

anderer Anknüpfungspunkt für den Verschuldensvorwurf als die falsche Rechtsauffassung des Notars lässt sich schwer finden. Denn der Vorwurf, der Notar hätte auch bei seiner Rechtsauffassung zusätzliche Sicherungsmechanismen einbauen müssen, geht wohl ins Leere:

Eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen der Räumungsverpflichtung ist bei Mietverträgen nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unwirksam; eine Anzahlung für den gesamten Zeitraum der Nutzungsüberlassung verstößt bei Mietverträgen über Wohnraum gegen § 551 Abs. 4 BGB. Ein Rücktrittsrecht für den gesamten Vertrag sowie eine Löschungsvollmacht für die Vormerkung bei Nichtzahlung der Nutzungsentschädigung wären denkbar gewesen, aber auch dann hätten die Kl. zumindest auf Räumung klagen müssen. Die erörterten Sicherungsinstrumente sind also nach der (unzutreffenden) Rechtsauffassung des Notars rechtlich unzulässig oder ineffektiv. Insofern hatte der Notar durchaus Recht: Bei einem Mietvertrag sind die Sicherungsmöglichkeiten des Vermieters sehr begrenzt (§ 551 Abs. 1, Abs. 4 BGB).

Der Notar muss freilich seine Rechtsauffassung hinterfragen und „sicherheitshalber“ mit einer anderen Rechtslage rechnen. Ein beiden Rechtslagen Rechnung tragender „Königsweg“ war hier aber nicht ersichtlich. Da die Annahme eines Mietvertrages nicht von vornherein abwegig und unvertretbar erscheint (insbesondere weil Mietverträge zusammen mit aufschiebend bedingt geschlossenen Kaufverträgen durchaus beurkundet werden und Mietverträge bleiben), hätte man sich Erörterungen dazu gewünscht, worin die Fahrlässigkeit des Notars lag, als er sich über die Rechtslage irrte.

5. Die Ausführungen zur Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden sind nicht überzeugend, weil auch die vorgeschlagenen Alternativregelungen das Risiko vergleichbarer Schäden nach sich gezogen hätten. Werden die Anforderungen an eine sorgfältige Kausalitätsprüfung aufgeweicht, so besteht die Gefahr, dass die Funktion des Notarhaftungsprozesses ausgeweitet wird auf eine Sanktion für nichtkausale Pflichtverletzungen. Derartige Sanktionen sind allerdings ausschließlich der Dienstaufsicht vorbehalten. Auch das Verschulden hätte einer ausführlichen Begründung und einer exakten Subsumtion bedurft, die das OLG und der BGH leider schuldig geblieben sind. Begrüßenswert ist allemal die obergerichtliche Klärung einer bislang ungeklärten Rechtsfrage.

*Notarassessor Stefan Heinze, Köln*

#### **11. Notarrecht – Keine Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO im Klauselerteilungsverfahren**

(LG Freiburg, Beschluss vom 5. 9. 2006 – 4 T 122/06 – mitgeteilt und mit Anm. von *Notarassessor Marc Heggen, Würzburg*)

**BeurkG § 54**

**BNotO § 15 Abs. 2**

**ZPO § 797 Abs. 2**

**Die Zulässigkeit eines Vorbescheids, durch den der Notar die Umschreibung einer Vollstreckungsklausel ankündigt, erscheint nicht zweifelsfrei. Jedenfalls hat das LG im Rahmen der Beschwerde gegen einen solchen**

**Vorbescheid im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit weder über formelle noch über materielle Einwendungen des Vollstreckungsschuldners gegen die Klauselerteilung oder die Klauselumschreibung zu entscheiden. § 54 Abs. 2 BeurkG eröffnet nur dem Gläubiger das Rechtsmittel der Beschwerde zum LG zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Erteilung oder Umschreibung der Vollstreckungsklausel. Der Vollstreckungsschuldner hat weder bei Erteilung oder bei Umschreibung der Klausel noch bei entsprechender Ankündigung ein vergleichbares Beschwerderecht. Nach Erteilung bzw. Umschreibung der Klausel ist er auf das Erinnerungsverfahren beim hierfür ausschließlich zuständigen AG beschränkt**

#### **Zum Sachverhalt:**

I. Der Bf. ist in den Wohnungseigentumsgrundbüchern von ... als Wohnungseigentümer eingetragen. Das jeweilige Wohnungseigentum ist an Miteigentumsanteilen des Grundstücks Flurstück Nr. 776/12, 19,74 ar begründet worden.

Das Grundstück Flurstück Nr. 776/12 war zuvor im Grundbuch von ... Blatt 536 unter laufender Nr. 4 des Bestandsverzeichnisses eingetragen gewesen. Es war am 17. 3. 1995 von Blatt 791 des Grundbuchs von ... nach Blatt 536 unter laufender Nr. 3 des Bestandsverzeichnisses mit 9,99 ar übertragen worden. Dort war bereits unter der laufenden Nr. 2 des Bestandsverzeichnisses das Grundstück Flurstück Nr. 776/21 eingetragen gewesen. Es hatte eine Fläche von 9,75 ar.

Das Grundstück Flurstück Nr. 776/12 war bereits zuvor als laufende Nr. 1 des Bestandsverzeichnisses auf Blatt 536 des Grundbuchs eingetragen gewesen und wurde am 25. 7. 1992 im Zusammenhang mit einer Veräußerung nach Blatt Nr. 791 des Grundbuchs von ... übertragen. In diesem Zusammenhang wurde eine Grundsuld über 670 000,- DM für die Volksbank F. eingetragen. Bei der Rückübertragung des Grundstücks Flurstück Nr. 776/12 am 17. 3. 1995 wurde diese Grundsuld im Grundbuch von ... Blatt 536 in Abt. III unter der laufenden Nr. 9 bezogen auf den Eintrag im Bestandsverzeichnis Nr. 3, also bezüglich des Grundstücks 776/12 (9,99 ar), mit übertragen und eingetragen.

Im Jahre 1994/1995 entschlossen sich der oder die Eigentümer, die Grundstücke Flurstücke Nr. 776/21 und 776/12 zu einem Grundstück zusammenzufassen. Dem GBA ging ein „Antrag auf Vereinigung“, beglaubigt durch das Vermessungsamt, zu. Dementsprechend wurden nun die Eintragungen in den laufenden Nr. 2 und 3 des Bestandsverzeichnisses bezüglich der Grundstücke 776/21 und 776/12 gelöscht und das Grundstück mit einer Gesamtfläche von 19,74 ar unter laufender Nr. 4 eingetragen. Gleichzeitig wurde die laufende Nr. 3 in der Spalte der belasteten Grundstücke im Bestandsverzeichnis bezüglich der Grundsuld über 670 000,- DM gerötet und durch die laufende Nr. 4 des Bestandsverzeichnisses, also bezogen auf das vereinigte Grundstück, insgesamt ersetzt. Somit lastete die Grundsuld nun ausweislich des Grundbuchs auf einer Grundstücksfläche von 19,74 ar.

In der Folge kam es durch den Grundstückseigentümer zur Begründung von Wohnungseigentum nach § 8 WEG bezogen auf das Grundstück Flurstück Nr. 776/12. Dabei wurde gleichzeitig das jeweilige Wohnungseigentum jeweils mit der Grundsuld über 670 000,- DM bzw. 342 565,56 € belastet (Gesamtgrundschuld). Als Grundsuldgläubigerin wurde die Volksbank F. eingetragen. Diese hat die Grundsuld an die M. Hypothekensbank, die weitere Bet. des Verfahrens, abgetreten. Die Abtretung ist im Grundbuch vollzogen.

Die Grundsuldbestellung über 670 000,- DM erfolgte am 10. 2. 1992 in öffentlicher Urkunde durch das Notariat F. Darin

unterwarf sich der Bf. der persönlichen Haftung mit Zwangsvollstreckung, gleichzeitig wurde bestimmt, dass der jeweilige Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung unterliegt.

Das Notariat hat der Volksbank F. unter dem 7. 4. 1992 eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Grundschuldbestellungsurkunde erteilt.

Die M. Hypothekenbank hat beantragt, die Vollstreckungsklausel umzuschreiben, nachdem sie Grundpfandgläubigerin geworden ist.

Der Notar hat über die Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht sofort entschieden, sondern unter dem 13. 4. 2006 einen Vorbescheid erlassen, in dem er ankündigte, die Vollstreckungsklausel entsprechend dem Antrag der M. Hypothekenbank umzuschreiben. Dies sei geboten, weil Unsicherheit bestehe bezüglich des wirksamen Entstehens von Sondereigentumseinheiten und der daran bestehenden Belastungen sowie der Anwendung der Gutgläubensschutzregeln. Er gehe davon aus, dass lediglich eine Vereinigung der Grundstücke Flurstück Nr. 776/21 mit Flurstück Nr. 776/12 vorgelegen habe (§ 890 Abs. 1 BGB) und keine Bestandszuschreibung (§ 890 Abs. 2 BGB), so dass die Vorschrift des §§ 1131, 1192 BGB nicht Platz greife.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beschwerde des Schuldners. Er hält die Aufteilung des Grundstücks in Wohnungseigentum nach Vereinigung mehrerer Grundstücke mit unterschiedlicher Belastung nicht für zulässig. Im Ergebnis sei eine Zwangsvollstreckung nicht mehr möglich.

Dem ist die Grundpfandgläubigerin entgegengetreten. Sie ist der Auffassung, dass die Einwendungen des Schuldners materieller Art seien und im Klauselumschreibungsverfahren nicht zu berücksichtigen seien. Hier sei allenfalls die Vollstreckungsgegenklage gegeben. Im Übrigen habe sie die Gesamtgrundschuld an allen Wohnungseigentumsgrundbüchern gutgläubig erworben.

#### Aus den Gründen:

II. Das Rechtsmittel des Vollstreckungsschuldners ist zurückzuweisen, es ist nicht zulässig.

Die Frage, ob im vorliegenden Fall gemäß § 15 Abs. 2 BNotO ein Vorbescheid zulässig ist, nachdem der Notar nicht angekündigt hat, eine Amtshandlung zu verweigern, sondern diese vielmehr auszuführen, kann dahin gestellt bleiben. Denn Voraussetzung der Anfechtung des Vorbescheides durch den Vollstreckungsschuldner ist, dass dieser berechtigt ist, im Verfahren über die Klauselerteilung und Klauselumschreibung gemäß § 54 BeurkG i. V. m. § 797 Abs. 2 ZPO direkt ein Rechtsmittel zum LG einzulegen. Hierzu sind die Voraussetzungen nicht gegeben.

Die Rechtsmittelmöglichkeiten bei der Erteilung oder Umschreibung der Vollstreckungsklausel regelt § 54 Abs. 1 BeurkG. Danach ist lediglich gegen die Ablehnung der Erteilung einer Vollstreckungsklausel bzw. ihrer Umschreibung das Rechtsmittel der Beschwerde zum LG gegeben (§ 54 Abs. 2 BeurkG). § 54 BeurkG eröffnet daher nur dem Gläubiger die Möglichkeit, seinen Anspruch auf Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung beim LG durchzusetzen, gibt aber dem Vollstreckungsschuldner keine vergleichbaren Möglichkeiten. Dieser wird grundsätzlich auf das Erinnerungsverfahren beim AG verwiesen (§ 797 Abs. 3 ZPO). Hier kann er im Rahmen des § 732 ZPO formelle Einwendungen im Klauselerinnerungsverfahren vorbringen bzw. im Rah-

men des § 767 ZPO materielle Einwendungen im Wege einer Vollstreckungsgegenklage (zur fehlenden Beschwerdebefugnis des Schuldners vgl. OLG Frankfurt MDR 1997, 974; OLG Hamm NJW-RR 1999, 861; BayObLG Rpfleger 2000, 74 = MittRhNotK 1999, 393 = DNotZ 2000, 370).

Nach erteilter Klausel über Einwendungen des Schuldners im Klauselverfahren zu entscheiden ist das AG ausschließlich zuständig (§ 802 ZPO).

Dementsprechend kann es auch im Rahmen eines Vorbescheides nicht Sache des LG sein, formelle Einwendungen bzw. materielle Einwendungen des Vollstreckungsschuldners im Rahmen eines Vorbescheidsverfahrens nach § 15 Abs. 2 BNotO zu prüfen. In diesem Fall würde eine Verlagerung der Zuständigkeit vom ZPO-Verfahren des AG in das FGG-Verfahren beim LG erfolgen. Dies würde sich spätestens in dem Augenblick zeigen, wo das LG auf die Einwendungen des Schuldners hin den Vorbescheid aufheben und den Notar dazu anhalten würde, die Amtshandlung nun zu „verweigern“.

Betrachtet man den umgekehrten Fall, der Notar beabsichtigt die Klausel zu verweigern, weil er die Voraussetzungen nicht als gegeben ansieht, würde sich ein Vorbescheid erübrigen, da er in diesem Falle sofort durchentscheiden müsste. Hier hätte der Gläubiger das Beschwerderecht. Auch in diesem Verfahrenszug wird über Einwendungen des Schuldners nicht entschieden (vgl. OLG Frankfurt, Hamm a.a.O., keine weitere Beschwerde des Schuldners bei stattgebender Beschwerde des Gläubigers). Vor Erteilung der Klausel kann der Schuldner bei der Klauselumschreibung auf den Rechtsnachfolger lediglich gehört werden (§§ 730, 727 ZPO). Daraus folgt, dass der Schuldner nicht vorab durch einen vorgeschalteten Rechtsmittelzug am Klauselerteilungsverfahren selbst teilnehmen und damit eventuell die Klauselerteilung verhindern kann. Dieser wird ihm erst nach erteilter Klausel nach § 732 ZPO eröffnet (vgl. Zöller/Stöber, 25. Aufl., § 732 ZPO Rn. 13; zur h. L. kritisch MünchKomm/Wolfsteiner, 2. Aufl., § 724 ZPO Rn. 47).

#### Anmerkung:

1. Die hier zu besprechende Entscheidung des LG Freiburg betrifft eine in Rechtsprechung und Literatur leider bisher fast gar nicht behandelte Frage in Bezug auf die Handlungsmöglichkeiten des Notars im sog. Beurkundungsnachverfahren, speziell die Frage nach der Zulässigkeit eines notariellen Vorbescheid bei Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen.

Zwar ist diese Entscheidung des LG Freiburg einerseits aus notarieller Sicht zu bedauern, da sie dem Notar für einen wichtigen Bereich seiner Amtstätigkeit das hilfreiche Instrument des notariellen Vorbescheides nimmt, andererseits ist festzuhalten, dass nach der Systematik des BeurkG und der ZPO eine andere Entscheidung durch das Gericht tatsächlich nicht getroffen werden konnte. Mag man daher die Konsequenzen dieser Entscheidung auch aus notarieller Sicht bedauern, so muss ihr aus „rechtsdogmatischer Sicht“ doch uneingeschränkt zugestimmt werden.

2. Ausgangspunkt der Urteilsanalyse muss die Vorschrift des § 15 Abs. 2 BNotO sein. Diese Vorschrift eröffnet

praktisch im gesamten Tätigkeitsbereich des Notars die Möglichkeit, einen Vorbescheid seitens des Notars zu erlassen, mit dem er bei strittigen Rechtsfragen sich selbst aus der „Zwickmühle“ befreien kann, einerseits handeln zu müssen, andererseits die Rechtsfrage jedoch nicht verbindlich entscheiden zu können und damit möglicherweise erst von einem Gericht im Amtshaftungsprozess eines Besseren belehrt zu werden (so die treffende Charakterisierung von *Hertel*, FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, S. 167). Die durch § 15 Abs. 2 BNotO eröffnete Möglichkeit, im Rahmen eines Vorbescheides keine „vollendeten Tatsachen zu schaffen“, sondern von Seiten des Notars ein bestimmtes Verhalten anzukündigen, ist ein mittlerweile allgemein anerkanntes Handlungsmittel auf praktisch allen Gebieten der notariellen Tätigkeit (auch wenn es dem Autor scheint, dass die Praxis von dieser Handlungsmöglichkeit noch in viel zu geringem Umfang Gebrauch macht). Durch den Erlass eines notariellen Vorbescheides ist die Möglichkeit eröffnet, dass die Beteiligten einen effektiven präventiven Rechtsschutz gegen ein erst angekündigtes Handeln des Notars erlangen, insbesondere für den Fall, dass bei tatsächlichem Vollzug eventuell nicht wieder gutzumachende Schäden drohen. Umgekehrt ermöglicht der Vorbescheid dem Notar, sein Haftungsrisiko insoweit zu minimieren, als dass er die Beteiligten darauf verweisen kann, zunächst die Rechtslage durch Rechtsmittel gegen den Vorbescheid abzuklären. Hiermit vermeidet er die Entstehung eines endgültigen und eventuell umfangreichen Schadens gegen Inkaufnahme der Haftung für einen eventuellen Verzögerungsschaden (ausführlich zum notariellen Vorbescheid *Hertel*, a.a.O., S. 167 ff. sowie *Müller-Magdeburg*, Rechtsschutz gegen notarielles Handeln, 2005, Rn. 11 ff).

3. Sucht man nun in den Veröffentlichungen zum notariellen Vorbescheid bzw. in den Kommentierungen zu § 15 BNotO in den gängigen Kommentaren Auskunft zu der Frage, ob die Regelung des § 15 Abs. 2 BNotO (und damit der notarielle Vorbescheid) auch im Rahmen der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung (§§ 51 ff. BeurkG) zulässig ist, so findet man meistens entweder Stellungnahmen, die in Richtung der Zulässigkeit eines derartigen Vorbescheides auch bei der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung hindeuten oder aber zumindest keine ausdrückliche Aussage zu dieser Frage. So weist zwar *Hertel* (a.a.O., S. 170 f.) darauf hin, dass § 54 BeurkG eine Sonderregelung für die Ablehnung der Erteilung einer Vollstreckungsklausel beinhalte, führt jedoch dann aus, dass § 54 BeurkG als wichtigste Spezialregelung inhaltlich weitgehend § 15 Abs. 2 BNotO entspreche und daher die Ausführungen zum notariellen Vorbescheid auch im Rahmen des § 54 BeurkG grundsätzlich Anwendung finden könnten. Ebenso führt *Sandkühler* (in: *Arndt/Lerch/Sandkühler*, 5. Aufl. 2003, § 15 BNotO, Rn. 83) aus, dass sich die Beschwerde nach § 54 BeurkG von § 15 Abs. 2 BNotO nur darin unterscheide, dass § 54 BeurkG das Beurkundungsnachverfahren betreffe, während § 15 Abs. 2 BNotO das Berufsrecht der Notare erfasse. Unter Berufung auf eine Entscheidung des LG Stuttgart (MittBayNot 2003, 158 f. = RNotZ 2002, 417 f.) führen ferner *von Schuckmann/Preuß* (in: *Huhn/von Schuckmann*, 4. Aufl. 2004, § 51 BeurkG, Rn. 2) aus, dass der Notar auch einen beschwerdefähigen Vorbe-

scheid erlassen könne, mit dem er die Erteilung einer Ausfertigung ankündige. Sodann heißt es bei denselben Autoren zu § 54 BeurkG (a.a.O., § 54 BeurkG, Rn. 2), es sei mittlerweile allgemein anerkannt, dass § 15 Abs. 2 BNotO auch eine Beschwerdemöglichkeit für die Verweigerung sonstiger Amtstätigkeiten des Notars eröffne; in diesen Fällen könne dann ein Vorbescheid erlassen werden, gegen den gleichfalls die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO statthaft sei. Für das Beurkundungsnachverfahren seien diese Fälle dann speziell in § 54 BeurkG geregelt. Schließlich führt *Winkler* (16. Aufl. 2008, § 51 BeurkG, Rn. 34 a) aus, dass der Notar im Rahmen seiner Entscheidung, ob und wem Abschriften und Ausfertigungen einer Urkunde zu erteilen sind, auch einen Vorbescheid erlassen könne, der mit der einfachen Beschwerde nach § 54 BeurkG angefochten werden könne.

Auch wenn all diese Ausführungen nicht eindeutig zu der Frage Stellung nehmen, ob ein notarieller Vorbescheid auch im Falle der Entscheidung über die Erteilung oder Ablehnung einer vollstreckbaren Ausfertigung ergehen kann, scheinen doch alle diese angeführten Literaturstellen eher darauf hinzudeuten, dass ein solcher Vorbescheid wohl zulässig sein dürfte, verweisen sie doch auf die Zulässigkeit eines Vorbescheides bei der Frage der Erteilung von Abschriften und Ausfertigungen, ohne hiervon die vollstreckbare Ausfertigung ausdrücklich auszunehmen.

4. Der Annahme, auch für die Frage der Erteilung oder Verweigerung einer vollstreckbaren Ausfertigung sei dem Notar die Möglichkeit eröffnet, einen notariellen Vorbescheid zu erlassen, tritt jedoch mit der vorliegenden Entscheidung des LG Freiburg mit durchgreifender Argumentation entgegen. Hierbei hätte sich das LG Freiburg auch auf zwei Stellungnahmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur berufen können, die ausführlicher zu der Frage der Zulässigkeit eines notariellen Vorbescheides hinsichtlich der Erteilung oder Versagung einer vollstreckbaren Ausfertigung ausführen, nämlich Stellungnahmen bei *Wolfsteiner* (in: *Die vollstreckbare Urkunde*, 2. Aufl. 2006, Rn. 35.47 f.) und bei *Müller-Magdeburg* (a.a.O., Rn. 455 ff., allerdings mit irreführenden Nachweisen ebd., Fn. 14, da diese nicht die Frage der Anfechtbarkeit eines Vorbescheides eines Notars auf Erlass bzw. Verweigerung einer vollstreckbaren Ausfertigung betreffen, sondern die Frage der Beschwerdemöglichkeit des Schuldners gegen eine gerichtliche Anweisung an den Notar, eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen). In Richtung dieser vom LG Freiburg – soweit ersichtlich – erstmals in der Rechtsprechung behandelten Auffassung deutet auch schon die frühere Kommentierung bei *Jansen* (in: *FGG*, 2. Aufl. 1971, Kommentierung zum BeurkG, § 54 BeurkG Rn. 5 und 7).

Insbesondere zwei erhebliche Gesichtspunkte sprechen nach Auffassung des Autors gegen die Zulassung eines Vorbescheides auf Erteilung bzw. Versagung einer vollstreckbaren Ausfertigung: Zum ersten rührt die Zulassung eines notariellen Vorbescheides im Rahmen des § 15 Abs. 2 BNotO daher, dass – in Analogie zum Vorbescheid im Rahmen z. B. des Erbscheinserteilungsverfahrens – verhindert werden soll, dass durch Handlungen des Notars vollendete Tatsachen geschaffen werden, die durch eine spätere Anfechtung der Maßnahme nur un-



vollkommen wieder beseitigt werden können (man denke hier beispielsweise an die Auszahlung von Geld vom Notaranderkonto oder die tatsächliche Umschreibung von Grundbesitz auf den Erwerber). Sowohl für den Fall der Erteilung einer Vollstreckungsklausel als auch der Ablehnung eines Antrages auf Erteilung einer Vollstreckungsklausel bestehen jedoch ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten für den hierdurch Belasteten, sodass in diesem beschränkten Teilbereich kein Bedürfnis erkennbar ist, schon vorab die Ankündigung der Erteilung bzw. Nicht-Erteilung als notariellen Vorbescheid zum anfechtungsfähigen Gegenstand zu machen. So kann insbesondere der Schuldner (als durch die Erteilung der Vollstreckungsklausel „besonders gefährdeter“ Beteiligter) nach Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung an den Gläubiger mit den Rechtsbehelfen des Klauselerteilungsverfahrens (§§ 732, 766, 797 Abs. 3 und 5 ZPO) die erteilte Klausel angreifen oder im Rahmen des Vollstreckungsgegenklageverfahrens (§ 767 ZPO) materielle Einwendungen gegen den der vollstreckbaren Urkunde zugrunde liegenden Anspruch erheben. Insbesondere unter Berücksichtigung der beim Gläubiger für die Zwangsvollstreckung aus einer vollstreckbaren Urkunde bestehenden Wartezeit des § 798 ZPO dürfte hiermit für den Schuldner eine ausreichende Zeitspanne bestehen, in der er die Vollstreckung durch den Gläubiger noch vorab verhindern kann (so insbesondere *Wolfsteiner*, a.a.O., Rn. 35.47 f.).

Des Weiteren würde – worauf das LG Freiburg zutreffend hinweist – die Zulassung eines notariellen Vorbescheides im Rahmen der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung einen Systemwiderspruch hinsichtlich der gerichtlichen Zuständigkeiten herbeiführen: Die Beschwerde nach § 54 Abs. 1 BeurkG wird zwar gemäß § 54 Abs. 2 S. 2 BeurkG vor dem Landgericht verhandelt, in dessen Bezirk der Notar seinen Sitz hat. Die in der ZPO vorgesehenen Anfechtungsmöglichkeiten des Schuldners gegen die Erteilung einer Vollstreckungsklausel führen jedoch gem. § 797 Abs. 3 ZPO zu dem *Amtsgericht*, in dessen Bezirk der Notar seinen Sitz hat, bzw. nach § 797 Abs. 5 ZPO zum *Amtsgericht* am allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners oder am besonderen Gerichtsstand der Belegenheit einer Immobilie. Nach § 802 ZPO handelt es sich hierbei um ausschließliche Zuständigkeiten. Ließe man hingegen die Möglichkeit eines Vorbescheides des Notars zu, so ließe sich dem BeurkG zumindest im Falle der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eine besondere Regelung der Zuständigkeit für die Beschwerde nicht entnehmen. Insoweit müsste also auf § 15 Abs. 2 BNotO als grundlegende Vorschrift zurückgegriffen werden, wonach über die Beschwerde die Zivilkammer des *Landgerichtes* entscheidet, in dessen Bezirk der Notar seinen Sitz hat. Dies würde also zu der völlig systemwidrigen Zuständigkeitsverteilung führen, dass bei einem Rechtsmittel des Schuldners gegen eine Vollstreckungsklausel danach unterschieden werden müsste, ob die Erteilung der Vollstreckungsklausel lediglich durch notariellen Vorbescheid angekündigt wurde oder ob die Vollstreckungsklausel bereits erteilt ist. Während im ersten Falle die Beschwerde gegen den Vorbescheid an das Landgericht des Sitzes des Notars ginge, würden die Rechtsmittel im zweiten Fall zwingend zum Amtsgericht führen (§ 797 Abs. 3 bzw. 5, § 802 ZPO).

Zudem lässt sich der Vorschrift des § 54 BeurkG im Wege des „*expressio unius-Argumentes*“ entnehmen, dass bei Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung kein Rechtsmittel für den Schuldner eröffnet sein soll. Vielmehr eröffnet § 54 BeurkG nur ein Rechtsmittel für den Gläubiger bei Nicht-Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung. Dies aber muss als grundlegende gesetzgeberische Entscheidung gedeutet werden, vor Erteilung der Vollstreckungsklausel ein Rechtsmittel des Schuldners nicht zuzulassen (vgl. hierzu Schippel/Bracker/*Reithmann*, 8. Aufl. 2006, § 15 BNotO Rn. 85; *Winkler*, a.a.O., § 54 BeurkG Rn. 5 a sowie aus der Rechtsprechung OLG Frankfurt MDR 1997, 974 f., BayObLG MittBayNot 1998, 271 f. m. Anm. *Wolfsteiner* und OLG Hamm NJW-RR 1999, 861). Diese gesetzgeberische Wertung wäre vollständig unterlaufen, wenn ein Vorbescheid auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zugelassen würde, der dann – zumindest nach allgemeinen Grundsätzen – vom Schuldner mit der Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO angegriffen werden könnte.

Folglich sprechen erhebliche dogmatische und systematische Gründe dagegen, im Rahmen der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung die Möglichkeit eines notariellen Vorbescheides nach § 15 Abs. 2 BNotO zuzulassen. Vielmehr ist auch insoweit § 54 BeurkG eine vorrangige Vorschrift, die die Möglichkeit eines derartigen Vorbescheides nicht vorsieht, sondern sie vielmehr ausschließt.

5. Die hier dargestellte Rechtslage gilt aber nun nicht nur für den Bereich der Erteilung einer Vollstreckungsklausel, sondern auch für Fälle der Umschreibung einer Vollstreckungsklausel (um einen solchen handelte es sich auch bei dem Sachverhalt, der der Entscheidung des LG Freiburg zugrunde lag). Dies ergibt sich bereits daraus, dass eine Klauselumschreibung nichts anderes als eine neue Klauselerteilung ist unter entweder ausdrücklicher oder zumindest gedanklicher Einziehung der bisherigen Vollstreckungsklausel (*Wolfsteiner*, a.a.O., Rn. 42.23 ff.). Daher gelten die vorstehenden Ausführungen, die sich ja auf die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung beziehen, ebenso für die „Neu-Erteilung“ einer Vollstreckungsklausel im Rahmen der Umschreibung einer Vollstreckungsklausel.

6. Damit lässt sich zusammenfassend festhalten, dass für Fälle der Erteilung bzw. Umschreibung einer Vollstreckungsklausel dem Notar das Mittel des notariellen Vorbescheides nicht eröffnet ist. Aus rechtsdogmatischen und systematischen Gründen ist vielmehr zu fordern, dass der Notar selbst unmittelbar die Entscheidung trifft, ob die Vollstreckungsklausel erteilt werden kann oder ob er die Erteilung bzw. Umschreibung versagen muss. Erst gegen diesen endgültigen Beschluss (Versagung bzw. Erteilung oder Umschreibung) sind dann Rechtsmittel des Gläubigers bzw. des Schuldners eröffnet. Insoweit gilt also im Bereich der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung bzw. der Umschreibung der vollstreckbaren Ausfertigung das Bibelwort bei Matthäus 5, 37 (in der Übersetzung durch Luther): „Eure Rede aber sei: Ja, ja; nein, nein. Was darüber ist, das ist vom Übel.“

Notarassessor Marc Heggen, Würzburg