

V ZR 203/56

2357 046

Verkündet am 2. April 1958
Symalla, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Freifrau Antonie von K [REDACTED], R [REDACTED] -
[REDACTED], B [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägorin, Berufungs-
beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma I [REDACTED]-Bau AG., vertreten durch ihren Vorstand,
den Regierungsbaumeister H [REDACTED],

beide B [REDACTED], M [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte, Berufungs-
klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 2. April 1958 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundes-
richter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Rothe und Dr. Mattern
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivil-
senats des Kammergerichts vom 4. Mai 1956 wird
auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin finanzierte ab 1950 in B [REDACTED] Grundstücksinstandsetzungsarbeiten auf Grund Kreditvertrags mit dem rückerstattungspflichtigen Grundstückseigentümer H [REDACTED] und dem Treuhänder. Durch Rückerstattungsbeschuß des Landgerichts - Wiedergutmachungskammer - Berlin vom 15. April 1952 wurden H [REDACTED] zur Rückerstattung an die früheren Eigentümer (David Bo [REDACTED] 1/2, Ida I [REDACTED] und Bertha W [REDACTED] je 1/4) und diese zu schuldbefreiender Übernahme der Wiederaufbauschuld an die Klägerin in Höhe von derzeit ca. 29 200 DM (BDL) verurteilt. Im Grundbuch wurde das Grundstück auf die Rückerstattungsberechtigten als Eigentümer umgeschrieben. Wenige Tage später wurde auf Grund einstweiliger Verfügung zu Gunsten der Klägerin eine Vormerkung zur Einräumung einer Sicherungshypothek in Höhe von 29 197,55 DM ohne Zinserwähnung eingetragen. Danach haben die Rückerstattungsberechtigten bzw. ihre Erben das Grundstück an die Beklagte verkauft und veräußert; die Beklagte übernahm dabei in Anrechnung auf den Kaufpreis u.a. diese Hypothekenvormerkung und die zugrunde liegende Verbindlichkeit; wobei die Valuta auf etwa 27 983,50 DM nebst Zinsen beziffert wurde, sowie 77,17 DM weitere Reparaturschuld. Die Rückerstattungsberechtigten bzw. ihre Erben haben teils vor, teils nach Rechtshängigkeit alle Schuldbefreiungsansprüche gegen die Beklagte aus dem Kauf in Höhe von etwa 27 983,50 DM nebst Zinsen an die Klägerin erfüllungshalber abgetreten. Erforderliche Devisengenehmigungen sind erteilt.

Die Beklagte hat auf die Forderung der Klägerin vor und nach Rechtshängigkeit eine Reihe von Zahlungen geleistet.

- 3 -

Die Parteien stritten im wesentlichen um die Verzinslichkeit und die Fälligkeit der Forderung der Klägerin: die Klägerin machte Verzinslichkeit gemäß dem ursprünglichen Kreditvertrag und Fälligkeit der gesamten Kapitalschuld infolge Nichtzahlung der Zinsen geltend; die Beklagte hielt auf Grund der Nichterwähnung von Zinsen im Rückerstattungsbeschluß und in der Hypothekenvormerkung Unverzinslichkeit für gegeben und berief sich auf die Ratenvereinbarung des ursprünglichen Kreditvertrags. Infolgedessen bestand auch Streit über die Verrechnung einer Reihe von Zahlungen der Beklagten auf Kapital oder Zinsen und demgemäß über die Höhe der jeweiligen Kapitalschuld; diese wurde von der Klägerin bei Klagenerhebung mit 27 983,50 DM, in der Schlußverhandlung der Berufungsinstantz mit 15 483,50 DM beziffert, von der Beklagten dagegen mit nur 23 796,32 DM bei Klagenerhebung (und in einem nach der Schlußverhandlung der Berufungsinstantz eingekommenen Schriftsatz auf diesen Zeitpunkt mit 14 852,85 DM).

Die Klägerin erhob Klage auf: 1. Zustimmung zur Eintragung einer Sicherungshypothek in Höhe von 27 983,50 DM nebst Zinsen, 2. Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen, 3. hilfsweise: Zahlung von 5 250 DM, später ermäßigt auf 3 369,30 DM nebst Zinsen (Tilgungsraten 1953 bis 1955), 4. hilfsweise: Zahlung der genannten vollen Kapitalsumme (27 983,50 DM) nebst Zinsen aus dem Grundstück.

Das Landgericht hat durch Teil- und Schlußurteil die Ratenzahlungsklage (Antrag 3) mit Einschränkung in der Zinshöhe zugesprochen, die übrigen Klagen als unbegründet abgewiesen und von den Kosten 3/4 der Klägerin und 1/4 der Beklagten auferlegt. Das Landgericht bejahte hinsicht-



lich des persönlichen Zahlungsanspruchs einerseits die Verzinslichkeit, andererseits die Fälligkeit in Raten. Die Hypothekenbestellungsklage (Antrag 1) und die dingliche Zahlungsklage (Antrag 4) wurden als nicht schlüssig angesehen, weil dort die im Fall des § 888 BGB erforderliche vorherige Verurteilung des persönlichen Vermerkungsschuldners (Rückerstattungsberechtigte) fehle und hier die Entstehung der Hypothek selbst.

Gegen die Klagabweisung (Teilurteil) hat die Klägerin, gegen die Verurteilung (Schlußurteil) hat die Beklagte Berufung eingelegt; die Klägerin hat außerdem die Kostenentscheidung des Schlußurteils mit unselbständiger Anschlußberufung angefochten.

Während des Berufungsverfahrens hat die Beklagte die landgerichtliche Urteilssumme (3 369,30 DM Tilgungsraten 1953/55) zuzüglich der Zinsen bezahlt. Die Parteien haben daraufhin übereinstimmend mit Ausnahme der Hypothekenzustimmungsklage (Antrag 1) die Hauptsache in vollem Umfange für erledigt erklärt.

Das Berufungsgericht hat der Hypothekenzustimmungsklage (Antrag 1) im zuletzt beantragten Umfang mit geringfügiger Einschränkung hinsichtlich Höhe und Verzinsung, nämlich in Höhe von 14 455,85 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 1. Februar 1956 stattgegeben und im übrigen die Erledigung der Hauptsache festgestellt und von den Kosten beider Instanzen 1/15 der Klägerin und 14/15 der Beklagten auferlegt.

Mit der form- und fristgerecht eingelegten Revision begehrt die Beklagte hinsichtlich der zugesprochenen Hypothekenzustimmungsklage Urteilsaufhebung und Erledigterklärung, sowie Änderung der Kostenentscheidung. Sie rügt Verletzung der §§ 156, 220 ZPO; § 888 BGB.

Die Klägerin beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Die Beklagte hat nach der Schlußverhandlung in der Berufungsinstanz (17. April 1956), einen Tag vor dem Urteilsverkündungstermin, beim Berufungsgericht einen Schriftsatz eingereicht, der neuerliche Zahlungen (2 000 DM und Zinsen) in der Zeit nach der letzten mündlichen Verhandlung und eine neuerlich beim Grundbuchamt eingereichte Hypothekenbewilligung für die hiernach von der Beklagten errechnete Restschuld (12 852,65 DM nebst Zinsen) behauptet und im Hinblick darauf die Hauptsache auch hinsichtlich der allein noch anhängigen Hypothekenzustimmungsklage für erledigt erklärt. Das Berufungsgericht hat diesen Schriftsatz in den Urteilsgründen ausdrücklich erwähnt, aber wegen des späten Zeitpunkts seines Eingangs nicht berücksichtigt (Urteil S. 15). Die Revision rügt hierwegen Unterlassung der Prüfung, ob nicht von der Möglichkeit Gebrauch zu machen war, die Verhandlung wieder zu eröffnen (§ 156 ZPO).

Die Rüge ist unbegründet. Nach einhelliger Rechtsprechung ist die Wiedereröffnung einer mündlichen Verhandlung nur geboten, wenn in der geschlossenen mündli-

chen Verhandlung ein unbeachtet gebliebener Anlaß zur Ausübung der Fragepflicht (§ 139 ZPO) bestand, die Wiedereröffnung also gegründet wird auf Tatsachenmaterial, das bereits im Prozeßstoff enthalten war, wenn auch nur als aufklärungsbedürftiger Punkt; auf Wiedereröffnungsanträge zwischen der letzten mündlichen Verhandlung und der Entscheidung oder im Verkündungstermin einzugehen, ist das Gericht sonst nicht verpflichtet, insbesondere nicht, soweit sie neues Vorbringen enthalten (RGZ 102, 262, 266; BayrObLG HEZ 2, 291, 293, = BayrObLGZ, Neue Folge 1, 70, 72; Stein/Jonas/Schönke ZPO 18. Aufl. § 156 I, Wieczorek ZPO § 156 B II; Baumbach/Lauterbach ZPO 24. Aufl. § 156 Anm. 1, 2). Die Wiedereröffnung einer mündlichen Verhandlung auf Grund nachträglichen Parteivorbringens ist zwar nicht unzulässig - insbesondere dann, wenn erhebliche Umstände erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung eintraten oder der Partei bekannt wurden - (Baumbach aaO), steht aber in jedem Falle im freien richterlichen Ermessen, das in der Revisionsinstanz nicht nachprüfbar ist. Dafür, daß das Berufungsgericht die rechtliche Möglichkeit der Wiedereröffnung nicht gekannt oder ihre Angemessenheit nicht geprüft oder dabei einen Ermessensverstoß begangen hätte, liegt kein Anhaltspunkt vor. Insbesondere läßt sich das nicht daraus herleiten, daß das Berufungsgericht eine Berücksichtigung des Schriftsatzinhalts für unmöglich erklärte. Daß es die Möglichkeit einer Wiedereröffnung nicht ausdrücklich erörtert hat, ist ebenfalls nicht zu beanstanden; denn diese Frage bedarf nicht einmal dann, wenn ein ausdrücklicher Wiedereröffnungsantrag gestellt ist, eines Bescheides oder einer Erörterung im Urteil (RG JW 1902, 543). In tatsächlicher Hinsicht konnte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß

die im nachgeschobenen Schriftsatz behaupteten neuerlichen Zahlungen der Beklagten zwar eine Verringerung der Klagsumme bewirken konnten, aber zur weiteren Hinausschiebung der Instanzbeendigung deshalb keinen hinreichenden Grund darstellten, weil die Beklagte während des Prozesses bereits eine Reihe von Teilzahlungen geleistet und unter Berufung darauf schon mehrfach Terminsverlegungen und Vergleichswiderrufe herbeigeführt hatte.

2. Die Revision macht geltend: Die Sache sei zum festgesetzten Verkündungstermin (4. Mai 1956, 12 1/2 Uhr) nicht auch in dem als Warteraum dienenden Vorraum des Gerichtssaals aufgerufen worden, es fehle daher an einem Aufruf der Sache im Sinne des Gesetzes (§ 220 ZPO); dadurch sei ihr Prozeßbevollmächtigter, der mit ihr zusammen im Vorraum auf den Sachaufruf gewartet habe, verhindert worden, vor Urteilsverkündung auf seinen nachgeschobenen Schriftsatz hinzuweisen, wodurch er ohne weiteres die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung erreicht hätte.

Auch diese Rüge ist unbegründet.

Ihr Sachvortrag steht zunächst im Widerspruch zum Inhalt der Sitzungsniederschrift des Berufungsgerichts vom 4. Mai 1956, wonach die Sache aufgerufen worden ist ("... erschien bei Aufruf: niemand"). Ein Protokollberichtigungsantrag der Beklagten dahingehend, daß die Worte "bei Aufruf" gestrichen werden, wurde durch eine vom Berichterstatter gezeichnete "Verfügung auf Vortrag" vom 2. Juni 1956 dahin verbeschieden, eine Berichtigung sei nicht möglich, weil der Sachaufruf im Sinne von § 220 ZPO der Aufruf im Gerichts-

saal durch den Vorsitzenden sei, dieser Aufruf stattgefunden habe und das Protokoll deshalb keine unrichtige Tatsache enthalte. Es kann dahingestellt bleiben, ob dadurch der Protokollberichtigungsantrag formell ordnungsmäßig erledigt war; denn die Beklagte ist auf diesen ihren Antrag dem Berufungsgericht gegenüber nicht mehr zurückgekommen und hat in der Revision insoweit einen Verfahrensverstoß nicht gerügt. Nach dem hiernach unverändert gebliebenen Inhalt der Sitzungsniederschrift hat der Verkündungstermin durch den Aufruf der Sache begonnen. Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Sitzungsniederschrift (§§ 160 ff) gelten auch für einen auf die letzte mündliche Verhandlung folgenden, nur zur Verkündung einer Entscheidung bestimmten Termin (Baumbach/Lauterbach § 160 Anm. 2 C g; vgl. § 160 Abs. 2 Nr. 6 ZPO). Der Sachaufruf des § 220 ZPO ist Förmlichkeit im Sinn von § 164 (Baumbach/Lauterbach § 164 Anm. 1; die von der Revisionsklägerin im Verhandlungstermin zitierte Entscheidung BGH II ZR 203/54 vom 28. November 1955, S. 24, besagt nichts Gegenteiliges); die dahingehende Protokollfeststellung ist daher bindend, abgesehen von dem von der Revision nicht behaupteten Fall der Fälschung; ein Irrtums- oder Unrichtigkeitsnachweis ist nicht zulässig (die Entscheidung OGHZ 1, 286 läßt zwar einen vom protokollierten abweichenden Sachverhalt dann gelten, wenn beide Parteien darüber einig sind, betrifft jedoch nicht den Fall, daß das Gericht auf dem Protokollierten beharrt; vielmehr war dort die Sitzungsniederschrift im Sinne der Beanstandung berichtigt worden, nur die Frage der prozessualen Verwertbarkeit der Berichtigung - weil sie dem Rechtsmittel möglicherweise den Boden entzog - in Zweifel gezogen worden; es kann dahinge-

stellt bleiben, ob dieser Entscheidung beizutreten ist; auf den Fall, daß das Gericht am Protokollinhalt festhält, kann sie jedenfalls nicht ausgedehnt werden).

Aber auch wenn man die Verkündungsniederschrift des Berufungsgerichts unter Berücksichtigung der Verfügung des Berichterstatters vom 2. Juni 1956 dahin auslegt, daß sie nur den Sachaufruf im Gerichtssaal, nicht auch den im Vorraum beurkundet, hat die Rüge keinen Erfolg. Für diesen Fall kann dahingestellt bleiben, ob zum Sachaufruf im Sinne des Gesetzes (§ 220 ZPO) außer dem Aufruf durch den Vorsitzenden im Gerichtssaal auch ein (vorangehender) Aufruf durch den Gerichtswachtmeister oder einen sonst Beauftragten in einem üblicherweise zum Aufenthalt der Wartenden dienenden sonstigen Raum (Gang, Wartezimmer) gehört (RGZ 76, 101 läßt offen; vgl. Stein/Jonas/Schönke § 220 I 2, Wieczorek § 220 A I und II) sowie bejahendenfalls, ob das auch gilt für den nur noch (nachdem die Vergleichsfrage sich erledigt hatte) zur Verkündung einer Entscheidung bestimmten Termin, in dem eine Vertretung der Parteien nicht vorgeschrieben und kaum üblich ist; die Wirksamkeit des Urteils wird durch einen etwaigen Verstoß nicht berührt. Ein etwaiger Verfahrensverstoß hinsichtlich des Sachaufrufs war jedenfalls für das angefochtene Urteil nicht ursächlich: Ein zur Verkündung einer Entscheidung anberaumter Termin ist nicht zur mündlichen Verhandlung bestimmt (RG LZ 1932, 962; Stein/Jonas/Schönke § 310 II, Wieczorek § 310 B I b 1), das Berufungsgericht konnte also im Termin vom 4. Mai 1956 mündliche Anträge als solche überhaupt nicht entgegennehmen, sondern nur als bloße Anregungen; die allein geltend gemachte und in Frage

kommende Anregung auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung war aber von der Beklagten bereits vorher, nämlich durch den am 3. Mai 1956 eingekommenen Schriftsatz vom 2. Mai 1956, gegeben worden; daß das Berufungsgericht diesen Schriftsatz vor dem Verkündungstermin nicht mehr zur Kenntnis genommen hätte, ist nicht behauptet. Unter diesen Umständen kann mit Sicherheit angenommen werden, daß das Berufungsgericht einer etwaigen im Verkündungstermin vor Urteilsverkündung vorgebrachten mündlichen Anregung der Beklagten auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ebensowenig nachgekommen wäre, wie es den Schriftsatz der Beklagten vom 2. Mai 1956 zum Anlaß einer Wiedereröffnung genommen hat. Daß die Unterlassung der Wiedereröffnung als solche keinen Rechtsverstoß bedeutete, ist bereits ausgeführt (oben 1).

II.

Auch das materielle Recht ist durch die angefochtene Entscheidung nicht verletzt.

1. Die Revision stellt zur Nachprüfung, ob die Klage gegen den vormerkungswidrigen Rechtserwerber auf Zustimmung zur Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs (§ 888 BGB) zulässig war, bevor eine Eintragungsbewilligung des Vormerkungsschuldners vorlag. Die Nachprüfung ergibt die Richtigkeit des angefochtenen Urteils.

a) Bei vormerkungswidrigem Rechtserwerb (hier: Grundstücksveräußerung nach Hypothekenvormerkung) hat der Vormerkungsgläubiger (hier: Klägerin) im Normalfall Ansprüche gegen zwei verschiedene Personen: auf Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs (hier: auf Hypothekenbestellung) gegen den Vor-

merkungsschuldner (hier: Rückerstattungsberechtigter) und auf Zustimmung dazu nach § 888 BGB gegen den Erwerber (hier: Beklagte). Beide Ansprüche müssen geltend gemacht werden, damit das vorgemerkte dingliche Recht (hier: Hypothek) entsteht. In welcher Reihenfolge sie geltend gemacht werden, steht im Belieben des Gläubigers; er kann beide Schuldner zusammen verklagen oder den Vormerkungsschuldner vor dem Erwerber oder den Erwerber vor dem Vormerkungsschuldner (RGZ 53, 28; BGB RGRK 10. Aufl. § 888 Anm. 1; Seufert bei Staudinger BGB 11. Aufl. § 888 Anm. 4 a, entgegen der Voraufgabe; Erman/Westermann BGB § 888 Anm. 6; Palandt Anm. 1; Wolff/Raiser Sachenrecht 10. Bearb. 1957 § 48 III Anm. 31; a.A. Reichel JhJ 46 S. 117 Fußnote 1). Das entspricht nicht nur dem Gesetzeswortlaut (§ 888 BGB spricht von Zustimmung, und nach §§ 183, 184 BGB kann die Zustimmung sowohl im voraus als auch nachträglich erteilt werden) und der natürlichen Betrachtungsweise, sondern auch dem praktischen Bedürfnis. Es bedeutet keine unbillige Beeinträchtigung des Erwerbers, da er dem Gläubiger nicht nur eigene Einreden (aus dem Rechtsverhältnis Gläubiger-Erwerber), sondern auch Einreden des Vormerkungsschuldners (aus dem Rechtsverhältnis zwischen diesem und dem Gläubiger) entgegensetzen kann, wie ebenfalls in der Rechtsprechung anerkannt ist (Seufert bei Staudinger aaO Anm. 6 mit Nachweisen). Infolgedessen steht der Umstand, daß die Klägerin bisher die Voreigentümer (Rückerstattungsberechtigter bzw. Erben) nicht verklagt hat, einer Klage gegen sie selbst auf Zustimmung zur Hypothek nach § 888 BGB nicht entgegen.

b) Darauf kommt es jedoch nicht entscheidend an. Das Berufungsgericht hat nämlich seine Verurteilung nur für-

sorglich auf § 888 BGB gestützt und in erster Linie darauf, daß die Beklagte in einer Person nicht nur Erwerber, sondern auch Vormerkungsschuldner und deshalb eine Klage gegen die Voreigentümer zur Begründung der Hypothek gar nicht erforderlich sei. Auch das trifft in Begründung und Ergebnis zu.

Nach den mit der Revision nicht bekämpften Feststellungen des Berufungsgerichts stand der Klägerin im Zeitpunkt des Grundstückserwerbs durch die Beklagte ein Werklohnanspruch in Höhe von rund 28 000 DM nebst Zinsen gegen die Voreigentümer (Rückerstattungsberechtigten) zu. Infolgedessen konnte sie von diesen Voreigentümern auch Einräumung einer Sicherungshypothek dafür nach § 648 BGB verlangen, wie von der Beklagten nicht in Zweifel gezogen wird. Die Beklagte hat in den Kaufverträgen die Übernahme der Vormerkung und der ihr zu Grunde liegenden Schuld der Voreigentümer erklärt; dadurch sollten, wie der Zusammenhang der Urteilsgründe des Berufungsgerichts erkennen läßt, die gesamten Verpflichtungen der Voreigentümer gegenüber der Klägerin aus dem Werkvertrag übernommen werden, also auch der durch die Vormerkung gesicherte Hypothekenbestellungsanspruch aus § 648 BGB. Diese Übernahme ist zwar mangels Genehmigung durch die Klägerin als Gläubigerin nach § 415 Abs. 1 und 2 BGB als Schuldübernahme nicht wirksam geworden, so daß die Voreigentümer im Außenverhältnis zur Klägerin weiterhin Schuldner der Werkvertragsverpflichtungen und damit auch der vorgemerkten Schuld blieben. Die Übernahme begründete aber nach § 415 Abs. 3 BGB im Innenverhältnis einen Anspruch der Voreigentümer gegen die Beklagte auf Befreiung von der Zahlungs- und Hypothekenbestellungsschuld der Voreigentümer gegenüber

der Klägerin, Dieser Befreiungsanspruch war Gegenstand der Abtretung durch die Voreigentümer an die Klägerin; da die Klägerin Gläubiger der Ansprüche war, die den Gegenstand des Befreiungsanspruchs der Voreigentümer bildeten, war die Abtretung des sonst unabtretbaren Befreiungsanspruchs zulässig und bewirkte die Umwandlung des Befreiungsanspruchs in einen Leistungsanspruch (BGHZ 12, 136). Die nunmehr von der Beklagten an die Klägerin geschuldete Leistung besteht in der Zahlung des restlichen Werklohns und in der Bestellung einer Sicherungshypothek dafür. Auf diesem Weg ist die Beklagte - neben den der Klägerin weiter haftenden Voreigentümern - auch Vormerkungsschuldnerin geworden.

Ist jedoch der vormerkungswidrige Erwerber eines Grundstücksrechts (hier: Beklagte als Grundstückserwerberin) zugleich persönlicher Schuldner des vorgemerkten Anspruchs (hier: Hypothekenbestellungsanspruch der Klägerin), dann bedarf es zur Verwirklichung dieses Anspruchs der Mitwirkung des ursprünglichen Vormerkungsschuldners (hier: Voreigentümer) nicht; der Gläubiger (hier: Klägerin) kann vielmehr vom Erwerber - über den Zustimmungsanspruch nach § 888 BGB hinaus - die Begründung des durch Vormerkung gesicherten Grundstücksrechts (hier: Hypothekenbestellung) unmittelbar verlangen; dabei spielt es keine Rolle, ob der ursprüngliche Vormerkungsschuldner noch neben dem Erwerber für die vorgemerkte Schuld weiter haftet oder nicht. Daß der Erwerber das vorgemerkte Grundstücksrecht (soweit es seine grundbuchmäßige Stellung zuläßt) auch selbst unmittelbar nicht nur bestellen darf (§ 267 BGB), sondern auch rechtswirksam bestellen kann, auch wenn er nicht zugleich Vormerkungsschuldner ist, ist heute in Rechtsprechung und Lehre mit

ckg-
Recht allgemein anerkannt (RGZ 53, 28; KGJ 51, 192; Wolff/
Raiser aaO § 48 Anm. 32; Planck/Strecker BGB § 888 Anm. 2
a; Seufert bei Staudinger aaO Anm. 4 a; RGRK aaO Anm. 1
nach c; Erman/Westermann Anm. 1; Soergel BGB 8. Aufl.
§ 888 Anm. 2; Palandt BGB 17. Aufl. Anm. 4 c). Daß der
Erwerber infolge der Vormerkung materiell und formell
nicht Vollberechtigter (hier: Volleigentümer) ist (§ 883
Abs. 2 BGB), steht der Vollwirksamkeit seiner Verfügung
über das Recht (hier: durch Belastung mit Hypothek) in diesem
Falle nicht entgegen, da die Verfügung zu Gunsten des Vor-
merkungsgläubigers getroffen wird und die Vormerkung den
Vormerkungsgläubiger nicht beeinträchtigen, sondern be-
günstigen will (vgl. die angeführten Zitate). Auch formell-
grundbuchrechtlich ist eine Mitwirkung des ursprünglichen
Vormerkungsschuldners (durch Eintragungsbewilligung) nicht
erforderlich, obwohl er durch die Vormerkung noch als teil-
weise (relativ) Berechtigter (hier: Grundstückseigentümer)
eingetragen ist; denn die obengenannte Zielrichtung der
Vormerkung (nur zu Gunsten, nicht zu Ungunsten des Gläubi-
gers) ergibt, daß der Vormerkungsschuldner für eine der Ver-
wirklichung des vorgemerkten Anspruchs dienende Verfügung
des Erwerbers auch grundbuchrechtlich nicht als Betroffener
im Sinne von § 19 GBO anzusehen ist. Diese schon im Normal-
fall gegebene Befugnis des Erwerbers zur Begründung des
vorgemerkten Grundstücksrechts wird dann, wenn er wie
hier zugleich persönlicher Vormerkungsschuldner ist, zur
Pflicht.

Die Klägerin hat also gegen die Beklagte einen un-
mittelbaren Anspruch auf Hypothekenbestellung. Dieser An-
spruch, nicht der bloße Zustimmungsanspruch des § 888 BGB
ist mit der Klage geltend gemacht und vom Berufungsge-
richt zugesprochen. Das ergibt sich daraus, daß Klägerin

und Berufungsgericht wiederholt und eindeutig darauf abheben, eine Mitwirkung der Voreigentümer sei zur Hypothekenbegründung nicht erforderlich. Daß sich die Klägerin daneben auf § 888 BGB beruft, ist demgegenüber unschädlich. Ebenso wenig steht entgegen, daß der Antrag der Klägerin und die Formel des Berufungsurteils nur von Zustimmung zur Eintragung sprechen; damit ist bei verständiger Betrachtung nicht die Zustimmung nach § 888 BGB, sondern diejenigen Erklärungen der Beklagten gemeint, die zur Entstehung einer Hypothek ohne Zutun der Voreigentümer erforderlich sind. Das ist materiellrechtlich die Hypothekenbestellungserklärung nach §§ 873, 1113, 1184 BGB und formellrechtlich die Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO; in diesem Sinne ist die Verurteilung des Berufungsgerichts auszulegen.

2. Schuldhöhe und Verzinslichkeit sind vom Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei festgestellt. Hinsichtlich der Verzinslichkeit gilt dies insbesondere von der Würdigung des Rückerstattungsbeschlusses durch das Berufungsgericht sowie von der Erwägung, daß die Nichteintragung von Zinsen in der Hypothekenvormerkung einem Hypothekeneintrag mit Zinsen deswegen nicht entgegensteht, weil neuerliche Grundstücksbelastungen nicht vorliegen und deshalb die Frage des Grundbuchsstands insoweit nicht auftaucht.

Auch im übrigen ist ein Rechtsirrtum des Berufungsgerichts nicht ersichtlich.

III.

Die Revision war daher mit Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Eine Abänderung der Kostenentscheidung des Berufungsgerichts war nicht möglich, weil sie die zugrunde zu legenden gesetzlichen Bestimmungen vollzählig heranzieht und in der Ausübung des bei der Kostenverteilung durch §§ 91 a und 92 ZPO maßgebenden Ermessens einen Rechtsfehler nicht erkennen läßt, die Angemessenheit der Kostenverteilung darüber hinaus aber der Nachprüfung des Revisionsgerichts nicht unterliegt (BGH IM Nr. 1 zu § 91 a ZPO).

Dr. Tasche

Rothe

Dr. Augustin

Dr. Mattern

Schuster