
Datum: 25.07.2001
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 46/00
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2001:0725.11U46.00.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 18 O 321/97

Tenor:

Das Versäumnisurteil des Senats vom 24.01.2001 wird aufrecht erhalten. Die weiteren Kosten haben die Beklagten zu tragen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 190.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in der genannten Höhe leistet. Beide Parteien dürfen die Sicherheit durch selbstschuldnerische Bürgschaft eines als Zoll- und Steuerbürgen zugelassenen Kreditinstituts erbringen.

Tatbestand

1

##blob##nbsp;

2

Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Herausgabe von Urkunden in Anspruch, welche eingetragene Belastungen eines der Klägerin in der Teilungsversteigerung zugeschlagenen Grundstücks betreffen.

3

Die Klägerin und der Beklagte zu 1) sind geschiedene Eheleute, die Beklagte zu 2) ist die zweite Ehefrau des Beklagten zu 1). Während ihrer Ehe erwarben die Klägerin und der Beklagte zu 1) Ende der siebziger Jahre gemeinsam das Hausgrundstück I. B. 29 in K.; sie wurden jeweils zu 1/2-Anteil im Grundbuch eingetragen. Zur Finanzierung nahmen sie mehrere Darlehen auf. Zu deren Absicherung wurden eine Briefgrundschuld der G.-Hypothekenbank in Höhe von 71.300,00 DM, eine Briefgrundschuld der B. Bausparkasse AG (früher V. Bausparkasse AG) in Höhe von 48.600,00 DM und eine brieflose Hypothek der Wohnungsbauförderungsanstalt NRW in Höhe von 48.600,00 DM im Grundbuch eingetragen.

4

Die Ehe zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1) wurde im Jahre 1994 rechtskräftig geschieden, nachdem sie sich bereits 1987 getrennt hatten. Der Beklagte zu 1) bewohnte das Haus nach der Trennung weiter und bediente die noch laufenden Kredite im Wesentlichen alleine. Das Darlehen der B. Bausparkasse wurde am 24.01.1988 und am 02.01.1989 zurückgeführt. Im November 1991 stellte der Beklagte zu 1) die Zahlungen auf Zinsen und Tilgung der noch verbliebenen Kredite vorübergehend ein. Er wurde daraufhin zur Zahlung eines monatlichen hälftigen Nutzungsentgeltes in Höhe von 750,00 DM an die Klägerin gemäß 745 Abs. 2 BGB verurteilt. Das durch eine brieflose Hypothek gesicherte Darlehen der Wohnungsbauförderungsanstalt NRW wurde am 04.02.1997, das Darlehen der Deutschen G.-Hypothekenbank wurde am 23.06.1994 von Seiten der Beklagten endgültig abgelöst. Die Kreditinstitute haben die Grundschuldbriefe an den Beklagten zu 1) herausgegeben und Löschungsbewilligungen erteilt.

Eine einverständliche Auseinandersetzung der Parteien über den Grundbesitz scheiterte. Schließlicb betrieb die Klägerin die Teilungsversteigerung. Durch Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 11.03.1997 wurde ihr der Grundbesitz unter Bestehenbleiben der eingetragenen Belastungen, insbesondere der Grundschulden und der Hypothek, zugeschlagen. Der auf den halben Anteil der Klägerin entfallende Erlösüberschuss wurde bislang wegen fehlender Zustimmung des Beklagten zu 1) nicht ausbezahlt. 6

Die Klägerin hat den Grundbesitz inzwischen verkauft und sich in dem Kaufvertrag verpflichtet, sämtliche noch eingetragenen dinglichen Belastungen löschen zu lassen. Zu diesem Zweck nimmt sie die Beklagten auf die Herausgabe der in ihrem Besitz befindlichen Grundschuldbriefe und Löschungsbewilligungen in Anspruch. 7

Die Klägerin hat geltend gemacht: Der Beklagte zu 1) habe vereinbarungsgemäß alleine die Belastungen des von ihm alleine genutzten Grundstücks tragen sollen. Von ihr geleistete Zahlungen seien mit Schwarzgeldern des Beklagten zu 1) erfolgt. Die Restzahlungen an die Gläubiger habe er im Rahmen der ihm obliegenden Unterhaltspflicht erbracht. Gegen den von ihr zugestandenen Anspruch des Beklagten zu 1) auf Zahlung der Hälfte der eingetragenen Nominalbeträge in Höhe von 168.600,00 DM hat die Klägerin die Aufrechnung mit diversen gegen den Beklagten zu 1) gerichteten Forderungen in Höhe von 61.295,59 DM und mit einem Anspruch auf Auszahlung des beim AG, Köln, Hinterlegungsstelle, hinterlegten anteiligen Erlösüberschusses in Höhe von 58.346,52 DM erklärt. Hilfsweise hat sie mit den vorgenannten Forderungen gegen einen Ausgleichsanspruch des Beklagten zu 1) aus § 426 BGB aufgerechnet. 8

Die Klägerin hat beantragt, 9

##blob##nbsp; 10

##blob##nbsp; 11

den Beklagten zu 1) zu verurteilen, an sie für den im Grundbuch von L. des Amtsgerichts Köln Blatt ... verzeichneten Grundbesitz Gemarkung L., Flur I, Flurstück 0812, Hf., I. B. 29, 1,56 Ar, Flurstück 1013, Hf., I. B., 0,16 Ar und 1/14 Anteil am Flurstück 1022, Verkehrsfläche, I. B., 1,86 Ar 12

##blob##nbsp; 13

##blob##nbsp; 14

15

1. die Löschungsbewilligung der Deutschen G.-Hypothekenbank vom 24.06.1994 und den diesbezüglichen Grundschuldbrief zu der in Abteilung III/lfd. Nr. 4 des Grundbuches noch eingetragenen Grundschuld von 71.300,00 DM,	
##blob##nbsp;	16
##blob##nbsp;	17
2. die Löschungsbewilligung der B.-Bausparkasse AG (fr. V. Bausparkasse AG) vom 18.08.1994 und den diesbezüglichen Grundschuldbrief zu der in Abteilung III/lfd. Nr. 5 des Grundbuches noch eingetragenen Grundschuld über 48.600,00 DM, und	18
##blob##nbsp;	19
##blob##nbsp;	20
3. die Löschungsbewilligung der Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen vom 10.03.1997 zu der in Abteilung III/lfd. Nr. 6 eingetragenen brieflosen Hypothek über 48.700,00 DM,	21
##blob##nbsp;	22
##blob##nbsp;	23
herauszugeben.	24
Das Landgericht hat den Beklagten zu 1) durch Versäumnisurteil vom 16.02.1999 antragsgemäß verurteilt. Mit dem - zulässigen - Einspruch hat der Beklagte zu 1) unter anderem geltend gemacht, dass sich die herausverlangten Urkunden nicht in seinem Besitz, sondern in einem Banksafe der Beklagten zu 2) befänden. Darauf hin hat die Klägerin die Klage auf die Beklagte zu 2) erweitert und beantragt,	25
##blob##nbsp;	26
##blob##nbsp;	27
das gegen den Beklagten zu 1) gerichtete Versäumnisurteil aufrecht zu erhalten und die Beklagte zu 2) entsprechend dem vorgenannten Antrag gesamtschuldnerisch mit dem Beklagten zu 1) zu verurteilen.	28
Die Beklagten haben beantragt.	29
##blob##nbsp;	30
##blob##nbsp;	31
die Klage - unter Aufhebung des Versäumnisurteils - abzuweisen.	32
Sie haben geltend gemacht: Die laufenden Zahlungen auf die Darlehen der Wohnungsbauförderungsanstalt und der Deutschen G.-Hypothekenbank seien seit der Trennung des Beklagten zu 1) von der Klägerin im April 1987 von der Beklagten zu 2) aus deren eigenen Mitteln gemäß § 267 BGB für den Beklagten zu 1) geleistet worden; die Beklagte zu 2) habe deshalb selbst Rechte an den Löschungsbewilligungen und Grundschuldbriefen erworben. Der Beklagte zu 1) habe aus diesem Grund den Besitz an den	33

Urkunden der Beklagten zu 2) schon am 29.04.1997 überlassen.

Durch das angefochtene Urteil hat das Landgericht das Versäumnisurteil aufrecht erhalten und die Beklagte zu 2) - beide Beklagte als Gesamtschuldner - antragsgemäß verurteilt. Hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in erster Instanz und der Ausführungen des Landgerichts wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen. 34

Gegen das ihren erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten am 23.02.2000 zugestellte Urteil haben die Beklagten mit einem am 23.03.2000 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist mit einem am 17.07.2000 eingegangenen Schriftsatz begründet. 35

Die Beklagten haben angekündigt zu beantragen, 36

##blob##nbsp; 37

##blob##nbsp; 38

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 39

Die Klägerin hat beantragt, 40

##blob##nbsp; 41

##blob##nbsp; 42

die Berufung zurückzuweisen und Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft zu gestatten. 43

Diesem Antrag entsprechend hat der Senat die Berufung durch Versäumnisurteil vom 24.01.2001 zurückgewiesen. Dagegen haben die Beklagten form- und fristgerecht Einspruch eingelegt. 44

In der Berufungsbegründung machen sie geltend: 45

Das Landgericht gehe zu Unrecht davon aus, dass die Zahlungen des Beklagten zu 1) an die Deutsche G.-Hypothekenbank AG und die B. Bausparkasse AG (auch) zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgt sei. Daraus werde (folgerichtig) der Schluss gezogen, dass die Zahlungen jeweils sowohl auf die Grundschuld als auch auf die Darlehensforderung geleistet worden seien. Nach dem Tatbestand des Urteils habe der Beklagte zu 1) die Zahlungen auf Zinsen und Tilgung der noch verbliebenen Kredite im November 1991 vorübergehend eingestellt. Erst zu diesem Zeitpunkt hätten aber die Kredite notleidend werden können, so dass die Zwangsvollstreckung aus den Grundpfandrechten gedroht habe. Erst ab diesem Zeitpunkt habe also gegolten, dass Zahlungen des Schuldners nicht auf die persönlichen Forderungen, sondern zumindest auch auf das Grundpfandrecht geleistet wurden. Bevor die Zwangsvollstreckung gedroht habe, also vor November 1991, seien Zahlungen der Beklagten aber entsprechend der Interessenlage nur auf die persönliche Forderung erfolgt. Dies gelte zunächst für das Darlehen der B. Bausparkasse. Dieses sei unstreitig schon am 24.01.1988 und 02.01.1989 zurückgeführt worden, also zu einem Zeitpunkt, als noch kein Notleiden der Kredite vorgelegen habe. Nach der der Grundschuld der Deutschen G.-Hypothekenbank zugrunde liegenden Schuldurkunde (Anlage BB 1) sollten zudem sämtliche Zahlungen des Schuldners nur persönlichen Forderungen der Bank angerechnet werden. Die jeweilige Grundschuldgläubigerin sei nicht verpflichtet, in einem 46

Zwangsversteigerungsverfahren aus der Grundschuld einen Betrag geltend zu machen, der über den persönlichen Anspruch hinausgehe. Sie sei berechtigt, auf den entsprechenden Erlösanteil (Differenzbetrag) im Verteilungsverfahren zu verzichten. Bei dieser ausdrücklichen Bestimmung in der Schuldurkunde dürfte die Entscheidung BGH WM 1987, 1213 nicht anwendbar sein, wonach mit der Androhung der Zwangsvollstreckung die Bank zu erkennen gebe, dass die Klausel, wonach alle Zahlungen auf die gesicherten Ansprüche anzurechnen seien, nicht mehr gelten solle. Dem gemäß seien auch nach dem vorübergehenden Zahlungsstopp hinsichtlich des Kredits der Deutschen G.-Hypothekenbank alle künftigen Zahlungen auf die persönliche Darlehensforderung der Bank erfolgt. Daraus ergebe sich, dass die Grundschuld der B.-Bausparkasse und der Deutschen G.-Hypothekenbank jeweils nicht gemäß § 1143 BGB durch Ablösung zu einer (Teil-)Eigentümergrundschuld des Beklagten zu 1) geworden seien. Er habe vielmehr nur die üblichen Rechte eines Sicherungsgebers einer Sicherungsgrundschuld auf dem eigenen Grundstück erhalten, nämlich Übertragung der Grundschuld, Verzicht oder Löschungsbewilligung von der Bank zu verlangen. Diese Löschungsbewilligung hätte an die Klägerin und den Beklagten zu 1) gemeinsam erfolgen müssen. Daher gehe das Landgericht zu Unrecht davon aus, durch den Grundstückserwerb der Klägerin in der Teilungsversteigerung sei die Grundschuld zur Fremdgrundschuld geworden, die die Klägerin durch Befriedigung des Beklagten zu 1) im Wege der Aufrechnung erworben habe. Dies sei nicht möglich gewesen, da weiterhin die jeweilige Bank Inhaberin der Grundschuld gewesen sei. Auch fehlte es an der notwendigen Gleichartigkeit der Forderungen gemäß § 387 BGB. Da die Klägerin nicht Inhaberin der Grundschuld geworden sei, könne ihr auch ein Anspruch aus §§ 1144, 1192 Abs. 1 BGB nicht zustehen.

Das Landgericht gehe auch zu Unrecht davon aus, dass die Voraussetzungen eines Ablösungsrechts der Beklagten zu 2) gemäß § 268 Abs. 3 BGB nicht hinreichend plausibel vorgetragen worden seien. Die Beklagten hätten im Schriftsatz vom 20.06.1999 unter 3.) unwidersprochen vorgetragen und durch Vorlage des Vertrages bewiesen, dass die Beklagte zu 2) das Darlehen der Wohnungsbauförderungsanstalt durch ein eindeutig auf ihren Namen lautendes Darlehen in Höhe von 37.056,00 DM endgültig abgelöst habe. Diesen Kredit zahle sie noch heute mit 304,33 DM monatlich ab. 47

Schließlich ergebe sich ein Anspruch auf Herausgabe der von den Banken ausgestellten Löschungsbewilligungen sich nicht aus § 1144 BGB. Bei den Urkunden, die nach dem Klägervortrag im Sinne dieser Vorschrift zur Löschung der Hypothek erforderlich seien, handele es sich nicht um Löschungsbewilligungen der Banken, sondern um solche, die der Beklagte zu 1) als ehemaliger Eigentümer und Inhaber der Grundpfandrechte selbst erteilen müsse; dies habe er aber bislang nicht getan. 48

Eine weitere Begründung des Einspruchs ist nicht erfolgt. In der mündlichen Verhandlung hat sich der Prozessbevollmächtigte der Beklagten auf das Berufungsvorbringen, die Ausführungen des Rechtsanwalts F. in Ka. im Prozesskostenhilfverfahren und die persönlichen Eingaben der Beklagten bezogen. 49

Die Beklagten beantragen nunmehr, 50

##blob##nbsp; 51

##blob##nbsp; 52

das Versäumnisurteil des Senats aufzuheben und die Klage unter Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen. 53

Die Klägerin beantragt,	54
##blob##nbsp;	55
##blob##nbsp;	56
das Versäumnisurteil aufrecht zu erhalten.	57
Sie wiederholt und ergänzt ihr erstinstanzliches Vorbringen und tritt den Ausführungen der Beklagten entgegen.	58
Hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in zweiter Instanz wird auf die Schriftsätze und die überreichten Unterlagen Bezug genommen.	59
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	60
Der form- und fristgerecht eingelegte Einspruch führt zu keiner Abänderung des Versäumnisurteils. Dieses ist aufrecht zu erhalten, weil die zulässige Berufung unbegründet ist (§§ 343 Satz 1, 542 Abs. 3 ZPO).	61
Das Landgericht hat die Klage zu Recht für begründet gehalten. Die Klägerin hat gegen die Beklagten einen Anspruch auf Herausgabe der aus dem Urteil des Landgerichts 18.02.2000 ersichtlichen Urkunden.	62
I. Der Senat hat in seinem die Bewilligung der Prozesskostenhilfe für die Beklagten verweigernden Beschluss vom 14.08.2000 unter Berücksichtigung des Vortrags in der Berufungsbegründung Folgendes ausgeführt:	63
"1. Die Klägerin hat gegen den Beklagten zu 1) einen Anspruch auf Herausgabe der Grundschuldbriefe und der von den Gläubigerbanken erteilten Löschungsbewilligungen.	64
a) Das Darlehen der B. Bausparkasse ist 1988/1989 zurückgeführt worden. Es spricht einiges dafür, dass die Ansicht des Landgerichts, es sei (auch) auf die zur Sicherung dieses Darlehens bestellte Grundschuld (eingetragen in Abt. III Nr. 5 des Grundbuchs) gezahlt worden, jedenfalls im Ergebnis richtig ist. Zwar ist nicht ersichtlich, dass die Rückführung des Darlehens der B. Bausparkasse unter dem Druck der Zwangsvollstreckung erfolgte. Nach Auffassung des Senats muss aber davon ausgegangen werden, dass auch auf das zur Sicherung eingeräumte Grundpfandrecht gezahlt wird, wenn ein Miteigentümer und Forderungsschuldner die Forderung der Bank insgesamt aus eigenen Mitteln ablöst. Auf diese Weise bewirkt der Zahlende - neben dem Übergang des ausgleichspflichtigen Teils der Forderung, § 426 Abs. 2 BGB - den unmittelbaren Erwerb der Grundschuld (entsprechend §§ 1192, 1143 BGB), ohne dass es einer Rückübertragung nach Wegfall des Sicherungszwecks gemäß §§ 1192, 1154 BGB bedarf. Dass eine Zahlung auf die Grundschuld nach dem mit der B. Bausparkasse geschlossenen Darlehens- und Sicherungsbedingungen ausgeschlossen gewesen wäre ist nicht vorgetragen. Offenbar hat die B. Bausparkasse auch lediglich - ohne besondere Übertragungserklärung - den Grundschuldbrief herausgegeben und die Löschungsbewilligung erteilt.	65
Der Herausgabeanspruch ergibt sich sodann aus den §§ 985, 1192, 1144 BGB. Denn die gesicherte Forderung ist - ebenso wie ein etwaiger Ausgleichsanspruch des Beklagten, der ein Zurückbehaltungsrecht rechtfertigen könnte - jedenfalls aufgrund der Aufrechnungserklärung der Klägerin, die nunmehr Alleineigentümerin des Grundstücks ist, erloschen. Da die Klägerin ersichtlich den Beklagten auch im Hinblick auf das möglicherweise	66

in seiner Person bestehende Grundpfandrecht befriedigt hat, ist die Grundschuld entsprechend §§ 1192, 1143 BGB auf sie übergegangen. Mit dem Erwerb der Grundschuld ist auch das Eigentum an dem Grundschuldbrief auf die Klägerin übergegangen (§ 952 BGB), ebenso das Eigentum an der Löschungsbewilligung (entsprechend § 952 BGB).

Die Ausführungen des Landgerichts dazu, dass der Klägerin mögliche Ansprüche des Beklagten weit übersteigende Gegenansprüche zustehen bzw. zustanden, mit denen sie aufrechnen konnte, sind nicht zu beanstanden. Der ausführlichen, durch Urkunden belegten Forderungsberechnung der Klägerin (Schriftsatz vom 11.11.1998, Bl. 32 ff. d.A.), auf die sich die Ausführungen des Landgerichts stützen, ist der Beklagte nicht mit konkretem Vorbringen entgegen getreten. Auch in der Berufungsbegründung wird insoweit nichts Erhebliches vorgebracht. Für die Gesamtberechnung ist im übrigen darauf hinzuweisen, dass durch Senatsurteil vom 09.02.1994 - 11 U 176/93 - (Bl. 152 ff. AH) festgestellt ist, dass der Beklagte von der Klägerin keinen Ausgleich wegen seiner Zahlungen an die Deutsche G. Hypothekenbank und die Wohnungsbauförderungsanstalt NRW für die Zeit ab Februar 1992 verlangen kann. 67

Dass der Beklagte sich nicht darauf berufen kann, die Beklagte zu 2) habe die herausverlangten Urkunden in Besitz, hat das Landgericht zutreffend ausgeführt. Es ist nicht ersichtlich, dass sich der Beklagte zu 1) die Urkunden nicht bei der Beklagten zu 2), seiner Ehefrau, mit der er zusammenlebt, beschaffen kann. Die Behauptung, der Besitz sei einem Dritten überlassen worden, hindert im übrigen die Verurteilung zur Herausgabe nicht, wenn - wovon hier auszugehen ist - der in Anspruch Genommene Besitzer war, der Besitz ihm weiter vermittelt wird oder nur vorübergehend aufgegeben wurde, der in Anspruch Genommene im Fall seines Besitzes zur Herausgabe verpflichtet ist und einen etwaigen Besitzverlust zu vertreten hat (vgl. § 283 BGB, §§ 883 Abs. 2, 886 ZPO; BGHZ 53, 29, 31 zum mittelbaren Besitz). 68

Hat der Beklagte nicht auf die Grundschuld gezahlt, besteht der Herausgabeanspruch ebenfalls. Denn dann hat sich die Bank durch Aushändigung des Briefes und der Löschungsbewilligung mit der Aufhebung der Grundschuld (§§ 1192, 1183 BGB) einverstanden erklärt. Jedenfalls nachdem etwaige Forderungen des Beklagten gegen die Klägerin durch deren Aufrechnung erloschen sind, kann sie die Herausgabe der zur Löschung des Grundpfandrechts notwendigen Urkunden entsprechend §§ 1192, 1144 BGB verlangen. 69

b) Für die zur Sicherung des Darlehens der Deutschen G. Hypothekenbank bestellte Grundschuld (eingetragen in Abt. III Nr. 4 des Grundbuchs) gilt Entsprechendes. Das Darlehen ist im Juni 1994 vollständig zurück geführt worden. Darauf, ob die Zahlungen von dem Beklagten zu 1) oder - wozu allerdings nicht ausreichend substantiiert vorgetragen ist - ganz oder teilweise von der Beklagten zu 2) vorgenommen wurden, kommt es, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht an. Zahlungen der Beklagten erfolgten allenfalls gemäß § 267 BGB und sind deshalb im Verhältnis der Klägerin zu dem Beklagten zu 1) als dessen Zahlungen anzusehen; etwaige Ausgleichsansprüche kommen ausschließlich zwischen den Beklagten in Betracht und richten sich nach den zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen. 70

Zur Überlassung der die Grundschuld betreffenden Urkunden an die Beklagte zu 2) war der Beklagte nicht deshalb berechtigt, weil die Beklagte die Forderung der Deutschen G. Hypothekenbank als Ablösungsberechtigte gemäß § 268 BGB getilgt hat. Ein solches Recht, welches im Fall der Forderungsablösung den Übergang der Forderung (§ 268 Abs. 3 BGB) und der Grundschuld (§§ 1192, 1150, 1144, 1145 BGB) nach sich gezogen hätte, stand der 71

Beklagten zu 2) nicht zu. Dabei geht der Senat davon aus, dass sich der Vortrag der Beklagten, eine Ablösung nach § 268 BGB sei der Beklagten zu 2) möglich gewesen, auch auf die Forderung der Deutschen G. Hypothekenbank beziehen soll; denn dem Vortrag und den vorliegenden Unterlagen ist nicht eindeutig zu entnehmen, welche Gläubigerbank seinerzeit das Zwangsversteigerungsverfahren beantragt hatte oder ihm beigetreten war.

Ein Ablösungsrecht nach § 268 BGB setzt Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eines Gläubigers und den dadurch drohenden Besitzverlust des Dritten voraus. Nach dem Vortrag der Beklagten zog die Beklagte zu 2) am 01.01.1993 in das Haus ein (Schriftsatz vom 20.06.1999, Seite 3 = Bl. 122 d.A.). Erst ab diesem Zeitpunkt kann ein drohender Besitzverlust in Betracht gezogen werden. Zu diesem Zeitpunkt drohte aber kein Besitzverlust, weil das Zwangsversteigerungsverfahren nach dem Inhalt des Grundbuchs (Bl. 6 und 70 AH) Anfang März 1993 beendet war; offenbar war der Antrag auf Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens zurückgenommen worden. Der Zwangsversteigerungsvermerk betreffend das Verfahren 93 K 30/91 AG Köln wurde am 08.05.1991 im Grundbuch eingetragen (Abt. II Nr. 2); am 16.03.1993 wurde er gelöscht. Für weitere Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ist nichts ersichtlich. Unter Abt. II Nr. 3 folgt nur noch der Teilungsversteigerungsvermerk vom 17.05.1995 (gelöscht am 11.06.1997) betreffend das Teilungsversteigerungsverfahren, an dem die Klägerin und der Beklagte zu 1) beteiligt waren. 72

c) Hinsichtlich der für das Darlehen der Wohnungsbauförderungsanstalt bestellten brieflosen Hypothek (eingetragen im Grundbuch Abt. III Nr. 6) gilt Entsprechendes. Den Anspruch auf Herausgabe der Löschungsbewilligung hat das Landgericht auf Seite 11 des angefochtenen Urteils zutreffend begründet. Es hat zwar möglicherweise (auf Seite 10 des Urteils) den durch Urkunden (Bl. 318, 320 AH) belegten Vortrag der Beklagten nicht ausreichend berücksichtigt, wonach die Ablösung dieses Darlehens durch ein von der Beklagten zu 2) beim B. aufgenommenes Darlehen erfolgte. Darauf kommt es aber nicht an, da eine Zahlung gemäß § 267 BGB keine Rechte an der die Hypothek betreffenden Löschungsbewilligung begründet und da der Beklagten zu 2) nach den vorstehenden Ausführungen auch im Februar 1997 ein Ablösungsrecht nach § 268 BGB nicht zustand. 73

2. Der Anspruch gegen die Beklagte zu 2) ist, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen zu 1) ergibt, entweder aus §§ 985, 952 BGB oder aus den §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 823 Abs. 1 BGB gerechtfertigt, da die Beklagte zu 2) zur Herausgabe der Urkunden auf Grund des Eigentums der Klägerin oder aber jedenfalls deswegen verpflichtet ist, weil sie diese ohne rechtlichen Grund auf Kosten der Klägerin erlangt hat und durch die Vorenthaltung der Urkunden deren - durch die unrichtige Grundbuchlage beeinträchtigtes - Eigentum an dem Grundstück verletzt." 74

II. An diesen Ausführungen hält der Senat fest. Die für das Berufungsverfahren bestellten Prozessbevollmächtigte der Beklagten haben dazu keine weiteren Ausführungen gemacht. Sie haben sich in der auf den Einspruch folgenden mündlichen Verhandlung zur Begründung des Einspruchs außer auf das Berufungsvorbringen auf das Vorbringen zum Prozesskostenhilfverfahren und die Eingaben der Beklagten (es findet sich bei der Akte das Schreiben der Beklagten vom 26.03.2001, Bl. 298 ff. d.A.) bezogen. Darin liegt bereits kein zulässiges, im Streitverfahren zu berücksichtigendes Vorbringen. Die ausführliche Stellungnahme vom 09.09.2000 (Bl. 258 ff. d.A.) zu dem Senatsbeschluss ist von dem beim Oberlandesgericht Köln nicht zugelassenen Rechtsanwalt F. in Ka. verfasst. Der Senat hat die nicht in zulässiger Weise in den Rechtsstreit eingeführten Einwendungen gleichwohl in Erwägung gezogen, sieht aber keinen Anlass von der vorstehenden rechtlichen Beurteilung 75

abzurücken; im einzelnen ist dazu ergänzend auszuführen:

Letztlich kann dahinstehen, ob der Beklagte (auch) auf die Grundschuld gezahlt hat; der Herausgabeanspruch ergibt sich jedenfalls aus den Gründen zu I 1 a am Ende. Ferner verbleibt es dabei, dass die Beklagten der Berechnung des Gegenanspruchs der Klägerin nicht ausreichend entgegen getreten sind. Die Ausführungen des Senats zu dem Urteil vom 09.02.1994 haben nur ergänzenden Charakter, so dass letztlich dahin stehen kann, wie dies auszulegen ist. Unerheblich für die Eigentumslage und den Herausgabeanspruch ist, ob die Beklagte zu 2) die Urkunden bereits im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung in Besitz hatte und aus welchem Grund sie ihr von dem Beklagten zu 1) überlassen wurden. Da der Beklagten zu 2) nach Ansicht des Senats auch unter Berücksichtigung des ergänzenden Vortrags (Bl. 263 f. d.A.) kein Ablösungsrecht gemäß § 268 BGB zustand, kann sie aus der von dem Beklagten zu 1) geschaffenen Besitzsituation keine weiter gehenden Rechte herleiten als der Beklagte zu 1). Auf einen Vorrang der Leistungskondition kann sich die Beklagte zu 2) im Streitfall nicht mit Erfolg berufen, da fest steht, dass die Leistung des Beklagten zu 1) ohne Rechtsgrund erfolgte, und kein vernünftiger Grund dafür ersichtlich ist, die Klägerin bei dieser Sachlage auf die Durchsetzung des gegen den Beklagten zu 1) gerichteten Anspruchs im Vollstreckungswege (§ 886 ZPO nebst nachfolgender Klage gegen die Beklagte zu 2) und nachfolgender Vollstreckung gegen diese gemäß §§ 883 ff. ZPO) zu verweisen. Die den Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB rechtfertigende Eigentumsverletzung liegt nicht in der Entgegennahme der Urkunden, sondern in deren Vorenthaltung angesichts der (inzwischen) bestehenden Rechtslage; dadurch wird das Eigentum der Klägerin an dem Grundstück verletzt, weil es nicht lastenfrei verwertet werden kann.

76

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

77

Die Beschwer der Beklagten übersteigt 60.000,00 DM.

78

Berufungsstreitwert: 168.600,00 DM

79