

Boeckh | Gietl | Längsfeld | Raab-Gaudin | Rappert

Klausurtraining

Die Assessor-Klausur im Zivilrecht

3. Auflage



Nomos

NOMOSREFERENDARIAT

Dr. Walter Boeckh | Dr. Andreas Gietl
Dr. Alexander M.H. Längsfeld
Ursula Raab-Gaudin | Dr. Klaus Rappert

Klausurtraining

Die Assessor-Klausur im Zivilrecht

3. Auflage



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6258-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-0366-6 (ePDF)

3. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort zur 3. Auflage

Das „Klausurtraining“ ist speziell auf die Bedürfnisse von Rechtsreferendaren abgestimmt und stellt einen wesentlichen und unentbehrlichen Baustein für eine optimale Examensvorbereitung dar. Das Buch liefert einen Querschnitt der gängigen Klausurtypen. Angefangen beim vollständigen erstinstanzlichen Urteil, weiter über die Schriftsätze des Anwalts zur Klage, Klageerwidern und Berufung bis hin zur anwaltlichen Beratungstätigkeit. Die Lösungen der Fälle sind dabei so vollständig ausformuliert, wie es im Examen erwartet wird.

Im materiellen Recht stehen klassisch schuldrechtliche und sachenrechtliche Fälle neben solchen aus den spezielleren Materien des Miet-, Erb- und Gesellschaftsrechts. Schließlich wird auch die in einigen Bundesländern besonders klausurträchtige Materie des Verkehrsunfallrechts behandelt. Die ausgewählten materiellen und prozessualen Themen sind von der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung inspiriert. Sie bieten einen Überblick, der einerseits häufig geprüfte „Standardkonstellationen“, andererseits aber auch schwierigere Fragestellungen, die eigenständiges Denken erfordern, enthält.

Alleinstellungsmerkmal des Werkes sind die sowohl beim Sachverhalt als auch bei der Lösung in einer Marginalspalte angebrachten zahlreichen erläuternden Hinweise zur Klausurtechnik und Klausurtaktik samt Warnung vor typischen Fehlerquellen, womit sich ein allgemeiner – und daher notgedrungen theoretischer und nicht fallbezogener – einführender Überblick zur Klausurtechnik erübrigt. Damit wird dem Leser nicht nur eine Lösung, sondern vor allem der Weg zu dieser unter Umgehung möglicher „Klausurfallen“ aufgezeigt.

Die Autoren RiBayObLG Raab-Gaudin, Rechts- und Regionalreferent Dr. Boeckh und VRiLG Dr. Rappert waren langjährige hauptamtliche Arbeitsgemeinschaftsleiter für Rechtsreferendare im Zivilrecht und sind seit vielen Jahren Prüfer und Ersteller von Klausuren im Ersten und Zweiten Staatsexamen. Sie konnten so ihre besondere Erfahrung in der Ausbildung des juristischen Nachwuchses in das Werk einbringen. Der Autor RiAG Dr. Gietl ist Prüfer im Ersten Juristischen Staatsexamen, leitet nebenamtlich Arbeitsgemeinschaften für Rechtsreferendare und ist seit mehreren Jahren in der universitären Ausbildung in Regensburg tätig. RA Dr. Längsfeld verfügt aufgrund seiner früheren Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Regensburg und durch seine Berufserfahrung über hohe fachliche Kompetenz bei der Erstellung und Lösung von Klausuren, insbesondere im kautelarjuristischen Bereich.

Die 3. Auflage, für die die Klausurfälle vollständig durchgesehen und im Hinblick auf die neueste Rechtsprechung und Ausbildungsliteratur überarbeitet und ergänzt wurde, befindet sich auf dem Stand September 2020.

Den Autoren sind konstruktive kritische Anmerkungen jederzeit willkommen.

Regensburg, München und Passau, im September 2020

Walter Boeckh
Andreas Gietl
Alexander M. H. Längsfeld
Ursula Raab-Gaudin
Klaus Rappert

Inhalt

Klausur Nr. 1 – Urteil mit Tatbestand und Nebenentscheidungen	9
Aktenauszug	9
Lösungsvorschlag	21
Klausur Nr. 2 – Vollständiges Endurteil des Landgerichts ohne Tatbestand und Nebenentscheidungen	44
Aktenauszug	44
Lösungsvorschlag	56
Klausur Nr. 3 – Berufungseinlegung und -begründung	73
Aktenauszug	73
Lösungsvorschlag	89
Klausur Nr. 4 – Berufungseinlegung und -begründung (Schriftsatz an das Gericht und Mandantenschreiben)	102
Sachverhalt	102
Lösungsvorschlag	112
Klausur Nr. 5 – Klageerwiderung und Drittwiderklage	133
Sachverhalt	133
Lösungsvorschlag	144
Klausur Nr. 6 – Erstinstanzliches Urteil ohne Tatbestand zur Drittwiderspruchsklage	168
Aktenauszug	168
Lösungsvorschlag	179
Klausur Nr. 7 – Klageschrift (Vollstreckungsgegenklage)	196
Sachverhalt	196
Lösungsvorschlag	205
Klausur Nr. 8 – Gutachten des Notars zur Vertragsgestaltung	230
Sachverhalt	230
Lösungsvorschlag	235
Klausur Nr. 9 – Kautelarkonstellation; Gutachten eines Rechtsanwalts; Gestaltung einer Solidargemeinschaft	261
Sachverhalt	261
Lösungsvorschlag	265
Klausur Nr. 10 – Vollständige Klageschrift an das Landgericht: Negative Feststellungsklage des Testamentsvollstreckers mit Streitverkündung	286
Sachverhalt	286
Lösungsvorschlag	291

Klausur Nr. 11 – Einstweiliger Rechtsschutz; Allgemeines Persönlichkeitsrecht / eingesetzter und ausgeübter Gewerbebetrieb	302
Sachverhalt	302
Vorüberlegungen	307
Lösungsvorschlag	308
Klausur Nr. 12 – Klageerwiderung mit Einspruch, (Dritt-)Widerklage und Verwei- sungsantrag	329
Sachverhalt	329
Lösungsvorschlag	337
Klausur Nr. 13 – Klagerwiderung – Hilfsaufrechnung/Hilfswiderklage; Mietrecht	348
Sachverhalt	348
Lösungsvorschlag	355
Literaturverzeichnis	367
Register	369

Klausur Nr. 1 – Urteil mit Tatbestand und Nebenentscheidungen

Aktenauszug

Auszug aus der Akte bei dem Landgericht München I, Az. 32 O 2341/20

RA Dr. Grantl, ...,
30.12.2020

LG München I
Eingang: 30.12.2020

An das
Landgericht München I, ...,
per Email an: marina.huber@lg-m1.bayern.de

In dem Rechtsstreit

Monika Grundel, ..., München,

– Klägerin –

Prozessbevollmächtigter: RA Dr. Grantl, ...,

gegen

All Finance Bank AG, vertr. dr. d. Vorstand ..., München,

– Beklagte zu 1. –

Firma „Gold & Geschmeide“, Frau Golda Geschmeidig, ..., München,

– Beklagte zu 2. –

zeige ich an, dass ich die Klägerin vertrete. Namens und im Auftrag der Klägerin erhebe ich hiermit

Klage.

In der mündlichen Verhandlung werde ich beantragen:

- I. Die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde des Notars Dr. Berger, München, vom 28.6.2014, Urkundsrollen-Nr. 1234/10, wird für unzulässig erklärt.⁴
- II. Die Beklagte zu 2 wird verurteilt, an die Beklagte zu 1. 1.000.000 EUR zu bezahlen.

Zum Verständnis des Aktenzeichens: Die „32“ bezeichnet die 32. Kammer des Gerichts; das „O“ bezeichnet die Verfahrensart „Allgemeine Zivilsachen 1. Instanz, LG“;¹ die Ziffern „2341/20“ bezeichnen den 2341. Eingang im Jahre (20)20.

Die Klageschrift wurde offensichtlich per Email eingereicht. Gegen welche Normen könnte das verstoßen?

Die Angabe der Prozessbevollmächtigten der Beklagten ist bei Klageerhebung noch nicht möglich. Anderes gilt, wenn sich deren Anwalt bereits außergerichtlich zur Vertretung bestellt und als zustellungsbefugt angezeigt hat.

Eine Firma ist kein Rechtssubjekt, sondern nur -objekt. Sie kann daher nicht verklagt werden. Richtig hätte hier "Golda Geschmeidig, unter der Firma Gold & Geschmeide" verklagt werden müssen, vgl. § 17 Abs. 2 HGB. Der Sinn der hier gewählten Bezeichnung ist jedoch durch objektive Auslegung des gesamten Inhalts der Klageschrift zu ermitteln.²

Anträge zu Kosten und vorläufiger Vollstreckbarkeit sind nicht notwendig. §§ 308 Abs. 2, 708, 709 ZPO.³

1 Vgl. *Schönfelder*, Deutsche Gesetze, Anhang Registerzeichen.
2 *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, 38. Aufl. 2018, § 17 Rn. 45; *Seiler*, in: *Thomas/Putzo*, 40. Aufl. 2019, § 253 Rn. 7.
3 *Seiler*, in: *Thomas/Putzo*, 40. Aufl. 2019, Vorbem §§ 708–720 Rn. 6.
4 Vgl. zu zwangsvollstreckungsrechtlichen Klagen: *Hein*, JuS 2015, 900; *Kliebisch*, JuS 2013, 316; *Makowsky*, JuS 2014, 901; *Kruse/Schäfers*, JuS 2013, 896; *Hagedorn*, JA 2012, 896.

Für den Fall eines schriftlichen Vorverfahrens und der nicht rechtzeitigen Verteidigungsanzeige eines der Beklagten beantrage ich bereits hiermit den Erlass eines Versäumnisurteils im schriftlichen Vorverfahren.

Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen rege ich überdies den Erlass eines Anerkenntnisurteils an.

Begründung

Die der Klage zugrunde liegenden Vorgänge drehen sich allesamt um die Sozietät „Mueller Meier Geier Rechtsanwälte“ in München (die „Sozietät“). Die Klägerin ist die Schwester des Partners der Sozietät RA Mueller. Die Beklagte zu 1. ist die Geschäftsbank der Sozietät. Die Beklagte zu 2. ist die Lebensgefährtin des Partners der Sozietät RA Geier.

Im Jahre 2014 plante die Sozietät, einen Standort in Frankfurt aM zu eröffnen, um auf diesem für das Finanzierungsgeschäft besonders wichtigen Markt Mandate akquirieren zu können. Da die Sozietät die dafür notwendigen Mittel nicht aufbringen konnte, einigte sie sich mit der Beklagten zu 1. auf einen Darlehensvertrag mit einem Volumen von 3.500.000 EUR.

Bei Abschluss des Darlehensvertrages wurde die Sozietät jedoch nicht ordnungsgemäß vertreten. Denn nur wenige Wochen zuvor, das genaue Datum ist der Klägerin nicht bekannt, ist RA Neuer als neuer Partner in die Sozietät aufgenommen worden. Der Darlehensvertrag wurde jedoch nur von den Herren Mueller, Meier und Geier unterzeichnet, die also nicht für die Sozietät vertretungsberechtigt waren.

Beweis: Kopie des Darlehensvertrages vom 21.6.2014 (Anlage K1)

Die Klägerin erklärte sich aufgrund ihrer persönlichen Verbundenheit mit ihrem Bruder, dem RA Mueller, bereit, ihr Grundstück als Sicherheit für das Darlehen der Sozietät zur Verfügung zu stellen. Daher bestellte sie zugunsten der Beklagten zu 1. in einem notariell beurkundeten Formularvertrag eine Grundschuld an ihrem Privatgrundstück in Höhe von 1.000.000 EUR und unterwarf sich in Ansehung der

Dieser Antrag fußt auf § 331 Abs. 3 ZPO. Es handelt sich dabei um einen bloßen Prozessantrag.⁵

Es handelt sich um eine schlichte Anregung, denn der Erlass erfolgt von Amts wegen, § 307 ZPO.⁶ Da bis zum ZPO-RG⁷ mit Wirkung zum 1.1.2002 ein solcher Antrag notwendig war, findet sich dieser Satz auch heute noch oft in Klageschriften.

Eine Anwaltssozietät verfolgt einen vertraglich definierten gemeinsamen Zweck und erfüllt also den Tatbestand des § 705 BGB. Es handelt sich danach um eine (Außen-)GbR.⁸

Die Klägerin spielt hier offensichtlich auf die §§ 709, 714 BGB an, wonach die Gesellschafter einer GbR im Zweifel nur gemeinschaftlich vertretungsberechtigt sind.

Die Bank hat sich hier vierfach abgesichert.⁹ Sie ist Inhaberin (1) einer Grundschuld, die (2) nach §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800 ZPO sofort vollstreckbar ist. Die Bank muss den Anspruch aus § 1147 BGB also nicht erst einklagen. Ferner hat die Klägerin (3) ein abstraktes Schuldanerkenntnis nach § 780 BGB abgegeben, das (4) nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO sofort vollstreckbar ist. Das Schuldanerkenntnis dient v. a. dem Vollstreckungszugriff auf das bewegliche Vermögen der Klägerin.

5 Seiler, in: *Thomas/Putzo*, 40. Aufl. 2019, § 330 Rn. 2 und § 297 Rn. 2.

6 Seiler, in: *Thomas/Putzo*, 40. Aufl. 2019, § 307 Rn. 11.

7 Gesetz zur Reform des Zivilprozesses v. 27.7.2001, BGBl. I, S. 1887.

8 *Sprau*, in: *Palandt*, 79. Aufl. 2020, § 705 Rn. 49.

9 Vgl. *Herrler*, in: *Palandt*, 79. Aufl. 2020, § 1191 Rn. 2.

Grundschild der sofortigen Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer. Weiter wurde eine enge Sicherungsvereinbarung getroffen, so dass die Grundschild lediglich für das genannte Darlehen, nicht aber für sonstige zwischen der Sozietät und der Beklagten zu 1. bestehende Forderungen dienen sollte. Darüber hinaus übernahm sie aufgrund desselben Formularvertrages auch die persönliche Haftung für das Darlehen und unterwarf sich auch in Ansehung dieses Anspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung.

Beweis: Urkunde des Notar Dr. Berger, München, vom 28.6.2014, Urkundsrollen-Nr. 1234/14 (Anlage K2)

Die Sozietät geriet im Jahre 2016 in eine finanzielle Schieflage. Die Beklagte zu 1. kündigte daher unter dem 20.12.2016 den Darlehensvertrag aus wichtigem Grund und stellte das Darlehen fällig. Mit Schreiben vom gleichen Tag kündigte die Beklagte zu 1. die Grundschild gegenüber der Klägerin. Das zuständige Vollstreckungsgericht hat unter dem 2.11.2020 die Zwangsversteigerung aus der Grundschild angeordnet. Ferner hat die Beklagte zu 1. die Pfändung des Anteils der Klägerin an einer Familien-Grundstücks-Gesellschaft beantragt.

Ansprüche der Beklagten zu 1. bestehen jedoch nicht: Denn der Darlehensvertrag mit der Sozietät ist bereits nicht wirksam zustande gekommen. Außerdem ist der Rückzahlungsanspruch jedenfalls bereits verjährt. Die Einrede der Verjährung wird hiermit auch ausdrücklich erhoben. Damit steht der Klägerin eine Einrede gegen die Verwertung der Grundschild zu. Die Übernahme der persönlichen Haftung der Klägerin benachteiligt sie außerdem unangemessen und ist daher unwirksam. Dies gilt ebenfalls in noch stärkerem Maße für die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in Ansehung des Schuldanerkenntnisses.

Die Beklagte zu 2. ist eingetragene Kauffrau und betreibt in München mehrere Juweliergeschäfte unter der Firma „Gold & Geschmeide“. Die Klägerin hat im Jahre 2017 erfahren, dass sich die Beklagte zu 2. für die Darlehensforderung in Höhe von 2.500.000 EUR verbürgt hat.

Die Bank vollstreckt offensichtlich den Anspruch aus § 1147 BGB („aus der Grundschild“) im Wege der §§ 866, 869 ZPO, §§ 15 ff. ZVG. Außerdem vollstreckt sie den Anspruch aus dem Schuldanerkenntnis. Denn nur mit letzterem kann die Bank auf das sonstige persönliche Vermögen der Klägerin zugreifen, hier in Form der Vollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte, §§ 828 ff., 859 ZPO.

Die Einrede muss nicht ausdrücklich erhoben werden. Es genügt, dass die Partei hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, dass sie ein Leistungsverweigerungsrecht aufgrund Zeitablaufs geltend machen möchte, §§ 133, 157 BGB.¹⁰ Der Anwalt ist jedoch stets gehalten, den für seinen Mandanten sichersten Weg zu wählen. Dazu wird er stets ausdrücklich die Verjährungseinrede erheben.

Die Beklagte zu 2. ist e. K. In welcher Hinsicht könnte dies rechtlich erheblich sein?

Was soll hier die Anspruchsgrundlage für ein Vorgehen gegen die Beklagte zu 2. sein? Ein Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2. liegt jedenfalls nicht vor. Kann die Klägerin außerdem, falls überhaupt, nicht erst nach Zahlung einen Ausgleich verlangen?

10 Grothe, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 214 Rn. 4.

Beweis: Kopie der Bürgschaftsurkunde vom
21.6.2014 (Anlage K3)

Sollte die Klägerin von der Beklagten zu 1. tatsächlich in Anspruch genommen werden können, so muss die Beklagte zu 2. die Ansprüche abwehren. Denn diese haftet streng akzessorisch und ist damit näher an der Hauptforderung als die Klägerin mit ihrer Grundsuld. Außerdem hat sie sich in doppelter Höhe verbürgt, so dass sie auch deswegen die offensichtlich vorrangig in Anspruch zu Nehmende ist.

RA Dr. Grantl

Die Anlage K1 hat auszugsweise den folgenden Inhalt:

Darlehensvertrag

Die All Finance Bank AG ("Darlehensgeberin"), vertr. dr. d. Vorstand ... und die Sozietät "Mueller Meier Geier Rechtsanwälte" ("Darlehensnehmerin"), vertr. dr. d. Geschäftsführer Mueller, Meier und Geier, schließen hiermit nachstehenden Darlehensvertrag:

...

gez. Mueller gez. Meier gez. Geier

Die Anlage K2 hat auszugsweise den folgenden Inhalt:

URKUNDSROLLEN-Nr. 1234/14

Bestellung einer Buchgrundsuld mit Übernahme der persönlichen Haftung und mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung

Heute, den 28.6.2014, erschien vor mir, Notar Dr. Andreas Berger, mit dem Amtssitz in München, Oberan-
ger,

Frau Monika Grundel, ausgewiesen durch Lichtbild-
ausweis

– nachfolgend: Besteller –

I. Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das Grundstück:

Nach Unterrichtung über den Grundbuchinhalt werden folgende Erklärungen beurkundet:

Der Besteller bewilligt und beantragt unwiderruflich auf dem in dem Grundbuch ... des Amtsgerichts ...

Band ... Blatt ... Flur ... Flurstück ... verzeichnetem Grundstück

– nachstehend: Grundbesitz –

eine Grundsschuld von 1.000.000 EUR, in Worten: Eine Million Euro,

für All Finance Bank AG, vetr. dr. d. Vorstand, ...,

– nachstehend: Bank –

wie folgt einzutragen: ...

...

V. Übernahme der persönlichen Haftung mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen:

Zugleich übernimmt der Besteller für die Zahlung eines Geldbetrages in Höhe des Grundschuldbetrages und der vereinbarten Grundschuldzinsen die persönliche Haftung, aus der der jeweilige Gläubiger ihn/sie schon vor der Vollstreckung in den Grundbesitz in Anspruch nehmen kann. Mehrere Schuldner haften als Gesamtschuldner. Jeder Schuldner unterwirft sich wegen dieser Haftung der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen.

...

Die Anlage K3 hat auszugsweise den folgenden Inhalt:

Firma Gold & Geschmeide, Inhaberin Golda Geschmeidig e.K., ...,

21.6.2014, München

An die

All Finance Bank AG

via Fax an: +49 89 123 456 789

Bürgschaft¹¹

Hiermit übernehme ich, Gold Geschmeidig, gegenüber der All Finance Bank AG eine Bürgschaft in Höhe von 2.500.000 EUR für die Verbindlichkeit der Sozietät "Mueller Meier Geier Rechtsanwälte" aus dem Darlehensvertrag vom heutigen Tage.

gez. Gold Geschmeidig

Golda Geschmeidig

¹¹ Zur Bürgschaft vgl. allgemein Musielak, JA 2015, 161; Alexander, JuS 2012, 481.

Aktenvermerk von JAng Marina Huber, LG München I, 30.12.2016:

Das Sekretariat von RA Dr. Grantl hat angerufen, da das Faxgerät des Gerichts anscheinend nicht funktioniert und sie eine Klagschrift daher nicht übermitteln konnten. Ich habe daher angeboten, dass das Sekretariat den Schriftsatz scannt und mir als PDF-Datei an meine dienstliche Email-Adresse (marina.huber@lg-m1.bayern.de) per Email schickt. So wurde verfahren. Die empfangene PDF-Datei habe ich sofort ausgedruckt und wie ein eingegangenes Fax abgeheftet. Dies habe ich dann dem Sekretariat des RA Dr. Grantl telefonisch bestätigt.

Marina Huber

Am 2.1.2021 ist oben stehende Klagschrift per Fax und am 4.1.2021 als unterschriebenes Original bei dem LG München I eingegangen.

Die Klage wurde der Beklagten zu 1. und der Beklagten zu 2. jeweils am 14.1.2021 unter Anberaumung des schriftlichen Vorverfahrens zugestellt. Es wurde jeweils eine Frist von zwei Wochen ab Zustellung zur Anzeige der Verteidigungsbereitschaft und von weiteren zwei Wochen zur schriftlichen Klageerwiderung gesetzt. Die erforderlichen Hinweise gemäß §§ 276, 331, 91, 708 ZPO sind erfolgt.

RAe Hummel & Partner, ...,
25.1.2021

LG München I Eingang: 25.1.2021

LG München I, ...,
per Fax: 089 -5597 2991

In Sachen Grundel ./ 1. All Finance Bank AG, 2. Golda Geschmeidig

Az. 32 O 2341/20

zeigen wir an, dass wir die Beklagte zu 1. vertreten. Die Beklagte will sich gegen die Klage verteidigen. Sie beantragt:

Ändert der Ausdruck der übermittelten PDF-Datei etwas an der Beurteilung der Klageerhebung per Email?

Jedenfalls mit Eingang eines unterschriebenen Faxes ist die Klage wirksam anhängig geworden. Der in der Praxis üblichen Nachsendung eines Originals bedarf es darüber hinaus nicht mehr.¹² Ist die Einreichung per Email also überhaupt erheblich?

Bei der Klageerwiderung genügt die Angabe eines Kurzrubrums, damit der Vorgang bei Gericht zugeordnet werden kann.¹³

12 BGH, NJW 1993, 3141; Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 129 Rn. 13.

13 Kroiß/Neurauter, Formularsammlung, 27. Aufl. 2019, Nr. 8 Anm. 1.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin stützt ihre Klage auf unzutreffende Fakten. Der RA Neuer ist erst zu einem späteren Zeitpunkt in die Sozietät eingetreten. Im Rahmen der laufenden Geschäftsverbindung traten für die Sozietät bis Frühjahr 2015 stets nur die namensgebenden Partner auf. Erst ab dem Sommer 2015 trat auch der RA Neuer gegenüber der Beklagten zu 1. auf. Außerdem haben die Gesellschafter der Sozietät auch eine Einzelvertretungsbefugnis der einzelnen Partner vereinbart, so dass es auf diese Frage gar nicht ankommt. Zuletzt wird die Beklagte zu 1. durch die Gutglaubensregeln geschützt. Denn die Sozietät ist ebenfalls Eigentümerin eines Grundstücks in München. Das Grundbuch wies per 21.6.2014 „Rechtsanwälte Mueller Meier & Geier, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus A. Mueller, B. Meier und C. Geier“ als Eigentümer aus.

Beweis: Grundbuchauszug bzgl. Grundstück ... (genau bezeichnet)

Dementsprechend ließ sich die Beklagte zu 1. als weitere Sicherheit für das Darlehen eine Grundschuld an dem Grundstück der Sozietät bestellen. Somit gelten nach §§ 899a S. 2, 891 BGB¹⁴ die genannten Gesellschafter zugunsten der Beklagten zu 1. als die tatsächlichen Gesellschafter. Dann muss aber nach §§ 709, 714 BGB auch der Darlehensvertrag sowie alle weiteren Rechtsgeschäfte wirksam zustande gekommen sein.

Ferner hat der Klägervertreter offensichtlich den Sinn einer abstrakten Sicherheit nicht verstanden. Sie ist gerade *unabhängig* von einem etwaigen Grundgeschäft. Auf einen etwa fehlenden Darlehensvertrag oder auf die Verjährung kann sich die Klägerin daher gerade nicht berufen. Dasselbe gilt auch für das abstrakte Schuldanerkennen, das sich die Beklagte zu 1. nicht umsonst bestellen ließ.

RA Hummel

Die Parteien müssen grundsätzlich nur, aber zumindest, diejenigen Tatsachen vortragen, aus denen sie ihnen günstige Rechtsfolgen ableiten wollen.¹⁴

Hier trägt die Bekl. zu 1. Rechtsbegriffe vor („Gesellschafter“, „Einzelvertretungsmacht“). Diese ersetzen als sog. „Rechtstatsachen“ den dahinter stehenden Sachvortrag, wenn die Begriffe ersichtlich übereinstimmend verwendet werden, es sich um einen einfachen Rechtsbegriff des täglichen Lebens handelt und keine Anhaltspunkte für eine Fehlinterpretation vorliegen.¹⁵

Die Funktion des neuen § 899a BGB in Bezug auf Verpflichtungsgeschäfte ist sehr strittig.

Polemik in Schriftsätzen beeindruckt allenfalls den eigenen Mandanten, nicht aber den Richter oder Gegner.

14 Seiler, in: *Thomas/Putzo*, 40. Aufl. 2019, Vorbem § 253 Rn. 35 und Vorbem § 284 Rn. 18.

15 Seiler, in: *Thomas/Putzo*, 40. Aufl. 2019, Vorbem § 253 Rn. 36.

16 Vgl. allgemein zu § 899a BGB: *Weiss*, JuS 2016, 494; *Markworth*, JuS 2016, 587; *Löhnig/Becker*, JA 2015, 736; *Nick*, JA 2013, 888.

RA Freiherr zu Hohenhausen, ...,

25.1.2021

LG München I Eingang: 25.1.2021

LG München I, ...,

per Fax: 089 -5597 2991

In Sachen Grundel ./ 1. All Finance Bank AG, 2. Golda Geschmeidig

Az. 32 O 2341/20

zeige ich an, dass ich die Beklagte zu 2. vertrete. Die Beklagte zu 2. wird in der mündlichen Verhandlung folgenden Antrag stellen:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Beklagte zu 2. erhebt die Einrede der Verjährung. Die Beklagte zu 2. wurde von der Beklagten zu 1. aus der Bürgschaft bereits klageweise in Anspruch genommen. Der Vorprozess fand vor dem LG München I unter dem Az. 6 O 3664/19 statt. Das Landgericht hat die damalige Klage aufgrund Verjährung abgewiesen. In seiner Begründung führte es aus:

„Auf den Bestand des Bürgschaftsvertrags wie auch der Hauptforderung kommt es nicht an, da der Anspruch aus der Bürgschaft jedenfalls verjährt ist. Der Anspruch auf Darlehensrückzahlung ist durch die Kündigung im Jahre 2016 entstanden und verjährte also nach §§ 195, 199 BGB mit Ablauf des Jahres 2019. Zwar hat die Klägerin noch im Jahre 2019 die Einleitung eines Mahnverfahrens in Ansehung der Haupt- und Nebenforderungen beantragt. Als Betreff in dem Mahnantrag hat sie indes lediglich „Bürgschaft“ angegeben, wodurch der Streitgegenstand keinesfalls hinreichend bestimmt wurde. Denn weder dem Mahngericht, noch dem erkennenden Gericht ist erkennbar, welche Bürgschaft in welcher Höhe verjährungshemmend geltend gemacht werden sollte. Eine Individualisierung erfolgte erst im Jahre 2020, so dass ein etwaiger Anspruch aus der Bürgschaft bis dahin bereits verjährt war.“

Beweis: Beiziehung der Akte des LG München I,
Az. 6 O 3664/19

An diese Feststellungen ist auch die Klägerin gebunden. Denn die Frage der Verjährung ist nunmehr rechtskräftig festgestellt. Das gilt insbesondere für einen etwaigen Regress. Andernfalls würde die Ver-

Die Verjährung eines Anspruchs wird durch die Zustellung eines Mahnbescheides gehemmt, §§ 204 Nr. 3, 209 BGB, §§ 692, 693 Abs. 1 ZPO. Gemäß § 167 ZPO tritt diese Wirkung bereits mit Einreichung des Antrags ein, wenn die Zustellung „demnächst“ erfolgt.

Der Anspruch muss im Mahnantrag hinreichend bestimmt bezeichnet werden, § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO.

Grundsätzlich muss der Beweisführer beim Urkundsbeweis nach den §§ 415 ff. ZPO die Urkunde selbst vorlegen, § 420 ZPO. Dazu soll sie dem Schriftsatz beigelegt werden, §§ 129, 131 ZPO. Etwas anderes gilt hinsichtlich Urkunden, die sich bei Behörden befinden, § 432 Abs. 1 ZPO.

jähung, welche die Beklagte zu 2. ja schützen soll, unzulässig umgangen.

Überdies besteht kein Bürgschaftsvertrag. Er ist bereits nicht wirksam zustande gekommen, die Beklagte zu 2. hat der Beklagten zu 1. lediglich ein Fax der unterschriebenen Bürgschaftsurkunde übermittelt. Das Original verblieb bei den Akten der Beklagten zu 2. Somit ist bereits die Form des § 766 BGB nicht gewahrt.

Die Bürgschaft wurde überdies wirksam widerrufen. Das Widerrufsrecht folgt aus den §§ 13, 312 ff., 355 BGB. Denn die Beklagte zu 2. wurde an ihrem Firmensitz in der Maximilianstraße von ihrem Lebensgefährten Geier während der Verhandlungen der Sozietät mit der Beklagten zu 1. angerufen. Er sagte, dass man von ihr eine Bürgschaft benötige und ob sie denn nicht schnell eine entsprechende Bürgschaft in die Bank faxen könne. Die persönliche Verbindung war der Beklagten zu 1. dabei auch bekannt. Die Widerrufserklärung gegenüber der Beklagten zu 1. hat sie im Rahmen des Vorprozesses unter dem 8.11.2019 erklärt. Zugleich erklärte sie auch die Anfechtung, da sie sich bei Abgabe der Bürgschaftserklärung über die Bonität der Sozietät geirrt hatte. Denn bekanntlich haftet man stets nur für die Verität, nicht jedoch für die Bonität. Zuletzt ist schließlich auch die Geschäftsgrundlage für die Bürgschaft weggefallen, da offensichtlich niemand mit einer solchen Finanzkrise und den resultierenden Liquiditätsproblemen rechnen konnte.

Jedenfalls erhebt die Beklagte zu 2. hiermit die Einrede der Vorklage. Die Klägerin hat nicht vorgetragen, dass die Beklagte zu 1. bereits erfolglos eine Vollstreckung gegen die Sozietät betrieben hätte.

Zuletzt wird der Klageantrag von keinem denkbaren materiellrechtlichen Anspruch gestützt. Denn es kommt – wie nicht – allenfalls ein Anspruch auf Freistellung in Frage. Diesen könnte die Beklagte zu 2. aber auch durch die Vereinbarung einer Schuldübernahme oder eines Erlasses erfüllen, was ihr bei einer Verurteilung zur Zahlung nicht möglich wäre.

RA Freiherr zu Hohenhausen

Insoweit ist zu überlegen, ob das Gericht die Befreiung als minus zusprechen darf oder ob es sich um ein aliud handelt, das nach § 308 Abs. 1 ZPO nicht zugesprochen werden darf.

LG München I
Az. 32 O 2341/20

Protokoll

der öffentlichen Sitzung der 32. Kammer des Landgerichts München I am 6.4.2021

In Sachen Grundel ./. 1. All Finance Bank AG, 2. Golda Geschmeidig

Gegenwärtig: RiLG Schmitz als Vorsitzender
JAng Hofer als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

Erschienen nach Aufruf der Sache:

für die Klägerin: RA Dr. Grantl sowie die Klägerin

für die Beklagte zu 1.: RA Hummel

für die Beklagte zu 2.: RA Freiherr zu Hohenhausen
sowie die Bekl. zu 2.

Das Gericht führt in den Sach- und Streitstand ein.
Eine gütliche Einigung scheitert.

Es wird in die mündliche Verhandlung eingetreten.

Der Klägervertreter beantragt unter Änderung und
Erweiterung der Anträge aus der Klageschrift:

- I. Die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren
Urkunde des Notars Dr. Berger, München, vom
28.6.2014, Urkundsrollen-Nr. 1234/14, wird für
unzulässig erklärt.
- II. Es wird festgestellt, dass der Beklagten zu 1. auf-
grund der Urkunde des Notars Dr. Berger vom
28.6.2014, Urkundsrollen-Nr. 1234/14 keine An-
sprüche gegenüber der Klägerin zustehen.
- III. Die Beklagte zu 2. wird verurteilt, die Klägerin
von der Inanspruchnahme aus der Grundschild,
eingetragen in Abteilung III. unter lfd. Nr. ... des
Grundstücks Band ... Blatt ... des Grundbuchs des
Amtsgerichts ..., in Höhe von 1.000.000 EUR ge-
genüber der Beklagten zu 1. freizustellen.

Der Beklagtenvertreter zu 1. verwahrt sich gegen
den Antrag in Ziffer II. Dieser war nicht Gegenstand
der Klageschrift, zu ihm wurde nicht geladen und es
kann also nicht über ihn entschieden werden. Im Üb-
rigen beantragt er Klageabweisung.

Der Beklagtenvertreter zu 2. rügt die Unzulässigkeit
der Klageänderung in Ansehung des Antrags in Ziffer
III. Er ist der Ansicht, dass daher nach wie vor der ur-

Maßgeblich sind grundsätzlich nur die zuletzt
gestellten Anträge. Etwas anderes kann sich je-
doch ergeben, wenn die Erweiterung oder Ände-
rung unzulässig ist.

Die Klägerin verfolgt eine unglückliche Taktik:
Denn beide Klagen können nicht gleichzeitig er-
folgreich sein. Wenn sie der der Bekl. zu 1. nichts
schuldet, kann sie nämlich auch nicht gegen die
Bekl. zu 2. regredieren. Daher hätte hier eine
Streitverkündung mehr Sinn gemacht.

Durch diese Rüge haben die Beklagten verhin-
dert, dass eine rügelose Einlassung auf die Kla-
geänderung erfolgte, § 267 ZPO. Es ist insbeson-
dere nötig, die Rüge vor dem Antrag auf Klage-
abweisung zu erheben, da letzter ein Verhandeln
zur Sache im Sinne des § 267 ZPO darstellt.¹⁷

17 Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 267 Rn. 1 und Hüß-
tege, ebd., § 39 Rn. 7.

sprüngliche Klageantrag aus der Klageschrift maßgeblich ist und beantragt insoweit Klageabweisung.

Es wird in die Beweisaufnahme eingetreten. Dazu werden die Anlagen K1 (Darlehensvertrag) und K3 (Bürgschaftserklärung) zum Schriftsatz der Klägerin vom 30.12.2020 durch Einsichtnahme zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht.

Die Parteien verhandeln streitig zum Ergebnis der Beweisaufnahme.

Die Klägerin ist im Hinblick auf den Antrag in Ziffer III. der Ansicht, dass insofern gar keine Klageänderung vorliege, da sich der Streitgegenstand nicht verändert habe. Auf eine Einwilligung der Beklagten zu 2. komme es daher nicht an. Sie ist weiter der Ansicht, dass die Beklagte zu 1. für den Gesellschafterwechsel zumindest die sekundäre Darlegungslast trifft. Sie müsse daher schon Zeugen für das Auftreten der Sozietät benennen. Jedenfalls benennt die Klägerin hiermit RA Neuer als Zeugen dafür, dass er tatsächlich schon früher, vor dem 21.6.2014, Gesellschafter geworden ist. Dieser hält sich zwar seit dem Frühjahr zu einem LL.M.-Studium in Kapstadt, Südafrika, auf. Sie wollte mit seiner Benennung jedoch abwarten, wie sich der Prozess entwickeln würde. Überdies wird der damalige Grundbuchstand im Hinblick auf die Sozietät bestritten. Die Klägerin bestreitet mit Nichtwissen, dass der Beklagten zu 1. die persönliche Beziehung der Beklagten zu 2. bekannt gewesen sei.

Die Beklagte zu 2. beruft sich auf die negative Formulierung des § 13 BGB, wonach von einem Verbraucherhandeln auszugehen ist.

Die mündliche Verhandlung wird geschlossen.

Es ergeht folgender

Beschluss

Termin zur Verkündung einer Entscheidung wird bestimmt auf ... im Sitzungssaal

Bearbeitervermerk

Die Entscheidung des Landgerichts ist zu entwerfen.

Die Beweisaufnahme über den gedanklichen Inhalt von Urkunden erfolgt im Wege der Einsichtnahme. Ist Beweisgegenstand die äußere Beschaffenheit, erfolgt eine Inaugenscheinnahme.¹⁸

Der Schluss der mündlichen Verhandlung ist der maßgebliche Zeitpunkt für das Vorliegen bzw. den Vortrag aller Tatsachen, die zur Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit notwendig sind, vgl. §§ 296a, 283 ZPO.

¹⁸ Vgl. Reichold, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, Vorbem § 415 Rn. 1 und 4, Vorbem § 371 Rn. 1.

Der Entwurf des Streitwertbeschlusses (§ 63 Abs. 2 GKG) ist erlassen.

Alle etwa erforderlichen Hinweise wurden erteilt.

Soweit Auslassungszeichen angegeben sind oder die Anlagen zu den Schriftsätzen nicht abgedruckt sind, enthalten diese Teile keine für die Bearbeitung relevanten Angaben.

Soweit ein Eingehen auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen nicht erforderlich erscheint, sind diese in einem Hilfsgutachten zu erörtern.

Lösungsvorschlag

Landgericht München I
Az. 32 O 2341/20

Zum Aufbau des Rubrums vgl. *Kroiß/Neurauter*,
Muster Nr. 12 und *Thomas/Putzo*, § 313 Rn. 2–7a.

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

Monika Grundel, ...,

– Klägerin –

Prozessbevollmächtigter: RA Dr. Grantl, ...,

gegen

All Finance Bank AG, vetr. dr. d. Vorstand ..., ...,

– Beklagte zu 1. –

Prozessbevollmächtigte: RA Hummel & Partner, ...,

Golda Geschmeidig unter der Firma „Gold & Geschmeide“, ...,

– Beklagte zu 2. –

Prozessbevollmächtigter: RA Freiherr zu Hohenhausen

wegen Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung und
Mitwirkung bei Befriedigung

erlässt das Landgericht München I, 32. Zivilkammer,
durch Richter am Landgericht Schmitz aufgrund der
mündlichen Verhandlung vom 6.4.2021 folgendes

Endurteil¹⁹

- I. Die Zwangsvollstreckung der Beklagten zu 1. aus Ziffer V. der vollstreckbaren Urkunde des Notars Dr. Berger, München, vom 28.6.2014, Urkundsrollen-Nr. 1234/14, wird für unzulässig erklärt.
- II. Es wird festgestellt, dass der Beklagten zu 1. aufgrund Ziffer V. der Urkunde des Notars Dr. Berger vom 28.6.2014, Urkundsrollen-Nr. 1234/14 keine Ansprüche gegenüber der Klägerin zustehen.
- III. Die Beklagte zu 2. wird verurteilt, die Klägerin von der Inanspruchnahme aus der Grundschuld, eingetragen in Abteilung III. unter lfd. Nr. ... des Grundstücks Band ... Blatt ... des Grundbuchs des Amtsgerichts ..., in Höhe von 714.000 EUR gegenüber der Beklagten zu 1. freizustellen.
- IV. Im Übrigen werden die Klagen abgewiesen.

Zur Tenorierung vgl. *Thomas/Putzo*, § 313 Rn. 8–11.

Ziffer I. nimmt dem Titel (teilweise) die Vollstreckbarkeit. Zur Tenorierung im Falle des § 767 ZPO vgl. *Thomas/Putzo*, § 767 Rn. 12.

Ziffer II. stellt das Nichtbestehen eines materiell-rechtlichen Zahlungsanspruchs rechtskräftig fest.

Der Befreiungsanspruch wird im Wege des § 887 ZPO, also im Wege der Ersatzvornahme auf Kosten des Schuldners, vollstreckt.²⁰

Die Abweisung „im Übrigen“ wird oft vergessen.

¹⁹ Vgl. zur Tenorierung: *Hein*, JuS 2015, 900; *Kliebisch*, JuS 2013, 316; *Hagedorn*, JA 2012, 896.

²⁰ *BGH*, NJW 1958, 497; *WM* 2006, 2139 (2140).

- V. Von den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten der Klägerin haben die Klägerin 31 %, die Beklagte zu 1. 33 % und die Beklagte zu 2. 36 % zu tragen. Von den außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1. hat die Klägerin 33 %, von denen der Beklagten zu 2. 29 % zu tragen. Im Übrigen haben die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen.
- VI. Das Urteil ist für die Klägerin in Ziffer I. vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 1.100.000 EUR. In Ziffer III. ist das Urteil für die Klägerin vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 800.000 EUR. In Ziffer V. ist es vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

Tatbestand²²

Die Klägerin wehrt sich gegen die Inanspruchnahme aus einer vollstreckbaren Urkunde in Ansehung einer Grundsuld und einer persönlichen Forderung durch die Beklagte zu 1. Von der Beklagten zu 2. verlangt sie die Mitwirkung bei der Befriedigung der Ansprüche der Beklagten zu 1.

Die Klägerin bestellte unter dem 28.6.2014 für eine Darlehensschuld der Sozietät „Mueller Meier Geier Rechtsanwälte“ gegenüber der Beklagten zu 1. in einer notariellen Urkunde eine Grundsuld, unterwarf sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung und übernahm in Ziffer V. die persönliche Haftung für den Grundschuldbetrag. Auch insoweit hat sie sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Der entsprechende Darlehensvertrag datiert vom 21.6.2014 und ist von Mueller, Meier und Geier im Namen der Sozietät unterschrieben.

Die Beklagte zu 2. verbürgte sich für dieselbe Darlehensschuld der Sozietät in Höhe von 2.500.000 EUR. Die Beklagte zu 1. kündigte das Darlehen unter dem 20.12.2016. Unter dem 8.11.2019 schrieb die Beklagte zu 2. der Beklagten zu 1., dass sie sich an die Bürgschaft nicht mehr gebunden fühle.

Am 2.11.2020 erwirkte die Beklagte zu 1. die Anordnung der Zwangsversteigerung des Grundstücks der

Es handelt sich um die berüchtigte „Baumbach'sche“ Kostenformel.²¹ Nähere Informationen zur Herleitung der Kostenentscheidung unter Nr. 5 des Hilfsgutachtens.

Bei Ziff. I. handelt es sich nicht um einen Zahlungsanspruch, so dass § 709 S. 2 ZPO nicht greift. Die Feststellung in Ziff. II. hat keinen vollstreckungsfähigen Inhalt und ist daher nicht zu erwähnen.

Nähere Informationen zur vV. unter Nr. 6 des Hilfsgutachtens.

Zum Aufbau des Tatbestandes vgl. *Thomas/Putzo*, § 313 Rn. 12–25 sowie *Kroiß/Neurauter*, Muster Nr. 12.

Zum Aufbau des unstreitigen Sachverhalts vgl. *Thomas/Putzo*, § 313 Rn. 16 f.

Wenn es auf die genaue Auslegung der notariellen Urkunde ankäme, müssten die relevanten Passagen im Wortlaut wiedergegeben werden. Die Auslegung würde dann in den Entscheidungsgründen erfolgen.

21 *Hüßtege*, in: *Thomas/Putzo*, 40. Aufl. 2019, § 100 Rn. 15–19; *Kroiß/Neurauter*, Formularsammlung, 27. Aufl. 2019, Nr. 12 Anm. 2. B. d).

22 Vgl. dazu *Stein*, JuS 2014, 607.

Klägerin aus der Grundschild. Ferner beantragte sie die Pfändung von Anteilen der Klägerin an einer Familien-Grundstücksgesellschaft.

Die Klägerin hat gegenüber der Inanspruchnahme durch die Beklagte zu 1. die Einrede der Verjährung erhoben. Die Beklagte zu 2. hat sich gegenüber der Inanspruchnahme durch die Klägerin ebenfalls auf Verjährung berufen. Außerdem hat sie unter dem 8.11.2019 den Widerruf sowie die Anfechtung des Bürgschaftsvertrags erklärt.

Die Klägerin trägt vor, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages RA Neuer als Gesellschafter beigetreten gewesen sei. Die Klägerin ist daher der Meinung, dass die übrigen Gesellschafter die Sozietät nicht wirksam vertreten konnten und der Darlehensvertrag mit der Sozietät nicht wirksam abgeschlossen worden sei.

Sie ist ferner der Ansicht, dass sie durch die Übernahme der persönlichen Haftung in der Grundschildbestellung unangemessen benachteiligt werde. Ferner habe die Beklagte zu 2. vorrangig und müsse daher die Ansprüche der Beklagten zu 1. abwehren. Schließlich sei die Darlehensforderung verjährt, so dass sie, die Klägerin, eine Einrede gegen die Verwertung der Grundschild habe.

Die Klägerin beantragt zuletzt:

- I. Die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde des Notars Dr. Berger, München, vom 28.6.2014, Urkundsrollen-Nr. 1234/14, wird für unzulässig erklärt.
- II. Es wird festgestellt, dass der Beklagten zu 1. aufgrund der Urkunde des Notars Dr. Berger vom 28.6.2014, Urkundsrollen-Nr. 1234/14 keine Ansprüche gegenüber der Klägerin zustehen.
- III. Die Beklagte zu 2. wird verurteilt, die Klägerin von der Inanspruchnahme aus der Grundschild, eingetragen in Abteilung III. unter lfd. Nr. ... des Grundstücks Band ... Blatt ... des Grundbuchs des Amtsgerichts ..., in Höhe von 1.000.000 EUR gegenüber der Beklagten zu 1. freizustellen.

Die Beklagte zu 1. beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

Zur Darstellung des streitigen Klägervortrags vgl. *Thomas/Putzo*, § 313 Rn. 18. Die Rechtstatsachen (vgl. o.) sind als Sachvortrag darzustellen, da sie die entsprechenden Tatsachenbehauptungen ersetzen.

Das präkludierte Beweisangebot (RA Neuer) ist nicht unerledigt, so dass es hier zu erwähnen wäre. Die Darstellung erfolgt vielmehr in der Prozessgeschichte.

Die ursprünglichen Klageanträge werden nicht erwähnt, da das Gericht die Klageänderung für zulässig hält,²³ vgl. unten zur Prozessgeschichte.

23 Seiler, in: *Thomas/Putzo*, 40. Aufl. 2019, § 313 Rn. 19.

Sie trägt vor, dass die Sozietät bis Frühjahr 2015 nur durch die drei namensgebenden Gesellschafter aufgetreten sei. RA Neuer sei im Sommer 2015 das erste Mal ihr gegenüber aufgetreten. Ferner habe die Sozietät eine Einzelvertretungsbefugnis vereinbart. Weiter sei seinerzeit die Sozietät, „bestehend aus Mueller, Meier und Geier“ als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen gewesen (Beweis: Grundbuchauszug).

Sie ist der Ansicht, dass ein Fehlen des Darlehensvertrags nicht auf die abstrakten Sicherheiten durchschlage. Ihr guter Glaube an die Vertretungsmacht werde weiter von dem Grundbuch geschützt.

Die Beklagte zu 2. beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

Sie trägt vor, dass sie die Bürgschaft lediglich aus persönlichen Motiven, einer Partnerschaft zu RA Geier, abgegeben habe. Sie habe dabei nicht in Ausübung ihres Gewerbes gehandelt. Der Beklagten zu 1. sei dies auch bekannt gewesen.

Sie ist der Ansicht, dass ihre Eigenschaft als Verbraucher von Gesetzes wegen vermutet werde. Daher sei ihr Widerruf wirksam. Jedenfalls sei die Bürgschaftsforderung verjährt. Zuletzt sei zumindest die Geschäftsgrundlage für die Bürgschaft in Wegfall geraten.

Die Klägerin hat die Klage unter dem 30.12.2020 unterschrieben, eingescannt und als PDF-Datei an die Geschäftsstelle geschickt, da das Fax-Gerät nicht funktionierte. Dies hatte sie zuvor telefonisch mit der Geschäftsstelle abgeklärt. Dort wurde die PDF-Datei ausgedruckt und wie üblich abgeheftet. In der mündlichen Verhandlung hat das Gericht Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Darlehensvertrag und der Bürgschaftsurkunde. In der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin weiter Zeugnis des RA Neuer für seine damalige Eigenschaft als Gesellschafter angeboten. RA Neuer befindet sich seit dem Frühjahr und auf absehbare Zeit in Kapstadt, Südafrika. Die Klägerin wollte den Verlauf des Prozesses abwarten, bevor sie diesen Beweis anbietet. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen. Im Übrigen wird auf die Schriftsätze der Parteien

Ob unerledigte Beweisangebote in Klammern hinter der streitigen Behauptung aufzuführen sind, ist umstritten.²⁴ Erforderlich ist dies nicht, da sie nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO und mangels einer negativen Beweiskraft des Tatbestandes ohne Weiteres zum Prozessstoff der Berufungsinstanz gehören.

Zur Darstellung der Prozessgeschichte vgl. *Thomas/Putzo*, § 313 Rn. 22.

Die ursprünglichen Klageanträge wurden nicht erwähnt, da sie sich durch die zulässigen Klageänderungen überholt haben. Denn die Einordnung unter § 264 ZPO oder die Zulassung als sachdienlich nach § 263 ZPO sind mit Rechtsmitteln nicht mehr überprüfbar, § 268 ZPO. Anderes gilt bei der Nichtzulassung einer Klageänderung.

24 Dafür *Seiler*, in: *Thomas/Putzo*, 40. Aufl. 2019, § 313 Rn. 20.

vom 30.12.2020, 25.1.2021 und 25.1.2021 sowie den übrigen Inhalt der Akte verwiesen.

Entscheidungsgründe²⁵

Die Klagen sind zulässig und in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

A. Maßgeblich sind die von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge.

I. Die Erhebung des neuen Antrags zu II. ist zulässig. Die Klageerweiterung ist gemäß § 264 Nr. 2 ZPO privilegiert zulässig. Danach darf der Kläger seinen Antrag ändern, solange er sich auf den gleichen Lebenssachverhalt stützt,²⁷ was hier der Fall ist.

II. Die Änderung des Antrags zu III. ist ebenfalls zulässig. Entgegen der Ansicht der Klägerin liegt hier zwar eine Klageänderung vor. Denn Aufgrund des neuen Antrags ändert sich der Streitgegenstand, der sich nach der herrschenden Ansicht aus Antrag und Lebenssachverhalt zusammensetzt.³⁰ Sie ist jedoch ebenfalls nach § 264 Nr. 2 ZPO privilegiert zulässig, da Zahlungs- und Befreiungsanspruch lediglich unterschiedliche Ausflüsse eines einheitlichen Anspruchs sind.³¹

B. Die Klage gegen die Beklagte zu 1. ist zulässig.

I. Die statthafte Klageart für den Antrag zu I. ist die Vollstreckungsgegenklage nach §§ 795 S. 1, 767 ZPO. Denn die Klägerin macht materielle Einwendungen geltend, die einer Vollstreckung aus der nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO vollstreckbaren Urkunde entgegenstehen sollen.

II. Dem Antrag zu I. fehlt auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Die Beklagte zu 1. hat bereits die Anordnung der Zwangsversteigerung über das Grundstück der Klägerin erwirkt und die Pfändung von Gesellschaftsanteilen beantragt. Die Zwangsvollstreckung ist auch noch nicht beendet.

Die ordnungsgemäße Klageerhebung ist nicht zu problematisieren, da jedenfalls das Fax die Form des § 130 Nr. 6 ZPO wahrt. Anders bei der Verjährung, vgl. FVIII.2.

Die Auslegung von Klageanträgen hat bereits vor der Zulässigkeit zu erfolgen, da sie ggf. die Zulässigkeitsvoraussetzungen beeinflussen. Dazu gehört auch die Prüfung einer Klageänderung.²⁶

Fälle des § 264 Nr. 1 ZPO sind keine Klageänderungen; Fälle der § 264 Nr. 2 und 3 ZPO sind gesetzlich privilegierte Klageänderungen, für die weder Zustimmung noch Sachdienlichkeit zu prüfen sind.²⁸ Der nach der hM auf Klagebeschränkungen zusätzlich anzuwendende § 269 Abs. 1 ZPO führt hier zu keinem Zustimmungserfordernis, da zuvor noch kein Antrag in mündlicher Verhandlung gestellt worden war.²⁹

Es handelt sich hier nicht um die sog. Gestaltungsklage analog § 767 ZPO. Diese ist statthaft, wenn die Titulierung aus formellen (zB § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) oder materiellen (zB § 307 BGB) Gründen nichtig ist.³² Hier macht die Klägerin aber geltend, dass (sogar) der materiellrechtliche Anspruch nicht besteht. Dies ist die direkte Anwendung von § 767 ZPO.

25 Vgl. dazu Stein, JuS 2014, 320.

26 Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 263 Rn. 6, Vorbem § 253 Rn. 32.

27 Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 264 Rn. 4.

28 Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 264 Rn. 1.

29 Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 264 Rn. 6 und § 269 Rn. 9.

30 Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, Einl. II Rn. 15.

31 BGH, NJW 1994, 944 (945); Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 264 Rn. 4.

32 Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 767 Rn. 8a.

33 Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 797 Rn. 5.

III. Das Gericht ist nach § 1 ZPO, §§ 23, 71 Abs. 1 GVG sachlich und nach §§ 795 S. 1, 797 Abs. 5, 800 Abs. 3, 802 ZPO örtlich ausschließlich für den Antrag zu I. zuständig.

IV. Der Antrag zu II. ist als negative Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO statthaft. Denn die Klägerin begehrt die Feststellung, dass sich aus einem konkreten Sachverhalt, hier der Urkunde vom 28.6.2014, kein Zahlungsanspruch ergibt.

V. Auf ein Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO kommt es nicht an, da es sich um eine Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO handelt. Deren Erhebung ist zulässig, wenn der Gegenstand der begehrten Feststellung vorgreiflich für die Entscheidung über die (Haupt-) Klage ist. Das ist hier der Fall, da die materiellrechtlichen Einwendungen der Klägerin im Rahmen des Antrags zu I. geprüft werden müssen.

VI. Die Zuständigkeit des Gerichts für den Antrag zu II. leitet sich aus derjenigen für den Antrag zu I. ab.

C. Die Klage gegen die Beklagte zu 2. ist zulässig.

I. Die Klage ist als allgemeine Leistungsklage statthaft. Der nunmehr gültige Antrag entspricht dem Inhalt des materiellrechtlichen Befreiungsanspruchs, den die Klägerin geltend macht.

II. Die Zuständigkeit des Gerichts für den Antrag zu III. folgt aus §§ 12, 13 ZPO, da die Beklagte zu 2. ihren Wohnsitz in München hat.

D. Die Beklagten dürfen als Streitgenossen verklagt werden, §§ 59, 60 ZPO. Denn die Klagen stützen sich im Hinblick auf eine Vorfrage – die wirksame Darlehensschuld der Sozietät – auf einen identischen tatsächlichen und rechtlichen Grund im Sinne des § 59 Alt. 2 ZPO. Dies betrifft die tatsächliche Frage, ob und wann der RA Neuer in die Sozietät eingetreten ist und die rechtliche Frage, ob § 899a BGB auf den Darlehensvertrag Anwendung findet. Die bloße Identität hinsichtlich eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses ist insoweit auch hinreichend.³⁹ Dagegen spricht auch nicht, dass die Klägerin gegenüber der Beklag-

§ 797 Abs. 5 ZPO regelt nur die örtliche Zuständigkeit. Die sachliche Zuständigkeit folgt aus den allgemeinen Normen.³³

Ob man die Anträge zu I. und II. in einer Zulässigkeitsprüfung zusammenfasst, ist eine reine Geschmacksfrage. Jedenfalls müssen die Prozessvoraussetzungen in Ansehung eines jeden Antrags – zumindest gedanklich – geprüft werden.³⁴

Die Prüfung der Zulässigkeit sollte nach Beklagten getrennt erfolgen.³⁵

Dieser Punkt wäre an sich nicht zu erörtern. Er wurde nur für den Fall aufgenommen, dass Bearbeiter Zweifel an der statthaften Klageart haben sollten.

Die Prüfung der §§ 59, 60 ZPO gehört nicht zur Zulässigkeit der Klagen. Denn bei Unzulässigkeit der Streitgenossenschaft werden die Klagen nicht abgewiesen, sondern nach § 145 ZPO getrennt.³⁶ Das gleiche gilt für § 260 ZPO.³⁷

Ein anderes Ergebnis im Hinblick auf § 59 ZPO ist mit Verweis auf den entgegenstehenden Wortlaut sehr gut vertretbar. Dann müsste der Bearbeiter aber noch überlegen, ob eine in seinem Ermessen stehende Verbindung nach § 147 ZPO nahe liegt.³⁸ Zuletzt erscheint der Erlass eines Trennungsbeschlusses klausurtaktisch nicht sinnvoll.

34 Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 260 Rn. 11.

35 Hüßtege, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, §§ 59, 60 Rn. 7.

36 Hüßtege, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, §§ 59, 60 Rn. 7.

37 Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 260 Rn. 11 f.

38 Hüßtege, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, §§ 59, 60 Rn. 7.

39 Hüßtege, in: Thomas/Putzo, ZPO, 37. Aufl. 2016, §§ 59, 60 Rn. 3.

ten zu 1. verpflichtet, gegenüber der Beklagten zu 2. jedoch berechtigt ist. Zwar lässt sich dies nicht ohne Weiteres unter den Wortlaut des § 59 ZPO subsumieren. Die §§ 59, 60 ZPO werden von der herrschenden Ansicht jedoch sehr weit ausgelegt und bereits bejaht, wenn die gemeinsame Verhandlung prozessökonomisch sinnvoll ist und berechnete Belange der anderen Parteien nicht beeinträchtigt werden.⁴⁰ Das ist in Ansehung der genannten Vorfrage der Fall. Entgegenstehende Belange der Beklagten sind nicht ersichtlich und wurden von den Beklagten auch nicht durch Rüge erhoben. Ferner durften auch die Anträge gegenüber der Beklagten zu 1. in einem Verfahren geltend gemacht werden, da die Voraussetzungen des § 260 ZPO vorliegen.

E. Die Klagen gegen die Beklagte zu 1. sind teilweise begründet.

I. Die Klage ist begründet, soweit die Klägerin Einwendungen gegen die Übernahme der persönlichen Haftung erhebt. Denn die Vollstreckungsgegenklage nach §§ 795 S. 1, 767 ZPO ist begründet, wenn dem Kläger eine materiellrechtliche Einwendung zusteht, welche die Wirkung hat, dass der titulierte Anspruch nicht mehr oder nur noch eingeschränkt geltend gemacht werden darf.⁴¹ Das ist hier in Bezug auf die Übernahme der persönlichen Haftung in Ziffer V. der Grundschuldbestellung der Fall, da sie wegen Verstoßes gegen die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen unwirksam ist, § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.

1. Bei der Grundschuldbestellung handelt es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB. Denn nach dem unwidersprochenen Vortrag der Klägerin handelte es sich bei der Bestellungsurkunde um ein Formular, das also vorformuliert war. Das „Stellen“ des Formulars durch die Beklagte zu 1. wird gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB fingiert, da es sich um einen Verbrauchervertrag handelt.

2. Die Übernahme der persönlichen Haftung benachteiligt die Klägerin unangemessen, da sie von den

Bei einer Klage aus § 767 ZPO gegen ein Endurteil ist im Obersatz zur Begründetheit noch auf die Prälusion gem. § 767 Abs. 2 ZPO zu achten. Hier kommt es wegen § 797 Abs. 4 ZPO nicht auf die Prälusion an.

Die Bekl. zu 1. hatte hier nicht bestritten, dass es sich um ein Formular handelte, so dass dies nach § 138 Abs. 3 ZPO zur Fiktion eines Geständnisses führt. Somit ist die Tatsache nicht beweisbedürftig und ungeprüft als wahr zu behandeln.⁴²

Auf die Frage, ob nach Verjährung der gesicherten Forderung noch aus dem Schuldanerkenntnis vollstreckt werden darf, kam es hier also nicht an, vgl. dazu Nr. 2 des Hilfsgutachtens.

40 BGH, NJW-RR 2011, 1137 (1138); BayObLG, MDR 1999, 807 (807 f.); Hüßtege, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, §§ 59, 60 Rn. 1.

41 Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 767 Rn. 18.

42 Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 138 Rn. 18 und § 288 Rn. 5.

Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweicht, § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Denn der wesentliche Grundgedanke der gesetzlichen Regelung der Grundschild liegt in einer dinglichen Verhaftung des Grundstücks. Eine Übernahme der persönlichen Haftung des Grundschildbestellers, der nicht zugleich Schuldner der gesicherten Forderung ist, gehört gerade nicht zu der Ausgestaltung der Grundpfandrechte. Sonach liegt hierin eine den Grundgedanken der Grundschildregelung zuwiderlaufende unangemessene Haftungserweiterung vor.⁴³

II. Die Klage ist unbegründet, soweit die Klägerin Einwendungen gegen die Vollstreckung aus der Grundschild erhebt.

1. Die Grundschild ist zunächst wirksam bestellt worden. Insbesondere hat die Unwirksamkeit der Übernahme der persönlichen Haftung keine Konsequenzen für die Bestellung der Grundschild im Übrigen. Denn in Abweichung von § 139 BGB bleibt der Vertrag im Übrigen nach § 306 Abs. 1 BGB wirksam.

2. Der Klägerin steht auch keine Einrede gegen die Verwertung der Grundschild aus dem Sicherungsvertrag zu. Eine solche könnte sich zwar im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung der Sicherungsvereinbarung ergeben, wenn die zu sichernde Darlehensforderung nicht entstanden oder anderweitig erloschen ist. Es ließ sich indes nicht feststellen, dass der Darlehensvertrag nicht wirksam zustande gekommen wäre. Für den anderslautenden Vortrag der Klägerin ist letztere beweisfällig geblieben.

a) Ein dahin gehender Beweisantritt durch die Klägerin ist notwendig, da der Gesellschafterbestand der Sozietät zum 21.6.2014 streitig ist. Denn die Beklagte zu 1. ist dem Vortrag der Klägerin hinreichend substantiiert entgegengetreten. Zwar ist der Klägerin insoweit zu folgen, als der Beklagten zu 1. die sekundäre Darlegungslast für die Vertretungsverhältnisse obliegt, § 138 Abs. 2 ZPO. Danach darf sie sich nicht auf ein einfaches Bestreiten des Klägervortrags beschränken, wenn die Klägerin außerhalb des streitigen Geschehensablaufs steht und dem Gegner nähere Angaben ohne Weiteres zuzumuten sind.⁴⁴ Dieser Darlegungslast ist die Beklagte zu 1. durch die Anga-

Die Unwirksamkeit des Darlehensvertrages ist weder unstreitig, noch bewiesen. Sie ist lediglich vorgetragen, konnte aber nicht bewiesen werden. Es handelt sich um ein non liquet. Das muss durch eine entsprechende Formulierung klar gestellt werden (richtig: „Unwirksamkeit ließ sich nicht feststellen“; falsch: „ist wirksam“!).

43 BGH, BGHZ 114, 9 (13 f.); Herrler, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 1191 Rn. 44 und Grüneberg, ebd., § 307 Rn. 94.

44 Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, Vorbem § 284 Rn. 18.

ben aus ihrem Wahrnehmungsbereich nachgekommen und hat also die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO abgewendet. Eine weitergehende Pflicht zum Beweisantritt folgt aus diesen Grundsätzen nicht, da sie nur die Anforderungen an das substantiierte Bestreiten betreffen.⁴⁵

b) Das Beweisangebot der Klägerin durch Zeugeneinvernahme des RA Neuer ist als verspätet zurückzuweisen, §§ 296 Abs. 2, 282 ZPO. Denn die Benennung des Zeugen erst in mündlicher Verhandlung, obwohl ein schriftliches Verfahren vorausgegangen ist, und obwohl die Beklagte zu 1. die fraglichen Tatsachen bereits in ihrer Klageerwiderung bestritten hatte, verstößt gegen die allgemeine Prozessförderungspflicht aus § 282 Abs. 1 und 2 ZPO. Die Zulassung des Beweisangebots würde den Prozess auch verzögern. Eine Verzögerung im Sinne des § 296 ZPO liegt vor, wenn der Rechtsstreit bei Zulassung des Beweismittels später beendet würde als ohne Zulassung. Das ist hier der Fall, da die Sache ohne den Beweisantritt entscheidungsreif ist, bei Zulassung jedoch wohl deutlich verzögert würde. Der Verstoß gegen die Prozessförderungspflicht beruht auch zumindest auf grober Nachlässigkeit. Denn wer ein Beweismittel zu einem zentralen Punkt des Rechtsstreits bewusst zurückhält, um erst einmal abzuwarten, zu welchem Ergebnis die Erhebung der bisher angebotenen Beweise führt, verstößt in grober Weise gegen die allgemeine Prozessförderungspflicht des Zivilprozesses.⁴⁶

c) Auch die Einsichtnahme in den Inhalt des Darlehensvertrages vermag dem Beweisbegehren der Klägerin nicht zum Erfolg zu verhelfen. Denn Beweistatsache ist der Kreis der Gesellschafter der Sozietät zum 21.6.2014. Diesbezüglich ist das Beweismittel aber nicht ergiebig, da es lediglich die – unstrittigen – Unterschriften der Altgesellschafter trägt und keinen Hinweis für oder gegen eine Gesellschafterstellung des RA Neuer ergibt.

3. Auf die Verjährung der gesicherten Darlehensforderung kommt es für die Verwertung der Grundschuld nicht an. Denn der Bestand der Grundschuld wird durch die Verjährung der Forderung nicht in Frage gestellt. Auch eine Einrede gegen die Verwertung

Bei einer Präklusion nach § 296 Abs. 2 ZPO muss das Gericht – anders als bei § 296 Abs. 1 ZPO – positiv feststellen, dass eine grobe Fahrlässigkeit der Beweisführerin vorliegt.

45 BGH, NJW 2008, 982 (984) zum Zeugenbeweis; BGHZ 173, 23 (29 f.) zum Urkundsbeweis.

46 BGH, VersR 2007, 373 (374).

der dinglichen Sicherheit besteht nicht, da § 216 Abs. 2 S. 1 BGB anordnet, dass die Verwertung auch nach Verjährung zulässig bleibt.

III. Die Feststellungsklage ist teilweise begründet. Wie bereits unter I. ausgeführt, benachteiligt die Übernahme der persönlichen Haftung den Grundschuldbesteller unangemessen, da eine Abweichung von den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung vorliegt, § 307 BGB, und der Anspruch also nicht entstanden ist. Im Hinblick auf den Anspruch aus der Grundsuld, § 1147 BGB, ist sie indes unbegründet.

F. Die Klage gegen die Beklagte zu 2. ist teilweise begründet.

I. Die Anspruchsgrundlage für das Klagebegehren in Bezug auf die Beklagte zu 2. ist § 426 Abs. 1 BGB in direkter oder entsprechender Anwendung.⁴⁷

1. Nach einer Ansicht stehen die Klägerin als dingliche Sicherungsgeberin und die Beklagte zu 2. als persönliche Sicherungsgeberin in einem Gesamtschuldverhältnis, § 421 BGB. Danach sollen sich diese trotz des verschiedenen Inhalts der Ansprüche aus § 1147 und § 765 BGB nur zu einer Leistung im Sinne des § 421 BGB verpflichtet haben, da der Sicherungsnehmer die Leistung im Ergebnis nur einmal fordern könne. Danach wäre § 426 Abs. 1 BGB direkt auf den Sachverhalt anwendbar.

2. Nach der wohl überwiegenden Ansicht, ist § 426 Abs. 1 BGB lediglich analog anwendbar.⁴⁸ Denn die Ausgestaltung der akzessorischen Sicherheiten in den §§ 774, 1143, 1225 BGB hätte zur Konsequenz, dass der zuerst leistende Sicherungsgeber aufgrund einer *cessio legis* die Hauptforderung und nach §§ 412, 401 BGB auch die Sicherheiten der anderen Sicherungsgeber erwirbt. Er wäre damit für seinen Regress gesichert, während zumindest der letzte Sicherungsgeber bei niemanden mehr regredieren könnte. Ein solcher Wettlauf der Sicherungsgeber ist von dem Gesetz nicht gewollt. Das Gesetz enthält sonach eine Lücke, die durch Anwendung des § 426 Abs. 1 BGB zu schließen ist. Welcher Ansicht vorliegend zu folgen ist, bedarf also keiner Entscheidung.

Anspruchsgrundlage ist hier § 426 Abs. 1 BGB (ggf. analog), nicht § 426 Abs. 2 BGB. Abs. 1 stellt einen eigenständigen Anspruch dar, während Abs. 2 nur die *cessio legis* normiert, so dass die Hauptforderung gemäß §§ 412, 488, 765 BGB übergeht.

Zu den Auslegungsmethoden, Analogiebildung und teleologischer Reduktion vgl. *Palandt*, Einleitung Rn. 40–57.

47 Vgl. allgemein zum Ausgleich zwischen Sicherungsgebern: *Scherpe*, JuS 2014, 51.

48 *BGH*, BGHZ 108, 179 (183 ff.); *Sprau*, in: *Palandt*, 79. Aufl. 2020, § 774 Rn. 14.

II. Der Anspruch aus § 426 Abs. 1 BGB entsteht mit der Begründung der Gesamtschuld und nicht erst mit Befriedigung des Gläubigers.⁴⁹ Es kommt somit entgegen der Ansicht der Beklagten zu 2. nicht darauf an, ob die Klägerin die Valuta bereits an die Beklagte zu 1. geleistet hat.

III. Der Bürgschaftsvertrag zwischen den beiden Beklagten ist wirksam zustande gekommen und auch nicht wieder erloschen.

1. Der Bürgschaftsvertrag wurde formwirksam abgeschlossen.

a) Zwar entspricht die Übersendung eines, wenn auch im Original unterschriebenen, Fax nicht der nach § 766 S. 1 BGB erforderlichen Schriftform, § 126 BGB. Denn empfangsbedürftige Willenserklärungen, die der Schriftform bedürfen, werden nur wirksam, wenn die formgerechte Erklärung dem Empfänger auch zugeht, § 130 Abs. 1 BGB.⁵⁰

b) Die Einhaltung der Form gemäß § 766 BGB war hier jedoch nach § 350 HGB nicht notwendig. Denn der Abschluss des Bürgschaftsvertrages war auf Seiten der Beklagten zu 2. ein Handelsgeschäft, § 343 HGB. Die Beklagte zu 2. ist zunächst eingetragene Kauffrau, so dass das HGB – unabhängig davon, wie umfangreich ihr Geschäftsbetrieb ist, § 2 S. 1 HGB – auf sie Anwendung findet.

c) Weiter handelt es sich auch um ein Geschäft, das zum Betriebe ihres Handelsgewerbes gehört, § 343 BGB. Dies wird hier nach § 344 Abs. 2 HGB unwiderleglich vermutet. Danach gelten die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, solange sich nicht aus der Urkunde selbst das Gegenteil ergibt. Dieser Tatbestand ist hier erfüllt: Zu den Schuldscheinen im Sinne dieser Vorschrift gehören auch solche, welche die Schuld erst begründen. Somit zählt auch eine Bürgschaftsurkunde zu den Schuldscheinen in diesem Sinne.⁵¹ Aus der Einsichtnahme in die Bürgschaft haben sich keine gegenteiligen Hinweise ergeben: Die Bürgschaft ist unter dem Briefkopf der Be-

Hier durfte für die Kaufmannseigenschaft nicht auf § 1 HGB abgestellt werden, da zu Art und Umfang des Gewerbebetriebes nicht vorgetragen wurde. § 5 HGB ist subsidiär zu § 2 S. 1 HGB und kommt nicht zu Anwendung.⁵¹

Die Vermutung des § 344 Abs. 2 HGB ist – entgegen § 292 ZPO und anders als § 344 Abs. 1 HGB – nicht widerlegbar („gelten“).⁵²

49 Grüneberg, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 426 Rn. 4.

50 Ellenberger, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 126 Rn. 12 und § 130 Rn. 10.

51 Hopt, in: Baumbach/Hopt, 38. Aufl. 2018, § 5 Rn. 2.

52 Hopt, in: Baumbach/Hopt, 38. Aufl. 2018, § 344 Rn. 4.

53 BGH, NJW 1997, 1779 (1780); Hopt, in: Baumbach/Hopt, 38. Aufl. 2018, § 344 Rn. 4.

klagten zu 2. angefertigt. Sie enthält keine Hinweise auf eine private Natur des Geschäfts.

d) Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass die Beklagte zu 2. vorträgt, dass sie die Bürgschaft nur anlässlich ihrer persönlichen Beziehung abgegeben habe. Dies stellt zwar eine rechtlich erhebliche Behauptung dar, da sie die Wirkung des § 344 Abs. 2 HGB ausschließen könnte.⁵⁵ Jedoch müssten dafür die privaten Beweggründe der Beklagten zu 2. der Beklagten zu 1. bei Empfang der Bürgschaftserklärung bekannt gewesen sein. Dies hat die Beklagte zu 2. zwar behauptet, was die Klägerin jedoch zulässig mit Nichtwissen bestritten hat, § 138 Abs. 4 ZPO. Denn es handelte sich dabei um Vorgänge, für welche die Beklagte zu 2. darlegungsbelastet ist, da sie eine Ausnahme von § 344 Abs. 2 HGB geltend machen will. Die Klägerin andererseits war an den Vorgängen nicht beteiligt und konnte über sie also keine eigenen Wahrnehmungen machen. Für diese Tatsache ist die Beklagte zu 2. jedoch beweisfällig geblieben.

e) Etwas anderes folgt vorliegend auch nicht aus § 13 BGB. Zwar ist fraglich, ob die Annahme eines Verbrauchergeschäfts nach § 13 BGB das Vorliegen eines Handelsgeschäfts ausschließen könnte. Diese Kollision wird jedoch durch Art. 2 Abs. 1 EGHGB aufgelöst, der bestimmt, dass sich die handelsrechtlichen Spezialvorschriften gegenüber dem BGB durchsetzen.

2. Die Bürgschaft ist auch nicht aufgrund Widerrufs erloschen, § 355 BGB. Denn die Beklagte zu 2. handelte bei Abschluss des Vertrags nicht als Verbraucherin, § 13 BGB. Dies wäre der Fall, wenn sie die Bürgschaft aus privaten Motiven abgegeben hätte. Dies ist aber nicht festgestellt. Denn die dahin gehende bestrittene Behauptung der Beklagten zu 2. wurde nicht bewiesen. Dies geht zu ihren Lasten. Denn wer sich auf Verbraucherschützende Vorschriften beruft, muss auch seine Verbrauchereigenschaft beweisen.⁵⁶ Nichts anderes folgt aus der jüngsten Rechtsprechung, wonach bei einem Vertragsschluss mit einer natürlichen Person grundsätzlich von

Die rechtliche Erörterung, ob ein Bestreiten mit Nichtwissen nach § 138 Abs. 4 ZPO zulässig war, oder ob es nicht zulässig und also kein wirksames Bestreiten war, gehört in die Entscheidungsgründe.

§ 138 Abs. 4 ZPO ist nur ein Weg des Bestreitens und hilft daher niemals der darlegungsbelasteten Partei!⁵⁴

Wenn eine Partei für eine streitige Tatsache, für die sie darlegungsbelastet ist, keinen Beweis anbietet, ist sie „beweisfällig“. Dazu ist hier – gem. Bearbeitervermerk – zu unterstellen, dass der nach § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO notwendige Hinweis des Gerichts erfolgt ist.

Die Rechtsprechung zur Beweislast im Hinblick auf §§ 13, 14 BGB (vgl. Fn. 56) sollte aufgrund ihrer Bedeutung für die Praxis unbedingt im Auge behalten werden. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Vereinbarkeit des Vorrangs von § 344 HGB vor den §§ 13, 14 BGB mit dem Europarecht fraglich ist, soweit es um Rechte geht, die sich aus europäischen Sekundärrechten ableiten (wie insbes. die Widerrufsrechte).

⁵⁴ Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 138 Rn. 19.

⁵⁵ BGH, NJW 1997, 1779 (1780); Hopt, in: Baumbach/Hopt, 38. Aufl. 2018, § 344 Rn. 4.

⁵⁶ BGH, NJW 2009, 3780 (3781), 2007, 2619 (2621); Ellenberger, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 13 Rn. 4.

einem Verbraucherhandeln auszugehen ist.⁵⁷ Denn auf die letztgenannte Regel kommt es nur dann an, wenn der vom mutmaßlichen Verbraucher verfolgte Privatzweck positiv festgestellt wurde und lediglich die vom Gegner eingewandten äußeren entgegenstehenden Umstände etwas anderes indizieren sollen.⁵⁸

3. Die Bürgschaft ist auch nicht nichtig nach § 142 Abs. 1 BGB. Ein Anfechtungsrecht der Beklagten zu 2. besteht nicht. In Betracht kommt hier allein ein Eigenschaftsirrtrum nach § 119 Abs. 2 BGB. Jedoch stellt die zukünftige Zahlungsfähigkeit der Sozietät keine Eigenschaft derselben dar, da sie ihr nicht auf Dauer anhaftet. Ferner würde es dem Sinn einer Bürgschaft widersprechen, wenn sich der Bürge im Ernstfall von ihr lösen könnte. Ein Irrtum darüber ist also nicht rechtserheblich.⁵⁹

4. Der Beklagten zu 2. steht ferner kein Kündigungsrecht nach § 313 Abs. 3 BGB zu, denn es liegt kein Wegfall der Geschäftsgrundlage vor. Denn eine Veränderung von Umständen ist nur dann erheblich im Sinne des § 313 BGB, wenn sich nicht bereits nach der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung einer Partei zugewiesen werden. Das Risiko des Zahlungsausfalls des Hauptschuldners ist im Rahmen der Bürgschaft jedoch gerade dem Bürgen zugewiesen.⁶⁰

IV. Ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 214 BGB ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des Vorprozesses vor dem LG München I, Az. 6 O 3664/19. Denn die hiesige Klägerin war nicht Partei des dortigen Verfahrens. Gemäß § 325 ZPO ist die subjektive Rechtskraftwirkung jedoch auf die Parteien und ihre Rechtsnachfolger begrenzt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Gesamtschuldnerschaft zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2.: Denn nach § 425 Abs. 2 letzte Alt. BGB kommt der Rechtskraft lediglich Einzelwirkung zu. Die der Beklagten zu 2. offen stehende Möglichkeit einer Streitverkündung nach § 72 ZPO hat sie nicht genutzt.

Die Trennung von (fehlender) Rechtskrafterstreckung (IV.) und (fehlender) materiellrechtlicher Relevanz der Verjährung (V.) liegt hier nahe.

57 BGH, NJW 2009, 3780 (3781) = JuS 2010, 254 mit Anm. Faust; Ellenberger, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 13 Rn. 4.

58 Ellenberger, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 13 Rn. 4; Faust, JuS 2010, 254 (256); aA wohl Bülow, WM 2011, 1349 (1350).

59 BGH, NJW 1988, 3205 (3207) und öfter; Habersack, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 765 Rn. 37 f.

60 Sprau, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 765 Rn. 11 und Grünberg, ebd., § 313 Rn. 47.

V. Der Regress im Innenverhältnis ist auch nicht deswegen zu versagen, weil ansonsten die im Außenverhältnis womöglich eingetretene Verjährung unzulässig umgangen würde.⁶¹ Das Gesetz räumt mit § 426 Abs. 1 BGB gerade einen eigenständigen Anspruch ein, der nutzlos wäre, wenn er den gleichen Beschränkungen unterliegen würde wie der übergeleitete Anspruch aus §§ 426 Abs. 2, 412, 404 BGB. Ferner ist die Klägerin nicht an der Rechtsbeziehung der Beklagten zu 1. zur Beklagten zu 2. beteiligt. Sie darf daher auch keinen Nachteilen dadurch unterliegen, dass die Gläubigerin die Forderung einem Gesamtschuldner gegenüber (bewusst oder unbewusst) verjähren lässt.

VI. Die Beklagte zu 2. kann sich weiter nicht darauf berufen, dass nicht zuvor eine Vollstreckung gegen die Sozietät versucht worden war. Eine Einrede der Vorausklage nach § 771 BGB steht ihr gemäß § 349 HGB nicht zu, da es sich für sie um ein Handelsgeschäft im Sinne des § 343 HGB handelte (vgl. F.III.1.d).

VII. Die Klägerin kann von der Beklagten zu 2. jedoch lediglich Ausgleich in Höhe 714.000 EUR verlangen. Denn § 426 Abs. 1 sieht gerade nicht vor, dass der Ausgleichsberechtigte 100 % der Summe von dem Ausgleichsschuldner verlangen kann. Vielmehr ist der Regress nur *pro rata* möglich. In Abweichung von der Zweifelsregel in § 426 Abs. 1 S. 1 BGB verteilt sich die Haftung hier nicht nach Kopfteilen. Beim Regress zwischen Sicherungsgebern sind vielmehr die gegenüber dem Gläubiger übernommenen Haftungsrisiken ins Verhältnis zu setzen.⁶² Hier besicherten die Parteien ein Volumen von insgesamt 3.500.000 EUR. Davon entfallen 1.000.000 EUR und somit 28,6 % auf die Klägerin und 2.500.000 EUR oder 71,4 % auf die Beklagte zu 2. Die Klägerin muss sich sonach ihren Eigenanteil von 28,6 % abziehen lassen und kann damit 714.000 EUR verlangen.

VIII. Der Beklagten zu 2. steht auch gegen den Anspruch aus § 426 Abs. 1 BGB nicht die Einrede der Verjährung zu, § 214 BGB.

Die Verjährung im Verhältnis Bekl. 1. – Bekl. 2. hätte mangels rechtlicher Bindung an den Vorprozess noch einmal geprüft werden können. Sie wurde aber aus anderen rechtlichen Gründen nicht erheblich, vgl. aber Hilfsgutachten Nr. 4.

61 BGH, NJW 2010, 62 (63) mit Anm. Pfeiffer, NJW 2010, 23, und Cziupka, ZGS 2010, 62; Grüneberg, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 426 Rn. 4.

62 BGH, NJW 2009, 437 (438); Sprau, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 774 Rn. 14.

63 Vgl. insbes. BGH, BGHZ 181, 310 (= NJW 2010, 60) und NJW 2010, 62.

1. Zwar ist der Ausgleichsanspruch bereits mit der Begründung der Gesamtschuld zwischen den Parteien im Jahre 2014 entstanden im Sinne des § 199 BGB.⁶⁴ Als Ausgleichsanspruch unterliegt er dabei einer einheitlichen Verjährung, ohne dass es auf die Ausprägung als Mitwirkungs-, Befreiungs- oder Zahlungsanspruch ankommt. Für eine Verjährung wäre aber weiter erforderlich, dass der Gläubiger Kenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB hat. Die danach notwendige Kenntnis erstreckt sich kumulativ auf folgende Umstände: Anspruch des Gläubigers gegen die Ausgleichsverpflichtete, Anspruch des Gläubigers gegen die Ausgleichsberechtigte, Gesamtschuldverhältnis sowie Ausgleichspflicht im Innenverhältnis. Da die Klägerin vorliegend aber erst im Jahre 2017 von der Bürgerschaft erfuhr, ist die Verjährungsfrist an sich mit dem Jahre 2020 abgelaufen, §§ 195, 199 BGB.

2. Die Klägerin hat die Verjährung jedoch rechtzeitig durch die Erhebung der Klage gehemmt, § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Gemäß § 167 ZPO ist dabei bereits auf die Einreichung der Klage abzustellen, da hier keine Verzögerungen durch die Klägerin veranlasst wurden und die Zustellung also „demnächst“ erfolgte.⁶⁵ Die Einreichung ist hier auch bereits mit dem Ausdruck der via Email versandten, eingescannten Klageschrift und damit noch im Jahre 2020 wirksam anhängig geworden.⁶⁶

Dies folgt nicht aus § 130a ZPO. Danach ist die Übermittlung in elektronischer Form bei Zulassung durch die Landesregierung zwar zulässig, bedarf aber stets einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem SigG, an der es vorliegend fehlt. Jedoch wahrt der Ausdruck des eingescannten Schriftsatzes die Schriftform im Sinne des § 130 Nr. 6 Alt. 2 ZPO. Denn danach genügt es, wenn der Schriftsatz im Original von dem Rechtsanwalt unterzeichnet wurde und dem Gericht lediglich eine Wiedergabe dieser Unterschrift im Wege der Datenübertragung übermittelt wird. Die Übermittlung in diesem Sinne ist erfolgt, sobald auf Veranlassung des Absenders am Emp-

Hier gilt es die Verjährung im Außenverhältnis, §§ 488, 765 BGB, und die Verjährung im Ausgleichsverhältnis § 426 Abs. 1 BGB auseinanderzuhalten. Denn sie laufen zu verschiedenen Zeitpunkten an und werden unterschiedlich gehemmt.⁶³

Es ist zu beachten, dass nur und erst der Ausdruck durch die Geschäftsstelle die Schriftform iSd § 130 Nr. 6 ZPO wahrt. Eine an allgemeine Adressen, zB poststelle@lg-m1.bayern.de versandte Email würde iDR als rechtliches *nullum* behandelt und nicht ausgedruckt oder sonst bearbeitet werden.⁶⁷

64 BGH, BGHZ 181, 310 (313); Ellenberger, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 199 Rn. 3.

65 Vgl. allgemein zu § 167 ZPO: Schmidt, JA 2016, 303.

66 BGH, NJW 2008, 2649 (2650) mit Anm. Bacher, NJW 2009, 1548, und Köbler, MDR 2009, 357; Seiler, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 129 Rn. 13.

67 Köbler, MDR 2009, 357 (359).

fangsort (Gericht) eine körperliche Urkunde aufgrund der übermittelten Daten erstellt wird.⁶⁸ Dies ist mit dem Ausdruck durch die Geschäftsstelle erfolgt. Würde das Gericht nun einen – durch den Ausdruck wirksam gewordenen – Schriftsatz nicht annehmen, behinderte es den Zugang zu den Gerichten in unzumutbarer, aus sachlichen Gründen nicht gerechtfertigter Weise. Denn die Gefahr der Manipulation des Inhalts oder der Vortäuschung eines fremden Absenders besteht bei einem Fax im gleichen Maße. Das gilt umso mehr, als die Möglichkeit, Faxe über das Internet zu versenden, überaus gebräuchlich ist. Dies stellt sich im Ergebnis auch nicht als Umgehung des § 130a ZPO dar, da dieser nur die Übermittlung von elektronischen Dokumenten behandelt, die besondere technische Voraussetzungen erfordern.⁶⁹

G. Die Kostenentscheidung folgt aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 91, 92 ZPO nach den Grundsätzen der sog. „Baumbach’schen Formel“. Dabei ist für die Klage gegen die Beklagte zu 1. von einem Gebührenstreitwert von 1.000.000 EUR auszugehen. Eine Addition der drei Streitgegenstände – Vollstreckbarkeit von je Grundschuld und Schuldanerkenntnis sowie Feststellung – findet aufgrund ihrer wirtschaftlichen Identität nicht statt.⁷⁰ Dies gilt für die Zwischenfeststellungsklage, da sie lediglich ein vorgreifliches Element der Hauptklage erfasst. Im Verhältnis der beiden Vollstreckungsgegenklagen gilt dies, da sie die gleiche Forderung besichern und der Gläubiger die Leistung lediglich einmal fordern kann. Das Unterliegen mit dem Antrag zu I. führt zu einer Quotelung von 33 % zu 67 % im Verhältnis zu der Beklagten zu 1. Im Hinblick auf die Beklagte zu 2. ist bei einem ebenso hohen Streitwert von einer Unterliegensquote der Klägerin von 28,6 % zu 71,4 % auszugehen.

H. Die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt im Hinblick auf Ziffer I. und III. aus § 709 S. 1 ZPO und im Übrigen aus § 709 S. 1 und 2 ZPO.

[Unterschrift]

Zur Herleitung der Kostenentscheidung vgl. Nr. 5 des Hilfsgutachtens. Die detaillierte Darstellung der Grundzüge der sog. "Baumbach'schen Kostenformel" ist in der Praxis nicht üblich.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit soll lediglich kurz die gesetzlichen Grundlagen nennen. Insbesondere die Höhe der Sicherheitsleistung wird nicht vorgerechnet.

Der Bearbeiter sollte sich angewöhnen Entscheidungen, Schriftsätze usw. in Klausuren stets mit *[Unterschrift]* zu unterzeichnen. Sollte er im Examen nämlich aus Versehen mit seinem eigenen Namen unterschreiben, droht eine Bewertung mit 0 Punkten wegen Beeinflussung des Prüfers!

68 GmS-OGB, BGHZ 144, 160 (165).

69 BGH, NJW 2008, 2649 (2651).

70 Hüßtege, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 5 Rn. 7 f.

Hilfsgutachten

1. Zum Inhalt des Fre stellungsanspruchs

Der Inhalt des Anspruchs aus § 426 Abs. 1 BGB ist auf Mitwirkung bei der Befriedigung des Gläubigers gerichtet. Dabei kann der Ausgleichsberechtigte jedoch nicht ohne Weiteres die Zahlung an sich verlangen. Der Anspruch ist vielmehr auf Befreiung von der Forderung im Außenverhältnis gerichtet. Eine Zahlung an sich kann der Ausgleichsberechtigte dabei grundsätzlich nicht verlangen, da es dem Ausgleichsverpflichteten offen stehen muss, sich von der Forderung zB durch Vereinbarung eines Erlasses zu befreien.⁷¹ Jedoch ist auch anerkannt, dass direkt Zahlung verlangt werden kann, wenn die Inanspruchnahme des Ausgleichsberechtigten feststeht.⁷² Der Zahlungsantrag ist dann allerdings auf Zahlung an den Gläubiger zu richten.⁷³ Die Klägerin hätte ihren Antrag aus der Klageschrift daher nicht notwendig abändern müssen.

2. Zur Durchsetzbarkeit des Schuldanerkenntnisses nach Verjährung der Forderung

Die Verjährung einer gesicherten Forderung hindert nicht die Verwertung aus einem abstrakten Schuldanerkenntnis, das zur Sicherheit für die Forderung abgegeben wurde.⁷⁴ Dies folgt aus einer analogen Anwendung des § 216 Abs. 2 S. 1 BGB. Die Norm enthält insoweit eine unbeabsichtigte Regelungslücke. Denn nach dem früheren Verjährungsregeln verjährten sowohl Forderung, als auch Schuldanerkenntnis erst nach 30 Jahren, § 195 BGB aF. Nach neuem Recht hingegen verjährt der Darlehensanspruch in drei Jahren, § 195 BGB, während das vollstreckbare Schuldanerkenntnis nach § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB in 30 Jahren verjährt. Diese Friktion hat der Gesetzgeber übersehen. Die Einbeziehung des abstrakten Schuldanerkenntnisses liegt jedoch nahe, da sie dem Gläubiger ebenso eine unberührte abstrakte Rechtsposition gewährt, wie es bei der Grundsuld der Fall ist. Somit darf nur der dauerhafte Wegfall der gesicherten For-

71 *Grüneberg*, in: *Palandt*, 79. Aufl. 2020, § 426 Rn. 5 und § 257 Rn. 2; zum Befreiungsanspruch allgemein *Görner*, JuS 2009, 7.

72 *RG*, RGZ 78, 26 (34); *Grüneberg*, in: *Palandt*, 79. Aufl. 2020, § 257 Rn. 2.

73 *BGH*, NJW 2000, 1641 (1642).

74 *BGH*, BGHZ 183, 169 (177 ff.) = JuS 2010, 263 mAnm. K. Schmidt; *Ellenberger*, in: *Palandt*, 79. Aufl. 2020, § 216 Rn. 5; aA *Grothe*, in: *MüKoBGB*, 8. Aufl. 2018, § 216 Rn. 4.

derung zu einer Kondition nach § 812 Abs. 2 BGB führen, während eine Verwertung im Übrigen zulässig bleibt.

3. Zur Anwendung von § 899a BGB auf das schuldrechtliche Rechtsgeschäft

§§ 899a, 891 BGB überwinden die fehlende Vertretungsmacht lediglich hinsichtlich des Verfügungsgeschäfts, nicht aber hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts.⁷⁵ Nach einer teils vertretenen Ansicht begründet § 899a BGB Vertretungsmacht der eingetragenen Gesellschafter auch in Ansehung des Verpflichtungsgeschäfts. Denn ohne *causa* sei der dingliche Erwerb des Geschäftsgegners nicht kondiktionsfest und der gutgläubige Erwerb also nutzlos.⁷⁹ Nach der wohl überwiegenden Ansicht ist die Norm lediglich „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ anzuwenden. Denn der Gesetzgeber wollte durch die Einführung des § 899a BGB kein GbR-Register schaffen. Diese Funktion würde das Grundbuch jedoch erhalten, wenn man die Anwendung auf Verpflichtungsgeschäfte bejahen wollte.⁸⁰

4. Zur Hemmung der Verjährung durch den Mahnantrag

Der Anspruch der Beklagten zu 1. gegen die Beklagte zu 2. ist nicht verjährt, § 214 BGB. Zwar wäre an sich mit Ablauf des Jahres 2019 nach §§ 195, 199 BGB die Verjährung hinsichtlich der Bürgenschuld eingetreten. Die Verjährung wurde indes rechtzeitig gehemmt, § 209 BGB. Die Hemmung folgt hier aus der Einreichung eines Mahnantrags, § 204 Nr. 3 BGB, § 167 ZPO. Der Mahnantrag war auch bereits anfänglich hinreichend bestimmt im Sinne des § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. Denn im Gegensatz zu einer Klageschrift muss der Anspruch nicht im Sinne einer Schlüssigkeitsprüfung substantiiert werden. Es genügt vielmehr eine Individualisierung, die den Umfang der nach §§ 700, 322 ZPO eventuell nachfolgenden

§ 899a BGB wirft vielfältige Probleme auf: Wenn die GbR Berechtigte ist und ein *falsus procurator* im Namen der GbR verfügt, dann verfügt kein Nichtberechtigter. Vielmehr verfügt ein Nichtvertretungsbefugter im Namen der Berechtigten. § 899a BGB fingiert also eine organschaftliche Vertretungsmacht.⁷⁵ Damit fehlt es im Bereicherungsrecht dann aber an einer vorrangigen Leistungsbeziehung. Der Erwerb ist damit dinglich wirksam aber kondizierbar (str.).⁷⁶

§ 899a BGB findet nach Art. 229 § 21 EGBGB auch auf Erwerbsstatbestände Anwendung, die vor dem Inkrafttreten des § 899a BGB liegen.⁷⁷

Würde man die anfängliche Individualisierung des Anspruchs für nicht ausreichend im Sinne des § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO halten, wäre die nachfolgende Präzisierung im Jahre 2020 nutzlos. Denn diese wirkt nur noch ex nunc und kann die bereits eingetretene Verjährung dann nicht mehr hindern.⁸¹

Die Auffassung des LG München im Vorprozess der Beklagten zu 1. gegen die Beklagte zu 2. zu den Anforderungen an die Individualisierung der Forderung im Mahnverfahren entspricht somit nicht der Auffassung des BGH.

⁷⁵ Wilhelm, NZG 2011, 801 (807).

⁷⁶ Zur Übersicht: Weiss, JuS 2016, 494; Kohler, JURA 2012, 83; Wellenhofer, JuS 2010, 248.

⁷⁷ Vgl. die Fn. 1 zu § 899a BGB in Schönfelder, Deutsche Gesetze.

⁷⁸ Herrler, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 899a Rn. 6.

⁷⁹ Heßeler/Kleinhenz, WM 2010, 446 (449); Böttcher, NJW 2010, 1647 (1655).

⁸⁰ Herrler, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 899a Rn. 6; Kienle, ZHR 174 (2010), 209 (228); Krüger, NZG 2010, 801 (805).

⁸¹ BGH, NJW 2009, 56 (57); Ellenberger, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 204 Rn. 18.

Rechtskraft hinreichend umreißt.⁸² Dazu muss der dem Anspruch zugrunde liegende Lebenssachverhalt in abgrenzbarer Weise bezeichnet werden. Dabei ist nicht erforderlich, dass außenstehende Dritte die Abgrenzung vornehmen können. Es genügt, dass dies dem Adressat des Mahnbescheids möglich ist.⁸³ Vorliegend konnte die Beklagte zu 2. auch keine Zweifel an dem Grund der Inanspruchnahme haben. Denn zwischen den Parteien bestand lediglich ein Rechtsverhältnis, die Bürgschaft, so dass deren Angabe hinreichend war.⁸⁴

5. Zur Herleitung der Kostenentscheidung

Das Gesetz regelt in § 100 Abs. 1 ZPO lediglich das vollständige Unterliegen aller Streitgenossen. *Nicht* geregelt werden dort ua das vollständige oder teilweise Obsiegen einzelner Streitgenossen und das Unterliegen anderer sowie das Unterliegen der Streitgenossen zu unterschiedlichen Teilen. Diese Konstellationen sind nach den folgenden Grundsätzen der §§ 91, 92 ZPO zu lösen:⁸⁶

a) Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Klägers betreffen alle Prozessrechtsverhältnisse und werden in einem eigenen, ersten Satz tenoriert. Um die Quoten für diesen Satz zu errechnen, werden zunächst die Gebührenstreitwerte der einzelnen Prozessrechtsverhältnisse (hier: Kl. – Bekl. z. 1. und Kl. – Bekl. z. 2.) zu einem fiktiven Gesamtstreitwert addiert. Sodann sind die jeweiligen Unterliegensanteile an diesem fiktiven Gesamtstreitwert auszudrücken. Für die Berechnung des Gebührenstreitwerts ist nach § 48 Abs. 1 S. 1 GKG von dem Zuständigkeitsstreitwert auszugehen, soweit die §§ 41–54 GKG keine Sonderregelungen enthalten.⁸⁷ Es kann somit im Grundsatz zur Berechnung auf die §§ 2–9 ZPO zurückgegriffen werden.

Vorliegend hat das Prozessrechtsverhältnis Kl. – Bekl. z. 1. einen Gebührenstreitwert von 1.000.000 EUR. Zwar verfolgt die Klägerin drei unterschiedliche Streitgegenstände (Vollstreckbarkeit

Die Problematik der "Baumbach'schen Formel" lässt sich am besten durch Beispielfälle einüben.⁸⁵

Die Darstellung erfolgt hier nur zu didaktischen Zwecken und müsste in einer Examensklausur nicht erfolgen.

⁸² Hüßtege, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 690 Rn. 9; Ellenberger, in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 204 Rn. 18.

⁸³ BGH, NJW 2011, 613 (614); NJW-RR 2010, 1455 (1456); NJW 2008, 1220 (1221).

⁸⁴ BGH, NJW 2002, 520 (521).

⁸⁵ Dazu Gemmer, JuS 2012, 702.

⁸⁶ Hüßtege, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 100 Rn. 15 und 19.

⁸⁷ Hüßtege, in: Thomas/Putzo, 40. Aufl. 2019, § 2 Rn. 15.