

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZVG § 92 Abs. 1

Wird bei einem Grundstückskaufvertrag ein Wiederkaufsrecht unter der aufschiebenden Bedingung vereinbart, daß der Käufer das Grundstück an Dritte veräußert, kann diese Bedingung auch dann vorliegen, wenn der Verkäufer selbst das bei dem Käufer zwangsversteigerte Grundstück ersteigert.

BGH, Urt. v. 22. September 1994 - IX ZR 251/93 - OLG Stuttgart
LG Rottweil

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 251/93

URTEIL

Verkündet am:
22. September 1994
Vetter-Haschke
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Gemeinde Z
vertreten durch den Bürgermeister K.
Bürgermeisteramt, R straße , Z. ..

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

1. Land Baden-Württemberg,
vertreten durch die Landesoberkasse M
Re Straße , M
2. Land Hessen,
vertreten durch die Oberfinanzdirektion F
A allee , F

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres.
und -

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 1994 durch den Vorsitzenden Richter Brandes und die Richter Kirchhof, Dr. Fischer, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 15. September 1993 und das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Rottweil vom 31. Dezember 1992 aufgehoben.

Das beklagte Land Ziffer 1) wird verurteilt, an die Klägerin 1.757 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 29. Oktober 1992 zu zahlen.

Das beklagte Land Ziffer 2) wird verurteilt, an die Klägerin 79.879,11 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 29. Oktober 1992 zu zahlen.

Von den Kosten des Verfahrens haben das beklagte Land Ziffer 1) 2 % und das beklagte Land Ziffer 2) 98 % zu tragen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die klagende Gemeinde verkaufte mit notariellem Vertrag vom 6. September 1973 an Frau Elvira W. (im folgenden: Käuferin) mehrere, teilweise noch zu vermessende Grundstücke. In Abschnitt VI des Vertrages bestimmten die Vertragsparteien unter der Überschrift "Rückkaufsrecht" folgendes:

"Die Gemeinde Z. o.R. kann die Rückgängigmachung des Kaufvertrags sofort verlangen, wenn die Kaufgrundstücke oder einzelne Kaufgrundstücke in unbebautem Zustand an Dritte veräußert werden sollten.

Die Gemeinde Z. o.R. ist zum Rückkauf der Grundstücke in diesem Fall berechtigt und kann die Rückübertragung des Eigentums verlangen.

Die Käuferin ist verpflichtet, diesen Anspruch der Gemeinde gleichzeitig mit der Auflassung der Grundstücke durch Bewilligung einer oder mehrerer Vormerkungen im Grundbuch zu sichern.

Im Falle einer Rückgängigmachung des Vertrags oder im Falle eines Rückkaufs der Grundstücksteile hat die jetzige Käuferin alle dann entstehenden Kosten und Steuern zu tragen. Für den Rückkauf gelten dieselben Bedingungen, wie sie in diesem Vertrag festgelegt sind, insbesondere auch der gleiche Kaufpreis."

Am 30. Januar 1975 wurden die inzwischen vermessenen Grundstücke an die Käuferin aufgelassen. Der endgültige Kaufpreis betrug 112.847 DM. Die Käuferin bewilligte "zur Sicherung des im Kaufvertrag vom 6. September 1973 ... eingeräumten Rückkaufsrechts" die Eintragung einer Vormerkung. Der Eintragungsantrag wurde der klagenden Gemeinde überlas-

sen und unterblieb zunächst. Die Umschreibung der - inzwischen zu einem Grundstück vereinigten - Grundstücke auf die Käuferin fand am 26. April 1978 statt.

Am 24. Juli 1990 trug das Grundbuchamt für das beklagte Land Hessen eine Höchstbetragshypothek in Höhe von 848.739 DM ein. Sieben Tage später erfolgte in Abteilung II die Eintragung der Vormerkung zur Sicherung des "Rückkaufsrechts" der klagenden Gemeinde. Am 18. Juni 1991 wurde eine Sicherungszwangshypothek in Höhe von 1.695 DM für das beklagte Land Baden-Württemberg und am 14. August 1991 ein gleichartiges Recht in Höhe von 282.769 DM für das beklagte Land Hessen eingetragen. Ebenfalls am 14. August 1991 wurde auf Betreiben des beklagten Landes Hessen die Zwangsversteigerung des Grundstücks angeordnet und der Zwangsversteigerungsvermerk eingetragen.

In der Zwangsversteigerung vom 25. Juni 1992 ersteigerte die Klägerin das Grundstück mit einem baren Meistgebot von 935.000 DM. Nach dem Teilungsplan wurden zunächst die Kosten und die Höchstbetragshypothek des Landes Hessen bedacht. Danach entfielen noch Beträge von 1.757 DM und 79.879,11 DM auf die nachrangigen Sicherungszwangshypotheken der Beklagten. Entsprechend wurde der Teilungsplan ausgeführt. Die an zweiter Rangstelle eingetragene Vormerkung der Klägerin wurde gelöscht.

Die Klägerin beansprucht die beiden zuletzt genannten Beträge als Wertersatz. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Wertersatz, weil der durch die Vormerkung gesicherte Auflassungsanspruch nicht entstanden sei und auch nicht mehr entstehen könne. Ob eine Zwangsversteigerung überhaupt als Veräußerung im Sinne von Ziffer VI des Kaufvertrages anzusehen sei, könne offenbleiben. Jedenfalls reiche die Anordnung der Zwangsversteigerung noch nicht aus. Ebensowenig liege eine Veräußerung an Dritte vor, weil die Klägerin selbst das Grundstück ersteigert habe.

II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist zwar der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß Abschnitt VI des Kaufvertrages die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts (§ 497 BGB) enthalte. Eine derartige Vereinbarung ist bei der Veräußerung von Bauland durch eine Gemeinde typisch

(vgl. Mayer-Maly, in: Staudinger, BGB 12. Aufl. Vorbem. zu § 497 Rdnr. 2; derselbe, Festschrift Wieacker 1978 S. 424, 427; MünchKomm/Wacke, BGB 2. Aufl. § 883 Rdnr. 34; Keuk NJW 1968, 476, 477 f) und wird von der Revision auch nicht in Zweifel gezogen.

Das Berufungsgericht hat ferner nicht verkannt, daß zugunsten der Klägerin eine wirksame Vormerkung eingetragen war. Diese sicherte den von dem Wiederkaufsrecht zu unterscheidenden (BayObLG NJW-RR 1986, 1209, 1210; OLG Bamberg JurBüro 1973, 665, 666), durch dessen Ausübung "bedingten" künftigen Rückkauflassungsanspruch (BGHZ 58, 78, 82; BGH, Urt. v. 22. April 1959 - V ZR 193/57, LM BGB § 883 Nr. 6). Im allgemeinen bietet eine derartige Vormerkung dann relative Sicherheit, wenn sie dem Recht des betreibenden Gläubigers vorgeht. Ist sie - wie im vorliegenden Fall - nachrangig, kommt sie nicht in das geringste Gebot und erlischt mit dem Zuschlag (§§ 52 Abs. 1 Satz 2, 91 ZVG). An die Stelle des vorgemerkten Rechts tritt dann der Anspruch auf Ersatz seines Wertes (§ 92 ZVG). Der Vormerkungsberechtigte ist aus dem Versteigerungserlös zu befriedigen, soweit dieser nicht zur Befriedigung der vorhergehenden Rechte dient.

Zu Unrecht meint aber das Berufungsgericht, etwas anderes habe zu gelten, wenn das Wiederkaufsrecht zur Zeit des Zuschlags noch nicht ausgeübt sei und danach nicht mehr ausgeübt werden könne. Hängt der durch die Wiederkaufsabrede "bedingt" entstandene Rückübereignungsanspruch nur (noch) davon ab, daß der Wiederkaufsberechtigte die Wiederkaufserklärung abgibt, ist es für § 92 ZVG unerheblich, ob der Wiederkaufsberechtigte zum Zeitpunkt des Zuschlags die-

se Erklärung abgegeben hatte und ob er, wenn es daran fehlt, später noch dazu in der Lage war (BGHZ 57, 356, 357; vgl. auch RG WarnRspr 20 (1928) Nr. 135; OLG Bamberg JurBüro 1973, 665, 667; OLG Düsseldorf Rpfl 1991, 471). Der Berechtigte, der den gesicherten Anspruch nicht durchsetzen kann, weil die Vormerkung erloschen ist, soll aus dem Versteigerungserlös - nach Befriedigung der vorgehenden Rechte - dasjenige erhalten, was der Anspruch auf das Grundstück für ihn wert war (Wörbelauer DNotZ 1963, 718, 724). Ein Anspruch, der nur (noch) davon abhängt, daß der Berechtigte ihn geltend macht, ist für diesen vollwertig.

Anders verhält es sich mit Bedingungen, deren Eintritt vom Willen der Beteiligten unabhängig ist. Ist das Entstehen des durch die Vormerkung gesicherten Rückkauflassungsanspruchs (auch) an den Eintritt einer solchen Bedingung geknüpft, kann der Vormerkungsberechtigte bei der Verteilung des Versteigerungserlöses keine Berücksichtigung finden, wenn die Bedingung zum Zeitpunkt des Zuschlags noch nicht eingetreten war und danach nicht mehr eintreten kann (Zeller/Stöber, ZVG 14. Aufl. § 119 Anm. 2.5). Davon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen; es hat indessen übersehen, daß im vorliegenden Fall die Bedingung mit der Zwangsversteigerung eingetreten ist.

1. Die Parteien des Grundstückskaufvertrages haben das Wiederkaufsrecht an die - vom Willen der Klägerin unabhängige - Bedingung geknüpft, daß "die Kaufgrundstücke ... in unbebautem Zustand an Dritte veräußert werden". Daß ein Erwerb der Klägerin im Wege der Zwangsversteigerung nicht darunter falle, hat das Berufungsgericht für "evident" ge-

halten. Es hat deshalb die einschlägige Bestimmung des Abschnitts VI nicht ausgelegt. Das kann der Senat nachholen, weil die tatsächlichen Grundlagen feststehen (vgl. BGHZ 65, 107, 112; BGH, Urt v. 14. Dezember 1990 - V ZR 223/89, NJW 1991, 1180, 1181; v. 23. Januar 1992 - IX ZR 94/91, NJW 1992, 2091, 2093).

Nach den tatrichterlichen Feststellungen waren die Kaufgrundstücke bis zur Zwangsversteigerung unbebaut. Es kommt deshalb nur darauf an, ob diese als "Veräußerung" im Sinne des Abschnitts VI des Kaufvertrages angesehen werden kann und ob es eine Veräußerung "an Dritte" darstellt, wenn der Verkäufer das Kaufobjekt selbst ersteigert.

a) Ob der Begriff der "Veräußerung" unmittelbar dahin ausgelegt werden könnte, daß die Vertragsparteien darunter auch eine Zwangsversteigerung verstanden haben - in diesem weiteren Sinne wird der Begriff der Veräußerung insbesondere im Verfahrensrecht gebraucht (vgl. §§ 265, 266, 325, 771, 806 ZPO) -, erscheint zweifelhaft, weil die Vertragsparteien möglicherweise an den Fall der Zwangsversteigerung nicht gedacht haben. Wenn dem so ist, führt indessen die Anwendung der Grundsätze über die ergänzende Vertragsauslegung zum selben Ergebnis. Es liegt dann eine Vertragslücke vor, die von den Vertragsparteien - falls sie sich der Lücke bewußt geworden wären - durch Einbeziehung der Zwangsversteigerung in den Kreis der Wiederkaufsfälle geschlossen worden wäre.

Für das gesetzliche Wiederkaufsrecht des § 20 Reichssiedlungsgesetz ist allgemein anerkannt, daß eine Zwangsversteigerung der Ansiedlerstelle eine Veräußerung im Sinne dieser Vorschrift ist und damit den Wiederkaufsfall eintreten läßt (vgl. BGHZ 57, 356 und dazu den bei Grell LM RSG Nr. 16 wiedergegebenen Sachverhalt; BGHZ 59, 94, 95; BGH, Urt. v. 29. Januar 1988 - V ZR 146/86, WM 1988, 672; Ehrenforth, RSG 1965 § 20 Anm. 6; Haack, RSG 1935, § 20 Anm. 4; Ponsick/Wenzel, RSG 3. Aufl. § 20 Anm. 4).

Außerhalb des Anwendungsbereichs des Reichssiedlungsgesetzes ist es bei der Veräußerung von Bauland durch eine Gemeinde ebenfalls üblich, als Wiederkaufsfall auch eine Zwangsversteigerung (vgl. BayObLG NJW 1978, 700, 701; MünchKomm/Wacke, aaO § 883 Rdnr. 34; Wörbelauer DNotZ 1963, 581, 582) oder sogar schon deren Anordnung (vgl. KG OLGE 45 (1926), 201, 202; OLG Düsseldorf Rpfl 1991, 471, 472) zu vereinbaren.

Daß demgegenüber die Klägerin und die Käuferin im vorliegenden Fall das Wiederkaufsrecht nur an eine rechtsgeschäftliche Veräußerung binden wollten, erscheint in Anbetracht von Sinn und Zweck der Wiederkaufsabrede und der Interessenlage als ausgeschlossen. Nach dem vom Berufungsgericht in Bezug genommenen unstreitigen Parteivorbringen verfolgte die Klägerin mit der Wiederkaufsabrede die Absicht, das Grundstück einer Bebauung zuzuführen und eine Weiterveräußerung zu Spekulationszwecken zu verhindern. Beide Ziele wären gefährdet gewesen, wenn eine Zwangsversteigerung den Wiederkaufsfall nicht ausgelöst hätte. Die Käuferin hätte dann die Möglichkeit gehabt, das Wieder-

kaufsrecht zu unterlaufen, indem sie das Grundstück bis zur Grenze des Verkehrswerts belastete und es anschließend zur Zwangsversteigerung kommen ließ. Zwar sind - wie der Prozeßbevollmächtigte der Revisionsbeklagten in der mündlichen Verhandlung zutreffend bemerkt hat - im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte für derartige Absichten der Käuferin gegeben. Im voraus waren entsprechende Befürchtungen aber nicht von der Hand zu weisen. Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß es die Klägerin hier in der Hand hatte, die Eintragung der Vormerkung so frühzeitig zu beantragen, daß ihr die erste Rangstelle sicher war. Da die verkauften Grundstücke erst noch vermessen werden mußten und die Klägerin ersichtlich deswegen die Eintragung der Vormerkung zunächst zurückstellte, mußte sie durchaus damit rechnen, daß vorrangige Belastungen in das Grundbuch gelangten. Dem Ansinnen der Klägerin, daß die Zwangsversteigerung den Wiederkaufsfall auslösen solle, hätte sich die Vertragspartnerin redlicherweise nicht verschließen dürfen, weil sie erkennen konnte, daß eine Zwangsversteigerung die Zwecke des Vertrages störte.

Die vom Berufungsgericht als "einleuchtend" bezeichnete Erwägung des Landgerichts, im Sinne des Abschnitts VI des Kaufvertrages stehe eine Zwangsversteigerung einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung deshalb nicht gleich, weil diese ausschließlich vom Willen der Käuferin abhängig gewesen sei, während es die Klägerin bei einer Zwangsversteigerung in der Hand gehabt habe, andere Interessenten zu überbieten, ist nicht stichhaltig. Würde die Klägerin gezwungen, wie jeder beliebige Dritte Mittel einzusetzen, um - auf das Meistgebot hin - den Zuschlag zu erhalten, wenn

sie sich ihren Einfluß auf das weitere Schicksal des Grundstücks erhalten will, bliebe gerade unberücksichtigt, daß sich die Klägerin um dieses Interesses willen den Wiederkauf vorbehalten hat.

b) Desweiteren ist jedenfalls aufgrund ergänzender Vertragsauslegung davon auszugehen, daß das Wiederkaufsrecht der Klägerin nicht davon abhängen sollte, ob sie selbst oder ein Dritter das Grundstück ersteigerte.

Die Beantwortung dieser Frage hat sich ebenfalls an dem Sinn und Zweck der Regelung und den darin zum Ausdruck kommenden Interessen auszurichten. Insbesondere ist zu prüfen, ob der von den Vertragsparteien, namentlich der Klägerin, mit der Vereinbarung eines vormerkungsgesicherten Wiederkaufsrechts verfolgte Zweck schon dann erreicht ist, wenn die Klägerin das Grundstück in der Zwangsversteigerung zurückerwirbt, oder erst dann, wenn die durch den Zuschlag erloschene Vormerkung gemäß § 92 ZVG noch am Versteigerungserlös teilnimmt.

Sekler (Die Lehre von der Vormerkung 1904 S. 252) und Meiser (Gruchot 57 (1913), 769, 798 Fußn. 37) haben die Frage in dem zuerst genannten Sinne beantwortet und als Begründung angeführt, die durch den Zuschlag erloschene Vormerkung habe auf eine Rechtsänderung gezielt, die durch den Zuschlag eingetreten sei. Die gegenteilige Auffassung haben vertreten - ohne Begründung - das Obergericht Danzig (SeuffA 88 [1934], 124, 125) und Wörbelauer (DNotZ 1963, 718, 725 Fußn. 120). Andere unmittelbar auf den Wertersatzanspruch gemäß § 92 ZVG bezogene Stellungnahmen - insbeson-

dere solche aus neuerer Zeit - liegen, soweit ersichtlich, nicht vor. Allerdings haben sich Rechtsprechung und Schrifttum mit der gewisse Parallelen aufweisenden Frage befaßt, ob den Vormerkungsberechtigten, der das belastete Grundstück selbst ersteigert hat, eine Zuzahlungspflicht gemäß §§ 50, 51 ZVG treffen kann, wenn die bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigte Vormerkung in Wahrheit nicht besteht (bejahend LG Augsburg Rpfl 1966, 370). Soweit diese Frage verneint worden ist (so von Meiser, aaO S. 786 f; Kretzschmar JW 1914, 561, 563; Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann, Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis 7. Aufl. Muster 44 Anm. 3; Zeller/Stöber, ZVG 14. Aufl. § 92 Anm. 7.9), wurde teilweise wiederum darauf hingewiesen, die Vormerkung sei durch Erfüllung ihres Zwecks gegenstandslos geworden.

Mit dem Zuschlag an den durch eine Vormerkung gesicherten Wiederkaufsberechtigten hat sich indessen der Zweck der Wiederkaufsabrede nicht ohne weiteres erledigt. Diese sollte - wie oben bereits dargelegt - im vorliegenden Fall verhindern, daß das von der Gemeinde zur Verfügung gestellte Bauland unbebaut weiterveräußert wird, um die zwischenzeitliche Wertsteigerung zu realisieren. Dieser Zweck ist im Streitfall nicht erfüllt, sondern - wenigstens teilweise - vereitelt worden. Der Versteigerungserlös war mehr als acht Mal so hoch wie der von der Käuferin entrichtete Kaufpreis. Der Wertzuwachs des nach wie vor unbebauten Grundstücks ist ihr zugute gekommen, weil sie mit dem Versteigerungserlös ihre Schulden verringerte. Es ist somit das ein-

getreten, was mit der Wiederkaufsabrede gerade vermieden werden sollte. Schon deshalb muß man vom Eintritt des Wiederkaufsfalls ausgehen.

Ein weiteres kommt hinzu: Die wirtschaftliche Bedeutung der Wiederkaufsabrede erschöpft sich nicht in dem schuldrechtlichen Auflassungsanspruch des Wiederkaufsberechtigten. Ebenso entscheidend ist für diesen, wieviel er für die Rückauflassung aufwenden muß. Wenn der Wiederkaufsberechtigte - weil seine Vormerkung die Zwangsversteigerung nicht überdauert - das Meistgebot abgeben muß, damit das Grundstück für den mit der Wiederkaufsabrede verfolgten Zweck nicht verlorenggeht, ersteigert der Wiederkaufsberechtigte das Grundstück nicht in dieser Eigenschaft - sie gibt ihm weder ein Mittel an die Hand, die Zwangsversteigerung als solche zu verhindern, noch kommt sie ihm bei der Abgabe der Gebote zustatten -, sondern wie jeder beliebige Bieter, der sich, falls andere Interessenten vorhanden sind, deren Konkurrenz stellen muß, ohne irgendein Vorrecht beanspruchen zu können. Im vorliegenden Fall unterschied sich die Lage der Klägerin beim Bieten in nichts von derjenigen, die gegeben gewesen wäre, wenn sie nicht vormerkungsgesicherte Wiederkaufsberechtigte gewesen wäre. Indem sie das Grundstück in der Zwangsversteigerung, die zwangsläufig zur Löschung der Vormerkung - und damit zur Entwertung des Wiederkaufsrechts - geführt hätte, selbst ersteigerte, hat sie auf ihr Wiederkaufsrecht auch nicht verzichtet (vgl. BGHZ 57, 356, 358), sondern allenfalls eine Maßnahme zur Schadensbegrenzung getroffen (so auch Meiser, aaO S. 801).

Daraus ergibt sich für die ergänzende Vertragsauslegung folgendes: "Dritter" im Sinne des Abschnitts VI des Kaufvertrages war jeder, der nicht aus der privilegierten Position des Wiederkaufsberechtigten heraus, sondern wie ein beliebiger Bewerber den Kaufgegenstand erwarb. Das konnte auch die Wiederkaufsberechtigte selbst sein, wenn sie nicht als solche auftrat. Hätten die Vertragsparteien den Fall bedacht, daß das Grundstück bei der Käuferin zwangsversteigert wird, hätten sie das Wiederkaufsrecht deshalb unabhängig davon vereinbart, wer das Grundstück versteigert.

2. Zwar ist die Vormerkung in demselben Augenblick - dem des Zuschlags - erloschen, in dem die Bedingung für den Rückkauflassungsanspruch eingetreten ist. Dies steht der Berücksichtigung der Vormerkung gemäß § 92 ZVG jedoch nicht entgegen. Es hätte sogar genügt, wenn die Bedingung nach dem Erlöschen der Vormerkung eingetreten wäre. Denn dann hätte die Vormerkung im Zeitpunkt ihres Erlöschens - als Sicherungsmittel für ein bedingtes Recht, das immer noch unbedingt werden konnte - durchaus einen wirtschaftlichen Wert gehabt. Umso mehr muß dies gelten, wenn das Recht zeitgleich mit dem Erlöschen des Sicherungsmittels zu einem unbedingten geworden ist. Es wurde oben (1. a) bereits darauf hingewiesen, daß es bei der Veräußerung von Bauland durch eine Gemeinde weithin üblich ist, für den Fall der Zwangsversteigerung ein vormerkungsgesichertes Wiederkaufsrecht zu vereinbaren. Diese Übung ist rechtlich anerkannt. Sie wäre indessen zwecklos, wenn dem Wiederkaufsrecht gerade in der Zwangsversteigerung ein Wert abgesprochen werden müßte.

III.

Das angefochtene Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

Entgegen der Meinung der Beklagten ist die Klage nicht deshalb unzulässig, weil die Klägerin den Nachweis der rechtzeitigen Klageerhebung gemäß § 878 Abs. 1 Satz 1 ZPO versäumt habe. Nachdem der Teilungsplan ausgeführt ist, hat die Klägerin einen auf § 812 Abs. 1 BGB, § 878 Abs. 2 ZPO gegründeten Anspruch auf die Beträge, die ihrem Recht am Erlös entsprechen (vgl. BGHZ 4, 84, 87; 35, 267, 272; BGH, Urt. v. 14. April 1987 - IX ZR 237/86, WM 1987, 878, 879). Diesen Anspruch geltend zu machen, wäre die Klägerin selbst dann nicht gehindert, wenn sie es unterlassen haben sollte, rechtzeitig Widerspruch gegen den Teilungsplan zu erheben (BGH, Urt. v. 13. März 1963 - V ZR 108/63, NJW 1963, 1497, insoweit in BGHZ 39, 242 ff nicht abgedruckt).

Der den beiden Beklagten zugeteilte Resterlös in Höhe von zusammen 81.638,11 DM steht der Klägerin zu. Die in Rechtsprechung und Literatur umstrittene Frage, ob als Ersatzwert der gesamte nach Befriedigung der vorrangigen Rechte verbleibende Erlös verlangt werden kann (so die sogenannte Surrogationstheorie, vgl. Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG 12. Aufl. § 92 Rdnr. 27) oder ob die noch zu erbringende Gegenleistung abgezogen werden muß (so die sogenannte Differenztheorie, vgl. Zeller/Stöber, aaO § 92 Anm. 7.3), kann offenbleiben. Denn das Interesse der Kläge-

rin an der Vormerkung war, selbst wenn man den von ihr zu entrichtenden, der Höhe nach unstreitigen Wiederkaufspreis abzieht, höher als die Klageforderung.

Daß auch der Wiederkaufspreis deren Höhe übersteigt, können die Beklagten der Klägerin nicht entgegenhalten. Die Verpflichtung zur Entrichtung des Wiederkaufspreises hat nur Bedeutung für das Verhältnis des Vormerkungsberechtigten zum Grundstückseigentümer, nicht für das Verhältnis des Vormerkungsberechtigten zu den nacheingetragenen Rechten. Der nacheingetragene Berechtigte kann dem vorgehenden Vormerkungsberechtigten nur solche Einwendungen des Grundstückseigentümers entgegenhalten, die sich gegen die Rechtsbeständigkeit des vorgemerkten Anspruchs oder der Vormerkung richten. Dazu gehört aber bei der Auflassungsvormerkung, die einen Wiederkaufsanspruch schützt, nicht die Einrede des Eigentümers, daß er nur Zug um Zug gegen Zahlung des Wiederkaufspreises die Rückauflassung zu erteilen brauche (RGZ 144, 281, 283).

IV.

Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen nicht erforderlich

sind, kann der Senat selbst in der Sache entscheiden und der Berufung stattgeben.

Brandes

Kirchhof

Fischer

Zugehör

Ganter