

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : nein

ZPO § 202

Benennt der auf Löschung einer Hypothek klagende Grundstückseigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist, diesen als Zeugen dafür, daß die - in der Eintragungsbewilligung als "eine Darlehensforderung" bezeichnete - Hypothekenforderung bei Entstehung des Grundpfandrechts nicht hinreichend bestimmt worden, hilfsweise, daß sie später getilgt worden sei, so entbehrt der unter Beweis gestellte Vortrag weder der notwendigen Substantiierung, noch liegt ein Fall von Ausforschungsbeweis vor.

BGH, Urt. v. 21. April 1972 - V ZR 178/69 - Kammergericht
Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

✓ ZR 178/69

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

21. April 1972

**S c h e i b l ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

Klägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

g e g e n

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr.

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 1972
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Rothe,
Dr. Freitag, Dr. Mattern, Hill und Offterdinger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird
das Urteil des 6. Zivilsenats des Kammer-
gerichts in Berlin vom 30. September 1969
aufgehoben und die Sache zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung, auch über
die Kosten der Revision, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, die seit Herbst 1966 unter ihrem
jetzigen Namen firmiert, ist unter der früheren Firma
"M. K[REDACTED] & Co KG" am 30. November 1965 als Eigentüme-
rin des Grundstücks R[REDACTED]-S[REDACTED]-Straße ● in B[REDACTED]
im Grundbuch eingetragen worden. Die Geschäftsanteile
der beiden damaligen Komplementäre K[REDACTED] und M[REDACTED]
haben die jetzige Kommanditistin Ursula S[REDACTED] und
ihr inzwischen verstorbener Vater R[REDACTED], der der
Gesellschaft schon zuvor als Kommanditist angehört
hatte, um 1 400 000 DM käuflich erworben. Die Klägerin

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

begehrt mit der im Mai 1967 erhobenen Klage von der Beklagten als Hypothekarin die Bewilligung der Löschung der unter Nr. 7 zu Lasten des Grundstücks eingetragenen Hypothek.

Mit dieser Hypothek hat es folgende Bewandtnis:
Am 2. Januar 1964 erwarben K[REDACTED] und M[REDACTED], deren Bank die Beklagte war, das Grundstück je zur Hälfte zum Zwecke des Wiederaufbaus. Gleichzeitig wurde unter Nr. 7 zugunsten der Verkäufer eine Restkaufhypothek in Höhe von 250 000 DM brieflos eingetragen. Die Beklagte bringt vor, sie habe Ende 1964 im Auftrag der damaligen Eigentümer die Restkaufschuld an die Verkäufer bezahlt. K[REDACTED] und M[REDACTED] erklärten Anfang 1965 gegenüber dem Grundbuchamt, sie träten die "durch Rückzahlung zur Eigentümergrundsuld gewordene Hypothek unter wieder Umwandlung in eine Hypothek" an die Beklagte ab. Auf zweimalige Aufforderung des Grundbuchamts, die der Hypothek zugrundeliegende Forderung anzugeben, erklärten sie am 9. August 1965, "daß der umgewandelten Hypothek III/7 eine Darlehensforderung nebst Zinsen des neuen Gläubigers der Firma Otto Sc[REDACTED] KG in B[REDACTED] gegen uns als die Eigentümer des oben genannten Grundstücks zugrundeliegt." Nach Vorlage der lösungsfähigen Quittung ist alsbald im Grundbuch zur Hypothek Nr. 7 eingetragen worden:

"Infolge Befriedigung der Gläubiger als Grundschuld auf die Eigentümer übergegangen und unter Umwandlung in eine Hypothek für ein Darlehen gleicher Höhe mit den Zinsen seit dem 18. Januar 1965 abgetreten an Otto Sc[REDACTED] B[REDACTED] Kommanditgesellschaft in B[REDACTED]."

Im Oktober 1965 brachten K[REDACTED] und M[REDACTED] das Grundstück in die Klägerin ein, die alsbald, wie eingangs bemerkt, als Eigentümerin eingetragen wurde.

Nach Verhandlungen zwischen den Prozeßparteien über die Löschung erklärte sich die Beklagte im Schreiben vom 31. März 1967 zur Löschung bereit, wenn die Klägerin ihr eine von K[REDACTED] und M[REDACTED] abgetretene Forderung in Höhe von rd. 76 000 DM bezahle.

Auf die Frage des Landgerichts erklärte die Klägerin, sie könne nicht dazu Stellung nehmen, wann und von wem die Rückzahlung der streitbefangenen Hypothek vorgenommen worden sei; sie wisse lediglich aus den Vertragsverhandlungen mit K[REDACTED] und M[REDACTED], daß die Hypothek tatsächlich zurückgezahlt worden sei.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

In der Berufungsinstanz trat die Klägerin dafür, daß der Post III 7 bei ihrer Entstehung keine konkrete Forderung zugrunde gelegen habe, gegebenenfalls diese jedoch getilgt sei, mit dem Zeugnis der Kaufleute K[REDACTED] und M[REDACTED] sowie des Prokuristen G[REDACTED] Beweis an.

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Lösungsanspruch weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Parteien streiten darum, ob die im Grundbuch unter Nr. 7 zugunsten der Beklagten eingetragene Hypothek als Fremdhypothek der Beklagten zusteht oder ob sie mangels einer der Beklagten zustehenden Forderung, mangels der hinreichenden Bestimmtheit einer solchen Forderung oder wegen des Erlöschens der ursprünglich bestehenden und hinreichend bestimmten Forderung dem Eigentümer zusteht (§ 1163 BGB). Wäre dies der Fall, so könnte der Klaganspruch begründet sein (vgl. RGZ 101, 231, 233).

Die hinreichende Bestimmtheit der Forderung (§§ 873, 1113, 1115 BGB) - eine Höchstbetragshypothek liegt nicht vor - durch Merkmale, die die zu sichernde Forderung von anderen Forderungen der Hypothekengläubigerin so zu unterscheiden vermögen, daß die §§ 891, 1138 BGB sinnvoll angewendet werden können (Palandt, BGB, 31. Aufl. § 1115 Anm. 2; Staudinger/Scherübl, BGB, 11. Aufl. § 1115 Anm. 27 a), war durch die anfängliche Einlassungen der Beklagten allerdings in Frage gestellt. Die Revision verweist dazu auf die Schriftsätze der Beklagten vom 29. Juni 1967 S. 3, vom 20. Oktober 1967 und vom 11. Dezember 1967 S. 5. Nach dem Vortrag der Beklagten in zweiter Instanz kann diese Unklarheit jedoch jedenfalls insoweit als behoben angesehen werden, als es sich um eine Forderung gegen die beiden damaligen Miteigentümer des Grundstücks, K■■■■ und M■■■■, auf Grund Darlehens, entstanden durch die Ende 1965 auf

Rechnung der beiden Eigentümer erfolgte Überweisung des Restkaufgeldes in Höhe von 250 000 DM, handelt. Dies entspricht auch der auf Zwischenverfügung des Grundbuchamts abgegebenen ergänzenden Erklärung der beiden Eigentümer vom 9. August 1965 (Bl. 33 Grundakten), auf die im Grundbuch zulässigerweise Bezug genommen ist. Die Beklagte führte nach ihrem Vortrag für diese beiden Kreditnehmer das am 1. Oktober 1964 eröffnete Konto Nr. [REDACTED] 05, das per Jahresende 1965 und 1966 mit einem Debetsaldo über 300 000 DM geschlossen habe. Damit erledigt sich die Revisionsrüge, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten in der ersten Instanz, der einer hinreichenden Bestimmung der Hypothekenforderung entgegenstehe, nicht hinreichend gewürdigt.

Zutreffend hat das Berufungsgericht, da die Klägerin die Entstehung der Forderung und ihre Bestimmtheit als Hypothekenforderung in Abrede stellt sowie hilfsweise ihre Tilgung geltend macht, § 1138 BGB in Verbindung mit § 891 BGB angewendet. Nach § 1138 BGB gilt die Vorschrift des § 891 BGB für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung, d.h. es wird vermutet, daß die im Grundbuch eingetragene Forderung besteht. Richtig ist daher der beweisrechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, die Klägerin habe nachzuweisen, daß die in der Eintragungsbewilligung erwähnte Darlehensforderung nicht entstanden oder aber erloschen sei.

II.

1. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin vorgetragen, der Hypothek "habe bei ihrer Entstehung keine konkrete Forderung zugrunde gelegen", hilfsweise für den Fall, daß die Forderung bestanden haben sollte, diese Forderung sei inzwischen getilgt. Sie hat dafür Beweis angetreten durch Benennung von K [REDACTED] und M [REDACTED] sowie des Prokuristen Grünenbaum als Zeugen. Auf Aufforderung des Berufungsgerichts, diesen Vortrag näher zu substantiieren, hat sie darauf hingewiesen, nur ein Kontokorrent-Konto, nicht aber ein Darlehenskonto, sei für die beiden (angeblichen) Schuldner, und ebensolche Konten seien für M [REDACTED] und die Firma E [REDACTED] geführt worden; die Saldoforderungen seien aber nicht mit der Darlehensforderung identisch. Weiter hat die Klägerin vorgetragen, es existiere keine schriftliche oder mündliche Darlehenszusage und es sei kein Darlehen außerhalb des Kontokorrentkontos in Höhe von 250 000 DM gewährt worden.

Das Berufungsgericht hält diesen Sachvortrag teils nicht für schlüssig, teils unter Berücksichtigung des Vortrags der Beklagten nicht für hinreichend substantiiert. Ein Darlehen könne, führt es dazu aus, auch ohne schriftlichen Vertrag gewährt werden. Die Darlehensforderung könne zwar nicht durch eine Verbuchung auf einem der drei Kontokorrent-Konten entstanden sein; ausgeschlossen sei aber nicht, daß es auf andere Art und Weise ausgezahlt und verbucht worden sei. Insbesondere könne nicht die Möglichkeit

ausgeschlossen werden, daß die Beklagte den beiden Schuldnern die Valuta zur Ablösung der restlichen Kaufgeldforderung zur Verfügung gestellt habe. Das Berufungsgericht sieht insbesondere in der Abtretungserklärung vom 18. Januar 1965 und der ergänzenden Erklärung vom 9. August 1965 eine Bestätigung dafür, daß der Post Nr. 7 eine Darlehensforderung zugrunde liegt. Der Vortrag der Klägerin sei nicht geeignet, den Gegenbeweis dafür zu führen, daß die Angaben der beiden Schuldner der Wahrheit nicht entsprochen hätten. Soweit aber die "behauptete Nichtentstehung der Darlehensforderung" durch die Zeugenaussagen der beiden Schuldner M. [REDACTED] und K. [REDACTED] sowie des Prokuristen G. [REDACTED] bewiesen werden solle, sei dieser Beweisantritt unbeachtlich. Denn er bestehe im wesentlichen darin, die Gegenpartei auszuforschen bzw. von ihr erst die Tatsachen zu erfahren, die die Grundlage für den eigenen Anspruch in tatsächlicher Hinsicht begründen sollten. Die Beklagte sei nämlich nicht verpflichtet, alle diejenigen Vorgänge im einzelnen darzulegen und zu offenbaren, die zur Entstehung dieser Schuld beigetragen hätten. Als wesentlich für die Beurteilung als Ausforschungsbeweis sieht das Berufungsgericht insbesondere an, daß die drei Kontokorrent-Konten schon vor der Bestellung der Post Nr. 7 bestanden hätten und die beiden früheren Gesellschafter bei der Beklagten noch mit ungefähr 2 Millionen DM verschuldet seien. Unsubstantiiert sei der Klagvortrag schließlich aber auch hinsichtlich der Tilgung der Hypothekenforderung. Die Klägerin habe sich auf die schlichte Behauptung beschränkt, daß die Darlehens-

forderung bezahlt sei, ohne einzelne Umstände näher zu erläutern oder anzugeben. Es fehlten nähere Angaben, aus denen sich zwingend ergebe, wann, bei welcher Gelegenheit, unter welchen Umständen, durch wen und auf welche Weise diese Schuld bezahlt worden sein solle, gegebenenfalls unter Bezugnahme auf eine anlässlich der Zahlung ausgestellte Quittung. Unter diesen Umständen würde die Vernehmung der beiden Schuldner und des Prokuristen der Klägerin als Zeugen ebenfalls einer Ausforschung gleichkommen.

2. a) Die Revision rügt die Würdigung des Klagvortrags, soweit er den Mangel einer Hypothekenforderung betrifft, in verschiedener Hinsicht. Die meisten dieser Rügen (mangelnde Bestimmtheit der Hypothekenforderung insofern, als die Hypothek die Saldoforderung eines Kontokorrent-Kontos, nicht aber eine Darlehensforderung sichern sollte; Bankdarlehen ohne schriftlichen Darlehensvertrag und ohne Führung eines Darlehenskontos; Unkenntnis Rückwarths als Prokurist und Kommanditist der Klägerin; Erklärungen des Inhabers der Beklagten im Zusammenhang mit der Übernahme der Gesellschaftsanteile im Juni 1966 zu der damals angesprochenen Hypothekenforderung) bedürfen keiner Prüfung, da das Urteil wegen der unzulässigen Zurückweisung von Zeugenbeweisen aufzuheben ist (dazu unten lit. b) und das Beweisergebnis nach Erhebung dieser Beweise zusammenfassend zu würdigen sein wird.

b) Der unter Beweis gestellte Vortrag der Klägerin in der zweiten Instanz, der Hypothek habe bei ihrer Entstehung keine konkrete Forderung zugrunde

gelegen, enthält zwar eine Reihe rechtlicher Würdigungen. Immerhin läßt sich aus dem Klagvortrag der zweiten Instanz entnehmen, daß die Klägerin mindestens behaupten wollte, im Zeitpunkt der Abtretung der Hypothek an die Beklagte, also der "Entstehung" als Fremdhypothek, habe eine Einigung zwischen den damaligen Grundstückseigentümern und der Gläubigerin über eine bestimmte bestehende Darlehensforderung, die durch die unter Nr. 7 eingetragene Hypothek hätte gesichert werden sollen, gefehlt. Träfe dies zu, so wäre die Übertragung des Pfandrechts als Fremdhypothek auf die Beklagte mangels hinreichender Bestimmtheit der zu sichernden Forderung unwirksam. Eine Einigung dahin, daß die Hypothek etwa für alle den beiden Eigentümern schon eingeräumten und noch einzuräumenden Kredite insgesamt hätte haften sollen, würde zur wirksamen Übertragung der Verkehrshypothek auf die Beklagte nicht genügen. Eine solche Vereinbarung über die Forderung genügte zwar für eine Höchstbetragshypothek; eine solche liegt jedoch unbestrittenermaßen nicht vor; es ist weder ein Höchstbetrag bestimmt noch die Feststellung der Hypothekenforderung vorbehalten worden. Der unter Beweis gestellte Klagvortrag ist sonach hinreichend substantiiert und schlüssig.

Der Umstand, daß der gesetzliche Vertreter der Komplementärin der Klägerin über diese Vorgänge aus eigenem Wissen im einzelnen nichts weis, darüber vielmehr nur von K[REDACTED] beiläufig etwas erfahren hat (vgl. Schriftsatz vom 18. Juni 1969 S. 6 f), und daß er dies wahrheitsgemäß zum Ausdruck bringt, macht den

Beweisantritt mit den drei Personen, die seinerzeit die Verhandlungen geführt und die hier maßgebende Vereinbarung getroffen haben, nicht zu einem Antrag, der zum Zwecke der Ausforschung über entscheidungserhebliche Tatsachen gestellt wäre. Insbesondere ist nicht darauf abzustellen, ob die unter Beweis gestellte Behauptung über den Mangel der Bestimmtheit der Hypothekenforderung, abgewogen gegenüber dem Sachvortrag des Gegners, mehr oder weniger wahrscheinlich erscheint (zutreffend Dunz, NJW 1956, 769, 771 unter D). Die ergänzende Erklärung der beiden Schuldner vom 9. August 1965 ist schon aus diesem Grund entgegen der Meinung des Berufungsgerichts für die Frage der Zulässigkeit des Beweisantritts nicht erheblich. Abgesehen davon erfolgte der Eintragungsantrag vom 18. Januar 1965 (Bl. 3 Grundakten) ohne Angaben der Forderung, und erst auf Zwischenverfügung und Mahnung des Grundbuchamts ergänzten die beiden damaligen Eigentümer und Kunden der Beklagten ihren Antrag dahin, daß der Hypothek "eine" Darlehensforderung zugrunde liege (Bl. 33 aa0).

Die Beurteilung der abgelehnten Beweisangebote gilt auch für die hilfsweise vorgetragene Behauptung der Klägerin, die Hypothekenforderung sei getilgt. Mit dieser zwar knappen Behauptung bringt die Klägerin hinreichend deutlich zum Ausdruck, daß die auf Grund der Hypothekenforderung geschuldete Geldleistung an die Gläubigerin bewirkt und damit, falls bei der Abtretung der Hypothek eine bestimmte Darlehensforderung überhaupt vereinbart gewesen sein sollte, eben

diese erloschen sei. Auch das Berufungsgericht hat diesen Vortrag dahin aufgefaßt, daß die Darlehensforderung bezahlt worden sei (S. 20 BU). Entscheidungserheblich ist allein die Tatsache der Tilgung. Ihr Vortrag genügt unter den hier gegebenen Umständen und bedarf entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts keiner weiteren Substantiierung in der Richtung, unter welchen Umständen, durch wen und auf welche Weise, bei welcher Gelegenheit und zu welchem Zeitpunkt die Rückzahlung erfolgt ist, oder gar durch Vorlage einer Quittung. Wenn sich die Klägerin auf den Vortrag beschränkt, die Forderung sei getilgt, und sich des Vortrags weiterer Vermutungen über die früheren Hergänge enthält, so entspricht sie entgegen der Meinung des Berufungsgerichts der prozeßrechtlichen Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1 BGB), da sie die zwischen den Schuldern und der Hypothekarin getätigten Zahlungsvorgänge im einzelnen nicht kennt, wie die Revision zutreffend hervorhebt. Durch das Abschneiden des Beweises durch Zeugnis der Personen, die an den entscheidungserheblichen Rechtsgeschäften beteiligt waren, wäre die Grundstückseigentümerin gegenüber der Hypothekenklage wie hier bei ihrer Löschungsklage praktisch eines wesentlichen Beweismittels beraubt. Entgegen der Meinung der Revisionserwiderung ist demgegenüber der Vortrag, die beiden Schuldner seien noch mit über 2 Millionen Mark der Beklagten sonst verschuldet, rechtlich unerheblich.

3. Der Umstand, daß der Zeuge K [REDACTED] vor der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht gestorben ist, ändert nichts daran, daß das angefochtene Urteil auf der unzulässigen Zurückweisung dieses Beweismittels beruhen kann. Abgesehen davon, daß noch mit drei weiteren Zeugen Beweis angetreten worden ist, hätte die Klägerin bei ordnungsgemäßer Beweiserhebung nach dem Tod des Zeugen Gelegenheit gehabt, statt mit dem Zeugnis des Verstorbenen mit dem entsprechenden Zeugnis anderer Personen ersatzweise Beweis anzutreten, und sie hat solche Personen auch in der Revisionsbegründung benannt. Auf die Gründe, die nach Ansicht der Revision eine Restitutionsklage (§ 580 Nr. 7 b ZPO) rechtfertigen, braucht bei der gegebenen Sachlage nicht eingegangen zu werden.

III.

Das Urteil war sonach wegen des dargelegten Verfahrensverstosses aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Entscheidung über die Kosten der Revision war, da vom Erfolg der Berufung abhängig, dem Berufungsgericht zu übertragen.

Rothe

Mattern

Hill

Bundesrichter
Dr. Freitag ist
ortsabwesend und
kann daher nicht
unterschreiben.

Offterdinger

Rothe