

50. 1. Über das Wesen des Ankaufsrechts (Vorhand, Option) und seine Unterscheidung vom Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

2. Unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Wirkung kann sich ein Hypothekengläubiger, dem nach dem Grundbuch eine Auflassungsvormerkung vorgeht, auf die (stillschweigende) Zustimmung des Vormerkungsberechtigten zur Eintragung der Hypothek berufen? Wirkt die Zustimmung auch zu Gunsten eines späteren Inhabers derselben Post, der sie nach ihrem Übergang auf den Eigentümer als Grundschuld unter Wiederumwandlung in eine Hypothek für eine neue Forderung erworben hat?

BGB. §§ 182, 185, 497, 504, 883, 888.

V. Zivilsenat. Ur. v. 21. April 1937 i. S. Volksfürsorge Lebensversicherung-AG. (Kl.) w. Deutsches Reich (Bekl.). V 297/36.

I. Landgericht Altenburg.

II. Oberlandesgericht Jena.

Die Klägerin fordert vom Beklagten Ersatz des Schadens, den sie als Hypothekendarlehnsgeberin infolge der Amtspflichtverletzung eines Grundbuchbeamten aus nachstehendem Hergang erlitten haben will:

Durch notariellen Vertrag vom 25. November 1920 veräußerte die A. er Aktien-Brauerei ein Gasthofsgrundstück in A. für 500000 M. an das Gewerkschaftsheim zum R., eingetr. Gen. m. beschr. G. In dem Vertrag heißt es:

Die Käuferin verpflichtet sich, falls sie in den ersten 25 Jahren nach Abschluß dieses Vertrages aus irgendwelchem Grund das Kaufobjekt weiterverkaufen will, dieses der Brauerei anzubieten, und zwar zu einem Preis, welcher sich zusammensetzt aus dem jetzigen Kaufpreis und den Selbstkosten für Aufwendungen, die

eine Mehrbewertung des Grundstücks darstellen. Die Brauerei hat also ein Rückkaufsrecht. Das Rückkaufsrecht kann diese nicht beanspruchen, wenn es sich um einen Verkauf oder sonstigen Übergang des Grundstücks an den Bezirks-Consumverein A. handeln sollte und dieser letztere die sämtlichen Rechte und Verpflichtungen aus diesem Vertrage und sonstigen Nebenabmachungen übernimmt. Das Rückkaufsrecht bleibt selbstverständlich dann auch gegenüber dem neuen Erwerber bestehen.

Die Vertragsschließenden bewilligten und beantragten die Eintragung des Rückkaufsrechts im Grundbuch. Dasselbst wurde zugleich mit der Eintragung des Eigentums der Käuferin der „Anspruch der Brauerei auf Übertragung des Eigentums nach Maßgabe der Eintragungsbewilligung vorgemerkt“. An die Stelle der Verkäuferin ist später als Gesamtrechtsnachfolgerin die Bierbrauerei R. & Co. in L. getreten. (Sie wird im folgenden als die „Brauerei“ und die Käuferin als die „Genossenschaft“ bezeichnet.)

Im August 1927 nahm die Genossenschaft zur Wiederherstellung des durch Brand teilweise zerstörten Gebäudes bei der Städtischen Spar- und Girokasse A. (künftig „Sparkasse“ genannt) ein Darlehen von 300000 G.M. auf und bestellte dafür eine Buchhypothek. Für die Brauerei standen damals bereits eine Hypothek und eine Hypothekenvormerkung in Abt. III des Grundbuchs verzeichnet. Die Brauerei hatte dem Grundbuchamt eine Urkunde eingereicht, worin sie erklärte, die Genossenschaft beabsichtige, eine Hypothek von 300000 G.M. für die Sparkasse an erster Stelle eintragen zu lassen; sie räume dieser Hypothek hiermit den Vorrang vor ihrer Hypothek und der Hypothekenvormerkung ein. Die in Abt. II eingetragene Auflassungsvormerkung war in der Urkunde nicht erwähnt. Im Grundbuch wurde vermerkt, daß die Hypothek der Sparkasse den Rang vor den in Abt. III verzeichneten Posten der Brauerei habe.

Im Sommer 1930 erbat die Genossenschaft von der Klägerin ein Darlehen zur Ablösung der Sparkassenhypothek. Die Klägerin entschloß sich, der Genossenschaft auf erstfällige Briefhypothek ein Darlehen von 275000 G.M. zu geben. Die Ablösung wurde von der Sparkasse vermittelt und auf folgende Weise durchgeführt: Von der Hypothek der Sparkasse wurde ein erstfälliger Teilbetrag von 275000 G.M. abgezweigt und darüber ein Hypothekenbrief gebildet. Die Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen wurden zu diesem

Teil den Wünschen der Klägerin entsprechend geändert. In der darüber aufgenommenen Urkunde heißt es weiter, nachdem die Genossenschaft von der Klägerin zu diesen Bedingungen ein Darlehen von 275 000 GM . erhalten und damit die Sparkasse befriedigt habe, trete diese ihre vorbezeichnete Forderung an die Klägerin ab und bewillige und beantrage die Eintragung der Abtretung im Grundbuch. Dem Eintragungsantrag wurde entsprochen. Der neugebildete Hypothekenbrief wurde antragsgemäß der Sparkasse behändigt. Die Auflassungsvormerkung der Brauerei war darin bei der Wiedergabe des Grundbuchinhalts versehentlich nicht mit aufgeführt worden. Die Klägerin zahlte gegen Übergabe des Hypothekenbriefs das der Genossenschaft bewilligte Darlehen an die Sparkasse aus.

Im Februar 1933 wurde der Fehler des Grundbuchbeamten aufgedeckt. Die Klägerin forderte im Klagewege die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 130 000 RM . nebst näher berechneten Zinsen. Mit dieser Forderung hat es folgende Bewandnis:

Die Klägerin hatte inzwischen die Anordnung der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks wegen eines Kapitalteilbetrags ihrer Forderung sowie wegen rückständiger Zinsen erwirkt. Zuvor hatte sie mit der Brauerei ein Abkommen getroffen. Darin erkannte sie an, daß der das geringste Gebot übersteigende Erlös auf Grund der Auflassungsvormerkung der Brauerei zustehe. Für den Fall des Meistgebots der Klägerin in bestimmter, hier gegebener Höhe erklärte die Brauerei sich jedoch vergleichsweise für befriedigt, wenn ihr die Klägerin 30 000 RM . bar zahle, ihr eine Hypothek für ein verzinsliches Tilgungsdarlehen von 100 000 GM . an dem Gasthofgrundstück bestelle und sich verpflichte, auf lang bemessene Frist nur die Erzeugnisse der Brauerei im Gasthof ausshenken zu lassen. — In dem Versteigerungsverfahren hatte die Brauerei die Auflassungsvormerkung mit dem Hinzufügen angemeldet, daß diese Vormerkung die anderen Belastungen ausschließe und, falls sie in das geringste Gebot aufgenommen werde, der Brauerei das von ihr in Anspruch genommene Recht auf Auflassung gebe. Die Klägerin hatte das Grundstück erstanden. Die Vormerkung war als Teil des geringsten Gebotes bestehen geblieben. Für die Brauerei waren sodann auf Bewilligung der Klägerin die versprochene Tilgungshypothek von 100 000 GM . eingetragen, ihr auch nach Behauptung der Klägerin 30 000 RM . gezahlt worden.

Die Klägerin hat u. a. vorgetragen: Infolge des Versehens des Grundbuchbeamten sei ihr ein Schaden in Höhe ihrer Hypothekenforderung dadurch entstanden, daß sie im Vertrauen auf die Belastungsangaben in dem Hypothekenbrief die Darlehenssumme an die Genossenschaft ausgezahlt habe. Bei Kenntnis von der älteren Eintragung der Auflassungsvormerkung würde sie der Genossenschaft das Darlehen nicht gewährt haben, ohne sich durch eine Vereinbarung mit der Brauerei gegen die Geltendmachung der Vormerkung zu sichern. Kraft der Vormerkung sei ihre Hypothek der Brauerei gegenüber unwirksam gewesen. Um das ihrige zur Minderung des eingetretenen Schadens zu tun, habe sie mit der Brauerei das erwähnte Abkommen getroffen. Für das unentschuldbare Versehen des Grundbuchbeamten hafte das verklagte Reich.

In den Vorinstanzen abgewiesen, hat die Klägerin ohne Erfolg Revision eingelegt.

Aus den Gründen:

1. Das zwischen Genossenschaft und Brauerei ausbedungene „Rückkaufsrecht“ läßt sich, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Vorkaufs- oder das Wiederkaufsrecht nicht unterordnen. Als dingliches Vorkaufsrecht konnte es schon deshalb nicht begründet werden, weil der Brauerei das Recht auf Erwerb des Grundstücks zu einem festen, durch Abmachungen zwischen der Genossenschaft und einem anderen Käufer nicht beeinflussbaren Preis zustehen sollte (RGZ. Bd. 104 S. 123). Die Vorschriften in den §§ 504 f. B.G.B. über das persönliche Vorkaufsrecht lassen in dieser Richtung der Vertragsgestaltung freie Bahn (RG. in JW. 1908 S. 68 Nr. 2); sie ordnen aber im übrigen das Vorkaufsrecht auf andere Weise, als es hier im Vertrag vom 25. November 1920 geschehen ist. Das Vorkaufsrecht wird nur durch einen fertigen Kaufvertrag zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten ausgelöst und läßt durch einseitige Erklärung des Berechtigten den Kauf zwischen ihm und dem Verpflichteten zustande kommen (RGZ. Bd. 72 S. 385, Bd. 98 S. 44, Bd. 106 S. 323). Das Wiederkaufsrecht der §§ 497 f. B.G.B. ist in letzterer Beziehung ebenso geregelt wie das Vorkaufsrecht (§ 497 verglichen mit § 505 B.G.B.); doch setzt seine Ausübung weder einen zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten geschlossenen

Kaufvertrag noch auch nur die Absicht des Verpflichteten voraus, sich auf Grund eines Verkaufs der Sache wieder zu entäußern. Hier haben die damaligen Vertragsparteien kraft bestehender Vertragsfreiheit ihre schuldrechtlichen Beziehungen anders bestimmt: Die Brauerei sollte, wenn die Genossenschaft verkaufen wollte, ein Recht auf ein Kaufangebot unter bestimmten Bedingungen haben und durch dessen Annahme einen Kaufvertrag zustande bringen, der ihr ein Recht auf Übereignung des Grundstücks verschaffte. Die unbeeinträchtigte Durchsetzung dieses Rechts sollte und konnte Dritten gegenüber durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden (RGKomm. z. BGB. Anm. 10 zu § 883). Ein solches Ankaufsrecht (vgl. RG. in SeuffArch. Bd. 74 Nr. 159 und Bd. 81 Nr. 217; RGZ. Bd. 110 S. 184 [189]) ist zwar rechtlich weder ein (persönliches) Vorkaufs- noch ein Wiederkaufsrecht, wirtschaftlich aber mit beiden — insoweit auch unter sich ähnlichen — Rechtsgebilden verwandt. Entsprechende Anwendung geeigneter, für diese Rechte gegebener Vorschriften ist deshalb nicht ausgeschlossen.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Annahme, daß mit der Versteigerung des Grundstücks das Ankaufsrecht der Brauerei untergegangen sei, den für das Vorkaufsrecht geltenden § 512 BGB. herangezogen. Danach ist das Vorkaufsrecht ausgeschlossen, wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, während für das Wiederkaufsrecht ein gleiches nicht gilt (§ 499 Satz 2 BGB.). Allerdings ist dem Berufungsgericht bei seinem Schluß von dem Weniger auf das Mehr ein Irrtum unterlaufen. Wäre das Vorkaufsrecht, wie das Berufungsgericht sagt, gegenüber dem Ankaufsrecht ein Weniger, so würde der Folgerung, daß mit dem Zuschlag in der Zwangsversteigerung das Ankaufsrecht erst recht erlöschen müsse, die denkfeslich richtige Begründung fehlen. Das Berufungsgericht hat sich aber, wie die Verweisung auf die RG.-Entscheidung in SeuffArch. Bd. 81 Nr. 217 ergibt, nur im Ausdruck vergiffen. Das Vorkaufsrecht bedeutet, mit dem Ankaufsrecht verglichen, nicht ein Weniger, sondern ein Mehr, und deshalb ließe sich ohne Verstoß gegen die Denklehre sagen, daß wenn schon ein Vorkaufsrecht den Fall eines Verkaufs im Wege der Zwangsvollstreckung nicht überdauere, ein Ankaufsrecht keine weitertragende Kraft haben könne.

Die so zu verstehende Folgerung ist aber für das Berufungs-

gericht nicht die allein entscheidende Erwägung gewesen. Das angefochtene Urteil gründet sich hier wesentlich auf die Auslegung des Vertrags vom 25. November 1920 dahin, das Rückkaufsrecht sei nur für den Fall des freien Willens und der rechtlichen Befugnis der Genossenschaft zum Verkauf des Grundstücks ausbedungen worden. Die Revision erkennt an, daß nach der von den Vertragsschließenden gewählten ausdrucksweise das Rückkaufsrecht den „aus irgendwelchem Grunde“ ertrockten Entschluß der Genossenschaft zu einem Verkauf voraussetzte. Sie meint aber, die Auslegung des Vertrags durch das Berufungsgericht habe, dem § 133 BGB. zuwider, am Wortlaut des Vereinbarung und berücksichtige nicht den aus der Interessenlage namentlich der Brauerei sich ungezwungen ergebenden Sinn der Abmachung. Die Brauerei habe sich das Rückkaufsrecht ausbedungen, um sich den Absatz ihrer Erzeugnisse in dem Gasthofsgrundstück zu sichern; sie habe verhindern wollen, daß das Grundstück in eine dritte, an die Abnahmeverpflichtung nicht gebundene Hand gelange. Ihr Interesse an einem Rückkauf sei angesichts einer Zwangsversteigerung nicht geringer gewesen als gegenüber einem Entschluß der Genossenschaft zu freihändigem Verkauf. — Diese Folgerungen der Revision sind indessen nicht zwingend. Richtig ist und wird sowohl durch den Verkauf im Jahre 1920 als auch durch den mit der Klägerin geschlossenen Vergleich bestätigt, daß es der Brauerei nicht auf das Eigentum an dem Gasthofsgrundstück, sondern auf den Absatz ihrer Erzeugnisse in diesem Grundstück ankam. Das Rückkaufsrecht war nur als Mittel zur Erreichung dieses geschäftlichen Zweckes gedacht. Bei einem freihändigen Verkauf durch die Genossenschaft waren aber die Erwerbsinteressen der Brauerei ohne das Rückkaufsrecht und dessen Sicherung durch Vormerkung weit stärker gefährdet als bei einem Zwangsverkauf. Den Verkauf an einen zur Übernahme der Abnahmeverpflichtung nicht bereiten Käufer konnte die Brauerei anders als auf die vertraglich vorgesehene Weise nicht verhindern. Dagegen konnte sie bei einer Zwangsversteigerung auch ohnedies schon vermöge ihrer Stellung als Hypothekengläubigerin auf den Ausgang des Verfahrens Einfluß nehmen, d. h. entweder selbst das Grundstück günstig ersteigern und so den Zuschlag an einen zur Fortsetzung der Geschäftsverbindung nicht geneigten Dritten verhindern oder aber diesem den Weg zum Erwerb des Grundstücks nur bei Übernahme der Abnahmeverpflichtung freigeben.

Ein zwingender Grund, die Vereinbarung des Rückkaufsrechts im Wege der Auslegung entgegen ihrem Wortlaut auch auf den Fall eines Zwangsverkaufs zu erstrecken, kann hiernach nicht anerkannt werden. Die der Ausübung des Rückkaufsrechts gesetzte Bedingung — Verkaufsabsicht der Genossenschaft — gibt diesem Rückkaufsrecht eine größere Ähnlichkeit mit dem Vorkaufsrecht als mit dem Wiederkaufsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Denn dem Vorkaufsrecht ist die Beziehung zu einem Verkauf des Verpflichteten an einen Dritten begrifflich eigentümlich, während dem Wiederkaufsrecht eine solche Beziehung fehlt. Dann aber gewinnt die aus dem Wortlaut der Vereinbarung hergeleitete Auslegung des Rückkaufsrechts durch das Berufungsgericht in der gesetzlichen Regelung des Vorkaufsrechts (§ 512 BGB.) in der Tat eine Stütze, deren Tragfähigkeit durch die vorangestellte Ermägung über die Stellung der Brauerei bei einem Zwangsverkauf zur Genüge bestätigt wird.

Dem Berufungsgericht ist deshalb darin zuzustimmen, daß durch die Zwangsversteigerung das bis dahin nicht ausgeübte Ankaufsrecht der Brauerei untergegangen und die nach dem Zuschlagsbeschluss förmlich bestehende Vormerkung sachlich gegenstandslos geworden ist. Die Revision wendet ein, es sei nicht ausgeschlossen, daß die Genossenschaft das Grundstück zurückerwerbe, und in diesem Falle müsse sie dem Ankaufsrecht der Brauerei unter den dafür vereinbarten Bedingungen wieder genügen. Die damit in Betracht gezogene Möglichkeit besteht aber nicht mehr, nachdem die Genossenschaft durch die Eröffnung des Konkursverfahrens aufgelöst worden ist (§ 101 GenG.). Mit Recht hat sich das Berufungsgericht auch dem Gedanken verjagt, daß sich der schuldrechtliche Anspruch der Brauerei auf Übereignung des Grundstücks kraft der Vormerkung gegen jeden Nachfolger der Genossenschaft im Eigentum richte. Die dem Ankaufsrecht der Brauerei entsprechende Verpflichtung sollte und konnte nur die Genossenschaft treffen. Es liegt im Wesen eines schuldrechtlichen Vertrags, daß er am Vertragschluß Unbeteiligte nicht verpflichtet. Das geltende Recht kennt keine Verträge zu Lasten Dritter. Eine Ausdehnung der Übereignungsverpflichtung über den Rahmen vertraglicher Bindung hinaus war auch ersichtlich nicht gewollt. § 9 des Vertrags ist nicht glücklich gefaßt. Der Satz, daß das Rückkaufsrecht selbstverständlich auch gegenüber dem neuen Erwerber des Grundstücks bestehen bleibe, beruht auf der Voraussetzung des Ein-

tritts des Konsumvereins in die Verkaufsverpflichtung der Genossenschaft und zielt ab auf das durch die Eintragung im Grundbuch gewährleistete Recht gegen jeden Grundstücksverwerber auf Zustimmung zu der von dem Verkaufsverpflichteten geschuldeten Übereignung (§ 888 Abs. 1 BGB.). Dieses Recht hängt aber an dem Bestand des schuldrechtlichen Anspruchs und ist mit ihm entfallen.

Nach der für das Revisionsgericht verbindlichen Auslegung, die das Berufungsgericht der Rückkaufsvereinbarung gegeben hat, erübrigten sich die Erwägungen im Berufungsurteil und in der Revisionsbegründung darüber, ob an Stelle des vorgemerkten Auflassungsanspruchs (nicht: an Stelle der Vormerkung) ein Erfasrecht in Gestalt eines Schadenserfasanspruchs getreten sei. Denn die Genossenschaft war zum Verkauf an die Brauerei nur dann verpflichtet, wenn sie freihändig verkaufen wollte. Demgegenüber gehen das Berufungsgericht und die Revision irrig von einer weitergehenden Verpflichtung aus, wenn sie erörtern, ob die Genossenschaft ihr durch die Zwangsversteigerung nachträglich herbeigeführtes Unvermögen zu einem Verkaufsangebot an die Brauerei im Sinne der §§ 275 flg., §§ 323 flg. BGB. zu vertreten habe (was beiläufig, wie die Revision zutreffend bemerkt, sich mit der im Berufungsurteil gegebenen Begründung nicht verneinen ließe). Galt das Ankaufsrecht nicht für den Fall der Zwangsversteigerung, so konnte die Brauerei mangels besonderer Vereinbarung, über die nichts verlautet, keinen Erfasanspruch wegen Beeinträchtigung ihres Ankaufsrechts durch die Zwangsvollstreckung erheben (RGKRomm. z. BGB. Anm. 1 zu § 512).

2. Die bisherigen Ausführungen ergeben, daß der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch weder entstanden ist noch künftig entstehen kann. Eine andere Erwägung des Berufungsgerichts führt zu der gleichfalls einem Erfolg der Klage hinderlichen Annahme, daß die später durch den Zuschlag erloschene Hypothek der Klägerin der Brauerei gegenüber niemals im Sinn des § 883 Abs. 2 BGB. unwirksam gewesen ist. Aus beiden Gründen hätte die Klägerin weder mit der Hypothek noch mit ihrem Recht auf den Versteigerungserlös der Auflassungsvormerkung der Brauerei zu weichen brauchen. In dem Berufungsurteil findet sich zu dem zweiten Grunde folgendes ausgeführt:

Die Erklärung der Brauerei über den Vorrang der Sparkassen-

Hypothek beziehe sich zwar ausdrücklich nur auf ihre in Abt. III des Grundbuchs eingetragenen Rechte, ergebe aber ihre Kenntnis von dem Wunsch der Genossenschaft, der Sparassenhypothek den besten Rang schlechthin zu verschaffen, und ihr Einverständnis mit der Erfüllung dieses Wunsches. Deshalb sei in der Erklärung, ohne daß hierüber erst noch die Vorstandsmitglieder der Brauerei als Zeugen gehört zu werden brauchten, die Zustimmung der Brauerei zum Rangrücktritt auch mit ihrer Auflassungsvormerkung zu finden. Auf diese Zustimmung hätte sich natürlich auch die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der Sparkasse wie als Hypothekengläubigerin berufen können.

Die Revision hält eine solche Auslegung der Rangrücktrittserklärung für unmöglich und jedenfalls vor Erhebung des angebotenen Zeugenbeweises für verfahrensrechtlich unstatthaft. Außerdem vermisst sie die zur Rangänderung erforderliche Eintragung im Grundbuch. Im Ergebnis ist jedoch dem Berufungsgericht beizutreten.

Zunächst kann die Auslegung, welche die Erklärung der Brauerei bei Hinzunahme der ihre Ausstellung begleitenden Umstände in dem Berufungsurteil erfahren hat, nicht als unmöglich bezeichnet werden. Die Brauerei mußte bei Abgabe ihrer Erklärung, daß die Genossenschaft zur Wiederherstellung des durch Brand beschädigten Grundstücks ihren Realkredit in Anspruch nehmen mußte und daß sich die Sparkasse nur gegen Verpfändung des Grundstücks an erster Stelle zur Hergabe eines Darlehns bereit finden würde. Die von der Brauerei gebrauchten Worte: „Der Grundstückseigentümer . . . beabsichtigt, auf seinem . . . Grundstück eine Hypothek von 300000 G.M. . . an erster Stelle einzutragen zu lassen“ verstaten daran keinen Zweifel. Wollte die Brauerei dem übereinstimmenden Wunsch der Genossenschaft und der Sparkasse willfahren — und daß sie es wollte, stellt das Berufungsgericht tatsächlich fest — so genügte nicht der im folgenden von ihr erklärte Rücktritt mit ihrer Hypothek und ihrer Hypothekenvormerkung; sie mußte vielmehr der neu einzutragenden Sparassenhypothek den Vorrang auch vor ihrer Auflassungsvormerkung gewähren. Denn die Zurücksetzung der in Abt. III vermerkten Rechte der Brauerei allein hätte — von dem durch die Brauerei gebilligten Standpunkt der Genossenschaft und der Sparkasse aus gesehen — keinen vernünftigen Sinn gehabt, wenn der Brauerei kraft der Auflassungsvormerkung die Möglichkeit verblieben wäre, die Sparassenhypothek nicht nur an die zweite Stelle zu verweisen, sondern sie

als ihr gegenüber schlechthin unwirksam nach §§ 883 Abs. 2, 888 BGB. völlig zu vernichten . . . Über dem Rang stand die Rechtsbeständigkeit der aufzunehmenden Sparkassenhypothek gegenüber der Brauerei. Ein stillschweigender Vorbehalt dahin, daß vorkommendenfalls die Unwirksamkeit der Sparkassenhypothek geltend gemacht werden dürfe, hätte die Vorrangseinräumung der Brauerei in dem auf den Wortlaut beschränkten Inhalt gänzlich entwertet. Dem Berufungsgericht ist deshalb mit Rechtsgründen nicht entgegenzutreten, wenn es die Erklärung der Brauerei dahin auslegt, daß sie ihre Zustimmung zu einer auch gegenüber der Auflassungsvormerkung wirksamen Belastung des Grundstücks mit einer Sparkassenhypothek von 300000 G.M. einschließe. Die Brauerei muß ihre Erklärung, gleichviel wie sie damals von ihr gemeint war und erst recht ohne Rücksicht auf die von ihren Vertretern bei dem Vergleichschluß vom Februar 1936 bekundete Auffassung, so gegen sich gelten lassen, wie sie von der Genossenschaft und von der Sparkasse bei verständiger, die Umstände des Falles berücksichtigender Würdigung verstanden werden mußte. Deshalb konnte das Berufungsgericht ohne Prozeßverstoß die unter Beweis gestellte Behauptung der Klägerin beiseite lassen, daß die Brauerei weder der Sparkasse noch der Genossenschaft gegenüber verpflichtet gewesen sei, mit ihrer Auflassungsvormerkung hinter die Sparkassenhypothek zurückzutreten. Dabei soll außer Betracht bleiben, daß in dieser Form das Vorbringen der Klägerin keine Tatsachenbehauptung, sondern eine Rechtsmeinung darstellte und daß die als Zeugen benannten Vorstandsmitglieder der Brauerei bei Bestätigung des in ihr Wissen gestellten Klagevortrags ihre gegenwärtige Rechtsauffassung, nicht aber ihre Kenntnis vom Inhalt der damaligen Vereinbarung kundgeben würden. Auch die im Klagevorbringen allenfalls zu findende Behauptung, daß die Mitglieder des Brauereivorstands die Wirkung der Auflassungsvormerkung auf die Sparkassenhypothek nicht hätten preisgeben wollen, wäre bei dem vom Berufungsgericht festgestellten, den objektiven Erklärungsinhalt ergebenden Tatbestand unerheblich gewesen. Ebenso wäre es ohne Bedeutung, wenn sich, was übrigens nicht behauptet worden ist, die Parteien des Rangänderungsabkommens von der rechtlichen Wirkung einer Auflassungsvormerkung damals kein völlig zutreffendes Bild gemacht haben sollten. Es genügt der festgestellte übereinstimmende Wille, daß die Hypothek

der Sparkasse den Rang an erster Stelle haben sollte. Das schloß den Willen zu ihrer Rechtsbeständigkeit gegenüber allen im Grundbuch eingetragenen Rechten zum mindesten ein.

Eine andere Frage ist es, wie das festgestellte Verhalten der Brauerei auf das Verhältnis der Auflassungsvormerkung zu der Sparkassenhypothek rechtlich wirkte. Eine dingliche Rangänderung wäre möglich gewesen, obwohl das Eigentum, dessen Erwerb die Vormerkung sichern sollte, zu den daran bestehenden und es beschränkenden Rechten in keinem echten Rangverhältnis steht. Aber die dazu erforderliche Eintragung im Grundbuch fehlt (§ 880 BGB.). Eine schuldrechtliche Verpflichtung der Brauerei, die aus § 883 Abs. 2 BGB. ihr gegenüber sonst sich ergebende Unwirksamkeit der Hypothek nicht geltend zu machen, ließe sich ohne weiteres begründen. Zu dem Inhalt ihrer Erklärung, so wie das Berufungsgericht sie ohne Rechtsfehler auslegt, würde sich die Brauerei gegenüber der Sparkasse in einen unerträglichen Widerspruch gesetzt haben, wenn sie später die durch ihre Erklärung gerade begünstigte Hypothek als unwirksam behandelt hätte (§ 242 BGB.). Damit stünde aber noch nicht fest, daß sich die Klägerin eines Angriffs gegen ihre Hypothek in gleicher Weise hätte erwehren können. Die Meinung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der Sparkasse wie als Hypothekengläubigerin sich „natürlich“ auf die Zustimmung der Brauerei ebenfalls berufen könne, begegnet, wenn man die Zustimmung als schuldrechtliche Verpflichtung begreift, den von dem III. Zivilsenat des Reichsgerichts in RGZ. Bd. 142 S. 331 und Bd. 143 S. 159 und von dem erkennenden Senat in WarnRspr. 1928 Nr. 135 erörterten Bedenken. Die Klägerin hat nicht die Hypothek der Sparkasse, sondern eine — in eine Hypothek für eine andere Forderung umgewandelte — Grundschuld der Genossenschaft erworben. Die Sparkasse hat freilich auf Grund einer zwischen ihr, der Genossenschaft und der Klägerin getroffenen Vereinbarung die Hypothek, deren Forderung durch die für Rechnung der Genossenschaft von der Klägerin geleistete Zahlung erloschen war, so an die Klägerin abgetreten, als wenn die Hypothek noch für die bisherige Forderung bestanden hätte. Aber dieser rechtlich so nicht mögliche Vorgang ist dahin aufzufassen, daß die durch Befriedigung entstandene Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für eine gleichgeartete Forderung der Klägerin umgewandelt und zugleich an diese

von der Sparkasse mit Genehmigung des verfügungsberechtigten Eigentümers (§ 185 Abs. 1 BGB.) abgetreten worden ist (RG. in SeuffArch. Bd. 74 Nr. 162). Eine Rechtsnachfolge in die Forderung der Sparkasse scheidet also aus, und in Ansehung des dinglichen Rechts ist die Klägerin Rechtsnachfolgerin der Genossenschaft, nicht der Sparkasse geworden. Käme es auf die schuldrechtliche Seite der Sache an, so müßte hiernach geprüft werden, ob die Verpflichtung der Brauerei, die Auflassungsvormerkung gegenüber der Sparkassenhypothek nicht geltend zu machen, gegenüber der Genossenschaft oder gegenüber der Sparkasse oder gegenüber beiden eingegangen wäre, ob der Anspruch auf Erfüllung dieser Verpflichtung — je nachdem — von der Sparkasse an die Genossenschaft und von dieser an die Klägerin stillschweigend abgetreten wäre oder ob sich ein von Gesetzes wegen eintretender Übergang nach §§ 401, 413 BGB. annehmen ließe. Jedoch braucht die Sache nach diesen Richtungen nicht weiter erörtert zu werden, weil sich die Wirksamkeit der Hypothek der Klägerin gegenüber der Auflassungsvormerkung der Brauerei schon aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt ergibt.

Nach § 883 Abs. 2 BGB. ist eine Verfügung, die nach Eintragung einer Vormerkung über das Grundstück getroffen wird, insoweit unwirksam, als sie den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die Unwirksamkeit gilt nicht allgemein, sondern besteht nur gegenüber dem Vormerkungsberechtigten, der sie auch erst geltend machen kann, nachdem er den vorgemerkten Anspruch zur Feststellung gebracht hat. Ein Auflassungsanspruch wird durch hypothekarische Belastung des Grundstücks zwar nicht vereitelt, wohl aber beeinträchtigt (RG. in Gruch. Bd. 48 S. 934). Bei einem durch Vormerkung gesicherten Ankaufsrecht der hier vorliegenden Art ist die Rechtslage eben anders als bei einem dinglichen Vorkaufsrecht, das nach der überwiegend vertretenen Meinung (vgl. Pland BGB. Anm. 3b β zu § 1098) durch Belastungen aus der Zeit zwischen der Begründung des Rechts und dem Eintritt des Vorkaufsfalles nicht beeinträchtigt wird. Denn Voraussetzung für die Wirkung des Vorkaufsrechts als Vormerkung (§ 1098 Abs. 2 BGB.) ist der Eintritt des Vorkaufsfalles; bis dahin besteht kein der Sicherung fähiger und bedürftiger Übereignungsanspruch. Hier dagegen entstand ein durch die Ausübung des Ankaufsrechts bedingter Übereignungsanspruch schon durch den Begründungs-

vertrag (RGRKomm.z.BGB. Anm. 5 zu § 1098 und Anm. 10 zu § 883). Daß die Eintragung einer Hypothek von 300000 G.M. das Ankaufsrecht der mit einem im voraus festgelegten Rückkaufspreis von höchstens 200000 R.M. beschwerten Brauerei beeinträchtigt haben würde, läßt sichfüglich nicht bezweifeln. Demgemäß hing die Wirksamkeit des die Hypothekbestellung betreffenden dinglichen Vertrags zwischen der Sparkasse und der Genossenschaft der Brauerei gegenüber von deren Zustimmung ab (Fall des § 182 Abs. 1 BGB.). Der dingliche Vertrag — die Einigung im Sinn des § 873 BGB. — bildet einen Teil der in § 883 Abs. 2 BGB. gedachten Verfügung, zu deren Vollendung die Eintragung hinzukommen muß. Da es an der Eintragung hier nicht fehlt, war die Hypothekbestellung auch der Brauerei gegenüber wirksam, weil diese ihr, wie im Berufungsurteil festgestellt ist — auf formlos gültige Weise (§ 182 Abs. 2 BGB.) — zugestimmt hat. Die Zustimmung behob den sich aus § 883 Abs. 2 BGB. ergebenden Mangel der Hypothekbestellung ein für allemal. Die Brauerei war damit nicht nur gegenüber der Genossenschaft oder der Sparkasse verpflichtet, bei Verfolgung des vorgemerkten Anspruchs die Hypothek der letzteren zu schonen. Der Zustimmungserklärung muß vielmehr, insofern sie einen zu voller Wirksamkeit der Hypothekbestellung noch mangelnden Tatbestand den Willenserklärungen der Vertragsschließenden hinzutreten ließ, dingliche Wirkung und damit Wirkung zu Gunsten eines jeden Inhabers des so dem Bereich der Auflassungsvormerkung entrückten Rechts am Grundstück beigemessen werden. Mit dem Grundbuchinhalt stimmte dann freilich die wirkliche Rechtslage nicht überein. Daraus ist aber nichts gegen die dargelegte Wirkung der Zustimmung herzuleiten. Daß sich eine Rechtsänderung außerhalb des Grundbuchs vollzieht, ist auch sonst kein dem geltenden Liegenschaftsrecht fremder Vorgang.

Zum gleichen Ergebnis würde die Anwendung des § 185 Abs. 1 BGB. führen. Freilich wäre nur eine entsprechende Anwendung möglich. Denn die Genossenschaft nutzte mit der Bestellung der Sparkassenhypothek eine ihr rechtlich zustehende Verfügungsmacht aus. Gegen eine entsprechende Anwendung bestehen aber keine Bedenken. Auch Verfügungen, die der Vorerbe nach § 2113 BGB. nicht mit Wirkung gegen den Nacherben treffen könnte, werden als voll wirksam behandelt, wenn der Nacherbe ihnen zugestimmt hat (RGZ. Bd. 65 S. 219, Bd. 110 S. 94; WarMpr. 1914 Nr. 126).

Allerdings ist die Anwendbarkeit der §§ 182 ffg. BGB. auf Fälle sogenannter relativer Unwirksamkeit (zufolge des nur zu Gunsten eines anderen bestehenden Veräußerungsverbots) angezweifelt worden (RGKomm.z.BGB. Bem. 1 zu § 182), und die Vormerkung wirkt tatsächlich wie eine solche Verfügungsbeschränkung. Doch ist die daran sich anknüpfende Unterscheidung zwischen einer Genehmigung und einem Verzicht auf Geltendmachung der Unwirksamkeit für die Beurteilung des vorliegenden Falles ohne Bedeutung. Auch ein derartiger Verzicht würde weiter reichen als eine nur schuldrechtliche Verpflichtung, von der Auflassungsvormerkung gegenüber der nacheingetragenen Hypothek keinen Gebrauch zu machen.

Für die Anwendung der §§ 182 ffg. BGB. auf die Zustimmung des Vormerkungsberechtigten zu einer Hypothek- oder Grundschuldbestellung hat sich im vorerörterten Sinne bereits der erkennende Senat in dem in SeuffArch. Bd. 90 Nr. 142 abgedruckten Urteil vom 13. Mai 1936 unter Verweisung auf ältere Beschlüsse des Kammergerichts (RGK. Bd. 8 S. 154; JFG. Bd. 5 S. 326) entschieden. An dieser Rechtsprechung wird festgehalten. Das bereits erwähnte Urteil des III. Zivilsenats vom 1. Dezember 1933 (RGZ. Bd. 142 S. 331 [336 ffg.]) beruht zum Teil auf einer anderen Rechtsauffassung. An diese ist der erkennende Senat indessen nicht mehr gebunden (Art. 2 des Gesetzes vom 28. Juni 1935, RGBl. I S. 844). Er sieht auch keinen Anlaß, gemäß § 137 BGB. eine Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen herbeizuführen, weil der dem III. Zivilsenat unterbreitet gewesene Sachverhalt wesentlich anders lag. Dort hatte die Berechtigte ihre zeitweilig gehegte Absicht, von ihrer Vormerkung gegenüber einem nacheingetragenen Hypothekengläubiger keinen Gebrauch zu machen, nach außen hin nicht kundgegeben, so daß der Tatbestand einer Genehmigung überhaupt nicht vorlag. Im Streitfall hat dagegen die Brauerei nach der im Berufungsurteil getroffenen Feststellung durch schlüssige Handlung in die ihren Auflassungsanspruch beeinträchtigende Belastung des Grundstücks mit der Sparkassenhypothek eingewilligt.

3. Nach den vorstehenden Ausführungen unter 2 war die Hypothek der Klägerin gegenüber der Auflassungsvormerkung der Brauerei von vornherein wirksam, so daß die Klägerin weder mit der Hypothek noch — im Falle der Zwangsversteigerung — mit dem Anspruch auf den Erlös der Brauerei hätte zu weichen brauchen.

Aber selbst wenn es anders gewesen wäre, hätte sich nach den Ausführungen unter 1 für die Klägerin eine ebenso günstige Rechtsstellung daraus ergeben, daß infolge der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks der durch die Vormerkung gesicherte Übereignungsanspruch unterging und damit die Vormerkung selber gegenstandslos wurde. Insofern ist also die Klägerin durch das dem Grundbuchbeamten untergelaufene Versehen nicht geschädigt worden. Eine Vermögenseinbuße hat sie freilich dadurch erlitten, daß sie (angeblich) der Brauerei 30000 RM. bar gezahlt und das erstandene Grundstück zu Gunsten der Brauerei mit einer verzinslichen Tilgungshypothek in Höhe von 100000 RM. belastet hat. Sollte die damit eingetretene Vermögensverschiebung nicht wegen etwa anzunehmender Unwirksamkeit des Vergleichs (§ 779 BGB.) wieder rückgängig zu machen sein (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB.) und sollte ferner auch das vom Beklagten behauptete Zusatzabkommen der Klägerin keine ausreichende Ersatzmöglichkeit geben, so wäre der danach nicht anderweit zu hebende Schaden doch von der Klägerin allein zu vertreten. Allerdings hätte sie den Vergleich mit der Brauerei nicht geschlossen, wenn die Amtspflichtverletzung des Grundbuchbeamten nicht vorgekommen wäre. Im denkrichtigen Sinne besteht also zwischen Schaden und Amtspflichtverletzung ein ursächlicher Zusammenhang. Ob mit der Revision auch im Rechtsinn ein solcher Zusammenhang anzunehmen oder aber der gegenteiligen Meinung des Berufungsgerichts zu folgen wäre, kann unentschieden bleiben. Denn wenn hier der Revision beizutreten wäre, hätte die Klägerin nach dem feststehenden Sachverhalt, den daraufhin das Revisionsgericht von sich aus würdigen kann (RGZ. Bd. 134 S. 66, Bd. 141 S. 353), den durch den Vergleich ihr erwachsenen Schaden so überwiegend durch eigene Schuld verursacht, daß dem Beklagten die Verantwortung hierfür zu keinem Teil aufgebürdet werden kann. Betrachtete die Klägerin infolge irriger Beurteilung der Rechtslage ihre Hypothek als der Brauerei gegenüber unwirksam, so hätte sie unter Streitverkündung an die Brauerei ihren vermeintlichen Ersatzanspruch gegen den unzweifelhaft zahlungsfähigen Beklagten gerichtlich zum Austrag bringen sollen. Einen auf § 254 BGB. gestützten Einwand des Beklagten dahin, daß sie durch einen Vergleich mit der Brauerei den (vermeintlichen) Schaden hätte mindern müssen, hätte die Klägerin, was auf der Hand lag, nur dann zu besorgen brauchen,

wenn der Beklagte einen solchen Vergleich als ihm gegenüber wirksam anerkannt hätte. Davon ist nicht die Rede. Die Klägerin behauptet nicht, die Zustimmung des Beklagten zu dem geschlossenen Vergleich eingeholt, ja ihm auch nur vor Vergleichsbeschluß Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu solcher Art der Vereinigung ihres (angeblichen) Schadens gegeben zu haben. — Statt dessen hätte die Klägerin bei gleichzeitiger Streitverkündung an den Beklagten auch gegenüber der Brauerei eine Klärung der für sie als mindestens zweifelhaft erkennbaren Rechtslage herbeiführen können. Keinesfalls befand sie sich, als sie von der Eintragung der Auflassungsvormerkung erfuhr, in einer zu schleunigem Handeln in anderer Richtung drängenden Zwangslage. Deshalb muß die Klägerin — ganz gleich, ob ihr aus der irrigen Beurteilung der durch die Auflassungsvormerkung geschaffenen Rechtslage ein Vorwurf zu machen ist oder nicht — allein wegen der im Vergleichsbeschluß zu findenden, an und für sich als überwiegendes Verschulden zu wertenden Eigenmächtigkeit die daraus für ihr Vermögen sich ergebenden nachteiligen Folgen auf sich nehmen. Der Beklagte haftet dafür nicht.