

58. 1. Kann der eingetragene Grundschuldgäubiger unter Umständen für das Bestehen und die Höhe einer mit der Grundschuld in Verbindung gebrachten Forderung beweispflichtig sein?

2. Ist der dem Eigentümer durch Bezahlung einer auf seinem Grundstück eingetragenen Grundschuld erwachsene Anspruch auf Löschung der Grundschuld und auf Herausgabe des Grundschuldbriefs lediglich als Konkursforderung geltend zu machen, wenn der als Grundschuldgäubiger Eingetragene nach Empfang der Zahlung in Konkurs verfallen ist?

V. Zivilsenat. Ur. v. 8. März 1905 i. S. M. (Bekl.) w. S. (Gl.).
Rep. V. 404/04.

I. Landgericht Essen.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Der Beklagte verpflichtete sich im Jahre 1889, für den Kläger auf dessen Grundstück einen Bau aufzuführen. Zur Sicherung des Beklagten für alle Ansprüche aus dieser Bauausführung wurde auf dem Grundstücke des Klägers eine Grundschuld von 10000 M. unter

Briefbildung eingetragen. Der Kläger verlangte mit der im Februar 1890 zugestellten Klage vom Beklagten Bewilligung der Löschung und Herausgabe des Grundschuldbriefs mit der Behauptung, daß dem Beklagten aus der Bauausführung gar keine oder nur eine geringe Forderung zustehende. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, weil ihm aus der Bauausführung eine Forderung von noch 11442,88 *M* zustehende. Der erste Richter verurteilte den Beklagten, gegen Zahlung von 2210,45 *M* in die Löschung der Grundschuld zu willigen und dem Kläger den Grundschuldbrief herauszugeben. Er ging dabei davon aus, daß der Beklagte für seine Bauleistungen und ihren Wert beweispflichtig sei. Die Berufung des Beklagten wurde durch Versäumnisurteil zurückgewiesen und diese Entscheidung auf Einspruch aufrecht erhalten. Auch die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen:

„1. Die Revision rügt zunächst Verkennung der Beweislast. Der erste Richter hat unter stillschweigender Billigung des Berufungsrichters ausgeführt: da die Parteien darüber einverstanden seien, daß die Grundschuld zur Sicherung aller dem Beklagten aus der Bauausführung etwa erwachsenden Ansprüche bestellt sei, müsse der Beklagte gegenüber dem Lösungsbegehren des Klägers nachweisen, welche Forderungen ihm aus der Bauausführung an den Kläger zustehen. In Abwägung der Beweisergebnisse hat der erste Richter von den Ansprüchen des Beklagten verschiedene als unerwiesen abgesetzt und den Betrag der erwiesenen Forderungen auf 22306,45 *M* festgesetzt. Da der Kläger unstreitig 20000 *M* auf die Bauausführung an den Beklagten gezahlt hat, und dem Kläger außerdem eine anerkannte Forderung von 96 *M* zusteht, hat der erste Richter festgestellt, daß der Beklagte aus der Grundschuld nur noch 2210,45 *M* zu fordern habe. Die Revision meint, daß dem Beklagten nach den Grundsätzen des Liegenschaftsrechts und insbesondere nach der Natur der Grundschuld die Vermutung des Bestehens der Grundschuld in der im Grundbuch angegebenen Höhe bis zur Führung des Gegenbeweises zur Seite stehe, so daß die Absetzung der nicht für erwiesen erachteten Posten ungerechtfertigt sei. In der Tat steht jene Vermutung sowohl der Verkehrshypothek als auch der Grundschuld nach dem bisherigen preussischen Rechte (§§ 7. 19 Nr. 1. 37 Abs. 1 Eig.-Erw.-Ges.) und

auch nach dem neuen Rechte (§ 891 B.G.B.) zur Seite. Nur für die Kautionshypothek des alten Rechts und für die Sicherungshypothek des neuen Rechts (§§ 1184, 1190 B.G.B.) versagt die Vermutung, d. h. der Gläubiger muß das Bestehen und die Höhe der zugrunde liegenden Forderung beweisen. Eine Übertragung dieser für Sicherungshypotheken geltenden Ausnahme auf die Grundschuld ist mit Rücksicht darauf, daß diese das Bestehen einer Forderung überhaupt nicht voraussetzt und von einer ihr etwa zugrunde liegenden Forderung völlig losgelöst ist, grundsätzlich ausgeschlossen. Im Einzelfalle kann aber trotzdem der Grundschuldgläubiger genötigt sein, sich einem ähnlichen Nachweise zu unterziehen, wie der Gläubiger einer Sicherungshypothek, nämlich dann, wenn — wie im vorliegenden Falle — die Grundschuld mit einer Forderung, deren Höhe bei der Begründung der Grundschuld noch nicht feststand, in Verbindung gebracht ist, und der Streit über das Bestehen oder die Höhe der Forderung unter den bei der Bestellung der Grundschuld beteiligten Personen sich erhebt. Dann sollte nach dem anzunehmenden Willen der Beteiligten die Grundschuld nur in der künftig zu ermittelnden Höhe der Forderung geltend gemacht werden dürfen, und dieser Wille gilt unter den ursprünglich Beteiligten derart, daß die Berufung des Gläubigers auf die Vermutung, die sich aus dem Glauben des Grundbuchs ergibt, versagen muß. Wenn freilich in einem solchen Streite der Schuldner die Rolle des Klägers übernimmt, kann der Zweifel entstehen, ob nicht er auch die Beweisführung dafür übernehmen muß, daß die der Grundschuld zugrunde liegende Forderung die eingetragene Höhe nicht erreicht hat.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 57 S. 320 flg.

Aber wenn man dies auch bejahen wollte, so würde im vorliegenden Falle damit für den Beklagten nichts gewonnen sein. Der Kläger hat unstreitig viel mehr als den Betrag der Grundschuld an den Beklagten gezahlt. Will der Beklagte diese Zahlungen nicht als zur Tilgung der Grundschuld geleistet gelten lassen, so hat er nachzuweisen, daß ihm, neben der Grundschuld und durch diese nicht gedeckt, Ansprüche an den Kläger zustehen, auf die er die Zahlungen verrechnen könnte.

Vgl. die Urteile des Reichsgerichts in Gruchot's Beiträgen Bd. 28 S. 936 flg. und in Seuffert's Archiv Bd. 45 S. 404.

Demnach haben die Vorinstanzen die Grundsätze über die Beweislast nicht verkannt.

2. Der Beklagte hat die Grundschuld nach Zustellung der Klage an einen anderen abgetreten und benutzt diesen Umstand zur Erhebung des Einwandes, daß mit der Klage Unmögliches von ihm verlangt werde. Der Berufungsrichter fertigt diesen Einwand damit ab, daß sich im Zwangsvollstreckungsverfahren entscheiden werde, ob der Beklagte in der Lage sei, den Anspruch des Klägers zu erfüllen. Die Revision ist der Ansicht, daß der Einwand zur Abweisung der Klage hätte führen müssen. Diese Ansicht beruht jedoch auf Rechtsirrtum. Von einer objektiven Unmöglichkeit kann keinesfalls die Rede sein; aber auch eine subjektive Unmöglichkeit ist nicht dargetan. Es ist nicht ersichtlich, weshalb es dem Beklagten nicht möglich sein sollte, die Grundschuld und den Grundschuldbrief zurückzuerwerben und sich dadurch in die Lage zu bringen, dem Klagenanspruche zu genügen. Aber wenn selbst durch die Abtretung der Grundschuld die Unmöglichkeit der Erfüllung für den Beklagten herbeigeführt sein sollte, so würde diese Unmöglichkeit nach § 236 B.P.D. a. F. (§§ 265. 325 n. F.) auf den Prozeß keinen Einfluß haben.

Der Beklagte sucht den Einwand der Unmöglichkeit noch in einer anderen Richtung auszubenten. In der Schlußverhandlung der Berufungsinstanz wies er darauf hin, daß Ende 1890 — nach Zustellung der Klage — über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden war, das im Juni 1891 durch Zwangsvergleich (zu 10 Prozent) beendet worden ist, und daß er die Grundschuld schon vor der Konkursöffnung abgetreten hat. Daraus folgert er, daß der Kläger wegen der durch die Abtretung eingetretenen Unmöglichkeit der Erfüllung des Klagenanspruchs nur einen Schadensersatzanspruch gehabt habe, der vom Zwangsvergleiche betroffen worden sei. Auf diesen Standpunkt habe sich auch der Kläger selbst in einem Arrestprozesse (im Jahre 1903) gestellt. Der Berufungsrichter beschränkt sich hier auf die Bemerkung, daß der Klagenanspruch nach den §§ 1. 178 R.D. von 1877 durch das Konkursverfahren nicht berührt worden sei. Die Revision bekämpft dies mit Unrecht als rechtsirrig. Eine Unmöglichkeit der Erfüllung ist, wie schon erwähnt ist, nicht dargetan. Danach bestand der Klagenanspruch zur Zeit des Konkursverfahrens, und er besteht noch in seiner ursprünglichen

Gestalt. Sollte der Kläger lange nach Beendigung des Konkursverfahrens sich auf einen anderen Standpunkt gestellt haben, so würde dadurch keine Änderung seines Anspruchs herbeigeführt worden sein. Der Klaganspruch ist aber in der That durch das Konkursverfahren nicht berührt worden. Denn wenn und soweit der Kläger den Beklagten wegen der Grundschuld befriedigt hatte, gehörte die Grundschuld nicht zur Konkursmasse, sondern sie stand dem Kläger als Eigentümergrundschuld zu. Der Kläger, der den dinglichen Anspruch auf Bewilligung der Löschung der Grundschuld und auf Herausgabe des Grundschuldbriefs (mit der Eigentumsfreiheitsklage) geltend machte, gehörte nicht zu den Konkursgläubigern, sondern war aussonderungsberechtigter Gläubiger im Sinne des § 35 R.D. von 1877, und sein Anspruch bestimmte sich nach den außerhalb des Konkurses geltenden Gesetzen. Er war nach § 63 preuß. Eig.-Erw.-Ges. begründet, und seine Erfüllung konnte auch im Konkursverfahren gegen den Verwalter durchgesetzt werden (Jurist. Wochenschr. 1881 S. 70). Demnach hat der Berufungsrichter den § 1 R.D. von 1877 richtig angewendet, und es kann dahingestellt bleiben, ob er auch den § 178 das. zur Begründung heranziehen durfte. . . .