
**ZPO §§ 727, 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 S. 1; BGB
§ 305c Abs. 2**
**Umschreibung der Vollstreckungsklausel
in Umschuldungs- und Neuvalutierungs-
fällen**

I. Sachverhalt

Die A-Bank hat eine am 14.3.1996 bestellte Buchgrundschuld am 25.2.2007 an die B-Bank abgetreten. Die Abtretung wurde am 24.4.2007 im Grundbuch vollzogen. Nunmehr beantragt die B-Bank bei dem die Grundschuld beurkundenden Notar die Umschreibung der Vollstreckungsklausel in dinglicher Hinsicht auf sich selbst. Der Notar lehnt die Umschreibung unter Hinweis auf das Urteil des XI. Zivilsenats vom 30.3.2010 (XI ZR 200/09, DNotZ 2010, 542 = MittBayNot 2010, 378 = NotBZ 2010, 263 = RNotZ 2010, 390) ab und fordert die B-Bank auf, die erforderlichen Nachweise zu erbringen. Daraufhin geht dem Notar ein Schreiben der B-Bank zu, in welchem diese geltend macht, vorliegend handele es sich um einen Fall der Umschuldung, keinen Fall des Forderungsverkaufs, der allein von dem vorbezeichneten Urteil erfasst werde. Sie bietet die Übersendung des privatschriftlich geschlossenen neuen Sicherungsvertrages an. Weitere Nachweise werde sie nicht erbringen.

II. Frage

Darf der Notar unter Berücksichtigung der vom XI. Zivilsenat des BGH aufgestellten Grundsätze die Klauselumschreibung in dinglicher Hinsicht vornehmen?

III. Zur Rechtslage

1. Ausgangssituation

In seinem Versäumnisurteil vom 30.3.2010 gelangte der BGH bei Sicherungsgrundschulden in Anwendung von § 305c Abs. 2 BGB zu dem Ergebnis, dass sich die Unterwerfungserklärung aufgrund der im Zeitpunkt ihrer Abgabe maßgeblichen objektivierten Interessenlage von Gläubiger und Schuldner nur auf eine treuhänderisch gebundene Grundschuld erstreckt, d. h. nur Ansprüche aus einer solchen Grundschuld tituliert seien (ausführlich **Gutachten DNotI-Report 2010, 93 ff.**). Dadurch soll im Klauselerteilungsverfahren der Erhalt der fiduziarischen Zweckbindung der Grundschuld auch nach deren Abtretung sichergestellt werden. Sofern tatsächlich ein **Umschuldungsfall** vorliegt, ist der Sicherungsgeber nicht schutzwürdig und auch nicht schutzbedürftig, da der Gläubigerwechsel mit seinem Wissen und Wollen herbeigeführt wurde. Gleiches gilt dann, wenn dem Zessionar die Grundschuld zwecks **Neuvaluierung** von dem Zedenten abgetreten wurde oder der Zedent die Grundschuld von Anfang an (jedenfalls teilweise) für den künftigen Zessionar gehalten hat („**Finanzierung aus einer Hand**“, vgl. Gutachten Nr. 105141 im Gutachtenabruf unter <http://fax-abruf.dnoti-online-plus.de>). Soweit die Einschlägigkeit der Vorgaben des BGH für die vorgenannten Fallgruppen in den Stellungnahmen der Literatur thematisiert wird, besteht hinsichtlich der **fehlenden Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit des Sicherungsgebers** im Wesentlichen Übereinstimmung (Heinze, ZIP 2010, 2030, 2032 f.; Herrler, BB 2010, 1931, 1937; Kessler, in: DAI-Skript, 8. Jahresarbeitstagung des Notariats, 23.-25.9.2010, Band I, S. 368; Stürner, JZ 2010, 774, 778; in der Tendenz ebenso Volmer, MittBayNot 2010, 383, 386, und Clemente, ZfIR 2010, 441, 447; strenger Sommer, RNotZ 2010, 378, 381; Gutachten DNotI-Report 2010, 93, 97 [„auf den ersten Blick spricht vieles dafür ...“], allerdings ohne Erörterung der Schutzwürdigkeit des Sicherungsgebers).

2. Anforderungen an die Klauselumschreibung im Falle einer behaupteten Umschuldung/Neuvaluierung

Weitgehend ungeklärt bzw. heftig umstritten ist allerdings, wie sich das fehlende Schutzbedürfnis des Sicherungsgebers auf die vom Notar zu verlangenden Nachweise im Rahmen der Klauselumschreibung nach den §§ 727, 795 S. 1 ZPO auswirkt.

a) 1.A.: Keine Beweismittelbeschränkung gem. §§ 726, 727 ZPO für Abgrenzung Forderungskauf – Umschuldung/Neuvaluierung

Nach einer Auffassung sollen die vom BGH im Urteil vom 30.3.2010 (XI ZR 200/09) aufgestellten zusätzlichen Anforderungen der Rechtsnachfolge nur dann Anwendung finden, wenn der titulierte Anspruch ohne Mitwirkung des Sicherungsgebers abgetreten wurde. Es wird zwar nicht in Abrede gestellt, dass im Fall des Forderungskaufs der Nachweis des Eintritts in den Sicherungsvertrag in der Form der §§ 726, 727 ZPO zu erbringen sei. Allerdings sei die Frage, ob ein derartiger, die zusätzlichen Nachweisanforderungen auslösender Sachverhalt vorliege, dieser Prüfung vorgelagert und nicht dem Formgebot der §§ 726, 727 ZPO unterworfen. Vielmehr könnten **alle Beweismittel der**

ZPO herangezogen werden (Stürner, JZ 2010, 774, 778; Freckmann, BKR 2010, 275, 280).

Dieser Auffassung scheinen sich jüngst das AG Heidelberg (Beschl. v. 30.8.2010 – 25 C 252/10) sowie das LG Heidelberg (Beschl. v. 14.9.2010 – 6 T 66/10b) angeschlossen zu haben. In diesen Entscheidungen – die derzeit von zahlreichen Banken an die klauselumschreibenden Notare versandt werden – steht zur Überzeugung der Gerichte fest, dass der Schuldner und der Zessionar im Rahmen einer Umschuldung einen neuen Darlehensvertrag geschlossen und eine neue Sicherungsabrede getroffen hatten. Auf dieser Tatsachengrundlage sind die Anforderungen des XI. Zivilsenats an die Klauselumschreibung in dinglicher Hinsicht mangels Schutzwürdigkeit des Schuldners in der Tat nicht einschlägig (siehe oben Ziff. 1).

Leider wird in den Entscheidungen lediglich darauf verwiesen, es sei weitgehend unstreitig, dass der Schuldner mit dem Zessionar einen Darlehensvertrag geschlossen hat. Dies deutet auf ein Zugestehen seitens des Schuldners hin. Hätte der Sicherungsgeber bzw. sein Rechtsbeistand dies im Rahmen der Anhörung nach § 730 ZPO bzw. sonst im Verfahren eingeräumt, bestünde kein Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Klauselumschreibung. Mangels Ausführungen der beiden Gerichte zur Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung ist den Entscheidungen allerdings nicht zu entnehmen, ob sie der von Stürner befürworteten Zweiteilung der Prüfung in

1. Sachverhaltsfeststellung unter Zuhilfenahme sämtlicher Beweismittel der ZPO und ggf.
2. Prüfung des Beitritts zum Sicherungsvertrag in der Form der §§ 726, 727 ZPO

folgen würden. Die Problematik der zulässigen Beweismittel wird vielmehr mit keinem Wort erwähnt. Daher geht u. E. aus den beiden Beschlüssen nicht hervor, dass die Abgrenzung der der Grundschuldabtretung zugrunde liegenden Fallgruppen anhand aller Beweismittel der ZPO, d. h. schriftlicher oder mündlicher Erklärungen des Zessionars (insbesondere Übersendung des privatschriftlichen Sicherungsvertrags), erfolgen kann.

b) A. A.: Anwendbarkeit der Grundsätze des XI. Zivilsenats vom 30.3.2010 (XI ZR 200/09) auch auf eigentümlerveranlasste Grundschuldabtretungen

Die Mehrzahl der Stimmen in der Literatur steht demgemäß auf dem Standpunkt, dass das Urteil des BGH vom 30.3.2010 auch für Grundschuldabtretungen mit Wissen und Wollen des Sicherungsgebers Geltung beansprucht bzw. gar beanspruchen muss (**Gutachten DNotI-Report 2010, 93, 97**; Bolkart, DNotZ 2010, 483, 503, 504; Herrler, BB 2010, 1931, 1937; Heinze, ZIP 2010, 2030, 2033; Sommer, RNotZ 2010, 378, 381; Stavorus, NotBZ 2010, 281; Kessler, in: DAI-Skript, S. 369 f.; Clemente, ZfIR 2010, 441, 447; Volmer, MittBayNot 2010, 383, 386; so auch **Rundschreiben der Bundesnotarkammer 20/2010 vom 28.7.2010**). Bei der vom Notar vorzunehmenden Prüfung hat er zum Schutz des Schuldners in erster Linie zu gewährleisten, dass er nicht versehentlich eine Klauselumschreibung im Fall eines Forderungsverkaufs vornimmt, ohne die vom BGH aufgestellten Anforderungen zu beachten (Volmer, MittBayNot 2010, 383, 386). Aus den herkömmlicherweise dem Gläubigerwechsel zugrunde liegenden öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden (Abtretungserklärung) wird in der Regel nicht, jedenfalls nicht zweifelsfrei hervorgehen, ob der Sicherungsgeber die

Grundsuldabtretung initiiert hat oder nicht (Herrler, BB 2010, 1931, 1937; Volmer, MittBayNot 2010, 383, 386). Somit hat sich der Notar in anderer Weise vom Vorliegen eines Umschuldungsfalls zu überzeugen.

Die von der Gegenauffassung vorgeschlagene Beweisaufnahme und Beweiswürdigung ohne die Restriktionen der §§ 726, 727 ZPO steht in Widerspruch zum Regelungskonzept des Klauselerteilungsverfahrens als einem im **Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit streng formalisierten Verfahren** (Heinze, ZIP 2010, 2030, 2033; Herrler, BB 2010, 1931, 1937; Kessler, DAI-Skript, S. 369 f.; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rn. 46.6 ff.), zumal nach Auffassung der Rechtsprechung keine Einlassungsobliegenheit des Schuldners nach § 138 Abs. 3 ZPO besteht (BGH DNotZ 2005, 917; JurBüro 2009, 163; OLG Dresden Rpfleger 2003, 673). Die Sachverhaltsermittlung und der Nachweis der Rechtsnachfolge sind im Klauselerteilungsverfahren eng miteinander verknüpft. Typischerweise stellen sich bei der Sachverhaltsermittlung auch keinerlei Schwierigkeiten ein (vgl. Heinze, ZIP 2010, 2030, 2033). Lediglich im Hinblick auf den Antrag des Gläubigers als Zulässigkeitsvoraussetzung der Klauselum-schreibung gelten die allgemeinen Vorschriften, d. h. § 56 ZPO. Ob ein das erweiterte Prüfungsprogramm auslösender Sachverhalt vorliegt, betrifft hingegen die Begründetheit des Antrags und ist daher durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen, sofern das Vorliegen eines Umschuldungsfalls nicht offenkundig ist oder vom Schuldner zugestanden wurde.

In diese Richtung weist auch eine aktuelle Entscheidung des LG Regensburg. Danach **finden die Vorgaben der BGH-Entscheidung ebenfalls auf Umschuldungsfälle Anwendung** (Beschl. v. 4.10.2010 – 2 T 303/10). Übernehme der Zessionar in einem Umschuldungsfall die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht, so komme ihm die Unterwerfungserklärung, die nur im Rahmen der ursprünglichen Zweckbindung erfolgt sei, nicht zugute.

c) Fazit

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen gehen wir davon aus, dass die Abgrenzung der Fallgruppen Forderungskauf einerseits und Umschuldung, Neuvaluierung andererseits nach den allgemeinen Grundsätzen unter Beachtung der Formanforderungen der §§ 726, 727 ZPO zu erfolgen hat. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung eine Sachverhaltsermittlung ohne Beachtung der Formanforderungen der §§ 726, 727 ZPO gestattet. Da das LG Regensburg (Beschl. v. 4.10.2010 – 2 T 303/10) die Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 FamFG zugelassen hat, wird die Frage nach der Anwendbarkeit der vom BGH mit Urteil vom 30.3.2010 aufgestellten Grundsätze auf Umschuldungs- und Neuvaluierungsfälle aber möglicherweise zeitnah höchstrichterlich geklärt.

3. Nachweismöglichkeiten

Hinsichtlich der Nachweismöglichkeiten sei auf das **Rundschreiben der Bundesnotarkammer 20/2010 vom 28.7.2010** und die dort zitierten Stellungnahmen in der Literatur verwiesen. Als geeignete Nachweise kommen daher die Vorlage des neuen Sicherungsvertrages zumindest in öffentlich beglaubigter Form, eine Geständniserklärung des Sicherungsgebers (privatschriftlich wohl ausreichend, wenn im Rahmen einer Anhörung nach § 730 ZPO abgegeben) und der Schuldbeitritt des Zessionars zu den sicherungsvertraglichen Verpflichtungen, ebenfalls mindestens in öffentlich beglaubigter Form, in Betracht. Ob ein-

seitige bestätigende Erklärungen des Zessionars gleichfalls ausreichend sind (so tendenziell Herrler, BB 2010, 1931, 1938 f.; Sommer, RNotZ 2010, 378, 382 f.; Stavorinus, NotBZ 2010, 281, 282 ff.; Heinze, ZIP 2010, 2030, 2035; kritisch Kessler, in: DAI-Skript, S. 367), ist derzeit noch ungeklärt.

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung