

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZVG § 182; BGB § 753

Ist bei der Zwangsversteigerung zur Aufhebung der Gemeinschaft an einem Grundstück entgegen § 182 Abs. 2 ZVG der zur Ausgleichung unterschiedlicher Belastungen der Anteile erforderliche Betrag nicht im geringsten Gebot enthalten, so kann die unterschiedliche Belastung noch im Rechtsstreit um die Verteilung des Erlöses ausgeglichen werden.

BGH, Urt. v. 28. April 1983 - IX ZR 1/82 - OLG München
LG München II

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 1/82

URTEIL

Verkündet am
28. April 1983
Pohl
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Lore G [REDACTED],
H[REDACTED]straße 1, M[REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte
und Revisionsklägerin,

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

gegen

Erwin G [REDACTED],
H[REDACTED]straße 32, W[REDACTED],

Beklagten, Widerkläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 10. März 1983
durch den Vorsitzenden Richter Mai und die Richter
Zorn, Dr. Lang, Gärtner und Winter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
München vom 2. November 1981 aufgehoben:

- a) soweit die Klägerin unter Ziff. I 2 zur Bewilligung der Auszahlung von mehr als 74.694,70 DM nebst Zinsen verurteilt und ihre Klage auf Bewilligung der Auszahlung weiterer 23.908,87 DM nebst Zinsen an die Bayerische Hypotheken- und Wechselbank und weiterer 3.981,13 DM nebst Zinsen an sie aus dem Konto Nr. [REDACTED] 18 der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank, Filiale S [REDACTED], abgewiesen worden ist;
- b) in Ziff. I 4;
- c) soweit der Klageantrag zu 2 b (Hilfsantrag auf Zustimmung zur Rückgewähr und Teilung der noch eingetragenen Grundschulden) abgewiesen worden ist;
- d) soweit die Klägerin unter Ziff. I 3 b der Urteilsformel statt Zug um Zug gegen Herausgabe der Urkunden über die Brandversicherung, die Haftpflichtversicherung und die Wohngebäude-Vielschutzversicherung des Anwesens R [REDACTED], Flurstück Nr. 347/15 der Gemarkung R [REDACTED] verurteilt worden ist, unbedingt in die Auszahlung von 25.059,92 DM nebst Zinsen an den Beklagten einzuwilligen;
- e) im Kostenpunkt.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



Tatbestand

Die Parteien waren von 1954 bis zu ihrer Scheidung im Januar 1975 verheiratet. Sie lebten seit 1958 im Güterstand der Gütertrennung. 1960 erwarben sie als Miteigentümer zu je 1/2 ein Baugrundstück in W [REDACTED] und bebauten es mit einem Einfamilienhaus, das ihnen als Familienheimstätte diente. 1968 erwarben sie ein weiteres Grundstück in R [REDACTED] und errichteten dort ein Mehrfamilienhaus mit 42 Wohnungen. Nach der Scheidung wurden beide Grundstücke auf Betreiben der Parteien zur Aufhebung der Gemeinschaft versteigert. Für das Einfamilienhaus in W [REDACTED] stellte das Versteigerungsgericht die bestehenbleibenden Rechte im geringsten Gebot wie folgt fest:

- lfd.Nr. 2: Grundschuld ohne Brief für die Kreissparkasse S [REDACTED] mit Jahreszinsen zu 6,5 % unter Umständen 7,5 % zu ... 35.780,-- DM
- lfd.Nr. 3: Hypothek für die M [REDACTED] Allgemeine Lebens- und Rentenversicherung AG. in H [REDACTED] mit 5,5 % Jahreszinsen, einem Verwaltungskostenbeitrag von jährlich 1 % u.U. einer Säumnisgebühr bis zu 2 % zu 20.000,-- DM
- lfd.Nr. 4: Grundschuld ohne Brief für die Spar- und Darlehenskasse G [REDACTED] eGmbH in Gauting mit Jahreszinsen zu 4 % zu .. 6.600,-- DM
- lfd.Nr. 5: Grundschuld ohne Brief für die Spar- und Darlehenskasse G [REDACTED] eGmbH in Gauting mit Jahreszinsen bis zu 11 % zu 75.000,-- DM

lfd.Nr. 6: Grundschild für die Kaufmannsehe-
gatten Erwin und Lore G[REDACTED], geb.
H[REDACTED], W[REDACTED], als Berechtigte je
zur Hälfte, mit Jahreszinsen zu
15 % zu 40.000,-- DM

lfd.Nr. 7: Grundschild für die Kaufmannsehe-
gatten Erwin und Lore G[REDACTED], geb.
H[REDACTED], W[REDACTED], als Berechtigte je
zur Hälfte, mit Jahreszinsen zu
15 % zu 35.000,-- DM

Diese Grundpfandrechte waren zum überwiegenden Teil nicht mehr valuiert. Die entsprechenden Zahlungen hatte der Beklagte zum Teil vor, zum Teil nach der Scheidung der Parteien geleistet. Für die Hypothek lfd. Nr. 3 über 20.000,-- DM hatte die Hypothekengläubigerin Löschungsbewilligung erteilt. Die Eigentümerbriefgrundschulden lfd. Nrn. 6 und 7 waren an die Raiffeisenbank S[REDACTED] abgetreten.

Den Zuschlag für das Grundstück erhielt der Beklagte für den bar zu zahlenden Betrag von 267.000,-- DM. Aus dem Versteigerungserlös wurde zunächst die Restforderung der Raiffeisenbank S[REDACTED] beglichen. Der Übererlös (einschließlich zugeschlagener Zinsen) von 205.169,40 DM ist derzeit auf einem Sperrkonto der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank, Filiale S[REDACTED], zugunsten beider Parteien hinterlegt. Der Anteil der Klägerin ist teilweise an die Bayerische Hypotheken- und Wechselbank abgetreten.

Nach Abschluß des Versteigerungsverfahrens erteilte auch die Gläubigerin der Grundschild über 35.780,-- DM (lfd. Nr. 2) Löschungsbewilligung. Diese Grundschild und die Hypothek lfd. Nr. 3 wurden 1978 im Grundbuch gelöscht.

Das Anwesen in R[REDACTED] erwarb die Klägerin. Auch dort wurde der Übererlös hinterlegt.

Mit der Klage beanspruchte die Klägerin den gesamten Übererlös aus dem Anwesen W[REDACTED] für sich. Sie vertrat die Auffassung, zum Erlös gehörten auch die bestehen gebliebenen forderungslosen Grundpfandrechte, zumindest sei der Beklagte insoweit ungerechtfertigt bereichert. Hilfsweise begehrte sie die Zustimmung des Beklagten zur Rückabtretung der noch eingetragenen Grundschulden lfd. Nrn. 4 bis 7 an beide Parteien und zur Teilung dieser Grundschulden. Der Beklagte berief sich demgegenüber darauf, er habe die den Grundpfandrechten zugrundeliegenden Forderungen allein und aus eigenen Mitteln getilgt; die Klägerin sei ihm insoweit ausgleichspflichtig. Er beanspruchte widerklagend den vollen Übererlös aus dem Anwesen Wangen für sich und machte dazu geltend, ihm stehe aus der Versteigerung des Anwesens in R[REDACTED] noch ein Ausgleichsanspruch zu, mit dem er aufrechne. Er verlangte ferner die Zustimmung der Klägerin zur Auszahlung des auf ihn entfallenden Anteils am Erlös des R[REDACTED] Anwesens sowie Abtretung von Rückgewähransprüchen der Klägerin gegen die Raiffeisenbank S[REDACTED] bezüglich der Grundschulden lfd. Nrn. 4 bis 7.

Nach einem Teilanerkennnis der Klägerin blieb aus dem Versteigerungserlös des R[REDACTED] Anwesens ein Betrag von 25.059,92 DM streitig. Insoweit machte die Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Herausgabe der Versicherungsurkunden für dieses Anwesen geltend.

Das Landgericht entsprach der Klage im wesentlichen der Widerklage nur bezüglich des Erlösanteils des Beklagten aus dem R[REDACTED] Anwesen. Dabei verneinte es

ein Zurückbehaltungsrecht der Klägerin wegen der Versicherungsurkunden.

Gegen dieses Urteil wandten sich der Beklagte mit der Berufung, die Klägerin mit der unselbständigen Anschlußberufung. Der Beklagte verfolgte im wesentlichen seine erstinstanzlichen Anträge weiter. Die Klägerin machte weitere Zinsen und das Zurückbehaltungsrecht wegen der Versicherungsurkunden geltend.

Das Oberlandesgericht teilte den Erlös aus dem Anwesen Wangen hälftig unter die Parteien auf, verurteilte die Klägerin bezüglich des Erlöses aus dem R. [REDACTED] Anwesen ihrem Anerkenntnis gemäß und zur Einwilligung in die Auszahlung des streitigen Teilbetrags von 25.059,52 DM an den Beklagten ohne Berücksichtigung eines Zurückbehaltungsrechts wegen der Versicherungsurkunden und stellte fest, daß der Klägerin hinsichtlich der Grundschulden lfd. Nrn. 4 bis 7 keine Rückgewähransprüche gegenüber den jeweiligen Grundpfandrechtsgläubigern zustünden. Im übrigen wies es Klage und Widerklage ab.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin noch einen Geldanspruch von 27.890,-- DM nebst Zinsen sowie den Anspruch auf Zustimmung des Beklagten zur Rückabtretung und Teilung der Grundschulden lfd. Nrn. 4 bis 7 und ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Herausgabe der Versicherungsurkunden weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht versagt der Klägerin eine Beteiligung am Erlös hinsichtlich der nach dem geringsten

Gebot bestehen gebliebenen Grundschuld über 35.780,-- DM (lfd. Nr. 2) und der Hypothek über 20.000,-- DM (lfd. Nr. 3) aus folgenden Erwägungen: Eine Zuzahlungspflicht des Beklagten als Ersterher des Grundstücks nach § 50 Abs. 1 ZVG bestehe nicht, weil beide Grundpfandrechte unabhängig von ihrer Valutierung damals bestanden hätten.

Hinsichtlich der Hypothek seien die Parteien bei hälftiger Innenbeteiligung Gesamtschuldner gewesen. Der Beklagte habe den Hypothekengläubiger allein befriedigt und dadurch die Hypothek an seinem Miteigentumsanteil in vollem Umfang als Eigentümergrundschuld erworben. Die Hypothek sei rechtlich wie eine Gesamthypothek an mehreren Grundstücken zu behandeln. Die Hypothek am Miteigentumsanteil der Klägerin sei auf den Beklagten übergegangen, weil ihm ein Ersatzanspruch gegen die Klägerin zugestanden habe (§§ 426, 1173 Abs. 2 BGB). Diese Ausgleichspflicht hätten die Parteien weder durch Rechtsgeschäft noch stillschweigend ausgeschlossen. Die Aufwendungen zur Errichtung und zum Erwerb eines Eigenheims rechneten nicht zum Familienunterhalt. Die Parteien hätten durch die Vereinbarung der Gütertrennung gezeigt, daß für finanzielle Mehrleistungen eines Ehepartners, soweit es sich nicht um Familienunterhalt handele, grundsätzlich ein Ausgleich stattzufinden habe. Das gelte umso mehr, als der Beklagte die gesamte geschuldete Leistung allein aus eigenen Mitteln erbracht und noch nach der Trennung und Scheidung der Parteien erhebliche Beträge gezahlt habe. Die Eintragung der Parteien im Grundbuch als Miteigentümer je zur Hälfte rechtfertige nicht den Schluß, es solle nach ihrem Willen so angesehen werden, wie wenn jeder gleichviel an Kosten beigetragen habe. Die Parteien seien vielmehr davon ausgegangen, daß auch die Klägerin einen konkreten finanziellen Beitrag zu leisten habe, der soweit als möglich der Höhe ihres Anteils am Grundstück entsprechen sollte.

Bei der Grundschild müsse davon ausgegangen werden, daß die Zahlungen des Beklagten nach der in solchen Fällen üblichen Abrede nicht auf die Grundschild, sondern auf die persönliche Forderung geleistet worden seien. Das Grundpfandrecht sei danach bestehengeblieben und stehe dem Grundpfandgläubiger nach wie vor in voller Höhe des Nennbetrages zu. Es sei allerdings behaftet mit einem schuldrechtlichen Rückgewähranspruch des Bestellers.

Bei dieser Sachlage sei auch kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegeben. Die Klägerin habe im Versteigerungstermin gewußt, in welcher Höhe die Grundpfandrechte noch valuiert gewesen seien. Sie hätte ihr Gebot entsprechend einrichten müssen. Daran habe auch die Löschung der Grundpfandrechte nichts geändert. für einen Anspruch aus § 826 BGB fehle es an Anhaltspunkten.

II.

Soweit es angefochten ist, begegnet das Berufungsurteil durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

1. Bei der Grundschild lfd. Nr. 2 über 35.780,-- DM geht der Berufungsrichter ohne Rechtsverstoß davon aus, daß die Zahlungen des Beklagten nicht auf die Grundschild, sondern auf die persönliche Forderung geleistet worden sind (BGH NJW 1974, 2279). Daraus folgt, daß die Grundschild bis zu ihrer Löschung in voller Höhe dem Grundschildgläubiger zustand. Dieser war aus der zwischen ihm und den Parteien bestehenden Sicherungsabrede schuldrechtlich zur Rückgewähr der Grundschild verpflichtet. Da das Grundpfandrecht somit zur Zeit des Zuschlags bestand, liegt ein Fall des § 50 Abs. 1 ZVG nicht vor.

Die Rückgewähr hätte nach Wahl der Sicherungsgeber durch Abtretung, Verzicht oder Erteilung einer Löschungsbewilligung erfolgen können. Tatsächlich wurde für diese Grundschuld nach der Versteigerung dem Beklagten Löschungsbewilligung erteilt. Die Klägerin hat sich darauf berufen, der Beklagte habe die Löschungsbewilligung auch als ihr bevollmächtigter Vertreter entgegengenommen (Schriftsatz vom 10. Juni 1980, Bl. 303 d.A.). Ob diese - bestrittene - Behauptung zutrifft, hat der Berufungsrichter nicht geprüft. Trifft sie zu und stand der Rückgewähranspruch zu dieser Zeit noch beiden Parteien gemeinsam zu, so kann der Beklagte durch das Gebrauchmachen von der Löschungsbewilligung, das nach dem Zuschlag an ihn nur noch ihm Vorteil brachte, gegen vertragliche Pflichten aus dem der Vollmacht zugrundeliegenden Auftragsverhältnis verstoßen und sich der Klägerin gegenüber ersatzpflichtig gemacht haben. Ein solcher Ersatzanspruch könnte bei der Teilung des Erlöses berücksichtigt werden.

Ob der Rückgewähranspruch bei der Entgegennahme der Löschungsbewilligung noch beiden Parteien zustand, kann nach dem bisherigen Sach- und Streitstand nicht abschließend beurteilt werden. Stand dem Beklagten wegen seiner Zahlungen auf die Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld abgetreten war, ein Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB gegen die Klägerin zu, so ist im Umfang dieses Anspruchs nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB die Forderung des Grundschuldgläubigers auf ihn übergegangen. In diesem Fall konnte der Beklagte in entsprechender Anwendung des § 401 BGB die Rückübertragung der Grundschuld auf sich verlangen (BGHZ 80, 228).

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann aber nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß dem

Beklagten wegen seiner Zahlungen auf die gemeinsame Schuld ein Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB erwachsen ist. Gesamtschuldner sind nach § 426 BGB im Innenverhältnis nur dann zum Ausgleich verpflichtet, wenn nicht ein anderes bestimmt ist. Eine solche anderweitige Bestimmung kann hier vorliegen. Die Parteien haben bei Bestehen der Gütertrennung das für ein Familienheim bestimmte Hausgrundstück zu hälftigem Miteigentum erworben. Unstreitig hatte die Klägerin kein eigenes Erwerbseinkommen. Bei dieser Fallgestaltung bringen Eheleute durch den Erwerb zu Miteigentum je zur Hälfte in aller Regel zum Ausdruck, es solle so angesehen werden, wie wenn jeder gleichviel zu den Grundstücks- und Baukosten beigetragen habe. Deshalb ist ein Bereicherungsanspruch des einen gegen den anderen Ehegatten nach Scheidung der Ehe ausgeschlossen (BGH NJW 1966, 542). Besonders fernliegend ist der Gedanke, der andere Teil solle von Rechts wegen ausgleichspflichtig sein, wenn überhaupt nur dem einen der beiden Partner nach den beiderseitigen Einkommensverhältnissen die Mittel zur Verfügung stehen, um die anstehenden Zins- und Tilgungsraten aufzubringen, und daher von dem anderen Teil von vorneherein ein Ausgleich in Geld gar nicht erwartet werden kann. Selbst bei Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in einem vergleichbaren Fall einen Ausgleichsanspruch nach § 426 BGB verneint (NJW 1980, 1520). Das muß umso mehr für einen Ausgleich unter Ehegatten gelten. Umstände, die eine andere rechtliche Beurteilung rechtfertigen könnten, hat das Berufungsgericht nicht aufgezeigt. Es ist rechtsfehlerhaft, daß es aus dem Bestehen der Gütertrennung den Schluß zieht, bei finanziellen Mehrleistungen eines Ehepartners habe grundsätzlich ein Ausgleich stattzufinden. Hätten die Parteien einen finanziellen Ausgleich nach dem Maß ihrer Zahlungen an die

Grundschuldgläubiger im Auge gehabt, so wäre es unverständlich, daß sie dennoch das Grundstück zu hälftigem Miteigentum erwarben, obwohl nur der Beklagte Erwerbseinkommen hatte. Ebensowenig geht es an, Schlüsse auf den ursprünglichen Willen der Parteien daraus zu ziehen, daß der Beklagte nach der Scheidung der Ehe weiterhin Zahlungen an die Grundpfandgläubiger leistete. Denn er war nach wie vor den Grundpfandgläubigern gegenüber zur Zahlung verpflichtet. Die Revision rügt deshalb zu Recht, daß die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die Parteien seien davon ausgegangen, daß auch die Klägerin einen konkreten finanziellen Beitrag zu leisten habe, der soweit als möglich der Höhe ihres Anteils am Grundstück entsprechen sollte, jeder tatsächlichen Grundlage entbehrt.

Anders kann es sich für die Zeit nach dem Scheitern der Ehe verhalten. Hier liegt umgekehrt die Annahme nahe, daß durch die Scheidung der Ehe die Vertragsgrundlage für die genannte Abrede unter den Parteien entfallen ist. Denn nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft besteht im allgemeinen kein Grund mehr für einen Ehegatten, dem anderen eine weitere Vermögensmehrung zukommen zu lassen.

Der Tatrichter wird deshalb anhand dieser Grundsätze zu prüfen haben, ob gegebenenfalls nach einer entsprechenden Ergänzung des Parteivortrags andere als die bisher berücksichtigten Umstände - etwa die Vermögensverhältnisse der Parteien - regelwidrig die Annahme einer Ausgleichspflicht rechtfertigen, und wenn sich dies nicht ergibt, ab welchem genauen Zeitpunkt ein Wegfall der Geschäftsgrundlage für die Abrede der Nichtausgleichung in Betracht kommt. Zu denken ist an die endgültige Trennung der

Parteien, die Zustellung des Scheidungsantrags oder die Rechtskraft der Scheidung. Ergibt sich danach, daß die Klägerin, wenn auch in geringerem Umfang als ursprünglich, noch an dem Rückgewährungsanspruch beteiligt war, so ist eine Ersatzpflicht des Beklagten zu prüfen.

2. Bezüglich der von beiden Miteigentümern bestellten Hypothek geht der Berufungsrichter zunächst zutreffend davon aus, daß sie rechtlich wie eine Gesamthypothek an mehreren Grundstücken zu behandeln ist (BGHZ 40, 115, 120). Es gilt für sie also § 1173 BGB, der gegenüber § 1163 und § 1172 BGB Sondervorschriften enthält. Da der Beklagte den Hypothekengläubiger allein befriedigte, erwarb er nach § 1173 Abs. 1 BGB die Hypothek an seinem Miteigentumsanteil als Eigentümergrundschild. Der Übergang erfolgte in der vollen Höhe der Hypothek von 20.000,-- DM (Staudinger/Scherübel, BGB 12. Aufl. § 1173 Rdn. 5; BGH aaO). Dagegen kann die Hypothek am Miteigentumsanteil der Klägerin zumindest teilweise erloschen sein. Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts erlauben nicht den von ihm gezogenen Schluß, dem Beklagten sei wegen seiner Zahlungen ein Ersatzanspruch im Sinne des § 1173 Abs. 2 BGB erwachsen. Als Ersatzanspruch kommt nur ein Ausgleichsanspruch nach § 426 BGB in Betracht. Für einen solchen Ausgleichsanspruch gilt aber das oben unter II 1 Gesagte. Da entsprechende Feststellungen fehlen, ist für das Revisionsverfahren zugunsten der Klägerin davon auszugehen, daß die Hypothek am Anteil der Klägerin in Ermangelung eines Ersatzanspruchs des Beklagten nach § 1173 Abs. 1 BGB mit der Zahlung erloschen ist. In diesem Fall war bei der Versteigerung nur der Miteigentumsanteil des Beklagten mit der Hypothek belastet, der Anteil der Klägerin dagegen nicht. Eine ungleiche Belastung der Miteigentumsanteile ist bei der Zwangsversteigerung zur Aufhebung der Gemeinschaft nach § 182 Abs. 2 ZVG an sich in der Weise zu

berücksichtigen, daß sich das geringste Gebot um den zur Ausgleichung unter den Miteigentümern erforderlichen Betrag erhöht. Diese Erhöhung des geringsten Gebotes ist unterblieben. Es weist die Hypothek als auf beiden Miteigentumsanteilen lastendes Grundpfandrecht aus. Nach § 50 Abs. 1 ZVG ist der Ersteher zur Nachzahlung verpflichtet, wenn eine im geringsten Gebot berücksichtigte Hypothek nicht besteht. Hier bestand die Hypothek - als Eigentümergrundschuld - in voller Höhe, wenn auch nur an einer Grundstückshälfte. In Ansehung dieser Grundstückshälfte mußte ein Ersteher den vollen Wert der Belastung gegen sich gelten lassen. Ob § 50 ZVG seinem Grundgedanken nach diesem Fall trifft, ist zweifelhaft (vgl. Steiner/Riedel, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 8. Aufl. § 50 Rdn. 9 Anm. V 1. [2.] m.w.Nachw.), braucht hier aber nicht entschieden zu werden.

Der Senat ist nämlich der Auffassung, daß auch noch im Rechtsstreit der Miteigentümer um die Verteilung des Erlöses berücksichtigt werden kann, daß die Miteigentumsanteile ungleich belastet waren. Für die Teilung der gemeinschaftlichen Sache ist an die Stelle des Grundstücks der Erlös getreten. Der Erlös ist außerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens zu verteilen (MünchKomm/K. Schmidt § 753 Rdn. 29). Die Teilung erfolgt nach dem Verhältnis, in dem die Miteigentümer berechtigt waren. Dabei ist die unterschiedliche Höhe von Belastungen auch dann auszugleichen, wenn eine Berücksichtigung im geringsten Gebot unterblieben ist. Der Berufungsrichter muß deshalb auch bezüglich der Hypothek prüfen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe ein Ausgleichsanspruch des Beklagten nach den unter II 1 dargestellten Grundsätzen besteht.

III.

Das Berufungsurteil kann ferner nicht bestehenbleiben, soweit die Rückgewähr der noch im Grundbuch eingetragenen Grundschulden (lfd. Nrn. 4 - 7) in Frage steht.

Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Klägerin auf Rückgewähr der Grundschulden, weil der Beklagte die Grundpfandrechtsgläubiger befriedigt habe und ihm deshalb Ersatzansprüche gegen die Klägerin zustünden. Der Rückgewähranspruch sei deshalb nach § 426 Abs. 2 BGB auf ihn übergegangen. Einen darüber hinausgehenden Rückgewähranspruch könne die Klägerin nicht mehr geltend machen, ohne gegen § 242 BGB zu verstoßen, da sie insoweit weder einen Schaden noch einen Ausfall habe.

Das begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Wie bereits ausgeführt, steht bisher nicht fest, ob dem Beklagten wegen seiner Zahlungen ein Ersatzanspruch nach § 426 BGB gegen die Klägerin zusteht. Der Rückgewähranspruch der Klägerin braucht deshalb insoweit auch nicht auf den Beklagten übergegangen zu sein. Da der Rückgewähranspruch noch nicht erfüllt ist, und die Klägerin ihn nach dem Eigentumswechsel ohne Verlust nur durch Rückübertragung der Grundschulden realisieren kann, ist der Beklagte in diesem Fall verpflichtet, bei der Rückübertragung und Teilung der Grundschulden mitzuwirken. Anders verhält es sich, wenn und soweit ein Ausgleichsanspruch des Beklagten nach § 426 Abs. 1 BGB besteht. Dann kann nach Abs. 2 Satz 1 der Vorschrift die Forderung des Grundschuldgläubigers auf ihn übergegangen sein. In diesem Fall kann der Beklagte in entsprechender Anwendung des § 401 BGB die Rückübertragung der Grundschuld auf sich verlangen (BGHZ 80, 228).

Das Berufungsurteil wird deshalb aufgehoben soweit die Klage auf Bewilligung der Auszahlung weiterer 27.890,-- DM nebst Zinsen und der entsprechende Gegenantrag des Beklagten in Frage stehen, ferner soweit der Hilfsanspruch der Klägerin auf Mitwirkung des Beklagten bei der Rückübertragung und Teilung der Grundschulden (lfd. Nrn. 4 - 7) abgewiesen und festgestellt ist, der Klägerin stünden insoweit keine Rückgewähransprüche gegen den jeweiligen Grundpfandrechtsgläubiger zu (I 4 des Urteilstenors). In der Sache selbst kann der Senat nicht entscheiden, weil die notwendigen Feststellungen fehlen.

IV.

Die Revision ist schließlich auch insoweit begründet, als das Berufungsgericht die Klägerin ohne Berücksichtigung eines Zurückbehaltungsrechts wegen der Versicherungsurkunden verurteilt hat, in die Auszahlung von 25.059,92 DM nebst Zinsen an den Beklagten einzuwilligen. Das Berufungsgericht führt dazu aus, die Klägerin habe ein Zurückbehaltungsrecht zwar zunächst in der ersten Instanz geltend gemacht, dies aber nach der teilweisen Anerkennung der Widerklageforderung nicht mehr aufrechterhalten. Ein teilweiser Widerruf des Anerkenntnisses der Klägerin liege nicht vor. Dem kann nicht gefolgt werden. Es mag dahinstehen, ob die Klägerin in der ersten Instanz noch hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht hat, daß sie das Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich des streitig gebliebenen Betrags von 25.059,92 DM weiterhin ausüben wolle. Sie hat dies jedenfalls mit der Anschlußberufung geltend gemacht. Daran war sie rechtlich nicht gehindert, selbst wenn sie die Einrede in der ersten Instanz nicht mehr aufrecht erhalten haben sollte. Mit dem Anerkenntnis hat das nichts zu tun. Es handelt sich nur um ein Teilanerkentnis bei einer teilbaren Forderung. In der Berufungsinstanz machte die

Klägerin das Zurückbehaltungsrecht jedenfalls eindeutig nur bezüglich des nicht anerkannten Restbetrages geltend. Darüber hätte das Berufungsgericht sachlich entscheiden müssen. Es kann nicht von vornherein gesagt werden, daß ein Zurückbehaltungsrecht nicht bestehe. Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann auch nicht angenommen werden, es fehle an der Konnexität der Ansprüche im Sinne des § 273 BGB (vgl. Staudinger/Selb, BGB 12. Aufl. § 273 Rdn. 19 mit zahlreichen Nachweisen).

Die Aufhebung und Zurückverweisung gibt der Klägerin Gelegenheit, dem Berufungsgericht ihre Bedenken gegen die Kostenentscheidung vorzutragen. Über die Kosten muß nach erneuter Verhandlung ohnehin neu entschieden werden.

Mai

Zorn

Dr. Lang

Gärtner

Winter