

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Abruf-Nr.: 142000**

**letzte Aktualisierung: 10. August 2015**

**BGB §§ 1162, 1170; FamFG §§ 31, 449, 450**

**Aufgebotsverfahren; Mittel der Glaubhaftmachung; eidesstattliche Versicherung; Versicherung an Eides statt; Form; notarielle Beurkundung**

**I. Sachverhalt**

Wenn der Brief einer Grundsuld/Hypothek nicht mehr auffindbar ist, wird typischerweise das Aufgebotsverfahren durchgeführt, und zwar – abhängig von den Sachverhaltsdetails – entweder als Briefaufgebot oder als Gläubigeraufgebot. Die Tatsachen, die glaubhaft gemacht werden müssen, werden meist jedenfalls auch durch die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung glaubhaft gemacht.

Die Form dieser eidesstattlichen Versicherung ist im Gesetz – insbesondere in § 31 FamFG – nicht geregelt. In § 38 BeurkG ist zwar geregelt, dass bei der Beurkundung einer eidesstattlichen Versicherung eine Niederschrift nach §§ 8 ff. BeurkG erforderlich ist. Es ist aber, soweit ersichtlich, auch im sonstigen Prozessrecht anerkannt, dass eine eidesstattliche Versicherung auch unmittelbar gegenüber dem Gericht abgegeben werden kann und dann nicht beurkundet wird.

Mit dem Amtsgericht K. gibt es seit Jahren immer wieder Diskussionen darüber, welche Form für die eidesstattliche Versicherung bei dem Antrag auf Gläubiger- oder Briefaufgebot einzuhalten ist. Dabei hat das AG teilweise differenziert zwischen Briefaufgebot (privatschriftliche Versicherung gegenüber dem Amtsgericht ausreichend) und Gläubigeraufgebot (notarielle Beurkundung erforderlich). Die zuständige Rechtspflegerin will künftig nur noch notariell beurkundete eidesstattliche Versicherungen zulassen, da sie diesen (aufgrund des notariellen Verfahrens) eine höhere Richtigkeitsgewähr beimesse.

**II. Fragen**

1. Welche Form ist für die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach §§ 449, 450 FamFG bei dem Aufgebot eines Grundsuldbriefes (oder Hypothekenbriefes) nach § 1162 BGB erforderlich?
2. Welche Form ist für die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach §§ 449, 450 FamFG bei dem Aufgebot des Gläubigers einer Grundsuld (oder Hypothek) nach § 1170 BGB erforderlich?

**III. Zur Rechtslage**

1. Für den Fall des **Aufgebotsverfahrens nach § 1170 BGB**, wenn also ein unbekannter Gläubiger mit seinem Recht ausgeschlossen werden soll, gelten die verfahrensrechtlichen Vorschriften der §§ 447 ff. FamFG. Für die Glaubhaftmachung nach §§ 449, 450 Abs. 3 S. 1 FamFG gelten die allgemeinen Regelungen des § 31 FamFG, wobei die eidesstattliche Versicherung vom Gesetzgeber regelmäßig als ausreichendes Instrument der Glaubhaftmachung angesehen wird (BeckOK-FamFG/Schlögel, Ed. 15, Stand: 1.1.2015, § 450 Rn. 3; Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, 2. Aufl. 2013, § 450 Rn. 2).
2. Im Falle des **Aufgebotsverfahrens nach § 1162 BGB**, wenn also der Hypothekenbrief (bzw. Grundschuldbrief i. V. m. § 1192 Abs. 1 BGB) für kraftlos erklärt werden soll, ist das Verfahren in §§ 466 ff. FamFG geregelt. Der notwendige Inhalt der Antragsbegründung ist in § 468 FamFG geregelt. Nach § 468 Nr. 2 FamFG hat der Antragsteller zur Begründung seines Antrags den Verlust der Urkunde sowie diejenigen Tatsachen glaubhaft zu machen, von denen seine Berechtigung abhängt, das Aufgebotsverfahren zu beantragen. Im Rahmen der Glaubhaftmachung kann sich der Antragsteller nach § 31 Abs. 1 FamFG aller Beweismittel bedienen (Wilsch, FGPrax 2012, 231, 232). Weiterhin hat der Antragsteller die **Versicherung der Wahrheit seiner Angaben an Eides statt anzubieten** (§ 468 Nr. 3 FamFG). Ob eine solche eidesstattliche Versicherung verlangt wird, liegt im **pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts** (Wilsch, FGPrax 2012, 231, 232). *Wilsch* weist jedoch auf Folgendes hin:

„Die Literatur hält eine eidesstattliche Versicherung zwar nur für erforderlich, sofern die Glaubhaftmachung nicht ausreichend erscheint (Keidel/Giers, FamFG, 17. Aufl., § 468 Rn. 3), die Praxis besteht jedoch regelmäßig auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung, um das Verfahren auf eine tragfähige Grundlage zu stellen.“

(Wilsch, FGPrax 2012, 231, 232)

3. Abgegeben werden kann die eidesstattliche Versicherung **mündlich vor dem Gericht** oder **schriftlich** durch Einreichung des **Originals** oder einer **notariell beglaubigten Abschrift**; während die Übersendung einer einfachen Kopie diesen Anforderungen nicht genügt, ist die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung **per Telefax möglich**, sofern das Original vom Erklärenden unterschrieben und mit seinem Wissen und Willen an das Telefaxgerät des Gerichts übermittelt worden ist (BayObLG NJW 1996, 406; BeckOK-FamFG/Burschel, Ed. 15, Stand: 1.4.2015, § 31 Rn. 6, 8; Bork/Jacoby/Schwab, § 31 Rn. 5; Prütting/Helms, FamFG, 3. Aufl. 2014, § 31 Rn. 9). **Eine besondere Form ist für die eidesstattliche Versicherung gerade nicht vorgeschrieben** (Keidel/Sternal, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 31 Rn. 11). Die eidesstattliche Versicherung bedarf im Falle der Durchführung eines Aufgebotsverfahrens insbesondere nicht der notariellen Beurkundung, **da das Aufgebotsverfahren keine dem § 2356 Abs. 2 BGB entsprechende Vorschrift kennt**. Auch aus § 22 Abs. 2 BNotO kann nichts anderes abgeleitet werden, da die Vorschrift lediglich die Zuständigkeit bzw. Befugnis des Notars zur Aufnahme von eidesstattlichen Versicherungen in den Fällen regelt, in denen einer Behörde oder sonstigen Dienststelle eine tatsächliche Behauptung oder Aussage glaubhaft gemacht werden soll. Selbiges gilt auch für § 38 BeurkG als beurkundungsrechtlicher Ergänzung des § 22 BNotO.
4. Einzig *Keith* (BeckOF Vertrag, 28. Ed. 2014, Stand: 1.4.2014, 8.4.29 Anm. 4) verlangt für die eidesstattliche Versicherung die notarielle Beurkundung. Woraus das Bedürfnis dafür abzuleiten ist, lässt sich den Formularanmerkungen leider nicht entnehmen. Es widerspricht der im Übrigen ganz herrschenden Auffassung.

5. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die eidesstattliche Versicherung nach § 450 Abs. 3 S. 1 FamFG und nach § 468 Nr. 3 FamFG **nicht der notariellen Beurkundung bedarf**. Sie kann beispielsweise schriftlich durch Einreichung des Originals oder Übermittlung per Telefax abgegeben werden; soll eine Abschrift bei Gericht eingereicht werden, muss diese jedoch notariell beglaubigt werden (s. o.). Im Übrigen nimmt der Notar die eidesstattliche Versicherung auch nur auf, da er grundsätzlich **keine zur Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung zuständige Behörde ist** (Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 6. Aufl. 2013, § 38 BeurkG Rn. 14, auch zu den Ausnahmen). Strafbewehrt ist insofern jedoch erst die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung (vgl. § 156 StGB). Die Forderung nach einer notariellen Beurkundung der eidesstattlichen Versicherung entbehrt einer gesetzlichen Grundlage. Dies dürfte auch mit Blick auf eine etwaige Beglaubigung der Unterschrift gelten. Zwar spräche für das Erfordernis einer Beglaubigung, dass nur so die Identität des Unterzeichnenden mit hinreichender Sicherheit feststehe, jedoch dürfte dies wegen der grundsätzlichen Formfreiheit nur bei konkreten Zweifeln ermessensgerecht sein.