

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 105141#

letzte Aktualisierung: 31. August 2010

ZPO § 727

Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zugunsten des Rechtsnachfolgers; "Finanzierung aus einer Hand"; Anforderungen an die Nachweisführung

I. Sachverhalt

Der Sicherungsgeber bestellte im Jahr 1997 eine Buchgrundschuld zugunsten einer Sparkasse. Die Bestellung erfolgte im Rahmen einer sog. „Finanzierung aus einer Hand“. Bei dieser dient die Grundschuld schon ursprünglich sowohl zur Sicherung von Forderungen der Erstgläubigerin der Grundschuld (Zedentin) als auch von Forderungen einer anderen Bank (des künftigen Zessionars). Im Sicherungsvertrag ist geregelt, dass die Grundschuld treuhänderisch zugunsten des künftigen Zessionars gehalten wird und dieser jederzeit auf Kosten des Sicherungsgebers die Abtretung der Grundschuld von der Zedentin verlangen kann. Die Grundschuld wurde an den Zessionar abgetreten; dies wurde im Grundbuch vollzogen. Darüber hinaus wurde wegen der persönlichen Ansprüche eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung vorgelegt.

II. Fragen

1. Bedarf es bei der Finanzierung aus einer Hand des Nachweises, dass der neue Grundschuldinhaber in den Sicherungsvertrag eingetreten ist?
2. Falls es eines Nachweises bedarf: Genügen die in den Kreditbedingungen enthaltenen Erklärungen zur Finanzierung aus einer Hand und zur Abtretbarkeit von Grundschulden, um die Rechtsnachfolge in den Sicherungsvertrag nachzuweisen?
3. Sind Formerfordernisse zu beachten?

III. Zur Rechtslage

1. Sachverhalt der BGH-Entscheidung vom 30.3.2010 – XI ZR 200/09: Kreditverkauf

Die **Abtretung einer Grundschuld ist ein abstraktes Rechtsgeschäft** und kann auf unterschiedlichen Kausalverhältnissen beruhen. Dem zitierten BGH-Urteil lag ein so genannter „Kreditverkauf“ zugrunde. Er ist dadurch gekennzeichnet, dass **ohne Mitwirkung des Darlehensschuldners** die Darlehensforderung an einen Dritten verkauft und abgetreten wird. Die Übertragung einer Forderung führt gem. § 401 Abs. 1 BGB automatisch zum Übergang **akzessorischer Sicherungsrechte**; hinsichtlich nicht akzessorischer Sicherungsrechte (insbesondere Grundschulden und abstrakte Schuldversprechen) bedarf es einer gesonderten Übertragung nach den jeweils anwendbaren Rechtsvorschriften (§§ 1154, 413, 398 BGB). Zu einer solchen Übertragung selbständiger Sicherungsrechte ist der Zedent nach dem Rechtsgedanken des § 401 BGB im Zweifel schuldrechtlich verpflichtet (BGH NJW 1981, 1554; 1985, 614; 1990, 903). Der Zedent ist des Weiteren gegenüber dem Schuldner verpflichtet, etwa bestehende Beschränkungen aus dem Sicherungsvertrag auf den Zessionar zu übertragen (BGH NJW 1997, 463; ZIP 2010, 1072, Tz. 38; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl. 2010, § 401 Rn. 5;). Die Tatsache, dass manche Zedenten dieser Pflicht nicht nachkamen und der Zessionar gemäß §§ 1157 S. 2, 892 Abs. 1 BGB Grundschulden, die nicht unter § 1192 Abs. 1a BGB fallen, gutgläubig einredefrei erwerben konnte, veranlassten den BGH, das **Erfordernis des „Eintritts in den Sicherungsvertrag“** aufzustellen.

Die **„Finanzierung aus einer Hand“** gestaltet sich **anders**. Hier wird die Grundschuld bereits von Anfang an treuhänderisch zugunsten des künftigen Zessionars gehalten. Der Vollstreckungstitel unterliegt daher im Verhältnis zum späteren Zessionar **von Anfang an einer treuhänderischen Bindung**. Darüber hinaus erfolgt die „Finanzierung aus einer Hand“ auf Veranlassung des Sicherungsgebers, während sich ein Kreditverkauf ohne dessen Mitwirkung vollzieht.

2. Auslegungsbedürftigkeit der BGH-Entscheidung

Es wurde bereits herausgearbeitet, dass die BGH-Entscheidung aus mehreren Gründen auslegungsbedürftig ist: Zum einen ist der Begriff des „Eintritts in den Sicherungsvertrag“ dogmatisch nicht ganz eindeutig (DNotI-Report 2010, 93, 98); zum anderen sind die diesbezüglichen Ausführungen des BGH nicht tragend, sondern lediglich „obiter“ ergangen. Der Begriff des „Eintritts in den Sicherungsvertrag“ beruht wohl auf dem schriftsätzlichen Vorbringen der Beteiligten in den Instanzen (vgl. Heinze, ZIP 2010, im Erscheinen). Ihm liegt augenscheinlich die Annahme zugrunde, dass eine sicherungsvertragliche Bindung

zwischen Zessionar und Sicherungsgeber nicht besteht. Bei der Finanzierung aus einer Hand ist eine derartige sicherungsvertragliche Bindung hingegen Bestandteil der gewünschten Gestaltung; sie besteht von Anfang an.

3. „Ausdehnung“ der BGH-Entscheidung über Kreditverkäufe hinaus

Aus diesen Gründen ist die Frage, ob die Entscheidung auch über Kreditverkäufe hinaus Auswirkungen auf die Praxis des Klauselerteilungsverfahrens hat, sehr **umstritten**. Einigkeit besteht darin, dass der Schuldner bei der „Finanzierung aus einer Hand“ ebenso wie in Umschuldungs- und Neuvaluierungsfällen nicht in einer mit Kreditverkäufen vergleichbaren Weise schutzbedürftig ist. Denn der Schuldner ist in beiden Fällen an der Gestaltung beteiligt; die Abtretung der Grundschuld geschieht auf seine Veranlassung.

Der Streit setzt an bei der Frage, **in welcher Weise diese „fehlende Schutzbedürftigkeit“ im Klauselerteilungsverfahren durch den Notar zu berücksichtigen** ist. Dies wird, soweit ersichtlich, vor allem in Bezug auf die Umschuldung bzw. Neuvaluierung erörtert. Die dort angestellten Überlegungen dürften sich allerdings weitgehend auf die Konstellation der „Finanzierung aus einer Hand“ übertragen lassen. Beide Fälle sind insofern strukturgleich, als ein „Eintritt in den [bestehenden] Sicherungsvertrag“ sinnlos ist: Entweder ist der bestehende Sicherungsvertrag durch Erfüllung erloschen (Umschuldung) oder der Zessionar ist originär an den Sicherungsvertrag gebunden (Finanzierung aus einer Hand).

U.E. ist mit den überwiegenden Stellungnahmen aus dem notariellen Schrifttum davon auszugehen, dass die BGH-Entscheidung auch in Umschuldungsfällen zu berücksichtigen ist, wobei das Erfordernis des „Eintritts in den Sicherungsvertrag“ inhaltlich auf die besondere Situation der Umschuldungsfälle angepasst werden muss (DNotI-Report 2010, 93, 97; Bolkart, DNotZ 2010, 483, 503 f.; Herrler, BB 2010, 1931, 1937; Sommer, RNotZ 2010, 378, 381; Heinze, ZIP 2010, im Erscheinen; Volmer, MittBayNot 2010, 383, 386; Clemente, ZfIR 2010, 441, 447). Nach der Gegenauffassung ist der Anwendungsbereich des BGH-Urteils auf den Fall der Darlehensverkäufe begrenzt (Stürner, JZ 2010, 774, 778; Freckmann, BKR 2010, 275, 280).

4. Überblick über die Argumente

a) *Stürner* (JZ 2010, 774, 778) ist der Auffassung, die Frage nach dem Nachweis einer sicherungsvertraglichen Bindung müsse in zwei Bereiche unterteilt werden. Der XI. Zivilsenat habe die Vollstreckungsunterwerfung unter die stillschweigende Bedingung gestellt, dass die bestehende sicherungsvertragliche Bindung bei einer Abtretung der Grundschuld fortgelte. Es handele sich um eine Bedingung der Vollstreckbarkeit gemäß

§ 726 Abs. 1 ZPO. Beim Abschluss eines neuen Sicherungsvertrages sei dagegen der Fortbestand der sicherungsvertraglichen Bindung nicht Bedingung der Vollstreckbarkeit und müsse daher nicht nachgewiesen werden.

Die Feststellung des Sachverhalts, der der beantragten Klauselerteilung zu Grunde liegt, sei zu trennen von der Frage nach dem Nachweis der Vollstreckbarkeitsbedingung. Die Sachverhaltsfeststellung unterliege nicht den Beweisbeschränkungen der §§ 726, 727 ZPO. *Stürner* führt zur Begründung den Ausnahmecharakter dieser Vorschriften gegenüber dem allgemeinen Beweisrecht an. Er verweist insbesondere auf Fundstellen, in denen die – unbestrittene – Auffassung wiedergegeben wird, dass der Antrag auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung auch bei qualifizierten Klauseln nicht der strengen Form unterliege (Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Auflage 2002, § 724 Rn. 8; § 706 Rn. 5 f.). Darüber hinaus sei es vorzugswürdig, die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen nach § 52 BeurkG insgesamt den Vorschriften über notarielle Amtsgeschäfte zu unterstellen (Stürner, JZ 2010, 774, 778 unter Verweis auf Münch, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, 1988, S. 224; Stein/Jonas/Münzberg, § 797 Rn. 15, 16; gleichwohl bezeichnet Stürner die Beantwortung dieser Frage als „unklar“ unter Verweis auf die eher ablehnende Ansicht bei MünchKommZPO/Wolfsteiner, 3. Auflage 2007, § 797 Rn. 17). Der Notar könne sich somit vom Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Sachverhalts ohne oder mit Vollstreckbarkeitsbedingung durch Privaturkunden überzeugen. Darüber hinaus werde auf diese Weise ein Gleichlauf mit der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zugunsten des ursprünglichen Titelgläubigers erzielt.

b) Nach der im Schrifttum wohl **vorherrschenden Auffassung** lässt sich **den im Klauselerteilungsverfahren bislang vorgelegten Urkunden regelmäßig nicht entnehmen, ob der Sicherungsgeber schutzbedürftig** ist oder nicht (Volmer, MittBayNot 2010, 383, 386; RS BNotK 5/2010, Anlage 1, S. 4). Die Formlosigkeit des Antrages folge aus dessen Charakter als Sachentscheidungsvoraussetzung; dagegen gehöre die Frage, ob ein Sachverhalt vorliege, der das erweiterte Prüfungsprogramm auslöse, zu dessen Begründetheit (Herrler, BB 2010, 1931, 1937). Die vom BGH betonte Gefahr, dass die sicherungsvertragliche Bindung verloren gehe, bestehe in allen Fällen der Abtretung (Sommer, RNotZ 2010, 378, 382). Für den Schuldnerschutz sei die Art der sicherungsvertraglichen Bindung (originär oder derivativ) unerheblich (Bolkart, DNotZ 2010, 483, 503). Das Verfahren der Klauselerteilung ermögliche es dem Notar nicht, vorgelegte Beweise frei zu würdigen; dies könne nur im Verfahren nach § 731 ZPO geschehen (Herrler, BB 2010, 1931, 1937).

5. Stellungnahme

a) Ob die Auffassung von *Stürner* zutreffend ist, hängt nicht zuletzt davon ab, ob und wie man eine verallgemeinerungsfähige Aussage des BGH formuliert. *Stürner* deutet die BGH-Entscheidung dergestalt, dass der Fortbestand der sicherungsvertraglichen Bindung eine Vollstreckbarkeitsbedingung sei, welche nur in den Fällen bestehe, in denen sich die Abtretung ohne Mitwirkung des Schuldners vollzieht. Diese Deutung ist freilich nicht zwingend. Ebenso ließe sich die Entscheidung dahin interpretieren, dass der Begriff der Rechtsnachfolge bei Sicherungsgrundschulden stets um das ungeschriebene Merkmal „Ausschluss der Gefahren einer Abtretung ohne Mitwirkung des Sicherungsgebers“ zu ergänzen ist. Derartige Gefahren sind im Wesentlichen der gutgläubige einredefreie Erwerb einer Grundschuld (§§ 1157 S. 2, 892 Abs. 1 BGB) sowie darüber hinaus das Risiko des Schuldners, in Unkenntnis der Abtretung an den Zedenten weiterhin zu leisten (§ 1156 Abs. 1 BGB). Sieht man die verallgemeinerungsfähige Aussage des BGH in einer Fortbildung des Rechtsnachfolgebegriffs, so wäre schon aus diesem Grund in allen Fällen der Abtretung einer Sicherungsgrundschuld ein entsprechender Nachweis in der Form des § 727 Abs. 1 ZPO zu führen.

b) Auch wenn man *Stürners* Auffassung für zutreffend hält und die Frage, ob ein Fall der Umschuldung bzw. der „Finanzierung aus einer Hand“ vorliegt, als Teil der Sachverhaltsfeststellung ansieht, stellt sich die Frage, ob die Thesen von *Stürner* zutreffend sind. Dafür könnte neben den von ihm angeführten Argumenten § 730 ZPO sprechen. Nach dieser Vorschrift kann der Schuldner vor der Erteilung qualifizierter Klauseln gehört werden. Die Vorschrift schützt zum einen den Anspruch des Schuldners auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG; Stein/Jonas/Münzberg, § 730 Rn. 3). Sie dient aber auch dem Schutz des Gläubigers, insbesondere vor einer Antragszurückweisung (Musielak/Lackmann, ZPO, 7. Auflage 2009, § 730 Rn. 2). Eine bestimmte Form für diese Anhörung ist nicht vorgeschrieben (Musielak/Lackmann, § 730 Rn. 2). Sie kann schriftlich erfolgen oder im Wege einer vom Klauselorgan angesetzten mündlichen Verhandlung (MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 730 Rn. 8). Die Anhörung ist insbesondere dann geboten, wenn der Gläubiger angesichts einer drohenden Antragszurückweisung substantiiert darlegt, dass und warum der Schuldner voraussichtlich gestehen werde (BGH DNotZ 2005, 917, Tz. 15). Die Frage, in welcher Form ein solches Schuldnergeständnis abgegeben werden kann, ist wiederum umstritten (vgl. hierzu DNotI-Internetgutachten Nr. 104710); nach einer verbreiteten Auffassung ist ein solches Geständnis aber gleichfalls formlos möglich. Diese Beispiele verdeutlichen, dass **formlose Elemente im Klauselerteilungsverfahren existieren.**

c) **Hiergegen** lässt sich wiederum anführen, dass die **Erwägungen zum Geständnis wohl nicht verallgemeinerungsfähig** sind. Ein Schuldnergeständnis setzt voraus, dass die

Behauptung des Gläubigers mit dem erkennbaren Willen zugestanden wird, den Eintritt der Bedingung bzw. Rechtsnachfolge zu akzeptieren und gegen sich gelten zu lassen (OLG Nürnberg, Beschl. v. 13.2.2006 – 5 W 72/06, Tz. 15, www.juris.de). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, hat sich der Schuldner seines Schutzes begeben. Zu berücksichtigen ist aber, dass nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des BGH den Schuldner keine Erklärungslast im Klauselerteilungsverfahren trifft. Hieraus folgt insbesondere, dass § 138 Abs. 3 ZPO nicht anwendbar und das bloße Nichtbestreiten kein Geständnis ist (BGH, Beschl. v. 23.10.2008 – I ZR 158/07, Tz. 10, www.juris.de; BGH DNotZ 2005, 917, Tz. 10). Diese Frage war lange Zeit zwischen mehreren Oberlandesgerichten umstritten (vgl. OLG Dresden, Beschl. v. 30.4.2003 – 2 W 388/03, Tz. 27 = Rpfleger 2003, 673 mwN zum Streitstand). Bedeutsam sind die Ausführungen in der Entscheidungsbegründung des OLG Dresden:

„Die Klärung materiell-rechtlicher Fragen, zu denen auch die Feststellung einer Rechtsnachfolge zählt, erfolgt nach der Zivilprozessordnung grundsätzlich im Rahmen von Streitverfahren, sodass der Regelungsgehalt von § 731 ZPO als Ausfluss eines allgemeinen verfahrensrechtlichen Prinzips zu erachten ist.

Von dieser Grundkonzeption hat der Gesetzgeber in § 727 ZPO eine - im Rahmen ihres Anwendungsbereichs die Klauselerteilungsklage mangels Rechtsschutzbedürfnisses verdrängende - Ausnahme für solche Konstellationen vorgesehen, in denen die Rechtsnachfolge offensichtlich ist oder durch öffentliche bzw. öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Dies beruht darauf, dass bei solchen Sachlagen die Tatsachenfeststellung typischerweise zweifelsfrei und unschwer möglich ist und hierdurch ein effektiver Rechtsschutz im Regelfall auch im Beschlusswege gewährt werden kann.

Hiervon ausgehend ist § 727 ZPO einer erweiternden Auslegung nicht zugänglich, da ansonsten die verfahrensrechtlichen Standards, mit denen Streitverfahren zwingend verbunden sind, wie etwa das Gebot der mündlichen Verhandlung, die spezifischen Regelungen des Versäumnisverfahrens, die intensiven Hinweis- und Belehrungspflichten sowie ggf. der Anwaltszwang, weitergehend unterschritten würden als dies der gesetzliche Wortlaut vorgibt. Hinzu kommt, dass mit der erweiternden Anwendung von Vorschriften, die Ausnahmecharakter tragen oder systemfremd sind, ohnehin Zurückhaltung zu üben ist (vgl. BGH NJW 1996, 53 [54]; BGH NJW 1989, 460 [461]; BGHZ 26, 78 [83]). Schließlich kann bei der gebotenen Gesamtbetrachtung nicht außer Betracht bleiben, dass das Verfahren nach § 727 ZPO in der funktionalen Zuständigkeit (vgl. § 3 Nr. 3a, § 20 Nr. 12 RPflG) von jener des Streitverfahrens nach § 731 ZPO abweicht und damit eine über den Wortlaut hinausgehende Interpretation nicht nur den materiellen Regelungsgehalt beträfe, sondern auch auf die Kompetenzabgrenzung zwischen Richter und Rechtspfleger ausstrahlte.“

Hält man dies für zutreffend, so stellt sich in der typischen Situation des § 727 Abs. 1 ZPO das Bedürfnis nach Sachverhaltsermittlung nicht; **hinreichende und notwendige**

Bedingung für die Sachverhaltsfeststellung sind vielmehr die **formgerechten Urkunden**. Darüber hinaus sieht das OLG Dresden einen Zusammenhang zwischen den Verfahrensgrundsätzen des streitigen Verfahrens und den dort geltenden Beweisgrundsätzen. Insbesondere die Vorschrift des § 138 Abs. 3 ZPO rechtfertigt sich danach durch die verfahrensrechtlichen Standards des Streitverfahrens. Diese Erwägung dürfte auch bei der Frage Bedeutung erlangen, ob andere Beweismittel im Klauselerteilungsverfahren gewürdigt werden können. Gerade die Zulassung von Privaturkunden birgt die Gefahr, dass der Schuldner deren Echtheit bestreitet; die Echtheitsprüfung müsste dann wiederum in einem kontradiktorischen Verfahren stattfinden (Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, Rn. 46.33). Auch die gesetzliche Systematik spricht gegen eine Zulassung von Privaturkunden im Anwendungsbereich des § 727 ZPO, da hierfür das Klageverfahren nach § 731 ZPO vorgesehen ist. Die Möglichkeit, den Antrag formlos zu stellen, findet ihre Grundlage schließlich in § 56 Abs. 1 ZPO; hieraus dürften sich keine weitergehenden Schlussfolgerungen ziehen lassen.

d) Schließlich verdeutlichen auch die Regelungsvorschläge im (nicht verwirklichten) **Reformentwurf von 1931**, dass das Verfahren vor dem Notar nach den Anschauungen des Gesetzgebers für eine Beweisaufnahme nicht geeignet ist bzw. war. Die §§ 798, 799, 833 ZPO-E sahen für die Erteilung von vollstreckbaren Ausfertigungen notarieller Urkunden (§ 792 Abs. 1 Nr. 6 ZPO-E) vor, dass solche Ausfertigungen vom Notar grundsätzlich auf Antrag zu erteilen sind (§ 798 Abs. 1 ZPO-E). Wurde die Rechtsnachfolge durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen, war sie offenkundig oder wurde sie zugestanden, so brauchte der Schuldner vor Erlassung des Beschlusses nicht gehört zu werden (§ 798 Abs. 2 ZPO-E). Konnte der Nachweis hingegen auf diese Weise nicht geführt werden, so war der Gläubiger nicht darauf verwiesen, Klage zu erheben: Gemäß § 799 ZPO-E trat an die Stelle des Notars das Vollstreckungsgericht als zuständige Stelle (§ 799 Abs. 1 Nr. 2 ZPO-E). In diesem Verfahren bestand, soweit ersichtlich, keine Beweismittelbeschränkung; der Gläubiger konnte alternativ zu diesem Beschlussverfahren von vornherein den Klageweg beschreiten (§ 799 Abs. 3 ZPO-E). Die notarielle Zuständigkeit sollte wieder aufleben, wenn die Erteilung der Klausel in einem Urteil angeordnet wurde (§ 799 Abs. 2 ZPO-E). Wählte der Gläubiger das (vor dem Vollstreckungsgericht durchzuführende) Beschlussverfahren, so konnte das Vollstreckungsgericht nach Anhörung der Beteiligten den Antragsteller auf den Rechtsweg verweisen, wenn es diesen zum Austrag der Sache für geeigneter hielt (§ 781 Abs. 2 ZPO-E). Diesem abgestuften System lagen folgende Erwägungen zu Grunde: Auch bei einem dem Antragsteller nicht möglichen formgerechten Nachweis der Rechtsnachfolge bzw. Vollstreckbarkeitsbedingung könne eine Entscheidung des Vollstreckungsgerichts die Herbeiführung der Vollstreckungsreife beschleunigen, wenn der Antrag „ausreichend mit Beweis belegt sei und durch einfache Ermittlungen liquid gestellt werden könne“. Insbesondere bei „schlecht substanziierten Anträgen“ sollte das Vollstreckungsgericht den Gläubiger hingegen auf den Klageweg verweisen können (Begründung zum Entwurf einer Zivilprozessordnung 1931, S. 450).

Der Entwurf von 1931 sah somit die Möglichkeit vor, einen Vollstreckungstitel gegen den Rechtsnachfolger auch ohne Klageverfahren zu erlangen, wenn die Rechtsnachfolge nicht formgerecht nachgewiesen werden konnte, nicht zugestanden wurde und nicht offenkundig war. In diesem „Beschlussverfahren“ sollte die Zuständigkeit jedoch nicht beim Notar, sondern beim Vollstreckungsgericht liegen. Ob das Vollstreckungsgericht in einem solchen Beschlussverfahren entscheiden oder ob es den Antragsteller auf den Rechtsweg verweisen sollte, hing nach den Vorstellungen der Entwurfsverfasser von der Qualität der vorgelegten Beweismittel bzw. der Substantiierung ab. Die Differenzierung, ob (nicht formgerechte) Beweismittel die Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel rechtfertigten, sollte aber keineswegs der Notar bzw. der Rechtspfleger vornehmen.

6. Ergebnis

Im Anwendungsbereich der §§ 726, 727 ZPO dürften die Bereiche der Sachverhaltsermittlung und der Nachweisführung nach den Anschauungen des Gesetzgebers regelmäßig deckungsgleich sein. Die von *Stürner* vorgeschlagene Differenzierung stößt bereits aus diesen Gründen auf Bedenken. Darüber hinaus dürfte die Zulassung von Privaturkunden eine Beweiswürdigung erforderlich machen, die mit der fehlenden Einlassungspflicht des Schuldners nur schwer zu vereinbaren ist.

In Konsequenz dessen ist festzuhalten, dass u. E. **auch in den Fällen der „Finanzierung aus einer Hand“ formgerechte Nachweise zu erbringen** sind. Sieht man die Kernaussage des Bundesgerichtshofs darin, dass in Rechtsnachfolgefällen im Klauselerteilungsverfahren die Risiken einer Abtretung ohne Schuldnermitwirkung auszuschließen seien, so müssen die formgerechten Nachweise eine entsprechende rechtliche Schlussfolgerung zulassen.

7. Möglichkeiten der Nachweisführung

Der Ausschluss der „Risiken einer Abtretung ohne Schuldnermitwirkung“ dürfte dabei im Fall der „Finanzierung aus einer Hand“ durch **Vorlage des (ursprünglichen) öffentlich beglaubigten Sicherungsvertrages** gewährleistet sein. Ausreichend sein dürfte auch ein **Schuldnergeständnis** (siehe DNotI-Internetgutachten Nr. 104710). Die Literatur bejaht darüber hinaus die Möglichkeit, einen öffentlich beglaubigten Vertrag zugunsten des Schuldners mit einem „Strohmann“ als Versprechensempfänger abzuschließen (Bolkart, DNotZ 2010, 483, 505 f.), und zwar unabhängig vom zugrunde liegenden Sachverhalt. Bolkart schlägt folgende Formulierung vor:

„(Zessionar) verspricht (Versprechensempfänger) hiermit durch Vertrag zugunsten Dritter: (Zessionar) tritt als Gesamtschuldner sämtlichen Verpflichtungen aus sämtlichen etwaigen Verträgen mit (Eigentümer) bei, aufgrund derer (Zedent) folgendes Recht zuletzt behalten durfte oder zurückgewähren musste (Sicherungsverträge): (Bezeichnung von Grundschuld

und ggf. Schuldversprechen). *Für den Fall, dass kein wirksamer Sicherungsvertrag bestehen sollte, tritt (Zessionar) der gesetzlichen Rückgewährverpflichtung des (Zedent) bei. (Bei Kettenabtretung: Außerdem tritt [Zessionar] etwaigen diesbezüglichen Verpflichtungen von Rechtsvorgängern des [Zedent] bei.) (Eigentümer) soll hierdurch eigene Forderungsrechte erhalten, (Versprechensempfänger) jedoch nicht. Die Rechte von (Eigentümer) aus diesem Schuldbeitritt können nicht ohne seine Zustimmung aufgehoben oder geändert werden. Der Schuldbeitritt erfolgt zu dem Zweck, die Umschreibung des vorhandenen Titels auf (Zessionar) zu ermöglichen. Er gilt nicht, wenn zwischen (Zessionar) und (Eigentümer) ein neuer Sicherungsvertrag geschlossen ist oder wird. (Beglaubigte Unterschriften von Zessionar und Versprechensempfänger).“*

Darüber hinaus wird auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben eine entsprechende **einseitige (und eindeutige) Erklärung des Zessionars** für zulässig gehalten (Herrler, BB 2010, 1931, 1939; Heinze, ZIP 2010, im Erscheinen; offen noch DNotI-Report 2010, 121, 123). Herrler schlägt **für Darlehensverkäufe** folgende Formulierung vor:

„Hiermit wird bestätigt, dass [Zessionar] durch Vertrag zugunsten des Sicherungsgebers sämtlichen Verpflichtungen aus sämtlichen etwaigen Verträgen mit [Sicherungsgeber], aufgrund derer [Zedent] (sowie [bei Kettenabtretungen] Rechtsvorgänger des Zedenten) folgendes Recht [Bezeichnung der Grundschuld] zuletzt behalten durfte(n) oder zurückgewähren musste(n), und einer etwa bestehenden gesetzlichen Rückgewährverpflichtung des [Sicherungsgebers] beigetreten ist. [Sicherungsgeber] hat hierdurch ein eigenes Forderungsrecht erhalten. Seine Rechte können nicht ohne seine Zustimmung aufgehoben oder geändert werden. Dieser Beitritt wird gegenstandslos, sobald [Zessionar] mit [Sicherungsgeber] einen neuen Sicherungsvertrag geschlossen hat.

Diese Bestätigung wird zum Nachweis des Eintritts in den Sicherungsvertrag als Voraussetzung der Rechtsnachfolge in den titulierten Anspruch nach Maßgabe des BGH-Urteils vom 30.3.2010 – XI ZR 200/08 abgegeben, um die Umschreibung der Vollstreckungsklausel zu ermöglichen.“

Trägt der Zessionar vor, es handele sich um einen **Umschuldungs- bzw. Neuvaluierungsfall**, so genügt nach Auffassung von Herrler folgende Formulierung:

„Hiermit wird bestätigt, dass die Grundschuld auf Veranlassung des [Sicherungsgebers] im Rahmen einer Umschuldung/zum Zwecke der Neuvaluierung an [Zessionar] abgetreten und zu diesem Zweck eine neue Sicherungsvereinbarung abgeschlossen wurde.

Hilfsweise erkennt [Zessionar] sämtliche Verpflichtungen aus sämtlichen etwaigen Verträgen mit [Sicherungsgeber], aufgrund derer [Zedent] ([bei Kettenabtretungen] sowie Rechtsnachfolger des Zedenten) folgendes Recht [Bezeichnung der Grundschuld] zuletzt behalten durfte(n) oder zurückgewähren musste(n), und eine etwa bestehende gesetzliche Rückgewährverpflichtung des [Sicherungsgebers] als für sich bindend an.

Diese Bestätigung wird zum Nachweis der Rechtsnachfolge in den titulierten Anspruch nach Maßgabe des BGH-Urteils vom 30.3.2010 – XI ZR 200/08 mit dem Ziel abgegeben, die Umschreibung der Vollstreckungsklausel zu ermöglichen.“

Sommer (RNotZ 2010, 378, 382) hält eine Erklärung für ausreichend, wonach sich der Zessionar dem Anwendungsbereich des § 1192 Abs. 1a BGB unterwirft. Diese Erklärung dürfte jedenfalls insoweit zu ergänzen sein, als sich der Zessionar auch auf gutgläubige einredefreie Erwerbe, die in der Vergangenheit ggf. stattgefunden haben, nicht berufen können darf (Herrler, BB 2010, 1931, 1939, Fn. 91).

Unklar ist hingegen, ob bei Umschuldung oder „Finanzierung aus einer Hand“ ein öffentlich zugestelltes Angebot mit entsprechender Bindungsfrist genügt. Diese Option wird überwiegend erörtert mit Bezug auf Darlehensverkaufsfälle (vgl. Herrler, BB 2010, 1931, 1938: „Beitritt zu jedem etwa bestehenden Sicherungsvertrag“). In Umschuldungsfällen wird dies jedoch explizit verneint von *Volmer* (MittBayNot 2010, 383, 386 f.). Er führt aus, dass hier die Annahme des Angebots durch den Schuldner nicht gewährleistet sei. Anders als in den Fällen des Darlehensverkaufs bestehe keine Rückbindung an eine Sicherungsvereinbarung, der der Sicherungsgeber ursprünglich zugestimmt habe. Ebenso wenig soll die Vorlage eines Sicherungsvertrages genügen, bei welchem lediglich die Unterschrift des Zessionars öffentlich beglaubigt ist.

Nach unserer Einschätzung dürften in den Fällen der „Finanzierung aus einer Hand“ dieselben Grundsätze wie für eine Umschuldung gelten. Die Formulierungen wären dann entsprechend anzupassen.