

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

16. Jahrgang  
November 2008  
ISSN 1434-3460

21/2008

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1193 Abs. 2, 307 Abs. 2; ZPO §§ 726, 750 Abs. 2, 794 Abs. 1 Nr. 5 – Risikobegrenzungsgesetz: Nachweisverzicht für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung (Bezugnahme auf BNotK-Rundschreiben Nr. 23/2008 vom 26.8.2008)

### Gutachten im Fax-Abruf

## Rechtsprechung

BeurkG §§ 54a Abs. 3, 17 – Prüfungs- und Belehrungspflichten des Notars bei Annahme einer Treuhandanweisung im Zusammenhang mit einem Notaranderkonto

BGB §§ 1068, 1030; HGB §§ 161, 162, 106, 108 – Eintragung eines Nießbrauchs an einem Kommanditanteil im Handelsregister

WEG § 10 Abs. 2 (a. F.), § 15 Abs. 1; BGB §§ 158 ff.; GBO § 29 – Zulässigkeit eines auflösend bzw. aufschiebend bedingten Sondernutzungsrechtes

## Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB §§ 1193 Abs. 2, 307 Abs. 2; ZPO §§ 726, 750 Abs. 2, 794 Abs. 1 Nr. 5 Risikobegrenzungsgesetz: Nachweisverzicht für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung** (Bezugnahme auf BNotK-Rundschreiben Nr. 23/2008 vom 26.8.2008)

### I. Sachverhalt

In dem Anschreiben bei Übersendung ihres Grundschuldformulars bittet die Bank den Notar, aufgrund des am 19.8.2008 in Kraft getretenen Risikobegrenzungsgesetzes bei der Beurkundung einer Finanzierungsgrundschuld für die Bank folgende Klausel bei den Regelungen zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung aufzunehmen: „Es wird auf den Nachweis der Tatsachen verzichtet, die das Entstehen und die Fälligkeit der Grundschuld nebst Zinsen und sonstiger Nebenleistungen oder ihrer schuldrechtlichen Ansprüche bedingen.“

### II. Fragen

Kann der Grundschuldbesteller für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung auf den Nachweis der Kündigung durch öffentliche Urkunde (§ 726 ZPO) verzichten, auch wenn es sich um einen Formular- oder Verbrauchervertrag handelt?

## III. Zur Rechtslage

**1. Fälligkeit des Grundschuldkapitals (§ 1193 BGB)**  
Nach dem durch das Risikobegrenzungsgesetz (BGBl. 2008 I, S. 1066) eingefügten § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB gilt das Kündigungserfordernis und die **gesetzliche Kündigungsfrist** des § 1193 Abs. 1 BGB von sechs Monaten für das Grundschuldkapital **gesetzlich zwingend**, sofern die Grundschuld der Sicherung einer Geldforderung dient. Abweichende vertragliche Regelungen, wie sie früher häufig vereinbart wurden, sind nach neuem Recht unwirksam (vgl. BNotK, Rundschreiben Nr. 23/2008 vom 26.8.2008 – im Internet auf der Homepage der BNotK: [www.bnotk.de](http://www.bnotk.de) – unter Unser Service/Hinweise und Empfehlungen; ebenso auf der Homepage des DNotI: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de) – dort unter Gesetzesänderungen/Immobilienrecht).

### 2. Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung

#### a) Nachweiserfordernisse bei Fehlen einer vertraglichen Regelung (§ 726 ZPO)

Aus dem Kündigungserfordernis ergeben sich Folgen für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung: Nach **§ 726 Abs. 1 ZPO** darf von Titeln, „deren Vollstreckung nach ihrem Inhalt von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer anderen Tatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt“, eine vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird.

Für **vollstreckbare Urkunden** gilt § 726 Abs. 1 ZPO jedenfalls dann, wenn der die Unterwerfung erklärende Schuldner den Eintritt einer Tatsache zur **Vollstreckungsvorausset-**

zung erhoben hat (Musielak/Lackmann, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 797 Rn. 38; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006 Rn. 6.42); für materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzungen wird dies häufig (aber nicht zwangsläufig) jedenfalls im Wege der Auslegung anzunehmen sein (Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 726 ZPO Rn. 3; anders im konkreten Fall KG OLGZ 1983, 205 = DNotZ 1983, 699 = JurBüro 1983, 463 m. Anm. Mümmler = ZZZ 96, 368 m. zust. Anm. Münzberg; vgl. Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 794 ZPO Rn. 31).

Hängt die Fälligkeit von einer Willenserklärung des Gläubigers ab, insbesondere einer **Kündigung**, so ist der Zugang der Kündigung oder sonstigen Willenserklärung durch öffentliche Urkunden nachzuweisen (OLG Frankfurt Rpfleger 1973, 323; OLG Köln Rpfleger 1997, 315 = JurBüro 1997, 493; OLG Stuttgart NJW-RR 1986, 549; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 726 ZPO Rn. 7; MünchKommZPO-Wolfsteiner, 3. Aufl. 2007, § 726 ZPO Rn. 37; Musielak/Lackmann, § 726 ZPO Rn. 3; Stein/Jonas/Münzberg, § 726 ZPO Rn. 20; Zöller/Stöber, § 726 ZPO Rn. 6).

Dabei muss nicht die Erklärung und ihre Wirksamkeit als solche in der Form des § 726 ZPO nachgewiesen werden, sondern nur deren **Zugang**; die Kündigung als solche bedarf daher nicht der Beurkundung oder Unterschriftsbeiglaubigung (OLG Stuttgart NJW-RR 1986, 549 m. w. N.; MünchKommZPO-Heßler, § 750 ZPO Rn. 75; Hüßtege, in: Thomas/Putzo, ZPO, 29. Aufl. 2008, § 726 ZPO Rn. 5; Zöller/Stöber, § 726 ZPO Rn. 6).

Der Zugang kann etwa durch Zustellungsprotokoll oder **Zustellungsurkunde des Gerichtsvollziehers** nachgewiesen werden. Nicht ausreichend ist hingegen ein Einschreibennachweis o. Ä., da dieser über den Inhalt der zugestellten Erklärung keinen Nachweis erbringt (Stein/Jonas/Münzberg, § 726 ZPO Rn. 20 Fn. 136; Zöller/Stöber, § 726 ZPO Rn. 6).

Außerdem muss nach einer Meinung die **Kündigungsfrist** abgelaufen sein (OLG Frankfurt Rpfleger 1973, 323), da die Frist nicht kalendermäßig bestimmt (§ 751 Abs. 1 ZPO), sondern von einem Ereignis, nämlich der Kündigung, abhängig ist (vgl. allg. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 726 ZPO Rn. 7; Musielak/Lackmann, § 726 ZPO Rn. 3; Stein/Jonas/Münzberg, § 726 ZPO Rn. 6; Zöller/Stöber, § 726 ZPO Rn. 3). Nach anderer Auffassung kann hingegen eine vollstreckbare Ausfertigung bereits nach Zustellung der Kündigung erteilt werden, aber unter Hinweis auf den Kalendertag, an dem frühestens mit der Vollstreckung begonnen werden kann (Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rn. 39.20 mit Formulierungsbeispiel).

Ist daher das Grundschuldkapital erst nach Kündigung fällig (§ 1193 BGB), so ist insoweit für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Nachweis des Zugangs der Kündigung durch öffentliche Urkunde erforderlich – sowie nach einer Meinung auch der Ablauf der sechsmonatigen Kündigungsfrist. In der Praxis müsste sich dann der Notar die **Zustellungsurkunde des Gerichtsvollziehers** über die Kündigung vorlegen lassen.

Ohne Bedeutung für die Erteilung der Vollstreckungsklausel zur Grundschuld ist hingegen die Fälligkeit der **schuldrechtlichen Ansprüche**. Zwar ist sie in der Regel nach dem Inhalt des Sicherungsvertrages Voraussetzung dafür, dass das Kreditinstitut die Grundschuld kündigen

darf. Die Wirksamkeit der Kündigung hängt davon jedoch nicht ab – vielmehr würde ein möglicher Verstoß gegen den Sicherungsvertrag nur eine Einrede gegen die Fälligkeit der Grundschuld begründen, was die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung jedoch nicht hindert.

### **b) Nachweisverzicht für die Erteilung der Vollstreckungsklausel**

Wünschen die Beteiligten, dass eine vollstreckbare Ausfertigung „sofort“ erteilt wird, so ist dies deshalb nur möglich, wenn der Schuldner auf den nach § 726 ZPO erforderlichen Nachweis verzichtet bzw. wenn die Beteiligten vereinbaren, dass der Nachweis der Kündigung keine Vollstreckungsbedingung i. S. d. § 726 ZPO darstellen soll.

Die ZPO lässt einen solchen **Nachweisverzicht** grundsätzlich zu (BGH MDR 1982, 124 = NJW 1981, 2756; BGHZ 147, 203 = DNotI-Report 2001, 94 = DNotZ 2001, 793 = MittBayNot 2001, 386 m. Anm. Heinemann = NJW 2001, 2096; BGH MDR 2006, 352 = NJW-RR 2006, 567 = Rpfleger 2006, 27; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 726 ZPO Rn. 4 und § 794 ZPO Rn. 38; Musielak/Lackmann, § 726 ZPO Rn. 5; Stein/Jonas/Münzberg, § 727 ZPO Rn. 8; Hüßtege, in: Thomas/Putzo, § 726 ZPO Rn. 6; Zöller/Stöber, § 726 ZPO Rn. 16; Gutachten DNotI-Report 2006, 1; a. A. MünchKomm/Eickmann, BGB, 4. Aufl. 2004, § 1193 BGB Rn. 4).

Eine abweichende Begründung sieht das als **Vereinbarung der Vollstreckungsbedingungen**, kommt aber zu demselben Ergebnis, da sie bei einem „Nachweisverzicht“ die Kündigung nicht als Vollstreckungsbedingung (sondern nur als materielle Fälligkeitsvoraussetzung) vereinbart sieht (Wolfsteiner: MünchKommZPO-Wolfsteiner, § 794 ZPO Rn. 155; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rn. 6.40 ff.; ähnlich KG OLGZ 1983, 205 = DNotZ 1983, 699 = JurBüro 1983, 463 m. Anm. Mümmler = ZZZ 96, 368 m. Anm. Münzberg; Stein/Jonas/Münzberg, § 726 ZPO Rn. 3 f.; vgl. BNotK-Rundschreiben Nr. 23/2008, Ziffer IV.).

Ein Nachweisverzicht nach § 726 BGB schlägt auch auf das Nachweiserfordernis des **§ 750 Abs. 2 ZPO** durch: Da dann keine Klauselerteilung nach § 726 ZPO erfolgt und zur Klauselerteilung keine öffentlichen Urkunden vorgelegt werden müssen, sind auch keine zusätzlichen Urkunden (außer dem Vollstreckungstitel) vor Vollstreckungsbeginn zuzustellen (Zöller/Stöber, § 726 ZPO Rn. 16 und § 750 Rn. 21; MünchKomm-ZPO/Heßler, § 750 ZPO Rn. 77; Musielak/Lackmann, § 726 ZPO Rn. 22; Stein/Jonas/Münzberg, § 750 ZPO Rn. 43).

### **3. AGB-Prüfung des Nachweisverzichts**

Im Formular- oder Verbrauchervertrag darf der Notar den gewünschten Nachweisverzicht nicht beurkunden, wenn dieser gegen **§§ 307, 309 Nr. 12 BGB** verstößt und daher unwirksam ist. Dies könnte man erwägen, da die Bank durch den Nachweisverzicht der äußeren Form nach einen vollstreckbaren Titel erhält, obwohl sie daraus noch nicht vollstrecken darf, solange sie nicht ordnungsgemäß gekündigt hat und die Kündigungsfrist abgelaufen ist. Würde die Bank unzulässigerweise vor Ablauf der Kündigungsfrist aus dem Titel vorgehen, so müsste der Schuldner **Vollstreckungsabwehrklage** erheben (§ 767 ZPO).

### a) § 309 Nr. 12 BGB (Verbot beweislasternder Klauseln)

Zunächst könnte man an einen Verstoß gegen § 309 Nr. 12 BGB denken (unzulässige Verschiebung der Beweislast). Dies scheidet jedoch aus. Denn der Nachweisverzicht ändert nichts an der **Beweislast**, auch nicht für die Vollstreckungsabwehrklage (BGHZ 147, 203 = DNotI-Report 2001, 94 = DNotZ 2001, 793 = MittBayNot 2001, 386 m. Anm. Heinemann = NJW 2001, 2096 – anders noch die ältere Rechtsprechung). Die Bank müsste daher bei einer entsprechenden Einwendung nachweisen, dass sie dem Eigentümer fristgerecht gekündigt hat. Dafür stehen der Bank im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage alle Beweismittel offen, sie ist nicht auf einen Beweis durch öffentliche Urkunde beschränkt.

Ein **Teil der Literatur** nimmt allerdings insoweit (unter Berufung auf die ältere Rechtsprechung) zwar nicht für die Vollstreckungsunterwerfung als solche, wohl aber für den Nachweisverzicht eine Änderung der Beweislast an und sieht darin einen Verstoß gegen § 309 Nr. 12 BGB (MünchKomm/Kieninger, BGB, 5. Aufl. 2007, § 307 BGB Rn. 228 und § 309 Nr. 12 BGB Rn. 10; Staudinger/Coester-Waltjen, § 309 Nr. 12 BGB Rn. 5). U. E. berücksichtigt diese Argumentation aber nicht hinreichend, dass sich nach neuerer Rechtsprechung auch für die Vollstreckungsabwehrklage die Beweislast nicht ändert (sondern nur die Prozessrollen, was aber von den zitierten Literaturstellen als ausdrücklich zulässig angesehen wird; ausführlich hierzu auch Münch, NJW 1991, 795).

### b) Unangemessene Benachteiligung (§ 307 Abs. 2 BGB)

Zu prüfen ist des Weiteren, ob ein Verstoß gegen die Generalklauseln des § 307 BGB vorliegt.

Zunächst könnte man daran denken, ob nicht hierauf die Argumentation zu übertragen ist, die der BGH in den Entscheidungen zur **Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag** bzw. bei Hausbauverträgen verwandte. Der VII. Zivilsenat entschied, dass auch außerhalb des Anwendungsbereiches der MaBV eine „in einem notariellen Vertrag enthaltene Allgemeine Geschäftsbedingung, mit der sich der Erwerber eines noch zu errichtenden Hauses der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwirft, und der Unternehmer berechtigt ist, sich ohne weitere Nachweise eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilen zu lassen,“ gegen § 9 AGBG (= § 307 BGB) verstoße (BGH DNotI-Report 2001, 196 = DNotZ 2002, 878 = NJW 2002, 138). Da der Unternehmer jederzeit und in beliebiger Höhe das Zwangsvollstreckungsverfahren einleiten könne, laufe der Erwerber Gefahr, Vermögenswerte endgültig zu verlieren, ohne dafür einen entsprechenden Gegenwert am Bauvorhaben erhalten zu haben. Der Erwerber trage in diesem Fall sowohl das Risiko der zweckwidrigen Verwendung der durch die Zwangsvollstreckung erlangten Vermögenswerte als auch des Vermögensverlustes des Bauträgers. Für die mit einem Nachweisverzicht verbundene Unterwerfungsklausel bestehe kein berechtigtes Interesse, argumentierte der VII. Zivilsenat.

Demgegenüber sieht der XI. Zivilsenat in langjähriger Rechtsprechung die Zwangsvollstreckungsunterwerfung bei der **Grundschild** – auch im Formularvertrag – als **zulässig** an (BGHZ 99, 274 = DNotZ 1987, 488 = NJW 1987, 904; BGHZ 114, 9, 12 f. = DNotZ 1992, 91 = NJW 1991, 1677; BGH DNotI-Report 2003, 20 = DNotZ 2003, 203

= NJW 2003, 885 = WM 2003, 64, 65 f.; BGH DNotI-Report 2003, 198 = NJW 2004, 59 = WM 2003, 2372, 2374 = ZfIR 2004, 61; BGH DNotI-Report 2003, 198 = DNotZ 2004, 308 = NJW 2004, 62 = WM 2003, 2375, 2378; BGH MittBayNot 2004, 183 = NJW 2004, 158 = WM 2003, 2410, 2411 = ZfIR 2004, 97; BGH DNotI-Report 2006, 27 = DNotZ 2006, 196 = NJW-RR 2006, 490 = WM 2006, 87, 88; BGH MittBayNot 2008, 204 = NotBZ 2008, 27).

Erst jüngst entschied der BGH zudem wieder ausdrücklich, dass die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung einer notariellen Urkunde ohne Fälligkeitsnachweis keine unangemessene Benachteiligung des Schuldners sei: „Der Nachweisverzicht bezieht sich nur auf das Klauselerteilungsverfahren nach §§ 724 ff. ZPO und dient lediglich der Vereinfachung des Nachweises der problemlos gegebenen Vollstreckungsvoraussetzungen, die sonst in einer oft nicht praktikablen Weise nach § 726 Abs. 1 ZPO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden gegenüber dem Notar nachgewiesen werden müssten (BGHZ 147, 203, 210 f.).“ (BGH, Urt. v. 22.7.2008, BB 2008, 2145 = WM 2008, 1679 = ZIP 2008, 1669)

Die Argumentation der BGH-Entscheidungen zum Bauvertrag bzw. Bauträgervertrag lässt sich daher nicht auf die Grundschild übertragen. Während die Vollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht im Bauträgervertrag ggf. zur Durchsetzung einer Vorleistung ohne jegliche Absicherung missbraucht werden könnte, dient die Grundschild und deren Vollstreckungsunterwerfung der Absicherung einer **vom Kreditinstitut schon erbrachten Leistung**, nämlich des Darlehens. Der BGH erkennt daher in ständiger Rechtsprechung das schutzwürdige Interesse der Kreditwirtschaft an, Darlehen durch eine Grundschild und zugleich durch ein Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis samt Zwangsvollstreckungsunterwerfung gegen eine Vermögensverschlechterung des Darlehensnehmers abzusichern (BGHZ 99, 274 = DNotZ 1987, 488 = NJW 1987, 904). Auch das bestätigte der BGH erneut in der vorstehend zitierten Entscheidung vom 22.7.2008. Dabei betont er, dass das Gesetz hinreichende Schutzmaßnahmen für den Schuldner vorhalte, um gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme vorzugehen.

Auch die **zivilprozessuale Literatur** geht überwiegend davon aus, dass eine Vollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht grds. nicht gegen § 307 BGB verstoße (ggf. mit Ausnahme des Bauvertrages bzw. Bauträgervertrages oder gleich gelagerter Fälle einer erheblichen Vorleistung ohne Stellung einer Sicherheit); insbesondere erkennt die Literatur die Zulässigkeit der Vollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht zur Kreditsicherung an (Musielak/Lackmann, § 794 ZPO Rn. 30; Stein/Jonas/Münzberg, § 794 ZPO Rn. 128; indirekt auch Zöller/Stöber, § 794 ZPO Rn. 31; ähnlich im Ergebnis Wolfsteiner, der eine Nichtigkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung aus materiell-rechtlichen Erwägungen insgesamt ablehnt – ohne damit aber die Prüfungspflicht des Notars einzuschränken: MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, § 794 ZPO Rn. 247; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rn. 19.38 ff.).

Die gleiche Ansicht vertritt die **immobilienrechtliche Literatur** (Clemente, Recht der Sicherungsgrundschild, 4. Aufl. 2008, Rn. 110; Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschilden, 8. Aufl. 2008, Rn. 308 f.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 2056), ebenso die notarrechtliche Literatur und die **Formularbücher**

– z. T. jedenfalls indirekt durch vorbehaltlose Aufnahme einer entsprechenden Klausel in einen (möglichen) Verbrauchervertrag (Reithmann, in: Albrecht/Reithmann, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl. 2001, Rn. 821; Sandweg, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl. 2006, Formular IV. 25 Anm. 14; Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 22. Aufl. 2008, § 19 Rn. 5 ff.; H. Götte/Schumacher, in: Wurm/Wagner/Zartmann, Das Rechtsformularbuch, 15. Aufl. 2007, Muster 52.3. Fn. 11 und 52.12. Ziffer IV; Volmer, in: Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 1 Rn. 425 ff.).

Die **Literaturstimmen zum AGB-Recht** verallgemeinern hingegen häufig die Rechtsprechung zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag und nehmen einen Verstoß gegen § 307 BGB an, wenn der Notar ermächtigt ist, die Vollstreckungsklausel ohne besonderen Nachweis der Fälligkeit zu erteilen (Becker, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2007, § 309 Nr. 12 BGB Rn. 6; Palandt/Grüneberg, 67. Aufl. 2008, § 309 BGB Rn. 100; Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, § 309 Nr. 12 BGB Rn. 14; offen, ob die BGH-Rechtsprechung zu Bauverträgen auf andere Verträge übertragbar ist: AnwKomm-Kollmann, § 307 BGB Rn. 111 und 103). Diese Verallgemeinerung geht aber nicht auf die hier relevante BGH-Rechtsprechung zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung bei Grundschulden ein; daher ist nicht klar, ob diese Literaturstimmen auch hier – entgegen der BGH-Rechtsprechung – von der Unzulässigkeit des Nachweisverzichts ausgehen würden.

Eine **differenzierende Meinung** lässt den formularvertraglichen Nachweisverzicht dann zu, wenn hierfür ein berechtigtes Bedürfnis des Klauselverwenders besteht (Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, ABGB, 4. Aufl. 1999, § 11 Nr. 15 ABGB Rn. 24). Ein solches berechtigtes Interesse hat der BGH aber in den zitierten Entscheidungen zur Vollstreckungsunterwerfung für Grundschulden bejaht.

Aus der Literatur zum **Risikobegrenzungsgesetz** sind uns keine Stellungnahmen gegen die Zulässigkeit des Nachweisverzichts ersichtlich. *Clemente* (ZfR 2008, 589, 596) bezweifelt zwar, ob der Notar den Nachweisverzicht von sich aus vorschlagen sollte (was – wie hier – bei einem von der Bank ihrem Darlehensnehmer vorgegebenen Formular gerade nicht der Fall ist); er bezweifelt aber nicht die Zulässigkeit und materielle Wirksamkeit eines solchen Nachweisverzichts.

#### e) **Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB)**

Hinreichend **transparent** (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) ist der Nachweisverzicht jedenfalls dann, wenn – wie vorliegend – aus der Urkunde hervorgeht, auf welchen Nachweis der Schuldner verzichtet (nämlich auf den Nachweis der Kündigung und des Zugangs der Kündigung).

Daran ändert sich auch dann nichts, wenn – wie hier – zusätzlich auf den Nachweis der Fälligkeit der schuldrechtlichen Ansprüche verzichtet werden soll. Dieser Verzicht geht zwar für die Klauselerteilung ins Leere und ist überflüssig. Schädlich ist dies jedoch nicht. In der Praxis wird er derzeit häufiger von verschiedenen Kreditinstituten in der eingangs dargestellten Formulierung gewünscht, wie uns aus diversen Anfragen ersichtlich ist. Wahrscheinlich wünschen die Kreditinstitute diesen überflüssigen Teil des Verzichts nur als vorsorgliche Klarstellung.

#### 4. **Ergebnis**

Im Ergebnis halten wir daher den Nachweisverzicht für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung für **zulässig** (ebenso BNotK-Rundschreiben Nr. 23/2008, Ziffern III. und IV. mit ausführlicher Begründung; ebenso im Ergebnis: Landesnotarkammer Bayern, Sammelrundschreiben 2008/7 vom 7.8.2008, Ziffer 2). Dies entspricht auch der Praxis, wie sie sich mittlerweile zwischen Kreditinstituten und Notaren herausgebildet hat.

Der Nachweis der Fälligkeit des gesicherten schuldrechtlichen Anspruchs wäre für die Klauselerteilung hinsichtlich der Grundschild bzw. des abstrakten Schuldversprechens ohnehin nicht erforderlich. Insoweit ist der gewünschte Nachweisverzicht überflüssig, aber unschädlich.

#### 5. **Ergänzender Hinweis auf DNotI-Gutachten im Fax-Abruf-Dienst**

Zu den durch das Risikobegrenzungsgesetz aufgeworfenen Rechtsfragen hat das DNotI mehrere weitere, im **Fax-Abruf-Dienst** veröffentlichte Gutachten erstellt:

- Fax-Abruf-Nr. 11535 (Risikobegrenzungsgesetz: Regelungen zur Fälligkeit von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie des **abstrakten Schuldversprechens**; Verzicht auf den Nachweis der Kündigung für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung),
- Fax-Abruf-Nr. 11536 (Risikobegrenzungsgesetz: **Übergangsrecht**; Teilunwirksamkeit bei unwirksamer Fälligkeitsregelung),
- Fax-Abruf-Nr. 11537 (Risikobegrenzungsgesetz: **Grundbucheintragung** der Eigenschaft als Sicherungsgrundschuld),
- Fax-Abruf-Nr. 11538 (Risikobegrenzungsgesetz: **Nachverpfändung**/Pfandunterstellung eines weiteren Grundstücks).

### Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis findet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

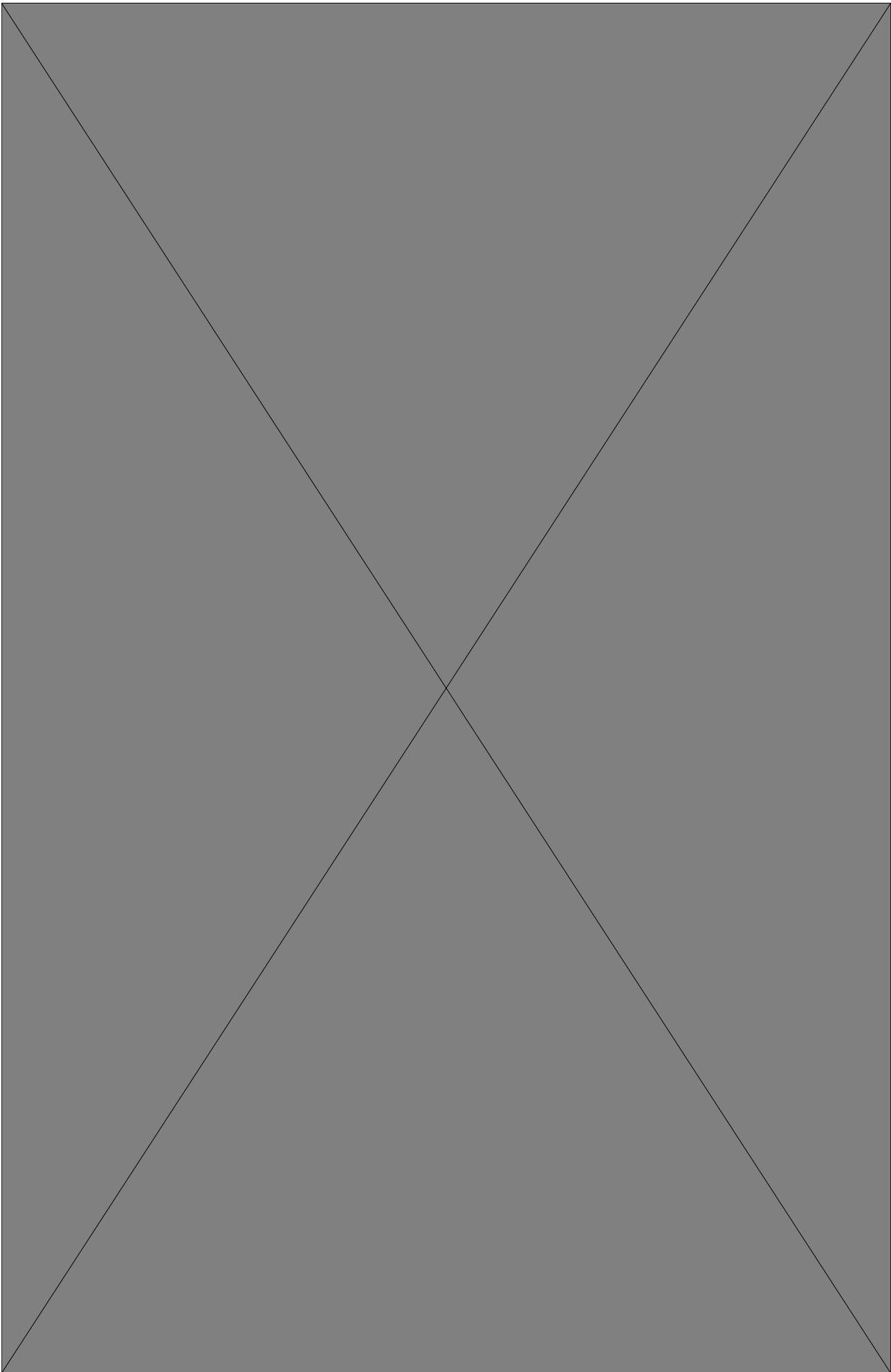
**Bitte beachten Sie:** Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb nicht die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

**BayGO Art. 89; GBO §§ 19, 29; UmwG § 1 Abs. 2**  
**Umwandlung eines kommunalen Eigenbetriebs in eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts; Grundbuchberichtigung; Nachweis der Rechtsnachfolge gegenüber dem Grundbuchamt**

Fax-Abruf-Nr.: **13221**

**GenG §§ 46, 51, 78**  
**Unzulässigkeit der Eventualeinberufung einer Generalversammlung im Genossenschaftsrecht; Nichtigkeit oder lediglich Anfechtbarkeit des Auflösungsbeschlusses bei Beschlussunfähigkeit bzw. einem Einberufungsmangel**

Fax-Abruf-Nr.: **13222**



UmwG §§ 1 Abs. 2, 190, 191 Abs. 1 Nr. 6; NGO § 113a Abs. 1 S. 4 u. 6; HGB §§ 33, 48, 53  
Formwechsel einer GmbH in eine Anstalt des öffentlichen Rechts; Erteilung einer Prokura  
Fax-Abruf-Nr.: 13223

EGBGB Art. 25; BGB § 2369; GBO §§ 22, 35  
Italien: Gesetzliche Erbfolge nach einem italienischen Erblasser, Erbschaftsannahme  
Fax-Abruf-Nr.: 14316

EGBGB Art. 25; BGB § 2369  
Ungarn: Gesetzliche Erbfolge nach einer ungarischen Erblasserin  
Fax-Abruf-Nr.: 14317

## Rechtsprechung

### BeurkG §§ 54a Abs. 3, 17 Prüfungs- und Belehrungspflichten des Notars bei Annahme einer Treuhandanweisung im Zusammenhang mit einem Notaranderkonto

Zur Verpflichtung des Notars, sich im Zusammenhang mit der Annahme einer Verwahrungsanweisung, wonach der Zahlungsverkehr zwischen dem Bauherrn und dem Bauunternehmen über Notaranderkonto in Ratenzahlungen nach Baufortschritt entsprechend einer Bestätigung des Bauleiters abzuwickeln ist, darüber zu vergewissern, dass die Beteiligten sich über die benannte Person und deren Stellung ausreichend im Klaren sind, und ihnen die mit der Einschaltung eines nicht neutralen Dritten verbundenen Risiken aufzuzeigen.

BGH, Urt. v. 10.7.2008 – III ZR 292/07  
Kz.: L III 2 – § 54a BeurkG  
Fax-Abruf-Nr.: 10830

#### Problem

Bei einem Bauvertrag wurde als Sicherheitsleistung nach § 648a BGB aufgrund einer vorformulierten Vereinbarung des Bauunternehmers der gesamte Zahlungsverkehr über Notaranderkonto abgewickelt. In der übereinstimmenden Hinterlegungsanweisung heißt es, der Notar dürfe einzelne Teilbeträge an den Bauunternehmer auskehren „sobald die Durchführung der Gewerke durch entsprechenden Baustandsbericht des Bauleiters bestätigt ist.“ Der Notar nahm entsprechende Auszahlungen vom Notaranderkonto vor. Später traten die Bauherren vom Vertrag zurück. Da sie mit ihrem Anspruch auf Rückzahlung der vom Notaranderkonto ausgekehrten Beträge ausfielen, machten sie Schadensersatzansprüche gegen den Notar wegen Amtspflichtverletzung geltend.

#### Entscheidung

Die Gerichte bejahten den geltend gemachten Anspruch in allen Instanzen. Der Notar hatte gegen die aus § 54a Abs. 3 BeurkG folgende Amtspflicht verstoßen, nur eine dem Sicherungsinteresse aller am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen gerecht werdende Treuhandanweisung anzunehmen. Er hatte es versäumt, den Kläger im Zusammenhang mit der von diesem zu erteilenden Verwahrungsanweisung auf die Risiken der Einschaltung eines möglicherweise nicht neutralen Dritten für die Bestätigung des jeweiligen Bautenstandes und damit der Auszahlungsvoraussetzungen

hinzuweisen und nachzufragen, ob der Kläger sich ausreichend Gewissheit über die benannte Person, deren Stellung und Neutralität verschafft habe.

Nach Auffassung des BGH treffen den Notar bei der Verwahrung **dieselben Belehrungspflichten nach §§ 17 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO** wie bei der Beurkundung. Bei vorformulierten Verwahrungsanweisungen habe der Notar zu untersuchen, ob der Inhalt des Treuhandauftrages sowohl den Bedürfnissen einer korrekten Geschäftsabwicklung als auch dem Sicherungsinteresse aller an dem Verwahrungsgeschäft Beteiligten genüge. Ggf. müsse der Notar aktiv auf den Inhalt Einfluss nehmen. Der Notar müsse dabei auch bedenken, dass die Beteiligten möglicherweise entscheidende Gesichtspunkte nicht erkennen oder falsch verstehen. Lasse sich ein mangelndes oder unzutreffendes Verständnis und eine unzutreffende Erfassung des Sachverhalts oder des Willens der Beteiligten nicht ausschließen, müsse der Notar entsprechende Fragen stellen.

Im Anwendungsbereich der MaBV müsse der Notar deshalb darauf hinwirken, dass der **Baufortschritt** nicht nur von dem bauleitenden Architekten, sondern **von einer unabhängigen Vertrauensperson**, die kein eigenes Interesse an der Zahlung haben kann, zu bestätigen ist oder dass Auszahlungen von der Zustimmung der Erwerber abhängig gemacht werden. Auch bei der vorliegenden Zahlungsanweisung hätte sich der Notar entsprechend vergewissern müssen, dass sich die Beteiligten über die Person des die Auszahlungsvoraussetzung Bestätigenden ausreichend im Klaren sind. Daher hätte der Notar zumindest die Beteiligten befragen müssen, um ihnen etwaige Risiken aufzuzeigen. Dem habe der Notar nicht genügt.

### BGB §§ 1068, 1030; HGB §§ 161, 162, 106, 108 Eintragung eines Nießbrauchs an einem Kommanditanteil im Handelsregister

**Der Nießbrauch an einem Kommanditanteil kann im Hinblick auf die Mitwirkungsrechte des Nießbrauchers im Handelsregister eingetragen werden.** (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

LG Oldenburg, Beschl. v. 8.4.2008 – 15 T 257/08  
Kz.: L I 1 – § 1030 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: 10831

#### Problem

Eine Kommanditgesellschaft meldete die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Kommanditanteil zur Eintragung im Handelsregister an. Das Amtsgericht wies den Eintragungsantrag mit der Begründung zurück, ein Nießbrauch an einem Kommanditanteil sei nicht eintragungsfähig.

#### Entscheidung

Die Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts hatte Erfolg: Der Nießbrauch an einem Kommanditanteil ist im Handelsregister einzutragen. Das Landgericht Oldenburg folgt damit dem Landgericht Köln (LG Köln RNotZ 2001, 170 m. Anm. Lindemeier, RNotZ 2001, 155) und – ohne dies kenntlich zu machen – dem LG Aachen (RNotZ 2003, 398), dessen Begründung es wörtlich übernimmt.

Das Landgericht Oldenburg und das Landgericht Aachen stützen die Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs auf die

**Mitwirkungsrechte des Nießbrauchers.** So seien die Gesellschafterrechte, insbesondere die Verwaltungsrechte, zwischen dem Gesellschafter und dem Nießbraucher aufgeteilt. Insbesondere habe der Nießbraucher bei Beschlüssen über laufende Angelegenheiten der Gesellschaft ein eigenes Stimmrecht, das das des Gesellschafters ausschließe. Vor Grundlagenänderungen werde der Nießbraucher durch § 1071 BGB geschützt. Stehe dem Nießbraucher demnach die Ausübung bestimmter Gesellschafterrechte zu, könne das Registergericht nur dann prüfen, ob eine Anmeldung zum Handelsregister tatsächlich von allen erforderlichen Personen vorgenommen worden ist, wenn auch der Nießbraucher im Handelsregister eingetragen werde. Daraus leite sich ein öffentliches Interesse an dieser Eintragung her.

Die umstrittene Frage, ob der **Nießbraucher im Außenverhältnis haftet** und deshalb seine Eintragung im Handelsregister zur Haftungsbeschränkung erforderlich ist, ließen das Landgericht Oldenburg und das Landgericht Aachen dahinstehen (vgl. hierzu aber LG Köln, RNotZ 2001, 170; Lindemeier, RNotZ 2001, 155, 157; Kruse, RNotZ 2002, 69, 83 f.; Krafa/Willer, Registerrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 770; Wertbruch, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 105 Rn. 116 m. w. N). Im **Schrifttum** ist die Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs im Handelsregister aber nach wie vor umstritten (Ebenroth/Boujong/Wertbruch, a. a. O.; Krafa/Willer, a. a. O.; Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl. 2008, § 105 Rn. 44).

---

## **WEG § 10 Abs. 2 (a. F.), § 15 Abs. 1; BGB §§ 158 ff.; GBO § 29 Zulässigkeit eines auflösend bzw. aufschiebend bedingten Sondernutzungsrechtes**

**Als schuldrechtliche Vereinbarung kann das Sondernutzungsrecht unter einer auflösenden oder einer aufschiebenden Bedingung nach §§ 158 ff. BGB stehen. Die vereinbarte Bedingung muss dabei nicht in einer Weise bestimmt sein, dass sie dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nachgewiesen werden kann.**

OLG Zweibrücken, Beschl. v. 1.2.2008 – 3 W 3/08  
Kz.: LI 4 – § 15 Abs. 1 WEG (SNR)  
Fax-Abwurf-Nr.: **10832**

### **Problem**

Eltern teilten ihr Hausgrundstück nach dem WEG auf und übertrugen mittels Übergabevertrag den hinteren Hausteil an die Kinder. Im hinteren Hausteil befand sich jedoch noch eine Garage, deren Nutzung sich die Eltern noch vorbehalten wollten. Zu diesem Zwecke wurde an der Garage ein auflösend und ein aufschiebend bedingtes Sondernutzungsrecht begründet: Solange die Eltern im Haus wohnen und ein Auto halten würden, sollten sie zur Garagennutzung berechtigt sein. Mit Erlöschen dieses Sondernutzungsrechtes sollte ein gleiches Sondernutzungsrecht zur Garagennutzung für die Kinder als Eigentümer des hinteren Hausteils entstehen. Das Grundbuchamt hat die Eintragung dieses Sondernutzungsrechtes in das Grundbuch abgelehnt, da das Sondernutzungsrecht seiner Auffassung nach nicht hinreichend bestimmt sei. Das Landgericht folgte dieser Auffassung des Grundbuchamtes. Hiergegen wendet sich die weitere Beschwerde der aufteilenden Grundstückseigentümer.

### **Entscheidung**

Das OLG Zweibrücken entschied im Einklang mit den bis jetzt zu dieser Frage vertretenen Auffassungen, dass auch bedingte Sondernutzungsrechte im Grundbuch eingetragen werden können. Für aufschiebend bedingte Sondernutzungsrechte entspricht dies ganz allgemeiner Auffassung und ist in der notariellen Praxis bei der „Vorrats-Bestellung“ insbesondere von Stellplatz-Sondernutzungsrechten durchaus üblich. Aber auch ein auflösend bedingtes Sondernutzungsrecht wurde auch schon bisher in der obergerichtlichen Rechtsprechung als zulässig erachtet (vgl. OLG Düsseldorf NZM 2000, 765 = ZMR 2000, 551 = OLGR Düsseldorf 2000, 418). Das OLG Zweibrücken begründet dies zutreffend mit der prinzipiell schuldrechtlichen Natur des Sondernutzungsrechtes, das insoweit nicht bedingungsfeindlich sei. Da die Grundbucheintragung des Sondernutzungsrechtes nur dazu führe, dass diese prinzipiell nur *inter partes* wirkende schuldrechtliche Vereinbarung auch gegen Sonderrechtsnachfolger wirksam werde, spreche auch dies nicht gegen die Zulässigkeit einer auflösenden Bedingung beim Sondernutzungsrecht. Daher hob das OLG Zweibrücken die insoweit ablehnenden Entscheidungen der Vorinstanzen auf (zustimmend zu diesem Urteil auch die Anmerkungen von Abramenko, IMR 2008, 201 und von Langhein, notar 2008, 219).

Abschließend weist das OLG Zweibrücken noch darauf hin, dass für die Bestellung eines bedingten Sondernutzungsrechtes (sei es aufschiebend oder auflösend bedingt) ebenfalls nicht als notwendig vorausgesetzt werden müsse, dass der Bedingungseintritt in der Form des § 29 GBO nachweisbar sei. Das OLG weist insoweit zwar auf Probleme hinsichtlich der praktischen Handhabung hin (vgl. in diesem Sinne auch die kritische Anmerkung von Langhein, a. a. O.), legt aber dar, dass die Eintragungsfähigkeit des Rechtes unabhängig davon sei, ob der Bedingungseintritt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden könne. Lediglich für den Fall, dass späterhin das bedingte Recht in ein unbedingtes Recht umgestellt werden solle, wäre hier als Erschwernis eine Bewilligung aller Eigentümer notwendig.

## Literaturhinweise

**R. Süß, Erbrecht in Europa, 2. Aufl., ZErB-Verlag, Angelbachtal 2008, 1662 Seiten (mit CD-Rom), 138.– €**

Gerade in zweiter Auflage erschienen und doch schon als Standardwerk zu den Erbrechten europäischer Staaten aus der Handbibliothek des Notars kaum mehr wegzudenken ist das Sammelwerk von Süß zum Erbrecht in Europa. Die Länderberichte stellen nach einem einheitlichen Muster das jeweilige IPR, das materielle Erbrecht, das Nachlassverfahren sowie die Besteuerung der Erbfolge dar. Zu einigen Ländern finden sich weiterführende Informationen und Materialien auf der beigelegten CD-Rom. Das Werk ist damit ein **unverzichtbares Hilfsmittel** für erbrechtliche Gestaltungen von Staatsangehörigen anderer europäischer Staaten (oder bei Auslandsvermögen deutscher Erblasser in anderen europäischen Staaten).

**Notar a. D. Christian Hertel**

**G. Jennißen, WEG, Otto Schmidt Verlag, Köln 2008, 1227 Seiten, 99.– €**

Kurz nach Inkrafttreten des neuen WEG erschien ein neuer Kommentar zum WEG, der in seiner Bearbeitungstiefe etwa dem *Bärmann/Pick/Merle* oder dem *Weitnauer* ähnelt und mit beiden auch qualitativ mithalten kann. Unter den zwölf Bearbeitern finden sich fünf Notare, vier Richter und drei Rechtsanwälte. Durch die Verbannung der Zitate in Fußnoten ist die Kommentierung flüssig lesbar. In den Fußnoten sind auch jeweils Entscheidungsdatum und Aktenzeichen zitiert, was die Arbeit in elektronischen Datenbanken erheblich vereinfacht. Insgesamt eine **sehr solide und qualitätvolle Neubearbeitung**, die sicher ihren Platz unter den WEG-Kommentierungen finden wird.

Notar a. D. Christian Hertel

**P. Kindler, Einführung in das italienische Recht, 2. Aufl., C. H. Beck Verlag, München 2008, 362 Seiten, 29,90 €**

Unter den ausländischen Rechtsordnungen zählt das italienische Recht zu den in der notariellen Praxis wichtigsten Rechten, da in Deutschland schon seit Jahrzehnten viele italienische Staatsangehörige ansässig sind. So mag mancher Notar daran interessiert sein, über die Lösung einer konkreten Rechtsfrage zum italienischen Ehegüter-, Erb- oder Gesellschaftsrecht hinaus auch deren Einbettung in den Kontext des italienischen Rechts kennenzulernen oder

allgemein einen Überblick über das italienische Recht zu gewinnen. Dafür eignet sich die **vorzügliche und gut lesbare Übersicht** von *Kindler* ausgezeichnet, der ein ausgewiesener Kenner der Materie und Vorsitzender der deutsch-italienischen Juristenvereinigung ist.

Notar a. D. Christian Hertel

**C. Kessler**, Die Grundbuchfähigkeit der GbR, ZNotP 2008, 231

**E. Koch**, Die geplanten Neuregelungen des Zugewinnausgleichs, FamRZ 2008, 1124

**C. Münch**, Rechtsprechungsübersicht Erbrecht, FamRZ 2008, 1042

**C. v. Oertzen/C. Engelmeier**, Namensrechtliche Regelungen in Eheverträgen und Scheidungsfolgenvereinbarungen, FamRZ 2008, 1133

**M. Oyda**, Altlastenklauseln in Grundstückskaufverträgen, RNotZ 2008, 245

**T. Pfeiffer**, Methodik der Privatrechtsangleichung in der EU. Der gemeinsame Referenzrahmen zum europäischen Vertragsrecht, AcP 2008, 227

**J. Tersteegen**, Sozialhilferechtliche Verwertbarkeit von Vermögen bei Anordnung von Verwaltungstestamentsvollstreckung, ZEV 2008, 121

**R. Thoma**, Rechtsprobleme bei der Aufteilung von Grundbesitz in Wohnungseigentum, RNotZ 2008, 121

**K. Tiedtke**, Zur Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Kaufrechts, JZ 2008, 405 + 452

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **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 internet: 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. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**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  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg