

14

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 1953; KO § 30 Nr. 2

Hatte der vorläufige Erbe vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses einem Nachlaßgläubiger zur Sicherung einer Grundschild bestellt, die Erbschaft aber später ausgeschlagen, so kommt es für die Anwendung des § 30 Nr. 2 KO auf die Begünstigungsabsicht des vorläufigen, nicht des endgültigen Erben an.

BGH, Urt. v. 16. Mai 1969 - V ZR 86/68 OLG München
LG Traunstein

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR_86/68

URTEIL

Verkündet am

16. Mai 1969
Hirth,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der R [REDACTED] S [REDACTED] eGmbH in S [REDACTED]
b. B [REDACTED], gesetzlich vertreten durch die
Vorstandsmitglieder Franz W [REDACTED], Josef L [REDACTED]
und Gotthard Br [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Rechtsanwalt Adolf E [REDACTED] in
B [REDACTED], F [REDACTED] platz [REDACTED], als Konkursver-
walter des Nachlasses des Baugeschäftsinhabers Josef
M [REDACTED] in S [REDACTED] b. B [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Mattern, Hill und Offterdinger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 7. Februar 1968 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ficht als Konkursverwalter über den Nachlaß des am 22. Mai 1959 verstorbenen Baugeschäftsinhabers Josef M. die Bestellung einer Briefgrundschuld über 25 000 DM für die Beklagte an.

Josef Maltan und sein Vater Adam M. hatten in S. bei B. ein Baugeschäft betrieben. Die Beklagte war die Hausbank des Unternehmens. Josef M. war seit Februar 1958 bis zu seinem Tode eins ihrer Vorstandsmitglieder. Im Oktober 1958 hatte die Beklagte ihm ein Darlehen in Höhe von 16 000 DM bewilligt; dieses war durch eine Buchgrundschuld in Höhe von 20 000 DM auf einem ihm gehörenden Grundstück gesichert. Am 12. Dezember 1958 wurde ihm ein Kontokorrentkredit in Höhe von 15 000 DM bewilligt; dieser Kredit war zur Zeit seines Todes um 11 751 DM überzogen. Insgesamt waren hiernach zur Zeit



seines Todes Darlehen der Beklagten in Höhe von 26 751 DM dinglich nicht gesichert.

Nach dem Tode des Josef M. bestellte seine Witwe Hildegard M. als Alleinerbin am 27. Mai 1959 zugunsten der Beklagten zur Sicherung des offenen Kredits die streitige Briefgrundschuld über 25 000 DM. Belastet wurde zum Nachlaß gehörender Grundbesitz. Frau Hildegard M. nahm die Erbschaft durch Erklärung vom 5. Juni 1959 zunächst an und erhielt einen unter dem 16. Juni 1959 datierten Erbschein. Am 18. Juni 1959 wurde die streitige Grundschuld in das Grundbuch eingetragen. Wegen erst nachträglich erlangter Kenntnis von der Überschuldung des Nachlasses focht Frau Hildegard M. die Annahme der Erbschaft erfolgreich an und schlug die Erbschaft am 19. Juni 1959 aus. Der Erbschein wurde eingezogen.

Am 22. Juni 1959 wurde Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens gestellt, am 30. September 1959 der Anschlußkonkurs über den Nachlaß eröffnet.

Mit Schreiben vom 7. November 1959 und in der den vorliegenden Rechtsstreit einleitenden Klage focht der Kläger die Grundschuldsbestellung wegen Gläubigerbenachteiligung nach § 30 KO an. Er begehrt Einwilligung der Beklagten in die Löschung der Grundschuld und Herausgabe des Grundschuldbriefs. Er macht geltend, die Beklagte habe keinen Anspruch auf die Bestellung der Grundschuld gehabt; außerdem habe sie aus der Stillegung des Betriebs M. die Überschuldung erkannt. - Soweit der Kläger die Grundschuldsbestellung in den Vorinstanzen auch als Konkursverwalter über das Vermögen des Adam M. angefochten hatte, ist seine Klage rechtskräftig abgewiesen worden.

Die Beklagte ist den Ausführungen des Klägers entgegengetreten. Sie beruft sich u.a. darauf, daß sie nach Nummer 19 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen ihren Kunden gegenüber jederzeit Anspruch auf Bestellung oder Verstärkung bankmäßiger Sicherheiten für alle Verbindlichkeiten habe. Außerdem habe Josef M. sich ihr gegenüber bei der Bewilligung des Kredits vom 3. März 1959 (Datum der Krediturkunde) und auch anderweit mündlich zur Bestellung einer Grundschuld verpflichtet. Sie bestreitet, daß das Unternehmen M. vor der Eintragung der Grundschuld ins Grundbuch die Zahlungen eingestellt habe.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Bewilligung der Löschung des 15 000 DM übersteigenden Teils der Briefgrundschuld verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagte zur Löschung der Briefgrundschuld in voller Höhe und zur Herausgabe des Grundschuldbriefs verurteilt. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Der Kläger beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat die Klage nach § 30 Nr. 2 KO für begründet erachtet, da die Beklagte die in den letzten zehn Tagen vor dem Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens erlangte Sicherstellung durch die streitige Grundschuld nicht zu beanspruchen gehabt habe und nicht habe beweisen können, daß ihr eine Absicht der Frau Hildegard M., sie - die Beklagte - vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen,

nicht bekannt gewesen sei. Zur Berechnung der in § 30 Nr. 2 KO bezeichneten Zehn-Tage-Frist verweist das Berufungsgericht darauf, daß nach § 107 Abs. 1 VerglO für die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung dem Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens der Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens gleichstehe. Das Berufungsgericht läßt offen, wann die Zahlungen eingestellt worden sind und wie es mit der Kenntnis der Beklagten von der Zahlungseinstellung steht.

1. Vergeblich macht die Revision geltend, der Kläger habe die Bestellung der Grundschuld nicht binnen Jahresfrist seit der Eröffnung des Verfahrens (§ 41 KO) wegen sogenannter inkongruenter Deckung (§ 30 Nr. 2 KO) angefochten. Die innerhalb der Jahresfrist eingereichte und zugestellte Klageschrift habe nur allgemein auf § 30 KO verwiesen, ohne zum Ausdruck zu bringen, ob die Anfechtung auf Nummer 1 oder Nummer 2 gestützt werde. Die Begründung habe erkennen lassen, daß der Anspruch nur auf einen unter § 30 Nr. 1 fallenden Sachverhalt habe gestützt werden sollen. Erst nach Ablauf der Jahresfrist habe der Kläger sich auf den Gesichtspunkt der inkongruenten Deckung im Sinne des § 30 Nr. 2 KO berufen.

Die Revision verkennt bei diesem Angriff, daß der Kläger bei der Anfechtung innerhalb Jahresfrist zwar das Rechtsgeschäft, gegen das die Anfechtung sich richtete, und den Sachverhalt angeben mußte, aus dem die Anfechtung hergeleitet wurde. Er brauchte aber weder die die Anfechtung tragende Vorschrift zu bezeichnen, noch war er gehindert, auch nach Ablauf der Jahresfrist seine Behauptungen zu ergänzen und zu berichtigen, so-

weit er nicht etwa seinen Sachvortrag willkürlich wechselte (vgl. dazu BGH-Urteil vom 29. März 1960, VIII ZR 142/59, WM 1960, 546; Mentzel/Kuhn, Konkursordnung 7. Aufl. § 41 Anm. 10; Böhle-Stamschräder, Konkursordnung 9. Aufl. § 41 Anm. 4). Den hiernach an die Anfechtungserklärung zu stellenden Anforderungen entsprach der Sachvortrag des Klägers in der Klageschrift. Eine Beschränkung der Anfechtung auf die in § 30 Nr. 1 KO genannten Anfechtungsgründe ist daraus nicht zu entnehmen. Vielmehr deuteten einige in der Klageschrift enthaltene Wendungen - insbesondere die, daß die Beklagte und andere Gläubiger den zu erwartenden geschäftlichen Zusammenbruch wenigstens für sich dadurch hätten abfangen wollen, daß sie sich "irgendwelche besonderen Sicherungen geben" ließen - darauf hin, daß die Beklagte nach Auffassung des Klägers unter den gegebenen Umständen keinen Anspruch auf die Bestellung der Grundschuld im Sinne des § 30 Nr. 2 KO hatte. Zutreffend ist daher das Berufungsgericht ersichtlich davon ausgegangen, daß der Kläger die Anfechtung auch auf diese Vorschrift stützen wollte (vgl. dazu das genannte BGH-Urteil und das oben zitierte Schrifttum, sowie BGH-Urteil vom 4. Februar 1954, IV ZR 164/53, in dem hier interessierenden Teil in BGHZ 12, 232 nicht veröffentlicht, dazu zustimmende Anmerkung von Böhle-Stamschräder JZ 1954, 389).

2. Keinen Erfolg hat die Revision auch mit ihrem Hinweis darauf, daß es nach § 30 Nr. 2 KO auf die Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners ankomme, daß aber Frau Hildegard M., die die Grundschuld bestellt habe, nicht Gemeinschuldnerin gewesen und bereits vor der Eröffnung des Anschlußkonkurses aus der Erbenstellung ausgeschieden sei.

a) Im Falle eines Nachlaßkonkurses ist der Erbe als Träger der in der Masse vereinten Vermögenswerte und Nachlaßverbindlichkeiten Gemeinschuldner (Mentzel/Kuhn aaO § 214 Anm. 6; Böhle-Stamschräder aaO § 214 Anm. 3). Dies gilt auch für die Anwendung der Vorschriften über die Anfechtung. Soweit daher § 30 Nr. 2 KO Kenntnis einer Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners voraussetzt, kommt es für die Zeit nach dem Erbfall auf die Kenntnis der entsprechenden Absicht des Erben an, hier mithin der Frau Hildegard M. jedenfalls zur Zeit der Bestellung der Grundschuld.

b) Lagen bei der Grundschuldbestellung in Verbindung mit der späteren Eröffnung des Vergleichsverfahrens und des Anschlußkonkurses die in § 30 Nr. 2 KO bezeichneten Voraussetzungen einer Anfechtung vor, so hat die Ausschlagung der Erbschaft durch Frau Hildegard M. daran nichts geändert.

Zwar gilt im Falle der Ausschlagung der Erbschaft der Erbfall an den Ausschlagenden rückwirkend als nicht erfolgt (§ 1953 Abs. 1 BGB). Verfügungen des einstweiligen Erben werden daher im allgemeinen unwirksam (BGB-RGRK 11. Aufl. § 1953 Anm. 8). Von diesem Grundsatz gibt es jedoch Ausnahmen: Einmal können auf Grund des Schutzes des guten Glaubens Rechte an Grundstücken erworben werden, wenn der Erbe bereits im Grundbuch eingetragen oder ihm ein Erbschein erteilt war (§§ 892, 893, 2366, 2367 BGB) und wenn er die Annahme dann erfolgreich anfecht (§ 1954 BGB, vgl. BGB-RGRK § 1959 Anm. 11). Ferner bleiben vor der Ausschlagung getrof-

fene unaufschiebbare dringliche Verfügungen des Erben wirksam (§ 1959 Abs. 2 BGB). Einen Fall dieser Art hat das Landgericht hier angenommen, und das Berufungsgericht ist ihm darin ersichtlich gefolgt. Die Revision geht dagegen davon aus, daß die Beklagte die Grundschild auf Grund des Schutzes des guten Glaubens erworben habe. Für die Anwendbarkeit des § 30 Nr. 2 KO ist dies nicht ausschlaggebend.

Über diese Einschränkungen der Rückwirkung hinaus bleibt auch in anderer Hinsicht entscheidend, daß der ausschlagende Erbe vor der Ausschlagung tatsächlich die Erbenstellung innehatte. So nimmt das Schrifttum überwiegend an, daß der endgültige Erbe, obwohl der Besitz nach § 857 BGB ohne weiteres auf den Erben übergeht, sich nicht auf unfreiwilligen Besitzverlust berufen kann, wenn der vorläufige Erbe vor der Ausschlagung den Besitz auf einen andern übertragen hat; ausschlaggebend sind die tatsächlichen Verhältnisse (Kipp/Coing, Erbrecht 12. Bearb. § 90 III 3 d Fußn. 8 S. 393; Staudinger/Lehmann, BGB 11. Aufl. § 1959 Nr. 15; BGB-RGRK § 1959 Anm. 10; a.A. Lange, Erbrecht 1962 § 8 V 2 Fußn. 5; vgl. ferner Planck/Flad, BGB 4. Aufl. § 1953 Anm. 1 und § 1959 Anm. 4 b).

Auf den tatsächlichen Sachverhalt stellt aber auch § 30 Nr. 2 KO insoweit ab, als bei der zweiten Alternative der Vorschrift eine Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners und deren Kenntnis auf seiten des Anfechtungsgegners vorausgesetzt wird. Nur derjenige, der bei der Vornahme der Rechtshandlung die Erbenstellung innehatte, kann die hiernach rechtserhebliche Absicht gehegt haben. Die spätere Ausschlagung ändert an der Sachlage nichts

und kann nicht dazu führen, daß es infolge ihrer Rückwirkung nunmehr darauf ankäme, ob etwa der endgültige Erbe ohne Rücksicht darauf, ob er bei der Vornahme der Rechtshandlung überhaupt etwas von der bevorstehenden Ausschlagung wußte, jene Absicht hatte. Die entgegengesetzte Auffassung wäre mit der Zielsetzung des § 30 KO, die Konkursgläubiger weitgehend zu schützen, nicht vereinbar.

3. a) Das Berufungsgericht ist auf Grund der Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt, daß von einer Willenseinigung des Josef M. mit zum Abschluß einer entsprechenden Vereinbarung berechtigten Vertretern der Beklagten über die Verpflichtung zur Bestellung einer bestimmten Grundschild keine Rede sein könne.

Es hat dazu ausgeführt, nach dem Statut der Beklagten müsse eine sie bindende Willenserklärung und Zeichnung durch zwei Vorstandsmitglieder erfolgen. Weiter dürfe nach dem Statut Vorstandsmitgliedern Kredit nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Aufsichtsrats gewährt werden, und bei Krediten in Form eines Darlehens müsse der Beschluß des Aufsichtsrats Bestimmungen über die Verzinsung und Rückzahlung enthalten. Die Beschlüsse des Vorstands und des Aufsichtsrats seien sofort in das Protokollbuch einzutragen und zu unterzeichnen.

Im Vorstandsprotokoll vom 12. Dezember 1958 heiße es im Anschluß an den Satz über die Gewährung eines Kredits an M.: "Der Kredit ist durch eine Grundschild gesichert." Der Vorstand sei hiernach davon ausgegangen, daß eine Grundschild als Sicherung für den

116

Kredit zu 15 000 DM bereits vorhanden sei. Tatsächlich sei ja auch seit dem Jahre 1956 zugunsten der Beklagten eine Grundschuld über 20 000 DM eingetragen gewesen, die aber unstreitig zur Sicherung von 16 000 DM als Teil einer Gesamtverschuldung von über 30 000 DM gedient habe. In Übereinstimmung mit dem Vorstandsprotokoll heiße es auch in der Krediturkunde vom 3. März 1959, der Kredit sei durch eine Grundschuld gesichert. Der Versuch mehrerer Zeugen, die erwähnte Ausfüllung der Urkunden als ein Verschen hinzustellen und daraus eine Verpflichtung des Josef M. zur Bestellung einer Grundschuld zu konstruieren, sei fehlgeschlagen. Auch hinsichtlich eines weiteren Teilbetrags von 10 000 DM habe die Beklagte keinen Anspruch im Sinne des § 30 Nr. 2 KO auf Bestellung einer Grundschuld gehabt. Weder sei eine schriftliche Abmachung darüber getroffen worden, noch liege eine schriftliche Aufforderung oder eine schriftliche Zusage vor. Auch gebe es kein Protokoll, nach dem die Frage Gegenstand einer offiziellen Sitzung der verantwortlichen Organe der Beklagten gewesen sei. Der hiernach gegen eine rechtsverbindliche Beschlußfassung sprechende Anscheinsbeweis werde durch die Zeugenaussagen nicht widerlegt.

b) Die von der Revision gegen diese Feststellungen erhobenen Verfahrensrügen laufen weitgehend auf den Versuch hinaus, an die Stelle der tatrichterlichen Beweiswürdigung die eigene zu setzen. Sie sind insoweit in der Revisionsinstanz unzulässig (§ 561 Abs. 2 ZPO).

Dies gilt zunächst für die Ausführungen der Revision über die Würdigung der Aussage der Zeugin L., die bei der Beklagten als Bankangestellte tätig war und

zu den Vorstandssitzungen als Protokollführerin zugezogen wurde, sowie der Zeugen K[REDACTED] und H[REDACTED], die Mitglieder des Aufsichtsrats der Beklagten waren. - Die Würdigung der Aussage des Zeugen T[REDACTED], der als Prüfer beim R[REDACTED] im Mai 1959 bei der Beklagten eine Sonderprüfung vorgenommen hat, ergibt entgegen der Ansicht der Revision keine Verletzung der richterlichen Fragepflicht (§ 139 ZPO).

Das Berufungsgericht hat den Umstand, daß die Beklagte die ihr durch Josef M[REDACTED] verpfändeten Ansprüche aus einem Bausparvertrag nach Überweisung der Ansparsumme von 12 000 DM laut Beschluß vom 20. Mai 1958 an den Schuldner zurückübertrug, als Anzeichen dafür gewertet, daß der Beklagten an einer Sicherstellung des Überbetrags nicht ernstlich gelogen gewesen sei. Bei ihren Angriffen gegen diese Würdigung geht die Revision wie bei anderen Verfahrensrügen davon aus, daß Josef M[REDACTED] vorher die Bestellung einer Grundschuld zugesagt habe. Eben dies aber hat das Berufungsgericht nicht als erwiesen erachtet, ohne damit gegen allgemeine Erfahrungssätze zu verstoßen.

Das Berufungsgericht hat auf eine "großzügige Handhabung" durch die Beklagte auch daraus geschlossen, daß Josef M[REDACTED] von ihr im Jahre 1955 2 000 DM gegen Sicherungsübereignung eines Kraftfahrzeugs und 6 000 DM gegen Forderungsabtretung, im Jahre 1958 weitere 12 450 DM gegen Abtretung eines Bausparvertrags erhalten habe. Soweit das Berufungsgericht darin eine Kreditgewährung ohne dingliche Sicherung erblickt, kann ihm allerdings nicht gefolgt werden. Dem Zusammenhang der Urteilsgründe ist indessen zu ent-

nehmen, daß das Berufungsgericht diese Art der Sicherung unter den gegebenen Umständen als von fraglichem Wert hat kennzeichnen wollen. Insoweit ist die darin liegende tatrichterliche Würdigung nicht angreifbar. Im übrigen kommt es im vorliegenden Rechtsstreit nicht entscheidend darauf an, wie die Beklagte in den vorangegangenen Jahren bei Krediten an Josef M. verfahren war; denn um die Sicherung jener Kredite geht es hier nicht.

Das Berufungsgericht hält es für glaubhaft, daß Josef M. durch die Zeugin L. und durch ein Vorstandsmitglied auf die Notwendigkeit der Bestellung einer Grundschuld angesprochen worden sei. Zu einer vertraglichen Verpflichtung des Josef M. sei es aber nicht gekommen, auch wenn in Aussicht gestellt worden sei, für eine Sicherheit sorgen zu wollen. Auch in diesen Ausführungen tritt kein Rechtsfehler zutage. Das Berufungsgericht hatte dabei ersichtlich im Auge, daß die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten in Nummer 19 Ansprüche auf Bestellung von Sicherheiten für alle Verbindlichkeiten vorsehen; das erwähnte Verlangen der Zeugin L. und eines Aufsichtsratsmitglieds sowie die Reaktion des Josef M. konnten daher schon in dieser Bestimmung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ihre Erklärung finden, ohne zu dem Schluß auf das Vorliegen einer vertraglichen Vereinbarung zwischen der Beklagten und Josef M. zu zwingen. Ob die Zeugin L. eine solche Vereinbarung rechtswirksam für die Beklagte hätte treffen können, ist unerheblich. Schon deshalb liegt keine Verletzung der richterlichen Fragepflicht darin, daß das Berufungsgericht an die Beklagte nicht die Frage gerichtet hat,

ob die Zeugin Liebl eine entsprechende Vollmacht hatte. Im übrigen wäre es Sache der anwaltlich beratenen und vertretenen Beklagten gewesen, gegebenenfalls von sich aus entsprechenden Sachvortrag in den Rechtsstreit einzuführen.

Ebenfalls ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht auf die Unverbindlichkeit einer etwaigen Zusage des Josef M. u.a. auch daraus geschlossen, daß "weder behauptet, noch ein tatsächlicher Anhaltspunkt dafür gegeben" sei, daß "bei der Erörterung einer Sicherung weiterer Schulden Einigung erzielt worden sei über die Höhe der Grundschuld, ihre Rangstelle, ob mit oder ohne Brief, die Art und Höhe der etwa zu sichernden Forderungen, das in Frage kommende Grundstück und über den Zeitpunkt der Bestellung." Was die Revision dagegen vorbringt, stellt den unzulässigen Versuch teils der Einführung neuen Vorbringens, teils einer anderen Beweiswürdigung dar.

Die Revision meint weiter, das Berufungsgericht habe zu Unrecht den Antrag der Beklagten als unzulässig abgelehnt, ihre Vorstandsmitglieder über den Verlauf der "fraglichen Sitzung der Organe der Raiffeisenkassen" Anfang 1959 zu vernehmen. Die Rüge ist nicht begründet. Beweispflichtig dafür, daß die Beklagte eine ihr im Sinne des § 30 Nr. 2 KO nicht zustehende Sicherung erlangt hatte, war der Kläger (Mentzel/Kuhn, aaO § 30 Anm. 58; Böhle-Stamschräder aaO § 30 Nr. 4 f). Er hat jedoch keinen Antrag auf Parteivernehmung der gesetzlichen Vertreter der Beklagten gestellt (§ 445 ZPO). Dem Antrag der Beklagten auf Vernehmung ihres Vorstands hätte das Berufungsgericht zwar mit Einverständnis des

Klägers stattgeben können (§ 447 ZPO). Ein solches Einverständnis hat der Kläger jedoch nicht erklärt und auch nicht dadurch zum Ausdruck gebracht, daß er zu dem Antrag der Beklagten nicht Stellung genommen hat. Ohne Rechtsfehler (§ 139 ZPO) konnte das Berufungsgericht davon absehen, ihn zu einer Erklärung über den Antrag der Beklagten zu veranlassen. - Daß das Berufungsgericht - davon ausgehend, daß für den hier in Rede stehenden Sachvortrag der Beklagten "nicht der geringste Beweis erbracht worden" sei - auch eine Parteivernehmung von Amts wegen (§ 448 ZPO) abgelehnt hat, unterliegt keinen rechtlichen Bedenken.

Das Berufungsgericht hat der Aussage der Zeugin Frau Hildegard M. entnommen, der Zeuge T. habe ihr gegenüber nichts von einer schuldrechtlichen Verpflichtung des Josef M. zur Bestellung einer Grundschuld erwähnt. Entgegen der Ansicht der Revision liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß es dabei den Teil der Aussage der Zeugin M. übersehen hätte, wonach T. geäußert hat, eigentlich habe schon Josef M. die Grundschuld eintragen lassen müssen, er sei nur wegen Arbeitsüberlastung nicht dazu gekommen. Die Revision übersieht, daß eine solche Erklärung schon im Hinblick auf die erwähnte Nummer 19 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten nicht für die Eingehung einer Verpflichtung des Josef M. zu sprechen brauchte. - Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, daß das Berufungsgericht bei seiner tatrichterlichen Würdigung den von der Revision bezeichneten Teil der Klagebeantwortung übersehen hätte.

4. Das Berufungsgericht hat unter Hinweis auf die Entscheidung des Senats BGHZ 33, 389 die Auffassung vertreten, die Beklagte könne auch nicht aus Nummer 19 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Anspruch der Beklagten ihren Kunden gegenüber auf die Bestellung oder Verstärkung bankmäßiger Sicherheiten für alle Verbindlichkeiten) den streitigen Anspruch auf Sicherung durch Bestellung einer Grundschuld herleiten. Nach jener Entscheidung des Senats stellt eine Grundschuld, die einer Bank auf Grund einer in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Klausel des hier in Rede stehenden Inhalts vom (nachmaligen) Gemeinschuldner innerhalb der nach § 30 Nr. 2 KO maßgebenden Zeit bestellt worden ist, eine inkongruente Deckung im Sinne dieser Vorschrift dar. Der Senat hat dies damit begründet, daß die nach §§ 232 ff BGB zu beurteilende Verpflichtung zur Sicherheitsleistung nach Maßgabe einer solchen Bestimmung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Schuldner die freie Wahl unter den in Betracht kommenden Sicherheitsmitteln lasse; diese Wahl erfolge erst durch die tatsächliche Bestellung der Sicherheit. Ein Wahlschuldverhältnis im Sinne der §§ 262 ff BGB liege nicht vor. Die Bank könne daher die Bestellung der Grundschuld nicht beanspruchen. An dieser Auffassung hält der Senat auch nach der von der Revision erbetenen Überprüfung fest. Daß die Beklagte eine Genossenschaft ist und daß es sich hier um einen Kredit an einen Genossen handelte, gibt zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlaß.

5. Das Berufungsgericht hat den im ersten Rechtszug gestellten Antrag der Beklagten auf Parteivernehmung ihrer Vorstandsmitglieder darüber, daß sie eine

Begünstigungsabsicht nicht gekannt habe, als nach § 447 ZPO unzulässig angesehen. Abgesehen davon, daß das Berufungsgericht den im zweiten Rechtszug nicht wiederholten Beweisantrag als überholt hätte ansehen können, ist die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung im Hinblick auf die Beweislast der Beklagten rechtlich bedenkenfrei. Die Rüge einer Verletzung des § 448 ZPO geht schon deshalb fehl, weil die Revision keine bestimmten Tatsachen dargelegt hat, aus denen sich ergibt, daß das Berufungsgericht, es pflichtwidrig unterlassen hat, sein Ermessen nach § 448 ZPO walten zu lassen (vgl. dazu BGH Urteil vom 6. März 1957, IV ZR 303/56, LM ZPO § 448 Nr. 2).

6. Da das angefochtene Urteil auch im übrigen keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten enthält, war deren Revision zurückzuweisen. Nach § 97 ZPO hat die Beklagte auch die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen.

Dr. Augustin

Rothe

Mattern

Hill

Offterdinger