
Datum: 23.01.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-5 U 131/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0123:I5U131.11.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 7 O 489/10
Schlagworte: Grundschuldbestellung durch Lebensgefährtin
Normen: § 275 BGB

Leitsätze:

Der Anspruch der Bestellerin einer Grundschuld zur Sicherung des Darlehens eines Dritten gegen den Dritten (hier des Lebensgefährten) auf Freistellung von der mit der Grundschuldbestellungsurkunde begründeten persönlichen und dinglichen Haftung ist auch dann, wenn die Darlehensgeberin einen Austausch der Grundschuld gegen eine andere Sicherheit ablehnt, nicht unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB.

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 01. Juli 2011 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Ziffer 1) des Tenors des angefochtenen Urteils wird wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von jeglicher, dinglicher und persönlicher Haftung für alle bestehenden, künftigen und bedingten Forderungen der Volksbank M eG aus der Grundschuldbestellungsurkunde vom 25.04.2002 (UrkR.-Nr.: **/2002 des Notars L, I3) freizustellen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 125.000 Euro abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

Die Parteien streiten über die Verpflichtung des Beklagten, die Klägerin von der persönlichen und dinglichen Haftung, die diese mit der Grundschuldbestellungsurkunde vom 25.04.2002 übernommen hat (UR-Nr. **/2002, Notar L in I3), freizustellen sowie den Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten.

3

Wegen des weiteren Tatsachenvortrags der Parteien einschließlich der genauen Fassung der erstinstanzlich gestellten Sachanträge nimmt der Senat auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug (Bl. 120 f. GA).

4

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten, sie von jeglicher dinglicher und persönlichen Haftung für alle bestehenden, künftigen und bedingten Forderungen der Volksbank M eG aus dem Darlehensvertrag Nr. ### zu befreien, ergebe sich aus einer vertraglichen Vereinbarung (§ 305 BGB). Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass der Beklagte sich gegenüber der Klägerin verpflichtet habe, die von ihr gestellte Sicherheit nur bis zur Fertigstellung der Reithalle in Anspruch zu nehmen. Der Zeuge habe glaubhaft ausgesagt, die Parteien hätten besprochen, dass die Klägerin die Grundschuld bestelle, damit der Beklagte mit dem Bau der Halle beginnen könne. Sobald die Reithalle aber fertig sei, solle die Grundschuld auf die Reithalle eingetragen werden; die Grundschuldbestellung habe nur vorläufig bis zur Fertigstellung der Halle erfolgen sollen. Die Umsicherung sei nicht von einer Bedingung abhängig gemacht worden. Es sei auch nicht die Rede davon gewesen, dass der Austausch der Sicherheit nicht ohne Weiteres möglich und von der Zustimmung der Mutter des Beklagten abhängig sei. Die Umbestellung der Sicherheit habe auch keine Unsicherheit dargestellt. Das Landgericht hat weiter ausgeführt, die Vereinbarung verstoße auch nicht gegen § 275 BGB, da die Vorschrift nicht das wirtschaftliche Unvermögen des Beklagten, eine andere Sicherheit zu erbringen, schütze. Soweit der Beklagte sich erstmals in der mündlichen Verhandlung auf Vernehmung der Zeuge K und M2 berufen habe, sei der Beweisantrag gemäß §§ 296, 273, 282 ZPO als verspätet zurückzuweisen. Die Klägerin habe gegenüber dem Beklagten des Weiteren einen Anspruch auf Zahlung der vorgerichtlich entstandenen Anwaltskosten aus §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 BGB.

5

Mit der Berufung wiederholt und vertieft der Beklagte seinen erstinstanzlichen Sachvortrag. Er rügt, das Landgericht habe unberücksichtigt gelassen, dass die Parteien nicht in einer stabilen klassischen Lebensgemeinschaft gelebt hätten, sondern in einer "on-/off-Beziehung". Dies sei möglicherweise streitentscheidend, wenn als Rechtsgrundlage für den klägerischen Anspruch § 313 BGB angeführt werde. Das Landgericht hätte insoweit in eine Beweisaufnahme eintreten müssen.

Des Weiteren gehe das Landgericht davon aus, dass er am 17.04.2002 privatschriftlich versichert habe, "für die Zahlung der bei der Volksbank M aufgenommenen Hypothek aufzukommen". Die Erklärung habe er aber nicht unter dem 17.04.2002 abgegeben. Das Datum 17.04.2002 sei manipuliert worden, die Schriftzüge stammten nicht von ihm. Die Erklärung habe im Übrigen nur den Inhalt, dass er die Darlehensraten zahlen werde. Hierzu sei er aber nach dem Darlehnsvertrag ohnehin verpflichtet. Er habe die Erklärung im neuen Haus in der C-Straße im Wohnzimmer unterschrieben, in das sie erst im Juli/August 2002 eingezogen seien.

7

Auch lasse das Landgericht bei der Tatbestandfeststellung außer Acht, dass die Klägerin selbst vortrage, dass sie zum Zeitpunkt der angeblichen vertraglichen Vereinbarungen, der von ihm gegebenen Zusagen und der Grundschuldbestellung genau gewusst habe, dass das mit einem Erbbaurecht zu belastende Grundstück im Eigentum seiner Mutter steht und diese nur selber über das Grundstück und dessen Belastung entscheiden kann. Hätte das Landgericht diesen Sachverhalt in den Tatbestand aufgenommen, wäre es mit Sicherheit zu einer Klageabweisung gelangt. Der von der Klägerin behauptete Anspruch könne nicht auf eine vertragliche Vereinbarung nach § 305 BGB gestützt werden. Da die Klägerin unstreitig gewusst habe, dass das Grundstück, auf dem die Reithalle errichtet werden sollte, im Eigentum der Mutter des Beklagten steht und mit Erbbaurechten belastet ist, stelle es einen eklatanten Rechtsverstoß dar, wenn das Landgericht die Aussage des Zeugen C6, der Beklagte habe sich während des Gesprächs bei ihm im Büro im Jahr 2002 dahingehend geäußert, sobald die Reithalle fertig sei, solle die Grundschuld auf die Reithalle eingetragen werden, stütze. Die Erklärung sei schon wegen eines offensichtlichen Mangels an Ernsthaftigkeit nach § 116 BGB unwirksam. Darüber hinaus sei die Erklärung auf eine unmögliche Leistung gerichtet, da das Reithallengrundstück damals wie heute nicht seiner Verfügungsbefugnis unterliege. Gemäß § 242 BGB - aus den Grundsätzen des widersprüchlichen Verhaltens - habe die Klägerin auf seine Erklärungen nicht vertrauen dürfen. Wenn sie seine fehlende Verfügungsbefugnis gekannt habe, dürfe sie ihn nicht gleichzeitig an seiner Zusage festhalten. Hieran ändere nichts, dass der Zeuge C6 erklärt habe, es sei nicht die Rede davon gewesen, dass der Austausch der Sicherheit nicht ohne weiteres möglich und von der Zustimmung der Mutter abhängig sei. Denn die Klägerin habe schon vor dem Gespräch genau über die Sach- und Rechtslage Bescheid gewusst.

8

Was die Anwendbarkeit des § 275 BGB betreffe, gehe es bei der angeblich von ihm zugesagten Gegenleistung nicht um sein wirtschaftliches Vermögen oder Unvermögen. Vielmehr gehe es darum, ob er die gegebene Sicherheit gegen eine andere Sicherheit austauschen könne. Dies sei angesichts seiner fehlenden Verfügungsbefugnis über das Grundstück der Mutter nicht der Fall. Insoweit wäre es wichtig gewesen, dass das erstinstanzliche Gericht erkannt hätte, dass er nach der Aussage des Zeugen C6 gesagt haben solle, dass sobald die Reithalle fertig sei, die Grundschuld auf die Reithalle eingetragen werden solle. Daraus ergebe sich, dass sich seine Leistungsverpflichtung dahingehend konkretisiert habe, dass er das Reithallengrundstück als Sicherheit gegen die Sicherheit der Klägerin austauschen solle. Dies sei ihm aber unmöglich.

9

Die Klägerin könne sich auch nicht auf die Störung oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB berufen. Es fehle an einer schwerwiegenden Veränderung der Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden seien. Er habe im Zeitpunkt der Grundschuldbestellung durch die Klägerin weder Geld noch Vermögen oder Grundbesitz gehabt, was die Klägerin auch gewusst habe. Auch der Bestand der Beziehung sei kein Umstand, der zur Grundlage des Vertrags geworden sei, da sie eine On-Off-Beziehung geführt hätten. Soweit die Klägerin geglaubt habe, ihr Grundstück könne aus der Haftung entlassen werde und die Beziehung mit ihm Bestand habe, handele es sich lediglich um eine einseitige Erwartung der Klägerin.

Letztlich sei dem Landgericht auch ein prozessualer Fehler unterlaufen. Da der Zeuge C6 im Rahmen seiner Vernehmung einen Sachverhalt vorgetragen habe, der über den Vortrag der Klägerin hinausgehe, hätte ihm (dem Beklagten) zur Stellungnahme auf die Beweisaufnahme und die Äußerung des Zeugen C6 eine Schriftsatzfrist nachgelassen werden müssen. Im klägerischen Vortrag sei nicht dargetan, dass er (der Beklagte) erklärt habe, dass, sobald die Reithalle fertig sei, die Grundschuld auf die Reithalle habe eingetragen werden sollen. Dieser Sachverhalt sei neu und entscheidungserheblich. Er rüge daher die Verletzung rechtlichen Gehörs. Er habe nach der Zeugenvernehmung sofort Antrag auf Vernehmung der Zeugen K und M2 gestellt. Das Landgericht, das den Beweisantrag als verspätet zurückgewiesen habe, habe die §§ 296, 273 und 282 sowie § 285 ZPO falsch angewendet. Im Übrigen müssten die Verhandlung über das Beweisergebnis und die erneute Erörterung des Sach- und Streitstandes aus dem Protokoll ersichtlich sein. Vorliegend ergebe sich dies aus dem Protokoll nicht. 11

Aus dem Erbbaurechtsvertrag vom 20.12.2002 und dem Grundbuchauszug ergebe sich, dass er im Zeitpunkt der Grundschuldbestellung durch die Klägerin kein Grundvermögen gehabt habe. Die Klägerin habe auch die Kostennote des Notars bezahlt. Er habe in das Grundstück der Klägerin in ganz erheblichem Maß Eigenleistungen eingebracht und aus eigenen finanziellen Mitteln Investitionen getätigt. Er habe sämtliche Kosten für die anfallenden Auffüll- und Pflasterarbeiten übernommen. Das aufgenommene Darlehen in Höhe von 100.000,00 € habe nicht ausschließlich der Fertigstellung der Reithalle gedient, sondern von dem Betrag seien auch noch Investitionen in das Grundstück der Klägerin getätigt worden. Da die Klägerin auch ihre eigenen Pferde in der Reithalle habe unterstellen wollen, habe sie auch ein eigenes Interesse am Bau der Reithalle gehabt. Die Motivation der Klägerin, für ihn eine Grundschuld bestellen zu lassen, habe auch darin gelegen, dass sie sich aufgrund der finanziellen Zuwendungen, die er in das Grundstück der Klägerin gesteckt habe, verpflichtet gefühlt habe, ihm sein Reithallenprojekt zu ermöglichen. 12

Er beantragt, 13

das Urteil des Landgerichts Bielefeld, verkündet am 01.07.2001, zugestellt am 21.07.2011, 14
zum Aktenzeichen 7 O 489/10, aufzuheben und nach den Schlussanträgen der ersten
Instanz zu erkennen und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, 15

die Berufung zurückzuweisen. 16

Zweitinstanzlich beantragt sie, 17

den Beklagten zu verurteilen, sie von jeglicher dinglicher und persönlicher Haftung für alle 18
bestehenden, künftigen und bedingten Forderungen der Volksbank M eG aus der

Der Beklagte beantragt, 19

den Antrag zurückzuweisen. 20

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und weist darauf hin, dass sie von dem 21
Beklagten nicht "die Stellung einer anderweitigen Sicherheit" verlangt habe, sondern die
Freistellung von jeglicher dinglicher und persönlicher Haftung. Demgemäß habe sie auch in
der Klageschrift vorgetragen, der Beklagte habe sich vor Zeugen verpflichtet, die von ihr zu
stellende Sicherheit nur so lange in Anspruch zu nehmen, bis die Reithalle fertig gestellt und
die beabsichtigte Erbbaurechtsbestellung erfolgt sei. An irgendwelchen Gesprächen und
Verhandlungen zwischen dem Beklagten und seiner Mutter oder dem Bruder K sei sie nicht
beteiligt gewesen. Was sich im Einzelnen hinter dem Begriff "Erbbaurecht" verberge, sei ihr
nicht bekannt gewesen.

Der Beklagte möge im Übrigen klarstellen, ob seine Willenserklärung einen geheimen 22
Vorbehalt (§ 116 BGB) oder den Mangel der Ernstlichkeit gemäß § 118 BGB in sich getragen
habe. Sie habe seinerzeit weder einen geheimen Vorbehalt gekannt noch habe sie
Anhaltspunkte dafür gehabt, dass der Beklagte seine Willenserklärung nicht ernst meinen
könnte. Soweit der Beklagte meine, seine Willenserklärung sei von Anfang an nichtig, sei er
ihr gegenüber zum Ersatz des Vertrauensinteresses bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses
verpflichtet.

Die Einwendungen des Beklagten zu § 275 ZPO seien nicht durchgreifend. Der von ihr 23
geltend gemachte Anspruch sei nur dann ausgeschlossen, wenn diese für den Beklagten
oder für jedermann unmöglich wäre. Dies sei aber nicht der Fall. Die von ihr begehrte
Freistellung könnte auch dadurch erfolgen, dass der Beklagte das Darlehen bei der
Volksbank ablöst. Dies sei ihm bereits 2007 beim Auslaufen des Darlehensvertrags möglich
gewesen und sei ihm auch zum 30.06.2012 wieder möglich, wenn der aktuelle
Darlehensvertrag ende. Die Volksbank M eG hätte noch im September 2010 als Austausch
für die Sicherheit der Grundschuld das Erbbaurecht mit der aufstehenden Reithalle
akzeptiert. Als der Beklagte aber mit anwaltlichem Schreiben vom 21.09.2010 aufgefordert
worden sei, sie freizustellen, habe er prompt die monatlichen Zahlungen für Zins und Tilgung
des Darlehens eingestellt. Aufgrund dieses Rückstands habe die Volksbank dann eine
entsprechende Grundschuld auf dem Erbbaurecht und dem Grundstück gefordert.

An dem Bau der Reithalle habe sie kein gesteigertes Interesse gehabt, da ihre Pferde von 24
Mai 1997 bis Mai 2002 im Pensionsstall des Landwirts C2 in C gestanden hätten. Das Pferd
"C5" habe nur von Mai 2002 bis Ende 2002 und von Ende Mai 2006 bis Ende 2006 im Stall
des Beklagten gestanden. Angesichts seiner von ihm selbst vorgetragenen finanziellen
Schwierigkeiten im Jahr 2002 sei nicht nachvollziehbar, wie der Beklagte einen fünfstelligen
Betrag zur Finanzierung ihres Hauses habe beisteuern können.

II. 25

Die Berufung ist zulässig, in der Sache jedoch unbegründet. 26

1. Antrag zu 1) 27

28

Die Klägerin kann von dem Beklagten mit Erfolg die Freistellung von jeglicher dinglicher und persönlicher Haftung für alle bestehenden, künftigen und bedingten Forderungen der Volksbank M eG aus der Grundschuldbestellungsurkunde vom 25.04.2002 verlangen.

a) 29

30
Zwar hat die Klägerin in 1. Instanz den Antrag gestellt, den Beklagten zu verurteilen, sie von jeglicher dinglicher Haftung für alle bestehenden, künftigen und bedingten Forderungen der Volksbank M eG aus dem Darlehensvertrag Nummer #### zwischen den Beklagten und der Volksbank zu befreien. Die persönliche und dingliche Haftung der Klägerin wurde allerdings durch die Grundschuldbestellungsurkunde vom 25.04.2002 begründet und zwar zur Sicherung der Ansprüche der Volksbank M eG aus dem mit dem Beklagten unter dem 24.04.2002 geschlossenen Darlehensvertrag. Nach Auffassung des Senats kann der Antrag der Klägerin aufgrund des Sachvortrags der Parteien aber dahingehend ausgelegt werden, dass sie die Freistellung von der persönlichen und dinglichen Haftung aus eben dieser Urkunde begehrt. Dem ist durch die Konkretisierung des Antrages im Senatstermin Rechnung getragen worden.

b) 31

32
Die Klägerin kann von dem Beklagten die begehrte Freistellung gemäß §§ 662, 670 i.V.m. § 257 BGB verlangen

aa) 33

34
Anders als das Landgericht ist der Senat allerdings nicht der Ansicht, dass zwischen den Parteien eine schuldrechtliche Vereinbarung gemäß § 305 BGB geschlossen wurde. Es kann dahin gestellt bleiben, ob § 305 a.F. BGB auf die hier streitgegenständliche Vereinbarung der Parteien überhaupt Anwendung findet, da die von der Klägerin behauptete Abrede erst im Jahr 2002 getroffen worden sein dürfte. Denn die unstreitige Verpflichtung der Klägerin, für das von dem Beklagten bei der Volksbank M eG aufzunehmende Darlehen als Sicherheit eine Grundschuld an dem ihrem Eigentum stehenden Grundbesitz zu bestellen, stellt ein Auftragsverhältnis im Sinne des § 662 BGB dar. Die Klägerin besorgte mit der Bestellung der Grundschuld ein Geschäft des Beklagten und tat dies auch unentgeltlich (vgl. Urteil des BGH v. 17.12.1954, Az.: V ZR 77/53, BeckRS 1954, 31375378; Urteil des BGH v. 05.04.1989, Az.: IVb ZR 35/88, NJW 1989, 1920). Insoweit kann dahingestellt bleiben, ob der in 2. Instanz neue Vortrag des Beklagten, wonach mit dem Darlehensbetrag von 100.000,00 € auch Investitionen in den Grundbesitz der Klägerin getätigt worden seien, gemäß § 531 Abs. 2 i.V.m. § 529 Abs. 1 ZPO überhaupt zuzulassen ist. Denn auch wenn man diesen Vortrag zugrunde legt, besorgte die Klägerin ein Geschäft des Beklagten. Dieser ist Vertragspartner des Darlehensvertrags und die Grundschuld eine von der Volksbank M eG im Zusammenhang mit dem Abschluss des Darlehensvertrags geforderte Sicherheit. Dass die Klägerin – wie der Beklagte behauptet - ein eigenes Interesse an dem Erhalt der Finanzierung gehabt haben mag bzw. an dem Bau der Reithalle, um dort selbst Pferde unterzustellen, steht der Annahme eines Auftrags nicht entgegen (vgl. Urteil des BGH v. 09.02.1955, Az.: VI ZR 286/53, NJW 1955, 785; Sprau in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 662, Rn. 7).

bb) 35

36
Da die Klägerin zur Ausführung des Auftrags gegenüber der Volksbank M mit der Grundschuldbestellung eine eigene Verbindlichkeit – Übernahme der persönlichen und

dinglichen Haftung - eingegangen ist, kann sie von dem Beklagten gemäß § 670 BGB im Rahmen des Anspruchs auf Aufwendungsersatz Befreiung von eben dieser Haftung verlangen.

Einer Kündigung des Auftrags gemäß § 671 BGB bedurfte es nicht. Denn wie das Landgericht in dem angefochtenen Urteil ausgeführt hat, hat der Zeuge C6 bestätigt, dass der Beklagte sich im Rahmen der Grundschildbestellung durch die Klägerin verpflichtet habe, die von der Klägerin gestellte Sicherheit nur bis zur Fertigstellung der Reithalle in Anspruch zu nehmen. Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich insoweit um eine auflösende Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 2 BGB handelt oder eine Zeitbestimmung im Sinne des § 163 BGB. Denn selbst wenn die Fertigstellung der Reithalle von den Parteien als Endtermin für die Zurverfügungstellung der Grundschild bestimmt worden wäre, würden auch in diesem Fall gemäß § 163 BGB die für die auflösende Bedingung geltenden Vorschriften der §§ 158, 160, 161 BGB entsprechende Anwendung finden. In jedem Fall konnte die Klägerin mit Fertigstellung der Reithalle die begehrte Haftungsfreistellung als Aufwendungsersatz verlangen. 37

Gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb einer erneute Feststellung gebieten. Derartige Anhaltspunkte hat der Beklagte nicht vorgetragen. 38

Der Beklagte rügt ohne Erfolg Verfahrensfehler des Landgerichts im Zusammenhang mit der Beweisaufnahme. 39

Der Auffassung des Beklagten, der Zeuge C6 habe im Rahmen seiner Vernehmung einen Sachverhalt vorgetragen, der über den Vortrag der Klägerin hinausgehe, weshalb ihm (dem Beklagten) für eine Stellungnahme zur Beweisaufnahme und zur Äußerung des Zeugen C6 eine Schriftsatzfrist hätte nachgelassen werden müssen, vermag der Senat sich nicht anzuschließen. Dass im klägerischen Vortrag nicht dargetan sei, dass er (der Beklagte) erklärt habe, dass, sobald die Reithalle fertig sei, die Grundschild auf die Reithalle habe eingetragen werden sollen, ist nicht zutreffend. Eine auf die Reithalle einzutragende Grundschild wird u.a. auch in dem anwaltlichen Schreiben der Klägerin vom 21.09.2010 angesprochen (Bl. 14 GA). Dort heißt es, der Beklagte habe mit dem Zeitpunkt der Fertigstellung der Reithalle der Klägerin zugesagt, die Verbindlichkeiten bei der Volksbank M eG anderweitig, nämlich am Grundstück, auf dem die Reithalle errichtet wurde, abzusichern. Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, warum der Beklagte Fragen an den Zeugen nicht sofort hätte stellen können. Das Nachreichen einer schriftlichen Beweiswürdigung kann grundsätzlich nicht beansprucht werden. Nur wenn die sofortige Verhandlung über das Beweisergebnis nicht zumutbar ist, ist Gelegenheit zur nachträglichen Stellungnahme in angemessener Frist zu geben (vgl. Greger in: Zöller, ZPO, 28. Aufl. 2012, § 285, Rn. 2). Der Beklagte legt nicht dar, aufgrund welcher besonderen Umstände er nicht sofort habe Stellung nehmen können. 40

Der Beklagte rügt des Weiteren ohne Erfolg, dass die Verhandlung über das Beweisergebnis und die erneute Erörterung des Sach- und Streitstandes nicht aus dem Protokoll ersichtlich seien. Gemäß § 279 Abs. 3 ZPO hat das Gericht im Anschluss an die Beweisaufnahme erneut den Sach- und Streitstand und, soweit bereits möglich, das Ergebnis der Beweisaufnahme mit den Parteien zu erörtern. Vorliegend hat das Landgericht ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 01.07.2011 aber offenbar im Anschluss an die Vernehmung des Zeugen C6 nur die Anträge stellen lassen (Bl. 109 GA). Damit ist zwar 41

zunächst von einem Verfahrensfehler auszugehen (vgl. Greger in: Zöller, a.a.O., § 279, Rn. 8). Auch hat das Landgericht seine Entscheidung ausdrücklich auf die Aussage des Zeugen gestützt hat. Ein solcher Verfahrensfehler kommt aber dann nicht zum Tragen, wenn das Beruhen des Urteils hierauf ausgeschlossen ist (vgl. Urteil des BGH v. 24.11.1958, Az.: VI ZR 200/58, BeckRS 1969, 31388070; Urteil des BGH v. 26.04.1989, Az.: I ZR 220/87, NJW 1990, 121). Vor diesem Hintergrund müsste der Beklagte vortragen, was er im Rahmen der Erörterung des Beweisergebnisses noch hätte vorbringen wollen (vgl. Greger in: Zöller, ZPO, a.a.O., § 279, Rn. 6; Foerste in: Musielak, ZPO, 8. Aufl. 2011, § 285, Rn. 3). Hieran fehlt es.

Soweit der Beklagte meint, sein Beweisantrag zur Vernehmung der Zeugen K und M2 sei rechtsfehlerhaft zurückgewiesen worden, steht dies mit dem gerügten Verfahrensfehler eines Verstoßes gegen § 279 Abs. 3 i.V.m. § 285 Abs. 1 ZPO nicht in Zusammenhang. Denn der Beweisantrag wurde gestellt und zwar direkt zu Beginn der mündlichen Verhandlung und noch vor der Zeugenvernehmung. Die Behauptung, zu der die Zeugen benannt wurden, nämlich dass die Klägerin von Anfang an gewusst habe, dass ein Austausch der Sicherheit über das Erbbaurecht so nicht möglich wäre, ist jedoch unsubstantiiert. Denn der Beklagte legt nicht dar, wann die Klägerin über welche Umstände aufgeklärt worden sein soll. Auch ist der Beweisantrag nach Auffassung des Senats zu Recht als verspätet zurückgewiesen worden. Gemäß § 296 Abs. 2 ZPO können Angriffs- und Verteidigungsmittel, die entgegen § 282 Abs. 1 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht oder entgegen § 282 Abs. 2 ZPO nicht rechtzeitig mitgeteilt werden, zurückgewiesen werden, wenn ihre Zulassung nach der freien Überzeugung des Gerichts den Rechtsstreit verzögern würde und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht. Gemäß § 282 Abs. 1 ZPO hat jede Partei nun der mündlichen Verhandlung ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere auch Beweismittel, so rechtzeitig vorzubringen, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht. Es ist nicht ersichtlich, warum der Vortrag des Beklagten nebst Beweistritt nicht bereits mit der Klageerwiderung erfolgen konnte. Auch der Schriftsatz vom 27.06.2011 enthält keinen entsprechenden Beweistritt (Bl. 84 ff. GA). Die Zulassung des Beweistritts hätte zu einer Verzögerung geführt, da ein neuer Beweistermin hätte anberaumt werden müssen.

42

cc)

43

Der Senat vermag dem Beklagten auch nicht darin zu folgen, dass seine Erklärung schon wegen eines offensichtlichen Mangels an Ernsthaftigkeit nach § 116 BGB unwirksam sei. Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Mangel der Ernstlichkeit in § 118 BGB geregelt ist und in § 116 BGB der geheime Vorbehalt.

44

Ein Fall des § 118 BGB liegt nach Auffassung des Senats nicht vor. Gemäß § 118 BGB ist eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt, nichtig. Dazu, dass er subjektiv der Ansicht gewesen sei, die mangelnde Ernstlichkeit seiner Erklärung werde erkannt, hat der Beklagte nicht substantiiert vorgetragen. Wie bereits ausgeführt, fehlt substantiierter Vortrag des Beklagten dazu, wann die Klägerin darüber aufgeklärt worden sein soll, dass der Austausch der Sicherheit über das Erbbaurecht nicht möglich sei. Gegen einen Mangel der Ernstlichkeit spricht auch die Aussage des Zeugen C6. Denn wenn die Parteien den Steuerberater C6 aufsuchten und mit diesem ein Gespräch über die Absicherung eines Darlehens durch Bestellung einer Grundschuld an dem Grundbesitz der Klägerin führten und dieser der Klägerin noch zur schriftlichen Absicherung der getroffenen Vereinbarung riet, konnte der Beklagte nicht davon ausgehen, dass die Klägerin den Mangel der Ernstlichkeit seiner Erklärung nicht verkennen würde.

45

Auch ein Fall des § 116 BGB kann nicht festgestellt werden. Zunächst ist gemäß § 116 Satz 1 BGB eine Willenserklärung nicht bereits deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen (sog. geheimer Vorbehalt). Gemäß Satz 2 ist die Erklärung nur dann nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt (sog. durchschauter Vorbehalt). Der Beklagte hat weder zu einem Vorbehalt noch zu der Kenntnis der Klägerin hiervon vorgetragen. 46

c) 47

Ohne Erfolg rügt der Beklagte weiter, die begehrte Leistung sei ihm unmöglich und er daher von der Leistung frei (§ 275 BGB). Die Unmöglichkeit bezieht der Beklagte darauf, dass es ihm unmöglich sei, die von der Klägerin bestellte Grundschuld gegen eine andere Sicherheit auszutauschen, insbesondere die Belastung des Erbbaurechts nicht möglich sei und von der Volksbank M eG auch nicht akzeptiert werde. 48

Möglich ist die Belastung des Erbbaurechts mit einer Grundschuld (vgl. Rapp in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2009, § 18 ErbbauRG, Rn. 2 ff.). Das aufgrund des Erbbaurechts errichtete Bauwerk – hier die Reithalle - gilt als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts (§ 12 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG). Die Belastung des Erbbaurechts zum Zwecke des Austausches gegen die von der Klägerin bestellte Grundschuld scheitert vorliegend nicht an der fehlenden Zustimmung der Mutter des Beklagten als Grundstückseigentümerin. Denn ausweislich § 15.1 des nun zweitinstanzlich vorgelegten Erbbaurechtsbestellungsvertrag vom 20.12.2002 (UR-Nr. 1064/2002, Notar I4 in I3) hat die Mutter des Beklagten der einmaligen Belastung des Erbbaurechts mit Grundpfandrechten in Höhe bis zu insgesamt 100.000,00 € nebst üblicher Zinsen und Nebenleistungen bereits zugestimmt (vgl. Bl. 260 GA). Derzeit steht einem solchen Austausch der Sicherheiten allein entgegen, dass die Volksbank M eG die Belastung des Erbbaurechts mit einem Grundpfandrecht nicht mehr für ausreichend erachtet, um einem Sicherheitentausch zustimmen zu können. Wie der Beklagte in seiner Anhörung vor dem Senat angegeben hat, verlangt die Volksbank M eG nun eine Grundschuld "auf den kompletten Betrieb". 49

Die Freistellung ist jedoch nicht nur durch den Austausch der Sicherheiten, insbesondere die Belastung des Erbbaurechts, möglich, sondern auch dadurch, dass der Beklagte das Darlehen ablöst, mit der Folge, dass die Volksbank M eG die von der Klägerin bestellte Grundschuld mit Entfallen des Sicherungszwecks zurückzugewähren hat. Die Feststellung, dass es dem Willen der Parteien entsprochen habe, dass der Beklagte die Freistellung nur bewirken muss, wenn dies durch Belastung des Erbbaurechts mit einer Grundschuld möglich, lässt sich - wie bereits dargestellt - nach dem Sachvortrag der Parteien und dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht treffen. 50

II. Antrag zu 2) 51

Nach dem zu Ziffer I Gesagten besteht ein Anspruch der Klägerin auf Haftungsfreistellung mit der Folge, dass auch der Anspruch auf Ersatz der Rechtsanwaltskosten – wie das Landgericht zu Recht erkannt hat - gemäß §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB begründet ist. 52

III. 53

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 54

55

Der Senat hat die Frage der Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO geprüft und hiervon abgesehen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch eine Entscheidung des Revisionsgerichts zum Zwecke der Rechtsfortbildung oder zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung veranlasst ist.
