

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2206 081

ZPO § 325; BGB § 1185

Die Verurteilung des früheren Grundstückseigentümers als persönlichen Schuldners der Hypothekenforderung hat im Verhältnis zum Grundstückserwerber keine Rechtskraftwirkung für den Gläubiger.

BGH, Urt.v. 18. Mai 1960 - V ZR 43/59 OLG Düsseldorf
LG Kleve

Verkündet
am 18. Mai 1960
Symalla, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der kaufmännischen Angestellten Grete van A [REDACTED],
U [REDACTED], K [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Ingenieur Friedrich Karl R [REDACTED], K [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 18. Mai 1960 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter
Dr. Hückinghaus, Dr. Rothe, Dr. Freitag und Dr. Mattern
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Teil-
urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Düsseldorf vom 23. (richtig 22.) Januar 1959
aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung an das Berufungsgericht zu-
rückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die
Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der (inzwischen ausgewanderte) Bruder und Rechtsvorgänger der Beklagten, Heinrich van A■■■■, hat 1948/1951 auf einem 1947 mit Erwerbsaussicht gemieteten kriegsbeschädigten Anwesen (Wohnung, Gastwirtschaft, Café und Kino) in U■■■■ Wiederherstellungs- und Verbesserungsarbeiten durchgeführt. 1952/53 ging das Anwesen im Klagweg an den Eigentümer - (ursprünglich Eheleute jetzt) Witwe G■■■■ - zurück und wurde von ihr an die Ehefrau und Rechtsvorgängerin des Klägers verkauft. Das Anwesen war grundbuchmäßig belastet: mit einem Vorkaufsrecht und der hier umstrittenen Auflassungsvormerkung von 1947, beides für den Bruder Heinrich der Beklagten (Belastungen, deren Beseitigung die Witwe G■■■■ ohne Erfolg begehrte: ihr Armenrecht zur Löschungsklage gegen den Bruder der Beklagten wurde 1953/1955 in zwei Instanzen abgelehnt); mit einer im Rang vorgehenden Eigentümergrundschuld von 1949 über 5000,-- DM für (Eheleute, jetzt) Witwe G■■■■, 1951 an dritte Personen abgetreten und 1953 von der Ehefrau des Klägers als Grundstückskäuferin übernommen; mit einer Auflassungsvormerkung von 1953 für diese Grundstückskäuferin; mit der hier umstrittenen Sicherungshypothek von 1953 über 15 000,-- DM zugunsten des Klägers selbst für angebliche Bauhandwerker- und -lieferantenforderungen. Die Witwe G■■■■ konnte ihre Verkäuferpflicht gegenüber der Ehefrau des Klägers zur Beseitigung der nicht übernommenen Lasten (Vorkaufsrecht und Auflassungsvormerkung für den Bruder der Beklagten) nicht erfüllen, der Kaufvertrag wurde deshalb nicht durchgeführt.

Die Beklagte, welcher der Bruder 1953 seine Ansprüche gegen die Witwe G■■■■ auf Erstattung der Aufwendungen auf das Anwesen abgetreten hatte, erstritt gegen die Witwe



G [REDACTED] hierwegen ein Zahlungsurteil über 7697,15 DM nebst Zinsen und Kosten, betrieb die Zwangsversteigerung und ersteigerte das Anwesen 1955 für 21 100,-- DM.

Die Parteien streiten darum, wem der nach Berücksichtigung der Kosten und Lasten sowie der vorgehenden Grundschuld verbleibende Versteigerungserlös von 14 038,90 DM gebührt, der Beklagten (so diese) oder dem Kläger oder dessen Ehefrau oder der Witwe Goertz, die beide angeblich ihre Rechte gegen die Beklagte dem Kläger übertragen oder zur Einziehung überlassen haben (so Kläger). Der Teilungsplan wies den Betrag der Beklagten zu als Ersatzwert für die Auflassungsvormerkung ihres Zedenten, die mit 16 100,-- DM bewertet wurde. Der Kläger erhob dagegen Widerspruch und rechtzeitig die vorliegende Widerspruchsklage. Er will die Auflassungsvormerkung mit Null bewertet haben, weil den Ersatzansprüchen der Beklagten aus Grundstücksaufwendungen ihres Rechtsvorgängers höhere Ansprüche der Witwe G [REDACTED] aus dem Mietvertrag entgegenständen, und begehrt Zuteilung des genannten Resterlöses auf seine eigene (rangnächste) Hypothek.

Das Landgericht hat der - nach der Armenrechtsentscheidung auf einen Teilbetrag von 6800,-- DM beschränkten - Widerspruchsklage (Klaganträge 1 und 2 auf Anerkennung des Widerspruchs und Beteiligung am Erlös) voll stattgegeben (mit der Maßgabe teilweiser Zahlung an einen Pfändungsgläubiger aufgrund einer während des Berufungsverfahrens wieder aufgehobenen Pfändung). Den außerdem erhobenen Anspruch auf Zahlung von a) 6293,95 DM an Witwe G [REDACTED], b) 7000,-- DM an die Ehefrau des Klägers als deren Zessionarin wegen angeblicher Ansprüche der Witwe G [REDACTED] gegen den Bruder der Beklagten aus dem Vertrag von 1947, in den die Beklagte 1951 eingetreten war, hat es teils zugesprochen (b), teils abgewiesen (a).

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt.

Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil auf die Berufung des Klägers der auf die Gesamthöhe von 14 038,90 DM erweiterten Widerspruchsklage (Anträge 1 und 2) in vollem Umfang stattgegeben und die Berufung der Beklagten insoweit zurückgewiesen. Die Zahlungsklage ist (ebenfalls in erweitertem Umfang) noch beim Oberlandesgericht anhängig.

Mit der Revision begehrt die Beklagte Aufhebung des Teilurteils und Abweisung der Widerspruchsklage. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

In formeller Hinsicht bejaht das Berufungsgericht das Rechtsschutzinteresse für die Widerspruchsklage trotz mangelnden Nachweises für die im Teilungsplan angeordnete Hinterlegung des umstrittenen Betrags, da in jedem Fall entweder der hinterlegte Betrag oder die Forderung gegen die Beklagte auf Zahlung des Bargebots (§ 49 Abs. 1 ZVG) zur Teilungsmasse gehöre und daher ihre Zuteilung und gegebenenfalls (nach § 128 ZVG) Sicherung im Zwangsversteigerungsverfahren möglich sei. Dem ist beizutreten.

Bedenken begegnet das Berufungsurteil auch nicht etwa schon deshalb, weil es die Widerspruchsklage über den Teilbetrag von 6800,-- DM hinaus zugesprochen hat, der in erster Instanz allein Gegenstand des letzten Antrags sowie des Urteils war. Der Kläger war zwar insoweit durch das Urteil des Landgerichts nicht beschwert, weil es in

diesem Punkt seinem Antrag entsprach; aber er konnte - mindestens im Weg der Anschlußberufung auf die Berufung der Beklagten - seinen erstinstanzlichen Klagantrag im Berufungsverfahren auf den vollen Widerspruchsbetrag erweitern und hat das getan. Allerdings war der Gegenstand dieser Erweiterung (Widerspruch in Höhe der Differenz zwischen dem Vollbetrag und dem erstinstanzlichen Urteilsbetrag = 1238,90 DM) noch in erster Instanz anhängig; denn die Klage war in vollem Umfang erhoben (GA I 3) und auch nach der Beschränkung der Antragsverlesung auf 6800,-- DM (entsprechend dem Umfang der Armenrechtsbewilligung) in Höhe des Restes nicht etwa zurückgenommen worden, sondern beim Landgericht tatsächlich beruhen geblieben. Diese fort-dauernde Anhängigkeit in erster Instanz hinderte den Kläger jedoch nicht, den genannten Prozeßrest im Weg der Antragserweiterung in die Berufungsinstanz hinaufzuholen (BGHZ 8, 383; vgl. Senatsurteil BGHZ 29, 337, 340).

Durch die genannte Beschränkung des Verfahrens auf jenen Teilbetrag wird auch nicht etwa der Klagerfolg hinsichtlich des Restbetrages deswegen in Frage gestellt, weil insoweit die Widerspruchsfrist des § 878 ZPO in Verbindung mit § 115 ZVG nicht gewahrt und deshalb die Klage mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig oder sachlich unbegründet wäre. Denn erstens wurde die Klage rechtzeitig in vollem Umfang erhoben und blieb, wie dargelegt, auch hinsichtlich des vorübergehend nicht betriebenen Reststücks ununterbrochen weiter rechtshängig. Und zweitens wäre die Versäumung jener Frist nur für das Verteilungsverfahren des Versteigerungsgerichts, aber (bis zu der - hier nicht behaupteten - Durchführung der Verteilung des umstrittenen Betrags) nicht für die Widerspruchsklage von Bedeutung (Senatsurteil vom 29. Januar 1954 V ZR 54/53

= IM Nr. 2 zu § 3 a LASG). Infolgedessen spielt es im vorliegenden Verfahren auch keine Rolle, daß die Akten zwar die fristgemäße Einreichung und Zustellung der Klagschrift (GA I 3, 9) und den fristgemäßen Nachweis ihrer Einreichung durch den Kläger gegenüber dem Versteigerungsgericht (Zwangsversteigerungsakten Bl. 253 ff) ergeben, aber nicht, ob der Kläger dem Zwangsversteigerungsrichter auch rechtzeitig den Nachweis jener Zustellung und damit der Klagerhebung im Rechtssinne geführt hat. .

II.

In materieller Hinsicht fordert das Berufungsgericht rechtlich zutreffend als Voraussetzung für den Klagerfolg, daß

- a) dem Kläger ein Recht zur Befriedigung aus dem versteigerten Grundstück zustehe,
- b) dieses Recht durch Ausführung des Teilungsplans beeinträchtigt werde und
- c) ein angeblich besseres Recht der Beklagten nicht oder nicht mit dem behaupteten Inhalt bestanden habe.

Von diesen Voraussetzungen ist die zweite bei Bejahung der ersten ohne weiteres gegeben. Es kommt daher auf die erste und die dritte Voraussetzung an, und zwar zunächst darauf, ob dem Kläger ein Hebungsrecht zusteht (unten III), und wenn ja, ob der Beklagten ein besseres Recht zusteht (unten IV). Die letztere Frage ist erst dann zu prüfen, wenn die erstere bejaht ist; eine Unrichtigkeit des Teilungsplans (unten IV) kann nur dann berücksichtigt werden, wenn der Kläger davon betroffen ist, denn nur er und niemand sonst hat gegen den Teilungsplan Widerspruch erhoben.

Das Berufungsgericht hat das Hebungsrecht des Klägers bejaht und ein besseres Recht der Beklagten verneint. Zum ersteren Punkt greifen die Rügen der Revision durch.

III.

Voraussetzung der Sachlegitimation des Klägers für Widerspruch und Widerspruchsklage und damit Voraussetzung der Begründetheit der Klage ist, daß dem Kläger ein Recht zur Befriedigung aus dem versteigerten Grundstück zusteht (§ 10 Nr. 4 ZVG, § 1147 BGB).

Das Berufungsgericht bejaht diese Frage aufgrund der Sicherungshypothek von 15 000,-- DM: der erforderliche Nachweis ihrer Valutierung (§ 1184 BGB) sei geführt durch die Vorlage des Vollstreckungsbefehls des Klägers gegen die Witwe Goertz vom 9./11. November 1954 über diesen Betrag (Zwangsversteigerungsakten 82/83, 112).

1. Mit Recht erhebt die Revision Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit dieser Hypothek gegenüber der Beklagten bereits im Hinblick auf das zeitliche Verhältnis ihrer Begründung zum Zwangsversteigerungsverfahren.

Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils (S. 5, 6) wurde die Hypothek am 29. November 1953 von der damaligen Eigentümerin Witwe G. bewilligt und am 6. Februar 1954 ins Grundbuch eingetragen; bereits einige Tage vor dieser Eintragung jedoch, nämlich am 1. Februar 1954, war auf Antrag der Beklagten die Zwangsversteigerung des Grundstücks angeordnet worden, die zum Zuschlag führte. Die Zwangsversteigerungsanordnung bedeutete eine Beschlagnahme des Grundstücks zugunsten der Beklagten als betreibender Gläubigerin (§ 20 ZVG) mit der Wirkung, daß die spätere

Entstehung einer Hypothek grundsätzlich der Beklagten gegenüber unwirksam war (§ 23 ZVG, §§ 136, 135 BGB). Diese Beschlagnahmewirkung trat zeitlich entweder mit der Zustellung des Anordnungsbeschlusses an die Witwe G. ein (§ 22 Abs. 1 Satz 1 ZVG) oder mit dem Zugang des Ersuchens des Amtsgerichts um Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks beim Grundbuchamt (§ 22 Abs. 1 Satz 2 ZVG). Das Berufungsgericht stellt keinen dieser Zeitpunkte fest; deshalb ist von dem ausweislich der Grundakten (Bl. 234/38) richtigen Vortrag der Beklagten auszugehen, wonach (jene Zustellung am 4. Februar 1954 erfolgte und) dieses Ersuchen schon am 1. Februar 1954 dem Grundbuchamt zugeing. Da die Hypothek des Klägers nicht vor ihrer Eintragung im Grundbuch entstanden sein kann (§ 873 BGB), war sie im gesetzlichen Regelfalle der Beklagten gegenüber unwirksam. Sie konnte ihr gegenüber nur dann wirksam geworden sein, wenn entweder die materiellrechtliche Hypothekenbestellungserklärung der Witwe G. (§ 873 BGB) für diese schon vor dem 1. Februar 1954 (Zugang des Ersuchens des Versteigerungsgerichts beim Grundbuchamt) bindend geworden war (§ 873 BGB; das hier aufgestellte weitere Erfordernis des gestellten Eintragungsantrags liegt vor; unten a), oder wenn der Kläger in einem noch zu erörternden Sinne gutgläubig war (§ 23 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 ZVG, §§ 136, 135 Abs. 2, 892 BGB; unten b).

a) Bindend geworden war die Hypothekenbewilligung nach § 873 Abs. 2 BGB im vorliegenden Falle dann, wenn die Witwe G. dem Kläger eine formellrechtliche Eintragungsbe- willigung (§§ 19, 29, 30 GBO) ausgehändigt hatte (die übrigen Fälle von § 873 Abs. 2 BGB liegen ersichtlich nicht vor). Eine Eintragungsbe- willigung im genannten Sinne kann zwar im Eintragungsantrag der Witwe G. vom 29. November 1953 unbedenklich erblickt werden. Ob sie aber von der Witwe

G [REDACTED] an den Kläger ausgehändigt wurde, kann weder dem ausdrücklich festgestellten Sachverhalt noch dem Inhalt der vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Akten entnommen werden. Allerdings wurde, wie die Grundakten ausweisen, dieser Eintragungsantrag von demselben Dr. D [REDACTED] als Rechtsanwalt beim Grundbuchamt eingereicht, der als Notar die Unterschrift der Witwe G [REDACTED] beglaubigt hatte; daraus ergibt sich jedoch noch nicht ohne weiteres, daß Dr. D [REDACTED] als Notar von der Witwe G [REDACTED] ermächtigt war, von der Bewilligung zugunsten des Klägers als Hypothekengläubiger Gebrauch zu machen, so daß in diesem Stadium des Verfahrens dahingestellt bleiben kann, ob diese Ermächtigung der Aushändigung der Eintragungsbewilligung durch die Witwe G [REDACTED] an den Kläger im Sinn des § 873 Abs. 2 BGB gleichstünde (vgl. dazu Palandt BGB 19. Aufl. § 873 Anm. 5 a dd). Die abschließende Würdigung muß dem Tatrichter überlassen bleiben.

b) Gutgläubig mit der Folge, daß die Grundstücksbeschlagnahme als Wirksamkeitshindernis für die Hypothek ausgeräumt wird, war der Kläger dann, wenn noch in demjenigen Zeitpunkt, in welchem er Hypothekengläubiger wurde, die Grundstücksbeschlagnahme weder aus dem Grundbuch ersichtlich noch ihm bekannt war (§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB). Wann er Hypothekengläubiger wurde, hängt wiederum von der zwischen den Parteien ohnehin streitigen Frage (unten 2) ab, ob die Hypothek (spätestens im Zeitpunkt ihrer Eintragung) valuiert war oder nicht; im ersteren Fall erwarb der Kläger die Hypothek mit der Eintragung am 6. Februar 1954, im letzteren Fall erst im Zeitpunkt ihrer etwaigen späteren Valutierung (§ 1163 BGB). Am 6. Februar 1954 war die Grundstücksbeschlagnahme bereits wirksam geworden, aber noch nicht im Grundbuch eingetragen, also noch nicht im Sinn von § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB aus dem Grundbuch ersichtlich; der Kläger hat daher die Hypothek, falls sie damals valuiert war,

bei Anwendung der genannten Regelvorschrift des § 892 BGB mit Wirkung auch gegenüber der Beklagten dann nicht erworben, wenn ihm damals (6. Februar 1954) die Beschlagnahme bekannt war. Darüber hinaus ist bei Valutierung der Hypothek zu prüfen, ob ein gutgläubiger Vollerwerb der Hypothek mit der Eintragung nicht schon aus der Bestimmung des § 892 Abs. 2 BGB folgt, welche Nichtkenntnis zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrags (29./30. November 1953) genügen läßt; das hängt von der Entscheidung der Frage ab, ob und in welchem Umfang § 892 Abs. 2 BGB auch für den Fall gilt, daß das Grundbuch zur Zeit des Eintragungsantrags noch richtig war und erst in der Zeit zwischen Eintragungsantrag und Eintragung - hier: "relativ" - unrichtig geworden ist (vgl. zu diesem Problemkreis einerseits die Entscheidung RGZ 123, 19, 21, deren Anführung bei Palandt aaO § 892 Anm. 7 wegen ihrer Kürze mißverständlich ist, andererseits Boehmer DJZ 1927, 1518); dafür könnte wiederum von Bedeutung sein, ob die Hypothek bereits zur Zeit des Eintragungsantrags valuiert war oder nicht. Wurde die Hypothek in der Zeit zwischen dem 6. Februar 1954 (Hypothekeneintragung) und dem am 9. Februar 1954 erfolgten Eintrag des Zwangsversteigerungsvermerks valuiert, so kommt es darauf an, ob der Kläger bei Eintritt der Valutierung die Beschlagnahme kannte. Wurde die Hypothek aber erst am 9. Februar 1954 oder danach valuiert, so war ein gutgläubiger Hypothekenerwerb des Klägers ausgeschlossen.

Soweit es hiernach auf die Kenntnis des Klägers von der Beschlagnahme rechtlich ankommt, wird das Berufungsgericht in tatsächlicher Hinsicht möglicherweise das am 29. Januar 1954 beim Grundbuchamt eingegangene Schreiben des Klägers ohne Datum zu würdigen haben, das die Zahlung der Kosten für die beantragte Hypothek deshalb ablehnt, weil "das Grundbuch gerichtlich gesperrt" sei und deshalb "keine Eintragung erfolgen" könne (Grundakten Bl. 236).

Da es hiernach zur Beurteilung der Wirksamkeit der etwaigen Hypothek des Klägers auch gegenüber der Beklagten noch weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf, war schon wegen dieses Punktes die Aufhebung des Berufungsurteils und die Zurückverweisung der Sache geboten.

2. Begründet ist auch der Hauptangriff der Revision, daß die Feststellungen des Berufungsurteils nicht ausreichen zur Annahme der Valutierung der Hypothek überhaupt.

Das eingetragene Grundpfandrecht von 15 000,-- DM nebst Zinsen steht nur dann als Hypothek dem Kläger zu, wenn er in derselben Höhe Gläubiger einer persönlichen Forderung ist und das Grundpfandrecht für diese Forderung bestellt wurde; andernfalls ist das Grundpfandrecht nicht als Hypothek des Klägers, sondern als Eigentümergrundschild der Witwe G. entstanden (§ 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB), und dann entfällt die Aktivlegitimation des Klägers. (Die bei Steiner/Riedel ZVG 7. Aufl. § 115 Anm. 2 c angeführten Entscheidungen stehen nicht entgegen; denn sie betreffen die völlig anders liegende Frage der Valutierung auf Seiten des Widerspruchsbeklagten.) War das Grundpfandrecht Eigentümergrundschild der Witwe G., so hilft es dem Kläger auch nicht, daß er sich neuerdings nach Klagerhebung (BU S. 7) wirkliche oder angebliche Forderungen der Witwe G. gegen die Beklagte hat abtreten lassen; denn erstens müßte eine solche Abtretung bereits vor dem Zeitpunkt der Erhebung seines Widerspruchs im Verteilungstermin (3. September 1955) und damit vor Klagerhebung stattgefunden haben, um die Grundlage des Widerspruchs bilden zu können, und zweitens hätte diese Forderung, wie das Berufungsurteil (S. 16) zutreffend ausführt, im Weg der Forderungsauswechslung an die Stelle der ursprünglichen Hypothekenforderung ("aus Lieferung für Baumaterialien und Ausführung von Bauarbeiten") gesetzt werden müssen, wozu es nicht nur der

Einigung zwischen dem Kläger und der Witwe Goertz, sondern auch des Grundbucheintrags bedurft hätte (§ 1180 Abs. 1 BGB). Der vom Kläger erhobene Widerspruch kann also nur dann begründet sein, wenn ihm die im Grundbuch als Hypothekenforderung angegebene Geldforderung aus Lieferung von Baumaterialien und Ausführung von Bauarbeiten gegen die Witwe Goertz tatsächlich zustand, wobei es in zeitlicher Hinsicht in diesem Zusammenhang auf den Verteilungstermin (3. September 1955) ankommt.

Das Berufungsgericht hat die Notwendigkeit einer solchen Valutierung und auch die Beweislast des Klägers dafür (§§ 1184 Abs. 1, 1185 Abs. 2 gegenüber § 1138 BGB) nicht verkannt. Es hält den Beweis der Valutierung jedoch schon dadurch für erbracht, daß der Kläger im Zwangsversteigerungsverfahren einen Vollstreckungsbefehl gegen die Witwe G. [REDACTED] wegen eines solchen Anspruchs vorgelegt hat (BU S.16, Zwangsversteigerungsakten Bl. 112/13).

Diese Rechtsauffassung, die sich allerdings auf eine Entscheidung des Kammergerichts (JW 1931, 1933) berufen kann, ist jedoch abzulehnen; sie vermengt in unzulässiger Weise die Frage des Beweises mit der Frage der Rechtskraftwirkung (Rosenberg Anm. JW 1931 aaO). Der Vollstreckungsbefehl steht allerdings einem Versäumnisurteil gleich (§ 700 ZPO); ist er rechtskräftig - was im vorliegenden Fall nicht festgestellt ist, aber einstweilen unterstellt werden soll -, so wirkt er deshalb für und gegen die damaligen Verfahrensbeteiligten - Kläger und Witwe G. [REDACTED] - und ihre späteren Rechtsnachfolger (§ 325 Abs. 1 ZPO); gegen sonstige Personen (Dritte) wirkt die Rechtskraft grundsätzlich nicht. Beträfe allerdings der Vollstreckungsbefehl "einen Anspruch aus einer eingetragenen Hypothek", so wäre in entsprechender Anwendung von § 325 Abs. 3 Satz 2 ZPO auch eine Rechtskraftwirkung gegen die Beklagte als Grundstücksersteherin erwäg-

bar, weil die Anhängigkeit dieses Anspruchs im Mahnverfahren spätestens im Versteigerungstermin durch die nach § 66 ZVG gebotene Bekanntmachung des Klägers (als eines das Zwangsversteigerungsverfahren mitbetreibenden Gläubigers) und seines Anspruchs (am 29. November 1954 war hierwegen der Beitritt zugelassen worden) verlautbart worden wäre. Die Entscheidung dieser Rechtsfrage kann indes offen bleiben. Denn der Vollstreckungsbefehl betrifft keinen Anspruch aus einer Hypothek im Sinn von § 325 Abs. 3 ZPO. Diese Bestimmung bezieht sich nämlich nur auf Titel über die dinglichen Rechte (hier: Hypothek) selbst, nicht auch auf Titel über die diesen Rechten zugrunde liegenden schuldrechtlichen Forderungen (hier: Hypothekenforderung; vgl. Zöllner ZPO 9. Aufl. § 325 Anm. 4). Und wie andererseits die dem Revisionsgericht freistehende Auslegung des vom Berufungsurteil (S. 16) in Bezug genommenen Vollstreckungsbefehls ergibt, hat dieser Titel nur die schuldrechtliche Hypothekenforderung, nicht das dingliche Hypothekenrecht selbst zum Gegenstand; die dortige wortlautmäßige Bezugnahme auf die Hypothek ("Forderung aus Sicherungshypothek") dient nur zu der - allerdings sprachlich verunglückten - näheren Bezeichnung der Hypothekenforderung; für eine solche Auslegung spricht nicht nur die Verwendung des eindeutig schuldrechtlichen Begriffs "Forderung", sondern auch das völlige Fehlen jeden Hinweises darauf, daß der titulierte Betrag "aus dem Grundstück" (§ 1113 BGB) zu zahlen sei. Aus diesem rein schuldrechtlichen Charakter des Vollstreckungsbefehls ergibt sich nicht nur die Unanwendbarkeit von § 325 Abs. 3 ZPO, sondern weiterhin, daß die Beklagte auch nicht etwa im Sinn von § 325 Abs. 1 ZPO Rechtsnachfolgerin der Witwe G. als Titelschuldnerin ist; das könnte sie nämlich zwar hinsichtlich des dinglichen Hypothekenrechts in ihrer Eigenschaft als Grundstücksersteherin sein, aber nicht hinsichtlich einer persönlichen Schuld, für deren

Übergang auf die Beklagte jeder Anhaltspunkt fehlt.

Hat hiernach der Vollstreckungsbefehl keine Rechtskraftwirkung gegen die Beklagte, so muß die Frage der Valutierung der Hypothek im vorliegenden Verfahren sachlich geprüft und entschieden werden. Die Beklagte hat von vornherein unter Berufung auf ihren Bruder Fritz van A., die Witwe G. sowie zwei weitere Personen als Zeugen vorgetragen, der Kläger habe am Haus allenfalls für seine eigene Rechnung als Mieter Schönheitsreparaturen vorgenommen, aber der Witwe G. weder Baumaterialien geliefert noch Bauarbeiten ausgeführt. Hiermit wurde nicht nur eine Leistung des Klägers an die Witwe G., sondern auch das Vorliegen einer ernst gemeinten Vereinbarung zwischen beiden über die Pflicht der Witwe G. zur Zahlung einer Vergütung und damit das Bestehen der Hypothekenforderung, die Valutierung der Hypothek bestritten. Der Tatrichter hätte die Valutierung nicht bejahen dürfen, ohne sich mit diesem Sachvortrag auseinanderzusetzen und die hierzu in rechtserheblicher Art angebotenen Beweise zu erheben. Ihre Bejahung stellt einen Rechtsverstoß dar und nötigt ebenfalls dazu, sein Urteil aufzuheben und die Sache an ihn zurückzuverweisen.

3. Die Revision hält auch für den Fall, daß Hypothekenforderung und Hypothek ernstlich gewollt gewesen und daher die Hypothek in der Person des Klägers dinglich wirksam begründet worden sein sollte, gegenüber ihrer Geltendmachung die Einrede der Arglist (§§ 242, 826 BGB) und der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz (§ 3 Nr. 1, § 5) für gegeben, weil der Kläger und die Witwe G. bei Begründung dieser Rechte geflissentlich zusammengewirkt hätten in der Absicht, die Beklagte zu benachteiligen. Auch in dieser Richtung hat das Berufungsgericht eine Prüfung rechtsirrig unterlassen.

Allerdings könnte die Hypothekenbestellung für eine rechtlich beachtliche Schädigung oder Benachteiligung der Beklagten als Gläubigerin der Auflassungsvormerkung kaum ursächlich sein, weil die Auflassungsvormerkung der Hypothek im Rang vorging und deshalb die Frage, ob und wie die Auflassungsvormerkung im Teilungsplan zu berücksichtigen war, nicht von dem Vorhandensein und der Geltendmachung der Hypothek, sondern von der Bewertung der Auflassungsvormerkung (vgl. § 92 Abs. 1 ZVG) abhing. Da die Auflassungsvormerkung, wie noch auszuführen sein wird (unten IV), mit den Vorinstanzen auf Null zu bewerten ist, stand der umstrittene Teil des Versteigerungserlöses in keinem Fall der Beklagten, sondern, wenn nicht dem Kläger, dann etwaigen nachrangigen dinglichen Gläubigern oder bei ihrem Fehlen der Witwe G. selbst als bisheriger Grundstückseigentümerin zu. Die Unrichtigkeit des Teilungsplans kann zwar, wie erwähnt, nur dann noch jetzt geltend gemacht werden, wenn der Kläger der Nächstberechtigte ist, da nur er, nicht auch die Witwe G. oder sonstige nachrangige Gläubiger im Verteilungsplan gegen den Teilungsplan Widerspruch erhoben haben; es ist jedoch schon zweifelhaft, ob der bei Gültigkeit der Hypothek des Klägers eintretende Verlust einer sonst zugunsten der Beklagten bestehen bleibenden ungerechtfertigten Vermögenslage (Zuteilung des umstrittenen Erlösrestes auf die Auflassungsvormerkung im Verteilungsplan) auch nur objektiv einen rechtlich beachtlichen Schaden (Benachteiligung) darstellt, der die Anfechtung, die Arglisteinrede oder einen Schadensersatzanspruch der Beklagten begründen könnte. Jedenfalls aber fehlt es bisher an einem genügenden Anhaltspunkt dafür, daß die subjektiven Voraussetzungen für die genannten Einreden der Beklagten in dieser Richtung vorlagen; denn der Kläger und die Witwe G. konnten dann, wenn sie gegen die Beklagte einig waren, die Beseitigung der Zuteilung des Erlösrestes an die Beklagte

auch ohne Hypothek des Klägers ebensogut wie mit ihr dadurch betreiben, daß statt oder neben dem Kläger die Witwe G. gegen den Teilungsplan Widerspruch erhob; zur Bestellung der Hypothek, um jene Zuteilung an die Beklagte zu vereiteln, bestand daher auch vom Standpunkt des Klägers aus kein Anlaß.

Nicht ausgeschlossen ist dagegen die Möglichkeit einer Schädigung der Beklagten in ihrer Eigenschaft als Grundstücksersteherin. Als solche hätte sie (zwar nicht die Zuteilung des Resterlöses an sich selbst verlangen können, aber) dann, wenn die Hypothek des Klägers nicht geltend gemacht worden und der Resterlös deshalb mangels sonstiger nachstehender dinglich Berechtigter an die Witwe G. als damalige Eigentümerin zuzuteilen gewesen wäre, diesem Anspruch der Witwe G. den behaupteten eigenen Zahlungsanspruch (auf Ersatz für Verwendungen ihres Bruders auf das Grundstück) mindestens in der gegenüber der Witwe G. titulierten und dem Zwangsversteigerungsantrag zugrunde liegenden Höhe von 7697,15 DM nebst Zinsen entgegensetzen können, sei es im Weg des Zurückbehaltungsrechts oder (nach Forderungsübertragung gemäß § 118 ZVG) im Weg der Aufrechnung; in mindestens der genannten Höhe ist sie in diesem Fall dadurch geschädigt, daß der Kläger seine Hypothek im Zwangsversteigerungsverfahren geltend gemacht hat. Es ist auch nicht von vornherein völlig unwahrscheinlich, daß der Kläger und die Witwe G. sich zusammen getan haben zu dem Zweck, um durch die wenn auch ernstlich gewollte Bestellung und spätere Geltendmachung der Hypothek für den von vornherein voraussehbaren Fall der Grundstücksersteigerung durch die Beklagte dieser die genannte Möglichkeit zur Verwirklichung ihrer Ansprüche aus dem Wiederaufbau gegen die Witwe G. zu vereiteln. Das könnte rechtlich

zur Folge haben, daß die Erhebung des Widerspruchs und infolgedessen auch die Widerspruchsklage entweder gegen das Anfechtungsgesetz (vgl. § 7 AnfG) oder gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstieß.

In tatsächlicher Hinsicht weist in diese Richtung der von der Revision herangezogene, mit Beweisanträgen versehene Sachvortrag der Beklagten in den Vorinstanzen: die Witwe G. habe schon im August 1948 erklärt, "die lat man baue, die bauen für mich" (GA 214/215); schon der Kaufvertrag zwischen der Ehefrau des Klägers und der Witwe G. vom 18. Oktober 1953 sei ein Scheinvertrag zum Zweck der Vereitelung der Ansprüche der Beklagten gewesen (die Ehefrau des Klägers sei zur Zahlung der darin bedungenen 7000,-- DM nicht in der Lage gewesen und habe diesen Betrag - der den Gegenstand eines Teils der Restklage bildet - auch niemals bezahlt; der Kläger und seine Ehefrau hätten auch keinerlei öffentliche Lasten für das Grundstück entrichtet); die Rückgängigmachung dieses Kaufvertrags und die Kündigung der Hypothek des Klägers sei zur gleichen Zeit (7. Oktober 1954) erfolgt, als die Beklagte aus ihrem Zahlungstitel in die Rechte der Witwe G. aus diesem Kaufvertrag habe vollstrecken wollen; die Witwe G. habe damals die mit ganz kurzer Frist (zum 15. Oktober 1954) ausgesprochene Hypothekenkündigung anerkannt und Zahlung versprochen, obwohl sie einkommens- und vermögenslos gewesen sei, wie aus ihrem kurz danach einsetzenden Bezug von Wohlfahrtsunterstützung hervorgehe. Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Sachvortrag bereits zur schlüssigen Behauptung eines Schadensersatzanspruchs oder eines Anfechtungsrechts ausreicht. Wenn nicht, war der Tatrichter, wie die Revision ebenfalls rügt, bei der Verwickeltheit der in Rede stehenden Vorgänge und der

Undurchsichtigkeit der Handlungsmotive der Beteiligten nach § 139 ZPO verpflichtet, auf die Unvollständigkeit hinzuweisen und etwaigen ergänzenden Tatsachenvortrag anzuregen.

Hiernach hat auch in diesem Punkt der Tatrichter den Sachverhalt nicht erschöpfend aufgeklärt. Auch aus diesem Grunde war Urteilsaufhebung und Zurückverweisung geboten.

IV.

Sollte die erneute Prüfung wiederum ergeben, daß der Kläger zur Erhebung des Widerspruchs aktiv legitimiert ist (oben III), so ist diese Klage allerdings begründet. Denn die Vorinstanzen haben ein Recht der Beklagten zur betragsmäßigen Berücksichtigung als Gläubigerin der Auflassungsvormerkung zutreffend verneint.

Das Berufungsgericht führt dazu aus: Die Vormerkung sei wertlos, wenn der vorgemerkte schuldrechtliche Anspruch nicht bestehe. Durch die Auflassungsvormerkung gesichert seien rechtlich nicht Aufwendungsersatzansprüche, sondern nur ein Auflassungsanspruch. Dieser habe nie bestanden, weil die zugrunde liegende Vereinbarung (§ 13 des notariellen sogenannten Mietvertrags vom 14. Mai 1947) kein Kaufvertrag, sondern ein bloßer Kaufvorvertrag gewesen sei; hilfsweise: der Auflassungsanspruch sei durch die Aufhebung des Mietverhältnisses zwischen dem Bruder der Beklagten und den Eheleuten G. im Jahre 1952 unwirksam geworden und habe daher zur Zeit des Zwangsversteigerungsverfahrens nicht mehr bestanden; ganz hilfsweise: er sei infolge des Zuschlags durch Zweckerreichung erledigt worden.

Das Ergebnis des Berufungsgerichts wird jedenfalls getragen von seiner Erwägung, daß der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch nach ihrem eindeutigen Wortlaut nicht ein Anspruch auf Ersatz von Verwendungen, sondern nur ein Anspruch auf Auflassung war und daß dieser Anspruch seine Grundlage, wenn überhaupt, im Vertragswerk von 1947 hatte, nach dem Willen der damaligen Vertragsparteien vom Fortbestand des Mietverhältnisses abhängig war und deshalb mit seiner Aufhebung weggefallen ist. Dabei kann offen bleiben, ob zur Begründung dieser letzteren Wirkung § 139 BGB herangezogen werden kann, wie es das Berufungsgericht tut (vgl. dagegen Palandt § 139 Anm. 1); denn die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben, daß die damaligen Vertragsparteien die Abhängigkeit des Auflassungsanspruchs vom Fortbestand des Mietverhältnisses stillschweigend zum Gegenstand einer rechtsgeschäftlichen Bedingung gemacht haben, nämlich der auflösenden Bedingung des Mietwegfalls, einer Bedingung, die im Jahre 1952 eingetreten ist. Bestand somit seit jener Zeit kein Auflassungsanspruch der Beklagten mehr, so war auch die Vormerkung (spätestens) seitdem rechtlich wirkungslos, und die Vorinstanzen haben sie daher zutreffend für das Zwangsversteigerungsverfahren mit einem Ersatzwert (§ 92 ZVG) von 0 DM bewertet. Richtig ist aber auch die weitere Begründung des Berufungsurteils, daß der etwaige Auflassungsanspruch auch dann, wenn er den Wegfall des Mietverhältnisses überdauert hätte, spätestens mit der Erteilung des Zuschlags an die Beklagte durch Zweckerreichung weggefallen wäre, was zu demselben Ergebnis geführt hätte. Die wirtschaftlichen und billigkeitsmäßigen Erwägungen, die die Beklagte aus dem Vorhandensein von Verwendungsersatzansprüchen gegen die Witwe Goertz herleitet, können nicht hier, sondern nur im Rahmen der Prüfung der Aktivlegitimation des Klägers (oben III) berücksichtigt werden.

V.

Im Hinblick auf jene Frage der Aktivlegitimation war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Dr. Tasche Dr. Hückinghaus Rothe Dr. Freitag Mattern