

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juli 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Paulusch und die Richter Dr. Kreft, Stodolkowitz, Kirchhof und Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 28. Mai 1998 aufgehoben und das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Cottbus vom 8. Oktober 1997 geändert.

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger die Löschungsbewilligung bezüglich der im Grundbuch von W. (Grundbuchamt W.), Bl. ..., Flur ..., Flurst. ... in der III. Abt. unter lfd. Nr. 8 zugunsten der D. & W. B. GmbH, Niederlassung C., eingetragenen Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Bauhandwerker-sicherungshypothek im Betrag von 932.075,32 DM nebst einer Kostenpauschale von 4.817 DM zu erteilen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist Verwalter in dem am 1. Juni 1996 eröffneten Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der L. G. W. GmbH. Die Schuldnerin ist Eigentümerin eines 21.709 qm großen Grundstücks in W. Auf Antrag der Rechtsvorgängerin der Beklagten wurde dieses Grundstück im Wege der einstweiligen Verfügung am 16. Juni 1995 durch Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek in Höhe von 932.075,32 DM und einer Kostenpauschale von 4.817 DM belastet.

Der Kläger verlangt unter Hinweis auf § 7 Abs. 3 GesO die Bewilligung, die Vormerkung zu löschen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg; die Klage ist begründet.

- 4 -

I.

Das Berufungsgericht meint, dem Kläger stehe kein Grundbuchberichtigungsanspruch zu; denn das Grundbuch sei durch die Eröffnung der Gesamtvollstreckung nicht nachträglich unrichtig geworden. Die Vorschrift des § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO greife hier nicht ein, weil die Maßnahme der Zwangsvollstreckung mit der Eintragung der Vormerkung bereits beendet sei. Anders als die Zwangssicherungshypothek setze die Bauhandwerkersicherungshypothek keinen vollstreckbaren Zahlungstitel voraus. In gleicher Weise handele es sich bei der Vormerkung um ein Sicherungsmittel eigener Art. Ihre Rechtsfolgen seien in § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO geregelt. Danach könne der Inhaber der Vormerkung vom Insolvenzverwalter die Erfüllung der vorgemerkten Forderung, hier die Bewilligung der Bauhandwerkersicherungshypothek, verlangen.

II.

Gegen diese Erwägungen wendet sich die Revision zu Recht. Die im Wege der einstweiligen Verfügung erwirkte Vormerkung zur Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs hat in der Gesamtvollstreckung keinen Bestand.

1. Die Eintragung der Vormerkung stellte eine Vollstreckungsmaßnahme im Sinne des § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO dar; denn sie erfolgte in Vollziehung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 941 ZPO. Auf die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung finden die Vorschriften über die Arrestvollziehung ent-



sprechende Anwendung (§§ 936, 928 ZPO). § 928 ZPO wiederum verweist auf die Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung, soweit sich nicht aus den nachfolgenden Paragraphen etwas anderes ergibt. Wie der Senat bereits entschieden hat, geht aus dieser Regelung hervor, daß das Gesetz unter Vollziehung des Arrests und der einstweiligen Verfügung die Zwangsvollstreckung versteht (BGHZ 120, 73, 77; 131, 141, 143). Die abweichende Terminologie beruht allein darauf, daß der Zweck der Maßnahme hier nur in einer Sicherung des Gläubigeranspruchs besteht.

2. Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts ist die Vollstreckung mit der Eintragung der Vormerkung nicht abgeschlossen, sondern lediglich eingeleitet. Dies folgt sowohl aus dem mit der Regelung des § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO verfolgten Ziel als auch der Funktion, die einer Vormerkung zukommt.

a) § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO soll den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung stärker zur Geltung bringen, als er in der Konkursordnung zum Ausdruck gekommen ist (BGHZ 128, 365, 368; Lübchen/Landfermann ZIP 1990, 829, 833). Aus diesem Grunde wurden bei Änderung und Ergänzung der Gesamtvollstreckungsverordnung, die in der DDR gegolten hatte, einige wichtige Grundgedanken der Insolvenzrechtsreform, die zu jenem Zeitpunkt bereits in dem Referentenentwurf niedergelegt waren, in das für die neuen Bundesländer geschaffene Übergangsrecht übernommen. Nach § 88 InsO (damals § 94 des Referentenentwurfs) wird eine Sicherung, die der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag erlangt hat, mit Verfahrenseröffnung unwirksam. § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO entspricht dieser Regelung im Ansatz, geht jedoch insoweit erheblich über sie hinaus, als die Vorschrift zeitlich unbegrenzt

zurückwirkt. Die Beurteilung, ob die Vollstreckung nur eingeleitet oder bereits abgeschlossen ist, richtet sich demzufolge nicht nach dem verfahrensrechtlichen Ergebnis der jeweiligen Zwangsmaßnahme. Abzustellen ist vielmehr darauf, ob der Gläubiger dadurch schon wegen seines zu den Konkursforderungen zählenden Anspruchs befriedigt ist oder lediglich eine Sicherung erhalten hat. Solange er infolge der Zwangsmaßnahme nur ein Sicherungsrecht besitzt, ist die Zwangsvollstreckung nicht abgeschlossen; die betreffende Maßnahme wird mit Eröffnung der Gesamtvollstreckung unwirksam.

b) Demzufolge haben nach der Rechtsprechung des Senats weder ein Pfändungspfandrecht noch eine Zwangshypothek in der Gesamtvollstreckung Bestand (BGHZ 128, 365; 130, 347). Beide stellen lediglich einen Zwischenschritt in Richtung auf die vom Gläubiger erstrebte Erfüllung seiner Forderung dar. Sie gewähren ihm nur ein Sicherungsrecht. Dasselbe trifft auf die Vormerkung zu; sie dient der Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstück oder an einer Grundstücksbelastung (§ 883 Abs. 1 BGB). Im Streitfall diene sogar das Recht, dessen Erwerb mittels der Vormerkung gewährleistet werden sollte - die Bauhandwerkersicherungshypothek -, seinerseits lediglich dazu, die Erfüllung der Werklohnforderung des Unternehmers als seines eigentlichen wirtschaftlichen Begehrens zu sichern. Aufgrund des - im Wortlaut des § 88 InsO deutlicher als in der Fassung des § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO zum Ausdruck gekommenen - Zwecks der gesetzlichen Regelung, zwangsweise erworbene Sicherungsrechte im Insolvenzverfahren zum Erlöschen zu bringen, kann die im Wege der einstweiligen Verfügung ergangene Vormerkung, die nach § 941 ZPO vollzogen wurde, nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens nicht wirksam bleiben.

c) Darin, daß die Vollstreckung, anders als in den bisher entschiedenen Fällen, nicht aufgrund eines vom Gläubiger erwirkten Zahlungstitels erfolgte, liegt kein rechtserheblicher Unterschied. Vielmehr erscheint es, gerade weil § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO die aufgrund eines Zahlungstitels zwangsweise erworbenen dinglichen Rechte erlöschen läßt, erst recht sachlich gerechtfertigt, daß die Vorschrift auch solche Rechte erfaßt, die schon ohne einen solchen Titel im Vollstreckungswege zur Entstehung gelangten; denn in diesen Fällen hat der Gläubiger, weil er ein Zahlungsurteil erstreiten muß, bis zur Erfüllung seiner Forderung regelmäßig noch einen längeren Weg zurückzulegen. Diese rechtliche Sicht deckt sich mit der im Schrifttum allgemein vertretenen Auffassung, daß die sogenannte Rückschlagsperre sowohl gemäß § 88 InsO (App. in Frankfurter Kommentar zur InsO, § 88 Rdnr. 5; Eickmann in HK-InsO, § 88 Rdnr. 8, 10; vgl. auch Landfermann in Kölner Schrift zur InsO, S. 138 Rdnr. 34) als auch in der Ausprägung, die sie gemäß §§ 28, 87, 104 VerglO erhalten hat (Bley/Mohrbutter, VerglO 4. Aufl. § 28 Rdnr. 28, § 87 Rdnr. 20; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 28 VerglO Anm. 2, § 24 VerglO Anm. 1; Uhlenbruck in Insolvenzrechtshandbuch, § 73 Rdnr. 11), Vormerkungen erfaßt, die in Vollziehung der einstweiligen Verfügung eingetragen wurden.

3. Auch die Bestimmung des § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO sichert nicht den Fortbestand der zwangsweise erworbenen Vormerkung in der Gesamtvollstreckung.

Nach der genannten Vorschrift kann der Gläubiger eines vorgemerkten Anspruchs vom Verwalter Erfüllung verlangen, wenn der Schuldner seine Verpflichtung nicht vollständig erfüllt hat. § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO deckt sich nach Inhalt und Zweck mit § 24 Satz 2 KO (vgl. dazu Senatsurt. v. 19. März 1998

- IX ZR 242/97, ZIP 1998, 836, 839, z.V.b. in BGHZ 138, 179). In der Konkursordnung stellt sich die hier zu lösende Problematik jedoch nicht, weil dieses Gesetz keine den §§ 7 Abs. 3 Satz 1 GesO, 88 InsO entsprechende Regelung kennt. Allein durch die Einführung des § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO ist die Frage daher nicht im Sinne der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung beantwortet. Der für neue Verfahren geltende § 88 InsO begründet ebenfalls ein rückwirkendes Vollstreckungshindernis. Die Vorschrift hat zur Folge, daß die im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder später in Vollziehung einer einstweiligen Verfügung eingetragenen Vormerkungen unwirksam werden, obwohl § 106 Abs. 1 InsO inhaltlich mit § 9 Abs. 1 GesO übereinstimmt. Es gibt keinen einsichtigen Grund dafür, das Verhältnis zwischen § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO und § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO anders zu bestimmen. Bei zwangsweise entstandenen Vormerkungen geht somit die in § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO vorgesehene Rechtsfolge als allgemeingültige Regelung der in § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO getroffenen Anordnung vor. Diese hat danach Bedeutung nur für rechtsgeschäftlich begründete Vormerkungen.

4. Schließlich liefert auch § 648 BGB kein Argument dafür, im Wege der einstweiligen Verfügung eingetragene Vormerkungen, die die Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek sichern sollen, im Vergleich zu anderen zwangsweise erlangten Sicherungen in der Gesamtvollstreckung zu privilegieren. § 648 BGB enthält eine allein auf das Vertragsgefüge zwischen Besteller und Unternehmer ausgerichtete Regelung, aus der sich nichts für ein Sonderrecht gegenüber Dritten in der Insolvenz herleiten läßt (zutreffend OLG Dresden ZIP 1998, 215, 217).

5. Durch einstweilige Verfügung zwangsweise erlangte Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek haben daher in der Gesamtvollstreckung generell keinen Bestand. Diese Auffassung wird auch von der ganz überwiegenden Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung geteilt (Gerhardt in Insolvenzrechtshandbuch, Nachtrag "Gesamtvollstreckung" Kap. III 4 B Rdnr. 12; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO 4. Aufl. § 7 Rdnr. 28; Hess/Binz/Wienberg, GesO 3. Aufl. § 7 Rdnr. 31 t; Mitlehner ZIP 1995, 1428, 1429; Pape KTS 1996, 231, 240; OLG Dresden ZIP 1998, 215, 217; a.A. OLG Jena DtZ 1996, 183, 184). Damit ist der vom Kläger erhobene Anspruch begründet.

Die gemäß § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO eingetretene Unwirksamkeit des Sicherungsrechts wirkt nach der Rechtsprechung des Senats absolut, jedoch nur insofern und so lange, als sie zum Schutz der Gesamtvollstreckungsgläubiger erforderlich ist (BGHZ 130, 347, 354). Der Verwalter darf von der Löschungsbewilligung nur Gebrauch machen, soweit dies zur Verwertung des Grundstücks im Rahmen der Gesamtvollstreckung notwendig ist (BGHZ aaO, S. 355). Dem hat der Kläger dadurch Rechnung getragen, daß er beantragt hat, die Löschungsbewilligung ihm - nicht dem Grundbuchamt - zu erteilen. Schon deshalb braucht der Senat auf die im Schrifttum gegen die Einschränkung der Unwirksamkeit erhobenen Einwände (Mitlehner ZIP 1995, 1428, 1429; Steder

ZIP 1997, 59, 63), die die zeitlich unbeschränkte Rückwirkung des § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO ungenügend berücksichtigen, nicht näher einzugehen.

Paulusch

Kreft

Stodolkowitz

Kirchhof

Fischer