



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

V ZR 148/12

Verkündet am:  
14. Juni 2013  
Langendörfer-Kunz  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 2013 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann und die Richter Dr. Lemke, Prof. Dr. Schmidt-Räntsch, Dr. Czub und Dr. Kazele

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 4. Juni 2012 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 In notarieller Urkunde vom 18. Juli 1974 bestellte die Klägerin der C. AG zu Lasten eines ihr gehörenden Grundstücks eine jederzeit fällige Grundschuld über 850.000 DM nebst Zinsen, verbunden mit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das Grundstück. Die C. trat das Recht am 7. Juli 1988 an die D. AG ab. Auf diese wurde die Vollstreckungsklausel am 22. Oktober 2003 umgeschrieben.
- 2 Am 3. April 2000 vereinbarte die Klägerin mit der D. AG eine Zweckbestimmung für die Grundschuld, nach welcher diese mehrere Kredite sicherte, u.a. einen Vorfinanzierungskredit von 35 Mio. DM einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter die Klägerin und ihr Ehemann waren.

Zwischen dem 2. Oktober 2003 und dem 16. Juni 2004 kündigte die D.

AG gegenüber der Klägerin und deren Ehemann sämtliche Kreditverhältnisse. Am 11. März 2005 trat sie die Grundsuld und die Rechte aus den Kreditverhältnissen an die S.

GmbH ab. Die Abtretung der Grundsuld wurde in das Grundbuch eingetragen. Am 28. April 2006 trat die S.

GmbH die Grundsuld an die Beklagte ab; die Abtretung wurde am 16. November 2007 in das Grundbuch eingetragen. In den Sicherungsvertrag zwischen der Klägerin und der D.

AG trat die Beklagte damals nicht ein. Am 26. Februar 2007 erhielt die Beklagte eine auf sie umgeschriebene vollstreckbare Ausfertigung der Grundsuldbestellungsurkunde zum Zweck der Zwangsvollstreckung.

3

Die Vollstreckungsabwehrklage der Klägerin ist in den Tatsacheninstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit Urteil vom 3. Dezember 2010 (V ZR 200/09, BKR 2011, 291) hat der Senat das erste Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. In dem zweiten Berufungsverfahren hat die Klägerin beantragt, unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Zwangsvollstreckung aufgrund der zu der Grundsuldbestellungsurkunde am 26. Februar 2007 erteilten Vollstreckungsklausel für unzulässig zu erklären. Das Oberlandesgericht hat die Berufung erneut zurückgewiesen. Auch diese Entscheidung hat der Senat aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (Urteil vom 27. Januar 2012 - V ZR 92/11, ZfIR 2012, 251 [Leitsätze]). In dem dritten Berufungsverfahren hat die Klägerin erneut beantragt, die Zwangsvollstreckung aufgrund der Vollstreckungsklausel für unzulässig zu erklären. Ihren zunächst ebenfalls gestellten Hilfsantrag, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 18. Juli 1974 für unzulässig zu erklären, hat sie zurückgenommen. Dem hat die Beklagte nicht zugestimmt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung wiederum zurückgewiesen.

- 4 Mit der von ihm zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin den Hauptantrag und den Hilfsantrag weiter. Zugleich hat sie Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt, soweit das Oberlandesgericht die Revision nicht zugelassen hat. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Rechtsmittel.

Entscheidungsgründe:

I.

- 5 Das Berufungsgericht hält die Klauselgegenklage für unbegründet. Die Voraussetzungen für die Erteilung der die Beklagte als neue Grundschuldgläubigerin ausweisenden Vollstreckungsklausel hätten am Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz vorgelegen. Die Beklagte habe die Grundschuld im Wege der Abtretung erworben. Sie sei auch in den zwischen der Klägerin und der D. AG abgeschlossenen Sicherungsvertrag eingetreten. Denn sie habe der Klägerin unwiderruflich den Beitritt zu dem Vertrag angeboten; deren Weigerung, dieses Angebot anzunehmen, verstoße gegen Treu und Glauben.

- 6 Die Vollstreckungsabwehrklage hält das Berufungsgericht ebenfalls für unbegründet. Die Abtretungen der Darlehensforderungen seien wegen deren hinreichender Bestimmtheit wirksam. Das Erlöschen der durch die Grundschuld gesicherten Forderungen habe die Klägerin nicht bewiesen. Das erstmals in der Berufungsinstanz erfolgte Bestreiten des Zugangs der von der D. AG ausgesprochenen Kündigungen der Kreditverhältnisse sei wegen Verspätung nicht zuzulassen. Die D. AG habe der Klägerin eine Nachfrist zur Zahlung der Darlehensforderungen gesetzt und die Verwertung der Grundschuld rechtzeitig angedroht.

II.

7 Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

8 1. Die Revision ist insgesamt statthaft (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

9 a) In dem Tenor des angefochtenen Urteils hat das Berufungsgericht die Revision unbeschränkt zugelassen. Am Ende der Entscheidung heißt es, dass die Revision zuzulassen sei, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung habe und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Frage des Eintritts der Beklagten als Vollstreckungsgläubigerin in den Sicherungsvertrag zwischen der Klägerin und der D.

AG erfordere. Damit hat das Berufungsgericht ersichtlich keine Beschränkung der Revisionszulassung aussprechen, sondern die Zulassung begründen wollen, zumal sich die Frage des Eintritts der Beklagten in den Sicherungsvertrag sowohl bei der Entscheidung über den Hauptantrag als auch bei der Entscheidung über den Hilfsantrag stellt (vgl. Senat, Urteil vom 11. Mai 2012 - V ZR 193/11, NJW 2012, 2648, 2649 Rn. 5).

10 b) Aus der unbeschränkten Revisionszulassung folgt, dass die von der Klägerin (vorsorglich) eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde gegenstandslos ist (BGH, Beschluss vom 1. März 2010 - II ZR 249/08, WM 2010, 1367 Rn. 1; Beschluss vom 24. Juli 2008 - VII ZR 205/07, juris).

11 2. Die Revision hat keinen Erfolg.

12 a) Zu Recht hält das Berufungsgericht die Klauselgegenklage (§ 768 ZPO) für unbegründet. Die Klägerin muss sich so behandeln lassen, als sei die Beklagte in den am 3. April 2000 abgeschlossenen Sicherungsvertrag eingetreten und als habe diese damit die vereinbarten Verpflichtungen des Sicherungs-

nehmers übernommen mit der Folge, dass die ihr erteilte Vollstreckungsklausel wirksam ist.

- 13           aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld aus einer formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung des Schuldners nur dann gegen diesen vorgehen, wenn er in den zwischen dem Schuldner und dem Zedenten abgeschlossenen Sicherungsvertrag eingetreten ist (Urteil vom 30. März 2010 - XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133, 148 ff. Rn. 34 ff.). Wie sich dieser „Eintritt“ rechtlich vollziehen kann, hat der Senat in seiner Entscheidung vom 11. Mai 2012 ausgeführt (V ZR 237/11, NJW 2012, 2354, 2355 Rn. 7 ff.). Danach ist der Übergang der Rechte aus einer Vollstreckungsunterwerfung im Wege der Vertragsübernahme, des Schuldbeitritts, des Abschlusses eines Vertrags zwischen dem Zessionar und dem Zedenten zugunsten des Sicherungsgebers oder durch vergleichbare Vereinbarungen möglich. Die Einwendung, die Unterwerfungserklärung erstrecke sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld und der Zessionar sei nicht in die treuhänderische Bindung eingetreten, kann der Schuldner mit der Klage nach § 768 ZPO geltend machen (BGH, Beschluss vom 29. Juni 2011 - VII ZB 89/10, BGHZ 190, 172, 173, 184 f. Rn. 30).
- 14           bb) Da sich die Beklagte nicht darauf beruft, Vereinbarungen mit der D.           AG hinsichtlich des „Eintritts“ in den Sicherungsvertrag getroffen zu haben, scheidet eine Vertragsübernahme, die der Zustimmung aller Beteiligten bedarf (Senat, Urteil vom 11. Mai 2012 - V ZR 237/11, NJW 2012, 2354, 2355 Rn. 7; BGH, Urteil vom 20. April 2005 - XII ZR 29/02, NJW-RR 2005, 958, 959), somit auch der Klägerin, ebenso aus wie ein Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) zwischen der D.           AG und der Beklagten. Es bleibt die Möglichkeit eines Schuldbeitritts, der durch Vertrag zwischen dem die Schuld Übernehmenden und dem Gläubiger, hier also zwischen der Beklagten und der

Klägerin, herbeigeführt werden kann. Rechtsfolge ist, dass die Beklagte neben die D. AG tritt und die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag gegenüber der Klägerin mit übernimmt. Auf dieselbe Weise, also ebenfalls durch Vertrag zwischen der Beklagten und der Klägerin, kann eine Schuldübernahme vereinbart werden (§ 414 BGB), die zu einem Schuldnerwechsel führt; die Beklagte tritt hinsichtlich der Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag an die Stelle der D. AG. Auch dadurch wird der mit dem „Eintritt“ des Zessionars in den Sicherungsvertrag bezweckte Schutz des Schuldners (dazu BGH, Urteil vom 30. März 2010 - XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133, 141 f. Rn. 24) erreicht (Knops, WM 2010, 2063, 2066). Der neue Schuldner (Grundsuldgläubiger) ist verpflichtet, die Sicherungsvereinbarung einzuhalten. Er ist wie der bisherige Grundsuldgläubiger insbesondere verpflichtet, die Sicherungsgeberin aus der Grundsuld nicht über den Grundsuldbetrag nebst Zinsen und Nebenleistung hinaus in Anspruch zu nehmen sowie nach Befriedigung der durch den Sicherungsvertrag gesicherten Ansprüche die Grundsuld nebst Zinsen und Nebenrechten sowie die abgetretenen Rückgewähransprüche und die sonstigen Rechte nach Weisung der Sicherungsgeberin freizugeben (3. (4) und 4. (1) des Sicherungsvertrags).

15 cc) Schuldbeitritt oder Schuldübernahme wurden nicht bereits durch die Erklärung der Beklagten vom 10. März 2011, sie trete in den Sicherungsvertrag ein und übernehme alle Verpflichtungen der bisherigen Sicherungsgläubigerin, bewirkt. Denn beides erfordert einen Vertrag zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger, also zwischen der Beklagten und der Klägerin. Einen solchen Vertrag haben die Parteien zwar nicht geschlossen. Aber die Beklagte hat der Klägerin in dem Schriftsatz vom 18. April 2012 unwiderruflich den „Beitritt“ zu dem Sicherungsvertrag angeboten. Zusammen mit dem übrigen Inhalt dieses Schriftsatzes und mit der Erklärung vom 10. März 2011 ergibt sich daraus die Absicht der Beklagten, mit der Klägerin einen Schuldbeitritt oder eine Schuld-

übernahme zu vereinbaren. Dieses Angebot durfte die Klägerin nicht, wie jedoch geschehen, ablehnen.

16 (1) Zwar steht das Recht der Zurückweisung des Angebots regelmäßig in ihrem Belieben, weil niemandem ein Vertragsschluss aufgezwungen werden kann. Eine Ausnahme hiervon gilt aber dann, wenn die Grundschuld nach dem Eintritt des Sicherungsfalls im Wege der freihändigen Verwertung übertragen werden darf (Clemente, ZfIR 2010, 441, 446). Denn mit der Abtretung der Grundschuld wird nicht nur der Erwerb des Rechts durch den neuen Gläubiger bezweckt, sondern auch dessen Eintritt in die Vollstreckungsunterwerfung (Senat, Urteil vom 11. Mai 2012 - V ZR 237/11, NJW 2012, 2354, 2356 Rn. 21). Den darf der Sicherungsgeber grundsätzlich nicht vereiteln.

17 (2) Die Weigerung der Klägerin, das Angebot zur Vereinbarung eines Schuldbeitritts oder einer Schuldübernahme anzunehmen, verstößt gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB).

18 (a) Anders als sie meint, verhält sich die Klägerin in zu missbilligender Weise widersprüchlich. Denn einerseits hat sie sich bei der Bestellung der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen und sodann im Voraus der freihändigen Verwertung des Rechts durch Abtretung ohne ihre Zustimmung - unter bestimmten, hier eingehaltenen Voraussetzungen - zugestimmt (3. (3) des Sicherungsvertrags). Damit hat sie für jeden Zessionar einen Vertrauenstatbestand dahingehend geschaffen, dass er aus der Unterwerfungsklausel vorgehen kann. Andererseits will sie nunmehr verhindern, dass die Beklagte als neue Gläubigerin das erworbene Recht unter denselben Voraussetzungen und in demselben Umfang wie die ursprüngliche Gläubigerin durchsetzen kann.



- 19 (b) Fehlt der Einwand der Klägerin, ihr könne es nicht zum Nachteil gereichen, wenn sie sich weigere, einen Vertrag mit einem ihr unbekanntem Grundschuldgläubiger zu schließen, zu dem kein Vertrauensverhältnis bestehe. Diese Überlegung mag zutreffen, wenn der Sicherungsgeber nicht im Voraus einer Abtretung der Grundschuld nach dem Eintritt des Sicherungsfalls zugestimmt hat (so Clemente, ZfIR 2010, 441, 446; Knops, WM 2010, 2063, 2066). Für den hier vorliegenden Fall der vorherigen Zustimmung trifft sie jedoch nicht zu. Denn mit der Zustimmung gibt der Sicherungsgeber zu erkennen, dass er keine in der Person des neuen Gläubigers begründeten Einwände erheben wird, wenn dieser denselben sicherungsvertraglichen Bindungen unterliegt wie der ursprüngliche Gläubiger.
- 20 (c) Ebenfalls erfolglos bleibt der von dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erhobene Einwand, die Beklagte könne den Eintritt in den Sicherungsvertrag durch den Abschluss eines Vertrags zu Gunsten Dritter herbeiführen und sei deshalb nicht auf die Mitwirkung der Klägerin angewiesen. Auf diesen Weg muss sich die Beklagte nicht verweisen lassen. Denn die Klägerin hat sich gegenüber jedem Grundschuldgläubiger, der die Pflichten aus dem Sicherungsvertrag einhält, der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Sie verhält sich widersprüchlich, wenn sie einem Gläubiger, der - wie die Beklagte - die Pflichten aus dem Sicherungsvertrag übernehmen will, den gewählten rechtlichen Weg der Übernahme mit dem Hinweis auf einen anderen rechtlich möglichen Weg versperren will.
- 21 (d) Entgegen der Ansicht der Klägerin wird sie keinem unzulässigen Kontrahierungszwang unterworfen. Es geht hier nicht um ihre Verpflichtung, mit der Beklagten einen Schuldbeitritts- oder Schuldübernahmevertrag abzuschließen, sondern darum, ob sie sich auf das Fehlen eines solchen Vertrags berufen kann.

- 22 (e) Der „Eintritt“ in den Sicherungsvertrag ist eine Vollstreckungsbedingung (BGH, Beschluss vom 29. Juni 2011 - VII ZB 89/10, BGHZ 190, 172, 178 Rn. 17) und nicht, wie die Klägerin meint, eine Rechtsbedingung. Folge des Verstoßes gegen Treu und Glauben ist somit, dass sich die Klägerin so behandeln lassen muss, als sei die Bedingung eingetreten (§ 162 Abs. 1 BGB analog), also als habe die Beklagte - neben (Schuldbeitritt) oder an Stelle (Schuldübernahme) der D. AG (zu den dogmatischen Schwächen beider Rechtsinstitute s. Bork, WM 2010, 2057, 2059 f.) - die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag gegenüber der Klägerin übernommen.
- 23 b) Ebenfalls zu Recht sieht das Berufungsgericht die mit dem Hilfsantrag erhobene Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) als unbegründet an. Einwendungen aus den durch die Grundschuld gesicherten Darlehensverhältnissen kann die Klägerin der Beklagten zwar entgegenhalten. Denn diese muss sich in dem Verfahren nach § 767 ZPO ebenfalls so behandeln lassen, als sei sie in den Sicherungsvertrag eingetreten. Aber die Einwendungen der Klägerin haben keinen Erfolg.
- 24 aa) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Klage zulässig. Eine rechtskräftige Entscheidung über den Anspruch ist bis zur letzten mündlichen Verhandlung in dem dritten Berufungsverfahren nicht ergangen. Der Senat hat das erste Berufungsurteil, mit welchem die Vollstreckungsabwehrklage abgewiesen worden war, insgesamt und nicht nur hinsichtlich der ebenfalls erhobenen prozessualen Gestaltungsklage (§ 767 ZPO analog) aufgehoben. Eine eigene Entscheidung über die Vollstreckungsabwehrklage hat er nicht getroffen. Gegenstand des zweiten Berufungsverfahrens war diese Klage nicht, so dass es insoweit nach wie vor an einer rechtskräftigen Entscheidung fehlte. Die Klägerin war deshalb nicht gehindert, die Vollstreckungsabwehrklage in dem dritten Berufungsverfahren zu erheben.

- 25           bb) Anders als die Beklagte meint, scheidet der Erfolg der Klage auch nicht an der Regelung in § 767 Abs. 3 ZPO. Danach muss der Schuldner zwar in einer von ihm erhobenen Vollstreckungsabwehrklage alle Einwendungen geltend machen, zu deren Erhebung er imstande ist; eine neue Klage kann er mit solchen Einwendungen nicht begründen. Aber mit diesen Einwendungen ist er nur dann ausgeschlossen, wenn über die frühere Vollstreckungsabwehrklage in der Hauptsache entschieden wurde. Fehlt es an einer solchen Entscheidung, weil die Klage zurückgenommen wurde, werden durch § 767 Abs. 3 ZPO Einwendungen nicht ausgeschlossen (BGH, Urteil vom 28. Mai 1991 - IX ZR 181/90, NJW 1991, 2280, 2281). So verhält es sich hier. Die Klägerin hat nach der Aufhebung des ersten Berufungsurteils, mit dem über die Klage entschieden worden war, in dem zweiten Berufungsverfahren die zunächst erhobene Vollstreckungsabwehrklage fallen gelassen und im Weg der Klageänderung ausschließlich die Klauselgegenklage verfolgt. Sie konnte deshalb in dem dritten Berufungsverfahren zur Begründung der Vollstreckungsabwehrklage alle Einwendungen erheben, auch wenn sie sie bereits in dem ersten Berufungsverfahren vorgebracht hatte.
- 26           cc) Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe die durch die Grundschuld gesicherten Darlehensforderungen erworben, die Kreditverhältnisse seien von der D.           AG zwischen Oktober 2003 und Juni 2004 wirksam gekündigt worden und diese habe die Verwertung der Grundschuld rechtzeitig angedroht, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Klägerin erhebt insoweit auch keine Einwände.
- 27           dd) Sie rügt jedoch, dass das Berufungsgericht ihren Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt habe, indem es den von ihr benannten Zeugen B.           nicht zu ihrer Behauptung vernommen habe, die D.

AG sei hinsichtlich der gesicherten Darlehensforderungen bereits im Dezember 2004 vollständig befriedigt worden.

28 Die Rüge hat keinen Erfolg. Die Klägerin hat sich zunächst zum Beweis der Richtigkeit der Behauptung auf diverse Schreiben der D. AG berufen, die das Berufungsgericht gewürdigt hat. Rechtsfehler sind ihm dabei nicht unterlaufen. Insbesondere hat es keine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung vorgenommen. Denn den Zeugen hat die Klägerin erst in dem Schriftsatz vom 7. Mai 2012 dafür benannt, dass „sämtliche Verbindlichkeiten der Klägerin gegenüber der D. AG getilgt sind, wozu auf das bisherige Vorbringen der Klägerin unter Einschluss des Beweisanerbietens Bezug genommen wird“. Die Klägerin hätte jedoch darlegen müssen, wann welche Kredite getilgt worden sind. Solcher Tatsachenvortrag fehlt. Das Beweisangebot „Zeugenvernehmung“ kann ihn nicht ersetzen. Die von der Klägerin in der Revisionsbegründung vertretene Ansicht, nach den Einzelheiten der Kredittilgungen sei bei der Vernehmung des benannten Zeugen zu fragen, läuft auf das Ersetzen des fehlenden Tatsachenvortrags durch die Aussage des Zeugen und damit auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis hinaus.

III.

29 Nach alledem bleibt die Revision erfolglos und ist deshalb mit der auf § 97 Abs. 1 ZPO beruhenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Stresemann

Lemke

Schmidt-Räntsch

Czub

Kazele

Vorinstanzen:

LG Dortmund, Entscheidung vom 06.11.2008 - 12 O 109/08 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 04.06.2012 - I-5 U 42/09 -