

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 883, 892, 899; GBO § 53 Abs. 1 S. 1 – Gutgläubiger Erwerb eines Grundstücks vom vermeintlichen Buchberechtigten; Verhältnis von Auflassungsvormerkung zugunsten der Erwerber und angekündigtem Widerspruch gegen die Eigentümerstellung des Verkäufers

BGB § 1896 – Abgabe der eidesstattlichen Versicherung im Erbscheinsverfahren durch Vorsorgebevollmächtigten; Zulässigkeit; Form der Vollmacht

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

BGB § 1193 Abs. 2 S. 2; ZPO §§ 724, 726 – Der Notar muss im Klauselerteilungsverfahren die Zulässigkeit eines prozessualen Nachweisverzichts nicht prüfen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### **BGB §§ 883, 892, 899; GBO § 53 Abs. 1 S. 1 Gutgläubiger Erwerb eines Grundstücks vom vermeintlichen Buchberechtigten; Verhältnis von Auflassungsvormerkung zugunsten der Erwerber und angekündigtem Widerspruch gegen die Eigentümerstellung des Verkäufers**

##### I. Sachverhalt

Sohn S wird als (vermeintlicher) testamentarischer Schlusserbe seiner Eltern als Eigentümer eines Grundstücks in das Grundbuch eingetragen. Kurze Zeit später verkauft S das Grundstück an die Käufer. Die Auflassungsvormerkung für die Käufer wird am 19.12.2020 in das Grundbuch eingetragen. Als die (enterbte) Tochter T der ursprünglichen Grundstückseigentümer von dem Verkauf erfährt, macht sie gegenüber dem Grundbuchamt die Unrichtigkeit des Grundbuchs geltend; es sei

gesetzliche Erbfolge eingetreten. Den Antrag der T auf Eintragung als gesetzliche Miterbin lehnt das Grundbuchamt allerdings mangels Nachweises der gesetzlichen Erbfolge ab. Hiergegen wendet sich T mit einer Grundbuchbeschwerde. Das OLG lehnt zwar das Ersuchen von T auf Eintragung als Miterbin ebenfalls mangels Erbnachweises ab; es ist in seiner Begründung allerdings der Auffassung, dass das Grundbuch unrichtig und ein Widerspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO einzutragen sei. Ein Widerspruch ist bislang noch nicht eingetragen. Dennoch verweigert das Grundbuchamt vor dem Hintergrund der erbrechtlichen Streitigkeit die bereits beantragte Eigentumsumschreibung auf die Käufer.

##### II. Fragen

1. Welche Schutzwirkung entfaltet die eingetragene Vormerkung für die Käufer gegenüber einem möglichen Widerspruch nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO? Können die Käufer das Eigentum widerspruchsfrei erwerben?

2. Muss das Grundbuchamt die Eigentumsumschreibung auch dann vornehmen, wenn sich herausstellen

sollte, dass der Widerspruch nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO einzutragen ist oder die Rechtmäßigkeit eines Widerspruchs nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO auf Dauer unklar bleibt?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs gem. § 892 BGB

Unterstellt, der Verkäufer ist nicht der (alleinige) Eigentümer des veräußerten Grundstücks und das Grundbuch in Ansehung der Eigentümerstellung unrichtig i. S. v. § 894 BGB, so kommt ein gutgläubiger Erwerb des Grundstückseigentums durch die Käufer gem. § 892 BGB in Betracht. Zugunsten der Käufer gilt die im Grundbuch verlautbarte Eigentümerstellung des Verkäufers als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Grundbuchverlautbarung eingetragen *oder* die Grundbuchunrichtigkeit den Erwerb bekant ist, § 892 Abs. 1 S. 1 BGB.

Fraglich ist, ob die etwaige Eintragung eines Widerspruchs einem gutgläubigen Erwerb des Grundstückseigentums durch die Käufer entgegensteht. Insoweit kommt sowohl ein Widerspruch gem. § 899 BGB als auch ein Amtswiderspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO in Betracht (vgl. BeckOGK-BGB/Hertel, Std.: 1.10.2019, § 892 Rn. 64 m. w. N.).

##### a) Keine Anwendung des § 892 Abs. 2 BGB

Im vorliegenden Sachverhalt ist derzeit noch kein Widerspruch eingetragen, aber die Eigentumsumschreibung auf die Käufer bereits beantragt. Sollte der Widerspruch zeitlich *vor* der Eigentumsumschreibung auf die Käufer eingetragen werden, so wäre dies grundsätzlich schädlich, denn die Bestimmung des § 892 Abs. 2 BGB, die den für die Kenntnis der Grundbuchunrichtigkeit maßgeblichen Zeitpunkt auf die Antragstellung vorverlegt, fände keine Anwendung. Die Unanwendbarkeit der Vorschrift ergibt sich daraus, dass es bei eingetragenen Widerspruch nicht auf die Kenntnis oder Unkenntnis des Erwerbers vom Widerspruch ankommt; der Widerspruch beseitigt die Richtigkeitsvermutung des Grundbuchs unabhängig von der subjektiven (Un-)Kenntnis des Erwerbers (vgl. BeckOGK-BGB/Hertel, § 892 Rn. 71; MünchKommBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 892 Rn. 42 m. w. N.).

##### b) Prioritätsgrundsatz gem. § 17 GBO bei Widerspruch i. S. v. § 899 BGB

Sollte – wovon wir ausgehen – der vom OLG erwähnte Widerspruch (richtigerweise) auf § 899 BGB beruhen, so wäre der **Prioritätsgrundsatz gem. § 17 GBO zu beachten** (OLG Schleswig FGPrax 2004, 264, 265; BeckOGK-BGB/Hertel, § 892 Rn. 69; Münch-

KommBGB/Kohler, § 892 Rn. 42 m. w. N.). Der Eigentumsumschreibungsantrag zugunsten der Käufer wurde bereits gestellt, sodass ein Antrag der T auf Eintragung eines Widerspruchs gem. § 899 BGB diesem früheren Eintragungsantrag nachgeht. Der Antrag auf Eintragung des Widerspruchs gegen die vermeintliche Eigentümerstellung des Verkäufers kommt dementsprechend zu spät und der Widerspruch ist nicht mehr eintragungsfähig; denn nachdem das Eigentum – aufgrund des vorrangigen Antrags – auf die Käufer umgeschrieben worden ist, entfällt die Grundbuchposition des Verkäufers, gegen die sich der von T – ggf. im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes – zu erwirkende Widerspruch richtet. Das Grundbuchamt ist insbesondere nicht berechtigt, in Ansehung des Antrags auf Eintragung eines Widerspruchs, der gem. § 17 GBO als „nachrangig“ zu behandeln ist, den vorgehenden Antrag auf Eigentumsumschreibung auszusetzen (so zutreffend OLG Schleswig FGPrax 2004, 264, 265; MünchKommBGB/Kohler, § 892 Rn. 42; BeckOGK-BGB/Hertel, § 892 Rn. 69). Soweit in der Literatur die Ansicht vertreten wird, das Grundbuchamt dürfe nicht an einem gutgläubigen Erwerb mitwirken (vgl. exemplarisch BeckOK-GBO/Zeiser, Std.: 1.2.2021, GBO § 17 Rn. 29), wird nicht hinreichend zwischen einem antragsbedürftigen Widerspruch gem. § 899 BGB und einem von Amts wegen vorzunehmenden Widerspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO differenziert. Ein gutgläubiger Erwerb scheidet jedoch grundsätzlich (zur Ausnahme siehe sogleich Ziff. 2) dann aus, wenn ein später beantragter Widerspruch verfahrensfehlerhaft, also entgegen § 17 GBO, früher eingetragen wird (vgl. MünchKommBGB/Kohler, § 892 Rn. 42).

##### c) Unanwendbarkeit des Prioritätsgrundsatzes bei einem Amtswiderspruch

Neben einem Widerspruch gem. § 899 BGB ist im Falle einer Grundbuchunrichtigkeit auch an die Eintragung eines Amtswiderspruchs gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO zu denken. Ein Amtswiderspruch käme allerdings nur dann in Betracht, wenn die Eintragung des Verkäufers als Grundstückseigentümer durch das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen worden wäre. Für eine solche Pflichtverletzung des Grundbuchamts ist indes nichts ersichtlich, weshalb wir davon ausgehen, dass die Eintragung eines Widerspruchs allenfalls gem. § 899 BGB auf Antrag von T – mit Bewilligung des Verkäufers oder im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes – herbeigeführt werden kann.

Sollte es sich tatsächlich um einen **Widerspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO** handeln, so **fände** nach wohl h. M. **der Prioritätsgrundsatz gem. § 17 GBO** auf die

von Amts wegen vorzunehmende Eintragung des Widerspruchs **keine Anwendung**. Vielmehr wäre der Vollzug von noch unerledigten Anträgen bis zur Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen eines Amtswiderspruchs auszusetzen (vgl. Bauer, in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 53 Rn. 55; BeckOK-GBO/Zeiser, § 17 Rn. 4 m. w. N. auch zur Gegenansicht). Die Aussetzung des Vollzugs von unerledigten Anträgen ist u. E. deshalb gerechtfertigt, weil hier – im Gegensatz zu § 899 BGB – die Überzeugungsbildung betreffend die Unrichtigkeit des Grundbuchs und die Notwendigkeit eines Tätigwerdens von Amts wegen dem Grundbuchamt obliegt. Allerdings darf ein Widerspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO nur dann eingetragen werden, wenn die unrichtige Grundbucheintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften erfolgte. Ob eine solche Gesetzesverletzung vorliegt, ist aus der Sicht des Grundbuchamts nach dem von ihm anzuwendenden Recht zu beurteilen (BeckOK-GBO/Holzer, Std.: 1.2.2021, § 53 Rn. 16; KEHE/Schrandt/Kalb, GBO, 8. Aufl. 2019, § 53 Rn. 14).

## 2. Gutgläubiger Eigentumserwerb aufgrund gutgläubig erworbener Vormerkung

Die Frage, ob der Widerspruch auf § 899 BGB oder § 53 Abs. 1 S. 1 GBO beruht, kann u. E. allerdings dahinstehen. Denn es entspricht der h. M., dass die spätere **Eintragung eines Widerspruchs** gegen die vermeintliche Eigentümerstellung des Verkäufers oder die spätere positive Kenntnis des Käufers von der Unrichtigkeit der im Grundbuch verlautbarten Eigentumslage einem **gutgläubigen Eigentumserwerb nicht entgegensteht, sofern** jedenfalls die **Auflassungsvormerkung** vom Käufer **gutgläubig gem. § 892 BGB erworben** wurde (vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 445, 446; OLG Dresden NotBZ 1999, 261; OLG Schleswig FGPrax 2004, 264, 265; OLG Köln FGPrax 2011, 12, 13; Lieder, in: Bauer/Schaub, AT C Rn. 96 m. w. N.; MünchKommBGB/Kohler, § 893 Rn. 13 m. w. N.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1536 m. w. N.; a. A. BeckOGK-BGB/Assmann, Std.: 1.2.2021, § 883 Rn. 154-158; § 885 Rn. 139-140.1).

Im vorliegenden Fall gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass das Grundbuch in Ansehung der Auflassungsvormerkung unrichtig i. S. v. § 894 BGB ist, denn dies würde – mangels bisheriger Eintragung eines Widerspruchs – voraussetzen, dass die Käufer im Zeitpunkt der Beantragung der Vormerkung *positive* Kenntnis von der fehlenden Eigentümerstellung des Verkäufers hatten; bloße Zweifel an der Richtigkeit des Grundbuchs zerstören den guten Glauben nicht (vgl. BeckOGK-BGB/Hertel, § 892 Rn. 75; MünchKommBGB/Kohler, § 892 Rn. 47).

Bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Grundbuch in Ansehung der Auflassungsvormerkung unrichtig ist (also die Käufer im Zeitpunkt der Beantragung der Vormerkung bösgläubig waren), so hat nach unserem Dafürhalten das Grundbuchamt den späteren Eigentumsumschreibungsantrag zu vollziehen, und zwar ungeachtet einer etwaigen zwischenzeitlichen Eintragung eines Widerspruchs gegen die Eigentümerstellung des Verkäufers (vgl. OLG Köln FGPrax 2011, 12; OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 445, 446; OLG Dresden NotBZ 1999, 261; a. A. OLG Düsseldorf DNotZ 1971, 371, 373, das die Zustimmung des wahren Berechtigten verlangt, die der Vormerkungsberechtigte nötigenfalls gem. § 888 BGB zu erwirken habe; abl. auch BeckOGK-BGB/Assmann, § 883 Rn. 154-158, § 885 Rn. 139-140.1, der die h. M. betreffend den gutgläubigen Eigentumserwerb aufgrund gutgläubig erworbener Vormerkung insgesamt ablehnt).

## 3. Beseitigung eines etwaig eingetragenen Widerspruchs

Sollte es sich um einen Widerspruch gem. § 899 BGB handeln und der hierzu erforderliche Eintragungsantrag der T dem Eigentumsumschreibungsantrag zugunsten der Käufer nachgehen, so stellt sich die Frage der Widerspruchseseitigung bei rechtmäßigem Handeln des Grundbuchamtes nicht; denn der Widerspruch würde erst gar nicht eingetragen (s. o.).

Sollte der Widerspruch gem. § 899 BGB verfahrensfehlerhaft eingetragen werden oder es sich tatsächlich um einen Amtswiderspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO handeln, so steht den Käufern – sofern man der unter Ziff. 2 genannten h. M. folgt – gegen den Berechtigten des (Amts-)Widerspruchs ein Beseitigungsanspruch analog §§ 883 Abs. 2, 888 BGB zu (vgl. OLG München BeckRS 2016, 9851, Tz. 26; Schöner/Stöber, Rn. 1536 m. w. N.; BeckOGK-BGB/Assmann, § 888 Rn. 20-20.2).

## 4. Ergebnis

Folgt man der h. M. in Literatur und Rechtsprechung, so hat das Grundbuchamt den Eigentumsumschreibungsantrag zugunsten der Käufer zu vollziehen, denn nach dieser Ansicht setzt sich die Schutzwirkung der Auflassungsvormerkung gegenüber einem beantragten oder von Amts wegen einzutragenden Widerspruch gegen die vermeintliche Eigentümerstellung des Verkäufers durch. Sofern die Eintragung des Widerspruchs erfolgt, sollte die Auflassungsvormerkung *nicht* mit der Eigentumsumschreibung zur Löschung gebracht werden, sondern über die Eigentumsumschreibung hinaus eingetragen bleiben, damit die Käufer ihren Beseitigungsanspruch gem. §§ 883 Abs. 2, 888 BGB geltend machen können.

---

## BGB § 1896

### Abgabe der eidesstattlichen Versicherung im Erbscheinsverfahren durch Vorsorgebevollmächtigten; Zulässigkeit; Form der Vollmacht

---

#### I. Sachverhalt

Es geht um einen Erbscheinsantrag. Der Erblasser ist von seiner Schwester als Alleinerbin beerbt worden. Auftraggeberin des Erbscheinsantrags ist die mit einer privatschriftlichen Vollmacht (auf Grundlage eines Formulars aus dem Internet) ausgestattete Tochter der alleinigen Erbin. Die Erbin (= Vollmachtgeberin) ist inzwischen dement und nicht mehr geschäftsfähig.

Der Notar hat den von der Bevollmächtigten zur Niederschrift erklärten Erbscheinsantrag mit eidesstattlicher Versicherung beurkundet. Das Nachlassgericht kündigt an, den Antrag mit der Begründung zurückzuweisen, dass die eidesstattliche Versicherung für die Vertretene nur unter Verwendung einer beurkundeten Vollmacht wirksam abgegeben werden könne. Dies wird vom Nachlassgericht nicht näher begründet.

Wegen der Demenz der Erbin ist die Beurkundung einer Vollmacht nicht nachholbar. Das Nachlassgericht fordert zur Bestellung eines Betreuers mit zweckentsprechendem Wirkungsbereich auf. Das Betreuungsgericht lehnt die Bestellung ab, weil es die Rechtsansicht des Nachlassgerichts nicht teilt. Der Betreuungsrichter hält die privatschriftliche Vollmacht für ausreichend.

#### II. Fragen

1. Konnte im vorliegenden Fall die Bevollmächtigte die eidesstattliche Versicherung für die Vollmachtgeberin abgeben?

2. Wenn ja, musste die Vollmacht beurkundet sein?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Eidesstattliche Versicherung durch einen Bevollmächtigten

**Früher** war überwiegend anerkannt, dass die eidesstattliche Versicherung im Erbscheinsverfahren gem. § 352 Abs. 3 S. 3 FamFG (entspricht § 2356 Abs. 2 BGB a. F.) grundsätzlich **vom Antragsteller persönlich abzugeben** und eine **gewillkürte Vertretung nicht zulässig** sei (vgl. KG OLGZ 1967, 247, 249 m. w. N.; LG Berlin Rpfleger 1976, 60, 61; Staudinger/Herzog, BGB, 2016, § 2353 Rn. 210; G. Müller, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 199).

Etwas anderes wurde in der Literatur bspw. von *Litzenburger* (ZEV 2004, 450) vertreten. Dieser ging davon aus, dass das Gericht bei Geschäftsunfähigkeit des Antragstellers ersatzweise eine nicht gesetzlich vorgeschriebene eidesstattliche Versicherung des Vorsorgebevollmächtigten anfordern und seiner Beweiswürdigung zugrunde legen könne (zust. Staudinger/Herzog, § 2353 Rn. 210; a. A. Zimmermann, ZErB 2008, 151, 154).

Zwischenzeitlich hat sich die Rechtsprechung mehrfach zum Thema geäußert. Das **OLG Celle** hat mit Beschluss vom 20.6.2018 (NJW-RR 2018, 1031 = ZEV 2018, 728 m. Anm. Litzenburger = MittBayNot 2018, 572) entschieden, dass bei Eidesunfähigkeit des Antragstellers die eidesstattliche Versicherung im Erbscheinsverfahren **auch von dessen Vorsorgebevollmächtigtem** (als Erklärung über dessen eigenes Wissen) abgegeben werden könne, sofern die Angelegenheit von der Vollmacht umfasst sei. Zur Begründung hat sich das OLG Celle auf die Gleichsetzung des Vorsorgebevollmächtigten mit einem gesetzlichen Vertreter (vgl. § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB) gestützt. Es hat auch darauf hingewiesen, dass die Frage, ob der Antragsteller selbst oder sein Vorsorgebevollmächtigter die eidesstattliche Versicherung betreffend die Richtigkeit der im Erbscheinsantrag gemachten Angaben abzugeben habe, letztlich das Nachlassgericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden habe (NJW-RR 2018, 1031, 1032; so auch der BGH WM 2008, 2264 zur eidesstattlichen Versicherung im Zwangsvollstreckungsverfahren).

Auch das **OLG Düsseldorf** hat in seinem Beschluss vom 17.4.2018 (ZEV 2019, 422 f. = BeckRS 2018, 41433) die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung durch den Vorsorgebevollmächtigten für ausreichend gehalten, sofern der Erbe geschäftsunfähig ist und infolgedessen an der eigenen Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung im Erbscheinsverfahren gehindert ist.

In der neueren Literatur wird diese Rechtsprechung meist **zustimmend** aufgenommen (vgl. Becker, ZErB 2018, 332; BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.11.2020, § 1896 Rn. 31; BeckOGK-BGB/Fröhler, Std.: 1.11.2020, § 2353 Rn. 288.1; a. A. aber Münch-KommFamFG/Grziwotz, 3. Aufl. 2019, § 352 FamFG Rn. 94). Zudem hat der BGH mittlerweile den Vorsorgebevollmächtigten auch in anderen Lebensbereichen zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung zugelassen (vgl. BGH NJW 2020, 1143, 1144 ff. zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung bzgl. der Vermögensauskunft gem. § 802c ZPO).

##### 2. Form der Vollmacht

Was die Form der Vollmacht anbelangt, so handelte es

sich sowohl im Fall des OLG Celle (NJW-RR 2018, 1031) als auch im Fall des OLG Düsseldorf (ZEV 2019, 422) jeweils um notariell beurkundete Vollmachten. Daraus lässt sich jedoch nicht herleiten, dass die Vollmacht stets notariell beurkundet sein müsse, damit der Vorsorgebevollmächtigte – anstelle eines gesetzlichen Vertreters des geschäftsunfähigen Antragstellers – die eidesstattliche Versicherung abgeben kann.

Denn ein Formerfordernis besteht an dieser Stelle nur für die eidesstattliche Versicherung selbst, nicht aber für die zugrunde liegende Vollmacht. Diesbezüglich greift u. E. der allgemeine Grundsatz des **§ 167 Abs. 2 BGB**, wonach die Form der Vollmacht prinzipiell **unabhängig von der Form ist, die für das Vertretergeschäft gilt**. § 167 Abs. 2 BGB verwirklicht den Trennungsgrundsatz für das Verhältnis von Vollmacht und Vertretergeschäft hinsichtlich der Form (MünchKommBGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 167 Rn. 13).

### 3. Erlass der eidesstattlichen Versicherung

In Betracht kommt zudem ggf. ein Erlass der eidesstattlichen Versicherung durch das Nachlassgericht. Dies sieht § 352 Abs. 3 S. 4 FamFG für den Fall vor, dass das Nachlassgericht eine solche für nicht erforderlich hält. In der Praxis verfahren die Gerichte mit dieser Möglichkeit sehr restriktiv. Die Beurteilung liegt **im pflichtgemäßen Ermessen des Nachlassgerichts** (vgl. Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2356 Rn. 17; MünchKommFamFG/Grziwotz, § 352 Rn. 101).

In Betracht kommt ein Erlass der eidesstattlichen Versicherung etwa, wenn das Gericht insgesamt von den zu ermittelnden Tatsachen überzeugt ist und gerade den (z. B. weiteren) Nachweis einer bestimmten Tatsache für nicht mehr notwendig erachtet oder wenn der Nutzen der Versicherung in keiner Relation zum Aufwand steht (Staudinger/Herzog, 2010, § 2356 Rn. 67 m. w. N.). Dabei geht man davon aus, dass sich eine eidesstattliche Versicherung in der Regel erübrige, wenn die Erbfolge eindeutig sei oder wenn etwa nach Beendigung der Testamentsvollstreckung oder Eintritt des Nacherbfalls ein neuer Erbschein beantragt werde und keine neuen Tatsachen vorlägen (Staudinger/Herzog, § 2356 Rn. 68; MünchKommFamFG/Grziwotz, § 352 Rn. 102 m. w. N.). Ferner kann die eidesstattliche Versicherung eines anderen Beteiligten genügen (Staudinger/Herzog, § 2356 Rn. 68).

In der aktuellen Kommentarliteratur zum FamFG wird ein Erlass im Einzelfall für den Erbscheinsantrag eines Berufsbetreuers als gesetzlichen Vertreter des Betreuten erwogen, falls er ohne Kontakt zum Erblasser war, bzw. in vergleichbaren Fällen **beim Erbscheinsantrag eines Vorsorgebevollmächtigten des geschäftsunfähigen**

**Erben** (so Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 352 Rn. 84).

Sollte im vorliegenden Fall im Hinblick auf die Geschäftsunfähigkeit der Antragstellerin im Rahmen der pflichtgemäßen Ermessensausübung des Nachlassgerichts auch ein Erlass der eidesstattlichen Versicherung in Frage kommen, dann dürfte erst Recht vom Nachlassgericht die Entgegennahme einer eidesstattlichen Versicherung der – wenn auch nur privatschriftlich – Bevollmächtigten in Betracht zu ziehen sein und diese im Rahmen der Beweiswürdigung Berücksichtigung finden können. Diese Erwägung wird auch in der jüngeren Literatur ausdrücklich als Argument herangezogen (so Harders, in: Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 352 Rn. 23).

## Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Abruf-Gutachten.

**MaßnG-GesR §§ 2, 5 Abs. 1 Nr. 2; HGB §§ 161, 119 Anwendung des MaßnG-GesR auf Publikums-GmbH & Co. KG; Personengesellschaft; Publikums-gesellschaft; Umlaufverfahren**

Abruf-Nr.:

**ErbStG § 3**

**Berücksichtigung von Pflichtteilsansprüchen als Nachlassverbindlichkeiten bei der Erbschaftsteuer; Auswirkung des Urteils des BFH v. 5.2.2020 – II R 1/16 und II R 17/16**

Abruf-Nr.:

# Rechtsprechung

BGB § 1193 Abs. 2 S. 2; ZPO §§ 724, 726

**Der Notar muss im Klauselerteilungsverfahren die Zulässigkeit eines prozessualen Nachweisverzichts nicht prüfen**

**a) Bei dem Kündigungserfordernis des § 1193 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt es sich grundsätzlich um eine Vollstreckungsbedingung im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO, wenn sich der Schuldner in der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde in Ansehung der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.**

**b) Enthält die Urkunde außerdem die Erklärung, dass dem Gläubiger ohne Nachweis der das Bestehen und die Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung begründenden Tatsachen eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde erteilt werden kann, führt dies dazu, dass das Klauselerteilungsorgan auf Antrag eine einfache Vollstreckungsklausel gemäß § 724 ZPO zu erteilen hat.**

**c) Ob dieser Nachweisverzicht aus materiell-rechtlichen Erwägungen unwirksam ist, ist im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich nicht zu prüfen und kann deshalb vom Schuldner nicht mit Erfolg mit einer Klauselerinnerung (§ 732 ZPO) geltend gemacht werden.**

BGH, Beschl. v. 7.10.2020 – VII ZB 56/18

## Problem

In der Praxis wird im Rahmen der Grundschuldbestellung üblicherweise neben der Zwangsvollstreckungsunterwerfung auch ein sog. „Nachweisverzicht“ in die Grundschuldbestellungsurkunde aufgenommen (vgl. ausführlich mit kritischer Würdigung des Begriffs Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl. 2018, Rn. 6.44 f.). Auf Grundlage dieses Verzichts erteilt der Notar als Klauselerteilungsorgan den Banken oft schon kurze Zeit nach der Errichtung der Urkunde eine vollstreckbare Ausfertigung.

§ 1193 Abs. 1 BGB sieht vor, dass das Kapital einer Grundschuld erst nach vorangegangener Kündigung fällig wird, wobei die Kündigungsfrist sechs Monate beträgt. Seit dem Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes sind gem. § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB abweichende Regelungen bei Sicherungsgrundschulden nicht mehr zulässig.

Die Zulässigkeit des oben erwähnten Nachweisverzichts wird seit der Einführung von § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB

in der Literatur intensiv diskutiert. Die überwiegende Mehrheit der Literaturstimmen sieht in dieser Klausel keinen Verstoß gegen § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB (Palandt/Herrler, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1193 Rn. 3; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2019, § 1193 Rn. 11; MünchKommBGB/Lieder, 8. Aufl. 2020, § 1193 Rn. 10; BeckOGKBGB/Rebhan, Std.: 1.9.2019, § 1193 Rn. 18; Reymann, FS Martinek, 2020, S. 653, 671; Schindeldecker, RNotZ 2016, 440, 446; Everts, MittBayNot 2020, 195; a. A. Hecht, Die Struktur der Grundpfandrechte nach dem Risikobegrenzungsgesetz, 2012, S. 178-182; Zöller/Geimer, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 797 Rn. 12). Der BGH hat mehrfach die grundsätzliche Zulässigkeit von Nachweisverzichten im Rahmen einer Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung bestätigt, musste sich bisher aber nicht mit der Zulässigkeit des Verzichts im Zusammenhang mit einer nach dem 19.8.2008 bestellten Sicherungsgrundschuld befassen. Das LG Düsseldorf und das LG Münster haben einen Nachweisverzicht bei einer Sicherungsgrundschuld allerdings kürzlich für unwirksam erklärt (LG Düsseldorf RNotZ 2020, 102 mit Bspr. von Lindemeier, RNotZ 2020, 86; LG Münster MittBayNot 2020, 194 m. abl. Anm. Everts).

Der VII. Zivilsenat des BGH hat sich nunmehr in seinem Beschluss v. 7.10.2020 nicht unmittelbar mit der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des umstrittenen Nachweisverzichts befassen, sondern mit der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung durch den Notar auf Grundlage eines solchen Nachweisverzichts. Im zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Notar eine Grundschuld beurkundet, die den üblichen Nachweisverzicht enthielt, und ohne Prüfung der Voraussetzungen von § 1193 Abs. 1 BGB eine mit einfacher Klausel gem. § 724 ZPO versehene vollstreckbare Ausfertigung erteilt. Die von der Schuldnerin erhobene Klauselerinnerung hatte das Amtsgericht zurückgewiesen. Das LG Saarbrücken als Beschwerdegericht hatte die Zwangsvollstreckung aus der vom Notar erteilten Klausel für unzulässig erklärt.

## Entscheidung

Der BGH hat sich der Rechtsauffassung des LG Saarbrücken nicht angeschlossen, sondern die Entscheidung aufgehoben. Zunächst stellt das Gericht klar, dass die „Erklärung eines solchen Nachweisverzichts [...] nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich zulässig“ sei. Dies bezieht sich allerdings auf den Nachweisverzicht im Allgemeinen und nicht konkret auf Sicherungsgrundschulden, die der Rechtslage nach dem Risikobegrenzungsgesetz unterfallen.

Das Gericht führt dann aus, dass eine etwaige materiell-rechtliche Unwirksamkeit des Nachweisverzichts gemäß oder entsprechend § 134 BGB oder §§ 307 ff. BGB im



Klauselerteilungsverfahren aufgrund von dessen eingeschränktem Prüfungsmaßstab nicht zu prüfen sei. Die Auswirkungen von § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB auf vollstreckungsrechtliche Erklärungen seien im Klauselerteilungsverfahren gerade nicht zu berücksichtigen. Daher dürfe der Notar den Nachweisverzicht als wirksam behandeln und eine einfache Vollstreckungsklausel erteilen. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes sei nicht geboten, da der Schuldner nicht rechtsschutzlos gestellt sei. Vielmehr bestehe ab dem Zeitpunkt der Errichtung der notariellen Urkunde die Möglichkeit, eine etwaige Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung nebst Nachweisverzicht im Wege einer prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO geltend zu machen.

Im Ergebnis bestätigt der BGH damit die Zulässigkeit der gängigen Praxis, nach der Bestellung der Grundschuld ohne weitere Prüfung des Bestehens und der Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen. Die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit eines Nachweisverzichts im Rahmen von Sicherungsgrundschulden bleibt jedoch weiterhin höchstrichterlich unbeantwortet.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225  
E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

**Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit