

V. ZR 154/62

Verkündet
am 26. Februar 1964
Symalla, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Otto M [REDACTED] in H [REDACTED], G [REDACTED]
[REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisions-
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

1. den Lehrer i.R. Eduard B [REDACTED],

2. dessen Ehefrau Lina B [REDACTED]

geb. D [REDACTED],

beide in H [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 26. Februar 1964 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter
Dr. Augustin, Schuster, Dr. Freitag und Dr. Mattorn

für Recht erkannt:

- 1a -

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 15. Juni 1962 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

x f

- 2 -

Tatbestand:

In notarieller Urkunde vom 7. Dezember 1959 verkaufte der Beklagte sein Hausgrundstück H[REDACTED]straße [REDACTED] in S[REDACTED] für 62 500 DM an die Kläger. In der Urkunde wurde auch die Auflassung erklärt. Am 12. Dezember 1959 wurde für die Kläger eine Auflassungsvormerkung eingetragen.

Die Kläger verkauften das Grundstück in notarieller Urkunde vom 24. März 1960 ebenfalls für 62 500 DM an die Eheleute H[REDACTED] weiter und ließen es an diese auf. In dem Vertrag verpflichteten sich die Kläger, die Rechte aus der zu ihren Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung an die Eheleute H[REDACTED] auf deren Verlangen abzutreten. Die Abtretung ist jedoch nicht erfolgt.

Am 16. Juni 1960 wurde für den Beklagten auf dessen Bewilligung vom 15. Juni 1960 eine Buchgrundschuld in Höhe von 20 000 DM eingetragen.

Die Kläger wurden am 9. Juli 1960 als Eigentümer eingetragen.

Nachdem sie den Beklagten ohne Erfolg aufgefordert hatten, die Grundschuld löschen zu lassen, weil die Auflassungsvormerkung ihr entgegenstehe, haben sie beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, seine Zustimmung zur Löschung der Grundschuld zu erteilen.

der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

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



Zur Begründung hat er vorgetragen: Ende Februar 1960 hätten er und die Kläger ihren Kaufvertrag mündlich aufgehoben. Er habe den Klägern deren Aufwendungen erstatten sollen. Ein durch die Vormerkung gesicherter Auflassungsanspruch der Kläger bestehe daher nicht mehr.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Während des Berufungsrechtszugs ist folgendes geschehen: Am 30. September 1961 sind die Eheleute H. [REDACTED] als Eigentümer des Grundstücks eingetragen worden. Gleichzeitig ist die zugunsten der Kläger eingetragene Auflassungsvormerkung (und die am 19. Juli 1960 zugunsten der Eheleute H. [REDACTED] eingetragene Auflassungsvormerkung) gerötet worden. In notariellen Urkunden vom 26. und 30. Januar 1962 hat der Beklagte die Grundschuld an die Sparkasse des Landkreises H. [REDACTED] abgetreten und die Eintragung der Abtretung bewilligt. Die Eintragung ist am 5. Februar 1962 erfolgt.

Mit Rücksicht hierauf haben die Kläger beantragt,
die Berufung des Beklagten zurückzuweisen,
hilfsweise,
den Beklagten zu verurteilen, eine Löschungsbewilligung der Sparkasse beizubringen und den Klägern auszuhändigen,
hilfsweise,
festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, die Löschung der Grundschuld herbeizuführen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Kläger beantragen Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt zunächst davon ab, ob der Kaufvertrag zwischen den Parteien vom 7. Dezember 1959 entsprechend der Behauptung des Beklagten mündlich aufgehoben wurde, was vor dem Vollzug des Kaufvertrags im Grundbuch möglich gewesen wäre (vgl. Palandt, BGB 23. Aufl. § 313 Anm. 9) und das Erlöschen des durch die Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruchs der Kläger zur Folge gehabt hätte.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß der Beklagte den ihm obliegenden Beweis für die Aufhebung des Vertrags nicht erbracht habe. Es stellt auf Grund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme vielmehr folgendes fest: Ein Aufhebungsvertrag habe erst abgeschlossen werden sollen, wenn der Beklagte dafür durch Erstattung der Unkosten die tatsächlichen Voraussetzungen geschaffen habe. Der Aufhebungsvertrag habe auch erst wirksam werden sollen, wenn er beim Notar beurkundet worden sei. Dazu sei es aber nicht gekommen. Es sei zwar (am 24. März 1960) eine Vertragsaufhebung beim Notar verbunden mit einem neuen Kaufvertrag zwischen dem Beklagten und den Eheleuten H. [REDACTED] beabsichtigt gewesen. Diese Absicht habe aber nicht durchgeführt werden können, weil das Grundstück wenige Tage zuvor (am 8. März 1960) mit einer Zwangshypothek von mehr als 22 000 DM zugunsten des Architekten L. [REDACTED] belastet worden sei, die im Falle der Aufhebung

des Vortrags vom 7. Dezember 1959 wirksam geworden wäre. Die Eheleute H. hätten sich deshalb entschlossen, nicht von dem Beklagten, sondern unmittelbar von den Klägern zu kaufen. Dem habe der Beklagte nicht widersprochen. Die Tatsache, daß der Beklagte anschließend zu Rechtsanwalt R. gegangen sei, um den Vertragsabschluß zwischen den Klägern und den Eheleuten H. zu verhindern, könne allenfalls dafür sprechen, daß der Beklagte innerlich nicht mit dem Geschehensablauf einverstanden gewesen sei. Erklärt habe er aber derartiges nicht.

Das Berufungsgericht führt sodann noch aus: Die Behauptung des Beklagten, die Kläger hätten ihn über ihre Unkosten im Unklaren gelassen und damit verhindert, daß er die Bedingung, unter der die Aufhebung habe wirksam werden sollen, erfüllt habe, sei unerheblich. Denn es sei zwischen den Parteien keine Aufhebung unter einer Bedingungsvereinbarung worden. Überdies habe der Beklagte nicht bewiesen, daß er die Kläger zur Angabe ihrer Unkosten aufgefordert habe. Die Kläger hätten dies bei ihrer Parteivernehmung bestritten. Schließlich habe der dem Beklagten durch den Makler H. (im Wege eines Darlehens) zur Verfügung gestellte Betrag von 2 000 DM bei weitem nicht ausgereicht, um die Unkosten der Kläger zu decken. Allein die von ihnen geleistete Anzahlung habe 20 000 DM betragen. Unerheblich sei auch die Behauptung des Beklagten, die Kläger hätten sich durch den Abschluß des Vertrags mit den Eheleuten H. vom 24. März 1960 nicht an die Vereinbarung vom 23. März 1960 gehalten.

Denn diese Vereinbarung, nach der die Kläger damit einverstanden gewesen seien, daß die Grundstücksangelogenheit bis zum 26. März 1960 zurückgestellt werden sollte, ergebe gerade, daß bis dahin kein Aufhebungsvertrag geschlossen worden sei. Wäre ein solcher Vertrag vorher zustandegekommen, so wäre die Vereinbarung vom 23. März 1960 ohne Sinn. Darüber hinaus sei diese Vereinbarung am 24. März 1960 mit stillschweigendem Einverständnis des Beklagten aufgehoben worden. Der Beklagte habe nämlich gewußt, daß an diesem Tag vor dem Notar ein Kaufvertrag zwischen den Klägern und den Eheleuten H. [REDACTED] abgeschlossen worden sei. Dem habe er aber nicht widersprochen. Unorheblich sei schließlich, ob das von dem Zeugen B. [REDACTED] (der auf Seiten der Eheleute H. [REDACTED] an allen Verhandlungen über den Grundstückskauf teilgenommen hatte) bekundete Telefongespräch des Beklagten mit dem Architekten L. [REDACTED] (in dem dieser nach der Aussage B. [REDACTED]s die von ihm erbetene Bewilligung der Löschung der Zwangshypothek abgelehnt hat) nicht am 24. März 1960, sondern erst am 6. oder 8. April 1960 stattgefunden habe. Denn selbst wenn der Zeuge sich hier geirrt haben sollte, wäre damit noch nicht bewiesen, daß zwischen den Parteien ein Aufhebungsvertrag zustandegekommen sei.

Diese Ausführungen werden von der Revision in mehrfacher Hinsicht, jedoch ohne Erfolg angegriffen.

a) Die Revision wendet sich zunächst gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, die Kläger hätten dem Beklagten eine Anzahlung von 20 000 DM geleistet.

Sie hält diese Feststellung mit folgender Begründung für gesetzwidrig und unverständlich: Die Kläger hätten selbst nicht vorgetragen, daß sie eine solche Anzahlung geleistet hätten. Sie hätten nur behauptet, daß sie entsprechend der Bestimmung des § 5 des Kaufvertrags bis zum 15. Januar 1960 den Betrag von 20 000 DM bei dem Notar hinterlegt hätten. Der Beklagte habe aber diese Behauptung bestritten und unter Beweisantritt vorgetragen, daß die Kläger nur eine Sicherheit in dieser Höhe beschafft hätten. Der Beklagte habe weiter vorgetragen, daß er von den Klägern nur die in § 5 Abs. 3 des Kaufvertrags erwähnte Anzahlung von 100 DM erhalten habe. Der dem Beklagten von dem Makler Henkel zur Verfügung gestellte Betrag von 2 000 DM sei daher mehr als ausreichend gewesen, um die tatsächlichen Auslagen der Kläger zu decken.

Die Rüge ist gegenstandslos, da sie sich, wie sich aus den Ausführungen des Berufungsgerichts ergibt, nur gegen eine Hilfsbegründung richtet.

b) Die Revision meint sodann: Die Urkunde vom 23. März 1960 lasse keinen Zweifel daran, daß eine von zwei Möglichkeiten zutreffen müsse. Entweder sei die Darstellung des Beklagten richtig, daß die Aufhebung des Vertrags vom 7. Dezember 1959 vereinbart worden sei. Dann habe die Urkunde bedeutet, daß dem Beklagten zur Erfüllung seiner Gegenleistung, nämlich der Erstattung der Aufwendungen der Kläger, eine Frist bis zum 26. März 1960 gelassen worden sei. Oder aber

die Vereinbarung (der Vertragsaufhebung) habe, wie die Kläger behaupteten, unter der Bedingung zustandegekommen sein sollen, daß der Beklagte seiner Verpflichtung, die Aufwendungen zu erstatten, bis zum 26. März 1960 nachkomme. Gleichgültig, ob die eine oder andere Version richtig sei, in jedem Fall hätten die Kläger vertragswidrig gehandelt, als sie bereits am 24. März 1960, also zwei Tage vor Fristablauf, vollendete Tatsachen geschaffen hätten.

Auch damit kann die Revision keinen Erfolg haben. Ob darin, daß die Kläger bereits am 24. März 1960 den Kaufvertrag mit den Eheleuten H. [REDACTED] abgeschlossen haben, eine Zuwiderhandlung gegen die Vereinbarung vom 23. März 1960 liegt, ist für die hier zu entscheidende Frage, ob die Parteien den Vertrag vom 7. Dezember 1959 aufgehoben haben, ohne Bedeutung, so daß das Berufungsgericht die Behauptung des Beklagten, die Kläger hätten sich nicht an die Vereinbarung vom 23. März 1960 gehalten, mit Recht als unerheblich erklärt hat. Im übrigen gibt die Revision nicht an, wo sich der Vortrag der Kläger befindet, die Aufhebung des Vertrags vom 7. Dezember 1959 sei unter der Bedingung der Erstattung der Aufwendungen der Kläger vereinbart worden. Eine solche Vereinbarung ist nach der ausdrücklichen Feststellung des Berufungsgerichts auch nicht getroffen worden. Nach dessen Auffassung sollte ein Aufhebungsvertrag vielmehr erst geschlossen werden, wenn der Beklagte dafür durch Erstattung der Unkosten die tatsächlichen Voraussetzungen geschaffen hatte.

c) Gogenüber der Feststellung des Berufungsgerichts, der Aufhebungsvertrag habe nach dem Willen der Parteien erst mit seiner Beurkundung bei dem Notar wirksam werden sollen, meint die Revision, es stelle sich hier zunächst die vom Berufungsgericht nicht untersuchte Frage, welche Bedeutung der Abrede über die Beurkundung zugekommen sei, wenn alle Beteiligten, wie dies jedenfalls bei den Klägern der Fall gewesen sei, irrigerweise angenommen hätten, die Aufhebung eines Grundstückskaufvertrags bedürfe der notariellen Form. Darauf, ob die Parteien irrigerweise die notarielle Beurkundung des Aufhebungsvertrags für erforderlich gehalten hatten, kommt es indes nicht an, weil die Parteien sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts über die Aufhebung des Vertrags vom 7. Dezember 1959 noch nicht geeinigt hatten und deshalb ein Aufhebungsvertrag überhaupt erst mit seiner Beurkundung zustandegekommen wäre (vgl. Palandt aaO § 154 Anm. 2). Im übrigen könnte es entgegen der Meinung der Revision auch dann, wenn die Parteien sich tatsächlich schon über die Vertragsaufhebung geeinigt hätten, darauf nicht ankommen, ob sie dabei in dem Rechtsirrtum handelten, daß die notarielle Beurkundung erforderlich sei, um dem Aufhebungsvertrag Wirksamkeit zu verleihen, weil die Vorschrift des § 125 Satz 2 BGB auf die Tatsache der Formvereinbarung und nicht auf deren Gründe abstellt (RG Gruchot 69, 74; BGB RGRK 11. Aufl. § 125 Anm. 29). Soweit die Revision in diesem Zusammenhang noch meint, aus der Vereinbarung über das Erfordernis der Beurkundung im Sinne

des § 154 Abs. 2 BGB habe sich die Verpflichtung der Kläger ergeben, zu einer solchen Beurkundung mitzuwirken, übersieht sie, daß eine solche Verpflichtung allenfalls dann gegeben sein könnte, wenn die Parteien schon die Aufhebung des Vertrags vom 7. Dezember 1959 vereinbart hätten. Dies ist jedoch, wie bereits ausgeführt, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts noch nicht geschehen. Im übrigen kann bei dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt auch nicht von einer Vereinbarung der notariellen Beurkundung gesprochen werden.

d) Die Revision wendet sich weiter gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, die vor dem 24. März 1960 beabsichtigte Aufhebung des Kaufvertrags vom 7. Dezember 1959 in Verbindung mit dem Abschluß eines neuen Kaufvertrags zwischen dem Beklagten und den Eheleuten H. habe mit Rücksicht auf die Eintragung der Zwangshypothek für den Architekten L. nicht durchgeführt werden können. Sie macht dem Berufungsgericht insoweit zum Vorwurf, es habe unter Verletzung des § 286 ZPO den in das Wissen des Architekten L. gestellten Vortrag des Beklagten außer Betracht gelassen, daß bis zum 24. März 1960 die Zwangshypothek niemals Gegenstand von Überlegungen und Erörterungen gewesen sei, solche vielmehr erstmals am 6. oder 8. April 1960 stattgefunden hätten. Die Rüge ist unbegründet, weil das Berufungsgericht seine angegriffene Auffassung nicht auf etwaige Überlegungen und Erörterungen über die Zwangshypothek vor dem 24. März 1960, sondern auf die Aussagen der Zeugen A. (Bürovorsteher des Notars), B.

und Eheleute H. gestützt hat, der Zeuge A. habe den an der (vor der notariellen Beurkundung des Kaufvertrags zwischen den Klägern und den Eheleuten H. erfolgten) Besprechung vom 24. März 1960 Beteiligten die Eintragung der Zwangshypothek bekanntgegeben.

e) Soweit die Revision weiter rügt, das Berufungsgericht sei auf den ebenfalls in das Wissen des Architekten I. gestellten Vortrag des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 22. Mai 1962 (S.9) nicht eingegangen, der Architekt I. wäre auf Grund der besonderen Art seiner geschäftlichen Beziehungen zu dem Beklagten bereit gewesen, die Zwangshypothek löschen zu lassen, übersieht sie, daß sich dieser Vortrag nach dem Wortlaut des Schriftsatzes auf einen nach dem 24. März 1960 liegenden Zeitpunkt bezieht. Das Berufungsgericht brauchte deshalb auf diesen Vortrag nicht einzugehen.

f) Die Revision meint ferner, wenn die Vornehmung des Architekten I. zu dem unter d) und e) aufgeführten Vortrag des Beklagten ergeben hätte, daß der Zeuge B. sich tatsächlich geirrt haben sollte und daß er und die übrigen Beteiligten am 24. März 1960 von der Zwangshypothek noch gar nichts gewußt hätten, so wären die Feststellungen des Berufungsgerichts, soweit sie auf den Aussagen der an der Besprechung vom 24. März 1960 beteiligten Zeugen beruhten, in sich zusammengefallen. Dem steht jedoch entgegen, daß das Berufungsgericht den hier in Frage stehenden Irrtum des Zeugen B. ausdrücklich unterstellt hat und daß

der Architekt L. dafür, wie die Besprechung vom 24. März 1960 verlaufen ist, nicht als Zeuge benannt war. Er hätte hierüber auch nichts aussagen können, da er unstreitig an der Besprechung nicht teilgenommen hat. Es ist deshalb nicht ersichtlich, wieso durch eine Vernehmung des Architekten L. die auf den (beidigten) Aussagen der Zeugen A., B. und Eheleute H. beruhende Feststellung des Berufungsgerichts, das Grundstück sei wenige Tage vor dem 24. März 1960 mit einer Zwangshypothek von mehr als 22 000 DM zugunsten des Architekten L. belastet worden, hätte erschüttert werden sollen.

g) Die Revision wendet sich weiter gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Vereinbarung vom 23. März 1960 sei in stillschweigendem Einverständnis mit dem Beklagten aufgehoben worden, da dieser gewußt habe, daß der Kaufvertrag zwischen den Klägern und den Eheleuten H. abgeschlossen werde, dem aber nicht widersprochen habe. Sie meint, dieses stillschweigende Verhalten des Beklagten zu dem Abschluß dieses Kaufvertrags habe keineswegs als Rechtsverzicht auf die Vereinbarung vom 23. März 1960 aufgefaßt werden dürfen. Ob dem beizutreten wäre, kann indessen dahingestellt bleiben, da es sich bei der angegriffenen Auffassung des Berufungsgerichts, wie sich aus dessen Ausführungen ergibt, lediglich um eine Hilfsbegründung handelt. Auf diese kommt es aber nicht mehr an, da nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Hauptbegründung des Berufungsgerichts die Vereinbarung vom 23. März 1960 nicht für, sondern gegen den Abschluß eines Aufhebungsvertrags spricht.

h) Der Revision kann auch darin nicht gefolgt werden, daß die Nichteinhaltung der in dem Kaufvertrag vom 7. Dezember 1959 für die Hinterlegung des Restkaufpreises vereinbarten Fristen ein Indiz für den Abschluß eines Aufhebungsvertrags sei. Der Beklagte hat in den Tatsacheninstanzen darauf auch nicht abgestellt.

i) Der Meinung der Revision, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Kläger durch die Nichteinhaltung der Hinterlegungsfristen in Verzug geraten seien, daß sie deshalb dem Beklagten für alle Verzugsfolgen einzustehen hätten und daß der Beklagte insoweit ein Zurückbehaltungsrecht gehabt habe, steht entgegen, daß der Beklagte weder Art und Umfang der Verzugsfolgen dargetan, noch ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht hat. Dem Beklagten hierzu nach § 139 ZPO zu veranlassen, war das Berufungsgericht schon deshalb nicht gehalten, weil der Beklagte bereits vor dem Landgericht unterlegen war und deshalb alle aus dem Fortbestand des Vertrags vom 7. Dezember 1959 für ihn sich ergebenden Rechte jedenfalls in der Berufungsinstanz von sich aus hätte geltend machen müssen.

2. Dem Berufungsgericht ist entgegen der Meinung der Revision auch darin beizutreten, daß der Auflassungsanspruch der Kläger und dessen Sicherung durch die Vormerkung weder durch die Eintragung der Kläger als Eigentümer noch durch die Rötung der Vormerkung erloschen sind. Der Auflassungsanspruch ist, solange noch ein nach der Eintragung der Vormerkung ohne Zustimmung des Vormerkungsberechtigten bestelltes Grundpfandrecht im Grundbuch

steht, nicht voll verwirklicht (Hoche; DNotZ 1952, 21); denn er ist von dem Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung an nicht auf die Übertragung des Eigentums schlechthin, sondern auf die Übertragung des Eigentums ohne nacheingetragene Rechte gerichtet, die den Anspruch beeinträchtigen würden (KGJ 50, 173). Der Auflassungsanspruch erlischt deshalb nicht schon mit der Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer, sondern erst mit der Beseitigung der auf Grund unwirksamer Verfügungen eingetragenen Rechte (Palandt aaO § 886 Anm. 1 b, bb). Was die Rötung der Vormerkung anbetrifft, so ist sie offensichtlich gemäß § 19 Abs. 2 GBVerf erfolgt, wonach die Eintragung der Vormerkung, soweit sie durch die endgültige Eintragung ihre Bedeutung verliert, rot zu unterstreichen ist, und durch den in der Löschungsspalte der II. Abteilung des Grundbuchs eingetragenen Vermerk "Umgeschrieben in das endgültige Eigentum der Berechtigten" begründet worden. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine auf diese Weise erfolgte Rötung einer Löschung der Vormerkung gleichzusetzen (so Hoche DNotZ 1952, 21) oder dies mit Rücksicht darauf, daß sich aus dem als Ganzes zu lesenden Grundbuch lediglich die Umschreibung in das Eigentum der Berechtigten und nicht die Löschung der Vormerkung ergibt, zu verneinen ist (so Ripfel, Rechtspfleger 1962, 200, nach dessen Ansicht allerdings die Umschreibung in der I. Abteilung des Grundbuchs zu erfolgen hat). Denn auch im ersteren Fall wäre die Vormerkung, da sie mit Rücksicht auf die noch eingetragene Grundschuld nicht nach § 19 Abs. 2 GBVerf hätte gerötet werden dürfen und die Rötung deshalb durch ein Versehen erfolgte, nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, von der

abzuweichen der Senat keinen Anlaß hat, nicht hin-
fällig geworden; die Löschung hätte vielmehr le-
diglich zur Folge gehabt, daß für die von der rela-
tiven Unwirksamkeit betroffene Grundschuld eine mit der
wirklichen Rechtslage nicht in Einklang stehende Änderung
eingetreten wäre (RGZ 129, 184, 186; 132, 419, 423).

3. Das Berufungsgericht hat schließlich ohne Rechts-
irrtum sowohl die Aktivlegitimation der Kläger als auch
die Passivlegitimation der Beklagten bejaht.

a) Gegenstand des Rechtsstreits ist der Anspruch
der Kläger auf Zustimmung des Beklagten zur Löschung
der von ihm bestellten, nach § 883 Abs. 2 BGB den Klä-
gern gegenüber unwirksamen Grundschuld. Da dieser An-
spruch sich, wie bereits unter 2 ausgeführt, ~~aufgeführt~~
aus dem durch die Vormerkung gesicherten Auflassungs-
anspruch ergibt, die Rechte aus der Vormerkung und da-
mit auch die aus dem durch sie gesicherten Auflassungs-
anspruch aber unstreitig nicht an die Eheleute H. [REDACTED]
abgetreten worden sind, ist entgegen der Meinung der
Revision die Sachbefugnis der Kläger zur Geltendmachung
des Klageanspruchs gegeben. Diese Sachbefugnis der
Kläger ist auch nicht durch die Veräußerung des Grund-
stücks an die Eheleute H. [REDACTED] verloren gegangen. Da
der Klageanspruch aus den dargelegten Gründen einen
aus dem Kaufvertrag vom 7. Dezember 1959 entstandenen
schuldrechtlichen Anspruch der Kläger gegen den Beklagten
darstellt, ist durch seine gerichtliche Geltendmachung
das Grundstück nicht zu einer im Streit befangenen
Sache im Sinne des § 265 Abs. 1 BGB geworden (vgl.

Urteil des Senats vom 16. Januar 1963, V ZR 237/60, BGHZ 39, 21, 25/26). Es kann deshalb schon aus diesem Grund den Klägern nicht nach § 265 Abs. 3 ZPO entgegengesetzt werden, daß sie zur Geltendmachung des Klageanspruchs nicht mehr befugt seien.

b) Was die Passivlegitimation des Beklagten anbelangt, so ist sowohl der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, die Grundschuld sei als streitbefangen im Sinne des § 265 Abs. 1 ZPO anzusehen, als auch seine hieraus nach § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO gezogene Schlußfolgerung frei von Rechtsirrtum, die Abtretung der Grundschuld an die Sparkasse sei auf den Rechtsstreit ohne Einfluß, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Verurteilung des Beklagten der Sparkasse gegenüber nach § 325 Abs. 1 ZPO wirksam oder bei einem gutgläubigen Erwerb nach § 325 Abs. 2 ZPO unwirksam wäre (vgl. RGZ 121, 379, 381; Baumbach/Lauterbach, ZPO 27. Aufl. § 265 Anm. 3 D; Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 265 Anm. V 2; Wicczorek, ZPO § 265 Anm. F 3 a; Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 9. Aufl. § 101 III 3 S. 495). Entgegen der Meinung der Revision kommt es deshalb auf einen gutgläubigen Erwerb der Grundschuld durch die Sparkasse nicht an. Ein solcher wäre nach dem beiderseitigen Parteivortrag auch nicht gegeben. Die Kläger haben nämlich in ihrem Schriftsatz vom 23. Mai 1962 unbestritten einen gutgläubigen Erwerb der Sparkasse als ausgeschlossen bezeichnet, und zwar unter Bezugnahme auf den eigenen Vortrag des Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 20. Februar 1962, er habe die Sparkasse nicht darüber im unklaren gelassen, daß über die Wirksamkeit der Grundschuld mit

Rücksicht auf die eingetragene Auflassungsvormerkung noch Zweifel bestünden, und die Sparkasse habe daraufhin die Grundschuld auf ihn zurückübertragen. Da ein gutgläubiger Erwerb der Grundschuld durch die Sparkasse ohne Bedeutung ist und nach dem beiderseitigen Parteivortrag auch nicht vorliegt, kommt es auch in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob die Rötung der Auflassungsvormerkung im Grundbuch als eine den gutgläubigen Erwerb ermöglichende Löschung anzusehen ist oder nicht (vgl. Hoche aaO und Ripfel aaO).

4. Da die Ausführungen des Berufungsgerichts auch im übrigen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten enthalten, war dessen Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Freitag

Mattern