

**letzte Aktualisierung:** 26.10.2017

OLG Hamm, Urt. v. 20.7.2017 – 5 U 123/16

**BGB § 275 Abs. 1; ErbbauRG §§ 27, 29; ZPO § 767**

**Unmöglichkeit der Löschung von Grundschulden, die in einem Erbbaugrundbuch eingetragen sind, nach Erlöschen des Erbbaurechts**

1. Die Löschung von Grundschulden, welche in einem Erbbaugrundbuch eingetragen sind, ist unmöglich i. S. v. § 275 Abs. 1 BGB, wenn die Erbaurechte selbst durch Zeitablauf erloschen sind.
2. Die dinglichen Rechte, die auf dem Erbbaugrundbuch lasten, gehen mit dem Endtermin des Erbbaurechts unter.

## Oberlandesgericht Hamm, 5 U 123/16

**Datum:** 20.07.2017  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 5. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 5 U 123/16  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2017:0720.5U123.16.00

**Vorinstanz:** Landgericht Bielefeld, 7 O 273/15  
**Schlagworte:** Löschung von Grundschulden in einem Erbbaugrundbuch  
**Normen:** §§ 767 ZPO, 275 BGB, 27 ErbbauRG  
**Leitsätze:** Die Löschung von Grundschulden, welche in einem Erbbaugrundbuch eingetragen sind, ist unmöglich i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB, wenn die Erbaurechte selbst durch Zeitablauf erloschen sind.  
 Die dinglichen Rechte, die auf dem Erbbaugrundbuch lasten, gehen mit dem Endtermin des Erbbaurechts unter.

**Tenor:** Die Berufung des Beklagten gegen das am 26.08.2016 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.  
 Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.  
 Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar; das angefochtene Urteil ist jetzt ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.  
 Die Revision wird nicht zugelassen.

**Gründe:** 1  
**A.** 2  
 Der Beklagte ist Eigentümer der im Grundbuch von C, Blatt ##### eingetragenen Grundstücke Gemarkung C, Flur ##, Flurstücke ### und ###. 3  
 Auf diesen beiden Grundstücken vergaben bereits die Rechtsvorgänger des Beklagten in den 60-er und 70-er Jahren des 20. Jahrhunderts Erbbaurechte. Der Kläger erwarb Anfang der 90-er Jahre die Erbbaurechte von T (vgl. notarieller Kaufvertrag über Erbbaurechte vom 03.04.1992 mit der UR-Nr. 186/Notar N = Anl. K 6 Anlagenband). Die Erbbaurechte sind eingetragen in den Erbbaugrundbüchern von C Blatt # und Blatt #####. 4  
 Durch notariellen Vertrag vom 22.01.1993 (UR-Nr. 39/1993 Notar N = Anl. K 7 5

Anlagenband) zwischen dem Kläger und T verpflichteten sich beide Vertragspartner in Abänderung des notariellen Kaufvertrages vom 03.04.1992 unter § 7 dazu, keine weiteren Grundpfandrechte in die vorbezeichneten Erbbaugrundbücher mehr eintragen zu lassen und eine bereits eingetragene Grundschuld i. H. v. 150.000,00 DM bis zum 01.01.2010 zu löschen, was auch geschah.

Anfang Februar 2007 wurde mit Zustimmung des Beklagten ins Erbbaugrundbuch von C Blatt # in Abt. III lfd.-Nr. 5 eine Grundschuld i. H. v. 50.000,00 Euro zuzüglich Zinsen, vollstreckbar nach § 800 ZPO, für die Stadtparkasse C eingetragen, desgleichen in dem Erbbaugrundbuch von C Blatt ##### in Abt. III lfd.-Nr. 3. Insoweit besteht Gesamthaft. Diese Grundschulden sind bislang nicht gelöscht worden. 6

Mit Schreiben Ende Januar 2007 hatte der Kläger gegenüber dem Beklagten erklärt, dass „die Grundschuld zum 01.01.2010 gelöscht wird“ (vgl. Bl. 163 d. A.). 7

Nachdem eine Löschung der in den Erbbaugrundbüchern von C Blatt # und Blatt ##### eingetragenen Grundschulden nicht vorgenommen wurde, erstritt der Beklagte (in jenem Verfahren als Kläger) gegen den Kläger (in jenem Verfahren Beklagter) vor dem Landgericht Bielefeld unter dem 28.04.2015 ein Urteil (Az.: 7 O 1/14) mit folgendem Tenor: 8

„Der Beklagte wird verurteilt, die in dem Erbbaugrundbuch von C Blatt # in Abt. III lfd.-Nr. 5 eingetragene Gesamtgrundschuld in Höhe von 50.000,00 Euro zuzüglich 20 % Zinsen, vollstreckbar nach § 800 ZPO für die Stadtparkasse C, sowie die in dem Erbbaugrundstück von C Blatt ##### in Abt. III lfd.-Nr. 3 eingetragene Grundschuld in Höhe von 50.000,00 Euro zzgl. 20 % Zinsen, vollstreckbar nach § 800 ZPO (Mithaft), zur Löschung zu bringen, indem der Beklagte zum einen auf seine Kosten die Löschungsbewilligung der Gläubigerin beibringt und zum andern selbst die Löschung der Grundschulden beantragt.“ 9

Im Juli 2015 beantragte der Beklagte als Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren vor dem Landgericht Bielefeld mit dem Az.: 7 O 1/14 gegen den Kläger als Schuldner gem. § 888 ZPO wegen Nichterteilung der Löschungsbewilligung und Nichtvornahme des Eigenantrages auf Löschung der Grundschuld ein Zwangsgeld festzusetzen und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Zwangshaft anzuordnen. 10

Am 31.08.2015 endeten die beiden vorbezeichneten Erbbaurechte vereinbarungsgemäß (vgl. Grundbuchauszug des Grundbuches von C Blatt #####, Abt. II, lfd.-Nr. 3). 11

Mit Schriftsatz vom 22.09.2015 stellte der Beklagte seinen Vollstreckungsantrag um und beantragte, die Erteilung bzw. Beibringung der Löschungsbewilligung gem. § 887 ZPO auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen. Mit Beschluss vom 19.10.2015 entschied das Landgericht (Az.: 7 O 1/14) antragsgemäß. 12

Mit Schriftsatz vom 09.11.2015 legte der Kläger sofortige Beschwerde gegen den Beschluss vom 19.10.2015 ein. Zur Begründung wies er darauf hin, dass eine Zwangsvollstreckung aufgrund des Erlöschens der Erbbaurechte Ende August 2015 nicht mehr möglich und die Vollstreckung daher auf einen unmöglichen Erfolg gerichtet sei. 13

Nachdem das Landgericht der Beschwerde nicht abgeholfen hatte, legte es die Sache dem Oberlandesgericht Hamm vor. Mit Beschluss vom 03.03.2016 hat der Senat unter dem Az.: 5 W 115/15 den Beschluss des Landgerichts Bielefeld abgeändert und den Vollstreckungsantrag des Beklagten zurückgewiesen. Zur Begründung hat der Senat ausgeführt, dass der Vollstreckungsantrag des Beklagten bzw. Gläubigers unzulässig sei, 14

da er auf eine Leistung gerichtet sei, deren Unmöglichkeit bereits feststehe.

Im vorliegenden Verfahren hat der Kläger Mitte Dezember 2015 Vollstreckungsgegenklage erhoben, welche dem Beklagten am 22.01.2016 zugestellt worden ist. 15

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass die Zwangsvollstreckung des Beklagten aus dem Urteil vom 28.04.2015 unzulässig sei. Infolge Zeitablaufs seien die von der Belastung betroffenen Erbbaurechte erloschen. Den Leistungserfolg, den er als Schuldner nach dem vorbezeichneten Urteil erbringen solle, könne niemand mehr erbringen. Es sei durch Zeitablauf objektive Unmöglichkeit eingetreten. Mithin sei die Zwangsvollstreckung unzulässig, da das Substrat der Zwangsvollstreckung weggefallen sei. 16

Der Kläger hatte zunächst den Antrag angekündigt, dass die Zwangsvollstreckung aus dem vorbezeichneten Urteil des Landgerichts Bielefeld für unzulässig erklärt und der Beklagte darüber hinaus verurteilt werde, die ihm erteilte vollstreckbare Ausfertigung des vorgenannten Urteils an ihn - den Kläger – herauszugeben. Aufgrund des Hinweises des Gerichts vom 20.06.2016, wonach der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckungsgegenklage die materielle Rechtskraft des Senatsbeschlusses vom 03.03.2016 entgegenstehe, hat der Kläger den Antrag auf Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung für erledigt erklärt. Der Beklagte hat der Erledigung widersprochen. 17

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 18

1. 19

den Beklagten zu verurteilen, die ihm erteilte vollstreckbare Ausfertigung des Urteils des Landgerichts Bielefeld vom 28.04.2015 mit dem Az.: 7 O 1/14 an ihn – den Kläger – herauszugeben; 20

2. 21

den Beklagte zu verurteilen, die ihm erteilte vollstreckbare Ausfertigung des Beschlusses des Landgerichts Bielefeld vom 19.10.2015 mit dem Az.: 7 O 1/14 an ihn herauszugeben; 22

3. 23

festzustellen, dass der Rechtsstreit im Übrigen erledigt ist. 24

Der Beklagte hat beantragt, 25

die Klage abzuweisen. 26

Der Beklagte ist der Ansicht gewesen, dem Kläger stehe ein Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Titel nicht zu, da der in diesem tenorierte Anspruch noch keine Erledigung gefunden habe. Das Erbbaurechtsgrundbuch bestehe weiterhin und die Grundschuld sei dort weiterhin eingetragen. Zudem habe der Kläger mehrfach zugesagt, dass er die Belastungen in Abt. III der Erbbaurechtsgrundbücher zur Löschung bringen werde, was jedoch nicht geschehen sei. Bei einer Schließung des Erbbaurechtsgrundbuches verbleibe im Grundbuch des Eigentümers in Abt. II ein Recht zugunsten der Sparkasse, das sich bei einem evtl. Erlös aus der Beendigung des Erbbaurechts und dem Übergang der Gebäude in sein Eigentum an dem Erlös fortsetze. Die Gebäude seien jedoch in einem derart schlechten Zustand, dass sich die Forderung der Sparkasse niemals realisieren lasse. 27

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die 28

wechselseitigen Schriftsätze und Anl. Bezug genommen.

Das **Landgericht** hat in seiner Entscheidung, welche nach Zustimmung der Parteien im schriftlichen Verfahren getroffen worden ist, den zuletzt gestellten Klageanträgen vollumfänglich stattgegeben. 29

1. 30

Dem Kläger stehe ein Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils vom 28.04.2015 mit dem Az.: 7 O 1/14 LG Bielefeld zu. 31

Die Klage sei zulässig. Zwar sei die Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung eines unter §§ 794 ZPO fallenden Titels nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Grundsatz nur dann zulässig, wenn entweder über eine Vollstreckungsabwehrklage bereits rechtskräftig entschieden worden oder die Erfüllung der dem Titel zugrunde liegenden Forderung zwischen den Parteien unstreitig sei. Dies sei hier nicht der Fall. Es liege hier jedoch die Besonderheit vor, dass über die Vollstreckungsabwehrklage nicht mehr habe rechtskräftig entschieden werden können, da einer derartigen Entscheidung die materielle Rechtskraft des Senatsbeschlusses vom 03.03.2016 entgegengestanden habe. Unter diesen Umständen müsse die Herausgabeklage trotz einer rechtskräftigen Entscheidung im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage zulässig sein. 32

Die Herausgabeklage sei auch begründet. Es sei zwischen den Parteien unstreitig, dass das Erbbaurecht am 31.08.2015 erloschen sei. Bei Löschung des Erbbaurechts werde das Erbbaugrundbuch von Amts wegen geschlossen. Eine Löschung der Grundschulden sei daher unmöglich geworden, da die Erbbaurechte selbst durch Zeitablauf erloschen seien. Die dinglichen Rechte, die auf dem Erbbaurecht lasteten, gingen mit dem Endtermin des Erbbaurechtes unter. 33

2. 34

Dem Kläger stehe aus denselben Gründen wie unter 1. ebenfalls ein Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung des Beschlusses des Landgerichts Bielefeld vom 19.10.2015. 35

3. 36

Auch dem Feststellungsantrag sei stattzugeben. Er sei ebenso zulässig wie begründet. 37

Dem Kläger habe es freigestanden, seine ursprüngliche Klage für erledigt zu erklären, nachdem das Oberlandesgericht Hamm mit Beschluss vom 03.03.2016 entschieden habe, dass der Vollstreckungsantrag des hiesigen Beklagten/Gläubigers zurückgewiesen werde. Die Umstellung des Antrages stelle sich als eine zulässige Beschränkung der ursprünglich erhobenen Zwangsvollstreckungsgegenklage dar. Das erforderliche Feststellungsinteresse folge aus der Weigerung des Beklagten, sich der Erledigungserklärung anzuschließen, sowie aus dem berechtigten Interesse des Klägers, in diesem Rechtsstreit eine abschließende Entscheidung auch über die Kosten zu erhalten. 38

Die Klage sei auch begründet. Die ursprüngliche Zwangsvollstreckungsgegenklage sei zulässig und begründet gewesen. 39

Sie sei insbesondere nicht wegen anderweitiger Rechtshängigkeit unzulässig gewesen. 40

Dem stehe nicht entgegen, dass vor dem Oberlandesgericht Hamm (Az.: 5 W 115/15) die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss des Landgerichts Bielefeld anhängig gewesen sei. Jenem Verfahren habe zugrundegelegen, dass der hiesige Beklagte/Gläubiger einen Antrag im Zuge der Zwangsvollstreckung nach § 887 ZPO gestellt habe. Eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO gehe jedoch über diesen Antrag im Rahmen der Zwangsvollstreckung hinaus und sei auf die Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Titel gerichtet. Mithin liege nicht derselbe Streitgegenstand – auch nicht unter umgekehrtem Rubrum – vor.

Die Zwangsvollstreckungsgegenklage sei auch begründet gewesen. Denn die Löschung der in den Erbbaugrundbüchern eingetragenen Grundschulden sei unmöglich geworden, nachdem die dort eingetragenen Erbbaurechte selbst am 31.08.2015 durch Zeitablauf erloschen seien (s. o.). 41

Die Zwangsvollstreckungsgegenklage sei jedoch nachträglich unzulässig geworden. Mit Beschluss vom 03.03.2016 (Az.: 5 W 150/15) habe das Oberlandesgericht Hamm entschieden, dass dem Vollstreckungsantrag des hiesigen Beklagten (dort: Gläubiger) das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Der Vollstreckungsantrag sei unzulässig gewesen, da er auf eine Leistung gerichtet sei, deren Unmöglichkeit bereits feststehe. Der Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage, die hier auf demselben Sachverhalt gestützt worden sei, der bereits Gegenstand des Beschlusses nach § 787 ZPO gewesen sei, stehe die materielle Rechtskraft des Beschlusses vom 03.03.2016 entgegen. Einer ausschließlich auf einen bereits geprüften und bejahten Einwand gestützten Vollstreckungsgegenklage fehle dann das Rechtsschutzbedürfnis hinsichtlich der geltend gemachten Einwendungen. Das erledigende Ereignis sei nach der am 22.01.2016 erfolgten Zustellung der Klage eingetreten. 42

Gegen diese Entscheidung wendet sich der **Beklagte** mit seiner **Berufung**. 43

Die Erbbaurechte seien zum 31.08.2015 geendet und er habe keine belasteten Erbbaurechte übernehmen wollen. Zwar gingen die dinglichen Rechte, die auf dem Erbbaurecht lasteten, mit dem Endtermin des Erbbaurechts unter. Ein Grundpfandgläubiger werde jedoch, zumal wenn eine zu seinen Gunsten eingetragene Grundschuld noch valutierte, nicht rechtlos gestellt. Ihm würden zum Ersatz noch Rechte an der Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten eingeräumt. Dagegen habe er – der Beklagte – sich schützen wollen. Hintergrund sei, dass in dem Erbbaurechtserwerbsvertrag die Parteien zum einen von vornherein davon ausgegangen seien, dass eine Entschädigung nur in Höhe von  $\frac{3}{4}$  des Verkehrswertes erfolge. Zudem habe der Kläger das Erbbaurechtsgebäude stark vernachlässigt und keine Erhaltungsmaßnahmen getroffen. Mithin sei davon auszugehen, dass er – der Beklagte – an den Kläger bei Beendigung des Erbbaurechtes keine Entschädigung zu zahlen habe. Hierüber sei bereits vor dem Landgericht Bielefeld mit dem Az.: 7 O 162/16 ein neuer Rechtsstreit zwischen den Parteien anhängig. 44

Zudem sei weder über eine Vollstreckungsabwehrklage entschieden worden, noch sei die Erfüllung der dem Titel zugrunde liegenden Forderungen unstreitig geworden. 45

Soweit das Landgericht dem Feststellungsantrag stattgegeben habe, widerspräche diese Entscheidung sowohl seinem Hinweisbeschluss vom 20.06.2016 (Bl. 68 f.) wie auch dem Inhalt seines Schreibens vom 24.06.2016 (Bl. 70 R), in welchem es die Rücknahme der Zwangsvollstreckungsgegenklage angeregt habe. 46

Der Beklagte beantragt, 47

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage insgesamt abzuweisen.	48
Der Kläger beantragt,	49
die Berufung zurückzuweisen.	50
Hilfsweise beantragt der Kläger,	51
im Wege der Hilfsanschlussberufung für den Fall, dass sein Feststellungsantrag unzulässig oder unbegründet sein sollte, die Zwangsvollstreckung aus dem am 28.04.2015 verkündeten Urteil des Landgerichts Bielefeld mit dem Az. 7 O 1/14 für unzulässig zu erklären.	52
Er verteidigt das angefochtene Urteil, indem er seinen erstinstanzlichen Vortrag wiederholt und stellenweise vertieft.	53
<b>B.</b>	54
Die Berufung bleibt erfolglos. Das angefochtene Urteil ist im Ergebnis und in seiner Begründung zutreffend.	55
<b>I.</b>	56
<b>Zum Klageantrag zu Ziff. 3 (Feststellungsantrag)</b>	57
Es handelt sich dabei um die vom Kläger auf Hinweis des Landgerichts einseitig für erledigt erklärte Zwangsvollstreckungsgegenklage.	58
1.	59
Der Feststellungsantrag nach Erledigungserklärung der ursprünglich erfolgten Zwangsvollstreckungsgegenklage ist <u>zulässig</u> .	60
a)	61
Der Übergang von einer Leistungsklage zu einem Feststellungsbegehren bedeutet eine Einschränkung des Klagebegehrens i. S. v. § 264 Ziff. 2 ZPO und <u>keine</u> Klageänderung i. S. v. § 263 ZPO (vgl. BGH MDR 2002, 413 – Rdnr. 19 zitiert nach juris; OLG Celle VersR 1975, 264 f. – Leitsatz; Zöller-Greger, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 264 Rdnr. 3 b und § 91, Rdnr. 34).	62
b)	63
Das Feststellungsinteresse des Klägers i. S. v. § 256 Abs. 1 ZPO ergibt sich aus der Weigerung des Beklagten, sich der Erledigungserklärung des Klägers anzuschließen.	64
2.	65
Der Feststellungsantrag ist begründet, <u>wenn die zunächst zulässige und begründete Zwangsvollstreckungsgegenklage nachträglich gegenstandslos – d. h. unzulässig oder unbegründet – geworden ist</u> (vgl. BGH NJW 2003, 3134 – Rdnr. 10 und Zöller-Greger, a. a. O., Rdnr. 43 m. w. N.). Dies ist hier vom Landgericht zu Recht festgestellt worden.	66
a)	67
Die Zwangsvollstreckungsgegenklage war im Zeitpunkt des nach ihrer Zustellung (am	68

22.01.2016, vgl. EB Bl. 25 d. A.) eingetretenen erledigenden Ereignisses zulässig.

Ihr stand insbesondere nicht die Rechtshängigkeit des Beschwerdeverfahrens mit dem Az. 69 5 W 115/15 vor dem erkennenden Senat im Sinne von § 261 Abs. 3 Ziffer 1 ZPO entgegen. Zunächst stellt die Erhebung einer Beschwerde gegen einen Beschluss im Rahmen eines Vollstreckungsverfahrens keine Klage im Sinne von § 261 ZPO dar. Zudem betrafen die Zwangsvollstreckungsgegenklage und die Beschwerde im Vollstreckungsverfahren nicht denselben Streitgegenstand, wie das Landgericht bereits zutreffend festgestellt hat.

Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen lagen ebenfalls vor. 70

b) 71

Die Zwangsvollstreckungsgegenklage war im Zeitpunkt des nach ihrer Zustellung eingetretenen erledigenden Ereignisses auch im Sinne von § 767 Abs. 1 ZPO begründet. 72

Eine Zwangsvollstreckungsgegenklage ist begründet, wenn eine Einwendung des Klägers durchgreift, die den durch das Urteil (hier vom 28.04.2015 mit dem Az. 7 O 1/14 Landgericht Bielefeld) festgestellten Anspruch selbst betrifft. Zu diesen Einwendungen zählt auch der Einwand der Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB (vgl. OLG Hamm NJW-RR 1988, 1087-Rdnr. 11 und Zöller-Herget a.a.O., § 767, Rdnr. 12, Stichwort: Unmöglichkeit). 73

Der Einwand der Unmöglichkeit ist hier gegeben. Der Tenor des vom Beklagten erstrittenen Urteils vom 28.04.2015 ist nicht (mehr) erfüllbar. 74

Die Löschung der in den Erbbaugrundbüchern von C Blatt # und Blatt ##### eingetragenen Grundschulden ist unmöglich geworden, nachdem die dort eingetragenen Erbbaurechte am 31.08.2015 selbst durch Zeitablauf erloschen sind, § 27 ErbbauRG. Mit Ablauf des Endtermins am 31.08.2015 erloschen die Erbbaurechte ohne Weiteres. Es bedurfte also nicht noch einer gesonderten Erklärung, dass sie aufgegeben werden. Das Eigentum am Bauwerk ist kraft Gesetzes auf den Grundstückseigentümer (hier: Beklagter) übergegangen. Gemäß § 16 ErbbauRG wird bei der Löschung des Erbbaurechts das Erbbaugrundbuch von Amts wegen geschlossen. Die dinglichen Rechte, die auf dem Erbbaurecht lasten, gehen mit dem Endtermin des Erbbaurechts unter, da in diesem Zeitpunkt das Erbbaurecht selbst, ihre Grundlage, erlischt. Die Grundpfandgläubiger werden jedoch nicht rechtlos gestellt. Ihnen werden zum Ersatz noch Rechte an der Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten eingeräumt, und zwar im Wege einer dinglichen Surrogation, § 29 ErbbauRG (vgl. Staudinger/Rapp Neubearbeitung 2009, ErbbauRG § 27 Rdnr. 1 -3). 75

Das Grundbuch, welches das Bestehen des Erbbaurechtes noch ausweist, ist unrichtig. Mithin besteht ein Grundbuchberichtigungsanspruch des Grundstückseigentümers (hier: Beklagter) gegen den noch als solchen eingetragenen Erbbauberechtigten gemäß § 894 BGB. Da sich die Laufzeit des Erbbaurechtes im Regelfalle aus öffentlichen Urkunden ergibt, ist eine Grundbuchberichtigung gemäß § 22 GBO auch ohne Berichtigungsbewilligung des bisherigen Erbbauberechtigten möglich. 76

Eine ersatzlose Löschung des Erbbaurechtes führt allerdings zu einer Grundbuchunrichtigkeit: Im Wege der dinglichen Surrogation tritt an die Stelle des bisherigen Erbbaurechts die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten gemäß § 28 ErbbauRG. Wie bereits oben dargestellt, steht den bisherigen 77



Grundpfandrechtsgläubigern und Reallastberechtigten wiederum im Wege einer dinglichen Surrogation an dieser Entschädigungsforderung ein Pfandrecht gemäß § 29 ErbbauRG zu (vgl. Staudinger/Rapp, a.a.O., Rdnr. 2).

Dementsprechend ist in dem Grundbuch von C Blatt ##### in Abt. II lfd. Nr. 1 und 3 das Pfandrecht zugunsten der Stadtparkasse C als Gläubigerin des Erbbaurechts am 13.01.2017 eingetragen worden (vgl. Grundbuchauszug/Anlage zur Gerichtsakte). 78

Mit diesem Pfandrecht ist nicht das Grundstück des Beklagten, sondern die Entschädigungsforderung gemäß § 27 ErbbauRG des Klägers belastet. Aus diesem Grunde erschließt sich dem Senat die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit des vom Beklagten anhängig gemachten Verfahrens vor dem Landgericht Bielefeld mit dem Az. 7 O 1/14 nicht. Auch die diesbezüglichen Ausführungen des Beklagten in seiner hiesigen Berufungsbegründung sind nicht nachvollzuziehen. 79

Jedenfalls war die vom Kläger im vorliegenden Verfahren erhobene Zwangsvollstreckungsgegenklage begründet. 80

c) 81

Die Zwangsvollstreckungsgegenklage ist jedoch nachträglich aufgrund des Beschlusses des erkennenden Senats vom 03.03.2016 mit dem Az. 5 W 115/15 = 7 O 1/14 Landgericht Bielefeld unzulässig geworden. 82

In dem vorbezeichneten Beschluss hat der Senat entschieden, dass dem Vollstreckungsantrag des hiesigen Beklagten (dort: Gläubiger) das Rechtsschutzbedürfnis fehlte und er unzulässig war, da er auf eine Leistung gerichtet war, deren Unmöglichkeit bereits feststand. Zur Begründung im Einzelnen wird auf die Ausführungen unter 2b) verwiesen. Mit dieser Entscheidung und seiner Begründung hatte der Senat dem Tenor des Urteils vom 28.04.2015 (Az.: 7 O 1/14 Landgericht Bielefeld) seine Vollstreckbarkeit genommen – und zwar auf Dauer (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 15.02.2016 mit dem Az.: 2 U 7/15 – Rdnr. 35 ff). 83

Die Bestimmungen der §§ 322 bis 327 ZPO betreffend die Rechtskraft von Urteilen gelten auch für formell rechtskräftige Beschlüsse, die eine abschließende Entscheidung enthalten, die der sachlichen Rechtskraft fähig ist (vgl. BGH WM 1986, 333 Rdnr. 41 zitiert nach Juris; und Zöller/Vollkommer a.a.O., § 329, Rdnr. 42 mit weiteren Nachweisen). Es ist anerkannt, dass unanfechtbare Beschlüsse im Zwangsvollstreckungsverfahren gemäß §§ 887, 888 ZPO in materielle Rechtskraft erwachsen (vgl. Zöller/Vollkommer a.a.O.). 84

Des Weiteren hat der Bundesgerichtshof die Prüfung des Erfüllungseinwandes durch das Prozessgericht als Vollstreckungsgericht als gleichwertig mit der Prüfung durch das Prozessgericht im Wege der Vollstreckungsgegenklage angesehen. Die Gleichwertigkeit des Prüfungsumfangs hinsichtlich des Erfüllungseinwandes hatte früher auch das Reichsgericht bereits klargestellt (vgl. RGZ 167, 328, 333). Dies spricht dafür, dass das Ergebnis dieser Prüfung Rechtskraftwirkung auch gegenüber einer nachfolgenden Vollstreckungsgegenklage hat, die auf den identischen Sachverhalt gestützt wird. Anderenfalls könnte die vom Bundesgerichtshof beabsichtigte Prozessökonomie und Verfahrenskonzentration nicht erreicht werden, weil die im Verfahren nach §§ 887, 888 ZPO jeweils unterliegende Partei es nach Ausschöpfung des Instanzenzuges nach formeller Rechtskraft des Beschlusses nach §§ 887, 888 ZPO in der Hand hätte, die inhaltlich nicht genehme Entscheidung im Erkenntnisverfahren erneut überprüfen zu lassen – nämlich der Schuldner im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO 85

und der Gläubiger im Wege einer Klage auf Feststellung, dass die titulierte Forderung noch nicht erfüllt sei (vgl. zum Ganzen: OLG Schleswig, Urteil vom 25.02.2016, Az.: 2 U 7/15 – Rdnr. 42).

Diese Überlegungen haben für den Einwand der Unmöglichkeit gleichermaßen zu gelten. 86  
Mithin hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zutreffend argumentiert, dass der vom Kläger auf einen vom Senat bereits geprüften und bejahten Einwand gestützten Vollstreckungsgegenklage das Rechtsschutzbedürfnis bezüglich der geltend gemachten Einwendung fehlt.

Der Hinweisbeschluss des Landgerichts vom 20.06.2016 (vgl. Bl. 68 d.A.) sowie sein 87  
Schreiben vom 24.06.2016 (vgl. Bl. 70 R d.A.) stehen auch nicht im Widerspruch zum angefochtenen Urteil. Hinweis wie Schreiben waren nur unvollständig. Es hätte auch auf die Möglichkeit hingewiesen werden müssen, den Klageantrag zu 1) für erledigt zu erklären. Dies hat der Kläger dann von sich aus getan.

**II.** 88

**Zum Klageantrag zu Ziffer 1 (Herausgabe der vollstreckbaren Urteilsausfertigung)** 89

Das Landgericht hat diesen Antrag zutreffend als zulässig und begründet angesehen. 90

Die Grundsätze, welche der BGH in seinem Urteil vom 14.07.2008 mit dem 91  
Az. II ZR 132/07 (veröffentlicht u.a. in NJW-RR 2008, 1512 f.) herausgearbeitet hat, sind hier entsprechend anzuwenden. Dort hat der BGH u.a. ausgeführt, dass die Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung eines unter § 794 ZPO fallenden Titels in analoger Anwendung von § 371 BGB jedenfalls zulässig ist, wenn entweder über eine Vollstreckungsabwehrklage bereits rechtskräftig zugunsten des Herausgabeklägers entschieden worden oder die Erfüllung der dem Titel zugrunde liegende Forderung zwischen den Parteien unstreitig ist.

Hier kann über die Vollstreckungsgegenklage nicht mehr rechtskräftig entschieden 92  
werden, weil der Kläger sie wegen des Beschlusses des hiesigen Senats vom 03.03.2016 für erledigt erklärt hat. Die materielle Rechtskraft der in diesem Beschluss getroffenen Feststellung einer objektiven Unmöglichkeit der im Titel tenorierten Leistung hat der ausschließlich auf diesen Einwand gestützten Zwangsvollstreckungsgegenklage das Rechtsschutzbedürfnis genommen (s.o. und OLG Schleswig a.a.O., Rdnr. 35). Da der Beschluss des Senats vom 03.03.2016 rechtskräftig ist, muss die auf § 371 BGB analog gestützte Herausgabeklage ebenso zulässig wie begründet sein (vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH NJW 2015, 1181 ff – Rdnr. 23 ff.).

**III.** 93

**Zum Klageantrag zu Ziffer 2 (Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung des 94  
Beschlusses des Landgerichts Bielefeld vom 19.10.2015, Az.: 7 O 1/14)**

Die Ausführungen unter II. gelten insoweit sinngemäß. Der Vollstreckungsbeschluss 95  
gemäß § 887 ZPO stellt nicht nur eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung dar, sondern ist zugleich ein eigener Vollstreckungstitel im Sinne von § 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO hinsichtlich der Beitreibung der Vorauszahlung (vgl. BGH NJW 2008, 2919 f. – Rdnr. 8 zitiert nach Juris; OLG Schleswig a.a.O., Rdnr. 53 zitiert nach Juris und Zöller-Stöber, a.a.O., § 887 ZPO, Rdnr. 11).

## **C.**

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 97

Die Revision hat der Senat nicht zugelassen, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. 98