

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ:                   nein

---

AnfG §§ 1, 2, 7, 9

- a) Bei Anfechtung einer Auflassungsvormerkung kann der Klageantrag auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück lauten. Dieser Antrag enthält das Begehren, daß der Anfechtungsgegner bei einer Zwangsversteigerung gegenüber dem Gläubiger von der Vormerkung keinen Gebrauch machen darf.
- b) Eine nichtige Rechtshandlung, die zu einer Erschwerung oder Gefährdung des Gläubigerzugriffs geführt hat, unterliegt der Gläubigeranfechtung.

BGB § 894

Der Inhaber einer Zwangshypothek kann Löschung einer vorrangigen, aufgrund eines nichtigen Rechtsgeschäfts eingetragenen Auflassungsvormerkung verlangen.

ZPO § 260

Zu der Möglichkeit, einen Antrag hilfsweise für den Fall zu stellen, daß das Hauptbegehren nicht entscheidungsreif ist.

BGH, Urt. v. 11. Juli 1996 - IX ZR 226/94 - OLG Hamm  
LG Essen

BUNDESGERICHTSHOF  
IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 226/94

URTEIL

Verkündet am:  
11. Juli 1996  
Giovagnoli  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat  
auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 1996  
durch den Vorsitzenden Richter Brandes und die Richter  
Dr. Kreft, Dr. Fischer, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird  
das Urteil des 27. Zivilsenats des  
Oberlandesgerichts Hamm vom 22. No-  
vember 1994 aufgehoben.
2. Die Berufung des Beklagten gegen  
das Urteil der 8. Zivilkammer des  
Landgerichts Essen vom 18. Okto-  
ber 1993 wird insoweit zurückgewie-  
sen, als der Beklagte verurteilt  
worden ist, wegen der vollstreckba-  
ren Forderung des Klägers in Höhe  
von 884.133,60 DM nebst den im ein-  
zelnen angegebenen Zinsen aufgrund  
des Urteils des Landgerichts Duis-  
burg vom 17. Februar 1992 Zwangs-  
vollstreckung in die Grundstücke

Gebäude- und Freifläche, Wohnen,  
E.str., Flur ...., Flurstück ....

Gebäude- und Freifläche, Wohnen,  
A. N., Flur ...., Flurstück ....



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

der Gemarkung B., eingetragen  
im Grundbuch von B. Blatt ...;

Gebäude- und Freifläche, Wohnen,  
K.str., Flur ..., Flurstück ...,

Gebäude- und Freifläche, Wohnen,  
S. Straße, Flur ..., Flurstück ...,

der Gemarkung B., eingetragen  
im Grundbuch von B. Blatt 8...,

in Höhe von 400.000 DM zu dulden,  
und die Vollstreckung davon abhän-  
gig gemacht worden ist, daß die er-  
wähnte Entscheidung des Landge-  
richts Duisburg vom 17. Febru-  
ar 1992 rechtskräftig wird. Dabei  
hat die Duldung dahin zu erfolgen,  
daß der Beklagte gegenüber dem Klä-  
ger von den Auflassungsvormerkungen  
keinen Gebrauch machen darf.

3. Auf die Berufung des Beklagten wird  
das genannte Urteil des Landge-  
richts Essen abgeändert, soweit der  
Beklagte zur Duldung der Zwangs-  
vollstreckung in das Grundstück

Gebäude- und Freifläche,  
T.str., Flur ..., Flurstück ...,

der Gemarkung G., eingetrag-  
gen im Grundbuch von G.  
Blatt 6....,

verurteilt worden ist.

Der Beklagte wird statt dessen ver-  
urteilt, die Löschung der im Grund-  
buch von G. Blatt .... in Abteilung  
II laufende Nr. 1 betreffend das  
Grundstück Gemarkung G. Flur ...,  
Flurstück 2., eingetragenen Vor-  
merkung zur Sicherung des Anspruchs  
auf Eigentumsübertragung zu bewil-  
ligen. Die Vollstreckung aus diesem  
Urteil steht insoweit ebenfalls un-  
ter dem Vorbehalt der Rechtskraft  
der gegen W. H. ergangenen Ent-  
scheidung des Landgerichts Duisburg  
vom 17. Februar 1992.

4. Wegen des Zahlungsantrags und der  
Verfahrenskosten mit Einschluß der  
Kosten der Revision wird die Sache  
zur anderweiten Verhandlung und  
Entscheidung an das Berufungsge-  
richt zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

### Tatbestand

Der Kläger ließ in der Zeit von 1976 bis 1982 in W. mehrere Häuser errichten. Sein Architekt war W. H. (fortan auch Schuldner genannt). Im Jahre 1984 erhob der Kläger gegen diesen Klage auf Schadensersatz wegen mangelhafter Planung und Bauaufsicht. Durch Urteil des Landgerichts Duisburg vom 17. Februar 1992 wurde der Schuldner verurteilt, an den Kläger 884.133,60 DM nebst Zinsen zu zahlen; ferner wurde festgestellt, daß der Schuldner verpflichtet ist, dem Kläger den weiteren Schaden einschließlich Mietausfalls zu ersetzen, den er bei der Sanierung mehrerer Gebäude erleidet. Durch Teilurteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. September 1993 wurde die Berufung des Schuldners in Höhe eines Betrages von 481.856,35 DM nebst Zinsen und teilweise wegen des Feststellungsausspruchs zurückgewiesen. Die Revision des Schuldners wurde nicht angenommen (BGH, Beschl. v. 6. April 1995 - VII ZR 210/93). Im übrigen ist das landgerichtliche Urteil noch nicht rechtskräftig.

Am 24. Februar 1992 bewilligte der Schuldner die Eintragung von Eigentümergrundschulden zu Lasten folgender in seinem Eigentum stehender Grundstücke:

E.str. (800.000 DM);

A. N., (1 Mio. DM),

jeweils eingetragen im Grundbuch von B. Blatt ....;

K.str. (1 Mio. DM);

S. Straße (500.000 DM),

jeweils eingetragen im Grundbuch von B. Bl. 8...

Am 27. Februar 1992 schloß der Schuldner mit dem Beklagten des vorliegenden Rechtsstreits - dem Sohn eines Cousins der Ehefrau des Schuldners - einen notariell beurkundeten Kaufvertrag, mit dem der Kläger die genannten vier Grundstücke sowie das Grundstück

T.str.,

eingetragen im Grundbuch von G. Blatt .....,

dem Beklagten zu einem Preis von 3,5 Mio. DM verkaufte und sich mit diesem über den Eigentumsübergang auf den Beklagten einigte. In dem Vertrag wurden als Belastungen der Grundstücke acht Grundpfandrechte (Hypotheken und Grundschulden) aufgeführt. Es wurde bestimmt, daß der Beklagte in Anrechnung auf den Kaufpreis die Schuld aus diesen Grundpfandrechten nebst deren Verzinsung und Amortisation mit Wirkung vom Tage des Vertragsschlusses als eigene dingliche und persönliche Schulden mit der Verpflichtung übernahm, die Gläubiger bei Fälligkeit zu befriedigen. Soweit durch die auf die Grundpfandrechte bislang geleisteten Tilgungen Eigentümergrundschulden entstanden waren, wurden diese an den Beklagten abgetreten. Besitz und Nutzungen sowie die Lasten und die Gefahr gingen mit sofortiger Wirkung auf den Beklagten über. Dieser trat ab Vertragsschluß mit

allen Rechten und Pflichten in die bestehenden Miet- und Pachtverträge ein. Mit der Verwaltung des Grundbesitzes einschließlich des Abschlusses von Mietverträgen, der Einnahme der Mieten und der Führung des gesamten Zahlungsverkehrs wurde die P.-Wohnungsbau GmbH in Go. (im folgenden kurz: P.) beauftragt. Deren Geschäftsführer ist der Schuldner W. H.; ihre Gesellschafter heißen D. H., H. H. und P. H. Ferner ist in dem Vertrag vermerkt, die nicht aufgeführten Grundpfandrechte seien außerhalb des Grundbuchs an den Beklagten abgetreten worden.

Am 3. März 1992 wurden die Eigentümergrundschulden und deren Abtretung an den Beklagten, am 4. und 6. März 1992 - wie im Kaufvertrag bewilligt - Auflassungsvormerkungen zugunsten des Beklagten im Grundbuch eingetragen.

Am 8. Mai und 30. September 1992 wurden für den Kläger zu Lasten der Grundstücke E.straße, A. N. und T.straße Zwangshypotheken über je 100.000 DM nebst Zinsen im Grundbuch eingetragen.

Dem Kläger sind auf die titulierte Forderung aus der Haftpflichtversicherung des Schuldners 300.000 DM und aus Mieten nach der Behauptung des Klägers 19.968,55 DM zugeflossen.

Der Kläger hält den Kaufvertrag für nichtig, weil es sich um ein Scheingeschäft gehandelt habe. Mit seiner Klage hat der Kläger aus dem Gesichtspunkt der Gläubigeranfechtung wegen eines Betrages von 400.000 DM Verurteilung des Beklagten zur Duldung der Zwangsvollstreckung aus dem Ur-

teil des Landgerichts Duisburg in den Grundbesitz sowie zur Zahlung von 100.000 DM nebst Zinsen begehrt, weil der Beklagte über die P. in dieser Höhe aus dem Grundbesitz erzielte Mieten erhalten habe. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten und den in der Berufungsinstanz hilfsweise gestellten Antrag des Klägers auf Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkungen hat das Oberlandesgericht unter Abweisung der Klage im übrigen festgestellt, daß der Kaufvertrag vom 27. Februar 1992 nichtig sei. Gegen das Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt. Die Revision des Beklagten hat der Bundesgerichtshof nicht angenommen. Der Kläger verfolgt mit seinem Rechtsmittel die in der Berufungsinstanz abgewiesenen Anträge weiter und stellt zusätzliche Hilfsanträge.

### Entscheidungsgründe

#### I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Kläger wende sich allein gegen die Auflassungsvormerkungen. Diese hinderten nicht die Zwangsvollstreckung, sondern nur einen Zugriff des Klägers auf die (restlichen) Versteigerungserlöse. Zur Beseitigung dieser Sperrpositionen bedürfe es nicht der Anfechtungsklage. Bei dem Vertrag vom 27. Februar 1992 handele es sich um ein Scheingeschäft im Sinne des § 117 Abs. 1 BGB. Nach den gesamten Umständen dränge sich die Erkenntnis auf, daß der Beklagte weder rechtlich noch wirt-

schaftlich als Eigentümer an die Stelle des Schuldners habe treten sollen. Die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Grundstücksnutzungen sei schon nach dem Vertragsinhalt beim Schuldner verblieben. Wenn gleichwohl ein Eigentumswechsel beabsichtigt gewesen wäre, hätte dem nichts im Wege gestanden. Daß die Umschreibung bislang seit mehreren Jahren unterblieben sei, lasse sich vernünftig nur mit einer so gewollten Regelung erklären und sei daher ein gewichtiges Indiz dafür, daß die Vertragserklärungen insoweit nicht ernstlich gewollt gewesen seien. Diese Indizwirkungen habe der Beklagte nicht auszuräumen vermocht, zumal er trotz wiederholter Ladung zur Anhörung nach § 141 ZPO nicht vor dem Senat erschienen sei. Insgesamt bestünden keine durchgreifenden Zweifel, daß die angeblichen Kaufvertragsparteien tatsächlich nur eine Blockierung des Grundbuchs durch Eintragung von Auflassungsvormerkungen erstrebt hätten. Dazu habe es lediglich des äußeren Scheins einer kaufvertraglichen Vereinbarung bedurft. Wegen der Nichtigkeit des Kaufvertrages seien die Grundbücher in bezug auf die Auflassungsvormerkungen unrichtig. Der Schuldner habe gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung. Diesen Anspruch könne der Kläger zur Ausübung pfänden. Er brauche deshalb lediglich in das Schuldnervermögen zu vollstrecken. Da das Anfechtungsrecht nur subsidiär für den Fall Anwendung finden solle, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners nicht den gewünschten Erfolg bringe, sei die Anfechtungsklage unzulässig. Die mit dem Hilfsantrag verfolgte Verurteilung des Beklagten zur Abgabe von Löschungsbewilligungen könne der Kläger vorerst nicht erreichen, weil ihm insoweit die Aktivlegitimation fehle. Er könne aber in den Anspruch des Schuldners voll-

strecken und hieraus vorgehen. Daraus folge ein berechtigtes Interesse des Klägers an der Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrages.

Das ebenfalls auf ein Anfechtungsverhältnis gestützte Zahlungsbegehren sei unzulässig, weil der Kläger nicht dargetan habe, daß die Zwangsvollstreckung in die Grundstücke ihm voraussichtlich keine volle Befriedigung bringen werde. Zudem könne der Kläger auch insoweit unmittelbar in das Schuldnervermögen vollstrecken, weil der Beklagte keine wirksame Rechtsgrundlage für die Einziehung der Mieten vorweisen könne und mithin Drittschuldner sei. Schließlich sei nicht erkennbar, daß 100.000 DM aus dem Vermögen des Schuldners zugunsten des Beklagten weggegeben worden seien.

## II.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

1. Der Antrag des Klägers, den Beklagten zur Duldung der Zwangsvollstreckung in die Grundstücke zu verurteilen, ist dahin zu verstehen, daß der Beklagte verurteilt werden soll, gegenüber dem Kläger von den Vormerkungen keinen Gebrauch zu machen (vgl. BGH, Urt. v. 25. Juni 1992 - IX ZR 4/91, WM 1992, 1502, 1503; v. 13. Juli 1995 - IX ZR 81/94, WM 1995, 1735, 1740 li. Sp. zu d. aa, z. V. b. in BGHZ 130, 314; Kilger/Huber, AnFG 8. Aufl. § 9

Anm. III, 10 a). Dies ergibt sich eindeutig aus den Erwägungen, mit denen der Kläger die Klage begründet hat. Das führt dazu, daß zwischen den Parteien der Zustand eintritt, wie wenn die Vormerkungen nicht beständen, und daß der Beklagte auch im Verteilungsverfahren mit seinen Vormerkungen hinter dem Kläger zurücktreten muß (vgl. RGZ 47, 216, 222; 70, 112, 114 f; 131, 340, 342).

2. Die Anfechtungsklage ist zulässig, soweit mit ihr Duldung der Zwangsvollstreckung in die Grundstücke E.straße, A. N., K.straße und S. Straße begehrt wird.

a) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts scheitert die Zulässigkeit der Anfechtungsklage nicht daran, daß der Kaufvertrag über den Grundbesitz als Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig ist.

aa) Daß es sich bei dem Kaufvertrag um ein Scheingeschäft handelt, weil die Parteien eine Übertragung des Eigentums an den Grundstücken auf den Beklagten nicht wirklich wollten, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum festgestellt. Die gegen das Berufungsurteil insoweit von dem Beklagten erhobenen Revisionsrügen greifen nicht durch. Dazu wird auf den Beschluß vom 9. Mai 1996, mit dem der Senat die Annahme der Revision des Beklagten abgelehnt hat, Bezug genommen.

bb) Die Nichtigkeit des Kaufvertrages steht dessen Anfechtbarkeit hier nicht entgegen. Die Anfechtbarkeit einer nichtigen Rechtshandlung wird vor allem deswegen in Zweifel gezogen, weil es an einer Gläubigerbenachteiligung fehle

(vgl. Motive zur KO S. 131; Begründung des Anfechtungsgesetzes S. 17; Jaeger, Gläubigeranfechtung 2. Aufl. § 1 Anm. 70; Kilger/Huber aaO § 1 Anm. VII, 2). Dies trifft in dieser Allgemeinheit jedoch nicht zu. Nichtig Rechtshandlungen, namentlich Scheingeschäfte, führen nicht selten zu einer Änderung der formalen Rechtslage - etwa einer Eintragung des Scheinerwerbs im Grundbuch oder einer Besitzübergabe - und damit zu Erschwerungen oder Gefährdungen des Gläubigerzugriffs. Es ist in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt, daß in derartigen Fällen anstelle oder neben der Nichtigkeit auch Anfechtung geltend gemacht werden kann (vgl. RGZ 50, 121, 122 f; RG WarnRspr. 1920 Nr. 206; BGH, Urt. v. 20. September 1978 - VIII ZR 142/77, WM 1978, 1237, 1238; KG JW 1932, 663; LAG Hamm ZIP 1982, 615, 619; Jaeger aaO § 1 Anm. 71, 72; Kilger/Huber aaO § 1 Anm. VII, 2; Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht 10. Aufl. § 35 III.1. S. 404; zur Konkursordnung ebenso Kilger/K. Schmidt, KO 16. Aufl. § 29 Anm. 6; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 29 Rdn. 11 bis 13; aa insoweit Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 29 Rdn. 213, 214; offengelassen in BGHZ 118, 374, 380). Dem schließt sich der Senat an.

Durch die Eintragung der Auflassungsvormerkungen wird der Zugriff auf den mit ihnen belasteten Grundbesitz erschwert. Zwar ist die Vormerkung kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinn der §§ 28, 37 Nr. 5 ZVG (vgl. BGHZ 46, 124, 127; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG 12. Aufl. § 28 Rdn. 8; Steiner/Eickmann, ZVG 9. Aufl. § 48 Rdn. 21; Zeller/Stöber, ZVG 14. Aufl. § 28 Anm. 4.2), so daß ein Gläubiger des Eigentümers die Zwangsversteigerung des mit ihr belasteten Grundstücks be-

treiben könnte. Die vorrangige Vormerkung verhindert jedoch einen Zugriff auf den Wert des Grundstücks. Sie fällt in das geringste Gebot (§§ 44, 48 ZVG; BGHZ 46, 124, 127; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth aaO § 48 Rdn. 7; Steiner/Eickmann aaO § 44 Rdn. 100), und ihr Wert steht zur Verteilung nicht zur Verfügung, so daß ein Erlösanteil nicht ausgezahlt werden darf. Freilich ist die Auflassungsvormerkung wie ein bedingtes Recht zu behandeln, solange der gesicherte Anspruch nicht endgültig festgestellt ist (vgl. Knott, MittRhNotK 1967, 586, 598; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth aaO § 119 Rdn. 11; auch BGHZ 57, 47, 48 f). Dies führt jedoch gemäß § 120 Abs. 1 ZVG zu einer Hinterlegung oder einer Übertragung der Forderung gegen den Ersterer auf "die Berechtigten", d.h. auf den betreibenden Gläubiger und den Vormerkungsberechtigten, so daß dem Erstgenannten ein unmittelbarer Zugriff auf Erlös oder Forderung verwehrt ist. Im übrigen kann der Vormerkungsberechtigte seinen Anspruch auf Eigentumsübertragung gegen den Ersterer des Grundstücks gem. § 888 Abs. 1 BGB durchsetzen (BGHZ 46, 124, 127; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth aaO § 48 Rdn. 7; J. Blomeyer DNotZ 1979, 515, 525). Das kann dazu führen, daß Bietinteressenten sich durch eine Auflassungsvormerkung von Geboten abhalten lassen und eine Versteigerung kein Ergebnis bringt (vgl. Zeller/Stöber aaO § 28 Anm. 4.2. b).

Danach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die zugunsten des Beklagten eingetragenen Auflassungsvormerkungen die Durchsetzung der Rechte des Klägers erschweren und gefährden können, auch wenn sie sich in einer Buchposition erschöpfen. Freilich hat der Kläger - wie das Berufungsge-

richt richtig sieht - andere verfahrensrechtliche Möglichkeiten, die sich aus der Nichtigkeit des Kaufvertrages ergebende Unwirksamkeit der Vormerkungen geltend zu machen. Insbesondere könnte er gemäß § 857 Abs. 3 ZPO die Ausübung eines dem Schuldner entsprechend § 894 BGB zustehenden Grundbuchberichtigungsanspruchs (vgl. RGZ 163, 62; BGB-RGRK/Augustin, 12. Aufl. § 894 Rdn. 10, 27; Palandt/Bassenge, BGB 55. Aufl. § 894 Rdn. 2, 5) pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Diesen könnte er dann gegen den Beklagten durchsetzen. Soweit für den Kläger den Auflassungsvormerkungen nachrangige Zwangshypotheken eingetragen wurden, steht ihm zudem ein eigener Berichtigungsanspruch gegen den Beklagten zu (vgl. unten Nr. 4).

Nur weil es noch weitere Rechtsbehelfe des Klägers gegen den Beklagten gibt, ist die Anfechtungsklage indessen nicht unzulässig. Deren "Subsidiarität" (vgl. RGZ 10, 233, 236) bedeutet lediglich, daß ihre Zulässigkeit den Mißerfolg eines Zugriffs auf das Schuldnervermögen voraussetzt (Jaeger aaO § 2 Anm. 23). Der Gläubiger darf nicht nach Belieben seinen Schuldner schonen und statt dessen den Empfänger anfechtbar erworbener Zuwendungen in Anspruch nehmen (BGH, Urt. v. 27. September 1990 - IX ZR 67/90, WM 1990, 1981, 1983 li. Sp. zu I, 2; Kilger/Huber aaO § 2 Anm. V 1). Davon zu unterscheiden sind jedoch andere Rechtsschutzmittel gegen den Zuwendungsempfänger, die hier allein in Rede stehen. Diesen mißt das Anfechtungsgesetz keinen grundsätzlichen Vorrang gegenüber der Anfechtungsklage zu. Ein solcher Vorrang kann lediglich im Einzelfall aus Gründen des allgemeinen Rechtsschutzinteresses in Betracht kommen, wenn sich das erstrebte Ziel auf einem anderen prozessualen Wege

gleich sicher, aber einfacher erreichen läßt (vgl. in diesem Zusammenhang BGH, Urt. v. 24. Februar 1994

- IX ZR 120/93, WM 1994, 623, 624; v. 28. März 1996

- IX ZR 77/95, WM 1996, 835, 836). Das trifft im Streitfall nicht zu.

b) Eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners hat nicht zu einer vollständigen Befriedigung des Klägers geführt, und es ist anzunehmen, daß sie auch in Zukunft nicht zu einer solchen Befriedigung führen wird (§ 2 AnFG).

aa) Der Kläger hat Ansprüche des Schuldners aus Haftpflichtversicherung in Höhe von 300.000 DM eingezogen und hat dessen Ansprüche gegen Mieter der auf den Grundstücken errichteten Wohnungen pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Daraus sind ihm nach seinen Angaben weniger als 20.000 DM zugeflossen. Viele Mieter weigern sich mit Rücksicht auf den notariellen Vertrag vom 27. Februar 1992, an den Kläger zu zahlen, und haben den Mietzins hinterlegt. Daß weitere Versuche der Vollstreckung in Ansprüche des Schuldners auf Mietzins Erfolg haben könnten, erscheint aus Rechtsgründen ausgeschlossen.

In dem notariellen Vertrag vom 27. Februar 1992 ist bestimmt, daß Besitz und Nutzungen hinsichtlich des verkauften Grundbesitzes mit sofortiger Wirkung auf den Käufer übergehen und dieser vom Tage des Vertragsschlusses an mit allen Rechten und Pflichten in die bestehenden Pacht- und Mietverträge eintritt. Das Berufungsgericht hat eine Auslegung dieser Vertragsbestimmung unterlassen. Es hat ledig-

lich im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag über die Grundstücke ausgeführt, der Beklagte könne keine wirksame Rechtsgrundlage für die Einziehung von Mieten vorweisen. Das Revisionsgericht ist deshalb zu einer eigenständigen Auslegung gehalten (vgl. BGHZ 65, 107, 112).

Im Gegensatz zu dem Kaufvertrag über den Grundbesitz, den das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß als Scheingeschäft angesehen hat, weil aus der Sicht der Vertragsparteien auch ohne seine Gültigkeit die mit Hilfe der Eintragung von Auflassungsvormerkungen angestrebte Blockierung des Grundbuchs erreicht werden konnte, ließ sich ein unmittelbarer Zugriff des Klägers auf die Miet- und/oder Pachtzinsforderungen des Schuldners nur bei einer wirksamen Abtretung dieser Ansprüche an den Beklagten verhindern. Deshalb liegt insoweit kein Scheingeschäft vor (vgl. BGHZ 36, 84, 87 f; BGH, Urt. v. 24. Januar 1980 - III ZR 169/78, NJW 1980, 1572, 1573; MünchKomm-BGB/Kramer, 3. Aufl. § 117 Rdn. 1). Allerdings ist die Vereinbarung des Eintritts des Beklagten in die Miet- und Pachtverträge des Schuldners mangels Zustimmung der Mieter oder Pächter nicht wirksam geworden (vgl. BGHZ 95, 88, 93 f; BGH, Urt. v. 29. Oktober 1957 - VIII ZR 292/56, LM § 581 BGB Nr. 16; v. 21. Juni 1978 - VIII ZR 155/77, NJW 1978, 2504; Palandt/Heinrichs aaO § 398 Rdn. 38). Jedoch ist der Regelung der Wille der Vertragsparteien zu entnehmen, der Beklagte solle mit Vertragsabschluß jedenfalls insoweit in die Rechtsstellung des Schuldners eintreten, als dies ohne Zustimmung der Mieter/Pächter möglich war. Dies traf zumindest für eine Übertragung der Ansprüche auf die Miet-/Pachtzinsen zu, so daß von einer Abtretung dieser Ansprüche an den Beklagten aus-

zugehen ist (vgl. BGB-RGRK/Weber aaO Vor § 398 Rdn. 12; Esser/Schmidt, Schuldrecht 6. Aufl. Band I Allgemeiner Teil § 37 IV S. 624; Fikentscher, Schuldrecht 8. Aufl. Rdn. 618; H. Pieper, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt 1963 S. 209; auch Erman/Jendrek, BGB 9. Aufl. § 571 Rdn. 5; Staudinger/Emmerich, BGB 12. Aufl. [2. Bearb.] § 571 Rdn. 30a).

Die Abtretung der Forderungen aus den Miet- oder Pachtverträgen ist auch nicht nach § 139 BGB nichtig. Da der mit dem notariellen Vertrag verfolgte Zweck nur erreicht werden konnte, wenn der Übergang der Rechte aus den Verträgen an den Beklagten wirksam war, ist anzunehmen, daß die Vertragsparteien die Abtretung unabhängig von der Gültigkeit des Kaufvertrages über die Grundstücke vereinbart haben (vgl. Palandt/Heinrichs aaO § 139 Rdn. 14; MünchKommBGB/Mayer-Maly aaO § 139 Rdn. 24).

bb) Auch im übrigen verspricht eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners keinen Erfolg. Nach Darstellung des Klägers ist der Schuldner "untergetaucht". Dem Kläger ist es trotz wiederholter Versuche nicht gelungen, den Schuldner zur Abgabe der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung zu laden. Auch von anderen Gläubigern liegen Mitteilungen vor, daß der Schuldner unter seiner Wohnungsanschrift, aber auch unter weiteren Anschriften nicht ermittelt werden könne. Nach dem Schreiben der Gerichtskasse Essen vom 17. Februar 1994 konnte eine Kostenforderung von 329 DM von dem Schuldner nicht beigetrieben werden. Der Beklagte hat irgendein konkretes Vermögensobjekt des Schuldners, in das ohne weiteres vollstreckt wer-

den könnte, nicht genannt. Danach hat der Kläger den ihm obliegenden Beweis (vgl. BGH, Urt. v. 27. September 1990 - IX ZR 67/90, WM 1990, 1981, 1982) der Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens geführt (vgl. Jaeger aaO § 2 Anm. 23, 25, 28; Kilger/Huber aaO § 2 Anm. V 4).

c) Einer Anfechtung stehen - abgesehen von dem Grundstück T.straße - auch nicht die eingetragenen Belastungen entgegen. Grundsätzlich kommt eine Anfechtung mangels Gläubigerbenachteiligung nicht in Betracht, wenn Grundstücke wertausschöpfend belastet sind und eine Zwangsversteigerung nicht zu einer - auch nur teilweisen - Befriedigung des Gläubigers führen würde (vgl. BGHZ 104, 355, 357; BGH, Urt. v. 18. März 1993 - IX ZR 198/92, WM 1993, 1603, 1604 unter III 1). Die Grundstücke E.straße, A. N., K.straße und S. Straße sind auch nach dem Vorbringen des Beklagten nicht wertausschöpfend belastet. Danach soll der Gesamtwert des verkauften Grundbesitzes 3,5 Mio. DM betragen, und die Belastungen sollen bei Vertragsschluß in mindestens dieser Höhe valuiert gewesen sein. Da es sich um mehrere Grundstücke handelt, ist jedoch nicht auf deren Gesamtwert, sondern auf den Wert der einzelnen Grundstücke und ihrer Belastungen abzustellen (vgl. RGZ 21, 95, 100; RG JW 1898, 51, 52; Jaeger/Henckel aaO § 31 Rdn. 7).

In dem notariellen Vertrag vom 27. Februar 1992 sind "zur Kostenberechnung bei Gericht" die Werte der Grundstücke wie folgt angegeben:

|           |               |
|-----------|---------------|
| E.straße  | 400.000 DM,   |
| A. N.     | 600.000 DM,   |
| K.straße  | 600.000 DM,   |
| S. Straße | 300.000 DM,   |
| T.straße  | 1.600.000 DM. |

Der Beklagte hat behauptet, diese Wertangaben entsprächen dem tatsächlichen Wert der Grundstücke. Nach seinen Angaben valutierte die auf den einzelnen Grundstücken ruhenden Belastungen Ende 1992 wie folgt:

|           |                  |
|-----------|------------------|
| E.straße  | 265.366,-- DM,   |
| A. N.     | 467.913,84 DM,   |
| K.straße  | 506.906,57 DM,   |
| S. Straße | 96.037,60 DM,    |
| T.straße  | 2.029.731,93 DM. |

Danach lagen die valutierenden Belastungen Ende 1992 bei vier Grundstücken unter dem Grundstückswert. Darauf, daß die Valutierungen bei Vertragsschluß den jeweiligen Grundstückswert erreicht haben mögen, kommt es nicht entscheidend an. Der Kläger stützt sein Anfechtungsbegehren in erster Linie auf § 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG. Für eine Anfechtung nach dieser Norm reicht eine sogenannte mittelbare Gläubigerbenachteiligung aus (vgl. BGHZ 128, 184, 190; Kilger/Huber aaO § 1 Anm. IV 7 b). Bei dieser genügt es, wenn sich der Nachteil erst nach Abschluß der Rechtshandlung durch das Hinzutreten weiterer Umstände bis zum maßgeblichen Zeitpunkt des Schlusses der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz verwirklicht (BGHZ 123, 320, 323; 128, 184, 190). Lediglich beim Grundstück T.straße über-

stieg der Wert der noch valutierenden Belastungen zu diesem Zeitpunkt nach den Angaben des Beklagten den Grundstückswert. Insoweit steht dem Kläger mithin nach dem bisherigen Sach- und Streitstand ein Anfechtungsanspruch nicht zu.

Den die Grundstücke belastenden, an den Beklagten abgetretenen Eigentümergrundschulden kommt für die Frage der Gläubigerbenachteiligung keine Bedeutung zu. Der Vortrag des Beklagten läßt nicht erkennen, daß diese Grundschulden der Sicherung von Ansprüchen dienen. Sie unterliegen ebenfalls der Anfechtung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1, ggf. auch nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 AnfG. Daß der Kläger die Anfechtung dieser Grundschulden bislang nicht geltend gemacht hat, ist ohne wesentliche Bedeutung (vgl. Jaeger aaO § 7 Anm. 13). Es genügt, daß eine Anfechtung insoweit möglich und durchsetzbar ist (vgl. unter Nr. 3 b). Das gleiche gilt für die Abtretung anderer Grundpfandrechte an den Beklagten. Dabei kann es sich nach Lage der Dinge nur um die Abtretung von Rückgewähransprüchen (bei Grundschulden) oder Eigentümergrundschulden (bei Hypotheken) gehandelt haben. Denn der Vortrag des Beklagten ist dahin zu verstehen, daß durch die Grundpfandrechte Forderungen nicht mehr gesichert wurden.

3. In bezug auf die vier Grundstücke, deren Belastungen unstreitig unter dem Grundstückswert valutieren, hat die Anfechtungsklage auch in der Sache Erfolg.

a) Der Kläger begehrt die Verurteilung des Beklagten zur Duldung der Zwangsvollstreckung in die Grundstücke wegen eines Anspruchs in Höhe von 400.000 DM. Dieser Betrag steht dem Kläger aufgrund des Urteils des Landgerichts

Duisburg vom 17. Februar 1992 zu. Das Landgericht hat dem Kläger insgesamt 884.133,60 DM nebst Zinsen zugesprochen. Von dieser Summe hat der Kläger 300.000 DM sowie unstreitig noch 19.968,55 DM erhalten. Weitere 100.000 DM machte er im vorliegenden Rechtsstreit mit der Zahlungsklage geltend. Danach verbleibt eine Differenz von 464.165,05 DM. Diese ist höher als der Betrag von 400.000 DM, dessetwegen der Kläger Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung begehrt.

Der Beklagte hat bestritten, daß dem Kläger Mieten von nicht mehr als 19.968,55 DM zugeflossen seien. Er hat gemeint, Grund zu der Annahme zu haben, daß die Auskunft des Klägers, ihm sei insoweit nur dieser Betrag zugeflossen, nicht vollständig sei, und hat begehrt, der Kläger möge die Richtigkeit seiner Angaben an Eides statt versichern. Dabei hat er darauf verwiesen, in der Liste des Klägers über die eingegangenen Mietzahlungen seien unter der Überschrift "u.K." wiederholt Abzüge vorgenommen und nur geringere Beträge angesetzt worden. Diese Abzüge, die der Kläger offen ausgewiesen hat, lassen jedoch nicht den Schluß zu, die Angaben des Klägers seien unvollständig. Sie beruhen allein auf einer von der des Beklagten verschiedenen Rechtsauffassung. Sie liegen zudem erheblich unter dem Differenzbetrag von 64.165,05 DM, der dem Kläger nach dem Urteil des Landgerichts Duisburg vom 17. Februar 1992 über die ihm von seiten des Schuldners zugeflossenen Beträge von 319.968,55 DM und die mit der Zahlungsklage und der Duldungsklage verfolgte Summe von 500.000 DM hinaus zusteht. Soweit der Beklagte geltend gemacht hat, bestimmte Mieter müßten weitere Mietzahlungen an den Kläger erbracht haben,

weil aus den überreichten Unterlagen der Hinterlegungsstelle nicht hervorgehe, daß diese Mieter den Mietzins hinterlegt hätten, läßt dieser Vortrag nicht die Annahme zu, die Auskunft des Klägers sei nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden (vgl. § 259 Abs. 2 BGB). Es kann deshalb auf sich beruhen, ob der Kläger überhaupt zu einer Auskunft und Rechenschaftslegung gehalten ist.

b) Die Klage ist aus dem Gesichtspunkt der Absichtsanfechtung (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG) begründet. Der Grundstücksübertragungsvertrag wurde von dem Schuldner W. H. in der Absicht vorgenommen, seine Gläubiger, namentlich den Kläger, zu benachteiligen, und diese Absicht war dem Beklagten bekannt. Dies folgt aus den Feststellungen der Tatrichter zum Scheingeschäft. Danach wurden der notarielle Vertrag vom 27. Februar 1992 von den Vertragsparteien deshalb geschlossen und die Auflassungsvormerkungen eingetragen, um Gläubiger des Schuldners durch eine Blockierung des Grundbuchs von der Vollstreckung abzuhalten. Damit sind die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG erfüllt.

Da der Rechtsstreit wegen der in Rede stehenden vier Grundstücke zur Endentscheidung reif ist, hat das Revisionsgericht das Berufungsurteil insoweit aufzuheben (§ 564 ZPO) und gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO dem Hauptklagebegehren zu entsprechen. Die Aufhebung erfaßt ungeachtet seiner Rechtskraft auch den Feststellungsausspruch. Denn dessen Fortbestand war auflösend bedingt dadurch, daß dem Hauptantrag endgültig stattgegeben wird (vgl. BGHZ 106, 219, 221; BGH, Urt. v. 2. Dezember 1993 - IX ZR 241/92, WM 1994, 219, 220).

4. Wegen des Grundstücks T.straße ist die Anfechtungsklage nicht zur Endentscheidung reif. Es bedarf - wie dargelegt - noch Feststellungen zur Höhe des Grundstückswertes und gegebenenfalls zu der Frage, in welcher Höhe die vorrangigen Belastungen noch valutieren. Danach müßte die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Für diesen Fall hat der Kläger jedoch in der Revisionsinstanz hilfsweise den Antrag gestellt, den Beklagten zu verurteilen, die Löschung der Auflassungsvormerkung zu bewilligen, wobei die Vollstreckung aus diesem Urteil unter dem Vorbehalt der Rechtskraft des Urteils des Landgerichts Duisburg vom 17. Februar 1992 stehen soll. Dieser Antrag ist zulässig. Anträge können grundsätzlich mit der Bedingung verknüpft werden, das Gericht möge nur beim Eintritt eines bestimmten innerprozessualen Vorgangs entscheiden (BGH, Urt. v. 14. November 1994 - II ZR 160/93, WM 1995, 701, 702 f m.w.N.; v. 13. Mai 1996 - II ZR 275/94, WM 1996, 1314, 1316, z.V.b. in BGHZ). Die Voraussetzung hierfür, daß gleichzeitig ein anderer Antrag gestellt oder ein gleichgerichteter Sachverhalt vorgetragen wird, der nicht an Bedingungen geknüpft ist und die sichere Grundlage für die Entscheidung bildet, falls die bedingte Handlung mangels Eintritts der Bedingung nicht Entscheidungsgrundlage sein kann (BGH, Urt. v. 14. November 1994 aaO S. 703), ist im Streitfall erfüllt. Es handelt sich um einen Eventualantrag für den Fall, daß nach Auffassung des Revisionsgerichts die Sache wegen des Duldungsantrags an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist. Der Zulässigkeit dieses Hilfsantrags steht hier nicht entgegen, daß über den Hauptantrag inso-

weit nicht sachlich entschieden wird. Der Beklagte hat sich rügelos auf den Hilfsantrag eingelassen, und das dem Antrag in der Sache stattgebende Revisionsurteil hat zur Folge, daß eine Entscheidung über den Hauptantrag nicht mehr in Betracht kommt.

Das Berufungsgericht hat dem bereits in der Berufungsinstanz hilfsweise gestellten Löschantrag nicht entsprochen, weil dem Kläger die Aktivlegitimation fehle. Es hat übersehen, daß zugunsten des Klägers eine der Auflassungsvormerkung nachrangige Zwangssicherungshypothek im Grundbuch eingetragen wurde. Diese Hypothek kann durch die Auflassungsvormerkung beeinträchtigt werden (vgl. RGZ 146, 355, 359; BGB-RGRK/Augustin aaO § 894 Rdnr. 20; Erman/Hagen aaO § 894 Rdn. 7; Soergel/ Stürner, BGB 12. Aufl. § 894 Rdn. 16). Ein rechtsschutzwürdiges Interesse des Klägers an der begehrten Berichtigung (vgl. RGZ 135, 33, 35; BGB-RGRK/Augustin aaO) entfällt nicht deshalb, weil nach der Behauptung des Beklagten das Grundstück durch vorrangige Grundschulden wertausschöpfend belastet ist. Eine derartige Behauptung würde auch einem auf die Sicherungshypothek gestützten Antrag des Klägers auf Zwangsversteigerung des Grundstücks nicht entgegenstehen (vgl. OLG Koblenz Rpfleger 1986, 25; OLG Hamm Rpfleger 1989, 34; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth aaO § 15 Rdn. 13). Die zugunsten des Beklagten eingetragene Auflassungsvormerkung ist unwirksam, weil der geschützte Anspruch auf Eigentumsübertragung nach § 117 Abs. 1 BGB nicht besteht. Deshalb kann der Kläger von dem Beklagten entsprechend § 894 BGB (vgl. dazu BGH, Urt. v. 16. September 1988 - V ZR 77/87, WM 1988, 1702, 1703; v. 28. Oktober 1988 - V ZR 94/87, WM 1989, 348, 350) die Lö-

schung der Vormerkung verlangen. Die Verurteilung zur Abgabe einer entsprechenden Bewilligung hat der Senat unter entsprechender Aufhebung des Berufungsurteils wiederum selbst auszusprechen.

5. Auch wegen des Antrags auf Zahlung von 100.000 DM kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben.

a) Das Berufungsgericht hat das Zahlungsbegehren für unzulässig gehalten, weil der Kläger nicht dargetan habe, daß eine Zwangsvollstreckung in die Grundstücke ihm voraussichtlich keine volle Befriedigung bringen werde. Zudem könne der Kläger insoweit unmittelbar in das Schuldnervermögen vollstrecken. Im übrigen sei nicht erkennbar, daß mindestens 100.000 DM aus dem Vermögen des Schuldners zugunsten des Beklagten weggegeben worden seien. Nach dem Inhalt des notariellen Vertrages vom 27. Februar 1992 sollten die Einnahmen aus den Grundstücken nicht ausgekehrt, sondern für die Rückführung von Belastungen verwendet werden. Danach habe eine Vermögensverlagerung nicht stattgefunden, sondern das Grundvermögen des Schuldners eine Umgestaltung erfahren; die Einnahmen seien wirtschaftlich dem Grundstückseigentümer zugute gekommen.

b) Die Zulässigkeit der Anfechtungsklage ist entgegen der Meinung des Berufungsgerichts zu bejahen. Dazu ist zunächst auf die vorstehenden Ausführungen zu 2. a, b zu verweisen. Der Kläger ist nicht gehalten, zunächst in das Grundvermögen zu vollstrecken. Vielmehr kann er bis zur Befriedigung seiner titulierten Forderung grundsätzlich Rückgewähr sämtlicher anfechtbar veräußerter oder belasteter

Gegenstände verlangen, selbst soweit deren Wert die titulierte Forderung übersteigt. Die Rückgewährpflicht endet erst, wenn die Forderung gegen den Schuldner erfüllt ist (vgl. Jaeger aaO § 7 Anm. 2).

c) Es ist auch nicht ohne weiteres davon auszugehen, daß dem Beklagten keine Gelder aus den Mieteinnahmen zugeflossen sind. Der Kläger hat behauptet und durch Parteivernehmung des Beklagten unter Beweis gestellt, dieser habe über die P. aus den Mietzahlungen mindestens 100.000 DM erhalten (GA 10, 386 f). Der Beklagte hat demgegenüber geltend gemacht, die Mietzinsen seien sämtlich für die übertragenen Grundstücke (zur Schuldentilgung und für Verwendungen) verbraucht worden (GA 91, 323 ff). Träfe dies zu, könnte ein Anfechtungsrecht des Klägers insoweit zu verneinen sein. § 7 Abs. 1 AnfG gewährt nur einen Anspruch auf das, was aus dem Vermögen des Schuldners herausgegeben worden ist. Deshalb dürfen dem Gläubiger Vorteile, die darin bestehen, daß der Anfechtungsgegner aus eigenen Mitteln den Wert eines anfechtbar veräußerten Grundstücks erhöht oder Belastungen ablöst oder verringert, nicht zugute kommen, sondern müssen dem Anfechtungsgegner verbleiben (vgl. BGH, Urt. v. 27. März 1984 - IX ZR 49/83, WM 1984, 843, 846; v. 18. April 1991 - IX ZR 149/90, WM 1991, 1273, 1277; auch v. 15. Dezember 1994 - IX ZR 18/94, ZIP 1995, 297, 299 ff). Für den vorliegenden Fall würde dies bedeuten, daß der Beklagte wegen solcher Mietzahlungen, die zum Vorteil des Klägers zur Werterhöhung der Grundstücke oder zur Verringerung der durch die Grundpfandrechte gesicherten Darlehensforderungen verwendet wurden, einem Rückgewähranspruch nicht ausgesetzt wäre.

d) Es ist jedoch zwischen den Parteien streitig, ob sämtliche Mietzahlungen in der von dem Beklagten behaupteten Weise verwendet wurden. Der Vortrag des Klägers ist dahin zu verstehen, daß dem Beklagten über die P. ein Betrag von mindestens 100.000 DM zugeflossen ist. Dieses Vorbringen ist nicht "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufgestellt und deshalb nicht wegen Rechtsmißbrauchs unbeachtlich (vgl. dazu BGH, Urt. v. 8. November 1995 - VIII ZR 227/94, NJW 1996, 394 m.w.N.). Da der Beklagte infolge des Vertrags vom 27. Februar 1992 - wie oben dargelegt - Inhaber der Mietzinsansprüche geworden ist, bestehen hinreichende Anhaltspunkte für die Annahme, daß ihm über die P. Mieteinnahmen zugeflossen sind, die er dem Kläger als Wertersatz für anfechtbar erlangte Mietzinsansprüche zurückzugewähren hat. Eine Partei, die - wie der Kläger - keine näheren Einblicke in dem Gegner bekannte Geschehensabläufe hat und deren Beweisführung deshalb erschwert ist, kann auch von ihr nur vermutete Tatsachen behaupten und unter Beweis stellen. Zu einem unzulässigen Ausforschungsbe-  
weis wird eine solche Beweisführung erst bei offensichtlicher Willkür oder Rechtsmißbrauch (vgl. BGH, Urt. v. 23. Oktober 1986 - VII ZR 195/85, WM 1987, 110; v. 14. Januar 1988 - III ZR 4/87, WM 1988, 1478, 1479; v. 1. Februar 1993 - II ZR 260/91, NJW 1993, 1649, 1650). Dafür ist im Streitfall nichts ersichtlich.

Die Sache ist deshalb insoweit zur weiteren Aufklärung  
an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Brandes

Kreft

Fischer

Zugehör

Ganter