

Für das Nachschlagewerk:

Nicht für die Amtliche Sammlung

Gesetz: BGB §§ 273, 320; ZPO § 794 Abs 1 Nr 5 ZPO

Rechtssatz: Der Verkäufer eines Grundstücks kann zwar auf Grund eines Zurückbehaltungsrechts das Grundstück vor der Übereignung mit einer Grundschild wegen seiner Ansprüche belasten. Will er aber nach der Übereignung sich aus der Grundschild Befriedigung verschaffen, so muß er einen Vollstreckungstitel gegen den Vertragsgegner erwirken. Eine vollstreckbare Urkunde über die Grundschild, in der er selbst noch als Grundstückseigentümer die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ausgesprochen hat, genügt in diesem Fall nicht.

Aktenzeichen: V ZR 9/53

Urteil des BGH vom 13. Juli 1954

OLG Hamburg

Verkündet
am 13. Juli 1954
Romacker, Just. Angest.
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Albert L. [REDACTED], H. [REDACTED], E. [REDACTED] St. [REDACTED]
[REDACTED] nunmehr D. [REDACTED] Platz, [REDACTED], [REDACTED]

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die F. [REDACTED] und Ha. [REDACTED] H. [REDACTED], Finanzbehörde, H. [REDACTED],
G. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 22. Januar 1954 unter Mitwirkung des Senatsprä-
sidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. von Normann,
Schuster, Dr. Oechßler und Dr. Großmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird, unter Zurückwei-
sung des Rechtsmittels im übrigen, das Urteil des
1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
in Hamburg vom 11. November 1952 unter entsprechen-
der Aufhebung ergänzt und im Kostenpunkt abgeändert:

Auf die Berufung des Klägers wird unter entsprechen-
der Abänderung des Urteils der 3. Zivilkammer des Land-
gerichts in Hamburg vom 7. Dezember 1951 die Zwangs-

7

- 2 -

vollstreckung aus der im Grundbuch von W [REDACTED] -
[REDACTED] Bd 56 Bl 2556 in Abteilung III eingetragenen
Grundschild zugunsten der Beklagten von
110 000 DM nebst Zinsen für unzulässig erklärt.

Im Berufungs- und Revisionsrechtszug werden die
Kosten gegeneinander aufgehoben.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand:

Der Kläger war Eigentümer des in H[REDACTED]-Du[REDACTED] gelegenen im Grundbuch von Du[REDACTED] Bl 363 eingetragenen Grundstücks. Voreigentümer war der Makler Arthur Le[REDACTED].

Durch Bescheid vom 20. September 1943 wurde das Grundstück von der Verwaltung des Landbezirks der Ha[REDACTED] H[REDACTED] beschlagnahmt und durch Leistungsanforderung vom 25. Oktober 1945 mit Wirkung vom 1. April 1944 zugunsten des Kinderkrankenhauses R[REDACTED], das inzwischen eine Reihe von Aufwendungen für das Grundstück gemacht hatte und auch in der Folgezeit weiter machte, in Anspruch genommen. In Kenntnis dieser Verhältnisse erwarb der Kläger mit Kaufvertrag vom 25. März 1946 von Le[REDACTED] das Grundstück und wurde als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Da das von Le[REDACTED] her auf dem Grundstück stehende Bauwerk inzwischen zum Krankenhaus ausgebaut worden war, legte die Beklagte Wert auf den Erwerb des Grundstücks. Sie liess sich vom Kläger ein notarielles Tauschangebot vom 25. Mai 1948 machen, durch das dieser den Tausch des Grundstücks gegen das der Beklagten gehörige Grundstück H[REDACTED]-W[REDACTED], S[REDACTED]strasse [REDACTED]/ Ecke E[REDACTED]st[REDACTED] [REDACTED] (Grundbuch von W[REDACTED] Bl 2556) und gegen ein weiteres für den am Angebot beteiligten Makler Fo[REDACTED] bestimmtes Grundstück, das für diesen Rechtsstreit nicht interessiert, anbot. Die Grundstücke waren nach dem Angebot frei von Lasten in Abtlg. II und III des Grundbuchs zu liefern. Lediglich eine auf dem Grundstück des Klägers ruhende Grunddienstbarkeit war von der Beklagten zu übernehmen. Nach Nr 5 des Angebots sollte die Auflassung der Grundstücke gleichzeitig und möglichst bald erfolgen, nach Nr 10 Abrechnungstichtag der

1. April 1947 sein. Beide Parteien erteilten dem Stadtamtsrat Do[REDACTED] und dem Büroangestellten der Beklagten P[REDACTED], und zwar jedem für sich unter Befreiung von der Vorschrift des § 181 BGB Auflassungsvollmacht. Die Beklagte nahm das Angebot am 7. August 1948 form- und fristgerecht an.

Zur Durchführung des Vertrages kam es zunächst nicht, weil der Kläger trotz wiederholter mündlicher und schriftlicher Mahnungen die Belastungen des Du[REDACTED] Grundstückes nicht zur Löschung brachte.

Am 21. Juni 1950 erwirkte ein Dr. Sarre auf Grund eines Urteils des Landgerichts Hamburg, durch das ihm 25 148,50 DM nebst Zinsen zugesprochen waren, einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, durch den der Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück Si[REDACTED]strasse zu seinen Gunsten gepfändet wurde.

P[REDACTED] liess nunmehr am 19. September 1950 das Grundstück Du[REDACTED] an die Beklagte auf. Er teilte dies dem Kläger durch Schreiben vom 25. September 1950 mit, forderte ihn auf, für die Löschung der Belastungen des Du[REDACTED] Grundstückes Sorge zu tragen, und erklärte, dass die Beklagte bis zur Löschung hinsichtlich der Auflassung der von ihr in Tausch gegebenen beiden Grundstücke ein Zurückbehaltungsrecht geltend mache. Demgemäss unterblieb die Auflassung der Grundstücke zunächst.

Durch vollstreckbare notarielle Urkunde vom 6. Oktober 1950 bewilligte P[REDACTED] kraft Vollmacht des Amts für Bezirksverwaltung die Eintragung einer Grundschuld von 110 000 DM nebst 5 1/2 % Zinsen auf dem Grundstück S[REDACTED]strasse. Das Kapital sollte auf Kündigung mit einer Frist von 5 Monaten

auf das Ende eines Kalendervierteljahres fällig sein, die Vollstreckungsklausel aber ohne Nachweis der Fälligkeit erteilt werden.

Durch Beschluß des Amtsgerichts Hamburg vom 20. Oktober 1950 wurde P. auf Grund des von Dr. Sa. erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses gemäß § 848 ZPO zum Sequester bestellt. In dieser Eigenschaft nahm er am 25. Oktober 1950 die von dem Regierungsinspektor Hü. namens der Beklagten erklärte Auflassung des Grundstücks S. strasse für den Kläger entgegen und bestellte gleichzeitig für Dr. Sa. eine Sicherungshypothek in Höhe der Urteilsforderung im Range nach der Grundschuld von 110 000 DM.

Der Kläger wurde am 30. Januar 1951 daraufhin als Eigentümer des Grundstücks eingetragen.

Am 2. April 1951 beantragte P. für die Beklagte die Zwangsversteigerung des Grundstücks, die antragsgemäß durch Beschluss des Amtsgerichts vom selben Tage angeordnet wurde. Die Beklagte hatte das Grundschuld-Kapital dem Kläger gegenüber unterm 27. Dezember 1950 zum 31. März 1951 gekündigt.

Die Aufforderung des Klägers, die Grundbucheintragung (Grundschuld) zu ändern oder doch die Grundschuld in eine Höchstbetragssicherungshypothek umzuwandeln, lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 12. März und 3. April 1951 ab mit dem Bemerkten, dass sie zu ihrem Vorgehen durch das Verhalten des Klägers (Nichtlöschung der Belastung des Duvestedter Grundstücks) gezwungen gewesen sei, da sonst im Hinblick auf den Krankenhausbau ihre Belange gefährdet gewesen wären.

Durch notariellen Vertrag vom 27. September 1951 verkaufte der Kläger das Grundstück an die Deutsche Shell AG H■■■■■■■■■■, und zwar zum Preise von 135 000 DM unter Übernahme der Grundschuld von 110 000 DM, deren Rechtmässigkeit damit aber nicht anerkannt werden sollte, und der weiter eingetragenen Hypothek von 25 000 DM. Das Grundstück ist aufgelassen, aber noch nicht auf den Käufer umgeschrieben.

Der Kläger hat im ersten Rechtszug beantragt,
die Beklagte zu verurteilen,

1. in die Löschung der in Abtlg. III des Grundbuches Winterhude Bd 56 Bl 2556 eingetragenen Grundschuld von 110 000 DM nebst Zinsen einzuwilligen,
2. die durch die Löschung dieser Grundschuld entstehenden Kosten ihm zu erstatten.

Der Kläger bezeichnet die Eintragung der Grundschuld und die aus ihr betriebene Zwangsvollstreckung als rechtswidrig. Er habe alles getan, um seiner Pflicht zu genügen, die Belastungen des Du■■■■■■■■■■ Grundstücks zur Löschung zu bringen. Es hätten sich aber im Zusammenhang mit der Währungsumstellung Schwierigkeiten finanzieller Art und solche hinsichtlich der Umstellungsfrage ergeben.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie erhebt die Einrede eines Zurückbehaltungsrechts und macht Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung oder aus unerlaubter Handlung geltend.

Das von ihr erworbene Grundstück sei belastet:

in Abtlg. II ausser der von ihr übernommenen Grund-

dienstbarkeit mit einer Auflassungsvormerkung zu Gunsten des Klägers,

in Abtlg. III mit folgenden Rechten:

Nr 8a Hypothek zu 25 000 GM für Baronin von Wi [REDACTED],

Nr 8b Hypothek zu 25 000 GM für die Handels- und Verkehrsbank in H [REDACTED],

Nr 8 Eigentümergrundschild von 20 000 GM,

Nr 7 Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek von 8 232 RM für die Firma De [REDACTED] & K [REDACTED],

Nr 9 Grundschild von 25 000 GM für Max Karl Fr [REDACTED].

Trotz dauernder Mahnungen habe der Kläger die Belastungen nicht nur nicht löschen lassen, sondern im Gegenteil teilweise durch positive Massnahmen die Löschung verhindert.

Die Post 8b über 25 000 GM sei durch Rückzahlung vor dem Währungsstichtag Eigentümergrundschild für den Kläger geworden. Nach vielfachen vergeblichen Mahnungen habe sie für diese Post wie auch für die anderen Löschungsbewilligungen entworfen und sie dem Kläger zur Einreichung beim Grundbuchamt übersandt. Dieser habe sie auch tatsächlich eingereicht, später aber heimlich zurückgenommen und die Post 8b am 1. September 1949 an den Liakler Fo [REDACTED] abgetreten, der sie seinerseits für ein ihm und dem Kläger gewährtes Darlehen an die Neue Sparcasse von 1864 abgetreten habe, die nunmehr mit Zwangsversteigerung drohe.

Auch die für die Post 8 von 20 000 DM eingereichte Löschungsbewilligung habe der Kläger zurückgezogen und die Post der Handels- und Verkehrsbank verpfändet, und zwar als Sicherheit für einen ihm gewährten Kredit. Sie habe Arrest-

und Pfändungsbefehl erwirkt. Die Handels- und Verkehrsbank lehne aber die Herausgabe des Grundschuldbriefes ab.

Die Post 9 über 25 000 GM habe der Kläger pfänden und sich an Zahlungsstatt überweisen lassen. Die damit für den Kläger entstandene Eigentümergrundschuld habe sie (Beklagte) zur Höhe von 20 000 DM gepfändet.

Schliesslich habe der Kläger in Abtlg. III unter Nr 11 für das Konsortium Jürgen und Hans von Z[REDACTED] und Dr. Nicola Pe[REDACTED] nachträglich eine Höchstbetragssicherungshypothek über 300 000 DM eintragen lassen, deren Löschung sie aber durch Verhandlungen mit den Gläubigern erreicht habe.

Angesichts dieses Verhaltens und mit Rücksicht auf das Vorgehen des Dr. Sa[REDACTED] habe sie die Auflassung des Du[REDACTED]-[REDACTED] Grundstücks und die Belastung des Tauschgrundstücks an der S[REDACTED]strasse vor der Übereignung an den Kläger veranlassen müssen, um ihr Recht auf lastenfreie Auflassung des Duvestedter Grundstücks zu sichern. Ihr stehe eine Gesamtforderung von 111 975,50 DM wegen der ungelöschten Grundpfandrechte, der Steuerrückstände und der bisher verauslagten Gerichts-, Notar- und Gerichtsvollzieherkosten zu.

Der Kläger hat zugegeben, dass die von der Beklagten angegebenen Belastungen bestehen. Im einzelnen hat er dazu aber ausgeführt:

Zu Nr 8a: Es liege eine - allerdings nicht notariell beglaubigte - löschungsfähige Quittung vor. Die Gläubigerin sei nicht zu erreichen. Sie sei irgendwo auf Reisen, ihre Anschrift nicht bekannt. Die Rückzahlung sei vor der Währungsreform

erfolgt. Um das vor dem Amtsgericht hinsichtlich der Umstellung anhängig gemachte Verfahren habe die Beklagte sich zu bekümmern gehabt, sich aber in keiner Weise um Beschleunigung bemüht.

Zu Nr 8b: Die Weiterverwertung sei in Kenntnis der Beklagten geschehen und von ihr durch P [REDACTED] vermittelt worden. Die Beklagte habe sich die Post gegen Auszahlung der Valuta von der Neuen Sparcasse von 1864 abtreten lassen. Er habe sich bereit erklärt, diese Post auf dem Grundstück S [REDACTED] strasse eintragen zu lassen.

Zu Nr 8: Die Handels- und Verkehrsbank habe sich bereit erklärt, die Post löschen zu lassen, wenn für sie auf dem Grundstück S [REDACTED] strasse im Range nach 50 000 DM eine Hypothek in gleicher Höhe eingetragen werde.

Zu Nr 7: Er werde in den nächsten Tagen löschungsfähige Quittung beibringen.

Zu Nr 9: Er habe sich seit Jahren vergeblich um die Löschung dieser Post bemüht. Der Gläubiger sei vor der Währungsreform befriedigt worden, habe aber auf kein Schreiben geantwortet. Er habe daher gegen ihn Klage auf Zahlung von 25 000 RM erhoben und auch ein Urteil erwirkt, das vor der Währungsreform rechtskräftig geworden sei (spätere Angabe: Urteil auf Einwilligung zur Löschung). Er habe alsdann die Grundsuld gepfändet und sich an Zahlungsstatt überweisen lassen, mangels Vorlegung des Grundschuldbriefes aber die Löschung nicht erreichen können. Der Versuch, ein Aufgebotsverfahren durchzuführen, sei misslungen. Der Aufenthalt des Gläubigers Fr [REDACTED] sei nicht mehr feststellbar. Hinsichtlich der Betreibung des Umstellungsverfahrens gelte dasselbe wie zur Post 8a.

Die Sicherungshypothek über 300 000 DM sei nur im Interesse der Beklagten eingetragen worden. In dem Vertrag, durch den er das Grundstück S[REDACTED]strasse an das Konsortium verkauft habe, sei ausdrücklich gesagt, dass die von dem Konsortium am Tage des Eingangs des Vorbescheids über das auf dem Grundstück vorgesehene Garagenprojekt zu zahlenden 103 232 DM zur Löschung der auf dem Du[REDACTED] Grundstück stehenden Belastungen verwendet werden sollten (§ 3) und dass nach lastenfreier Auflassung des Grundstücks S[REDACTED]strasse oder im Falle des Rücktritts von diesem Vertrag die Sicherungshypothek zu löschen sei (§ 5).

Er habe sich also alle Mühe gegeben, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Die Beklagte habe ihn aber in keiner Weise unterstützt, die Erledigung der Angelegenheit vielmehr jahrelang hinausgezögert und ihn so mittelbar veranlasst, die vorhandenen Belastungen wieder für sich zu verwerten. Sie habe ihm die Umlegung der Belastungen auf das Grundstück Sierichstrasse unmöglich gemacht.

Ausserdem habe sie ohne seine Kenntnis und Zustimmung einen auf dieses Grundstück bezüglichen Bauantrag für die Shell AG unterzeichnet, so dass diese nach Erteilung der Baugenehmigung plötzlich Rechte auf das Grundstück geltend gemacht habe und er gezwungen gewesen sei, mit der Shell AG ein Übereinkommen zu treffen.

Die Beklagte hat die Darstellung des Klägers bestritten, insbesondere auch, dass die Hypothek Wi[REDACTED] und die Grundschild Fr[REDACTED] (Nr 8a und 9) vor der Währungsreform zurückgezahlt worden sei. Die Gläubigerin Wi[REDACTED] gebe die Löschungsbewilligung nicht her, weil der Kläger seine Verpflichtung, ihr 3750 DM zu bezahlen, nicht erfüllt habe.

Von der Weiterverwertung der Hypothek 8b habe sie nichts gewusst. Da die Neue Sparcasse von 1864 mit der Zwangsversteigerung gedroht habe, habe sie die Hypothek am 9. Oktober 1950 mit 26 119,50 DM einlösen müssen. Hinsichtlich der Vormerkung Nr 7 habe der Kläger zwar eine Löschungsbewilligung der Gläubigerin übersandt, einen Löschungsentrag aber trotz Aufforderung nicht gestellt. Die vertragswidrig eingetragene Hypothek von 300 000 DM habe der Kläger nachträglich gegen ein Darlehen von 90 000 DM zu verwerten gesucht. Der Bauantrag der Shell AG sei von dieser mit Kenntnis des Klägers, nicht aber von ihr - der Beklagten - gestellt worden.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, jedoch nur Zug um Zug gegen Löschung der auf dem Du [REDACTED] Grundstück stehenden Belastungen durch den Kläger bzw. Nachweis der Rückzahlung etwa entstandener Umstellungsgrundschulden.

Der Kläger hat Berufung eingelegt, um eine Verurteilung ohne Zuerkennung des Zurückbehaltungsrechts zu erzielen, die Beklagte Anschlussberufung mit dem Ziel der Klagabweisung.

Der Kläger hat hinsichtlich der Belastungen noch ausgeführt: Den Anspruch auf Rückübertragung der Hypothek Nr 8a (Wimmersperg) habe er an die Handels- und Verkehrsbank abgetreten, die bereit sei, diese Hypothek und die Post Nr 8 über 20 000 DM löschen zu lassen, falls das Grundstück S [REDACTED] strasse entsprechend in gleicher Rangstelle zu ihren Gunsten belastet werde. Der Hypothekenbrief zur Post 8a sei in seiner Hand. Auch dass die Post Nr 9 vor der Währungsreform zurückgezahlt worden sei, werde aufrechterhalten. Die Beklagte habe dafür Sorge getragen, dass er zu dem Umstellungsverfahren nicht als Beteiligter herangezogen worden sei.

und habe es unterlassen, die von ihm ihr mitgeteilten Tatsachen zu prüfen und im Verfahren vorzutragen. (Der hinsichtlich der Post 8a und 9 auf Umstellung 10 : 1 lautende Beschluss des Amtsgerichts Hamburg vom 11. Oktober 1951 Aktz. 103 II 62 ist auf Beschwerde des Klägers aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung an das Amtsgericht zurückverwiesen worden. Die Beklagte hat im zweiten Rechtszuge für ihre Forderungen gegen den Kläger folgende Zusammenstellung gegeben:

1. Hypothek III/8a Baronin v. Wi [REDACTED] zu 25 000 GM 4 % Zinssatz Kapital 1/10 von der Baronin weiter vom Kläger gefordert anscheinend für Zinsen und Kosten. Die Gläubigerin ist nicht bereit, löschungsfähige Quittung zu erteilen bevor beide Beträge reguliert sind Hamburgische Landesbank - Girozentrale - Umstellungsgrundschuld 9/10 4 % Zinsen v. 1.7.1948 bis 3.6.1952	2 500,-- DM 1 250,-- DM 22 500,-- DM 3 600,-- DM
2. Hypothek III/8b Neue Sparcasse/Hansestadt Hamburg Deutsche Mark: 25 000 aufgewendeter Betrag für die abgelöste Forderung der Neu.Spar: 8 % Zinsen v. 1.10.1950 bis 30.6.1952	 26 119,80 DM 3 656,80 DM
3. Grundschuld III/8 Handels- und Verkehrsbank Deutsche Mark: 20 000 Kapital 8 % Zinsen v. 1.7.1948 bis 30.6.1952	 20 000,-- DM 6 400,-- DM
4. Grundschuld III/9 Fr [REDACTED] RM 25 000 - 10 % - Kapital 10 % Zinsen v. 1.1.1948 bis 30.6.1952	 25 000,-- DM 10 125,-- DM
5. Bisherige Anwalts- und Gerichtskosten, die von der Beklagten verauslagt sind	980,74 DM
6. Entstehende Löschungskosten	129,50 DM
bisherige Gesamtforderung:	122 261,84 DM

Dem stünden an Einnahmen aus der zugunsten der Ha [REDACTED] H [REDACTED] im Grundbuch von Wi [REDACTED] eingetragenen Grundschuld von DM 110 000 gegenüber:

Kapital	110 000,-- DM
5 1/2 % Zinsen v. 1.1.1950 bis 30.6.1952;	<u>10 587,50 DM</u>
so dass sich	
ein Fehlbetrag zum 30.6.1952 in Höhe von	120 587,50 DM
1 674,34 DM zu Lasten des Klägers ergebe.	

Das Berufungsgericht hat die Berufung und Anschlussberufung zurückgewiesen, die Berufung mit der Maßgabe, dass hinsichtlich der Post 7 (Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek zu DM 8 232 zugunsten der Firma De [REDACTED] & K [REDACTED]) die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts der Parteien (soll offenbar heißen: der Beklagten) entfalle, da der Kläger insoweit Löschungsbeurteilung zur Verfügung gestellt habe.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Berufungsantrag weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. In den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils ist ausgeführt:

1. Es könne dshingestellt bleiben, ob P [REDACTED] durch die Auflassung des Duvenstedter Grundstücks an die Beklagte ohne gleichzeitige Auflassung des Grundstücks an der Sierichstrasse an den Kläger sich der Untreue schuldig gemacht und die Beklagte dafür einzustehen habe, da die Beurteilung dieser Frage die besonderen Umstände, die zu dem Vorgehen der Beklagten geführt hätten, berücksichtigt werden müssten. Der Kläger habe trotz Drängens der Beklagten länger als zwei

Jahre seine Verpflichtung zur Löschung der Belastungen nicht erfüllt, habe sich insoweit im Verzug befunden und sogar Abtretungen ihm zustehender Belastungen vorgenommen und neue eintragen lassen. Das Eingreifen Dr. Sa. habe eine Bereinigung des Tauschgeschäftes noch dringlicher gemacht, wenn die Beklagte Dr. Sa. gegenüber auch die Einrede des nichterfüllten Vertrags gehabt habe und einem Zugriff auf das Du. Grundstück durch eine Vormerkung zu ihren Gunsten hätte begegnen können. Der Kläger habe auch, soweit die Auflassung des Du. Grundstücks allein eine Vollmachtsüberschreitung des P. gewesen sein sollte, nichts dagegen unternommen, im Gegenteil sich insbesondere durch Abschluss des Vertrages mit der Shell Gesellschaft mit der Eigentumsänderung einverstanden erklärt.

2. Das Grundstück an der S. strasse sei zwar entgegen dem Verträge nicht lastenfrei, sondern mit der Grundschuld von 110 000 DM belastet an den Kläger übereignet worden. Trotzdem könne er die Löschung dieser Grundschuld nicht fordern. Die Beklagte wäre befugt gewesen, im Zusammenhang mit der lastenfreien Auflassung des Grundstücks an der Sie- richstrasse wegen des Verzugs unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes die Beträge, die für die Löschung der Belastung möglich seien, vom Kläger einzuklagen und für den Betrag einer Sicherungshypothek auf dem Grundstück an der S. strasse zu erwirken. Sie habe mit der Eintragung der Grundschuld den einfacheren und weniger kostspieligen Weg eingeschlagen. Dem könne der Kläger, wenn er sich schon mit der Umschreibung der Grundstücke ohne Widerspruch abgefunden habe, nicht mit der Folge entgegentreten, dass er die Löschung der Grundschuld schlechthin, also unter Bestehenbleiben der Belastungen des Du. Grundstücks begehren könne. In

dieser nach § 242 BGB zu entscheidenden Frage sprächen vielmehr alle Umstände für die Beklagte:

3. Es sei Sache des Klägers gewesen, die Voraussetzungen für die Löschung der Belastungen zu schaffen. Die Beklagte habe weder eine ihr obliegende oder auch nur zuzumutende Mitwirkung versagt, noch den Kläger mittelbar an der Löschung verhindert oder zu anderweiten Verfügungen über die eingetragenen Grundstücksrechte veranlasst. Für die Löschung der Hypothek Nr 8a habe der Kläger die noch erforderlichen 3 750 DM, die die Gläubigerin nach seiner eigenen Angabe verlange, noch nicht bezahlt. Wenn die Beklagte im Umstellungsverfahren hinsichtlich dieses Rechtes die Angaben des Klägers über die Auszahlung der Hypothek nicht vertreten habe, so sei bei ihrem begründeten Misstrauen gegen den Kläger ihr das nicht zu verargen. Seine Sache sei es gewesen sich am Verfahren zu beteiligen. Er habe überdies auf Aufforderung des Gerichts sich im Umstellungsverfahren schriftlich geäußert. Gleiches gelte für die Grundschuld Nr 9.

Andererseits habe der Kläger erheblich gegen seine vertraglichen Verpflichtungen verstossen, indem er die Hypothek Nr 8a oder doch den Anspruch auf Übertragung der Hypothek im Mai 1950 an die Handels- und Verkehrsbank abgetreten habe, die Eigentümergrundschuld Nr 8 an diese Bank verpfändet habe, endlich die zur Eigentümergrundschuld gewordene Post 8b an den Makler Fo[redacted] abgetreten habe, der sie dann seinerseits an die Neue Sparcasse von 1864 weitergegeben habe. Die Behauptung des Klägers, die Beklagte hat von der Abtretung an Fo[redacted] gewusst, sei durch den Zeugen P[redacted] widerlegt. Zu beanstanden sei auch, dass der Kläger eine Sicherungshypothek von 300 000 DM auf dem Duvenstedter Grundstück für das

Konsortium habe eintragen lassen, auch wenn die von dem Konsortium zu leistende Zahlung zur Abdeckung der übrigen Lasten habe dienen sollen; denn die Löschung der Hypothek zu 300 000 DM sei nicht gesichert gewesen. Überdies habe der Kläger nach Auflösung des Vertrages mit dem Konsortium versucht, die Umschreibung der Sicherungshypothek auf sich selbst zu erreichen.

Bei dieser Sachlage könne hinsichtlich der Grundschuld zu 110 000 DM der Beklagten die Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht nicht versagt werden. Dieses sei auch nicht durch § 273 Abs 2 BGB ausgeschlossen, da die Grundschuld durch keine unerlaubte Handlung erlangt sei und eine entsprechende Anwendung der Vorschrift hier aus Billigkeitsgründen ausscheide.

Allerdings habe die Belastung für die Beklagte den Vorteil, daß sie die Zwangsvollstreckung ohne Fälligkeit und ohne gerichtlichen Titel erwirken könne. Aber angesichts der Persönlichkeit des Klägers, der flüchtig sei und von der Staatsanwaltschaft verfolgt werde, habe die Sicherungshypothek die die Beklagte hätte erwirken können, zur Durchsetzung der Rechte der Beklagten nicht genügt, die ausserdem inzwischen einen entsprechenden Titel bereits erlangt hätte. Der Gefahr, daß die Beklagte den Zwangsversteigerungserlös zur Löschung der Belastungen auf dem Du[REDACTED] Grundstück gar nicht verwende, könne der Kläger durch Erwirkung der Hinterlegung begegnen.

Was die Höhe der Grundschuld anlange, so sei die Höhe der von der Beklagten zur Grundlage der Eintragung der Grundschuld gemachten Belastungen vom Kläger nicht bestritten. Er beanstande lediglich die Berechnung der Zinsen und den

Prozentsatz. Es handele sich hierbei aber um eingetragene Zinsen.

II. Die Revision bekämpft die Ausführungen des Berufungsgerichts als rechtsirrig, jedoch nur teilweise mit Erfolg.

1. Nach dem Kaufvertrag und den §§ 434, 435, 439 Abs 2 BGB war der Kläger verpflichtet, das Du [REDACTED] Grundstück der Beklagten frei von Grundpfandrechten sowie von Einträgen solcher Pfandrechte, selbst wenn sie nicht bestanden, zu verschaffen. Andererseits hatte auch der Kläger einen gleichen Anspruch auf lastenfreie Übereignung des Grundstücks an der S [REDACTED] strasse gegen die Beklagte. Sie durfte, solange der Kläger nicht erfüllte, ihre Leistung ganz oder teilweise gemäss § 320 BGB zurückbehalten, also von der Übereignung des Grundstücks an der Sierichstrasse überhaupt absehen oder auch es übereignen, ohne es jedoch vorher lastenfrei zu machen. Voraussetzung war dabei, dass die Leistung des Klägers fällig war, woran trotz der Bestimmung in Nr 5 des Vertrages (Bl 9 R GA), dass die Auflassung gleichzeitig und möglichst bald, nachdem die erforderlichen Unterlagen vorlägen und die notwendigen Genehmigungen erteilt seien, geschehen solle, nicht zu zweifeln ist. Wenn die Beklagte auf das von ihr zu übereignende Grundstück vor der Übereignung die Grundschild legte, so war das gegenüber der völligen Zurückbehaltung des Eigentums ein Weniger, so dass die Grundschild zunächst durch das Zurückbehaltungsrecht gerechtfertigt erscheint. Die Revision verneint dies und verweist auf § 273 Abs 2 BGB, wonach, wer zu Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, den er durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat, wegen seiner Verwendung oder einer

durch den Gegenstand verursachten Schadens kein Zurückbehaltungsrecht hat, und bezeichnet das Verhalten des P. als Untreue. § 273 Abs 2 BGB ist unmittelbar nicht anwendbar. Aber auch eine entsprechende Anwendung scheidet aus. Der Vorschrift könnte nur der Grundgedanke entnommen werden, dass gegenüber dem Anspruch auf Wiederherstellung eines durch vorsätzliche unerlaubte Handlung veränderten Rechtsstandes es keine Berufung auf Zurückbehaltungsrecht gibt (ähnlich § 393 BGB). Darum handelt es sich bei der Belastung des früheren Grundstücks der Beklagten mit der Grundschuld aber nicht. Die Anwendung des § 273 Abs 2 BGB könnte lediglich in Frage kommen, wenn der Kläger, wie es nicht der Fall ist, sein früheres Grundstück zurückverlangen würde. Scheidet somit § 273 Abs 2 BGB nach jeder Richtung aus, so ist doch noch, insbesondere auch nach § 320 Abs 2 BGB zu prüfen, ob sonst nach Treu und Glauben der Beklagten das Zurückbehaltungsrecht versagt ist (§ 242 BGB). Das Berufungsgericht hat die Frage mit Recht verneint. Ausgeschlossen müsste das Zurückbehaltungsrecht sein, wenn eine schuldhaft vertragswidrige oder sonst rechtswidrige Handlung der Beklagten dafür ursächlich wäre, dass der Kläger die Grundpfandrechte auf dem von der Beklagten erworbenen Grundstück nicht beseitigt hat. Das trifft jedoch nicht zu. Es kann für diese Prüfung unterstellt werden, dass der Zeuge P. nicht ohne Weisung des Klägers dessen Grundstück allein an die Beklagte ohne gleichzeitige Auflassung des Grundstücks der Beklagten an den Kläger auflassen durfte. Es war aber nicht der Sinn des Vertrages, dass der Erwerb des Grundstücks an der Sierichstrasse es dem Kläger erst ermöglichen sollte, die auf seinem Grundstück liegenden Belastungen wegzufertigen; denn nach Nr 8 des Vertrages waren die Grundstücke - übereinstimmend mit den oben genannten gesetzlichen Vorschriften über Kauf und Tausch - frei von Lasten in Abteilung II und III zu liefern. Daren ändert auch der Umstand

nichts, dass der Kläger die Beklagte darauf hingewiesen haben will, dass die Fragen der Belastung des Grundstücks nicht einfach zu lösen seien, dass der Kläger sein Tauschangebot noch in der RM-Zeit gemacht hat und dass die Beklagte wegen des bereits stehenden Krankenhauses besonderes Interesse an dem Geschäft hatte. Die Beklagte hat zwei Jahre zugewartet, bis sie nach verschiedenen Mahnungen gegen den Kläger vorgeing, und der Kläger hat keinen Versuch gemacht, etwa nach der Währungsreform unter Berufung auf die veränderten Verhältnisse sich von der Beklagten vom Vertrage entbinden zu lassen oder eine Änderung der Bestimmung hinsichtlich der Grundstückslasten zu erzielen.

Zutreffend hat das Berufungsgericht zu der Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht der Beklagten nach § 242 BGB ausgeschlossen sei, auch ausgeführt, dass die Beklagte ein berechtigtes Interesse an der baldigen Bereinigung des Tauschgeschäftes gehabt habe, die wegen des bereits stehenden Krankenhauses nicht in einem Rücktritt vom Vertrag bestehen konnte. Es mag sein, dass den Kläger nicht durchweg ein Verschulden daran trifft, dass zwei Jahre nach dem Kaufabschluß die Belastungen noch immer nicht gelöscht waren. Zu bejahen ist sein Verschulden jedoch mindestens insoweit, als er die nach seiner eigenen Darstellung bereits vor der Währungsreform zurückgezahlte Post 8a oder doch wenigstens den Anspruch auf Rückübertragung dieser Post im Mai 1950 an die Handels- und Verkehrsbank abgetreten hat, weiter die zur Eigentümergrundschuld gewordene Post 8b an den Makler Fo... abgetreten und die Post 8 an die Handels- und Verkehrsbank verpfändet hat, wobei er sogar für Post 8 und 8b die bereits eingereichten, ihm von der Beklagten als Entwurf übersandten Löschungsbewilligungen heimlich wieder vom Grundbuch zurückgeholt hat. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Behauptung

tung des Klägers, die Beklagte habe der Abtretung der Post 8b zugestimmt, unter Verletzung des § 286 ZPO als durch den Zeugen P. [REDACTED] widerlegt erachtet, greift nicht durch. Für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen P. [REDACTED] war sein tatsächliches Verhalten, das dem Berufungsgericht bei seiner Entscheidung gegenwärtig war (§ 19 der Urteilsgründe), nicht aber die rechtliche Einordnung dieses Verhaltens von Bedeutung. Ob das Berufungsgericht aus dem Verhalten des Zeugen aber Schlüsse gegen die Zuverlässigkeit seiner Aussage ziehen wollte, lag im Rahmen der in diesem Rechtszug insoweit nicht nachprüfaren Beweiswürdigung des Berufungsgerichts.

Ohne Rechtsverstoss konnte das Berufungsgericht auch zu Lasten des Klägers bei der Frage, ob der Beklagte das Zurückbehaltungsrecht zu versagen sei, berücksichtigen, dass der Kläger versucht hat, die Sicherungshypothek von 300 000 DM, die er zugunsten des Konsortiums bestellt hatte, sich abtreten zu lassen, so dass auf dem Du. [REDACTED] Grundstück eine weitere Belastung stehen geblieben wäre. Ein derartiges Verhalten gibt dem Vertragsgegner besonderen Anlass, mit seinen eigenen Leistungen zurückzuhalten. Ebensowenig ist es zu missbilligen, dass das Berufungsgericht zugunsten der Beklagten den Umstand wertet, dass von dritter Seite (Rechtsanwalt Dr. Sarre) gegen den Kläger vorgegangen wurde, mochten auch, wie der Berufsrichter ja nicht verkennt, andere, freilich umständliche und kostspielige Massnahmen zur Abwendung der aus jenem Vorgehen drohenden Gefahren möglich sein. Zu Unrecht führt die Revision auch Klage darüber, dass das Berufungsgericht feststellt, der Kläger habe sich verborgen gehalten. Er hat selbst zugegeben, dass er von der Staatsanwaltschaft verfolgt wurde und sich in der Schweiz deswegen

aufhält. Es wäre seine Sache gewesen, seinen dortigen Aufenthaltsort ohne besondere Aufforderung im Rechtsstreit anzugeben.

Begründet ist an sich die Rüge, das Berufungsgericht habe nicht ohne weiteres feststellen dürfen, der Kläger habe sich mit der Umschreibung des Grundeigentums ohne Widerspruch abgefunden. Hier hätte in der Tat das Berufungsgericht den Kläger nach § 139 ZPO nach einem etwaigen Widerspruch befragen sollen. Doch kann dieser Mangel die Richtigkeit des Standpunkts des Berufungsgerichts, das Zurückbehaltungsrecht sei der Beklagten zuzuerkennen, nicht beeinträchtigen, weil seine übrigen Erwägungen hierfür ausreichen.

Für das Zurückbehaltungsrecht, das mit der Schaffung und Belassung der Grundschuld auf dem bisherigen Grundstück der Beklagten ausgeübt wurde, bedarf es keiner Feststellung in allen Einzelheiten, ob die vom Kläger zu beseitigenden Grundpfandrechte valuiert sind, da das Zurückbehaltungsrecht grundsätzlich auch nur wegen teilweiser ausbleibender Gegenleistung ausgeübt werden kann und es sich keinesfalls nur um einen geringfügigen Rest der vom Kläger zu erbringenden Leistungen handelt. Auch nach den eigenen Ausführungen des Klägers bestehen die Grundschulden Nr 8 und 8b noch zu Recht. Abgesehen davon ist es Pflicht des Klägers, auch die nur formell bestehenden Belastungseintragungen im Grundbuch zu beseitigen oder doch wenigstens die dafür nötigen Unterlagen wie Löschungsbewilligungen zu beschaffen, wenn wegen des Eigentumswechsels er zur Antragstellung beim Grundbuchamt nicht mehr legitimiert ist (§ 13 Abs 2 GBO). Die Frage insbesondere, ob die Beklagte sich in dem Umstellungsverfahren für die Grundpfandrechte Nr 8 und 9 richtig verhalten habe, spielt

daher für das Bestehen des Zurückbehaltungsrechts, nämlich das Recht der Beklagten, die Löschung der Grundschuld zu verweigern, wegen der auf jeden Fall noch bestehenden anderen Belastung, derzeit keine Rolle.

War die Bestellung der Grundschuld für die Beklagte an dem von ihr veräußerten Grundstück und die Belassung des Grundpfandrechts bei der Übereignung des Grundstücks an den Kläger wegen des Zurückbehaltungsrechts der Beklagten gerechtfertigt, so liegt auch eine von der Revision behauptete positive Vertragsverletzung durch die Beklagte insoweit nicht vor.

2. Die Beklagte hat sich jedoch nicht damit begnügt, durch die Bestellung der Grundschuld einen Teil ihrer Leistung zurückzubehalten, sondern sie bestrebt die Zwangsversteigerung aus der Grundschuld in das an den Kläger übereignete Grundstück an der S[REDACTED]strasse. Das Berufungsgericht hält auch dieses Vorgehen der Beklagten für rechtlich zulässig. Hierin kann ihm jedoch nicht gefolgt werden, wie der Revision zuzugeben ist.

Nach §§ 1191, 1192, 1147 BGB gewährt eine Grundschuld dem Gläubiger das Recht, im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Grundstück wegen der Grundschuldsumme seine Befriedigung zu suchen. Aus den zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Gläubiger bestehenden Rechtsbeziehungen kann sich jedoch die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung ergeben, wie dies im vorliegenden Falle zutrifft. Die Beklagte begnügt sich nicht damit, eine von ihr nach dem Tauschvertrage geschuldete Leistung zurückzubehalten, sondern sie betreibt ein Verfahren, das dazu führen soll, dem Kläger das übertra-

gene Eigentum wieder zu entziehen, und mit dem das dingliche Recht, zu dessen Beseitigung die Beklagte nach dem Vertrage unbeschadet ihres zunächst bestehenden Zurückbehaltungsrechts verpflichtet ist, gegen den Vertragspartner geltend gemacht wird. Das Zurückbehaltungsrecht, auch das nach § 320 BGB soll aber den Schuldner in erster Linie davor schützen, einseitig leisten zu müssen auf die Gefahr hin, die Gegenleistung nicht zu erhalten. Das Recht dient nur mittelbar dem Zweck, dem Schuldner für seinen Gegenanspruch Befriedigung zu verschaffen, indem die Zurückbehaltung einen Druck auf den Vertragsgegner ausübt. Ein aktives Befriedigungsrecht gibt das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches dem Berechtigten im Gegensatz zum kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht (§§ 369, 371 HGB) nicht (Planck BGB 4. Aufl § 273 Anm 1 a). Die Vorschrift des § 777 ZPO ändert hieran nichts, sie ist nur eine Schutzvorschrift für den Vollstreckungsschuldner, wenn der Vollstreckungsgläubiger gegen ihn aus seiner Forderung vorgeht und ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache geltend gemacht hat. Tatsächlich betreibt im vorliegenden Falle die Beklagte im Widerspruch zu diesem Charakter ihres Zurückbehaltungsrechts mit seiner Hilfe unmittelbar ihre Befriedigung. Die Verfolgung des Rechts aus der Grundsuld ist das gerade Gegenteil zur Erfüllung der von der Beklagten im Tauschvertrag übernommenen Pflicht, etwaige Grundpfandrechte an dem von ihr veräußerten Grundstück zu beseitigen. Allerdings schneidet eine aus dem Wesen des Zurückbehaltungsrechts und der vertraglichen Bindung der Beklagten abzuleitende Beschränkung in der Verfolgung des Rechts aus der Grundsuld der Beklagten ihren Erfüllungsanspruch nicht ab. Er kann sich in der Zwangsvollstreckung in einen Geldanspruch verwandeln. Es handelt sich um eine vertretbare Leistung im Sinne des § 887 (Baumbach-Lauterbach ZPO 22. Aufl § 887 Anm 6; Stein-Jonas-Schönke ZPO

17. Aufl § 887 II 2 b), so dass auf Grund des rechtskräftigen Urteils, das den Kläger zur Beseitigung der Belastungen des von ihm veräusserten Grundstücks verurteilen würde, der Kläger in der Zwangsvollstreckung auch verurteilt werden könnte, vorschussweise die zur Beseitigung der Belastung aufzuwendenden Geldbeträge zu bezahlen, jedenfalls aber sie als Kosten der Zwangsvollstreckung nach § 788 ZPO zu tragen. Auch ist die Beklagte in der Lage, bei Verzug des Klägers nach fruchtloser Fristsetzung gemäss § 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen; dieser kann in der Zahlung der Beträge bestehen, die zur Löschung der an sich durch den Kläger zu beseitigenden Pfandrechte erforderlich sind. Die Beklagte könnte sich dann, wie das Berufungsgericht richtig ausführt, in beiden Fällen eine Zwangshypothek an dem nunmehrigen Grundstück des Klägers, das derzeit mit der strittigen Grundsuld der Beklagten belastet ist, eintragen lassen. Es geht jedoch nicht an, dass die Beklagte die zur ordnungsgemässen Durchsetzung ihrer Rechte gesetzliche erforderliche Erwirkung eines Vollstreckungstitels, bei der die Rechtsbeziehungen der Parteien vor dem Urteilsspruch zu prüfen sind, dadurch umgeht, dass sie das nach dem Tauschvertrag von ihr unbelastet dem Kläger zu übereignende Grundstück mit einer Grundsuld belastet, durch die vor der Übereignung vorgenommene Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gemäss § 794 Nr 5 ZPO unter Eintragung der Unterwerfungsklausel im Grundbuch gemäss § 800 ZPO einseitig einen Vollstreckungstitel gegen den Kläger begründet und sich so eine dem Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs fremde Befriedigungsmöglichkeit schafft, bei der der Kläger gegebenenfalls erst mit Vollstreckungsabwehrklage geltend machen muß, in welchem Umfang der Beklagten keine Ansprüche zustehen, die ein Vorgehen aus der Grundsuld rechtfertigen. Zuzugeben ist, dass der von der Beklagten ein-

geschlagene Weg, wie das Berufungsgericht hervorhebt, für sie rascher und billiger zur Beseitigung der Grundpfandrechte auf dem von ihr erworbenen Grundstück führen würde. Aber diese Erwägung reicht jedenfalls dann nicht aus, eine Abweichung von dem durch das Gesetz eröffneten Weg zur Durchsetzung von Vertragsrechten zu rechtfertigen, wenn die Vereinfachung und Verbilligung auf Kosten des Schutzes des Vertragsgegners, hier des Klägers, geht. Der etwaige Verzug des Klägers und sein Auslandsaufenthalt ändern daran nichts, da die von der Beklagten umgangenen, dem Gläubiger vom Gesetz zur Verfügung gestellten Wege für die Durchsetzung seiner Rechte ja die Leistungsunfähigkeit oder Leistungsunwilligkeit des Schuldners und Vertragsgegners voraussetzen. Auf die Einwendungen, die die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts vorbringt, der Kläger habe sich mit der Beseitigung der Grundschuldpfandrechte auf dem von der Beklagten erworbenen Grundstück schon lange in Verzug befunden, braucht somit auch hier nicht eingegangen zu werden. Dass eine Vertragspartei nach dem Willen des Gesetzgebers nicht die Möglichkeit haben soll, sich auf Grund des Zurückbehaltungsrechts ohne Erwirkung eines Vollstreckungstitels gegen den Vertragsgegner zu befriedigen, zeigt die Regelung beim handelsrechtlichen Zurückbehaltungsrecht und § 371 HGB. Obwohl dieses ein Befriedigungsrecht gewährt, ist stets ein vollstreckbarer Titel des Berechtigten erforderlich, selbst bei eigenen Sachen des Berechtigten, deren Eigentum auf den Schuldner übertragen ist (§ 369 Abs 1 Satz 2 HGB). Dieser Vollstreckungstitel kann niemals durch den Berechtigten selbst im Wege der Vollstreckbarkeitsunterwerfung geschaffen werden, da nur bewegliche Sachen und Wertpapiere Gegenstand des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts sind.

Nach alledem kann für die Geltendmachung der Grundschild der Beklagten im Wege der Zwangsvollstreckung im Verhältnis zum Kläger die vollstreckbare Urkunde nicht genügen. Die Zwangsvollstreckung aus der Grundschild ist daher derzeit unzulässig. Von der Beklagten muss verlangt werden, dass sie sich den erforderlichen Titel erst im Klagewege verschafft. Da diese Möglichkeit besteht, ist der Kläger nicht etwa berechtigt, den Verzicht der Beklagten auf die Grundschild, der die Pflicht zur Bewilligung der Löschung zur Folge hätte, deswegen zu verlangen, weil feststände, daß der Kläger als Eigentümer eine dauernde Einrede der Grundschild entgegenzusetzen könnte (§§ 1169, 1192 BGB). Trotz der derzeitigen Unzulässigkeit der Vollstreckung aus der Grundschild muss also die Revision des Klägers, soweit er Verurteilung der Beklagten zur Löschungsbewilligung schlechthin ohne Zug um Zug-Leistung verlangt hat, zurückgewiesen werden.

Bedenken könnten bestehen, ob es nicht an dem für den Ausspruch der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der Grundschild erforderlichen Klagantrag des Klägers fehlt. Er hat im ersten Rechtszuge ausdrücklich den Antrag gestellt, die Zwangsvollstreckung aus der Grundschild für unzulässig zu erklären, ihn jedoch schliesslich im Laufe dieser Instanz mit Schriftsatz vom 26. Oktober 1951 fallen lassen. Es scheint demnach, als ob die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung nicht mehr ausgesprochen werden könnte, weil im Revisionsrechtszug neue Anträge nicht gestellt werden können und der Kläger einen neuen ausdrücklichen Antrag auf Unzulässigkeit in den beiden Oberinstanzen auch nicht angebracht hat, wenn auch in der schriftlichen Revisionsbegründung unter III b 2 die Unzulässigkeitserklärung gefordert wird. Aber der Kläger hat in dem genannten Schriftsatz vom 26. Oktober 1951 ausgeführt, der Klagantrag zu 3) (Unzulässigkeitserklärung) werde

nur fallengelassen, weil er mit dem Klageantrag zu 1) (Bewilligung der Grundschuldlöschung) enthalten sei. Ob das zutrifft, mag dahinstehen. Jedenfalls ergibt diese Begründung, dass der Kläger gegebenenfalls die Unzulässigkeitserklärung, die seiner Ansicht nach in dem Löschungsbewilligungsantrag als dem umfassenderen Begehren enthalten war, ausgesprochen haben wollte.

Nach alledem war zu entscheiden, wie geschehen, ohne dass es noch des Eingehens auf die vorstehend nicht berührten weiteren Revisionsrügen bedurft hätte.

Die Kostenentscheidung für das Berufungs- und Revisionsverfahren beruht auf § 92 Abs 1 ZPO. Für den ersten Rechtszug bleibt es bei der vom Landgericht ausgesprochenen Kostenteilung.

Dr. Tasche	Bundesrichter Dr. v. Normann ist durch Krankheit an der Unterschrift verhindert.	Schuster
Dr. Oechßler	Dr. Tasche	Dr. Großmann