

# DNotI

Deutsches Notarinstitut

**Dokumentnummer:** 3u72\_10  
**letzte Aktualisierung:** 14.7.2011

**OLG Brandenburg**, 23.3.2011 - 3 U 72/10

BGB §§ 1113 ff.

**Konkludente Kündigung der Grundsuld durch Androhung der Zwangsvollstreckung**

Brandenburgisches Oberlandesgericht

3 U 72/10

Im Namen des Volkes

Urteil

Verkündet am 23.03.2011

4 O 355/09 Landgericht Potsdam

Anlage zum Protokoll vom 23.03.2011

... als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

der N. Ho.,

Klägerin, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

O. H.,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Berufungskläger,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

hat der 3. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 23. Februar 2011 durch den Richter am Oberlandesgericht Jalaß als Vorsitzenden, den Richter am Oberlandesgericht Funder und den Richter am Landgericht Jost für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 31. März 2010 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer - Einzelrichter - des Landgerichts Potsdam, Az. 4 O 355/09, wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung des Beklagten wird das vorbezeichnete Urteil teilweise abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die gegen sie gerichtete Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

## Gründe

### I.

Die Klägerin wendet sich mit der vorliegenden Vollstreckungsgegenklage und Klauselgegenklage gegen die von dem Beklagten betriebene Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde mit dem Ziel, diese für unzulässig zu erklären.

Die Klägerin ist Eigentümerin des im Grundbuch von B. des Amtsgerichts Nauen, Bl. ..., verzeichneten Grundstücks Flur ..., Flurstück ... in F., ... Chaussee. Dieses Grundstück stand ursprünglich im Eigentum des Vaters der Klägerin, dem Zeugen J. Der Beklagte gewährte den Zeugen J. mit notariellem Vertrag vom 23.11.2003, UR-Nr. ... des Notars ... in B., ein Darlehen über insgesamt 50.000 €. Das Darlehen sollte mit 11% jährlich verzinst werden und in jährlichen Raten von 5.000 € fällig jeweils am 31.12. eines jeden Jahres, beginnend mit dem 31.12.2004, zur Rückzahlung fällig sein. In Höhe der Darlehensvaluta unterwarf sich der Zeuge J. der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Zugleich bestellte der Zeuge J. zugunsten des Beklagten eine Grundschuld in Höhe von 50.000 € nebst 11% Zinsen seit dem Tage der Eintragung und unterwarf den belasteten Grundbesitz der Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer nach § 800 ZPO. Wegen der Einzelheiten wird auf die Kopie zu den Gerichtsakten gereichte notarielle Urkunde vom 21.11.2003 (Bl. 13 ff GA) Bezug genommen.

Mit notariellem Vertrag vom 04.10.2007 übertrug der Zeuge J. das Eigentum an dem Grundstück an die Klägerin. Die Eintragung der Klägerin als Eigentümerin im Grundbuch erfolgte am 11.03.2008.

Mit Schreiben vom 10.4.2008 (Kopie Bl. 108 GA), zugestellt durch den Gerichtsvollzieher am 12.04.2008, forderte der Beklagte den Zeugen J. zur Rückzahlung der Darlehensforderung nebst Zinsen auf sein näher bezeichnetes Konto auf und ließ ihm eine vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde vom 21.11.2003 zustellen. Mit Schreiben vom 11.12.2008 (Kopie Bl. 28 ff GA) ließ der Beklagte die vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde an die Klägerin zustellen und kündigte die Zwangsversteigerung des Grundstücks an.

Die Parteien streiten über die Fälligkeit der Grundschuld, über eine von der Klägerin behauptete Rückzahlung durch den Zeugen J. in monatlichen Raten von 700,00 € sowie darüber, ob sich der Beklagte mit der Entgegennahme weiterer Tilgungsraten in Annahmeverzug befindet. Die Klägerin ist darüber hinaus der Auffassung, dass der beurkundende Notar die Vollstreckungsklausel nicht erteilen dürfen, weil der Nachweis der Fälligkeit der Grundschuld nicht geführt sei.

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils i. d. F. des Berichtigungsbeschlusses vom 28.6.2010 (Bl. 400 GA) Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Die Klägerin hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht darüber hinaus beantragt,

die Zwangsvollstreckung aufgrund der zu der Urkunde vom 21.11.2003 (UR-Nr. ... des Notars ... in B.) am 10.12.2008 den Beklagten die zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in das

Grundstück, eingetragen im Grundbuch von B., Blatt ..., gegen die Klägerin erteilte Vollstreckungsklausel für unzulässig zu erklären.

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde des Notars ... vom 21.11.2003 hinsichtlich eines erststelligen Teilbetrages in Höhe von 1.400,00 € für unzulässig erklärt und die weitergehende Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, der Beklagte sei berechtigt, seine Rechte aus der Grundschuld durchzusetzen. Die erforderliche Kündigungserklärung gemäß § 1193 Abs. 1 BGB sei spätestens in dem Antrag des Beklagten auf Einleitung der Zwangsvollstreckung zu sehen. Auf das Darlehen seien seit März 2008 keine Zahlungen mehr erbracht worden, so dass der gesamte noch ausstehende Darlehensbetrag einschließlich Zinsen fällig geworden sei. Die Klägerin habe dem Zahlungsanspruch nicht erfolgreich die Einwendung der Erfüllung entgegenhalten können. Zwar sei es ihr grundsätzlich nicht verwehrt, sich auf Zahlungen des Zeugen J. zu berufen, da nach dem Sachzusammenhang und den Umständen der Grundschuldbestellung die Vertragsparteien von einer Sicherung des Darlehens durch die Grundschuld ausgegangen seien. Der Klägerin sei jedoch nicht der Beweis gelungen, dass der Beklagte mit dem Zeugen J. eine Änderung der Tilgungsbestimmung durch monatliche Ratenzahlungen in Höhe von 700,00 € vereinbart habe und die Darlehensschuld in Höhe von 40.879,00 € erfüllt worden sei. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei das Landgericht lediglich davon überzeugt, dass die Zeugin E. in zwei Fällen jeweils 700,00 € im Auftrage des Zeugen J. dem Beklagten übergeben habe. Weitere Zahlungen habe die Zeugin nicht bestätigt. Die Bekundungen des Zeugen J. seien ebenso wie die Aussagen der Zeugen P. und L. nicht geeignet, die behaupteten weitergehenden Zahlungen zu beweisen. Der Beklagte sei daher nicht gehindert, seine Rechte aus der Grundschuld geltend zu machen, wobei er sich neben dem Erlös aus der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Zeugen J. die von der Zeugin E. bekundeten Teilzahlungen in Höhe von 1.400,00 € anrechnen lassen müsse. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Entscheidungsgründe Bezug genommen.

Gegen das Urteil wenden sich beide Parteien mit der Berufung. Die Klägerin hat gegen das ihr zu Händen ihrer Prozessbevollmächtigten am 16.04.2010 zugestellte Urteil (Bl. 256 GA) mit einem am 04.05.2010 beim Brandenburgischen Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese sogleich begründet (Bl. 263 ff GA). Der Beklagte hat gegen das ihm zu Händen seiner Prozessbevollmächtigten am 20.04.2010 zugestellte Urteil (Bl. 278 GA) mit einem per Telefax am 17.05.2010 beim Brandenburgischen Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und sein Rechtsmittel ebenfalls sogleich begründet (Bl. 288 ff GA).

Die Klägerin verfolgt ihr Begehren unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiter. Sie rügt zunächst, das angefochtene Urteil habe den Rechtsstreit nicht vollständig erledigt, da der Klageerweiterungsantrag nach § 768 ZPO übergangen worden sei, womit das Landgericht gegen das Recht auf rechtliches Gehör verstoßen habe. Das Landgericht habe auch in der Sache fehlerhaft entschieden. In dem Antrag des Beklagten auf Einhaltung der Zwangsvollstreckung könne keine Kündigungserklärung liegen. Auch enthalte die Grundschuldbestellung weder eine Bestimmung, dass die Grundschuld fällig sei, noch dass der die Klausel erteilende Notar von der Pflicht zur Prüfung der Fälligkeitstatsachen befreit sei. Die Zwangsvollstreckung setze daher voraus, dass eine ausdrückliche Kündigung erklärt werde und nach Zustellung der Kündigungserklärung die 6-Monats-Frist eingehalten werde. Der Auffassung des Landgerichts, der Annahmeverzug des Beklagten sei mit dem Schreiben vom 10.04.2008 beendet gewesen, sei nicht zu folgen, da der Beklagte nicht zum Ausdruck gebracht habe, dass er bereit sei, Teilzahlungen als vertragsgemäß entgegen zu nehmen. Die Würdigung der Aussage des Zeugen J. durch das Landgericht sei nicht nachvoll-

ziehbar, zudem habe das Landgericht die Beweisangebote zur Glaubwürdigkeit des Zeugen übergangen. Bei seiner Würdigung berücksichtige das Landgericht nicht, dass der Beklagte jegliche Zahlungen bestritten habe, es in seiner Entscheidung jedoch selbst zugrunde lege, dass zwei Zahlungen von jeweils 700,00 € bewiesen seien. Hieraus ergebe sich, dass die Behauptung des Beklagten, niemals Zahlungen erhalten zu haben, falsch sei und die von dem Zeugen unterschriebenen Erklärungen nicht richtig sein könnten. Darüber hinaus habe das Landgericht unberücksichtigt gelassen, dass der Zeuge die Wahrheit seiner Aussage beeidigt habe, und wesentliche Teile der Aussage des Zeugen unzureichend und nicht im Zusammenhang mit den Aussagen der übrigen Zeugen gewürdigt. Auch die Darstellung der Zeugin E. stimme mit der Schilderung der Zeugen J. überein. Die Aussagen der Zeugen P. und L. stünden nicht im Widerspruch zu den Angaben des Zeugen J. Schließlich habe das Landgericht nicht berücksichtigt, dass der Beklagte weitere 2.500,00 € im Zusammenhang mit einem Waldverkauf erhalten habe, die auf die Darlehensforderung angerechnet werden sollten.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 31.03.2010 (Az.: 4 O 355/09) abzuändern und die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde des Notars ... vom 21.11.2003 (UR-Nr. ...) nebst Vollstreckungsklausel gegen sie vom 10.12.2008 in das Grundstück, Grundbuch von B. des Amtsgerichts Nauen Blatt ... für unzulässig zu erklären;

die Zwangsvollstreckung aufgrund der zu der Urkunde vom 21.11.2003 (UR-Nr. ... des Notars ... in B.) am 10.12.2008 dem Beklagten zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in das Grundstück, eingetragen im Grundbuch von B., Blatt ..., gegen sie erteilten Vollstreckungsklausel für unzulässig zu erklären;

hilfsweise,

das Verfahren gemäß § 538 ZPO an das Landgericht Potsdam zurückzuverweisen.

Darüber hinaus beantragt die Klägerin,

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen;

das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 31.03.2010 zum Aktenzeichen 4 O 355/09 mit der Maßgabe abzuändern, dass die Klage insgesamt abgewiesen wird.

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, soweit es ihm günstig ist. Zur Begründung seiner eigenen Berufung trägt er vor, die Aussage der Zeugin E. sei nicht geeignet, Zahlungen von insgesamt 1.400,00 € auf die Darlehensschuld zu bestätigen. Die Beweisaufnahme habe ergeben, dass der Beklagte und der Zeuge J. in mehrfachem persönlichen Kontakt zueinander gestanden hätten, der nicht nur mit dem Darlehen zu tun gehabt habe. Die Zeugin habe nicht ausschließen können, dass die angeblichen Geldübergaben auch zur Bezahlung von Reparaturkosten erfolgt sein könnten. Die übrigen Zeugen und die durch den Zeugen J. selbst bestätigten Erklärungen belegten, dass keine Zahlungen auf das Darlehen geleistet worden seien. Im Übrigen stünden die Angaben der Zeugin E. im Widerspruch zu ihrer erstinstanzlich eingereichten eidesstattlichen Versicherung und den Angaben in der polizeilichen Vernehmung

in dem gegen den Beklagten geführten Ermittlungsverfahren. Das Landgericht habe zudem verkannt, dass bei der Zeugin auch persönliche Motive eine Rolle gespielt hätten. Schließlich sei das Landgericht bei der Tenorierung des Urteils rechtsfehlerhaft über den Antrag der Klägerin hinausgegangen, indem die generelle Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der Urkunde tenoriert worden sei, womit das Urteil Rechtswirkungen für künftige Mobilienvollstreckungen gegen den Zeugen J. zeige, der nicht Partei des Rechtsstreites sei. Zudem sei der vom Landgericht angegebene Betrag von 1.400,00 € nicht nachvollziehbar, da die angeblich geleisteten Zahlungen auf die bis dahin aufgelaufenen Zinsen und fälligen Raten zu verrechnen gewesen wären.

Der Senat hat Beweis erhoben durch wiederholte Vernehmung der Zeugin E. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 23.02.2011 verwiesen (Bl. 595 ff GA).

## II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht gemäß § 517 ff ZPO eingelegte Berufung der Klägerin ist unbegründet. Die ebenfalls zulässige Berufung des Beklagten hat hingegen Erfolg und führt zur vollständigen Klageabweisung.

### 1.

Die Klage ist zulässig. Ein Rechtsschutzinteresse für die von der Klägerin geltend gemachte Vollstreckungsabwehrklage sowie die Klauselgegenklage nach den §§ 767, 768 ZPO in Verbindung mit §§ 795, 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ist gegeben, solange die von dem Beklagten betriebene Zwangsvollstreckung noch andauert, was hier der Fall ist, da gemäß dem vorgelegten Beschluss des Amtsgerichts Potsdam vom 10.11.2010 das Zwangsversteigerungsverfahren über das im Eigentum der Klägerin stehende Grundstück, eingetragen im Grundbuch von B. Blatt ..., lediglich einstweilen eingestellt ist (vgl. Bl. 468 GA).

### 2.

Die Klage ist jedoch insgesamt unbegründet. Die Klägerin kann der von dem Beklagten betriebenen Zwangsvollstreckung nicht mit Erfolg Einwendungen aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis zwischen dem Zeugen J. und dem Beklagten entgegenhalten, die den titulierten Anspruch betreffen (dazu unter a)). Auch die mit der Klageerweiterung geltend gemachte Klauselgegenklage hat keinen Erfolg, da jedenfalls zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat die Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel vorlagen (dazu unter b)).

#### a)

Die von der Klägerin erhobenen Einwendungen gegen den in der notariellen Urkunde des Notars ... vom 21.11.2003 titulierten Anspruch des Beklagten aus §§ 1191 Abs. 1, 1192, 1147 BGB greifen nicht durch.

#### aa)

Die zugunsten des Beklagten im Grundbuch eingetragene Grundschuld über 50.000,00 € ist zur Zahlung fällig. Die nach § 1193 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliche Kündigung der Grundschuld ist erfolgt. Zwar liegt eine ausdrückliche Kündigungserklärung gegenüber der Klägerin

als Grundstückseigentümerin nicht vor. Jedoch kann die Kündigung auch formlos und damit konkludent erfolgen (vgl. Münchener Kommentar/Eickmann, BGB, 5. Aufl., § 1193 Rn. 4). Eine solche konkludente Kündigung der Grundschuld ist jedenfalls in dem Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 11.12.2008 (Bl. 28 ff GA) zu sehen, mit dem diese die Zwangsversteigerung in das Grundstück angekündigt und zugleich die Zustellung der Grundschuldbestellungsurkunde durch den Gerichtsvollzieher an die Klägerin veranlasst haben. Die sechsmonatige Kündigungsfrist des § 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB ist ebenfalls verstrichen. Darüber hinaus hat der Beklagte im laufenden Rechtsstreit mit Schriftsatz vom 10.02.2010 zusätzlich die ausdrückliche Kündigung der Grundschuld erklärt (Bl. 143 GA), so dass spätestens nach Ablauf der 6 Monaten seit Zugang des Schriftsatzes vom 10.02.2010, der nach Angaben der klägerischen Prozessbevollmächtigten am gleichen Tage per Telefax eingegangen ist, der Grundschuldbetrag fällig geworden ist.

bb)

Die Klägerin hat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht zur Überzeugung des Senats den Nachweis erbracht, dass die gesicherte Forderung des Beklagten durch Zahlung teilweise erloschen ist (§ 362 Abs. 1 BGB).

(1)

Zwar ist es der Klägerin nicht verwehrt, der Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld Einwendungen aus der zwischen dem Zeugen J. als persönlichem Darlehensschuldner und dem Beklagten abgeschlossenen Sicherungsabrede entgegen zu halten. Eine Sicherungsabrede dahingehend, dass die Grundschuld der Sicherung der Ansprüche des Beklagten auf Rückzahlung des Darlehensbetrages dienen sollte und es dem Beklagten verwehrt ist, die Grundschuld zu verwerthen, solange der Darlehensschuldner seinen Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag nachkommt, ist im vorliegenden Fall konkludent zustande gekommen. Eine solche schuldrechtliche Sicherungsabrede konnte formlos und konkludent getroffen werden (vgl. BGH NJW 2004, 158; Palandt/Bassenge, BGB, 70. Aufl., § 1191 Rn. 15). Mit dem Landgericht ist davon auszugehen, dass das Bestehen einer solchen Sicherungsabrede im Streitfall aus den Umständen herzuleiten ist, wonach sowohl der Darlehensvertrag als auch die Grundschuldbestellung in einer einheitlichen notariellen Urkunde zusammengefasst worden sind, die zudem als „Darlehensvertrag“ überschrieben ist, und sowohl Darlehensbetrag als auch Grundschuldbetrag sowie die Höhe der Verzinsung jeweils identisch sind. Dem Zeugen J. als Darlehensschuldner und ursprünglichem Eigentümer des belasteten Grundstücks stand somit gegenüber dem Beklagten ein Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld in Form der Löschung oder Rückabtretung für den Fall des Erlöschens der Darlehensverbindlichkeit zu.

Dieser Rückgewähranspruch geht bei einer Übertragung des Eigentums an dem Grundstück nicht ohne Weiteres, sondern nur durch eine (auch durch schlüssiges Verhalten mögliche) Mitübertragung auf den Grundstückserwerber oder durch einen mit Zustimmung des Sicherungsnehmers erfolgten Eintritt des Grundstückserwerbers in den Sicherungsvertrag über (vgl. BGH NJW 1990, 576; BGH NJW 2003, 2673; Münchener Kommentar/Eickmann, a. a. O., § 1191 Rn. 103; Palandt/Bassenge, a. a. O., § 1191 Rn. 16 und Rn. 25). Dabei sind Grundstückskaufverträge, in denen der Grundstückserwerber zugleich auch die gesicherte Schuld übernimmt, mangels ausdrücklicher anderweitiger Bestimmung grundsätzlich dahin auszulegen, dass darin zugleich eine stillschweigende Abtretung des Rückgewähranspruches gegen den Grundschuldgläubiger aus dem Sicherungsvertrag für den Fall der Tilgung der gesicherten Forderung liegt, weil der Erwerber nicht zweimal, aus der übernommenen Schuld und der Grundschuld, in Anspruch genommen werden soll (vgl. BGH NJW 1983, 2502, 2503; BGH

LM § 1169 BGB Nr. 1). So liegt der Fall auch hier. Die Klägerin hat auf entsprechenden Hinweis des Senats vorgetragen, dass sie mit dem Grundstücksübertragungsvertrag vom 04.10.2007 zugleich die persönliche Schuld ihres Vaters, des Zeugen J., aus der Darlehensverpflichtung im Wege der Schuldübernahme übernommen hat (§ 5 des Grundstücksübertragungsvertrages, vgl. Bl. 527 ff GA). Diese Schuldübernahme ist zwar durch den Beklagten nicht genehmigt worden, so dass sie gemäß §§ 415 Abs. 3, 329 BGB als Erfüllungsübernahme anzusehen ist mit der Folge, dass die Klägerin den Zeugen J. im Innenverhältnis von der Darlehensverbindlichkeit freizustellen hat. Daraus, dass die Klägerin im Innenverhältnis verpflichtet war, die Schuld gegenüber dem Beklagten auszugleichen, folgt zugleich, dass die Klägerin berechtigt sein sollte, für den Fall der Befriedigung auch eine entsprechende Löschung bzw. Abtretung der Grundschuld verlangen zu können. Zudem ist in § 5 des Vertrages ausdrücklich vereinbart, dass anteilige Eigentümerrechte und sonstige Ansprüche, die durch Tilgung oder aus anderen Gründen entstehen, an den Erwerber abgetreten werden.

Das erstmals in der Berufungsinstanz erfolgte Vorbringen der Klägerin zu der Übertragung der Rechte aus dem Sicherungsvertrag ist gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zu berücksichtigen, da es sich um einen rechtlichen Gesichtspunkt handelt, der vom Landgericht für unerheblich gehalten worden ist.

(2)

Das dem Zeugen J. gewährte Darlehen ist aufgrund der Kündigung durch den Beklagten mit Schreiben vom 10.04.2008 zur Rückzahlung fällig. Die Klägerin bzw. der Zeuge J. befinden sich auch nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin mit der Rückzahlung des noch offenen Darlehensbetrages in Verzug. Gemäß Ziffer 2 des Darlehensvertrages wird das Darlehen in voller Höhe zur Rückzahlung fällig, wenn der Schuldner mit einer Zins- und Tilgungsrate länger als dreißig Tage in Verzug gerät. Bereits nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin ist seit Mai 2008 keine Zahlung mehr auf das Darlehen erfolgt, so dass selbst unter Berücksichtigung ihres Vorbringens, dass abweichend von dem Inhalt der notariellen Urkunde eine monatliche Ratenzahlung von 700,00 € vereinbart worden sei, die Klägerin bzw. der Zeuge J. sich seit Juni 2008 in Zahlungsverzug befinden.

Der Verzug ist im Streitfall nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Klägerin bzw. dem Zeugen J. ein Zurückbehaltungsrecht bis zur Erteilung einer Quittung durch den Beklagten zustand und sich der Beklagte infolge der Nichterteilung der Quittung in Annahmeverzug befindet. Zwar bestand grundsätzlich ein Anspruch auf Erteilung einer Quittung aus § 368 Satz 1 BGB. Verweigert der Gläubiger die Quittung, steht dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht zu, auch wenn er vorleistungspflichtig ist (vgl. Palandt/Grüneberg, a. a. O., § 368 Rn. 7). Nach dem Vorbringen der Klägerin in der Klageschrift soll sich der Beklagte jedoch lediglich geweigert haben, für den nach Behauptung der Klägerin für April 2008 fällig werdenden Betrag von 700,00 € eine Quittung zu erteilen (Bl. 4 GA). Ebenso hat der Zeuge J. anlässlich seiner Einvernahme als Zeuge bekundet, dass es lediglich um die Quittung für eine einmalige Rate in Höhe von 700,00 € gegangen sei. Frühere Zahlungen seien auf der Quittung nicht vermerkt worden, weil der Zeuge das nicht für erforderlich gehalten habe (Bl. 170 GA). Die im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vorgelegte Quittung über 1.900,00 € als Tilgungsraten für die Monate Januar bis März 2008 (Bl. 175 GA) sind demnach dem Beklagten seinerzeit nicht zur Unterschrift vorgelegt worden. Auch die Klägerin hat im Termin erklärt, bei dieser Quittung handele es sich nicht um die Quittung, um die es damals gegangen sei (Bl. 170 GA). Hinsichtlich dieser Quittung ist somit ein Zurückbehaltungsrecht zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht worden. Hinsichtlich der behaupteten angebotenen Zahlung von 700,00 € als Rate für den Monat April 2008 besteht ein Zurückbehaltungs-

recht nicht mehr, weil es der Klägerin bzw. dem Zeugen J. möglich gewesen war, die Zahlung auch auf andere Weise zu belegen, etwa durch Überweisung auf das Konto des Beklagten. Eine solche Einzahlung auf das Konto des Beklagten war mit Zugang des Schreibens des Beklagten vom 10.04.2008 ohne Weiteres möglich, da darin eine Kontonummer genannt war. Soweit die Klägerin die Auffassung vertritt, die Bekanntgabe des Kontos habe nicht ausgereicht, weil der Beklagte nicht zu erkennen gegeben habe, dass er bereit gewesen sei, Teilzahlungen als Erfüllung entgegen zu nehmen, kann dem nicht gefolgt werden. Zwar ist der Schuldner nach § 266 BGB grundsätzlich zu Teilleistungen nicht berechtigt. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die Vertragsparteien eine entsprechende Teilleistungsabrede getroffen haben. Bereits nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin waren ausdrücklich Teilzahlungen in Form von Ratenzahlungen von monatlich 700,00 € vereinbart, die nach dem Vortrag der Klägerin auch jeweils bedient worden sind, so dass der Beklagte danach nicht berechtigt gewesen wäre, Teilleistungen zurückzuweisen. Darüber hinaus hat der Beklagte noch im laufenden Rechtsstreit mit Schriftsatz vom 05.01.2010 erklären lassen, dass seine Prozessbevollmächtigten auch zum Empfang von Teilleistungen bevollmächtigt sind (vgl. Bl. 90 GA), so dass spätestens ab diesem Zeitpunkt für die Klägerin kein Zweifel mehr daran bestehen konnte, dass auch Teilzahlungen möglich waren. Dennoch sind seitdem keine weiteren Zahlungen auf das Darlehen mehr geleistet worden. Die Klägerin hat auch zu keinem Zeitpunkt bestritten, dass den Prozessbevollmächtigten des Beklagten eine entsprechende Geldempfangsvollmacht erteilt wurde, so dass es auf die Vorlage der schriftlichen Vollmacht im Rechtsstreit nicht ankommt.

Soweit der Senat mit Hinweisbeschluss vom 08.12.2010 Bedenken in Bezug darauf geäußert hat, dass der Beklagte erstmals mit Schreiben vom 10.04.2008 seine Rechte aus dem Darlehensvertrag geltend gemacht hat und sich vorher mit Nichtzahlungsbestätigungen und Nachzahlungsversprechen zufrieden gegeben hat, hält der Senat daran nicht fest. Darin, dass der Beklagte zunächst keine weiteren Schritte unternommen hat, obwohl der Zeuge J. nach den vorgelegten Bestätigungen in den Jahren 2004 bis 2007 keine Rückzahlung auf das Darlehen geleistet hat, ist weder eine Stundungsvereinbarung zu sehen, die im Übrigen durch die zwischenzeitlich erfolgte Fälligestellung des Darlehens und die Kündigung der Grundschuld hinfällig geworden wäre, noch kann die Klägerin hieraus für sich einen relevanten Einwand, etwa im Hinblick auf eine mögliche Verwirkung von Rückzahlungsansprüchen, herleiten. Der Beklagte hat nachvollziehbar dargelegt, dass er im Hinblick auf die mit der Zwangsvollstreckung verbundenen Kosten und die dafür erforderlichen Vorschüsse zunächst von einer zwangsweisen Durchsetzung des Darlehensanspruches abgesehen hat.

(3)

Die Klägerin hat nach dem Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten und vom Senat teilweise wiederholten Beweisaufnahme nicht den Beweis erbracht, dass Teilzahlungen in Höhe von monatlich 700,00 € bis Mai 2008 auf das Darlehen geleistet worden sind.

(a)

Soweit der Zeuge J. bekundet hat, der Beklagte habe ihn im Jahre 2004 gebeten, monatlich einen Betrag von 700,00 € zu zahlen; er habe sodann ab Januar 2004 bis einschließlich Februar 2008 monatlich Raten in Höhe von 700,00 € gezahlt, die er dem Beklagten persönlich auf seinem Hof jeweils um den 10. eines jeden Monats herum übergeben habe, hat das Landgericht diese Bekundungen des Zeugen zu Recht als nicht glaubhaft angesehen. Der Zeuge konnte zunächst bereits nicht klar angeben, ob die von ihm angeblich gezahlten 700,00 € monatlich zur Tilgung der Hauptforderung oder auf die Zinsen gezahlt worden sind. Konkrete

Einzelheiten zu den Umständen der jeweiligen Geldübergabe vermochte der Zeuge nicht zu nennen; seine Darstellung beschränkte sich darauf, dass der Beklagte das Geld jeweils persönlich abgeholt habe und ihm das Geld von dem Zeugen dort übergeben worden sei, wo sich der Zeuge gerade aufgehalten habe. Der Zeuge hat ferner behauptet, bereits im November und Dezember 2003 Teilbeträge auf die Zinsen von jeweils 485,00 € geleistet zu haben, obwohl der Darlehensvertrag erst zum 21.11.2003 geschlossen worden war und einer Zinszahlung nach Ziffer IV des Darlehensvertrages erst ab dem 15.12.2003 vereinbart war. Zudem steht seine Erklärung, monatlich einen Betrag von 700,00 € an den Beklagten gezahlt zu haben, in Widerspruch zu den von ihm unterschriebenen und von dem Beklagten als Anlage B 1 vorgelegten Bestätigungen, nach denen er bis zum 31.12.2006 keine Tilgungsraten in Höhe von jährlich 5.000,00 € geleistet habe, sowie zu der handschriftlichen „Erklärung an Eides statt“ vom 27.04.2007, nach der er bis zu diesem Zeitpunkt weder Zinsen noch Tilgungen geleistet habe (Bl. 50 GA). Der Zeuge hat bestätigt, dass die Unterschrift unter diesen Bestätigungen bzw. Erklärungen von ihm stammt. Er hat zwar angegeben, es habe sich zunächst um von dem Beklagten handschriftlich aufgesetzte Schreiben gehandelt, er hat jedoch nicht angegeben, dass der maschinengeschriebene Text von dem Inhalt der handschriftlich aufgesetzten Schreiben abweicht. Eine plausible oder nachvollziehbare Begründung für seine jeweilige Unterschriftsleistung in Anbetracht der Tatsache, dass er nach eigenem Bekunden monatlich 700,00 € auf die Darlehensschuld gezahlt haben will, hat der Zeuge mit Ausnahme, dass der Beklagte das Schreiben vom 27.04.2007 für das Finanzamt benötigt habe, nicht gegeben. Eine Anfechtung der von ihm abgegebenen Erklärungen ist zu keinem Zeitpunkt erfolgt. Insbesondere ist nicht nachvollziehbar, dass der Zeuge J. mehrfach bestätigt hat, keine Tilgungsraten auf das Darlehen gezahlt zu haben, obwohl bei einer angenommenen monatlichen Zahlung von 700,00 € dadurch nicht nur die jährlich anfallenden Zinsen in Höhe von 5.500,00 € sondern auch eine Tilgung der Hauptforderung in Höhe von 2.900,00 € jährlich (8.400,00 € - 5.500,00 €) erfolgt wäre. Ebenso wenig ist nachvollziehbar, warum der Zeuge J. weiterhin nicht auf der Erteilung einer Quittung bestanden haben will, obwohl er nach dem Vortrag der Klägerin gewusst hat, dass der Beklagte ihm am Ende des Jahres falsche Bestätigungen zur Unterschrift vorlegte. Für diesen Fall wäre zu erwarten, dass der Zeuge J. in Zukunft auf entsprechende Nachweise seiner Zahlungen besteht. Stattdessen hat der Zeuge nicht nur weiterhin auf die Erteilung entsprechender Quittungen verzichtet, sondern darüber hinaus entsprechende Bestätigungen unterschrieben, nachdem er keine Tilgungsraten geleistet habe. Ein solches Verhalten ist in keiner Weise nachvollziehbar. Weder die Klägerin noch der Zeuge im Rahmen seiner Einvernahme haben - den Vortrag der Klägerin als wahr unterstellt - eine plausible Erklärung für das Verhalten des Zeugen J. abgeben können. Allein der Umstand, dass es sich bei dem Zeugen und dem Beklagten um Jagdfreunde gehandelt habe, vermag ein solches Verhalten nicht nachvollziehbar zu erklären.

Die Angaben des Zeugen J. stehen zudem in Widerspruch zu den Äußerungen des Zeugen in dem gegen den Beklagten wegen angeblicher Nötigung geführten Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Potsdam zum Aktenzeichen 440 Js 24270/09, das gegen den Beklagten im Zusammenhang mit der Entstehung der „Erklärung an Eides Statt“ des Zeugen J. vom 27.04.2007 gegen den Beklagten eingeleitet worden war. In der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht Nauen hat der Zeuge J. ausweislich des vom Beklagten als Anlage BK 7 vorgelegten Hauptverhandlungsprotokolls (Bl. 155 ff GA) erklärt, er habe jährlich 5.000,00 € zurückzahlen sollen, diese aber nicht zahlen können. Auch am 27.04.2007 habe der Beklagte kein Geld bekommen. Davon, dass der Zeuge monatlich 700,00 € an den Beklagten gezahlt haben soll, ist in dieser Aussage an keiner Stelle die Rede. Gegen die von der Klägerin behauptete und von dem Zeugen J. bestätigte kontinuierliche Zahlung spricht im Übrigen auch das Schreiben der Klägerin an das Amtsgericht Potsdam vom 17.02.2009 (Bl. 98 GA). In diesem Schreiben ist ebenfalls keine Rede davon, dass die valutierte Summe tatsächlich niedriger

ist als die von dem Beklagten im Zwangsversteigerungsverfahren angemeldete Forderung. Gegen die von dem Zeugen behauptete Zahlung von monatlich 700,00 € spricht auch der Umstand, dass in der in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Quittung ein Betrag von 1.900,00 € für drei Monatsraten aufgeführt ist, obwohl bei einer vereinbarten Rate von 700,00 € der Betrag tatsächlich 2.100,00 € lauten müsste. Schließlich bleibt offen, woher der Zeuge J. - selbst wenn er gelegentlich sich Geld von seinen Kunden geborgt haben sollte - die finanziellen Mittel gehabt hat, um monatlich an den Beklagten 700,00 € in bar zu bezahlen, obwohl er ausweislich der zu den Akten gereichten Vollstreckungsunterlagen bereits im März 2007 vor dem Amtsgericht Nauen die eidesstattliche Versicherung (Az. 3 M 422/07) geleistet hat (Bl. 100 GA). Darüber hinaus ist zwischen der Klägerin und dem Zeugen J. eine Schuldübernahme im Oktober 2007 erfolgt, nach der die Klägerin im Innenverhältnis verpflichtet war, den Zeugen J. von der restlichen Darlehensschuld zu befreien und selbst Zahlungen an den Beklagten zu leisten, so dass nicht nachvollziehbar ist, aus welchem Grund der Zeuge J. selbst bis einschließlich Februar 2008 noch Zahlungen geleistet haben will.

Zwar ist der von dem Zeugen J. unterschriebenen Bestätigung (Bl. 49 GA), mit der er erklärt, bis zum 31.12.2007 monatlich 700,00 € an Zinsraten zahlen zu wollen, eine entsprechende Tilgungsabrede hinsichtlich einer Zahlung einer monatlichen Rate von 700,00 € zu entnehmen. Dies beweist jedoch nicht, dass tatsächlich monatlich ein Betrag von 700,00 € an den Beklagten geflossen ist. Auch der Umstand, dass der Beklagte das Darlehen im April 2008 fällig stellte, nachdem nach dem Vorbringen der Klägerin der Zeuge J. die Zahlung der Rate für April 2008 aufgrund der Weigerung des Beklagten, ihm eine Quittung zu erteilen, abgelehnt haben soll, spricht angesichts der Vielzahl der gegen eine Zahlung sprechenden Indizien nicht für die Richtigkeit des Vorbringens der Klägerin. Zwar ist nicht eindeutig klar geworden, aus welchen Gründen und aus welchem Anlass der Beklagte das Darlehen zu diesem Zeitpunkt fällig gestellt hat. Dies reicht aber nicht aus, um die Angaben des Zeugen J. als glaubhaft anzusehen. Der Beklagte hat darüber hinaus substantiiert zu den von ihm vorgenommenen Besuchen auf dem Hof des Zeugen J. Stellung genommen und mehrfach bestritten, bei dieser Gelegenheit Gelder von dem Zeugen J. entgegen genommen zu haben, so dass die Geldübergabe entgegen der Auffassung der Klägerin nicht bereits deshalb bewiesen ist, weil der Beklagte keinen anderen Grund angegeben habe, weshalb er den Zeugen J. aufgesucht habe.

(b)

Die Bekundungen der vom Senat erneut vernommenen Zeugin E. sind ebenfalls nicht geeignet, Teilzahlungen zugunsten des Zeugen J. zu beweisen.

Die Zeugin E. hat bekundet, an zwei Tagen, dem 12. Oktober 2005 und dem 18. Juni 2007, jeweils im Auftrag des Zeugen J. einen Geldbetrag von 700,00 € an den Beklagten übergeben zu haben. Die Bekundungen der Zeugin E. erachtet der Senat jedoch ebenfalls für nicht glaubhaft. Das Aussageverhalten der Zeugin wirkt insgesamt einstudiert. So beschränkte sich der Inhalt der Aussage der Zeugin im Wesentlichen auf den Kernpunkt, an zwei Tagen im Auftrag des Zeugen J. Geld an den Beklagten übergeben zu haben, während ihre Aussage hinsichtlich weiterer Einzelheiten vage blieb. Einzelheiten zu den jeweiligen Geldübergaben konnte die Zeugin mit Ausnahme des jeweiligen Datums, das sie sich in den Kalender eingetragen habe, auch auf Nachfrage nicht nennen. So konnte sie auch nicht bestätigen, dass es sich bei dem von ihr übergebenen Geldbetrag um einen Betrag in Höhe von 700,00 € gehandelt hat, da sie das Geld selbst nicht nachgezahlt habe. Die Zeugin konnte zudem nicht plausibel die in ihrer Aussage aufgetretenen Widersprüche zu ihren früheren Erklärungen auflösen. So hat sie noch unter dem Datum vom 16.04.2009 in ihrer handschriftlichen eidesstattlichen

Erklärung, als Anlage K 3 zur Klageschrift zu den Akten gereicht (Bl. 25 GA), erklärt, mindestens dreimal an den Beklagten jeweils 700,00 € übergeben zu haben, während sie nunmehr auf einen entsprechenden Vorhalt einräumen musste, sich lediglich auf zwei Geldübergaben festlegen zu können. Soweit die Zeugin dies damit zu erklären versucht hat, bei dem dritten von ihr notierten Termin sei der Beklagte zwar auf dem Hof des Zeugen J. gewesen, sie könne aber nicht mehr sagen, ob auch zu diesem Zeitpunkt eine Geldübergabe stattgefunden habe, lässt sich daraus nicht entnehmen, warum die Zeugin dennoch in der eidesstattlichen Erklärung vom 16.04.2009 positiv angegeben hat, sie habe mindestens dreimal für den Zeugen J. Geld übergeben. In ihrer polizeilichen Vernehmung vom 18.11.2008 hat die Zeugin hingegen angegeben, sich an die genaue Anzahl der Geldübergaben nicht erinnern zu können, obwohl ihr zum damaligen Zeitpunkt, wie aus dem Text der Vernehmung hervorgeht, der Kalender ebenfalls vorlag. Hierzu hat die Zeugin zwar angegeben, sie habe seinerzeit nur den Kalender für das Jahr 2007 hinzugezogen. Dennoch erschließt sich aber nicht, warum die Zeugin in diesem Fall nicht bereits die angeblich im Jahre 2007 von ihr vorgenommene Geldübergabe erwähnt hat. Dies gilt insbesondere, weil die Zeugin angegeben hat, weitere Zahlungen, wenn sie erfolgt wären, hätte sie sich ebenfalls im Kalender notiert. Auch im Hinblick darauf erweist sich die Angabe der Zeugin in der eidesstattlichen Erklärung, sie habe mindestens in drei Fällen Geld selbst übergeben, als nicht haltbar.

Auch hinsichtlich des ihr gemachten Vorhaltes, warum sie für die von ihr angegebenen Zahlungen keine Quittungen verlangt habe, vermochte die Zeugin keine nachvollziehbare Begründung zu geben. So hat sie einerseits angegeben, sie habe ursprünglich selbst eine Quittung von dem Beklagten verlangt, um gegenüber dem Zeugen J. nachweisen zu können, das Geld nicht für sich persönlich verbraucht zu haben. Dennoch habe sie dem Beklagten das Geld ohne eine Quittung übergeben, nachdem dieser die Erteilung einer Quittung abgelehnt habe. Nachdem die Zeugin zunächst angegeben hat, sie habe dem Beklagten vertraut, weil er aus ihrer Sicht ein guter Kumpel und der Tanzlehrer ihrer Töchter gewesen sei, hat sie im weiteren Verlauf der Vernehmung eingeräumt, dass das Verhältnis zu dem Beklagten jedenfalls im April 2007 nicht mehr zum Besten bestellt war, zumal sie den Beklagten in ihrem Kalender mit einem Schimpfwort belegt hat, weil er den Erhalt von Zahlungen durch den Zeugen J. abgestritten habe. Obwohl das Verhältnis zwischen dem Zeugen und dem Beklagten zu diesem Zeitpunkt bereits nicht mehr freundschaftlich gewesen sein kann und sich der Beklagte am 27.04.2007 zudem von dem Zeugen J. eine Erklärung hat unterschreiben lassen, wonach auf das Darlehen bis zu diesem Tag weder Zinsen noch Tilgungen gezahlt worden seien, hat sich die Zeugin dennoch bei der von ihr auf den 18.06.2007 datierten Geldübergabe wiederum keine Quittung geben lassen, obwohl ihr nach ihrem eigenen Bekunden bewusst war, dass der Beklagte den Erhalt entsprechender Geldbeträge leugnet. Ein solches Verhalten ist lebensfremd.

Soweit die Zeugin E. darüber hinaus angegeben hat, sie sei bei weiteren Geldübergaben durch den Zeugen J. anwesend gewesen, sind ihre Angaben ebenfalls bemerkenswert vage geblieben. Ihre in ihrer eidesstattlichen Erklärung vom 16.04.2009 gemachte Angabe, mindestens 15-mal Zeugin einer Geldübergabe gewesen zu sein, konnte die Zeugin auf Vorhalt nicht bestätigen. Die Zeugin musste zum Teil einräumen, bei der tatsächlichen Geldübergabe nicht dabei gewesen zu sein. Soweit die Zeugin angegeben hat, Geldübergaben seien in ihrem Beisein erfolgt, sind ihre Angaben ebenfalls detailarm und ohne nähere Einzelheiten. So konnte die Zeugin auch nicht angeben, aus welchem Grund die von ihr beobachteten Geldübergaben erfolgt seien. Die Zeugin konnte daher auch nicht ausschließen, dass die Geldzahlungen der Begleichung anderer, hier nicht streitgegenständlicher Forderungen des Beklagten dienen sollten.

Berücksichtigt man darüber hinaus, dass die Angaben der Zeugin E. hinsichtlich der von ihr vorgenommenen Geldübergaben in Widerspruch zu den von dem Zeugen J. abgegebenen schriftlichen Erklärungen stehen, mit denen er bestätigt hat, keine Zahlungen geleistet zu haben, und die Zeugin E. ein erhebliches persönliches und wirtschaftliches Interesse an dem Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits hat, da sie ebenso wie der Zeuge J. auf dem streitgegenständlichen Grundstück wohnhaft ist und daher im Falle einer Zwangsversteigerung des Grundstücks ebenfalls erhebliche Nachteile zu befürchten hätte, erscheint die Aussage der Zeugin E. in ihrer Gesamtheit bei der vorzunehmenden Gesamtwürdigung sämtlicher für und gegen ihre Aussage sprechenden Umstände nicht geeignet, eine Zahlung in Höhe von 1.400,00 € zweifelsfrei zur Überzeugung des Senates nachzuweisen.

Schließlich stehen den Aussagen der Zeugen E. und J. die Aussagen der von dem Beklagten gegenbeweislich benannten Zeugen P. und L. entgegen, die beide bekundet haben, dass die Klägerin bzw. der Zeuge J. ihnen gegenüber erklärt haben, dass nichts gezahlt worden sei. Der Zeuge L. hat zwar zunächst erklärt, der Zeuge J. habe ihm gegenüber mitgeteilt, monatlich Geld an den Beklagten gezahlt zu haben. Auf Nachfrage hat er dies jedoch dahingehend konkretisiert, dass die Darstellung, dass Zahlungen geleistet worden seien, erst im Nachhinein erfolgt sei, nachdem die Vollstreckung bereits eingeleitet worden sei (Bl. 172 GA).

(4)

Eine weitere Beweisaufnahme war nicht veranlasst. Soweit die Klägerin die Zeugin V. dafür benannt hat, dass der Beklagte gegenüber dem Zeugen J. am 27.04.2007 erklärt habe, er könne dreißig Jahre lang 700,00 € zahlen und habe immer noch 50.000,00 € Schulden offen, kann dahinstehen, ob eine solche Äußerung tatsächlich gefallen ist. Daraus lässt sich nicht mit der erforderlichen Sicherheit entnehmen, dass und in welcher Höhe seitens des Zeugen J. tatsächlich Geldzahlungen geleistet worden sind; ein Anerkenntnis dergestalt, Zahlungen entgegen genommen zu haben, ist in der behaupteten Äußerung des Beklagten nicht zu sehen. Auf die Vernehmung der weiteren, von der Klägerin in der Klageschrift benannten sogenannten Glaubwürdigkeitszeugen kommt es ebenfalls nicht entscheidungserheblich an. Konkrete Tatsachen, die in das Wissen der benannten Zeugen gestellt sind, sind nicht vorgetragen worden. Es ist nicht ersichtlich, dass die benannten Zeugen bei einer der von der Klägerin behaupteten Geldübergaben anwesend waren. Im Übrigen ist unstrittig, dass sich der Beklagte öfter auf dem Reiterhof des Zeugen J. aufhielt. Selbst wenn die Zeugen bestätigen sollten, dass sich der Zeuge J. bei ihnen verschiedentlich einen Geldbetrag in Höhe von 700,00 € geborgt habe, lässt sich damit nicht der Nachweis führen, dass der Betrag von dem Zeugen J. tatsächlich an den Beklagten übergeben wurde und dieser Betrag auch zur Tilgung der hier streitgegenständlichen Darlehensforderung Verwendung finden sollte. Die Vernehmung des von der Klägerin nur zum Beweis behaupteter Äußerungen des Zeugen L. als Zeugen benannten ehemaligen Prozessbevollmächtigten Dr. Li. konnte unterbleiben, da die Aussage des nur gegenbeweislich benannten Zeugen L. letztlich nicht entscheidungserheblich ist.

5)

Eine Erfüllung ist auch nicht in Höhe eines Betrages von 2.500,00 € im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Waldstückes durch den Zeugen J. an den Beklagten nachgewiesen. Denn die Klägerin hat nicht den Beweis erbracht, dass der Betrag von 2.500,00 € auf die Darlehensforderung angerechnet werden sollte. Die im Termin vom 17.02.2010 vor dem Landgericht vorgelegte und von dem Zeugen J. unterschriebene Quittung, den Betrag von 2.500,00 € erhalten zu haben, deren Echtheit nicht bestritten ist, spricht gegen eine solche Verrechnungsvereinbarung. Soweit der Zeuge J. angegeben hat, zwischen ihm und dem Beklagten sei ver-

einbart worden, dass der Betrag von 2.500,00 € auf die Darlehensverbindlichkeit angerechnet werden sollte, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Zum Einen taucht der Betrag von 2.500,00 € nicht in der von der Klägerin selbst mit der Klage als Anlage K 2 vorgelegten Tilgungstabelle auf (vgl. Bl. 22 ff GA). Zum anderen ist der Zeuge J. in diesem Zusammenhang, quasi als Partei anzusehen, und aus den bereits oben angeführten Gründen besteht keine Veranlassung, seinen Angaben, die zudem in Widerspruch zu der von ihm selbst unterschriebenen Quittung stehen, mehr Glauben zu schenken als den Angaben des Beklagten.

b)

Der Antrag der Klägerin, die Zwangsvollstreckung aus der von dem Notar ... erteilten Vollstreckungsklausel gemäß § 768 ZPO für unzulässig zu erklären, ist zulässig, jedoch unbegründet.

aa)

Ein Verfahrensfehler des Landgerichts dahingehend, dass das Landgericht nicht über den bereits im Termin zur mündlichen Verhandlung gestellten Antrag entschieden hat, liegt nicht vor. Unabhängig davon, dass ein Antrag auf Berichtigung des Tatbestandes gemäß § 320 ZPO von der Klägerin nicht innerhalb der gesetzlichen Frist gestellt worden ist, ist den Entscheidungsgründen zu entnehmen, dass sich das Landgericht zu dem Antrag und dessen Voraussetzungen geäußert hat, indem es ausgeführt hat, dass die Einleitung der Zwangsvollstreckung zur Durchsetzung der Rechte aus der Grundsuld zulässig war und die erforderliche Kündigungserklärung gemäß § 1193 Abs. 1 BGB als Voraussetzung für die Erteilung der Vollstreckungsklausel vorlag. Daraus ergibt sich, dass das Landgericht über die Klage insgesamt hat entschieden und nicht nur ein Teilurteil hat erlassen wollen. Auch führt die unterbliebene Berichtigung des Tatbestandes nicht dazu, dass der Antrag der Klägerin, die Zwangsvollstreckung aus der Vollstreckungsklausel für unzulässig zu erklären, als in zweiter Instanz neu anzusehen ist, da die Beweiskraft des Tatbestandes nach § 314 Satz 1 ZPO im vorliegenden Fall gemäß § 314 Satz 2 ZPO durch das Sitzungsprotokoll entkräftet ist, in dem festgehalten ist, dass die Klägerin bereits erstinstanzlich den Antrag gestellt hat.

Aus diesen Gründen ist das von der Klägerin in zulässiger Weise mit der Berufungsbegründung angebrachte Ablehnungsgesuch (vgl. dazu BGH NJW-RR 2007, 411) gegen den entscheidenden Einzelrichter beim Landgericht, das sich im Wesentlichen darauf stützt, der Einzelrichter habe den Antrag der Klägerin nach § 768 ZPO übergangen, nicht begründet. Auch soweit das Ablehnungsgesuch darauf gestützt worden ist, der abgelehnte Richter habe ihr Recht auf rechtliches Gehör verletzt, weil die benannten Glaubwürdigkeitszeugen nicht gehört worden seien, liegt ein die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigender Grund nicht vor, da es auf die Anhörung der Zeugen nicht ankommt (s. o.).

bb)

Der Antrag ist jedoch unbegründet, da die Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel zu dem hier maßgeblichen Zeitpunkt des Schlusses der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz vorlagen. Von daher kann dahinstehen, ob bei der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung gegen die Klägerin durch den Notar ... am 10.12.2008 auch der Zugang der Kündigung der Grundsuld als Wirksamkeitsvoraussetzung gemäß § 726 Abs. 1 ZPO durch entsprechende öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden hätte nachgewiesen werden müssen. Für eine solche Sichtweise mag zwar sprechen, dass in der notariellen Urkunde eine Befreiung von der Nachweispflicht betreffend die Zwangs-

vollstreckung aus der Grundsuld - anderes als hinsichtlich der persönlichen Forderung betreffend die Rückzahlung des Darlehens unter IV. der Urkunde - nicht erteilt worden ist. Da aber zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat von der Fälligkeit der Grundsuld auszugehen ist und auch die übrigen Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt vorliegen, kann das von der Klägerin betriebene Begehren, die Zwangsvollstreckung aus der Vollstreckungsklausel für unzulässig zu erklären, unter dem Gesichtspunkt des „Dolo agit“-Einwandes keinen Erfolg haben.

c)

Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Klägerin vom 03.03.2011, die der Senat zur Kenntnis genommen hat, bieten zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 ZPO keine Veranlassung.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtsache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Frage, ob zur Beendigung des Gläubigerverzuges Teilleistungen ausreichend sind oder welche Anforderungen an das Vorbringen von Glaubwürdigkeitszeugen zu stellen sind, hängt von dem jeweils zu entscheidenden Einzelfall ab und kann nicht allgemein beurteilt werden. Auch erfordern weder die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs als Revisionsgericht (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

Der Gebührenstreitwert für das Berufungsverfahren wird gemäß § 3 ZPO in Verbindung mit § 47 Abs. 1 Satz 1 GKG auf 50.000,00 € festgesetzt (Wert des zu vollstreckenden Anspruchs ohne Zinsen und Kosten).

Dem Antrag der Klägerin, die Zwangsvollstreckung aus der Vollstreckungsklausel für unzulässig zu erklären, kommt demgegenüber keine eigene wirtschaftliche Bedeutung zu.