



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

**IX ZR 314/12**

vom

25. September 2014

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Dr. Pape, Grupp und die Richterin Möhring

am 25. September 2014

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 15. November 2012 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 300.000 € festgesetzt.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Klägerin ist Eigentümerin einer Wohnung, die sie von U. H. , der Mutter ihres Hauptgesellschafters, erworben hat. An dem Grundbesitz ist zugunsten des beklagten Landes eine Sicherungshypothek im Grundbuch eingetragen, welche das Land gegenüber der Voreigentümerin we-

gen Steuerrückständen erwirkt hat. Die Klägerin verlangt vom Beklagten die Zustimmung zur Löschung der Sicherungshypothek mit der Begründung, diese sei ihr gegenüber wegen einer zuvor zu ihren Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung unwirksam. Der Beklagte hält den Erwerb der Auflassungsvormerkung durch die Klägerin für anfechtbar nach § 3 Abs. 1 und 2 AnfG.

2 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Revision nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich die Beschwerde des Beklagten.

## II.

3 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt.

4 1. Das Berufungsgericht hat gemeint, die Klage sei aus § 883 Abs. 2, § 888 Abs. 1 BGB begründet, weil die von der Voreigentümerin zugunsten der Klägerin bewilligte, am 23. November 2010 im Grundbuch eingetragene Auflassungsvormerkung nicht der Gläubigeranfechtung unterliege. Es hat dazu ausgeführt, eine Anfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG scheitere, weil der Grundbesitz wertausschöpfend belastet gewesen sei und die Bewilligung der Auflassungsvormerkung deshalb die Gläubiger objektiv nicht benachteiligt habe. Zur Begründung der wertausschöpfenden Belastung hat es auf ein Grundpfandrecht

abgestellt, das früher der C. zugestanden habe, nach deren Befriedigung zur Eigentümergrundschuld geworden und von der vormaligen Eigentümerin an eine Dritte - die V. GmbH - abgetreten worden sei.

5            2. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verpflichtet das Gericht unter anderem, das tatsächliche und rechtliche Vorbringen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung in Erwägung zu ziehen (st. Rspr., vgl. BVerfGE 86, 133, 146; BVerfG ZIP 2004, 1762, 1763; BGH, Beschluss vom 27. März 2003 - V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 300). Erhebliche Beweisanträge muss das Gericht berücksichtigen. Die Nichterhebung eines Beweises wegen mangelnder Substantiierung der unter Beweis gestellten Tatsache verletzt Art. 103 Abs. 1 GG, wenn die Anforderungen an eine ausreichende Substantiierung der unter Beweis gestellten Tatsache in offenkundig unrichtiger Weise gehandhabt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2009 - II ZR 229/08, NJW-RR 2010, 246 Rn. 3; vom 11. Mai 2010 - VIII ZR 212/07, NJW-RR 2010, 1217 Rn. 10; vom 28. Februar 2012 - VIII ZR 124/11, WuM 2012, 311 Rn. 5 f; vom 5. Dezember 2013 - IX ZR 6/13, nv Rn. 8, jeweils mwN). Diesen Verpflichtungen ist das Berufungsgericht in zweifacher Hinsicht nicht nachgekommen.

6            a) Das Berufungsgericht legt bei der Prüfung einer wertausschöpfenden Belastung zugrunde, dass bei einer Zwangsvollstreckung aus dem Grundbesitz 255.000 € zu Erlösen gewesen wären; dies sei der Betrag, zu dem der Grundbesitz in einer vorangegangenen Zwangsversteigerung am 12. März 2011 (richtig: 8. April 2010, vgl. Anlage K 10) zugeschlagen worden sei. Damit übergeht es die nach dem Vortrag der Parteien unstreitige Tatsache, dass der Zuschlag zu einem Bargebot von 302.000 € erfolgt war. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht anders entschieden hätte, wenn es diesen Vortrag berücksichtigt hätte. Möglicherweise wäre es dann zu dem Ergebnis

gelangt, dass eine Vollstreckung durch den Beklagten wenigstens einen Teilerfolg hätte haben können, auch wenn zuvor die Eigentümergrundschild der Voreigentümerin im Nominalbetrag von 272.250 € wirksam auf die V.

GmbH übertragen worden sein sollte.

7

b) Der Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör ist ferner dadurch verletzt, dass das Berufungsgericht die Abtretung der Eigentümergrundschild an die V. GmbH mit der Begründung als wirksam erachtet hat, der Beklagte habe die Echtheit der von der Klägerin vorgelegten Abtretungsurkunde nicht in Abrede gestellt und seinen Verdacht, die Abtretung sei fingiert, nicht substantiiert. Bei der vorgelegten Fotokopie einer Abtretungsurkunde (Anlage K 21) handelt es sich nicht um eine Urkunde im Sinne der §§ 415 ff ZPO; die in diesen Bestimmungen normierten Beweisregeln gelten deshalb für sie nicht. Der Tatrichter hat im Wege des Freibeweises zu beurteilen, ob die mit der Fotokopie zu beweisende Tatsache wahr ist oder nicht (BGH, Urteil vom 21. Januar 1992 - XI ZR 71/91, NJW 1992, 829, 830; Zöller/Geimer, ZPO, 30. Aufl., vor § 415 Rn. 2). Der Beklagte hat die behauptete Abtretung in Abrede gestellt und ausgeführt, man halte die Abtretungsvereinbarung für fingiert. Zur Begründung dieser Annahme hat er darauf hingewiesen, dass erstens die Abtretung erst spät im Prozess behauptet wurde, dass zweitens das gesicherte Darlehen der V. GmbH in der Abtretungsvereinbarung mit dem Datum 12.03.2011 (statt 2010) bezeichnet sei und dass drittens die Unterschriften auf der Abtretungsvereinbarung teilweise ein anderes Erscheinungsbild aufwiesen als auf anderen Dokumenten aus demselben Zeitraum. Zum Beweis seiner Behauptung, die Abtretungsvereinbarung sei fingiert, hat sich der Beklagte auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens berufen. Mit der Beurteilung, zu dem vom Beklagten geäußerten Verdacht fehle es an substantiiertem Vortrag, überspannt das Berufungsgericht die Anforderungen an einen

substantiierten Parteivortrag. Dass bei Erhebung des beantragten Sachverständigenbeweises und bei einer Würdigung der vom Beklagten dargestellten Umstände die Entscheidung anders hätte ausfallen können, ist nicht auszuschließen.

### III.

8 Bei der neuen Verhandlung der Sache wird das Berufungsgericht im Übrigen die folgenden rechtlichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen haben.

9 1. Einer wertausschöpfenden Belastung des Grundbesitzes könnte unabhängig davon, ob die Abtretungserklärung tatsächlich vom 27. Oktober 2010 stammt oder erst nachträglich fingiert wurde, entgegenstehen, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung der Auflassungsvormerkung ein Fremgrundpfandrecht zugunsten der V. GmbH mangels Eintragung eines solchen Grundpfandrechts im Grundbuch nicht entstanden war. Bei der im August 2010 zugunsten der C. nach §§ 118, 128 ZVG eingetragenen Sicherheitshypothek (vgl. Anlage B 4) handelte es sich um eine solche nach § 1184 BGB (Böttcher, ZVG, 5. Aufl., § 128 Rn. 6; Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl., § 1184 Rn. 6 aE) und damit um eine Buchhypothek (§ 1185 Abs. 1 BGB). Sie dürfte aufgrund der von der V. GmbH am 27. Oktober 2010 an die C. erbrachten Zahlung über 255.000 € gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2, § 1177 Abs. 1 BGB zur Eigentümergrundschild geworden sein, wenn man die Zahlung dahin auslegt, dass sie zumindest auch auf die durch die Sicherheitshypothek gesicherte Forderung der C. gegen die Ersteherin U. H. und nicht nur auf die von der ursprünglichen Grundschild gesicherte Forderung der C. erfolgte. Bei der

dann entstandenen Eigentümergrundschuld handelte es sich, wie zuvor bei der Sicherungshypothek, um ein briefloses Buchgrundpfandrecht. Eine Eigentümergrundschuld wird wie eine Fremdgrundschuld nach § 1192 Abs. 1, § 1154 BGB übertragen (Palandt/Bassenge, aaO § 1196 Rn. 6 iVm § 1191 Rn. 8). Auf eine Buchgrundschuld finden gemäß § 1154 Abs. 3 BGB die §§ 873, 878 BGB Anwendung. Die Übertragung setzt deshalb die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch voraus (§ 873 Abs. 1 BGB). Hierzu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

10            2. Sollte mangels einer Eintragung im Grundbuch die V. GmbH kein Grundpfandrecht erworben haben, könnte zum Zeitpunkt der Eintragung der Auflassungsvormerkung eine Eigentümergrundschuld zugunsten der U.        H.            bestanden haben. Zu einer wertausschöpfenden Belastung des Eigentums, die eine objektive Gläubigerbenachteiligung im Sinne von § 1 AnfG ausschließt, führt eine Eigentümergrundschuld aber regelmäßig nicht, weil sie vom Gläubiger nach § 857 Abs. 6, § 830 ZPO gepfändet werden kann (BGH, Urteil vom 9. Februar 1989 - IX ZR 17/88, ZIP 1989, 403; Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 857 Rn. 20 mwN). Dies gilt nicht nur für Eigentümergrundschulden, die im Grundbuch eingetragen sind, sondern auch für solche, die aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind, etwa weil die durch eine Hypothek gesicherte Forderung erloschen ist (vgl. Zöller/Stöber, aaO Rn. 19, 24).

11            Im Übrigen wurde die zugunsten der C.            eingetragene Sicherungshypothek am 17. November 2010, noch vor der Eintragung der Auflassungsvormerkung am 23. November 2010, im Grundbuch gelöscht. Vieles spricht dafür, dass danach auch die Eigentümergrundschuld nicht mehr bestand. Wenn die grundbuchrechtlichen Voraussetzungen für die Löschung der zugunsten der C.            eingetragenen Sicherungshypothek vorlagen,

also auch die Zustimmung der Eigentümerin U. H. nach § 27 GBO, kann darin auch deren nach § 1183 BGB erforderliche materiell-rechtliche Zustimmung zur Aufhebung der Hypothek oder der entstandenen Eigentümergrundschild zu sehen sein (vgl. Palandt/Bassenge, aaO § 1183 Rn. 3). Dann hätte nach der Löschung der Hypothek im Grundbuch, also noch vor der Eintragung der Auflassungsvormerkung, auch keine Eigentümergrundschild mehr bestanden.

Kayser

Gehrlein

Pape

Grupp

Möhring

Vorinstanzen:

LG Wiesbaden, Entscheidung vom 26.01.2012 - 9 O 278/11 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 15.11.2012 - 3 U 70/12 -