezahlt werde. Der Beklagte vertrat den Standpunkt, daß der Eigentümer B. infolge des Umstandes, daß die M.'sche Bank auf den nicht valutierte Teil der Grundschuld Ansprüche nicht erhoben habe, in dieser Höhe die Grundschuld erworben habe, und berief sich ferner darauf, daß die Bank vor dem Zuschlage auf den Teil der Grundschuld B. gegenüber ausdrücklich verzichtet habe.

Der erste Richter verurteilte den Beklagten nach dem Klageantrage. In der zweiten Instanz stützte der Beklagte seinen Anspruch auf den Versteigerungserlös weiter darauf, daß ihm der Eigentümer B. nach dem Zuschlage und vor dem Verteilungstermine in der notariell beglaubigten Urkunde vom 13. November 1909 die 13171,70 *M* abgetreten habe, die von dem Versteigerungserlöse auf ihn aus der für ihn entstandenen Eigentümergrundschuld entfielen. Der Berufungsrichter wies die Klage ab und verurteilte den Kläger, in die Auszahlung der hinterlegten 13171,70 *M* in Höhe von 7764,21 *M* nebst Hinterlegungszinsen an den Beklagten zu willigen. Die Revision des Klägers wurde zurückgewiesen aus folgenden

#### Gründen:

„Der Berufungsrichter geht davon aus, daß die Entscheidung des Rechtsstreites im wesentlichen von der Beantwortung der Frage abhängt, ob in gleicher Weise wie Hypotheken auch Grundschulden bei Nichtzahlung der Valuta dem Grundstückseigentümer zufallen. Er meint, der Beklagte erhebe, wenn diese Frage bejaht werde, mit Recht Anspruch auf den Versteigerungserlös, der auf den unstreitig nicht valutierte Teil der Grundschuld der M.'schen Bank von 13171,75 *M* entfallen sei. Denn dieser Teil hätte dann dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zugestanden, und die daraus sich ergebenden Rechte B.'s auf den fraglichen Erlösteil seien auf den Beklagten übergegangen. Zwar sei dies nicht durch die Abtretung B.'s in der Urkunde vom 27. Februar 1908 bewirkt worden, weil zur Wirksamkeit der Abtretung gemäß §§ 1154, 1192 BGB. die Übergabe des Grundschuldbriefes erforderlich gewesen wäre, eine solche Übergabe aber nicht stattgefunden habe. Dagegen könnte der Beklagte den

Erlösteil deswegen für sich in Anspruch nehmen, weil sich die Eigentümergrundschuld B.'s infolge des Zuschlags in einen Anspruch auf den entsprechenden Anteil am Erlöse umgewandelt und B. am 13. November 1909, also nach dem Zuschlage, die auf seine Eigentümergrundschuld aus dem Erlöse entfallenden 13171,70 *M* an den Beklagten abgetreten habe.

Diese Ausführungen verkennen die Rechtsstellung des Klägers hinsichtlich der Erfordernisse für die Rechtfertigung des von ihm geltend gemachten Anspruchs. Der Kläger hat im Verteilungsverfahren gegen das Liquidat, das der Beklagte als Rechtsnachfolger des Grundstückeigentümers B. auf Grund der fraglichen Grundschuld aufgestellt hat, Widerspruch erhoben. Diesen jetzt im Wege der Klage verfolgten Widerspruch stützt er darauf, daß er mit seiner der Grundschuld im Range nachstehenden Hypothek ausgefallen sei. Daher wäre sein Widerspruch nur dann berechtigt, wenn er wegen seiner Hypothek an der Stelle des streitigen Grundschuldteiles Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse verlangen könnte. Dies wäre aber nur der Fall, wenn der Grundschuldteil entweder von vornherein rechtlichen Bestand nicht gehabt oder späterhin rechtlich zu bestehen aufgehört hätte. War der Grundschuldteil rechtswirksam begründet worden und bestand er sowie das infolge des Zuschlags an seine Stelle getretene Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse

vgl. §§ 52, 91, 92 *ZwVG.* und *Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 55 S. 264, Bd. 60 S. 253, Bd. 63 S. 216, Bd. 70 S. 279*

zur Zeit der Verteilung des Erlöses rechtlich noch fort, so war der Anspruch des Klägers auf den fraglichen Erlösteil ungerechtfertigt, gleichviel, ob der Grundschuldteil der als Gläubigerin eingetragenen *M.'schen* Bank oder dem Grundstückseigentümer B. oder dem Beklagten als *Jessionar B.'s* zustand. Der nachstehende Hypothekengläubiger wird durch ein vorgehendes hypothekarisches Recht (Hypothek, Grundschuld) von der Inanspruchnahme des Versteigerungserlöses verdrängt, gleichviel, wer Gläubiger des Rechtes ist. Er kann auch dann, wenn nachgewiesen wird, daß wer das von dem Versteigerungserlöse auf die vorgehende Hypothek oder Grundschuld Entfallene als Gläubiger liquidiert hat, nicht der wirkliche Gläubiger ist, für seine Hypothek ein besseres Befriedigungsrecht nicht gewinnen. Deshalb

fehlt ihm überhaupt die Berechtigung, gegen das vom Vollstreckungsgericht zugelassene Liquidat aus der vorgehenden rechtsbeständigen Hypothek oder Grundschuld deswegen Widerspruch zu erheben, weil der als Gläubiger Liquidierende nicht der wirkliche Gläubiger sein soll.

Vgl. Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 15 S. 211, Bd. 62 S. 168, Bd. 71 S. 426; Gruchot's Beitr. Bd. 30 S. 1015; Jur. Wochenschr. 1903 S. 113 Nr. 49, 1910 S. 1010 Nr. 29; Urt. v. 18. September 1911 Rep. V. 47/1911.

In Wirklichkeit hängt daher die Entscheidung des Rechtsstreites davon ab, ob der streitige Grundschuldteil rechtswirksam begründet worden ist und das an seine Stelle getretene Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse noch zur Zeit der Verteilung des Erlöses Bestand gehabt hat. In jener Hinsicht führt der erste Richter aus, die für die M.'sche Bank eingetragene Grundschuld von 158100  $\mathcal{M}$  sei gemäß §§ 873, 1191 BGB. in voller Höhe durch die Einigung des Grundstückseigentümers und der Gläubigerin und die Eintragung zur Entstehung gelangt; ein Mangel in dieser Richtung sei von keiner Seite behauptet, und unerheblich für die Frage der Entstehung sei es, ob für die Grundschuld Valuta gezahlt sei oder nicht. Der Berufungsrichter spricht sich hierüber nicht ausdrücklich aus; daß er aber ebenfalls die ganze Grundschuld als rechtsgültig bestellt erachtet, folgt von selbst aus seiner Annahme, daß die Grundschuld, soweit sie nicht valutiert sei, von vornherein dem Grundstückseigentümer B. als Eigentümergrundschuld zugestanden habe. Eine Grundschuld kann auch für den Grundstückseigentümer nur dann bestehen, wenn sie rechtswirksam begründet worden ist.

Vgl. Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 70 S. 357.

Gegen die Rechtsbeständigkeit des streitigen Grundschuldteiles kann auch kein Bedenken bestehen, da mangels einer gegenteiligen Behauptung des Klägers angenommen werden muß, daß sich der Grundstückseigentümer B. und die M.'sche Bank über Begründung der ganzen für die Bank eingetragenen Grundschuld von 158100  $\mathcal{M}$  geeinigt haben. Das Ausbleiben der sogenannten Valutazahlung für einen Teil der Grundschuld konnte den rechtlichen Bestand dieses Teiles nicht berühren. Wenn man unter Valuta das Entgelt für die Bestellung einer Grundschuld versteht, ist es selbstverständlich, daß die Nichtgewährung dieses Entgelts auf die Rechtsgültigkeit der

Grundschuld keinen Einfluß haben kann. Es verhält sich in dieser Hinsicht nicht anders, als wenn beispielsweise für einen Nießbrauch, eine Grunddienstbarkeit, eine Reallast, die gemäß § 873 BGB. durch Einigung und Eintragung rechtswirksam bestellt sind, das festgesetzte Entgelt nicht gewährt wird. Das Entgelt ist Gegenstand des obligatorischen Grundgeschäftes, das den Anlaß zur Bestellung der Grundschuld gibt. Der rechtliche Bestand der Bestellung ist sachrechtlich unabhängig von dem Grundgeschäft und dessen Erfüllung oder Nichterfüllung. Dabei ist zu bemerken, daß eine Grundschuld auch unentgeltlich, schenkungsweise, bestellt werden kann. Ferner braucht das Entgelt nicht auf eine Leistung gerichtet zu sein. Beispielsweise kann eine Grundschuld an Erfüllungsstatt für eine geschuldete Leistung bestellt werden.

Vorliegend war die in Rede stehende Grundschuld unstreitig zur Sicherung einer Baugeldforderung bestimmt. Ist eine Grundschuld zu einer Forderung zum Zwecke der Sicherung dieser in Beziehung gesetzt, so liegt ein Fall vor, bei dem gewöhnlich von „Valutierung oder Nichtvalutierung der Grundschuld“ gesprochen wird, je nachdem die Forderung vom Gläubiger durch Zahlung an den Schuldner zur Entstehung gebracht worden ist oder nicht. Richtiger ist dabei die Frage dahin zu stellen, ob die Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld bestimmt ist, valutiert, d. h. durch Zahlung zur Entstehung gelangt ist oder nicht. Wenn die Forderung nicht durch Zahlung entstanden (valutiert) ist, besteht allerdings auch der rechtliche Grund der Sicherung für die Grundschuldbestellung nicht. Dennoch aber ist die Grundschuld rechtsgültig, da sie durch Einigung und Eintragung nach Sachenrecht wirksam begründet worden ist und der Wegfall des rechtlichen Grundes für ihre Bestellung ihr den Bestand als dingliches Recht nicht zu entziehen vermag.

Vgl. Urteil des RG.'s in der Jur. Wochenschr. 1901 S. 465 Nr. 17.

Es fragt sich daher weiter, ob etwa das an die Stelle des streitigen Grundschuldbestandes getretene Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse in Wegfall gekommen ist. In dieser Hinsicht kommt in Betracht, daß die als Gläubigerin eingetragene M.'sche Bank im Verteilungstermine nur 119928,80 M. liquidiert hat mit der Erklärung, sie habe auf die Grundschuld in Höhe des weiteren Betrages von 13171,70 M. keine Valuta gewährt. Jedoch könnte

dieses Verhalten der Bank eine das Befriedigungsrecht beseitigende Wirkung zunächst nur dann haben, wenn die Bank wirkliche Gläubigerin des Grundschuldtheiles gewesen wäre und ihr daher die Verfügung darüber zugestanden hätte. Insofern ist es deshalb wesentlich, ob die Rechtsauffassung des Berufungsrichters zutreffend ist, daß der Grundschuldteil, weil er oder richtiger die Forderung, zu deren Sicherung er dienen sollte, nicht durch Zahlung zur Entstehung gelangt (valutiert) war, von vornherein nicht von der M.'schen Bank, sondern vom Grundstückseigentümer B. erworben worden ist. Dies ist zu verneinen.

Bei der Hypothek hat die Nichtentstehung der Forderung, wofür die Hypothek bestellt ist, gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. allerdings die Wirkung, daß die Hypothek dem Grundstückseigentümer zusteht, und zwar nach § 1177 Abs. 1 BGB. nicht als Hypothek, sondern als Grundschuld. Daß aber diese Vorschrift auf Grundschulden keine Anwendung findet, ist in dem in den Entsch. des RG.'s Bd. 60 S. 251 abgedruckten Urteile des erkennenden Senates dargelegt worden. Diese Entscheidung ist zwar in der Rechtslehre angefochten, und auch der Berufungsrichter sucht sie zu bekämpfen. Der erkennende Senat findet jedoch keinen Anlaß, von seiner Rechtsansicht, die auch in der Rechtslehre die herrschende ist, abzugehen. Die Anwendung der genannten Vorschrift auf die Grundschuld kann nur dann in Frage kommen, wenn der rechtliche Grund für die Bestellung der Grundschuld die Sicherung einer Forderung ist. Der Wegfall dieses rechtlichen Grundes aber deswegen, weil die nach dem Grundgeschäfte durch die Grundschuld zu sichernde Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, vermag, ebensowenig wie dadurch der rechtliche Bestand der Grundschuld überhaupt berührt wird, den Übergang des Gläubigerrechtes von dem eingelagerten Grundschuldgläubiger auf den Eigentümer zu bewirken. Daß bei der Hypothek die Nichtentstehung der gesicherten Forderung den Übergang des Gläubigerrechtes auf den Eigentümer zur Folge hat, beruht darauf, daß die Forderung mit der Hypothek unmittelbar verknüpft ist, daß die Hypothek eine Forderung voraussetzt, zu deren Befriedigung nach § 1113 eine Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen und die gemäß § 1115 ins Grundbuch einzutragen ist. Nach § 1192 Abs. 1 aber finden die Vorschriften über die Hypothek auf die Grund-

schuld nur so weit entsprechende Anwendung, als sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt. Wenn im Falle einer zum Zwecke der Sicherung bestellten Grundschuld die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, hat der Grundschuldgläubiger die ihm bestellte Grundschuld ohne rechtlichen Grund erlangt. Der die Grundschuld bestellende Eigentümer kann daher auf Grund des der Grundschuldbestellung zugrunde liegenden Vertrages oder gemäß § 812 BGB. die Übertragung der an sich rechtsbeständigen Grundschuld an ihn verlangen.

Vgl. Urteil des RG.'s in der Jur. Wochenchr. 1901 S. 465 Nr. 17.

Macht der Grundschuldgläubiger die Grundschuld gegen ihn im Klagewege geltend, so steht ihm wegen seines Übertragungsanspruchs eine Einrede zu. Ob diese Einrede, wie in der Rechtslehre angenommen wird, unter § 1157 und § 1169 BGB. fällt und danach in Verbindung mit § 1192 Abs. 1 der bestellende Eigentümer die Einrede auch gegenüber einem nicht gutgläubigen Erwerber der Grundschuld zu erheben, sowie von dem Grundschuldgläubiger Verzicht auf die Grundschuld zu verlangen berechtigt ist, kann dahingestellt bleiben. Sedenfalls ist, solange nicht die Übertragung bewirkt oder der Verzicht gemäß § 1168 Abs. 2 erfolgt ist, der als Gläubiger Eingetragene auch der wirkliche Gläubiger der Grundschuld. Daher hat der erste Richter die Behauptung des Beklagten, die K.'sche Bank habe vor dem Zuschlage dem Eigentümer B. gegenüber auf die Grundschuld (soll wohl heißen auf den streitigen Grundschuldteil) verzichtet, mit Recht für unerheblich erklärt, weil nach § 1168 Abs. 2 und § 1192 Abs. 1 der Verzicht, um den Übergang des Grundschuldteiles auf den Grundstückseigentümer zu bewirken, der Eintragung bedurft hätte, diese aber nicht erfolgt ist.

Der Berufungsrichter meint, der erkennende Senat habe den Satz 2 des § 1168 Abs. 1 auch auf die Grundschuld angewendet, denn er habe in den Entsch. in Zivils. Bd. 60 S. 247 ausgesprochen, daß, wenn der Grundstückseigentümer den Grundschuldgläubiger wegen der Grundschuld befriedigt habe, die Grundschuld dem Eigentümer als Eigentümer-Grundschuld zustehe; hinsichtlich der Anwendung des Satzes 2 müsse aber das gleiche gelten wie von der Anwendung des Satzes 1 des § 1168 Abs. 1. Dies ist unzutreffend. Daß die Grund-

schuld, wenn der Grundstückseigentümer den Grundschuldgläubiger befriedigt, d. h. an ihn die Geldsumme leistet, auf deren Zahlung aus dem Grundstücke die Grundschuld gerichtet ist (§ 1191), auf den Eigentümer übergeht, folgt nicht aus § 1163 Abs. 1 Satz 2, sondern aus §§ 1142, 1143 in Verbindung mit § 1192 Abs. 1. Die Redaktionskommission der 2. Kommission hatte zwei Entwürfe über die Hypothek und die Grundschuld aufgestellt. In dem einen wurden die Vorschriften über die Grundschuld im einzelnen gegeben und dann die entsprechende Anwendung auf die Hypothek bestimmt; in dem andern Entwürfe waren umgekehrt die Bestimmungen über die Hypothek vorangestellt und die entsprechende Anwendung auf die Grundschuld vorgeschrieben.

Vgl. Prot. Bd. 4 S. 501 ff.

Der zweite Entwurf ist Gesetz geworden. Aber der erste hat für die Frage, inwieweit die (im zweiten Entwürfe und) im Gesetze über die Hypothek gegebenen Vorschriften auf die Grundschuld anzuwenden sind, gewichtige Bedeutung. In diesem Entwürfe ist nun keine Bestimmung enthalten, wonach eine Grundschuld, wenn sie zur Sicherung einer Forderung bestellt ist und die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, dem Eigentümer zustehen soll. Wohl aber enthält § 1199b die (den §§ 1142, 1143 BGB. entsprechende) Bestimmung, daß, soweit der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, die Grundschuld auf ihn übergeht. Hierin findet die vorstehend dargelegte Rechtsansicht ihre Bestätigung.

Demnach stand der fragliche Grundschuldbteil, wiewohl die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt worden und diese Forderung in Höhe des Grundschuldbteiles nicht durch Zahlung zur Entstehung gelangt (valutiert) war, zur Zeit der Versteigerung des belasteten Grundstücks der als Gläubigerin eingetragenen W.'schen Bank zu, nicht dem Grundstückseigentümer B. Daher fragt es sich weiter, ob die Tatsache, daß die Bank bei der Verteilung des Versteigerungserlöses für ihre Grundschuld von 133100 M nur 119928,50 M auf den Versteigerungserlös liquidierte, indem sie erklärte, sie habe hinsichtlich des Restbetrages von 13171,70 M Valuta nicht gewährt, die Wirkung gehabt hat, daß das aus dem letzteren Grundschuldbteile sich ergebende Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse aufgehoben wurde und demgemäß der auf den

Grundschuldteil entfallende Erlösteil den nachstehenden Berechtigten zufiel. Der Fall des erwähnten Urteils des erkennenden Senats in den Entsch. des RG.'s Bd. 60 S. 251 liegt in dieser Hinsicht völlig gleich. Dort ist ausgesprochen, der Grundstückseigentümer könne den vom Grundschuldgläubiger nicht liquidierten Betrag der Grundschuld nicht für sich liquidieren; in Höhe des nicht liquidierten Betrages werde vielmehr der Versteigerungserlös für die übrigen daran berechtigten Gläubiger frei, weil die Grundschuld insoweit ins Leere falle. Diese Rechtsauffassung kann nach nochmaliger Prüfung nicht aufrecht erhalten werden.

In der Rechtslehre wird darüber gestritten, ob in jener Tatsache ein Verzicht des Grundschuldgläubigers zu finden sei oder ob sie überhaupt nicht eine rechtsgeschäftliche Erklärung enthalte, die auf den rechtlichen Bestand und Inhalt des Rechtes am Versteigerungserlöse von Einfluß sein könnte, und ferner ob, wenn eine Verzichtserklärung anzunehmen sei, das Recht an dem Versteigerungserlöse infolge des Verzichts nach Maßgabe des entsprechend anzuwendenden § 1168 auf den Grundstückseigentümer übergehe, oder ob der Verzicht, wie beim Pfandrechte nach § 1255 die Aufgabenerklärung des Pfandgläubigers, die Wirkung habe, daß das Recht erlösche und somit der Erlösteil für die nachstehenden Berechtigten frei werde. In dieser Hinsicht wäre in Betracht zu ziehen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch bei der Hypothek zwischen Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek (§ 1168) und Aufhebung der Hypothek (§ 1183) unterscheidet, während es bei anderen Rechten an einem Grundstücke nur die Aufhebung kennt (§ 875). Hinsichtlich der Aufhebung ist es gleichbedeutend, ob der Berechtigte erklärt, er gebe das Recht auf, oder er verzichte auf das Recht.

Vgl. Prot. Bd. 3 S. 70, 616.

Der erste Entwurf (§ 1091) kannte auch bei der Hypothek nur die Aufhebung. Die Unterscheidung des Gesetzes zwischen Verzicht und Aufhebung beruht auf Beschlüssen der zweiten Kommission. Es sollten die Fälle, wo der Gläubiger sein Recht in der Absicht aufgebe, daß seine Hypothek gelöscht werde, geschieden werden von den Fällen, wo der Gläubiger auf sein Recht mit der Absicht verzichte, daß seine Hypothek nicht gelöscht, sondern vom Eigentümer erworben werde, und hinsichtlich jener Fälle sollte zur Aufhebung die Zu-

stimmung des Eigentümers erforderlich sein, weil dem Eigentümer die Möglichkeit offen bleiben müsse, die Hypothek zu erwerben.

Vgl. Prot. Bd. 3 S. 616, 602, Bd. 4 S. 507.

Ob nun diese Unterscheidung auch für das Recht am Versteigerungserlöse, das an die Stelle des durch den Zuschlag erloschenen hypothekarischen Rechtes (Hypothek, Grundschulb) getreten ist, zu gelten hat, ob überhaupt die §§ 1168, 1183 BGB. auf dieses Recht am Versteigerungserlöse entsprechend zur Anwendung zu bringen sind, kann ebenso dahingestellt bleiben, wie, ob in einer etwaigen Erklärung des Gläubigers, er verzichte auf das Recht am Versteigerungserlöse, ein Verzicht im Sinne des § 1168 mit der Wirkung des Überganges auf den Vollstreckungsschuldner als früheren Grundstückseigentümer zu finden ist, oder eine Aufhebungserklärung im Sinne der §§ 875, 1183 BGB. mit der Wirkung des Erlöschens des Rechtes. Denn es ist darin, daß der Grundschulbgläubiger für seine Grundschulb nur einen Teilbetrag auf den Versteigerungserlös mit dem Bemerkten liquidiert, er habe hinsichtlich des weiteren Teiles Valuta nicht gewährt, überhaupt nicht eine rechtsgeschäftliche Erklärung zu erblicken, die auf eine Änderung des aus der Grundschulb sich ergebenden Rechtes am Versteigerungserlös bezüglich des nicht liquidierten Teiles gerichtet wäre. Es liegt nichts weiter vor, als daß der Gläubiger nur einen Teilbetrag liquidiert und als Grund dafür, daß er nicht auch den andern Teil liquidiert, angegeben hat, er habe auf diesen Teil keine Valuta gewährt. Eine rechtsgeschäftliche Erklärung, sei es nach der Richtung, daß der nicht liquidierte Teil des Rechtes am Versteigerungserlöse auf einen andern, insbesondere den Vollstreckungsschuldner — als früheren Eigentümer — übergehen solle, sei es mit dem Ziele, daß der Teil des Rechtes völlig aufgehoben werde, hat der Gläubiger nicht abgegeben. Demnach ist dieser Teil des Rechtes am Erlöse bestehen geblieben, und auch hinsichtlich des Gläubigerrechts ist eine Änderung nicht eingetreten; der bisherige Grundschulbgläubiger ist nach wie vor Gläubiger des rechtsbeständigen Teiles des Rechtes. Da er den Erlösteil nicht für sich in Anspruch nimmt, wiewohl er eingetragener Grundschulbgläubiger ist, und da er trotz seiner Angabe, daß er auf den fraglichen Teil der Grundschulb Valuta nicht gewährt habe, als Gläubiger dieses Teiles zu gelten hat, so ist vom Vollstreckungsgerichte der auf den Grundschulbteil

entfallende Teil des Versteigerungserlöses zu hinterlegen. Der Vollstreckungsschuldner, oder wenn dieser die Grundschuld nicht selbst bestellt hat, der Grundschuldbesteller mag dann, wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt worden ist und der Gläubiger gemäß seiner Angabe die Forderung in Höhe des nicht liquidirten Betrages nicht durch Zahlung zur Entstehung gebracht (valutiert) hat, auf Grund des der Grundschuldbestellung zugrunde liegenden obligatorischen Vertrages oder auch auf Grund des § 812 BGB. vom Gläubiger Übertragung verlangen können. Aber die Inhaber der der Grundschuld im Range nachstehenden Rechte am Grundstücke können in keinem Falle den fraglichen Erlösteil für sich in Anspruch nehmen.

Von diesen anderen rechtlichen Gesichtspunkten aus stellt sich daher die Entscheidung des Berufungsrichters im Endergebnis als gerechtfertigt dar. Der Kläger hatte als nachstehender Hypothekengläubiger, wiewohl die M.'sche Bank den auf den in Rede stehenden Grundschuldbteil entfallenen Erlösteil nicht liquidirte, indem sie erklärte, sie habe auf jenen Teil Valuta nicht gewährt, kein Recht auf den Erlösteil, und sein Widerspruch gegen das vom Vollstreckungsgerichte aus dem Grundschuldbteile für den Beklagten in Ansatz gebrachte Liquidat war unbegründet, weil er nicht berechtigt war, geltend zu machen, daß der Vollstreckungsschuldner B. nicht Gläubiger des Grundschuldbteiles gewesen sei und daher den Grundschuldbteil oder das an dessen Stelle getretene Recht am Versteigerungserlöse auf den Beklagten nicht habe übertragen können. Demnach war der Erlösteil, weil der Widerspruch des Klägers zurückzuweisen war, dem Beklagten zuzusprechen.“