

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 192038****letzte Aktualisierung: 30. September 2022****BeurkG § 51****Anspruch eines Grundschuldgläubigers auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung;
Widerruf einer Ausfertigungsanweisung****I. Sachverhalt**

Es soll die Bestellung einer Grundschuld beurkundet werden, in welcher sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft und den Notar ermächtigt, dem Gläubiger sofort eine (einfache) Ausfertigung zu erteilen und auf einseitiges Anfordern der Gläubigerin eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen. Nach Mitteilung der Gläubigerin wünscht diese nach Eintragung der Grundschuld zunächst keine Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung, sondern lediglich eine einfache Ausfertigung unmittelbar nach Beurkundung. Zudem teilt die Gläubigerin mit, dass die übersandte Bindeausfertigung nach Übersendung durch den Notar seitens der Gläubigerin lediglich gescannt und digitalisiert und anschließend vernichtet wird.

II. Fragen

Ist im Hinblick auf eine spätere Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung durch den Notar auf einseitiges Anfordern der Gläubigerin hin ein Anspruch der Gläubigerin auf Erteilung gegeben, sofern der Schuldner zwischenzeitlich die Ermächtigung zur Erteilung widerrufen haben sollte? Bzw. anders formuliert, reicht alleine die einmalige Erteilung einer einfachen Ausfertigung aus, um die Bindungswirkung zu erreichen oder ist hier vielmehr darauf abzustellen, dass der Gläubiger die einfache Ausfertigung noch körperlich in Händen hat (bzw. welche Nachweise müssen dem Notar hierzu vorliegen, sofern im Falle eines zwischenzeitlichen Widerrufs durch den Schuldner eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden soll)?

III. Zur Rechtslage**1. Allgemeines zum Anspruch auf Erteilung einer (vollstreckbaren) Ausfertigung**

Bei Niederschriften über Willenserklärungen kann jeder, der eine Erklärung im eigenen Namen abgegeben hat oder in dessen Namen eine Erklärung abgegeben worden ist, eine Ausfertigung dieser notariellen Urkunde verlangen, § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG. Obgleich uns der genaue Inhalt der notariellen Niederschrift vorliegend nicht bekannt ist, gehen wir davon aus, dass – wie üblich – an der notariellen Niederschrift die Gläubigerin nicht unmittelbar beteiligt ist und auch keine Erklärungen im Namen der Gläubigerin abgegeben werden. Demzufolge steht der Gläubigerin kein „originärer“ Anspruch auf Erteilung einer (vollstreckbaren) Ausfertigung gem. § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG zu.

Das Recht der Gläubigerin, eine (vollstreckbare) Ausfertigung der – aus ihrer Sicht „fremden“ – Urkunde verlangen zu können, beruht vielmehr auf einer beurkundungsverfahrensrechtlichen Weisung des Schuldners i. S. v. § 51 Abs. 2 BeurkG, die dahingehend lautet, dass der Gläubigerin auf deren Verlangen hin eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen ist. Vor dem Hintergrund, dass die Gläubigerin an der notariellen Niederschrift nicht als formell Beteiligte (zum Begriff des/der formell Beteiligten vgl. § 6 Abs. 2 BeurkG) mitgewirkt, handelt es sich um eine einseitige Weisung des Schuldners an den Notar, die vom Schuldner widerrufen werden kann, solange der Gläubigerin noch keine einfache *oder* vollstreckbare Ausfertigung erteilt worden ist, wobei auch die Erteilung einer *einfachen* Ausfertigung dem Widerruf der Weisung zur Erteilung einer *vollstreckbaren* Ausfertigung entgegensteht (vgl. OLG Hamm DNotZ 1988, 241; OLG Düsseldorf FGPrax 2001, 166; BayObLG DNotZ 2003, 847; BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.5.2022, § 51 Rn. 42; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 51 Rn. 32, 34; Winkler, BeurkG, 20. Aufl. 2022, § 51 Rn. 21-24; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 8. Aufl. 2019, § 51 BeurkG Rn. 21).

Das BayObLG hat in diesem Zusammenhang ausgeführt:

„Das entsprechende Widerrufsrecht des Schuldners wird daraus abgeleitet, dass nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu der bloßen Beurkundung ein vom Willen des Schuldners getragener Publikationsakt hinzutreten muss, um die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung wirksam werden zu lassen (OLG Hamm, MDR 1987, 943 m. w. Nachw.). Das Widerrufsrecht besteht deshalb allenfalls bis zur erstmaligen Erteilung einer Ausfertigung an den Gläubiger. Das entspricht im Übrigen der in § 183 Satz 1 BGB festgelegten Regel, wonach eine Ermächtigung als Einwilligung grundsätzlich bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts (bzw. hier der bewilligten Rechtshandlung) widerruflich ist. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass ein nach Vornahme des Rechtsgeschäfts oder der Rechtshandlung zugegangener Widerruf unbeachtlich ist (vgl. Staudinger/Gursky, BGB, 13. Bearb., § 183 Rdn. 8, 10).“

(BayObLG DNotZ 2003, 847)

Das OLG Düsseldorf hält zudem fest, dass der Gläubiger

„seinen einmal entstandenen Anspruch auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung verliert (...), wenn der sich der Zwangsvollstreckung unterwerfende Schuldner die an den Notar gerichtete Ermächtigung, dem Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen, widerruft, bevor dem Gläubiger eine einfache Ausfertigung erteilt worden ist.“

(OLG Düsseldorf FGPrax 2001, 166, 167 – Hervorhebung durch das DNotI)

Unter Zugrundelegung dieser Ausführungen ist der Widerruf bereits ausgeschlossen, wenn eine (einfache oder vollstreckbare) Ausfertigung erteilt wurde. Nicht erforderlich ist es u. E., dass die bereits erteilte Ausfertigung später noch von der Gläubigerin vorgelegt werden kann. Maßgeblich ist vielmehr, dass auf Geheiß des Grundschuldbestellers der Gläubigerin eine Ausfertigung, welche im Rechtsverkehr die Urschrift vertritt (vgl. § 47 BeurkG), erteilt wurde.

Das Widerrufsrecht erlischt u. E. bereits mit der Erteilung einer einfachen Ausfertigung und ist nicht von der späteren Vorlage der erteilten Ausfertigung abhängig. Literatur oder Rechtsprechung ist zu dieser speziellen Frage allerdings – soweit ersichtlich – nicht vorhanden.

Die Erteilung der einfachen Ausfertigung wird die Gläubigerin dabei im Regelfall leicht nachweisen können, da nach § 49 Abs. 4 BeurkG der Notar im Urkundenverzeichnis vermerken soll, wem und an welchem Tage eine einfache Ausfertigung erteilt worden ist (siehe zum Vermerk Hagemann, in: Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl. 2019, § 1 Rn. 558; Preuß, § 49 BeurkG Rn. 15). Für vollstreckbare Ausfertigungen ergibt sich das Vermerkerfordernis (auf der Urschrift) aus §§ 734, 795 ZPO (Preuß, § 49 BeurkG Rn. 15).

2. Verweigerung der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung wegen vorsätzlichem Vernichten der erteilten einfachen Ausfertigung

Zur Frage, ob bei vorsätzlichem Vernichten einer erteilten einfachen Ausfertigung durch die Gläubigerin der Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung erlischt, sofern der Schuldner nach der Erteilung der Ausfertigung die Weisung (§ 51 Abs. 2 BeurkG) widerruft, konnten wir weder Rechtsprechung noch Literatur finden.

a) Erteilung einer weiteren einfachen Ausfertigung (§ 51 Abs. 2 BeurkG)

Nach unserem Dafürhalten ist es im Grunde unbeachtlich, dass die erteilte Ausfertigung durch die Gläubigerin vernichtet wurde. Das Recht, die Erteilung von Ausfertigungen durch Widerruf der Ausfertigungsbefugnis zu untersagen, entfällt – wie oben gesehen – mit Erteilung einer Ausfertigung. Weitere Voraussetzungen sind in der Literatur und Rechtsprechung nicht diskutiert. Welches Schicksal die Ausfertigung ereilt (Zerstörung, Abhandenkommen etc.) ist daher irrelevant. Denkbar wäre allenfalls, aus Gründen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine erneute Ausfertigungserteilung zu untersagen. Die Voraussetzungen einer möglichen Rechtsmissbrauchsgrenze können aber nicht sicher bestimmt werden. Insbesondere fehlt hierzu Rechtsprechung. Vor diesem Hintergrund ist Zurückhaltung bei der Annahme einer solchen Ausnahme geboten.

Eine Verwirkung (ebenfalls § 242 BGB) kann u. E. ebenfalls kein anderes Ergebnis zeitigen. Ein Recht kann verwirkt werden, wenn sowohl das Zeit- als auch das Umstandsmoment vorliegen. Letzteres kann u. E. kaum bejaht werden. Nach dem Umstandsmoment muss die Gegenpartei tatsächlich darauf vertraut haben und auch bei verständiger Würdigung aller Umstände darauf vertraut haben dürfen, dass die Berechtigte ihr Recht nicht mehr geltend machen werde (vgl. BGH NJW 2006, 3512 Rz. 37; BGHZ 146, 222 f.; Jauernig/Mansel, BGB, 18. Aufl. 2021, § 242 Rn. 61). Jedenfalls solange eine Grundsuld valuiert, wird der Schuldner einer Grundsuld regelmäßig nicht darauf vertrauen können, der Grundsuldgläubiger werde sein Recht auf Erteilung einer weiteren Ausfertigung nicht mehr geltend machen. Die vorsätzliche Vernichtung der ersten erteilten Ausfertigung durch die Bank rechtfertigt u. E. ebenfalls kein anderes Ergebnis. Durch die digitale Verwendung (Scan) der Urkunde mit anschließender Vernichtung der Ausfertigung erleichtert die Gläubigerin wohl ihre internen Abläufe, wird aber kaum auf ihren Anspruch auf Erteilung einer weiteren Ausfertigung verzichten wollen. Der Schuldner wird daher nicht auf einen Anspruchsverzicht vertrauen dürfen. Eine Verwirkung wäre nach unserem Dafürhalten hier nicht einschlägig.

Allenfalls wäre denkbar, dass man die notarielle Urkunde, in der nach § 51 Abs. 2 BeurkG vereinbart ist, wie viele Ausfertigungen an die Gläubigerbank zu übersenden sind, dahingehend auslegt (§ 133 BGB), dass nur diese Anzahl an Ausfertigungen ausgehändigt werden darf. Das OLG München hatte sich zu einer solchen Auslegungsmöglichkeit wie folgt geäußert:

„Unabhängig davon, dass eine derartige Anweisung grundsätzlich widerruflich ist (Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl., § 51 Rn. 25 mwN), legt der Senat die Klausel dahin aus (§ BGB § 133 BGB), dass der Begünstigten nicht beliebig viele Ausfertigungen erteilt werden dürfen, sondern nur eine („1“).“

(OLG München FGPrax 2009, 260, 261)

Eine solche Auslegung würde bedeuten, dass eine weitere einfache Ausfertigung dann nicht erteilt werden darf, wenn bereits die in der Urkunde bezifferte Anzahl erteilt wurde. Ob vorliegend aus diesem Grunde eine weitere einfache Ausfertigung versagt werden kann, ist eine Auslegungsfrage, bei der der Wortlaut der Urkunde und die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden müssen. Die Unwiderruflichkeit der Weisung i. S. v. § 51 Abs. 2 BeurkG nach Erteilung der ersten einfachen Ausfertigung dürfte gleichwohl nicht entfallen; die Limitierung auf eine bestimmte Anzahl von einfachen Ausfertigungen ist vielmehr Inhalt der sodann unwiderruflich gewordenen Weisung.

b) Erteilung einer erstmaligen vollstreckbaren Ausfertigung

Ungeachtet dieses Befundes wäre es der Gläubigerin unbenommen, die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zu beantragen, selbst wenn eine weitere einfache Ausfertigung nicht mehr erteilt werden dürfte. Denn die Frage der Erteilung von vollstreckbaren Ausfertigungen richtet sich nicht nach der Vereinbarung in der Urkunde (§ 51 Abs. 2 BeurkG), sondern nach den Vorschriften der ZPO (§ 52 BeurkG i. V. m. §§ 795, 724 ff. ZPO). Voraussetzung ist freilich, dass ein etwaiger Widerruf der Urkundsbeteiligten unbeachtlich ist (vgl. Ziff. 1).

3. Ergebnis

U. E. erlischt das Widerrufsrecht betreffend die Weisung zur Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegenüber dem Notar zugunsten der Gläubigerin bereits mit der Erteilung einer einfachen Ausfertigung und ist nicht von der späteren Vorlage der erteilten einfachen Ausfertigung abhängig. Ob eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden darf, richtet sich nach den Vorschriften der ZPO, sofern davon auszugehen ist, dass der Widerruf unbeachtlich ist.