

## Schwerpunktbereich

Dr. Daniel Rodi\*

# Die Vollstreckungsunterwerfung im Kreditsicherungsrecht

Ein Rechtsinstitut an der Schnittstelle von prozessualen und materiellem Recht

<https://doi.org/10.1515/jura-2022-3151>

*Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO weist insbesondere im Kreditsicherungsrecht eine außerordentliche praktische Bedeutung auf, die es angezeigt erscheinen lässt, sich jedenfalls im ZPO-Schwerpunkt näher mit ihr zu befassen. Der vorliegende Beitrag soll einen Überblick über dieses Rechtsinstitut geben und dabei zugleich allgemeine vollstreckungsrechtliche Grundlagen, wie etwa das Klauselerteilungsverfahren, wiederholen. Ein besonderer Reiz des Themas – nicht zuletzt aus Prüfersicht – besteht zudem darin, dass es an der Schnittstelle zwischen prozessualen und materiellem Recht angesiedelt ist. Der Beitrag behandelt daher neben dem Grundschulrecht schwerpunktmäßig auch das AGB-Recht.*

**Stichwörter:** Vollstreckungsunterwerfung, Kreditsicherungsrecht, AGB-Recht, Grundschuld, vollstreckungsrechtliche Grundlagen, Klauselerteilung, Nachweisverzichtsklauseln, abstraktes Schuldversprechen

## A. Einleitung

Die staatliche Zwangsvollstreckung setzt bekanntlich Titel, (Vollstreckungs-)Klausel (§ 724 ff. ZPO), Zustellung (§ 750 Abs. 1 ZPO) sowie als Ausfluss des Dispositionsgrundsatzes einen Vollstreckungsantrag des Gläubigers<sup>1</sup> (vgl. § 753 Abs. 1 ZPO<sup>2</sup>) voraus.<sup>3</sup> Den typischen Titel bildet hierbei das rechts-

kräftige oder für vorläufig vollstreckbar erklärte (§§ 708, 709 ZPO) Endurteil (§ 704 ZPO). Daneben existieren aber noch zahlreiche weitere, mehr oder weniger exotische Titelarten, die in § 794 ZPO aufgelistet sind. Bekannt sein sollten hier insbesondere der Prozessvergleich (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) und der im Rahmen des Mahnverfahrens (§§ 688 ff. ZPO) erlassene Vollstreckungsbescheid (§ 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO). Eine besondere praktische, aber auch akademische Bedeutung kommt schließlich der dem Schuldner in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO eröffneten Möglichkeit zu, sich der sofortigen<sup>4</sup> Zwangsvollstreckung zu unterwerfen und damit privatautonom einen Vollstreckungstitel zu schaffen, womit sich dieser Beitrag befassen soll.

Eine vereinfachte Titulierung liegt natürlich zu allererst im Interesse des Gläubigers, da diesem hiermit die Erstreitung eines Titels im Rahmen eines potentiell langwierigen Erkenntnisverfahrens erspart bleibt.<sup>5</sup> Für den Schuldner ist diese Verfahrensbeschleunigung spiegelbildlich hingegen mit Risiken behaftet, die aber durch die Möglichkeit der Erhebung vollstreckungsrechtlicher Rechtsbehelfe gemindert werden.<sup>6</sup> So kann der Schuldner etwa mittels Vollstreckungsgenklage (§§ 795 S. 1, 767 ZPO) geltend machen, dass der titulierte Anspruch nicht mehr besteht oder auch niemals bestand. Da der Titulierung kein zur materiellen Rechtskraft führendes Erkenntnisverfahren zugrundeliegt, ist die Präklusion in § 767 Abs. 2 ZPO nämlich konsequenterweise nicht anwendbar (§ 797 Abs. 4 ZPO). Allerdings verschiebt die Vollstreckungsunterwerfung die Klagelast und zwingt den Schuldner zu aktiver gerichtlicher Gegenwehr, ohne dass hiermit aber die materielle Beweislast hinsichtlich des Bestehens des titulierten Anspruchs

1 Musielak/Voit Grundkurs ZPO, 15. Aufl. 2020, Rn. 1106.

2 Die Verwendung des Begriffs »Auftrag« in der ZPO beruht historisch auf der mittlerweile überholten Annahme, zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher komme ein privatrechtliches Auftragsverhältnis i. S. v. § 762 BGB zustande, wohingegen sich heute die Erkenntnis durchgesetzt

\*Kontaktperson: Daniel Rodi, Akad. Rat a. Z. und Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Insolvenzrecht (Prof. Dr. Andreas Piekenbrock) der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

hat, dass der Gerichtsvollzieher als staatliches Organ rein hoheitlich agiert, MüKoZPO/Hefßler 6. Aufl. 2020, § 753 Rn. 13.

3 Musielak/Voit Grundkurs ZPO, 15. Aufl. 2020, Rn. 1115.

4 Also ohne Vorschaltung eines Erkenntnisverfahrens, Jauernig/Berger/Kern Zwangsvollstreckungsrecht, 24. Aufl. 2021, § 3 Rn. 7.

5 Brox/Walker Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2021, Rn. 87.

6 Brox/Walker Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2021, Rn. 87.

verändert würde.<sup>7</sup> Die Titulierung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO kann für den Schuldner indes auch von Vorteil sein, da sie vermeidet, dass der Gläubiger den Anspruch auf Kosten des Schuldners (§ 91 ZPO) klageweise titulieren muss.<sup>8</sup> Besonders bedeutsam ist dieser Aspekt bei Grundpfandrechten,<sup>9</sup> also bei Hypotheken (§§ 1113 ff. BGB) und Grundschulden (§§ 1191 ff. BGB), da der dingliche Befriedigungsanspruch nach § 1147 BGB im Wege der Zwangsvollstreckung zu realisieren und daher zwingend ein Vollstreckungstitel erforderlich ist.<sup>10</sup>

Um den Schuldner vor einer vorschnellen Vollstreckungsunterwerfung samt der damit einhergehenden Gefahren zu bewahren, schreibt das Gesetz hierbei vor, dass die Erklärung von einem deutschen Notar beurkundet wird (§§ 8 ff. BeurkG).<sup>11</sup> Neben diesen formellen Vorgaben gibt es aber auch noch materielle Einschränkungen im Hinblick auf die titulierungsfähigen Ansprüche. Diese müssen hinreichend bestimmt<sup>12</sup> sowie einer vergleichweisen Regelung zugänglich sein (also etwa nicht Ehe- und Kindschaftsachen nach §§ 121, 151 FamFG<sup>13</sup>) und dürfen weder auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet sein noch den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betreffen.<sup>14</sup> Die Ausnahme für Willenserklärungen erklärt sich hierbei daraus, dass die Vollstreckung der Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung nach § 894 ZPO ein rechtskräftiges Urteil voraussetzt,<sup>15</sup> wobei allerdings prinzipiell auch eine Vollstreckung nach § 888 ZPO in Betracht käme.<sup>16</sup>

Wegen ihrer rein prozessualen Wirkung stellt die Vollstreckungsunterwerfung eine Prozesshandlung dar, die daher Prozessfähigkeit erfordert und nicht ohne Weiteres den

Regeln der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre unterfällt.<sup>17</sup> Nach h.M. handelt es sich auch nicht um einen Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger, sondern um ein einseitiges Rechtsgeschäft.<sup>18</sup> Ferner ist sie in ihrer Wirksamkeit von dem materiell-rechtlichen Grundgeschäft unabhängig und mithin abstrakt.<sup>19</sup> Gemäß § 795 S. 1 ZPO gelten die allgemeinen Vorschriften für die Vollstreckung von Endurteilen grundsätzlich auch für die durch die Vollstreckungsunterwerfung geschaffenen vollstreckbaren Urkunden, wobei sich einige verfahrensrechtliche Sonderregelungen in § 797 ZPO finden, etwa der bereits erwähnte Ausschluss von § 767 Abs. 2 ZPO. Bei einer grundpfandrechtlichen Unterwerfungserklärung besteht gemäß § 800 ZPO zudem die Besonderheit, dass diese dinglich ausgestaltet sein kann und bei erfolgter Grundbucheintragung auch zulasten späterer Erwerber des Grundstücks gilt.

In der Praxis kommen Unterwerfungserklärungen auch vor allem im grundpfandrechtlichen Kontext vor, was zum einen an der bereits geschilderten Besonderheit des § 1147 BGB liegen dürfte, aber wohl auch dadurch begünstigt wird, dass die Bestellung eines Grundpfandrechts im Hinblick auf § 873 Abs. 2 BGB sowie § 29 GBO regelmäßig ohnehin in notarieller Form erfolgt, sodass die zusätzliche Unterwerfung keinen erheblichen Mehraufwand verursacht.<sup>20</sup> Den Hauptanwendungsfall von Grundpfandrechten bildet wiederum die Absicherung des Darlehensrückzahlungsanspruchs aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB, wobei die (Sicherungs-)Grundschuld die Hypothek rechtstatsächlich nahezu vollständig verdrängt hat.<sup>21</sup> Unterwerfungserklärungen sind daher vornehmlich im Kreditsicherungsrecht von Bedeutung und hier bestehen im Hinblick auf die Spezialregelungen zur Sicherungsgrundschuld (§§ 1192 Abs. 1 a, 1193 Abs. 2 S. 2 BGB) auch besondere Probleme, weshalb sich der Beitrag auf diese Fälle fokussiert. Wie zu sehen sein wird, ergibt sich hier eine Rechtsunsicherheit stiftende Gemengelage auch daraus, dass je nach verfahrensrechtlicher Einkleidung drei verschiedene Zivilsenate des BGH für diese Fragen zuständig sind, nämlich der V. Zivilsenat für das Grundstücksrecht, der VII. Zivilsenat für das Zwangsvollstreckungsrecht und der XI. Zivilsenat für das Bankrecht.

Zunächst soll die grundsätzliche Wirksamkeit von Vollstreckungsunterwerfungserklärungen behandelt werden, insbesondere auch aus AGB-rechtlicher (§§ 305 ff. BGB) Perspektive (sub B.). Daran anschließend werden Fragen der

7 BGH 3. 4. 2001 – XI ZR 120/00, BGHZ 147, 203, NJW 2001, 2096; MüKoZPO/Wolfsteiner 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 137, 154.

8 Vgl. BGH 30. 3. 2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rn. 31, NJW 2010, 2041; Roth JZ 2021, 133, 135; Schindeldecker RNotZ 2016, 440, 447.

9 MüKoZPO/Wolfsteiner 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 137.

10 MüKoBGB/Lieder 8. Aufl. 2020, § 1147 Rn. 8.

11 Jauernig/Berger/Kern Zwangsvollstreckungsrecht, 24. Aufl. 2021, § 3 Rn. 7. Die in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ebenfalls vorgesehenen Möglichkeit einer gerichtlichen Unterwerfungserklärung ist nur ganz ausnahmsweise eröffnet, siehe dazu MüKoZPO/Wolfsteiner 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 151 f.

12 Musielak/Voit/Lackmann 18. Aufl. 2021, § 794 ZPO Rn. 34.

13 Jauernig/Berger/Kern Zwangsvollstreckungsrecht, 24. Aufl. 2021, § 3 Rn. 7.

14 Im Vergleich zur früheren Rechtslage stellt dies eine deutliche Erweiterung der unterwerfungsfähigen Ansprüche dar, vgl. Gaul/Schülken/Becker-Eberhard Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, S. 251 Rn. 51.

15 Brox/Walker Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2021, Rn. 88 b; vgl. auch BT-Drucks. 13/341, S. 21 (§ 894 ZPO als ausreichende Regelung).

16 Daher für restriktive Handhabung der Ausnahme MüKoZPO/Wolfsteiner 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 246.

17 Brox/Walker Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2021, Rn. 89.

18 MüKoZPO/Wolfsteiner 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 154 m. w. N.

19 Jauernig/Berger/Kern Zwangsvollstreckungsrecht, 24. Aufl. 2021, § 3 Rn. 8.

20 BeckOGK-BGB/Quantz [1. 12. 2021] § 307 Sicherungsklausel Rn. 37.

21 MüKoBGB/Lieder 8. Aufl. 2020, § 1191 Rn. 6 f.

Klauselerteilung zu erörtern sein (sub C.), namentlich ob insofern Besonderheiten bei der Einzelrechtsnachfolge auf Gläubigerseite bestehen (sub C. II.) und wie es sich mit der Wirksamkeit der in der Praxis gebräuchlichen sog. Nachweisverzichtsklauseln verhält (sub C. III.). Abschließend soll noch kurz die im Rahmen der Kreditsicherung regelmäßig zusätzlich erfolgte Absicherung durch ein abstraktes Schuldversprechen (§ 780 BGB) samt Unterwerfungserklärung erwähnt werden (sub D.).

## B. Wirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung

Dass eine Vollstreckungsunterwerfung prozessual zulässig ist, steht im Hinblick auf § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO außer Zweifel.<sup>22</sup> Allerdings beruhen die Unterwerfungserklärungen typischerweise auf vom Kreditgeber vorgegebenen Formularen, sodass sich die von der h.M. bejahte Frage der Anwendbarkeit des AGB-Rechts (§§ 305 ff. BGB) auf die Unterwerfungserklärung als einseitige Prozesshandlung stellt.<sup>23</sup>

### I. Anwendbarkeit des AGB-Rechts

Unproblematisch ist zunächst die Verwendereigenschaft des Kreditgebers (§ 305 Abs. 1 S. 1 BGB), mag die Unterwerfungserklärung auch in dessen Auftrag durch den Notar erstellt worden sein.<sup>24</sup> Ergänzend lässt sich auch auf § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB abstellen. Zweifel an der Anwendbarkeit des AGB-Rechts erwachsen jedoch zum einen aus der Einseitigkeit der Unterwerfungserklärung, zum anderen aus deren prozessualen Charakter.

<sup>22</sup> Allgemein zur Zulässigkeit prozessbezogener Vereinbarungen Staudinger/Rodi 2022, Anh. §§ 305–310 BGB Rn. M 1 ff.

<sup>23</sup> Für Anwendbarkeit etwa BGH 22.7.2008 – XI ZR 389/07, BGHZ 177, 345, NJW 2008, 3208 Rn. 32; BGH 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133, NJW 2010, 2041 Rn. 23; Knapp MittBayNot 2003, 421, 422 f.; Münch NJW 1997, 795, 797 f.; Musielak/Voit/Lackmann 18. Aufl. 2021, § 794 ZPO Rn. 30; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Hau 7. Aufl. 2020, Rn. Z 32; a. A. Bachner DNotZ 2008, 644, 650; Binder/Piekenbrock WM 2008, 1816, 1819; MüKoZPO/Wolfsteiner 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 140.

<sup>24</sup> BGH 14.5.1992 – VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, NJW 1992, 2160, 2162 f.; BGH 27.9.2001 – VII ZR 388/00, NJW 2002, 138, 139; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, S. 248 Rn. 42.

### 1. Einseitigkeit der Unterwerfung

Nach seinem Wortlaut erfordert § 305 Abs. 1 S. 1 BGB das Vorliegen von »Vertragsbedingungen«. Einseitige Rechtsgeschäfte stellen hingegen gerade das Gegenstück zum mehrseitigen Vertrag dar, sodass die Unterwerfungserklärung eigentlich keine Vertragsbedingung darstellt und § 305 Abs. 1 S. 1 BGB mithin nicht verwirklicht wäre. Nach zutreffender, nahezu einhelliger Auffassung ist das AGB-Recht auf einseitige Erklärungen allerdings analog anzuwenden, wenn diese dem anderen Teil durch den Verwender einseitig vorgegeben wurden und der Schutzzweck des AGB-Rechts daher auch in diesem Fall eingreift.<sup>25</sup> Der insofern lediglich formale Unterschied, ob der Verwender selbst eine rechtsgeschäftliche (Annahme-)Erklärung abgibt, ändert nichts an dessen einseitiger Inanspruchnahme rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmacht.<sup>26</sup> Zudem lässt sich dies möglicherweise auch §§ 308 Nr. 1, 309 Nr. 12 b) BGB implizit entnehmen,<sup>27</sup> doch ist ein solcher Schluss nicht zwingend.<sup>28</sup> Auch einseitige Erklärungen wie die Vollmachtserteilung<sup>29</sup> oder eben die Vollstreckungsunterwerfung unterfallen daher prinzipiell dem AGB-Recht.<sup>30</sup>

### 2. Prozessualer Charakter der Unterwerfung

Sehr viel zweifelhafter erscheint hingegen die Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf Prozesshandlungen, werden diese doch – im Gegensatz zu prozessbezogenen Vereinbarungen<sup>31</sup> – grundsätzlich nicht den Vorschriften des BGB, sondern aus Rechtssicherheitsgründen prozessspezifischen Regeln unterstellt.<sup>32</sup> So sind Vollstreckungsunterwerfungen nach h.M. etwa trotz Irrtums nicht nach §§ 119 ff. BGB anfechtbar.<sup>33</sup> Auch das AGB-Recht bewirkt mit seiner General-

<sup>25</sup> BGH 10.1.2019 – III ZR 109/17, ZIP 2019, 376 Rn. 32; Staudinger/Mäsch 2022, § 305 BGB Rn. 13; Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack 13. Aufl. 2022, § 305 BGB Rn. 16.

<sup>26</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack 13. Aufl. 2022, § 305 BGB Rn. 16.

<sup>27</sup> So etwa Heinrichs NJW 1977, 1505, 1506; Staudinger/Mäsch 2022, § 305 BGB Rn. 13.

<sup>28</sup> Siehe etwa MüKoBGB/Wurmnest 8. Aufl. 2019, § 308 Nr. 1 Rn. 3.

<sup>29</sup> BGH 9.4.1987 – III ZR 84/86, NJW 1987, 2011; BeckOGK-BGB/Lehmann-Richter [1.12.2021] § 305 Rn. 100.

<sup>30</sup> BeckOGK-BGB/Lehmann-Richter [1.12.2021] § 305 Rn. 100; Habersack NJW 2008, 3173, 3174.

<sup>31</sup> Vgl. dazu Staudinger/Rodi 2022, Anh. §§ 305–310 BGB Rn. M 10.

<sup>32</sup> Siehe nur Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, S. 360 ff. m. w. N.; vgl. auch BGH 22.10.2003 – IV ZR 398/02, NJW 2004, 59, 60 zur aus diesem Grund fehlenden Anwendbarkeit der §§ 164 ff. BGB auf die Vollstreckungsunterwerfung.

<sup>33</sup> Brox/Walker Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2021, Rn. 89; MüKoZPO/Wolfsteiner 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 300; Musielak/Voit/Lackmann

klausel (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB) aber erhebliche Rechtsunsicherheit.<sup>34</sup> Unabhängig davon, ob eine AGB-Kontrolle jedenfalls im Verbraucherverkehr bereits durch die Klausel-Richtlinie<sup>35</sup> zwingend vorgegeben ist,<sup>36</sup> lässt sich die unterschiedliche Handhabung aber jedenfalls damit rechtfertigen, dass die Frage der AGB-Widrigkeit einer Klausel angesichts der Wertungsoffenheit des AGB-Rechts auch für den Rechtskundigen zwar nicht ganz eindeutig zu beantworten ist, aber immerhin doch von Anfang an objektiv und *endgültig feststeht*. Demgegenüber führte das Anfechtungsrecht zu einem den Fortgang des Prozesses bzw. der Vollstreckung beeinträchtigenden Schwebezustand, da sich der rechtliche Status der anfechtbaren Prozesshandlung innerhalb der Anfechtungsfrist durch eine ins freie Belieben des Anfechtungsberechtigten gestellte Entscheidung *verändern* könnte.<sup>37</sup> Auch könnte darauf verwiesen werden, dass die Inhaltskontrolle letztlich eine Ausprägung von Treu und Glaube darstelle und daher auch im Prozessrecht Geltung beanspruche.<sup>38</sup>

## II. Durchführung der Inhaltskontrolle

Der Frage der Anwendbarkeit des AGB-Rechts kommt aber letztlich keine entscheidende Bedeutung zu,<sup>39</sup> wenn man Vollstreckungsunterwerfungen im Kreditsicherungsrecht –

18. Aufl. 2021, § 794 ZPO Rn. 39; Werner DNotZ 1969, 713, 721; a. A. Wagner Prozessverträge, 1998, S. 782f. Davon zu unterscheiden ist die Anfechtung des zugrundeliegenden materiell-rechtlichen Rechtsgeschäfts, dessen Anfechtung ein Vorgehen gegen die vollstreckbare Urkunde nach §§ 795 S. 1, 767 ZPO ermöglicht, MüKoZPO/Wolfsteiner 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 300.

<sup>34</sup> Zweifelnd auch Habersack NJW 2008, 3173, 3174; Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack 13. Aufl. 2022, § 305 BGB Rn. 15.

<sup>35</sup> RL 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen v. 5. 4. 1993, ABl. Nr. L 95, S. 29.

<sup>36</sup> So Jauernig/Berger/Kern Zwangsvollstreckungsrecht, 24. Aufl. 2021, § 3 Rn. 8 unter Verweis auf EuGH 1. 10. 2015 – C-32/14 ERSTE Bank Hungary, BeckRS 2015, 81518, wo es aber um die durch Art. 7 Klausel-RL geforderte angemessene Ausgestaltung des Vollstreckungsverfahrens im Hinblick auf die Ermöglichung einer AGB-Prüfung sonstiger Klauseln ging, siehe dazu auch Staudinger/Rodi 2022, Anh. §§ 305–310 BGB Rn. M 69. Umfangreicher Überblick über die einschlägige Rechtsprechung des EuGH, wengleich mit zweifelhaften Schlussfolgerungen und teilweise verfälschenden Auslassungen bei den Zitaten (!), bei Clemente ZfIR 2021, 166 ff.; ZfIR 2021, 258 ff.; ZfIR 2021, 349 ff.

<sup>37</sup> Vgl. allgemein zu dynamikbezogenen Regelungskomplexen im Zivilrecht Rodi Wirksamkeitsdynamik im Minderjährigenrecht, 2020, S. 24 ff.

<sup>38</sup> So Münch NJW 1997, 795, 798; dem zögerlich folgend v. Rintelen RNotZ 2001, 3, 22 [»erscheint es vertretbar«].

<sup>39</sup> Vorbehaltlich § 307 Abs. 3 S. 1 BGB in jedem Fall kontrollfähig ist die schuldrechtliche Abrede über die Verpflichtung zur Erteilung der Vollstreckungsunterwerfung, wobei umstritten ist, welche Auswirkungen

die aufgrund ihrer Üblichkeit und der notariellen Belehrung (§ 17 Abs. 1 BeurkG) nicht überraschend i. S. v. § 305c Abs. 1 BGB sind<sup>40</sup> – mit der h. M. auch bei Durchführung einer Inhaltskontrolle für wirksam erachtet.<sup>41</sup>

### 1. Eröffnung der Inhaltskontrolle (§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB)

Den Beginn der Inhaltskontrolle markiert stets die Frage, ob diese nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB überhaupt eröffnet ist. In der vorliegenden Konstellation könnte man sich fragen, ob überhaupt eine Abweichung von Rechtsvorschriften vorliegt, da das Gesetz die Vollstreckungsunterwerfung in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO explizit als Möglichkeit vorsieht. Die Ausübung gesetzlich eröffneter Gestaltungsoptionen entzieht die entsprechende Regelung aber grundsätzlich nicht der Inhaltskontrolle, liegt hierin doch jedenfalls eine konstitutive Ergänzung der ohne die Klausel bestehenden Rechtslage.<sup>42</sup> Nur ausnahmsweise kann eine entsprechende gesetzliche Regelung als das AGB-Recht verdrängende qualifizierte Erlaubnisnorm angesehen werden, wenn ihr nicht nur eine generelle Billigung entsprechender Abreden entnommen werden kann, sondern gerade auch eine Billigung im Hinblick auf die formularmäßige Vereinbarung.<sup>43</sup> Ein Beispiel bildet etwa § 52 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BRAO,<sup>44</sup> wegen der Wertungsoffenheit der angemessenen Entschädigungshöhe nicht hingegen § 651h Abs. 2 S. 1 BGB.<sup>45</sup> In seiner vielbeachteten Entscheidung zur Unwirksamkeit formularmäßiger Zustimmungsfiktionsklauseln in Bankverträgen hat der BGH zudem die verbreitete Klassifizierung von § 675g Abs. 2 BGB als qualifizierte Erlaubnisnorm verworfen.<sup>46</sup>

Auch § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO stellt keine qualifizierte Erlaubnisnorm dar, da der Gesetzgeber mit dieser nicht den

die Unwirksamkeit der *causa* auf die Unterwerfung hätte, siehe dazu Staudinger/Rodi 2022, Anh. §§ 305–310 BGB Rn. M 68.

<sup>40</sup> BGH 18. 12. 1986 – IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274, NJW 1987, 904, 906; näher zur Bedeutung der notariellen Belehrung für die Anwendung von § 305c Abs. 1 BGB Leuschner/Rodi 2021, § 305c BGB Rn. 16.

<sup>41</sup> Siehe nur BGH 18. 12. 1986 – IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274, NJW 1987, 904, 906; BGH 30. 3. 2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rn. 25 ff., NJW 2010, 2041; Musielak/Voit/Lackmann 18. Aufl. 2021, § 794 ZPO Rn. 30; Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs/Zimmermann 13. Aufl. 2022, »Darlehensverträge« Rn. 26; a. A. Knops ZfIR 1998, 577, 588 ff.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Hau 7. Aufl. 2020, Rn. Z 36.

<sup>42</sup> Stoffels AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 436; Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs 13. Aufl. 2022, § 307 BGB Rn. 32.

<sup>43</sup> MüKoBGB/Wurmnest 8. Aufl. 2020, § 307 Rn. 11 auch zum Verhältnis zur Klausel-RL; Stoffels AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 436.

<sup>44</sup> Stoffels AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 436.

<sup>45</sup> MüKoBGB/Tonner 8. Aufl. 2020, § 651h Rn. 20.

<sup>46</sup> BGH 27. 4. 2021 – XI ZR 26/20, BGHZ 229, 344 Rn. 12 ff., NJW 2021, 2273; dazu Rodi WM 2021, 1310, 1312.

spezifischen AGB-rechtlichen Konflikt adressiert, sondern lediglich die prozessuale Zulässigkeit statuiert hat. Dies ergibt sich im Ausgangspunkt bereits daraus, dass die Norm schon in der Ursprungsfassung der ZPO von 1879 (damals noch CPO) enthalten war,<sup>47</sup> wohingegen das AGB-Gesetz<sup>48</sup>, als Vorläufer der heutigen §§ 305 ff. BGB, von 1976 datiert. Auch bei der letzten Änderung durch die zweite Zwangsvollstreckungsnovelle von 1997<sup>49</sup> findet sich kein spezifisch AGB-rechtlicher Impetus.<sup>50</sup> Keinesfalls kann allein aus dem Umstand, dass bestimmte Abreden typischerweise formularmäßig getroffen werden, auf das Vorliegen einer qualifizierten Erlaubnisnorm geschlossen werden.<sup>51</sup>

## 2. Beweislastumkehr (§ 309 Nr. 12 BGB)

Bei der im Rahmen der Inhaltskontrolle gebotenen Prüfung »von hinten nach vorne«, also von den spezielleren Klauselverboten zu den allgemeineren Regeln gehend, ist zunächst § 309 Nr. 12 BGB anzusprechen, der eine Beweislastveränderung zum Nachteil des anderen Teils ausschließt. Die Vollstreckungsunterwerfung könnte nun deshalb eine Beweislastumkehr bewirken, weil sie dazu führt, dass der Schuldner aktiv die Vollstreckungsgegenklage nach § 795 S. 1, 767 ZPO erheben muss, um Einwendungen gegen den titulierten Anspruch zu erheben. Streng nach der *Rosenberg'schen* Normentheorie müsste in der Tat der klagende Schuldner die Beweislast tragen, da sein »Prozessbegehren ohne die Anwendung eines bestimmten Rechtssatzes keinen Erfolg haben kann«<sup>52</sup>. So hatte es der BGH zunächst auch tatsächlich entschieden,<sup>53</sup> revidierte dies jedoch auf massive Kritik aus dem Schrifttum hin zu recht wieder.<sup>54</sup> Denn wie insbesondere für die (negative) Feststellungsklage allgemein anerkannt ist, hat die rein prozessuale Rollenverteilung keinen Einfluss auf die materiell-rechtliche Beweis-

last.<sup>55</sup> Die Vollstreckungsunterwerfung verschiebt daher lediglich die nicht von § 309 Nr. 12 BGB erfasste Klagelast.<sup>56</sup>

## 3. Leitbildabweichung (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB)

Da kein weiteres besonderes Klauselverbot aus den §§ 308, 309 BGB in Betracht kommt, ist als nächstes zu prüfen, ob eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen der Abweichung von wesentlichen Grundgedanken des dispositiven Gesetzesrechts indiziert ist. So könnte den §§ 704 ff. ZPO der Grundgedanke entnommen werden, dass die Vollstreckung grundsätzlich ein vorhergehendes Erkenntnisverfahren erfordert.<sup>57</sup> Angesichts der Vielfalt an anderweitigen Vollstreckungstiteln kann dem geltenden Recht indes kein entsprechender Grundsatz entnommen werden, mag das Endurteil nach modernem Verständnis auch den Grundtypus des Vollstreckungstitels darstellen.<sup>58</sup> Vielmehr stehen die in § 794 ZPO aufgeführten Titel gleichberechtigt neben dem Endurteil, welches lediglich den regelungstechnischen Grundfall bildet.<sup>59</sup> § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist daher nicht verwirklicht.<sup>60</sup>

## 4. Generalklausel (§ 307 Abs. 1 BGB)

Eine unangemessene Benachteiligung kann sich aber auch aus der im Rahmen der Generalklausel (§ 307 Abs. 1 S. 1

47 In § 702 Nr. 2 der Civilprozeßordnung v. 30.1.1877, RGBl. 1877, S. 83; als § 794 Abs. 1 Nr. 5 erstmals in der Civilprozeßordnung v. 17.5.1898, RGBl. 1898, S. 256.

48 BGBl. I 1976, S. 3317.

49 BGBl. I 1997, S. 3039.

50 BT-Drucks. 13/341, S. 20 f.

51 So aber *Canaris* NJW 1987, 609, 611 f.; a. A. BGH 24.11.1988 – III ZR 188/87, BGHZ 106, 42, NJW 1989, 222, 223; *Niebling* Schranken der Inhaltskontrolle, 1988, S. 45; *Stoffels* AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 436.

52 *Rosenberg* Die Beweislast, 5. Aufl. 1965, 98; zur Vertiefung *Musielak* JuS 1983, 198; *Stein* JuS 2016, 896.

53 BGH 25.6.1981 – III ZR 179/79, NJW 1981, 2756.

54 BGH 3.4.2001 – XI ZR 120/00, BGHZ 147, 203, NJW 2001, 2096; *MüKoZPO/Wolfsteiner* 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 142 m. w. N.

55 *Adolphsen* Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2019, § 23 Rn. 69.

56 *MüKoZPO/Wolfsteiner* 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 137, 142.

57 So *Stürmer* JZ 1977, 431, 432; »Rechtsstreit vor Vollstreckung«; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Hau* 7. Aufl. 2020, Rn. Z 35 f.

58 Aus deutscher Sicht etablierte sich das Rechtsinstitut der vollstreckbaren Urkunde erst im Laufe des 19. Jahrhunderts, wobei insofern zwischen den einzelnen Partikularrechten der »Bundesländer« noch gewisse Unterschiede verblieben, insbesondere waren notarielle Urkunden unter dem Einfluss des französischen Rechts teilweise von Gesetzes wegen vollstreckbar, also ohne gesonderte Unterwerfungserklärung, näher dazu *Wolfsteiner* Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl. 2019, § 2. Geht man hingegen noch weiter zurück, könnte man die Vollstreckungsunterwerfung gar als Urfall des Vollstreckungstitels ansehen, beruhte im antiken römischen Recht die Bindung der Parteien an den Urteilsspruch doch noch auf einer – freilich fingierten – (quasi-)vertraglichen Unterwerfungsabrede (*litis contestatio* [Streitbefestigung]), vgl. *Kaser/Knütel/Lohsse* Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2022, § 7 Rn. 19 ff.; *Savigny* System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 6, 1847, S. 31 ff.

59 BGH 18.12.1986 – IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274, NJW 1987, 904, 906; BGH 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rn. 27, NJW 2010, 2041; *Dietlein* JZ 637, 638; *Eickmann* ZIP 1989, 137, 141.

60 BGH 18.12.1986 – IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274, NJW 1987, 904, 906; BGH 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rn. 27, NJW 2010, 2041; *Dietlein* JZ 637, 638; *Eickmann* ZIP 1989, 137, 141; zweifelnd *Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs/Zimmermann* 13. Aufl. 2022, »Darlehensverträge« Rn. 26.

BGB) erforderlichen umfassenden Interessenabwägung ergeben.<sup>61</sup> Nach der üblichen Formulierung der Rechtsprechung ist eine Klausel dann unangemessen, wenn der Verwender durch sie missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zugestehen.<sup>62</sup> Wie bereits behandelt, verschiebt die Vollstreckungsunterwerfung zwar nicht die Beweis-, wohl aber die Klagelast. Statt des Verwenders muss nunmehr der andere Teil zur Wahrung seiner Rechte eine Klage erheben, samt der damit einhergehenden Nachteile, wie etwa der Erforderlichkeit eines Kostenvorschusses (§ 12 Abs. 1 S. 1 GKG).<sup>63</sup> Auch setzt die vorläufige Einstellung der Vollstreckung nach §§ 795 S. 1, 769 ZPO grundsätzlich, wenngleich nicht zwingend (§ 769 Abs. 1 S. 2 ZPO), eine Sicherheitsleistung des Schuldners voraus, während bei einer Titulierung durch Endurteil grundsätzlich der Gläubiger diese nach § 709 ZPO zu erbringen hätte.

Gerade im Kreditsicherungsrecht besteht jedoch ein ganz erhebliches, berechtigtes Interesse des Darlehensgebers, eine beschleunigte Vollstreckung zu ermöglichen. Denn hier indizieren Zahlungseinstellungen eine Vermögensverschlechterung des Darlehensnehmers, was angesichts der strukturellen Vorleistungspflicht des Darlehensgebers ein signifikantes Risiko des zumindest teilweisen Ausfalls mit dem Rückzahlungsanspruch (§ 488 Abs. 1 S. 2 BGB) begründet und daher eine zügige Vollstreckung erfordert.<sup>64</sup> Zwar gewährt die Grundsuld insofern eine gewisse dingliche Absicherung, doch bezieht sich die Vollstreckungsunterwerfung auch auf die persönliche Haftung des Schuldners.<sup>65</sup> Die Interessen des Schuldners sind hinreichend dadurch gewahrt, dass ihm bei – ausnahmsweise – bestehenden Einwänden gegen die titulierte Forderung die Möglichkeit der Vollstreckungsgegenklage samt vorläufiger Einstellung der Zwangsvollstreckung offensteht (§§ 795 S. 1, 767, 769 ZPO).<sup>66</sup> Ferner erfolgte die Unterwerfung zumin-

dest auch im (Kosten-)Interesse des Schuldners<sup>67</sup> und bei missbräuchlicher Ausnutzung des Vollstreckungstitels kommt eine Schadensersatzhaftung, etwa nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB,<sup>68</sup> in Betracht.<sup>69</sup>

In vergleichsweise jüngerer Zeit ist allerdings von einem ehemaligen Vorsitzenden des XI. Zivilsenats des BGH eingewandt worden, dieser Interessenabwägung sei die Grundlage entzogen, weil sich in den letzten Jahren herausgestellt habe, dass die Kreditwirtschaft von der freien Abtretbarkeit der Darlehensforderung<sup>70</sup> samt Grundsuld in nennenswertem Umfang Gebrauch mache und diese an nicht der Bankenaufsicht unterliegende Finanzinvestoren verkaufe.<sup>71</sup> Denn Finanzinvestoren seien – im Gegensatz zur kreditgebenden Bank – nicht an einer langfristigen Kundenbeziehung interessiert, sondern an einer möglichst kurzfristigen Forderungsrealisierung, die sie dank der Unterwerfungserklärung durch – auch unberechtigte – Androhung der Zwangsvollstreckung mit Nachdruck verfolgen könnten. Hierdurch verschlechtere sich die Position des Schuldners erheblich, weshalb die Zwangsvollstreckungsunterwerfung bei freier Abtretbarkeit unwirksam sei. Dem ist der XI. Zivilsenat im Hinblick auf das berechtigte Interesse der Banken an freier Abtretbarkeit<sup>72</sup> bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Einklang mit der h.L. aber zu Recht nicht gefolgt.<sup>73</sup> So geht bereits § 799a ZPO angesichts der für diesen Fall statuierten Schadensersatzhaftung von der prinzipiellen Wirksamkeit entsprechender Zwangsvollstreckungsunterwerfungen aus<sup>74</sup> und dürfte hierbei nicht bloß den (Ausnahme-) Fall einer Individualvereinbarung vor Augen gehabt haben.<sup>75</sup> Der XI. Zivilsenat hat die Zessionsproblematik aller-

61 Stoffels AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 468.

62 Siehe etwa BGH 28.1.2010 – Xa ZR 37/09, NJW 2010, 2046 Rn. 13.

63 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Hau 7. Aufl. 2020, Rn. Z 35.

64 BGH 18.12.1986 – IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274, NJW 1987, 904, 906; BGH 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rn. 27, NJW 2010, 2041; BeckOGK-BGB/Quantz [1.12.2021] § 307 Sicherungsklausel Rn. 43; Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs/Zimmermann 13. Aufl. 2022, »Darlehensverträge« Rn. 26; a. A. Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Hau 7. Aufl. 2020, Rn. Z 35.

65 Näher dazu sub D.

66 BGH 18.12.1986 – IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274, NJW 1987, 904, 906; BGH 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rn. 27, NJW 2010, 2041; Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs/Zimmermann 13. Aufl. 2022, »Darlehensverträge« Rn. 26.

67 S. o. sub A.

68 OLG Düsseldorf 8.4.2008 – 24 U 186/06, BeckRS 2010, 9786.

69 BGH 18.12.1986 – IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274, NJW 1987, 904, 906; BGH 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rn. 27, NJW 2010, 2041; zu den insoweit bestehenden Durchsetzungsschwierigkeiten siehe *Binder/Piekenbrock* WM 2008, 1816, 1823; *Schimansky* WM 2008, 1049, 1051.

70 Vgl. BGH 27.2.2007 – XI ZR 195/05, BGHZ 171, 180 Rn. 12 ff., NJW 2007, 2106; *Baur/Stürner* Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 58 Rn. 16 a.

71 So *Schimansky* WM 2008, 1049, 1050 f.; dem folgend LG Hamburg 9.7.2008 – 318 T 183/07, NJW 2008, 2784; *Bülow* Recht der Kreditsicherheiten, 10. Aufl. 2021, Rn. 195.

72 Etwa zur Refinanzierung, zur Verlagerung von Kreditrisiken, zur Entlastung des Eigenkapitals oder zur Auslagerung der Sicherheitenverwertung.

73 BGH 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rn. 29 ff., NJW 2010, 2041; ebenso etwa *Binder/Piekenbrock* WM 2008, 1816; *Dieckmann* WM 2010, 1254, 1255 ff.; *Stürner* JZ 2010, 774, 775 f.

74 Vgl. BT-Drucks. 16/9821, S. 19.

75 BGH 30.3.2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rn. 33, NJW 2010, 2041; vgl. auch *Habersack* NJW 2008, 3173, 3176 f.; *Langenbucher* NJW 2008, 3169, 3172.

dings durchaus gesehen, doch da sie sich nur bei tatsächlich erfolgter Abtretung stellt, nicht im Rahmen der allgemeinen Frage nach der Wirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung, sondern auf andere Art und Weise gelöst. Hierauf wird im nächsten Abschnitt gesondert einzugehen sein.<sup>76</sup>

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass Vollstreckungsunterwerfungen im Kreditsicherungsrecht im Einklang mit der h.M.<sup>77</sup> für wirksam zu erachten sind.<sup>78</sup> Anders hat der BGH allerdings für eine Vollstreckungsunterwerfung des Bestellers in einem Bauträgervertrag (§ 650u BGB) entschieden, da der Besteller hierdurch entgegen dem Leitbild des Werkvertrags (§ 641 BGB) der Gefahr einer effektiven Vorleistung ausgesetzt würde.<sup>79</sup> Zudem ist die Zahlungseinstellung in diesem Kontext nicht notwendigerweise ein Indiz für einen Vermögensverfall, sondern kann auch auf einer mangelbedingten Zurückbehaltung beruhen, die durch die Vollstreckungsunterwerfung unterlaufen werden könnte.<sup>80</sup>

## C. Erteilung der Vollstreckungsklausel

### I. Einführung

Neben dem wirksamen Titel setzt die Vollstreckung ferner die Erteilung der Vollstreckungsklausel voraus (§§ 724ff. ZPO). Hierbei handelt es sich um die amtliche Bescheinigung der Vollstreckbarkeit des Titels, die auf die Ausfertigung des Titels gesetzt wird.<sup>81</sup> Durch diesen gesonderten und zentralisierten Prüfungsschritt soll das jeweilige Vollstreckungsorgan (etwa Gerichtsvollzieher oder Vollstreckungsgericht) im Sinne der Formalisierung der Zwangsvollstreckung davon entlastet werden, die Vollstreckbarkeit des Titels eigenständig prüfen zu müssen.<sup>82</sup> Insofern ist zwischen der einfachen (§ 725 ZPO) und der qualifizierten Klausel (§§ 726ff. ZPO) zu unterscheiden. Die bei Endurteilen durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu erteilende einfache Klausel (§ 724 Abs. 2 ZPO) stellt den Regelfall

dar. Geprüft wird hier lediglich, ob der Vollstreckungstitel wirksam besteht (also beispielsweise nicht inzwischen aufgehoben wurde oder keinen vollstreckungsfähigen Inhalt aufweist) und ob er vollstreckbar i. e. S. ist, das Endurteil also Rechtskraft erlangt hat oder für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde (§ 704 ZPO).

Die qualifizierte Klausel betrifft komplexere Fragestellungen und wird daher gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 12 RPfG statt vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vom Rechtspfleger erteilt. Hängt etwa die Vollstreckung nach dem Inhalt des Titels von einer vom Gläubiger zu beweisenden Bedingung ab, ist die sog. titelergänzende Klausel nach § 726 Abs. 1 ZPO erst zu erteilen, wenn der Eintritt der Bedingung durch öffentliche Urkunden nachgewiesen oder unstrittig ist.<sup>83</sup> Erforderlich ist die qualifizierte Klausel zudem, wenn es zu einer Rechtsnachfolge gekommen ist, da gemäß § 750 Abs. 1 S. 1 ZPO die Personen, für und gegen die die Vollstreckung stattfindet, im Titel oder in der Klausel namentlich bezeichnet sein müssen. Im Falle der Rechtsnachfolge bedarf es daher einer titelumschreibenden Klausel nach § 727 Abs. 1 ZPO, die wiederum erfordert, dass die Rechtsnachfolge offenkundig ist oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird.<sup>84</sup> Diesbezüglich bestehen für Vollstreckungsunterwerfungen im Kreditsicherungsrecht, neben dem Umstand, dass für die Klauselerteilung bei vollstreckbaren Urkunden gemäß § 797 Abs. 1 Nr. 1 a) ZPO im Allgemeinen der Notar zuständig ist, einige Besonderheiten, die im Folgenden behandelt werden sollen.

### II. Einzelrechtsnachfolge auf Gläubigerseite

Wie bereits im Rahmen der Inhaltskontrolle angesprochen, wurde die Möglichkeit der Kumulation von Abtretbarkeit und Vollstreckungsunterwerfung kritisiert, führte aber letztlich nicht zur Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung.<sup>85</sup> Wird die Grundsuld an einen Dritten übertragen, kommt es insofern auf Gläubigerseite zu einer (Einzel-) Rechtsnachfolge. Will der Dritte aus der Grundsuld auf Grundlage der Unterwerfungserklärung vollstrecken, bedarf es daher einer titelumschreibenden Klausel nach § 727 Abs. 1 ZPO, sodass die Übertragung durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden muss. Um die aus der Abtretung für den Schuldner resultierenden Risiken zu verringern, hat der XI. Zivilsenat die Anforderungen an eine Titelum-schreibung im Jahr 2010 allerdings dahingehend

<sup>76</sup> Sub C. II.

<sup>77</sup> S. o. Fn. 38.

<sup>78</sup> Aus der Klausel-RL folgt nichts Abweichendes, vgl. dazu Staudinger/Rodi 2022, Anh. §§ 305–310 BGB Rn. F 172 m. w. N.; a. A. Clemente ZfIR 2021, 258 ff.; ders. ZfIR 2021, 349 ff.

<sup>79</sup> BGH 27.9.2001 – VII ZR 388/00, NJW 2002, 138; ebenso bereits BGH 22.10.1998 – VII ZR 99/97, BGHZ 139, 387, NJW 1999, 51 bei Anwendbarkeit der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV).

<sup>80</sup> BeckOGK-BGB/Quantz [1.12.2021] § 307 Sicherungsklausel Rn. 43.

<sup>81</sup> Duchstein Zwangsvollstreckungsrecht, 2020, S. 21, auch zur praktischen Handhabung.

<sup>82</sup> Musielak/Voit Grundkurs ZPO, 15. Aufl. 2020, Rn. 1135.

<sup>83</sup> Musielak/Voit Grundkurs ZPO, 15. Aufl. 2020, Rn. 1138.

<sup>84</sup> Musielak/Voit Grundkurs ZPO, 15. Aufl. 2020, Rn. 1138.

<sup>85</sup> S. o. sub B. II. 4.

verschärft, dass sich die Vollstreckungsunterwerfung in kundenfreundlichster Auslegung (§ 305c Abs. 2 BGB) nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld erstreckt, weshalb die Rechtsnachfolge einen Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag voraussetzt.<sup>86</sup> Denn ohne Eintritt in den Sicherungsvertrag ginge die treuhänderische Bindung der Grundschuld durch die Übertragung verloren, sodass sich der Schuldner nach §§ 1192 Abs. 1, 1157, 892 BGB nur in sehr eingeschränktem Umfang und auch nur auf bereits bestehende Einwendungen und Einreden berufen könnte.<sup>87</sup> Die Entscheidung bezieht sich allerdings auf eine vor dem 20. August 2008 erfolgte Grundschuldübertragung, auf die der durch das Risikobegrenzungsgesetz<sup>88</sup> eingeführte § 1192 Abs. 1a BGB noch keine Anwendung fand (Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB). Diese Neuregelung erhält dem Schuldner die Einreden aus dem Sicherungsvertrag ohne Möglichkeit eines »redlichen Wegerwerbs«.<sup>89</sup> Für die Zukunft ist daher unklar, ob der XI. Zivilsenat am Erfordernis des Eintritts in den Sicherungsvertrag festhalten wird. Richtigerweise dürfte die Aufrechterhaltung der treuhänderischen Bindung durch § 1192 Abs. 1a BGB aber nunmehr hinreichend gewährleistet sein.<sup>90</sup> Dem könnte zwar entgegengehalten werden, dass § 1192 Abs. 1a BGB lediglich Einreden betrifft, wohingegen der Sicherungsvertrag auch eigenständige Ansprüche gegen den (neuen) Sicherungsnehmer begründet, insbesondere auf Rückgewähr der Grundschuld nach vollständigem Entfall des Sicherungszwecks.<sup>91</sup> Ein entsprechender Rückgewähr- bzw. Verzichtsanspruch lässt sich allerdings auch über §§ 1192 Abs. 1, 1169 BGB begründen.<sup>92</sup> Zudem verlangt die Rechtsprechung nicht zwingend eine vollständige Äquivalenz,<sup>93</sup> sondern lediglich eine treuhänderische Bindung.<sup>94</sup>

Interessant ist daneben aber auch die verfahrensrechtliche Seite der Entscheidung. Der XI. Zivilsenat hat obiter dictum angeführt, dass die Prüfung der Voraussetzung des Eintritts in den Sicherungsvertrag im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens nach §§ 795 S. 1, 727 Abs. 1 ZPO zu er-

folgen habe.<sup>95</sup> Daher hätte der Zessionar den Eintritt mit öffentlichen Urkunden nachweisen müssen, was die Praxis vor große Probleme gestellt hat, da der Eintritt zwar regelmäßig durchaus erfolgt war, aber nur in privatschriftlicher Form.<sup>96</sup> Kaum ein Jahr später hat der für das Zwangsvollstreckungsrecht zuständige VII. Zivilsenat dem jedoch zu Recht und unter Billigung des für das Grundstücksrecht zuständigen V. Zivilsenats widersprochen.<sup>97</sup> § 727 Abs. 1 ZPO betrifft hierbei allein die Frage der Rechtsnachfolge, sodass der Eintritt allenfalls als zusätzliche Vollstreckungsbedingung zu klassifizieren ist und § 726 Abs. 1 ZPO und § 727 Abs. 1 ZPO daher kumuliert anzuwenden sind.<sup>98</sup> Allerdings ist auch im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens der Grundsatz der Formalisierung der Zwangsvollstreckung zu beachten, weshalb das Klauselerteilungsorgan nur solche Vollstreckungsbedingungen zu berücksichtigen hat, die sich klar aus dem Titel ergeben.<sup>99</sup> Maßgeblich ist insofern insbesondere der Wortlaut des Titels sowie sich deutlich aus dem Titel ergebende Interessen der Parteien.<sup>100</sup> Verwehrt ist dem Klauselerteilungsorgan hingegen eine allgemeine materiell-rechtliche Auslegung nach §§ 133, 157 BGB, weshalb die erst aus einer interessengeleiteten Auslegung unter Berücksichtigung von § 305c Abs. 2 BGB ermittelte Voraussetzung des Eintritts in den Sicherungsvertrag nicht im Klauselerteilungsverfahren und in der Konsequenz auch nicht im Rahmen der Klauselerinnerung nach § 732 ZPO zu prüfen ist.<sup>101</sup> Der Schuldner ist insofern auf die ein ordentliches Erkenntnisverfahren ermöglichende Titelgegenklage nach § 768 ZPO verwiesen.<sup>102</sup> Richtigerweise ist § 768 ZPO aber nicht unmittelbar, sondern analog heranzuziehen, da es nicht um das Bestreiten des »bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommenen Eintritt[s] der Voraussetzung für die Erteilung der Vollstreckungsklausel« geht, sondern (zunächst) um die Frage, ob eine solche Voraussetzung dem Titel überhaupt (implizit) entnommen werden kann.<sup>103</sup> In diesem Verfahren wird künftig auch zu

<sup>86</sup> BGH 30. 3. 2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rn. 24, 34 ff., NJW 2010, 2041.

<sup>87</sup> BGH 30. 3. 2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rn. 36, NJW 2010, 2041.

<sup>88</sup> BGBI. I 2008, S. 1666.

<sup>89</sup> MüKoBGB/Lieder 8. Aufl. 2020, § 1192 Rn. 11.

<sup>90</sup> Ebenso etwa Hinrichs/Jaeger NJW 2010, 2017, 2018; Volmer MittBayNot 2010, 383, 383 f.; a. A. Hoffmann ZBB 2014, 307, 313 f.

<sup>91</sup> Hoffmann ZBB 2014, 307, 313 f.

<sup>92</sup> Bolkart DNotZ 2010, 483, 492; Volmer MittBayNot 2010, 383, 384.

<sup>93</sup> Vgl. etwa BGH 11. 5. 2012 – V ZR 237/11, NJW 2012, 2354 Rn. 18 ff. zur Unbeachtlichkeit einer Zurückweisung nach § 333 BGB durch den Titelschuldner sowie BGH 6. 7. 2018 – V ZR 115/17, NJW 2019, 438 zur Zulässigkeit der Vollstreckung des Altgläubigers kraft Einzugsermächtigung.

<sup>94</sup> BGH 30. 3. 2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rn. 34, NJW 2010, 2041.

<sup>95</sup> BGH 30. 3. 2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rn. 39, NJW 2010, 2041.

<sup>96</sup> Kessler ZIP 2011, 1442.

<sup>97</sup> BGH 29. 6. 2011 – VII ZB 89/10, BGHZ 190, 172, NJW 2011, 2803; dem folgend BGH 14. 6. 2013 – V ZR 148/12, ZBB 2014, 324 Rn. 13.

<sup>98</sup> BGH 29. 6. 2011 – VII ZB 89/10, BGHZ 190, 172 Rn. 16 ff., NJW 2011, 2803; Stürner JZ 2010, 774, 776.

<sup>99</sup> BGH 29. 6. 2011 – VII ZB 89/10, BGHZ 190, 172 Rn. 19 ff., NJW 2011, 2803, Binder ZBB 2012, 21, 29.

<sup>100</sup> BGH 29. 6. 2011 – VII ZB 89/10, BGHZ 190, 172 Rn. 23, NJW 2011, 2803.

<sup>101</sup> BGH 29. 6. 2011 – VII ZB 89/10, BGHZ 190, 172 Rn. 28, NJW 2011, 2803.

<sup>102</sup> BGH 29. 6. 2011 – VII ZB 89/10, BGHZ 190, 172 Rn. 27, NJW 2011, 2803.

<sup>103</sup> Piekenbrock LMK 2011, 323694; BGH 29. 6. 2011 – VII ZB 89/10, BGHZ 190, 172 Rn. 27, NJW 2011, 2803 spricht von »jedenfalls« entsprechender Anwendung, in späteren Entscheidungen wird hingegen schlicht generisch auf § 768 ZPO verwiesen.

klären sein, ob an der Voraussetzung des Eintritts in den Sicherungsvertrag trotz § 1192 Abs. 1a BGB festzuhalten ist.

### III. Nachweisverzichtsklauseln

Eine weitere Besonderheit im Rahmen der Klauselerteilung stellen die in der Praxis sehr verbreiteten sog. Nachweisverzichtsklauseln dar. Diese sehen vor, dass der Notar als Klauselerteilungsorgan (§ 797 Abs. 1 Nr. 1 a ZPO) die vollstreckbare Ausfertigung ohne Fälligkeitnachweis zu erteilen hat, um den Grundschuldgläubiger davon zu entlasten, die nach § 1193 Abs. 1 BGB erforderliche Kündigung nach § 726 Abs. 1 ZPO nachzuweisen.<sup>104</sup> Dies gilt es allerdings zu konkretisieren. Nach zutreffender, wenngleich nicht unbestrittener Auffassung ist der Anspruch, über den die vollstreckbare Urkunde i. S. v. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO errichtet wurde, nämlich nicht der materiell-rechtliche Duldungsanspruch aus § 1147 BGB, sondern ein hiervon unabhängiger prozessualer Anspruch.<sup>105</sup> Denn die vollstreckbare Urkunde ist das Pendant zum Endurteil und auch dieses tituliert nicht einen konkreten materiell-rechtlichen Anspruch, sondern lediglich ein vor dem Hintergrund des materiellen Rechts erlassenes Handlungsgebot (bei Leistungsurteilen).<sup>106</sup> Dem entspricht die herrschende prozessuale Rechtskrafttheorie, die dem Urteil eine Einwirkung auf das materielle Recht abspricht.<sup>107</sup> Der in der vollstreckbaren Urkunde verkörperte prozessuale Anspruch beschreibt lediglich die Voraussetzungen und Grenzen, innerhalb derer sich der Schuldner der Zwangsvollstreckung unterworfen hat und kann insofern hinter dem materiellen Recht zurückbleiben (sachlich/zeitlich eingeschränkte Reichweite/zusätzliche Voraussetzungen) oder auch darüber hinausgehen (Irrelevanz bestimmter materiell-rechtlicher Voraussetzungen).<sup>108</sup> Im Allgemeinen wird allerdings davon auszugehen sein, dass sich die Ausgestaltung des prozessualen Anspruchs am materiellen Recht orientiert und daher mangels abweichender Indi-

zien ein Gleichlauf besteht,<sup>109</sup> der nach dem Vorstehenden aber keineswegs zwingend, sondern eine Frage der Auslegung der Unterwerfungserklärung ist. Der »Nachweisverzicht« ist daher genau genommen kein Verzicht auf die Nachweisbedürftigkeit des materiell-rechtlichen Kündigungserfordernisses, sondern stellt vielmehr klar, dass die materiell-rechtliche Fälligkeit nicht auch zur Voraussetzung des prozessualen Anspruchs erhoben wird und insofern eine Abweichung von der angeführten Auslegungsregel gewollt ist.<sup>110</sup> Mangels bestehender Vollstreckungsbedingung ist dann statt einer qualifizierten lediglich eine einfache Vollstreckungsklausel erforderlich.<sup>111</sup>

Da sogar das materiell-rechtliche Kündigungserfordernis disponibel ist (§ 1193 Abs. 2 S. 1 BGB), bestanden gegen die prinzipiell weniger weitreichenden prozessualen Nachweisverzichtsklauseln in der Vergangenheit keinen durchgreifenden AGB-rechtlichen Bedenken.<sup>112</sup> Durch das Risikobegrenzungs-gesetz<sup>113</sup> von 2008 hat sich diese Ausgangslage aber grundlegend verändert, da das Kündigungserfordernis für Grundschulden, die eine Geldforderung sichern,<sup>114</sup> nach § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB nunmehr zwingendes Recht (*ius cogens*) darstellt. Vor diesem Hintergrund sehen sich Nachweisverzichtsklauseln in der Literatur verbreiteter Kritik ausgesetzt und wurden auch bereits von einzelnen Instanzgerichten für unwirksam erklärt.<sup>115</sup> Die h.M. hält entsprechende Klauseln hingegen weiterhin für wirksam.<sup>116</sup> Eine abschließende Stellungnahme des BGH steht bislang aus, doch hat sich der VII. Zivilsenat im Jahr 2020 bereits aus verfahrensrechtlicher Sicht mit der Thematik befasst und im Rahmen einer Klauselerinnerung (§ 732 ZPO) zu Recht entschieden, dass die Wirksamkeit von Nachweisverzichtsklauseln als komplexe materiell-rechtliche Frage nicht im

<sup>104</sup> Musielak/Voit/Lackmann 18. Aufl. 2021, § 726 ZPO Rn. 5; zu Formulierungsbeispielen siehe Cranshaw DZWIR 2021, 8, 11. Im Klageverfahren stellen sich grundsätzlich keine vergleichbaren Probleme, da die Fälligkeit dort bereits durch das Gericht geprüft wird.

<sup>105</sup> MüKoZPO/Wolfsteiner 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 168ff.; Piekenbrock ZJP 125 (2012), 171, 184f.; Roth JZ 2021, 133, 135; Stein/Jonas/Münzberg 22. Aufl. 2002, § 794 ZPO Rn. 5; a. A. BeckOK-ZPO/Hoffmann 43. Ed. 2021, § 794 Rn. 40; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 13 Rn. 51f.

<sup>106</sup> MüKoZPO/Wolfsteiner 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 168.

<sup>107</sup> MüKoZPO/Gottwald 6. Aufl. 2020, § 322 Rn. 7ff.

<sup>108</sup> MüKoZPO/Wolfsteiner 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 170ff.

<sup>109</sup> MüKoZPO/Wolfsteiner 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 210; tendenziell wohl auch BGH 7.10.2020 – VII ZB 56/18, BGHZ 227, 154 Rn. 15, NJW 2020, 3600.

<sup>110</sup> MüKoZPO/Wolfsteiner 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 170; Piekenbrock ZJP 125 (2012), 171, 184f.; Roth JZ 2021, 133, 135.

<sup>111</sup> BGH 7.10.2020 – VII ZB 56/18, BGHZ 227, 154 Rn. 17, NJW 2020, 3600.

<sup>112</sup> Siehe nur BGH 22.7.2008 – XI ZR 389/07, BGHZ 177, 345 Rn. 33, NJW 2008, 3208.

<sup>113</sup> BGBI. I 2008, S. 1666.

<sup>114</sup> Insofern erfasst die Regelung nicht sämtliche Sicherungsgrundschulden i. S. v. § 1192 Abs. 1 a S. 1 BGB.

<sup>115</sup> Vgl. etwa LG Düsseldorf 23.5.2019 – 25 T 284/19, BKR 2020, 300; LG Münster 10.12.2018 – 5 T 557/18, MittBayNot 2020, 194; LG Trier 26.1.2018 – 5 T 5/18, ZfIR 2018, 359; Knops NJW 2015, 3121, 3124f.; Sommer RNotZ 2009, 578, 584f.; Zimmer NotBZ 2008, 386, 389f.

<sup>116</sup> Siehe nur OLG München 23.6.2016 – 34 Wx 189/16, DNotZ 2017, 371, 374; BeckOGK-BGB/R. Rebhan [1.2.2022] § 1193 Rn. 16ff.; Freckmann BKR 2020, 301, 302; Koch ZBB 2008, 232, 236; Müller RNotZ 2010, 167, 179; MüKoBGB/Lieder 8. Aufl. 2020, § 1193 Rn. 10.

Klauselerteilungsverfahren zu prüfen ist.<sup>117</sup> Dies entspricht der bereits behandelten Handhabung hinsichtlich der ungeschriebenen Voraussetzung des Eintritts in den Sicherungsvertrag im Falle der Abtretung.<sup>118</sup> Der VII. Zivilsenat hat hierbei zudem explizit betont, dass eine Abweichung von diesen allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen auch im Hinblick auf den seitens des Gesetzgebers mit der Einführung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB verfolgten Schutz des Titelschuldners nicht geboten ist, da dieser mit der Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) das Fehlen der materiellrechtlichen Voraussetzungen des titulierten (Duldungs-) Anspruchs sowie mit der prozessualen Gestaltungs- analog § 767 ZPO (Titelgegenklage) die Unwirksamkeit des Nachweisverzichts geltend machen könne.<sup>119</sup> Richtigerweise dürfte für die isolierte Geltendmachung der Unwirksamkeit des Nachweisverzichts allerdings – wie beim Erfordernis des Eintritts in den Sicherungsvertrag – die Klauselgegenklage analog § 768 ZPO einschlägig sein, da die AGB-Widrigkeit des Nachweisverzichts nach § 306 Abs. 1 BGB lediglich diesen entfallen lässt, die Unterwerfungserklärung als solche aber nicht berührt.<sup>120</sup>

Was die Frage der Wirksamkeit der Nachweisverzichtsklauseln anbelangt, ist zunächst zu konstatieren, dass für den Titelschuldner durch deren Unwirksamkeit mangels Prüfung im Klauselerteilungsverfahren zunächst konkret nichts gewonnen wäre, müsste er doch in jedem Fall aktiv gegen die Vollstreckung vorgehen. Perspektivisch würde die Beurteilung des Nachweisverzichts als unwirksam aber natürlich durchaus für die Rechtsstellung zukünftiger Titelschuldner von Bedeutung sein, da die entsprechenden Klauseln dann nicht mehr verwendet bzw. beurkundet (§ 14 Abs. 2 BNotO) würden und widrigenfalls ein Verbandsklageverfahren durch Verbraucherschutzverbände in Betracht käme (§ 1 UKlaG). Entscheidend für eine fortbestehende Zulässigkeit von Nachweisverzichtsklauseln spricht aber die bereits behandelte Differenzierung zwischen materiellrechtlichem und prozessualen Anspruch. Dem Gesetzgeber des Risikobegrenzungsgesetzes ging es ausweislich der Gesetzesmaterialien nur um eine Verschärfung der materiellrechtlichen Fälligkeitsvoraussetzungen, nicht hingegen um eine Einschränkung der prozessualen Dispositionsbefugnis. Vielmehr wurde im Falle der unberechtigten Vollstreckung

die Verteidigung mittels Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) mitsamt der erweiterten Möglichkeit, die Vollstreckung auch ohne Sicherheitsleistung vorläufig einstellen zu lassen (§ 769 Abs. 1 S. 2 ZPO), für hinreichend erachtet.<sup>121</sup> Da der »Nachweisverzicht« lediglich den prozessualen Anspruch originär ausgestaltet, fehlt es zudem an der für eine Eröffnung der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB erforderlichen Abweichung von Rechtsvorschriften.<sup>122</sup>

Ob der BGH dies auch so sehen wird, ist allerdings offen. Erwähnenswert erscheint insofern, dass der für das Grundstücksrecht zuständige V. Zivilsenat das seitens des Gesetzgebers mit § 1193 BGB verfolgte Schutzkonzept sehr extensiv versteht und dieses im Jahr 2017 etwa auf die vom Wortlaut gerade nicht erfassten Grundschuldzinsen<sup>123</sup> (»Das Kapital der Grundschuld«) und sogar auf ein mit der Grundschuldbestellung verbundenes abstraktes Schuldversprechen (§ 780 BGB)<sup>124</sup> ausgedehnt hat.<sup>125</sup> Diese Entscheidung wurde in der jüngeren Instanzrechtsprechung vielfach für die Unwirksamkeit von Nachweisverzichtsklauseln angeführt,<sup>126</sup> da sie die Möglichkeit vollstreckungsrechtlicher Rechtsbehelfe gegen die drohende Zwangsversteigerung (konkret § 30a ZVG) im Hinblick auf aus der Beschlagnahme samt Zwangsversteigerungsvermerk (§§ 19, 20 ZVG) resultierende Nachteile (z. B. Offenbarung der Zwangslage) für nicht hinreichend erachtet hat,<sup>127</sup> was sich auch gegen den Nachweisverzicht anführen ließe. Allerdings hat der V. Zivilsenat in der besagten Entscheidung die Verwertungsreife der Grundschuld als vom Vollstreckungsorgan (konkret dem Vollstreckungsgericht bei Anordnung der Zwangsversteigerung, § 15 ZVG) zu prüfende Vollstreckungsvoraussetzung (§§ 750 ff. ZPO) charakterisiert,<sup>128</sup> obwohl die Kündigung nach § 1193 BGB eigentlich ein materiellrechtliches Erfordernis darstellt. Sollte das Vollstreckungsorgan die Kündigung tatsächlich von Amts wegen zu prüfen haben – was bislang nicht abschließend gesichert

<sup>117</sup> BGH 7.10.2020 – VII ZB 56/18, BGHZ 227, 154 Rn. 16 ff., NJW 2020, 3600; ebenso *Gössl* BKR 2021, 158, 161; *Reymann* DNotZ 2021, 697.

<sup>118</sup> S. o. sub C. II.

<sup>119</sup> BGH 7.10.2020 – VII ZB 56/18, BGHZ 227, 154 Rn. 22 ff., NJW 2020, 3600.

<sup>120</sup> Näher dazu *Staudinger/Rodi* 2022, Anh. §§ 305–310 BGB Rn. F 175 a, auch zur Frage einer abweichenden Beweislast im Rahmen der Klauselgegenklage.

<sup>121</sup> BT-Drucks. 16/9821, S. 17 f.; vgl. auch *Freckmann* BKR 2020, 301, 302; *MüKoBGB/Lieder* 8. Aufl. 2020, § 1193 Rn. 10; *Reymann* FS Martinek (2020), S. 653, 663; *Schmieszek* WM 2014, 1804, 1805 ff.

<sup>122</sup> *Piekenbrock* ZJP 125 (2012), 171, 185; anders könnte man dies freilich sehen, wenn man § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB mit der Gegenauffassung eine Fernwirkung auch für prozessuale Erklärungen entnehmen wollte.

<sup>123</sup> Diese erhöhen nach § 1191 Abs. 2 BGB den Umfang der Grundschuld, näher dazu *Wieling/Finkenauer* Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 33 Rn. 2.

<sup>124</sup> Dazu sub D.

<sup>125</sup> BGH 30.3.2017 – V ZB 84/16, NJW 2017, 2469 Rn. 15 ff., 31, dies allerdings mit hier nicht näher zu vertiefenden, mehr technischen Anpassungen.

<sup>126</sup> S. o. Fn. 112.

<sup>127</sup> BGH 30.3.2017 – V ZB 84/16, NJW 2017, 2469 Rn. 21.

<sup>128</sup> BGH 30.3.2017 – V ZB 84/16, NJW 2017, 2469 Rn. 8; siehe auch *Schmidt-Räntsch* ZNotP 2017, 314, 319, die damals Mitglied des V. Zivilsenats war.

ist –, wäre eine durch die Nachweisverzichtsklausel ermöglichte Erteilung der Vollstreckungsklausel ohne Fälligkeitsprüfung für den Schuldner angesichts der nachgelagerten Prüfung durch das Vollstreckungsorgan letztlich belanglos und könnte daher für die Wirksamkeit – aber in gewisser Weise auch Nutzlosigkeit – von Nachweisverzichtsklauseln sprechen.<sup>129</sup>

In der bereits angesprochenen, zeitlich nachfolgenden Entscheidung des VII. Zivilsenats zur Nichtprüfung der Wirksamkeit des Nachweisverzichts im Klauselerteilungsverfahren hat dieser allerdings jeweils den diametral entgegengesetzten Standpunkt eingenommen und einerseits das Kündigungserfordernis als Vollstreckungsbedingung i. S. v. § 726 Abs. 1 ZPO klassifiziert sowie andererseits den Schuldner trotz der drohenden Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks und in bewusstem Gegensatz zum V. Zivilsenat auf die vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe verwiesen.<sup>130</sup> Ob der V. Zivilsenat an seiner gegensätzlichen Grundtendenz festhalten wird, bleibt abzuwarten.

## D. Abstraktes Schuldversprechen

Abschließend sei noch kurz das in der Praxis regelmäßig zusätzlich erteilte abstrakte Schuldversprechen (§ 780 BGB) erwähnt,<sup>131</sup> auf das sich die Vollstreckungsunterwerfung zu meist ebenfalls erstreckt.<sup>132</sup> Mittels des abstrakten Schuldversprechens begründet der Darlehensschuldner eine neben die Verpflichtung aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB tretende eigenständige Zahlungspflicht in Höhe des ursprünglichen Darlehensbetrags.<sup>133</sup> Ob ein abstraktes Schuldversprechen i. S. v. § 780 BGB oder ein Schuldanerkenntnis i. S. v. § 781 BGB vorliegt, ist lediglich eine Frage der Formulierung und rechtlich letztlich bedeutungslos.<sup>134</sup> Wie die dingliche Verfügung ist die Verpflichtung aus dem Schuldversprechen insofern abstrakt, als die entsprechende Forderung auch dann wirksam besteht, wenn das zugrundeliegende (kausa-

le) Rechtsgeschäft (der Darlehensvertrag bzw. eine entsprechende Sicherungsabrede) seinerseits unwirksam ist.<sup>135</sup> Und wie bei der Verfügung ist die Erteilung des Schuldversprechens bei fehlender *causa* kondizierbar, was § 812 Abs. 2 BGB sogar explizit hervorhebt.<sup>136</sup>

AGB-rechtlich ist die formularmäßige Erteilung eines zusätzlichen abstrakten Schuldversprechens des persönlichen Schuldners nach zutreffender h. M. nicht zu beanstanden.<sup>137</sup> Zwar haftet der Schuldner für das abstrakte Schuldversprechen im Gegensatz zur Grundschuld mit seinem gesamten Vermögen, doch begründet das Schuldversprechen lediglich einen weiteren Schuldgrund für die ohnehin bestehende, ebenfalls eine persönliche Haftung mit dem gesamten Vermögen begründende Darlehensrückzahlungsverpflichtung aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB.<sup>138</sup> Dementsprechend scheidet auch eine kumulative Geltendmachung der Haftung aus.<sup>139</sup> Teilweise wird das abstrakte Schuldversprechen aber als Verstoß gegen § 309 Nr. 12 BGB gewertet, da der Schuldner beim Nicht(mehr)bestehen des gesicherten Darlehensrückzahlungsanspruchs auf die Kondition des Schuldversprechens verwiesen ist und als Anspruchsteller nunmehr die Beweislast für das Fehlen des rechtlichen Grundes trägt.<sup>140</sup> Allerdings findet § 309 Nr. 12 BGB auf die Nutzung materiell-rechtlich vorgesehener Rechtsinstitute, die lediglich mittelbar zu einer abweichenden Beweislast führen, richtigerweise keine Anwendung.<sup>141</sup>

Wie bereits erwähnt, hat der V. Zivilsenat die zwingenden Kündigungsvoraussetzungen in §§ 1193 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 BGB obiter dictum auch auf das abstrakte Schuldversprechen ausgedehnt, um zu verhindern, dass sie durch eine diesbezügliche Vollstreckung unterlaufen werden.<sup>142</sup> Diese nur spärlich begründete Annahme vermag indes nicht zu überzeugen, da der Vorschlag der Koalitionsfraktionen, die »Doppelsicherung durch Grundschuld und parallele Unterwerfung unter die sofortige

<sup>129</sup> Näher dazu *Reymann FS Martinek* (2020), S. 653, 669 ff.; *ders.* DNotZ 2021, 697, 700 f.

<sup>130</sup> BGH 7.10.2020 – VII ZB 56/18, BGHZ 227, 154 Rn. 14 f., 22 ff., 25 f., NJW 2020, 3600.

<sup>131</sup> Zur Vertiefung *Schreiber JURA* 2014, 28.

<sup>132</sup> Weshalb der Gesetzgeber mit § 799a S. 2 ZPO sogar eine diesbezügliche Spezialregelung geschaffen hat, BT-Drucks. 16/9821, S. 18.

<sup>133</sup> Nach v. *Rintelen RNotZ* 2001, 3, 24 beruht dies insbesondere darauf, dass der darlehensvertragliche Rückzahlungsanspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB für eine Vollstreckungsunterwerfung nicht hinreichend bestimmt sei, da unklar sei, in welcher Höhe das Darlehen zum Zeitpunkt der zwangsweisen Rückforderung noch valutiere, also ausgezahlt, aber noch nicht zurückgezahlt sei.

<sup>134</sup> *Schreiber JURA* 2014, 28, 29.

<sup>135</sup> MüKoBGB/*Habersack* 8. Aufl. 2020, § 780 Rn. 2.

<sup>136</sup> MüKoBGB/*Habersack* 8. Aufl. 2020, § 780 Rn. 2.

<sup>137</sup> BGH 18.12.1986 – IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274, 282 ff., NJW 1987, 904; BGH 6.7.2018 – V ZR 115/17, NJW 2019, 438 Rn. 11; MüKoBGB/*Habersack* 8. Aufl. 2020, § 780 Rn. 32.

<sup>138</sup> Unwirksam ist demgegenüber die zusätzliche Erteilung eines abstrakten Schuldversprechens durch einen dritten Sicherungsgeber, da hiermit dessen Haftung mit seinem gesamten Vermögen erst eröffnet würde, BGH 5.3.1991 – XI ZR 75/90, BGHZ 114, 9, 13 ff., NJW 1991, 1677; näher dazu *Staudinger/Rodi* 2022, Anh. §§ 305–310 BGB Rn. F 171.

<sup>139</sup> BGH 3.12.1987 – III ZR 261/86, MittBayNot 1988, 74.

<sup>140</sup> *Bülow* Recht der Kreditsicherheiten, 10. Aufl. 2021, Rn. 195; *Stürner* JZ 1977, 431, 431 f.

<sup>141</sup> MüKoBGB/*Habersack* 8. Aufl. 2020, § 780 Rn. 23; MüKoBGB/*Wurmnest* 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 12 Rn. 8.

<sup>142</sup> S. o. sub C. III.

Zwangsvollstreckung (Schuldanerkenntnis sowie deren Abtretbarkeit)« auszuschließen,<sup>143</sup> vom Gesetzgeber inhaltlich nicht aufgegriffen wurde, der eine spezifische Regelung für das Schuldversprechen lediglich in § 799a S. 2 ZPO statuiert hat,<sup>144</sup> zumal das gerade abstrakte Schuldversprechen eine Vollstreckung in das Grundstück nur im Rang eines persönlichen Gläubigers ermöglicht (§ 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG).<sup>145</sup> Völlig unklar ist zudem, ob die Erstreckung der Wertung des § 1193 BGB auf das abstrakte Schuldversprechen auch für die Vollstreckung in das sonstige Vermögen des Schuldners gelten soll.<sup>146</sup> Zu Recht hat das OLG München die Rechtsprechung des V. Zivilsenats zumindest für den Fall der Beantragung einer Zwangssicherungshypothek (§§ 866 Abs. 1 Var. 1, 867 ZPO) nicht für einschlägig erachtet, da diese lediglich eine Vorstufe zu einer späteren Verwertung des Grundstücks darstellt.<sup>147</sup>

<sup>143</sup> BT-Drucks. 16/9821, S. 20.

<sup>144</sup> Staudinger/Wolfsteiner 2019, § 1193 BGB Rn. 10.

<sup>145</sup> Vgl. aber auch Kessler NJW 2017, 2442, 2444, der darauf verweist, der Gläubiger könne das Vollstreckungsverfahren zunächst im Hinblick auf das Schuldversprechen in Gang bringen und nach Ablauf der Kündigungsfrist dann auf den dinglichen Titel wechseln.

<sup>146</sup> Dazu Volmer MittBayNot 2017, 560, 563; vgl. aber Schmidt-Räntsch ZNotP 2017, 314, 319 – damals Mitglied des V. Zivilsenats –, die die Erstreckung auf die Fälle einer verdeckten Abbedingung der Kündigungsfrist beschränkt wissen möchte.

<sup>147</sup> OLG München 13.4.2018 – 34 Wx 381/17, NJW 2018, 2134 Rn. 35 ff.; zust. Samhat EWiR 2019, 63, 64; abl. Staudinger/Wolfsteiner 2019, § 1193 BGB Rn. 10.

## E. Zusammenfassung

1. Formularmäßige Vollstreckungsunterwerfungen im Kreditsicherungsrecht sind auch bei freier Abtretbarkeit von Darlehensforderung und Grundschuld wirksam.
2. Bei einer Einzelrechtsnachfolge auf Gläubigerseite ist die Vollstreckung von Grundschulden allerdings vom Fortbestand der treuhänderischen Bindung abhängig. Das erfordert (nur) in Altfällen, in denen § 1192 Abs. 1a BGB noch keine Anwendung findet, einen Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag. Diese Voraussetzung ist nicht im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens zu prüfen, sondern nur auf eine Klauselgegenklage analog § 768 ZPO hin.
3. Nachweisverzichtsklauseln sind richtigerweise wirksam, doch wird die weitere Rechtsprechungsentwicklung abzuwarten sein. Jedenfalls ist deren eventuelle Unwirksamkeit nicht im Klauselerteilungsverfahren zu prüfen, sondern nur im Rahmen einer Titelgegenklage analog § 767 ZPO bzw. einer Klauselgegenklage analog § 768 ZPO.
4. Abstrakte Schuldversprechen nebst Vollstreckungsunterwerfung des persönlichen Schuldners sind wirksam. Nach abzulehnender Auffassung des BGH sind aber auch insofern die Vorgaben von § 1193 BGB zu beachten.

**Danksagung:** Für viele hilfreiche Anmerkungen danke ich Frau Dr. Christina Rodi.