

96

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: _____ ja

ErbbauVO § 10; BGB § 892

Ein zu Unrecht gelöschttes Erbbaurecht kann nach gutgläubigem Zwischenerwerb von Grundpfandrechten Dritter auch an anderer als an erster Rangstelle wieder in das Grundbuch eingetragen werden.

BGH, Urt.v. 31. Oktober 1968 - V ZR 117/67 - OLG Hamm
LG Detmold

97

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 117/67

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

31. Oktober 1968
Wüst, Justiz-
hauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Rentners Gustav W [REDACTED] in W [REDACTED]-A [REDACTED],
G [REDACTED] H [REDACTED]-Straße 2,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. die B [REDACTED]-H [REDACTED] Hypothekenbank in
H [REDACTED], I [REDACTED]straße 8, vertreten durch die
Vorstandsmitglieder Bankdirektoren Johannes A [REDACTED]
und Karl B [REDACTED], ebenda,
2. die D [REDACTED] K [REDACTED]bank für B [REDACTED] Aktien-
gesellschaft in K [REDACTED], G [REDACTED] 9 - 11, vertreten
durch die Vorstandsmitglieder Rechtsanwalt Herbert
B [REDACTED], Dr. Erwin G [REDACTED] und Raimund H [REDACTED], ebenda,

Klägerinnen und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Oktober 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Mattern, Hill und Offterdinger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 30. März 1967 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

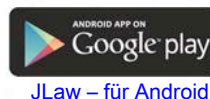
Tatbestand:

Der Beklagte hatte sich vom Landesverband L [REDACTED] an einem Grundstück in W [REDACTED]-A [REDACTED] ein Erbbaurecht bestellen lassen, hatte das Grundstück bebaut und betrieb dort Handel mit Landesprodukten. Am 2. Juni 1960 veräußerte er sein Geschäft an den Kaufmann E [REDACTED] und verpflichtete sich, ihm auch das Erbbaurecht zu übertragen; dafür übernahm Ernst in dem notariellen Vertrag neben anderen Gegenleistungen die Verpflichtung, den Beklagten und dessen Ehefrau bis an ihr Lebensende unentgeltlich auf dem Grundstück wohnen zu lassen und ihnen eine monatliche Unterhaltsrente zu zahlen. Haus und Geschäft wurden an E [REDACTED]

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

übergeben; eine grundbuchliche Umschreibung des Erbbaurechts auf ihn unterblieb. In einem weiteren notariellen Vertrag vom 26. Mai 1962, an dem auch der Landesverband beteiligt war, verkaufte dieser das Grundstück an E[REDACTED] und ließ es an ihn auf; E[REDACTED] verzichtete dem Beklagten gegenüber auf Übertragung des Erbbaurechts; der Beklagte erklärte seinerseits gegenüber dem Landesverband, der dieser Erklärung zustimmte, daß er auf das Erbbaurecht verzichte, und bewilligte dessen Löschung. Der Notar, der diesen zweiten Vertrag beurkundet hatte, reichte ihn zwecks grundbuchlichen Vollzugs am 14. August 1962 bei dem Grundbuchamt ein und beantragte zugleich noch weitere Eintragungen; hierbei handelte es sich u.a. um eine Hypothek von 45 000 DM für die Klägerin zu 1 und um eine Briefgrundschuld in gleicher Höhe für die Vereinigte Bausparkassen AG, die beide von E[REDACTED] am 17. Mai 1962 bewilligt worden waren. Sämtliche beantragten Eintragungen erfolgten am 19. Dezember 1962; das Grundbuchamt löschte an diesem Tage insbesondere das Erbbaurecht des Beklagten, schrieb das Eigentum am Grundstück auf Ernst um und trug die beiden Grundpfandrechte ein. In der Folgezeit trat die Vereinigte Bausparkassen AG ihre Grundschuld von 45 000 DM an die Klägerin zu 2 ab.

Am 2. August 1963 fiel E[REDACTED] in Konkurs. Der Beklagte, der im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebt, stellte sich nunmehr auf den Standpunkt, daß die beiden Verträge von 1960 und 1962, mit denen er über sein Vermögen im ganzen verfügt habe, mangels Zustimmung seiner Ehefrau der Rechtswirksamkeit entbehrten; auf Grund einer von ihm gegen den Konkursverwalter erwirkten einstweiligen Verfügung ließ er am 21. August 1963 im Grundbuch einen Widerspruch gegen die Löschung des Erbbaurechts eintragen. Nachdem der Konkursverwalter das Grundstück aus der Masse

freigegeben hatte, ordnete das Amtsgericht auf Betreiben der Klägerin zu 1 die Zwangsversteigerung an; in diesem Verfahren, dem die Klägerin zu 2 beigetreten ist, wurden bisher wegen des zugunsten des Beklagten eingetragenen Widerspruchs keine Gebote abgegeben. Ein Rechtsstreit des Beklagten gegen E. (1 O 434/63 LG Detmold) endete mit der rechtskräftigen Feststellung, daß der Vertrag vom 26. Mai 1962 insoweit nichtig sei, als der Beklagte darin dem Landesverband gegenüber auf sein Erbbaurecht verzichtet hat, und mit der gleichfalls rechtskräftigen Verurteilung von Ernst, die Wiedereintragung des Erbbaurechts mit dem bisherigen Inhalt zu bewilligen. Mit seinem Eintragungsantrag auf Grund dieses Urteils hatte der Beklagte keinen Erfolg, weil er die vom Grundbuchamt geforderte Erklärung der inzwischen in Abteilung III eingetragenen Berechtigten, daß sie dem Erbbaurecht den Vorrang einräumten, nicht beibringen konnte.

Die Klägerinnen begehren Verurteilung des Beklagten, in die Löschung des zu seinen Gunsten eingetragenen Widerspruchs einzuwilligen; hilfsweise klagen sie auf Feststellung, daß das Erbbaurecht ihren Grundpfandrechten im Range nachgehe. Sie berufen sich auf gutgläubigen Erwerb des Vorrangs und meinen, dadurch sei das Erbbaurecht untergegangen. Der Beklagte ist diesem Vorbringen entgegengetreten; er beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat, unter Abweisung im übrigen, dem Hilfsantrag der Klage stattgegeben. Hiergegen ist von beiden Parteien Berufung eingelegt worden. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen; auf die Berufung der Klägerinnen hat es das erstinstanzliche Urteil abgeändert und den Beklagten entsprechend dem

Hauptantrag zur Einwilligung in die Löschung des Widerspruchs verurteilt. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Abweisungsantrag weiter. Die Klägerinnen bitten um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1. Durch den Widerspruch, den das Grundbuchamt auf Betreiben des Beklagten gegen die Löschung des Erbbaurechts eingetragen hat (§ 899 BGB), werden die Klägerinnen in ihrer Rechtsstellung als Grundpfandgläubiger beeinträchtigt; das zeigt bereits die Tatsache, daß es ihnen bisher nicht gelungen ist, das belastete Grundstück zwangsweise versteigern zu lassen. Sollte daher, wie sie geltend machen, die Eintragung zu Unrecht erfolgt sein, so könnten sie verlangen, daß der Widerspruch wieder im Grundbuch gelöscht werde. Dieses Verlangen stützt sich auf § 894 BGB, der in solchen Fällen entsprechend anzuwenden ist (RGZ 163, 62; vgl. auch - sämtlich zu § 894 - Palandt/Degenhart, BGB 27. Aufl. Anm. 2 b; Soergel/Siebert/Baur, BGB 9. Aufl. Anm. 5; a.M. anscheinend BGB RGRK 11. Aufl. Anm. 12).

Nach Ansicht des Berufungsgerichts hätte der Widerspruch nicht eingetragen werden dürfen, weil das Grundbuch nicht unrichtig gewesen sei (§§ 899, 894 BGB): Es habe die Rechtslage, wie sie nach Löschung des Erbbaurechts und Eintragung der beiden Grundpfandrechte bestand, zutreffend wiedergegeben. Denn die Klägerin zu 1 und die Rechtsvorgängerin der Klägerin zu 2 hätten kraft des dem Grundbuch zukommenden öffentlichen Glaubens (§ 892 BGB) den Vorrang vor dem Erbbaurecht erlangt. Dadurch wiederum

sei dieses Recht, da es laut zwingender Gesetzesvorschrift (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO) nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt werden und seinen Rang auch nicht nachträglich ändern könne, mit absoluter Wirkung untergegangen.

Hiergegen wendet sich die Revision. Sie bekämpft sowohl den Standpunkt des angefochtenen Urteils, wonach die Grundpfandrechte der Klägerinnen dem Erbbaurecht im Rang vorgehen sollen, als auch die daraus gezogene Folgerung, daß dieses Recht nicht mehr bestehe. Ihren Angriffen kann im Ergebnis der Erfolg nicht versagt werden.

Zu der Frage, ob der Verzicht des Beklagten auf das Erbbaurecht mangels Zustimmung seiner Ehefrau gemäß § 1365 BGB der Rechtswirksamkeit entbehrte, wie in dem Vorprozeß 1 O 434/63 im Verhältnis zwischen ihm und dem Grundstückserwerber Ernst rechtskräftig festgestellt worden ist, hat das Berufungsgericht, abweichend vom Landgericht, keine Stellung genommen. Dies war, obgleich es sich jetzt um andere Parteien handelt (§ 325 Abs. 1 ZPO), vom Boden der oberlandesgerichtlichen Rechtsauffassung aus nicht erforderlich, da hiernach das auf Löschung des Widerspruchs gerichtete Klagebegehren auf jeden Fall gerechtfertigt erschien, gleichgültig ob die Voraussetzungen jener Gesetzesbestimmung erfüllt waren oder nicht. In der Revisionsinstanz ist deshalb zugunsten des Beklagten davon auszugehen, daß sein Verzicht unwirksam gewesen sei und er daher keine rechtsgültige Aufgabeerklärung, wie sie § 875 BGB in Verbindung mit § 11 Abs. 1 ErbbauVO vorschreibt, abgegeben habe. Das Erbbaurecht wäre sonach - das ist jedenfalls hier zu unterstellen - zu Unrecht im Grundbuch gelöscht worden.

2. Die Revision rügt in erster Linie die Auffassung des Berufungsgerichts, das Erbbaurecht habe infolge anderweitiger dinglicher Belastung des Grundstücks seinen bisherigen Rang eingebüßt. Sie meint, das treffe schon aus dem Grunde nicht zu, weil weder die Hypothek der Klägerin zu 1 noch die Grundschuld der Klägerin zu 2 wirksam zur Entstehung gelangt seien. Die Erklärungen, mit denen seinerzeit der jetzige Grundstückseigentümer E. [REDACTED] die Eintragung dieser beiden Grundpfandrechte bewilligt habe, seien nämlich ebenso unwirksam gewesen wie der ganze Vertrag vom 26. Mai 1962; dessen Nichtigkeit, soweit der Beklagte darin auf das Erbbaurecht verzichtet habe, erstrecke sich, da man es hier mit einem einheitlichen und geschlossenen Vertragswerk zu tun habe, gemäß § 139 BGB zugleich auf alle übrigen Teile. Hieraus folgert die Revision, daß die Klägerinnen überhaupt keine dinglichen Gläubiger geworden seien und es infolgedessen zwischen ihnen und dem Beklagten von vornherein an jedem Rangverhältnis im Sinne von § 879 BGB gefehlt habe.

Diese Rüge ist unbegründet. Eine Nichtigkeit des Erbbaurechts-Verzichts ergreift nicht auch die Grundpfandrechte der Klägerinnen. Soweit die Revision zur Begründung ihrer gegenteiligen Rechtsansicht geltend macht, der notarielle Vertrag vom 26. Mai 1962, worin jener Verzicht erklärt wurde, enthalte gleichzeitig die Eintragungsbewilligung für diese Grundpfandrechte, setzt sie sich in Widerspruch zu den Feststellungen des Berufungsgerichts im unstreitigen Teil seines Urteilstatbestandes. Danach bewilligte der Grundstückserwerber E. [REDACTED] die Eintragung sowohl der Hypothek als auch der Grundschuld von je 45 000 DM nicht im Rahmen des genannten Vertrages,

sondern er hatte seine entsprechenden Erklärungen bereits in einem früheren Zeitpunkt abgegeben, und zwar am 17. Mai 1962; das ergibt sich im übrigen auch aus den Grundakten, deren Inhalt ausweislich des Berufungsurteils Gegenstand der mündlichen Verhandlung war. Wenn der Notar die beiden Eintragungsbewilligungen dann später zu gleicher Zeit mit der Vertragsurkunde vom 26. Mai 1962 bei dem Grundbuchamt einreichte, so wurden sie damit nicht nachträglich zu bloßen Teilen eines einheitlichen Rechtsgeschäfts im Sinne von § 139 BGB. Der Hinweis der Revision auf die angebliche Einheitlichkeit und Geschlossenheit des ganzen Vertragswerkes findet in den tatrichterlichen Feststellungen keine Grundlage; diese bieten insbesondere keinen Anhaltspunkt für die Annahme, E. als Vertragspartner (Landesverband und Beklagter) hätten am 26. Mai 1962 Kenntnis davon gehabt, daß er schon vorher zugunsten der nicht am Vertrag beteiligten Klägerinnen bzw. ihrer Rechtsvorgänger die Eintragung von Grundpfandrechten bewilligt hatte.

Ebensowenig verfängt die weitere Revisionsrüge, die Klägerinnen hätten, selbst wenn Hypothek und Grundschuld rechtswirksam entstanden sein sollten, jedenfalls deshalb nicht den Vorrang vor dem Erbbaurecht erlangt, weil es gegenüber einer Nichtigkeit aus § 1365 BGB keinen Gutglaubensschutz gebe. Letzteres trifft zwar zu (RGRK aaO § 1365 Anm. 16), ist aber für den vorliegenden Fall ohne Belang; denn der Vorrangserwerb der beiden Grundpfandrechte gründet sich nicht darauf, daß die Klägerinnen etwa den Beklagten für unverheiratet oder in Gütertrennung lebend gehalten oder daß sie geglaubt hätten, er habe außer

seinem Handelsgeschäft und dem Erbbaurecht noch sonstiges Vermögen, sondern allein darauf, daß zu der Zeit, als sie ihre dinglichen Rechte erwarben, das Grundbuch keine rangbessere Belastung auswies und ihnen auch nichts Gegenteiliges bekannt war. Der Anwendung des § 892 BGB auf diesen Sachverhalt stand, wie das angefochtene Urteil zutreffend darlegt, nicht entgegen, daß der Erwerb der Grundschuld durch die Rechtsvorgängerin der Klägerin zu 2 zeitlich mit der Löschung des Erbbaurechts zusammenfiel (während die Klägerin zu 1 erst später Hypothekengläubigerin wurde, nämlich gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB mit der Auszahlung des hypothekarisch gesicherten Darlehens an Ernst), da im Falle gleichzeitiger Erledigung mehrerer am selben Tage bei dem Grundbuchamt eingegangener Anträge die Eintragung sämtlicher Rechtsänderungen mit der Vollziehung des letzten Grundbucheintrags als einheitlich abgeschlossen gilt. Dieser Rechtsstandpunkt, um dessen Nachprüfung die Revision bittet, ist unbedenklich und entspricht der herrschenden Meinung (RGZ 123, 19, 22 f; 140, 35, 39 f; RGRK aaO § 892 Anm. 117; Soergel/Siebert/Baur aaO § 892 Anm. 33, mit weiteren Nachweisen).

Eine abweichende Beurteilung wäre im vorliegenden Fall selbst dann nicht geboten, wenn wirklich, wie die Revision behauptet, die Unwirksamkeit des in der Vertragsurkunde vom 26. Mai 1962 enthaltenen Erbbaurechts-Verzichts "für alle Beteiligten" erkennbar gewesen sein sollte. Die beiden Grundpfandgläubigerinnen jedenfalls waren an jener Urkunde nicht beteiligt. Daß sie trotzdem die näheren Einzelheiten, die für eine solche Unwirksamkeit sprechen konnten, gekannt oder gar aus dieser Kenntnis die richtigen Rechtsfolgerungen gezogen hätten, ist weder vom Beklagten dargetan noch im angefochtenen Urteil festgestellt worden.

3. Mit Recht wendet sich jedoch die Revision dagegen, daß der Rangverlust des Erbbaurechts dessen Untergang zur Folge gehabt haben und daher seiner Wiedereintragung im Wege stehen soll. Das Berufungsgericht entnimmt dies aus dem Gebot der Erstrangigkeit in § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO. Es verweist auf Sinn und Ziel der gesetzlichen Regelung, wie sie sich aus dem Zusammenhang des § 10 mit den weiteren Vorschriften der §§ 12 und 25 ErbbauVO ergäben. Damit werde einerseits die Beleihbarkeit des Erbbaurechts sowie sein Bestehenbleiben im Falle einer Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks gewährleistet. Andererseits schütze diese Regelung die bereits vorhandenen Grundpfandgläubiger davor, daß ihnen durch § 12 Abs. 1 Satz 3 ErbbauVO gegen ihren Willen das Bauwerk als Haftungsobjekt genommen werde; denn nur wenn sie freiwillig im Range hinter das Erbbaurecht zurückträten, könne dieses - da ihm § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO nur die ausschließlich erste Rangstelle gestatte - überhaupt eingetragen werden. Das Gebot der Erstrangigkeit bewirke, daß auch eine Einigung nichtig sei, die dem Erbbaurecht eine andere Rangstelle zuweisen wolle. Eine nicht an erster Stelle vollzogene Erbbaurechts-Eintragung sei ihrem Inhalt nach unzulässig und müsse gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen gelöscht werden. Daraus folge, daß ein Erbbaurecht, das seinen bisherigen ersten Rang eingebüßt habe, auch nicht außerhalb des Grundbuchs fortbestehen könne.

Unter Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall bejaht das Berufungsgericht ein Erlöschen des für den Beklagten eingetragen gewesenen Erbbaurechts,

weil die Grundpfandrechte der Klägerinnen vor ihm kraft öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892 BGB) den Vorrang erlangt hätten. Zu einem Rangrücktritt seien die Klägerinnen nicht bereit. Die bloße theoretische Möglichkeit, daß etwa der Beklagte ihre Rechte künftig einmal ablösen würde, habe außer Betracht zu bleiben; denn maßgebend sei allein die Situation im Zeitpunkt des gutgläubigen Rechtserwerbs.

Dem vermag der erkennende Senat nicht beizutreten. Die Auffassung, daß Erbbaurechte erlöschen, wenn sie durch das Dazwischentreten gutgläubig erworbener Grundstücksbelastungen ihre erste Rangstelle verlieren, würde auf eine Erweiterung des Kreises der bisher im Schrifttum aufgezählten Erlöschenstatbestände hinauslaufen (vgl. etwa Westermann, Sachenrecht 5. Aufl. § 67 Nr. 4; Ingenstau, Kommentar zur ErbbauVO 3. Aufl. § 11 Anm. 57 ff). Hierfür bietet der § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO keinen Anhalt. Zwar stellt er, wie das angefochtene Urteil im Einklang mit der herrschenden Lehre zutreffend angenommen hat, nicht lediglich eine Ordnungsvorschrift für das Grundbuchamt dar, vielmehr ist er sachlich-rechtlicher Natur (Ingenstau, aaO § 10 Anm. 19 m.w.Nachw.); was ihm zuwiderläuft, kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden, weil es nichtig wäre und die Eintragung inhaltlich unzulässig machen würde (vgl. auch - jeweils zu § 10 ErbbauVO - BGB RGRK 11. Aufl. Anm. 1; Staudinger/Ring, BGB 11. Aufl. Anm. 1 d; Soergel/Siebert/Baur, BGB 9. Aufl. Anm. 2; Palandt/Degenhart, BGB 27. Aufl. Anm. 1). Richtig ist ferner, daß die genannte Vorschrift Erstrangigkeit des Erbbaurechts nicht nur im Zeitpunkt seiner Begründung und Bestellung fordert, sondern - was die Revision offenbar übersieht - in ihrem zweiten Halbsatz ausdrücklich auch

nachträgliche Rangänderungen verbietet. Aber wenn hiernach Erbbaurechte grundsätzlich an erster Stelle stehen und verbleiben müssen, so gilt das für die Fälle rechtsge-
schäftlicher Rangfestsetzung oder -änderung, während Abweichungen, die kraft Gesetzes eintreten, jedenfalls nicht schlechthin unter dieses Gebot fallen.

Dies entnimmt der Senat aus Wortlaut und Sinnzusammenhang der einschlägigen Bestimmungen. Soweit es in der Erbbaurechtsverordnung heißt (§ 10 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1), das Erbbaurecht könne nur zur ausschließlich ersten Rangstelle "bestellt" werden, läßt die sprachliche Fassung an der vertraglichen Natur des Entstehungstatbestandes keinen Zweifel. Daß in der anschließenden, lediglich durch einen Strichpunkt vom Vorhergehenden getrennten Vorschrift, wonach der Rang nicht "geändert" werden kann (Halbsatz 2 aaO), etwas anderes gemeint wäre als wiederum bloß rechtsgeschäftliche Änderungen, ist den ganzen Umständen nach schwerlich anzunehmen. Für eine Gesetzesauslegung in dem angegebenen Sinne sprechen ferner die Ausnahmen, die der § 10 ErbbauVO von dem Erfordernis der Erstrangigkeit zuläßt: laut Absatz 1 Satz 2 bleiben Rechte außer Betracht, die zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen, und im Absatz 2 werden abweichende landesrechtliche Bestimmungen für statthaft erklärt, wenn dies für die vorhergehenden Berechtigten und den Bestand des Erbbaurechts unschädlich ist; diese beiden Ausnahmevorschriften regeln ebenfalls Sachverhalte, bei denen sich der schlechtere Rang des Erbbaurechts unmittelbar aus dem Gesetz ergibt.

Um einen Fall gesetzlicher - nicht rechtsgeschäftlicher - Rangverschlechterung handelt es sich auch, wenn

das Erbbaurecht, wie hier, infolge Zwischenerwerbs von Grundpfandrechten am Grundstück zugunsten Dritter aus seiner bisherigen ersten Stelle verdrängt wird. Denn zu einer Änderung des Rangverhältnisses kommt es alsdann kraft des in den §§ 891 ff BGB geregelten öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. Daß die Anwendung insbesondere des § 892 BGB grundsätzlich nur relative Wirkung hat und das zu Unrecht im Grundbuch gelöschte Recht nicht gegenüber jedermann zum Erlöschen bringt, ist allgemein anerkannt (RGRK aaO § 892 Anm. 3; Staudinger/Seufert, BGB 11. Aufl. § 892 Anm. 71). Diesen Grundsatz gerade im vorliegenden Fall zu durchbrechen und dem Rangverlust, wie es das Berufungsgericht tun möchte, absolute Wirkung beizulegen, erscheint um so weniger angezeigt, als die gesetzliche Regelung des Erbbaurechts ohnehin das Bestreben erkennen läßt, den Erbbauberechtigten möglichst vor Rechtsverlusten zu schützen. Dies zeigt nicht nur der bereits erwähnte § 10 Abs. 2 ErbbauVO, wonach etwaige landesrechtliche Sonderbestimmungen "für den Bestand des Erbbaurechts unschädlich" sein müssen, sondern in die gleiche Richtung deuten ferner die im Berufungsurteil zur Rechtfertigung eines gegenteiligen Standpunktes angeführten §§ 12 Abs. 1 Satz 3 und 25 ErbbauVO, durch die, wie das Urteil selbst einräumt, die Beleihbarkeit des Erbbaurechts und sein Bestehenbleiben im Falle einer Grundstücks-Zwangsversteigerung gewährleistet werden sollen (ebenso Ingenstau, aaO § 25 Anm. 3).

Hat mithin ein auf Grund von § 892 BGB eingetretener Rangverlust, entgegen der Meinung des Oberlandesgerichts, nicht zur Folge, daß das zu Unrecht gelöschte Erbbaurecht untergegangen ist, so kann dieses Recht, da es außerhalb des Grundbuchs weiterbesteht, auch wieder daselbst einge-

tragen werden. Der § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO hindert die Eintragung nicht, obgleich sie nunmehr an anderer als der ersten Rangstelle erfolgen muß. Zumeist wird in derartigen Fällen der Erbbauberechtigte gegen den Grundstückseigentümer einen schuldrechtlichen Anspruch auf Bewilligung der Wiedereintragung haben (vgl. dazu Ingenstau, aaO § 10 Anm. 20); hier ist übrigens dem Beklagten ein solcher Anspruch gegenüber Ernst bereits rechtskräftig zuerkannt worden. Dem Erbbauberechtigten bietet sich, wenn er erneut im Grundbuch eingetragen wird, auch die Möglichkeit, im Falle einer Ablösung der vorgehenden Grundpfandrechte seine ursprüngliche erste Rangstelle wieder zu erlangen, ohne daß das Weiterbestehen des Erbbaurechts - worauf das Berufungsgericht anscheinend abstellen wollte - von der mehr oder weniger "theoretischen" Natur dieser Möglichkeit abhängt.

Daß es von dem hier vertretenen Standpunkt aus in dem schwebenden Zwangsversteigerungsverfahren wegen der §§ 12 und 25 ErbbauVO zu Schwierigkeiten kommen kann, die unter Umständen sogar eine Nichtberücksichtigung dieser Vorschriften zugunsten der gutgläubigen Grundpfandrechtsgläubiger notwendig machen werden, verkennt der Senat nicht. Eine abschließende Stellungnahme hierzu ist indessen nach dem gegenwärtigen Verfahrensstande nicht geboten.

4. Die dem Hauptantrag der Klage stattgebende Entscheidung läßt sich daher mit der Begründung, die das Oberlandesgericht gegeben hat, nicht aufrechterhalten, während die hilfsweise begehrte Feststellung, daß das Erbbaurecht den Grundpfandrechten der Klägerinnen im Range nachgehe, bereits jetzt getroffen werden könnte (vgl. oben Nr. 2). Gleichwohl ist es dem erkennenden Senat verwehrt,

in diesem letzteren Sinne nach § 565 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst zu entscheiden und das landgerichtliche Urteil wiederherzustellen. Denn der Hilfsantrag kommt nur zum Zuge, wenn endgültig feststeht, daß der Hauptantrag unter keinen Umständen Erfolg haben kann. Das ist jedoch im vorliegenden Fall noch nicht gewiß. Bisher wurde nämlich zugunsten des Beklagten unterstellt, das Erbbaurecht sei zu Unrecht im Grundbuch gelöscht worden, weil er die Verzichtserklärung ohne Zustimmung seiner Ehefrau abgegeben habe. Ob dies wirklich der Fall war, wird nunmehr der Tatrichter prüfen müssen, wobei er an die in dem Rechtsstreit 1 O 434/63 getroffene Entscheidung mangels Rechtskraftwirkung nicht gebunden ist. Sollte die Prüfung zu dem Ergebnis führen, daß der Verzicht auf das Erbbaurecht wirksam erklärt worden sei, dann stünde - soweit sich jedenfalls nach der augenblicklichen Verfahrenslage übersehen läßt - einer Verurteilung des Beklagten, in die Löschung des zu seinen Gunsten eingetragenen Widerspruchs einzuwilligen, nichts im Wege.

Das angefochtene Urteil muß sonach im vollen Umfang aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden (§§ 564, 565 Abs. 1 ZPO). Diesem ist auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen, da sie von dem endgültigen Prozeßausgang abhängt.

Dr. Augustin

Hill

Rothe

Offterdinger

Mattern