

21

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 34/84

### URTEIL

Verkündet am  
30. April 1985  
Meyer,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Viehhändlers Harry B[REDACTED], W[REDACTED] Straße [REDACTED], We[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]  
und Dr. [REDACTED] -

gegen

den Landwirt Wilhelm Sch[REDACTED], A[REDACTED] He[REDACTED]straße [REDACTED], E[REDACTED],  
Ortsteil R[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]  
und [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. März 1985 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Ballhaus und die Richter Ochmann, Prof. Dr. Windisch, Brodeßer und von Albert

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 16. März 1984 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

#### Tatbestand

Die Parteien standen bis 1975 derart in Geschäftsverbindung, daß der Beklagte an den Kläger jeweils im Herbst Vieh gegen Berechnung des Kaufpreises lieferte und dieses nach einer gewissen Zeit der Aufmast im Frühjahr des folgenden Jahres wieder gegen Berechnung eines Kaufpreises zurücknahm. Um eine Sicherheit wegen seiner Forderungen gegen den Kläger zu haben,

- 3 -

erwarb der Beklagte in den Jahren 1972 und 1974 durch Abtretung von anderen Gläubigern des Klägers eine auf dessen Grundbesitz lastende Höchstbetragshypothek von 30.000,-- DM und eine Grundschuld von 35.000,-- DM gegen Ablösung und Abtretung der den Zedenten gegen den Kläger zustehenden Forderungen von 2.630,-- DM (Hypothek) und 10.000,-- DM (Grundschuld).

Der Kläger hat die Löschung dieser beiden Grundpfandrechte im Grundbuch Zug um Zug gegen Zahlung von 3.000,-- DM beantragt. Er hat behauptet, er schulde dem Beklagten aus der beendeten Geschäftsverbindung nur noch 2.115,55 DM.

Der Beklagte hat diese Forderung als zu niedrig bestritten und behauptet, der Kläger schulde ihm 130.002,36 DM, wenigstens aber müßte von einem Guthaben zu seinen Gunsten in Höhe von 30.000,-- DM ausgegangen werden.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Das Landgericht hat Zeugenbeweis über die Höhe der Forderung des Beklagten erhoben.

Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.



### Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte sei für das Bestehen von den Grundpfandrechten zugrunde liegenden Forderungen darlegungs- und beweispflichtig. Bei der Sicherungshypothek habe das der Beklagte selbst eingeräumt. Auch die Grundschild sei eine Sicherungsgrundschild. Zwar liege ihr eine konkrete Sicherungsvereinbarung nicht zugrunde. Der Beklagte habe die Grundschild aber erworben, um eine Sicherung seiner Ansprüche aus der laufenden Geschäftsbeziehung gegen den Kläger zu erlangen. Er müsse sich daher nach Treu und Glauben so behandeln lassen, als sei die Grundschild zwischen den Parteien als normale Sicherungsgrundschild bestellt worden, wenn man nicht schon eine stillschweigend zustande gekommene Sicherungszweckvereinbarung annehme, wovon der Senat - des Berufungsgerichts - ausgehe. Für die Höhe der etwa dem Beklagten zustehenden Forderung habe nur der jeweilige Stand der Geschäftsbeziehung mit wechselseitigen Rechnungen und Gegenrechnungen maßgeblich sein können. Bei einer solchen, zunächst nicht voll valuierten Sicherungsgrundschild, bei deren Bestellung die Höhe der zu sichernden Forderung noch nicht festgestanden habe und Streit über das Bestehen oder die Höhe der Forderung unter den bei der Bestellung der Grundschild beteiligten Personen entstehe, treffe die Darlegungs- und Beweislast den Sicherungsnehmer. Der Be-

klagte habe nicht zu beweisen vermocht, daß den für ihn eingetragenen Grundpfandrechten entsprechende Forderungen zugrunde lägen.

2. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe die Beweislastregeln sowie §§ 128, 282, 286 ZPO verletzt. Im einzelnen rügt sie:

a) Hinsichtlich der Sicherungshypothek trage der Beklagte zwar eine Darlegungs- und Beweislast für die ihr zugrunde liegende persönliche Forderung. Diese Beweislast beziehe sich jedoch nur auf den Nachweis der Entstehung der persönlichen Forderung, während es dem Grundstückseigentümer nach wie vor obliege, die Erfüllung (Tilgung) der persönlichen Forderung nach deren Entstehung darzulegen und zu beweisen. Indessen habe das Berufungsgericht übersehen, daß der Beklagte die Sicherungshypothek zusammen mit einer Forderung gegen den Kläger in Höhe von 2.630,-- DM erworben habe, so daß er jedenfalls in dieser Höhe das Entstehen einer Forderung nicht zu beweisen brauche. Vielmehr habe es dem Kläger obgelegen, die Tilgung zu beweisen. Diese habe er noch nicht einmal behauptet.

b) Es sei auch unstreitig, daß der Beklagte die Grundschild mit einer persönlichen Forderung von damals noch 10.000,-- DM erworben habe. Auch insoweit habe der Kläger eine Tilgung nicht behauptet. Grundsätzlich habe der Schuldner, der die Rücküber-

tragung einer Grundschild aus ungerechtfertigter Bereicherung verlange, zu behaupten und zu beweisen, daß die Forderung nicht mehr oder nur in geringerer Höhe bestehe. Im Zeitpunkt des Erwerbs hätten unbestimmte Forderungen nach dieser Sachlage nicht bestanden, denn die Grundpfandrechte seien mit den vorgenannten bestimmten Beträgen valuiert gewesen.

Die Revision vertritt weiter die Auffassung, daß der Beklagte eine Forderung gegen den Kläger in Höhe von zumindest 30.000,-- DM nachgewiesen habe, weil der Kläger anerkannt habe, diesen Betrag sich anrechnen lassen zu müssen. Das Berufungsgericht habe § 286 ZPO verletzt.

Schließlich rügt die Revision, daß die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug fehlerhaft sei, da der Kläger vorleistungspflichtig sei.

3. Das Berufungsurteil hält der Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat die Beweislastverteilung verkannt.

Der Klageanspruch ist aus §§ 812 Abs. 1 Satz 2, 894 BGB herzuleiten, da nach der Behauptung des Klägers der Beklagte nach Beendigung der Geschäftsbeziehungen infolge mangelnder Valutierung der Grundpfandrechte zu Unrecht weiterhin als Gläubiger der Grundpfandrechte eingetragen ist. Grundsätzlich hat derjenige, der ein Recht für sich beansprucht, den Sachverhalt

darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, aus dem er diese Rechte herleitet. Bei Grundpfandrechten, die zur Sicherung künftig erst entstehender und in ihrer Höhe unbestimmter Forderungen z.B. aus laufenden Geschäftsverbindungen eingetragen sind, hat der Sicherungsnehmer das Entstehen einer solchen Forderung nachzuweisen, da anderenfalls das kraft Vereinbarung von der Forderung abhängige Grundpfandrecht dem Sicherungsgeber als sogenannte Eigentümergrundschild zusteht. Wenn also der Sicherungsnehmer behauptet, das eingetragene Recht gehöre ihm, so muß er den Beweis dafür erbringen. Dieser kann nur dadurch erbracht werden, daß der Sicherungsnehmer das Entstehen einer Forderung darlegt und unter Beweis stellt.

a) Nach dem unstreitigen Sachverhalt ist die Hypothek, die der Beklagte erworben hat, als Höchstbetragshypothek nach § 1190 BGB im Grundbuch eingetragen. Ob es sich allerdings wirklich um eine echte Höchstbetragshypothek handelt, erscheint zweifelhaft; denn deren Wesensmerkmal, nämlich die Unbestimmbarkeit der zu sichernden Forderung, ist vom Berufungsgericht nicht mit der nötigen nachprüfbaren Genauigkeit festgestellt worden. Das kann jedoch dahinstehen, denn die vorliegende Hypothek ist auf jeden Fall eine Sicherungshypothek nach § 1184 BGB, für die die Rechtsvermutungen der §§ 891, 1138 BGB nicht gelten. Das hat zur Folge, daß sich der Beklagte nicht darauf berufen kann, auch Gläubiger einer zu sichernden Forderung in Höhe des eingetragenen Betrages von 30.000,-- DM zu sein. Vielmehr hat er das Ent-

stehen der Forderung nachzuweisen, wie bereits dargelegt worden ist. Das Grundbuch, das eine Höchstbetragssicherungshypothek ausweist, ist unrichtig, wenn es an einer Forderung fehlt; denn die Sicherungshypothek ist streng akzessorisch. Wird die Klage des Grundstückseigentümers auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützt, so hat derjenige, für den eine Sicherungshypothek im Grundbuch eingetragen ist, obwohl ihr eine Forderung nicht zugrunde liegt, eine vorteilhafte Rechtsstellung inne. Diese Rechtsstellung ermangelt des Rechtsgrundes, wenn das Sicherungsbedürfnis fortgefallen ist. Die Hypothek stünde dem Grundstückseigentümer nach § 1163 Abs. 1 BGB zu (sog. Eigentümergrundschuld).

Mit Recht weist aber die Revision darauf hin, daß der Beklagte die Hypothek gegen Ablösung und entsprechende Abtretung einer persönlichen Schuld des Klägers von 2.630,-- DM erworben hat, was unter den Parteien unstreitig ist. Dem Beklagten kann daher weder die Beweislast für die Entstehung der Hypothekenforderung in dieser Höhe noch für deren Fortbestand aufgebürdet werden. Vielmehr hat der Kläger, der sich auf das Erlöschen der Forderung auch insoweit beruft und daraus Rechte herleitet, den Fortfall zu beweisen (vgl. Palandt, BGB 44. Aufl. § 1184 Anm. 3). Für das Entstehen einer Forderung über diese Höhe hinaus bleibt jedoch der Beklagte beweispflichtig.

b) Nicht anders ist die Rechtslage bei der zugunsten des

Beklagten eingetragenen Grundschuld. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß ihrer Bestellung eine stillschweigend geschlossene Sicherungsabrede zugrunde gelegen habe, jedenfalls aber, daß der Beklagte sich nach Treu und Glauben so behandeln lassen müsse, als sei die Grundschuld als "normale Sicherungsgrundschuld" eingetragen worden. Das Berufungsgericht hat zwar nicht verkannt, daß die Eintragung einer "Sicherungsgrundschuld" nicht möglich ist (vgl. Palandt aaO, § 1191 Anm. 3a). Diese ähnelt auch nicht der Sicherungshypothek nach § 1184 BGB, da sie nicht von einer gesicherten Forderung abhängt. Nach verbreiteter Übung ist es aber möglich, aufgrund eines Sicherungsvertrages zwischen dem Grundpfandgläubiger und dem Grundstückseigentümer eine persönliche Forderung des Grundpfandgläubigers gegen den Grundstückseigentümer durch Eintragung einer Grundschuld zu sichern. Von einer solchen Abrede ist im Revisionsverfahren auszugehen, da die Revision die entsprechende Feststellung des Berufungsgerichts nicht angreift, sondern sich diese zu eigen macht, so daß nicht geprüft zu werden braucht, ob der Weg über Treu und Glauben zu einer unterstellten Eintragung einer "normalen Sicherungsgrundschuld" - abgesehen von den bereits dargelegten Mängeln - überhaupt rechtlich gangbar ist.

Geht man von einer Abrede zwischen den Parteien dahin aus, daß die jeweilige Forderung des Beklagten gegen den Kläger durch die Grundschuld gesichert werden sollte, so hat bei der Klage auf Löschung dieser Grundschuld - wie bei der Sicherungshypo-

thek - der Gläubiger zu beweisen, daß diese für ihn nicht ohne Rechtsgrund eingetragen ist, sondern, daß eine Forderung entstanden ist, die zu sichern ist. War aber, wie hier, im Zeitpunkt des Erwerbs des Grundpfandrechts durch den Grundschuldgläubiger eine Forderung unstreitig bereits entstanden, weil dieser sie als persönliche Schuld des Klägers abgelöst und zusammen mit der Grundschuld abgetreten erhalten hat, so hat der Grundstückseigentümer (Kläger) darzulegen und zu beweisen, daß diese Forderung nach dem Erwerb des Grundpfandrechts getilgt worden ist (BGH Betr. 1976, 1619, 1620; BGB-RGRK, 11. Aufl. § 1191 Anm. 2 unter Hinweis auf RG Warn 1934 Nr. 77). Es handelt sich nämlich in Höhe von 10.000,-- DM um eine in dieser Höhe valutierte Grundschuld, für die die Vermutung des § 891 BGB gilt, so daß der Grundstückseigentümer, der behauptet, die Grundschuld sei für den im Grundbuch als Gläubiger Eingetragenen ohne Rechtsgrund eingetragen, den Beweis dafür zu bringen hat. Wie es beim Kontokorrentverhältnis wäre, kann auf sich beruhen, da ein solches vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden ist.

Obwohl nach dieser Rechtslage die Klage abzuweisen wäre, ist das Revisionsgericht nicht in der Lage, in der Sache selbst abschließend zu entscheiden. Der Kläger hat nämlich die Löschung beider Grundpfandrechte Zug um Zug gegen Zahlung von 3.000,-- DM beantragt. Das könnte ausreichen, um die Forderung des Beklagten von 2.630,-- DM zu tilgen und dadurch die Höchst-

betragshypothek über 30.000,-- DM zur Löschung zu bringen - und den weitergehenden Klageantrag abzuweisen. Da der Kläger aber nicht angegeben und auch das Berufungsgericht keine Bestimmung dahin getroffen hat, auf welche Schuld der angebotene Betrag anzurechnen ist, ist es dem Revisionsgericht nicht möglich, diese Bestimmung nach § 366 Abs. 2 BGB von sich aus vorzunehmen, da es dazu tatsächlicher Feststellungen bedarf.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, das auch über die Kosten der Revision zu befinden haben wird.

Auf die von der Revision gerügte Verletzung von Verfahrensvorschriften kommt es nach dieser Rechtslage für diese Entscheidung nicht mehr an.

Soweit die Revision eine Vorleistungspflicht des Klägers geltend macht, handelt es sich um einen neuen Tatsachenvortrag, der im Revisionsverfahren unbeachtlich ist. Da ein Fall gesetzlicher Vorleistungspflicht nicht gegeben ist, könnte diese nur aufgrund vertraglicher Vereinbarung begründet worden sein. Dazu sind Feststellungen nicht getroffen worden.

Ballhaus

Ochmann

Windisch

Brodeßer

von Albert