

BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.
in Verbindung mit dem
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notar im Landesdienst Daniel Schaal,
Stuttgart

Notar Dr. Oliver Fröhler,
Lörrach

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de
ISSN-Nummer 1434-2979

2/2011

April
Seiten 41-96

Inhalt

Abhandlungen

Dieckmann

Dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung
bei Abtretung der Sicherungsgrundschuld
und Eigentümerschutz nach BGHZ 185, 133 oder:
(Gelungenes?) Richterrecht durch obiter dictum
im Versäumnisurteil? Einige kritische
Überlegungen zum Urteil des Bundesgerichtshofs
vom 30. März 2010 (XI ZR 200/2009)42

Milzer

§ 727 ZPO als Verbraucherschutznorm?
Praktische Konsequenzen aus dem Urteil des
BGH vom 30.3.2010 (XI ZR 200/09)62

Rechtsprechung.....69

Buchbesprechungen.....85

Aktuelles aus dem Steuerrecht (Mensch).....88

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abhandlungen	
Dr. Johann Andreas Dieckmann, MSt (Oxford), Notar in Freiburg	
Dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung bei Abtretung der Sicherungsgrundschuld und Eigentümerschutz nach BGHZ 185, 133 oder: (Gelungenes?) Richterrecht durch obiter dictum im Versäumnisurteil? Einige kritische Überlegungen zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30. März 2010 (XI ZR 200/2009)	42
Lutz Milzer, Notar in Mannheim	
§ 727 ZPO als Verbraucherschutznorm? Praktische Konsequenzen aus dem Urteil des BGH vom 30.3.2010 (XI ZR 200/09)	62
Rechtsprechung	
1. Immobiliarsachenrecht/Recht der Grundpfandrechte	
BGH, 30.03.2010 - XI ZR 200/09	
Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus einer Sicherungsgrundschuld; Prüfung des Eintritts des Zessionars in den Sicherungsvertrag im Klauselerteilungsverfahren	69
OLG Celle, 27.05.2009 - 3 U 292/08	
Formularmäßige Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in notarieller Urkunde nicht unangemessen i.S. des § 307 BGB; zur Möglichkeit des gutgläubigen einredfreien Erwerbs einer Sicherungsgrundschuld	74
LG Hildesheim, 28.10.2008 - 10 O 95/08	
Verstoß gegen Treu und Glauben bei Berufung auf dingliche Unterwerfungserklärung nach mehrfacher Abtretung einer Sicherungsgrundschuld; Duldung der Zwangsvollstreckung in Höhe der berechtigten gesicherten Forderung	81
2. Beurkundungsrecht/Notarrecht/Kostenrecht	
LG Aachen, 27.01.2011 – 2 T 228/10	
Zur Zurechnung des Anforderns eines Urkundsentwurfs durch einen Immobilienmakler i.d.R. an den Verkäufer; Genehmigung des durch den Immobilienmakler erteilten Auftrags	84
Anmerkung Dr. Benedikt Schmitz, Notarassessor, Monschau	
Buchbesprechungen	
Michalski, GmbH-Gesetz (Böhringer)	85
Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte (Brenner)	85
Scholz, GmbH-Gesetz (Böhringer)	87
Stöber, ZVG-Handbuch (Mensch)	87
Aktuelles im Steuerrecht (Mensch)	88
	41

Dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung bei Abtretung der Sicherungsgrundschuld und Eigentümerschutz nach BGHZ 185, 133 oder: (Gelungenes?) Richterrecht durch obiter dictum im Versäumnisurteil? Einige kritische Überlegungen zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30. März 2010 (XI ZR 200/2009)**

(von Dr. Johann Andreas Dieckmann, MSt (Oxford), Notar, Freiburg)

I. Einleitung und Problemstellung(en)	44	a) Materiellrechtliche Erwägungen	49
1. Das schreckliche Wort der „Zwangsvollstreckungsunterwerfung“ und die Risiken der Grundschuld	44	b) Prozessrechtliche Erwägungen	50
2. Der Fall: Eine zweigeteilte Entscheidung	44	2. Die „zentrale“ Nebenbemerkung: Neubegründung des Erfordernisses des „Eintritts“ in den Sicherungsvertrag	50
3. Gegenstände des Beitrags und Überblick	44	VI. Kritik der Entscheidung I – Dogmatische Fragen der Hauptentscheidung	50
II. Komplexe Struktur der vollstreckbaren Sicherungsgrundschuld und Bedeutung des Sicherungsvertrags	45	1. Die Angemessenheit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung hinsichtlich des dinglichen Anspruchs	50
1. Struktur und Komplexität der typischen vollstreckbaren „Sicherungsgrundschuld“	45	a) „Erkenntnisverfahren vor Vollstreckungsverfahren“ als Grundsatz?	50
2. Der Sicherungsvertrag: Rechtsgrund und mehr	46	aa) Gleichwertigkeit der Vollstreckungstitel und Eigentümerschutz	50
III. Risiken der (vollstreckbaren) Sicherungsgrundschuld und praktische Vorteile	46	bb) Berücksichtigung nicht titulierter Grundpfandrechte in der Zwangsvollstreckung	51
1. Das Risiko der Zwangsvollstreckungsunterwerfung: Die Verwertung geht zu schnell („Und plötzlich ist das Haus weg“)	46	b) Funktionaler Vergleichspunkt: Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung als Mittel zur Ermöglichung der Verwertung im Vergleich zur Verwertung bei anderen Realsicherheiten	51
2. Das Risiko der Abstraktheit: Der Gläubiger erhält zu viel	47	c) Zusammenfassung zur Angemessenheit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung und Klärung des „schrecklichen Wortes“	52
3. Hauptmilderungen der Risiken durch die Vorschriften des Risikobegrenzungsgesetzes, insbesondere §§ 1191 Abs. 1 a, 1193 Abs. 2 BGB und § 799 a ZPO	47	2. Zur Argumentation des XI. Zivilsenats und zu seiner Berufung auf Präjudizien	52
4. Praktische Vorteile der Sicherungsgrundschuld	48	a) Argumentation und Belegstellen	52
IV. Der Sachverhalt des Versäumnisurteils vom 30. März 2010	48	b) Rascher Zugriff und Vorsorge gegen Vermögensverfall	52
1. Sachverhalt	48	c) Die Inbezugnahme von Präjudizien, insbesondere von BGHZ 99, 274 und BGHZ 177, 345	53
2. Prozessuale Ausgangslage	49	3. Das Risiko der Zwangsvollstreckungsunterwerfung: Die Verwertung geht zu schnell („Und plötzlich ist das Haus weg“)	53
V. Die Kerngehalte des Versäumnisurteils vom 30. März 2010	49	4. Das Risiko der Abstraktheit: Der Gläubiger erhält zu viel	54
1. Die Hauptentscheidung: Die Bestätigung bisheriger Rechtsprechung(en)	49		

* Dr. Johann Andreas Dieckmann, MSt. (Oxford), Notar in Freiburg i.Br.

** Der Beitrag ist Herrn Dr. Trutz Linde, Müllheim/Baden, Notariatsdirektor a.D., zum 31. März 2011 in freundschaftlicher Verbundenheit gewidmet.

a) Gutgläubig einredefreier Erwerb der Grundschuld beim Forderungsverkauf?	54	2. Trennbarkeit von materiellrechtlichem Anspruch und verfahrensrechtlichem Durchsetzungsmittel?	58
aa) Bestätigung der (von RGZ 91, 218 abweichenden) BGH-Rechtsprechung nach BGHZ 59, 1	54	3. Schutz vor dem Risiko der Zwangsvollstreckungsunterwerfung: Die Verwertung geht zu schnell?	58
bb) Ergebnis bei erfolgreicher Versteigerung – aus € 920.325,38 oder € 782.491,23 mach € 1.849.854,01?	54	a) Die initiative Durchsetzung des Rechts: Zwangsvollstreckung durch den Neugläubiger	58
cc) Kritik	55	b) Alternative Duldungsklage und Aufforderung zur Abgabe einer Unterwerfungserklärung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO	58
b) Keine Wiedereinführung der lex Anastasiana	55	c) Geltendmachung der Grundschuld bei Betreibung der Zwangsvollstreckung durch einen Dritten	59
c) Gutgläubig einredefreier Erwerb von Zinsen und Nebenleistung trotz §§ 1158, 1159, 1192 Abs. 2 BGB?	55	4. Schutz vor dem Risiko der Abstraktheit: Der Gläubiger erhält zu viel	59
aa) Gutgläubig einredefreier Erwerb der (künftigen) „Quartalszinsen“ trotz §§ 1158, 1192 Abs. 2 BGB?	56	5. Anwendbarkeit der Entscheidung bei anderen Konstellationen	59
bb) Gutgläubig einredefreier Erwerb der rückständigen Zinsen und Nebenleistungen trotz §§ 1159, 1192 Abs. 2 BGB?	56	a) Grundschuldabtretung auf Verlangen des Eigentümers (Umschuldung, Neuvalutierung)	59
cc) Zusammenfassung und Kritik	56	b) Dingliche Übernahme der Grundschuld bei Abtretung an Bank des Käufers	59
d) Zusammenfassung zum Risiko der Abstraktheit	57	c) Schicksal der vorrangigen Grundschuld bei Zuschlag in der Zwangsversteigerung	59
VII. Kritik der Entscheidung II – Dogmatische Fragen der „zentralen“ Nebenbemerkung, oder: Was gewinnt der Eigentümer?	57	d) Zusammenfassung	60
1. Unterwerfung „wegen aller Ansprüche an Kapital, Zinsen und Nebenleistung“ als mehrdeutige Klausel?	57	VIII.Zusammenfassung	60

I. Einleitung und Problemstellung(en)

1. Das schreckliche Wort der „Zwangsvollstreckungsunterwerfung“ und die Risiken der Grundschuld

Die Kreditsicherungspraxis der vollstreckbaren Sicherungsgrundschuld moderner Prägung ist letzters (wieder) in die Kritik geraten. Anlass der Kritik waren insbesondere Verkäufe von Kreditforderungen durch Banken an „Investoren“. Mit den Forderungen wurden auch die Sicherungsgrundschulden übertragen. Mit den Sicherungsgrundschulden wiederum wurden deren Nebenrechte, insbesondere der Vollstreckungstitel übertragen. Gegenstand der Kritik ist nun insbesondere die Vollstreckungsunterwerfung.

Das Wort „Zwangsvollstreckungsunterwerfung“ klingt schrecklich. Das ist auch nicht verwunderlich, ist es doch aus den drei Teilbegriffen *Zwang*, *Vollstreckung* und *Unterwerfung* zusammengesetzt. Diese sind je für sich allein schon negativ konnotiert. Dass ihre Kombination nun erst recht nicht positiv klingt, ist naheliegend.

Dass Sicherungsgrundschulden Risiken bergen, ist bekannt. Zwei Gefahren insbesondere sind virulent. Zum einen: Der Gläubiger erhält zu viel. Zum anderen: Die Verwertung der Sicherungsgrundschuld erfolgt zu schnell. Gerade diese Gefahr wird betont, wenn etwa unter dem Schlagwort „Und plötzlich ist das Haus weg“ berichtet wird¹.

Die Kritik an der Sicherungspraxis hat beim Gesetzgeber Gehör gefunden. Durch das Risikobegrenzungsgesetz vom 12. August 2008² wurden einige schuldnerfreundliche Änderungen der Rechtslage vorgenommen. Durch die Vorschriften, die mit dem Risikobegrenzungsgesetz eingeführt wurden, ist die Kritik an der vollstreckbaren Sicherungsgrundschuld nicht verstummt. Infolge der offensichtlichen Mängel der Regelung(en) war das auch nicht zu erwarten. Die Kritik ist aber nicht nur nicht verstummt, sie ist auch nicht erledigt.

2. Der Fall: Eine zweigeteilte Entscheidung

Ein Teil der kritischen Punkte im Recht der Sicherungsgrundschuld hat nun den Bundesgerichtshof erreicht. Durch Versäumnisurteil vom 30. März 2010³ hat der XI. Zivilsenat des BGH zu einigen Fragen Stellung genommen. Die Entscheidung wurde (ungewöhnlicherweise) noch vor ihrer Rechtskraft durch eine Presseerklärung⁴ angekündigt. Sie hat viel Gehör gefunden. Die Debatte der durch sie aufgeworfenen Probleme füllt die Fachzeitschriften⁵.

In aller Kürze: Eine Bank verkauft notleidende Forderungen und tritt sie samt der vollstreckbaren Sicherungs-

grundschuld ab. (Jedenfalls) die Sicherungsgrundschuld wird in der Folge noch mehrfach abgetreten. Die Abtretungen erfolgen vor Inkrafttreten von § 1191 Abs. 1 a BGB. (Jedenfalls) der Letzterwerber übernimmt die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht. Nach Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Letzterwerber (§ 727 ZPO) betreibt dieser die Zwangsversteigerung des Grundstücks. Der Schuldner wehrt sich im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. Er rügt u.a. einen Verstoß gegen das AGB-Recht in der formularmäßigen Vollstreckungsunterwerfung – ohne Erfolg.

Die Entscheidung ist nun *zweigeteilt*.

Im entscheidungsrelevanten *Hauptteil* wird zum einen die verfahrensrechtliche Frage des statthaften Rechtsbehelfes erörtert. Zum anderen werden die materiellrechtlichen Fragen vor allem der AGB-Kontrolle der Vollstreckungsunterwerfung sowie des gutgläubig einredefreien Erwerbs der Grundschuld behandelt. Diese Fragen werden jeweils im Sinn der bisherigen Rechtsprechung und „herrschenden“ Lehre entschieden.

Das *eigentlich* Neue des Versäumnisurteils erscheint dabei im *Nebenteil* des Erkenntnisses in einem obiter dictum⁶. Danach sei die Umschreibung der Zwangsvollstreckungsklausel nach § 727 ZPO bei der Sicherungsgrundschuld nur noch zulässig, wenn der „Eintritt“ des Erwerbers in den Sicherungsvertrag erfolgt und nachgewiesen ist. Diese Feststellung war für die Entscheidung des konkreten Sachverhalts nicht von Bedeutung. Dennoch wird sie gleich im ersten (!) Leitsatz wiedergegeben. Dieser Nebenbemerkung wird die Eigenschaft *richterlicher Rechtsfortbildung* zugeschrieben⁷. Ob das stimmt, ist jedenfalls nicht zweifelsfrei. Es wirft die interessante Frage auf, wie denn eine Rechtsansicht, die nicht einmal im konkreten Fall entscheidungserheblich war, für *andere* Fälle als „Richterrecht“ bindend sein kann. Andererseits kann man in ihr einen Anwendungsfall der Idee des „prospective overruling“⁸ erkennen. Unter Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes und des Rechtsstaatsprinzips wird es mancher positiv bewerten, dass eine neue Rechtsansicht erst quasi obiter „angekündigt“ wird, ehe sie wirklich auf einen Fall Anwendung findet. All dem soll hier nicht nachgegangen werden. Unabhängig davon wird man gut daran tun, auch die Nebenbemerkung der Entscheidung zu beachten. Die Praxis tut das auch.

3. Gegenstände des Beitrags und Überblick

Die Entscheidung wirft einige hoch interessante Fragen dogmatischer und praktischer Natur auf. Diese alle anzusprechen oder gar zu erörtern, ist hier kein Raum. Die praktische Seite, welche Vorgaben im Rahmen der Titelum-schreibung zu beachten sind und wie der „Eintritt“ erfolgen muss⁹, bleibt hier unerörtert. In diesem Heft befasst sich *Milzer* ausführlich

1 ARD-Sendung; Erstausstrahlung am 16.1.2008.

2 BGBl. 2008, S. 1666 (12. August 2008).

3 BGHZ 185, 133; in diesem Heft, sowie DNotz 2010, 542; RNotz 2010, 390; NotBZ 2010, 263; MittBayNot 2010, 378. Vorinstanzen: LG Hildesheim, ZfIR 2009, 217 mit Anm. Clemente; OLG Celle, RNotz 2009, 589 f = WM 2009, 1185.

4 BGH, Mitteilung der Pressestelle Nr. 68/2010 vom 30. März 2010.

5 Allein in der Fachzeitschrift Wertpapiermitteilungen sind drei Besprechungsaufsätze erschienen (Knops, WM 2010, 2063; Bork, WM 2010, 2058; Kessler, WM 2011, 486).

6 Clemente, ZfIR 2010, 441, 444, 447; Stürner, JZ 2010, 774; Herrler, BB 2010, 1931, 1932.

7 Stürner, JZ 2010, 774, 777: „Gesetzesdurchbrechende Rechtsfortbildung“. Von „fast legislative[m] Charakter“ spricht Stavorinus, NotBZ 2010, 281

8 Vgl. allgemein aus deutscher Literatur nur Langenbacher, JZ 2003, 1132 und Piekenbrock, ZZP 119 (2006) 3, 16 ff.

9 Vgl. nur Sommer, RNotz 2010, 378 ff; Knops, WM 2010, 2063, 2064 ff; Stavorinus, NotBZ 2010, 281, 282 ff; Bork, WM 2010, 2058 ff; Kessler, WM 2011, 486, 488 ff. S. auch die drei Gutachten des DNotI, abgedruckt in DNotI-Report 2010, 93 ff; 2010, 192 ff und 2010, 121 ff.

mit diesen Aspekten. Hier soll und kann daher nur selektiv auf einige dogmatische Punkte eingegangen werden. Folgendem wird dabei besondere Aufmerksamkeit geschenkt.

Die vom BGH angeführten tragenden Gründe der Hauptentscheidung in Bezug auf die Angemessenheit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung werden erörtert. Dabei wird auf die Überzeugungskraft der Argumentation eingegangen. Ebenso erfolgt eine Prüfung, ob die herangezogenen Urteile die Annahmen des Senats tragen und stützen. Im übrigen wird das Hauptaugenmerk auf den (vom BGH allerdings nicht erörterten) Gesichtspunkt der Beurteilung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung aus *funktionaler* Sicht gerichtet. Ihre Funktion ergibt sich richtiger Auffassung nach erst im Vergleich mit den Verwertungsvoraussetzungen bei anderen dinglichen Sicherheiten¹⁰. Die Richtigkeit der Bejahung des gutgläubig einreddefreien Erwerbs wird ebenso hinterfragt wie die Nichtanwendung der §§ 1158, 1159, 1192 Abs. 2 BGB.

Die „zentrale“ Nebenbemerkung intendiert den *Eigentümerschutz* vor Grundschuldrisiken. In der Besprechungsliteratur wird zutreffend angemerkt, es sei dem Senat offensichtlich ein Anliegen, der Gefahr des Missbrauchs der vollstreckbaren Sicherungsgrundschuld vorzubeugen¹¹. Die Berechtigung der Auffassung soll hier nicht *in extenso* untersucht werden. Vielmehr soll punktuell der Frage nachgegangen werden, inwieweit sich die Risiken durch die schuldnerfreundliche Auslegung verringern werden.

Zunächst werden die Struktur, die Risiken und die praktischen Vorteile der Sicherungsgrundschuld erläutert (II. und III.). Es folgen der Sachverhalt (IV.) des Urteils sowie die Kerngehalte der Hauptentscheidung (V. 1) und der zentralen Nebenbemerkung (V. 2). Die Kritik der Entscheidung erfolgt in mehreren Schritten. Zunächst werden dogmatische Fragen der Hauptentscheidung (VI.) und sodann solche der Nebenbemerkung (VII.) angesprochen. Dabei wird nach der Effizienz des intendierten Schuldnerschutzes gefragt. Eine Zusammenfassung schließt den Beitrag ab (VIII.).

II. Komplexe Struktur der vollstreckbaren Sicherungsgrundschuld und Bedeutung des Sicherungsvertrags

1. Struktur und Komplexität der typischen vollstreckbaren „Sicherungsgrundschuld“

Die vollstreckbare Sicherungsgrundschuld moderner Prägung ist ein *komplexes*¹² *Mittel der Kreditsicherung*. Zur Darlehenssicherung wird oft ein „Bündel“ an Sicherungsrechten verlangt. Meist werden die folgenden Sicherheiten vereinbart – so auch im vorliegenden Fall. Zum einen wird eine Grundschuld mit einem Nennbetrag, ggf. einer Nebenleistung und

hohen Zinsen bestellt. Der Anspruch aus der Grundschuld auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB war traditionell für sofort fällig erklärt. Nunmehr ist die Kündigungsfrist von sechs Monaten für die Sicherungsgrundschuld nicht mehr abdingbar (§ 1193 Abs. 2 BGB n.F.). Die Grundschuld wird im übrigen für sofort vollstreckbar erklärt. „Sofort“ heißt in diesem Zusammenhang nicht im temporalen Sinn „gleich“ sondern vielmehr „ohne vorheriges gerichtliches Erkenntnisverfahren“.

Zum anderen und darüber hinaus wird ein *Sicherungsschuldenerkenntnis*¹³ vereinbart. Der Darlehensnehmer übernimmt eine gesonderte persönliche Zahlungsverpflichtung – in der Regel in Höhe von Grundschuld und Nebenleistungen. Das Anerkenntnis ist dabei abstrakt von der Grundschuld und abstrakt von dem Darlehen. Das heißt insbesondere, dass es unabhängig von der Darlehensvaluierung entsteht und auch bei dessen Tilgung fortgilt. Wegen *dieser* persönlichen Haftung¹⁴ unterwirft sich der Sicherungsgeber der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen.

Diese Kombination gewährt dem Gläubiger schnellen Zugriff auf den Grundbesitz und auch auf weitere Vermögensgegenstände des Schuldners. Da ein vollstreckbarer Titel vorliegt, sind auch die Rechtsbehelfe des Anfechtungsgesetzes eröffnet¹⁵. Vermögensverschiebungen des Eigentümers zu Lasten des Gläubigers kann so der Erfolg genommen werden.

Sowohl die Grundschuld als auch das Sicherungsschuldenerkenntnis dienen allein der Kreditsicherung. Die Grundschuld ist *Realsicherheit*. Das Sicherungsschuldenerkenntnis eines Dritten ist *Personalsicherheit*. Es ist faktisch eine Art Garantie auf erstes Anfordern de luxe. Das Anerkenntnis des Hauptschuldners wiederum ist atypisches Sicherungsrecht eigener Art¹⁶. Es ist keine Personalsicherheit im technischen Sinn¹⁷. Denn diese setzt Personenverschiedenheit von Sicherungsgeber und Schuldner voraus (wie bei Bürge, Garant und Hauptschuldner). Und es ist keine Realsicherheit, denn bei ihr wird noch kein bestimmter Gegenstand für den Gläubiger „reserviert“.

Bei der Kombination der mehreren Kreditsicherungen spricht man nicht ohne Fug von dem „weitgehend perfekte[n] Sicherungsmittel“¹⁸. Es wird auch treffend bemerkt, die Kombination abstrakter dinglicher und persönlicher Haftung schaffe faktisch ein neues Rechtsinstitut¹⁹.

¹⁰ Vgl ausführlich J.A. Dieckmann, WM 2010, 1254.

¹¹ Clemente, ZfIR 2010, 441, 444; ähnlich Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322, der „gute Absichten“ wähnt.

¹² Vgl. zur Verständlichkeit der Konstruktion den Hinweis Stürners, kein normaler Mensch durchschaue das „Versteckspiel“ persönlicher Haftung für den Grundschuldbetrag (DNotZ 1992, 97, 99).

¹³ Zu Struktur, Begriff und Funktion vgl. ausführlich J.A. Dieckmann, RNotZ 2008, 597 ff.

¹⁴ Es wird nicht der Darlehensanspruch tituliert! Unrichtig daher mit allergrößter Wahrscheinlichkeit LG Hamburg, NJW 2008, 2784, 2785, was Dümig aaO zutreffend bemerkt. War wirklich das Darlehen tituliert, wäre das statisch ein absoluter Einzelfall. Kritisch zur LG-Entscheidung auch Nobbe, FS Hopt, 2010, 2301, 2313.

¹⁵ Vgl. nur den Fall BGHZ 99, 274.

¹⁶ J.A. Dieckmann, RNotZ 2008, 597, 603; ähnlich Magis, MittRhNotK 1979, 111, 112.

¹⁷ J.A. Dieckmann, RNotZ 2008, 597; anders Staudinger-Wolfsteiner, 15. Auflage, 2009, Vorbem zu §§ 1191 ff Rn 187, der – zu Unrecht – nicht zwischen dem Schuldenerkenntnis eines Dritten und demjenigen des Hauptschuldners differenziert.

¹⁸ Magis, MittRhNotK 1979, 111, 112.

¹⁹ Stürner, FS Serick, 1992, 377, 381.

Die Komplexität der Sicherungsgrundschuld zeigt sich auch insbesondere darin, dass sie eine Verbindung von Erklärungen des materiellen Rechts, des Grundbuchverfahrensrechts und des Zwangsvollstreckungsrechts sowie Bewilligungen enthält. Funktional stellt sie eine Ansammlung an Kreditsicherungsrechten dar.

2. Der Sicherungsvertrag: Rechtsgrund und mehr

Der XI. Zivilsenat stellt auf den Eintritt des Grundschuldwerbers in den Sicherungsvertrag ab. Was hat es mit diesem Sicherungsvertrag auf sich? Seine Bedeutung ist folgende.

Zum einen gibt er den Rechtsgrund für die zu stellenden Sicherheiten ab. Zivilrechtlich hat der Darlehensgeber keinen *gesetzlichen* Anspruch auf eine Sicherheit. Und der Grundschuldgläubiger hat keinen gesetzlichen Anspruch auf Ausstellung eines Vollstreckungstitels nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO²⁰ für das Grundpfandrecht. Welche Sicherheiten der Gläubiger verlangen kann, wird im Sicherungsvertrag niedergelegt²¹. Auch ob der Gläubiger eine titulierte Sicherheit verlangen kann, wird dort bestimmt²².

Der vernünftige Darlehensgeber wird sich natürlich Sicherheiten ausbedingen, ehe wenn er ein Darlehen gewährt. Da das Darlehen durch ein besonders starkes Vorleistungsrisiko geprägt ist, ist das selbstverständlich. Kreditinstituten ist auch (natürlich) untersagt, ohne hinreichende Besicherung Darlehen zu gewähren.

Der Sicherungsvertrag legt zum einen fest, welche Forderungen gesichert werden, also die *Sicherungsgegenstände*, zum anderen, welche *Sicherungsmittel* zu stellen sind, also z.B. was für eine Art von Grundschuld an welchem Objekt dem Gläubiger zu verschaffen sind²³. Neben den Sicherungsmittel und den Sicherungsgegenständen regelt der Sicherungsvertrag schließlich die Verwertung der Sicherheit. Es findet sich eine Bestimmung, ob und unter welchen Umständen der Sicherungsnehmer berechtigt ist, die Sicherheiten zu übertragen. Dies gilt natürlich insbesondere bei den nicht akzessorischen Sicherheiten. Bei Hypothek, Bürgschaft und Pfandrecht gilt die Übertragungsakzessorietät. Sie gehen mit Abtretung des Hauptrechts über. Bei abstrakten Rechten ist die vom Gesetz in § 401 BGB (u.a.) geregelte Sachfrage durch den Sicherungsvertrag zu klären. Hier war durch AGB festgelegt, dass die Abtretung der Grundschuld nur mit der Forderung und nur „in einer im Verhältnis zu ihr angemessene-

nen Höhe“ abgetreten werden durfte²⁴. Hierauf wird zurückzukommen sein²⁵.

III. Risiken der (vollstreckbaren) Sicherungsgrundschuld und praktische Vorteile

Kreditsicherheiten sind für den Sicherungsgeber riskant. Was für den Gläubiger eine *Sicherheit* darstellt, ist aus Sicht des Schuldners naturgemäß ein *Risiko*, oder eine Gefahr. Die in der Grundschuldurkunde gewährten Kreditsicherheiten sind hierbei keine Ausnahme. Konkret bestehen vor allem die beiden eingangs benannten Gefahren: Erstens: Die Verwertung geht zu schnell. Zweitens: Der Gläubiger erhält aus der Sicherheit mehr als ihm aus der Hauptforderung zusteht. Kurz soll auf die konkrete Gefahrenlage des Eigentümers eingegangen werden. Die Diskussion um die Angemessenheit der Vollstreckungsunterwerfung und der Grundschuld als solcher hat ihren Anlass letztlich in diesen Fragen.

1. Das Risiko der Zwangsvollstreckungsunterwerfung: Die Verwertung geht zu schnell („Und plötzlich ist das Haus weg“)

Ein Gefahregrund liegt in der Tat in der Vollstreckbarkeit. Denn diese bedeutet, dass die initiale Realisierung der Sicherheit ohne weiteres erfolgen *kann*. Der Gläubiger ist in der Lage, die Zwangsversteigerung zu beginnen. Dass er hierdurch besser steht, als wenn er zunächst im dinglichen Gerichtsstand den Duldungsanspruch aus §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB klagweise durchsetzt, um sodann aus dem erstrittenen Urteil das Verfahren nach ZVG zu betreiben, ist offensichtlich. Und dass die Kehrseite davon eine Gefahr für den Eigentümer darstellt, ist ebenso offensichtlich. Was für den Gläubiger gut ist, ist es für den Schuldner nicht.

Insbesondere besteht die Gefahr, dass die Geltendmachung der Sicherheit erfolgt, obgleich der Sicherungsfall nicht eingetreten ist. Er wird daher befürchtet, die Verwertung gehe zu schnell.

Diese Risikoquelle ist letzgens wieder mehr in den Blick geraten²⁶. Zum Teil werden dabei in der Diskussion Begriffe verwendet, die man in zivilrechtlichen Erörterungen eher selten liest. So betont etwa Schimansky die Gefährdung, in dem er konstatiert, die Vollstreckungsunterwerfung verwandele sich bei Abtretung in eine „Waffe des Finanzinvestors“²⁷. Diese Charakterisierung erinnert an Formulierungen aus der Frühzeit der vollstreckbaren Sicherungsmittel, die bereits kurz nach Inkrafttreten des BGB und Einführung eines einheitlichen Sachenrechts in Deutschland verwendet wurde²⁸. So beschreibt im Jahr 1901 Bollenbeck die sofortige Vollstreckbarkeit bei der Kredithypothek als „recht gefährliches Werk-

20 Staudinger-Wolfsteiner, 15. Auflage, 2009, § 1147 Rn 42; Nissen JW 1902, 437, 439; a.A. OLG Marienwerder OLGE 1, 259 f.

21 Vgl. hierzu Reithmann, NJW 1973, 879; Reithmann, WM 1985, 441; Reithmann, DNotZ 1982, 67, 71; Ritzinger, BWNotZ 1985, 1; RGZ 78, 60, 65; J. Hager, FS Wolfsteiner, 2007, 41; Hagemann, ZBIFG 1922, 361, 365, 368; Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. Auflage 2008, Rn 561 ff; J.A. Dieckmann, RNotZ 2008, 597, 599 f.

22 Vgl. den Fall BGH MittBayNot 2006, 317. Hier lautete die schuldrechtliche Vereinbarung unter der Überschrift „Form der Sicherheiten“ in Punkt 10.3 „Der Darlehensnehmer hat sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen.“ Zur Tenorierung der Entscheidung siehe die zutreffende Anmerkung von Volmer, MittBayNot 2006, 318, 319.

23 J.A. Dieckmann, RNotZ 2008, 597, 600. Vgl. zum Sicherungsvertrag iü Reithmann WM 1985, 441; Clemente, NJW 1983, 6.

24 S. OLG OLG Celle, RNotZ 2009, 589 f = WM 2009, 1185, 1189 rechte Spalte.

25 Siehe unten zu VI. 4 a).

26 Zu Gefahrenlage aber auch schon Fritz Baur, FS Demelius, 1973, 315; und Stürner, JZ 1977, 431; Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage, 2006, Rn 16.14.

27 Schimansky, WM 2008, 1049, 1050; ähnlich aaO, S. 1051: Der Finanzinvestor sei „bewaffnet“; ähnlich Knops, WM 2008, 2185, 2187; Reiter/Methner, ZGS 2009, 163, 167.

28 Vgl. J.A. Dieckmann, RNotZ 2008, 597 ff.

zeug“ und „wahres Damoklesschwert“²⁹. Auch Merckens konzediert in einem Beitrag im Jahr 1905, dass ein vollstreckbarer Titel eine „gefährliche Waffe“ sei³⁰.

2. Das Risiko der Abstraktheit: Der Gläubiger erhält zu viel

Wie jede von der Hauptforderung abstrakte Kreditsicherheit bergen Grundschulden das Risiko, dass der Sicherungsgeber/Eigentümer aus der Sicherheit auf *mehr* in Anspruch genommen wird als aus der Hauptforderung. Anders als akzessorische Rechte ist die Grundschuld in Entstehung, Bestand und Fortbestand nicht abhängig vom Hauptrecht. Während bei der Darlehenshypothek das dingliche Recht bei Tilgung des Darlehensanspruchs automatisch mit der Hauptforderung absinkt, gilt das bei der Sicherungsgrundschuld nicht. Im Gegenteil: Da die Grundschuld in der Regel durch Zinslauf ansteigt, entsteht ein gegenteiliger Effekt³¹ - eine Art von umgekehrter Akzessorietät.

Außerdem droht bei der Grundschuld schlimmstenfalls die Doppel- oder Mehrfachinanspruchnahme. Weil die Übertragungsakzessorietät der §§ 401, 1250 Abs. 1, 1153 BGB nicht gilt, kann das Sicherungsrecht ebenso unabhängig von der Hauptforderung übertragen werden wie die Hauptforderung unabhängig vom Sicherungsrecht. So kann der Eigentümer/Schuldner letztlich mehreren Gläubigern gegenüberstehen³².

Eine weitere - letztlich ebenfalls auf der Abstraktheit gründende - Gefahrenquelle liegt in der Möglichkeit des gutgläubig einredefreien Erwerbs der Grundschuld. Diese Gefahr war nach alter Rechtslage vor Einführung des § 1192 Absatz 1 a BGB größer. Hier verlor der Eigentümer bei Abtretung der Grundschuld durch den Gläubiger seine Einreden gegen die Grundschuld aus dem Rechtsverhältnis zum Gläubiger dann, wenn der Erwerber nicht kumulativ Kenntnis vom Sicherungscharakter *und* Kenntnis der einredebegründenden Tatsachen hatte³³. Jedenfalls sah das die Rechtsprechung des BGH seit BGHZ 59, 1 vor, die die gegenteilige RG-Judikatur³⁴

(RGZ 91, 218) korrigierte. Auch der Senat stellt sich auf diesen Standpunkt³⁵. Mit der Einführung von § 1192 Absatz 1 a BGB bleiben nunmehr Einreden des Eigentümers *aus dem Sicherungsvertrag* jedem Erwerber gegenüber erhalten³⁶. Ein gutgläubig einredefreier Erwerb der Grundschuld ist also insoweit ausgeschlossen. Für sonstige Einreden (§ 821 BGB) gilt die alte Rechtslage fort³⁷.

3. Hauptmilderungen der Risiken durch die Vorschriften des Risikobegrenzungsgesetzes, insbesondere §§ 1191 Abs. 1 a, 1193 Abs. 2 BGB und § 799 a ZPO

Mit einigen - gut gemeinten - Milderungen hat der Gesetzgeber im Jahr 2008 die Rechtsposition des Darlehensschuldners und Eigentümers verbessert. Im Recht des Verbraucherdarlehensvertrages ist die Kündigung des Darlehensgebers wegen Verzugs des Darlehensnehmers beim Immobiliardarlehensvertrag erschwert (§ 498 Abs. 3 BGB n.F.). Bei handelsrechtlichen Forderungen kann nun ein wirksamer Abtretungsausschluss nach §§ 399 Alt. 2 BGB, 354a HGB für eine Darlehensforderung vereinbart werden, wenn der Gläubiger ein Kreditinstitut im Sinne des Kreditwesengesetzes ist.

Die wichtigste Neuerung ist § 1191 Abs. 1 a BGB³⁸. Durch ihn wird die vom BGH in Abkehr von der reichsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelte Auffassung korrigiert. Die den Eigentümer belastende Rechtslage des gutgläubig einredefreien Erwerbs der Sicherungsgrundschuld wird durch § 1192 Abs. 1 a BGB erheblich verbessert³⁹. Unabhängig von einer Übernahme der Pflichten aus dem Sicherungsvertrag kann der Eigentümer dem Erwerber einer Sicherungsgrundschuld nun alle *sicherungsvertraglichen* Einreden entgegenhalten. Dies gilt (wohl) sogar für nach Abtretung entstehende Einreden⁴⁰. Kenntnis von Sicherungscharakter oder Einrede ist dabei nicht erforderlich. Ein gutgläubiger einredefreier Erwerb ist dann insoweit ausgeschlossen. Mittelbare Folge ist, dass der (teilweise) Verzichtanspruch des Eigentümers aus § 1169 BGB noch häufiger als zuvor entsteht.

Intertemporal findet § 1191 Abs. 1 a BGB allerdings nur Anwendung auf Abtretungen, die nach dem Stichtag erfolgt sind (Artikel 222 § 18 Abs. 2 EGBGB). Der Gesetzgeber des Risikobegrenzungsgesetzes sah von einer Rückwirkung der eigentümergeünstigen, erwerberschädlichen Vorschrift ab. Möglicherweise waren verfassungsrechtliche Überlegungen hierbei ausschlaggebend⁴¹. Für den hier besprochenen Fall

29 Bollenbeck, Rheinische Notarzeitschrift 1901, 205, 206 f. Der Begriff des „Schwertes“ wird bereits im Jahr 1884 verwendet, vgl. Rheinische Notarzeitschrift 1884, 57, 65 (zu 5.). Dort wird auch schon darauf hingewiesen, die vollstreckbare Hypothek [nach rheinischem Recht] könne als „unbilliges Machtverhältnis erscheinen, wenn ein Creditgeber über den Schuldner eine soweit gehende Gewalt ... gewinnt“. Kritisch auch bereits Dernburg, Das Preußische Hypothekenrecht, Zweite Abtheilung, 1891, § 45, insbesondere S. 353, 355 und 357 (s. auch unten IV. 1. a).

30 Merckens, DNotV 1905, 541, 548, er weist aber in Auseinandersetzung mit Bollenbeck (Rheinische Notarzeitschrift 1901, 205, 206 f) darauf hin, dies träfe auf Bankkredite nicht zu.

31 Vgl. das Beispiel bei J.A. Dieckmann, NZM 2008, 865, 872 f.

32 Vgl. den Fall BGH NJW 1982, 2768.

33 BGHZ 59, 1; BGHZ 85, 388; BGHZ 66, 165, 172 f; BGHZ 108, 237, 242 f = BGH DNotZ 1990, 581; BGHZ 103, 72, 81 f (obiter); BGH NJW 1986, 2108, 2111; Rastätter, BWNNotZ 1990, 57, 58; Baden JuS 1977, 75; Erman-Wenzel, 12. Auflage, 2008, § 1157 Rn 6. So auch schon U. Huber, Die Sicherungsgrundschuld, 1965, S. 136; Ripfel, BWNNotZ 1961, 193, 195. Anders die Rechtsprechung des Reichsgerichts RGZ 91, 218, 225; RG JW 1928, 2782, 2784; RG Warneyer 1908, Nr. 454, S. 342, 344; RG Warneyer 1914, Nr. 292, S. 416 f, und die Auffassung weiter Teile der Literatur: Lopau, JuS 1972, 502; Lopau NJW 1972, 2253, insb. 2355 ff; Friedrich NJW 1968, 1655 ff; Wilhelm JZ 1980, 625, 628 ff; Wilhelm, NJW 1983, 2917, 2919; Wilhelm, Sachenrecht, 3. Auflage 2007, Rn 1769 ff.

34 Insb. RGZ 91, 218; später RG JW 1928, 2782, 2784; und bereits RG Warneyer 1908, Nr. 454, S. 342, 344; RG Warneyer 1914, Nr. 292, S. 416 f; die Frage wurde offen gelassen in RGZ 78, 60, 67.

35 BGH, (Fn 3) Rn 36.

36 Vgl. Bachner, DNotZ 2008, 644, 647; Clemente, ZfIR 2008, 589, 595; J.A. Dieckmann, NZM 2008, 865, 868 ff; Bülow, ZJS 2009, 1, 4; Koch, ZBB 2008, 232, 235.

37 Dies gilt nicht für andere Einreden, insbesondere nicht für die bereicherungsrechtliche Einrede des § 821 BGB, vgl. Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Auflage 2009, § 45 Rn 67 g; Stürner, FS Medicus, 2009, 513, 520; J.A. Dieckmann, NZM 2008, 865, 871; a.A. Bülow, ZJS 2009, 1, 5.

38 Vgl. zur Neuregelung nur Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Auflage 2009, § 45, Wellenhofer, JZ 2009, 1077, 1079 ff; J.A. Dieckmann, NZM 2008, 865 ff und die Nachweise in der nächsten Fußnote.

39 Vgl. nur Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740, 743 f; Bachner, DNotZ 2008, 644, 646 f; Habersack, NJW 2008, 3173, 3176; Clemente, ZfIR 2008, 589, 594 f; Fest, ZfIR 2008, 657, 661 f; Koch, ZBB 2008, 232, 235 f; J.A. Dieckmann, NZM 2008, 865, 867 ff; Bülow, ZJS 2009, 1, 3 ff; Weller, JuS 2009, 969, 973 f; André Meyer, WM 2010, 58 ff; André Meyer, Jura 2009, 561 ff.

40 J.A. Dieckmann, NZM 2008, 865, 869 ff.

41 Stürner, JZ 2010, 774, 777.

half die Norm also nicht direkt weiter. Denn die Abtretung war vor dem Stichtag erfolgt.

Nach § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB n.F. kann die Grundschuld nicht mehr als sofort fällig bestellt werden, wenn sie der Sicherung einer Geldforderung dient⁴². Hierdurch wird vermieden, daß der Eigentümer aus dem dinglichen Duldungsanspruch aus §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB sogleich in Anspruch genommen werden kann. Die Vorschrift gilt gleichermaßen bei einer vollstreckbaren Grundschuld wie bei einer einfachen. Vieles ist hier noch ungeklärt. Insbesondere, ob der Eintritt des Sicherungsfalls Voraussetzung für die Kündigung ist⁴³.

Eine weitere Schutzvorschrift, die das Risikobegrenzungs-gesetz eingeführt hat, ist § 799 a ZPO⁴⁴. Die Vorschrift des § 799 a ZPO begründet eine verschuldensunabhängige Schadenersatzhaftung des Vollstreckungsgläubigers⁴⁵, der nicht der Ursprungsgläubiger ist, wenn er aus Urkunden nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO über Kreditsicherheiten vorgegangen ist und wenn die Vollstreckung für unzulässig erklärt wird.

4. Praktische Vorteile der Sicherungsgrundschuld

Rechtstatsächlich hat die Grundschuld als Kreditsicherungsmittel des Immobiliarsachenrechts die alternativen Varianten der Hypothek fast vollständig verdrängt⁴⁶. Das gilt jedenfalls für die Kreditvergabe durch institutionelle Kreditgeber. Auch die Höchstbetragshypothek sowie die abstrakte Kredithypothek können aus Sicht der Kreditwirtschaft mit der Grundschuld nicht „mithalten“. Der Hauptvorteil der Grundschuld ist ihre in mehrerlei Hinsicht bestehende *Flexibilität*. Unproblematisch kann man mit einer Grundschuld mehrere verschiedene Forderungen (auch gegen mehrere Schuldner) sichern, nach Rückführung eines Kredits eine Neuvaluierung ohne Neubestellung eines Rechts (mit Notar- und Grundbuchkosten als Folge) vornehmen. Dies spart Kreditnehmer und Kreditgeber gleichermaßen Mühe und Geld.

Die Flexibilität dieses sehr variabel einsetzbaren Sicherungsmittels kommt auch dem Sicherungsgeber zugute. Die Variabilität macht Kreditsicherung auch für den Eigentümer einfacher und kostengünstiger. Insbesondere die gegenüber der Darlehenshypothek viel einfachere Möglichkeit der Neuvaluierung macht die Grundschuld attraktiv. Gerade im vorliegenden Fall wird der Vorteil der Grundschuld deutlich. Bei der

Schwankung der Darlehenshöhe war die flexible Grundschuld vorzugswürdig.

Dennoch stellte natürlich oftmals die Sicherungshypothek eine völlig ausreichende Sicherheit dar⁴⁷, so beim typischen Tilgungsdarlehen des Verbrauchers.

IV. Der Sachverhalt des Versäumnisurteils vom 30. März 2010

1. Sachverhalt

Der Entscheidung lag folgender (stark gekürzter) Sachverhalt⁴⁸ zugrunde:

Die Volksbank (Zedentin) räumt der Klägerin im Jahr 1989 einen Kontokorrentkredit über (zunächst) DM 1.800.000,00 ein. Zur Absicherung bestellt die Klägerin auf dem ihr gehörenden Grundstück eine Briefgrundschuld über DM 1.800.000,00 nebst 16 % Jahreszinsen und einer einmaligen Nebenleistung von 5 % des Grundschuldbetrags. Die Zinsen sind am ersten Werktag eines jeden Jahres für das vorangegangene Kalenderjahr fällig, Kapital und Nebenleistung sofort. Die Klägerin unterwirft sich in der notariellen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr belastetes Grundeigentum und in ihr gesamtes Vermögen „wegen aller Ansprüche an Kapital, Zinsen und Nebenleistung, welche der Gläubigerin aus der Grundschuld zustehen“.

Die Zweckerklärung ist Teil des Grundschuldformulars. Sie sieht vor, dass die Grundschuld zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche aus der Geschäftsverbindung dienen soll. Außerdem soll die Grundschuld freihändig nur zusammen mit den gesicherten Forderungen verkauft werden. Sie darf nur in einer im Verhältnis zur Forderung angemessenen Höhe abgetreten werden. Im übrigen werden weitere Sicherheiten bestellt. So erfolgt eine Sicherungsabtretung von Lebensversicherungen über DM 900.000,00 und DM 225.032,00⁴⁹.

Die Zedentin gewährt in der Folge weitere Darlehen. Die Klägerin kann die Verbindlichkeiten ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr bedienen. Im Jahr 2000 wird ein Vergleich zur Rückführung der zum 08. November 2000 DM 1.973.998,36 betragenden Darlehensverbindlichkeiten geschlossen. Die Lebensversicherungen werden verwertet. Die Klägerin kommt auch der im Vergleich aufgenommenen Zahlungspflicht nicht vollständig nach. Im Jahr 2002 kündigt die Volksbank die Geschäftsverbindung und stellt die Restforderung von € 581.573,04 fällig.

42 Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740; Bachner, DNotZ 2008, 644.; Volmer, MittBayNot 2009, 1, 5 f; Kalkbrenner, ZNotP 2008, 401; Höche, FS Nobbe 2009, 315, 328 ff; Hinrichs/Jaeger, ZfIR 2008, 745, 750; Wellenhofer, JZ 2009, 1077, 1082 ff.

43 Nach richtiger Auffassung kann das nicht erforderlich sein, Hinrichs/Jaeger, ZfIR 2008, 745, 750; J.A. Dieckmann, BWNotZ 2009, 144, 147.

44 Hierzu vgl. G. Vollkommer, ZIP 2008, 2060; J.A. Dieckmann, BWNotZ 2008, 166; Stadler, FS Strätz, 2009, 519, 533 ff; Becker-Eberhardt, FS Olaf Werner, 2009, 532.

45 J.A. Dieckmann, BWNotZ 2008, 166, 178 f; Stadler, FS Strätz, 2009, 519, 533 f; Habersack, NJW 2008, 3173, 3176 mit Fn 50; Langenbacher, NJW 2008, 3169, 3173; Bachner, DNotZ 2008, 644, 648; Fest, ZfIR 2008, 657, 662 f; Koch, ZBB 2008, 232, 237; Wellenhofer, FS Hopt, 2009, 2679, 2687; (wohl auch) Clemente, ZfIR 2008, 589, 596 f und Schalast, BB 2008, 2190, 2194. Anders: Köchling, ZinsO 2008, 848, 851; Issad, notar 2008, 226, 227, nach denen der Altgläubiger Schuldner des Anspruchs sein soll.

46 Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Auflage 2008, Rn 10.

47 Für die Sicherung durch Sicherungshypothek etwa Grziwotz, AnwBl 2008, 501, 504, Reithmann, DNotZ 1982, 67, 89 (am Ende).

48 BGH, (Fn 3) Rn 1-7; siehe auch den ausführlichen Tatbestand in OLG Celle, RNotZ 2009, 589 f = WM 2009, 1185.

49 Dem Tatbestand des Berufungsurteils OLG Celle, RNotZ 2009, 589 = WM 2009, 1185 ist zu entnehmen, dass die Volksbank Lebensversicherungen in Höhe von DM 900.000,00 und DM 225.032,00 vereinnahmte.

Im Dezember 2004 verkauft die Zedentin sämtliche Forderungen gegen die Klägerin, auch die aus dem Vergleich, an die B-GbR und tritt die Rechte samt Grundschuld an diese ab.

Wie hoch ist die abgetretene Grundschuld zu diesem Zeitpunkt? Man erschrickt ein wenig, wenn man die Beträge von Kapital, Nebenleistung und Zinsen für die Jahre ab 1989 addiert. Denn die Summe ergibt (etwa)⁵⁰ € 3.144.445,03⁵¹. Dies ist die also ungefähre Grundschuldhöhe im Jahr 2004.

Die B-GbR als Zweitzedentin tritt im Juli 2005 die Ansprüche aus dem Vergleich und die Grundschuld an W. ab. W. wird im Dezember 2005 als Inhaberin der Grundschuld im Grundbuch eingetragen und auf dem Brief vermerkt.

Es erfolgt (wohl) eine weitere Abtretung von W als Drittzedentin an die Beklagte als Zessionarin. Jedenfalls wird im Dezember 2007 die Abtretung der Grundschuld an die Beklagte im Grundbuch eingetragen und auf dem Grundschuldbrief vermerkt. Dabei bleibt streitig, ob die Beklagte, wie sie behauptet, Grundschuld⁵² samt Zins und Nebenleistung und die Forderungen von W abgetreten erhalten hat. Unstreitig ist aber, dass die Beklagte nicht in den Sicherungsvertrag eingetreten ist.

Die Vollstreckungsklausel wird von dem Notar auf die Beklagte umgeschrieben. Am 23.05.2008 wird die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde der Klägerin zugestellt und die Zwangsvollstreckung eingeleitet.

2. Prozessuale Ausgangslage

Die Klauselerteilung durch Titelumschreibung durch den Notar bleibt von der Klägerin unwidersprochen. Insbesondere wendet sie sich nicht im Weg der Klauselgegenklage nach § 768 ZPO oder Klauselerinnerung nach § 732 ZPO gegen sie. Vielmehr geht die Klägerin gegen die Zwangsvollstreckung mit der Vollstreckungsgegenklage und der prozessualen Gestaltungsgegenklage analog § 767 ZPO vor.

Die Klägerin macht u.a. geltend, die Unterwerfungserklärung sei unwirksam, die gesicherte Forderung betrage höchstens noch € 782.491,23. Die Beklagte taxiert die Forderung auf € 920.325,38⁵³.

⁵⁰ Bei Abtretung im Dezember war der Zins für 2004 noch nicht fällig. Er ist hier weggelassen.

⁵¹ DM 1.800.000,00 Kapital, DM 90.000,00 Nebenleistung und Zinsen von jährlich DM 288.000,00 ab Zinsbeginn. Diese Beträge entsprechen ca. € 920.325,38, € 46.016,27 und € 147.252,06. Die Zinsen für das Rumpfpjahr 1989 betragen in Euro ca. 116.574,54.

⁵² Wieso die Abtretung im Verfahren nicht unter Beweis gestellt wurde, ist völlig unerfindlich. Denn in den Grundakten des Grundbuchamtes muss sich zumindest eine beglaubigte Ablichtung (wenn nicht gar die Urschrift) der Abtretungserklärung (auch) von W. an die Beklagte befinden. Andernfalls wäre die Umschreibung der Grundschuld vom Grundbuchamt nicht vorgenommen worden.

⁵³ Vgl. OLG Celle WM 2009, 1185, 1187 (linke Spalte oben).

Mit der Hilfswiderklage begehrt die Beklagte die Verurteilung der Klägerin, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück wegen eines Betrags von € 920.325,38 nebst 16 % Jahreszins hieraus ab dem 01.01.2003 und der Nebenleistung zu dulden.

Das Landgericht gibt der Klage statt, verurteilt die Klägerin jedoch auf die Hilfswiderklage zur Duldung der Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld über einen Betrag von € 782.491,23 – der noch offenen schuldrechtlichen Forderungen. Das OLG Celle⁵⁴ weist auf Berufung der Beklagten die Klage ab und weist die Berufung der Klägerin zurück.

V. Die Kerngehalte des Versäumnisurteils vom 30. März 2010

Der BGH entscheidet wie folgt: Das Urteil des Landgerichts wird unter Aufhebung des Ausspruchs zur Hilfswiderklage abgeändert:

Die Zwangsvollstreckung wird hinsichtlich der vor dem 01. Januar 2005 fällig gewordenen Zinsen für unzulässig erklärt, im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Das Versäumnisurteil bestätigt in der Hauptentscheidung die bisherige rechtliche Beurteilung vieler der in der besonderen Kritik stehenden Einzelfragen. Im *obiter dictum* bricht sich indes eine gänzlich neue Auffassung Bahn. So macht es in gewisser Weise wenn nicht alles, so doch vieles neu. Nur die Kerngehalte werden hier wiedergegeben.

1. Die Hauptentscheidung: Die Bestätigung bisheriger Rechtsprechung(en)

a) Materiellrechtliche Erwägungen

Der BGH bestätigt die Rechtsansicht, dass die Abtretung der Forderung wirksam ist⁵⁵. Der vermehrten Kritik an der Zulassung der Abtretbarkeit von Darlehensforderungen folgt das Gericht nicht. In Aufnahme der von *Schimansky* angestossenen Argumentation erörtert der Senat, ob die formularmäßige Zwangsvollstreckungsunterwerfung dann einen Verstoß gegen AGB-Recht darstelle, wenn sie mit der freien Abtretbarkeit der Forderung einhergehe. Dies wird im Ergebnis ebenso verneint⁵⁶ wie die Auffassung, es läge ein Abtretungsausschluss vor, der über § 399 BGB eine Übertragung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung verhindere.

Der Senat entscheidet nach altem Recht. Er bestärkt die umstrittene Rechtsprechung zur Akzeptanz des gutgläubig ein-

⁵⁴ OLG Celle, RNotZ 2009, 589 = WM 2009, 1185.

⁵⁵ Vgl. nur Nobbe, WM 2005, 1537, 1539; Nobbe, ZIP 2008, 79, 105; Schimansky, WM 2008, 1049 ff; Ganter, WM 2006, 1081, 1089 f mN; Zimmermann, BKR 2008, 95 ff; Reifner, BKR 2008, 142 ff; Erman-Wenzel, 12. Auflage, 2008, § 1191 Rn 102 f; MK-K.P. Berger, 5. Auflage 2008, § 488 Rn 146 mN; Zetzsche, AcP 209 (2009) 543, 573; Jaeger/Heinz, BKR 2009, 273; Dörrie, ZBB 2008, 292, 293 f; Stürner, ZHR 173 (2009) 363, 369 f; anders Schwintowski/Schantz, NJW 2008, 472. Für Nichtigkeit der Abtretung hier Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322 f.

⁵⁶ BGH, (Fn 3) Rn 23 ff.

redefreien Erwerbs der Sicherungsgrundschuld. Die seit BGHZ 59, 1 geänderte Rechtsprechung wird also bekräftigt. Danach erwarb der neue Grundschuldgläubiger das Recht aus der Grundschuld, ohne sich die Einreden entgegenhalten lassen zu müssen. Auf die Sonderregeln der §§ 1158, 1159, 1192 Abs. 2 BGB geht der Senat nicht ein⁵⁷.

Nur teilweise wird der Klage stattgegeben, nämlich insoweit als die Verjährung der Grundschuldzinsen vom OLG verneint wurde. Für die Grundschuldzinsen war die Einrede der Verjährung erhoben. Insoweit unterlag die Grundschuldgläubigerin. Denn nach §§ 197 Abs. 2, 195 BGB verjähren die Grundschuldzinsen nach drei Jahren.

b) Prozessrechtliche Erwägungen

Der Kernbereich der prozessualen Seite des Urteils ist die Frage nach dem statthaften Rechtsbehelf.

Der Senat stellt fest, dass im Verfahren nach § 767 ZPO nicht geprüft werden könne, ob eine Rechtsnachfolge in den titulierten Anspruch eingetreten sei⁵⁸. Zwar sei die Beklagte durch den Erwerb der Grundschuld nicht zugleich auch Rechtsnachfolgerin hinsichtlich des titulierten Anspruchs geworden. Dies könne aber den erhobenen Klagen nicht zum Erfolg verhelfen. Denn daraus ergäben sich weder Einwendungen gegen den titulierten Anspruch noch werde die Wirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung in Frage gestellt. Nur solche Fragen aber seien im Verfahren nach § 767 ZPO zu prüfen.

Statthafte Rechtsbehelfe seien vielmehr die Klauselgegenklage nach § 768 ZPO oder die Klauselerinnerung nach § 732 ZPO. Auf diese wird die Klägerin ausdrücklich verwiesen. Im „Rechtsbehelfsdschungel“ (Bork⁵⁹) bestätigt der Senat die herrschende Auffassung, nach der Einwendungen verfahrensrechtlicher Art gegen die Zulässigkeit der Klausel mit der Erinnerung nach § 732 ZPO und materiellrechtliche Einwendungen gegen die Klausel mit der Klauselgegenklage nach § 768 ZPO geltend zu machen seien⁶⁰.

2. Die „zentrale“ Nebenbemerkung: Neubegründung des Erfordernisses des „Eintritts“ in den Sicherungsvertrag

Der Leitsatz zu 1 zur Senatsentscheidung lautet.

„1. Der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld kann aus der Unterwerfungserklärung nur vorgehen, wenn er in den Sicherungsvertrag eintritt.“

Auch wenn Leitsätze keine (normativen) Rechtssätze sind, sondern Feststellungen über (normative) Rechtssätze, ist die besondere Wichtigkeit der Ausführung im Leitsatz hervorzuheben.

57 Vgl. unten ausführlich VI. 4) c).

58 BGH, (Fn 3) Rn 39.

59 Bork, WM 2010, 2058 (rechte Spalte).

60 Vgl. MK-ZPO-Karsten Schmidt, 2. Auflage 2007, § 767 Rn 8 und § 768 Rn 4 sowie Wolfsteiner, ebenda, § 732 Rn 6, und Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, § 47 Rn 35 ff sowie § 31 Rn 2 f, 19 ff, 72 ff.

Der Senat stützt seine Annahme auf die (vorgeblich) interessengestützte Auslegung der seiner Auffassung nach mehrdeutigen Klausel im Grundschuldbestellungsformular⁶¹. Die Klausel erfasst „alle Ansprüche an Kapital, Zinsen und Nebenleistungen, welche der Gläubigerin „aus der Grundschuld“ zustehen“. Es könne aber nicht jeder künftige Inhaber der Grundschuld die Titelfunktion der Unterwerfungserklärung in Anspruch nehmen⁶². Die Unterwerfungserklärung sei dahin zu verstehen, dass nur Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld tituliert seien⁶³. Eine Folgerung davon ist, dass die Beklagte durch den Erwerb der Grundschuld nicht zugleich auch Rechtsnachfolgerin hinsichtlich des titulierten Anspruchs geworden sei⁶⁴. Wenn nicht der Eintritt in den Sicherungsvertrag erfolgt, könne die Klausel nicht nach § 727 ZPO umgeschrieben werden.

VI. Kritik der Entscheidung I – Dogmatische Fragen der Hauptentscheidung

1. Die Angemessenheit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung hinsichtlich des dinglichen Anspruchs

Wie überzeugend ist die Argumentation des BGH im Hinblick auf die Angemessenheit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung? Zur Argumentation des BGH und zur Heranziehung früherer Judikatur ist folgendes zu bemerken.

a) „Erkenntnisverfahren vor Vollstreckungsverfahren“ als Grundsatz?

aa) Gleichwertigkeit der Vollstreckungstitel und Eigentümerschutz

Zunächst verneint das Gericht den Grundsatz, ein gerichtliches Erkenntnisverfahren sei Voraussetzung der Zwangsvollstreckung.

Soweit der Grundsatz „Erkenntnisverfahren vor Vollstreckungsverfahren“ angesprochen wird, ist dem BGH gegen die insbesondere von Stürner⁶⁵ begründete Auffassung Recht zu geben. Die Titel, aus denen die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann, stehen im Verhältnis der Gleichordnung zueinander⁶⁶. Der „Parteidispositionsakt“⁶⁷ freiwillige Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist genausowenig wie der gerichtliche Vergleich geringerwertig als das Urteil nach Erkenntnisverfahren. Rechtsschutz gegen die vertragswidri-

61 BGH, (Fn 3) Rn 24, 34 ff.

62 BGH, (Fn 3) Rn 24.

63 BGH, (Fn 3) Rn 34.

64 BGH, (Fn 3) Rn 39.

65 Stürner, JZ 1977, 431, 432; Stürner, JZ 1977, 639; Stürner, BWNotZ 1979, 76 f; (zurückhaltender nunmehr Stürner, JZ 2010, 774). Diese Auffassung wird in der Rechtsprechung abgelehnt, vgl. BGHZ 99, 275.

66 Für Gleichstufung mit rechtskräftigen Urteilen, da auf dem Geltungsgrund des Willens des sich Unterwerfenden beruhend, auch Becker-Eberhard, FS Olaf Werner, 2009, 532, 536.

67 Wach, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung, 1879, S. 219 f.

ge Ausnutzung ist hinreichend durch die vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe und Schadensersatzansprüche gewährt. Durch die (wenn auch mißglückte⁶⁸) Vorschrift von § 799 a ZPO ist der Schutz des Eigentümers nach der Abtretung von Grundschulden noch verstärkt.

bb) Berücksichtigung nicht titulierter Grundpfandrechte in der Zwangsvollstreckung

Darüber hinaus werden im übrigen im Zwangsversteigerungsverfahren ohne weiteres selbst nicht *titulierte* Ansprüche aus Grundschulden berücksichtigt. Dies spricht entscheidend gegen die erhöhte Bedeutung des gerichtlichen Titels. Im (gerichtlichen) Verwertungsverfahren nach dem ZVG ist ein Titel *nur für die Einleitung* erforderlich, § 15 ZVG. Im übrigen erfolgt die Geltendmachung der Rechte durch den Gläubiger ohne Titel. Das Versteigerungsgericht erkennt sie auch dann an, wenn sie nicht tituliert sind.

Bei Rechten, die im *Rang vor* dem betreibenden Gläubiger stehen, gilt: Bei ihnen werden bei Verteilung des Erlöses Kapital und laufende Zinsen der Grundschuld ohne Anmeldung berücksichtigt, soweit sie aus dem Grundbuch ersichtlich sind⁶⁹. Die laufenden Zinsen der vorgehenden Rechte sind vom Ersteigerer zu bezahlen⁷⁰. Grundschulden, die im *Rang nach* dem betreibenden Recht stehen, werden ebenso ohne weiteres bei der Erlösverteilung berücksichtigt. Zahlung auf sie erhält der Gläubiger auch bei Fehlen eines Titels.

Wenn nun im Verfahren nach dem ZVG die Grundpfandrechte ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines Titels berücksichtigt werden, spricht dies entscheidend gegen die Existenz eines Grundsatzes, Grundpfandrechte seien nur nach vorheriger gerichtlicher Prüfung ihrer Berechtigung realisierbar. Nur dies aber wäre mit dem Grundsatz Erkenntnisverfahren vor Vollstreckung vereinbar⁷¹.

b) Funktionaler Vergleichspunkt: Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung als Mittel zur Ermöglichung der Verwertung im Vergleich zur Verwertung bei anderen Realsicherheiten

Der *richtige Vergleichspunkt* zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist jedoch richtiger Ansicht nach nicht das gerichtliche Duldungsurteil. Der richtige Vergleichspunkt ist vielmehr aus der Funktion der *Zwangsvollstreckungsunterwerfung* in Bezug auf das Kreditsicherungsrecht Sicherungsgrundschuld zu gewinnen⁷². Diese Funktion ist *Ermöglichung der Verwertung*. Der Vergleichspunkt ergibt sich, wenn man sich klarmacht, dass der Titel zur *initiativen* Durchsetzung der Si-

cherheit *erforderlich* ist. Es geht um die Frage, ob die Realsicherheit Grundschuld realisiert werden kann. Nur wegen der besonderen Ausgestaltung des ZVG-Verfahrens braucht der Gläubiger einen Titel. Das deutsche Recht hat – in Abkehr vom römischen Recht – für das Immobiliarpfand die Entscheidung getroffen, dass als Verwertungsmodus nur Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung zur Verfügung stehen⁷³. Beide Verfahren sind gerichtliche Verfahren, für deren Einleitung ein Zwangsvollstreckungstitel erforderlich ist. Ohne einen solchen Titel ist der Gläubiger nicht in der Lage, das Recht zu realisieren.

Die rechtstechnische Struktur, die das deutsche Recht zur Durchsetzung der Grundpfandrechte gewählt hat, ist speziell. Die Grundpfandrechte gewähren ihrem Inhaber nämlich *nicht* die Rechtsmacht, die Sache zu veräußern. Vielmehr können sie nur durch das gerichtliche Vollstreckungsverfahren durchgesetzt und realisiert werden. Der Wortlaut des auch für die Grundschuld geltenden § 1147 BGB hebt dies hervor:

„Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung.“

Die dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist schon deswegen keine unangemessene Benachteiligung des Eigentümers, weil der Gläubiger einer Sicherungsgrundschuld⁷⁴ erst durch sie mit anderen Gläubigern von dinglichen Kreditsicherheiten gleichgestellt wird. Erst die Zwangsvollstreckungsunterwerfung stellt den Grundschuldgläubiger so wie die übrigen Gläubiger *kraft Gesetzes* oder *kraft anerkannter vertraglicher Vereinbarung* von vorneherein stehen.

Dies ergibt der *funktionale* Vergleich mit dem Verwertungsmodus bei anderen Realsicherheiten⁷⁵. Für die Verwertung und Realisierung anderer dinglicher Sicherungsrechte gilt: Bei ihnen kann der Gläubiger die Verwertung ohne vorherige gerichtliche Überprüfung durchführen. Dies gilt für die Realsicherheiten Mobiliarpfand, Sicherungsübereignung und –zession sowie Vorbehaltseigentum gleichermaßen.

Der Pfandgläubiger kann verkaufen, übereignen und den Erlös behalten. Er benötigt kein Gerichtsurteil, das ihm dies „gestattet“ oder das seine Berechtigung vorab feststellt. Der Sicherungseigentümer kann die ihm gehörende Sache vindizieren und sie dann schlicht als Eigentümer verkaufen (§ 903 BGB) oder behalten. Der Empfänger einer Sicherungsabtretung kann die Forderung einziehen oder verkaufen. Der Vorbehaltverkäufer kann vom Kaufvertrag zurücktreten und die Sache vindizieren.

68 Vgl. Stadler, FS Strätz, 2009, 519, 533 ff.; J.A. Dieckmann, BWNNotZ 2008, 166, 181 ff.; s. auch Zöller-Stöber, ZPO, 28. Auflage, 2010, § 799a Rn 1 a.E. 69 Stöber, ZVG, 19. Auflage, 2009, § 114 Rn 4.1; BGHZ 158, 159, 164; J.A. Dieckmann, WM 2010, 1254, 1256.

70 §§ 12, 13, 49 Abs. 1 ZVG; vgl. Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Auflage 2008, Rn 815 ff.

71 J.A. Dieckmann, WM 2010, 1254, 1257.

72 Ausführlich J.A. Dieckmann, WM 2010, 1254 ff.

73 Vgl. Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Zweiter Band, 1864, § 120, S. 258; Nußbaum, Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1916, S. 285 ff.; J.A. Dieckmann, BWNNotZ 2011, 34 f mN.

74 Gleiches gilt natürlich für Hypothek oder Sicherungshypothek.

75 Zum folgenden ausführlich J.A. Dieckmann, WM 2010, 1254, 1258 ff.

All dies geschieht, ohne dass zuvor ein Gericht die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Verwertungshandlung geprüft hätte. Und all dies geschieht, ohne dass zur Durchführung der Verwertung ein Titel erforderlich wäre. Nur beim Rechtspfand sieht das BGB grundsätzlich die Verwertung nur mit Titel vor, § 1277 BGB. Dies gilt aber schon nicht für die Inhaberpapiere als die wichtigsten Rechte, § 1293 BGB, und ist im übrigen dispositiv. Ein Leitbild kann man hierin nicht sehen.

Im Hinblick auf den *Eigentümerschutz* gilt bei den Realsicherheiten Mobiliarpfand, Sicherungsübereignung und –zession sowie Vorbehaltseigentum: Dieser wird insbesondere durch Schadensersatzansprüche gewährt. Ein präventiver Schutz durch zwingende vorherige gerichtliche Überprüfung der Berechtigung findet nicht statt. Macht der Gläubiger zu Unrecht von seiner Stellung Gebrauch, so hat er den Schaden zu ersetzen (vgl. § 1243 Abs. 2 BGB).

Als Grundsatz gilt: Die *Rechtsschutzinitiative* obliegt dem *Eigentümer*. Der Sicherungsnehmer kann die Verwertung der Sicherheit ohne gerichtliche Hilfe beginnen. Der Sicherungsgeber/Eigentümer muss die Rechtsschutzinitiative ergreifen, wenn er die Verwertungshandlungen des Gläubigers nicht dulden will. Die Zuweisung der Rechtsschutzinitiative an den Sicherungsgeber bei den übrigen Realsicherheiten ist hervorzuheben. Wenn der BGH in den Gründen nebenbei anführt⁷⁶, der Schuldner werde sonst aus der Rolle des Verteidigers in die des Angreifers gezwungen, übersieht er, dass bei den übrigen Realsicherheiten die Rolle des Angreifers immer dem Sicherungsgeber zugewiesen ist.

Erst mit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung steht der Grundschuldgläubiger wie der Pfandgläubiger, der kraft Gesetzes die Veräußerungsbefugnis hat. Erst mit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung steht der Grundschuldgläubiger wie der Sicherungseigentümer, der kraft anerkannter vertraglicher Regelung die Veräußerungsbefugnis besitzt. Erst mit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung schließlich steht der Grundschuldgläubiger wie der Sicherungszessionar einer Forderung, der kraft anerkannter vertraglicher Regelung die Einziehungsbefugnis hat.

c) Zusammenfassung zur Angemessenheit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung und Klärung des „schrecklichen Wortes“

Die dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist angemessener Teil der Kreditsicherung durch Grundpfandrechte. Der im Parteidispositionsakt gestellte Vollstreckungstitel ist zu den anderen Zwangsvollstreckungstitel gleichwertig. Der richtige Vergleichspunkt ist weniger das gerichtliche Urteil im streitigen Verfahren, wie der Ansatz von „Erkenntnisverfahren vor Vollstreckungsverfahren“ meint. Vielmehr ist der Vergleichspunkt *funktional* zu ermitteln. Die Funktion der Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist Ermöglichung der in-

itiativen Verwertung der Sicherheit. Ohne Titel kann der Gläubiger im Sicherungsfall die Sicherheit nicht verwerten. Die Angemessenheit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung zeigt der funktionale Vergleich mit den anderen Realsicherheiten. Jeder Gläubiger einer sonstigen Realsicherheit ist deren Verwertung ohne weiteres möglich. Nur der Gläubiger einer einfachen Grundschuld steht schlechter.

Nähert man sich Bedeutung und Gehalt der Zwangsvollstreckungsunterwerfung in dieser Weise *funktional*, so hellt sich auch der Schatten über dem schrecklichen Wort der „Zwangsvollstreckungsunterwerfung“ auf. Hinter diesem verbirgt sich nichts so Schlimmes, wie mancher wähnt. Sinngemäß übersetzt heißt *Zwangsvollstreckungsunterwerfung* dann schlicht privatautonome Bereitstellung des für die initiale Realisierung der Immobiliarsicherheit Grundpfandrecht erforderlichen Titels.

2. Zur Argumentation des XI. Zivilsenats und zu seiner Berufung auf Präjudizien

a) Argumentation und Belegstellen

Der BGH stellt in den Vordergrund den topos des von der Bank verfolgten Ziels des raschen *Zugriffs* auf das Schuldnervermögen⁷⁷. Dies sei durch das anerkennenswerte Interesse geschützt, sichere Vorsorge gegen den Vermögensverfall des Schuldners zu treffen. Typischer Weise ergäben sich nämlich Störungen des Kreditverhältnisses aus der Vermögensverschlechterung.

Als Beleg werden dabei insbesondere zwei in der amtlichen Sammlung veröffentlichte Urteile des Bundesgerichtshofs herangezogen. Schon im Leitsatz wird ausgeführt, es läge eine „Bestätigung“ von BGHZ 99, 274 und BGHZ 177, 345 vor. BGHZ 99, 274 wird sodann in Randziffer 27 gleich drei Mal zitiert⁷⁸. Zudem wird eine Reihe weiterer Urteile des BGH als Belege angeführt⁷⁹.

b) Rascher Zugriff und Vorsorge gegen Vermögensverfall

Für den *dinglichen Anspruch* auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB überzeugt die Argumentation nicht. Vorsorge gegen den Vermögensverfall des Schuldners bewirkt nämlich vor allem die Verpfändung des Grundbesitzes. Die Funktion der Reservierung des Haftungsobjekts bei Vermögensverfall wird bereits und nur durch die reine Verpfändung des Grundbesitzes erreicht. *Zugriff* auf das Objekt unter Ausschluss (oder jedenfalls Hintanstellung) anderer Gläubiger hat der Grundschuldgläubiger bereits mit Eintragung der Grundschuld und Einigung über ihr Entstehen. Diese Position der Sicherheit hat der Gläubiger meist schon vor Kreditauszahlung und vor allem schon lange vor einem Vermögensverfall. Dies zeigt die „Probe“: Bei Vermögensverfall des Schuldners ist das Grundstück – natürlich –

⁷⁶ BGH, (Fn 3) Rn 40 unter Hinweis auf Schimansky, WM 2008, 1049, 1050. Auch in der Presseerklärung findet sich dieser topos (BGH, Mitteilung der Pressestelle Nr. 68/2010 vom 30. März 2010).

⁷⁷ BGH, (Fn 3) Rn 27.

⁷⁸ BGH, (Fn 3) Rn 27.

⁷⁹ BGH WM 2003, 64; BGH WM 2003, 2372; BGH WM 2003, 2410; BGH WM 2005, 828; BGH WM 2006, 87; BGH NotBZ 2008, 27.

auch dann für den Gläubiger reserviert, wenn zu seinen Gunsten eine nicht vollstreckbare Grundschuld eingetragen ist.

Wenn „Zugriff“ Inpfandnahme bedeutet, wird diese Funktion im übrigen durch das schuldrechtliche *vollstreckbare Sicherungsschuldanerkenntnis* erfüllt. Mit diesem Sicherungsschuldanerkenntnis kann der Gläubiger auf sonstiges Vermögen zugreifen – es also pfänden. Und er kann in Benachteiligungsabsicht vom Schuldner übertragenes Vermögen bei einem Dritten „ergreifen“ – indem er nach Anfechtungsrecht vorgeht. Genau dies war im vom BGH bemühten Fall BGHZ 99, 274 geschehen.

Bei der dinglichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung geht es aber gar nicht um Reservierung zu Befriedigungszwecken. Es geht vielmehr darum, das Recht aus §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB *initiativ* überhaupt realisieren zu können⁸⁰. Dem Bankinteresse an schnellem Zugriff auf Schuldnervermögen bei Vermögensverfall dient die *dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung* eigentlich nicht. Nur wenn man auch die Ermöglichung der Verwertung als „raschen Zugriff“ auffasste, wäre die Argumentation des XI. Zivilsenats richtig.

Die Argumentation des Senats trägt nicht und sie überzeugt nicht.

c) *Die Inbezugnahme von Präjudizien, insbesondere von BGHZ 99, 274 und BGHZ 177, 345*

Stützen die herangezogenen Urteile die Argumentation im Urteil vom 30. März 2010? Eigentlich nicht, jedenfalls nicht direkt.

Bei genauer Betrachtung ist für die Frage der Angemessenheit der Vollstreckungsunterwerfung hinsichtlich des Anspruchs aus §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB die Berufung jedenfalls auf BGHZ 99, 274 nicht richtig. Gegenstand dort war die Anfechtungsklage nach Anfechtungsgesetz gegen einen Dritten. Sie wurde auf das vollstreckbare *Sicherungsschuldanerkenntnis* gestützt. Hintergrund war: Der Schuldner hatte das Eigentum an anderem Grundbesitz als den mit der Grundschuld belasteten übertragen. Er versuchte auf diese Weise, Zugriff auf ihn zu vereiteln. Die so geschädigte Bank nutzte das Schuldversprechen nach § 780 BGB, um diese Übertragung an den Dritten anzufechten. Mit der Grundschuld hatte das nichts zu tun. Die Grundschuld selbst spielte in dem Fall vielmehr gar keine Rolle – ebenso wenig (natürlich) die dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung.

Auch der zweite im Leitsatz in Bezug genommene Fall hat weder mit dem dinglichen Anspruch aus der Grundschuld (§§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB) noch mit der auf ihn bezogenen dinglichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung etwas zu tun. Auch in BGHZ 177, 345 ging es um das *Sicherungsschuldanerkenntnis*. Schon der dortige Leitsatz führt dies aus, wenn er feststellt, dass ein im Darlehensvertrag entgegen § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 lit. g VerbrKG nicht angegebenes, vom Verbraucher gleichwohl bestelltes *vollstreckbares Schuldverspre-*

chen, das eine bestehende Verbindlichkeit sichert, nicht zurückzugewähren sei⁸¹.

In beiden Fällen war das entscheidungsgegenständliche Sicherungsschuldanerkenntnis nach § 780 BGB im Zusammenhang mit der Grundschuldbestellung gewährt worden. Dennoch berühren die Fälle die dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht.

Auch bei den weiteren sechs Urteilen, die vom BGH als Beleg angeführt werden, gilt nichts anderes. Bei Ihnen stand jeweils das Sicherungsschuldanerkenntnis im Streit⁸². Beispielhaft sei nur das Urteil vom 22. Oktober 2003 (IV. ZR 398/02) zitiert⁸³:

„nach dem Inhalt des von ihm persönlich abgeschlossenen Darlehensvertrages hatte der Kläger der Beklagten als Sicherheit nicht nur eine Grundschuld in Darlehensgesamthöhe zu stellen, sondern sich darüber hinaus der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen.“

und

„Die Übernahme einer selbständigen, von der zu sichernden Kreditverbindlichkeit gelösten abstrakten persönlichen Haftung in Höhe des Grundschuldbetrages soll in Verbindung mit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung die Ansprüche der Beklagten aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung zum Kläger sichern, indem sie deren Durchsetzung erleichtert.“

Richtig ist nur, dass in allen der angeführten Fälle das schuldrechtliche Sicherungsschuldanerkenntnis im Rahmen der Grundschuldbestellung abgegeben wurde. Das macht die Bezugnahme aber nicht richtiger. Gestritten wurde nicht über die Rechte aus §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB mit Titulierung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO; gestritten wurde vielmehr über das Recht aus § 780 BGB mit Titulierung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.

Im Ergebnis ist zur Argumentation des XI. Zivilsenats festzuhalten: Weder stützen die bemühten Präjudizien seine Argumente. Noch ist die Entscheidung eine „Bestätigung“ der vorhergehenden Rechtsprechung. Die fehlgehende Berufung auf Präzedenzfälle stärkt die Überzeugungskraft der Gesamtentscheidung nicht.

3. Das Risiko der Zwangsvollstreckungsunterwerfung: Die Verwertung geht zu schnell („Und plötzlich ist das Haus weg“)

Ein Hauptkritikpunkt der vollstreckbaren Sicherungsgrundschuld ist, dass sie das Risiko begründet, die Verwertung der Sicherheit ginge zu schnell. Dies ist gemeint, wenn von einer

80 Hierzu detailliert unten VI. 1) b); J.A. Dieckmann, WM 2010, 1254 ff.

81 BGHZ 177, 345, Hervorhebung hier.
82 BGH WM 2003, 64, 65 (Leitsatz 1 und III); BGH WM 2003, 2372 (Leitsatz), 2734 (II. 3. a) und b); BGH WM 2003, 2410 (Leitsatz) 2411 (III. 1. a) b); BGH WM 2005, 828 (Leitsatz 2), 830 f (II. 3 b) bb) (1) und (2); BGH WM 2006, 87 (Leitsatz) 88 (III 1); BGH NotBZ 2008, 27.
83 BGH WM 2003, 2372, 2734 (II. 3. a) und b); Hervorhebungen hier.

„Waffe“ des Gläubigers gesprochen wird⁸⁴. Den Gesetzgeber hat diese Befürchtung veranlasst, die Verzögerungsnorm von § 1193 Abs. 2 BGB einzuführen. Danach ist bei einer Sicherungsgrundschuld der Ausschluss der Kündigungsfrist von sechs Monaten nicht mehr möglich⁸⁵. Die Einstellung der Zwangsversteigerung wurde durch § 769 Abs. 1 Satz 2 ZPO erleichtert⁸⁶.

Dass sich im vorliegenden Fall die Befürchtung der Kritiker nicht realisiert hat, ist hervorzuheben. Fällig war das notleidende Bankdarlehen bereits im Jahr 2000. Die Bank hatte mit der Beklagten einen Vergleich geschlossen und dem Schuldner weitere Zeit zur Berichtigung der Forderungen gewährt. Auch die so geschuldeten Raten wurden nicht pünktlich bezahlt. Erst im Jahr 2002 kündigt die Bank. Und erst im Jahr 2004 wird die Forderung dann verkauft. Nicht jeder Gläubiger ist so langmütig.

Aber selbst wenn die Volksbank die Zwangsvollstreckung am Tag nach Kündigung der Darlehen und Fälligkeit der Forderung eingeleitet hätte, läge eine zu schnelle Verwertung nicht vor. Die Verfahrensdauer der Zwangsversteigerung schließt eine Übereilung aus. Im Schnitt soll die Verfahrensdauer gut 1 ½ Jahre betragen⁸⁷. Während des Verfahrens hat der Eigentümer *jederzeit* die Möglichkeit, durch Zahlung auf die Grundschuld das Verfahren zu stoppen. §§ 1142, 1192 Abs. 1 BGB gewähren ihm das Ablösungsrecht⁸⁸. Alternativ kann er die Berechtigung der Durchführung der Zwangsversteigerung gerichtlich überprüfen und sie im Wege der Vollstreckungsklage ggf. für unzulässig erklären lassen (§ 767 ZPO). Eine Präklusion von Einwendungen findet nicht statt. Dies ist als ausreichender Schutz des Schuldners anzusehen.

Das Risiko der zu schnellen Verwertung hat sich nicht realisiert.

4. Das Risiko der Abstraktheit: Der Gläubiger erhält zu viel

a) Gutgläubig einredefinierter Erwerb der Grundschuld beim Forderungsverkauf?

Durch die Konzentration auf die im *obiter dictum* enthaltene neue Rechtsfigur der Bedingung des Eintritts in den Sicherungsvertrag sind die anderen Konsequenzen der Senatsmeinung etwas aus dem Blick geraten. Zu Unrecht.

aa) Bestätigung der (von RGZ 91, 218 abweichenden) BGH-Rechtsprechung nach BGHZ 59, 1

Mit dem zweiten Hauptrisiko der abstrakten Sicherungsgrundschuld - der Gläubiger erhält zu viel - befaßt sich der

84 Vgl. hier nur Schimansky, WM 2008, 1049, 1050; im übrigen die Nachweise oben zu III. 1).

85 Staudinger-Wolfsteiner, 15. Auflage, 2009, § 1193 Rn 5 ff; Volmer, MittBay-Not 2009, 1; J.A. Dieckmann, NZM 2008, 865, 867 f.

86 Vgl. Zöller-Herget, ZPO, 28. Auflage, 2010, § 769 Rn 7.

87 S. etwa Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Auflage 2008, Rn 63 mit Fn 62.

88 Staudinger-Wolfsteiner, 15. Auflage, 2009, § 1142 Rn 25 ff.

Senat fast gar nicht. Angesichts der Heftigkeit der Diskussion um den Forderungsverkauf vor Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes und angesichts der Regelung von § 1191 Abs. 1 a BGB durch besagtes Gesetz fällt die Auseinandersetzung des Senats mit dieser Fragestellung sehr *knapp* aus. Er bejaht mehr oder weniger nebenbei den gutgläubig einredefinieren Erwerb auch in der vorliegenden Konstellation. Schon die Vorinstanz⁸⁹ bejahte unter Berufung auf BGH WM 2001, 453 (Urteil vom 16.01.2001; XI ZR 41/2000) den gutgläubig einredefinieren Erwerb der Grundschuld, wenn der Zessionar zusammen mit der Grundschuld auch die Forderung erwirbt. Als Argument führte das OLG Celle an, der Erwerber, der beide Rechte übertragen erhalte, könne nicht schlechter stehen als derjenige, welcher die Grundschuld allein erwirbt. Der BGH widerspricht dem nicht, bestätigt diese Ansicht vielmehr⁹⁰. Auf die literarischen Beiträge geht er nicht ein⁹¹.

Dies überrascht insbesondere, da in den meisten aktuellen Stellungnahmen angenommen wurde, bei einem *Forderungsverkauf* mit Abtretung von Darlehensanspruch und Sicherungsgrundschuld *scheide* ein gutgläubig einredefinieren Erwerb der Grundschuld aus⁹². Hier liegt zwar ein vom normalen Forderungsverkauf etwas abweichender⁹³ Fall vor. Denn es vollstreckte nicht der „Erstkäufer“. Vielmehr waren Forderung und Grundschuld zwischenzeitlich mehrfach übertragen worden. Dennoch wäre ein Eingehen auf die Problematik angezeigt gewesen. Wenn der BGH die Rechtsfrage anders sieht, wäre eine Begründung veranlaßt gewesen, die über reine Rechtsprechungsnachweise hinausgeht.

bb) Ergebnis bei erfolgreicher Versteigerung – aus € 920.325,38 oder € 782.491,23 mach € 1.849.854,01?

Dass die Senatsmeinung zu befremdlichen Ergebnissen führt, soll durch eine kurze Berechnung am Fallbeispiel deutlich gemacht werden.

Leider wird der genaue Valutastand aus den Gründen der Erkenntnisse nicht deutlich. Kläger und Beklagte gehen (naturgemäß) von unterschiedlichen Beträgen aus. Bei Kündigung im März 2002 belief sich die Forderung wohl auf EUR 581.573,04⁹⁴, im Jahr 2008 auf mindestens \approx 782.491,23. Jedenfalls ist dies dem Vortrag der Klägerin⁹⁵ und der Feststellung des Landgerichts zu entnehmen. Nach Behauptung der Beklagten belief sich die schuldrechtliche Forderung im Jahr 2008 auf € 920.325,38⁹⁶. Zwischen diesen Positionen

89 OLG Celle WM 2009, 1185, 1190.

90 BGH, (Fn 3) Rn 36.

91 Auch der berechnete Hinweis Kessal-Wulfs (FS Nobbe, 2009, 350, 364), die in Bezug genomme Entscheidung sei insoweit missverständlich, bleibt unbeachtet.

92 Vgl. nur Reifner, BKR 2008, 142, 147; Deubner, JuS 2008, 586 ff; Freitag, WM 2008, 1813, 1814 Text zu Fn 10; André Meyer, WM 2010, 58, 60; Prütting, FS Medicus, 2009, 333, 342 f; Fridgen, WM 2008, 1862, 1867 f; Domke/Sperlich, BB 2008, 342, 345 f; J.A. Dieckmann, NZM 2008, 865, 872; Kessler, WM 2011, 486, 493 Fn 51. Zurückhaltender aber Fest, ZfIR 2008, 657, 659.

93 Es liegt auch kein „Paketverkauf“ vor, sondern es werden nur Forderungen gegen einen Hauptschuldner veräußert.

94 BGH, (Fn 3) Rn 3.

95 S. OLG Celle WM 2009, 1185, 1186 (rechte Spalte, vierter Absatz) sowie 1187 (linke Spalte unter I am Ende).

96 Vgl. OLG Celle WM 2009, 1185, 1187 (linke Spalte oben).

mag die Wahrheit liegen. Wie dem auch sei: Zusammen mit der Restforderung war von der Bank die Sicherungsgrundschuld in Höhe von insgesamt ca. € 3.144.445,03 (Stand 2004) übertragen worden. Durch künftig entstehende Zinsen war klar, dass sie noch weiter ansteigen würde. Bei der Drittzession 2008 stand die Grundschuld bei ca. € 3.733.453,27, am Tag des Revisionsurteils (30.03.2010) bei 4.027.957,39.

Was kann nun die Beklagte aus der Versteigerung erwarten? Als Grundschuldwerber steht sie bei einem guten Versteigerungsergebnis blendend da. Dies zeigt die Berechnung am Fall:

Der Gläubiger erhält € 920.325,38 Kapital und € 46.016,27 Nebenleistung. Alle bis Ende 2004 fällig gewordenen Zinsen sind verjährt⁹⁷. Die Zinsen für die Jahre 2004⁹⁸ bis einschliesslich 2009 sind dagegen nicht verjährt. Erfolgte der Zuschlag im Rahmen der Versteigerung noch im Jahr 2010, stünden der Beklagten also Zinsen für sechs Jahre zu. Reicht der Erlös aus, erhält sie zusätzlich zu Kapital und Nebenleistung € 883.512,36 an Zins.

In der Summe macht das € 1.849.854,01.

Diesen Betrag soll der Gläubiger behalten dürfen? Selbst wenn man den Vortrag der Beklagten als zutreffend annimmt, und den schuldrechtlichen Anspruch auf € 920.325,38 bemisst, wäre der Übererlös noch enorm. Der Gläubiger könnte über € 924.927,01 mehr aus der Verwertung der Sicherheit erlangen und behalten als aus dem Hauptrecht geschuldet. Anders gerechnet: Er erhält mehr als das Doppelte (!) zugeteilt als die Hauptforderung beträgt. Kann das richtig sein? Nein.

cc) Kritik

Die Annahme des gutgläubig einredefreien Erwerbs der Grundschuld ist hier richtiger Ansicht nach abzulehnen. Denn aus der Grundschuldurkunde selbst geht nicht nur der Sicherungscharakter des Rechts hervor - die Zweckerklärung war ja mit beurkundet. Sondern aus der Urkunde wird auch unmittelbar klar, dass die Grundschuld nur mit den gesicherten Forderungen und in zu ihnen angemessenen Verhältnis (!) übertragen werden darf. Ein angemessenes Verhältnis liegt bei Übertragung einer Grundschuld im Betrag von ca. € 3.733.453,27 bei Zession einer Forderung von vielleicht € 920.325,38 offensichtlich nicht vor. Von all dem hat die Beklagte Kenntnis. Denn sie hatte ja die vollstreckbare Ausfertigung erhalten. Wer eine Forderung zusammen mit der sie sichernden Grundschuld erwirbt, ist nicht gutgläubig, dass die Grundschuld keiner Sicherungsbindung unterliegt.

Jedenfalls soweit die Abtretung von Forderung und Grundschuld an denselben Gläubiger erfolgt, kann die Rechtsprechung von BGHZ 59, 1 nicht aufrechterhalten bleiben.

97 BGH, (Fn 3) Rn 45.
98 Für 2004 sind die Zinsen am ersten Werktag von 2005 fällig geworden (BGH, (Fn 3) Rn 45 am Ende); sie zählen also mit.

b) Keine Wiedereinführung der lex Anastasiana

Hier soll keiner Wiedereinführung der *lex Anastasiana* des römischen Rechts⁹⁹ (und einiger deutscher Partikularrechte¹⁰⁰) das Wort geredet werden. Dennoch kann ein Hinweis auf sie die Interessenlage verdeutlichen. Die *lex Anastasiana* beabsichtigte Schuldnerschutz vor nachteiligen Folgen eines Gläubigerwechsels. Insofern hat sie die gleiche Zielrichtung wie einige Regeln des Risikobegrenzungsgesetzes und wie die Nebenbemerkung in der BGH-Entscheidung. Die *lex Anastasiana* begrenzte den Betrag, den ein Forderungskäufer vom Schuldner verlangen konnte, durch den bezahlten Kaufpreis. Wer eine *actio* in Höhe von 10.000,00 Währungseinheiten (WE) für 9.000,00 WE kaufte, konnte nach der *lex Anastasiana* vom *debitor cessus* nur 9.000,00 WE verlangen. So nahm man dem – in Zeiten der Personalexekution – verpönten Kauf einer Forderung den wirtschaftlichen Anreiz.

Hierzu muss und soll man nicht zurückkehren. Aber dass die Verwertung der Sicherheit keinen über die Hauptforderung (zuzüglich Verzugschaden, Rechtsverfolgungskosten und gesetzlichen Zins) hinausgehenden Gewinn beim Käufer der Forderung ergeben kann, das sollte eigentlich nicht Streitig sein.

Wer eine Forderung in Höhe von 10.000,00 WE kauft und sie zusammen mit einer Sicherungsgrundschuld über 15.000,00 WE erwirbt, sollte aus einem etwaigen Erlös jedenfalls nicht mehr als die 10.000,00 WE der Hauptforderung erhalten. Wird die Grundschuld verwertet und ergibt die Versteigerung einen Erlös von 15.000,00 WE für sie, ist nicht ersichtlich, warum der Differenzbetrag von 5.000,00 dem Gläubiger zustehen sollte.

Der Übererlös steht bei der Grundschuld primär dem Eigentümer als Treugeber zu. Aber auch sonstige Gläubiger des Eigentümers haben ein berechtigtes Interesse daran, dass der Übererlös nicht ohne Gegenleistung „abwandert“. Ihnen muss möglich sein, auf den Erlösanteil zuzugreifen, um ihre Forderungen ggf. mit ihm zu befriedigen.

c) Gutgläubig einredefreier Erwerb von Zinsen und Nebenleistung trotz §§ 1158, 1159, 1192 Abs. 2 BGB?

99 C. 4, 35, 22; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990/1996, S. 66; HK-Christian Hattenhauer, 2007, §§ 398 – 413 Rn 33, 39; vgl. den Fall RGZ 14, 235 (1885). Für Forderungen aus Handelsgeschäften hat Artikel 299 ADHGB die Spielarten der *lex Anastasiana* beseitigt, vgl. Staub, *Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, 3. und 4. Auflage 1896, Art. 299 § 1; RGZ 14, 235, 237.
100 Noch im Code Civil und im Badischen Landrecht findet sich ein Überbleibsel der *lex Anastasiana*. Nach Landrechtssatz 1699 kann sich der Schuldner eines strittigen Rechts, das einem Andern verkauft worden ist, gegen den Rechtsnehmer dadurch frei machen, dass er ihm den bezahlten Preis des Übertrags mit den übrigen redlichen und gesetzmäßigen Kosten und mit den Zinsen von dem Tag an vergütet, da der Übernehmer den Preis des ihm geschehenen Übertrags gezahlt hat. Vgl. nur Behagel, *Das Badische bürgerliche Recht und der Code Napoléon*, Zweiter Band, 2. Auflage, 1876, § 216; Zachariä von Lingenthal, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, herausgegeben von Sigismund Puchelt, Zweiter Band, 6. Auflage, 1875, § 359 III, S. 509 f.

Noch aus einem anderen Grund ist die Entscheidung hinsichtlich des gutgläubig einredefreien Erwerbs fehlerbehaftet. Der Senat wendet für die Zinsen und Nebenleistung die Vorschriften von §§ 1158 und 1159 BGB nicht an. Diese gelten aber unstreitig über § 1192 Abs. 2 BGB auch für die Grundschuld¹⁰¹. Die Vorschriften erhalten dem Eigentümer die Einreden auch gegenüber dem Zessionar. Sie sehen für den gutgläubigen Erwerb der Nebenleistungen andere Regeln vor als für das Kapital.

Das Abtretungsregime bei Zinsen und sonstigen Nebenleistungen ist kompliziert. Die Regeln variieren je nach Zeitpunkt der Fälligkeit. Es sind drei Varianten zu unterscheiden¹⁰².

Erstens: Zinsen/Nebenleistung sind bei Abtretung *fällig*, also rückständig, dann gilt § 1159 BGB. Der öffentliche Glaube ist ausgeschlossen, §§ 1156, 1157 und 892 BGB gelten nicht. Zweitens: Zinsen/Nebenleistung sind in dem Quartal fällig, in dem der Eigentümer Kenntnis von der Abtretung hat, oder sie werden es im folgenden Quartal, dann gilt § 1158 BGB. Einwendungen nach §§ 404, 1157 BGB bleiben bestehen, § 892 BGB gilt nicht. Drittens: Zinsen/Nebenleistung werden später als im ersten Quartal nach Kenntnis fällig; dann gelten die allgemeinen Regeln.

aa) Gutgläubig einredefreier Erwerb der (künftigen) „Quartalszinsen“ trotz §§ 1158, 1192 Abs. 2 BGB?

Der Gutgläubensschutz des Grundschuldzessionars für die im laufenden oder dem der Abtretung nachfolgenden Quartal (künftig) fällig werdenden Zinsen ist nach § 1158 BGB eingeschränkt. Danach finden auf das Rechtsverhältnis von Eigentümer und Erwerber §§ 406 bis 408 BGB Anwendung. Gegen Einwendungen nach §§ 404, 406 bis 408, 1157 BGB kann sich der neue Gläubiger nicht auf § 892 BGB berufen¹⁰³. Wann der Eigentümer hier von den Abtretungen Kenntnis erlangte, ist unklar. Allerdings wird er vom Grundbuchamt über die Eintragung der Abtretung der Grundschuld benachrichtigt. So ist naheliegend, dass die Zinsen für 2007, die Anfang Januar 2008 fällig wurden, einredebehaftet blieben. Insoweit hätte die Zwangsversteigerung für unzulässig erklärt werden müssen.

bb) Gutgläubig einredefreier Erwerb der rückständigen Zinsen und Nebenleistungen trotz §§ 1159, 1192 Abs. 2 BGB?

Nach § 1159 Absatz 1 BGB bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften, soweit die Forderung auf Rückstände

von Zinsen oder anderen Nebenleistungen gerichtet ist. Nach § 1159 Absatz 2 BGB finden § 892 BGB auf die im Absatz 1 bezeichneten Ansprüche keine Anwendung. Der Eigentümerschutz überdeckt hier den Gutgläubensschutz. §§ 1156, 1157 BGB sind nicht anwendbar, sondern §§ 404 ff BGB¹⁰⁴.

Einreden des Eigentümers gegen die rückständigen Zinsen und gegen die rückständige Nebenleistung konnten also nicht durch den „guten Glauben“ des Erwerbers verloren gehen. Dass den Zinsen und der Nebenleistung die Einrede der fehlenden Valutierung aus dem Sicherungsvertrag entgegen zu halten war, ist wohl unstreitig. Denn schon der Kapitalbetrag der Grundschuld deckte die offenen Forderungen ab, die Nebenleistungen waren nicht zur Deckung erforderlich. Auch die Einrede aus § 1169 BGB war erfüllt.

Die Nebenleistung ist sicher nach § 1159 BGB einredebehaftet, ein gutgläubiger einredefreier Erwerb von Gesetzes wegen ausgeschlossen.

Zweifelhaft ist allein, ob § 1159 BGB hier auch für die rückständigen Zinsen gilt, also für jene, die bis Anfang Januar 2007 fällig wurden. Dem reinen Wortlaut nach ist das zu bejahen. Denn die bis Januar 2007 fällig gewordenen Zinsen sind bei Übertragung an die Beklagte rückständig. Unzweifelhaft wäre das richtig, wenn die Beklagte die Grundschuld direkt von der Volksbank erworben hätte.

Wegen der Kette von drei Abtretungen ist aber zu erwägen, ob anderes gilt¹⁰⁵. Denn soweit die B-GbR (die Zweitzedentin) und W. (die Drittzedentin) Zinsen ihrerseits gutgläubig erworben haben, hätte sie die Beklagte wohl auch einredefrei erworben. Indes erwarb die Zweitzedentin die Zinsen für 2004 nach § 1158 BGB einredebehaftet, die zuvor fälligen nach §§ 1159 BGB einredebehaftet. Die Zweitzedentin wiederum erwarb die Zinsen für 2005 nach § 1158 BGB einredebehaftet.

Folgt man der Senatsmeinung, erwarb die Zweitzedentin W. allerdings die Zinsen für 2006 einredefrei nach den allgemeinen Regeln von §§ 1156, 1157, 1192 Abs. 1 BGB¹⁰⁶. Wenn man den Grundsatz anwendet, dass einmal einredefrei Erworbenes auch bei Weiterveräußerung einredefrei bleibt¹⁰⁷, wären die Zinsen für 2006 durchsetzbar gewesen.

Im konkreten Fall würde die hier vertretene Auffassung aber den guten Glauben von vorneherein verneinen.

cc) Zusammenfassung und Kritik

Es ergibt sich folgendes Bild: die Nebenleistung von 5 % ist einredebehaftet, ebenso die Zinsen für die Jahre bis 2005

101 U. Huber, FS Serick, 1992, 232 ff; Palandt-Bassenge, 70. Auflage 2011, § 1192 Rn 5. Für § 1158: Soergel-Konzen, 13. Auflage 2001, § 1158 Rn1; Erman-Wenzel, 12. Auflage, 2008, § 1158 Rn 6; MK-Eickmann, 5. Auflage 2009, § 1158 Rn 12; für § 1159: Soergel-Konzen, 13. Auflage 2001, § 1159 Rn 1 a.E., 3; Erman-Wenzel, 12. Auflage, 2008, § 1159 Rn 4; MK-Eickmann, 5. Auflage 2009, § 1159 Rn 26.

102 U. Huber, FS Serick, 1992, 232 ff.

103 U. Huber, FS Serick, 1992, 195, 234, 236, 239.

104 U. Huber, FS Serick, 1992, 195, 232 f, 239, Soergel-Konzen, 13. Auflage 2001, § 1159 Rn 3.

105 Für den Hinweis auf dies Problem ist der Verf. Herrn Dr. Clemens Clemente, München, dankbar.

106 Zu der Anwendung bei später fällig werdenden Zinsen U. Huber, FS Serick, 1992, 195, 233 ff; Soergel-Konzen, 13. Auflage 2001, § 1158 Rn 2.

107 BGH WM 2001, 453; Kessal-Wulf, FS Nobbe, 2009, 350, 364; Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Auflage 2008, Rn 747.

und 2007. Der BGH müßte/könnte die Zinsen für 2006 „zusprechen“, die richtige Auffassung würde auch diese mit einer Einrede hemmen.

Konsequenter Weise hätte der Senat die Zwangsvollstreckung auch wegen der Nebenleistung, wegen der bis Januar 2006 fällig werdenden und wegen der im Januar 2008 fällig werdenden Zinsen für unzulässig erklären müssen. Nur für die im Januar 2007 fällig werdenden Zinsen und jene künftigen, die ab Januar 2009 fällig wurden, wäre die Klage abzuweisen gewesen.

Auch wenn das nach dem Gesetz die richtige Auffassung ist, verbleibt ein Unbehagen. Denn diese Differenzierungen sind nahe an der Grenze dessen, was man nachvollziehen kann.

Einerseits überrascht die Nichtanwendung von §§ 1158, 1159 BGB nicht. Denn die Grundschuldzinsen sind funktional mit den Darlehens- und Hypothekenzinsen nicht vergleichbar. Sie stellen keine Gegenleistung für die Kapitalüberlassung dar wie die Zinsen nach § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB (welche wiederum von den Hypothekenzinsen gesichert werden). Vielmehr sind sie abstrakt von den Zinsen der gesicherten Hauptforderung. Nach dem Sicherungsvertrag fungieren die Grundschuldzinsen regelmäßig auch als Absicherung des Darlehenskapitals¹⁰⁸. Funktional sind sie also abstraktes Sicherungsmittel wie das Grundschuldkapital auch. Insofern erscheint das Versehen naheliegend und in gewisser Weise konsequent. Warum sollte für die Zinsen etwas anderes gelten als für das Kapital?

Andererseits erweist sich die Nichtbeachtung der speziellen Eigentümerschutzregeln hinsichtlich Nebenleistung und Zins als rechtsfehlerhaft. Schließlich differenziert das BGB in den §§ 1158, 1159, 1192 Abs. 2 BGB.

Der BGH hätte die Zwangsvollstreckung auch wegen der Nebenleistung und wegen der meisten Zinsen für unzulässig erklären müssen. Das sind keine Marginalien. Der Unterschied bei Erlösverteilung macht mindestens € 487.772,45 aus¹⁰⁹.

d) Zusammenfassung zum Risiko der Abstraktheit

Im Hinblick auf das Risiko der Abstraktheit der Grundschuld bei Gläubigerwechsel bleibt die Hauptentscheidung hinter dem nötigen Eigentümerschutz zurück. Und dies sogar in doppelter Hinsicht. Die Nichtanwendung der schuldnerschützenden Sonderregeln der §§ 1158, 1159, 1192 Abs. 2 BGB für die Nebenleistungen ist das eine unverständliche Detail. Das Festhalten an den Rechtsprechungsregeln für den gutgläubig einredefreien Erwerb ist aber auch für das Kapital der Grundschuld unangemessen.

VII. Kritik der Entscheidung II – Dogmatische Fragen der „zentralen“ Nebenbemerkung, oder: Was gewinnt der Eigentümer?

Nach Überprüfung der Stimmigkeit der tragenden Gründe für die Entscheidung soll nun die Aufmerksamkeit auf die zentrale Nebenbemerkung des Erkenntnisses gerichtet werden.

1. Unterwerfung „wegen aller Ansprüche an Kapital, Zinsen und Nebenleistung“ als mehrdeutige Klausel?

Der Senat erklärt die Klausel hinsichtlich der Zwangsvollstreckungsunterwerfung für mehrdeutig. Er legt sie in der Weise aus, dass die Zwangsvollstreckungsunterwerfung nur für eine treuhänderisch gebundene Grundschuld gelte. Diese Auslegung durch den XI. Zivilsenat ist neu¹¹⁰. Im Gesetz findet sie keine Grundlage¹¹¹. Im Schrifttum ist sie in dieser Weise zuvor noch nicht vertreten worden¹¹². In der bisherigen Rechtsprechung findet sie keine Stütze¹¹³. Bei Fällen mit Titelumtschreibung nach Abtretung ist eine vergleichbare Argumentation noch nicht einmal angedeutet worden. Exemplarisch kann man das vom XI. Senat in der vorliegenden Entscheidung zitierte Urteil vom 16. Januar 2001 (BGH WM 2001, 453) heranziehen. Auch hier war nach mehrfacher Abtretung der vollstreckbaren Grundschuld die Umschreibung des Titels erfolgt. Diese Entscheidung enthält keinen Hinweis darauf, die Zulässigkeit der Titelumtschreibung zu hinterfragen.

Schon die Feststellung der fehlenden Eindeutigkeit der Klausel ist überraschend. Zur Erinnerung: Die Schuldnerin unterwarf sich in der Urkunde

“wegen aller Ansprüche an Kapital, Zinsen und Nebenleistung, welche der Gläubigerin aus der Grundschuld zustehen”

der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr belastetes Grundeigentum¹¹⁴. Sehr viel deutlicher und sehr viel eindeutiger kann kaum ausgedrückt werden, dass alle Ansprüche von der Titulierung umfasst sind. Folgt man dagegen der Senatsmeinung, kann der Rechtsnachfolger der Grundschuld die Umschreibung der Klausel nur erreichen, wenn er auch in den Sicherungsvertrag eintritt.

Im übrigen fragt sich, warum überhaupt einem anderen als dem Ursprungsgläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden darf, wenn sich – wie der Senat meint¹¹⁵ – schon aus dem Wortlaut ergibt, dass mit „Gläubigerin“ ausschließlich die Zedentin gemeint sei¹¹⁶.

108 Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Auflage 2008, Rn 62 und 355 ff.
109 € 46.016,27 Nebenleistung und drei Mal Zins á € 147.252,06.

110 Vgl. die deutlichen Worte bei Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322.
111 Skauradszun, MDR 2010, 845, 846. Von „bewußtem Vorbeimanövrieren am klaren Gesetzeswortlaut und klaren Willen des Gesetzgebers“ spricht Stürner, JZ 2010, 774, 777 (zu 2. am Ende).
112 Eine noch weitergehende Einschränkung des Sinns der Erklärung findet sich bei Knops, WM 2008, 2185, der ein konkludentes Abtretungsverbot nach § 399 BGB annimmt.
113 Auch mit BGH NJW 2008, 3208 ist sie wohl nicht vereinbar, vgl. zutreffend Zimmer, NotBZ 2010, 263, 271.
114 BGH (Fn 3) Rn 2.
115 BGH, (Fn 3) Rn 21.
116 Vgl. den Hinweis von Clemente, ZfIR 2010, 441, 446 f.

2. Trennbarkeit von materiellrechtlichem Anspruch und verfahrensrechtlichem Durchsetzungsmittel?

Selbst wenn man die behauptete Mehrdeutigkeit der Klausel konzidiert, ist doch zweifelhaft, ob die Auslegung mit dem Verständnis der Grundschuld als abstraktem Recht vereinbar ist. So entspricht es der h.M.¹¹⁷ und der Rechtsprechung des BGH¹¹⁸, dass die Eintragung der Grundschuld im Grundbuch als „Sicherungsgrundschuld“ unzulässig ist. Die *Widmung* als Sicherungsrecht wird nicht Inhalt des dinglichen Rechts. Warum ausgerechnet bei der Auslegung der Unterwerfungserklärung hiervon abgewichen werden soll, ist nicht dargetan.

Verallgemeinerte man den Ansatz, müsste man wohl konsequenter Weise dazu kommen, dass der Eigentümer auch *dinglich* nur ein treuhänderisch gebundenes Recht bestellt. Denn wenn der Eigentümer schon die rein verfahrensrechtliche Unterwerfungserklärung nur im Hinblick auf eine fiduziarische Bindung abgeben will, so will er erst recht den Anspruch aus §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB überhaupt nur als treuhänderisch gebundenen gewähren. Dann könnte er auch nur den so gebundenen Anspruch zedieren.

Diese Konsequenz zieht der Senat indes nicht. Im Gegenteil führt er ausdrücklich aus, die Bindung an den Sicherungscharakter der Grundschuld entfallende bei Abtretung ohne Übernahme der Pflichten aus dem Sicherungsvertrag durch den Neugläubiger. Es ist widersprüchlich, wenn der Senat zwar einerseits einem „vom Sicherungscharakter der Grundschuld losgelöste[n] Verständnis der Vollstreckungsunterwerfung“¹¹⁹ eine Absage erteilt, im selben Zusammenhang aber andererseits ausführt, der gutgläubige Erwerber der Grundschuld könne „in rechtlich zulässiger Weise den vollen Grundschuldbetrag geltend machen, unabhängig davon, ob und in welcher Höhe die gesicherte Forderung besteht.“¹²⁰. Einerseits dem Neugläubiger zu bestätigen, er könne Rechte ohne Rücksicht auf Treubindung geltend machen, ihm aber andererseits das Mittel der initiativen Geltendmachung eben dieser Rechte aus der Hand zu nehmen, ist ein Widerspruch.

Auch die Ausführung, die Beklagte sei nicht Rechtsnachfolger hinsichtlich des titulierten Anspruchs im Sinne des § 727 Abs. 1 ZPO geworden¹²¹, ist mindestens missverständlich¹²². Dass die Beklagte den dinglichen Anspruch nach §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB erworben hat, hat das Gericht gerade selber festgestellt. Für den Anspruch, der tituliert ist, ist die Beklagte natürlich Rechtsnachfolgerin geworden. Nur dies entspricht i.Ü. auch der Wertung von § 401 BGB und § 727 ZPO, nach welchen die Nebenrechte der Forderung bei Abtretung mit übertragen werden. Nebenrecht ist auch der für den Anspruch bestehende Titel.

Richtigere Ansicht nach ist die Zwangsvollstreckungsunterwerfung hinsichtlich des Duldungsanspruchs nicht von der materiellrechtlichen Inhaberschaft der Grundschuld zu trennen.

3. Schutz vor dem Risiko der Zwangsvollstreckungsunterwerfung: Die Verwertung geht zu schnell?

Wenn man davon ausgeht, dass die Nebenbemerkung der Entscheidung Schuldnerschutz bezweckt, indem sie das Mißbrauchsrisiko verringert, fragt sich, ob sie in der Tat zu erhöhtem Schuldnerschutz führt. In Bezug auf die beiden Hauptrisiken wird man das differenziert zu beantworten haben.

a) Die initiative Durchsetzung des Rechts: Zwangsvollstreckung durch den Neugläubiger

Der BGH macht die Titelum-schreibung vom Nachweis des Eintritts in den Sicherungsvertrag in der Form der öffentlichen Urkunde (§ 726 ZPO) abhängig. Für die *initiative* Durchsetzung des Duldungsanspruchs nach §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB braucht der Gläubiger einen Titel. Fehlt es wie hier an der Übernahme der Pflichten aus dem Sicherungsvertrag, kann der Titel nicht mehr umgeschrieben werden. Damit ist die Inanspruchnahme in der Tat verlangsamt. Insofern nimmt die Entscheidung „Tempo“ aus der Verwertung. Wenn man die Nachweishürde hochlegt und auch die öffentlich beglaubigte Erklärung des Eigentümers als Vertragspartners des Sicherungsvertrags verlangt, kann er durch deren Verweigerung die Umschreibung verzögern. Damit verzögert sich auch die Verwertung. Insofern scheint die Entscheidung „effektiv“ zu sein. Allerdings ist in Erinnerung zu bringen, dass im vorliegenden Fall von einer zu schnellen Geltendmachung der Grundschuld in keiner Weise die Rede sein konnte. Wenn der Schuldner nach einer Stundung durch Vergleich im Jahr 2000 mit den Zahlungen im Jahr 2002 erneut in Verzug gerät und damit den Sicherungsfall auslöst, die Zwangsvollstreckung aber erst im Jahr 2008 eingeleitet wird, kann man vernünftiger Weise nicht von Überstürzung sprechen.

Der Spötter könnte konstatieren, dass die Entscheidung das Risiko verringern hilft, welches sich im Fall gerade nicht realisiert hat.

b) Alternative Duldungsklage und Aufforderung zur Abgabe einer Unterwerfungserklärung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO

Abgesehen davon darf nicht übersehen werden, dass die Versagung der Titelum-schreibung nur eine Zwischenlösung ist. Denn wenn der Neugläubiger den gutgläubig einrede-freien Erwerb ohne Restriktion in Anspruch nehmen will, ist er durch den BGH nicht gehindert. Der Neugläubiger kann schlicht kurz und bündig im Urkundsprozess den Duldungsanspruch titulieren lassen, wenn ihm die Umschreibung des bestehenden Titels versagt wird. Von Wolfsteiner ist daher konstatiert worden, die Entscheidung bringe dem Schuldner wenig¹²³. Das ist einerseits richtig. Andererseits ist die Situa-

117 Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Auflage 2008, Rn 141; Palandt-Bassenge, 70. Auflage 2011, § 1191 Rn 13.

118 Vgl. nur BGH NJW 1986, 53.

119 BGH, (Fn 3) Rn 36.

120 BGH, (Fn 3) Rn 36.

121 BGH, (Fn 3) Rn 24.

122 Kritisch auch Kessler, WM 2011, 486, 487; Stürner, JZ 2010, 774, 776.

123 Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322. Ähnlich Kessler, WM 2011, 486, 487.

tion sogar noch befremdlicher. Versagt man tatsächlich dem Abtretungsempfänger die Titelumschreibung, so ist er doch gut beraten, den Eigentümer nicht gleich auf Duldung zu verklagen. Vielmehr sollte er ihn vor Klageerhebung zur Abgabe einer *Unterwerfungserklärung* nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO beim Notar auffordern. Warum dies? Diese Art der Titulierung ist erheblich kostengünstiger als jene im gerichtlichen Erkenntnisverfahren. Versäumt der Gläubiger nun diese Aufforderung und erkennt der Eigentümer den Anspruch im Duldungsprozess an, trägt der Neugläubiger die Kosten gemäß § 93 ZPO¹²⁴.

Hier muss man sich ernsthaft fragen: Ist es wirklich sinnvoll, dem Gläubiger einen existenten Titel für seinen Anspruch vorzuenthalten, ihn aber zugleich anzuhalten, den Eigentümer aufzufordern, einen neuen inhaltsgleichen Titel beim Notar erstellen zu lassen? Sicher nicht.

c) *Geltendmachung der Grundsuld bei Betreibung der Zwangsvollstreckung durch einen Dritten*

Ineffizient ist das Erfordernis des Eintritts in den Sicherungsvertrag, wenn ein anderer Gläubiger die Versteigerung betreibt. Hier erfolgt die Geltendmachung der Grundsuld des Zessionars im Rahmen des Verfahrens, ohne dass er eines Titels bedürfte. Betreibt ein vorrangig berechtigter Gläubiger das Verfahren, wird das abgetretene Grundpfandrecht ohne Rücksicht auf einen Titel bedient. Deckt der Erlös auch Kapital, Nebenleistung und Zins des nachrangigen Rechts, wird der Erlös an den Zessionar ausgekehrt.

Gleiches gilt, wenn ein nachrangiger Gläubiger die Vollstreckung betreibt. Die Zinsen des vorrangigen Rechts werden bezahlt, das Kapital bleibt bestehen. Ein Titel ist nicht erforderlich.

In diesen Konstellationen bringt die in der Nebenbemerkung begründete Auffassung dem Eigentümer keinerlei Vorteil.

4. Schutz vor dem Risiko der Abstraktheit: Der Gläubiger erhält zu viel

Bringt die neue Rechtsansicht dem Eigentümer in Bezug auf das zweite Hauptrisiko etwas? Bewahrt sie ihn davor, dass der Gläubiger zu viel erhält? Ja und nein. Nur wenn der Neugläubiger die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag tatsächlich übernimmt (durch den „Eintritt“ in ihn), und die Einreden aus ihm anerkennt, ist sichergestellt, dass die Valutierung der Hauptforderung entscheidend ist. Der renditefreudige Erwerber wird indes den Eintritt meiden. Dies zeigt der Fall gut. So versagt der beabsichtigte Schuldnerschutz¹²⁵. Wie dargelegt¹²⁶ macht der Unterschied mehr als das Doppelte des Darlehensanspruchs aus. Effektiver

124 Stein-Jonas-Bork, 22. Auflage, 2004, § 93 Rn 23; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Auflage 2004, § 84 Rn 24; OLG Marienwerder OLG 1, 259, 260 f; OLG München, NJW 1968, 556, 557; OLG München, OLGZ 1984, 248, 249 f; OLG Karlsruhe, MDR 1961, 939; OLG Karlsruhe OLGZ 1987, 250 f; anders OLG Köln, NJW 1977, 256 f.

125 Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322; Kessler, WM 2011, 486, 487.

126 Vgl. oben VI. 4.

Schuldnerschutz sieht anders aus.

Auch im Hinblick auf das zweite Hauptrisiko bringt die Nebenbemerkung dem Eigentümer nicht viel.

5. Anwendbarkeit der Entscheidung bei anderen Konstellationen

Nur überblicksartig soll darauf eingegangen werden, ob das neu entwickelte Erfordernis des Eintritts in den Sicherungsvertrag für die Titelumschreibung bei anderen Konstellationen sinnvoll ist. Man wird das oftmals verneinen müssen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit ist jedenfalls in den folgenden in der Gestaltungs- und sonstigen Praxis typischen Falllagen ein Gewinn durch BGHZ 185, 133 zu verneinen.

a) *Grundsuldabtretung auf Verlangen des Eigentümers (Umschuldung, Neuvaluierung)*

Wie bereits von Stürner angemerkt¹²⁷, wäre die Anwendung der Grundsätze bei der Abtretung der Grundsuld an eine andere Bank auf Erfordern des Eigentümers zum Zweck der Neuvaluierung sinnfrei. Tritt die alte Bank nach Auslaufen der Zinsbindung auf Verlangen des Eigentümers die Grundsuld an die neue Bank zur Absicherung des neuen Darlehens ab, wäre es absurd, von der neuen Bank den Eintritt in den alten Sicherungsvertrag zu verlangen.

b) *Dingliche Übernahme der Grundsuld bei Abtretung an Bank des Käufers*

Gleiches gilt bei rein dinglicher „Übernahme“ einer Grundsuld durch den Grundstückserwerber im Rahmen eines Kaufs, die mit Abtretung verbunden ist. Hier wird die Grundsuld der Verkäuferbank an die Käuferbank abgetreten. Sie soll das Darlehen des Käufers absichern. Natürlich will die Käuferbank nicht in den Sicherungsvertrag zwischen Verkäufer und dessen Bank eintreten. Und natürlich will das auch der Käufer nicht. Das zu verlangen, wäre auch unsinnig. Soll aber dann die Titelumschreibung versagt werden? Nimmt man den Senat ernst, wäre das zu bejahen.

c) *Schicksal der vorrangigen Grundsuld bei Zuschlag in der Zwangsversteigerung*

Wie wenig stringent die Erwägungen des XI. Zivilsenats sind, zeigt auch, dass sie in anderen Fallkonstellationen zu einem merkwürdigen Ergebnis führen müssten.

Im Grundbuch sind zu Lasten des Grundstücks Flurstücknummer 1234 des Eigentümers/Hauptschuldners E zwei Grundsulden eingetragen (Abt. III Nr.1 Euro 100.000,00 zzgl. Zins und Nebenleistung für Sparkasse X; Abt. III Nr. 2 Euro 200.000 zzgl. Zins und Nebenleistung für Bank Y).

127 Stürner, JZ 2010, 774, 778. Ähnlich Everts, NJW 2011, 567, 569.

Beide Rechte sind vollstreckbar gegen den jeweiligen Eigentümer (§ 800 ZPO).

Bank Y betreibt die Zwangsversteigerung. Ersteher Z erhält den Zuschlag und wird im Grundbuch als Eigentümer eingetragen. Für die Hauptsache bleibt das vorrangige Recht der X Abt. III Nr. 1 bestehen (die Zinsen erlöschen).

Die Sparkasse X hat noch offene Forderungen gegen E. Kann sie nun die Umschreibung des dinglichen Titels auf Schuldnerseite auf Z beantragen? Nimmt man den BGH ernst, so ginge das nicht ohne weiteres. Denn Z ist nicht in den Sicherungsvertrag eingetreten. Durch den Zuschlag hat er nur das Eigentum erworben. Die dingliche Haftung, §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB, trifft ihn zwar auch. Er wurde aber nicht auch Partei des Sicherungsvertrags. Eine § 566 Abs. 1 BGB vergleichbare Regel fehlt. Der Ersteher Z tut auch gut daran, nicht in den Vertrag zwischen der Sparkasse und E einzutreten. Nimmt man wirklich an, die Titelfunktion „klebe“ unveränderlich an dem Sicherungsvertrag, wäre die Titelumschreibung zu versagen. Es wäre nun sehr befremdlich, wenn die Sparkasse faktisch das Recht aus dem Titel verlöre – ohne daran etwas ändern zu können. Richtig sein kann das nicht. Mit der bisherigen Praxis ist das auch nicht vereinbar.

d) Zusammenfassung

Schon diese wenigen Beispiele zeigen, dass die im *obiter dictum* des Versäumnisurteils erwähnte Rechtsansicht zu nicht praktikablen und nicht akzeptablen Ergebnissen in vielen Fallkonstellationen der täglichen Praxis des Grundschulrechts führt.

VIII. Zusammenfassung

Wohl selten hat ein *obiter dictum* in einem Versäumnisurteil so viel Aufmerksamkeit erregt wie jenes im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30. März 2010. Die Überlegungen anlässlich dieser insofern einzigartigen Entscheidung können wie folgt zusammengefasst werden.

Die Entscheidung befasst sich vornehmlich mit der Situation des Eigentümers nach Abtretung einer vollstreckbaren Sicherungsgrundschuld. Die Risiken des Eigentümers will sie mindern. Vornehmlich zwei Risiken ist der Eigentümer ausgesetzt. Der Neugläubiger erhält aus der Verwertung *zu viel*. Und die Verwertung geht *zu schnell*. Was nun gewinnt der Eigentümer?

Das Gericht setzt sich nun mit der jüngst geballt aufgekommenen Kritik an der formularmäßigen Zwangsvollstreckungsunterwerfung auseinander. Diese betrifft letztlich die Gefahr des „es geht zu schnell“.

Der Senat bejaht die Angemessenheit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung hinsichtlich des Duldungsanspruchs in AGB auch bei Anerkennung der Abtretbarkeit von Darlehensforderung und Grundschuld. Damit bestätigt er die Auffassung der überwiegenden Literaturmeinung.

Im Ergebnis ist dem Senat auch zuzustimmen, in der Begründung nur zum Teil.

Die Ablehnung des Ansatzes des „Erkenntnisverfahren vor Vollstreckungsverfahren“ ist richtig. Im System der Vollstreckungstitel ist der freiwillig gewährte Titel dem Urteil gleichwertig. Erhöhte Rechtsschutzmöglichkeiten gewähren genügenden Schutz gegen Fehlverwendung.

Weite Teile der Begründung des Senats überzeugen dagegen nicht. Für diese Einschränkung gibt es zwei Gründe: Die Berufung des Senats auf Präzedenzfälle geht fehl. Darüber hinaus trägt ein wichtiger Teil der Begründung des Senats nicht. Beide Punkte hängen miteinander zusammen. Obgleich hier die *dingliche* Zwangsvollstreckungsunterwerfung für den Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz aus §§ 1147, 1192 Abs. 1 Abs. 1 BGB in Rede stand, „belegt“ der Senat seine Meinung mit acht (!) Urteilen, in denen jeweils die Zwangsvollstreckungsunterwerfung hinsichtlich des Zahlungsanspruchs aus dem *schuldrechtlichen* *Sicherungsschuldanerkenntnis* (§ 780 BGB) gestritten wurde. In den Belegfällen war das Anerkenntnis zwar bei Gelegenheit der Grundschuldbestellung abgegeben worden. Rechtlich sind Grundschuld und Anerkenntnis aber natürlich unabhängig voneinander. Dogmatisch sind das Sicherungsschuldanerkenntnis als atypisches Sicherungsrecht eigener Art und die Grundschuld als reine Realsicherheit auseinander zu halten. Der Senat tut das nicht hinreichend.

Wenn ausgeführt wird, die Zwangsvollstreckungsunterwerfung sei wegen des Interesses der Bank am raschen Zugriff auf das Schuldnervermögen bei Vermögensverfall anzuerkennen, gibt das für die *dingliche* Zwangsvollstreckungsunterwerfung nichts her. Es ist zwar richtig – gilt aber nur für das vollstreckbare Sicherungsschuldanerkenntnis. Mit ihm kann der Gläubiger schnell (weiteres) Vermögen pfänden oder bei Vermögensverschiebungen nach Anfechtungsrecht vorgehen.

Der *Hauptgrund*, warum die *dingliche* Zwangsvollstreckungsunterwerfung für den Gläubiger so wichtig ist, ist ein ganz anderer. Dieser Hauptgrund ergibt sich nur aus einer *funktionalen Analyse* der Zwangsvollstreckungsunterwerfung für das Sicherungsrecht Grundschuld. Diese Funktion ist Ermöglichung der Verwertung durch den Gläubiger im Sicherungsfall. Es geht nicht darum, dass der Gläubiger „raschen Zugriff“ bei Vermögensverfall des Schuldners hat, wie der Senat ausführt. Zugriff auf das Pfandobjekt hat er Gläubiger schon lange davor mit der Pfandrechtsbestellung. Es geht schlicht darum, das Recht im Sicherungsfall initiativ überhaupt durchsetzen zu können. Denn ohne Titel ist das Grundpfandrecht vom Gläubiger nicht selbst realisierbar. Erst durch die Existenz eines Titels steht der Gläubiger der Grundschuld so wie die anderen Gläubiger von Realsicherheiten von vorneherein stehen. Denn bei Mobiliarpfand, Sicherungsübertragung, Sicherungsabtretung sowie Vorbehaltseigentum können die Sicherungsnehmer ihre Sicherheit jeweils ohne weiteres realisieren.

Die Auslegung der angeblich mehrdeutigen Klausel, nach der

Titelgläubiger nur der sein könne, der durch „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ die treuhänderische Bindung der Grundschuld übernimmt, überzeugt nicht. Es fehlt genau genommen schon an der Mehrdeutigkeit der Klausel. Die Titelumschreibung bei Vorliegen der Rechtsnachfolge in den Anspruch aus §§ 1147, 1191 Abs. 1 BGB zu versagen, wenn der „Eintritt“ nicht vorliegt, ist kaum mit dem Gesetz vereinbar. Der materiellrechtliche Anspruch und das Mittel zu seiner verfahrensrechtlichen Durchsetzung können nicht voneinander getrennt werden.

Wie wenig überzeugend der Ansatz ist, zeigt das Ergebnis, wenn es am „Eintritt“ fehlt. Dann kann zwar der bestehende Titel nicht umgeschrieben werden. Der Neugläubiger ist aber gehalten, den Eigentümer zur Abgabe einer neuen und *inhaltsgleichen* Unterwerfungserklärung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO aufzufordern. Sonst bleibt er auf den Kosten der Duldungsklage „sitzen“, wenn der Eigentümer – der ja materiellrechtlich zur Duldung verpflichtet ist – den Anspruch anerkennt. Dies Ergebnis erscheint als kaum nachvollziehbar.

Schließlich überzeugt die Entscheidung hinsichtlich der materiellrechtlichen Hauptfrage nicht. Zum einen übersieht das Gericht schlicht die Sonderregeln der §§ 1158, 1159, 1192 Abs. 2 BGB und wendet auch auf Zins und Nebenleistung die allgemeinen Gutglaubensregeln an. Zum anderen - und unabhängig davon - bejaht der BGH zu Unrecht den gutgläubig einredefreien Erwerb der Grundschuld durch denjenigen Zessionar, der zugleich auch die gesicherte Forderung erwirbt. Dass die Beklagte bei Erwerb einer Forderung von viel-

leicht noch € 920.325,38, vielleicht auch nur € 782.491,23 einen Versteigerungserlös von € 1.849.854,01 einnehmen und behalten können soll, kann kaum für richtig gehalten werden. Wer eine Forderung kauft und die sie sichernde Grundschuld mit erwirbt, dem sollte aus dem Erlös der Sicherheit die Hauptforderung und Verzugsschaden ersetzt werden. Der Rest gebührt dem Eigentümer - und dessen sonstigen Gläubigern.

Die Anwendung der Grundsätze über den gutgläubig einredefreien Erwerb der Grundschuld nach „altem Recht“ beim Forderungsverkauf schädigen den Eigentümer und entziehen seinen sonstigen Gläubigern (etwa nachrangig gesicherten Grundpfandrechtsinhabern) Haftungsmasse, ohne dass es hierfür einen sachlichen Grund gäbe.

Die Nebenbemerkung in BGHZ 185, 133 wird die Praxis des Grundschuldrechts gravierend ändern. Besser gesagt: Sie tut es schon. Das Richterwort stellt sich neben die gesetzgeberischen Änderungen durch das (verunglückte) Risikobegrenzungs-gesetz. Eine gewisse Ironie der Rechtsentwicklung liegt darin, dass der Fall zum „alten“ Recht erging. Dennoch wirken die Erwägungen ins neue Recht hinein.

Die erheblichen Begründungsmängel, das Übergehen der §§ 1158, 1159, 1192 Abs. 2 BGB und die wenig überzeugenden Ergebnisse machen aber klar: Mit einer gelungenen richterlichen Rechtsfortbildung (wenn es denn eine war) hat man es nicht zu tun.

§ 727 ZPO als Verbraucherschutznorm?

Praktische Konsequenzen aus dem Urteil des BGH vom 30.3.2010 (XI ZR 200/09)

(von Lutz Milzer, Notar, Mannheim)

Der Hintergrund

Ein Gespenst ging um in Fernseh-Deutschlands Wirtschafts-magazinen¹: die Zwangsversteigerung von Omas Häuschen durch einen eiskalt vollstreckenden (anglo-amerikanischen) Finanzinvestor² nach gutgläubig einredefreiem Erwerb einer noch nicht vollstreckungsreifen oder sogar nicht mehr (vollständig) valutierenden Grundschuld. Mögen auch die berichteten Horrorszenerarien aufgrund journalistischer Zuspitzung teilweise übertrieben gewesen sein, so kann doch schwerlich bestritten werden, dass zum damaligen Zeitpunkt (2007/2008) international ein Markt für notleidende Immobiliarkredite entstanden war³, der auch von deutschen Kreditinstituten im Wege des dem Kunden erst bei Vollstreckung offengelegten Verkaufs gebündelter Immobiliarkredite genutzt wurde. Jedenfalls hat das Bundesjustizministerium mittels des zum 20. August 2008 bemerkenswert schnell in Kraft getretenen Risikobegrenzungsgesetzes die Geisteraustreibung übernommen. Als wichtigste Neuerung für den Grundschulden beurkundenden Notar enthält dieses die Ergänzung des § 1192 BGB um einen Absatz 1a, nach dem Einreden des Eigentümers aus der Zweckvereinbarung bei einer Sicherungsgrundschuld auch jedem Zessionar entgegengesetzt werden können.

Die Entscheidung

In die Phalanx der Exorzisten hat sich jüngst auch der BGH mit seiner viel publizierten und rezensierten Entscheidung vom 30.3.2010 eingereiht.⁴ Um diese richtig zu verstehen sei zunächst einmal deren Sachverhalt unter Rückgriff vor allem auf die Angaben im mit der Revision angegriffenen Berufungsurteil des OLG Celle⁵ in auf Gruseleffekte zielender, aufbereiteter Form dargestellt:

Die Vollstreckungsschuldnerin/Vollstreckungsgegenklägerin (offensichtlich eine GmbH, da im Urteilssachverhalt Geschäftsführer erwähnt sind) ist Eigentümerin eines Grundstücks, das zum Betrieb eines Alten- und Pflegeheimes verpachtet worden war. Auf diesem Grundstück wurde zur Besicherung eines entsprechenden Darlehens mit Sicherungszweckerklärung „Sicherung aller Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung“ eine Briefgrundschuld zu Gunsten der örtlichen Volksbank im Nennwert von DM 1.800.000,00 bestellt. In der Folgezeit wurde das Darlehensengagement der Klägerin bei der Volksbank notleidend,

worauf ein auch Forderungen der Volksbank gegen den Geschäftsführer der Klägerin und die Betreiber-GmbH des Alten- und Pflegeheimes einbeziehender Gesamtvergleich geschlossen wurde. Nachdem es erneut zu Zahlungsproblemen kam, wurde die Grundschuld nebst gesicherter Forderung aus dem Vergleich zunächst an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, von dieser an eine Privatperson (im Sachverhalt des Berufungsurteils „Frau We.“ genannt) und von dieser wiederum an die Vollstreckungsgegenbeklagte, mutmaßlich ein „Finanzinvestor“, abgetreten. In jedem Fall valutierte die Grundschuld zum Zeitpunkt des Berufungsurteils am 27.5.2009 wohl nur mit einem Betrag von 782.491,23 € (die Beklagte behauptet, die Forderung betrage € 920.325,38)⁶, was den Finanzinvestor – unterstellt es war wirklich einer- nicht davon abhielt, die Vollstreckung in Höhe von DM 1.800.000 (€ 920.325,38) nebst 16% Jahreszinsen und 5% einmaliger Nebenleistung zu betreiben und sich dabei auf einen gutgläubig einredefreien Erwerb der Grundschuld zu berufen.

In einer derartigen Konstellation dem Finanzinvestor Recht zu geben, fällt vom Amtsgericht bis zum Bundesgerichtshof jedem dem Gerechtigkeitsideal verpflichteten Richter schwer, und zwar auch dann wenn man – anders als das LG Hildesheim in der Ursprungsentscheidung in dieser Sache⁷ – keine gezielte Isolierung der Grundschuld von der gesicherten Forderung durch dreimalige Abtretung der Grundschuld unterstellen mag.⁸

Für eine im Gerechtigkeitsinne direkt zielführende Entscheidung ergaben sich für den BGH verschiedene Alternativen, die in der Zeit vor Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes von renommierten Bankrechtlern entwickelt und teilweise in der untergerichtlichen Rechtsprechung schon aufgegriffen worden waren.

So hätte der BGH entweder

- den Übergang der Vollstreckbarkeit einer Grundschuld auf den Grundschuldzessionar als überraschende Klausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB bewerten und einer abgetretenen, ursprünglich vollstreckbaren Grundschuld unter Beachtung des § 305c Abs. 2 BGB die Vollstreckbarkeit versagen können,⁹

1 Z.B. ARD, „Und plötzlich ist das Haus weg – wie Sparkassen die Kredite kleiner Leute verschern“, Erstaussstrahlung am 16.1.2008; ARD, Plusminus, Sendungen vom 20.11.2007 und vom 18.9.2007; ZDF, WISO, Sendung vom 17.9.2007.

2 Teilweise auch als Geierfonds bezeichnet, vgl. Reifner, BKR 2008, 142ff, 153.

3 Irgendwo mussten die assets in den erst später (nach der Finanzkrise) anrühlich gewordenen asset backed securities ja herkommen. Zu weiteren Einzelheiten Reifner a.a.O.

4 BGHZ 185, 133=DNZ 2010, 542 ff=BB 2010, 1495ff=RNZ 2010, 390ff=NotBZ 2010, 263ff=MittBayNot 2010, 378ff sowie BWNZ 2011, (in diesem Heft).

5 OLG Celle, RNZ 2009, 589 ff.

6 Vgl. OLG Celle WM 2009, 1185, 1187 (linke Spalte oben).

7 Urt.v. 28.10.2008-10 O 95/08

8 Dieser Umstand erweist allerdings die Bruchigkeit des vielfach vertretenen Arguments, die ursprüngliche Gläubigerbank mache sich schadensersatzpflichtig, wenn sie die Grundschuld isoliert abtrete (so auch Reifner, BKR 2008, 142 ff, 147). Dies kann der Volksbank im vorliegenden Fall sicherlich nicht ohne weiteres vorgeworfen werden, da die Isolierung der Grundschuld ja erst durch die Folgeabtretungen bewirkt wurde.

9 Reifner a.a.O., 149.

- oder den Ausschluss der Vollstreckbarkeit der abgetretenen Grundschuld aus dem Gesichtspunkt der unangemessenen Benachteiligung des Kreditnehmers im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB herleiten können.¹⁰

Beide Wege will und kann der BGH nicht beschreiten, nachdem es der ständigen Rechtsprechung des Senats und im Übrigen auch dem aus dem Risikobegrenzungs-gesetz herzuleitenden klaren gesetzgeberischem Wille entspricht, die Vollstreckbarkeit abgetretener Grundschulden mit Unterwerfungserklärungen gemäß § 800 ZPO im Grundsatz unangetastet zu lassen. Der BGH wählt daher im Ergebnis dann einen – nur vermeintlich zielführenden – Umweg zu dem gewünschten schuldnerfreundlichen Ergebnis.¹¹ Zwar weist der Senat die Revision im Wesentlichen zurück¹²; er distanziert sich damit aber nur scheinbar vom Kreditnehmerschutz bei der Bestellung von Grundpfandrechten. Das Revisionsurteil verlagert den Schuldnerschutz vielmehr in das Verfahrensrecht, nämlich in das Verfahren über die Umschreibung einer Vollstreckungsklausel gemäß § 727 ZPO und gibt dem Vollstreckungsschuldner in den Entscheidungsgründen mit der Bemerkung, „eine nachträgliche Erhebung der Rechtsbehelfe nach § 732 und § 768 ZPO sei dem Schuldner unbenommen“ auch noch einen unmissverständlichen Wegweiser mit auf den Umweg. Ausgangspunkt der Erwägungen des Senats ist dabei eine Auslegung der Unterwerfungserklärung im Wege der „kundenfreundlichsten Auslegung“ nach der Unklarheitenregel des § 5 AGBG (jetzt: § 305c Abs. 2 BGB). Soweit nun die Unterwerfungserklärung im Zusammenhang mit der Bestellung einer Grundschuld zur Sicherung einer Geldforderung bestellt worden sei, könne nach der objektivierten Interessenlage von Gläubiger und Schuldner zum Zeitpunkt der Grundschuldbestellung schwerlich unterstellt werden, dass sich die Unterwerfungserklärung auch auf nicht valutierende Teile der Grundschuld erstrecken sollte. Die formularmäßige Unterwerfungserklärung sei vielmehr dahin zu verstehen, dass nur Grundschuldansprüche im Rahmen einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld tituliert sein sollen, zumal die Gläubigerbank aus dem Treuhandcharakter der Grundschuld sowieso verpflichtet sei, die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag einem Erwerber der Grundschuld weiterzugeben.¹³ Aus diesem Grunde dürfe eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Erwerber der Grundschuld durch die – so der BGH – „für die Titelum-schreibung zuständige Stelle“ nur dann erfolgen, wenn gemäß § 727 Abs. 1 ZPO der Eintritt des Grundschulderwerbers durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sei.¹⁴

10 so der ehemalige Vorsitzende des 11. BGH Senats Schimansky, WM 2008, 1049 ff., 1051 und ihm folgend das LG Hamburg, NJW 2008, 2784 f.

11 Wie Wolfsteiner, a.a.O., 322 zutreffend nachweist, kann sich die Entscheidung des BGH als Danaergeschenk für den Schuldner erweisen, da die Erschwerung der Klauselum-schreibung den materiellrechtlichen Anspruch des Gläubigers unberührt lässt und diesem deshalb die Möglichkeit verbleibt, sich den Titel auf Kosten des Schuldners durch Duldungsklage zu verschaffen (ebenso: Herrler, BB 2010, 1931ff, 1934). Ein Rechtsschutzbedürfnis kann der Duldungsklage sicher nicht abgesprochen werden, vgl. Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl., vor § 253, Rdnr. 18a.

12 mit Ausnahme eines vom Berufungsgericht noch zugesprochenen Anspruchs auf einen verjährten Teil der Grundschuldzinsen

13 BGH a.a.O., 549

14 BGH a.a.O., 549.

Das Praxisproblem

Die referierte Entscheidung hat sich bereits nach einer entsprechenden Pressemitteilung am 30.3.2010 und vor der Veröffentlichung der schriftlichen Urteilsbegründung in den betroffenen Kreisen als echter „Aufreger“ erwiesen.¹⁵ Betroffene Kreise sind dabei zum einen die Kreditwirtschaft, vor allem aber die Notare, die in ihrer Doppelfunktion als „für die Titelum-schreibung zuständige Stelle“ (Diktion des BGH) einerseits die neuen Vorgaben des BGH für die Umschreibung von Vollstreckungstiteln peinlich genau zu beachten haben und andererseits als rechtliche Berater der ihnen durch vielfältige Beglaubigungs- und Beurkundungsaufträge verbundenen Kreditinstitute bei der Suche nach praxisnahen Lösungsvorschlägen in ihrem professionellen Einfallsreichtum besonders gefordert sind. Das besondere, möglicherweise vom BGH in seiner Tragweite nicht überschaute Praxisproblem besteht dabei darin, dass bei Vollstreckungsreife der Grundschuld die für Nachweise im Sinne des § 727 ZPO erforderlichen öffentlich beglaubigten Unterschriften vom Vollstreckungsschuldner kaum und von einem ursprünglichen Grundschuldgläubiger teilweise nur mit Schwierigkeiten zu erlangen sind. Zudem bleibt im Urteil des BGH völlig ausgeblendet, dass die Umschreibung von Vollstreckungstiteln im Notariat ein alltägliches Massengeschäft darstellt, im Rahmen dieses Massengeschäftes den Umschreibungen aufgrund von Kreditverkäufen jedoch nur eine verschwindend kleine Bedeutung zukommt. Der weitaus größte Teil der Umschreibungsanträge entfällt demgegenüber auf Grundschuldabtretungen, bei denen sich aufgrund Umschuldung oder Revalutierung nach Rückzahlung des Ursprungsdarlehens im Grundbuch belassener Grundschulden die ursprüngliche Sicherungsvereinbarung bereits erledigt hat.¹⁶ Ein weiterer, nicht unerheblicher Teil von Umschreibungsanträgen, die mit Kreditverkäufen aber auch gar nichts zu tun haben, entfällt auf sogenannte Finanzierungen aus einer Hand, bei denen der Immobilienerwerb durch mehrere Kreditinstitute (in der Regel eine Bank und eine Bausparkasse) finanziert, aber nur eine Grundschuld bestellt wird, die ganz¹⁷ oder teilweise von dem im Grundbuch eingetragenen Kreditinstitut für das mitfinanzierende Kreditinstitut treuhänderisch gehalten wird.¹⁸

Beschränkung der Anwendbarkeit auf Kreditverkäufe?

Das aufgezeigte Praxisproblem wäre keines, wenn die nach dem BGH-Urteil bestehenden neuen Voraussetzungen für die Umschreibung von Vollstreckungstiteln sich auf den unterschiedenen Fall des Kreditverkaufs beschränkten und in Fällen der Umschuldung oder Revalutierung einer Grundschuld sowie der Finanzierung aus einer Hand gar nicht anwendbar wären. Entsprechendes wird in der Tat von hoch renommiertem Seite im Schrifttum¹⁹ und wohl auch in der ersten zum

15 DNoti-Gutachten, DNotI Report. 2010, 93ff (nachfolgend DNotI erstes Gutachten genannt); Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 20/2010 vom 28.7.2010, das die Ergebnisse des DNotI-Gutachtens wiedergibt; Bolkart, DNotZ 2010, 483ff; Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322ff; Stavorinus, NotBZ 2010, 283ff; Sommer, RNotZ 2010, 387ff; Hinrichs/Jaeger, NJW 2010, 2017ff; Wolfer, GWR 2010, 278ff; Zimmer, NotBZ 2010, 269ff; Freckmann, BKR 2010, 275ff; Herrler, BB 2010, 1931ff, Volmer, MittBayNot 2010, 383ff; Heinze, ZIP 2010, 2030 ff; Lotter, notar 2010, 417; Everts, NJW 2011, 567ff. Zu den Kostenfolgen auch Sikora, DNotZ 2010, 585 ff.

16 Volmer, a.a.O., 386.

17 etwa nach Ablösung des Erstdarlehens mit Mitteln aus einem zugeteilten Bauspardarlehen.

18 Vgl. DNotI-Gutachten Nr. 105141 vom 31.8.2010(nachfolgend drittes Gutachten genannt); Freckmann, BKR 2010, 275ff, 280.

19 Stürner, JZ 2010, 774ff, 778; Everts, a.a.O., 568. Ebenso: Freckmann, a.a.O.

Problemkreis ergangenen untergerichtlichen Rechtsprechung vertreten.²⁰ Grundlage dieser Auffassung ist zunächst das kaum zu bestreitende Axiom, dass die Erwägungen des BGH auf Umschuldungs- und Revaluierungsfälle sowie auf Finanzierungen aus einer Hand nicht passen, da in diesen Fällen eigene Sicherungsvereinbarungen zwischen dem Schuldner und den Empfängern der Grundschuld bestehen und ein Eintritt in die überholte Sicherungsvereinbarung mit dem Ursprungsgläubiger weder im Interesse des Gläubigers, noch im Interesse des Schuldners sinnvoll sein kann.²¹ Die Beweisbeschränkungen der – als Ausnahmeregelung restriktiv zu interpretierenden §§ 726, 727 ZPO – bestünden (so der Argumentationsansatz Stürners) nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nur für Bedingungen der Vollstreckbarkeit. Die Vorfrage aber, ob der Eintritt in die Sicherungsvereinbarung eine solche Vollstreckbarkeitsbedingung darstelle (nur bei Kreditverkäufen) oder eben nicht (in Umschuldungsfällen und den anderen genannten eigentümerverschuldeten Grundschuldabtretungen) werde von der Beweisbeschränkung der §§ 726, 727 ZPO nicht erfasst. Diese Vorfrage sei vielmehr nach den allgemeinen Beweisregeln der ZPO zu klären.²²

Die referierte Auffassung hat sich bisher weder in der Rechtsprechung²³, noch im Schrifttum²⁴ durchsetzen können. Ihr lässt sich ohne weiteres die Zweckbestimmung der Beweisbeschränkungen entgegenhalten. Danach sollen Streitigkeiten in Zusammenhang mit der Erteilung einer Vollstreckungsklausel grundsätzlich im gerichtlichen Streitverfahren gemäß § 731 ZPO geklärt und vom Notar nur ausnahmsweise dann entschieden werden, wenn eine solche Entscheidung auf der Grundlage öffentlicher oder öffentlich beglaubigter und damit regelmäßig die Rechtslage zuverlässig nachweisender Urkunden ohne weiteres möglich ist.²⁵ Die Richtigkeit dieses, auf die Minimierung des Streitpotentials in notariellen Klauselerteilungsverfahren zielenden Argumentationsansatzes wird auch durch die Gesetzeshistorie²⁶, vor allem aber durch die gesetzliche Regelung des § 797 Abs. 3 ZPO bestätigt, der die naturgemäß nach Beweisaufnahme zu treffende Entscheidung über die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung gemäß § 733 ZPO bei notariellen Urkunden nicht dem Notar, sondern dem Amtsgericht zuweist.

Die Praxis wird sich daher darauf einstellen müssen, dass auch bei eigentümerverschuldeten Umschuldungs- und Revaluierungsfällen sowie bei Finanzierungen aus einer Hand der Nachweis des „Eintritts in die ursprüngliche Sicherungsvereinbarung“ in der Form der §§ 726, 727 ZPO zu erbringen ist, wenn eine von Eigentümer und neuem Gläubiger unterzeichnete neue Sicherungsvereinbarung in öffentlich beglaubigter Form nicht vorgelegt werden kann.²⁷ Der Eintritt in eine eigentlich erledigte Sicherungsvereinbarung mag sich dabei in

der Außensicht als inhaltsleere, juristische Förmerei darstellen.²⁸ Sie ist zudem für das vollstreckende Kreditinstitut nicht ganz ungefährlich, wenn die ursprüngliche Sicherungsvereinbarung engere Voraussetzungen für eine Verwertung der Grundschuld vorgesehen hatte als die neue Sicherungsabrede. Das vollstreckende Kreditinstitut sollte daher darauf bedacht sein, dass bei dem „Eintritt in die ursprüngliche Sicherungsvereinbarung“ explizit zum Ausdruck gebracht wird, dass unmittelbar zwischen Vollstreckungsschuldner und neuem Vollstreckungsgläubiger getroffene Sicherungsvereinbarungen unberührt bleiben.

Anwendbarkeit auch auf die vollstreckbare persönliche Haftungsübernahme gemäß § 780 BGB?

In Zusammenhang mit dem Antrag auf Umschreibung der dinglichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung wird regelmäßig auch die Umschreibung der vollstreckbaren persönlichen Haftungsübernahme beantragt. Insoweit drängt sich natürlich die Frage auf, welche Konsequenzen hierfür aus der Entscheidung des BGH zu ziehen sind. Richtigerweise wird man im Auge behalten müssen, dass anders als bei der dinglichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung die Gefahr einer Isolierung des Schuldanerkenntnisses von der gesicherten Forderung nicht wirklich besteht. Wie das DNotI im ersten Gutachten im Anschluss an eine Entscheidung des Reichsgerichts²⁹ detailliert nachweist, schließt § 404 BGB einen gutgläubig einredefreien Erwerb der Rechte aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis aus.³⁰ Diesen zutreffenden Überlegungen haben sich die bisherigen Stellungnahmen im Schrifttum zu Recht angeschlossen.³¹

Teilentwarnung für dem Risikobegrenzungs-gesetz unterliegenden Sicherungsgrundschulden?

Die Gutachter des Deutschen Notarinstituts³² sehen die oben skizzierte Problematik auf Altfälle beschränkt, nämlich

- bei **Buchgrundschulden** auf diejenigen Rechte, die vor dem 19.8.2008 abgetreten wurden;
- bei **Briefgrundschulden** auf vor dem 20.08.2008 bestellte Rechte.

Zur Begründung wird auf § 1192 Abs. 1a BGB verwiesen, nach dem der Eintritt in den Sicherungsvertrag ja schon aufgrund gesetzlicher Regelung erfolge. Dieser findet gemäß Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB Anwendung sofern der Erwerb der Grundschuld nach dem 19.8.2008 erfolgte, was nur bei Buchgrundschulden, nicht aber bei den vor dem 20.08.2008 bestellten Briefgrundschulden anhand des Grundbucheintrags in der geforderten Form nachweisbar ist.³³

20 LG Heidelberg, RNotZ 2010, 648. Dazu kritisch: DNotI-Gutachten DNotI-Rep 2010, 192 ff (nachfolgend viertes Gutachten genannt).

21 Stürmer, a.a.O.

22 Stürmer, a.a.O.; Everts a.a.O, 569; dazu eingehend drittes DNotI-Gutachten Nr. 10514, S. 4.

23 LG Traunstein, ZfIR 2010, 16; LG Frankenthal, notar 2011, 93 f (Leitsatz mit Anmerkung Stuppi)

24 Vgl: Bolkart, a.a.O., 503; Sommer, a.a.O., 382; Volmer, a.a.O., 386; Herrler, a.a.O., 1937; drittes DNotI-Gutachten, a.a.O., 4 m.w.N.; Heinze, a.a.O., 2033. Ebenso DNotI viertes Gutachten, 193 f. sowie die dort nachgewiesene Entscheidung des LG Regensburg vom 4.10.2010-2 T 103/10.

25 OLG Dresden, RPflegler, 2003, 673 m.w.N.

26 Dazu eingehend drittes DNotI-Gutachten, a.a.O., 5 m.w.N.

27 DNotI erstes Gutachten, 100; Sommer, a.a.O., 382; Herrler, a.a.O., 1937.

28 Bolkart, a.a.O., 503; Sommer, a.a.O., 382.

29 RG Z 86, 301, 304.

30 DNotI erstes Gutachten, 103.

31 Hinrichs/Jaeger, a.a.O., 2018; Zimmer, a.a.O., 272; Wolfsteiner, a.a.O., 324, Herrler, a.a.O., 1936; Heinze, a.a.O., 2032.

32 DNotI Report. 2010, 93ff, 96; ebenso: Hinrichs/Jaeger, a.a.O., 2018.; Zimmer, a.a.O., 271; Wolfsteiner, a.a.O., 323; Volmer, a.a.O., 383 f., Herrler, a.a.O., 1935.

33 DNotI erstes Gutachten, 102.

In der Tat spricht einiges dafür, dass der BGH mit seinem Urteil vom 30.03.2010 im Sinne einer Absicherung der Rechtstellung des Vollstreckungsschuldners etwas erreichen wollte, was dem Gesetzgeber des Risikobegrenzungsgesetzes aufgrund des Rückwirkungsverbot es nicht möglich war. Hiergegen hat sich jedoch Clemente gewandt.³⁴ Er fordert eine Anwendung der Grundsätze des BGH-Urteils auch auf Neufälle und führt zur Begründung an, dass die Regelung in § 1192 Abs. 1a BGB nur für Einreden gelte, die dem Eigentümer aufgrund des Sicherungsvertrages zustünden. Sei der Eigentümer – wie in der Bankenpraxis durchaus nicht unüblich – nicht Partei des Sicherungsvertrages, laufe der Schutz des § 1192 Abs. 1a BGB leer.³⁵

In der Tat gilt § 1192 Abs. 1a BGB dann nicht, wenn bei Fremdgrundschulden der Sicherungsvertrag nur mit dem Kreditnehmer und nicht auch mit dem sicherungsgebenden Eigentümer geschlossen wurde.³⁶ Wurde Omas vielzitiertes Häuschen also nicht wegen Omas eigener Schulden, sondern auf Veranlassung der Enkeltochter zur Sicherung eines Existenzgründungsdarlehens für deren neu eröffneten Friseursalon mit einer Grundschuld belastet, bleibt trotz § 1192 Abs. 1a BGB ein einredefreier Erwerb der Grundschuld möglich, also die Gefahr bestehen, dass Oma durch Zwangsversteigerung ihr Häuschen verliert, obwohl das Darlehen zurückbezahlt wurde. Dass Clemente damit im Bereich des § 1192 Abs. 1a BGB einen dem Gerechtigkeitsideal zuwiderlaufenden Webfehler des mit heißer Nadel gestrickten Risikobegrenzungsgesetzes aufzeigt, bedeutet aber noch lange nicht, dass die gemäß § 1192 Abs. 1a BGB kraft Gesetzes bestehende Rechtslage bei Altfällen hinter den Standards des BGH-Urteils vom 30.3.2010 zurückbleibt.³⁷ Im Gegenteil hebt der BGH in seinem Urteil ausschließlich auf die treuhänderische Bindung des Grundschuldgläubigers durch den Sicherungsvertrag ab. Diese dürfe nicht durch Abtretung der Grundschuld verloren gehen, zumal im Innenverhältnis der Abtretungsbeteiligten die Verpflichtung bestehe, dem Zessionar die „durch den Sicherungsvertrag auferlegten Bedingungen weiterzugeben“.³⁸ Konsequenter verlangt der BGH für eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel nicht weniger, aber eben auch nicht mehr als den Eintritt des Grundschuldwerbers in den Sicherungsvertrag. Inhaltlich bewirkt der BGH daher nichts anderes als das, was für Neufälle gemäß § 1192 Abs. 1a BGB nunmehr kraft Gesetzes gilt. Die höchstrichterliche Entscheidung verleiht der Gesetzesregelung des § 1192 Abs. 1a BGB daher die dem Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen verwehrte Weihe einer Rückwirkung der gesetzlichen Regelung.³⁹

Operation Klauselumschreibung: Der Instrumentenkoffer

Beginnend mit dem ersten Gutachten des Deutschen Notarinstituts⁴⁰ wurden in der Literatur eine Vielzahl von Möglichkeiten aufgezeigt, um sich dem aufgezeigten Praxisproblem

erfolgreich zu stellen und eine möglichst problemlose und kostengünstige Klauselumschreibung ohne Beteiligung des Vollstreckungsschuldners und nach Möglichkeit auch ohne Beteiligung der abtretenden Ursprungsgläubigerin zu ermöglichen. Allen Vorschlägen ist dabei gemein, dass der vom BGH geforderte Eintritt in den Sicherungsvertrag unter den eingeführten Rechtsbegriff des Schuldbeitritts (Schuldmitübernahme) hinsichtlich der Verpflichtungen der Ursprungsgläubigerin aus dem Sicherungsvertrag subsumiert wird. Auf dem Tisch des ratsuchenden Notars liegen danach folgende Vorschläge.⁴¹

- **Die einseitige Geständniserklärung des Neugläubigers,**
- **Die einseitige Normunterwerfungserklärung des Neugläubigers,**
- **Der geheime Strohmannvertrag zu Gunsten Dritter,**
- **Das unwiderrufliche Angebot des Neugläubigers zum Abschluss eines Schuldbeitrittsvertrages.**

Die einseitige Geständniserklärung des Neugläubigers

Breiten Raum nimmt in der Literatur die Diskussion ein, welche formellen Voraussetzungen an ein die Umschreibung des Vollstreckungstitels jedenfalls nach Anhörung des Altgläubigers ohne weiteres ermöglichendes Geständnis des Schuldners zu stellen sind.⁴² Ein Schuldnergeständnis ist aber keine Lösung für das aufgezeigte Problem, da es die Mitwirkung des bei Vollstreckungsreife hierzu meist nicht mehr bereiten Schuldners voraussetzt.⁴³

Mit Rücksicht hierauf entwickelt Stavorinus⁴⁴ eine verfahrensrechtliche Lösung über eine Geständniserklärung nicht des Schuldners, sondern des Zessionarinstituts. Ausgangspunkt dieser Lösung ist die Tatsache, dass auch im Anwendungsbereich des § 727 ZPO die allgemeinen verfahrensrechtlichen Regelungen der Zivilprozessordnung gelten. Dementsprechend ist anerkannt, dass grundsätzlich auch ein Geständnis im Sinne des § 288 ZPO Grundlage einer Klauselumschreibung sein kann⁴⁵, da durch das Geständnis die Beweisbedürftigkeit der Umschreibungsvoraussetzungen entfiel.⁴⁶ Eine besondere Attraktivität erhält diese Lösung dadurch, dass mit Rücksicht auf die Eigenschaft des Geständnisses als Prozesshandlung aufgrund des Fehlens einer

41 Hier nicht erörtert werden Vorschläge, die sich angesichts der angenommenen Beschränkung der Problematik auf Altfälle in der Praxis nicht durchsetzen werden. Insoweit zu erwähnen ist etwa der Vorschlag von Volmer (a.a.O., 385 f) seitens der Kreditinstitute allgemein in einer (notar)öffentlichen Erklärung auf einen Gutgläubensschutz beim Erwerb von Grundschulden zu verzichten. Jedenfalls bedürfte auch eine derartige Erklärung, um unwiderruflich zu werden, des durch öffentliche Urkunde nachgewiesenen Zugangs beim Eigentümer/Schuldner. Ein solcher kann sicher nicht allein deshalb unterstellt werden, weil der Verzicht in den Pflichtpublikationen der Notare veröffentlicht worden war.

42 Insoweit werden zwischen einfacher Schriftform bei Anhörung durch das Gericht (Volmer, a.a.O., 387, Herrler, a.a.O., 1938, wohl auch Heinze, a.a.O., 2034), notarieller Beglaubigung (Bolkart a.a.O., 500) und notarieller Beurkundung mit Rücksicht auf die Erweiterung der Vollstreckbarkeit (Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. Rdnr. 46.69 f.) alle Formvarianten vertreten, vgl. auch DNotl erstes Gutachten, 100).

43 Volmer, a.a.O., 387.

44 NotBZ 2010, 281ff.

45 Stavorinus a.a.O., 283 m.w.N.; außerdem OLG Stuttgart, Rpfleger 2005, 207 f; Zöller/Stöber, ZPO, 27. Aufl. § 727 Rdnr.20; Thomas/Putzo-Hübstege, ZPO, 30. Aufl. § 726 Rdnr. 6, § 727 Rdnr. 7.

46 OLG Stuttgart a.a.O.

34 Clemente, ZfR 2010, 441ff, 446.

35 Clemente a.a.O.

36 Vgl. BGH, NJW 1989, 1732; 1991, 1821.]

37 dazu eingehend und überzeugend: Heinze, a.a.O., 2032; Volmer, a.a.O., 383 Fn. 17

38 BGH, DNotz, 2010, 542ff, 548, 549.

39 so kritisch zur BGH-Entscheidung: Kraayvanger/Günther, BB 2010, 1495ff, 1500, Freckmann, a.a.O., 279; Herrler, a.a.O., 1934.

40 DNotl Report. 2010, 93ff

notwendigen mündlichen Verhandlung im Umschreibungsverfahren eine einfache schriftliche Erklärung gegenüber dem Gericht ausreichen und notarielle Form nicht erforderlich sein dürfte.⁴⁷

Die Problematik dieses Ansatzes liegt auf einem ganz anderen Feld. Der BGH zielt mit dem neuen Erfordernis des Eintritts in die Sicherungsvereinbarung ersichtlich darauf, dem neuen Gläubiger im Falle einer Klauselerinnerung gemäß § 732 ZPO oder einer Klauselgegenklage gemäß § 768 ZPO die Berufung auf einen gutgläubig einredefreien Erwerb der Grundschuld zu versagen. Dieses Ziel würde jedenfalls bei der Klage nach § 768 ZPO aber bei einer Anwendbarkeit der Geständnislösung glatt verfehlt. Die Wirkung des Geständnisses beschränkt sich nämlich auf das Verfahren, in dem es abgegeben wird.⁴⁸ Ein Geständnis in dem sich außerhalb materieller Rechtskraftwirkungen bewegendes Umschreibungsverfahren schliesse es - von für die Bewertung des Lösungsvorschlags irrelevanten Beschränkungen auf der Grundlage des § 242 BGB einmal abgesehen - daher nicht aus, dass der Gläubiger im Verfahren gemäß § 768 ZPO einen gutgläubig einredefreien Erwerb mit Erfolg geltend machen kann.

Die einseitige Normunterwerfungserklärung des Neugläubigers

Sommer⁴⁹ hält es für ausreichend, dass die Zessionarbank in öffentlich beglaubigter Form eine Erklärung abgibt, deren möglicher Inhalt sich in etwa wie folgt übersetzen lassen dürfte:

Hinsichtlich der abgetretenen Grundschuld unterstellt sich das unterzeichnende Kreditinstitut unwiderruflich der gesetzlichen Regelung in § 1192 Abs. 1a BGB. Etwaige Einreden des Eigentümers aus dem Sicherungsvertrag mit dem Ursprungsgläubiger können damit auch gegenüber dem unterzeichnenden Kreditinstitut als Erwerberin der Grundschuld geltend gemacht werden.

Die vorgeschlagene, in ähnlicher Form („Versprechen“⁵⁰, „Anerkenntnis“⁵¹) auch von anderen Autoren vertretene Lösung hätte den besonderen Charme, für den (neuen) Gläubiger eine zügige und geräuschlose Abwicklung zu ermöglichen. Einer Mitwirkung von Seiten des Schuldners oder des Ursprungsgläubigers bedürfte es nicht. Selbst eine Bekanntgabe/Zustellung an den Schuldner vor Einleitung der Vollstreckung und deren Nachweis wären entbehrlich.

Eher fraglich ist aber, ob der Weg über die Normunterwerfungserklärung wirklich gangbar ist. Zwar schließt die Privatautonomie im Rahmen der durch zwingende gesetzliche Re-

gelungen gezogenen Grenzen grundsätzlich auch das Recht ein, nicht mehr geltendes, noch nicht geltendes oder ausländisches Recht zur Anwendung zu bestimmen. Das ergibt schon der Gegenschluss aus § 1409 BGB.⁵² Für eine privatautonome Rechtsbestimmung in diesem Sinne gilt aber die allgemeine Rechtsgeschäftslehre des BGB. Die Normunterwerfung ist daher jederzeit widerruflich, wenn sie nicht im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung oder eines zugegangenen Vertragsangebotes gemäß § 145 BGB für den Erklärenden bindend geworden ist.

Der geheime Strohmannvertrag zu Gunsten Dritter

Nachdem sich die Problematik der Umschreibung von Vollstreckungstiteln in der Regel erst bei Vollstreckungsreife stellt und zu diesem Zeitpunkt mit einem kooperativen Verhalten des Vollstreckungsschuldners aus der Sicht des Gläubigerkreditinstituts eher nicht mehr gerechnet werden kann, wird - im Ansatzpunkt zu Recht - der Abschluss eines Vertrages zu Gunsten Dritter im Sinne des § 328 BGB als Ausweg vorgeschlagen, in dem das vollstreckende Kreditinstitut als Zessionar im Verhältnis zum Schuldner allen Verpflichtungen des oder der Zedenten aus allen bisherigen Sicherungsvereinbarungen bezüglich der Grundschuld beitrifft.⁵³ Als Versprechensempfänger im Deckungsverhältnis kommt dabei nicht nur die Zedentin der Grundschuld, deren Mitwirkung die Zessionarin möglicherweise vermeiden will, sondern grundsätzlich jede Person, also prinzipiell auch ein Mitarbeiter der vollstreckenden Bank in Betracht.⁵⁴ In jedem Fall ist aber den Anforderungen, die der BGH in dem besprochenen Urteil stellt, nur dann genügt, wenn der hierdurch herbeigeführte Eintritt in die Sicherungsvereinbarung dem Vollstreckungsschuldner nicht nachträglich wieder entzogen werden kann. Genau dies ist aber jedenfalls nicht unzweifelhaft. Zwar ist heute in Rechtsprechung und Literatur praktisch unumstritten, dass im Rahmen des echten Vertrages zu Gunsten Dritter das Forderungsrecht in der Person des Dritten unmittelbar entsteht und nicht eines gesonderten Begründungsaktes bedarf.⁵⁵ Auch versteht sich schon nach dem Gesetzeswortlaut, dass der Anspruch des Dritten - wie sich zwanglos aus § 328 Abs. 2 2. Halbsatz BGB ergibt - grundsätzlich auch von den Vertragsparteien unabänderlich gestellt werden kann. Höchst zweifelhaft erscheint aber, ob die Unabänderlichkeit für die Vertragsparteien schon eintritt, bevor für den Dritten zumindest die Möglichkeit einer Kenntnisnahme von seinem Recht besteht. Schließlich beinhaltet die grundgesetzlich geschützte Privatautonomie nicht nur die Freiheit, Verträge abzuschließen, sondern genauso die Freiheit, diese Verträge im Einvernehmen mit der anderen Vertragspartei abzuändern oder ganz aufzuheben⁵⁶ und dies durch einvernehmliche Vernichtung der (dem begünstigten Dritten unbekannt) Vertragsurkunde auch zum Ausdruck zu bringen, ohne dabei eine in diesen Fällen sicher nicht an-

47 Stavorinus a.a.O., 283 m.w.N. Jedenfalls ist keine notarielle Beurkundung im Sinne der Erwägungen bei Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl., Rdnr. 46.69 f. erforderlich, da eine Erweiterung der Vollstreckbarkeit durch Erklärung des Schuldner hier nicht bewirkt wird.

48 BGH, NJW 2006, 154ff, 157; Prütting-Gehrlein/Laumen, ZPO, § 288 Rdnr. 7.

49 RNotZ 2010. Noch weitergehend wohl Heinze, a.a.O. 2035, der letztlich jegliche einseitige Erklärung des Zessionars in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde als ausreichend anerkennen will.

50 Zimmer, a.a.O., 272

51 Herrler, a.a.O., 1939.

52 Vgl. dazu auch Palandt-Thorn, BGB ??? 26. Aufl. Rom I 3 Rdnr. 4.

53 Bolkart, a.a.O., 497; Kraayvanger/Günther, BB 2010, 1499 f; wohl auch: Volmer, a.a.O., 385.

54 Vgl. Bolkart, a.a.O., 497; Heinze, a.a.O., 2034f. Dagegen DNotl erstes Gutachten, 101. Ob die vom DNotl befürchteten kondiktionsrechtlichen Probleme tatsächlich bestehen, erscheint allerdings eher fraglich. Ist die Bewirkung der Klauselumschreibung kein Rechtsgrund für den Schuldmitübernahme?

55 Palandt-Grüneberg, BGB, 69. Aufl. vor § 328 Rdnr. 6 m.w.N.

56 Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 9. Aufl. § 34 Rdnr. 27; MünchKomm/Kramer BGB, 5. Aufl. vor § 145 Rdnr. 18.

gemessene Strafbarkeit wegen Urkundenunterdrückung gemäß § 274 StGB befürchten zu müssen.⁵⁷ Es sprechen daher gute Gründe dafür die im Deckungsverhältnis vereinbarte Unabänderlichkeit des Vertrages im Verhältnis zum Dritten erst dann eintreten zu lassen, wenn sich Versprechender und Versprechensempfänger des Vertrages „entäußert“ haben⁵⁸, der Vertrag also seine Qualität als reines Internum verloren hat und in den Rechtsverkehr gelangt ist. Ob man hierfür einen Zugang an den Begünstigten fordern muss, oder jedes Inverkehrbringen des Vertrages genügen lassen kann, ist wiederum eine andere Frage. Nur in letzterem Fall aber wäre ein Nachweis des Zugangs des Vertrages an den Schuldner in der Form des § 727 entbehrlich und damit überhaupt für die Vollstreckungsgläubigerin im Vergleich zur Beurkundung eines Angebots eine Vereinfachung der Abwicklung gegeben.

Das unwiderrufliche Angebot des Neugläubigers zum Abschluss eines Schuldbeitrittsvertrages.

Das DNotI im ersten Gutachten⁵⁹ favorisiert die Variante, dass durch den Zessionar unter Verzicht auf den Zugang der Annahmeerklärung gemäß § 151 Satz 1 a.E. BGB dem Schuldner ein in notarieller Form errichtetes, unwiderrufliches Angebot zum Abschluss eines Schuldbeitritts hinsichtlich der Verpflichtungen aus der ursprünglichen Sicherungsvereinbarung bzw. aller etwaigen ursprünglichen Sicherungsvereinbarungen (vom DNotI im Idiom typischer Rechtsberater der in die Schranken zu weisenden Finanzinvestoren als catch all Klausel bezeichnet) unterbreitet wird, welches zusammen mit der Zustellungsurkunde gemäß § 190 ZPO den von § 727 ZPO geforderten Nachweis durch öffentliche Urkunden ohne weiteres erbringen soll. Wolfsteiner⁶⁰ hat sich dieser Auffassung angeschlossen, hält aber angesichts der als Vollstreckungsvoraussetzung sowieso erforderlichen späteren Zustellung des Angebots den Nachweis einer vorherigen Zustellung durch Urkunde gemäß § 190 ZPO offensichtlich für entbehrlich.⁶¹ Ob letzteres tatsächlich geeignet ist, einen Titelum-schreibung nach den Vorgaben des BGH-Urteils ohne Nachweis vorheriger Zustellung zu rechtfertigen, darf allerdings bezweifelt werden. Wie Volmer⁶² zu Recht hervorhebt, besteht insoweit zumindest die theoretische Möglichkeit, dass der Zessionar nach Umschreibung der Vollstreckungsklausel das Angebot widerruft. Bei dem KWG oder adäquaten EU-inländischen Rechtsvorschriften unterliegenden Kreditinstituten als Zessionaren mag dies in der Tat – wie von Volmer angeführt – eine empirisch völlig fernliegende und dann vielleicht (aber sicher nicht zwingend) auch für die rechtliche Beurteilung zu vernachlässigende Gefahr sein. Den im Fokus der Entscheidung des BGH sicher mit determinierenden öffentlichen Empörung stehenden (anglo-amerikanischen) Finanzinvestoren mag,

wenn nicht alles, so dann aber doch ein derartiger Widerruf zuzutrauen sein. Der die Bindung an das Angebot erst sicher stellende und damit den Eintritt in den Sicherungsvertrag im Sinne der BGH-Entscheidung konstituierende Zustellungsnachweis bezüglich des Angebots erscheint daher unverzichtbar.

Mit dieser Klarstellung erscheint das Schuldbeitrittsangebot als der Lösungsvorschlag, der die Anforderungsprofile auf Schuldnerseite (Wahrung der Rechte aus der Sicherungsabrede) und Gläubigerseite (Erhaltung der Vollstreckungsmöglichkeit ohne Mitwirkung des Schuldners) am besten miteinander in Einklang bringt. Vereinzelt ist zwar unter Hinweis auf das Zurückweisungsrecht des Schuldners gemäß § 333 BGB angezweifelt worden, ob das beschriebene Angebot dem vom BGH geforderten Vertragseintritt tatsächlich adäquat ist.⁶³ Angesichts der Tatsache, dass der Vollstreckungsschuldner nicht nur prozessual, sondern auch materiellrechtlich eine Rechtsstellung erlangt, die ihm einseitig nicht mehr entzogen werden kann, wird man diesem Kritikansatz aber kaum folgen können.⁶⁴ Ansonsten könnte auch die Vorlage eines notariellen, von Neugläubiger und Vollstreckungsschuldner unterzeichneten Schuldbeitrittsvertrages die Umschreibung nicht rechtfertigen, da ja die Möglichkeit in Betracht zu ziehen wäre, dass der Schuldner nachträglich auf seine Rechte aus dieser Vereinbarung verzichtet. Entscheidend ist demgegenüber vielmehr, dass die Angebotslösung den rein prozessualen Ausgangspunkt des BGH für den Vollstreckungsschuldner in eine materielle Rechtsstellung transformiert. In dem Augenblick, in dem das Schuldbeitrittsangebot an den Vollstreckungsschuldner zugestellt wird, verliert der Gläubiger unwiederbringlich die Möglichkeit, sich auf einen einrededefreien Grundschilderwerb zu widerrufen, und zwar nicht nur im Umschreibungsverfahren, sondern auch bei Erhebung einer Duldungsklage gemäß § 1147 BGB oder im Rahmen der Verteidigung gegen eine Klauselgegenklage gemäß § 768 ZPO.

Muster für Schuldbeitrittsangebot

Das Schuldbeitrittsangebot ist konzipiert als schriftliche Erklärung mit notarieller Unterschriftsbeglaubigung. Zuzustellen ist das Original, das verbunden mit der Zustellungsurkunde vom Gerichtsvollzieher an die zustellende Gläubigerin zurückgeleitet wird, § 190 Abs. 4 ZPO. Das zurückgeleitete Original mit Zustellungsurkunde ist dann im Umschreibungsverfahren dem Notar vorzulegen.

Das mit diesem Verfahren verbundene Risiko eines Verlustes des Originals ließe sich durch notarielle Beurkundung des Angebots ausschließen. Angesichts der hierdurch anfallenden höheren Kosten ist jedoch nicht damit zu rechnen, dass auf Seiten der Gläubiger von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird. Für das Schuldbeitrittsangebot wird demnach folgende Musterformulierung vorgeschlagen:

57 Bei einer Unabänderlichkeit der Urkunde im Verhältnis zum Dritten hätten Versprechender und Versprechensempfänger ihr alleiniges Beweisführungsrecht mit der Urkunde verloren, vgl. Cramer/Heine in Schönke-Schröder, StGB 28. Aufl. § 274 StGB Rdnr 5.

58 Die Fragestellung ähnelt insoweit der Situation bei der nachträglichen Redaktion von Hauptversammlungsbeschlüssen durch den Notar, vgl. Cramer/Heine in Schönke-Schröder, a.a.O.; Bohrer, NJW 2007, 2019.

59 a.a.O., 101;

60 a.a.O., 324; ebenso: Volmer, a.a.O., 385.

61 Ähnlich Zimmer, a.a.O., 272.

62 a.a.O.

63 Clemente, a.a.O., 446.

64 So auch Herrler, a.a.O., 1938.

Vertragsangebot

§1

Mit Urkunde des Notariats vom (..... UR) haben *Schuldnerbezeichnung* zu Gunsten der*Ursprungsgläubigerin*..... folgende Grundschuld/en bestellt:

Genaue Bezeichnung der Grundschuld/en

Belastet wurde folgender Grundbesitz:

Genaue Bezeichnung des belasteten Grundbesitzes

Die Grundschuld/en wurde/n in Abt. III unter Nr/n. eingetragen.

Die Grundschuldbesteller haben den jeweiligen Grundschuldeneigentümer dinglich und im Rahmen eines Schuldanerkenntnisses in Höhe des Grundschuldbetrages nebst Zinsen und Nebenleistung sich persönlich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen.

Die Grundschulden wurden am an die*Zessionarin*..... abgetreten (..... UR des Notariats.....).

Am wurde die Abtretung der Grundschuld an die*Zessionarin*..... im Grundbuch vermerkt.

Mit Schreiben an das Notariat..... vom hat die*Zessionarin*..... die Umschreibung der Vollstreckungsklausel in dinglicher und persönlicher Hinsicht auf die*Zessionarin*..... als Rechtsnachfolgerin der Gläubigerin beantragt.

§ 2

Durch die*Zessionarin*..... wirdgenaue Schuldnerbezeichnung..... hiermit ein **unwiderrufliches Angebot** zum Abschluss folgenden **Schuldmitübernahmevertrages** gemacht:

Die*Zessionarin*..... tritt allen Verpflichtungen der bisherigen Gläubigerin,

genaue Bezeichnung der bisherigen Gläubigerin.....

aus allen etwa bestehenden, auf die bezeichneten Grundschulden bezogenen Sicherungsvereinbarungen mitgenaue Schuldnerbezeichnung..... **bei**.

Hiervon unberührt bleiben alle Sicherungsvereinbarungen, die **unmittelbar** zwischen dem Sicherungsgeber und der*Zessionarin*..... zu der oben genannten Grundschuld getroffen worden sind.

Dieses Angebot ist unbefristet und unwiderruflich. Auf den Zugang der Annahme dieses Angebots wird verzichtet.

Das Original dieser Urkunde ist.....genaue Schuldnerbezeichnung..... gemäß § 132 BGB durch den Gerichtsvollzieher zuzustellen.

....., den

Unterschriften nebst notarieller Unterschriftsbeglaubigung

Musterformulierung für Umschreibungsvermerk

Das zugestellte Angebot ist nach h.M. in der Begründung der Umschreibungsentscheidung wie alle sonstigen, gemäß § 750 Abs. 2 zuzustellenden Urkunden aufzuführen, damit eine Überprüfung ermöglicht wird, ob die richtigen Urkunden zugestellt sind.⁶⁵ Der Umschreibungsvermerk wäre daher wie folgt zu formulieren:

Beschluss vom

Vorstehende, mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird hiermit*Zessionarin*..... als Rechtsnachfolger von*Ursprungsgläubigerin*..... zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt.

Gründe:

Die Rechtsnachfolge ist nachgewiesen durch Eintragung der vorgenannten Abtretung im Grundbuch, was der Notar aufgrund heutiger Einsicht in das Grundbuch festgestellt hat, und Vorlage einer öffentlich-beglaubigten Abtretungserklärung vom, aus der sich ergibt, dass das Grundpfandrecht an den oben bezeichneten neuen Gläubiger abgetreten ist

Der Eintritt des neuen Gläubigers in die ursprüngliche Sicherungszweckvereinbarung ist nachgewiesen durch im Original mit Zustellungsurkunde vorliegendes unwiderrufliches Angebot zum Abschluss eines diesbezüglichen Schuldmitübernahmevertrages vom (..... UR des Notar..... mit Zustellungsurkunde des Gerichtsvollziehers vom

Die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung sowie das Original des Angebots mit Zustellungsurkunde werden dieser Ausfertigung in beglaubigter Abschrift beigelegt.

....., den

Notariat.....

65 Zweites Gutachten des Deutschen Notarinstituts, DNotI Report 2010, 121ff, 123 m.w.N.

Rechtsprechung

**BGB §§ 305c Abs. 2, 307 Abs. 1 S. 1;
ZPO §§ 727 Abs. 1, 732**

1. **Der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld kann aus der Unterwerfungserklärung nur vorgehen, wenn er in den Sicherungsvertrag eintritt.**
2. **Die Prüfung, ob der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld in den Sicherungsvertrag eingetreten und damit neuer Titelgläubiger geworden ist, ist dem Klauselerteilungsverfahren vorbehalten.**
3. **Die formularmäßige Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in einem Vordruck für die notarielle Beurkundung einer Sicherungsgrundschuld stellt auch dann keine unangemessene Benachteiligung des Darlehensnehmers i.S. des § 307 Abs. 1 BGB dar, wenn die Bank die Darlehensforderung nebst Grundschuld frei an beliebige Dritte abtreten kann (Bestätigung von BGH, 18. Dezember 1986, IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274 und BGH, 22. Juli 2008, XI ZR 389/07, BGHZ 177, 345).**

BGH, Versäumnisurteil vom 30.03.2010 – XI ZR 200/09

(Entscheidungen der beiden Vorinstanzen in diesem Heft)

Tatbestand

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen die Zwangsvollstreckung der Beklagten, die diese aus übertragenem Recht aus einer notariellen Urkunde über die Bestellung einer Grundschuld betreibt.
- 2 Mit notarieller Urkunde vom 13. März 1989 bestellte die Klägerin anlässlich der Einräumung eines Kontokorrentkredits durch die Volksbank (nachfolgend: Zedentin) zu deren Gunsten an einem ihr gehörenden Grundstück eine Briefgrundschuld in Höhe von 1.800.000 DM nebst 16% Jahreszinsen und einer einmaligen Nebenleistung von 5% des Grundschuldbetrags; die Zinsen waren am ersten Werktag eines jeden Jahres für das vorangegangene Kalenderjahr fällig, der Grundschuldbetrag und die Nebenleistung wurden sofort fällig gestellt. Zugleich unterwarf sich die Klägerin in der Urkunde "wegen aller Ansprüche an Kapital, Zinsen und Nebenleistung, welche der Gläubigerin aus der Grundschuld zustehen" der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr belastetes Grundeigentum und ihr gesamtes Vermögen. Die Urkunde enthielt ferner eine Bezugnahme auf ihr beigefügte "Weitere Erklärungen", nach denen unter der Überschrift "Zweckerklärung" die Grundschuld zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche aus der Geschäftsverbindung dienen sollte und die Grundschuld freihändig nur zusammen mit den gesicherten Forderungen verkauft werden durfte.
- 3 In der Folgezeit nahm die Klägerin bei der Zedentin weitere Darlehen auf. Am 13. Dezember 2000 schlossen sie eine Vergleichsvereinbarung zur Rückführung der darin zum 8. November 2000 auf insgesamt 1.973.998,36 DM festgestellten Darlehensverbindlichkeiten. Die Klägerin kam jedoch der von ihr übernommenen Zahlungsverpflichtung nicht vollständig nach. Daraufhin kündigte die Zedentin mit Schreiben vom 26. März 2002 die Geschäftsverbindung und stellte die zu diesem Zeitpunkt auf 581.573,04 € bezifferte Restforderung nebst Zinsen zur Rückzahlung fällig.
- 4 Im Dezember 2004 verkaufte die Zedentin sämtliche Forderungen gegen die Klägerin, insbesondere die Forderungen aus dem Vergleich vom 13. Dezember 2000, an die B. GbR (nachfolgend: B. GbR) und trat ihr diese zusammen mit der Grundschuld ab. Die B. GbR trat im Juli 2005 die Ansprüche aus dem Vergleich und die Grundschuld unter Verzicht auf ihre Voreintragung an Frau W. (nachfolgend: W.) ab, die im Dezember 2005 als Inhaberin der Grundschuld im Grundbuch eingetragen wurde. Zwischen den Parteien ist streitig, ob - wie die Beklagte behauptet - W. im Oktober 2007 die Grundschuld nebst Zinsen und Nebenleistungen sowie die gesicherten Forderungen an die Beklagte abgetreten hat. Jedenfalls wurde hinsichtlich der Grundschuld ein entsprechender Rechtsübergang im Dezember 2007 im Grundbuch eingetragen und auf dem Grundschuldbrief vermerkt. Nach Umschreibung der Vollstreckungsklausel ließ die Beklagte der Klägerin am 23. Mai 2008 die Grundschuldbestellungsurkunde zustellen und leitete Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ein.
- 5 Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 13. März 1989 für unzulässig zu erklären. Sie hält die Unterwerfungserklärung für unwirksam, weil die freie Abtretbarkeit der Darlehensforderung in Kombination mit der formularmäßigen Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung sie gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen benachteilige. Zudem macht sie geltend, dass sich die gesicherte Darlehensschuld nur noch auf höchstens 782.491,23 € belaufe, und erhebt die Einrede der Verjährung. Die Beklagte tritt dem unter anderem mit der Begründung entgegen, dass sie - was unstreitig ist - in den zwischen der Klägerin und der Zedentin geschlossenen Sicherungsvertrag nicht eingetreten sei. Mit ihrer am 13. August 2008 zugestellten Hilfswiderklage begehrt die Beklagte die Verurteilung der Klägerin, die Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück wegen eines Betrages in Höhe von 920.325,38 € nebst 16% Jahreszinsen hieraus ab dem 1. Januar 2003 sowie der Nebenleistung zu dulden.
- 6 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Klägerin auf die Hilfswiderklage unter Abweisung im Übrigen verurteilt, die Zwangsvollstreckung über einen Betrag in Höhe von 782.491,23 € zu dulden. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage - unter Aufhebung des Ausspruchs zur Hilfswiderklage - abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat es zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe

- 7 Da die Beklagte in der mündlichen Verhandlung trotz rechtzeitiger Ladung zum Termin nicht vertreten war, war über die Revision der Klägerin durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil ist jedoch keine Folge der Säumnis, sondern beruht auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 81 f.).
- 8 Die Revision ist teilweise begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit hinsichtlich der vor dem 1. Januar 2005 fällig gewordenen Grundschuldzinsen zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist, und insoweit zur Abänderung des landgerichtlichen Urteils. Die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde ist in diesem Umfang unzulässig.
 - I.
 - 9 Das Berufungsgericht, dessen Urteil unter anderem in WM 2009, 1185 ff. veröffentlicht ist, hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:
 - 10 Die gegen die Wirksamkeit des Titels gerichtete prozessuale Gestaltungsklage analog § 767 Abs. 1 ZPO habe keinen Erfolg. Die Beklagte sei infolge der Abtretung Inhaberin der Grundschuld und des Vollstreckungstitels geworden. Für ihre Rechtsinhaberschaft spreche bereits die Vermutung des § 891 BGB. Aufgrund dessen könne sie auch aus der Vollstreckungsunterwerfung vorgehen; der in der Literatur vertretenen Ansicht, der Wille des Verbrauchers sei gemäß § 305c Abs. 2 BGB dahin zu verstehen, dass die umfassende Rechtsmacht der Vollstreckungsunterwerfung nicht jedem zukünftigen Inhaber der Grundschuld habe eingeräumt werden sollen, sei nicht zu folgen.

- 11 Der Vollstreckungstitel sei auch wirksam. Insbesondere stelle die formularmäßige notarielle Unterwerfungserklärung keine unangemessene Benachteiligung der Klägerin gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB deshalb dar, weil die Zedentin die Darlehensforderung frei an beliebige Dritte habe abtreten können. Die Formularerklärung sei in der Bankpraxis üblich und solle die Durchsetzung der Ansprüche gegen den Kreditnehmer erleichtern. An dieser Beurteilung ändere auch die in den letzten Jahren verstärkt aufgetretene Praxis des massenhaften Verkaufs von Kreditforderungen einschließlich der dinglichen Sicherheiten durch Banken an Finanzinvestoren nichts. Insbesondere bei notleidenden Krediten müsse der Schuldner damit rechnen, dass der Gläubiger die gewährten Sicherheiten schnellstmöglich verwerte. Dessen Interesse an einer Kombination von Vollstreckungsunterwerfung und Abtretbarkeit sei zur Vermeidung eines kostspieligen und zeitraubenden Erkenntnisverfahrens anerkennenswert, ohne dass schützenswerte Belange des Schuldners entgegenstünden. Zwar bestehe die Gefahr, dass der Zessionar die Grundsuld gutgläubig einredefrei erwerbe. Dies liege aber an der Rechtsnatur der abstrakten Grundsuld und ihrer Verkehrsfähigkeit. Zudem sei nicht ersichtlich, dass bereits zum maßgebenden Beurteilungszeitpunkt des Vertragsschlusses im Jahr 1989 Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsunterwerfung bestanden hätten.
- 12 Der Klägerin stünden auch keine materiell-rechtlichen Einwendungen gegen den titulierten Anspruch gemäß § 767 Abs. 1 ZPO zu. Einwendungen aus dem gesicherten Grundverhältnis könne sie der Beklagten bereits deshalb nicht entgegenhalten, weil diese nicht in den Sicherungsvertrag eingetreten sei. Anders sei dies gemäß § 1157 BGB nur dann, wenn die Einwendungen bei Erwerb der Grundsuld im Grundbuch eingetragen gewesen seien oder die Beklagte diese gekannt habe; dies sei jedoch hier nicht der Fall.
- 13 Der Anspruch aus der Grundsuld als einem eingetragenen dinglichen Recht unterliege gemäß § 902 BGB keiner Verjährung. Auch bei Verjährung des gesicherten Anspruchs - um den es hier nicht gehe - behalte der Gläubiger gemäß § 216 Abs. 2 BGB das Recht, sich aus den eingeräumten Sicherheiten zu befriedigen. Mit der notariellen Urkunde stehe der Beklagten zudem ein Vollstreckungstitel zu, der gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB erst innerhalb von 30 Jahren, die noch nicht abgelaufen seien, verjähre.
- II.
- 14 Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Prüfung im Ergebnis nur in einem entscheidungserheblichen Punkt nicht stand. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, auch die titulierten Grundschuldzinsen seien unverjährbar.
- 15 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Klägerin neben einer Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO, mit der sie Einwendungen gegen den titulierten materiell-rechtlichen Anspruch erhoben hat, zusätzlich die Unwirksamkeit des Vollstreckungstitels geltend gemacht hat. Dieser Teil des Klagebegehrens ist Gegenstand einer prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO (st. Rspr., vgl. etwa BGHZ 124, 164, 170 f.), die mit der Klage aus § 767 ZPO verbunden werden kann (st. Rspr., siehe z.B. BGHZ 118, 229, 236 und Senatsurteil vom 26. Juni 2007 - XI ZR 287/05, WM 2007, 1648, Tz. 14 m.w.N.).
- 16 2. Das Berufungsgericht hat auch zu Recht die prozessuale Gestaltungsklage analog § 767 ZPO abgewiesen. Die Klageabweisung hält zwar nicht in allen Teilen der Begründung, wohl aber im Ergebnis revisionsrechtlicher Prüfung stand.
- 17 a) Soweit die Revision rügt, die Unterwerfungserklärung sei unwirksam, weil unbestimmt geblieben sei, ob außer der ursprünglichen Grundschuldgläubigerin auch jeder künftige Grundschuldgläubiger die Zwangsvollstreckung mit Hilfe der Unterwerfungsklausel betreiben könne, kann sie damit keinen Erfolg haben.
- 18 aa) Mit diesem Einwand macht die Revision keinen Unwirksamkeitsgrund geltend, der mit der Gestaltungsklage analog § 767 ZPO verfolgt werden kann. Vielmehr handelt es sich dabei um die Frage der prozessualen Ordnungsgemäßheit der Unterwerfungserklärung, die im Verfahren nach § 732 ZPO zu klären ist (BGH, Urteil vom 5. Dezember 2003 - V ZR 341/02, WM 2004, 1601). Soweit der Bundesgerichtshof im Falle der Unbestimmtheit des Titels eine auf eine analoge Anwendung des § 767 ZPO gestützte Klage für zulässig erachtet hat (BGHZ 124, 164, 170 f.), geht es dabei um eine Unbestimmtheit des titulierten Anspruchs selbst. Der Bundesgerichtshof hat hier ein Bedürfnis für eine prozessuale Gestaltungsklage analog § 767 ZPO anerkannt, da es eine Möglichkeit geben sollte, die Vollstreckungsfähigkeit eines zwar der materiellen Rechtskraft nicht fähigen, ansonsten aber nicht wirkungslosen und auch vollstreckungsfähigen Urteils zu beseitigen (BGHZ 124, 164, 170 f.). Der Rechtsbehelf des § 732 ZPO versagt in diesem Fall, da er sich nur gegen die Vollstreckungsklausel richtet und nicht eine rechtskraftfähige Entscheidung über die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen des eigentlichen Mangels, nämlich der infolge der Unbestimmtheit geminderten Wirksamkeit des Titels, herbeiführt (vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 2003 - V ZR 341/02, WM 2004, 1601). Einen vergleichbaren Unwirksamkeitsgrund macht die Revision hier nicht geltend. Es geht nicht um den titulierten Anspruch, sondern allein um die Frage, ob sich aus der Unterwerfungserklärung mit hinreichender Deutlichkeit der Titelgläubiger ergibt. Die Prüfung dieser Frage ist dem Klauselerteilungsverfahren und den in diesem Verfahren vorgesehenen Rechtsbehelfen vorbehalten.
- 19 bb) Darüber hinaus ist die Rüge der Revision auch der Sache nach unbegründet. Zwar ist im Schrifttum umstritten, ob eine Unterwerfungserklärung zugunsten eines noch nicht näher bestimmten künftigen Gläubigers wirksam möglich ist (bejahend Erman/Wenzel, BGB, 12. Aufl., § 1196 Rn. 7; Münch-KommBGB/Eickmann, 5. Aufl., § 1196 Rn. 13; verneinend Everts, MittBayNot 2008, 356, 357; Münzberg in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 794 Rn. 118 und 120; Staudinger/Wolfsteiner, BGB (2009), § 1196 Rn. 17; Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 794 Rn. 29). Eine solche Unsicherheit hinsichtlich des Titelgläubigers besteht hier aber nicht. Das Berufungsgericht ist - wenn auch ohne nähere Begründung - zu Recht davon ausgegangen, dass sich die Klägerin nur wegen eines Anspruchs der Zedentin der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.
- 20 (1) Der Senat kann die Auslegung der Unterwerfungserklärung in vollem Umfang nachprüfen, weil es sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts dabei wie auch bei der Grundschuldbestellungserklärung um formularmäßig vorformulierte Klauseln handelt, die offensichtlich mit diesem oder ähnlichem Inhalt auch über den Bezirk eines Berufungsgerichts hinaus Verwendung finden (vgl. BGHZ 181, 278, Tz. 20; BGH, Urteil vom 16. Juni 2009 - XI ZR 539/07, WM 2009, 1460, Tz. 23, jeweils m.w.N.). Die Klausel ist nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden wird, wobei die Verständnismöglichkeit des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen ist (st. Rspr., siehe nur BGHZ 180, 257, Tz. 11; 181, 278, Tz. 19, jeweils m.w.N.). Dabei sind bei der Auslegung der notariellen Vollstreckungsunterwerfungserklärung neben dem Wortlaut jedenfalls auch solche Zwecke und Interessen der Parteien berücksichtigungsfähig, die aus der Urkunde ersichtlich sind (BGH, Beschluss vom 29. Mai 2008 - V ZB 6/08, WM 2008, 1507, Tz. 7 m.w.N.).
- 21 (2) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe hat sich die Klägerin am 13. März 1989 ausschließlich wegen des gegenwärtigen Anspruchs der Zedentin der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. In der notariellen Urkunde wird im Rahmen der Grundschuldbestellung die Zedentin mit dem Zusatz "in dieser Urkunde Gläubigerin genannt" namentlich benannt. Damit ergibt sich schon aus dem eindeutigen Wortlaut, dass in der Unterwerfungserklärung mit "Gläubigerin" ausschließlich die Zedentin gemeint ist. Es findet sich in der

- Urkunde kein Anhaltspunkt dafür, dass die Unterwerfung zugleich (auch) zugunsten eines noch nicht näher bestimmten künftigen Grundschuldinhabers erfolgen sollte. Eine solche Rechtsposition nimmt die Beklagte, wie die Revision offenbar verkennt, auch nicht für sich in Anspruch. Vielmehr betreibt sie die Zwangsvollstreckung aufgrund einer titelum-schreibenden Klausel im Sinne des § 795 Satz 1, § 727 Abs. 1 ZPO und leitet damit die Titelfunktion allein aufgrund der Rechtsnachfolge hinsichtlich des titulierten Anspruchs auf sich über. Aus diesem Grund stellt sich auch die von der Revision des Weiteren aufgeworfene Rechtsfrage, ob die Beklagte zum Kreis der ursprünglich in der Unterwerfungserklärung genannten Gläubiger gehört, hier nicht.
- 22 (3) Die Revision, die die Rechtsnachfolge der Beklagten in materiell-rechtlicher Hinsicht im Übrigen nicht in Zweifel zieht, beruft sich in diesem Zusammenhang auch ohne Erfolg auf die von Reifner in BKR 2008, 142, 148 f. vertretene Ansicht, dass für die Unterwerfungserklärung des Schuldners gemäß § 305c Abs. 2 BGB ein Abtretungsverbot anzunehmen sei, weshalb das Recht zur sofortigen Zwangsvollstreckung ohne dessen Zustimmung nicht auf jeden künftigen Grundschuldinhaber übertragbar sei. Dieser Auffassung hat sich das Berufungsgericht zu Recht nicht angeschlossen. Die Möglichkeit zur Vollstreckung aus der Unterwerfungserklärung geht unter den Voraussetzungen des § 795 Satz 1, § 727 Abs. 1 ZPO kraft gesetzlicher Anordnung auf den Rechtsnachfolger hinsichtlich des titulierten Anspruchs über, ohne dass es einer Abtretungsvereinbarung bedarf (so zu-treffend Volmer, ZfIR 2008, 634, 635).
- 23 b) Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, dass die formularmäßige Vollstreckungsunterwerfung einer Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) standhält. Insbesondere stellt die Klausel keine unangemessene Benachteiligung der Klägerin dar, weil sie wegen der freien Ab-tretbarkeit der titulierten Ansprüche aus der Grundschuld auch zugunsten jedes künftigen Grundschuldinhabers Rechtswirkungen entfaltet.
- 24 aa) Allerdings hat das Berufungsgericht - und ihm insoweit folgend auch die Revision - der Inhaltskontrolle schon im Ausgangspunkt ein unzutreffendes Verständnis der Klausel zugrunde gelegt. Anders als das Berufungsgericht meint, kann nicht jeder künftige Inhaber der Grundschuld durch eine umschreibende Klausel gemäß § 795 Satz 1, § 727 Abs. 1 ZPO auch die Titelfunktion der Unterwerfungserklärung in Anspruch nehmen. Vielmehr ist die formularmäßig erfolgte Erklärung der Klägerin gemäß § 5 AGBG (jetzt: § 305c Abs. 2 BGB) zu ihren Gunsten dahin auszulegen, dass sich die Vollstreckungsunterwerfung nur auf Ansprüche aus einer treu-händerisch gebundenen Sicherungsgrundschuld erstreckt. Eine solche Rechtsposition hat ein Grundschuldgläubiger, der - wie die Beklagte - den Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht beigetreten ist, nicht erworben, so dass er nicht Rechtsnachfolger hinsichtlich des titulierten Anspruchs im Sinne des § 727 Abs. 1 ZPO geworden ist.
- 25 (1) Die formularmäßige Unterwerfungserklärung benachteiligt die Klägerin nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher nicht nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.
- 26 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist im Rahmen der Wirksamkeitsprüfung einer Klausel gemäß § 5 AGBG in Zweifelsfällen von mehreren möglichen Auslegungen die "kundenfeindlichste" Auslegung zugrunde zu legen, wenn diese zur Unwirksamkeit der Klausel führt und damit für den Kunden die im Ergebnis günstigste ist (BGHZ 176, 244, Tz. 19; 181, 278, Tz. 21). Außer Betracht zu bleiben haben dabei nur solche Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und nicht ernstlich in Betracht zu ziehen sind (BGHZ 180, 257, Tz. 11; BGH, Urteil vom 16. Juni 2009 - XI ZR 539/07, WM 2009, 1460, Tz. 23, jeweils m.w.N.). Erst wenn sich die Klausel nach jeder in Betracht kommenden Auslegung als wirksam erweist, kommt die dem Kunden günstigste Auslegung zum Tragen. So liegen die Dinge hier. Wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, hält die Klausel auch mit dem "kundenfeindlichsten" Inhalt - Vollstreckungsunterwerfung für sämtliche Grundschuldansprüche unabhängig von deren Bindung an den Sicherungszweck - einer Inhaltskontrolle stand.
- 27 Eine Formulklausel ist nur dann unangemessen, wenn der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornher-ein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (st. Rspr., siehe nur BGH, Urteil vom 14. Oktober 2009 - VIII ZR 354/08, NJW 2009, 3714, Tz. 13 m.w.N.). Dies trifft nach der ständigen Rechtsprechung aller damit befassten Senate des Bundesgerichtshofs auf eine formularmäßig gegenüber einer Bank erklärte Vollstreckungsunterwerfung des mit dem persönlichen Kreditschuldner identischen Grundschuldbestellers nicht zu (BGHZ 99, 274, 283 ff.; 177, 345, Tz. 32; BGH, Urteile vom 26. November 2002 - XI ZR 10/00, WM 2003, 64, 65 f., vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 398/02, WM 2003, 2372, 2374, vom 28. Oktober 2003 - XI ZR 263/02, WM 2003, 2410, 2411, vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830, vom 22. November 2005 - XI ZR 226/04, WM 2006, 87, 88 und vom 22. Mai 2007 - XI ZR 338/05, NotBZ 2008, 27, 28). Die Zivilprozessordnung gestattet die Zwangsvollstreckung aus Urteilen (§ 704 ZPO) und aus vollstreckbaren notariellen Urkunden (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) gleichermaßen, so dass der Durchführung eines Erkenntnisverfahrens vor Titulierung keine gesetzliche Leit-bildfunktion im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) zukommt. Die kreditgebende Bank verfolgt mit der Vollstreckungsunterwerfung das Ziel, die Voraussetzung für einen raschen Zugriff auf das Schuldnervermögen zu schaffen. Dies wird durch ihr anerkanntes Interesse gerechtfertigt, eine ausreichend sichere Vorsorge gegen das Risiko eines Vermögensverfalls ihres Schuldners zu erreichen. Typischerweise ergeben sich nämlich Störungen in der Abwicklung der Kreditverhältnisse, die die Bank zur zwangsweisen Durchsetzung ihrer Forderung veranlassen, gerade aus einer Vermögensverschlechterung des Schuldners (BGHZ 99, 274, 284). Demgegenüber wird der Schutz des Schuldners gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme der Vollstreckungsmöglichkeit in ausreichender Weise durch die vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe mit der Möglichkeit der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung und durch eine Schadensersatzpflicht der Bank bei missbräuchlicher Ausnutzung des Vollstreckungstitels gesichert (BGHZ 99, 274, 284).
- 28 Die gegen diese Rechtsprechung von der Revision - im Anschluss an eine von Schimansky (WM 2008, 1049, 1050 f.) und ihm folgend auch in der Rechtsprechung (LG Hamburg, WM 2008, 1450, 1451) vertretene Ansicht - vorgebrachten Argumente überzeugen nicht. Insoweit wird geltend gemacht, die formularmäßige Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung stelle dann eine unangemessene Benachteiligung des Kreditnehmers dar und sei daher nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn die Bank die Kreditforderung und die sie sichernde Grundschuld frei an einen beliebigen Dritten abtreten könne. Der von der Rechtsprechung vorgenommenen Interessenabwägung sei die Grundlage entzogen, weil sich in den letzten Jahren herausgestellt habe, dass die Kreditwirtschaft von der freien Abtretbarkeit der Darlehensforderungen in nennenswertem Umfang in der Form Gebrauch mache, dass sie diese an nicht der Bankenaufsicht unterliegende Finanzinvestoren verkaufe, wodurch sich die Position des Schuldners erheblich verschlechtere. Finanzinvestoren seien - im Gegensatz zur kreditgebenden Bank - nicht an einer langfristigen Kundenbeziehung interessiert, sondern in erster Linie bestrebt, die unter Wert angekauften Forderungen kurzfristig mit Gewinn zu realisieren, wobei die Unterwerfungserklärung es ihnen erlaube, diese Absicht durch eine - auch unberechtigte - Androhung der Zwangsvollstreckung mit Nachdruck zu verfolgen. Dies benachteilige den Schuldner unangemessen.

- 29 Diese Auffassung überzeugt nicht. Sie gibt dem Senat - in Übereinstimmung mit den ganz überwiegenden Stimmen in der Literatur (Bachner, DNotZ 2008, 644, 649 ff.; Binder/Piekenbrock, WM 2008, 1816, 1821 ff.; Bork, ZIP 2008, 2049, 2053 ff.; ders., ZIP 2009, 1261, 1262 f.; Buschmann, BKR 2008, 415, 416 f.; Clemente, ZfIR 2008, 589, 599; Freitag, WM 2008, 1813 ff.; Habersack, NJW 2008, 3173, 3175 f.; Koch, EWiR 2009, 359, 360; Koser/Werner-Jensen, BKR 2008, 340 f.; Langenbacher, NJW 2008, 3169, 3172; Lehleiter/Hoppe, BKR 2008, 363, 364 ff.; Schalast, BB 2008, 2190, 2194; Schelske, EWiR 2009, 501, 502; Schulz, ZIP 2008, 1858, 1863; ders., EWiR 2009, 469, 470; Selke, EWiR 2008, 543, 544; Volmer, ZfIR 2008, 634, 635 f.; Walker/Hebel, WuB VI D. § 727 ZPO 1.09; ebenso OLG Schleswig, WM 2009, 1193, 1196) - keinen Anlass, die Rechtsprechung zur Wirksamkeit formularmäßiger Unterwerfungserklärungen zu modifizieren. Eine unangemessene Benachteiligung der Kredit-schuldner ist auch unter Berücksichtigung des Umstandes nicht gegeben, dass die Kreditwirtschaft in den letzten Jahren von der Möglichkeit der freien Abtretbarkeit der Kreditfor-derungen (vgl. dazu Senat, BGHZ 171, 180, Tz. 12 ff. und Ur-teil vom 27. Oktober 2009 - XI ZR 225/08, WM 2009, 2307, Tz. 14 f., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) und der sie sichernden Grundschulden vermehrt Gebrauch gemacht haben mag.
- 30 Eine veränderte Praxis der Kreditverkäufe "in den letzten Jahren" kann - worauf auch das Berufungsgericht zu Recht abgestellt hat - für die Inhaltskontrolle der klägerischen Voll-streckungsunterwerfung schon deshalb keine Rolle spielen, weil bei der Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligt, im Individual-prozess auf die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist (BGHZ 143, 103, 117; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 307 Rn. 117; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 307 Rn. 3; Staudinger/Coester, BGB (2006), § 307 Rn. 100; Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl., § 307 Rn. 93). Dass Kreditverkäufe an Finanzinvestoren bereits im Jahr 1989 in erheblichem Umfang angefallen sind, wird weder von der Revision geltend gemacht, noch sind dafür sonst An-haltspunkte ersichtlich. Spätere Änderungen der tatsäch-lichen Verhältnisse haben schon deshalb außer Betracht zu bleiben, weil andernfalls die Beurteilung der Wirksamkeit einer einbezogenen Klausel immer nur eine temporäre wäre (Medicus, NJW 1995, 2577, 2580). Die Berücksichtigung ver-änderter tatsächlicher Umstände kann auch nicht damit be-gründet werden, dass der Verwender keinen Vertrauens-schutz in den Fortbestand einer sich nachträglich als korrekturbedürftig erweisenden Rechtsprechung zur Wirk-samkeit der Klausel genieße (so aber Schimansky, WM 2008, 1049, 1052 und offenbar auch Haertlein/Thümmeler, WuB I F 3. - 4.09). Richtig ist zwar, dass die Rechtsprechung aus die-sem Grund in der Regel nicht gehindert ist, eine geänderte rechtliche Beurteilung auf einen zur Entscheidung stehenden Sachverhalt anzuwenden, obwohl die maßgebliche Formu-larklausel nach der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Rechtsprechung als wirksam angesehen wurde (BGHZ 132, 6, 11 f.; BGH, Urteil vom 5. März 2008 - VIII ZR 95/07, NJW 2008, 1438, Tz. 19 f.). Hier geht es jedoch nicht um eine abweichende rechtliche Beurteilung eines identi-schen Sachverhalts, sondern darum, ob erst nach Vertrags-schluss eingetretene tatsächliche Umstände im Rahmen der Interessenabwägung nach § 9 Abs. 1 AGBG Berücksichti-gung finden können.
- 31 Darüber hinaus gibt eine veränderte Praxis von Kreditverkäufen auch unabhängig vom Zeitpunkt der Unterwerfungserklä-rung keinen Anlass, deren Wirksamkeit in Frage zu stellen. Dabei kann dahinstehen, ob - wie im Schrifttum behauptet wird - die Gefahr, dass der Titel als Druckmittel zur Bewir-kung einer Zahlung, auf die kein Anspruch besteht, miss-bräucht wird, durch die Abtretung an nicht der Bankenauf-sicht unterliegende Investoren steigt (so Schimansky, WM 2008, 1049, 1050; dies anzweifelnd Bork, ZIP 2008, 2049, 2056; ders., ZIP 2009, 1261, 1262 f.; Freitag, WM 2008, 1813). Zwar können im Rahmen der Interessenabwägung nach § 9 Abs. 1 AGBG auch solche Nachteile Berücksichti-gung finden, die nicht im Rechtsverhältnis zum Verwender der Klausel, sondern im Verhältnis zu einem Dritten - hier dem Kreditkäufer - eintreten (BGHZ 104, 82, 93 m.w.N.). Wie das Berufungsgericht aber zutreffend ausgeführt hat, stehen diesem Nachteil gewichtige Interessen des Verwenders so-wohl an der Vollstreckungsunterwerfung an sich, als auch an der Abtretbarkeit der Kreditforderungen und der Sicherungs-mittel gegenüber. Kreditgebende Banken sind in berechtigter Weise an der freien Abtretbarkeit der Darlehensforderungen interessiert, um sich zu refinanzieren, Kreditrisiken zu ver-lagern oder ihr Eigenkapital zu entlasten (Senat BGHZ 171, 180, Tz. 15 m.w.N.). Bei kleineren Kreditinstituten kommt hinzu, dass sie die aufwändige Bearbeitung notleidender Kredite und die effektive Verwertung bestellter Sicherheiten selbst kaum leisten können (Nobbe, ZIP 2008, 97, 98). Könnte eine Bank die Kreditsicherheiten nur ohne Vollstreckungs-unterwerfung übertragen, wäre die Möglichkeit von Forde-rungsverkäufen in erheblichem Maße beeinträchtigt und nur ein niedrigerer Kaufpreis zu erzielen (in diesem Sinne auch Binder/Piekenbrock, WM 2008, 1816, 1824; Bork, ZIP 2008, 2049, 2053). Demgegenüber besteht die angeführte Miss-brauchsgefahr überhaupt nur dann, wenn die titulierte Forde-rung tatsächlich abgetreten wird. Dies kann es nicht rechtfertigen, auch dem ursprünglichen Titelgläubiger, der die Forderung nicht verkauft, den raschen Vollstreckungszugriff zu versagen, zumal diese kostengünstige Titulierung auch dem Schuldner Vorteile bringt (dazu Bork, ZIP 2008, 2049, 2058; Habersack, NJW 2008, 3173; Volmer, ZfIR 2008, 634; Wolfsteiner, WuB IV C. § 307 BGB 4.08). Nach alledem bleibt es dabei, dass sich der Schuldner im Falle einer unberechtig-ten Zwangsvollstreckung mit vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen zur Wehr setzen muss, ohne dass ihn dies unangemessen benachteiligt.
- 32 Anders als die Revision meint, gebietet auch das Urteil des VII. Zivilsenats vom 27. September 2001 (VII ZR 388/00, WM 2001, 2352, 2353 f.) keine andere Beurteilung. Nach dieser Entscheidung ist es eine unangemessene Benachteiligung i.S. des § 9 AGBG, wenn sich der Erwerber eines noch zu er-richtenden Hauses wegen der Werklohnforderung formular-mäßig der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft und der Unternehmer berechtigt ist, sich ohne weitere Nachweise eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilen zu las-sen. Denn in einem solchen Fall werde der Erwerber der Ge-fahr einer Vorleistung ausgesetzt, die der gesetzlichen Rege-lung des § 641 BGB widerspreche; zudem laufe er Gefahr, durch die vom Unternehmer betriebene Zwangsvollstrek-kung und dessen Vermögensverfall Vermögenswerte end-gültig zu verlieren, ohne dafür eine entsprechende Gegenlei-stung am Bauvorhaben zu erhalten. Wie der Senat bereits entschieden hat, treffen diese Erwägungen auf vollstreckba-re Kreditsicherheiten zugunsten einer Bank nicht zu (BGHZ 177, 345, Tz. 34). Die Grundschuldansprüche, für die sich die Klägerin der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, sind gemäß der notariellen Vereinbarung sofort fällig.
- 33 Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, dass auch der Ge-setzgeber bei Schaffung des Gesetzes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegren-zungsgesetz) vom 12. August 2008 (BGBl. I S. 1666) davon ausgegangen ist, dass der Schuldner es nicht verhindern könne, dass ihm in der Zwangsvollstreckung anstelle seines ursprünglichen Gläubigers im Wege der Abtretung, Vertrags-übernahme oder durch andere Gestaltungen ein anderer, aus seiner Sicht nicht so vertrauenswürdiger Gläubiger gegen-überstehe (BTD Drucksache 16/9821, S. 18 f.). Zum Schutz des Schuldners hat er lediglich die Neuregelung des § 799a ZPO geschaffen, der einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch des Schuldners gegen den zu Un-recht aus der Urkunde vollstreckenden Neugläubiger vor-sieht. Dabei ist der Gesetzgeber jedoch gerade von der Wirk-samkeit entsprechender Vollstreckungsunterwerfungen ausgegangen (so auch Habersack, NJW 2008, 3173, 3176 f.; Langenbacher, NJW 2008, 3169, 3172; Schalast, BB 2008, 2190, 2194; Walker/Hebel, WuB VI D. § 727 ZPO 1.09).

- 34 (2) Bei der damit gemäß § 5 AGBG gebotenen "kundenfreundlichsten" Auslegung ist die formularmäßige Unterwerfungserklärung dahin zu verstehen, dass nur Grundschuldansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld tituliert sind. Dies ergibt sich aus der zum Zeitpunkt der Unterwerfungserklärung maßgeblichen objektivierten Interessenlage von Gläubiger und Schuldner.
- 35 Die Unterwerfungserklärung der Klägerin erfasst nach ihrem Wortlaut alle Ansprüche an Kapital, Zinsen und Nebenleistungen, welche der Gläubigerin "aus der Grundschuld" zustehen. Weder diese Formulierung noch die in der Urkunde zum Ausdruck kommende typische Interessenlage beider Parteien rechtfertigen ein eindeutiges Auslegungsergebnis dahingehend, dass damit auch Ansprüche aus einer isolierten Grundschuld gemeint sind. Gegen ein solches Verständnis spricht entscheidend, dass die Unterwerfung - was in der vorformulierten notariellen Urkunde auch Ausdruck gefunden hat - anlässlich der Bestellung einer Sicherungsgrundschuld erfolgt ist. Denn nach den in der notariellen Urkunde in Bezug genommenen "Weiteren Erklärungen" dient die Grundschuld "der Sicherung aller bestehenden und künftigen - auch bedingten oder befristeten - Ansprüche aus der Geschäftsverbindung".
- 36 Ein vom Sicherungscharakter der Grundschuld losgelöstes Verständnis der Vollstreckungsunterwerfung ließe zudem außer Acht, dass sich die Rechtsposition des Schuldners dann erheblich verschlechtert, wenn die Zwangsvollstreckung von einem nachfolgenden Grundschuldinhaber betrieben wird, der - wie hier die Beklagte - die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht übernommen hat. Der bei der ursprünglichen Bestellung der Sicherungsgrundschuld zustande kommende Sicherungsvertrag begründet zwischen den Vertragsparteien - auch ohne ausdrückliche Vereinbarung - kraft seiner Rechtsnatur ein Treuhandverhältnis, weil der Grundschuldgläubiger als Sicherungsnehmer nach außen mehr Rechtsmacht erhält als er im Innenverhältnis, gebunden durch den Sicherungsvertrag, ausüben darf (BGHZ 133, 25, 30; BGH, Urteil vom 8. Dezember 1988 - III ZR 107/87, WM 1989, 210, 211, jeweils m.w.N.). Im Falle der Abtretung der Sicherheit richten sich die Ansprüche aus dem Sicherungsvertrag - etwa auf Rückgabe der Sicherheit im Falle des endgültigen Wegfalls des Sicherungszwecks - grundsätzlich nur gegen den Zedenten als Sicherungsnehmer. Insbesondere enthält die Abtretung nicht ohne weiteres auch die stillschweigende Vereinbarung einer Übernahme dieser Verbindlichkeiten (BGH, Urteil vom 25. September 1996 - VIII ZR 76/95, WM 1997, 13, 16 m.w.N.). Dies gilt auch dann, wenn der Zessionar nicht nur die Sicherungsgrundschuld, sondern zugleich auch die gesicherte Forderung erwirbt (vgl. BGHZ 103, 72, 81 f.; BGH, Urteil vom 16. Januar 2001 - XI ZR 41/00, WM 2001, 453, 454). Damit geht die fiduziarische Bindung der Sicherungsgrundschuld bei ihrer Übertragung verloren, wenn es - wie hier - an einer solchen gesonderten Übernahmevereinbarung fehlt. Dies hat zur Folge, dass dem Zessionar Einwendungen oder Einreden aus dem Sicherungsvertrag gemäß § 1192 Abs. 1, §§ 1157, 892 BGB aF nur dann entgegengehalten werden können, wenn deren Tatbestand zum Zeitpunkt der Abtretung bereits vollständig verwirklicht war (BGHZ 85, 388, 390; BGH, Urteil vom 4. Juli 1986 - V ZR 238/84, WM 1986, 1386, 1387) und dem Erwerber sowohl der Sicherungscharakter der Grundschuld, als auch die konkrete Einwendung zum Zeitpunkt der Abtretung bekannt war oder letztere aus dem Grundbuch ersichtlich gewesen ist (BGHZ 59, 1, 2; 85, 388, 390; 103, 72, 81 f.; BGH, Urteile vom 18. Mai 1973 - V ZR 75/72, WM 1973, 840, vom 7. Dezember 1989 - IX ZR 281/88, WM 1990, 305, 306 f. und vom 16. Januar 2001 - XI ZR 41/00, WM 2001, 453, 454). Für eine entsprechende positive Kenntnis des Zedenten trägt der Schuldner zudem die Darlegungs- und Beweislast (BGH, Beschluss vom 28. Juni 1984 - III ZR 106/83, WM 1984, 1078, 1079). Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kann der Erwerber in rechtlich zulässiger Weise den vollen Grundschuldbetrag geltend machen, unabhängig davon, ob und in welcher Höhe die gesicherte Forderung besteht.
- 37 Auch wenn diese rechtlichen Nachteile des Schuldners gegenüber einem neuen Grundschuldinhaber aus dem materiellen Recht resultieren und nicht aus der prozessualen Unterwerfungsklausel (so Bork, ZIP 2008, 2049, 2055), hindert das nicht, dies dennoch bei ihrer Auslegung zu berücksichtigen. Zwar muss sich der Schuldner gegen eine aus seiner Sicht unberechtigte Zwangsvollstreckung stets aktiv zur Wehr setzen, unabhängig davon, wer aus der Unterwerfungserklärung vollstreckt. Die Erfolgsaussichten entsprechender vollstreckungsrechtlicher Rechtsbehelfe hängen jedoch maßgeblich davon ab, ob der Titelgläubiger an den Sicherungsvertrag gebunden ist. Angesichts dieser Umstände hat der Schuldner ein - für den Verwender der Klausel auch erkennbares - Interesse daran, dass die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung nur im Rahmen der ursprünglichen Zweckbindung der Grundschuld erfolgt.
- 38 Einem solchen Verständnis der Unterwerfungserklärung stehen keine berechtigten Interessen der Bank an der Abtretbarkeit der Kreditforderungen nebst Sicherheiten entgegen. Ganz im Gegenteil ist diese als Sicherungsnehmerin aus dem Treuhandcharakter der Sicherungsgrundschuld - wie auch hier nach der Sicherungszweckerklärung - sogar verpflichtet, die ihr durch den Sicherungsvertrag auferlegten Bedingungen an den Erwerber der Grundschuld weiterzugeben (BGH, Urteil vom 25. September 1996 - VIII ZR 76/95, WM 1997, 13, 16 m.w.N.; MünchKommBGB/Eickmann, 5. Aufl., § 1191 Rn. 96; für den Fall der isolierten Abtretung der Grundschuld vgl. auch BGH, Urteil vom 4. Juli 1986 - V ZR 238/84, WM 1986, 1386, 1387).
- 39 bb) Die Entscheidung des Berufungsgerichts, die prozessuale Gestaltungsfrage analog § 767 ZPO als unbegründet abzuweisen, erweist sich im Ergebnis dennoch als richtig. Zwar ist die Beklagte - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - durch den Erwerb der Grundschuld nicht zugleich auch Rechtsnachfolgerin hinsichtlich des titulierten Anspruchs geworden. Dies kann aber weder der Gestaltungsfrage analog § 767 ZPO noch der Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO, die sich beide gegen die Vollstreckbarkeit des Titels richten, zum Erfolg verhelfen. Denn daraus ergeben sich - anders als beim Wegfall der Aktivlegitimation des im Titel ausgewiesenen Gläubigers - weder Einwendungen gegen den titulierten Anspruch, noch wird dadurch die Wirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung in Frage gestellt. Die Prüfung, ob eine Rechtsnachfolge gemäß § 795 Satz 1, § 727 Abs. 1 ZPO eingetreten ist, ist vielmehr dem Klauselerteilungsverfahren vorbehalten, so dass ein Schuldner, der den Übergang der titulierten Forderung auf den Vollstreckungsgläubiger für unwirksam hält, die in diesem Verfahren vorgesehenen Rechtsbehelfe nach §§ 732, 768 ZPO ergreifen muss (OLG Frankfurt am Main, OLG 2008, 612, 613; Zöller/Herget, ZPO, 28. Aufl., § 767 Rn. 12 "Wegfall der Aktivlegitimation"; vgl. auch BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2007 - VII ZB 108/06, WM 2008, 411, Tz. 14 ff.). Insbesondere kann die von der Klägerin erhobene Klage mangels jedweden Anhaltspunkts in ihrem Parteivorbringen auch nicht als eine Klauselgegenklage nach § 768 ZPO ausgelegt werden. Eine nachträgliche Erhebung dieser Rechtsbehelfe, sei es nach § 732 ZPO, sei es nach § 768 ZPO, ist ihr aber unbenommen.
- 40 Diese Lösung hat den Vorteil, dass bereits im Klauselerteilungsverfahren die für die Titelumschreibung zuständige Stelle von Amts wegen prüfen muss, ob der neue Grundschuldinhaber den Eintritt in den Sicherungsvertrag nach den Maßgaben des § 727 Abs. 1 ZPO nachgewiesen hat. Der Schuldner wird nicht - wie dies etwa von Schimansky (WM 2008, 1049, 1050) zu Recht bemängelt worden ist - aus der Rolle des Verteidigers in diejenige des Angreifers, nämlich des Klägers in einem Vollstreckungsgegenklageverfahren, gezwungen. Erst im Falle der Klauselerteilung muss er - möchte er sich dagegen wehren - von den in diesem Verfahren vorgesehenen Rechtsbehelfen Gebrauch machen.
- 41 3. Rechtlich zu beanstanden ist jedoch, dass das Berufungsgericht auch die Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 Abs. 1 ZPO in vollem Umfang abgewiesen hat. Hinsichtlich

eines Teils der in der notariellen Urkunde vom 13. März 1989 titulierten Grundschuldzinsen beruft sich die Klägerin zu Recht auf die Einrede der Verjährung.

- 42 a) Rechtsfehlerfrei ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte müsse sich Einwendungen und Einreden hinsichtlich der gesicherten Darlehensforderung nicht entgegenhalten lassen. Dies wird von der Revision auch nicht beanstandet.
- 43 b) Dagegen greift die von der Klägerin erhobene Einrede der Verjährung hinsichtlich eines Teils der titulierten Grundschuldzinsen durch. Das Berufungsgericht hat verkannt, dass die Unverjährbarkeit eingetragener Rechte gemäß § 902 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht für solche Ansprüche gilt, die - wie die Grundschuldzinsen - auf Rückstände wiederkehrender Leistungen gerichtet sind.
- 44 Die Grundschuldzinsen unterlagen nach der vor dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs der vierjährigen Verjährungsfrist des § 197 BGB aF und unterliegen seit dem 1. Januar 2002 - soweit sie, wie hier, tituliert sind - gemäß § 197 Abs. 2 BGB der dreijährigen Regelverjährung des § 195 BGB. Die Verjährung war dabei nicht bis zum Eintritt des Sicherungsfalls durch Kündigung der Geschäftsbeziehung mit Schreiben vom 26. Oktober 2002 gehemmt (vgl. BGHZ 142, 332, 334 f.). Vielmehr sind ein Neubeginn der Verjährung gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 2 BGB erst durch die von der Beklagten beantragten gerichtlichen Vollstreckungshandlungen ab Mai 2008 und ihre Verteidigung gegenüber der Vollstreckungsgegenklage (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 22. März 2006 - IV ZR 93/05, WM 2006, 1398, Tz. 16 m.w.N.) mit Schriftsatz vom 5. August 2008 sowie eine Hemmung der Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB durch die von ihr am 13. August 2008 erhobene Hilfswiderklage eingetreten. Auf etwaige zeitlich frühere Maßnahmen ihrer Rechtsvorgänger, die zu einem Neubeginn oder einer Hemmung der Verjährung geführt haben könnten, hat sich die Beklagte nicht berufen; solche sind auch nicht ersichtlich.
- 45 Danach sind - was von der Beklagten in erster Instanz auch für den Zeitraum bis Ende 2002 eingeräumt worden, vom Berufungsgericht aber unbeachtet geblieben ist - alle Grundschuldzinsen verjährt, die bis Ende 2004 fällig geworden sind. Dies trifft nach der notariellen Vereinbarung, nach der die Grundschuldzinsen eines Jahres am ersten Werktag des Folgejahres fällig werden, auf die Zinsen zu, die für die Jahre bis einschließlich 2003 angefallen sind. Die Zinsen des Jahres 2003 wurden am ersten Werktag des Jahres 2004 fällig, so dass deren Verjährung gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des 31. Dezember 2004 begann und am 31. Dezember 2007 eintrat. Für die ab dem 1. Januar 2005 fällig gewordenen Grundschuldzinsen (Zinsen für das Jahr 2004 und später) endete die Verjährung dementsprechend nicht vor Ablauf des 31. Dezember 2008, so dass deren Frist rechtzeitig neu in Lauf gesetzt bzw. durch die Erhebung der Hilfswiderklage rechtzeitig gehemmt wurde.

III.

- 46 Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben, soweit hinsichtlich der vor dem 1. Januar 2005 fällig gewordenen Grundschuldzinsen zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da keine weiteren Feststellungen erforderlich sind und die Sache damit zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat selbst zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Klage erweist sich im Umfang der Aufhebung als begründet, so dass unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde insoweit für unzulässig zu erklären und die weitergehende Klage abzuweisen ist.

ZPO §§ 767, 794 Nr. 5; BGB §§ 242, 307 Abs. 1, 1192; RBefrG

1. **Die formularmäßige Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in einer notariellen Urkunde über die Bestellung einer Grundschuld ist auch mit Blick auf die freie Abtretbarkeit von Grundschuld und gesicherter Forderung nicht unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB (n.F.)**
2. **Grundschulden, die vor Inkrafttreten des Risikobegrenzgesetzes erworben worden sind, können uneingeschränkt gutgläubig einredefrei erworben werden, was in dem Fall, in dem die Verbindung zwischen Grundschuld und gesicherter Forderung durch den Sicherungsvertrag verloren gegangen ist, die Zwangsvollstreckung in Höhe des Nennwerts der Grundschuld ermöglicht, auch wenn die gesicherte Forderung tatsächlich in geringerer Höhe valutiert.**

OLG Celle, Urteil vom 27.05.2009 – 3 U 292/08

(Entscheidungen der Vorinstanz und des BGH in diesem Heft)

Gründe

I.

- 1 Die Beklagte betreibt aus der notariellen Urkunde vom 13. März 1989 des Notars H. Sch. mit Amtssitz in H. (UR-Nr. ...) die Zwangsvollstreckung in ein der Klägerin gehörendes Grundstück, das an die C. GmbH verpachtet ist, die dort ein Alten- und Pflegeheim betreibt. Nach Umschreibung der Vollstreckungsklausel hat die Beklagte der Klägerin die Grundschuldbestellungsurkunde am 23. Mai 2008 zustellen lassen. Mit Beschluss des Amtsgerichts Hildesheim vom 23. Juni 2008 sind sowohl die Zwangsversteigerung als auch die Zwangsverwaltung angeordnet worden (Anlage K 18, Amtsgericht Hildesheim, Az. 25 K 61/08 und 25 L 27/08). Zwischenzeitlich sind beide Verfahren erst einstweilen eingestellt (Beschluss des Amtsgerichts Hildesheim vom 14. Juli 2008, Bl. 47 f. GA I) und später das Verfahren über die Zwangsverwaltung gemäß § 28 Abs. 2 ZVG aufgehoben worden (Beschluss des Amtsgerichts Hildesheim vom 11. August 2008 - 25 L 27/08, Bl. 87 ff. GA I).
- 2 Die Klägerin und der im Jahr 2000 tödlich verunglückte J. K. - Ehemann der mittlerweile als Alleingeschäftsführerin der Klägerin tätigen B. K. - standen in langjähriger Geschäftsbeziehung zu der Volksbank Ke., die später in Volksbank M. eG umfirmierte (im Folgenden nur Volksbank). Die Volksbank gewährte der Klägerin Ende der 80-er Jahre ein Darlehen über 1.800.000 DM (Darlehens Nr. ...08), das durch eine (Brief-)Grundschuld in gleicher Höhe - die o.g. notarielle Urkunde, in der sich die Klägerin als Grundstückseigentümerin zugleich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr dingliches und persönliches Vermögen unterworfen hatte - abgesichert wurde (Anlage K 1 im Anlagenheft sowie Anlage B 1, Bl. 82 GA I). Nach der Sicherungszweckerklärung (Anlage S 16, Bl. 327 Bd. II d.A. des beigezogenen Vorprozesses 4 O 334/05 - Landgericht Hildesheim), diente die Grundschuld darüber hinaus der Absicherung aller Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung. Die Briefgrundschuld wurde gemäß Bewilligung vom 13. März 1989 am 28. März 1989 unter laufender Nr. ... in Abteilung III des Grundbuchs eingetragen. Die der in Rede stehenden Grundschuld im Range vorgehenden Grundpfandrechte valutieren derzeit noch in Höhe von ca. 8 Mio. €. Hauptgläubigerin ist die C. AG (ehemals die A. AG).
- 3 Das von der Volksbank an die Klägerin ausgezahlte Ursprungsdarlehen wurde später auf 500.000 DM reduziert, wobei gleichzeitig ein weiteres (Umschuldungs-) Darlehen in Höhe von 1.950.000 DM gewährt wurde (Darlehens Nr. ...09). Der letztgenannte Darlehensvertrag wurde später prolongiert

und aufgestockt.

- 4 Nach dem Tod des J. K. übernahmen seine Witwe, B. K., und ein befreundeter Rechtsanwalt, J.W. (Letzterer bis 2003), die Geschäftsführung der Klägerin. Am 13. Dezember 2000 schlossen die Klägerin und die Volksbank eine Vergleichsvereinbarung (Anlage K 2, Anlagenheft), mit der nicht nur die Verbindlichkeiten der Klägerin, sondern auch diejenigen ihres früheren Geschäftsführers J. K. persönlich sowie die - der damals bereits gelöschten C. E. I. GmbH, deren geschäftsführender Mitgesellschafter J. K. ebenfalls gewesen war und für deren Verbindlichkeiten er sich verbürgt hatte, bereinigt werden sollten. Hiernach sollte die Klägerinsämtliche Forderungen, die der Volksbank ihr gegenüber zustanden bzw. dem verstorbenen J. K. gegenüber zugestanden hatten, durch Zahlung eines einmaligen Ablösebetrages in Höhe von 1.300.000 DM abgelten (§ 1). Unbeschadet der Ablöseregelung sollte die Volksbank aber die Leistungen der auf den Tod von J. K. abgeschlossenen Versicherungen unter Anrechnung auf die in der Präambel der Vereinbarung dargestellten Gesamtverbindlichkeiten behalten dürfen (§ 2). Des Weiteren verpflichtete sich die Klägerin, bis spätestens 31. Dezember 2003 an die Volksbank einen weiteren Betrag in Höhe von 500.000 DM auf die Verbindlichkeiten der C. E. I. GmbH zu zahlen (§ 3). Unter der Voraussetzung, dass entsprechende Zahlungen geleistet würden, erklärte die Volksbank sodann einen aufschiebend bedingten Verzicht auf die verbleibenden Restforderungen sowohl gegenüber dem Nachlass des verstorbenen J. K. als auch gegenüber der Klägerin, den diese annahm (§ 4). In der Präambel der Vergleichsvereinbarung wurden - bezogen auf die Darlehensverbindlichkeiten der Klägerin - folgende Valutenstände per 8. November 2000 festgestellt:
- 5 Konto Nr. ...08:
436.434,14 DM
Konto Nr. ...09:
1.537.564,22 DM

zusammen
1.973.998,36 DM

- 6 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vertragsurkunde, insbesondere deren Präambel sowie deren §§ 1 - 4 und 6 Bezug genommen (Anlage K 2).
- 7 Die Klägerin war in der Folgezeit jedoch nicht in der Lage, die vereinbarten Leistungen zuerbringen. Die Volksbank vereinbarte lediglich die Versicherungssummen aus den auf den verstorbenen J. K. abgeschlossenen Lebensversicherungen in Höhe von 900.000 DM sowie 225.032 DM.
- 8 Mit Schreiben vom 26. März 2002 kündigte die Volksbank die Geschäftsverbindung mit der Klägerin (Anlage K 3) und forderte sie zur Rückzahlung ihrer Restforderung, die sie mit 581.573,04 € bezifferte, zuzüglich Zinsen zum 10. April 2002 auf. Mit Schreiben vom 1. Juli 2002 (Anlage K 4) forderte sie die Klägerin erneut zum Forderungsausgleich - diesmal bis 15. Juli 2002 auf - und erklärte sich zugleich bereit, diesen Termin um einen Monat, auf den 15. August 2002, zu verschieben, sofern bis zum 15. Juli 2002 ein Betrag in Höhe von 25.000 € überwiesen werden würde. Die Klägerin zahlte im Folgenden indes nur 15.000 €, weshalb die Volksbank sie mit Schreiben vom 21. August 2002 zur Zahlung des Restbetrages von 10.000 € bis 30. August 2002 aufforderte und nach Verstreichen dieser Frist Zwangsmaßnahmen ankündigte (Anlage K 5). Ob die Klägerin, vertreten durch Rechtsanwalt W., und die Volksbank im Frühjahr 2003 eine Umschuldung der Kredite in der Form vereinbarten, dass das Kreditengagement durch monatliche Zins- und Tilgungsleistungen in Höhe von 3.500 € bedient werden sollte, ist streitig. Jedenfalls zahlte die Klägerin seit April 2003 monatliche Raten in dieser Höhe. Mit Schreiben vom 13. April 2004 (Anlage K 6) mahnte die Volksbank bei der Klägerin unter dem Betreff „Rückzahlungsvereinbarung in Höhe von monatlich

Euro 3.500“ die Zahlung der „Raten“ für März und April 2004 an, woraufhin B. K. im Mai 2004 die Zahlung von 10.500 € veranlasste. Im Juni 2004 gab es ein Gespräch zwischen B. K., dem Geschäftsführer der C. GmbH und Vertretern der Volksbank, bei dem die Volksbank forderte, dass die monatlichen Zahlungen auf 6.000 € erhöht werden sollten, woraufhin Frau K. erklärte, hierzu nicht in der Lage zu sein, was sie nochmals mit Schreiben vom 13. September 2004 (Anlage K 8) bestätigte und vorschlug, sich ab Januar 2005 auf monatliche Raten von 5.000 € zu einigen. Eine Antwort erhielt sie darauf nicht.

- 9 Am 7. Dezember 2004 verkaufte die Volksbank sodann sämtliche ihr zustehenden Forderungen gegen die Klägerin, insbesondere die Forderungen aus dem Vergleich vom 13. Dezember 2000 an die B. GbR in Schw. und trat ihr diese nebst der Grundschuld über 1.800.000 DM einschließlich der weiteren Rechte aus der Urkunde ab. Wegen der Einzelheiten wird auf die notarielle Urkunde vom 7. Dezember 2004 des Notars M. J. mit Amtssitz in Ho. (UR-Nr. . . /2004) Bezug genommen (Anlage K 10). Hierüber informierte sie die Klägerin mit Schreiben vom 27. Juni 2005 (Anlage K 9). Ob die B. GbR den Grundschuldbrief ausgehändig erhielt, ist zwischen den Parteien streitig. Mit notarieller Urkunde des Notars P. Ko. in H. (UR-Nr. . . /2005) vom 15. Juli 2005 traten F. B. und D. Schr. - die Gesellschafter der vorstehend bezeichneten GbR - unter Verzicht auf ihre Zwischeneintragung die Grundschuld sowie die Ansprüche gegenüber der Klägerin aus dem Vergleich vom 13. Dezember 2000 an die Streitverkündete - H. We. - ab (Anlage K 11). Diese kündigte mit Vorpfändung vom 2. August 2005 (Anlage K 12) die bevorstehende Pfändung von Ansprüchen der Klägerin gegen die C. GmbH wegen einer Forderung in Höhe von 920.325,38 € (= 1.800.000 DM) nebst Zinsen an. Die hiergegen erhobene Vollstreckungsgegenklage war Gegenstand des Vorprozesses 4 O 334/05 Landgericht Hildesheim/3 U 254/07 Oberlandesgericht Celle (Beiaktenverfahren).
- 10 Ob Frau We. ihrerseits die Forderung im Oktober 2007 an die Beklagte verkaufte und ihr nebst Grundschuld abtrat sowie den Grundschuldbrief übergab, ist streitig. Jedenfalls wurde mit Blick auf die Grundschuld ein entsprechender Rechtsübergang im Grundbuch eingetragen (Anlage K 16) und auf dem Grundschuldbrief vermerkt (Anlage B 1, Bl. 82 GA I). In zweiter Instanz hat die Beklagte (weitere) Abtretungsvereinbarungen vom 19. Dezember 2008 zwischen F. B. und D. Schr. und Frau We. einerseits sowie Frau We. und der Beklagten andererseits vorgelegt (Anlage B 5, Bl. 263 und 264 GA II), wobei die Echtheit der Unterschriften streitig ist.
- 11 Die Klägerin hat behauptet, Rechtsanwalt W. habe sich mit der Volksbank im Frühjahr 2003 auf eine Umschuldung der Kredite in der Form geeinigt, dass das Kreditengagement durch monatliche Zins- und Tilgungsleistungen in Höhe von 3.500 € habe bedient werden sollen. Hierdurch hätten die damaligen Darlehensvertragsparteien einen neuen Kreditvertrag, jedenfalls aber ein neues Schuldverhältnis in Form einer Stillhalteabrede geschlossen. Nach der Zahlungsstockung im März/April 2004 habe Frau K. dafür gesorgt, dass die monatlichen Raten in Höhe von 3.500 € pünktlich jeden Monat gezahlt worden seien. Nach Anzeige der Abtretung von Grundschuld und Forderung an die B. GbR habe die Klägerin die Raten erst beim Amtsgericht Hildesheim hinterlegt und dann auf ein Sonderkonto gezahlt. Frau We. habe ihr im Übrigen den Abschluss eines neuen Darlehensvertrags angeboten, wozu es nur wegen des erneuten Verkaufs der Forderung nicht mehr gekommen sei. Der Beklagten, die der Hauptgläubigerin, der C. AG, unstreitig angeboten habe, die Kreditverbindlichkeiten der Klägerin nebst dazu gehöriger Grundpfandrechte für 5 Mio. € zu kaufen, gehe es tatsächlich darum, das Alten- und Pflegeheim zu übernehmen, wobei sie mutmaßt, dahinter stehe letztlich J. W.
- 12 Eine wirksame Abtretung der Grundschuld an die Beklagte hat die Klägerin in Abrede genommen. Der Abtretungsvermerk auf dem Grundschuldbrief ersetze keine Abtretungserklärung. Die Grundschuld sei zudem noch nicht verwer-

- tungsreif. Die Beklagte könne - so hat die Klägerin gemeint - die Erfüllung der gesicherten Forderung nur in Höhe der tatsächlichen Schuld verlangen. Die durch die streitgegenständliche Grundschuld gesicherte Forderung belaufe sich - wie im Urteil des Landgerichts Hildesheim im Beiaktenverfahren festgestellt - axial auf 782.491,23 €. Die Beklagte fordere daher wissentlich mehr ein, als ihr schuldrechtlich zustehe. Die Vollstreckung aus der notariellen Urkunde sei grob treu- und rechtswidrig und bereits deswegen unzulässig, weil es an einer wirksamen Vollstreckungsunterwerfung mangle. Die freie Abtretbarkeit der Kreditforderung sowie die gleichzeitig erklärte Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung stellten eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB dar, wobei die Klägerin sich zur Begründung ihrer Rechtsauffassung auf die Ausführungen von Schimansky, in: WM 2008, 1049 ff., bezogen hat.
- 13 Die Klägerin hat überdies die Einrede der Verjährung erhoben.
- 14 Die Klägerin hat beantragt,
- 15 die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde Nr. . . /89 des Notars H. Sch. vom 13. März 1989 für unzulässig zu erklären.
- 16 Die Beklagte hat beantragt,
- 17 die Klage abzuweisen.
- 18 Hilfsweise widerklagend hat sie beantragt,
- 19 die Klägerin zu verurteilen, wegen eines Betrages von 920.325,38 € nebst 16 % Zinsen hieraus ab dem 1. Januar 2003 sowie einer einmaligen Nebenleistung von 5 % des Grundschuldbetrages aus der in Abteilung III Nr. ... eingetragenen Briefgrundschuld über 920.325,38 € die Zwangsvollstreckung in ihr Grundeigentum, eingetragen im Grundbuch von Ho. Band ... Blatt ..., Flur Nr. ..., Gebäude- und Freifläche, ..., zu dulden.
- 20 Die Klägerin hat beantragt,
- 21 die Widerklage abzuweisen.
- 22 Die Beklagte hat behauptet, sie habe die Grundschuld und die durch sie gesicherten Forderungen mit Kauf- und Abtretungsvertrag vom 4. Oktober 2007 von H. We. erworben, wobei sie - insoweit unstreitig - in den Sicherungsvertrag nicht eingetreten sei, weshalb der Klägerin ihrer Auffassung nach hieraus auch keine Einreden zustünden. Die Grundschuld sei fällig. Sie sei daher berechtigt, die Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz der Klägerin zu betreiben. Im Rahmen der Vollstreckung sei sie auch nicht auf die Geltendmachung eines Betrages in Höhe der schuldrechtlichen Forderung beschränkt. Im Übrigen stehe ihr auch schuldrechtlich - einschließlich zwischenzeitlich aufgelaufener Zinsen - eine Gesamtforderung von 903.985,38 € zu. Das Zustandekommen eines neuen Darlehensvertrages mit der Volksbank, mit dem nach Kündigung des Darlehens eine Ratenzahlung von 3.500 € p.m. vereinbart worden sei, hat sie bestritten - ebenso wie die regelmäßige Zahlung von Raten seit Mai 2004. Soweit ersichtlich, habe die Klägerin zuletzt mit Hinterlegung von 3.500 € am 28. Juli 2005 (beim Amtsgericht Hildesheim) eine Teilzahlung auf die Forderung geleistet. Weitere Zahlungen seien nicht erfolgt. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin habe dem Prozessvertreter der Beklagten bei einem Telefonat bestätigt, dass diese nicht in der Lage sei, die offenstehende Forderung zu bezahlen.
- 23 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, die Klägerin aber im Gegenzug auf die Hilfswiderklage dazu verurteilt, die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld über einen Betrag von 782.491,23 € zu dulden, wobei es die Widerklage im Übrigen abgewiesen hat. Es hat zur Begründung ausgeführt, die Geltendmachung der Rechte aus der Unterwerfungserklärung verstoße gegen Treu und Glauben. Die Beklagte sei die mittlerweile dritte Zessionarin. Die Verträge zwischen den Zessionaren seien unterschiedlich und führten zu einer Trennung von schuldrechtlichen und dinglichen Forderungen. Die mit [der] Sicherungszweckerklärung versehene Grundschuld werde so nicht nur bewusst von den schuldrechtlichen Forderungen getrennt, es würden sogar ohne gesonderten Hinweis die Gläubiger aufgesplittet. Dies stelle eine erhebliche Benachteiligung der Rechte der Schuldnerin dar, die dazu führe, dass es gegen Treu und Glauben verstoße, die Schuldnerin in die Stellung des aktiven Klägers zu zwingen, was indes grundsätzlich zulässig sei. Demgegenüber sei der Hilfswiderklage überwiegend zu entsprechen. Das Recht, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, sei jedoch durch die Höhe der berechtigten gesicherten Forderung begrenzt. Die Klägerin habe diesen Gesichtspunkt zu Recht einredeweise geltend gemacht. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass die Klägerin den überscherten Betrag gegebenenfalls später im Wege des Schadensersatzes zurückfordern könne. Denn - wie ausgeführt - die Übertragung ohne Weitergabe des Sicherungszweckes sei treuwidrig. Soweit die Klägerin die durch die Grundschuld gesicherten Ansprüche bereits erfüllt habe, sei der Anspruch aus dem Schuldversprechen durch Erfüllung erloschen. Die Restdarlehensschuld betrage noch 577.974,48 €, die restliche Forderung aus dem Vergleich vom 13. Dezember 2000 204.516,75 €, was zusammen den Betrag von 782.491,23 € ergebe. Der Abschluss eines erneuten Darlehensvertrages ergebe sich aus dem Schriftverkehr mit der Volksbank gerade nicht. Mit Schreiben vom 1. Juli 2002 sei sogar ausdrücklich ein bloßes Stillhalten erklärt worden.
- 24 Hiergegen wenden sich sowohl die Klägerin als auch die Beklagte mit ihren jeweiligen Berufungen, mit denen sie ihre erstinstanzlichen Anträge, soweit sie abgewiesen worden sind, weiterverfolgen. Insoweit wiederholen und vertiefen sie ihr erstinstanzliches Vorbringen.
- 25 Die Klägerin erhebt - mit Blick auf die verbliebenen Darlehensverbindlichkeiten in Höhe von 577.974,48 € sowie die Forderung aus dem Vergleich in Höhe von 204.516,75 € - erneut die Einrede der Verjährung. Sie meint, die Beklagte könne sich nicht auf § 216 BGB berufen. Sie bestreitet die Echtheit der Unterschriften auf den von der Beklagten in zweiter Instanz vorgelegten Abtretungserklärungen.
- 26 Die Klägerin beantragt,
- 27 unter Abänderung des am 28. Oktober 2008 verkündeten Urteils des Landgerichts Hildesheim (10 O 95/08) die Widerklage abzuweisen.
- 28 Die Beklagte beantragt,
- 29 das Urteil des Landgerichts Hildesheim vom 29. Oktober 2008 aufzuheben und die Klage abzuweisen,
- 30 hilfsweise,
- 31 das angefochtene Urteil in Ziffer 2 abzuändern und die Klägerin auf die Widerklage zu verurteilen, wegen eines Betrages in Höhe von 920.365,38 € nebst 16 % Zinsen hieraus ab dem 1. Januar 2003 sowie einer einmaligen Nebenleistung von fünf Prozent des Grundschuldbetrages aus der in Abteilung III Nr. ... eingetragenen Briefgrundschuld über 920.325,38 € die Zwangsvollstreckung in ihr Grundeigentum, eingetragen im Grundbuch von Ho., Band ..., Blatt ..., Flur Nr. ..., Gebäude- und Freifläche, ..., zu dulden,
- 32 sowie
- 33 die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.
- 34 Sie meint, es sei zwischen den Parteien in erster Instanz unstreitig gewesen, dass die Beklagte auch Inhaberin der schuldrechtlichen Forderung geworden sei. Das Landgericht verkenne, dass die Grundschuld gerade nicht akzessorisch sei und auch die Sicherungsgrundschuld ohne gleichzeitige

Übertragung der durch sie gesicherten schuldrechtlichen Forderung wirksam abgetreten werden könne. Die vom Gesetzgeber zwischenzeitlich vorgenommenen Änderungen seien nur für Abtretungen nach dem 19. August 2008 bedeutsam.

- 35 Die Klägerin beantragt,
- 36 die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.
- 37 Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Ferner wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils sowie die Sitzungsniederschriften verwiesen und ergänzend auf den Inhalt des Beikantenverfahrens, insbesondere die dort ergangenen Beschlüsse und Urteile, Bezug genommen.

II.

- 38 Die Berufung der Beklagten ist nach dem Hauptantrag - Klageabweisung - begründet. Die Vollstreckungsgegenklage der Klägerin hat mithin keinen Erfolg. Die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde zu UR-Nr. .../1989 des Notars Sch. ist vielmehr zulässig. Folglich entfällt die - vom Landgericht vorgenommene - Verurteilung auf den Antrag aus der Hilfswiderklage, weshalb auch die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin unbegründet ist.
- 39 1. Die Vollstreckungsgegenklage der Klägerin ist zwar zulässig (§ 794 Nr. 5, §§ 795, 797, 767 ZPO). Unstreitig ist die Beklagte im Besitz der o.g. vollstreckbaren Urkunde, deren Vollstreckungsklausel sie auf sich hat umschreiben lassen. Die Zustellung an die Klägerin ist am 23. Mai 2008 erfolgt. Beim Amtsgericht Hildesheim sind bzw. waren unter den Az. 25 K 61/08 und 25 L 27/08 ein Zwangsversteigerungs- und ein Zwangsverwaltungsverfahren anhängig. Zwar hat das Amtsgericht Hildesheim mit Blick auf die Zwangsverwaltung des Grundstücks mittlerweile dessen Beschlagnahme im Rahmen der Zwangsvollstreckung aufgehoben. Ein Rechtsschutzbedürfnis für die Vollstreckungsabwehrklage besteht aber so lange, wie der Gläubiger den Titel in den Händen hält - dies selbst dann, wenn er - anders als hier - auf seine Rechte aus dem Titel verzichtet hat oder zwischen ihm und dem Schuldner darüber Einigkeit besteht, dass eine Zwangsvollstreckung nicht mehr in Betracht kommt (BGH, Urteil vom 21. Januar 1994 - V ZR 238/92, NJW 1994, 1161 ff.).
- 40 2. Die Vollstreckungsgegenklage ist aber unbegründet. Der Klägerin stehen keine materiell-rechtlichen Einwendungen zu, die sie der Beklagten gemäß § 767 Abs. 1 ZPO entgegen halten könnte. Auch wenn man den Antrag der Klägerin, die meint, bereits der Vollstreckungstitel als solcher sei unwirksam, darüber hinaus als prozessuale Gestaltungsklage analog § 767 Abs. 1 ZPO auslegt, bleibt diese ohne Erfolg.
- 41 a) Die Beklagte ist Inhaberin der Grundschuld und des Vollstreckungstitels. Die Abtretung ist sowohl auf dem Grundschuldbrief (Anlage B 1, Bl. 82 GA I) als auch im Grundbuch vermerkt, weshalb ihr auch der Grundschuldbrief übergeben worden sein muss. Die Beklagte ist seit 12. Dezember 2007 als Berechtigte in Abteilung III eingetragen (vgl. Grundbuchblattauszug, Anlage K 16 im Anlagenheft). Zutreffend hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass dies zum Nachweis der Berechtigung der Beklagten ausreicht und es insbesondere nicht erforderlich war, den Forderungskaufvertrag nebst Vertrag über die Abtretung von Forderung und Grundschuld vorzulegen. Dafür, dass die Beklagte gemäß §§ 873, 1192, 1154, 1117 BGB Inhaberin des eingetragenen Rechts geworden ist, spricht bereits die Vermutung des § 891 BGB. Auch die Vollstreckungsunterwerfung gemäß § 794 Nr. 5 ZPO (vgl. Ziff. II. und IV. der Urkunde, Anlage K 1) ist sowohl auf dem Grundschuldbrief als auch im Grundbuch eingetragen worden (vgl. § 800 Abs. 1 Satz 1 ZPO).
- 42 Soweit Reifner die Ansicht vertritt, der Investor erhalte die Grundschuld ohne Unterwerfungserklärung, weil man den Willen des Verbrauchers unter Beachtung von § 305c Abs. 2 BGB so interpretieren müsse, dass er vor dem Notar nicht jedem zukünftigen und ihm unbekanntem Inhaber der Grund-

- schuld diese umfassende Rechtsmacht habe einräumen wollen (in: BKR 2008, 142, 149), ist dem nicht zu folgen. Daran ist allerdings zutreffend, dass die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung auch Ausdruck eines besonderen Vertrauensverhältnisses ist, das stark an die Person desjenigen gebunden ist, dem das Zugeständnis gemacht wird. Dass sich der mit dem persönlichen Kreditnehmer identische Grundschuldbesteller der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, entspricht aber als solches jahrzehntelanger Praxis. Das Verlangen, eine Unterwerfungserklärung abzugeben, kommt daher für den Darlehensnehmer nicht überraschend im Sinne von § 305c BGB (früher § 3 AGBGB). Er muss auch - insbesondere wenn der Kredit nicht ordnungsgemäß bedient wird - stets damit rechnen, dass der Gläubiger nicht selbst vollstreckt, sondern von der ihm gesetzlich eingeräumten Möglichkeit, die Forderung mit Neben- und Vorzugsrechten abzutreten, Gebrauch macht, was sich vorliegend im Übrigen auch aus der Sicherungszweckerklärung ergibt.
- 43 b) Bedenken gegen die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels oder des titulierten Anspruchs bestehen entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht. Die in der Grundschuldbestellungsurkunde vorgesehene Vollstreckungsunterwerfungserklärung benachteiligt den Schuldner weder unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB (früher: § 9 Abs. 1 AGBG) noch verstößt sie im vorliegenden Einzelfall gegen § 242 BGB. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, ob dies zur Unwirksamkeit des Titels oder nur des titulierten Anspruchs führen würde (vgl. etwa Bachner, in: DNotZ 2008, 644, 649).
 - 44 aa) Allerdings wird in der Literatur die Ansicht vertreten, die Unterwerfung des Schuldners unter die sofortige Zwangsvollstreckung in einem Formularvertrag stelle eine unangemessene Benachteiligung des Kreditnehmers dar, die gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dann unwirksam sei, wenn die Bank die Kreditforderung frei an beliebige Dritte abtreten könne. Zwar sei nach der bisherigen Rechtsprechung die Praxis, dass sich der Darlehensnehmer üblicherweise der sofortigen Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück und/oder sein gesamtes Vermögen unterwerfe, gebilligt worden; dies berücksichtige aber nicht das erst in neuerer Zeit auftretende Phänomen des massenhaften Verkaufs von Krediten durch Banken an Finanzinvestoren. Der Kreditnehmer habe bei Abgabe der Unterwerfungserklärung nicht mit einem Verkauf des Kreditvertrages nebst Sicherheiten an eine Nicht-Bank rechnen müssen. Die Möglichkeit des raschen Zugriffs auf das Vermögen des Schuldners diene allein dem Schutz der kreditgebenden Bank vor einem im Laufe der Abwicklung des Kreditverhältnisses drohenden Vermögensverfall des Kunden und solle die Ansprüche der Bank aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung mit dem Kunden sichern. Davon könne jedoch keine Rede mehr sein, wenn die Kreditverbindlichkeit nebst Sicherheiten frei an beliebige Dritte verkauft und abgetreten werden könne. In den Händen eines die Forderung aufkaufenden Finanzinvestors, der anders als eine Bank nicht an einer langfristigen Geschäftsbeziehung, sondern an einer raschen Verwertung der Sicherheiten interessiert sei, verwandele sich die Möglichkeit einer Vollstreckung ohne vorherige Nachprüfung in einem Erkenntnisverfahren in ein äußerst wirksames Druckmittel, das ein erhebliches Missbrauchspotential berge. Es bestehe insoweit Raum für unberechtigte Ankündigungen oder Einleitungen der Zwangsvollstreckung. In dieser Situation bleibe es dem Schuldner überlassen, die Prüfung selbst mit Hilfe einer Vollstreckungsgegenklage herbeizuführen. Der Betroffene werde aus der Rolle des Verteidigers in diejenige des aktiven Klägers gezwungen. Im Fall der freien Abtretbarkeit von Kreditforderungen müsse die Bank entscheiden, was ihr wichtiger sei: die freie Abtretbarkeit oder ein schneller Gläubigerzugriff. Die Kombination beider Vorteile durch Allgemeine Geschäftsbedingungen stelle eine einseitige, die berechtigten Interessen des Darlehensnehmers missachtende und damit unvermeidbare Verfolgung ausschließlich eigener Interessen dar (Schimansky, in: WM 2008, 1049 ff., 1051). Dem folgend, hat in der Vergangenheit das Landgericht Hamburg

- mit Beschluss vom 19. Juli 2008 (NJW 2008, 2784 f.), mit dem es über eine Erinnerung im Klauselerteilungsverfahren zu entscheiden hatte, die Unterwerfung des Schuldners unter die sofortige Zwangsvollstreckung in einer Grundschuldbestellungsurkunde als unwirksam angesehen. Mit Beschluss vom 16. April 2009 hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs vor Kurzem diesen Beschluss aufgehoben und die Sache an das Landgericht Hamburg zurückgegeben (VII ZB 62/08, WM 2009, 846 f.), wobei er die Frage, ob eine vorformulierte Unterwerfungserklärung eine unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB darstellt, unbeantwortet gelassen hat, weil im Verfahren nach § 732 ZPO nur Einwendungen erhoben werden könnten, die Fehler formeller Art zum Gegenstand hätten. Der die Vollstreckungsklausel erteilende Notar sei nicht zur Prüfung befugt, ob eine Unterwerfungserklärung den Schuldner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteilige. Er müsse die Klausel erteilen, wenn bei der formellen Prüfung keine Bedenken bestünden.
- 45 bb) Der Senat vermag sich der von Schimansky vertretenen Ansicht nicht anzuschließen. Wie unter II. 2. a) ausgeführt, entspricht es der üblichen Bankpraxis, dass sich der Schuldner und Grundschuldbesteller der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen muss, was - wie auch hier - regelmäßig mit der Übernahme einer selbständigen, von der zu sichernden Kreditverbindlichkeit losgelösten abstrakten persönlichen Haftung in Höhe des Grundschuldbetrages (§ 780 BGB) verbunden sein wird. Dies soll der Bank die Durchsetzung der Ansprüche gegen ihren Kreditnehmer erleichtern. Eine unangemessene Benachteiligung ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs damit nicht verbunden (BGH, Urteil vom 22. Mai 2007 - XI ZR 338/05 -, NotBZ 2008, 27 f., hier zitiert nach Juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 18. Dezember 1986 - IX ZR 11/08 -, BGHZ 99, 274 ff. - jeweils m. w. N. -).
- 46 Warum allein aufgrund der verstärkt aufgetretenen Praxis, insbesondere notleidend gewordene Kreditforderungen einschließlich der dinglichen Sicherungen zu verkaufen, sich die für die Beurteilung der Angemessenheit bedeutsamen Umstände geändert haben sollen, ist nicht erkennbar.
- 47 Dass eine Grundschuld und die ihr zugrundeliegende Forderung abgetreten werden können, ist keine neue Erkenntnis. Der Bundesgerichtshof hat sich in der Vergangenheit lediglich mit Blick auf das Bankgeheimnis bzw. das Bundesdatenschutzgesetz - bei einem nicht grundpfandrechlich gesicherten Kredit - mit der Frage auseinander setzen müssen, ob deswegen ein vertragliches oder gesetzliches Abtretungsverbot (§ 399 BGB) anzunehmen war, was er mit Urteil vom 27. Februar 2007 (XI ZR 195/05, BGHZ 171, 180 ff.) verneint hat. Neu ist lediglich, dass die Banken anders, als dies noch vor einigen Jahren der Fall war, verstärkt dazu übergegangen sind, Kreditengagements an nicht dem KWG unterliegende sog. Finanzinvestoren zu verkaufen, die ihrerseits an einer schnellen Realisierung der Forderungen interessiert sind und daher auch vor einer baldigen und möglicherweise unnötigen Zwangsvollstreckung nicht zurückschrecken.
- 48 Ist ein Kredit notleidend, muss der Schuldner aber damit rechnen, dass sein (ursprünglicher) Gläubiger die ihm gewährten Sicherheiten verwertet und daher die Zwangsvollstreckung betreibt, weshalb er insoweit als nicht schützenswert anzusehen ist (vgl. Nobbe, in: ZIP 2008, 97, 98). Das Interesse des Gläubigers daran, die Sicherheiten für den notleidend gewordenen Kredit schnellstmöglich verwerten zu können, bevor sich die Vermögenslage des Schuldners weiter verschlechtert, und nicht erst ein kostspieliges und zeitraubendes Erkenntnisverfahren, für das eine Bank häufig auch nicht die personellen Ressourcen hat (Nobbe, a. a. O., 97), durchführen zu müssen, ist als solches anerkennenswert, wobei sich die mit der Vollstreckungsunterwerfung verbundene Kostenersparnis positiv auf die Kreditkonditionen auswirken wird, für den Schuldner daher nicht nur nachteilig ist. Die Vollstreckung kann er durch Vertragstreue regelmäßig vermeiden. Dass er sich aktiv gegen die Zwangsvollstreckung wenden muss, ist in Kauf zu nehmen. Die vollstreckbare Urkunde ist notariell zu beurkunden und ist insoweit mit einer Belehrung und einer Rechtmäßigkeitskontrolle durch den Notar verbunden (vgl. § 4 BeurkG, § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Mit seinen Einwendungen gegen den Titel ist der Schuldner nicht präkludiert (§ 797 Abs. 4 ZPO).
- 49 Mit Blick darauf, dass Kreditverkäufe ein wichtiges Refinanzierungsinstrument der Banken darstellen, die ihrerseits in erster Linie zum Schutz ihrer Anleger ihre Solvenz herstellen müssen (vgl. Schulz, in: ZIP 2008, 1858, 1861), ist auch die Kombination von Vollstreckungsunterwerfung und Abtretbarkeit nicht zu beanstanden.
- 50 Problematisch ist allein, dass die Bank die Möglichkeit hat, auch eine nicht notleidende Darlehensforderung zu verkaufen und nebst der sie sichernden Grundschuld abzutreten, was es dem Zessionar bei Unterwerfung des Kreditnehmers unter die sofortige Zwangsvollstreckung ermöglicht, auch gegen einen vertragstreuen Schuldner aus der notariellen Urkunde zu vollstrecken. Ist er in den Sicherungsvertrag zwischen Zedenten und Kreditnehmer nicht eingetreten, besteht die Gefahr, dass sich der Schuldner wegen der Möglichkeit des gutgläubigen einreddefreien Erwerbs der Grundschuld nicht einmal erfolgreich gegen seine Inanspruchnahme zur Wehr setzen kann. Im schlimmsten Fall kann der Zedent die Forderung und die Grundschuld getrennt verwerten.
- 51 Diese überschießende Rechtsmacht und die Gefahren ihres Missbrauchs liegen aber vor allem in der Rechtsnatur der abstrakten Grundschuld und ihrer (gewollten) Verkehrsfähigkeit begründet und weniger in der vom Gesetz vorgesehenen Möglichkeit der Vollstreckungsunterwerfung. Wollte man die Kombination der in einem Formularvertrag vorgesehenen Vollstreckungsunterwerfung ohne ein gleichzeitiges Abtretungsverbot als unangemessene Benachteiligung ansehen, dann träte die Unwirksamkeit jeden Titel - unabhängig davon, ob der ursprüngliche Gläubiger oder ein Rechtsnachfolger die Vollstreckung betreibt. Dies könnte nur dann eine angemessene Folge sein, wenn dem Missbrauchspotential nicht anderweitig begegnet werden könnte (vgl. Habersack, in: NJW 2008, 3173, 3175 f.). Insoweit ist zu berücksichtigen, dass dem Schuldner bei missbräuchlicher Veräußerung des Titels - etwa bei Verkauf eines Kredits nebst Grundschuld ohne die Verpflichtung des Zessionars, in den verbindenden Sicherungsvertrag einzutreten, insbesondere dann, wenn der Kredit nicht einmal notleidend ist - gegen seinen ursprünglichen Gläubiger ein Schadensersatzanspruch zustehen kann. Dabei ist nicht zu verkennen, dass der Schuldner im Fall der „unberechtigten“ Zwangsvollstreckung möglicherweise den Verlust seines zu Sicherungszwecken eingesetzten Grundstücks nicht verhindern kann. Es erscheint aber sachgerecht, dass sich der Darlehensnehmer insoweit mit seinem ursprünglichen Vertragspartner auseinander setzen muss, er also das Risiko seines vertragswidrigen Verhaltens trägt.
- 52 Die Entscheidung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 27. September 2001 (VII ZR 388/00, WM 2007, 2355 ff.), wonach eine in einem notariellen Vertrag enthaltene Allgemeine Geschäftsbedingung, mit der sich der Erwerber eines noch zu errichtenden Hauses der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwirft, gegen § 9 AGBG (a. F.) verstoßen kann, steht dem nicht entgegen. Insbesondere hat der für Banksachen zuständige XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs ausdrücklich entschieden, dass die gegenteilige Rechtsauffassung des VII. Zivilsenats zu keiner anderen Beurteilung der im Bankgeschäft üblichen Grundschuldbestellung einschließlich Zwangsvollstreckungsunterwerfung führt (Urteil vom 22. Juli 2008 - XI ZR 389/07 -, BGHZ 177, 345 ff., hier zitiert nach Juris Rn. 34).
- 53 Gegen die Unwirksamkeit spricht auch die Wertung des Gesetzgebers im Zusammenhang mit dem Erlass des am 19. August 2008 in Kraft getretenen Risikobegrenzungsgesetzes (BGBI. I Nr. 36, 1666 ff.), wonach zwar künftig Einschränkungen beim gutgläubig einreddefreien Erwerb von Grundschulden zu berücksichtigen sind, ein Verbot der Vollstreckungsunterwerfung aber nicht erwogen oder gar umgesetzt

- worden ist (vgl. auch Habersack, a. a. O., Langenbucher in: NJW 2008, 3172). Die Systematik der Vorschriften der §§ 769 und 799a ZPO (in der Fassung des Risikobegrenzungsgesetzes) weist dem Schuldner vielmehr weiterhin die Last der Verteidigung gegen eingeleitete Vollstreckungsmaßnahmen zu.
- 54 Nicht zuletzt das angefochtene Urteil, das zwar die Vollstreckung aus der notariellen Urkunde für unzulässig erklärt, der auf Duldung der Zwangsvollstreckung gerichteten Widerklage der Beklagten aber weitgehend stattgegeben hat, zeigt, dass allein dadurch, dass man die Vollstreckungsunterwerfung für unwirksam hält, die Gefahr des Missbrauchs nicht gebannt wird. Denn der Gläubiger, der die Grundschuld gutgläubig einredefrei erworben hat, kann sich - wenn auch zeitlich verzögert - ohne Weiteres einen neuen Titel beschaffen. Der verbleibende Nachteil des Schuldners, sich aktiv gegen die Zwangsvollstreckung wehren zu müssen, überwiegt das abstrakte Missbrauchspotential nicht, zumal dieses vor allem in der vertraglichen Beziehung zwischen Kreditgeber und -nehmer und dem zwischen ihnen bestehenden Treuhandverhältnis begründet liegt.
- 55 Maßgebender Beurteilungszeitpunkt dafür, ob eine Klausel gegen § 307 BGB verstößt, ist zudem derjenige des Vertragsschlusses (Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 307 Rn. 3). Es ist nicht ersichtlich, dass im Jahr 1989 Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsunterwerfung bestanden.
- 56 Hinzu kommt noch Folgendes: Nach den damals gültigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Volksbank (Bl. 54 f. Bd. I der Beiakten - dort Nr. 21 Abs. 3 -) war zwar ein Recht der Bank zur freihändigen Verwertung von Sicherheiten vorgesehen (mithin auch die Abtretung von Sicherungsgrundschulden), aber nur unter der Voraussetzung, dass die Forderung mit abgetreten wurde, und auch nur „in einer im Verhältnis zu ihr angemessenen Höhe“. Dies beinhaltet zwar keine Verpflichtung, den neuen Gläubiger in den Sicherungsvertrag eintreten zu lassen, setzte aber dem Missbrauch der Bank dadurch Grenzen, dass sie nur berechtigt war, die das Darlehen sichernde Grundschuld in der zu diesem Zeitpunkt valutierenden Höhe abzutreten, und sie anderenfalls damit rechnen musste, von dem Kunden in Regress genommen zu werden.
- 57 cc) Entgegen der Auffassung des Landgerichts steht der Wirksamkeit des Titels auch nicht § 242 BGB entgegen. Die vorstehenden Erwägungen müssen insoweit entsprechend gelten.
- 58 Nur nebenbei ist daher noch darauf hinzuweisen, dass der Klägerin von der Volksbank gewährte Kredit ohnehin notleidend und die Geschäftsverbindung gekündigt war (vgl. dazu nachfolgend II. 2. c), cc), (2) (a)). In einem solchen Fall muss der Gläubiger die Freiheit haben, die Forderung bzw. die für sie gegebene Sicherheit zu verwerten, wobei der Schuldner keinen Anspruch darauf hat, dass es sein ursprünglicher Gläubiger ist, der die Forderung eintreibt bzw. aus der Grundschuld vorgeht.
- 59 c) Der Klägerin stehen auch keine Einwendungen gegen den titulierten Anspruch gemäß § 767 Abs. 1 ZPO zu.
- 60 aa) Die Beklagte ist Inhaberin der Grundschuld geworden. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zum Erwerb des Vollstreckungstitels Bezug genommen werden. Anhaltspunkte für ein vertragliches Abtretungsverbot gibt es nicht (§ 399, Alt. 2 BGB); die erstmalige Abtretung der Grundschuld (und der zugrunde liegenden Forderungen) verstieß auch gegen kein gesetzliches Verbot oder das Bankgeheimnis (vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 2007 - XI ZR 195/05, a. a. O.). Für die weiteren Abtretungen gilt dies - soweit hier überhaupt Beschränkungen denkbar sind - gleichermaßen.
- 61 Zwar ist zwischen den Parteien streitig, ob die Beklagte auch Inhaberin der durch die Grundschuld gesicherten schuldrechtlichen Forderung geworden ist. Dies ist jedoch unerheblich. Eine isolierte Abtretung der Grundschuld mag zwar gegen den Sicherungsvertrag verstoßen, ist aber deswegen nicht unwirksam (vgl. BGH, Urteile vom 4. Juli 1986 - V ZR 238/84, WM 1986, 1386 ff., und vom 16. Januar 2001 - XI ZR 41/00, WM 2001, 453 ff.; vgl. auch Blechinger, in: ZGS 2009, 59, 60).
- 62 bb) Der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 1192, 1147 BGB aus der Grundschuld ist auch fällig. Mit notarieller Urkunde vom 22. März 1989 haben die Vertragsparteien die Notwendigkeit der Kündigung gemäß § 1193 Abs. 1 BGB (a. F.) abbedungen und die Grundschuld sofort fällig gestellt, was damals der Üblichkeit entsprach (vgl. Schmid/Voss, in: DNotZ 2008, 740, 744).
- 63 Die Vorschrift des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB in der Fassung des Risikobegrenzungsgesetzes, wonach mit Blick auf die Sicherungsgrundschuld eine abweichende Bestimmung von dem Erfordernis der Kündigung nicht mehr möglich ist, findet auf Altfälle nach der ausdrücklichen Regelung des Gesetzgebers in Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB keine Anwendung. Nach der Gesetzesbegründung sollte gerade nicht nachträglich in Vereinbarungen, die nach der alten Gesetzeslage zulässig waren, eingegriffen werden (BT-Drs. 16/9821, S. 18).
- 64 cc) Sonstige Einwendungen und Einreden gegen die Grundschuld kann die Klägerin gegenüber der Beklagten nicht erheben.
- 65 (1) Soweit sich solche aus dem gesicherten Grundverhältnis ergeben könnten, kann die Klägerin etwaige Einwendungen (wie etwa die ohnehin nicht in Betracht kommende fehlende Valutierung des Darlehens, die fehlende Fälligkeit der geltend gemachten Forderung oder das Erlöschen der gesicherten Schuld) schon deshalb nicht geltend machen, weil die Beklagte unstreitig nicht in den Sicherungsvertrag, der die schuldrechtliche Verbindung zwischen der abstrakten Grundschuld und dem Darlehensvertrag herstellt, eingetreten ist. Die fiduziarische Zweckbindung ist mit der (dreifachen) Abtretung der Grundschuld untergegangen. Eine stillschweigende Übernahme der Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag ist bei dem Erwerb von Forderung und Grundschuld gerade nicht anzunehmen (Clemente, in: ZfIR 2007, 737, 740).
- 66 Da die Grundschuld infolgedessen keiner Zweckbindung mehr unterliegt, kann der Schuldner Einreden und Einwendungen aus dem Schuldverhältnis dem Erwerber der Grundschuld nur entgegenhalten, wenn sie entweder bei Erwerb der Grundschuld im Grundbuch eingetragen waren oder der Erwerber sie kannte (§ 1157 BGB), wofür es bei der Beklagten - der dritten Erwerberin der mehrfach abgetretenen Grundschuld - keinerlei Anhalt gibt. Sie hat die Grundschuld daher - sollte es überhaupt Gegenrechte gegeben haben - gutgläubig einredefrei erworben (§ 1157, Satz 2 BGB i. V. m. § 1192 Abs. 1 (a.F.), § 892 BGB).
- 67 Daran würde es nichts ändern, wenn der Beklagten - von der Klägerin allerdings ohnehin bestritten - auch die schuldrechtliche Forderung übertragen worden wäre. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa BGH, Urteil vom 16. Januar 2001 - XI ZR 41/00, WM 2001, 453 ff., hier zitiert nach Juris Rn. 18.) hindert die gleichzeitige Abtretung der gesicherten Forderung den gutgläubig einredefreien Erwerb der Grundschuld (in Höhe des Nennbetrages) nicht. Die gleichzeitige Abtretung der gesicherten Forderung macht den Gläubiger nicht bösgläubig (Clemente, a. a. O., Seite 742; BGH, a. a. O.). Der Zessionar, an den auch die Forderung abgetreten wird, darf insoweit nicht schlechter stehen als derjenige, der „nur“ die Grundschuld erwirbt. Wurde die Grundschuld einmal gutgläubig einredefrei erworben, entsteht durch eine spätere Bösgläubigkeit keine Einrede mehr (BGH, a. a. O., Juris Rn. 18; Clemente, a. a. O.).
- 68 Für Einwendungen gegen die Grundschuld, die erst nach der Abtretung entstanden sind, gelten die §§ 1192, 1156 BGB mit der Folge, dass der Abtretungsempfänger sich solche nicht entgegenhalten zu lassen braucht (BGH, Urteil vom 26. November 1982 - XI ZR 145/01, BGHZ 85, 388 ff., hier zitiert nach Juris Rn. 14).

- 69 Die Vorschrift des § 1192 Abs. 1a BGB in der Fassung des Risikobegrenzungsgesetzes, wonach einer Sicherungsgrundschuld auch nach ihrer Abtretung noch Einreden aus dem Sicherungsvertrag entgegen gehalten werden können und § 1157 S. 2 BGB gerade keine Anwendung finden soll, ist für den in Rede stehenden Sachverhalt nicht einschlägig (Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB). Nach der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB gilt § 1192 Abs. 1a BGB n.F. erst für den Erwerb von Grundschulden nach dem 19. August 2008. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten Grundschuldveräußerungen aus der Zeit vor Inkrafttreten der Rechtsänderung gerade nicht mit einbezogen werden (BT-Drs. 16/9821, S. 18).
- 70 (2) Der Duldung der Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde steht auch nicht der Einwand des § 242 BGB entgegen.
- 71 Zwar trifft wegen des fehlenden Eintritts der Beklagten sowie der früheren Zessionare in den Sicherungsvertrag die Annahme des Landgerichts, dingliche und schuldrechtliche Forderung seien voneinander getrennt worden, zu. Dies liegt aber - wie ausgeführt - gerade im Wesen der Verkehrsfähigkeit der (Sicherungs-) Grundschuld und kann der Beklagten als Grundschuldgläubiger gerade nicht entgegen gehalten werden. Die Einbeziehung von Einwendungen oder Einreden aus dem Sicherungsvertrag über § 242 BGB würde zudem der in dem vorstehenden Gliederungspunkt geschilderten gesetzgeberischen Wertung entgegen stehen.
- 72 (a) Man kann der Volksbank und den nachfolgenden Zedenten auch nicht vorwerfen, im Hinblick auf die Abtretung von Grundschuld (und Forderung) deswegen treuwidrig gehandelt zu haben, weil das Kreditverhältnis tatsächlich intakt gewesen wäre. Es kann daher dahin stehen, ob der Darlehensnehmer in einem solchen Fall dem Grundschuldgläubiger den Einwand des § 242 BGB entgegen halten könnte.
- 73 Auf den Vergleich, mit dem die Höhe der damals offenen Darlehensforderungen (1.973.998,36 DM) festgestellt worden ist, bzw. weitere Forderungen gegen J. K. (die sich über mehr als 2 Mio. DM belaufen) in die Geschäftsbeziehung zwischen der Klägerin und der Volksbank mit einbezogen worden sind, und der eine Ablösungszahlung von 1.300.000 DM bis 30. Dezember 2000 vorsah, hat die Klägerin unstreitig keine Zahlungen geleistet, weshalb die Volksbank die Geschäftsverbindung mit Schreiben vom 26. März 2002 zu Recht gekündigt hat. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die vertragliche Beziehung zwischen der Klägerin und der Volksbank nach der Kündigung wieder aufgenommen worden ist, gibt es nicht. Selbst die Klägerin geht davon aus, dass es alternativ zu einem Neuabschluss eines Darlehensvertrages auch zu einem Stillhalteabkommen der Bank gekommen sein kann. Letzteres würde aber nur eine Duldung des Zustandes nach der Kündigung durch die Bank beinhalten, die ohne erneute Kündigung beendet werden konnte. Einen Neuabschluss des Darlehensvertrages hat die Klägerin dagegen nicht ausreichend substantiiert dargelegt. Die von ihr vorgelegten schriftlichen Unterlagen zwingen - trotz möglicherweise missverständlicher Bezeichnungen - nicht zu dieser Annahme. Weder die Bezugnahme auf eine „Rückzahlungsvereinbarung“ stellt einen ausreichenden Beleg für einen nach der Kündigung neu abgeschlossenen Darlehensvertrag dar noch kann der Hinweis auf die ausstehenden „Darlehensraten“ für die Monate März und April 2004 dafür ausreichen. Beides ist gleichermaßen mit einem bloßen Stillhalten der Bank zu vereinbaren. Gegen eine vertragliche Bindung spricht ferner, dass die Klägerin eine konkrete Abrede über die Dauer des Kapitalnutzungsrechts, mithin die Laufzeit des von ihr behaupteten Darlehens sowie seine sonstigen Konditionen - wie Höhe der Zinsen und der Tilgung, Dauer der Zinsbindung etc. - nicht dargetan hat. Die bloße Bezugnahme auf das Zeugnis des früheren Mitgeschäftsführers J. W. ersetzt den notwendigen schlüssigen Vortrag der Klägerin nicht. Die Zahlung monatlicher Raten von 3.500 € hätte zudem nach dem im Vorprozess (Beiaktenverfahren) unbestritten gebliebenen Vortrag der Volksbank nicht einmal gereicht, um die laufenden Zinsen zu bedienen, geschweige denn die Schuld zu tilgen. Mit einer verbindlichen Ratenzahlungsvereinbarung ist auch das Begehren der Volksbank, die „Raten“ auf 6.000 € zu erhöhen, nicht zu vereinbaren - genauso wenig wie das Verhalten der Klägerin, die darauf hin darum gebeten hat, bis Ende 2004 weiter 3.500 € bezahlen zu dürfen und ab Januar 2005 die Zahlung einer Rate von 5.000 € p.m. mit der Begründung angeboten hat.
- 74 Auf einen - von der Klägerin nicht belegten - Ausgleich der Raten, kommt es daher nicht mehr an. Selbst wenn man annähme, sie hätte nach Abtretung von Forderung und Grundschuld an die B. GbR - mit Ausnahme des im Juli 2005 beim Amtsgericht Hildesheim hinterlegten Betrages - Zahlungen auf ein Sonderkonto geleistet, hätte sie damit nicht ausreichend erfüllt. Eine Hinterlegung im Sinne der §§ 372 ff. BGB muss beim Amtsgericht erfolgen. Zwar können die Parteien eine abweichende Vereinbarung treffen, dafür ist indes nichts ersichtlich. Erfüllungswirkung hätte die Hinterlegung ohnehin nur bei ausgeschlossenen Rücknahmerecht (§ 378 BGB). Dafür gibt es ebenfalls keinen Anhalt.
- 75 (b) Dass mit den Abtretungen die Gläubiger von Grundschuld und gesicherten Forderungen bewusst „aufgesplittet“ worden sind, um die Klägerin doppelt in Anspruch zu nehmen oder auf andere Weise zu schädigen, lässt sich ebenfalls nicht feststellen.
- 76 (3) Anders, als in der Literatur vereinzelt vorgeschlagen (vgl. Zimmermann: in BKR 2008, 95, 99), kommt auch eine Übertragung der Figur des institutionalisierten Zusammenwirkens, die ohnehin nur einen schuldrechtlichen Schadensersatzanspruch geben würde, von dem man aber erwägen könnte, ob der Zessionar ihn sich gemäß § 242 BGB entgegen halten lassen müsste, auf den Fall der Abtretung grundpfandrechtlich gesicherter Kredite nicht in Betracht. Schon der Anspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss (§ 280 Abs. 1, § 311 BGB) passt auf diese Konstellation nicht. Es geht auch nicht um einen Wissensvorsprung. Ferner steht auch die Förderung des gemeinsamen Absatzes eines Produkts nicht im Vordergrund. Vielmehr handelt es sich um lediglich den (sukzessiven) Verkauf einer eigenen Rechtsposition an Dritte. Davon unabhängig gibt es weder einen Anhalt für eine institutionalisierte - mithin auf Dauer angelegte und systematisierte - Zusammenarbeit zwischen der Volksbank auf der einen und der Zessionarin auf der anderen Seite noch für eine arglistige Täuschung.
- 77 d) Der Anspruch aus der Grundschuld als einem eingetragenen dinglichen Recht verjährt gemäß § 902 BGB nicht. Auch bei Verjährung des gesicherten Anspruchs - um den es hier letztlich nicht geht - behält der Gläubiger gemäß § 216 Abs. 2 BGB das Recht, sich aus den eingeräumten Sicherheiten zu befriedigen. Mit der notariellen Urkunde steht der Beklagten zudem ein Vollstreckungstitel zu, der gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB erst innerhalb von 30 Jahren, die noch nicht abgelaufen sind, verjährt.
- 78 3. Auf den Hilfsantrag der Beklagten, die Duldung der Zwangsvollstreckung über den vom Landgericht auf die Hilfswiderklage ausgeurteilten Betrag auf den Nennwert der Grundschuld zu erstrecken, kam es daher nicht mehr an.
- III.
- 79 Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. Der Senat hat die Revision gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zugelassen, weil wegen der in der Literatur streitig diskutierten Frage der Wirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung eine höchstrichterliche Stellungnahme geboten erscheint.

BGB §§ 242, 398, 1191

1. **Wird eine Sicherungsgrundschuld mehrfach abgetreten und führen die unterschiedlichen Verträge zwischen den Zessionaren zu einer völligen Trennung von schuldrechtlichen und dinglichen Forderungen, werden die Rechte des Schuldners dadurch derart gefährdet, dass die Berufung des dritten Zessionars auf die Unterwerfungsklausel gegen Treu und Glauben verstößt und daher unzulässig ist.**
2. **Zur Duldung der Zwangsvollstreckung ist der Eigentümer jedoch in Höhe der Valutierung der berechtigten gesicherten Forderung verpflichtet.**

LG Hildesheim, Urteil vom 28.10.2008 - 10 O 95/08

(Entscheidungen der beiden Folgeinstanzen in diesem Heft)

Tatbestand

- 1 Die Klägerin wehrt sich gegen die Vollstreckung aus einer notariellen Grundschuldbestellung. Die Beklagte begehrt hilfsweise die Vollstreckungserklärung der Grundschuld.
- 2 Die Klägerin ist Eigentümerin des bebauten Grundstücks ... in ... (FISt 27/12), welches an die ... vermietet ist. Die Beklagte betreibt die Zwangsvollstreckung in die Mietansprüche der Klägerin aus einer vollstreckbaren Urkunde. Die Klägerin begehrt die Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung daraus.
- 3 Die Volksbank ... gewährte der Klägerin im Jahr 1989 ein Darlehen (Nr. 50391108) über seinerzeit 1.800.000,00 DM. Am 13.03.1989 bestellten die Parteien mit der Urkunde Nr. 22/98 des Notars ... eine Grundschuld auf dem Eigentum der Klägerin in Höhe von 1.800.000,00 DM nebst Zinsen und einer einmaligen Nebenleistung. Die Klägerin unterwarf sich nicht nur in die dingliche Zwangsvollstreckung. Sie übernahm auch die persönliche Haftung für den Betrag der Grundschuld nebst Zinsen, Nebenleistungen und Kosten und unterwarf sich deswegen der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen.
- 4 In der Folge wurde das vorgenannte Darlehen mit Vertrag vom 28.11.1991 auf 500.000,00 DM reduziert und mit weiterem Vertrag vom 15.06./05.07.1994 prolongiert. Als Sicherheit wurde u. a. die bestehende Grundschuld vereinbart.
- 5 Die Gewährung eines weiteren Darlehens (Nr. 335391109) wurde zwischen der Klägerin und der ... mit Vertrag vom 28.11.1991 vereinbart, wobei ein Teilbetrag in Höhe von 1.800.000,00 DM der Umschuldung, der Restbetrag von 150.000,00 DM der Finanzierung von Investitionen dienen sollte.
- 6 Sodann schlossen die Klägerin und die ... den Darlehensvertrag 23.06./13.07.1998 (Nr. 50391107/3350391109) über 2.831.314,12 DM zur Umschuldung des Kontos 50391108, wobei das Altdarlehen in Höhe von 181.314,12 DM um 2.650.000,00 DM aufgestockt wurde. Hinsichtlich der Sicherheiten wurde vereinbart, dass alle der Bank zustehenden Sicherheiten alle bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche der Bank aus der Geschäftsbeziehung mit dem Darlehensnehmer sichern sollten. Weiter wurde die Abtretung von Ansprüche aus einer Risikolebensversicherung des Jürgen Kralemann, dem seinerzeitigen Geschäftsführer der Klägerin, über 900.000,00 DM vereinbart.
- 7 Am 09.08.2000 verunglückte ... tödlich. Die Geschäftsführung übernahm deswegen die derzeitige Geschäftsführung und Rechtsanwalt ... - dieser jedoch nur bis zum Jahr 2003 - gemeinsam.
- 8 Am 13.12.2000 schlossen die Klägerin und die Streithelferin einen Vergleich. In dessen Präambel heißt es:
- 9 „... .. schuldet ... die Rückzahlung zweier Darlehen, deren

Valutenstände sich per 08.11.2000 wie folgt belaufen.

10 Konto-Nr. 50391108 DM 436.434,14
 Konto-Nr. 3350391109 DM 1.537.564,22
 DM 1.973.998,36

- 11 Des weiteren schuldet der verstorbene
 - 12 Weiterhin hat sich für Forderungen der verbürgt. Die Forderungen ... belaufen sich ...
 - 13 Zugunsten der ... sind an dem Grundbesitz der Grundschulden ... eingetragen.
- Nach der vorliegenden Sicherungszweckerklärung haften diese Grundschulden nicht nur für die Verbindlichkeiten der ..., sondern auch für die Verbindlichkeiten des verstorbenen ... gegenüber der“
- 14 In der Präambel ist sodann noch ausgeführt, dass ... Lebensversicherungen zur Sicherung der genannten Forderungen an die Streithelferin abgetreten hatte und dass diese nach Unterschrift auf die genannten Forderungen gutgeschrieben würden.
 - 15 In § 1 der Vereinbarung ist geregelt:
 - 16 „Die Parteien sind sich einig darüber, dass sämtliche Forderungen der ... gegenüber ... sowie gegenüber dem verstorbenen ... (für die ... haftet) durch Zahlung eines ... Ablösebetrages ... abgegolten werden ...“
 - 17 Weiter sind in § 1 das Zahlungsziel und die Verzinsung des Ablösebetrages vereinbart. § 2 bestimmt, dass die Streithelferin die Versicherungsleistungen entgegen zu nehmen und auf die in der Präambel dargestellten Verbindlichkeiten anzurechnen berechtigt ist.
 - 18 § 3 der Vereinbarung lautet:
 - 19 „Des weiteren verpflichtet sich ..., bis spätestens zum 31.12.2003 an ... einen weiteren Betrag von DM 500.000,00 ... im Hinblick auf die in der Präambel näher dargestellten Verbindlichkeiten der ... zu zahlen....“
 - 20 In § 4 der Vereinbarung heißt es:
 - 21 „... erklärt unter der Voraussetzung, dass die Vergleichsvereinbarung von ... vollumfänglich erfüllt wird ... auf weitergehende Forderungen sowohl gegenüber dem Nachlass des verstorbenen ... als auch (unter ... Haftungs Gesichtspunkten) gegenüber ... zu verzichten...“
 - 22 In § 6 wurde die dingliche Sicherung der Forderung gegenüber einem Bürgen bezüglich der Ansprüche gegen die ... und der Versuch der ... geregelt, im Rahmen der Vollstreckung aus der Sicherheit ein Grundstück zu erwerben und auf die Geschäftsführerin der Klägerin zu übertragen. Andernfalls wurde eine Reduzierung des Betrages gem. § 3 auf 400.000,00 DM vereinbart. Das genannte Grundstück wurde der Geschäftsführerin der Klägerin nicht übertragen.
 - 23 Aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten leistete die Klägerin nicht die in der Vergleichsvereinbarung vorgesehenen Zahlungen. Mit Schreiben vom 26.03.2002 kündigte die ... die Geschäftsverbindung zur Klägerin und stellte ihre Forderungen in Höhe von 581.573,04 € zuzüglich Zinsen fällig. Mit Schreiben weiterem Schreiben vom 01.07.2002 erklärte sie sich mit einem Stillhalten einverstanden, wenn ein Betrag in Höhe von 25.000,00 € gezahlt würde. Schließlich, da die Klägerin nur einen Betrag von zunächst 15.000,00 € zahlte, setzte sie mit Schreiben vom 21.08.2002 eine Frist zur Zahlung des Restbetrages.
 - 24 In der Folge vereinbarte die Klägerin mit der ..., dass ab der zweiten Jahreshälfte monatliche Zahlungen in Höhe von

- 3.500,00 € geleistet werden sollten. Nachdem im Jahr 2004 Zahlungen dann ausgeblieben waren, mahnte die Streithelferin diese mit Schreiben vom 13.04.2004 unter dem Betreff „Rückzahlungsvereinbarung in Höhe von monatlich EUR 3.500,—“ an. Die Zahlung wurde geleistet. Im Juli 2004 kam es zu einer Besprechung der Klägerin mit der Volksbank über die Fortführung der Geschäftsbeziehung. Die ... verlangte, dass nunmehr Zahlungen in Höhe von 6.000,00 € erbracht werden sollten. Die Klägerin teilte der Volksbank mit Schreiben vom 13.09.2004 mit, dass dies nicht möglich sei. Diese antwortete daraufhin nicht.
- 25 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 07.12.2004 verkaufte die ... sämtliche ihr gegen die Klägerin zustehenden Forderungen, insbesondere aus dem Vergleich vom 13.12.2000, an die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ..., ... und trat ihr sämtliche Ansprüche ab. Diese nahm die Abtretung an. Schließlicht trat die ... an die ... die Grundschuld in Höhe von 1.800.000,00 DM nebst Zinsen und Nebenleistung ab.
- 26 Mit Schreiben vom 27.06.2005 teilte die ... der Klägerin den Verkauf der Forderung mit und benannte eine Bankverbindung, an die Zahlungen geleistet werden sollten. Nachfolgend versuchte die Klägerin erfolglos, von der Streithelferin konkrete Daten über die Zessionarin in Erfahrung zu bringen. Die Klägerin hinterlegte deswegen Folge beim Amtsgericht Bielefeld eine weitere Zahlung in Höhe von 3.500,00 €.
- 27 Die ... trat wiederum mit notariell beglaubigter Abtretungserklärung vom 15.07.2005 die Grundschuld nebst Zinsen und Nebenleistung sowie die Ansprüche gegen die Klägerin an die Streitverkündete ... ab, welche die Abtretung annahm.
- 28 Die ... teilte der Klägerin indes mit Schreiben vom 19.07.2005 mit, dass sich die Darlehensverbindlichkeiten zum 30.06.2005 auf eine Forderung von 581.474,48 € beliefen. Dabei war bereits die Zahlung der Dialog-Lebensversicherung zugunsten des ... in Höhe von 900.000,00 DM mindernd berücksichtigt.
- 29 Die Streitverkündete ... trat ihrerseits die Grundschuld durch notariellen Vertrag vom 04.10.2007 an die Beklagte ab. Im Grundbuch wurde dies am 12.12.2007 eingetragen und der Beklagten unter dem 14.12.2007 der Grundschuldbrief ausgehändigt.
- 30 Die Klägerin ist der Ansicht, der Beklagten stünde kein Vollstreckungstitel zu.
- 31 Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung sei gemäß § 307 BGB unwirksam, da die Gläubigern sie frei abtreten könne. Im Übrigen fehle es an einer wirksamen Abtretung.
- 32 Letztendlich bestünde allenfalls eine gesicherte Forderung von 782.491,23 €, die Einwendungen aus dem Schuldverhältnis könne sie einredeweise geltend machen. Sie macht insoweit die Feststellungen und Ausführungen des Urteils des Landgerichts ... vom 28.06.2007 (AZ.:) und den ihm zugrunde liegenden Sachverhalt sich zu eigen und trägt ihn in dieser Sache vor.
- 33 Die Klägerin beantragt,
- 34 wie erkannt.
- 35 Die Beklagte beantragt,
- 36 die Klage abzuweisen.
- 37 Hilfsweise widerklagend,
- 38 die Klägerin wird verurteilt, wegen eines Betrages von 920.365,38 € nebst 16 % Zinsen hieraus ab 01.01.2003 sowie einer einmaligen Nebenleistung von 5 % des Grundschuldbetrages aus der in Abteilung III Nr. 19 eingetragenen Briefgrundschuld über 920.325,38 € die Zwangsvollstreckung in ihr Grundeigentum, eingetragen im Grundbuch von ... Gebäude- und Freifläche, ..., zu dulden.
- 39 Die Klägerin beantragt,
- 40 die Widerklage abzuweisen.
- 41 Die Beklagte widerspricht den Rechtsansichten der Klägerin.
- 42 Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
- 43 Die Akte ... Landgericht ... war Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe

- 44 Die Klage ist begründet. Insoweit ist die Hilfswiderklage zu bescheiden. Sie ist überwiegend begründet.
- I.
- 45 Die Vollstreckung der Klägerin aus der notariellen Urkunde Nr. 22/89 des Notars ... vom 13.03.1989 ist unzulässig. Zwar ist die Beklagte Inhaberin der Grundschuld, sie kann aus der Vollstreckbarkeitserklärung jedoch keine Rechte herleiten.
- 46 1. Die Beklagte ist im Grundbuch als Eigentümerin der Grundschuld eingetragen. Sie ist im Übrigen im Besitz des Grundschuldbriefes, auf dem das Indossament zugunsten der Beklagten vermerkt ist.
- 47 Es sind keine Fehler des Grundbuches dargetan. Zwar hat die Beklagte sich geweigert, den schuldrechtlichen Übergabe- bzw. Abtretungsvertrag vorzulegen. Sie macht jedoch einzig ihre dinglichen Rechte geltend, so dass dies unerheblich ist.
- 48 2. Im Rahmen der Grundschuldbestellung hat sich die Klägerin der sofortigen Zwangsvollstreckung dem jeweiligen Eigentümer der Grundschuld gegenüber unterworfen. Hieraus betreibt die Beklagte die Zwangsvollstreckung.
- 49 Es kann dahinstehen, dass ob die Klausel der Grundschuldbestellung in Ziffer II wegen Verstoßes gegen § 307 BGB nichtig ist. Zwar dürfte es sich bei der verwandten formularmäßig genutzten Klausel um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne § 305 BGB handeln. Allein die Tatsache, dass die Abtretung der Rechte an Dritte nicht ausgeschlossen bzw. eingeschränkt ist, stellt diese Klausel nicht generell als eine unangemessene Benachteiligung hin. Es ist in der Nachbetracht zu sehen, dass die Grundschuld nunmehr fast 20 Jahre alt ist, eine Veräußerung erst erfolgte, als der gesicherte Kredit notleidend wurde und die Gläubigerin das Kreditengagement gekündigt hatte. Die Grundschuld wurde im kaufmännischen Verkehr benutzt. Es findet keine Abweichung von gesetzlichen Regelungen statt, es werden auch keine Rechte und Pflichten eingeschränkt. Die Urkunde gewährt nur zusätzliche Rechte, die allerdings die Schuldnerin - wie hier - in diejenige des aktiven Klägers zwingt. Dies ist allerdings keine Überraschung, sondern - sogar entsprechend der notariellen Belehrung des Notars - eine gewollte.
- 50 Die Geltendmachung der Rechte aus der Unterwerfungsklausel verstößt jedoch seitens der Beklagten gegen Treu und Glauben. Die Beklagte ist zwischenzeitliche die dritte Zessionarin. Die Verträge zwischen den Zessionaren sind unterschiedlich und führen zu einer völligen Trennung von schuldrechtlichen und dinglichen Forderungen. Der Klägerin werden so die einzelnen Gläubiger verschwiegen, die Beklagte weigert sich, den dinglich belegten Erwerb mit der Darlegung konkreter Vereinbarungen zu untermauern. Es ist zu sehen, dass die ursprüngliche Gläubigerin schuldrechtliche Forderungen insgesamt durch den Vertrag vom 07.12.2004 veräußert hat. Die Erwerber traten unter dem 15.07.2005 jedoch nur die Grundschuld und die Ansprüche aus dem Vergleich ab. Die Beklagte betont bezüglich ihres Erwerbes (Abtretung oder Verkauf ?) ausdrücklich, sie sei nicht in den Sicherungszweck eingetreten. Die mit Sicherungszweckerklärung versehene Grundschuld wird so nicht nur bewusst von den schuldrechtlichen Forderungen getrennt, es werden sogar ohne gesonderten Hinweis die Gläubiger aufgesplittet. Dies stellt eine erhebliche Benachteiligung der Rechte der Schuldnerin dar, die dazu führt, dass es

gegen Treu und Glauben verstößt, die Schuldnerin in die Stellung des aktiven Klägers zu zwingen, was grundsätzlich zulässig ist (s.o.). Das Verhalten der Zessionare führt zu einer derartigen Gefährdung der Rechte der Klägerin, dass die Berufung der Beklagten auf die Unterwerfungsklausel gegen Treu und Glauben verstößt und daher unzulässig ist.

- 51 Die betriebene Zwangsvollstreckung ist daher unzulässig, was auf Antrag der Klägerin auszusprechen ist.
II.
- 52 Aufgrund der Entscheidung zur Hauptsache ist die Hilfs-widerklage zu bescheiden. Sie wurde hilfsweise für den Fall des Unterliegens geltend gemacht.
- 53 Dem Hilfsantrag ist überwiegend zu entsprechen.
- 54 1. Die Beklagte ist Inhaberin der Grundsuld. Es kann auf obige Ausführungen verwiesen werden. Aus der Grundschul-durkunde ergibt sich die benannte dingliche Forderung, wobei die Beklagte nur bezüglich der nicht verjährten Teile die Vollstreckbarkeitserklärung begehrt.
- 55 Vollstreckungshindernisse sind nicht gegeben. Die Be-klagte hat die Vollstreckung angekündigt und vollzogen. Dies ist zwar mangels Berechtigung der Nutzung der Zwangsvoll-streckungsunterwerfung unzulässig gewesen (s.o. Ziff. I), hieraus ist aber der eindeutige Wille der Verwertung zu erse-hen. Dies ist der Klägerin spätestens mit Zustellung der Widerklage bekannt.
- 56 Die Duldung der Zwangsvollstreckung aus der Grundsuld war daher auszusprechen.
- 57 2. Das Recht, die Zwangsvollstreckung zu betreiben ist je-doch durch die Höhe einer berechtigten gesicherten Forde-rung begrenzt. Die Klägerin hat berechtigt diesen Gesichtspunkt einredeweise geltend gemacht. Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass die Klägerin den übersicherten Betrag ggf. später im Wege des Regresses bzw. Schadens-ersatzes zurückfordern könne. Wie bereits oben ausgeführt, ist die Übertragung ohne Weitergabe des Sicherungszweck-es treuwidrig. Hierauf kann sich die Beklagte nicht berufen. Die Klägerin ist so berechtigt, der Gemeinschuldnerin die Einrede der Rückübertragungspflicht entgegenzuhalten.
- 58 Soweit die Klägerin die durch die Grundsuld gesicher-ten Ansprüche bereits erfüllt hat, ist der Anspruch aus dem Schuldversprechen durch Erfüllung erloschen.
- 59 Dem Umfang nach sicherte die Grundsuld zunächst die Verbindlichkeiten aus dem Darlehensvertrag, zu dessen An-lasse sie bestellt wurde. Unabhängig von der Frage, ob ihr Si-cherungszweck bereits zu diesem Zeitpunkt auf eine weitere Fassung gerichtet war, haben die Klägerin und die Volksbank einen solchen Sicherungszweck spätestens anlässlich des Darlehensvertrages vom 23.06./13.07.1998 vereinbart. Die Parteien des Darlehensvertrages waren sich darin einig, dass alle der Volksbank zustehenden Sicherheiten alle bestehen-den, künftigen und bedingten Ansprüche der Bank aus der Geschäftsbeziehung mit der Klägerin sichern sollten. Damit haben sie den Sicherungszweck so weit gefasst, dass unter diesen nicht nur die durch die Klägerin selbst begründeten Darlehensverbindlichkeiten, sondern auch mögliche Ansprü-che aus dem Vergleich vom 13.12.2000 fallen.
- 60 Soweit es den ursprünglichen Betrag der Grundsuld be-trifft, ist es zwischen den Parteien als unstreitig zu behan-deln, dass sich die Darlehensverbindlichkeiten am 30.06.2005 entsprechend der Mitteilung der ... vom 19.07.2005 auf einen Betrag in Höhe von 581.474,48 € belie-fen.
- 61 Für einen Anspruch auf Verzugszinsen wiederum trägt die Beklagte keine verzugsbegründende Mahnung der jeweili-gen Forderungsinhaber vor. Die Volksbank hat, nachdem sie die Kündigung erklärt und die Rückzahlung verlangt hat, so-dann mit der Klägerin jedenfalls Vereinbarungen getroffen, die dieser Inverzugsetzung ihre Wirkung nahmen. Sie ließ sich insoweit darauf ein, dass abweichend von dem verzugs-

begründenden Schreiben die Zahlungen in Teilbeträgen er-folgen konnten. Danach wäre eine erneute Mahnung erfor-derlich gewesen, die aber nicht behauptet worden ist. Auch eine Mahnung der dann als Forderungsinhaberin folgenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts ... ist nicht vorgetragen. Der Beklagten hätte es aber obliegen, hierzu vorzutragen, da sich die Darlegungs- und Beweislast auch bei Vollstrek-kungsabwehrklagen nach den materiellen Beweislastregeln des der vollstreckbaren Forderung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses richtet (BGH NJW 2001, 2096).

- 62 Die Klägerin hat eine weitere Zahlung in Höhe von 3.500,00 € unter Verzicht gegen die Rückforderung beim Amtsgericht Bielefeld am 28.07.2005 dargelegt hat. Dadurch wurde sie gem. §§ 378, 372 BGB von ihrer Verpflichtung insoweit be-freit. Denn die Volksbank hatte ihr keine tauglichen Daten über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Baller und Schrö-der durch ihr Schreiben vom 27.06.2005 zur Verfügung ge-stellt und war auch auf Nachfrage nicht bereit, diese zu lie-fern. Die Klägerin sah sich so dem Risiko ausgesetzt, weder an den alten noch an den neuen Forderungsinhaber zu lei-sten und damit keine schuldbefreiende Wirkung herbeiführen zu können.
- 63 Im Ergebnis ergibt sich danach folgende noch verbliebene Darlehensverbindlichkeit der Klägerin:

Forderung Stand 30.06.2005: 581.474,48 €Hinterlegung am 28.07.2005: 3.500,00 €Restschuld: 577.974,48 €64
- 64 Forderung Stand 30.06.2005: 581.474,48 €
Hinterlegung am 28.07.2005: 3.500,00 €
Restschuld: 577.974,48 €
- 65 Des Weiteren bestanden durch die Grundsuld gesicherte Forderungen in Höhe von 204.516,75 € (= 400.000,00 DM) aufgrund des zwischen der Klägerin und der Volksbank ge-schlossenen Vergleichs vom 13.12.2000.
- 66 Nach §§ 3, 6 des vorgenannten Vergleichs verpflichtete sich die Klägerin, an die Streithelferin 500.000,00 DM abzüg-lich eines Betrages von 100.000,00 DM aufgrund der unter-bliebenden, aber von der Volksbank geschuldeten Übertra-gung eines Grundstücks an die Geschäftsführerin der Klägerin.
- 67 Die danach aus der Vergleichsvereinbarung geschuldete Zahlung in Höhe von 204.516,75 € ist von der Klägerin nicht zu verzinsen. Die Parteien haben ausdrücklich die zinsfreie Zahlung in § 3 des Vergleichs vereinbart.
- 68 Die Grundsuld und die Forderung aus dem Schuldverspre-chen beliefen sich damit auf:
- 69 Darlehensforderung: 577.974,48 €
Forderung aus dem Vergleich vom 204.516,75 €
Summe 782.491,23 €69
- 70 Die Beklagte ist nicht aufgrund der nach der Kündigung der Geschäftsbeziehung zwischen der Klägerin und der Volks-bank vereinbarten Ratenzahlungen gehindert, die Klägerin in Anspruch zu nehmen. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist ihr dadurch von der Volksbank lediglich die Möglichkeit gegeben worden, die Rückzahlung des an sich fälligen Be-trages in Teilzahlungen vorzunehmen. Der Abschluss eines erneuten Darlehensvertrages kann durch den

Schriftverkehr jedenfalls von der ... erkennbar nicht gewollt gewesen sein. Zwar mögen die Formulierungen der Schrei-ben in Teilen missverständlich gewesen sein. Den Willen, ein Angebot oder eine Annahme zum Abschluss eines solchen Vertrages zu erklären, lässt sich gerade auch im Hinblick auf die übrigen zwischen den Parteien in der Vergangenheit bei solchen Anlässen geschlossenen und auch erforderlichen umfangreichen vertraglichen Regelungen zur Gegenleistung, den Nebenpflichten, Sicherheiten u. ä. den Schreiben der ... nicht entnehmen.
- 71 Hinzu kommt, dass bereits mit Schreiben der Streithelfe-rin vom 01.07.2002 sogar ausdrücklich ein bloßes Stillhalten erklärt worden war. Auch soweit in der Folge dann Raten ä

3.500,00 € vereinbart wurden, hat die Volksbank gerade bei einer Besprechung deutlich gemacht, dass eine Fortführung der Geschäftsbeziehung nur bei der dann nicht erfolgten Aufnahme von monatlichen Zahlungen à 6.000,00 € in Betracht kommen konnte. Zudem kann, selbst wenn eine solche Fortführung zustande gekommen werden, daraus nicht zwingend geschlossen werden, dass bezüglich der geschuldeten Beträge aus den in der Vergangenheit gewährten Darlehen ein erneuter Darlehensvertrag geschlossen sein sollte.

- 72 Die Verbindlichkeit aus dem Vergleich vom 13.12.2000 war auch fällig. Soweit lediglich die Darlehensverträge gekündigt wurde, bedurfte es einer vergleichbaren Erklärung bezüglich des Vergleichs nicht.
- 73 Der Widerklage war daher im tenorierten Zustand zu entsprechen. Im Übrigen war sie abzuweisen.

III.

- 74 Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, über die vorläufige Vollstreckbarkeit wurde gemäß § 709 ZPO entschieden.

KostO § 145 Abs. 1 Satz 1; BGB §§ 164 ff.

- 1. Die Zurechnung eines Erforderns eines Entwurfes durch einen Dritten beurteilt sich nach den §§ 164 ff. BGB (OLG Köln, Beschluss vom 03.04.1992 – DNotZ 1992, 749).**
- 2. Wird der Notar von einer Immobilienmaklerin beauftragt, einen Entwurf zu fertigen, so erfolgt dies in der Regel im Namen des Verkäufers.**
- 3. Wird der Notar nach Auftragserteilung durch die Immobilienmaklerin durch den Verkäufer angerufen und gebeten, den Entwurf auch an Dritte zu übersenden, so liegt spätestens darin eine Genehmigung der Auftragserteilung.**

LG Aachen, Beschluss vom 27.01.2011 – 2 T 228/10

Tatbestand

Die Immobilienmaklerin wurde am 22.09.2009 mit dem Verkauf der Immobilie des Verkäufers beauftragt. Am 26.04.2010 erteilte die Immobilienmaklerin daraufhin dem Notar den Auftrag, einen entsprechenden Kaufvertragsentwurf zu fertigen und dem Verkäufer zu übersenden. Der Verkäufer bat daraufhin am 30.04.2010 den Notar fernmündlich, den Kaufvertragsentwurf auch an seine Tochter zu übersenden. Zur Beurkundung kam es nicht. Gegen die sodann durch den Notar erteilte Kostenrechnung legte der Verkäufer Beschwerde ein und trug vor, den Notar nicht beauftragt zu haben; die Immobilienmaklerin wäre hierzu auch nicht beauftragt worden.

Entscheidung

Die Einwendungen des Verkäufers waren zurückzuweisen. Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Ein Erfordern im Sinne des § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO liegt vor; dieses ist dem Verkäufer zuzurechnen, so dass dieser in Anspruch zu nehmen war. Die Immobilienmaklerin hat den Notar beauftragt, einen Entwurf zu fertigen. Das darin liegende Erfordern im Sinne des § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO ist dem Verkäufer nach den §§ 164 ff. BGB zuzurechnen. Nach den Ausführungen des Landgerichts ergibt sich das für § 164 BGB erforderliche Handeln in fremden Namen bei der Auftragserteilung durch eine Immobilienfirma regelmäßig schon aus den äußeren Umständen, da ein Immobilienmakler grundsätzlich nicht für sich selbst handeln wird.

Die weiterhin erforderliche Vertretungsmacht liegt nach den Ausführungen des Gerichts nicht schon im bloßen Gebrauchmachen des

Entwurfes. Jedoch ergibt sich die Genehmigung – eines gegebenenfalls auch vollmachtlos erteilten Auftrages – aber nach „Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ jedenfalls daraus, dass der Verkäufer nach Entwurfsübersendung den Notar angerufen hat und darum gebeten hat, den Entwurf an einen Dritten weiterzuleiten.

Anmerkung

Die Entscheidung des Landgerichts Aachen ist gleichermaßen dogmatisch fundiert wie praxisingerecht. Die Begründung des Beschlusses geht bei der Auftragserteilung durch einen Immobilienmakler von einer Vermutung dahingehend aus, dass der seinerseits durch den Verkäufer beauftragte Immobilienmakler „in der Regel nicht im eigenen Namen, sondern für den Verkäufer“ handelt, so dass regelmäßig ein Handeln in fremden Namen vorliegen wird. Diese vom Gericht angenommene Vermutung geht allerdings nicht so weit, als dass auch die für § 164 BGB erforderliche Vertretungsmacht angenommen werden kann. Nach dieser vertretener Auffassung liegt dies auch nicht nahe, da die – dann mit weiteren Kosten verbundene – Auftragserteilung an den Notar mit dem Verkäufer abgestimmt werden muss. Macht sich der Verkäufer allerdings nach Fertigung eines – auch vollmachtlos ausgearbeiteten – Entwurfes diesen zu eigen, liegt darin eine Genehmigung. Eine solche Genehmigung ist nach hier vertretener Auffassung – entgegen der Ansicht des LG Aachen – bereits in dem Gebrauchmachen eines Entwurfes zu sehen (aA.: OLG Köln, Beschluss vom 02.10.1992 – AZ.: 2 Wx 14/92). Das Gebrauchmachen eines (nicht angeforderten) Entwurfes, beispielsweise in Form des Abschreibens desselben, enthält die Aussage, dass der Gebrauchende mit dem Entwurf einverstanden ist. Letztendlich liegt in dem Anruf bei dem Notar mit der Bitte um Übersendung des Entwurfes an einen Dritten auch nichts anderes als ein Gebrauch des Entwurfes.

Abschließend lässt sich verallgemeinernd festhalten, dass die Fertigung eines Entwurfes spätestens dann als genehmigt gilt, wenn der Entwurfsempfänger ein Verhalten gezeigt hat, dass nach Treu und Glauben auf sein Einverständnis schließen lässt.

Notarassessor Dr. Benedikt Schmitz (Monschau)

Buchbesprechungen

GmbH-Gesetz. Kommentar in 2 Bänden. Herausgegeben von Prof. Dr. Lutz Michalski. 2. Auflage 2010. Band 1: §§ 1 – 34 GmbHG, 2078 Seiten; Band 2: §§ 35 – 85 GmbHG, EGGmbHG, 2380 Seiten. C. H. Beck Verlag, München. 378,- €.

Mit dem MoMiG erfuhr das GmbH-Recht die wohl weitestgehenden Änderungen seit Bestehen des GmbH-Gesetzes. Die Einführung einer „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“, die Zulassung einer erleichterten Gründung, das Erfordernis der Nummerierung der Geschäftsanteile und Zulassung eines gutgläubigen Erwerbs eines Anteils unter Anknüpfung an die Gesellschafterliste, die Erweiterung der Bestellungshindernisse für Geschäftsführer, die Zulassung eines genehmigten Kapitals, die Angabe der Geschäftsadresse sind neue notarrelevante Tätigkeitsfelder. Diese Neuregelungen bilden deshalb den Kern der neubearbeiteten Teile der Neuauflage. Vorangestellt sind dem Kommentar systematische Darstellungen zum Internationalen Gesellschaftsrecht, zur Besteuerung der GmbH, zum Konzernrecht und zur Finanzierung der GmbH.

Eine GbR kann sich nach Ansicht von Michalski nicht als Gesellschafter an dem vereinfachten Gründungsverfahren nach § 2 Abs. 1a GmbHG beteiligen (§ 2 Rn. 108). Bejaht wird die Frage, ob Ergänzungen des Musterprotokolls aufgrund zwingender gebotener Vorschriften des Beurkundungsrechts zulässig sind. (§ 2 Rn. 113; ausführlich Heidinger/Blath ZNotP 2010, 376). Die Geschäftsführerbestellung im Musterprotokoll ist nicht materieller Satzungsbestandteil und macht bei einer späteren Abberufung des Geschäftsführers keine Änderung des Gesellschaftsvertrags erforderlich (§ 2 Rn. 114). Werden später mehrere Geschäftsführer bestellt, so greift die gesetzliche Vertretungsregelung des § 35 Abs. 2 GmbHG ein, nämlich Gesamtvertretung aller Geschäftsführer und keine automatische Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB (§ 2 Rn. 111). Bei allen Umwandlungsvorgängen, bei denen eine neue Gesellschaft dadurch entsteht, dass sie Vermögen anderer Rechtsträger übernimmt, scheidet eine Unternehmergesellschaft als Zielgesellschaft aus (§ 5a Rn. 13). Selbst wenn die Unternehmergesellschaft gemeinnützig ist, ist der Firmenbestandteil „gUG (haftungsbeschränkt)“ firmenrechtlich unzulässig und nicht eintragungsfähig (§ 5a Rn. 53). Entgegen BGH (DNotZ 1983, 633) vertritt der Kommentar die Auffassung, die Gestattung i. S. von § 181 BGB bedürfe nicht der Eintragung in das Handelsregister (§ 35 Rn. 88).

Die bei der Gründung im Gesellschaftsvertrag anzugebenden Namen der Gesellschafter mit ihren jeweiligen Geschäftsanteilen können nach der Eintragung im Handelsregister mittels einer Satzungsänderung wieder gestrichen werden und zwar auch dann, wenn die Einlagen noch nicht vollständig geleistet sind (§ 3 Rn. 47). Die Streichung der Satzungsbestimmungen über den Gründungsaufwand hält das Werk in entsprechender Anwendung von § 26 AktG nach 5 Jahren seit der Eintragung im Handelsregister für zulässig (§ 53 Rn. 155). Weiter wird bejaht, dass für jede Veränderung des Satzungstextes die Einhaltung des in §§ 53, 54 GmbHG vorgesehenen Verfahrens erforderlich ist (§ 53 Rn. 29). Auf der Grundlage dieser Auffassung habe der vom Notar zu bescheinigende vollständige Satzungswortlaut sowohl die materiellen als auch die rein formellen Satzungsbestandteile zu umfassen (§ 54 Rn. 21). Da die Hoheitsbefugnisse des Notars auf das deutsche Staatsgebiet beschränkt sind, ist eine inländische Niederschrift eines deutschen Notars zu einer von ihm wahrgenommenen Beschlussfassung bei einer Auslandsversammlung nicht möglich, da sich Wahrnehmung und Beurkundung nicht trennen lassen (§ 53 Rn. 74; Syst. Darst. 2 Rn. 102). Ausländische Notare können eine Beurkundung der Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen vornehmen (Syst. Darst. 2 Rn. 99), sind dann aber nicht unmittelbare Normadressaten des § 40 Abs. 2 GmbHG, sie trifft keine Pflicht zur Einreichung der Gesellschafterliste, diese ist vielmehr vom Geschäftsführer beim Regi-

stergericht einzureichen (§ 40 Rn. 13, 27). Das Werk hält bei der Vergabe der Nummerierung der Geschäftsanteile einen Gesellschafterbeschluss nicht für notwendig. Die Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen ist bei der Fertigung der Gesellschafterliste zu berücksichtigen und führt zwangsläufig zur Vergabe entweder neuer Nummern oder zu „Bruchnummern“ analog den Veränderungen in Abt. I des Grundbuchs. Es steht im Ermessen des>Listenerstellers, ob im Rahmen einer Teilung von Geschäftsanteilen auf die Gliederung nach DIN 1421 zurückgegriffen wird, so dass z. B. aus dem Geschäftsanteil Nr. 2 danach Geschäftsanteile 2.1, 2.2 werden. Im Rahmen einer Teilung von Geschäftsanteilen wird die Vergabe von (Unter-)Buchstaben (z. B. Anteilsnummer 1a, 1b) nicht für zulässig gehalten (§ 40 Rn. 9). Der Grund einer Veränderung eines Geschäftsanteils braucht in der Gesellschafterliste nicht genannt zu werden, der Kommentar hält eine dahingehende gesetzgeberische Ergänzung des § 40 GmbHG für wünschenswert (§ 40 Rn. 11). Problematisch ist künftig im Falle einer Einziehung eines Geschäftsanteils, dass die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile mit dem Nennbetrag des Stammkapitals übereinstimmen muss; um ein Auseinanderfallen von beiden zu vermeiden (LG Essen GmbHR 2010, 1034; Braun GmbHR 2010, 82); es muss entweder gleichzeitig eine Kapitalherabsetzung oder ein neuer Geschäftsanteil mit identischem Nennbetrag gebildet werden (§ 14 Rn. 8).

Die verdeckte Sacheinlage ist heute in § 19 Abs. 1 GmbHG geregelt; § 19 Abs. 5 GmbHG regelt nun vor allem die Fälle des sog. Hin- und Herzählens. Der Kommentar gibt hier hervorragende Erläuterungen (§ 19 Rn. 167 ff.). Die Neuregelung des § 55a GmbHG lässt die Möglichkeit eines genehmigten Kapitals zu; ob es zur Durchführung der beschlossenen Kapitalerhöhung mit genehmigtem Kapital eines weiteren Gesellschafterbeschlusses oder einer Ermächtigung der Geschäftsführung zur Satzungsanpassung bedarf, ließ der Gesetzgeber offen und wird vom Kommentar bejaht (§ 55a Rn. 16; ausführlich Lieder DNotZ 2010, 655; Renaud ZNotP 20010, 203). Bei Gründungen und Kapitalerhöhungen darf das Registergericht nur bei erheblichen Zweifeln Einzahlungsbelege verlangen (§ 8 Rn. 38), so manches Registergericht sieht dies trotz der klarstellenden Neuregelung des § 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG immer noch anders (vgl. die Kritik von Wolf, Pflieger 2010, 453). Entgegen der bisherigen Praxis reicht es bei der Versicherung des Geschäftsführers über das Nichtvorliegen von Bestellungshindernissen aus, dass ihm keinerlei Beruf, Berufszweig, Gewerbe oder Gewerbebezweig untersagt ist und er niemals wegen vorsätzlich begangener Straftaten im In- und Ausland verurteilt worden ist (§ 8 Rn. 44; ebenso jetzt BGH Pflieger 2010, 513). Die wenigen Beispiele haben schon aufgezeigt, dass der Kommentar ein nützliches Arbeitsmittel für Notare, Registergerichte und Rechtsberater ist. Die einzelnen Kommentierungen enthalten eine große Dichte an präziser Information. Das Werk ist einerseits sehr praxisnah, andererseits steht es auf wissenschaftlich hohem Niveau; es ist Kommentar und Handbuch in einem.

Prof. Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz

Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 3. Auflage Dezember 2010;

ISBN: 978-3-89655-503-8; 1.338 Seiten, gebunden, LexisNexis Deutschland GmbH - ZAP-Verlag; mit CD-Rom, 108 Euro

Geraume Zeit nach Abschluss aller familienrechtlichen Reformen ist nunmehr die dritte Auflage des bekannten und bewährten Handbuchs der Vertragsgestaltung mit dem Titel „Ehebezogene Rechtsgeschäfte“ anzuzeigen.

Nach dem Vorwort wollte der Autor bewusst keine allzu frühe Reformauflage herausbringen, damit die Gelegenheit besteht, erste Reaktionen und wichtige Rechtsprechung in das Werk mit aufzunehmen. Nach der weiteren Aussage des Autors im Vorwort könne nunmehr hinsichtlich der Ausführungen im Buch von einem sicheren Boden ausgegangen werden.

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind Stand Oktober 2010 eingearbeitet.

Neben der Darstellung der rechtlichen Grundlagen bilden Praxishinweise und Formulierungsvorschläge, allesamt auch auf dem beigefügten Datenträger enthalten, den Hauptschwerpunkt des Buches.

Das Buch gliedert sich in 10 Teile. Mithin die Güterstände, vertragliche Regelungen im Ehegüterrecht, Ehegattenzuwendungen, Zuwendungen Dritter mit Scheidungsvorsorge - vertragliche Rückerwerbsklauseln, vermögensrechtliche Ansprüche und Regelungen unter Ehegatten, Ehegattenunterhaltsrecht, Versorgungsausgleich, Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen, Verträge verschiedener Ehekonstellationen und, Teil 10, Ehen mit Auslandsberührung.

Im Rahmen der Erläuterungen zur Zugewinnngemeinschaft stellt der Autor nach Darlegung der Grundsätze der Zugewinnngemeinschaft unter anderem den Ausgleich des Zugewinns im Todesfall als auch den güterrechtlichen Zugewinnausgleich dar. Sämtliche Facetten der Bewertung und Ermittlung des konkreten Zugewinnausgleichsbetrags werden umfassend dargestellt. Die Bewertung von Unternehmen und Praxen ist ebenfalls unter Berücksichtigung der verschiedenen Bewertungsmethoden abschließend erläutert.

Für die Bewertung einer Notarkanzlei komme es derzeit auf den reinen Substanzwert an, da ein „Goodwill“ nicht existiere, weil die Notarpraxis nicht veräußert werden könne, sondern die Notare mithin staatlich ernannt würden.

Bei Randnummer 335 in Teil 1 weist der Autor im Rahmen seiner Ausführungen zur Gütertrennung darauf hin, dass im Rahmen dieses Güterstands keinerlei güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten untereinander bestehen.

Bereits im zweiten Absatz an eben dieser Stelle kommt der für die notarielle Praxis ganz wesentliche Hinweis, dass beim Güterstand der Gütertrennung die nach § 5 ErbStG für den Zugewinnausgleich vorgesehene Steuerfreistellung der Zugewinnforderung nicht zur Anwendung komme. Auch weist der Autor bereits in den unmittelbar folgenden Ausführungen darauf hin, dass über die Angemessenheit der Gütertrennung die Meinungen auseinander gingen. In der Praxis sei der Güterstand der Gütertrennung wohl eher im Rückzug begriffen, insbesondere aufgrund der vielfältigen Möglichkeiten der Modifikation des gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft.

Ganz vorzüglich und ebenfalls ausnahmslos aktuell sind die Ausführungen zu den steuerlichen Auswirkungen der einzelnen Güterstände ab Randnummer 418 in Teil 1.

Die in den vergangenen Jahren hierzu ergangene Rechtsprechung als auch die vielfältigen Ausführungen in der Literatur sind anhand ohne weiteres zugänglicher Quellen mit vertiefenden Hinweisen greifbar.

In Rn. 443 in Teil 1 kommt der Autor zu dem Ergebnis, dass der Notar darüber zu belehren habe, dass beim Güterstand der Gütertrennung ein eventueller Steuervorteil durch die Steuerfreistel-

lung der Zugewinnausgleichsforderung nach § 5 ErbStG verloren gehe. Bekanntlich stellt § 5 Abs. 1 ErbStG im Todesfall, wenn der Zugewinn über das erbrechtliche Viertel des § 1371 Abs. 1 BGB ausgeglichen wird, eine fiktive Zugewinnausgleichsforderung, wie sie sich nach § 1371 Abs. 2 BGB errechnet, steuerfrei.

Im Rahmen einer Gestaltungsempfehlung weist der Autor bei Randnummer 458 in Teil 1 daraufhin, dass die rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft erbschaftssteuerlich nicht mehr im Rahmen von § 5 Abs. 1 ErbStG beim Zugewinnausgleich durch erbrechtliche Lösung hilft, jedoch noch sehr wohl im Rahmen von § 5 Abs. 2 ErbStG beim vertraglichen Zugewinnausgleich eine Rolle spielen kann.

Bekanntlich hat der BFH die Kombination von Vereinbarung rückwirkender Zugewinnngemeinschaft und vertraglichem Güterstandswechsel mit Zugewinnausgleich ausdrücklich gebilligt.

In Rn. 524 von Teil 2 weist Münch darauf hin, dass Ehevertrag im engen Sinne ein Vertrag sei, in welchem die Ehegatten ihre güterrechtlichen Verhältnisse regeln. Die Praxis jedoch verwende einen funktional erweiterten Begriff des Ehevertrags im Sinne einer vorsorgenden ehebezogenen familienrechtlichen Vereinbarung von Verlobten und Ehegatten zur Regelung der allgemeinen Ehwirkungen, des ehelichen Güterrechts und etwaiger Scheidungsfolgen und unterscheidet davon die Scheidungsvereinbarung als übereinstimmende Regelung einer konkreten Entscheidung und ihrer Folgen. Treffender geht es nicht!

Die Entscheidungen des BGH zur Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle von Eheverträgen sind chronologisch mit einschlägigen Fundstellennachweisen aufgeführt.

In Teil 7, dem Kapitel zum Versorgungsausgleich, weist Münch darauf hin, dass eine Detaildarstellung mit Anleitungen zu versicherungsmathematischen Berechnungen der einzelnen Anrechte nicht Ziel des Abschnitts zum Versorgungsausgleich sei. Er verweist hierzu ausdrücklich auf vorhandene Spezialliteratur, die explizit genannt ist. Die Ausführungen zum Versorgungsausgleich dienen nach Angabe des Autors dazu, dem Rechtsanwender das Wissen an die Hand zu geben, das benötigt werde, um Verträge zum Versorgungsausgleich gestalten zu können. Mit der Reform des Versorgungsausgleichs seien die Vereinbarungen hierüber ganz erheblich aufgewertet worden, so dass die Rechtspraxis mehr noch als bisher zu vertraglichen Gestaltungen ermuntert werde.

Auf Grund des zum 1. September 2009 in Kraft getretenen VersAusglG, das zu einer wesentlichen Veränderung des Systems führte, musste Münch seine Ausführungen zum Versorgungsausgleich komplett neu ausarbeiten. Es bedarf keiner prophetischen Fähigkeiten, um sagen zu können, dass dem Autor auch dies rundweg gelungen ist.

In Randnummer 2825 weist der Autor darauf hin, dass die wichtigste Änderung der Reform die Abschaffung des Einmalausgleichs sei. Mit dem neuen Versorgungsausgleichsrecht werde in Zukunft jedes Anrecht geteilt. Es komme demnach nicht mehr zu einer Saldierung, was bedeute, dass die Anrechte grundsätzlich nicht mehr unter sich vergleichbar gemacht werden müssten, um den Versorgungsausgleich durchführen zu können. Demzufolge konnte die Barwertverordnung abgeschafft werden. Es gebe mithin nicht mehr nur eine Teilung, sondern so viele Teilungen, wie Anrechte vorhanden seien; dies erfolge in beide Richtungen. Nach Durchführung des Versorgungsausgleichs bestehe somit, von Verrechnungen oder Geringfügigkeitsfällen abgesehen, doppelt so viel wie Anrechte wie zuvor. Daraus werde aber auch ersichtlich, dass eine Zersplitterung von Anrechten drohe. Genau hier liege einer der Hauptgründe für eine sinnvolle Vereinbarung zum Versorgungsausgleich.

Im Rahmen der Darstellung der nunmehrigen Vereinbarungs-

möglichkeiten weist der Autor darauf hin, dass ein völliger Ausschluss des Versorgungsausgleichs vor allem in den Fällen in Betracht kommen könne, bei denen das gesetzliche Ziel des Versorgungsausgleichs, nämlich die gleichberechtigte Teilhabe der Eheleute an dem in der Ehe erworbenen Versorgungsvermögen, aufgrund der ehelichen Konstellation nicht erforderlich ist oder jedenfalls von den Vertragsteilen nicht gewünscht wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn bei einer Ehe beide Ehegatten durchgehend berufstätig sind und damit jeweils ihre eigene Altersversorgung aufbauen konnten.

Beginnend ab Randnummer 3061 werden vielfältige Formulierungsvorschläge, die ebenfalls auf dem mitgelieferten Datenträger enthalten sind, dargestellt. Ergänzungen und Kombinationen sind selbstredend möglich.

Fazit: ein grandioses Werk! Nicht zuletzt im Lichte der umfangreichen Reformen des Gesetzgebers und der vielfältigen und für die tägliche Praxis zu tatsächlichen und rechtlichen Erschwernissen und Unwägbarkeiten führenden Rechtsprechung führt hieran kein Weg vorbei.

Achim Brenner, Notar, Schwäbisch Gmünd

Scholz. Kommentar zum GmbH-Gesetz. Bearbeitet von Prof. Dr. Georg Bitter, Prof. Dr. Georg Crezelius, Prof. Dr. Volker Emmerich, Notar a. D. Prof. Dr. Hans-Joachim Priester, Prof. Dr. Karsten Schmidt, Prof. Dr. Uwe H. Schneider, Prof. Dr. Christoph H. Seibt, Prof. Dr. Rolf Sethe, Prof. Dr. Klaus Tiedemann, Prof. Dr. Rüdiger Veil, Prof. Dr. Harm Peter Westermann und Dr. Heinz Winter. 10. neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Band I, 2006, 1940 Seiten; Band II, 2007, 1342 Seiten; Band III, 2010, 1578 Seiten. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln. Gesamttabnahmeverpflichtung für alle drei Bände. 454 €.

Seit Jahrzehnten ist der „Scholz“ für jeden Experten auf dem Gebiet des GmbH-Rechts eine Institution. Erstmals erscheint der Kommentar in der 10. Auflage dreibändig, dies wegen der GmbH-Reform durch das MoMiG, durch das neue Registerrecht (FamFG) und die durch das ARUG bedingten Änderungen des GmbH-Gesetzes. Eingearbeitet sind das Justizkommunikationsgesetz, die Rechtsprechung über die Mantelverwendung, über die Einlageleistung zur freien Verfügung der Geschäftsführung, über den Kapitalschutz einschließlich Cash Pooling. Band I enthält die Kommentierung zu §§ 1 - 34 GmbHG, Anh. § 13 Konzernrecht, Anh. § 34 Austritt und Ausschließung eines Gesellschafters. Im Band II finden sich die Erläuterungen zu §§ 35 - 52 GmbHG; Band III umfasst eine vollständige Neukommentierung bei den §§ 53 - 85 GmbHG und eine Neukommentierung der vom MoMiG in Band I und II geänderten Vorschriften der §§ 2, 5a, 16, 30, 40 GmbHG sowie eine Nachtragskommentierung zu allen anderen vom MoMiG betroffenen Vorschriften, u. a. §§ 5, 6 - 10, 19, 23a/b, 35 GmbHG und eine Kommentierung des neuen GmbH-Insolvenzrechts. Schwerpunkte bei den Nachträgen bilden vor allem die §§ 5, 15, 19 und 30 GmbHG. Bei der neuen Kommentierung der §§ 53 - 85 GmbHG stehen vor allem die veränderten Kapitalsicherungsregeln bei der Kapitalerhöhung, die erheblich veränderten Regeln über die GmbH-Insolvenz und die Insolvenzverschleppung, gravierende Neuerung im Liquidationsrecht sowie das geänderte GmbH-Strafrecht im Mittelpunkt.

Die Neuauflage bietet die gewohnte Qualität und Gründlichkeit der Voraufgaben und setzt neuerlich die Maßstäbe. Der Kommentar beeindruckt durch Praxistauglichkeit und Tiefgang, durch Kompetenz und Wissenschaftlichkeit sowie Zuverlässigkeit der Informationen. Im „Scholz“ findet der Nutzer umfassende Infor-

mationen zu jedem Problem – eine wahre Fundgrube. Der Kommentar ist und bleibt ein Klassiker und bedarf längst keiner Empfehlung mehr. Der „Scholz“ gehört zum Handwerkszeug eines jeden Notars.

Notar a.D. Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Stöber; ZVG- Handbuch; Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen; 9. Auflage 2010; Buch; XIX 550 S.; In Leinen; 58,- €; Verlag C. H. Beck; ISBN 978-3-406-59907-1

Dieses Buch ist in der Reihe **Handbuch der Rechtspraxis** erschienen und richtet sich ausweislich der dem Rezensionsexemplar beigefügten Programminformation an Richter, Rechtsanwälte, Rechtspfleger, Rechtsbeistände, Kreditinstitute, Versicherungen und Vollstreckungsbehörden. Damit grundsätzlich nicht an Notare. Dies überrascht umso mehr, als sich doch die HRP- Praxisreihe an Rechtspfleger, Richter, Rechtsanwälte und Notare wendet. Dennoch lohnt ein genauerer Blick in das von Kurt Stöber verfasste Werk. Der Autor lässt eine fundierte und bewährte Bearbeitung der Probleme der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erwarten. Diese Erwartung wird durch das zu rezensierende Buch nicht enttäuscht. Kurt Stöber glänzt mit seinem auch in anderen Werken hinlänglich bewiesenen Fachwissen, insbesondere im Bereich der Zwangsversteigerung und der Forderungspfändung.

In dem Werk werden umfassend nicht nur die Grundsätze der Immobilienvollstreckung, sondern auch anhand von Beispielen, Schaubildern und Übersichten Besonderheiten dargestellt. Hierzu wurde eine Gliederung in drei Abschnitte vorgenommen.

Im **ersten Abschnitt** die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. In diesem Abschnitt werden mehr als nur Überblicksweise die Grundzüge der Zwangssicherungshypothek, der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung dargestellt. Dabei werden auch streitige Positionen nicht ausgeklammert. So vertritt Stöber die Ansicht, dass eine Zwangssicherungshypothek zusammen mit einer Verkehrshypothek für die gleiche Forderung am gleichen Grundstück eingetragen werden kann (1. Abschnitt Rdnr. 28). Dies kann in Hinblick auf die Akzessorietät der Hypothek hinterfragt werden. Dem ersten Abschnitt ist eine Einführung und gute Literaturübersicht vorangestellt.

Nutzer des Schöner/Stöber Grundbuchrechtskommentars werden sich schnell mit der Darstellung zurechtfinden. Die Orientierung fällt anhand der Randnummern und dem umfassenden Sachregister einfach.

Im **zweiten Abschnitt** des Buches werden besondere Verfahren der Zwangsversteigerung, zum Beispiel auf Antrag der Erben oder zur Teilung erläutert. Insbesondere Letzteres stellt auch in Bezug auf Katalarjuristische Problemstellungen einen wichtigen Teil des Buches dar. Es bleibt grundsätzlich kein gängiges Problem unbeantwortet. So zum Beispiel: „Kann ein Ehegatte die Teilungsversteigerung in Hinblick auf § 1365 BGB allein beantragen und führt diese Versteigerung bei Vorliegen der Voraussetzungen zur Auflösung und Versteigerung der Miteigentumshälfte? Stöber bejaht richtigerweise die alleinige Antragsmöglichkeit und verneint den Wegerwerb durch Teilungsversteigerung.“

Sollten die Ausführungen einmal nicht hinreichend zur Beantwortung der genauen Frage sein, ist jedem Unterabschnitt ein umfassendes Literaturverzeichnis zusätzlich zu zahlreichen im Text befindlichen Fundstellen vorangestellt.

Der **dritte Abschnitt** des Buches befasst sich mit den kostenrechtlichen Folgen der Immobilienvollstreckung. Interessant dabei ist für Kollegen in Baden-Württemberg vor allem der letzte Unterabschnitt zu den Kosten des Grundbuchamtes. In diesem Abschnitt werden kurz, aber zielführend alle wesentlichen Ge-

bühren des Grundbuchamtes erläutert.

Der Schwerpunkt des Buches liegt mit über 3/4 der kommentierten Seiten auf dem ersten Abschnitt. Durch seine Detailtiefe und gleichzeitig gut lesbare Kommentierung ersetzt das ZVG Handbuch zur Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen soweit es die Eintragung von Zwangssicherungshypotheken, dem Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsvermerk angeht, durchaus einen Grundbuchrechtskommentar.

Hervorzuheben ist noch, dass das Buch auch zahlreiche Muster und Anträge enthält, die es auch dem mit der Immobiliervollstreckung weniger Vertrauten leicht macht zielgerichtet zu arbeiten.

In der Neuauflage wurden neben zahlreichen obergerichtlichen auch neue Rechtsbeschwerdeentscheidungen des Bundesgerichtshofs berücksichtigt. Mit eingeflossen sind ebenso die Veränderungen durch die anerkannte Rechtsfähigkeit der Woh-

nungseigentümergeinschaft und die WEG Novelle allgemein.

Nicht nur in der Rechtsberatung erscheint das von Stöber verfasste Werk sinnvoll eingesetzt. Nachweislich mehrerer Fachseminare (Seminare des dt. Notarverlags in Kooperation mit der Notarkammer Baden- Württemberg am 22.11.10- 25.11.10 in München, Stuttgart und Düsseldorf) für Notare nimmt die Vollstreckung notarieller Kosten und Gebühren eine zwischenzeitlich wachsende Bedeutung ein. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund ist das ZVG- Handbuch von Stöber zur Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen auch für den Notar uneingeschränkt zur Anschaffung zu empfehlen. Es stellt eine sinnvolle und zweckdienliche Ergänzung einer umfassenden Notarbibliothek dar. Dies gilt vor dem Hintergrund der wirklich sehr guten grundbuchrechtlichen Kommentierungen umso mehr für Kollegen in Baden- Württemberg.

Sebastian Mensch, Notarvertreter, Diplom Finanzwirt (FH), Stuttgart

Aktuelles aus dem Steuerrecht

(von Sebastian Mensch, Notarvertreter, Diplom Finanzwirt (FH), Stuttgart*)

I. Aktuelles aus der Verwaltung

1. Steuerliche Anerkennung von Darlehensverträgen zwischen Angehörigen

Mit Schreiben vom 23. Dezember 2010¹ hat das Bundesministerium der Finanzen die Grundsätze zur steuerlichen Anerkennung von Darlehensverträgen zwischen Angehörigen neu gefasst. Das neue BMF- Schreiben ersetzt dabei das bisher gültige aus dem Jahr 1992².

Die steuerliche Anerkennung eines Darlehensvertrages zwischen Angehörigen knüpft sich im Wesentlichen an drei Voraussetzungen:

1. Der Darlehensvertrag muss zivilrechtlich wirksam geschlossen sein.
2. Er muss wie vereinbart auch tatsächlich durchgeführt werden.
3. Vereinbarung und Durchführung müssen einem „Fremdvergleich“ standhalten.

Die zivilrechtliche Unwirksamkeit, insbesondere in Hinblick auf Formbestimmungen, führt nicht automatisch zur steuerlichen Unwirksamkeit der Darlehensvereinbarung. Sie stellt jedoch ein starkes Indiz gegen den vertraglichen Bindungswillen der Beteiligten dar. Maßgeblich für die Anerkennung

der tatsächlichen Durchführung ist die strikte Trennung zwischen den Vermögensmassen der Beteiligten. Dies ist insbesondere bei Unterhaltsberechtigten, wie zum Beispiel Minderjährigen, zu gewährleisten. Fehlt es an der notwendigen Trennung zwischen Eltern- und Kindesvermögen können geleistete Zinszahlungen nicht steuermindernd anerkannt werden.

Bei der Beurteilung, ob die getroffenen Vereinbarungen anerkannt werden können ist zum Einen zu beachten, dass es Angehörigen frei steht, steuerlich günstige Gestaltungen zu wählen³ und zum Anderen dürfen diese nicht über das zwischen Fremden übliche Maß hinausgehen. In diesem Zusammenhang muss eine Vereinbarung über die Laufzeit und über Art und Zeit der Rückzahlung getroffen werden. Die Zinsen müssen zu den Fälligkeitszeitpunkten auch tatsächlich entrichtet werden und das Darlehen muss hinreichend besichert sein⁴.

Ein „Fremdvergleich“ hat auch in Fällen der Darlehensgewährung zwischen einer Personengesellschaft und Angehörigen der Gesellschafter zu erfolgen. Ebenso verhält es sich, wenn zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer keine wirtschaftlichen Abhängigkeiten bestehen. Im letztgenannten Fall ist der Prüfungsmaßstab geringer. Eine hinreichende Besicherung und die tatsächliche Rückzahlung sind für die steuerliche Berücksichtigung der Zinszahlungen unerheblich⁵.

Wird im Wege der Schenkung ein Geldbetrag zuerkannt, der dann darlehensweise zurückgewährt werden soll, so ist weder die Schenkung noch der Darlehensvertrag ertragsteuer-

* Mit Unterstützung von Jan Haubold, Notarvertreter, Nürtingen

¹ BMF- Schreiben vom 23.12.2010; Dokumentennummer: 2010/0862046; Geschäftszeichen: IV C 6 - S 2144/07/10004

² BMF- Schreiben vom 01.12.1992; Geschäftszeichen: IV B 2 - S 2144/76/92; BStBl. I 1992, S. 729

³ So bereits Mensch ZNotP 2010, 96

⁴ Zur Frage der ausreichenden Besicherung: BFH Urte. v. 12.05.2009 BB 2009, 1735

⁵ BFH Urte. v. 25.01.2000 NJW 2000, 2693

erlich anzuerkennen. In diesem Fall fehlt es am tatsächlichen Vollzug der Schenkung, der dadurch gekennzeichnet ist, dass der Beschenkte auch Verfügungsmacht über den Gegenstand der Schenkung erhält. Eine Abhängigkeit zwischen Schenkung und Darlehen wird unwiderleglich vermutet bei:

- Vereinbarung von Schenkung und Darlehen in ein und derselben Urkunde,
- Schenkung unter der Auflage der Rückgabe als Darlehen,
- Schenkungsversprechen unter der aufschiebenden Bedingung der Rückgabe als Darlehen.

Die Grundsätze zur schenkweisen Darlehensgewährung gelten in gleicher Weise auch für partiarische Darlehen⁶ und stille Beteiligungen⁷.

Begründet in der Beurkundungspflicht von Schenkungsversprechen⁸ und der möglicherweise in diesem Zusammenhang einhergehenden Vereinbarungen⁹ ist der Notar in der Praxis mit den vorstehenden Problemen konfrontiert.

2. Bewertung nicht notierter Anteile an Kapitalgesellschaften und des Betriebsvermögens

Gemäß § 199 ff. BewG werden Anteile nicht notierter Kapitalgesellschaften nach dem sog. vereinfachten Ertragswertverfahren bewertet. Der Basiszins zur Ermittlung des Ertragswertes gem. § 203 Abs. 2 BewG wurde mit BMF-Schreiben vom 05. Januar 2011¹⁰ auf 3,43 % festgelegt. Damit hat der Basiszins den niedrigsten Stand der letzten Jahre erreicht¹¹.

Sobald es um gesellschaftsrechtliche Gestaltungen, insbesondere im Zusammenhang mit Abfindungsklauseln geht, kann das vereinfachte Ertragswertverfahren Eingang in die notarielle Urkunde finden. Dabei ist zu bedenken, dass das vereinfachte Ertragswertverfahren eine vergangenheitsorientierte Bewertungsmethode darstellt. Zukünftige den Wert beeinflussende Faktoren müssen individuell berücksichtigt werden. Dies kann im Rahmen einer Abfindungsklausel auch das Ausscheiden eines im Unternehmen tätigen Gesellschafters selbst sein. Bei unter dem Verkehrswert liegenden Abfindungsklauseln, die eine Anwachsung bei der Gesellschaft oder den verbleibenden Gesellschaftern beinhalten, liegt möglicherweise ein schenkungsteuerlicher Vorgang vor¹².

6 In Abgrenzung zum Darlehen wird regelmäßig statt einer Zinszahlung zumindestens kumulativ eine Gewinnbeteiligung vereinbart. In Abgrenzung zur stillen Gesellschaft fehlt es an der gemeinsamen Zweckverfolgung.

7 Nicht für eine atypische stille Beteiligung mit Anteilen am Verlust, den stillen Reserven und einem Veräußerungsgewinn

8 § 518 Abs. 1 BGB

9 Zum Beispiel bei der Gründung einer Familiengesellschaft, bei der dem Minderjährigen seine Einlage geschenkt wird, bzw. die hierfür notwendigen Mittel als Darlehen gewährt werden sollen

10 BMF-Schreiben v. 05.01.2011; Dokumentennummer: 2011/0000635; Geschäftszeichen: IV D 4 - S 3102/07/10001

11 Vfg. des Bayerischen Landesamtes für Steuern v. 09.02.2010 mit einer Übersicht der Zinswerte seit dem Jahr 2007; Geschäftszeichen: 3102.1.1. - 4 St 34

12 So auch: Neumayer/Imschweiler DStR 2010, 201

3. Leistungen von Gesellschaftern und Dritten an Kapitalgesellschaften

Nach der bisher gültigen Verwaltungsauffassung¹³ stellte eine disquotale Kapitalerhöhung oder eine verdeckte Einlage eine schenkungsteuerbare Zuwendung dar. Dem hat der Bundesfinanzhof mehrfach widersprochen¹⁴. Nunmehr wurde die entsprechende Verwaltungsbestimmung aufgehoben und mit gleichlautendem Ländererlass¹⁵ eine neue angepasste Verwaltungsbestimmung geregelt¹⁶.

Eine disquotale Kapitalerhöhung stellt keine Schenkung bei den übrigen Gesellschaftern dar. Ebenso stellt die Werterhöhung aller Kapitalanteile in Folge einer offenen oder verdeckten Einlage keine steuerliche Zuwendung dar. Dies gilt nicht, sofern im zeitlichen Zusammenhang eine offene oder verdeckte Ausschüttung aus dem eingebrachten Vermögen an die übrigen Gesellschafter erfolgt.

Beim Erwerb eigener Anteile ist ein über dem gemeinen Wert liegendes Entgelt als steuerbare Zuwendung an den Ausscheidenden zu bewerten¹⁷, während im umgekehrten Fall die Gesellschaft eine Zuwendung versteuern muss¹⁸.

Der gleich lautende Ländererlass birgt noch weitere, zum Teil mit Beispielen erläuterte Falldarstellungen, darunter die Einziehung, den Verzicht auf ein Bezugsrecht, Zuwendungen an den Gesellschaftern nahe stehende Personen und andere Einzelsachverhalte.

4. Gewinnrealisierung bei Übertragung eines Wirtschaftsguts zwischen beteiligungsidentischen Schwesterpersonengesellschaften

Der Bundesfinanzhof hat ernsthafte Zweifel an der Aufdeckung stiller Reserven bei der Vermögensübertragung zwischen beteiligungsidentischen Schwesterpersonengesellschaften geäußert¹⁹. Er widersprach damit der bis dahin gültigen Rechtsprechung²⁰ und der Verwaltungsmeinung²¹.

Der BFH begründete seine Ansicht, dass Übertragungen zwischen beteiligungsidentischen Schwesterpersonengesellschaften zu Buchwerten möglich sein müssen damit, dass eine solche Übertragung wegen des einkommensteuerlichen Transparenzgrundsatzes zu keinem Zurechnungswechsel führt. Eine Personengesellschaft stellt ertragsteuerlich kein eigenes Steuersubjekt dar²². Dabei stützt der BFH sich auf § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EStG und erweitert insoweit den Anwendungsbereich über den Wortlaut hinaus. Nach § 6 Abs. 5 Satz

13 R 18 EStR a.F.

14 Zuletzt BFH Ur. v. 09.12.2009 ZEV 2010, 319; siehe auch Mensch/Haubold BWNNotZ 2010, 189

15 Gleichl. LänderErl. v. 20.10.2010 BStBl. I 2010, S. 1207

16 Neu eingeführt H 18 EStR

17 § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG

18 § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG

19 BFH (IV. Senat) Beschluss v. 15.04.2010 NJW-RR 2010, 1126, = NotBZ 2010, 355

20 BFH (I. Senat) Ur. v. 25.11.2009 DStR 2010, 269

21 BMF-Schreiben v. 03.03.2005; Geschäftszeichen: IV B 2 - S 2241-14/05; DStR 2005, 475; BMF-Schreiben v. 07.12.2006; Geschäftszeichen: IV B 2 - S 2241-53/06; DStR 2006, 2314

22 Mensch NotBZ 2009, 122; Schmitz BWNNotZ 2010, 218 m.w.N.

3 Nr. 2 EStG ist ausschließlich die Übertragung zwischen dem Sonderbetriebsvermögens²³ eines Mitunternehmers in das Gesamthandsvermögen derselben oder einer anderen Mitunternehmerschaft, an der der Mitunternehmer beteiligt ist bzw. umgekehrt begünstigt.

Fraglich ist indes, ob eine Erweiterung des § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EStG geboten ist. In seinem Urteil macht des BFH verfassungsrechtliche Bedenken im Sinne des Gleichheitsgrundsatzes und des Gebots der Folgerichtigkeit in Bezug auf die gleiche Behandlung objektiv gleicher Sachverhalte geltend. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Auslegung durch den Bundesfinanzhof grundsätzlich nur dann zulässig ist, wenn es sich um eine planwidrige Lücke im Gesetz handelt. Ausweislich der Gesetzesmotive²⁴ zur Gestaltung des § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EStG in seiner jetzigen Form²⁵ hat der historische Gesetzgeber den entschiedenen Fall erkannt und dennoch keine besondere Regelung aufgenommen.

Als Reaktion auf die geänderte Rechtsprechung des vierten BFH Senats hat das Bundesministerium der Finanzen mit Schreiben vom 29.10.2010²⁶ die grundsätzliche Nichtanwendbarkeit des oben genannten Beschlusses festgelegt. Somit bleibt es bei der Gewinnrealisierung in Höhe der aufgedeckten stillen Reserven, sofern zwischen beteiligungsidentischen Schwesterpersonengesellschaften Wirtschaftsgüter unentgeltlich übertragen werden. Anerkannt wird die Möglichkeit eine Aussetzung der Vollziehung²⁷ bis zu einer abschließenden Entscheidung zu erwirken.

II. Gesetzliche Neuregelungen

Neuregelungen durch das Jahresteuergesetz 2010

Das Jahresteuergesetz 2010 wurde am 13.12.2010 im Bundesgesetzblatt verkündet²⁸. Es brachte Änderungen in 27 Gesetzen und 4 Verordnungen, die hier nicht ausführlich dargestellt werden können.

Zu den für den Kautelarjuristen interessanten Änderungen gehört die Anpassung des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁹. Dieses hatte die Ungleichbehandlung von Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern in Bezug auf die Steuerklasse gerügt.

Nunmehr erhalten eingetragene Lebenspartner für Erwerbe nach dem 13.12.2010 die Klassifizierung in der Steuerklasse I³⁰ neben dem Freibetrag von 500.000 Euro³¹.

23 Zum Begriff des Sonderbetriebsvermögens: Mensch BWNotZ 2007, 140
24 BR Drs. 638/02/01 v. 25.09.2001

25 Zuletzt maßgeblich geändert durch das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz (UntStFG) v. 24.12.2001 BStBl. I 2002, S. 35

26 BMF-Schreiben v. 29.10.2010; Geschäftszeichen: IV C 6 - S 2241/10/10002 :001; DStR 2010, 269

27 § 361 AO

28 JStG 2010 BGBl. I, S. 1768

29 BVerfG v. 21.07.2010 (1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07), NJW 2010, 2783, = ZEV 2010, 482

30 § 15 Abs. 1 Buchstabe a) Nr. 1 ErbStG

31 § 16 Abs. 1 Buchstabe a) Nr. 1 ErbStG

Neben der Gleichstellung im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht wurde auch eine Gleichstellung bei der Grunderwerbsteuer kodifiziert. So sind bei den Ausnahmen der Besteuerung nun eingetragene Lebenspartner in allen Fällen mit Ehegatten gleichberechtigt. Im Einzelnen sind nachfolgende Änderungen erfolgt:

- Gleichstellung mit Miterben, auch beim Erwerb von Grundstücken in Anrechnung einer Zugewinnausgleichforderung oder in Abwicklung einer Gütergemeinschaft³²,
- Erwerb durch den Lebenspartner³³,
- Erwerb durch den früheren Lebenspartner³⁴,
- Erwerb durch Lebenspartner von Abkömmlingen³⁵,
- Erwerb durch den Lebenspartner eines Teilnehmers an einer fortgesetzten Gütergemeinschaft³⁶.

III. Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs

1. Grunderwerbsteuer

1.1 Rückgängigmachung eines Grundstückkaufvertrages

Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG unterbleibt auf Antrag eine Steuerfestsetzung, wenn der den Steuertatbestand realisierende Sachverhalt rückabgewickelt wird. Dabei umfasst die Nr. 1 die gewillkürte Rückabwicklung auf Grund einer Vereinbarung oder eines vertraglichen Rücktrittsrechtes, während Nr. 2 vornehmlich die Rückabwicklung im Zusammenhang mit Pflichtverletzungen aus dem Vertragsverhältnis abdeckt³⁷.

Der Bundesfinanzhof musste nun entscheiden, inwieweit beim Ersterwerb ein bestehendes Eigeninteresse an der Rückabwicklung schädlich für die Rückgängigmachung der Steuerfestsetzung ist.

Die Veräußerer - nachfolgend auch Kläger genannt - schlossen mit den Erwerbern A und B einen notariellen Kaufvertrag über ein bebautes Grundstück. Nach Festsetzung der Grunderwerbsteuer, allerdings vor der Auflassung und Eigentumsumschreibung, hoben die Vertragsbeteiligten den Kaufvertrag auf. Sie vereinbarten, dass die Erwerber je 1000 Euro Schadensersatz zu entrichten hätten. Direkt im Anschluss (nachfolgende Urkundenrollennummer) schlossen die Kläger mit dem Erwerber A einen erneuten Kaufvertrag zu den Konditionen des ersten Vertrages. Sie beantragten die Grunderwerbsteuerfestsetzung für den Ersterwerb aufzuheben.

Dem folgte das Finanzamt nicht und erhob die Grunderwerbsteuer nachdem B nicht zahlte direkt beim Kläger. Hiergegen wandten sich die Kläger und rügten eine Verletzung von § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.

32 § 3 Nr. 3 GrEStG

33 § 3 Nr. 4 GrEStG

34 § 3 Nr. 5a (neu) GrEStG

35 § 3 Nr. 6 GrEStG

36 § 3 Nr. 7 GrEStG

37 Ausführlich: Mensch/Haubold BWNotZ 2010, 89

Der Bundesfinanzhof³⁸ gab den Klägern recht und hob die beanstandete Grunderwerbsteuerfestsetzung auf.

Eine Aufhebung der Grunderwerbsteuer nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG setzt die Rückgängigmachung des Erwerbs vor Eigentumsumschreibung innerhalb von 2 Jahren voraus. Der Erwerbstatbestand ist dann rückgängig gemacht, wenn er zivilrechtlich aufgehoben wurde und der Veräußerer durch die Entlassung aus allen vertraglichen Bindungen die alleinige Verfügungsbefugnis zurückerhält. Dabei besteht zwischen dem Wegfall der Verfügungsbefugnis des Erwerbers (u.A. Besitzaufgabe) und der Wiedererlangung beim Veräußerer ein sachlicher Zusammenhang.

Grundsätzlich fehlt es an einer wirksamen Rückgängigmachung, wenn der Aufhebungsvertrag und der neue Kaufvertrag in einer Urkunde geschlossen werden. In diesem Fall konnte der Veräußerer keine Verfügungsbefugnis erlangen, da er sofort wieder an den Zweiterwerber gebunden ist. Der BFH kommt zu keinem anderen Ergebnis, wenn -wie in diesem Fall- der Aufhebungsvertrag und der Neuvertrag in aufeinander folgenden Urkunden vereinbart sind. Auch in diesem Fall verbleibt dem Ersterwerber die Möglichkeit auf den Neuvertrag Einfluss zu nehmen, bzw. ihn zu verhindern.

Der BFH anerkannte in diesem Fall auch unter dem Gesichtspunkt eine wirksame Rückgängigmachung, dass die tatsächliche Möglichkeit des Ersterwerbers, Einfluss auf die weitere Vertragsgestaltung zu nehmen, der Anwendung von § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG nicht entgegensteht. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Ersterwerber von dieser Möglichkeit im Eigeninteresse Gebrauch gemacht hat.

An Eigeninteresse fehlt es immer dann, wenn der Ersterwerber im Interesse eines Dritten handelt oder wenn sich das Eigeninteresse ausschließlich auf die Lösung vom Vertrag bzw. auf die Verhinderung von Schadensersatzansprüchen bezieht. Ein über dieses hinausgehendes Eigeninteresse konnte B in diesem Fall nicht nachgewiesen werden, zumal zwischen A und B zum Abschluss des zweiten Kaufvertrages keine nähere Beziehung mehr bestand.

Das Urteil bedeutet eine Einzelfallprüfung in Fragen der Rückgängigmachung von Erwerbsverträgen. Es gibt dem Kautelarjuristen allerdings auch die Möglichkeit, durch umfassende Darlegung innerhalb der Urkunde, ein ggf. wirtschaftliches Eigeninteresse des Ersterwerbers herauszustellen.

1.2 Abgrenzung zwischen Vertragsübernahme und Neuabschluss

Dem Bundesfinanzhof wurde der nachfolgende Sachverhalt zur Entscheidung vorgelegt:

Mit notariellem Kaufvertrag wurde ein Grundstück erworben und Grunderwerbsteuer gegen den Erwerber festgesetzt. Nachdem der Kaufpreis gezahlt war und die Auflassung bereits erklärt war, schlossen Veräußerer und Erwerber einen Aufhebungsvertrag. In diesem erklärte sich der Erwerber zur Aufhebung unter der Bedingung bereit, dass der Veräußerer

einen neuen Kaufvertrag über das Objekt mit der Ehefrau des Ersterwerbers abschließt. Ebenfalls bewilligte der Ersterwerber die Löschung der Vormerkung im Grundbuch nur unter der Bedingung, dass seine Frau als Eigentümerin eingetragen wurde.

Das Finanzamt setzte gegen die Zweiterwerberin (Ehefrau des Ersterwerbers) erneut Grunderwerbsteuer fest. Mit einer Klage versuchte die Zweiterwerberin die Aufhebung der zweiten Steuerfestsetzung zu erreichen und berief sich dabei auf die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 4 GrEStG, wonach der Grundstückserwerb unter Ehegatten steuerbefreit ist.

Der Bundesfinanzhof entschied im Sinne der Steuerpflichtigen und gegen Finanzamt und Finanzgericht³⁹.

Ohne näher darauf einzugehen ist der erste Vertrag nicht im Sinne von § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG rückgängig gemacht worden, da der Ersterwerber ein offenes Eigeninteresse an der Weiterveräußerung an seine Ehefrau hatte. Fraglich war nun aber, ob der zweite Vertrag einen Neuvertrag oder eine Vertragsübernahme darstellt. Generell spricht der bloße Wechsel des Erwerbers ohne weitere vertragliche Anpassungen für eine Vertragsübernahme.

Beide Vorgänge sind im Grunderwerbsteuerrecht steuerbar⁴⁰. Zivilrechtlich vollzieht sich der Eigentumsübergang in beiden Fällen von den Veräußerern auf die Zweiterwerberin. Für die Grunderwerbsteuer ist der Wechsel des steuerlichen Rechtsträgers entscheidend. Dieser vollzieht sich bei der Vertragsübernahme vom Ersterwerber auf den Zweiterwerber. Da dies in diesem Fall Ehegatten sind, kann die Befreiungsvorschrift von § 3 Nr. 4 GrEStG Anwendung finden. Die Anwendbarkeit einer Befreiungsvorschrift richtet sich nach dem steuerlichen Rechtsträgerwechsel. Sofern dieser zwischen dem Erst- und Zweiterwerber vollzogen wird und damit § 1 Abs. 1 Nr. 5 bzw. 7 GrEStG realisiert ist, bleibt kein Raum für die erneute Anwendung von § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.

In diesem Fall sprach gegen eine Vertragsübernahme die tatsächliche zivilrechtliche Ausgestaltung des Vorgangs mit Vertragsaufhebung und Neuabschluss. Der Bundesfinanzhof anerkannte die Gestaltung dennoch als Vertragsübernahme, da:

- a) keine weiteren inhaltlichen Anpassungen des Vertrags erfolgten,
- b) der erste Kaufvertrag ausdrücklich zum Inhalt der zweiten Urkunde erklärt wurde,
- c) die Vertragsaufhebung und die Löschungsbewilligung bedingt erklärt waren und
- d) der Kaufpreis durch die Zahlung des Ersterwerbers bereits als entrichtet galt.

Aus dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt lässt sich nicht erkennen, warum nicht zivilrechtlich eine Vertragsübernahme beurkundet wurde. Möglicherweise wollte

38 BFH Urt. v. 06.10.2010, II R 31/09

39 BFH Urt. v. 22.09.2010, II R 36/09
40 § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 5 bzw. 7 GrEStG

man die Aufhebung der ersten Steuerfestsetzung nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG erreichen.

Beide Entscheidungen zeigen, dass dem Notar in der Ausgestaltung eine hohe Verantwortung zukommt.

2. Erbschaft- und Schenkungsteuer

Maßgeblichkeit des Zuwendungszeitpunkts bei § 13 Abs. 4a ErbStG

Der Begriff der freigebigen Zuwendung⁴¹ im Erbschafts- und Schenkungsteuerrecht ist regelmäßig weitergehend als der zivilrechtliche Schenkungsbegriff⁴². In dem vom Bundesfinanzhof entschiedenen Fall war nun fraglich, ob die Gewährung eines Darlehens der Schenkungsteuer unterliegt und inwieweit ein Darlehensverzicht unter § 13 Abs. 4a ErbStG fällt.

Zum Erwerb von land- und forstwirtschaftlich genutzten Flächen, einschließlich eines Herrenhauses wurde vom Lebensgefährten ein Darlehen in Höhe von 2,75 Mio. DM gewährt. Als Zins wurde ein Satz von 2 Prozentpunkten vereinbart. Auf die Anschaffung des Herrenhauses entfielen 800.000 DM. Nach der Hochzeit wurde das Darlehen sowohl für die bereits angefallenen, als auch in Bezug auf zukünftig anfallende Zinsen zinslos gestellt. Einige Jahre später wurde vom Darlehensgeber auf den verbleibenden Rest des Darlehens verzichtet.

Das Finanzamt setzte sowohl für den Zins- als auch für den Darlehensverzicht Schenkungsteuer fest. Im Zusammenhang mit dem Zinsverzicht berücksichtigte das Finanzamt eine Verzinsung von 5,5 Prozentpunkten.

Die Kläger wollten zum Einen eine Schenkungsteuer nur aus 2 Prozentpunkten Zinsverzicht erreichen und zum Anderen eine Steuerbefreiung hinsichtlich 800/2.750 des Darlehensverzichts.

Der Bundesfinanzhof gab den Klägern, soweit es die Anwendung von § 13 Abs. 4a ErbStG betraf, recht⁴³.

Grundsätzlich unterliegt der Schenkungsteuer jede freigebige Zuwendung. Voraussetzung für eine freigebige Zuwendung ist einerseits eine Vermögensverschiebung vom Zuwendenden zum Empfänger und andererseits der subjektive Wille zur Freigebigkeit beim Zuwendenden. Der Begriff der freigebigen Zuwendung ist dabei weiter gefasst, als der zivilrechtliche Schenkungsbegriff. So unterliegt auch die verbilligte oder unentgeltliche Überlassung von Kapital der Schenkungsteuer. Der Jahreswert des Nutzungsvorteils bemisst sich dabei nach § 15 Abs. 1 BewG mit 5,5 Prozentpunkten. Dies gilt auch sofern ein niedriger Zins vereinbart wurde, soweit es die Differenz zu 5,5 Prozentpunkten betrifft. Der nachträgliche Verzicht auf den Zins stellt ein rückwirkendes Ereignis dar⁴⁴.

In Bezug auf das Herrenhaus stellte der BFH eingangs fest, dass die vom Finanzamt ausschließlich geprüfte Vergünsti-

gungsvorschrift des § 13a ErbStG für das nach dem 01.01.1996 angeschaffte Herrenhaus keine Anwendung findet. Unabhängig davon führt die Prüfung einer Vergünstigungsvorschrift nicht zur Beendigung der Prüfung. Vielmehr sind alle in Frage kommenden Vergünstigungs- und Befreiungsvorschriften zu prüfen.

Zum Zeitpunkt des Darlehensverzichts wurde das Herrenhaus von den Klägern als Familienwohnheim genutzt. In § 13 Abs. 4a ErbStG ist neben der Übertragung von Eigentum am Familienwohnheim auch die Freistellung von Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Anschaffung begünstigt. Dieser zweite Befreiungstatbestand ist hier einschlägig. Dabei gilt dies unabhängig davon, dass eine Nutzung als Familienwohnheim im Zeitpunkt des Erwerbs noch nicht vorlag. Für die Prüfung der Befreiungsvorschrift kommt es ausschließlich auf den Zeitpunkt der Zuwendung an. Die Zuwendung erfolgte, als das Herrenhaus begünstigt genutzt wurde. Daher sind 800/2.750 der erlassenen Darlehensschuld zwar eine steuerbare, aber nicht steuerpflichtige freigebige Zuwendung.

IV. Bundesfinanzhof kompakt

1. Überträgt der Vorerbe durch freigebige Zuwendung Vermögen auf den Nacherben kommt es für die Frage der Zusammenrechnung auf den Antrag nach § 6 Abs. 2 Satz 2 ErbStG an⁴⁵.
2. Zur erbschaftsteuerrechtlichen Beachtlichkeit einer tatsächlich teilweise berücksichtigten unwirksamen letztwilligen Verfügung⁴⁶.
3. Der durch die Aufdeckung stiller Reserven bei der Einbringung von Mitunternehmeranteilen in eine GmbH entstehende Gewinn ist gewerbesteuerrechtlich als laufender Gewinn zu versteuern⁴⁷.
4. Zur Frage der grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage bei Bestellung eines Erbbaurechts mit anschließender Bebauung⁴⁸.
5. Es liegt kein ordnungsgemäß durchgeführter Ergebnisabführungsvertrag vor, wenn keine vollständige Verrechnung mit vororganschäftlichen Verlusten erfolgt⁴⁹.

41 § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG

42 § 516 BGB

43 BFH Ur. v. 27.10.2010, II R 37/09, ZEV 2011, 49

44 § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO

45 BFH Ur. v. 03.11.2010, II R 65/09, NJW-RR 2011, 297

46 BFH Ur. v. 22.09.2010, II R 46/09

47 BFH Ur. v. 25.08.2010, I R 21/10

48 BFH Ur. v. 08.09.2010, II R 03/10, DStRE 2010, 1527

49 BFH Ur. v. 21.10.2010, IV R 21/07, DStR 2010, 2505

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notar Daniel Schaal, Archivstraße 15A/B, 70031 Stuttgart (Tel. 0711/2123856). verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Tumringer Str. 186, 79539 Lörrach (Tel. 07621/9867711), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951. Fax 0711/2237956. E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 50,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 8,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).