

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 108124

letzte Aktualisierung: 23. Dezember 2010

§§ 371, 1191 BGB

Verfahren bezüglich einer im Rahmen des Vollzugs eines Grundstückskaufvertrags von der abzulösenden Grundpfandrechtsgläubigerin zurückerhaltenen vollstreckbaren Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde

I. Sachverhalt

Oftmals wird Notaren von Grundpfandrechtsgläubigern im Rahmen des Vollzugs von Grundstückskaufverträgen zur Lastenfreistellung neben der Löschungsbewilligung auch die vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde zugesandt.

II. Frage

Wie soll nach Vollzug der Löschung des Grundpfandrechts im Grundbuch mit der vollstreckbaren Ausfertigung verfahren werden?

Als Lösungsalternativen kommen die Rückgabe an die Beteiligten, die Rückgabe an die Bank sowie die Vernichtung der vollstreckbaren Ausfertigung mit Vermerk der Vernichtung auf der Urschrift bei einer in der eigenen Amtsstelle beurkundeten Grundschuld, anderenfalls die Weitergabe an den die Grundschuld beurkundenden Kollegen in Betracht.

III. Zur Rechtslage

1. Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung entsprechend § 371 BGB

Nach Ansicht des BGH und der inzwischen h. L. ist die **Vorschrift des § 371 BGB auf vollstreckbare Ausfertigungen** in der Weise **entsprechend anwendbar**, dass ein Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung besteht, wenn die titulierte Schuld durch Befriedigung erloschen ist oder von Anfang an nicht bestanden hat (BGH, DNotZ 1994, 471 = NJW 1994, 1161; BGHZ 127, 146 = DNotZ 1995, 139). Umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob die Herausgabe nur dann verlangt werden kann, wenn der Titelschuldner erfolgreich Vollstreckungsabwehrklage erhoben hat oder die Unzulässigkeit der Vollstreckung zumindest unstreitig ist (dafür PWW/Pfeiffer, BGB, 5. Aufl. 2010, § 371 Rn. 4; Staudinger/Olzen, BGB, Neubearb. 2006, § 371 Rn. 7; OLG Karlsruhe, OLGR 2007, 412; dagegen MünchKomm/Wenzel, BGB, 5. Aufl. 2007, § 371 Rn. 8; offen lassend BGH, BGHZ 127, 146 = DNotZ 1995, 139; NJW-RR 2008, 1512 = DStR 2008, 1841;

zusammenfassend Gutachten DNotI-Report 1996, 63 f.). Dieser Anspruch hat den Zweck, einen Missbrauch des Vollstreckungstitels durch den Gläubiger zu verhindern (vgl. BGH NJW 2004, 2904).

Hinsichtlich der Grundsschuldbestellungsurkunde muss allerdings **zwischen der kausalen (Darlehens-) Forderung einerseits und der Forderung aus dem abstrakten Schuldversprechen andererseits unterschieden werden**. Ob die Forderung aus dem abstrakten Schuldversprechen erloschen ist, wird der Notar regelmäßig nicht abschließend beurteilen können. Zahlungen des Schuldners werden in der Praxis zumeist nur auf die zugrunde liegende Forderung und nicht auf Grundsschuld und abstraktes Schuldversprechen erbracht (zum Ganzen Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 804 ff.). In Betracht kommt ferner der Abschluss eines Erlassvertrages (§ 397 Abs. 1 BGB), wobei dieser noch nicht alleine in der Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung an den Notar (bzw. der Erklärung der Gläubigerin über die Haftentlassung wegen ggf. geltend gemachter Treuhandaufgaben) gesehen werden kann, da es dem Notar insoweit an einer Vollmacht fehlen wird, für den Schuldner zu handeln (dazu sogleich).

Ob § 371 BGB auch dann anwendbar ist, wenn zwar die titulierte Forderung noch besteht, der Sicherungszweck aber erledigt ist, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht ausführlich erörtert. Es steht aber fest, dass **ein abstraktes Schuldversprechen dann zurückzugewähren ist** – wobei als Anspruchsgrundlagen der Sicherungsvertrag und die §§ 812 ff. BGB in Betracht kommen (vgl. auch § 812 Abs. 2 BGB) –, wenn das Grundgeschäft nachträglich erloschen ist, insbesondere also dann, **wenn sich der Sicherungszweck erledigt hat** (BGH, NJW-RR 1999, 573; OLG Saarbrücken, MDR 1998, 828; MünchKomm-BGB/Habersack, 5. Aufl. 2009, § 780 Rn. 47; vgl. zur Rückgewähr der Grundsschuld auch Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl. 2008, Rn. 514 ff.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 2335; zu dem Ausnahmefall eines unwirksamen abstrakten Schuldversprechens OLG Dresden, BKR 2003, 114). Dass aus diesem **Rückgewähranspruch** auch ein **Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung** folgt, wird meist nicht ausdrücklich erwähnt, aber offenbar als selbstverständlich vorausgesetzt (so wohl OLG München, WM 2008, 580 und OLG Brandenburg, BeckRS 2008, 26217, Teil II. 2. b der Urteilsgründe; ebenso Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, Rn. 19.53, der von der Kondizierbarkeit des „Titels“ bei Wegfall der causa für das Behaltendürfen des Titels spricht). **Voraussetzung** hierfür ist, dass **die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Titel endgültig feststeht** (s. Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rn. 47.70), was unstreitig oder durch Urteil nach § 767 ZPO nachgewiesen sein muss. Dieses Ergebnis – Herausgabepflicht – entspricht dann i.E. einer entsprechenden Anwendung des § 371 BGB (vgl. Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rn. 47.69 ff.). Hierfür spricht u.E. auch, dass sich aus dem Anspruch des Titelschuldners auf Rückgewähr einer Sicherheit und der damit verbundenen Einrede die **Möglichkeit einer Vollstreckungsgegenklage gegen die Verwertung der Sicherheit** ergibt (hierzu OLG Köln, ZIP 1980, 112, 113). Für die Begründetheit einer Vollstreckungsgegenklage – und damit die entsprechende Anwendung des § 371 BGB – ist es aufgrund der **Verknüpfung zwischen Darlehensforderung und Schuldversprechen durch den Sicherungsvertrag** unerheblich, ob die zu sichernde Forderung oder das Schuldversprechen als solches erloschen ist, vorausgesetzt, der Sicherungszweck hat sich endgültig erledigt (s. etwa OLG Saarbrücken, DNotZ 2004, 712; OLG Brandenburg, BeckRS 2008, 17201, vgl. auch BGH, NJW-RR 2002, 282; MünchKomm-ZPO/K. Schmidt, 3. Aufl. 2007, § 767 ZPO Rn. 68).

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass dann, wenn die titulierte Schuld erloschen ist oder sich der Sicherungszweck erledigt hat, ein Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Gläubiger besteht.

2. Erfüllung dieses Anspruchs

- a) Werden die Ablöseforderungen der Grundpfandrechtsgläubigerin im Rahmen des Vollzugs des Kaufvertrages erfüllt, wird sich dadurch zumeist auch der Sicherungszweck erledigen. Denkbar ist zwar, dass die Gläubigerin nicht in voller Höhe befriedigt wird, so dass sie sich anschließend die Möglichkeit der Vollstreckung aus dem abstrakten Schuldversprechen offen halten will. Jedenfalls dann, wenn dem Notar – nach Erfüllung der geltend gemachten Treuhandaufgaben – auch die vollstreckbare Ausfertigung auflagenfrei überlassen wird, wird man davon aber nicht ausgehen können. Gemäß den vorstehenden Ausführungen besteht dann neben dem Rückgewähranspruch bezüglich des Grundpfandrechts (hierzu Gaberdiel/Gladenbeck, Rn. 723 ff.), der durch Löschung des Grundpfandrechts im Rahmen des Vollzugs des Kaufvertrags erfüllt wird, ein Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung entsprechend § 371 BGB. Wenn die Gläubigerin diese Unterlagen dem Notar überlässt, wird es letztlich ihr **Ziel sein, dass auch dieser Anspruch erfüllt wird.**
- b) Nach § 362 Abs. 1 BGB erlischt ein Anspruch dann, **wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird.** Eine Leistung an dessen Vertreter oder Hilfsperson steht dem nur dann gleich, wenn dadurch der geschuldete Leistungserfolg herbeigeführt wird (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl. 2011, § 362 Rn. 4; Staudinger/Olzen, § 362 Rn. 35). Die Leistung an einen Dritten hat nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB nur dann befreiende Wirkung, wenn der Dritte vom Gläubiger zur Entgegennahme der Leistung ermächtigt ist.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Übergabe der vollstreckbaren Ausfertigung an den Notar (die der Notar nach der Entlassung aus dem Treuhandauftrag auflagenfrei verwenden kann) erfüllungstauglich ist. Sind keine weiteren Abreden getroffen, kommen als Grundlagen für eine Ermächtigung zur Entgegennahme nur im Kaufvertrag erteilte Vollmachten in Betracht. Ob diese auch die Entgegennahme der vollstreckbaren Ausfertigung decken, ist Auslegungsfrage und macht die Beurteilung sämtlicher Umstände des jeweiligen Einzelfalles erforderlich. Die üblichen Formulierungen enthalten u. E. aber regelmäßig keine dahingehende Ermächtigung.

Selbst umfassende Vollmachten beziehen sich zumeist nur auf den Vollzug der notariellen Urkunde selbst. Der Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung hat demgegenüber keinen unmittelbaren Zusammenhang zu dem beurkundeten Kaufvertrag, sondern entsteht nur mittelbar aufgrund der Durchführung des Kaufvertragsvollzuges. Auch der BGH ist in einem ähnlich gelagerten Fall davon ausgegangen, dass der Herausgabeanspruch **nicht dadurch erfüllt wird, dass der Gläubiger die Ausfertigung einem Notar zur Aufbewahrung übergeben und auf die Rückgabe unwiderruflich verzichtet hat.** Vielmehr sei die Herausgabe des Titels dadurch unmöglich geworden, sodass die Gläubigerin nunmehr verpflichtet sei, den Notar zur Herausgabe des Titels (im konkret entschiedenen Fall: Zug um Zug gegen Löschung von im Grundbuch eingetragenen Rechten) anzuweisen (BGH DNotZ 1994, 471 = NJW 1994, 1161).

Vor diesem Hintergrund wird es sich u. E. empfehlen, die **vollstreckbare Ausfertigung** nach Erfüllung der Treuhandaufgaben und Löschung des Grundpfandrechts im Grundbuch **an den Grundpfandrechtsschuldner zu übersenden.** Um einen Missbrauch des Titels

gänzlich auszuschließen, könnte man ihm empfehlen, diese vollstreckbare Ausfertigung zu vernichten.

3. Rechtsfolgen einer Vernichtung der vollstreckbaren Ausfertigung durch den Notar

Unklar ist schließlich, welche Rechtsfolgen sich ergeben, wenn der Notar die vollstreckbare Ausfertigung vernichtet, anstatt sie an den Grundpfandrechtsschuldner auszuhändigen. Der Herausgabeanspruch könnte dadurch aufgrund Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB erlöschen. Auch die Möglichkeit der Erteilung einer Zweitausfertigung hat der BGH verneint, wenn die vollstreckbare Ausfertigung an den Notar herausgegeben wurde und zugleich unwiderruflich auf die Rückgabe verzichtet wurde (BGH DNotZ 1994, 471 = NJW 1994, 1161). Der Notar sollte dies ggf. durch Vermerk auf der Urschrift sicher stellen. In Anbetracht der insoweit umgeklärten Rechtslage erscheint es u. E. aber in jedem Fall vorzugswürdig, wenn der Notar die vollstreckbare Ausfertigung mit Erfüllungswirkung an den Grundschuldschuldner aushändigt.