

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

18. Jahrgang  
Juni 2010  
ISSN 1434-3460

11/2010

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 726, 727; BGB §§ 305c, 307  
– Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung;  
Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zugunsten  
des Rechtsnachfolgers auf Gläubigerseite; Nachweis  
der Rechtsnachfolge bei vollstreckbaren Sicherungs-  
grundschulden; Auswirkungen des BGH-Urteils vom  
30.3.2010 (Az. XI ZR 200/09)

Tabellarische Übersicht über die Auswirkungen des  
BGH-Urteils vom 30.3.2010 (AZ: XI ZR 200/09) auf die  
Prüfungspflichten des Notars

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### **ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 726, 727; BGB §§ 305c, 307**

**Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung; Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zugunsten des Rechtsnachfolgers auf Gläubigerseite; Nachweis der Rechtsnachfolge bei vollstreckbaren Sicherungsgrundschulden; Auswirkungen des BGH-Urteils vom 30.3.2010 (Az. XI ZR 200/09)**

#### **1. Sachverhalt**

Ein Mandant hat vor einem Notar eine Grundschuld mit abstraktem Schuldanerkenntnis einschließlich der üblichen Vollstreckungsunterwerfungserklärungen in dinglicher und persönlicher Hinsicht beurkunden lassen. Der Grundschuldgläubigerin wurde eine vollstreckbare Ausfertigung der Bestellungsurkunde erteilt. Die Formulierung der Unterwerfungserklärung hinsichtlich der

Grundschuld in der Bestellungsurkunde lautet auszugsweise:

„Der Eigentümer unterwirft sich wegen aller Ansprüche an Kapital, Zinsen und Nebenleistung, welche der Gläubigerin aus der Grundschuld zustehen, der sofortigen Zwangsvollstreckung in das mit der Grundschuld belastete Eigentum, und zwar in der Weise, dass die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundeigentums zulässig sein soll.“

Die Unterwerfungserklärung hinsichtlich des abstrakten Schuldanerkenntnisses lautet auszugsweise:

„Der Erschienene [...] übernimmt hiermit die persönliche Haftung für die Zahlung eines Geldbetrages, dessen Höhe der vereinbarten Grundschuld (Kapital, Zinsen, Nebenleistungen) entspricht. Er unterwirft sich wegen dieser Haftung der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen.“

In der Folge wird die Grundschuld abgetreten. Der Zessionar beantragt beim Notar, eine vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde zu seinen Gunsten zu er-

teilen. Zwecks Nachweises der Rechtsnachfolge legt er die Abtretungserklärung des bisherigen Grundschuldgläubigers in der Form des § 727 Abs. 1 ZPO vor. Die ursprünglich dem Zedenten erteilte vollstreckbare Ausfertigung stellt er dem Notar ebenfalls zur Verfügung.

## II. Fragen

1. Welche Prüfungspflichten treffen den Notar nach herkömmlichen Grundsätzen bei der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zugunsten des Zessionars einer Grundschuld?

2. Welche Auswirkungen hat die BGH-Entscheidung vom 30.3.2010 (Az. XI ZR 200/09) auf die Nachweisführung bei der Klauselerteilung zugunsten des Zessionars der Grundschuld?

3. Welche Nachweise muss der Notar verlangen, damit er eine Vollstreckungsklausel zugunsten des Zessionars nach Abtretung einer Grundschuld erteilen kann?

4. Kommen weitere Nachweismöglichkeiten als die in Ziff. 3 genannten in Betracht, wenn der Eintritt in den Sicherungsvertrag ursprünglich jedenfalls nicht in öffentlich beglaubigter Form erklärt wurde und jetzt lediglich der Zessionar zur Mitwirkung bereit ist?

5. Inwiefern macht § 1192 Abs. 1a BGB den Nachweis im Klauselerteilungsverfahren entbehrlich, dass der Zessionar in die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag eingetreten ist (sog. Neufall)?

6. Welche Prüfungspflichten treffen den Notar hinsichtlich der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung, soweit diese sich auf den in der Grundschuldbestellungsurkunde enthaltenen Anspruch aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis bezieht (Alt- und Neufälle)?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Rechtsstellung des Notars im Klauselerteilungsverfahren

Gem. § 795 S. 1 ZPO finden auf die Zwangsvollstreckung aus den in § 794 ZPO erwähnten Schuldtiteln **die allgemeinen Vorschriften (§§ 724–793 ZPO)** entsprechende Anwendung, soweit nicht die §§ 795a–800 ZPO abweichende Regelungen enthalten.

#### a) Insbesondere: Prüfung der Rechtsnachfolge

Gem. § 795 S. 1 i.V.m. § 727 ZPO kann eine vollstreckbare Ausfertigung für den **Rechtsnachfolger des Titelgläubigers** nur dann erteilt werden, wenn die Rechtsnachfolge offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Eine **Rechtsnachfolge auf Gläubigerseite** liegt vor, wenn eine andere Person im eigenen Namen und im eigenen Interesse den Anspruch des im Titel bezeichneten Gläubigers geltend machen kann (Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 727 Rn. 3). Ein derartiger Fall ist gegeben, wenn der vollstreckbar gestellte Anspruch abgetreten wird (BGH NJW 1984, 806; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rn. 43.40). Zu beachten ist weiter, dass sich die Rechtsnachfolge auf den **titulierten Anspruch** erstreckt.

Gem. § 797 Abs. 2 S. 1 ZPO wird die vollstreckbare Ausfertigung notarieller Urkunden von dem **Notar erteilt, der die Urkunde verwahrt**. Dies ist im Regelfall derjenige Notar, der die Urkunde über den vollstreckbaren Anspruch

errichtet hat (§§ 45, 48 BeurkG). Bei der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung wird der Notar nicht als Beurkundungsorgan, sondern in **rechtsprechender Funktion** tätig. Dementsprechend ist das Klauselerteilungsverfahren – anders als das Beurkundungsverfahren – grundsätzlich kontradiktorisch (so Wolfsteiner, Rn. 33.18; vgl. auch BayObLG DNotZ 1997, 77). Gem. § 52 BeurkG werden vollstreckbare Ausfertigungen nach den dafür bestehenden Vorschriften erteilt (insbesondere nach den §§ 726, 727 ZPO).

#### b) Bisherige Praxis im Klauselerteilungsverfahren

Bei der Prüfung der Rechtsnachfolge im Klauselerteilungsverfahren gem. § 727 ZPO genügte bislang zum Nachweis, dass die Ansprüche aus einer Grundschuldbestellungsurkunde abgetreten wurden (Ansprüche aus Grundschuld und abstraktem Schuldanerkenntnis), die Vorlage einer entsprechenden **Abtretungserklärung des Zedenten** in der in § 727 ZPO bestimmten Form (Zöller/Stöber, § 727 Rn. 20). Der Nachweis der Annahmeerklärung des Zessionars und deren Zugang beim Zedenten musste dagegen nicht geführt werden.

Die Begründung dafür, dass bei einer Abtretung die **Annahmeerklärung nicht notwendig nachgewiesen** werden muss, fällt in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich aus. *Wolfsteiner* leitet dies aus § 799 ZPO ab (Rn. 46.80 m. w. N.). In der Rechtsprechung wird der Nachweis der Annahme deswegen für entbehrlich gehalten, weil sich die Annahme schlüssig aus dem Verhalten des Gläubigers ergebe, wenn er die Erteilung der Vollstreckungsklausel beantrage (BGH NJW 1976, 567, 568 m. w. N.; BayObLG DNotZ 1997, 77). In jedem Fall lässt sich die Wertung des § 19 GBO heranziehen, wonach auch im formalisierten Grundbuchverfahren nur derjenige eine Erklärung in zumindest öffentlich beglaubigter Form abgeben muss, dessen Recht von der Veränderung betroffen ist.

Abgesehen von der allgemeinen Nachweissituation in Abtretungsfällen sind bei Buch- und Briefgrundschulden folgende Besonderheiten zu beachten:

- Bei **Briefgrundschulden** muss der Zessionar zusätzlich nachweisen, dass ihm die Abtretungserklärung gem. § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB „erteilt“ worden ist. Dies geschieht entweder durch Vorlage des öffentlich beglaubigten Originals der Abtretungserklärung oder durch eine an ihn adressierte Ausfertigung der notariell beurkundeten Abtretungserklärung (Wolfsteiner, Rn. 46.82). Umstritten ist hingegen, ob bei der Abtretung einer Briefgrundschuld der Nachweis der Übergabe des Grundschuldbriefes zu führen ist (bejahend: OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 711; Zöller/Stöber, § 727 Rn. 20 [durch Vorlage des Briefes]; verneinend Wolfsteiner, Rn. 46.83 m. w. N. zu beiden Auffassungen).

- Handelt es sich um eine **Buchgrundschuld**, geht das Grundpfandrecht erst mit Eintragung der Rechtsnachfolge im Grundbuch über (vgl. § 1154 Abs. 3 i.V.m. § 873 BGB). Eine solche Eintragung macht die Abtretung zugleich offenkundig (vgl. § 799 ZPO); jeder weitere Nachweis gem. § 727 Abs. 1 ZPO erübrigt sich in diesem Fall.

#### c) Erfordernis einer Anhörung nach traditioneller Ansicht

Während für die Erteilung einer einfachen Vollstreckungsklausel überhaupt keine Schuldneranhörung vorgesehen ist, **kann der Schuldner bei qualifizierten Klauseln gem. § 730 ZPO angehört werden**. Die Anhörung gem.

§ 730 ZPO soll dem Schuldner insbesondere Gelegenheit geben, Einwendungen gegen den Beweis der besonderen Voraussetzungen für die Klauselerteilung bereits im Klauselverfahren vorzubringen (Zöller/Stöber, § 730 Rn. 1). Die Fälle, in denen § 730 ZPO über andere Verweisungsvorschriften wie §§ 738, 742, 744, 745 Abs. 2 ZPO anwendbar ist, sind allgemein Fälle, in denen vor der Erteilung der Vollstreckungsklausel Tatsachen zu prüfen sind, die sich nicht aus der vollstreckbaren Urkunde selbst ergeben (Wolfsteiner, Rn. 35.31).

Die überwiegende Auffassung geht bereits für Endurteile davon aus, dass die Anhörung gemäß § 730 ZPO in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut **im Ermessen des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle** steht (etwa Zöller/Stöber, § 730 Rn. 1; Hüßtege, in: Thomas/Putzo, ZPO, 30. Aufl. 2009, § 730 Rn. 1; Schuschke, in: Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl. 2008, § 730 Rn. 1; Musielak/Lackmann, ZPO, 7. Aufl. 2009, § 730 Rn. 2). Dem folgt in der Literatur hinsichtlich des vom Notar zu beachtenden Verfahrens u.a. *Wolfsteiner*. Zwar empfehle sich eine Anhörung in allen zweifelhaften Fällen. Eine „Ermessensreduzierung auf Null“ komme aber nur ausnahmsweise in Betracht (MünchKomm/Wolfsteiner, ZPO, 3. Aufl. 2007, § 730 Rn. 4; Wolfsteiner, Rn. 35.32).

Ein Teil der Literatur geht hingegen davon aus, dass **die Kann-Möglichkeit** i.S.d. § 730 ZPO, im Lichte des Grundrechts auf rechtliches Gehör ausgelegt, **als Soll-Anordnung** – ggf. sogar als Muss-Anordnung – gelesen werden müsse (Münzberg, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 730 Rn. 3; Paulus, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. 1999, § 730 Rn. 4). Die Anhörung sei zugunsten eines fairen Verfahrens geboten, es sei denn, der Vollstreckungserfolg wäre hierdurch gefährdet (Münzberg, § 730 Rn. 3). Selbst nach dieser Auffassung ist eine **Anhörung** des Schuldners aber dann **nicht erforderlich**, wenn der Nachweis **durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde geführt** wird, weil relevante Einwände des Schuldners hiergegen nicht zu erwarten seien (vgl. Münzberg, Rpfleger 1991, 161, 162; wohl auch Paulus, § 730 Rn. 6: Anhörung empfehlenswert bei nicht eindeutigen Beweismitteln).

## 2. Entscheidung des BGH vom 30.3.2010

Für Fälle, in denen die Person des Gläubigers einer Sicherungsgrundschuld infolge Abtretung wechselt, hat der BGH mit Urteil vom 30.3.2010 (Az. XI ZR 200/09) nunmehr die **Anforderungen an die Klauselumschreibung neu definiert**. Die Vorgaben des BGH betreffen insbesondere den Nachweis der „Rechtsnachfolge“ i.S.d. § 727 Abs. 1 ZPO. Derzeit existieren weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur Stellungnahmen zu den Auswirkungen der BGH-Entscheidung auf die Klauselumschreibung durch den Notar gemäß § 795 S. 1 i.V.m. § 727 ZPO, so dass die nachfolgenden Ausführungen naturgemäß keinen Anspruch auf Letztverbindlichkeit erheben, sondern lediglich eine erste Einschätzung darstellen.

Aus notarieller Sicht ist zunächst von zentraler Bedeutung, dass der BGH in seiner Entscheidung einen **sog. „Altfall“ zu beurteilen** hatte, bei dem sowohl die ursprüngliche Grundschuldbestellung als auch die fraglichen Grundschuldabtretungen vor Inkrafttreten des neuen § 1192 Abs. 1a BGB (Risikobegrenzungsgesetz) stattgefunden haben (zur Abgrenzung von sog. Alt- und Neufällen siehe unten Ziff. 2 d).

### a) Ausgangssachverhalt zum BGH-Urteil

In dem der BGH-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt stritten die Parteien im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) sowie einer (in Klagehäufung gem. § 260 ZPO erhobenen) prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO um die Zulässigkeit der **Zwangsvollstreckung aus einer Grundschuldbestellungsurkunde**.

Im Jahr 1989 bestellte die Klägerin zugunsten der V-Bank eine Briefgrundschuld über 1.800.000 DM zzgl. 16 % Zinsen und einer einmaligen Nebenleistung in Höhe von 5 % zur Sicherung eines Kontokorrentkredits in entsprechender Höhe. Die Klägerin unterwarf sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr belastetes Grundeigentum und ihr übriges Vermögen „wegen aller Ansprüche an Kapital, Zinsen und Nebenleistung, welche der Gläubigerin aus der Grundschuld zustehen“. Der Grundschuldurkunde **beigefügt war eine Sicherungszweckvereinbarung**, wonach die Grundschuld zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche aus der Geschäftsverbindung diente. Die Grundschuld durfte gemäß der Zweckvereinbarung nur zusammen mit den gesicherten Forderungen verkauft werden.

Die ursprüngliche Gläubigerin kündigte im Jahr 2002 die Geschäftsverbindung und stellte den noch offenen Restbetrag in Höhe von ca. 580.000 € fällig. Sämtliche Forderungen sowie die Grundschuld **wurden wiederholt abgetreten**. Die Beklagte als Letzterwerberin betrieb aus der Grundschuld die Zwangsvollstreckung. Die Klägerin machte die Unwirksamkeit des Vollstreckungstitels gem. § 307 Abs. 1 BGB geltend.

### b) Inhalt der Entscheidung

Im Rahmen der Inhaltskontrolle überprüft der BGH die Unterwerfungserklärung **am Maßstab der §§ 305 ff. BGB**. Dabei gelangt er zu dem Ergebnis, dass der Schuldner mit der Vollstreckungsunterwerfung zu seiner Grundschuld nur Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld titulieren lassen wollte. Dieser **fiduziarische Charakter der Sicherungsgrundschuld** solle auch gegenüber jedem künftigen Grundschuldgläubiger erhalten bleiben. Um dies zu gewährleisten, sei der Notar bei Sicherungsgrundschulden nach Maßgabe des § 727 Abs. 1 ZPO von Amts wegen zur Prüfung verpflichtet, ob der neue Grundschuldinhaber in den Sicherungsvertrag eingetreten ist.

#### aa) Inhaltskontrolle: Kundenfeindlichste Auslegung

Im Rahmen der für die Inhaltskontrolle maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung erwägt der BGH eine Auslegung der Unterwerfungserklärung in der Weise, dass sie **schlechthin für die Ansprüche aus der Grundschuld gelte**, auch wenn diese nicht sicherungsvertraglich eingeschränkt seien (Rn. 26). Selbst auf der Grundlage dieser Auslegung hält der BGH die **Unterwerfungserklärung für wirksam** (Rn. 27–33). Dabei widerspricht er ausdrücklich der Auffassung von *Schimansky* (WM 2008, 1049) und des LG Hamburg (WM 2008, 1450), wonach der bisherigen Rechtsprechung zur Wirksamkeit formularmäßiger Vollstreckungsunterwerfungen wegen der zunehmenden Veräußerung grundpfandrechtlich gesicherter Darlehen die Grundlage entzogen sei (Rn. 28–31). Der BGH betont, dass bei der Beurteilung einer unangemessenen Benachteiligung im Individualprozess auf die **tatsächlichen Umstände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses** abzustellen sei; es sei

vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich, dass bereits im Jahr der Titelerrichtung (1989) Kreditverkäufe in erheblichem Umfang stattgefunden hätten (Rn. 30).

Auch eine **veränderte Praxis von Kreditverkäufen** habe keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit einer formularmäßigen Unterwerfungserklärung (Rn. 31). Der BGH unterstreicht das berechtigte Interesse der Banken an der freien Abtretbarkeit sowie das Bedürfnis kleinerer Kreditinstitute, die Bearbeitung notleidender Kredite in andere Hände zu legen, ferner die Vorteile, die die Zwangsvollstreckungsunterwerfung auch dem Schuldner bietet. Die **Entscheidung des VII. Zivilsenats**, wonach eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung in Bauträgerverträgen unwirksam sein kann (BGH DNotZ 2002, 878 = DNotI-Report 2001, 196), sei auf Zwangsvollstreckungsunterwerfungen zugunsten von Banken nicht übertragbar (Rn. 32). Schließlich stützt sich der BGH auf die Neuregelungen zum Risikobegrenzungsgesetz, welche von der Abtretbarkeit vollstreckbarer Grundschulden ausgehen (Rn. 33).

#### **bb) Maßgeblichkeit der kundenfreundlichsten Auslegung**

Der BGH legt die Unterwerfungserklärung sodann in der für die **Klägerin günstigsten Weise** (§ 5 AGBG a. F. = § 305c Abs. 2 BGB) aus. Dabei gelangt er zu dem Ergebnis, dass sich die Unterwerfung nur auf eine **treuhänderisch gebundene Grundschuld** erstrecke – also nur Ansprüche aus einer solchen Grundschuld tituliert seien (Rn. 24 sowie 34–40). Dies ergebe sich aus der zum Zeitpunkt der Unterwerfungserklärung maßgeblichen objektivierten Interessenlage von Gläubiger und Schuldner. Im entschiedenen Fall kam hinzu, dass der Sicherungscharakter der Grundschuld aus der Urkunde selbst hervorging.

Die für die Titelumanschreibung zuständige Stelle im **Klauselerteilungsverfahren** habe **von Amts wegen zu prüfen**, ob der neue Grundschuldinhaber den „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ gem. § 727 Abs. 1 ZPO nachgewiesen habe (Rn. 40). Werde die Klausel – wie im BGH-Fall – ohne diese Prüfung bzw. ohne derartige Nachweise erteilt, könne der Schuldner dies zwar nicht im Wege der prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO, aber mit den Rechtsbehelfen nach §§ 732, 768 ZPO geltend machen (Rn. 39).

#### **c) Vom BGH geforderter Schuldnerschutzstandard**

Der BGH begründet den neuen Prüfungsauftrag an den Notar im Klauselerteilungsverfahren damit, dass durch das Klauselerteilungsverfahren der **Erhalt der fiduziarischen Zweckbindung der Grundschuld** auch nach deren Abtretung sichergestellt werden müsse. Ein vom Sicherungscharakter losgelöstes Verständnis der Vollstreckungsunterwerfung lasse außer Acht, dass sich die **Rechtsposition des Schuldners erheblich verschlechtere**, wenn die Zwangsvollstreckung von einem Gläubiger betrieben werde, welcher die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht übernommen habe. Diese Gefahr sieht der BGH insbesondere bei einem gutgläubigen einredefreien Erwerb der Grundschuld. Der BGH zitiert seine (vor Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes ergangene) Rechtsprechung, wonach dem Zessionar Einreden aus dem Sicherungsvertrag nur unter strengen Voraussetzungen entgegengehalten werden können (Rn. 36).

Die Zielsetzung des BGH, die in den Entscheidungsgründen immer wieder zum Ausdruck kommt, besteht letztlich darin,

dass dem Sicherungsgeber trotz Abtretung **alle Einreden und relevanten Rechte aus dem Sicherungsvertrag** erhalten bleiben sollen. Dies war in dem zu entscheidenden Altfall vor allem deswegen problematisch, weil nach früherer Rechtslage die Abtretung der Grundschuld nicht zwangsläufig den Eintritt in die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nach sich zog (BGH WM 1997, 13 = NJW 1997, 461 m. w. N.). Vielmehr konnte der Zessionar die Grundschuld unter den Voraussetzungen der §§ 1192 Abs. 1, 1157 S. 2, 892 BGB a.F. **„gutgläubig einredefrei“ erwerben**. Ein solcher gutgläubiger einredefreier Erwerb schied nur dann aus, wenn der Einredetatbestand zum Zeitpunkt der Abtretung bereits vollständig verwirklicht und dem Erwerber sowohl der Sicherungscharakter als auch die konkrete Einrede zum Zeitpunkt der Abtretung bekannt oder Letztere aus dem Grundbuch ersichtlich war (Rn. 36 m. w. N.). Hierfür trug der Schuldner die Beweislast.

Durch das Inkrafttreten des § 1192 Abs. 1a BGB hat sich diese Ausgangslage maßgeblich geändert. Nach dieser Vorschrift können Einreden, die dem Eigentümer auf Grund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschuld zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, **jedem Erwerber der Grundschuld entgegengesetzt werden**, sofern die Grundschuld zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden ist (Sicherungsgrundschuld); § 1157 S. 2 BGB findet insoweit keine Anwendung. Der Eigentümer kann dem Gläubiger somit nicht nur die in § 1157 S. 1 BGB geregelten Einreden entgegensetzen. Denn diese Einreden setzen voraus, dass der Tatbestand der Einrede im Zeitpunkt des Rechtsübergangs bereits erfüllt war (BGHZ 85, 388 = NJW 1983, 752). Ausweislich der Gesetzesbegründung ist die zweite Alternative („die sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben“) so zu verstehen, dass damit auch solche Einreden erfasst sind, die bereits im Zeitpunkt des Übergangs im Sicherungsvertrag **begründet** waren, deren Tatbestand aber **erst später vollständig verwirklicht wurde**. Diese Lesart entspricht der Deutung der h. M. bezogen auf die in **§ 404 BGB genannten Einwendungen** (Bachner, DNotZ 2008, 644; Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740; Zetzsche, AcP 209 (2009), 543, 554 m. w. N.). Ist der zeitliche Anwendungsbereich des § 1192 Abs. 1a BGB eröffnet, so kann der Eigentümer gegenüber dem Zessionar **sämtliche Einreden aus dem Sicherungsvertrag** geltend machen. Dies sind vor allem Verpflichtungen zur zeitweisen oder dauerhaften Nichtgeltendmachung oder Rückgewähr der Grundschuld (Palandt/Bassenge, BGB, 69. Aufl. 2010, § 1191 Rn. 17, 23).

#### **d) Abgrenzung Altfälle – Neufälle**

Vor dem Hintergrund, dass **§ 1192 Abs. 1a BGB** dem Sicherungsgeber in der Verteidigungsposition gegenüber dem Zessionar **dieselbe Stellung** einräumt wie gegenüber dem Zedenten, spricht bezüglich der Auswirkungen des BGH-Urteils auf die Praxis des Klauselerteilungsverfahrens viel dafür, danach zu differenzieren, ob die Gefahr eines Einredevverlusts infolge Gutgläubenserwerbs wegen der Anwendbarkeit von § 1192 Abs. 1a BGB auszuschließen ist (Neufall) oder nicht (Altfall). In Anbetracht der Tatsache, dass § 1192 Abs. 1a BGB nur auf Abtretungen nach dem 19.8.2008 anwendbar ist (vgl. Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB), ergibt sich folgende Differenzierung:

- **Grundschuldbestellung nach dem 19.8.2008:** Gem. Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB findet § 1192 Abs. 1a BGB Anwendung, sofern der Erwerb der Grundschuld nach dem 19.8.2008 erfolgt ist. Damit ist bei Grundschulden (sowohl Brief- als auch Buchgrundschulden), die nach dem 19.8.2008

bestellt wurden, ein durchgehender Einwendungserhalt über § 1192 Abs. 1a BGB gewährleistet. Es handelt sich hierbei unzweifelhaft um einen privilegierten Neufall.

- **Nach dem 19.8.2008 erstmals abgetretene Buchgrundschuld:** Von einem durchgehenden Einwendungserhalt über § 1192 Abs. 1a BGB kann sich der Notar als klauselerteilende Stelle ebenfalls in solchen Fällen überzeugen, in denen eine Buchgrundschuld zwar bis einschließlich 19.8.2008 bestellt, aber erst nach diesem Datum **erstmalig** abgetreten wurde. Insbesondere lässt sich bei Buchgrundschulden, die erstmals nach dem 19.8.2008 abgetreten wurden, wegen des konstitutiven Eintragungserfordernisses (§§ 873 Abs. 1, 1154 Abs. 3 BGB) mit Sicherheit ausschließen, dass ein gutgläubiger einredefreier Zwischenerwerb nach Maßgabe des § 1157 BGB a.F. zuvor stattgefunden haben könnte (Neufall). Anders ist dies bei Buchgrundschulden, die bereits bis einschließlich 19.8.2008 ein- oder mehrfach abgetreten wurden (Altfall).

- **Vor dem 20.8.2008 bestellte Briefgrundschuld:** Kein durchgehender Einwendungserhalt lässt sich über § 1192 Abs. 1a BGB in solchen Fällen gewährleisten, in denen eine Briefgrundschuld vor dem 20.8.2008 bestellt wurde. Selbst wenn die angeblich erste Abtretung im Falle einer Briefgrundschuld nach dem 19.8.2008 stattgefunden haben soll, wirkt die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch in diesem Fall nur berichtigend. Dementsprechend kann das Klauselerteilungsorgan regelmäßig nicht in der Form des § 727 Abs. 1 ZPO prüfen, ob nicht ggf. ein gutgläubiger einredefreier Erwerb stattgefunden haben könnte. Auch die Vorlage einer Kette öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen (§ 1155 BGB) dürfte nicht genügen, da sich Zwischenerwerbe dadurch nicht mit Sicherheit ausschließen lassen. Derartige Zweifel gehen zu Lasten des Antragstellers (BayObLG DNotZ 1997, 77). Bei vor dem 20.8.2008 bestellten Briefgrundschulden hat man es daher generell mit Altfällen zu tun.

Im Ergebnis gehen wir somit davon aus, dass ein **Neufall** in all denjenigen Fällen gegeben ist, in denen die **Grundschuldbestellung nach dem 19.8.2008** erfolgt ist (Brief- oder Buchgrundschuld) **oder** eine **Buchgrundschuld** zwar vor dem 20.8.2008 bestellt, aber ausweislich des Grundbuchs **erstmalig nach dem 19.8.2008 abgetreten** wurde. In allen übrigen Fällen liegt ein (nicht privilegierter) Altfall vor (siehe zur Behandlung von Alt- und Neufällen nachfolgend Ziff. 3–5).

#### e) Sicherungsgrundschulden

Neben dem Bedarf der Abgrenzung von Alt- und Neufällen geht mit dem BGH-Urteil auch die Notwendigkeit einher, Sicherungsgrundschulden von abstrakten Grundschulden zu unterscheiden. Denn die erweiterten Prüfungspflichten, die der BGH in seiner Entscheidung aufstellt, beziehen sich im Grunde nur auf „**Sicherungsgrundschulden**“. Ob es sich um eine Sicherungsgrundschuld handelt, ist für den Notar bei der Klauselerteilung vor allem dann ersichtlich, wenn – wie im BGH-Fall – die Sicherungsabrede in der Grundschuldbestellungsurkunde enthalten ist. Allerdings ist dies in der Praxis nicht der Regelfall. Vielmehr ist häufig zu beobachten, dass sogar auf die Beurkundung der Sicherungszweckerklärung verzichtet wird (vgl. Pfeifer, MittRhNotK 1998, 334, 336). Auch die eingeschränkte Vorlesungspflicht des § 14 Abs. 1 S. 2 BeurkG hat hieran nichts geändert.

Für die erweiterten Prüfungspflichten im Rahmen des § 727 Abs. 1 ZPO dürfte die Frage, ob der Sicherungsvertrag jeweils mitbeurkundet wurde, uE im Ergebnis aber irre-

levant sein. In Anbetracht der vom BGH angewandten kundenfreundlichsten Auslegung (§ 305c Abs. 2 BGB) ist auch im Klauselerteilungsverfahren im Zweifel von einer **treuhänderischen Bindung der Grundschuld** (Sicherungsgrundschuld) auszugehen. Dies gilt selbst in dem Fall, dass in der Grundschuldbestellungsurkunde weder der Sicherungsvertrag noch die Zweckerklärung oder sonstige Hinweise auf den fiduziarischen Charakter enthalten sind. Eine Ausnahme dürfte nur dann zum Tragen kommen, wenn in der Grundschuldbestellungsurkunde klargestellt ist, dass die Grundschuld **keinerlei Sicherungscharakter aufweist**.

#### f) Tatsächlicher Grund der Abtretung

Des Weiteren fällt bei der Durchsicht der Entscheidungsgründe auf, dass der BGH konkret nur auf den Fall des Forderungskaufs eingeht. Hierbei lässt er sich ersichtlich von dem **Topos der fiduziarischen Zweckbindung** leiten und stellt vor allem auf das Interesse des Schuldners ab, dass die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung „nur im Rahmen der ursprünglichen Zweckbindung“ erfolgt (Rn. 37). Auf die Fälle der Umschuldung bzw. schlichten Neuavalutierung nach Abtretung geht der BGH nicht gesondert ein. In der Praxis gestaltet sich die **Umschuldung** wie folgt: Das „neue“ Kreditinstitut macht die Gewährung des Darlehens von einer entsprechenden Sicherheitenstellung abhängig. Die Überweisung des für die Ablösung erforderlichen Betrages erfolgt unter der Auflage der Abtretung der Grundschuld, ggf. zuzüglich zur bisherigen Kreditforderung (Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. Aufl. 2008, Rn. 980). Ähnlich gestalten sich die Fälle einer völligen **Neuavalutierung** nach Grundschuldabtretung an den Zessionar. Bei dieser Variante hat der Schuldner ein altes Darlehen gegenüber dem Zedenten in der Regel bereits getilgt und die Grundschuld wurde trotzdem „stehen gelassen“. Obwohl der Rückgewähranspruch gegenüber dem Zedenten bereits fällig geworden war, hat der Eigentümer von einer übersandten Löschungsbewilligung keinen Gebrauch gemacht.

Auf den ersten Blick spricht viel dafür, dass die qualifizierte Prüfung, die der BGH dem Notar vorgibt, ebenfalls die Fälle der **Umschuldung bzw. der Neufinanzierung** erfasst, jedenfalls sofern sie mit einer Abtretung der Grundschuld an einen Neugläubiger einhergehen. Denn der BGH will durch den neuen Prüfungsauftrag an den Notar im Klauselerteilungsverfahren sichergestellt wissen, dass die **fiduziarische Zweckbindung der Grundschuld** auch nach deren Abtretung erhalten bleibt und ein Einredevverlust ohne Mitwirkung des Schuldners (z. B. infolge Gutgläubigerserwerbs) ausgeschlossen ist. Dabei macht der BGH keine Vorgabe dahingehend, dass die ursprüngliche Zweckbindung – auch gegenüber dem Neugläubiger – unabänderbar festgeschrieben werden muss. Vielmehr dürfte ein **neuer Sicherungsvertrag mit dem Zessionar** in gleicher Weise ausreichen wie eine Fortschreibung des ursprünglichen Sicherungsvertrages, vorausgesetzt der Sicherungsgeber ist die neue fiduziarische Zweckbindung privatautonom eingegangen. Ebenso wie nachträgliche Änderungen der fiduziarischen Zweckbindung gegenüber dem Altgläubiger dürfte der Neuabschluss des Sicherungsvertrages mit einem Neugläubiger unter Beteiligung des Sicherungsgebers mit Blick auf die Zielsetzung des BGH von der Unterwerfungserklärung erfasst sein.

Für den klauselerteilenden Notar dürfte letztlich sogar irrelevant sein, welche **tatsächliche Konstellation** der jeweiligen

Abtretung zugrunde lag (Forderungskauf, Umschuldung, Neuvaluierung). Denn die erweiterten Prüfungspflichten kommen uE bei jeder Abtretung zum Tragen. Abgesehen davon hat der Notar im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich **nur ein formelles Prüfungsrecht**. Er übt dieselbe Tätigkeit aus wie der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle bei der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung eines Gerichtsurteils (BGH DNotZ 2005, 133). Zu einer **sachlich-rechtlichen Prüfung** des titulierten Anspruchs ist der Notar **grundsätzlich nicht berechtigt** (LG Kleve DNotZ 1978, 680 f.). Welche tatsächliche Entwicklung der materiell-rechtliche Anspruch nimmt, welcher der Vollstreckungsunterwerfung im Einzelfall zugrunde liegt, ist grundsätzlich unerheblich (vgl. insofern BayObLG FGPrax 2000, 41; OLG Frankfurt MittRhNotK 1997, 269, 270; BayObLG DNotZ 1997, 77 ff.; OLG Frankfurt DNotZ 1995, 144, 145; LG Passau MittBayNot 1986, 99 f.; LG Koblenz DNotZ 1972, 190, 191). Übertragen auf die Grundschuldabtretung dürfte es demnach auch irrelevant sein, welche Abtretungskonstellation Anlass für den Gläubigerwechsel war (Forderungskauf, Umschuldung, Neuvaluierung).

### 3. Erweiterte Prüfungspflichten bei Rechtsnachfolge-Altfällen

Wie bereits erwähnt, betraf die BGH-Entscheidung vom 30.3.2010 der Sache nach einen sog. **Altfall**, bei dem die Grundschuldabtretungen **vor Inkrafttreten des neuen § 1192 Abs. 1a BGB** erfolgt waren. In den sog. Altfällen (vgl. zur **Abgrenzung von Alt- und Neufällen** im Detail oben **Ziff. 2 d**) kann die klauselerteilende Stelle (Notar) regelmäßig nicht sicher ausschließen, dass ein gutgläubiger einredefreier Erwerb gem. §§ 1192, 1157 S. 2, 892 BGB a. F. bei einer Abtretung in der Vergangenheit stattgefunden hat. Deswegen fordert der BGH in diesen Fällen als Nachweis in der Form des § 727 Abs. 1 ZPO, dass der Zessionar in den Sicherungsvertrag eingetreten ist. Welche **Anforderungen an den „Eintritt“** sowie **an dessen Nachweis** zu stellen sind, führt der BGH allerdings nicht näher aus. Er betont lediglich, dass der Gläubiger den Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag „beitreten“ müsse (Rn. 24) bzw. dass das Klauselerteilungsorgan den Eintritt in den Sicherungsvertrag gemäß § 727 Abs. 1 ZPO zu prüfen habe (Rn. 40).

#### a) Schuldbeitritt als „Eintritt in den Sicherungsvertrag“

Im Ausgangspunkt ist festzustellen, dass ein „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ wohl nicht unmittelbar als Vorgabe einer bestimmten zivilrechtlichen Konstruktion zu verstehen ist. Denn ein „Vertragseintritt“ ist kein bekanntes Rechtsinstitut. Das BGB regelt ausdrücklich nur die (private) Schuldübernahme (§§ 414 f. BGB). Darüber hinaus sind die Rechtsinstitute des **rechtsgeschäftlichen Schuldbeitritts** (auch kumulative Schuldübernahme oder Schuldmitübernahme) sowie der **Vertragsübernahme** als Verträge *sui generis* anerkannt (zum Schuldbeitritt: RGZ 59, 233; zur Vertragsübernahme: BeckOK-BGB/Rohe, Stand 1.2.2010, § 415 Rn. 26 m. w. N.). Die Wortwahl des BGH deutet darauf hin, dass der Nachweis eines **Schuldbeitritts des Zessionars** zu dem Sicherungsvertrag zwischen Sicherungsgeber und Zedenten in der Form des § 727 Abs. 1 ZPO ausreichend ist.

#### aa) Generelle Anforderungen an einen Schuldbeitritt

Ein Schuldbeitritt (auch Schuldmitübernahme genannt) kann **mit oder ohne Mitwirkung des Gläubigers** (Sicherungsgebers) abgeschlossen werden. Wirkt dieser

nicht mit, so handelt es sich um einen **Vertrag zugunsten Dritter** (BGH NJW 1979, 157). Eine Zustimmung des Sicherungsgebers ist nicht erforderlich, weil sich seine Rechtsstellung nur verbessert; er hat aber das Zurückweisungsrecht des § 333 BGB (Palandt/Grüneberg, Vor § 414 Rn. 2). Der Beitretende (Zessionar) tritt als **Gesamtschuldner** in die Verbindlichkeit ein, wie sie im Zeitpunkt des Beitritts bestand (BGH NJW 1996, 249). Abgesehen von dem Zurückweisungsrecht vollzieht sich der Rechtserwerb unmittelbar durch den Schuldbeitritt. Die Beitrittserklärung ist bereits dann wirksam, wenn der **Anspruch eindeutig bezeichnet** ist; eine erneute textliche Wiedergabe der betroffenen Verpflichtung ist nicht erforderlich.

Vor dem Hintergrund, dass beim Schuldbeitritt die **treuhänderische Bindung des Zedenten in der Person des Zessionars nachgebildet** wird und sich daher die Position des Sicherungsgebers infolge der Abtretung nicht verschlechtert (sondern sogar verbessert, da er künftig über zwei Schuldner hinsichtlich der sicherungsvertraglichen Pflichten verfügt), ist uE der Schuldbeitritt in Form eines **echten Vertrages zugunsten Dritter** für den vom BGH geforderten „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ ausreichend. Denn mit dem Schuldbeitritt erbringt der Zessionar in der Regel nicht nur eine eigene Leistung gegenüber dem Zedenten, sondern auch der Zedent kommt seiner Verpflichtung aus dem Sicherungsvertrag nach. Da der Zedent aus dem Sicherungsvertrag ohnehin verpflichtet ist, im Falle der Abtretung die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag an den Zessionar weiterzugeben (MünchKomm/Eickmann, BGB, 5. Aufl. 2009, § 1191 Rn. 96), wird dieser in einem mit dem Zessionar vereinbarten Schuldbeitritt (echter Vertrag zugunsten Dritter) in der Urkunde hinreichend zum Ausdruck bringen, dass er dadurch seiner Verpflichtung aus dem Sicherungsvertrag gegenüber dem Sicherungsgeber nachkommt.

Probleme bereiten dürfte allerdings der Nachweis, dass die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag, zu denen der Beitritt erklärt wird, identisch sind mit den Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag, die zum Zeitpunkt der Rechtsnachfolge für die treuhänderische Bindung des Zedenten gegenüber dem Sicherungsgeber maßgeblich waren. Dieses Nachweisproblem stellt sich nicht, wenn der Zessionar eine **Global-Schuldmitübernahme** bezüglich sämtlicher Verpflichtungen des Zedenten aus etwa bestehenden Sicherungsverträgen gegenüber dem Sicherungsgeber erklärt (sog. **„catch-all“-Klausel**). Durch eine globale Mithafterklärung dieser Art sind in jedem Fall auch die maßgeblichen Verpflichtungen aus dem ursprünglichen bzw. dem derzeit maßgeblichen Sicherungsvertrag erfasst und ein gutgläubiger Hinwegerwerb von Einreden ausgeschlossen. Relevante Risiken dürften mit dieser Gestaltung für den Zessionar nicht verbunden sein, da bei einer etwaigen Neufassung des Sicherungsvertrags in aller Regel (jedenfalls konkludent) die bisherigen Regelungen aufgehoben werden und daher keine Kumulation von Pflichten aus unterschiedlichen (teilweise überholten) Sicherungsverträgen droht.

#### bb) Erfordernis einer Vertragsübernahme?

Zwar ließe sich die Formulierung des BGH „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ ebenfalls im Sinne des Erfordernisses einer **Vertragsübernahme** im Wege eines dreiseitigen Vertrages interpretieren. Eine relevante Verbesserung des Schuldnerschutzes ist hiermit aber nicht verbunden, wie im Folgenden zu zeigen sein wird:

Ein vordergründiger Vorteil der Vertragsübernahme mag zwar darin bestehen, dass der Schuldner über den zusätzlichen Gläubiger **in Kenntnis gesetzt wird**. Denn der Schuldbeitritt als bloßer Vertrag zugunsten Dritter kann sich eben auch ohne Mitwirkung des Schuldners (= Gläubiger des Rückgewähranspruchs) vollziehen. Zwar bestünde über ein obligatorisches Anhörungsverfahren grundsätzlich die Möglichkeit der Kenntnisnahme für den Schuldner; eine Anhörung nach § 730 ZPO ist bei klarer Nachweislage nach herkömmlichem Verständnis aber nicht zwangsläufig durchzuführen (vgl. hierzu oben Ziff. 1 c). Auch bei einem Schuldbeitritt (echter Vertrag zugunsten Dritter) wird zudem jedenfalls **im Vollstreckungsverfahren** sichergestellt, dass der Schuldner von den übernommenen Verpflichtungen des Zedenten **Kenntnis erlangt**, da der Notar, der den Eintritt in den Sicherungsvertrag im Rahmen des § 727 Abs. 1 ZPO zu prüfen hat, den Eintrittsgrund samt entsprechender Nachweise im jeweiligen Klauselwortlaut offenzulegen hat (Zöller/Stöber, § 727 Rn. 27 mit Verweis auf § 750 Abs. 2 ZPO). Mit Zustellung der Klausel (§ 750 Abs. 1 ZPO) erfährt der Schuldner von dem Schuldbeitritt des Zedenten. In einem etwaigen Vollstreckungsgegenklageverfahren (§ 767 ZPO) hat der Schuldner dann die Möglichkeit, sich auf eine Verletzung der sicherungsvertraglichen Verpflichtungen des Zessionars zu berufen.

Freilich könnte durch eine dreiseitige Vertragsübernahme dem Risiko entgegengewirkt werden, dass der Altgläubiger im Anschluss an den Schuldbeitritt mit dem Sicherungsgeber wissentlich einen **neuen, für diesen günstigeren Sicherungsvertrag** abschließt, ohne dass der Sicherungsgeber bei dieser Vertragsänderung von dem Schuldbeitritt bereits Kenntnis hat. Eine derartige Änderung würde sich gegenüber dem Zessionar möglicherweise nicht mehr auswirken (§ 425 Abs. 1 BGB) und daher dem Sicherungsgeber – bei vorher erfolgtem Schuldbeitritt des Zessionars – zum Nachteil gereichen. Ein relevantes Risiko ist hierin uE aber nicht zu sehen. Zum einen ist ein derartiges Verhalten des Zedenten, bei dem es sich in aller Regel um einen der Bankenaufsicht unterliegenden Rechtsträger handelt, in der Praxis kaum je vorstellbar. Denn dieser würde sich regelmäßig wegen **Betruges strafbar machen** (§ 263 Abs. 1 StGB). Zudem ist der Sicherungsgeber in seinem eventuellen Vertrauen auf die (fortbestehende) Inhaberschaft des Altgläubigers **nicht schutzwürdig**. Bei einer Buchgrundschuld hat er nämlich bei jeder Änderung des Sicherungsvertrages die Möglichkeit, die Inhaberschaft durch Grundbucheinsicht zu prüfen; bei einer Briefgrundschuld kann er sich zwecks Legitimation den Brief vorlegen lassen.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der **Schuldbeitritt** im Vergleich zur Vertragsübernahme für den Sicherungsgeber **auch Vorteile** bietet. Während eine Vertragsübernahme zum Ausscheiden des Altgläubigers führt, liefert der Schuldbeitritt des Zessionars dem Sicherungsgeber einen weiteren Schuldner und zieht bezüglich der Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag ein Gesamtschuldverhältnis nach sich. Demzufolge würde sich die Schuldnerzahl aus der Sicht des Sicherungsgebers bei einem Schuldbeitritt erhöhen, bei einer Vertragsübernahme würde sie gleich bleiben.

Im Ergebnis halten wir die Vereinbarung eines **Schuldbeitritts** zwischen Zedenten und Zessionar (echter Vertrag zugunsten des Sicherungsgebers mit sog. „catch all“-Klausel) bzw. zwischen dem Zessionar und dem Sicherungsgeber für ausreichend im Sinne des vom BGH

geforderten „Eintritts in den Sicherungsvertrag“. Eine Vertragsübernahme (unter notwendiger Beteiligung des Sicherungsgebers) erfüllt die Anforderungen des BGH ebenfalls, ist allerdings nicht erforderlich.

### cc) Formale Anforderungen an die Schuldbeitritts-erklärung

Verfahrensrechtlich muss der Schuldbeitritt des Zessionars dem Notar **in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form** nachgewiesen werden oder offenkundig sein (§ 727 ZPO). Aus den in öffentlich beglaubigter Form vorgelegten Urkunden muss sich im Wege der Subsumtion ergeben, dass ein etwaiger gutgläubig einredefreier Erwerb des Zessionars nicht stattgefunden hat oder nachträglich neutralisiert wurde. Wird der Schuldbeitritt zwischen Zedent und Zessionar als echter Vertrag zugunsten Dritter abgeschlossen, ist es grds. erforderlich, aber auch ausreichend, dass dem Notar die Unterschriften von Zessionar und Zedent in öffentlich beglaubigter Form nachgewiesen sind.

(1) Entbehrlichkeit der Unterschriftsbeglaubigung des Zedenten?

In Analogie zu den Abtretungsfällen, in denen die h. M. die **Unterschriftsbeglaubigung des Zessionars für entbehrlich** hält (siehe hierzu oben Ziff. 1 b), liegt es auch hinsichtlich des Nachweises des Schuldbeitritts auf den ersten Blick nahe, die auf den Schuldbeitritt des Zessionars gerichtete Erklärung des Zedenten nicht in öffentlich beglaubigter Form zu fordern, weil lediglich der Zessionar Verpflichtungen übernimmt.

Zwar ist die Schuldmitübernahme wegen des daraus resultierenden **Gesamtschuldverhältnisses** für den Zedenten nicht notwendig ausschließlich rechtlich vorteilhaft bzw. rechtlich neutral, da der Zedent bei Leistung des Zessionars einem potentiellen Ausgleichsanspruch gem. § 426 Abs. 1 BGB ausgesetzt sein kann. Dem ließe sich allerdings durch entsprechende Gestaltung des Schuldbeitritts abhelfen. Die Ausgangslage beim Schuldbeitritt unterscheidet sich allerdings noch in einem weiteren Punkt von derjenigen bei der Grundschuldabtretung. Bei Letzterer soll die Beglaubigung der Unterschrift derjenigen Partei entbehrlich sein (Zessionar), die **zwangsläufig** im weiteren Verfahren **über die Antragstellung beteiligt** ist. Eine vergleichbare Beteiligung des Zedenten fehlt beim Schuldbeitritt regelmäßig, weil nur der Zessionar den Antrag auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung stellt. Nach herkömmlichem Verständnis der Anforderungen von § 727 ZPO muss deshalb auch die Erklärung des Zedenten in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form vorliegen. Die weitere Entwicklung bleibt aber insoweit abzuwarten.

Sofern man deshalb die Unterschriftsbeglaubigung auch des Zedenten fordert, ist dies bei noch nicht erfolgten Grundschuldabtretungen unschwer dadurch möglich, dass der Zedent, der ohnehin die Abtretungserklärung in öffentlich beglaubigter Form erteilen muss, in diese einen entsprechenden Passus zum Schuldbeitritt aufnimmt.

(2) Entbehrlichkeit der Unterschriftsbeglaubigung des Zessionars?

Da der Zessionar im Hinblick auf den Schuldbeitritt wegen der (Mit-)Übernahme von Verpflichtungen der „verlierende Teil“ ist, kann grundsätzlich **nicht auf die Beglaubigung seiner Unterschrift verzichtet** werden. Anders könnte dies hingegen dann zu beurteilen sein, wenn

die Abtretungserklärung von vornherein so gestaltet ist, dass eine Abtretung ohne Eintritt in den Sicherungsvertrag ausscheidet. Bietet der Zedent dem Zessionar die Abtretung unter der aufschiebenden Bedingung an, dass Letzterer die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag übernimmt, und beantragt der Zessionar sodann die vollstreckbare Ausfertigung, liegt in diesem Verhalten eine konkludente Annahme des Angebots.

Diesem Ansatz steht letztlich jedoch entgegen, dass auch bei der bloßen Abtretung regelmäßig nicht auf die Unterschriftsbeglaubigung derjenigen Partei verzichtet werden kann, in deren Rechtsposition durch das nachzuweisende Rechtsgeschäft eingegriffen wird. Beim Schuldbeitritt ist „**verlierende**“ **Partei der Zessionar**, weil maßgeblich dieser durch den Schuldbeitritt Verpflichtungen eingeht. Nach dem Rechtsgedanken des § 19 GBO ist zumindest dessen Erklärung in öffentlich beglaubigter Form nachzuweisen. Der **privatschriftliche Antrag auf Klauselerteilung** kann zwar als Eintritt in den Sicherungsvertrag ausgelegt werden; den Formvorgaben des § 727 ZPO wird er aber nicht gerecht.

#### **dd) Zwischenfazit: Nachweis des Schuldbeitritts**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass zwecks Nachweises des Eintritts in die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag durch den Zessionar (echter Vertrag zugunsten Dritter) in der Form des § 727 ZPO uE sowohl die Unterschrift des Zedenten als auch diejenige des Zessionars in öffentlich beglaubigter Form vorzulegen sind. Selbstverständlich kann die Beteiligung des Zedenten durch eine solche des Sicherungsgebers ersetzt werden.

#### **b) Abschluss eines neuen Sicherungsvertrages bzw. Geständniserklärung**

Ein Schuldbeitritt kommt als tauglicher „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ letztlich nicht nur beim Forderungskauf in Betracht, sondern stellt auch **in den Fällen der Umschuldung und der Neuvaluierung** der Grundsuld gegenüber einem anderen Gläubiger ein taugliches Mittel zum Erhalt der Einreden aus dem Sicherungsvertrag dar. Für die Fälle der Umschuldung und Neufinanzierung will der Zessionar aber in aller Regel einen **neuen Sicherungsvertrag** mit dem Sicherungsgeber abschließen. Im Folgenden ist daher zu erörtern, ob generell (d. h. unabhängig von den tatsächlichen Umständen der jeweiligen Abtretung) der Neuabschluss eines Sicherungsvertrages bzw. eine dementsprechende Geständniserklärung des Schuldners dem Eintritt in die Verpflichtungen aus dem „alten“ Sicherungsvertrag durch den Zessionar gleichsteht.

#### **aa) Neuer Sicherungsvertrag als Alternativnachweis**

Schließt der Schuldner einen **neuen Sicherungsvertrag mit dem Zessionar** ab (insbesondere in den Fällen der Umschuldung bzw. Neufinanzierung nach Abtretung), geht er selbst mit einem ausgewählten Gläubiger eine treuhänderische Bindung ein. Vor diesem Hintergrund ist er nicht als schutzwürdig einzustufen, selbst wenn der neue Sicherungsvertrag im Vergleich zu dem bisherigen für ihn nachteiliger ausfällt. Er selbst hat es in der Hand, die neue Kreditverbindlichkeit aufzunehmen und den Sicherungsvertrag neu abzuschließen. Sein Rückgewähranspruch gegenüber dem Altgläubiger erlischt durch die Grundsuldübertragung auf den Neugläubiger zudem nur dann, wenn der Schuldner gem. §§ 362 Abs. 2, 185 BGB seine Zustimmung zu der Abtretung erteilt. Darüber hinaus ist in Fällen des Neuabschlusses des Sicherungsvertrages mit dem Zessionar auch das **Risiko**

**eines gutgläubigen einredefreien Erwerbs** vernachlässigenswert, weil sämtliche Einreden mit Vertragsabschluss (wieder neu) entstehen.

Nach der hier vertretenen Lesart der Urteilsgründe kommt es allein darauf an, dass im Klauselerteilungsverfahren der fortbestehende fiduziarische Charakter der Grundsuld nachgewiesen wird und eine Beseitigung desselben infolge der Abtretung ausgeschlossen werden kann (siehe oben Ziff. 2 c). Im Ergebnis ist uE der Neuabschluss eines Sicherungsvertrages zwischen dem Sicherungsgeber und dem Zessionar ausreichend, um die Klausel auf den neuen Gläubiger umzuschreiben. Der Nachweis eines derartigen Neuabschlusses kann nach Maßgabe des § 727 Abs. 1 ZPO dadurch geführt werden, dass die **Unterschriften des Schuldners sowie des Zessionars** in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form vorgelegt werden.

#### **bb) Geständniserklärung des Schuldners**

Lässt man den Neuabschluss des Sicherungsvertrages (unter Beteiligung des Sicherungsgebers) ausreichen, stellt sich die Folgefrage, ob und wenn ja, in welcher Form auch eine **einseitige Erklärung des Schuldners** den vom BGH gestellten, aus der Vollstreckungsunterwerfung des Schuldners abgeleiteten Anforderungen genügt, wenn diese inhaltlich darauf gerichtet ist, dass er mit dem Zessionar einen neuen Sicherungsvertrag abgeschlossen hat. Bei einer derartigen Erklärung dürfte es sich um ein **Geständnis gemäß § 288 ZPO handeln**, welches grundsätzlich auch im Klauselerteilungsverfahren verwertet werden kann (Wolfsteiner, Rn. 46.62). Bislang existieren wenige Stellungnahmen zum Geständnis im Klauselerteilungsverfahren und die hieran zu stellenden Anforderungen.

Unter einem Geständnis wird das **Zugestehen der Richtigkeit einer Tatsache** verstanden (vgl. Zöllner/Greger, ZPO, § 288 Rn. 1); die Behauptung eines Vertragsschlusses bzw. einer bestehenden Vertragsbeziehung wird hiervon erfasst. Nach Auffassung von *Wolfsteiner* ist ein solches Geständnis **zur Niederschrift** eines Notars abzugeben; ein schriftliches Geständnis genüge hingegen nicht, da ein erhebliches Missbrauchspotenzial bestehe. Erforderlich sei die notarielle Beurkundung, da es sich um eine **Erweiterung der Vollstreckbarkeit** handele (Rn. 46.69, 46.70). Dem wird entgegengehalten, durch das Geständnis werde nicht die originäre Vollstreckbarkeit erweitert, sondern lediglich ein derivativer Erwerb des vorhandenen Titels erleichtert, indem die Nachweisbedürftigkeit bestimmter klauselrelevanter Tatsachen aufgehoben wird. Daher genüge ein Geständnis in öffentlich beglaubigter Urkunde (so Bolkart, DNotZ 2010, Heft 7 - im Erscheinen). Teilweise wird sogar das schriftliche Geständnis in Erwägung gezogen (Everts, in: Amann/Everts/Hertel, Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung 2006/2007, DAI-Tagungsskript v. 24.3.2007, S. 254 zur Freigabe durch den Insolvenzverwalter). Eine gerichtliche Stellungnahme zu den vorstehend dargestellten Auffassungen steht allerdings noch aus, so dass die weitere Entwicklung abzuwarten ist.

#### **cc) Zwischenfazit: Umschuldungs- und Neufinanzierungsfälle**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Nachweis des **Abschlusses eines neuen Sicherungsvertrages** zwischen Schuldner und Zessionar den vom BGH gestellten Anforderungen an die Aufrechterhaltung des fiduziarischen Charakters der Sicherungsgrundsuld genügt. Die Formvorgaben des § 727 Abs. 1 ZPO sind jedenfalls dann gewahrt, wenn sowohl die Unterschrift des Zessionars als

auch diejenige des Schuldners auf dem Sicherungsvertrag beglaubigt wurden. Ebenfalls ausreichen dürfte eine entsprechende **Geständniserklärung** des Sicherungsgebers, wobei umstritten ist, ob diese notwendig zur Niederschrift eines Notars abgegeben werden muss.

Sofern die Umschuldung bereits stattgefunden hat und die vorgenannten Nachweise dem Zessionar nicht vorliegen, so dass es an den Voraussetzungen für eine Klauselumschreibung fehlt, steht diesem regelmäßig ein Anspruch aus dem Darlehensvertrag gegenüber dem Schuldner auf Verschaffung eines Vollstreckungstitels zu, dessen Durchsetzung der Zessionar erforderlichenfalls betreiben kann.

#### 4. Nachweissurrogate in Altfällen

Sind in Altfällen weder Schuldner noch Zedent bereit, am Nachweis der fortbestehenden fiduziarischen Bindung der Grundsuld in der Form des § 727 Abs. 1 ZPO mitzuwirken, bzw. sind sie nicht oder nur schwer greifbar, stellt sich die Frage, ob alternative **Nachweismöglichkeiten** bestehen. Zum einen ist daran zu denken, dass der Zessionar ein unwiderrufliches Angebot, das auf Abschluss eines Schuldbeitritts gerichtet ist, in der Form des § 727 Abs. 1 ZPO abgibt oder in sonstiger geeigneter Weise dem Schuldner die Möglichkeit zum Erhalt der Einreden eröffnet. Zum anderen könnte der Zessionar gegenüber einer anderen Person als dem Zedenten einen Schuldbeitritt zugunsten des Sicherungsgebers erklären.

##### a) Unwiderrufliches Angebot auf Schuldbeitritt zum Sicherungsvertrag

Sofern die Mitwirkung des Zedenten im Einzelfall nicht in Betracht kommt, erscheint es denkbar, dass der Zessionar dem Sicherungsgeber ein **öffentlich beglaubigtes und unwiderrufliches Angebot** unterbreitet und es Letzterem **gemäß § 132 BGB zustellen** lässt. Gemäß § 132 Abs. 1 BGB gilt eine Willenserklärung auch dann als zugegangen, wenn sie durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers zugestellt worden ist. Die dabei errichtete Zustellungsurkunde (§§ 182 Abs. 1 S. 2, 193, 194 ZPO) hat den in § 418 Abs. 1 ZPO angeordneten Beweiswert. Auch wenn der Nachweis der Annahme dieses Angebots damit nicht geführt ist, könnte man sich allerdings auf den Standpunkt stellen, der Schuldner sei nicht schutzwürdig, wenn er die ihm unschwer mögliche Annahme unterlässt. Er hat es durch das unwiderrufliche Angebot jederzeit in der Hand, eine fiduziarische Bindung der Sicherungsgrundsuld gegenüber dem Zessionar herbeizuführen (ähnlich Wolfsteiner, ZNotP 2010, Anm. zu BGH Urt. v. 30.3.2010 – erscheint demnächst). Freilich bestehen allein durch das Angebot die Einreden aus dem Sicherungsvertrag gegenüber dem Zessionar noch nicht.

##### b) Vertrag zugunsten Dritter ohne Mitwirkung des Zedenten

Ebenfalls als Nachweis in Betracht zu ziehen ist es, wenn der Zessionar im Wege eines **echten Vertrages zugunsten Dritter** gegenüber einer beliebigen Person als Versprechensempfänger in die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag eintritt. Dies kann insbesondere dann von Vorteil sein, wenn z. B. über das Vermögen des Zedenten zwischenzeitlich das Insolvenzverfahren eröffnet wurde und daher eine Mitwirkung des Zedenten wesentlich erschwert ist. In diesen Fällen mag der Zessionar geneigt sein, den Schuldbeitritt gegenüber einer beliebigen Person als **echten Vertrag zugunsten des Sicherungsgebers** zu erklären. Nach heute wohl anerkannter Auffassung

vollzieht sich der Rechtserwerb des Dritten beim echten Vertrag zugunsten Dritter bereits mit **Vertragsschluss zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger** (Staudinger/Jagmann, BGB, Neubearb. 2009, § 328 Rn. 28; Palandt/Grüneberg, Vor § 328 Rn. 6; vgl. BFH ZEV 2005, 216). Vereinbaren Zessionar und Versprechensempfänger, dass der Zessionar in sämtliche Verpflichtungen aus etwa bestehenden Sicherungsverträgen eintritt (**sog. „catch-all“-Klausel**) und dass die Rechte des Sicherungsgebers aus dem Schuldbeitritt nicht ohne dessen Mitwirkung aufgehoben oder geändert werden können (§ 328 Abs. 2 BGB), wird dadurch im Grundsatz der vom BGH geforderte Schutzstandard gewährleistet. Es erscheint allerdings uE noch nicht abschließend geklärt, ob der Rechtserwerb beim Sicherungsgeber kondiktionsfest ist und ob ein (relevantes) Haftungsrisiko für den Versprechensempfänger besteht. Daher kann die Gestaltung im Wege des echten Vertrages zugunsten Dritter gegenüber einer beliebigen Person als Versprechensempfänger (derzeit) nicht als Mittel der Wahl empfohlen werden. Insoweit bleibt aber die weitere Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur abzuwarten (zu dieser Gestaltung: Bolkart, DNotZ 2010, Heft 7 - im Erscheinen).

#### 5. Nachweiserfordernisse in Neufällen (Risikobegrenzungsgesetz)

Zieht man die Erwägungen des BGH heran, welche ihn zur einschränkenden Auslegung der Unterwerfungserklärung veranlasst haben, stellt sich die Frage, inwiefern die Nachweiserfordernisse bezüglich des Eintritts in den Sicherungsvertrag in Neufällen entbehrlich sind, die unter **§ 1192 Abs. 1a BGB** und die sonstigen Regelungen des Risikobegrenzungsgesetzes fallen (zur Abgrenzung zwischen Alt- und Neufällen oben Ziff. 2 d).

##### a) Vergleichsbetrachtung zwischen vormaliger und jetziger Rechtslage

Insofern ist wiederum die vom BGH mit der kundenfreundlichsten, einschränkenden Auslegung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung verfolgte Zielsetzung maßgeblich. UE kommt es insoweit darauf an, dass dem Sicherungsgeber trotz Abtretung **alle Einreden und relevanten Rechte** aus dem Sicherungsvertrag erhalten bleiben (siehe oben Ziff. 2 c). Würde dieses Ziel bereits aufgrund der gesetzlichen Regelungen erreicht, wäre ein Eintritt in den Sicherungsvertrag bzw. dessen Nachweis in der Form des § 727 ZPO nicht erforderlich.

##### aa) Erhalt der Einreden

Im Anwendungsbereich des **§ 1192 Abs. 1a BGB** können Einreden, die dem Eigentümer aufgrund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundsuld zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem Erwerber der Grundsuld entgegengesetzt werden, sofern die Grundsuld zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden ist. Ein **gutgläubiger einredefreier Erwerb** ist **ausgeschlossen**. In der Verteidigungsposition gegenüber dem Zessionar hat der Sicherungsgeber daher dieselbe Stellung wie gegenüber dem Zedenten (oben Ziff. 2 c, d).

##### bb) Stellung hinsichtlich der Rückgewähransprüche

Vor dem Hintergrund, dass der Sicherungsvertrag dem Sicherungsgeber neben den Einreden noch weitere Gegenrechte gewährt, bleibt zu prüfen, ob der Eigentümer infolge der Abtretung auch hinsichtlich seiner **Rückgewähransprüche gegenüber dem Zessionar** eine vergleichbare Position wie gegenüber dem Zedenten

erlangt. Dies ist im Ergebnis aufgrund der nachfolgenden Erwägungen ebenfalls zu bejahen:

Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 1192 Abs. 1a BGB sah der Gesetzgeber keine Notwendigkeit, eine **gesonderte Regelung** hinsichtlich des Anspruchs des Grundstückseigentümers auf **Rückübertragung der Sicherungsgrundschuld** bei Bestehen einer dauerhaften Einrede gegen deren Geltendmachung zu schaffen. Denn der Besteller der Sicherungsgrundschuld hat nach dem Erlöschen der gesicherten Forderung gegenüber dem ursprünglichen Grundschuldgläubiger eine Einrede i. S. von § 1169 BGB. Diese Einrede kann der Eigentümer auch dem Erwerber entgegensetzen, sodass auch gegenüber dem Erwerber der Anspruch aus §§ 1192 Abs. 1, 1169 BGB besteht. § 1169 BGB vermittelt somit einen gesetzlichen Lösungsanspruch, welcher angesichts der „Vehikelfunktion“ des § 1192 Abs. 1a BGB dem Rückgewähranspruch aus dem Sicherungsvertrag sehr nahe kommt (Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rn. 772; Schmidt, WM 1991, 1061, 1067). Folglich stehen dem Sicherungsgeber zwei Grundlagen (Sicherungsvertrag, § 1169 BGB) für den Rückgewähranspruch zur Verfügung, welche auf dasselbe Ziel gerichtet sind und dasselbe Interesse schützen (BGHLM § 1169 BGB Nr. 1; OLG Kiel SchlHA 1932, 225; Schubert, JW 1934, 2444, 2445; Huber, Sicherungsgrundschuld, 1965, S. 165).

Der BGH räumt dem Eigentümer **auch beim gesetzlichen Rückgewähranspruch** nach § 1169 BGB das **Wahlrecht** ein, ob dieser auf die Grundschuld verzichtet (§ 1168 BGB), deren Aufhebung/Löschung verlangt (§§ 1183, 875 BGB) oder ob er die Abtretung der Grundschuld an sich oder einen Dritten fordert (BGH, 6.7.1989, IX ZR 277/88, BGHZ 108, 237 = DNotZ 1990, 581, Rn. 21-22; zustimmend Wilhelm, JZ 1998, 18; Palandt/Bassenge, § 1169 Rn. 3; a.A. Staudinger/Wolfsteiner, § 1169 Rn. 11, 26 m. w. N.). Bereits das Reichsgericht hatte entschieden, dass der Eigentümer an Stelle des Verzichts auf die Grundschuld deren Löschung verlangen könne (RGZ 86, 301, 305; 92, 218; RG HRR 1934 Nr. 862). In der vorstehend zitierten Entscheidung führt der BGH weiter aus, dass der Anspruch gem. § 1169 BGB auf einen teilweisen Verzicht bzw. eine Teilabtretung oder Teillöschung gerichtet ist, wenn gegenüber einer Grundschuld „**teilweise**“ eine **dauernde Einrede** besteht, also die Einrede der partiellen Nichtvaluierung (BGH, aaO, Rn. 19; von einem anteiligen Lösungsanspruch ausgehend bereits RGZ 71, 12), sofern nur gewährleistet ist, dass der Sicherungszweck endgültig hinsichtlich des weggefallenen Teils nicht wiederaufleben kann.

Auch im Übrigen sind keine Nachteile des Rückgewähranspruchs gem. § 1169 BGB gegenüber dem sicherungsvertraglichen Rückgewähranspruch ersichtlich. Insbesondere soll der **Anspruch aus § 1169 BGB unverjährbar** sein (Staudinger/Wolfsteiner, § 1169 Rn. 23; ders., DNotZ 2003, 321; a. A.: Budzikiewicz, ZGS 2002, 276; 10 Jahre). Selbst wenn man jedoch den Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld nach § 1169 BGB für verjährbar hält, so beträgt die Verjährungsfrist – ebenso wie beim vertraglichen Rückgewähranspruch – zehn Jahre, sodass kein Nachteil erkennbar ist. Auch im Zwangsversteigerungsverfahren erlischt der Anspruch aus § 1169 BGB nicht. Der bisherige Eigentümer kann vielmehr von dem Gläubiger Verzicht auf Befriedigung aus dem an

die Stelle des Grundstücks getretenen Versteigerungserlös verlangen (BGH NJW 1985, 800; Staudinger/Wolfsteiner, § 1169 Rn. 18).

**cc) Nichtigkeit des Sicherungsvertrages als Sonderfall**  
Bislang kaum erörtert worden ist die Auswirkung des § 1192 Abs. 1a BGB auf Fälle, in denen der Sicherungsvertrag **nichtig ist**. Im Verhältnis zum ursprünglichen Grundschuldgläubiger begründet die Nichtigkeit des Sicherungsvertrages den Anspruch aus § 1169 BGB sowie die Einrede aus § 821 BGB (BGH NJW-RR 1991, 305; NJW 1985, 800, 801; Wellenhofer, JZ 2009, 1077, 1080). Ob diese Einrede auch einem **Zessionar über § 1192 Abs. 1a BGB** entgegengehalten werden kann, wurde bislang nicht höchstrichterlich entschieden.

Mit dieser Frage hat sich *Zetzsche* ausführlich befasst (AcP 209 (2009), 543, 559). Er gelangt zu dem Ergebnis, dass § 1192 Abs. 1a BGB weit auszulegen sei. Der Begriff der „Einrede aus dem Sicherungsvertrag“ erfasse auch solche Einreden aus der Sicherungsbeziehung im weiten Sinne, insbesondere **solche aus § 821 BGB** (Zetzsche, AcP 209 (2009), 543, 564). Diese Auffassung wird auch von *Wolfsteiner* im Ergebnis geteilt. Er stellt darauf ab, dass der Begriff des Verschaffens in einem tatsächlichen Sinne verstanden werden könne und ein solches Verschaffen auch bei einem nichtigen Sicherungsvertrag vorliege (Staudinger/Wolfsteiner, § 1192 Rn. 39, 41). Dem ist uE zu folgen, da der Gesetzgeber den Fall eines nichtigen Sicherungsvertrages nicht erkannt und daher nicht geregelt hat. Es entspricht der gesetzgeberischen Zielsetzung, dem Sicherungsgeber gegenüber dem Zessionar sämtliche Einreden zu erhalten, die ihm gegenüber dem Zedenten zustanden, unabhängig davon, ob es sich um solche aus dem Sicherungsvertrag oder die an dessen Stelle tretende Bereicherungseinrede handelt (ebenso Wellenhofer, JZ 2009, 1077, 1081; Bülow, ZJS 2009, 1, 5; a.A. Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 45 Rn. 67g).

Im Übrigen würden auch durch den vom BGH geforderten Eintritt im Falle der Nichtigkeit des Sicherungsvertrages keine vertraglichen Bindungen gegenüber dem Zessionar begründet und damit dem Sicherungsgeber kein Mehr an Einreden und Rechten verschafft als durch § 1192 Abs. 1a BGB und die hieran anknüpfenden gesetzlichen Regelungen. Damit ist der Schuldner in Fällen, in denen der Sicherungsvertrag nichtig ist, bei wertender Betrachtung durch Anwendung von § 1192 Abs. 1a BGB jedenfalls nicht schlechter gestellt als durch einen Eintritt in den (nichtigen) Sicherungsvertrag. UE kann er sich gegenüber dem Zessionar auf die Bereicherungseinrede aus § 821 BGB berufen.

**b) Zwischenergebnis: Nachweisentbehrlichkeit in Neufällen**

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass der BGH zwar zu der Frage, ob und inwiefern bezüglich der Nachweiserfordernisse zwischen Alt- und Neufällen zu differenzieren ist, in seinem Urteil keine Stellung genommen hat. Die vorstehende Vergleichsbetrachtung hat jedoch gezeigt, dass der Schuldner durch § 1192 Abs. 1a BGB im Grunde **gleichwertig vor einem Verlust der Einreden und einem Verlust des Rückgewähranspruchs geschützt** wird wie durch den vom BGH geforderten „Eintritt“ in den Sicherungsvertrag. Mit Blick auf die Zielsetzung des BGH (vgl. oben Ziff. 2c) ist die Unterwerfungserklärung uE dahingehend auszulegen, dass sie sich auf Ansprüche erstreckt, die aus einer entwe-

der vertraglich oder aufgrund gesetzlicher Anordnung treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld resultieren. Vor diesem Hintergrund dürfte im Ergebnis davon auszugehen sein, dass im Klauselerteilungsverfahren **in denjenigen Fällen, in denen § 1192 Abs. 1a BGB vor einem Verlust der Einreden schützt (Neufälle), kein Bedarf für qualifizierte Nachweiserfordernisse** (Eintritt in den Sicherungsvertrag) besteht.

Die Nachweisprivilegierung bei Neufällen greift in gleicher Weise bei Grundschuldabtretungen **infolge Umschuldung oder Neufinanzierung** ein. Selbst wenn der Schuldner hier einen neuen Sicherungsvertrag mit dem Zessionar abschließt, ist er entweder durch § 1192 Abs. 1a BGB (bis zum Abschluss des neuen Vertrages) oder durch den neuen Vertrag selbst vor einem Einrede- oder Rechtsverlust geschützt.

#### **6. Nachweise im Hinblick auf das vollstreckbar gestellte Schuldanerkenntnis**

In der Entscheidung vom 30.3.2010 äußert sich der XI. Zivilsenat nicht zu der Frage, ob ein Eintritt in den Sicherungsvertrag auch dann zu prüfen ist, wenn eine vollstreckbare Ausfertigung über den **Anspruch aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis (§ 780 BGB)** erteilt werden soll. Gemäß der Zielsetzung der BGH-Entscheidung (siehe oben Ziff. 2 c) hängt die Beantwortung dieser Frage maßgeblich davon ab, ob **bei einem abstrakten Schuldanerkenntnis ein gutgläubiger einredefreier Erwerb** in Betracht kommt.

Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts kann der Schuldner eines abstrakten Schuldanerkenntnisses dem Gläubiger die Bereicherungseinrede (§ 821 BGB) über § 404 BGB entgegenhalten (RGZ 86, 301, 304). Das Reichsgericht entschied, dass ein selbständiges Schuldversprechen mit der Bereicherungsklage zurückgefordert werden könne, wenn ein rechtlicher Grund nicht vorhanden war oder dieser Grund später wegfällt. Die hieraus resultierende Einrede der Bereicherung könne über § 404 BGB dem Rechtsnachfolger entgegengesetzt werden. Denn die Bereicherungseinrede bilde einen **inneren Mangel des Schuldversprechens**, welchen auch der Rechtsnachfolger gegen sich gelten lassen müsse. Auch heute wird dies vertreten. Nach der Tilgung der Kausalschuld (Darlehensforderung) sei die abstrakte Obligation kondizierbar (OLG Saarbrücken MDR 1998, 828; BeckOK-BGB/Gehrlein, Stand 1.2.2010, § 780 Rn. 19). Soweit das OLG Saarbrücken noch davon ausgeht, dass die Darlehensforderung selbst den Rechtsgrund für das Schuldanerkenntnis bildet, steht die überwiegende Literatur dagegen auf dem Standpunkt, dass Schuldanerkenntnis und Darlehensforderung über einen **Sicherungsvertrag miteinander verknüpft sind** (MünchKomm/Habersack, BGB, 5. Aufl. 2009, § 780 Rn. 47; Staudinger/Marburger, BGB, Neubearb. 2009, § 780 Rn. 23; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 68 I b, S. 155; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 18 I 4, S. 435; vgl. BGH NJW 2004, 59). Dies führt für die hier zu entscheidende Frage aber zu keinem Unterschied: Der Begriff der Einwendungen gemäß § 404 BGB ist im weitesten Sinne

zu verstehen (Palandt/Grüneberg, § 404 Rn. 2) und erfasst auch **Rechte auf Rückgewähr bestellter Sicherheiten** (BGH NJW 1991, 1821; MünchKomm/Roth, BGB, 5. Aufl. 2006, § 404 Rn. 5). Ein gutgläubiger einredefreier Erwerb des abstrakten Schuldanerkenntnisses kommt daher nur unter den Voraussetzungen des § 405 BGB hinsichtlich der dort genannten Einreden, nicht aber hinsichtlich der fehlenden Zweckbindung in Betracht.

Vor dem Hintergrund, dass dem Schuldner über § 404 BGB alle wesentlichen Einwendungen erhalten bleiben, ist es uE nach der Zielsetzung der BGH-Entscheidung bei der Erteilung einer **vollstreckbaren Ausfertigung für den Anspruch aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis nicht erforderlich**, einen evtl. Eintritt in den Sicherungsvertrag im Klauselerteilungsverfahren zu prüfen.

#### **7. Zusammenfassung**

a) Nach dem BGH ist die Vollstreckungsunterwerfung des Sicherungsgebers nach § 305c Abs. 2 BGB in kundengünstigster Weise dahingehend auszulegen, dass sich der Besteller der Sicherungsgrundschuld nur insoweit der Zwangsvollstreckung unterwirft, als sichergestellt ist, dass die fiduziarische Zweckbindung der Grundschuld auch nach deren Abtretung erhalten bleibt. Dabei kommt es dem BGH uE entscheidend darauf an, dass dem Sicherungsgeber trotz Abtretung alle Einreden und relevanten Rechte aus dem Sicherungsvertrag zur Verfügung stehen. Diese Voraussetzung habe der Notar im Rahmen der Klauselumschreibung zu prüfen.

b) Diese Anforderungen werden uE jedenfalls dadurch gewahrt, dass dem Notar eine zumindest öffentlich beglaubigte Vereinbarung zwischen Zessionar und Zedent bzw. Sicherungsgeber vorgelegt wird, wonach der neue Grundschuldgläubiger in alle sicherungsvertraglichen Verpflichtungen eintritt. Alternativ genügt die Vorlage eines neuen, wiederum zumindest öffentlich beglaubigten Sicherungsvertrags mit dem Zessionar oder ein Geständnis des Sicherungsgebers im Hinblick auf den erfolgten Neuabschluss eines Sicherungsvertrags.

c) Die vorgenannten Voraussetzungen sind uE nicht zu beachten, wenn die in Rede stehende Grundschuld erst nach dem 19.8.2008 bestellt oder eine vorher bestellte Buchgrundschuld nach diesem Datum erstmals abgetreten wurde (Neufälle). Unter diesen Voraussetzungen wird der erstrebte Schuldnerschutz über § 1192 Abs. 1a BGB in äquivalenter Weise sichergestellt. In derartigen Neufällen stellt die Entscheidung des BGH uE keine zusätzlichen Anforderungen an die Klauselumschreibung auf den Neugläubiger.

d) Abschließend bleibt darauf hinzuweisen, dass es sich vorliegend um eine erste Stellungnahme zu den Folgen des Urteils des BGH vom 30.3.2010 auf die Klauselumschreibung handelt, die mangels gesicherten bzw. bestehenden Meinungsbildes in Rechtsprechung und Literatur keinen Anspruch auf Letztverbindlichkeit erhebt.

Tabellarische Übersicht über die Auswirkungen des BGH-Urteils vom 30.3.2010  
(AZ: XI ZR 200/09) auf die Prüfungspflichten des Notars

	Bestellung Buch-/ Briefgrundschuld nach 19.8.2008	Erstmalige Abtretung Buchgrundschuld nach 19.8.2008	Sonstige Fälle
<b>Forderungsverkauf</b>	Keine zusätzlichen Erfordernisse	Keine zusätzlichen Erfordernisse	Schuldbeitritt in öffentlich beglaubigter Form
<b>Umschuldung, Neuvalutierung</b>	Keine zusätzlichen Erfordernisse	Keine zusätzlichen Erfordernisse	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Neuer Sicherungsvertrag in öffentlich beglaubigter Form</li> <li>▪ Geständnis des Sicherungsgebers</li> </ul>

- Ggf. weitere Nachweismöglichkeiten: Unwiderrufliches Angebot auf Schuldbeitritt oder Vertrag zugunsten Dritter ohne Mitwirkung des Zedenten (vgl. Gutachten Ziff. 4)
- Oben genannte Nachweismöglichkeiten unabhängig von zugrunde liegender Konstellation (Forderungskauf, Umschuldung, Neuvalutierung) untereinander austauschbar

**Hinweis:** Die vorstehende Übersicht erhebt mangels gesicherten Meinungsbildes in Rechtsprechung und Literatur zu den Folgen des Urteils des BGH vom 30.3.2010 keinen Anspruch auf Letztverbindlichkeit