

Nachschlagewerk: ja I und II 2 der Entscheidungsgründe
BGHZ: ja nur II 1 der Entscheidungsgründe

ZPO § 537

Das Einverständnis der Parteien macht die Entscheidung des
Berufungsgerichts über einen vom Gericht des ersten
Rechtszugs nicht beschiedenen Anspruch zulässig.

BGB §§ 305, 1142, 1157, 1169, 1192

- a) Tritt anstelle des Darlehensschuldners und Bestellers einer
Sicherungsgrundschuld ein Dritter nach Erwerb des belasteten
Grundstücks mit Zustimmung des Gläubigers in das Kreditver-
hältnis ein, so wird er nicht nur alleiniger persönlicher
Schuldner, sondern erwirbt auch den durch den Wegfall des
Sicherungszwecks aufschiebend bedingten Anspruch auf
Rückgewähr der Grundschuld.
- b) Der Sicherungszweck hinsichtlich des nicht mehr valutierten
Teils einer Grundschuld entfällt, und der Anspruch auf Rück-
gewähr eines entsprechenden rangletzten Teils der Grund-
schuld entsteht, wenn das Kreditverhältnis wirksam gekündigt
wird.
- c) Vollstreckt der Gläubiger aus der Grundschuld, so ist der
Eigentümer trotz einer entgegenstehenden Abrede im Siche-
rungsvertrag berechtigt, auf das dingliche Recht zu
leisten.

BGH, Urt. v. 25. März 1986 - IX ZR 104/85 - OLG Frankfurt/Main
LG Frankfurt/Main

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 104/85

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
25. März 1986
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Hans K [REDACTED], Kr [REDACTED] weg [REDACTED], [REDACTED] W [REDACTED]

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Hans-Peter A [REDACTED], An [REDACTED] straße [REDACTED], [REDACTED] M [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Streithelfer: Walter U [REDACTED], Am R [REDACTED] [REDACTED], B [REDACTED]
v.d.H.,

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt [REDACTED]
II. Instanz: [REDACTED] -

W

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. März 1986 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Zorn, Henkel, Fuchs und Gärtner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 27. Februar 1985 aufgehoben, soweit es die Zwangsvollstreckung auch wegen ab 21. Oktober 1982 fällig gewordener Zinsen von 10 % aus dem Grundschuldkapital von 210.135,46 DM für unzulässig erklärt, den Beklagten Zug um Zug gegen Zahlung von 210.135,46 DM zur Bewilligung der Löschung der im Grundbuch von F. [REDACTED] Bezirk 8 H, Band 80, Blatt 2, Abt. III Nr. 1 und 2 eingetragenen Grundschulden sowie zur Herausgabe der Grundschuldbriefe verurteilt und über die Kosten entschieden hat. In diesem Umfang wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen mit der Maßgabe, daß die Zwangsvollstreckung aus der in der Urkunde des Notars Sch. [REDACTED] vom 21. Juli 1972 (Urk.-Nr. [REDACTED]/72) bestellten Grundschuld über 450.000 DM nebst 14 % Zinsen ganz und aus der in den Urkunden des Notars Dr. Mö. [REDACTED] vom 21. Oktober 1965 (Urk.-Nr. [REDACTED]/65) und des Notars Sch. [REDACTED] vom 21. Juli 1972 (Urk.-Nr. [REDACTED]/72) bestellten Grundschuld insoweit für unzulässig erklärt wird, als der Beklagte wegen eines 210.135,46 DM übersteigenden Grundschuldkapitals und wegen mehr Zinsen als 10 % jährlich daraus ab 21. Oktober 1982 vollstreckt.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Martha U. [REDACTED] bestellte in den notariellen Urkunden vom 21. Oktober 1965 und vom 21. Juli 1972 auf ihren nunmehr im Grundbuch des Amtsgerichts Frankfurt am Main Bezirk 8 H Band 0 Blatt 2 unter Nr. 1, 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 22 und 24 verzeichneten Grundstücken zugunsten der B. f. G. [REDACTED] (BfG) fällige, nach § 800 ZPO gegen den jeweiligen Eigentümer vollstreckbare Briefgrundschulden über 250.000 DM nebst 10 % Zinsen (Abteilung III Nr. 1) und über 450.000 DM nebst 14 % Zinsen (Abteilung III Nr. 2). Die Grundpfandrechte dienten vereinbarungsgemäß der Sicherung der von der BfG der Eigentümerin gewährten Kredite; Zahlungen an die Gläubigerin waren nicht auf die Grundschulden anzurechnen. Im notariell beurkundeten Schenkungsvertrag vom 13. Dezember 1973 übertrug Martha U. [REDACTED] die belasteten Grundstücke und ihren sonstigen Grundbesitz je zur ideellen Hälfte ihren später auch als Eigentümer eingetragenen Söhnen Hans und Walter U. [REDACTED]. Die Beschenkten übernahmen in § 3 des Vertrags "alle in Abteilung II und Abteilung III der bezeichneten Grundstücke eingetragenen Belastungen; bei den Grundpfandrechten ... ferner die diesen zugrunde liegenden persönlichen Schulden als alleinige Schuldner", bestellten in § 5 zugunsten der Mutter einen Nießbrauch an nicht mit Grundpfandrechten belasteten Grundstücken und sagten in § 7 eine ungesicherte monatliche Rente von 3.000 DM oder in Höhe der Bezüge eines Beamten der Besoldungsgruppe A 15 in der höchsten Dienstaltersstufe zu. Zum 1. Januar 1974 beliefen sich die durch die beiden Grundschulden gesicherten Kreditforderungen auf 886.179,53 DM. Am 12. März 1974 richtete die BfG folgendes

Schreiben an Hans und Walter U[REDACTED]

"... wurden wir davon unterrichtet, daß Sie aufgrund Schenkungsvertrages vom 13. Dezember 1973 den Grundbesitz ihrer Frau Mutter ... übernommen haben. Wunschgemäß erklären wir uns bereit, den Ihrer Mutter bisher eingeräumten Kredit in Höhe von 1.000.000 DM auf Sie, als Gesamtschuldner, zu übertragen. Die Kreditgewährung erfolgt nach Maßgabe unserer Allgemeinen Geschäftsbedingungen ..."

Laut Eintragung im Grundbuch vom 24. Januar 1979 geht die zugunsten der F[REDACTED] Hypothekenbank in Abt. III Nr. 3 eingetragene Grundschuld über 400.000 DM den als Nr. 1 und Nr. 2 eingetragenen Grundschulden im Rang vor. Auf den Antrag der BfG vom 8. Juli 1981 ordnete am 14. Juli 1981 das Amtsgericht die Zwangsversteigerung wegen des dinglichen Anspruchs aus der Grundschuld über 250.000 DM (Abt. III Nr. 1) an. Die Anordnung wurde am 28. Juli 1981 im Grundbuch eingetragen. Am 3. September 1982 verkaufte die BfG ihre am 6. September 1982 noch in Höhe von 210.135,46 DM gegen Hans und Walter Ulrich bestehende Forderung zu diesem Preis an die Deutsche Genossenschaftsbank und trat dieser am 6. September 1982 auch die Sicherungsgrundschulden über 250.000 DM und 450.000 DM ab. Die beiden Grundschulden mit der zugrundeliegenden Forderung wurden am 6. September 1982 an Rechtsanwalt Ba[REDACTED] und von diesem am 7. Oktober 1982 an den Beklagten abgetreten. Den Zessionaren war bekannt, daß die beiden Grundpfandrechte am 6. September 1982 nur mit 210.135,46 DM valutiert waren. Der Beklagte ist wegen der aus diesem Betrag vom 6. September bis 20. Oktober 1982 erwachsenen Zinsansprüche befriedigt.

Die auf den Miteigentumsanteilen des Hans U. [REDACTED] lastenden Grundschulden Nr. 1, 2 und 3 wurden aufgrund des zu seinen Gunsten erteilten Zuschlags vom 16. September 1982 im Grundbuch gelöscht.

Walter U. [REDACTED] verkaufte durch notariellen Vertrag vom 27. September 1982 die ihm gehörenden, bisher nicht zugeschlagenen, mit den beiden Grundschulden Nr. 1 und 2 belasteten Miteigentumsanteile an den Kläger, der am 2. Dezember 1982 im Grundbuch als Eigentümer eingetragen wurde. In einer undatierten Erklärung bestätigt Walter Ulrich, daß am 27. September 1982 alle Ansprüche, die aufgrund der teilweisen Nichtvalutierung bestanden, auf den Kläger übergehen sollten und er diese Rechte vorsorglich nochmals abtrete. Am 18. Oktober 1982 fragte ein Bevollmächtigter des Klägers beim Beklagten an, wie hoch die beiden Grundschulden valutierten und ob der Beklagte bereit sei, sie gegen Zahlung des Valutabetrags an den Kläger abzutreten oder eine entsprechende Löschungsbewilligung zu erteilen. Der Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 25. Oktober 1982 ab und verlangte Ablösung der gesamten dinglichen Ansprüche, sonst müsse er die Grundschulden abtreten, wobei er einen gutgläubigen Erwerb nicht ausschließen könne.

Der Beklagte betreibt auf Grund der am 19. und 25. Oktober 1982 erfolgten Umschreibung der der BfG für die Urkunden vom 21. Oktober 1965 und 21. Juli 1972 erteilten Vollstreckungsklauseln auf ihn nunmehr aus den beiden Grundschulden über 250.000 DM und 450.000 DM die Zwangsvollstreckung in die Miteigentumsanteile des Klägers. Dieser macht

geltend, die ursprünglich Martha U. [REDACTED] zustehenden Ansprüche auf Rückgewähr künftig nicht mehr valutierter Teile der beiden Grundschulden seien 1973 auf ihre beiden Söhne und am 27. September 1982 von Walter U. [REDACTED] auf ihn, den Kläger, übertragen worden. Der Beklagte beruft sich dagegen auf eine schriftliche Vereinbarung vom 19. Oktober 1982 mit Martha U. [REDACTED], in der sie erklärt, sie habe die Rückgewähransprüche ihren Söhnen weder geschenkt noch übertragen, sondern am 5. September 1982 an den Beklagten abgetreten.

Das Landgericht gab durch Teilurteil den Anträgen, die Zwangsvollstreckung aus den notariellen Urkunden vom 21. Oktober 1965 und 21. Juli 1972 für unzulässig zu erklären, soweit die Zwangsvollstreckung zusammen den Betrag vom 210.135,46 DM nebst 14 % Zinsen seit 21. September 1982 übersteigt, und den Beklagten zur Erteilung der Auskunft über den Valutierungsstand der beiden Grundschulden zu verurteilen, ohne Einschränkung statt. Den Antrag, den Beklagten zu verurteilen, Zug um Zug gegen Zahlung des noch valutierten Teils der beiden Grundschulden in deren Löschung einzuwilligen, beschied es nicht.

Im zweiten Rechtszug machte der Beklagte auch ein Zurückbehaltungsrecht geltend und stützte es auf die Behauptung, Walter U. [REDACTED] habe sein gesamtes Vermögen auf den Kläger übertragen, so daß dieser für folgende an den Beklagten am 5. September 1982 abgetretene Ansprüche gegen Walter Ulrich hafte:

a) den Darlehensanspruch der Mutter Martha U. [REDACTED] in Höhe von 260.000 DM aus der notariellen Urkunde vom 30. Dezember 1980,

b) die rückständigen Rentenansprüche von Martha U [REDACTED] für die Zeit vom 1. Dezember 1981 bis 30. November 1984 in Höhe von 111.000 DM,

c) die Darlehensforderung der So [REDACTED] Volksbank, für die Martha U [REDACTED] als Bürgin hätte einstehen müssen und die infolge ihrer Zahlung auf sie in Höhe von 45.000 DM ohne Zinsen übergegangen sei.

Am 19. Oktober 1982 hatte der Beklagte mit Martha U [REDACTED] vereinbart, "daß der bisherige Verwendungszweck hinsichtlich der beiden Sicherungsgrundschulden dahin erweitert wird, daß diese dem Obengenannten zu 2) (Beklagten) für alle Verbindlichkeiten haften, die ihm geschuldet werden oder künftig entstehen".

Den Berufungsantrag des Beklagten, die Klage unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils abzuweisen, wies das Berufungsgericht zurück. Auf die Anschlußberufung des Klägers, deren Zurückweisung in der Sache der Beklagte begehrte, erklärte es die Zwangsvollstreckung aus den Urkunden vom 21. Oktober 1965 und 21. Juli 1972 für unzulässig, soweit die Zwangsvollstreckung 210.135,46 DM (ohne Zinsen) übersteigt, und verurteilte den Beklagten antragsgemäß, Zug um Zug gegen Zahlung von 210.135,46 DM die Löschung der beiden Grundschulden von 250.000 DM und 450.000 DM jeweils nebst Zinsen zu bewilligen und die Grundschuldbriefe herauszugeben.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine Anträge auf Abweisung der Klage und Zurückweisung der Anschlußberufung weiter. Der Kläger bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten hat nur zum Teil Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat die Zwangsvollstreckung aus den notariellen Urkunden vom 21. Oktober 1965 und 21. Juli 1972 für unzulässig erklärt, soweit sie den Betrag von 210.135,46 DM übersteigt. In diesen Urkunden hatte sich Martha U. [REDACTED] sowohl der Zwangsvollstreckung wegen der dinglichen Ansprüche aus den beiden Grundschulden über 250.000 DM und 450.000 DM (Abt. III Nr. 1 und 2) in die belasteten Grundstücke als auch der Zwangsvollstreckung wegen der persönlichen Ansprüche der BfG gegen sie in ihr gesamtes Vermögen unterworfen. Im vorliegenden Rechtsstreit geht es nicht um die in den beiden Urkunden begründeten persönlichen Verbindlichkeiten der Martha U. [REDACTED]. Auf den Beklagten sind nur die wegen der dinglichen Ansprüche der BfG erteilten Vollstreckungsklauseln umgeschrieben worden. Er betreibt die Zwangsvollstreckung nur aus den beiden gegen den jeweiligen Eigentümer nach § 800 ZPO vollstreckbaren Grundschulden in die belasteten, vom Kläger erworbenen Miteigentumsanteile. Der Kläger wendet sich dementsprechend nur gegen die Zwangsvollstreckung aus den beiden Grundschulden, soweit der Beklagte wegen mehr als 210.135,46 DM Befriedigung aus den belasteten Miteigentumsteilen des Klägers sucht. Mit dieser vom Berufungsgericht nicht beachteten Beschränkung ist die zulässige Vollstreckungsgegenklage (§§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 Abs. 4 und 5 ZPO) erhoben.

Sie ist begründet, wenn und soweit die sachlichen Einwendungen des Klägers gegen die dinglichen Ansprüche aus den beiden vom Beklagten erworbenen Grundschulden durchgreifen. Das setzt voraus, daß dem Kläger gegen die beiden Grundschulden, soweit der Beklagte über den am 6. September 1982 noch valutierenden Betrag von 210.135,46 DM hinaus und wegen der Grundschuldzinsen vollstreckt, Einreden zustehen, welche die Geltendmachung der Grundschulden nebst Zinsen dauernd ausschliessen. Diese Voraussetzungen sind hier bis auf einen Teil der Zinsen gegeben, wie das Berufungsgericht richtig und zum Teil mit zutreffender Begründung erkannt hat:

Der Grundstückseigentümer, der, wie Martha U. der BfG, Sicherungsgrundschulden bestellt, hat aus dem Sicherungsvertrag gegen den Sicherungsnehmer einen durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingten Anspruch auf Abtretung, auf Verzicht oder auf Aufhebung des nicht (mehr) valutierte Teils der Grundschulden. Mit diesem Anspruch erlangt der Besteller der Sicherungsgrundschulden zugleich auch die Einreden nach §§ 1169, 1192 BGB, durch die die Geltendmachung der Grundschulden dauernd ausgeschlossen wird (BGH, Urteil v. 25. Oktober 1984 - IX ZR 142/83 m.w.N., NJW 1985, 800). Die Vollstreckungsgegenklage hat danach Erfolg, wenn der Kläger den Anspruch der ursprünglichen Sicherungsgeberin, Martha U., auf Rückgewähr der Grundschulden und damit auch die Einreden nach §§ 1169, 1192 BGB erlangt hat und diese dem Beklagten als Zessionar der zu Gunsten der BfG bestellten Sicherungsgrundschulden entgegen-

setzen kann. Beides hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht bejaht.

1. Die erste Voraussetzung kann nur gegeben sein, wenn Hans U. [REDACTED] und Walter U. [REDACTED], der Rechtsvorgänger des Klägers, von ihrer Mutter den bedingten Anspruch auf Rückgewähr der Grundschulden erlangt haben. Dazu führt das Berufungsgericht aus:

Der Darlehensvertrag der BfG mit Martha U. [REDACTED] gelte als Rechtsverhältnis i.S. von § 1157 BGB. Erlösche die Darlehensforderung durch Tilgung, dann entstehe beim Eigentümer - ein vertraglicher Entstehungsgrund sei hier nicht darge-
tan - gemäß § 812 BGB ein Anspruch auf Rückübertragung der Grundschuld. Als Hans und Walter U. [REDACTED] im Dezember 1973 die Grundstücke und die Haftung übernommen hätten, sei ein Rückgewähranspruch noch nicht entstanden gewesen, weil das Darlehen die Summe der beiden Grundschulden überstiegen habe. Mit dem Eigentumsübergang sei auch der Darlehensvertrag von Martha U. [REDACTED] auf Hans und Walter U. [REDACTED] übergegangen. Diese hätten die persönlichen Schulden ihrer Mutter als alleinige Schuldner übernommen. Da die BfG den Kredit, den sie Martha U. [REDACTED] eingeräumt hatte, auf Wunsch von Hans und Walter U. [REDACTED] auf diese als Gesamtschuldner übertragen habe, sei hinsichtlich des Darlehensvertrags eine Vertragsübernahme zustande gekommen. Der durch Tilgung des Darlehens bedingte Bereicherungsanspruch auf Rückgewähr der Grundschulden habe ab März 1974 nur noch in der Person von Hans und Walter U. [REDACTED] entstehen können. Sollte dem nicht zu folgen sein, so müsse eine konkludente Abtretung der künftigen Rückgewähransprüche der Mutter an ihre beiden Söhne ange-

nommen werden. Eine stillschweigende Abtretung sei mit der Schenkung und der Grundstücksübertragung von Martha U. auf ihre Söhne einhergegangen. Der notarielle Vertrag vom 13. Dezember 1973 enthalte zwar keine Absprache. Eine Würdigung der Interessen der Parteien, wie sie in dem Vertrag zum Ausdruck gekommen seien, ergebe aber, daß die Vertragsparteien den Rückgewähranspruch stillschweigend abgetreten hätten. Jedes Auseinanderreißen der Verbindung zwischen Grundstückseigentum und Darlehensschuldnerschaft auf der einen Seite und der Innehabung des Rückgewähranspruchs auf der anderen Seite hätte Hans und Walter U. einer doppelten, durch nichts gerechtfertigten Inanspruchnahme ausgesetzt. Es gebe keinen Anhalt dafür, daß sie bereit gewesen seien, sich einer solchen doppelten Inanspruchnahme auszusetzen. Es gebe andererseits auch keinen Anhaltspunkt dafür, daß Martha U. die Absicht gehabt habe, ihre Söhne, denen sie ihren Grundbesitz ja geschenkt habe, in der vom Beklagten dargelegten Form zu benachteiligen. Eine dingliche Sicherung der Rentenansprüche der Martha U. sei nicht beabsichtigt gewesen, wie sich daraus ergebe, daß sie sich die Nutzungen des Tankstellengrundstücks durch einen Nießbrauch habe sichern lassen.

a) Das Berufungsgericht stellt danach fest, daß Martha U. mit der Schenkung der Grundstücke alle Verbindlichkeiten aus den Grundschulden und aus den ihnen zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen auf ihre Söhne übertragen, nur den Nießbrauch an nicht mit Grundpfandrechten belasteten Grundstücken behalten und einen ungesicherten Rentenanspruch erwerben wollte. Sonstige Rechte, die sich aus der von den Söhnen übernommenen Rückzahlung der durch die Grundpfand-

rechte gesicherten Darlehen der BfG ergeben könnten, sollten nicht in der Hand der Mutter bleiben, sondern den beiden Söhnen zustehen. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision bleiben erfolglos. Der von ihr ins Feld geführte Umstand, daß Martha U. 1965 und 1972 im Interesse ihrer beiden Söhne die durch die Grundschulden über 250.000 DM und 450.000 DM gesicherten Darlehen aufgenommen hatte und Hans und Walter U. ihr im Innenverhältnis verpflichtet waren, ist nicht geeignet, die tatrichterlichen Feststellungen zu erschüttern. Denn die Söhne sollten ihre Mutter von deren bisher bestehenden Darlehensverpflichtungen gegenüber der BfG befreien; auf ihre Veranlassung hat die BfG im Schreiben vom 12. März 1974 die vorgesehene Schuldübernahme im Sinne des § 415 BGB auch genehmigt. Es bestand also kein Anlaß für die Mutter, wegen einer möglichen Inanspruchnahme durch die Darlehensgläubigerin Vermögensgegenstände als Sicherheit zurückzubehalten.

b) Bei der rechtlichen Würdigung geht das Berufungsgericht zunächst zutreffend davon aus, daß die bloße Übertragung der dem Besteller der Grundschulden gehörenden Grundstücke auf Dritte nicht auch schon den Erwerb der bedingten Ansprüche auf Rückgewähr der Grundschulden einschließe; diese Ansprüche müssen vielmehr übertragen werden, sonst bleiben sie in der Hand des Sicherungsgebers (BGH, Urteil vom 30. November 1951 - V ZR 62/50, LM BGB § 1169 Nr. 1). Diese Übertragung kann sich nicht nur durch eine ausdrücklich oder konkludent erklärte Abtretung vollziehen. Wie das Senatsurteil vom 20. Juni 1985 - IX ZR 173/84 (JZ 1985, 1093 mit Anm. von Nörr; ebenso BGH Urt. v. 27. November 1985 - VIII ZR 316/84, WM 1986, 163) im Einklang mit der herrschen-

den Meinung ausgesprochen hat, kann ein Vertrag ohne einen Neuabschluß übernommen werden, so daß der Übernehmer als Rechtsnachfolger des bisherigen Vertragspartners in den alten Vertrag eintritt. Das ist hier geschehen. Wie aus dem Schreiben der BfG vom 12. März 1974 erhellt, hat die Gläubigerin nicht nur die Übernahme der Darlehensschulden der Martha U. durch ihre Söhne Hans und Walter gemäß § 415 BGB genehmigt. Die BfG hat vielmehr dem Wunsch der beiden Söhne entsprochen, den der Mutter gewährten Kredit über 1.000.000 DM auf Hans und Walter U. zu übertragen. Wie sich aus dem Schenkungsvertrag vom 13. Dezember 1973 und der Feststellung des Berufungsgerichts ergibt, daß die Mutter nur noch den Nießbrauch auf den unbelasteten Grundstücken und einen ungesicherten Rentenanspruch haben wollte, war Martha U. von vornherein mit dem Eintritt ihrer beiden Söhne in das 1965 und 1972 zwischen ihr und der BfG begründete Kreditverhältnis einverstanden. Dieses Kreditverhältnis umfaßte nicht nur die Darlehensverträge, wie das Berufungsgericht anscheinend annimmt. Dazu gehörte auch die Abrede, nach der die Kredite bis zu 1.000.000 DM durch die beiden Grundschulden in Abt. III Nr. 1 und 2 gesichert werden. Danach haben Hans und Walter U. als Rechtsnachfolger ihrer Mutter die Rechtsstellung erlangt, die diese bisher gegenüber der BfG bei einer Valutierung der Grundschulden in Höhe von 886.179,53 DM innehatte. Sie hatten damit den durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingten, also künftigen Anspruch auf Rückgewähr der dann nicht mehr valutierte Grundschulden erworben. Daß dieser Anspruch noch nicht entstanden war, hindert weder seine Abtretung (Senatsurteil vom 25. Oktober 1984 aaO) noch seinen Erwerb durch Eintritt in einen Vertrag, in dem er als bedingter Anspruch bereits begründet worden war.

2. Das Berufungsgericht geht anscheinend davon aus, daß der Sicherungszweck der Grundschulden entfallen sei, soweit wegen mehr als 210.135,46 DM aus den Grundschulden vollstreckt werde, erörtert aber nicht, wann und aufgrund welcher Umstände das geschehen sei. Diese Unterlassung nötigt nicht zur Aufhebung und Zurückverweisung. Der unstreitige Sachverhalt ergibt, daß der Sicherungszweck hinsichtlich des nicht valuierten Teils der Grundschulden nicht mehr besteht: Beide Parteien gehen davon aus, daß die BfG zur Verwertung der Grundschulden durch Zwangsvollstreckung in die belasteten Grundstücke aufgrund einer dem Sicherungs- und Darlehensvertrag entsprechenden Kündigung des Kreditverhältnisses berechtigt war. Das ist vereinbar mit dem unstreitigen Sachverhalt: Am 8. Juli 1981 beantragte die BfG wegen des dinglichen Anspruchs aus der Grundschuld Nr. 1 die Zwangsvollstreckung in die Miteigentumsanteile der Brüder Hans und Walter U. anzuordnen. Die Kündigung des Kreditverhältnisses ist spätestens in dem Antrag auf Anordnung der Zwangsvollstreckung zu sehen. Danach stand fest, daß aufgrund der bisherigen Vereinbarungen die BfG keine Kredite mehr gewähren würde, die beiden Grundschulden Nr. 1 und 2 also nur noch den Schuldsaldo sichern mußten, der seit 6. September 1982 lediglich noch 210.135,46 DM nebst Zinsen daraus ab 6. September 1982 betrug. Für den überschießenden, aus den beiden Grundschulden vollstreckbaren Betrag, nämlich $(250.000 - 210.135,46 \text{ DM}) = 39.864,54 \text{ DM}$ nebst 10 % Zinsen und weiteren 450.000 DM nebst 14 % Zinsen war der Sicherungszweck entfallen. Das wird auch daraus deutlich, daß die BfG am 3. und 6. September 1982 die beiden Grundschulden zum

Preis der noch zu sichernden Darlehensschuld, die fällig gestellt worden war, verkauft, die Zessionarin auf die Nichtvalutierung hingewiesen und mit ihr die Freistellung von Ansprüchen der Sicherungsgeber vereinbart hat. Die Grundschild Nr. 2 sichert keine Forderung der BfG mehr; eine Neuvaluierung aufgrund des gekündigten Kreditverhältnisses ist ausgeschlossen. Deshalb konnten Hans und Walter U. nach Eintritt der im Sicherungsvertrag vorgesehenen Bedingung die Rückgewähr dieser Grundschild verlangen. Die Grundschild Nr. 1 über 250.000 DM nebst 10 % Zinsen sicherte nur noch den Betrag von 210.135,46 DM nebst Zinsen aus dem durch Kündigung beendeten Kreditverhältnis. Soweit der Sicherungszweck auch nur teilweise, hier in Höhe der mit 39.864,54 DM nicht mehr valutierte Grundschild Nr. 1, entfallen war, stand den beiden Brüdern der Anspruch auf Rückgewähr eines entsprechenden rangletzten Teils der Grundschild zu (BGH, Urt. v. 21. Februar 1967 - VI ZR 144/65, WM 1967, 566, 567; Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden 4. Aufl. Rdnr. 10.41, 10.42; Huber, Die Sicherungsgrundschuld 1965 S. 179 ff; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung Bd. III, 1970, S. 440; Derleder, JuS 1971, 90, 92; abweichend wohl Staudinger/Scherübl, BGB 12. Aufl. § 1191 Rdn. 58).

3. Diese Ansprüche gehörten Hans und Walter U. gemeinschaftlich zu gleichen Teilen. Denn sie hatten die Ansprüche als zur ideellen Hälfte berechnete Miteigentümer der mit den Sicherungsgesamtgrundschulden belasteten Grundstücke, mithin als Teilhaber einer Gemeinschaft nach Bruch-

teilen (§§ 741 ff BGB) erworben. Davon geht das Berufungsgericht letztlich auch aus. Es nimmt an, daß der Kläger durch den Vertrag vom 27. September 1982 den nach § 747 BGB übertragbaren Anteil des Walter U. [REDACTED] an dem den Brüdern zustehenden Anspruch auf Rückgewähr der nicht valuierten Grundschulden erworben hat und deshalb, mangels Zustimmung des Teilhabers Hans U. [REDACTED] im Wege der Notverwaltungsmaßnahme nach § 744 Abs. 2 BGB, die Zwangsvollstreckung des Beklagten in die dem Kläger nunmehr gehörenden Miteigentumsanteile abwenden dürfe.

a) Der Kläger ist offensichtlich der Auffassung, daß er allein Inhaber des Rückgewähranspruchs geworden sei, weil die auf den Miteigentumsanteilen des Hans Ulrich lastenden Grundschulden mit dem Zuschlag vom 16. September 1982 erloschen seien. Diese Frage ist nach dem dem Revisionsgericht unterbreiteten Sachverhalt gegen den Kläger zu entscheiden. Der Zuschlag vom 16. September 1982 ist aufgrund eines Ausgebots nur der Miteigentumsanteile des Hans U. [REDACTED] erteilt worden. Nur der bestrangige Betreiber der Zwangsvollstreckung, die Frankfurter Hypothekenbank, ist wegen ihrer den Grundschulden Nr. 1 und 2 vorgehenden, erstrangigen Grundschuld Nr. 3 über 400.000 DM nebst Zinsen befriedigt worden. Die nach den Versteigerungsbedingungen auf den Miteigentumsanteilen des Hans U. [REDACTED] nicht bestehenbleibenden Grundschulden über 250.000 DM (Nr. 1), über 450.000 DM (Nr. 2) und über 400.000 DM (Nr. 3) sind gemäß § 91 Abs. 1 ZVG erloschen. Eine Befriedigung des damaligen Gläubigers der Grundschulden Nr. 1 und 2, des Rechtsanwalts Ba. [REDACTED] oder seines Rechtsnachfolgers, des Beklagten, aus dem Versteigerungserlös ist nicht erfolgt; sonst wären auch die nicht

mitversteigerten, mit den beiden Gesamtgrundschulden belasteten Miteigentumsanteile des Walter U. [REDACTED] gemäß §§ 1181 Abs. 2, 1192 BGB von den Grundpfandrechten Nr. 1 und 2 frei geworden. Das ist aber unstreitig nicht der Fall. Damit stimmt überein, daß die am 6. September 1982 bestehende Darlehensschuld von 210.135,46 DM über den Zuschlag vom 16. September 1982 hinaus bis heute fortbesteht. Dadurch, daß Hans Ulrich durch den Zuschlag originäres Eigentum erworben hat (vgl. Zeller ZVG 11. Aufl. § 90 Rdn. 2 (2)) und die beiden Grundschulden Nr. 1 und 2 auf seinen Miteigentumsanteilen erloschen sind, ist der Anspruch auf Rückgewähr jedoch nur zum Teil gegenstandslos geworden. Er beschränkt sich seit dem Zuschlag vom 16. September 1982 auf die nur noch die Miteigentumsanteile des Walter U. [REDACTED] belastenden Grundschulden Nr. 1 und 2. Das bedeutet jedoch nicht, daß die Gemeinschaft der Rückgewährberechtigten aufgelöst oder Hans Ulrich auf sonstige Weise aus der Gemeinschaft ausgeschieden ist. Eine Aufhebung der Gemeinschaft der beiden Brüder an dem Anspruch auf Rückgewähr des rangletzten Teils der Grundschuld Nr. 1 in Höhe von 39.864,54 DM und der ganzen Grundschuld Nr. 2 über 450.000 DM nebst Zinsen dahin, daß dieser Anspruch Walter U. [REDACTED] oder seinem Rechtsnachfolger allein zustehen solle, ist nicht vorgetragen. Ein Anhalt für eine solche Auseinandersetzung läge allenfalls dann vor, wenn als unstreitig dargelegt wäre, daß Walter U. [REDACTED] die Verbindlichkeiten der der BfG als Gesamtschuldner haftenden Brüder von 886.179,53 DM am 1. Januar 1974 auf noch 210.135,46 DM am 6. September 1982 überwiegend oder mindestens zur Hälfte getilgt habe, also auf Hans U. [REDACTED] kein Anspruch nach § 426 Abs. 2 BGB übergegangen sein könne, der seine Sicherung durch seine Teilhabe an dem Anspruch auf

Rückgewähr der allein noch auf den Miteigentumsanteilen des Walter U. lastenden Grundschulden gerechtfertigt hätte. Solche Umstände hat der Kläger nicht behauptet. Danach ist es möglich, daß Hans U. mehr als die Hälfte des gegenüber der BfG getilgten Betrages geleistet hat. Dann besteht aber kein ausreichender Grund für die Annahme, daß Walter U. der Anspruch auf Rückgewähr der in Höhe von 489.864,54 DM nicht mehr valutierte Grundschulden allein zustehen sollte, selbst wenn berücksichtigt wird, daß Hans U. durch den Zuschlag vom 16. September 1982 seinen Miteigentumsanteil frei von den Grundschulden Nr. 1 und 2 erworben hat. Nach dem vom Revisionsgericht zu beurteilenden Sachverhalt (§ 561 ZPO) stand der streitige Rückgewähranspruch sowohl am 6. September 1982, als die BfG die nur noch mit 210.135.46 DM valutierte Grundschulden abtrat, wie auch am 27. September 1982, als Walter U. den Vertrag mit dem Kläger schloß, noch der Bruchteilsgemeinschaft der beiden Brüder zu.

b) Walter U. konnte daher gemäß § 747 BGB nur über seinen Anteil an dem Rückgewähranspruch verfügen.

aa) Das Berufungsgericht hat aufgrund seiner Würdigung des Vertrags vom 27. September 1982 festgestellt, daß Walter U. seinen Anteil am Rückgewähranspruch an den Kläger abgetreten hat. Gegenüber dieser dem Tatrichter vorbehaltenen Auslegung eines Individualvertrags greifen die Verfahrensrügen der Revision nicht durch; von einer Begründung wird nach § 565 a ZPO abgesehen.

bb) Die Sachrüge der Revision, der Kläger habe deshalb gemäß § 139 BGB keinen Rückgewähranspruch von Walter U.

erlangen können, weil die Übertragung der mit den Grundpfandrechten Nr. 1 und 2 noch belasteten Miteigentumsanteile im Vertrag vom 27. September 1982 gemäß § 23 ZVG, § 135 BGB unwirksam sei, ist unbegründet. Wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang zutreffend ausführt, war die Auflassung der Miteigentumsanteile des Walter U. [REDACTED] an den Kläger im Vertrag vom 27. September 1982 gegenüber den damals die Zwangsvollstreckung in das Grundstück bereits betreibenden, durch einen Beschluß im Sinne des § 20 oder des § 27 ZVG ausgewiesenen Gläubigern nach § 135 BGB nur insoweit (relativ) unwirksam, als sie die Zwangsvollstreckung dieser Gläubiger beeinträchtigt hätte. Gegenüber allen anderen Personen ist die Übereignung wirksam. Die im Juli 1981 angeordnete, im Grundbuch eingetragene Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld Nr. 1 wird durch die Übertragung der belasteten Miteigentumsanteile des Schuldners im Vertrag vom 27. September 1982 nicht berührt (§ 26 ZVG). Das war dem Verkäufer, aber auch dem Erwerber, dem Kläger, bekannt. Denn Gegenstand der Vertragsverhandlungen und des Vertrags selbst war nach dessen Nr. 2 und Nr. 2.3 ein Grundbuchauszug, aus dem die Anordnung der Zwangsversteigerung laut Eintragung vom 28. Juli 1981 ersichtlich war. Der Vertrag sollte mithin gerade wegen oder zumindest auch für den Fall der Zwangsvollstreckung in die Miteigentumsanteile geschlossen werden. Danach scheidet eine Anwendung des § 139 BGB aus; die auch vom Kläger in Kauf genommene relative Unwirksamkeit der Übereignung gegenüber den betreibenden Gläubigern sollte nach dem eindeutig erkennbaren Willen der Vertragsschließenden die Wirksamkeit der übrigen Vereinbarungen nicht berühren. Die in der undatierten Urkunde von Walter U. [REDACTED] bestätigte Abtretung seines Anteils am Anspruch auf Rückgewähr

der Grundschulden Nr. 1 und 2 an den Kläger ist deshalb wirksam. Hans U. [REDACTED] und dem Kläger stehen mithin gemeinschaftlich die sich auf diesen Rückgewähranspruch gründenden Einreden nach § 1169 BGB gegen die Zwangsvollstreckung der ursprünglichen Sicherungsnehmerin und Gläubigerin der beiden Grundschulden, die BfG, zu.

c) Diese Einreden sind solche im Sinne der §§ 1157, 1192 BGB. Sie können dem Rechtsnachfolger der ursprünglichen Grundschuldgläubigerin nach § 1157 Satz 1 BGB entgegengesetzt werden, es sei denn, er hätte die Grundschulden gemäß § 1157 Satz 2 BGB durch Rechtsgeschäft (vgl. dazu Senatsurt. v. 12. Dezember 1985 - IX ZR 15/85, WM 1986, 293) infolge Unkenntnis der im Grundbuch und Brief nicht verlautbarten Einreden einredefrei erworben. Eine den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zerstörende Kenntnis liegt jedenfalls dann vor, wenn der Zessionar bei der Abtretung den Sicherungscharakter und die Nichtvalutierung der Grundschuld gekannt hat (BGH, Urt. v. 21. April 1972 - V ZR 52/70, NJW 1972, 1463). Diese Voraussetzungen sind hier unstreitig gegeben, so daß auch der Beklagte als Zessionar der Grundschulden den Einreden nach §§ 1157 Satz 1, 1192 BGB ausgesetzt ist.

d) Den auf den Rückgewähranspruch gegründeten Einreden kann der Beklagte nicht damit begegnen, daß er sich auf die mit der ursprünglichen Sicherungsgeberin, Martha U. [REDACTED], am 19. Oktober 1982 vereinbarte Erweiterung des Sicherungsvertrags beruft. Nach dieser sollten die von ihm am 7. Oktober 1982 erworbenen Grundschulden Nr. 1 und 2 auch die an ihn am

5. September 1982 abgetretenen Ansprüche der Martha U. [REDACTED] gegen Walter U. [REDACTED] auf Rückzahlung eines Darlehens über 260.000 DM, auf Nachzahlung rückständiger Renten in Höhe von 111.000 DM und auf Erfüllung einer nach § 774 BGB in Höhe von 45.000 DM auf Martha U. [REDACTED] übergegangenen, gegenüber der S. [REDACTED] Volksbank begründeten Hauptverbindlichkeit ihres Sohnes Walter sichern. Eine solche Erweiterung der ursprünglichen Sicherungsabrede könnte gegenüber dem Kläger als Rechtsnachfolger des Walter U. [REDACTED] nur wirksam werden, wenn Martha Ulrich am 19. Oktober 1982 noch Sicherungsgeberin oder Inhaberin des Rückgewähranspruchs gewesen wäre oder Hans U. [REDACTED] und der Kläger als gemeinschaftliche Inhaber des Rückgewähranspruchs zugestimmt hätten (Gaberdiel, aaO Rdnr. 9.31 S. 105). Das ist jedoch nicht der Fall. Durch die Übernahme des ursprünglichen Kredit- und Sicherungsvertrags von ihrer Mutter wurden Hans und Walter U. [REDACTED] Sicherungsgeber und Inhaber des Rückgewähranspruchs. Walter U. [REDACTED] und sein Rechtsnachfolger, der Kläger, haben unstreitig einer Änderung des Sicherungszwecks der beiden Grundschulden, die zu ihren Lasten gingen, nicht zugestimmt. Die Verwertung der Grundschulden zu dem am 19. Oktober 1982 vereinbarten Zweck brauchen Hans U. [REDACTED] und der Kläger nicht zu dulden. Aus diesen Gründen hat der Beklagte wegen seiner durch die beiden Grundschulden nicht gesicherten Forderungen gegen Walter U. [REDACTED] auch kein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 ZPO gegenüber dem Hans U. [REDACTED] und dem Kläger zustehenden Rückgewähranspruch (vgl. Gaberdiel aaO S. 104), auf den sich die Einreden nach §§ 1169, 1192 BGB gründen.

e) Der Kläger hat die Vollstreckungsgegenklage nur im eigenen Namen erhoben. Er macht nicht geltend, Hans U. [REDACTED]

als Teilhaber der Gemeinschaft zu vertreten. Er erhebt keine Ansprüche aus dem Eigentum nach § 1011 BGB und verlangt nicht entsprechend § 432 BGB Leistung an die Teilhaber. Der Kläger begehrt vielmehr die Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus den nach § 800 ZPO vollstreckbaren Grundschulden in seine Miteigentumsanteile. Ob er dazu schon aufgrund seiner Stellung als Eigentümer und Vollstreckungsschuldner berechtigt ist, kann offen bleiben. Jedenfalls ist er auch ohne Mitwirkung des anderen Teilhabers zur Erhebung dieser der Rechtsverteidigung dienenden Klage dann befugt, wenn die Voraussetzungen des § 744 Abs. 2 BGB vorliegen (Staudinger/Huber BGB, 12. Aufl. § 744 Rdn. 38; MünchKomm/Karsten Schmidt, BGB 2. Aufl. § 744 Rdn. 36, jeweils mit Nachweisen). Das ist hier zu bejahen. Die Abwehr der Zwangsvollstreckung des Beklagten ist gerechtfertigt aufgrund dauernder Einreden nach §§ 1157, 1192 BGB, die sich aus den dem Kläger und Hans U. [REDACTED] gemeinschaftlich zustehenden Rückgewähransprüchen ergeben und deshalb grundsätzlich von beiden Teilhabern erhoben werden müssen. Die Geltendmachung der Einreden allein durch den Kläger zur Begründung der Vollstreckungsgegenklage ist aber, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, eine notwendige Maßnahme zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Anspruchs auf Rückgewähr der nichtvalutierten Grundschulden an die beiden Teilhaber (§ 744 Abs. 2 BGB). Denn dieser Anspruch würde mit dem Zuschlag der jetzt dem Kläger gehörenden Miteigentumsanteile untergehen, weil die beiden Grundschulden, auf die sich die Rückgewährpflicht bezieht und aus denen die Zwangsversteigerung betrieben wird, nicht ins geringste Gebot aufzunehmen sind, also mit dem Zuschlag erlöschen (§§ 52, 91 Abs. 1 ZVG). Dies kann der Kläger nach erfolgreicher Voll-

streckungsgegenklage dadurch verhindern, daß er den Beklagten wegen des noch valutierte[n] Teils der Grundschuld gemäß §§ 1142, 1192 BGB befriedigt, damit entsprechend §§ 1143, 1192 BGB diesen Teil der Grundschuld erwirbt und so dem Beklagten jeden Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus den beiden Grundschulden nimmt. Andernfalls müßte im Verteilungsverfahren der Erlös dem Beklagten als Grundschuldgläubiger auf sein Verlangen bis zur Höhe von 700.000 DM nebst Zinsen zugeteilt werden. Ob der Kläger ohne Zustimmung von Hans U. einen Widerspruch gegen einen solchen Verteilungsplan (vgl. BGH, Beschl. v. 20. März 1986 - IX ZR 118/85) erheben und im Klagewege durchsetzen könnte, erscheint zumindest für den hier gegebenen Fall zweifelhaft, daß der dingliche Gläubiger den nicht valutierte[n] Teil der Grundschulden nicht "freigibt". Hans U. und der Kläger wären nach einer Auskehrung des Erlöses an den Beklagten auf einen Zahlungsanspruch aus § 812 BGB angewiesen, der schwerlich durchgesetzt werden könnte; denn unstreitig hat der Beklagte die Versicherung nach § 807 ZPO geleistet.

Nach alledem ist die Vollstreckungsgegenklage begründet, soweit die Einreden nach §§ 1192, 1169 BGB durchgreifen. Sie machen die Zwangsvollstreckung aus den beiden Grundschulden unzulässig, soweit der Beklagte wegen eines Kapitalbetrags von mehr als 210.135,46 DM, wegen unstreitig bis 20. Oktober 1982 gezahlter Zinsen und wegen mehr als 10 % Zinsen aus 210.135,46 DM ab 21. Oktober 1982 Befriedigung aus den Miteigentumsanteilen des Klägers sucht.

f) Die Erweiterung der Vollstreckungsgegenklage in der Berufungsinstanz mit dem Antrag, die Vollstreckung wegen

aller Grundschuldzinsen für unzulässig zu erklären, ist nach § 264 Nr. 2 ZPO zulässig.

Das Berufungsgericht meint, der Antrag sei auch sachlich begründet, weil der Beklagte das im Schreiben eines Vertreters des Klägers vom 18. Oktober 1982 unterbreitete ordnungsgemäße Angebot, den nichtvalutierten Betrag der Grundschulden, also rund 220.000 DM, gegen Abtretung der Grundpfandrechte an den Beklagten oder eine entsprechende Löschungsbewilligung zu zahlen, in seiner Antwort vom 25. Oktober 1982 abgelehnt und damit den Annahmeverzug ausgelöst habe, so daß gemäß § 301 BGB eine Verzinsungspflicht auch ab 20. Oktober 1982 entfalle.

Diese Rechtsfolge ergibt sich aus dem unstreitigen Sachverhalt und den tatrichterlichen Feststellungen nicht. Die Leistung ist nicht so, wie sie zu bewirken ist, angeboten worden (§ 294 BGB). Das Schreiben des Vertreters des Klägers vom 18. Oktober 1982 könnte allenfalls dann als ordnungsgemäßes, den Annahmeverzug nach § 293 BGB auslösendes Angebot angesehen werden, wenn der Kläger alleiniger Inhaber des Rückgewähranspruchs gewesen wäre. Nur dann hätte er seine Zahlung von der Abtretung der gesamten Grundschulden an ihn allein oder deren Löschung, die allein ihn begünstigt hätte, abhängig machen dürfen. Wie bereits dargelegt, muß das Revisionsgericht davon ausgehen, daß der Rückgewähranspruch Hans U. [REDACTED] und dem Kläger gemeinschaftlich nach Bruchteilen (§§ 741 ff BGB) zusteht. In diesem Fall würde der Beklagte durch die Abtretung der nicht mehr valutierten Grundschulden an den Kläger von seiner Verpflichtung gegenüber der Gemeinschaft nicht frei werden.

Auch eine Löschung hätte Hans U. nicht als Erfüllung hinnehmen müssen; denn die Löschung hätte nur dem Kläger Vorteile, Hans U. jedoch nur Nachteile gebracht, weil die Grundschulden auf dessen Anteilen bereits mit dem Zuschlag vom 16. September 1982 erloschen waren und die Löschung der auf den Miteigentumsanteilen des Klägers lastenden Grundschulden Hans U. seinen Anteil an dem Rückgewähranspruch und damit die derzeit noch bestehende Sicherung seiner möglicherweise gemäß § 426 Abs. 2 BGB gerechtfertigten Ausgleichsansprüche genommen hätte. Danach hat der Beklagte seine Ablehnung im Schreiben vom 25. Oktober 1982 jedenfalls mit der Erwägung zutreffend begründet, daß die Ansprüche auf Rückgewähr der (keine Forderung mehr sichernden) Grundschulden Walter U. nicht allein zustünden und Hans U. keine Zustimmung gebe, nach dem Vorschlag des Klägers zu verfahren. Soweit das Berufungsgericht die Zwangsvollstreckung aus den Grundschulden auch wegen der ab 21. Oktober 1982 fälligen Zinsen aus 210.135,46 DM für unzulässig erklärt hat, kann seine Entscheidung mithin keinen Bestand haben. Insoweit muß die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden; denn mangels ausreichender Feststellungen ist nicht auszuschließen, daß dem Kläger im Zeitpunkt des Angebots vom 18. Oktober 1982 die streitigen Rückgewähransprüche doch allein zustanden.

II.

1. Den im ersten Rechtszug gestellten Antrag, den Beklagten zu verurteilen, Zug um Zug gegen Zahlung des noch valutierten Teils der beiden Grundschulden in deren Löschung

einzuwilligen, hat das Landgericht in seinem Teilurteil nicht beschieden. Dennoch hält das Berufungsgericht den im zweiten Rechtszug mit der Anschlußberufung statt des Auskunftsbegehrens gestellten Antrag des Klägers, Zug um Zug gegen Zahlung von 210.135,46 DM die Löschung der beiden Grundschulden von 250.000 und 450.000 DM zu bewilligen, für zulässig. Das trifft entgegen den Bedenken der Revision zu:

a) Allerdings darf das Rechtsmittelgericht, bei dem ein Teilurteil im Sinne von § 301 ZPO angefochten worden ist, den vom unteren Gericht noch nicht entschiedenen Teil des Streitgegenstandes nur in Ausnahmefällen an sich ziehen; es hat sich im übrigen an den Grundsatz des § 537 ZPO zu halten, daß das Berufungsgericht nicht befugt ist, über den Teil des Streitgegenstandes zu entscheiden, der noch im ersten Rechtszug anhängig ist (BGHZ 30, 213). In dieser Entscheidung des VI. Zivilsenats und seinem Urteil vom 7. Juni 1983 - VI ZR 171/81, LM ZPO § 537 Nr. 12) ist offengeblieben, ob jener Grundsatz, dem der VI. Zivilsenat entgegen der früheren Rechtsprechung weitere Geltung verschaffen wollte, durchbrochen werden kann, wenn beide Parteien das Rechtsmittelgericht um Entscheidung des gesamten Streitgegenstandes angehen oder ein solches Einverständnis infolge Rügeverzichts zu vermuten ist. Der erkennende Senat bejaht diese Frage im Einklang mit BGHZ 8, 383, 386; BGH Urt. v. 27. Juni 1956 - IV ZR 88/56 (LM ZPO § 303 Nr. 4) und der überwiegenden Meinung in der Literatur (Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 20. Aufl. § 537 Rdnr. 2; Zöllner/Schneider, ZPO 14. Aufl. § 537 Rdn. 8; Baumbach/Albers, ZPO 43. Aufl. § 537 Anm. 1 B; Thomas/Putzo, ZPO 13. Aufl. § 537 Anm. 1; Mattern JZ 1960, 385, 387 ff; ablehnend jedoch: Lent NJW 1954, 640;

Schwab NJW 1959, 1824; Riechert ZP 80 (1967), 108; Merle ZP 83 (1970), 436, 452). Denn das Einverständnis rechtfertigt die Abweichung von der prozessualen Regel des § 537 ZPO. Sie steht der Klageerweiterung und der Klageänderung in der Berufungsinstanz, die jedenfalls mit Einwilligung des Gegners zulässig sind, so nahe, daß eine unterschiedliche Beurteilung willkürlich erscheinen müßte. § 537 ZPO stellt keine starre Regel auf, deren Befolgung unverzichtbar wäre; die Einhaltung liegt nicht im überwiegenden öffentlichen Interesse, sondern soll den Belangen der Parteien dienen.

b) Von diesen Erwägungen ausgehend bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Entscheidung des Berufungsgerichts über den Anspruch auf Bewilligung der Löschung der beiden Grundschulden. Denn in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat weder der Kläger gegenüber dem Berufungsantrag auf Abweisung der Klage noch der Beklagte gegenüber dem Antrag der Anschlußberufung, zur Bewilligung der Löschung zu verurteilen, gerügt, daß die Gegenseite eine Entscheidung über einen vom Landgericht noch nicht beschiedenen Antrag begehre. Beide Parteien erstrebten vielmehr eine sachliche Entscheidung über ihre im zweiten Rechtszug gestellten Anträge.

Es braucht daher nicht entschieden zu werden, ob die Zulässigkeit des Antrags der Anschlußberufung auch deshalb zu bejahen wäre, weil der Kläger entsprechend den in BGH, Urt. v. 8. November 1978 - VIII ZR 199/77 (NJW 1979, 925, 926) dargelegten Grundsätzen auf den Leistungsantrag, zur Bewilligung der Löschung zu verurteilen, übergehen durfte.

2. Die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es dem Lösungsanspruch stattgegeben hat, halten jedoch der rechtlichen Nachprüfung nicht stand:

Der Kläger war zwar nach Erwerb der Miteigentumsanteile des Walter U. [REDACTED] wie dieser bisher nach §§ 1142, 1192 BGB berechtigt, den Gläubiger der schon seit ihrer Eintragung im Grundbuch fälligen Grundschulden zu befriedigen, obwohl nach dem Sicherungsvertrag Zahlungen nicht auf die Grundschulden anzurechnen waren. Denn auf diese Abrede darf sich der Sicherungsnehmer nicht mehr berufen, wenn er seine dinglichen Ansprüche durch Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück geltend macht (Gaberdiel, aaO RdNr. 9.62 S. 116 m.w.N.). Um diese Rechtsfolge zu begründen, bedarf es entgegen der Meinung des Berufungsgerichts keines Rückgriffs auf die §§ 1150, 268 BGB. Der Kläger ist aber nach dem vom Revisionsgericht gemäß § 561 ZPO zu beurteilenden Sachstand nicht befugt, den Anspruch auf Rückgewähr der nicht mehr valuierten Grundschulden in der Weise geltend zu machen, daß ihm allein die Vorteile der Rückgewähr zufließen und Hans U. [REDACTED] leer ausgeht. Denn der unstreitige Sachverhalt und der Vortrag der Parteien ergeben nicht, daß der Kläger alleiniger Inhaber des Anspruchs ist. Wie bereits dargelegt, hat der Senat davon auszugehen, daß der Anspruch dem Kläger und Hans U. [REDACTED] als Teilhaber im Sinne der §§ 741 ff BGB gemeinschaftlich zusteht. Danach hat der Kläger allenfalls das Recht, Abtretung der Grundschulden, soweit sie nicht mehr valuiert sind, an beide Teilhaber entsprechend § 432 BGB zu fordern, nicht aber Löschung der Grundschulden zu verlangen, obwohl sie allein auf seinen Miteigentumsanteilen lasten. Soweit der Kläger nicht als Darlehensschuldner,

sondern als Eigentümer entsprechend § 1142 BGB auf die (noch valutierte) Grundschuld leisten sollte, würde allerdings in diesem Umfang die Grundschuld auf ihn entsprechend § 1143 BGB übergehen (Gaberdiel, aaO Rdnr. 9.63; BGH, Urt. v. 28. Mai 1976 - V ZR 203/75, NJW 1976, 2340).

Da nicht ausgeschlossen werden kann, daß der Kläger allein Inhaber des Rückgewähranspruchs geworden ist, muß auch der Streit über den Anspruch auf Bewilligung der Löschung der beiden Grundschulden und auf Herausgabe der Briefe zur Nachholung der fehlenden Feststellungen an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Merz

Zorn

Henkel

Fuchs

Gärtner