

067-ZMG

Az: 48 O 259/16

Landgericht Hamburg

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

des Hennik Eversen, Kleiner Steig 3, 22179 Hamburg  
- Kläger -

Prozessbevollmächtigter: RA Florian Eberskin, Kauf-  
mannsplatz 11, 20457 Hamburg

gegen

den Arno Lesserschmidt, Weidenweg 25A, 22177 Hamburg  
- Beklagter -

Prozessbevollmächtigte: RAin Ulka Malthiesen, Gewirgasse 2,  
20099 Hamburg

hat das Landgericht Hamburg, Zivilkammer 48,  
durch den Richter am Landgericht Müller als  
Einmündlicher

auf die mündliche Verhandlung vom 10.11.2016  
für Recht erkannt:

1. Die Zwangsvollstreckung des Beklagten aus der Urkunde der Notarin Dr. Dorothea Weiß vom 17.12.2012 (UR-Nr. 619/12) wird hinsichtlich der persönlichen Haftungsübernahme des Klägers für ~~umzulassen~~ erklärt.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Der Kläger trägt ~~2/3~~<sup>1/3</sup> der Beklagte  
2/3 der Kosten des Rechtsstreits.

3. Das Urteil ist hinsichtlich des Tenors zu 1) für den Kläger vorläufig gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 770.000 € vorläufig vollstreckbar. Im Übrigen ist das Urteil vorläufig gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags vollstreckbar.

## Tatbestand

Der Kläger wendet sich gegen die Zwangsvollstreckung in sein persönliches Vermögen aus der Urkunde des Notars Dr. Hermann Baer vom 20.3.10 (UR-Nr. 15/10) und der Urkunde der Notarin Dr. Dorothee Weiß vom 17.12.12 (Ur.-Nr. 619/12).

Der Kläger musste zur Finanzierung der am 10.11.09 erworbenen Immobilie in der Breite Straße 21, 22399 Hamburg ein Eigenkapital von 350.000 € nachweisen.

Am 20.03.10 ließ der Kläger vor dem Notar Dr. Hermann Baer die Bestellung einer brieflosen Grundschuld mit Volldeckungsklausel zugunsten des Beklagten über einen Betrag von 350.000 € nebst Zinsen an dem Grundstück Breite Straße 21 beurkunden. Ferner nahm der Kläger in der Urkunde die persönliche Haftung für den Betrag der Grundschuld nebst Zinsen und unterwarf sich gleichzeitig deswegen der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Der Beklagte kann laut Urkunde die persönliche Haftung unabhängig von der Eintragung

der Grundschuld und ohne Vollbedeckung in das belastete Grundstück geltend machen. Der Kläger händigte eine vollbedeckte Kopie der Urkunde an den Beklagten aus, eine Eintragung der Grundschuld in das Grundbuch erfolgte nicht.

Am 6.6.16 forderte der Beklagte den Kläger auf, den Betrag von 350.000€ ab 1. Zinsen spätestens bis zum 29.07.16 zu zahlen. Für den Fall der Nichtzahlung drohte der Beklagte die sofortige Zwangsvollstreckung aus der persönlichen Haftungsbemühung an, wobei er später antrug, bis zum Ausgang des hiesigen Rechtsstreits keine Vollstreckungsmaßnahmen durchzuführen.

Dem Antrag zu 3) liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beklagte erteilte Carina Weber am 19.1.11 eine Generalvollmacht unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB in notarieller Form. Frau Weber war dadurch insbesondere ermächtigt, Rechtsgeschäfte aller Art im Namen des Beklagten abzuschließen und Willenserklärungen abzugeben. Der Umfang der Vertretungsmacht erstreckte sich auf die Verwaltung des Vermögens.

Am 3.11.12 vereinbarte der Kläger mit Frau Weber als Vertreterin des Beklagten ein Darlehen in Höhe von 700.000 €. Dabei waren sich der Kläger und Frau Weber jederzeit einig, dass den Kläger keine Verpflichtungen als Darlehensnehmer befallen sollten. Der Kläger sollte nur pro forma als Vermögenspartner des Beklagten in Erscheinung treten.

Gleichzeitig vereinbarte Frau Weber mit ihrem Lebensgefährten, Jonathan Groß, dass diesen die Pflichten als Darlehensnehmer befallen sollten. Frau Weber zahlte die Darlehenssumme am 10.11.12 an Herrn Groß aus, womit der Kläger einverstanden war. Im Folgenden erbrachte Herr Groß die Raten zur Rückzahlung nicht.

Am 17.12.12 ~~unterzeichnete~~ <sup>räumte</sup> der Kläger dem Beklagten - vertreten durch Frau Weber - eine dingliche und persönliche Sicherheit für das Darlehen ein. ~~Zudem~~ Der Kläger bestellte zugunsten des Beklagten eine Grundschuld mit Nominalwert von 700.000 € am Grundstück Am Wasser 70, 21035 Hamburg. Der Kläger unterwarf sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück.

Zudem übernahm der Kläger die persönliche Haftung für den Betrag der Grundschuld und anerkennt sich deswegen der seitherigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen.

Mit Schreiben vom 3.4.15 kündigte der Beklagte gegenüber dem Kläger die ~~Kündigung~~ des Darlehens vom 8.11.12. Der Beklagte hatte erst kurz zuvor Kenntnis von den Geschäften der Frau Weber erlangt. Herr Groß hatte dem Beklagten zuvor schon erfolglos um ein Darlehen gebeten.

Mit Schreiben vom 20.05.16 übertrug der Beklagte die Zwangsvollstreckung in das persönliche Vermögen des Klägers an.

Der Kläger behauptet, dass er sich mit dem Beklagten nie auf ein Darlehen ~~von~~ über 350.000 € geeinigt hätte. Der Betrag sei auch nie an ihn ausbezahlt worden. Insbesondere sei er Silvester 2009 bei seiner Schwester, Karin Rauch, in Bremen gewesen. Zudem habe der Beklagte dem Kläger zugesagt, ihm die in dem Antrag zu 1) genannte Urkunde des Notars Dr. Buer herauszugeben.

Der Kläger beantragt,

1. die Zwangsvollstreckung des Befehls aus der Urkunde des Notars Dr. Hermann Baer vom 20.03.2010 (UR-Nr.: 15/10) hinsichtlich der persönlichen Haftungsübernahme ~~einsetzen~~ des Klägers für unzulässig zu erklären;
2. den Befehl zu verurteilen, an den Kläger die vollstreckbare Aufzeichnung der Grundschuldbestellungsurkunde des Notars Dr. Hermann Baer vom 20.03.2010 (UR-Nr. 15/10) herauszugeben;
3. die Zwangsvollstreckung des Befehls aus der Urkunde der Notarin Dr. Dorothee Weiß vom 17.12.2012 (UR-Nr. 619/12) hinsichtlich der persönlichen Haftungsübernahme des Klägers für unzulässig zu erklären.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.



Er behauptet, dass er sich mit dem Kläger am 31.12.2009 über ein Darlehen in Höhe von 350.000€ (Zinsen 2% p.a., Rückzahlung zum 1.1.16) mündlich geeinigt zu haben. Er habe ihm das Geld auch an diesem Tag in Bar übergeben.

Das Gericht hat in der mündlichen Verhandlung vom 10.11.2016 Beweis durch Vernehmung der Zeugin Karin Kersch erhoben. Für das Ergebnis der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.



## Entscheidungsgrund

Die Klage ist zulässig, aber nur teilweise begründet.

I.

1. Der Antrag zu <sup>1</sup> ist als Vollstreckungsabwehrklage gem. §§ 767 I, 794 I Nr. 5, 795 S. 1, 797 ZPO statthaft, weil der Kläger eine materiell-rechtliche Einwendung gegen den titulierten Anspruch selbst geltend macht. Er macht gegen die Inanspruchnahme aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis des Nichtbestehens der zugrundeliegenden Darlehensforderung, also die Dolo-Mytil-Einrede (§ 742 BGB) geltend. Einwendungen gegen den Titel als solchen (prozessuale Mängel der Urkunde) macht er dagegen nicht geltend.

Das Landgericht Hamburg ist für diese Klage sachlich zuständig.

Es ist sachlich gem. §§ 23 I Nr. 1, 71 GVG zuständig, weil der Streitwert über 5000 € liegt. Örtlich ist das Landgericht Hamburg gem. § 757 I ZPO iVm §§ 12, 13 ZPO ausschließlich (§ 802 ZPO) zuständig, da der Kläger seinen allgemeinen Gerichtsstand aufgrund seines Wohnorts in Hamburg hat.

Das notwendige Rechtsschutzbedürfnis des Klägers liegt vor, da die Zwangsvollstreckung mit Existenz des Titels begonnen ~~und~~ hat und noch nicht abgeschlossen ist. Insbesondere entfällt es nicht durch die Erklärung des Beklagten, auf Vollstreckungshandlungen bis zum Abgang des Rechtsstreits zu verzichten.

2. Der Antrag zu c) ist als Titelherausgabe-Klage gem. § 371 BGB analog, & also als Leistungsklage statthaft. Die Klage kann als Annex kumulativ mit der Klage nach § 767 I ZPO geltend gemacht werden. Das LG Hamburg ist jedenfalls kraft Annexkompetenz auch für diese Klage zuständig.

3. Der Antrag zu 3) ist als Vollstreckungsabwehr-Klage gem. §§ 767 I, 794 I Nr. 5, 795 S. 1, 797 ZPO statthaft. Der Kläger macht ebenfalls das Nichtbestehen des zugrundeliegenden Anspruchs geltend. Das Landgericht Hamburg ist zuständig (vgl. unter 1.).

Das Rechtsschutzbedürfnis ist nicht dadurch entfallen, dass der Beklagte bereits den gesicherten dinglichen Anspruch vollbezieht, weil ein Vorgehen aus der persönlichen Haftung wegen der Eigenständigkeit des Anspruchs möglich bleibt.

II. Die Klage ist nur teilweise begründet.

1. Der Antrag zu 3) ist begründet. Die Zwangsvollstreckung ist hinsichtlich der persönlichen Haftungsübernahme für unzulässig zu erklären, weil die Parteien sachbefugt sind, der Kläger erfolgreich eine materiell-rechtliche Einwendung gegen den titulierten Anspruch geltend macht und die Einwendung nicht präkludiert sind (§ 767 I, III ZPO).

a) Die Parteien sind als Gläubiger und Schuldner in dem streitgegenständlichen Titel genannt und somit sachbefugt.

b) Der Kläger macht erfolgreich die materiell-rechtliche Einwendung des § 242 BGB (Toto-Argit-Einrede) gegen den titulierten Anspruch des Beklagten geltend. Voraussetzung dafür ist, dass dem Kläger auf ein Anspruch aus § 121, II BGB auf Rückgewähr des Schuldanerkenntnisses zusteht. ~~Diese Voraussetzung liegt vor.~~ Dafür müsste der Beklagte das Anerkenntnis rechtsgrundlos erlangt haben. Diese Voraussetzung liegt vor.

(1) Durch die Übernahme der persönlichen Haftung mit Unterwahrung unter die sofortige Zwangsvollstreckung hat der Beklagte ~~das~~ ein abstraktes Schuldanerkenntnis (§ 781<sup>S. 1</sup> BGB) des Klägers erlangt. § 812 I BGB stellt klar, dass diese Anerkennung eine Leistung ist § 812 I BGB darstellt.

Ob ein konstitutives Schuldanerkenntnis ist § 781 S. 1 BGB oder ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis vorliegt, das nicht unter § 812 I BGB fällt, ist durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Hier hat der Kläger in der Urkunde vom 17.11.12 ein abstraktes, konstitutives Schuldanerkenntnis abgegeben, weil der Beklagte sich zur Begründung eines Anspruchs nur auf das Anerkenntnis berufen sollte. In der Urkunde selbst ist der Verpflichtungsgrund nicht genannt, was für ein abstraktes Anerkenntnis spricht.

(2) Der Beklagte hat dieses abstrakte Schuldanerkenntnis ohne Rechtsgrund erwirkt. Rechtsgrund sollte das zwischen dem Kläger und dem Beklagten verbundene durch Frau Weber am 3.11.12 abgeschlossene Darlehensvertrag sein.

Die auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen wurden aber von dem Kläger und Frau Weber nur zum Schein und damit ohne Rechtsbindungswillen abgegeben und somit nichtig (§ 117 I BGB).

Ein Scheingeschäft liegt vor, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts hervorriefen, die mit dem Geschäft verbundenen Rechtsfolgen aber nicht eintreten lassen wollen. Dies war hier der Fall. Der Kläger und Frau Weber als wirksame Stellvertreterin des Beklagten (§ 164 I BGB) waren sich einig, dass der Kläger nur pro forma Vertragspartner werden, ihn aber keine Rechtsfolgen treffen sollten. Für die Willensmängel des Beklagten war dabei auf Frau Weber als seine Vertreterin abzustellen (§ 166 I BGB).

Es gibt auch kein ernstlich gewolltes Strohmännchengeschäft, weil der Kläger die mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Pflichten auch im Innenverhältnis nicht übernehmen wollte. Herr Groß sollte die Darlehensraten zahlen.

(3) Da der Darlehensvertrag demnach nicht entstanden ist, hat der Kläger einen Anspruch auf Rückgewähr des abhalten Schuldnerkenntnisses (§ 812 I, II BGB). Es wäre hinzuwichtig, wenn der Beklagte aufgrund des Schuldnerkenntnisses demnach gegen den Kläger vollstreckt, da er das Erlangte sofort wieder herausgeben müsste (§ 242 BGB, *solus agit*).

c) Diese Einwendung ist nicht präkludiert. § 767 IV ZPO ist gem. § 797 IV ZPO nicht anwendbar, Präklusion nach § 767 III ZPO liegt nicht vor.

2. Der Antrag zu 1) ist unbegründet. Die Voraussetzungen des § 767 I ZPO liegen nicht vor, da der Kläger keine durchgreifende materiell-rechtliche Einwendung gegen den titulierten Anspruch geltend macht.

Der Kläger wendet hier erfolglos die Dolo-Regel-Einrede (§ 242 BGB) ein. Ein Anspruch aus § 812 I, II BGB auf Rückgewähr des abstrakten Schuldnerkenntnisses aus der Urkunde vom 20.3.10, aber der Kläger dem Beklagten gem.



§ 242 BGB entgegenhalten könnte, ~~es~~ würde voraussetzen, dass der Beklagte das Anerkenntnis rechtsgrundlos erlangt hat, was der Kläger hier nicht beweisen konnte.

Als Rechtsgrund für das Anerkenntnis kommt ein Darlehensvertrag über 350.000 € in Betracht. Dafür, dass kein Darlehensvertrag abgeschlossen wurde, trägt der Kläger die Beweislast. Nach der allgemeinen zivilprozessualen Regel trägt jede Partei für solche Tatsachen die Darlegungs- und Beweislast, die günstige Rechtsfolgen für sie auslösen. Diese Verteilung gilt auch innerhalb der Klage gem. § 267 I ZPO, sie richtet sich also nach materiellem Recht.

~~Zusammen~~ Der Kläger muss den geltend gemachten Rechtsgrund im Sinne des § 242 I, II BGB beweisen. Als ~~negative Tatsache~~ steht da, dass dies eine negative Tatsache ist, die für den Kläger typischerweise nur schwer, für den Beklagten dagegen einfacher darzulegen ist. Bließe dem Beklagten aber eine sekundäre Darlegungslast, damit ~~die Beweislast~~ der beweisbelastete Kläger den Beweis für die Richtigkeit seiner Behauptung unternimmt.



Wier hat der ~~Kläger~~<sup>Beklagte</sup> vorgebracht, dass das Darlehen am 31.12.09 abgeschlossen wurde. Er hat die Vertrags- und Übergabemodalitäten detailliert vorgebracht.

Da der Beklagte behauptet hat, am 31.12.09 bei seiner Schwester, Karin Rauch, in Bremen gewesen zu sein, war ~~Beweislast~~ eine Beweis-erhebung erforderlich. Die Beweisaufnahme der vom ~~Beklagten~~ Kläger angebotenen Zeugin Rauch war dabei unergiebig, was zu einer Beweislast-entscheidung zu Lasten des Klägers führte.

Die Zeugin konnte sich bei näherem Nachdenken nicht erinnern, ob der Kläger Silvester 2009 bei ihr in Bremen war. Sie wusste noch, dass er in dieser Zeit einmal kurzfristig für eine Party abgessagt hatte. Diese ~~kurzen~~ Aussagen sind gerade aufgrund der Nähebeziehung zu ihrem Bruder besonders glaubhaft. Es konnte somit nicht zur Überzeugung des Gerichts (§ 286 ZPO) aufgeklärt werden, ob der Kläger Silvester 2009 in Bremen war oder ob er den Darlehensvertrag mit dem Beklagten abgeschlossen hat. Aufgrund dieser Unsicherheit ist ein Rechtsgrund für das ~~Unternehmen~~ zu unterstellen.

3. Der Antrag zu 2) ist ebenfalls unbegründet.

a) Die Titelgegenklage analog § 371 BGB ist unbegründet, weil die Vollstreckungsabwehrklage (Antrag zu 1) unbegründet ist.

b) Der Kläger hat auch nicht beweisen können, dass der Beklagte sich zur Veräußerung verpflichtet hat (§ 311 BGB). Insoweit ist der Kläger als derjenige, der sich auf die Veräußerung beruft darlegungs- und beweispflichtig.

Der Kläger bietet für die vom Beklagten behauptete Behauptung nur seine eigene Parteivernehmung als Beweis an. Diese war gem. § 448 ZPO unzulässig, da keine Anfangswahrscheinlichkeit für die vom Kläger behauptete Tatsache vorlag. Er konnte sich auch ~~an~~ <sup>in</sup> der insoweit gebotenen Parteivernehmung (§ 141 ZPO), die ebenfalls gem. § 286 ZPO zu wägen ist, nicht an genauere Umstände der Veräußerung erinnern.

IV. Die <sup>vorläufige</sup> ~~Kosten~~entscheidung beruht auf § 92 I Alt. 2 ZPO. Die <sup>vorläufige</sup> Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 S. 1, 3 ZPO.

Rechtsmittel: Berufung (§ 511 I, II Nr. 1 ZPO) innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils, spätestens fünf Monate nach Verkündung (§ 517 ZPO), beim OLG Hamburg (§ 519 I Nr. 26 VG, § 519 I ZPO)

[Unterschrift Richter]

Stichtwertabschluss in pp

Der Stichtwert wird gem. § 63 II 1 GKG auf 1.050.000 € festgesetzt. Die Stichtwerte der Anträge zu 1) und 3) entsprechen der zu vollstreckenden Forderung und sind zusammenzurechnen (§ 39 I GKG). Der Antrag zu 2) ist als Anrechnung nicht zu berücksichtigen.

067 ZHG

Votum für [REDACTED] (?)

Zur Korrekturweise: Sie finden am Rand Ihrer Klausur an verschiedenen Stellen Markierungen. Diese werden im Folgenden erläutert:

Im Rubrum hätten Sie zunächst nicht allein die sachbearbeitenden Rechtsanwälte als Prozessbevollmächtigte aufnehmen dürfen. Prozessbevollmächtigt sind alle Anwälte der Kanzleien. Nehmen Sie daher die Kanzleien im Rubrum auf.

Im Überleitungssatz übersehen Sie, dass nicht die Zivilkammer 48, sondern die Zivilkammer 8 entschieden hat.

Der Tatbestand ist brauchbar bei folgenden Kritikpunkten: der zweite Absatz reicht so nicht. Einem Leser ohne Aktenkenntnis wird nicht klar, was genau diese Information mit den im Anschluss dargestellten Tatsachen zu tun hat. Sie hätten zumindest angeben sollen, dass B dem K zum Nachweis des entsprechenden Eigenkapitals ein Darlehen in entsprechender Höhe gewähren wollte (was unstreitig ist). Bei der Wiedergabe des streitigen Klägervortrags hängen sodann die Angaben zu Silvester 2009/2010 ohne vorherige Mitteilung des Beklagtenvortrags hierzu in der Luft. In der Prozessgeschichte hätten Sie noch erwähnen können, dass die Parteien persönlich angehört wurden.

Zu den Entscheidungsgründen:

Die Prüfung der Zulässigkeit der Klageanträge zu 1 und 3 ist ordentlich. Im Hinblick auf die Zuständigkeit des Landgerichts Hamburg hätte möglicherweise noch an eine Verdrängung von § 797 Abs. 5 ZPO durch § 800 Abs. 3 ZPO gedacht werden können. Die Prüfung der Zulässigkeit des Klageantrags zu 2 ist dagegen zu knapp. Hier hätte etwas mehr zum Verhältnis zur Vollstreckungsgegenklage gesagt werden sollen sowie zum Rechtsschutzbedürfnis des K.

Zur Prüfung der Begründetheit des Klageantrags zu 3: Sie arbeiten zunächst schön und präzise die rechtliche Qualifizierung des titulierten Anspruchs und der Einwendung des K heraus. Auch sehen Sie, dass ein Scheingeschäft vorliegt. Hier hätten Sie indes nicht stehen bleiben sollen. Nach BGH-Rechtsprechung sind die vertraglichen Vereinbarungen aufgrund des kollusiven Zusammenwirkens des Klägers und der Vertreterin des Beklagten, Frau Weber, entsprechend der gesetzlichen Regelung über den geheimen Vorbehalt nach § 116 BGB wirksam. Das ist auch im Palandt bei der Kommentierung zu § 117 BGB zu erkennen.

Die Prüfung der Begründetheit des Klageantrags zu 1 gelingt recht gut. Im Rahmen der Beweiswürdigung hätten Sie noch auf das Ergebnis der persönlichen Anhörungen eingehen können. Diese sind Teil des Inhalts der Verhandlungen iSv § 286 ZPO.

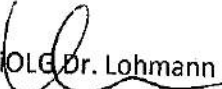
Die Prüfung der Begründetheit des Klageantrags zu 2 ist ordentlich. Noch präziser wäre es gewesen, den Vortrag des K bereits als unsubstantiiert einzuordnen.

Der Streitwertbeschluss ist korrekt. Er hätte noch etwas eingehender begründet werden können.

Fazit: Ihre Leistung ist als erheblich überdurchschnittlich einzustufen. Sie arbeiten weitgehend gut strukturiert und präzise. Nur selten sind Sie noch etwas zu ungenau oder leisten sich Lücken.

Ich bewerte die Arbeit mit der Note

gut (13 Punkte)

  
R. Lohmann

14.11.2020