

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

ZVG §§ 44, 48

Eine Auflassungsvormerkung, die dem Anspruch des Gläubigers vorgeht, ist in das geringste Gebot aufzunehmen. Das gilt auch dann, wenn die Vormerkung einen bedingten Auflassungsanspruch sichert.

ZVG §§ 50 Abs. 2 Nr. 1, 51

Wenn bei einer bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten Auflassungsvormerkung der Auflassungsanspruch nicht entstand, weil nach der Erteilung des Zuschlags eine aufschiebende Bedingung ausgefallen ist, so hat der Ersteher die Ersatzzahlung zu leisten. Diese vermindert sich um den Betrag, der etwa zur Nichtentstehung des Auflassungsanspruchs aufgewendet werden muß.

BGH, Urt.v. 28. Oktober 1966 - V ZR 11/64 OLG Köln
LG Bonn

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 11/64

Verkündet am

28. Oktober 1966

Hirth, Justiz-
angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Gastwirts Josef H [REDACTED] in D [REDACTED]-B [REDACTED],
Ha [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten, Revisionsklägers
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Witwe Helene S [REDACTED] geb. Ha [REDACTED] in B [REDACTED],
F [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin, Revisionsbeklagte
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Hill

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 7. November 1963 wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlußrevision der Klägerin wird die Kostenentscheidung dieses Urteils dahin abgeändert, das von den Kosten der ersten und zweiten Instanz die Klägerin je 1/5 und der Beklagte je 4/5 zu tragen hat.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Geschwister und mit zwei weiteren Geschwistern sowie den Kindern einer verstorbenen Schwester Miterben ihrer im Jahre 1954 verstorbenen Mutter. Zu deren Nachlaß gehörte das aus zwei Parzellen bestehende Hausgrundstück W[REDACTED]straße [REDACTED] in B[REDACTED], dessen Zwangsversteigerung der Beklagte zum Zwecke der Aufhebung der Erbengemeinschaft beantragt hatte.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

In dem Versteigerungstermin vom 9. Februar 1961 waren der Beklagte und seine Schwester Berta K. geb. Ha. zu je 1/2 Anteil mit dem Gebot eines durch Zahlung zu berichtigenden Betrags von 11 100 DM Meistbietende geblieben. Im selben Termin wurde ihnen auch der Zuschlag erteilt.

Nach dem geringsten Gebot blieben Rechte im Gesamtbetrag von 197 463,93 DM bestehen, während der durch Zahlung zu berichtigende Teil des geringsten Gebotes 10 852,25 DM betrug.

Zu den bestehen bleibenden Rechten gehörten eine am 23. Januar 1926 eingetragene Auflassungsvormerkung zugunsten der Stadt B., deren Wert in dem Versteigerungstermin nach Anhörung der Beteiligten durch Beschluß auf 120 000 DM festgesetzt wurde, und eine ebenfalls am 23. Januar 1926 für die Stadt B. eingetragene Buchhypothek für Darlehen in Höhe von 8 000 GM, die mit 8 000 DM in das geringste Gebot eingesetzt wurde.

Zwischen diesen beiden Rechten bestand insofern ein Zusammenhang, als nach der von der Erblasserin und ihrem damals noch lebenden Ehemann unterzeichneten Schuldurkunde vom 1. Dezember 1925 über das zur Durchführung eines Bauvorhabens gewährte Darlehen in Höhe von 8 000 GM der Stadt B. als Darlehensgeberin ein durch die Auflassungsvormerkung gesichertes Ankaufsrecht für bestimmte Fälle (Vornahme baulicher Veränderungen ohne vorherige Genehmigung, nicht fristgerechte Durchführung des Bauvorhabens, Eigentumswechsel außer Erbgang usw.) mit der Maßgabe eingeräumt wurde, daß es ein Jahr "nach Rückzahlung bzw. Tilgung gelöscht werden" konnte.

Die Auflassungsvormerkung wurde am 30. Mai 1962 im Grundbuch gelöscht, nachdem die Stadt B. mit ihrer rest-

lichen Darlehensforderung in Höhe von 462,18 DM befriedigt und die aus der Hypothek entstandene Hypothekengewinnabgabe in Höhe von 861,68 DM bezahlt worden war.

Die Klägerin hat vorgetragen: Der Beklagte habe mit der Durchführung der Zwangsversteigerung die vor und während des Verfahrens zwischen den Miterben getroffenen Vereinbarungen über einen freihändigen Verkauf des Grundstücks verletzt und das Verfahren auch deshalb durchgeführt, weil er gewußt habe, daß der Wert der mit 120 000 DM angesetzten Auflassungsvormerkung in Wahrheit gleich Null sei. Der Beklagte habe das Gericht getäuscht und in Unkenntnis der Klägerin und des Gerichts diese Tatsache ausgenutzt. Er habe sich sonach sowohl nach § 826 als auch nach § 823 Abs. 2 BGB schadensersatzpflichtig gemacht.

Von dem von ihr auf 15 000 DM bezifferten Schaden hat die Klägerin zunächst einen Teilbetrag geltend gemacht. Sie hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an sie 1 100 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 7. November 1961 zu zahlen.

Der Beklagte hat Klageabweisung und im Wege der Widerklage beantragt,

festzustellen, daß der Klägerin weder die Klagesumme von 1 100 DM noch ein weiterer Schadensersatzanspruch in Höhe von 13 900 DM zustehe.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

In der Berufungsinstanz hat die Klägerin den ihr entstandenen Schaden nur noch auf 12 000 DM beziffert und beantragt, den Beklagten zur Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen zu verurteilen. Die Parteien haben daraufhin die

Widerklage für erledigt erklärt und jeweils beantragt, insoweit dem Gegner die Kosten aufzuerlegen. Die Klägerin hat noch hilfsweise beantragt, den Beklagten zu verurteilen, zugunsten der Erbengemeinschaft einen Betrag von 12 000 DM nebst 4 % Zinsen seit 7. November 1961 zu hinterlegen.

Das Berufungsgericht hat nach weiterer Beweisaufnahme die Abweisung des Hauptantrags bestätigt und dem Hilfsantrag stattgegeben, den Zinsanspruch jedoch erst ab 24. September 1963 für begründet erachtet. Die Widerklage hat es als erledigt erklärt. Die Kosten der ersten Instanz hat es dem Beklagten und die der Berufungsinstanz der Klägerin auferlegt.

Hiergegen haben der Beklagte Revision und die Klägerin Anschlußrevision eingelegt. Der Beklagte erstrebt völlige Klageabweisung und die Klägerin den Wegfall der ihr auferlegten Kostenpflicht. Beide Parteien beantragen, das gegnerische Rechtsmittel zurückzuweisen.

Der Beklagte hat mit Schriftsatz vom 20. Mai 1966 seiner Schwester Berta K. [REDACTED] geb. Ha. [REDACTED] den Streit verkündet mit der Begründung, er nehme sie für den Fall des ihm ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits mit der Hälfte des ihm auferlegten Betrags nebst Zinsen in Anspruch.

Entscheidungsgründe:

1. Da die Klägerin mit ihrer Klage, soweit sie in die Revisionsinstanz gelangt, also auf §§ 50, 51 ZVG, § 812 BGB gestützt ist, die nachträgliche Zahlung eines Ersatzbetrags nach §§ 50, 51 ZVG begehrt, hat das Berufungsgericht insoweit zutreffend das Rechtsschutz-

bedürfnis bejaht (vgl. Urteil des Senats vom 2. November 1965, V ZR 82/63, NJW 1966, 154).

2. In der Sache selbst ist davon auszugehen, daß die streitige Vormerkung den Anspruch der Stadt B [REDACTED] auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück M. [REDACTED] -straße [REDACTED] in B [REDACTED] sichern sollte, der für die Stadt B [REDACTED] aus dem ihr in der Schuldurkunde vom 1. Dezember 1925 für bestimmte, dort im einzelnen aufgeführte Fälle eingeräumten Ankaufsrecht entstehen konnte. Hieraus ergibt sich, daß die Vormerkung einen durch das Entstehen des Ankaufsrechts, also aufschiebend bedingten Anspruch auf Eigentumsübertragung sichern sollte.

a) Bei dieser Sachlage hängt die Entscheidung des Rechtsstreits zunächst davon ab, ob eine Auflassungsvormerkung nach § 48 ZVG, wie das hier geschehen ist, überhaupt in das geringste Gebot aufgenommen werden darf. Die Frage ist umstritten. Nach der sie verneinenden Ansicht kommt die Vormerkung der §§ 883 ff BGB für § 48 ZVG nur insoweit in Betracht, als sie den Anspruch auf Eintragung eines begrenzten Rechts am Grundstück sichert, das, wenn es eingetragen wäre, eine neue selbständige Belastung des Grundstücks ergeben würde; danach gilt § 48 ZVG nicht für die den Anspruch auf Eigentumsübertragung sichernde Auflassungsvormerkung; sie wird als ein die Veräußerung hinderndes und daher nach § 37 Nr.5 ZVG zu behandelndes Recht angesehen (Reinhard/Müller/Daßler/Schiffhauer, ZVG 9. Aufl. § 48 Anm. 4 mit weiteren Nachweisen; Wilhelmi/Vogel, ZVG 5. Aufl. § 48 Anm. 1 und 2). Nach der anderen als herrschend zu bezeichnenden Meinung ist das Eigentum an dem Grundstück als das durch die Vormerkung gesicherte Recht im Sinne des § 48 ZVG anzusehen mit der Folge, daß die Auflassungsvormerkung, wenn sie

dem betreibenden Gläubiger im Rang vorgeht, nach dieser Vorschrift in das geringste Gebot aufzunehmen ist (KG JW 1932, 190; Jaeckel/Güthe, ZVG 7. Aufl. § 48 Anm. 5; Steiner/Riedel, ZVG 7. Aufl. § 48 Anm. 3 S. 346; Wilhelmi/Vogel/Zeller, ZVG 6. Aufl. § 48 Anm. 4; Korintenberg/Wenz, ZVG 6. Aufl. § 48 Anm. 6; Fischer, BWNotZ 1963, 37, 40; Meiser, Gruchot 57, 769, 780 Fußn. 26; Ruhl/Drischler/Mohrbuter, die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis, 4. Aufl. S. 154; Siegelmann, BlGrdstBauWR 1959, 147).

Der Senat schließt sich dieser letzteren Meinung an.

Gegen die Ansicht, daß die Auflassungsvormerkung als ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 37 Nr. 5 ZVG zu behandeln ist, spricht, daß hiernach die Auflassungsvormerkung durch den Zuschlag auch dann wegfallen würde, wenn sie vor dem Anspruch des betreibenden Gläubigers eingetragen wäre. Der Vormerkungsberechtigte könnte allerdings die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO erheben und vor der Erteilung des Zuschlags die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens herbeiführen. Wenn ihm das aber nicht gelänge und er später mit seinem Anspruch auf Auflassung durchdringen würde, so wäre er lediglich auf den Versteigerungserlös angewiesen. Das verträgt sich nicht mit dem Grundsatz der §§ 44, 48 ZVG. Bei der herrschenden Meinung ist allerdings nicht zu verkennen, daß hiernach zwar dem Meistbietenden das Grundstück mit der Maßgabe zugeschlagen wird, daß er mit der Erteilung des Zuschlags Eigentümer werden soll (§ 90 Abs. 1 ZVG), er aber das Grundstück wieder herausgeben muß, wenn der Vormerkungsberechtigte mit seinem Anspruch auf Auflassung durchdringt. Dies ergibt sich als notwendige gesetzliche Folge (Korintenberg/Wenz aaO Fußn. 3; Wörbelauer, DNotZ 1963,

652, 654/655), da die Auflassungsvormerkung, wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 22. April 1959, V ZR 193/57 (LM § 883 BGB Nr. 6) ausgesprochen hat, auch im Zwangsversteigerungsverfahren einen (nach dem Zeitpunkt ihrer Eintragung bestimmten) Rang hat. An dieser Rechtslage ändert sich nichts dadurch, daß es sich hier um eine Vormerkung zur Sicherung eines aufschiebend bedingten Auflassungsanspruchs handelt.

b) Ist aber die Auflassungsvormerkung bei der Feststellung des geringsten Gebots zu berücksichtigen, so soll für sie nach § 51 Abs. 2 ZVG schon in diesem Zeitpunkt ein Ersatzbetrag bestimmt werden (Wilhelmi/Vogel/Zeller aaO § 51 Anm. 4). Das ist hier geschehen. Der Ersatzbetrag wurde von dem Versteigerungsrichter, wie sich aus dessen auch vom Berufungsgericht hervorgehobenen Zeugenaussage ergibt, auf 120 000 DM als der Differenz zwischen dem von ihm angenommenen Verkehrswert des Grundstücks und den auf diesen ruhenden Belastungen festgesetzt.

Für die Entscheidung der Frage, ob dieser Ersatzbetrag der Erbengemeinschaft nach der Mutter der Parteien zusteht, ist zu prüfen, ob nach § 51 Abs. 1 ZVG die entsprechende Anwendung des § 50 Abs. 1 ZVG oder des § 50 Abs. 2 Nr. 1 ZVG in Betracht kommt.

Die Vorschrift des § 50 Abs. 1 ZVG scheidet aus, weil sie voraussetzt, daß die Auflassungsvormerkung im Zeitpunkt des Zuschlags (vgl. Steiner/Riedel aaO § 50 Anm. 3) keinen Bestand hatte. Das wäre, von der Unwirksamkeit ihrer Eintragung abgesehen, dann der Fall gewesen, wenn der durch sie gesicherte Anspruch nicht bestanden hätte, so daß die streng akzessorische Vormerkung

gegenstandslos geworden wäre (Wörbelauer aaO S. 656). Davon kann hier nicht gesprochen werden. Der durch die in Frage stehende Auflassungsvormerkung gesicherte Anspruch war zwar aufschiebend bedingt. Im Zeitpunkt der Erteilung des Zuschlags stand aber der Wegfall des Ankaufsrechts der Stadt B■■■■ und damit der Nichteintritt der Bedingung noch nicht fest.

Damit kann die Klage, soweit sie in die Revisionsinstanz gelangt ist, nur auf Grund des § 50 Abs. 2 Nr. 1 ZVG Erfolg haben.

Die unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift, soweit auf sie in § 51 ZVG verwiesen ist, scheidet aus, weil zwar der durch die streitige Vormerkung gesicherte Auflassungsanspruch, nicht aber diese selbst aufschiebend bedingt war. Mit Rücksicht darauf, daß bei den dinglichen Rechten, auf die sich die Vormerkung bezieht, noch in der Schwebe ist, ob sie entstehen oder nicht, geht insoweit die herrschende Meinung aber dahin, daß diese Rechte, obwohl sie nicht eigentlich bedingt sind, doch wie bedingte Rechte zu behandeln sind. Dies hat zur Folge, daß der Ersteher sie, wenn sie entstehen, hinzunehmen, und wenn sie endgültig nicht entstehen, die Ersatzzahlung nach §§ 50, 51 ZVG zu leisten hat (Jaeckel/Güthe aaO §§ 119, 120 Anm. 2 mit weiteren Nachweisen; Steiner/Riedel aaO §§ 119, 120 Anm. 2 mit weiteren Nachweisen; Reinhard/Müller/Daßler/Schiffhauer aaO § 50 Anm. 3 c; Wilhelmi/Vogel/Zeller aaO § 48 Anm. 4; Meiser aaO S. 783/784; vgl. auch Wörbelauer aaO S. 657/658).

Der Senat hat keine rechtlichen Bedenken, sich dieser Meinung für Fälle der vorliegenden Art, wenn es sich also um einen aufschiebend bedingten Auflassungsanspruch han-

delt, anzuschließen. Sie entspricht auch der Billigkeit, weil durch sie ungerechtfertigte Vorteile des Erstehers vermieden werden.

Die Anwendung dieser rechtlichen Beurteilung auf die hier gegebene Auflassungsvormerkung ergibt, daß dadurch, daß die restliche Darlehensforderung der Stadt B[REDACTED] getilgt und die aus der Darlehenshypothek entstandene Hypothekengewinnabgabe bezahlt wurde, das durch die Auflassungsvormerkung gesicherte Recht, also das Eigentum der Stadt B[REDACTED] an dem in Frage stehenden Grundstück, nicht mehr entstehen konnte und damit, und zwar ohne Rücksicht darauf, daß der durch die Auflassungsvormerkung gesicherte Anspruch seinerseits bedingt gewesen ist, die aufschiebende Bedingung im Sinne der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 50 Abs. 2 Nr.1 ZVG ausgefallen war.

Eine andere rechtliche Beurteilung vermag auch der Umstand nicht herbeizuführen, daß der Auflassungsanspruch der Stadt B[REDACTED] nur dadurch nicht mehr entstehen konnte, daß die Ersterer eine Zahlung in Höhe von 1 323,86 (462,18 DM restliche Darlehensforderung und 861,68 DM Hypothekengewinnabgabe) geleistet haben. Da der nach § 51 Abs. 2 ZVG für die Auflassungsvormerkung festgesetzte Ersatzbetrag in Höhe von 120 000 DM von den Erstehern für den Fall zu zahlen war, daß die Auflassungsvormerkung nicht oder nicht mehr bestand, bestehen keine rechtlichen Bedenken, die Zahlungspflicht um den Betrag zu mindern, der zur Abwendung des Auflassungsanspruchs aufgewendet werden mußte.

Da die Ersatzzahlung nach §§ 50, 51 ZVG auch noch nach der Erlösverteilung zu leisten ist und sie sich

nicht lediglich aus ungerechtfertigter Bereicherung des Erstehers, sondern unmittelbar aus diesen Vorschriften ergibt (Urteil des Senats vom 2. November 1965 aaO), hat der Beklagte somit jedenfalls den der Klägerin zugesprochenen Betrag zu bezahlen.

Damit erweist sich das angefochtene Urteil im Ergebnis als richtig.

Daran vermögen auch die Angriffe der Revision des Beklagten nichts zu ändern.

Soweit sie lediglich auf andere rechtliche Beurteilungen abstellt, bedarf es keines Eingehens auf ihre Ausführungen. Da es nach der rechtlichen Beurteilung des Senats auf den tatsächlichen Wert des Grundstücks nicht ankommt, gehen die in dieser Richtung erhobenen Verfahrensrügen ins Leere. Daß die Klägerin den Klageanspruch dadurch verwirkt habe, daß sie, obwohl sie in dem Versteigerungstermin anwesend gewesen sei, der Festsetzung des Ersatzbetrags für die Auflassungsvormerkung auf 120 000 DM nicht widersprochen habe, kann nicht anerkannt werden. Im übrigen war in diesem Termin auch der Beklagte vertreten, ohne daß von seiner Seite aus gegen die Wertfestsetzung Einwendungen erhoben wurden.

3. Seine von der Anschlußrevision der Klägerin angegriffene Kostenentscheidung hat das Berufungsgericht, soweit es die Kosten der zweiten Instanz der Klägerin auferlegt hat, damit begründet, daß die Klägerin nur auf Grund des erst in zweiter Instanz gestellten Hilfsantrags obgesiegt habe, den sie schon in erster Instanz hätte stellen können (§ 97 Abs. 2 ZPO), und bis zu dem Zeitpunkt, in dem hinsichtlich der Widerklage die Hauptsache erledigt worden sei, die Widerklage noch Aussicht

auf Erfolg gehabt habe, weil der mit der Klage verfolgte Hauptanspruch unbegründet gewesen sei (§ 91 a ZPO).

Die Anschlußrevision rügt demgegenüber mit Recht Verletzung des § 97 Abs. 2 ZPO. Unterliegt nämlich der Kläger mit seinem Hauptantrag, während er mit seinem erst im zweiten Rechtszug zulässigerweise gestellten Hilfsantrag obsiegt, so kommt für die Kostenentscheidung nur die Vorschrift des § 92, nicht aber auch die des § 97 Abs. 2 ZPO in Betracht (vgl. BGH NJW 1957, 543); denn unter neuem Vorbringen im Sinne dieser Vorschrift sind nur neue Klagegründe, Angriffs- oder Verteidigungsmittel, Beweismittel und nachgeholte Erklärungen (Baumbach/Lauterbach, ZPO 28. Aufl. § 97 Anm. 2 A a) und daher nicht auch neue Klageansprüche zu verstehen. Was die Anwendung des § 92 ZPO anbetrifft, so ist dem Kläger nur dann ein Teil der Kosten aufzuerlegen, wenn der Wert des Hauptantrags den Wert des Hilfsantrags übersteigt (LM § 92 ZPO Nr. 8). Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben, da Haupt- und Hilfsantrag gleichwertig sind. Der Klägerin können deshalb auch nach § 92 ZPO keine Kosten auferlegt werden.

Dagegen ergibt sich, was nach § 308 Abs. 2 ZPO von Amts wegen zu berücksichtigen ist (RG JW 1913, 696), eine Kostenpflicht der Klägerin aus § 91 a ZPO, weil die Klägerin sich in den Vorinstanzen eines höheren Anspruchs als 12 000 DM berühmt und erst im Lauf des Berufungsverfahrens hierauf verzichtet hat. Es waren deshalb der Klägerin je 1/5 der Kosten beider Vorinstanzen und damit dem Beklagten je 4/5 dieser Kosten aufzuerlegen.

4. Es war somit die Revision des Beklagten zurückzuweisen und auf die Anschlußrevision der Klägerin sowie von Amts wegen die Kostenentscheidung wie ausgeführt abzuändern.

Die Kosten der Revisionsinstanz hat der Beklagte nach § 97 ZPO zu tragen, da die Kosten des Berufungsverfahrens, die Gegenstand der Anschlußrevision der Klägerin waren, für die Berechnung des Streitwerts (§ 4 ZPO) und deshalb auch für die Entscheidung der Kosten des Revisionsverfahrens außer Betracht bleiben (BGH ZRP 70, 236).

Dr. Augustin

Mattern

Dr. Piepenbrock

Hill

Dr. Freitag