

# Klauselgegenklage nach Zession eines vollstreckbaren Schuldanerkenntnisses

Von Dr. Johannes Cziupka, Kim Laura Frank, Hamburg/Frankfurt am Main\*

*Eingebettet in eine aktuelle Fallkonstellation befasst sich der Beitrag mit der Rechtsprechung des BGH zu der Zwangsvollstreckung eines neuen Grundschuldgläubigers aufgrund einer notariellen Unterwerfungserklärung und ihrer Übertragbarkeit auf die Abtretung eines vollstreckbaren abstrakten Schuldanerkenntnisses. Der Fall, wie er hier zugrunde gelegt wird, könnte insbesondere Gegenstand einer anspruchsvollen Anwaltsklausur im Assessorexamen sein, ist aber in seiner rechtlichen Würdigung für Studenten wie Referendare gleichermaßen lehrreich.*

## I. Problemaufriss

Der Kläger schloss mit der A-Bank (im Folgenden: Zedentin) am 20.12.2002 einen Darlehensvertrag zum Erwerb eines Grundstücks. Mit notarieller Urkunde vom 3.2.2003 bestellte der Kläger der Zedentin in Entsprechung zu einer formularmäßigen Sicherungsabrede zur Sicherung aller „Ansprüche an Kapital, Zinsen und Nebenleistungen“ der Zedentin aus diesem Darlehensvertrag sowie etwaigen künftigen Darlehensverträgen eine Grundschuld, gab ein abstraktes Schuldanerkenntnis („persönliche Haftung“) ab und unterwarf sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in dinglicher und persönlicher Hinsicht. In der Folgezeit wurde das Darlehen notleidend, gekündigt und fällig gestellt. Die Vollstreckung in das beliebene Grundstück reichte nicht zur vollständigen Rückführung der Darlehensverbindlichkeiten aus. Am 9.5.2009 erteilte ein Notar der beklagten B-Bank, die eine öffentlich beglaubigte Erklärung über die Abtretung der Rechte aus der Urkunde vom 8.3.2005 vorgelegt hatte, eine Rechtsnachfolgeklausel nach § 727 Abs. 1 ZPO. Ein Nachweis über die Übernahme der treuhänderischen Bindungen aus der Sicherungsabrede durch die Beklagte wurde nicht vorgelegt. Anschließend betrieb die Beklagte die Vollstreckung gegen den Kläger aus dem persönlichen Titel. Der Kläger hat daraufhin Klauselgegenklage mit der Begründung erhoben, die Rechtsnachfolgeklausel habe der Notar dem Beklagten nicht erteilen dürfen, weil dieser nach der Rechtsprechung des XI. Senats des BGH den Eintritt in den Sicherungsvertrag als Voraussetzung für die Rechtsnachfolge in den Titel i.S.v. § 727 Abs. 1 ZPO habe nachweisen müssen; eine Auslegung der vorformulierten prozessualen Unterwerfungserklärung nach den Grundsätzen der kundenfreundlichsten Auslegung (§ 305c Abs. 2 BGB) ergebe nämlich, dass dieses nur ein sicherungsvertraglich gebundenes Schuldanerkenntnis betreffe. Nach Rechtshängigkeit ist die Beklagte in den Sicherungsvertrag im Wege des Schuldbeitritts eingetreten und hat eine dementsprechende öffentlich beglaubigte Schuldbeitrittserklärung vorgelegt, woraufhin der Kläger den Rechtsstreit in der Hauptsache

für erledigt erklärt hat. Rechtsanwalt R, von dem Beklagten mit der Wahrnehmung seiner Interessen betraut, fragt sich, wie er zu reagieren hat, insbesondere ob er dieser Erledigungserklärung widersprechen sollte.

## II. Rechtliche Würdigung

### 1. Prozessuale Ausgangsüberlegungen

Der Rechtsanwalt wird angesichts der prozessualen Situation – Erledigungserklärung des Klägers – zu ermitteln haben, ob es unter dem Gesichtspunkt der Prozesstaktik für seinen Mandanten sinnvoll erscheint, dieser Erledigungserklärung zuzustimmen oder ihr zu widersprechen. Im letzteren Fall – der dann einseitigen Erledigungserklärung – läge eine Klageänderung in eine Feststellungsklage vor,<sup>1</sup> die als qualitative Klagereduzierung nach § 264 Nr. 2 ZPO stets zulässig wäre, ohne dass es hierfür der Zustimmung des Mandanten nach § 269 Abs. 1 ZPO bedürfte. Die einseitige Erledigungserklärung ist ein Reaktionsinstrument, das dem Kläger an die Hand gegeben wird, um Ereignissen im Laufe des Zivilprozesses entgegen zu können, die seiner erhobenen Klage ohne seine Mitwirkung den Erfolg nehmen würde.<sup>2</sup> Stimmt der Mandant demgegenüber der Erledigungserklärung zu, führte dies zu einem Wegfall der Rechtshängigkeit der Hauptsache; zu entscheiden wäre dann im Rahmen eines Beschlusses nach § 91a ZPO über die Kosten des Rechtsstreits.<sup>3</sup> Welche Reaktionsmöglichkeit prozesstaktisch zu empfehlen ist, bemisst sich entscheidend nach den Erfolgsaussichten der Rechtsverteidigung.

### 2. Eintritt in den Sicherungsvertrag als Voraussetzung der Rechtsnachfolge in den Titel

Um die rechtliche Problematik des Falles würdigen zu können, insbesondere die Rechtsansicht des Klägers zu verstehen, die persönliche Unterwerfungserklärung beziehe sich nur auf eine sicherungsvertraglich gebundene Forderung aus dem Schuldanerkenntnis, bedarf es eines Blickes auf die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zur Zwangsvollstreckung aus titulierten Grundschulden durch den neuen Grundschuldinhaber nach einer Zession. Zwar vollstreckt im vorliegenden Fall die Beklagte nicht mehr, wie in den der Rechtsprechung des BGH zugrundeliegenden Fällen, aus einem auf sie umgeschriebenen dinglichen Titel – der dinglichen Unterwerfungserklärung – gerichtet auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück nach §§ 1191, 1192 Abs. 1, 1147 BGB, sondern aus einem persönlichen Titel in das Vermögen des Klägers, der persönlichen Unterwerfungserklärung, die hier – wie praxisüblich, aber nicht notwendig – einen Anspruch aus einem Schuldanerkenntnis tituliert (sog.

\* Der Autor Dr. Cziupka ist Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht und war wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Hannes Unberath (Bayreuth); die Autorin Frank ist Associate in der Sozietät Ashurst LLP. und Doktorandin bei Frau Prof. Dr. Marina Wellenhofer.

<sup>1</sup> Beckler-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 263 Rn. 12 m.w.N.; Lehrreich auch Knöringer, JuS 2010, 569 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Cziupka, JR 2010, 372 f.

<sup>3</sup> Bergerfurth, NJW 1992, 1655 (1657).

„Übernahme der persönlichen Haftung“<sup>4</sup>, die der gegenständlichen Erstreckung der Haftung auf das gesamte Vermögen dient). Der Kläger vertritt aber die Ansicht, die neuere einschränkende Rechtsprechung des *XI. Senats* des BGH<sup>5</sup> zur Rechtsnachfolge in titulierte Sicherungsgrundschulden sei auf die Zession titulierter abstrakter Schuldanerkenntnisse, die den Sicherungszweck der Grundschuld teilen,<sup>6</sup> entsprechend anwendbar. Wäre dies der Fall, hätte der Notar nach den aufzuzeigenden Grundsätzen dieser Entscheidung bei der Klauselerteilung prüfen müssen, ob der Beklagte den Eintritt in den Sicherungsvertrag in der Form des § 727 Abs. 1 ZPO nachgewiesen hat. Weil ein Eintritt in den Sicherungsvertrag zunächst nicht erfolgt war, wäre die Klage ursprünglich zulässig und begründet gewesen; durch den nach Rechtshängigkeit erfolgten Schuldbeitritt wäre die Klausel geheilt und die Klage unbegründet geworden.

Die vom Kläger bemühte Entscheidung betrifft im Bereich der Abtretung sicherungsvertraglich gebundener Grundschulden sog. Altfälle, in denen wie im vorliegenden Fall dem Darlehensnehmer und Sicherungsgeber noch nicht der Schutz des durch das Risikobegrenzungs-gesetz eingefügten § 1192 Abs. 1a BGB n.F. zugute kam, der dem Eigentümer erlaubt, dem neuen Grundschuldinhaber auch solche Einreden gegen die Inanspruchnahme aus der Grundschuld entgegen zu halten, deren Tatbestand vor der Zession zwar begründet, aber noch nicht verwirklicht war; den intertemporalen Anwendungsbereich dieser Regelung normiert Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB, wonach die Vorschrift Anwendung findet, sofern der Erwerb der Grundschuld nach dem 19.8.2008 stattfand. Maßgeblich ist, ob die Grundschuld erst nach dem 19.8.2008 bestellt oder erst nach diesem Zeitpunkt erstmals abgetreten wurde.<sup>7</sup> Ohne diese Schutzvorschrift konnte der Schuldner dem neuen Grundschuldinhaber (oft ein Finanzinvestor) sicherungsvertragliche Einreden allein dann entgegenhalten, wenn der Einredetatbestand im Zeitpunkt der Zession bereits vollständig verwirklicht war und zudem der Erwerber bösgläubig war, ihm also die konkrete Einrede aus dem Sicherungsvertrag im Zeitpunkt der Abtretung bekannt war. Der Schuldner sah sich deshalb der Gefahr ausgesetzt, auf einen neuen, meist an kurzfristiger Realisierung der Sicherheiten interessierten Grundschuldinhaber zu treffen, der – losgelöst von sicherungsvertraglichen Bindungen – sein Verwertungsrecht durchsetzt.<sup>8</sup> Weil sich Immobilienkredite regelmäßig über einen längeren Zeitraum erstrecken, haben diese Altfälle große praktische Bedeutung. Da vorliegend die Grundschuld vor dem 19.8.2008 bestellt wurde und auch vor diesem Zeitpunkt bereits abgetreten wurde, liegt ein solcher Altfall vor.

Nach der genannten Entscheidung des *XI. Senats* soll daher die dingliche Klauselumschreibung (§ 727 ZPO) auf den Zessionar einer Sicherungsgrundschuld im Rahmen eines

Immobilienkredits<sup>9</sup> mit klauselmäßiger Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung den Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag zwischen Darlehensschuldner und darlehensgebender Bank, der Zedentin, voraussetzen. Dies ergebe eine *Auslegung der vorformulierten prozessualen Unterwerfungserklärung* im Hinblick auf den Duldungsanspruch des § 1147 BGB nach Maßgabe der kundenfreundlichsten Auslegung (§ 305c Abs. 2 BGB) – der Schuldner will sich mithin nur derart der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen, dass er auch dem Zessionar die Einreden aus dem Sicherungsvertrag entgegenhalten kann. Der neue Grundschuldinhaber kann daher aus der dinglichen Unterwerfungserklärung nur vollstrecken, wenn er nachweist, in den Sicherungsvertrag eingetreten zu sein, wofür nach überwiegender Ansicht – ohne dass der BGH sich hierzu geäußert hätte – ein Schuldbeitritt im Wege des echten Vertrags zugunsten Dritter ausreicht.<sup>10</sup>

Um den Gedankengang des BGH zu verstehen, ist vorweg zu bemerken, dass der Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB auf die prozessuale Unterwerfungserklärung nicht der Umstand der notariellen Beurkundung entgegensteht, da die notarielle Beurkundung nichts daran ändert, dass die Klausel aus der Sphäre des Zedenten stammt und dieser damit Verwender ist, was überdies für den hier vorliegenden Verbrauchervertrag aus § 310 Abs. 3 Nr. 1 folgt;<sup>11</sup> wohl aber ist die Klauselkontrolle im Lichte der prozessualen Natur der Unterwerfungserklärung nicht unumstritten. Der BGH behandelt die Unterwerfungserklärung dennoch insoweit nach den Grundsätzen eines materiellen Rechtsgeschäfts, ohne eine überzeugende dogmatische Begründung zu liefern.

Wie gelangt der *XI. Senat* nun zu der beschränkenden Auslegung der prozessualen Unterwerfungserklärung dahingehend, dass diese sich nur auf eine sicherungsvertraglich gebundene Grundschuld bezieht? Nach allgemeinen Grundsätzen der AGB-Kontrolle ist zwar bei einer mehrdeutigen Klausel – und zwar sowohl im Verbands- als auch im Individualprozess – an sich in einem ersten Schritt die kundenfeindlichste Auslegung zu wählen;<sup>12</sup> diese führte aber zu einer Auslegung der Unterwerfungserklärung dahin, dass sie für Ansprüche aus der titulierten Grundschuld schlechthin gelte, nicht nur für sicherungsvertraglich gebundene. Auch eine solche umfassende Unterwerfungserklärung ist aber wirksam, insbesondere liegt keine unangemessene Benachteiligung durch negative Summierungseffekte für den Darlehensnehmer nach § 307 BGB vor.<sup>13</sup> Der Darlehensnehmer ist in diesem Falle – d.h. auch wenn die Unterwerfungserklärung bei kundenfeindlichster Auslegung nicht auf sicherungsvertraglich gebundene Ansprüche aus Grundschulden beschränkt ist – nicht schutzlos; er hat die Möglichkeit der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung (§ 769 ZPO) sowie ge-

<sup>4</sup> Vgl. Bassenge, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 1191 Rn. 2.

<sup>5</sup> BGH NJW 2010, 2041.

<sup>6</sup> Bassenge (Fn. 4), § 1191 Rn. 2.

<sup>7</sup> Herrler, BB 2010, 1931 (1935).

<sup>8</sup> Herrler, NZM 2012, 7.

<sup>9</sup> Informativ zum Kredithandel Langenbucher, NJW 2010, 3169.

<sup>10</sup> Herrler, NZM 2012, 7 m.w.N.

<sup>11</sup> Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 310 Rn. 12.

<sup>12</sup> Grüneberg (Fn. 11), § 305 Rn. 18.

<sup>13</sup> So noch LG Hamburg NJW 2008, 2784.

genüber der Zedentin ggf. einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB aufgrund einer Pflichtverletzung des Sicherungsvertrages, auch wenn diesem ohne eine solche Abrede kein Verbot isolierter Übertragung zu entnehmen ist, weil eine solche isolierte Übertragung dem Sicherungszweck widerspricht.<sup>14</sup>

Führt aber somit die kundenfeindlichste Auslegung nicht zur Unwirksamkeit der Klausel, ist in einem zweiten Schritt die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB und damit die kundenfreundlichste Auslegung heranzuziehen. Nach der erwähnten Entscheidung des *XI. Senats*<sup>15</sup> soll diese Auslegung anhand der objektivierten Interessenlage von Gläubiger und Schuldner zu dem Ergebnis führen, dass sich die Unterwerfungserklärung nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld erstreckt. Die Rechtsnachfolge in die Unterwerfungserklärung nach § 727 i.V.m. § 795 S. 1 ZPO soll damit von der Übernahme der Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag abhängen. Den Nachweis des Eintritts des Zessionars soll die für die Titelumschreibung zuständige Stelle, hier der Notar nach § 797 Abs. 2 S. 1 ZPO, §§ 48, 45 BeurkG, von Amts wegen im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens zu prüfen haben. Übertrüge man diese Rechtsprechung auf die Abtretung eines titulierte Schuldanerkenntnisses, hätte der Kläger im vorliegenden Fall demnach geltend machen können, der Notar habe die Klausel nicht erteilen dürfen, ohne dass der Zessionar in den Sicherungsvertrag eingetreten ist, wobei dies durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden hätte nachgewiesen werden müssen, §§ 795, 727 ZPO.

Dieser Argumentationsweg des *XI. Senats* ist mit einem Beschluss des *VII. Senats* vom 29.6.2011 verworfen worden.<sup>16</sup> Danach muss der Notar dem Zessionar einer Sicherungsgrundschuld die Klausel als Rechtsnachfolger des Gläubigers im Sinne des § 727 ZPO erteilen, wenn die Rechtsnachfolge in den titulierten Anspruch durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist. Die Rechtsnachfolge nach § 727 ZPO folge dem materiell-rechtlichen Übertragungstatbestand, die Vollstreckungsmöglichkeit aus der Unterwerfungserklärung gehe eo ipso auf den neuen Gläubiger über. Rechtsnachfolger der dinglichen Unterwerfungserklärung werde danach im Fall rechtsgeschäftlicher Rechtsnachfolge derjenige, dem die Grundschuld abgetreten worden ist; Rechtsnachfolger in die persönliche Haftungserklärung derjenige, dem das abstrakte Schuldanerkenntnis abgetreten worden ist. Die Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung selbst bedürfe keiner (rechtsgeschäftlichen) Überleitung auf den neuen Gläubiger. Rechtsnachfolger i.S.d. § 727 Abs. 1 ZPO ist nach dieser Konstruktion damit allein der materiell-rechtlich neue Anspruchsgläubiger, eine Reichweitenbeschränkung der Unterwerfungserklärung verbietet sich mithin. Allenfalls könne – so der *VII. Senat* – der vom *XI. Senat* geforderte Eintritt in den Sicherungsvertrag als Vollstreckungsbedingung nach § 726 ZPO konstruiert werden; da eine solche Vollstreckungsbedingung zumeist

nicht im Wortlaut der Urkunde angelegt sei, Unterwerfungserklärungen vielmehr regelmäßig unbedingte erklärt würden, könne diese nur im Wege einer Auslegung der Unterwerfungserklärung anhand der Interessenlage konstruierbare Vollstreckungsbedingung nicht im formalisierten Klauselerteilungsverfahren geprüft werden. Eine Auslegung als Produkt einer Abwägung der „objektiven Interessenlage“ sei dem Notar im Klauselerteilungsverfahren vielmehr verwehrt. Wenn der Wortlaut dies nicht anlege, so könne die in einer notariellen Urkunde enthaltene Unterwerfungserklärung wegen Ansprüchen aus einer Grundschuld nicht so gedeutet werden, dass diese sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld beziehe. Kann der Gläubiger den in § 726 Abs. 1 ZPO oder § 727 Abs. 1 ZPO geforderten Nachweis in der dort vorgesehenen Form nicht erbringen, kann er Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 731 ZPO erheben. Ist eine Vollstreckungsklausel nach §§ 726 Abs. 1, 795 ZPO erteilt worden und bestreitet der Schuldner den vom Klauselerteilungsorgan als bewiesen angenommenen Eintritt der materiellrechtlichen Vollstreckungsbedingung, kann der Schuldner Klage gegen die Vollstreckungsklausel nach § 768 ZPO erheben. Dieser Grundsatz müsse auch dann gelten, wenn der Schuldner materiell-rechtliche Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung daraus ableitet, dass der Titel eine Vollstreckungsbedingung enthält, die nicht in ihrem Wortlaut angelegt ist und deshalb vom Klauselerteilungsorgan nicht berücksichtigt werden darf. In diesen Fällen ist § 768 ZPO jedenfalls entsprechend anzuwenden.

Die wesentliche Differenz zwischen beiden Entscheidungen liegt damit darin, dass der *XI. Senat* die Unterwerfungserklärung in ihrer Reichweite auf einen sicherungsvertraglich gebundenen neuen Gläubiger beschränkt, weshalb im Klauselerteilungsverfahren ein Eintritt des neuen Gläubigers in den Sicherungsvertrag zu prüfen sei, während der *VII. Senat* den Eintritt in den Sicherungsvertrag als – von der Rechtsnachfolge unabhängige – Vollstreckungsbedingung deuten will, die sich klar aus dem Titel ergeben müsse, anderenfalls nicht im Klauselerteilungsverfahren aufgrund einer Interessenabwägung ermittelt werden könne. Vielmehr ist hiernach der Schuldner darauf verwiesen, im Wege der Klauselgegenklage gegen die Klauselerteilung an den neuen Grundschuldgläubiger vorzugehen.

Freilich ist der Schutz, den der BGH – gleich welcher Konstruktion man folgt – dem Darlehensnehmer hierdurch bieten möchte, für die Altfälle im Bereich abgetretener Sicherungsgrundschulden ineffektiv, solange nicht die materielle Abtretbarkeit der titulierten Sicherungsgrundschuld beschränkt wird, sondern allein die prozessuale Unterwerfungserklärung. Denn der Zessionar kann auch dann, wenn er mangels Eintritts in den Sicherungsvertrag eine Rechtsnachfolgeklausel mit dem *XI. Senat* nicht erteilt bekommen sollte oder die erteilte Klausel auf eine Klauselgegenklage des Schuldners mit dem *VII. Senat* aufgehoben werden sollte, eine eigene Klage gerichtet auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück erheben<sup>17</sup> und diesen Duldungsanspruch auch

<sup>14</sup> *Bassenge* (Fn. 4), § 1191 Rn. 22.

<sup>15</sup> BGH NJW 2010, 2041.

<sup>16</sup> BGH BeckRS 2011, 19002.

<sup>17</sup> *Wolfsteiner*, ZNotP 2010, 322.

widerklagend einer Klauselgegenklage des Schuldners entgegenhalten. Überdies wird – und dies ist im vorliegenden Kontext besonders wichtig – regelmäßig neben der dinglichen Unterwerfungserklärung eine persönliche gegeben, so dass der Zessionar auch aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis vollstrecken kann. Die Besonderheit des vorliegenden Falls liegt eben genau darin, dass der Zessionar hier nicht aus dem dinglichen, sondern aus dem persönlichen Titel, nämlich der Vollstreckungsunterwerfung in das gesamte Vermögen, der regelmäßig ein abstraktes Schuldanerkenntnis als titulierte Forderung zugrunde liegt, vollstreckt. Diese persönliche Haftungsübernahme erlaubt dem Gläubiger die Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen des Schuldners, damit auch in den Grundbesitz über § 867 Abs. 3 ZPO, ist aber nicht hierauf beschränkt,<sup>18</sup> und dient damit der gegenständlichen Erweiterung der Haftung, regelmäßig nicht hingegen ihrer Verdopplung.<sup>19</sup>

Wenden wir uns also nach dieser Einführung in den Kontext des vorliegenden Falles wieder den Erfolgsaussichten der Rechtsverteidigung zu, um zu entscheiden, ob der Erledigungserklärung zugestimmt werden sollte.

### 3. Klauselgegenklage als statthafter Rechtsbehelf

Die vom Kläger erhobene Klauselgegenklage nach § 768 ZPO ist als prozessuale Gestaltungsklage statthaft, wenn der Vollstreckungsschuldner das Fehlen der materiellen Voraussetzungen der erteilten qualifizierten Klausel geltend macht.<sup>20</sup> Während mit der Klauselerinnerung nur der mangelnde formelle Nachweis i.S.d § 727 ZPO geltend gemacht werden kann,<sup>21</sup> nicht hingegen die mangelnden materiellen Voraussetzungen der Rechtsnachfolge, ist letzteres die Domäne der Klauselgegenklage, bei der es keine Beweismittelbeschränkung gibt. Mit ihr kann die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung eines Titels – hier in Gestalt der notariellen Unterwerfungserklärung – angegriffen werden; der Titel als solcher ist dagegen nicht Angriffsobjekt.<sup>22</sup> Da der Kläger hier geltend macht, die Beklagte sei nicht in den Sicherungsvertrag eingetreten – womit sie diesen Eintritt auch nicht in der Form des § 727 Abs. 1 ZPO nachweisen konnte – und daher nicht Rechtsnachfolgerin des Titels geworden, hatte der Kläger auf der Basis der Entscheidung des *XI. Senats* die Wahl zwischen der Klauselerinnerung und der Klauselgegenklage. Auf der Basis der Entscheidung des *VII. Senats* wäre nur die entsprechend anwendbare Klauselgegenklage statthaft, nicht aber die Erinnerung, weil die mögliche Vollstreckungsbedingung mangels klarer Ersichtlichkeit aus dem Titel nicht im beweismittelbeschränkten Klauselerteilungsverfahren zum Prüfungsprogramm des Notars zu zählen ist. Beide Ansichten

führen hier aber zur Statthaftigkeit der Vollstreckungsgegenklage.

### 4. Eintritt in den Sicherungsvertrag als Voraussetzung für die Vollstreckung aus der persönlichen Unterwerfungserklärung?

Im Rahmen der Begründetheit ist allein problematisch, ob die vom Kläger angeführte Rechtsprechung des *XI. Senats* ebenfalls auf eine Vollstreckung aus dem persönlichen Titel anzuwenden ist. Um die Frage zu beantworten, ob die Interessenlage eine Heranziehung der aufgezeigten Grundsätze des BGH auf die persönliche Unterwerfungserklärung verlangt, muss auf das Verhältnis von Schuldanerkenntnis zu gesicherter Forderung geschaut werden.

Der BGH<sup>23</sup> hat erst kürzlich sein dogmatisches Verständnis der Verknüpfung von Schuldanerkenntnis und gesicherter Forderung expliziert, ihm liegt eine zweistufige Konstruktion zugrunde: Danach trägt das abstrakte Schuldanerkenntnis seinen Rechtsgrund in sich, bedarf also zu seiner Wirksamkeit keines Rechtsgrundes außerhalb seiner selbst – insbesondere auch keines Sicherungsvertrages bzw. einer kausalen Abrede, die auf die Erteilung des Anerkenntnis gerichtet wäre<sup>24</sup>; ein Behaltensgrund sei solange vorhanden, wie die zu sichernde Darlehensforderung bestehe, anderenfalls sei das Anerkenntnis kondizierbar. Wird auf diese Weise auf die Sicherungsabrede als Behaltensgrund für das Schuldanerkenntnis verzichtet, hat dies weit reichende praktische Konsequenzen: So kann der Schuldner nicht mehr die Zwangsvollstreckung aus der persönlichen Unterwerfungserklärung unter Verweis auf eine etwaige Unwirksamkeit der Sicherungsabrede verhindern, solange nur die „gesicherte“ Forderung besteht.<sup>25</sup> Hierbei ist jedoch kritisch zu bemerken, dass diese zweistufige Konstruktion nicht befriedigend zu erklären vermag, was – ohne Sicherungsvertrag – aus der Darlehensforderung die zu „sichernde“ Forderung macht. Der Verknüpfung zwischen Schuldanerkenntnis und Darlehensforderung fehlt ein verbindendes Band, das aus der Vielzahl womöglich bestehender Darlehensverbindlichkeiten die zu sichernde Forderung bestimmt und damit erst das Aufeinanderbezogensein von Anerkenntnis und Darlehensforderung im Sinne eines „missing link“ ermöglicht.<sup>26</sup>

Demgegenüber konstruiert die Literatur überzeugend die Verknüpfung dreistufig:<sup>27</sup> Rechtsgrund des abstrakten Schuldanerkenntnisses ist eine schuldvertragliche, auf die Erteilung des Anerkenntnisses gerichtete Vereinbarung, die zugleich deren Behaltensgrund darstellt. Davon zu unterscheiden ist die gesicherte Forderung, deren (Fort-)Bestand die Geschäftsgrundlage der Sicherungsabrede bildet. Ungeachtet des dogmatischen Verständnisses ergibt sich aber mit Blick auf das Schutzbedürfnis des Schuldners gegenüber einer Inanspruchnahme eines nicht in den Sicherungsvertrag eingetretenen

<sup>18</sup> Siehe zur Vollstreckung in den Grundbesitz auf Grund des persönlichen Titels *Zimmer*, NotBZ 2010, 263 (272).

<sup>19</sup> *Bassenge* (Fn. 4), § 1191 Rn. 2.

<sup>20</sup> *Lackmann*, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 9. Aufl. 2012, § 768 Rn. 1.

<sup>21</sup> Siehe zur Abgrenzung *Lackmann* (Fn. 20), § 732 Rn. 3.

<sup>22</sup> *Musielak*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2007, § 768 Rn. 2.

<sup>23</sup> BGH NJW 2008, 3208.

<sup>24</sup> Vgl. umfassend *Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB 2007, § 812 Rn. 15.

<sup>25</sup> Sehr klar *Zimmer*, NJW 2008, 3185 (3188).

<sup>26</sup> *Zimmer*, NJW 2008, 3185.

<sup>27</sup> *Lorenz* (Fn. 24), § 812 Rn. 15 m.w.N.; *Zimmer*, NJW 2008, 3185.

Zessionars hier<sup>28</sup> dasselbe Ergebnis. Mit Ausnahme der Voraussetzungen des § 405 BGB, der einen gutgläubigen einredefreien Erwerb des Schuldanerkenntnisses in einer Sonderkonstellation vorsieht, ist ein gutgläubiger einredefreier Erwerb dieser Forderung nicht möglich. Auf der Basis der Rechtsprechung des BGH könnte nämlich der Schuldner den Wegfall der gesicherten Darlehensforderung über die Bereicherungseinrede dem Rechtsnachfolger nach § 404 BGB entgegenhalten; folgte man der Literaturansicht, könnte das Erlöschen der Darlehensverbindlichkeit, das zum Wegfall der Geschäftsgrundlage des Sicherungsvertrages führte und damit – im Falle der Unzumutbarkeit einer Vertragsanpassung – über §§ 313, 346 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Rückgewähr des Schuldanerkenntnisses begründete, ebenfalls über § 404 BGB dem Rechtsnachfolger entgegengehalten werden.<sup>29</sup> Denn der Begriff der Einwendung ist weit zu verstehen – erfasst sind auch Rechte auf Rückgewähr bestellter Sicherheiten.<sup>30</sup> Zu berücksichtigen ist nämlich, dass nach § 404 BGB der Schuldner Einwendungen und Einreden, die zur Zeit der Zession bereits „begründet“ waren, dem Zessionar entgegenhalten kann. Um dem Zweck des § 404 BGB zu genügen, die Verteidigungsmöglichkeiten nicht durch den Wechsel des Gläubigers zu beeinträchtigen,<sup>31</sup> muss die Einwendung oder Einrede im Zeitpunkt der Abtretung in dem Schuldverhältnis allein ihre Grundlage gehabt haben;<sup>32</sup> der Schutz ist also nicht wie bei § 1157 BGB auf solche Einreden beschränkt, die im Zeitpunkt der Grundsuldabtretung bereits entstanden waren. Der gesamte Einwendungstatbestand muss damit nicht verwirklicht sein. Durch den Abschluss des Sicherungsvertrages mit dem Darlehensgeber hat der Schuldner einen durch die Tilgung der Forderung aufschiebend bedingten Anspruch auf Rückgewähr des Anerkenntnisses bzw. Erlass der Anerkenntnisforderung erlangt. Diesen Anspruch auf Rückgewähr kann er nach § 404 BGB auch dem Kläger als Zessionar der Forderung entgegenhalten.

Wirken damit die Einwendungen gegen die Darlehensforderung entweder über die Bereicherungseinrede oder vermittelt des Sicherungsvertrages auch gegen das Schuldanerkenntnis und bleiben diese Einwendungen auch gegenüber dem Zessionar über § 404 BGB erhalten, bedarf es keiner rechtsgeschäftlichen Übernahme der sicherungsvertraglichen Pflichten – etwa in Form eines Schuldbeitritts zugunsten des Darlehensnehmers – seitens des Zessionars. Anderer Ansicht ist das Landgericht Bamberg.<sup>33</sup> Danach sei es unerheblich,

dass der Schuldner bei der Abtretung des Anerkenntnisses besser geschützt sei, da der bessere Schutz durch die Rechtsordnung nicht zu einer anderen Auslegung der prozessualen Unterwerfungserklärung führe könne.

Blieben dem Gläubiger aber über den Sicherungsvertrag gegenüber dem Schuldanerkenntnis seine Einwendungen gegen die Darlehensforderung auch nach einer Zession erhalten, ist das Schutzbedürfnis für den Darlehensnehmer, welches Anlass für die kundenfreundliche Auslegung der Unterwerfungserklärung im Hinblick auf den titulierten dinglichen Duldungsanspruch (§§ 1191, 1192 Abs. 1, 1147 BGB) bot, nicht gegeben, weshalb eine restriktive Auslegung der prozessualen Unterwerfungserklärung im Gewande einer AGB-Prüfung nicht erforderlich ist. Mehr noch: Unter Zugrundelegung des Verständnisses des BGH, wonach Personalsicherheiten ihren Rechtsgrund in sich tragen, bedürfte es gar nicht einmal eines Sicherungsvertrages für das Behaltendürfen des Schuldanerkenntnisses; dann kann aber auch nicht der Eintritt in einen solchen Bedingung der Vollstreckung i.S.d. § 726 Abs. 1 ZPO sein, geschweige denn die Unterwerfungserklärung dahin auszulegen sein, dass sie sich nur auf ein sicherungsvertraglich gebundenes Schuldanerkenntnis bezieht.<sup>34</sup> Ausgehend von diesen Überlegungen war die Klage bereits ursprünglich unbegründet, da die Beklagte nicht in den Sicherungsvertrag eintreten musste, um aus der persönlichen Unterwerfungserklärung vollstrecken zu können.

### III. Prozesstaktische Überlegungen

War die Klage damit zwar zulässig, aber bereits von Anfang an unbegründet und konnte sie sich daher nicht mehr erledigen, sollte der beklagten Mandantin zum Widerspruch gegen die Erledigungserklärung geraten werden, womit sich die ursprüngliche Gestaltungsklage in eine Feststellungsklage ändert. Da diese Klage zulässig, aber unbegründet ist, wird sie abzuweisen sein, womit der Kläger die Kosten des Rechtsstreits nach § 91 Abs. 1 ZPO zu tragen hat. Der Streitwert bemisst sich nach h.M. nach den bis zur Erledigung angefallenen Kosten. Da hier die Erledigungserklärung noch vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung abgegeben worden ist, hat dies Auswirkungen auf die Terminsgebühr, die nur nach dem geringeren Streitwert des Erledigungsstreits anfällt.

Durch diesen Widerspruch gegen die Erledigungserklärung versperrt die Mandantin dem Kläger den Weg zu einem Beschluss nach § 91a ZPO, der im Falle einer übereinstimmenden Erledigungserklärung eine nach billigem Ermessen zu treffende Kostenentscheidung vorsieht, die nach diesem Dispositionsakt von Amts wegen erfolgt, ohne dass noch (weitere) Beweise erhoben werden würden.

<sup>28</sup> Relevant wird die jeweilige Konstruktion, wenn es bei wirksamem Darlehensvertrag an der Verpflichtung zur Abgabe eines Anerkenntnisses fehlt.

<sup>29</sup> *Bassenge* (Fn. 4), § 1191 Rn. 2, konstruiert dies ergebnisgleich dahingehend, dass der aufschiebend bedingte Rückgewähranspruch aus der Sicherungsvereinbarung mit Erfüllung der Forderung unbedingt werde.

<sup>30</sup> *Roth*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 404 Rn.5.

<sup>31</sup> *Roth* (Fn. 30), § 404 Rn. 10.

<sup>32</sup> *Grüneberg* (Fn. 10), § 404 Rn. 4.

<sup>33</sup> LG Bamberg, Urt. v. 23.5.2011 – 1 O 379/10 = BeckRS 2011, 19264.

<sup>34</sup> Ähnlich *Zimmer*, NotBZ 2010, 269 (272).