

6

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ : nein  
-----

ZVG §§ 91 Abs. 2, 118, 128

Ein nach § 91 Abs. 2 bestehen gebliebenes Recht behält seinen Vorrang vor der infolge Nichtberichtigung des Bargebots eingetragenen Sicherungshypothek; § 128 Abs. 3 Satz 2 findet keine entsprechende Anwendung.

BGH, Urt. v. 5. November 1975 - V ZR 145/73 - OLG Köln  
LG Köln

6

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 145/73

## URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

5. November 1975

H i r t h

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

des Kaufmanns Dr. Dr. Helmut B [REDACTED],  
R [REDACTED]-H [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Frau Edith G [REDACTED] geb. B [REDACTED], N [REDACTED]/O [REDACTED],  
Am F [REDACTED] [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

6

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Oktober 1975 durch die Richter Dr. Mattern, Offterdinger, Dr. Grell, von der Mühlen und Dr. Eckstein

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 19. Juni 1973 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Klage stattgegeben worden ist. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 7. November 1972 wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des ersten und zweiten Rechtszuges tragen die Klägerin 5/6 und der Beklagte 1/6. Von den Kosten des dritten Rechtszuges tragen die Klägerin 3/5 und der Beklagte 2/5.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Das im Grundbuch von K. Band 3 Blatt 99 eingetragene, in K., A. Straße - gelegene Grundstück stand bis zum 9. Dezember 1971 in Bruchteilseigentum der Parteien. Der Klägerin gehörte es zu 2/3 und dem Beklagten zu 1/3. Die Klägerin betrieb die Zwangsvollstreckung des gesamten Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung der daran bestehenden Gemeinschaft. Im Versteigerungstermin vom 9. Dezember 1971 erhielt der Beklagte den Zuschlag auf das Meistgebot in Höhe von 1 365 000 DM.

Zu diesem Zeitpunkt waren in Abteilung III des Grundbuchs folgende dingliche Belastungen eingetragen:

unter Nr. 1 eine Gesamthypothek von 400 000 DM auf beiden Bruchteilen,

unter Nr. 2 eine Zwangssicherungshypothek über 52 546,10 DM auf dem 1/3-Bruchteil des Beklagten,

unter Nr. 3 eine Briefgrundschuld von 260 000 DM auf dem 1/3-Bruchteil des Beklagten,

unter Nr. 4 eine Grundschuld von 520 000 DM auf dem 2/3-Bruchteil der Klägerin.

Die unter Nr. 2 eingetragene Zwangssicherungshypothek erlosch nach den Versteigerungsbedingungen mit dem Zuschlag. Mit Schriftsatz vom 12. Februar 1972 erklärte der Beklagte gegenüber dem Gericht das Bestehenbleiben dieses Rechts und legte eine notarielle Urkunde vom 6. Januar 1972 darüber vor, daß er als Ersterher mit sich als Berechtigtem das Bestehenbleiben dieser Post vereinbart habe. Ausweislich des Protokolls vom 17. Februar 1972 erklärte er, die Post Abteilung III Nr. 2 solle bestehen bleiben und beschränkte seine Erklärung auf den Betrag von 42 306,32 DM. Weiter ist in diesem Protokoll vermerkt, daß die Post Abteilung III Nr. 2 in Höhe des vorgenannten Betrages nicht zum Erlöschen gebracht werde und daß sich um diesen Betrag die Verpflichtung aus dem Meistgebot vermindere.

Bezüglich der unter Abteilung III Nr. 3 eingetragenen Briefgrundschuld über 260 000 DM, die ebenfalls mit dem Zuschlag erloschen war, hatte der Beklagte mit Schriftsatz vom 7. Januar 1972 - eingegangen am 8. Januar 1972 - unter Vorlage einer notariell beglaubigten Abschrift der öffentlichen Urkunde über das Bestehenbleiben dieser Grundschuld die Vereinbarung des Bestehenbleibens angezeigt. An dieser Post brachten das Finanzamt K [REDACTED] am 12. Januar 1972 und das Finanzamt O [REDACTED] am 1. Februar 1972 wegen Forderungen Pfändungen in Höhe von insgesamt 105 312,57 DM aus.

Am 14. Februar 1972 trat der Beklagte seine Rechte aus den Positionen Nr. 2 und 3 an die M AG, L, ab.

Hinsichtlich des Differenzbetrages zwischen den von den Finanzämtern ausgebrachten Pfändungen und dem Nominalbetrag der Grundschuld von 260 000 DM ist im Protokoll des Verteilungstermins vom 17. Februar 1972 der Vermerk enthalten, daß der Beklagte bezüglich des Restbetrags der Grundschuld Abteilung III Nr. 3 in Ergänzung der Urkunde erklärt habe, daß nur ein Betrag von 154 687,63 DM bestehen bleiben solle. Die Klägerin widersprach den Erklärungen des Beklagten hinsichtlich des Bestehenbleibens der Rechte im Termin nicht.

In Ausführung des Verteilungsplans wurden folgende weitere Belastungen im Grundbuch eingetragen:

- a) unter Nr. 5 auf dem früheren 1/3 Anteil des Beklagten eine Sicherungshypothek über 6 215,75 DM zu Gunsten der Klägerin mit Rang vor den Posten Nr. 2 und Nr. 3,
- b) unter Nr. 6 auf dem früheren 1/3 Anteil des Beklagten Sicherungshypotheken für die Forderungen der Finanzämter über insgesamt 105 312,37 DM zu gleichem Rang mit der Post Abteilung III Nr. 3,

- c) unter Nr. 7 auf dem gesamten Grundstück für die Parteien als Gemeinschaft eine Sicherungshypothek für die ihnen durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts vom 17. Februar 1972 unverteilt übertragene Forderung auf den Erlösüberschuß in Höhe von 123 840,14 DM. Dieser Betrag setzt sich aus dem Erlösüberschuß von 117 413,46 DM für den 2/3 Anteil der Klägerin und von 6 426,68 DM für den 1/3 Anteil des Beklagten zusammen.

Die Klägerin hat mit der vorliegenden Klage u.a. geltend gemacht, der Beklagte habe durch Eintragung der Belastungen Nr. 2 und 3 im Grundbuch mit Rang vor der Sicherungshypothek für den Erlösüberschuß einen Vorteil erhalten, der ihm nicht zustehe. Die Rechte Nr. 2 und Nr. 3 seien durch den Zuschlag erloschen und hätten nicht auf Grund einer späteren Vereinbarung des Erstehers mit sich selbst als Berechtigtem gemäß § 91 Abs. 2 ZVG bestehen bleiben können.

Die Klägerin hat - schließlich - u. a. beantragt,

1. a) ... cc) ....

hilfsweise festzustellen, daß die in Abteilung III unter der laufenden Nr. 7 des vorgenannten Grundbuchs eingetragene Sicherungshypothek den Rang vor den in Abteilung III Nr. 2 und 3 eingetragenen Belastungen habe und den Beklagten zu verurteilen, dieser Grundbuchberichtigung zuzustimmen;

...

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Er hat Widerklage mit dem Antrag erhoben, die Vollstreckung aus der Ausfertigung des Beschlusses des Amtsgerichts Köln vom 9. Dezember 1971 - 176 K 213/69 - ganz, hilfsweise von einem bestimmten Betrag ab, ohne seine Mitwirkung für unzulässig zu erklären.

Die Klägerin hat die Abweisung der Widerklage beantragt.

Das Landgericht hat Klage und Widerklage abgewiesen.

Die Klägerin hat Berufung eingelegt. Der Beklagte hat sich der Berufung angeschlossen.

Die Klägerin hat in erster Linie beantragt, das erstinstanzliche Urteil dahin abzuändern, daß der Klage stattgegeben werde.

Der Beklagte hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Mit der Anschlußberufung hat er den Antrag gestellt, das angefochtene Urteil teilweise dahin abzuändern, daß die Vollstreckung aus der Ausfertigung des Beschlusses des Amtsgerichts Köln vom 9. Dezember 1971 - 176 K 213/69 -, welche der Klägerin am 25. Februar 1972 wegen der Forderung aus Erlös-

überschuß in Höhe von 123 840,14 DM nebst 4 v.H. Zinsen seit dem 17. Februar 1972 zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen den Beklagten als Ersteher erteilt wurde, unzulässig sei.

Die Klägerin hat beantragt, die Anschlußberufung zurückzuweisen.

Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Landgerichts wie folgt abgeändert:

Der Beklagte wird verurteilt, der Grundbuchberichtigung zuzustimmen, daß die in Abteilung III Nr. 7 des vorbezeichneten Grundbuchs eingetragene Belastung den Rang vor den in derselben Abteilung eingetragenen Rechten Nr. 2 und 3 erhält.

Im übrigen werden die Klage abgewiesen und die Berufung zurückgewiesen.

Die Anschlußberufung des Beklagten wird zurückgewiesen.

Mit der Revision hat sich der Beklagte in der mündlichen Verhandlung gegen das Berufungsurteil nur noch insoweit gewandt, als der Klage stattgegeben worden ist. Er verfolgt seinen im zweiten Rechtszug zur Klage gestellten Antrag weiter.

Die Klägerin beantragt hinsichtlich der Klage, die Sache für erledigt zu erklären und die Kosten des Rechtsstreits dem Beklagten aufzuerlegen, hilfsweise die Revision zurückzuweisen. Dazu trägt sie vor, inzwischen hätten eine Wiederversteigerung und ein Verteilungstermin stattgefunden, die Hypotheken Nr. 2 und 3 seien erloschen, es bestehe nur noch Streit über den Erlösüberschuß, der nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei. Auch die Forderung aus dem Zuschlagsbeschluß vom 9. Dezember 1971 sei inzwischen erloschen.

Der Beklagte widerspricht dieser Erledigungs-  
erklärung.

Hinsichtlich der Widerklage haben beide Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt.

#### Entscheidungsgründe

-----

##### I.

Das Oberlandesgericht hat zur Klage ausgeführt: Die Berufung der Klägerin sei nur teilweise begründet. Die Klägerin könne vom Beklagten nach § 894 BGB Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs dahin verlangen, daß die in Abteilung III Nr. 7 für die Gemeinschaft eingetragene Sicherungshypothek den Rang vor den in derselben Abteilung eingetragenen Positionen Nr. 2 und 3 erhalte. Diesen Anspruch könne jedes Mitglied einer Ge-

meinschaft, also auch die Klägerin allein geltend machen.

Das Grundbuch sei durch die vorrangige Eintragung der Positionen Nr. 2 und 3 unrichtig geworden, denn der Erlösgemeinschaft stehe ein dinglicher Anspruch dahin zu, daß die für den Beklagten selbst bestehen gebliebenen Rechte nicht zum Nachteil der in Abteilung III unter Nr. 7 eingetragenen Sicherungshypothek geltend gemacht werden dürften.

Der Beklagte habe das Bestehenbleiben der für ihn am Grundstück bestehenden Rechte mit sich selbst als Berechtigtem wirksam, jedoch nicht mit Vorrang vor der Sicherungshypothek Nr. 7 vereinbaren können. Der Wirksamkeit der Vereinbarung des Beklagten mit sich selbst stehe nicht entgegen, daß die liegen gebliebenen Rechte nur auf einem Bruchteil und nicht auf dem gesamten Grundstück lasteten.

Der Beklagte könne aber die nach § 91 Abs. 2 ZVG liegen gebliebenen Rechte Nr. 2 und 3 gemäß § 128 Abs. 3 Satz 2 ZVG, dessen Rechtsgedanken hier analoge Anwendung fänden, nicht zum Nachteil der infolge der Nichtzahlung des Bargebots eingetragenen Sicherungshypothek Nr. 7 geltend machen. Der Gesetzgeber habe diese Rechtsfolge zwar nur für vom Ersteher später erworbene Sicherungshypotheken ausgesprochen, doch erfordere die Gleichheit der wirtschaftlichen Situation eine entsprechende Anwendung dieses Rechtsgedankens auch auf liegen gebliebene Rechte für den Ersteher, um zu einem billigen Ergebnis zu kommen.

Weitere Ansprüche ständen der Klägerin gegen den Beklagten nicht zu.

## II.

A) Erklärt in der Revisionsinstanz der Kläger den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt, während der Beklagte weiterhin Klagabweisung beantragt, hat das Revisionsgericht zu prüfen, ob die Klageforderung bis zu dem die Erledigung - nach Meinung des Klägers - begründenden unbestrittenen Ereignis bestanden hat oder nicht; dies gilt jedenfalls dann, wenn der Beklagte ein berechtigtes Interesse an einem richterlichen Ausspruch darüber hat, daß die Klageforderung auch bis zu diesem Ereignis nicht bestanden hat (vgl. BGH WM 1975, 544). So liegt der Fall hier, soweit es sich um die Klage handelt. Die Klägerin hat selbst vorgetragen, es habe zwar eine Wiederversteigerung stattgefunden, die dinglichen Rechte Nr. 2 und 3 seien erloschen, wegen der erneuten Verteilung des Erlösüberschusses bestehe aber Streit. Da für die Verteilung des Überschusses gemäß § 109 Abs. 2 ZVG die vorherige Rangstellung der erloschenen Rechte maßgeblich ist, hat das Revisionsgericht schon aus diesem Grund darüber zu entscheiden, ob die Klage mit dem in die Revisionsinstanz gelangten Antrag bis zum Erledigungsereignis begründet gewesen ist.

B) Gegenüber der Verurteilung des Beklagten (Zustimmung zur Grundbuchberichtigung) hält die Revision einmal die Klägerin nicht für befugt, den angeblichen Berichtigungsanspruch geltend zu machen.

Zum andern meint die Revision, für den vom Oberlandesgericht bejahten Anspruch gebe es keine Rechtsgrundlage; sie finde sich insbesondere nicht in § 128 Abs. 3 Satz 2 ZVG.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Erlösgemeinschaft, aber nicht die Klägerin allein den Berichtigungsanspruch geltend machen darf. Denn die Rüge, aus § 128 Abs. 3 Satz 2 ZVG lasse sich auch nicht bei entsprechender Anwendung der Klaganspruch rechtfertigen, ist begründet.

Mit dem Berufungsgericht ist davon auszugehen, daß die in Abt. III Nr. 2 und 3 eingetragenen Rechte bestehen geblieben sind, weil der Beklagte dies mit sich selbst "vereinbart" hat (vgl. Zeller, ZVG 9. Aufl. § 91 Nr. 5; Jaeckel/Güthe, ZVG 7. Aufl. § 91 Anm. 8). Seine Erklärung hatte rückwirkende Kraft. Die Übernahme der Rechte galt also rückwirkend vom Zuschlag an als erfolgt (BGHZ 53, 327, 330). Durch Vereinbarung bestehen gebliebene Rechte gehen im allgemeinen der gemäß §§ 118, 128 ZVG eingetragenen Sicherungshypothek vor (vgl. Zeller § 91 Anm. 5). Der Ersteher darf durch das Bestehenbleiben nichts gewinnen, aber auch nichts einbüßen (vgl. BGHZ aaO).

Die Revision weist im übrigen zutreffend darauf hin, daß mit dem Wirksamwerden des Zuschlags die unter Nr. 2 und 3 eingetragenen Grundpfandrechte dem Beklagten ein Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös gaben. Da der Beklagte das Grund-

stück selbst erstanden hat, wäre dieser Anspruch, wie im Berufungsurteil S. 25 richtig ausgeführt ist, mit der dem Beklagten obliegenden Barzahlung zu verrechnen gewesen. Im Hinblick darauf, daß sich die für den Beklagten eingetragenen Grundpfandrechte zu seinem Vorteil auch dann ausgewirkt hätten, wenn er als zur Hebung berechtigter Gläubiger Barzahlung geleistet und nicht das Bestehenbleiben der Rechte herbeigeführt hätte, kann aber dem Berufungsgericht nicht darin beigetreten werden, daß das Bestehenbleiben eines Rechts nach § 91 Abs. 2 ZVG dem Grundpfandgläubiger, der das Grundstück erstet, einen "nicht gerechtfertigten Vorteil" verschaffe.

Weiterhin beanstandet die Revision zu Recht die vom Oberlandesgericht geäußerte Ansicht, die wirtschaftliche Situation gleiche hier dem gemäß § 128 Abs. 3 Satz 2 ZVG geregelten Fall. Insoweit ist zu beachten, daß die genannte Bestimmung dann Platz greift, wenn der Ersteher nicht die von ihm geschuldete Barzahlung leistet, die Forderung infolgedessen im Wege gerichtlicher Anordnung auf die Berechtigten übertragen wird (§ 118 Abs. 1 ZVG). Für diese Forderung ist daher mit dem Rang des Anspruchs eine Sicherungshypothek einzutragen. Sie entsteht mit der Eintragung (§ 128 Abs. 1 3 ZVG). Befriedigt der Ersteher sodann die gesicherte Forderung, geht die Sicherungshypothek auf ihn über. Diese auf ihn übergegangene Sicherungshypothek kann nach § 128 Abs. 3 Satz 2 ZVG nicht zum Nachteil eines

bestehen gebliebenen Rechts oder einer nach § 128 Abs. 1 und 2 ZVG eingetragenen Sicherungshypothek geltend gemacht werden. Zur Erläuterung dieser Regelung weist die Revision zutreffend auf die Entstehungsgeschichte hin (vgl. Jaeckel/Gütke aaO § 128 Anm. 8). Danach hat der Gesetzgeber daran gedacht, daß ein Ersteher, der wenigstens einen Teil der ihm obliegenden Barzahlung im Verteilungstermin leistet, insoweit überhaupt keine Sicherungshypothek erwerben kann, während derjenige, der erst nach dem Verteilungstermin und der Eintragung einer Sicherungshypothek zahlt, den Vorteil eines vorrangigen Rechts haben würde. Das empfand man als unbillig, weil der Ersteher, der seine Verpflichtung nicht rechtzeitig erfüllte, eben dadurch auf Kosten seiner Gläubiger einen Vorteil erlangte, der ihm bei rechtzeitiger Erfüllung nicht erwachsen wäre. Nach diesem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck kann entgegen der vom Oberlandesgericht vertretenen Auffassung § 128 Abs. 3 Satz 2 ZVG nicht entsprechend angewandt werden. Den vorliegenden Fall erfaßt die Vorschrift nach ihrem Rechtsgedanken schon deshalb nicht, weil der Beklagte seine vorrangigen Grundpfandrechte nicht durch verspätete Zahlung des von ihm als Ersteher geschuldeten Barpreises erlangt hat. Sie bestanden schon vor dem Zuschlag. Der Beklagte hat sie behalten. § 91 Abs. 2 ZVG bringt die Kontinuität des Rechts zum Ausdruck (BGHZ 53, 327, 331). Die Grundpfandrechte des Beklagten müssen daher nicht hinter eine nachrangige Sicherungshypothek zurücktreten.

Dem Berufungsgericht kann auch darin nicht gefolgt werden, daß ein durch Vereinbarung bestehen gebliebenes Recht "wirtschaftlich einer Sicherungshypothek für einen nicht erfüllten Anspruch" entspreche. Dieser Gesichtspunkt ist für die Rangfrage unerheblich. Die Revision weist im übrigen zu Recht darauf hin, daß das Bestehenbleiben wie die Befriedigung aus dem Grundstück wirkt, während in den durch §§ 118, 128 ZVG erfaßten Fällen die durch die Sicherungshypothek gesicherte Forderung gegen den Erstehrer des Grundstücks bestehen bleibt.

Da sich der Klaganspruch auch auf eine andere Rechtsgrundlage nicht stützen läßt, muß das Berufungsurteil insoweit aufgehoben und die Berufung zurückgewiesen werden. Die Klage war von vornherein unbegründet.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 91 a ZPO.

Insoweit die Parteien hinsichtlich der Widerklage den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, ist es billig, die Kosten dem Beklagten aufzuerlegen. Da die Revisionsangriffe gegen die Ausführungen

des Berufungsgerichts zur Widerklage im Kern hätten  
erfolglos bleiben müssen, wäre der Beklagte mit der  
Widerklage im wesentlichen nicht durchgedrungen.

Mattern

Offterdinger

Dr. Grell

von der Mühlen

Dr. Eckstein