

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZVG § 115 Abs. 1, ZPO § 878 Abs. 2, HinterlegungsO § 13,
BGB § 273

Ist der zwischen den Berechtigten aufzuteilende Versteigerungserlös vom Vollstreckungsgericht hinterlegt worden, so ist der Ausgleich nach der materiellen Rechtslage durch Zustimmungserklärungen der Beteiligten oder durch rechtskräftige Verurteilung des Widersprechenden herbeizuführen.

Gegenüber dem Anspruch auf Zustimmung zur Auskehrung des hinterlegten Erlöses hat der Widersprechende kein Zurückbehaltungsrecht, wenn er nur Ansprüche geltend machen kann, die keine Zuteilung aus dem Versteigerungserlös rechtfertigen.

BGH, Urt. v. 14. April 1987 - IX ZR 237/86 - OLG München
LG Augsburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 237/86

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
14. April 1987
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Thomas E [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED], G [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagter und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] - [REDACTED] -

g e g e n

Elisabeth E [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED], Ga [REDACTED]-P [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

WII

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. April 1987 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Zorn, Henkel, Fuchs und Winter

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München mit dem Sitz in Augsburg vom 13. Dezember 1985 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es den Kläger auf die Widerklage verurteilt hat, der Auszahlung von mehr als 131.494,32 DM nebst Hinterlegungszinsen aus den bei der Hinterlegungsstelle des Amtsgerichts Augsburg unter den Aktenzeichen HL ■/83, HL ■/83 und HL ■/83 hinterlegten Beträgen zuzustimmen, und insoweit den Hilfsantrag seiner Klage abgewiesen hat.

In diesem Umfang wird der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird das Rechtsmittel zurückgewiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Durch notariellen Vertrag vom 30. Oktober 1979
verkaufte eine Erbengemeinschaft zum Preis von 240.000 DM
ein Grundstück der Gemarkung G [REDACTED] 2.337 m²
und zwar

1. die Teilfläche A ca. 1.257 m²
(Verkehrswert: 248.540 DM) an die Beklagte,
die Ehefrau des Klägers, zu Alleineigentum,

2. die Teilfläche B mit vermieteter
Jagdhütte ca. 900 m²
und die Teilfläche C ca. 180 m²
(Verkehrswert von B und C: 109.120 DM)
jeweils an die Parteien zu Miteigentum je
zur Hälfte,

3. unter der aufschiebenden Bedingung, daß die Teilung
des Grundstücks nach dem Bundesbaugesetz rechtswirksam
versagt werden würde, das gesamte Grundstück von ca. 2.337 m²
an die Parteien zu Miteigentum je zur Hälfte.

Von dem Kaufpreis sollten auf die Teilfläche A
180.000 DM, auf die Teilfläche B 60.000 DM und auf die
Teilfläche C nichts entfallen.

Für die Käuferin und die Käufer wurden wegen ihrer
Ansprüche auf Übertragung der Teilfläche A, der Teilflächen
B und C sowie des ganzen Grundstücks gleichrangige

Vormerkungen bewilligt und am 5. Dezember 1979 im Grundbuch in Abteilung [REDACTED] als Nrn. [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] eingetragen. Im Rang vor den Vormerkungen wurden gleichzeitig aufgrund der im notariellen Vertrag von der Erbgemeinschaft erteilten Vollmacht vollstreckbare Grundschulden über 144.000 DM nebst 13 % Jahreszinsen (Abt. [REDACTED] Nr. [REDACTED] und über 24.000 DM nebst 13 % Jahreszinsen (Nr. 12) zugunsten der S [REDACTED]- und K [REDACTED] L [REDACTED]-D [REDACTED] und eine Grundschuld über 24.000 DM nebst 12 % Jahreszinsen zugunsten der V [REDACTED]- [REDACTED] B [REDACTED] AG in Ha [REDACTED] (Nr. 11) eingetragen. Die diesen Grundpfandrechten zugrunde liegenden Ansprüche auf Darlehensvaluta waren im Vertrag vom 30. Oktober 1979 an die Verkäufer abgetreten worden. Ebenfalls am 30. Oktober 1979 hatte die Sparkasse den Parteien als Gesamtschuldern Darlehen über 144.000 DM, 40.000 DM bis zur Zuteilung eines mit 16.000 DM angesparten Bausparvertrags der Ba [REDACTED] La [REDACTED] und weitere 20.000 DM zugesagt. Die R [REDACTED] G [REDACTED] erweiterte am 29. November 1979 einen Kredit um 10.000 DM auf 20.000 DM. Am 4. Juli 1980 wurde ein Vertrag unterzeichnet, nach dem der Vater des Klägers diesem ein Darlehen von 40.000 DM gewährt. Der Kaufpreisanspruch der Erbgemeinschaft wurde vertragsgemäß getilgt.

1980 wurde die Teilung des Grundstücks genehmigt. Seit 1981 ist ein Scheidungsrechtsstreit zwischen den Parteien rechtshängig.

Auf Betreiben der Gläubigerin der erstrangigen Grundschuld über 144.000 DM (Nr. 10) wurde am 14. September 1982 die Zwangsversteigerung des noch auf den Erblasser

eingetragenen Grundstücks angeordnet und dieses am 24. Februar 1983 dem Kläger für 503.999,94 DM einschließlich Zinsen zugeschlagen.

In Ausführung des Teilungsplans vom 19. April 1983, der die Befriedigung aller den Vormerkungen vorgehenden Rechte durch Zuteilung von insgesamt 281.365,85 DM vorsieht und dem der Kläger im Termin nur insofern widersprochen hatte, als die Grundstücksteilung nicht hätte realisiert werden können und deshalb allein auf die Vormerkung Nr. 3 der gesamte auf die Wertersatzansprüche der Parteien entfallende Restbetrag, das sind 222.634,09 DM,

zugeteilt werden müsse, hinterlegte das Vollstreckungsgericht beim Amtsgericht Augsburg noch am 19. April 1983

1. den der Beklagten "unter aufschiebenden Bedingungen ... als Wertersatz auf die Auflassungsvormerkung Nr. 1" zugeteilten Betrag

von 77.354,60 DM;

falls der Widerspruch des Klägers begründet sei, stehe der Betrag "aufschiebend bedingt" den Parteien in Bruchteilsgemeinschaft je zur Hälfte zu (HL /83);

2. als Wertersatz auf die
Auflassungsvormerkung Nr. 2, "einen auf-
schiebend bedingten Anspruch", 33.961,97 DM,
für die als Empfangsberechtigte die
Parteien in Bruchteilsgemeinschaft je zur
Hälfte oder die Beklagte allein in
Betracht kämen (HL ■/83);

3. als Wertersatz auf die Auflassungsvor-
merkung Nr. 3, "einen aufschiebend bedingten
Anspruch", 111.317,52 DM,
für die als Empfangsberechtigte die
Parteien in Bruchteilsgemeinschaft je
zur Hälfte oder die Beklagte allein
in Betracht kämen (HL ■/83). Davon gab
auf übereinstimmenden Antrag der Parteien
die Hinterlegungsstelle 23.215,40 DM
zur Auszahlung auf ein gemeinsames Konto
der Parteien frei.

Der Kläger verlangt, wie schon mit einem weiteren
Widerspruch vom 3. Mai 1983 geltend gemacht, den gesamten
noch hinterlegten Betrag für sich und behauptet: Vor
Beurkundung des Vertrags vom 30. Oktober 1979 sei mündlich
vereinbart worden:

"Die Parteien kaufen das Grundstück wie später
vom Notar Sch■■■■ beurkundet; im Innenverhältnis
tritt die Beklagte als Treuhänderin für den Kläger
auf und kauft den von ihr allein erworbenen Grund-
stücksteil für diesen; der Kläger übernimmt alle Kosten
und Lasten dieses Geschäfts und erledigt allein alle

anfallenden Arbeiten; ein späterer Erlös fließt ihm alleine zu. Dies gilt nur für den von der Beklagten nach außen hin alleine übernommenen wertvolleren Teil. Hinsichtlich des mit dem Kläger zusammen erworbenen kleineren Teils liegt eine Schenkung des Klägers an die Beklagte vor; der letztere Grundstücksteil wird vom Kläger für sich und seine Familie bebaut."

Er habe die Schenkung des Miteigentumsanteils an den Teilflächen B und C wegen groben Undanks widerrufen; die Beklagte habe die Ehe gebrochen. Er habe bisher insgesamt 417.177,14 DM für den Erwerb des Grundstücks aufgewendet. Seine Aufwendungen hätten den Kaufpreis und die aus dem Erlös von ihm zu tilgenden Schulden überstiegen. 42.307,63 DM seien wegen zwischenzeitlicher Zahlungen vorweg aus dem Erlös zu befriedigen.

Auf die Berufungen der Parteien gegen das der Klage und Widerklage teilweise stattgebende Urteil des Landgerichts verurteilte das Oberlandesgericht

1. die Beklagte, der Auszahlung

eines unter HL [REDACTED]/83 hinterlegten Teilbetrages in Höhe von 16.981,19 DM sowie

eines unter HL [REDACTED]/83 hinterlegten Teilbetrages von 16.980,99 DM
jeweils zuzüglich Hinterlegungszinsen zuzustimmen,

2. den Kläger, der Auszahlung

des unter HL [REDACTED]/83 hinterlegten Betrages
von 77.354,60 DM,

eines unter HL [REDACTED]/83 hinterlegten Teilbe-
trages von 71.120,93 DM und

eines unter HL [REDACTED]/83 hinterlegten Teilbe-
trages von 16.981,19 DM
jeweils nebst Hinterlegungszinsen zuzustimmen.

3. Das Oberlandesgericht stellte fest, daß wegen
eines zu HL [REDACTED]/83 hinterlegten Teilbetrages
von 23.215,40 DM die Hauptsache erledigt ist.

Im übrigen wies es die Berufungen der Parteien zurück.
Mit der Revision verfolgt der Kläger neben dem Antrag auf
Abweisung der Widerklage weiter

1. seinen Hauptantrag, den Teilungsplan zu ändern und
ihm die hinterlegten Summen zuzuteilen, abzüglich des
ausgezählten Betrages von 23.215,40 DM;

2. seine Hilfsanträge, die Beklagte

a) zur Zustimmung zur Auszahlung aller hinterlegten
Beträge an ihn, abzüglich des ausbezählten Betrages von
23.215,40 DM,

b) hilfsweise zur Zustimmung zur Auszahlung

- (1) von 22.980 DM
an die Raiffeisenbank G [REDACTED],
- (2) von 42.741,62 DM
an den Nachlaß Rudolf E [REDACTED], zu Händen
des Klägers,
- (3) von 14.700 DM
an das Finanzamt La [REDACTED] nebst
6 % Zinsen seit Oktober 1979, hilfsweise
Freistellung von dieser Verbindlichkeit,
- (4) von 42.307,63 DM
an den Kläger,
- (5) des noch hinterlegten Restbetrages an
den Kläger

zu verurteilen;

3. seinen Antrag, eine Auszahlung der hinterlegten Beträge an die Beklagte nur Zug um Zug gegen Berichtigung der in 2. b) aufgezählten Verbindlichkeiten auszusprechen. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Der Kläger beantragt auch noch in der Revisionsinstanz, seine Widersprüche vom 19. April und vom 3. Mai 1983 für begründet zu erklären und den Teilungsplan zu seinen Gunsten abzuändern. Diese Widerspruchsklage im Sinne des § 115

Abs. 1 Satz 2 ZVG, § 878 Abs. 1 ZPO kann keinen Erfolg haben.

1. Der bis zum Schluß des Verteilungstermins vom 19. April 1983 nicht erhobene, vielmehr erst am 3. Mai 1983 eingereichte Widerspruch berührt den Teilungsplan vom 19. April 1983 nicht (§ 115 Abs. 1 Satz 2 ZVG, §§ 876, 877 ZPO) und kann deshalb auch nicht zu dessen Änderung führen.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist für die Widerspruchsklage nach § 115 Abs. 1 ZVG, § 878 Abs. 1 ZPO das Rechtsschutzbedürfnis insoweit gegeben, als dem Teilungsplan am 19. April 1983 widersprochen und er deshalb in diesem Umfang nicht ausgeführt worden ist (vgl. Thomas/Putzo ZPO 14. Aufl. § 878 Anm. 2; Baumbach/Hartmann ZPO 45. Aufl. § 878 Anm. 1 C; BGHZ 21, 30; BGH, Urt. v. 28. März 1969 - V ZR 49/68, NJW 1969, 1428 = LM ZPO § 878 Nr. 3).

Der im Verteilungstermin erhobene Widerspruch hat sich darauf beschränkt, geltend zu machen, daß Wertersatz nur auf die Vormerkung Nr. 3 zugeteilt werden dürfe. Voraussetzung für das Entstehen des durch die Vormerkung Nr. 3 gesicherten, aufschiebend bedingten Anspruchs der Parteien auf Übertragung des ganzen Grundstücks von 2.337 m² war der Eintritt der Bedingung, daß die Teilung des Grundstücks in die Teilflächen A, B und C rechtswirksam versagt werden würde. Diese Bedingung ist nach der zutreffenden und von der Revision nicht mehr beanstandeten Feststellung des Berufungsgerichts nicht eingetreten. Eine Änderung des Teilungsplans nach Maßgabe des Widerspruchs vom 19. April 1983 ist daher nicht gerechtfertigt.

II.

Die Hilfsanträge der Revision sind nur zum Teil begründet.

1. Da die aufschiebende Bedingung, daß die Teilung des Grundstücks rechtswirksam versagt werden würde, nicht eingetreten ist, steht fest, daß vor dem Zuschlag die Beklagte einen durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Übereignung der Teilfläche A mit einem von der Revision nicht beanstandeten Verkehrswert von 248.540 DM und die Parteien gemeinschaftlich (§§ 741 f BGB) einen durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Auflassung der Teilflächen B und C mit einem ebenfalls nicht gerügten Verkehrswert von 109.120 DM hatten. Da unstreitig die Eigentümer des dem Kläger zugeschlagenen Grundstücks wegen ihrer Ansprüche aus dem Kaufvertrag vom 30. Oktober 1979 befriedigt sind, waren beide durch die Vormerkungen Nr. 1 und 2 gesicherten Ansprüche, nämlich einerseits der Anspruch der Beklagten auf Übertragung des Eigentums an der Teilfläche A und andererseits der gemeinschaftliche Anspruch der Parteien auf Auflassung der Teilflächen B und C zu Bruchteilseigentum schon vor dem Zuschlag unabhängig von Gegenleistungen. In einem solchen Fall ist dem durch Vormerkung gesicherten Gläubiger des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an dem versteigerten Grundstück der restliche Erlös auszukehren, wie wenn er Eigentümer gewesen wäre. Der Erlös, der nach der Befriedigung der der Auflassungsvormerkung vorgehenden Rechte verbleibt, ist nach § 92 Abs. 1 ZVG als Wertersatz dem Vormerkungsgläubiger zuzuteilen (vgl. Dassler/Schiffhauer/Gerhardt ZVG 11. Aufl. § 92 Anm. 6 d;

Zeller ZVG 12. Aufl. § 92 Rdnr. 6.13 b; Steiner/Eickmann ZVG 9. Aufl. §92 Rdnr. 36).

Auch wenn die Parteien im Verteilungstermin dem Teilungsplan des Vollstreckungsgerichts vom 19. April 1983 nicht oder ohne Erfolg widersprochen haben, muß der aufgrund des Teilungsplans hinterlegte Betrag unter den zweifelsfrei Berechtigten, den Parteien dieses Rechtsstreits, nach Maßgabe der materiellen Rechtslage aufgeteilt werden. Die durch die Vormerkungen Nr. 1 und 2 gesicherten Ansprüche der Parteien auf Auflassung sind zwar durch den Zuschlag erloschen, haben sich aber entsprechend dem Rang der Vormerkungen in Rechte auf Wertersatz (§ 92 Abs. 1 ZVG) aus dem Versteigerungserlös umgewandelt. Die Berechtigten haben einen auf § 812 Abs. 1 BGB gegründeten Anspruch darauf, daß ihnen die Beträge zufließen, die ihrem Recht am Erlös entsprechen. Ein solcher Bereicherungsanspruch ist nicht nur anzuerkennen, wenn in einem unwidersprochen gebliebenen Teilungsplan die Rangordnung von Grundpfandrechten unrichtig bestimmt und dementsprechend ein Gläubiger gegenüber dem anderen durch Auszahlung des Erlöses benachteiligt worden ist (vgl. RGZ 58, 156; 145, 343, 349; 153, 252, 256; BGHZ 4, 84, 87; 35, 267, 272). Mit dem Bereicherungsanspruch muß auch die Aufteilung des Resterlöses unter die Beteiligten geklärt und soweit notwendig ausgeglichen werden. Ist die gesamte zwischen den Berechtigten aufzuteilende Summe vom Vollstreckungsgericht, wenn auch in Teilbeträgen, hinterlegt worden, so ist der Ausgleich nach der materiellen Rechtslage durch entsprechende Zustimmungserklärungen der Beteiligten gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 1 HinterlegungsO zu bewirken. Geschieht dies wegen unvereinbarer Auffassungen der

Beteiligten zur Rechtslage nicht, müssen sie den Nachweis ihrer Berechtigung am Erlös durch ein von ihnen erstrittenes rechtskräftiges Urteil führen (§ 13 Abs. 1 und 2 Nr. 2 HinterlegungsO; Baumbach/Hartmann ZPO 45. Aufl. § 878 Anm. 3). Die Anträge der Parteien auf Zustimmung des Gegners zur Auszahlung aller oder eines Teils der hinterlegten Beträge sind geeignet, eine der materiellen Rechtslage entsprechenden Teilung des Versteigerungserlöses zu erreichen. Hierfür besteht auch ein Rechtsschutzbedürfnis, um Klarheit gegenüber der Hinterlegungsstelle zu schaffen.

2. Davon geht das Berufungsgericht im Ergebnis auch aus.

Zu Recht und von der Revision unbeanstandet teilt das Berufungsgericht den den Parteien zustehenden Resterlös von 222.634,09 DM nebst Hinterlegungszinsen im Verhältnis der Verkehrswerte der Teilfläche A einerseits und der Teilflächen B und C andererseits, also im Verhältnis 248.540 DM zu 109.120 DM auf und beziffert dementsprechend richtig den Wertersatzanspruch für den durch die Vormerkung Nr. 1 gesicherten Anspruch auf Auflassung der Teilfläche A auf 154.709,72 DM und die Wertersatzforderung für den durch die Vormerkung Nr. 2 gesicherten Anspruch auf Auflassung der Teilflächen B und C auf 67.924,37 DM. Danach wären zunächst ohne Rücksicht auf Einwendungen des Klägers als Ersatz

für die Teilfläche A der Beklagten	154.709,72 DM
und als Ersatz für den gemeinschaftlichen	
Anspruch auf die Teilflächen B und C	67.924,37 DM
den Parteien gemeinschaftlich zuzuteilen	
gewesen.	

a) Das Berufungsgericht hat von den	
insgesamt hinterlegten	222.634,09 DM
der Beklagten als Wertersatz für ihren	
durch die Vormerkung Nr. 1 gesicherten	
Auflassungsanspruch zu Recht	154.709,72 DM
zugeteilt, davon aber die mit Zustimmung	
der Parteien ausgezahlten	23.215,40 DM
abgesetzt und insoweit den Rechts-	
streit für erledigt erklärt, so daß wegen	
der Vormerkung Nr. 1 der Beklagten nur	131.494,32 DM
zugewiesen sind.	

(Die Auskehrung von weiteren 23.560,97 DM
an die Parteien laut Anweisung vom
11. November 1985 - HL /83 - konnte gemäß
§ 561 ZPO nicht berücksichtigt werden.)

b) Das Berufungsgericht hat den
Anträgen der Parteien entnommen, daß
sie die Auseinandersetzung des
gemeinschaftlichen Anspruches auf
Wertersatz für den durch die Vormer-
kung Nr. 2 gesicherten Anspruch auf
Auflassung der Teilflächen B und C an

beide Parteien begehren. Entsprechend dem Antrag der Beklagten wies es die Hälfte des Wertersatzes von insgesamt 67.924,37 DM, also 33.962,19 DM der Beklagten und dem Kläger, der den ganzen Betrag für sich gefordert hatte, desgleichen 33.962,18 DM zu.

Die Abweichungen in Pfennigbeträgen gegenüber dem Teilungsplan werden von der Revision nicht beanstandet.

3. Die Einwendungen des Klägers greifen nur durch, soweit er verurteilt ist, der Auszahlung der Hälfte des Wertersatzes für den durch die Vormerkung Nr. 2 gesicherten Auflassungsanspruch an die Beklagte zuzustimmen.

a) Es kann unterstellt werden, daß der Kläger dann, wenn er vor dem Zuschlag gegen die Beklagte einen Anspruch auf Übertragung der Teilfläche A erlangt hätte, aufgrund dieses Anspruchs berechtigt gewesen wäre, im Wege des Bereicherungsausgleichs die Herausgabe des Wertersatzes von 154.709,72 DM und dementsprechend die Zustimmung zu dessen Auszahlung zu fordern. Ein solcher Anspruch auf Übereignung der Teilfläche A stand dem Kläger nach seinem eigenen Vortrag gegen die Beklagte jedoch nie zu, wie das Berufungsgericht richtig erkannt und dargelegt hat.

Es entnimmt der vom Kläger behaupteten, vor der Beurkundung vom 30. Oktober 1979 mündlich geschlossenen Vereinbarung, daß durch sie die Beklagte verpflichtet werden

sollte, von der Erbengemeinschaft die Teilfläche A zu erwerben. Dieses Verständnis verstößt nicht gegen anerkannte Auslegungsregeln, wie die Revision meint. Die Auslegung durch den Tatrichter ist nicht nur möglich, sondern naheliegend. Unstreitig war die Erbengemeinschaft bereit, das Grundstück zum ausgehandelten Preis von 240.000 DM zu verkaufen. Die Annahme des Auftrags durch die Beklagte, die Teilfläche A im eigenen Namen und für Rechnung des Klägers zu erwerben und sie später (nach § 667 BGB) an diesen herauszugeben, begründete für die Beklagte die Verpflichtung, mit der Erbengemeinschaft einen notariell beurkundeten Vertrag über den Ankauf des Teilstückes A zu schließen. Auch diese im Rahmen eines Treuhandauftrags begründete Erwerbsverpflichtung der Beauftragten bedurfte der Form des § 313 Satz 1 BGB, obwohl nur ein Durchgangserwerb beabsichtigt war. Denn die Warn- und Schutzfunktion der durch das Gesetz vom 30. Mai 1973 (BGBl I 501) erweiterten Vorschrift hat auch für die Erwerbsverpflichtung der beauftragten Treuhänderin Bedeutung. Der erkennende Senat schließt sich damit der Ansicht an, die der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in den Urteilen vom 17. Oktober 1980 - V ZR 143/79, NJW 1981, 1267 und BGHZ 85, 245, 250 sowie der IVa-Zivilsenat im Urteil vom 25. Februar 1987 - IVa ZR 263/85 (z.V.b.) allerdings in die Entscheidungen nicht tragenden Ausführungen gegen einen Teil der Literatur (vgl. Urt. v. 17. Oktober 1980 - NJW 1981, 1267, 1268; zweifelnd auch Hagen in LM BGB § 313 Nr. 97 Anm. zu BGHZ 85, 245) dargelegt und begründet hat. Die mündliche Treuhandvereinbarung der Parteien ist daher mangels notarieller Beurkundung der Erwerbsverpflichtung der Beklagten in vollem Umfang (§ 139 BGB) gemäß § 125 BGB nichtig.

Die Revision macht zu Unrecht geltend, der Beklagten sei die Berufung auf den Mangel der Form der notariellen Beurkundung (§ 313 Satz 1 BGB) verwehrt. Das Rechtsgebot von Treu und Glauben kann gegenüber den gesetzlichen Formvorschriften nur in besonderen Ausnahmefällen durchgreifen, nämlich wenn es nach den Beziehungen der Beteiligten und den sonstigen Umständen mit Treu und Glauben unvereinbar wäre, vertragliche Vereinbarungen wegen Formmangels unausgeführt zu lassen. Ein solcher Ausnahmefall ist nicht schon gegeben, wenn die Nichtausführung des Vertrags zu einem harten Ergebnis für einen Vertragsteil führt; das Ergebnis muß schlechthin untragbar sein (st.Rspr., Senatsurt. v. 16. Dezember 1982 -IX ZR 52/81 m.w.N., LM BGB § 1378 Nr. 8). Ein untragbares Ergebnis ist hier schon deshalb zu verneinen, weil wegen der Unwirksamkeit der gesamten mündlichen Vereinbarung die Beklagte nach dem beurkundeten Vertrag vom 30. Oktober 1979 den auf die Teilfläche A entfallenden Kaufpreis von 180.000 DM im Innenverhältnis zum Kläger allein zu entrichten hatte, der Kläger also nicht dadurch benachteiligt ist, daß er keinen Anspruch auf Übertragung der Teilfläche A erlangt hat.

b) Das Berufungsgericht nimmt eine unbenannte Zuwendung unter Ehegatten an, soweit der Kläger der Beklagten schenkungshalber die Anwartschaft auf Miteigentum an den Teilflächen B und C zugewendet haben will. Das Ergebnis dieser Überlegung, nämlich daß keine Schenkung des Klägers vorliegt, trifft entgegen der Meinung der Revision zu.

Wenn die Teilflächen B und C tatsächlich auf die Parteien zu Miteigentum übertragen worden wären und der

Kläger entsprechend seinen Einkünften und Vermögensverhältnissen den Kaufpreis für die Teilflächen bezahlt und die Aufwendungen getragen hätte, die für die Errichtung eines der ehelichen Lebensgemeinschaft der Parteien dienenden Gebäudes notwendig geworden wären, müßte eine sogenannte unbenannte Zuwendung unter Ehegatten in dem im Senatsurteil vom 22. April 1982 - IX ZR 35/81 (FamRZ 82, 778) dargelegten Sinne angenommen werden. Zu einer solchen Zuwendung ist es hier jedoch nicht gekommen. Die aus der mündlichen Treuhandvereinbarung hergeleitete Zusage des Klägers, die auf die Beklagte entfallenden Aufwendungen für den Erwerb der Teilflächen B und C und für deren Bebauung zu tragen, waren schon mit der Nichtigkeit der Treuhandvereinbarung ebenfalls nach § 139 BGB und als unerfülltes Schenkungsversprechen nach §§ 518, 125 BGB unwirksam. Nach dem notariell beurkundeten Vertrag vom 30. Oktober 1979 waren die Beklagte und der Kläger gemeinsam als Gesamtschuldner (§ 427 BGB) verpflichtet, den auf die Teilflächen B und C entfallenden Kaufpreis von 60.000 DM zu leisten. Aus dem Widerruf einer angeblichen Schenkung kann der Beklagte mithin keine Rechte herleiten.

c) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß das Recht der Beklagten am Versteigerungserlös nicht dadurch berührt werde, daß der Kläger möglicherweise Aufwendungsersatzansprüche und Schadensersatzforderungen habe; diese Ansprüche könnten nicht mit der Bereicherungsklage durchgesetzt werden.

Demgegenüber meint die Revision, jedenfalls im Rahmen des § 242 BGB seien die Aufwendungsersatzansprüche des

Klägers zu berücksichtigen, weil die Beklagte dem Kläger Aufwendungsersatz in einer Höhe schulde, in der sie die Zustimmung zur Auszahlung des Erlöses fordere.

aa) Mit diesen Erwägungen kann der Kläger nicht durchdringen, soweit der Beklagten Wertersatz für ihren durch die Vormerkung Nr. 1 gesicherten Anspruch auf Auflassung der Teilfläche A zugeteilt werden mußte und er deshalb verurteilt ist, der Auskehrung des Erlöses in Höhe von 131.494,32 DM zuzustimmen.

Wie bereits dargelegt, erhält die Beklagte Wertersatz für ihren nicht mehr von einer Gegenleistung abhängig gewesenen, durch den Zuschlag erloschenen Anspruch gegen die Erbengemeinschaft auf Übertragung der Teilfläche A. Sie ist im Verteilungsverfahren so zu behandeln, als wäre sie Alleineigentümerin der Teilfläche A gewesen. Der auf den Eigentümer entfallende Resterlös mußte ihr zugeteilt werden ohne Rücksicht darauf, ob sie zum Zwecke des Eigentumserwerbs gegenüber Dritten Verbindlichkeiten eingegangen war. Soweit diese Verbindlichkeiten nicht durch Rechte an dem Grundstück gesichert waren, durften sie bei der Verteilung des Erlöses nicht berücksichtigt werden. Dementsprechend steht der Rest des Erlöses, der nach Befriedigung der vorrangigen Rechte verbleibt, dem nachrangigen Gläubiger einer Auflassungsvormerkung wie einem Eigentümer zu, also unabhängig von sonstigen ungesicherten Verbindlichkeiten gegenüber Dritten, die nicht Schuldner des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs sind. Mit dem Anspruch auf Zustimmung zur Aus-

kehrung des Resterlöses macht der Eigentümer oder Vormerkungsgläubiger das Surrogat der Rechte geltend, aufgrund derer ihm das Vollstreckungsgericht den ihm gebührenden Teil des Erlöses zuteilen mußte. Die Rechtsbeziehungen der Parteien, die auf ihrer Beteiligung am Verfahren zur Verteilung des Versteigerungserlöses und ihren Ansprüchen auf Zustimmung zur Auskehrung des hinterlegten Erlöses beruhen, sind völlig verschieden von den Rechtsverhältnissen, die etwaigen Aufwendungsersatzansprüchen des Klägers aus der Rückzahlung (auch) die Beklagte treffender Verbindlichkeiten zugrunde liegen. Weil diese Ansprüche keine Zuteilung aus dem Versteigerungserlös rechtfertigen, ist ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) gegenüber dem Anspruch auf Zustimmung zu einer der Rechtslage entsprechenden Verteilung des Erlöses ausgeschlossen. Auch aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) kann ein Zurückbehaltungsrecht nicht zugebilligt werden. Dem Kläger stand es frei, seine etwaigen Ansprüche auf Aufwendungsersatz und Ausgleich unter Gesamtschuldnern (§ 426 BGB) im Wege der Klage durchzusetzen und in den Anteil der Beklagten am Erlös der Versteigerung des Grundstücks zu vollstrecken. Dahingehende Ansprüche wurden im vorliegenden Verfahren nicht erhoben. Davon geht auch die Revision aus.

bb) Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, soweit den Parteien gemeinschaftlich das Recht auf Wertersatz in Höhe von 67.924,37 DM gebührt. Insoweit hatten der Kläger und die Beklagte Anspruch gegen den andern, der Auszahlung dieses Betrages nebst Hinterlegungszinsen an beide Parteien zuzustimmen, weil das Recht an diesem Teil des Erlöses, wie bereits dargelegt, beiden Parteien gemeinschaftlich zu glei-

chen Teilen zusteht. Entsprechend dem Antrag der Beklagten hat das Berufungsgericht diese Bruchteilsgemeinschaft dahin auseinandergesetzt, daß es die Beklagte und den Kläger verurteilte, der Auskehrung der Hälfte des beiden gemeinschaftlich gebührenden Betrages an den Gegner zuzustimmen. Dem würden nur dann keine rechtlichen Bedenken entgegenstehen, wenn Verbindlichkeiten nach §§ 755, 756 BGB nicht zu berichtigen wären; denn nur in diesem Fall bedürfte es keiner gemeinsamen Einziehung der Forderung gegen die Hinterlegungsstelle, keiner Vorwegbefriedigung der in §§ 755, 756 BGB umschriebenen Ansprüche und keiner anschließenden Auseinandersetzung hinsichtlich des an beide herauszugebenden Erlöses (vgl. Senatsurt. v. 3. November 1983 - IX ZR 104/82, NJW 1984, 795, 796; BGHZ 90, 194). So liegen hier die Dinge jedoch nicht.

Das Berufungsgericht läßt offen, ob der Kläger gegen die Beklagte Forderungen hat, die sich auf die Gemeinschaft an dem Anspruch auf Auflassung der Teilflächen B und C gründen. Nach dem Vortrag der Parteien ist das nicht ausgeschlossen. Der auf die Teilflächen B und C entfallende Kaufpreis von 60.000 DM, für den die Parteien im Innenverhältnis zu gleichen Teilen hafteten, war möglicherweise nicht ganz aus der Valuta der Darlehen bezahlt worden, die durch die Grundschulden über 144.000 DM, 24.000 DM und 24.000 DM gesichert waren und die durch die Befriedigung der Grundpfandrechte aus dem Grundstück erloschen sind (vgl. dazu Senatsurt. v. 13. November 1986 - IX ZR 26/86, ZIP 1987, 156 = NJW 1987, 503). Denn der Kaufpreis für das ganze Grundstück belief sich auf 240.000 DM, das zur Sicherung von Darlehen zur Verfügung stehende Grundschuldkapital jedoch

nur auf 192.000 DM, nämlich den Betrag, bis zu dem die Erbengemeinschaft eine Belastung ihres Grundstücks zur Finanzierung des Kaufpreises zugelassen hatte. Ein Fünftel des Kaufpreises von 240.000 DM mußte von den Parteien ohne Sicherung durch eine auf dem Grundstück zu bestellende Grundschuld aufgebracht werden. Nach dem Vortrag des Klägers hat die Beklagte außer der Tilgung der gemeinsamen Schulden aus dem Versteigerungserlös zur Begleichung des Kaufpreises nichts beigetragen. Es ist daher davon auszugehen, daß der Kläger von dem auf die Teilflächen entfallenden Kaufpreis von 60.000 DM das Fünftel allein getragen hat, das mit den Valuten der durch die beiden Grundschulden über je 24.000 DM gesicherten Darlehen nicht abgedeckt war. Es ist auch ungeklärt, ob der Kläger durch Zinszahlungen auf diese Darlehen Schulden tilgte, für die die Parteien als Gesamtschuldner zu gleichen Teilen hafteten. Danach ist es nicht ausgeschlossen, daß der Kläger Forderungen gegen die Beklagte, die sich auf die Gemeinschaft gründen, erlangt hat und die Berichtigung dieser Ansprüche aus dem auf die Beklagte entfallenden Teil des gemeinschaftlichen Gegenstandes, also aus dem der Beklagten an sich gebührenden Anteil von 33.962,19 DM fordern darf (§ 756 BGB).

Aus diesen Gründen kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, soweit es den Kläger verurteilt hat, der Auszahlung jenes Betrages an die Beklagte zuzustimmen, und insoweit den Hilfsantrag seiner Klage abgewiesen hat. In diesem Umfang muß der Rechtsstreit an das Berufungsgericht

zurückverwiesen werden, weil Feststellungen zum Grund und zur Höhe der nach § 756 BGB zu berichtigenden Verbindlichkeiten fehlen. Die weitergehende Revision ist unbegründet.

Merz

Zorn

Henkel

Fuchs

Winter