

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

25. Jahrgang
Juni 2017
ISSN 1434-3460

12/2017

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO § 15 Abs. 3 – Neue notarielle Prüfpflichten im Grundbuchverkehr

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 1193 Abs. 1 S. 3, 1234 – Zwangsvollstreckung aus einer vollstreckbaren Sicherungsgrundschuld wegen Zinsen erst nach Wartefrist von sechs Monaten nach Kündigung des Kapitals zulässig

BGB §§ 528 Abs. 1 S. 1, 818, 2325; ZPO § 287 Abs. 2; BewG § 14 – Nießbrauchsverzicht als herausgabepflichtige Schenkung i. S. d. § 528 BGB

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO § 15 Abs. 3 Neue notarielle Prüfpflichten im Grundbuchverkehr

I. Sachverhalt

Im Zusammenhang mit einem notariellen Kaufvertrag über eine Teilfläche ist am Grundstück eines Dritten (D) eine Dienstbarkeit zu bestellen, die die Zufahrt zur verkauften Fläche absichern soll.

Der den Kaufvertrag beurkundende Notar N1 erstellt einen Entwurf für die Dienstbarkeit und versendet diesen an D. Für D handelt aufgrund einer notariell beurkundeten Generalvollmacht die X. Sie lässt ihre Unterschrift bei N2 am 12.6.2017 beglaubigen. N2 versendet die Erklärung an N1, damit dieser die Erklärung beim Grundbuchamt einreiche.

Variante:

Der Entwurf der Dienstbarkeit stammt von den Beteiligten selbst. Der beglaubigende Notar weist darauf hin, dass das Fahrtrecht wohl nicht hinreichend bestimmt bezeichnet sei oder dass dies zumindest zweifelhaft sei.

II. Fragen

1. Welche Erklärungen sind von den Notaren auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen? Muss auch der Eintragungsantrag geprüft werden?

2. Welcher Notar ist für die Prüfung zuständig? Kann auch ein ausländischer Notar prüfen?

3. Wie weit geht die Prüfungspflicht?

4. Ist die Prüfung dem Grundbuchamt durch einen Vermerk nachzuweisen?

5. Wie ist zu verfahren, wenn die Beteiligten auf einer Einreichung der Erklärungen zum Grundbuchamt bestehen, obwohl die Eintragungsfähigkeit zweifelhaft ist?

III. Zur Rechtslage

1. Einführung neuer notarieller Prüfpflichten

Der Gesetzgeber hat jüngst das Gesetz zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des elektronischen Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer verabschiedet (BGBl. 2017 I, S. 1396). Das Gesetz sieht nunmehr in § 378 Abs. 3 FamFG und § 15 Abs. 3 GBO neue notarielle Prüfpflichten für den Register- und Grundbuchverkehr vor (vgl. hierzu im Überblick DNotI-Report 2017, 78; eingehend BNotK-RS 5/2017 v. 23.5.2017).

§ 378 Abs. 3 FamFG bestimmt Folgendes:

„¹Anmeldungen in Registersachen mit Ausnahme der Genossenschafts- und Partnerschaftsregistersachen sind vor ihrer Einreichung für das Registergericht von einem Notar auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen. ²In Handelsregistersachen sind sie zudem bei einem Notar zur Weiterleitung an die für die Eintragung zuständige Stelle einzureichen.“

§ 15 Abs. 3 GBO hat folgenden Wortlaut:

„¹Die zu einer Eintragung erforderlichen Erklärungen sind vor ihrer Einreichung für das Grundbuchamt von einem Notar auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen. ²Dies gilt nicht, wenn die Erklärung von einer öffentlichen Behörde abgegeben wird.“

Die Neuregelungen sind zum **9.6.2017 in Kraft getreten** (vgl. Art. 11 Abs. 2 Nr. 3 des Gesetzes). Keine Anwendung finden sie jedoch auf Erklärungen, die vor diesem Zeitpunkt beurkundet oder beglaubigt worden sind (§ 493 Abs. 3 FamFG, § 151 GBO).

Die Regelungen gehen auf eine Initiative des Bundesrats zurück, der sie in das laufende Gesetzgebungsverfahren zum elektronischen Urkundenarchiv eingebracht hat (vgl. BT-Drucks. 18/10607, S. 105 ff., sowie BR-Drucks. 602/16 [B]). Der Bundestag hat dem Vorschlag unter geringfügigen Änderungen zugestimmt (vgl. BT-Drucks. 18/11636, S. 5 ff.) und auf die Begründung des Bundesrats verwiesen (BT-Drucks. 18/11636, S. 14).

2. Zweck der Neuregelungen

§ 15 Abs. 3 S. 1 GBO normiert eine **formelle Eintragungsvoraussetzung** im Grundbuchverfahren (BT-Drucks. 18/10607, S. 109, 111). Die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen sind von einem Notar für das Grundbuchamt zu prüfen, bevor eine Eintragung erfolgen kann.

a) Filter- und Entlastungsfunktion; materielle Richtigkeitsgewähr

Die Neuregelung soll die bereits gängige Praxis abbilden, dass Notare die ihnen vorliegenden Erklärungen vor Einreichung beim Grundbuchamt zumindest cursorisch auf ihre Eintragungsfähigkeit überprüfen. Sie geht aber darüber hinaus, denn sie schreibt die notarielle Prüfung zwingend vor. Der Gesetzgeber begründet dies mit der **Filter- und Entlastungsfunktion** der notariellen Tätigkeit im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Die Einschaltung des Notars soll dazu führen, dass die Anzahl der zu beanstandenden Anträge sinkt und die justiziellen Ressourcen bei den Gerichten effizient genutzt werden (vgl. BT-Drs. 18/10607, S. 106). Neben die Filter- und Entlastungsfunktion tritt die Stärkung der **materiellen Richtigkeit** des Grundbuchs (BT-Drucks. 18/10607, S. 109). Wegen seiner rechtlichen Kenntnisse über die formellen und materiellen Eintragungsvoraussetzungen gewährleistet der Notar, dass keine unzulässigen Erklärungen zur Eintragung in das Grundbuch gelangen und das Grundbuch einen unzulässigen Inhalt aufweist (BT-Drucks. 18/10607, S. 109).

Nach der **bisherigen Rechtslage** treffen den Notar **keine vergleichbar weitreichenden Prüfpflichten**: Eine Unterschriftsbeglaubigung muss der Notar lediglich ablehnen, wenn die beglaubigte Erklärung offensichtlich unwirksam ist (§ 40 Abs. 2 i. V. m. § 4 BeurkG). Die Prüfung ist auf eine Evidenzkontrolle beschränkt (Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 40 BeurkG Rn. 20). Die strengen Prüfungs- und Belehrungspflichten nach § 17 BeurkG gelten allerdings dann, wenn der Notar den Text über der Unterschriftsbeglaubigung selbst entworfen hat (vgl. BGH DNotZ 1997, 51, 52).

b) Schutzrichtung der Prüfpflichten

Die Prüfpflichten nach § 15 Abs. 3 GBO und § 378 Abs. 3 FamFG haben einen eingeschränkteren Umfang

als diejenigen nach § 17 BeurkG und sehen auch keine Verpflichtung zur Belehrung vor (vgl. Ziff. 6). Vor allem verfolgen sie eine andere Schutzrichtung: Die Prüfung geschieht „für das Grundbuchamt“ und steht damit ausschließlich im **öffentlichen Interesse**, nicht im Interesse der Beteiligten (BT-Drucks. 18/10607, S. 109). Der Notar nimmt die Aufgabe einer **„externen Rechtsantragstelle“** des Grundbuchamts wahr und handelt im Rahmen einer **„justiziellen Amtspflicht und Zuständigkeit“** (BT-Drucks. 18/10607, S. 106, 109, 110). Anders als die sonstigen notariellen Amtspflichten besteht die Prüfpflicht nach § 15 Abs. 3 GBO **nur im Verhältnis zum Grundbuchamt**.

Eine Verletzung der Pflicht führt demzufolge zu keiner Amtshaftung gem. § 19 BNotO im Verhältnis zu den Beteiligten. Das ändert freilich nichts daran, dass der Notar seine Pflicht zur Prüfung beachten muss.

3. Zu prüfende Erklärungen

Die notarielle Prüfpflicht gilt für **sämtliche zur Grundbucheintragung erforderlichen Erklärungen**.

Seinem Wortlaut nach nimmt § 15 Abs. 3 S. 1 GBO erkennbar auf die Formulierung des § 29 Abs. 1 GBO Bezug (BNotK-RS 5/2017, S. 3). Die **Eintragungsbewilligung** (§ 19 GBO) ist damit von der notariellen Prüfpflicht erfasst.

Anderes dürfte dagegen für den **Eintragungsantrag** als solchen gelten. Relevant wird diese Frage vor allem im Zusammenhang mit sog. isolierten Eintragungsanträgen, etwa bei einem Antrag auf Grundbuchberichtigung nach Eintritt der Erbfolge (§ 35 GBO). Der Zusammenhang zwischen § 15 Abs. 3 GBO und § 29 GBO deutet darauf hin, dass dieser Antrag nicht auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen ist: Denn der Antrag (§ 13 GBO) fällt als solcher unstreitig nicht unter § 29 GBO (BGH NJW 1999, 2369 = DNotZ 1999, 734; Bauer/v. Oefele/Knothe, GBO, 3. Aufl. 2013, § 29 Rn. 8; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 13 Rn. 32; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 29 GBO Rn. 39). Dann kann er auch keine zur Eintragung erforderliche Erklärung i. S. v. § 15 Abs. 3 GBO sein. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber eine notarielle Prüfung nicht in solchen Fällen vorschreiben wollte, in denen bisher ohnehin eine notarielle Mitwirkung dem Grunde nach ausgeschieden ist. Auf dieses Ergebnis deutet auch § 151 GBO hin, der nicht etwa sämtliche Anträge, sondern nur die bis zum 8.6.2017 beurkundeten oder beglaubigten Erklärungen von der Prüfpflicht ausnimmt (vgl. auch § 143 Abs. 4 GBO). Das zeigt, dass der Gesetzgeber den Eintragungsantrag als solchen nicht im Blick hatte. Demzufolge **gilt § 15 Abs. 3 GBO nicht für den Antrag als solchen**. Dabei macht es keinen Unterschied, ob ein Notar den Antrag – obwohl rechtlich nicht notwendig – beglaubigt hat. Die Prüfpflicht hängt von der **Art der Erklärung** ab, nicht von ihrer Form.

Für den **vorliegenden Fall** bedeutet dies, dass **lediglich die Eintragungsbewilligung** der Dienstbarkeit von einem Notar auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen ist. Der Eintragungsantrag als solcher ist von der Prüfung nach § 15 Abs. 3 GBO ausgenommen.

4. Ausnahmen von der Prüfpflicht

Das Gesetz macht vom Erfordernis der notariellen Prüfung im Grundbuchverfahren zwei Ausnahmen. Nach **§ 15 Abs. 3 S. 2 GBO** unterliegen die **Erklärungen einer öffentlichen Behörde** nicht der Prüfpflicht. Eine weite-

re Ausnahme ergibt sich aus § 143 Abs. 4 GBO für den Fall, dass die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen von einer gem. § 68 BeurkG **nach Landesrecht** zuständigen Person oder Stelle öffentlich beglaubigt worden sind. Gemeint sind damit z. B. die Beglaubigungen durch den Ortsgerichtsvorsteher in Hessen (vgl. § 13 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 HessOrtsGG).

Im vorliegenden Fall ist keine dieser Ausnahmen einschlägig, da die einzutragende Erklärung von keiner öffentlichen Behörde abgegeben und von einem Notar beglaubigt worden ist.

5. Zuständigkeit

Bei § 15 Abs. 3 GBO handelt es sich ebenso wie bei § 378 Abs. 3 FamFG um eine „justizielle [...] Zuständigkeit des Notars“ (BT-Drucks. 18/10607, S. 106, 110). Konsequenterweise hat der Gesetzgeber auch die amtliche Überschrift des § 378 Abs. 3 FamFG angepasst. Sie spricht anschaulich von einer „notariellen Zuständigkeit“.

Welcher Notar genau für die Prüfung zuständig ist, bestimmt das Gesetz nicht. Es ist davon auszugehen, dass **jeder inländische Notar** mit der Prüfung der Eintragungsfähigkeit beauftragt werden kann. So kann etwa der Notar, der die Erklärung entwirft (Entwurfsnotar), die Prüfung vornehmen, gleichermaßen der Notar, der die Unterschrift unter einem fremden Entwurf beglaubigt (Beglaubigungsnotar). Ferner kann auch der einreichende Notar prüfen (Vollzugsnotar). Eine zwingende Zuständigkeit gibt das Gesetz demnach nicht vor. Daher könnten im vorliegenden Fall sowohl N1 als auch N2 prüfen. Theoretisch denkbar wäre zudem die Prüfung durch einen dritten Notar. Welchem Notar gegenüber die Beteiligten den Antrag auf Prüfung nach § 15 Abs. 3 GBO stellen, hängt damit **im Ergebnis** von **Zweckmäßigkeitserwägungen** ab. Der einreichende Notar ist Adressat der Zwischenverfügung, wenn die Eintragungsfähigkeit der Erklärung nicht gegeben sein sollte. Laut Bundesnotarkammer sollte in der Praxis primär der einreichende Notar die Prüfung der Eintragungsfähigkeit vornehmen (BNotK-RS 5/2017, S. 5). Ist ein Notar (hier: N1) sowohl mit der Erstellung des Entwurfs als auch mit der Einreichung beauftragt, liegt darin in aller Regel ein Antrag des Beteiligten auf Prüfung nach § 15 Abs. 3 GBO. Ist dies im Zeitpunkt der Beglaubigung für den Beglaubigungsnotar (hier: N2) erkennbar, so lässt sich nicht annehmen, dass zugleich auch an den Beglaubigungsnotar ein entsprechender Antrag gerichtet wird. Demzufolge dürfte im vorliegenden Fall der Notar N1 die Prüfung vornehmen.

Ob auch ein **ausländischer Notar** die Prüfung vornehmen kann, ergibt sich aus dem Gesetz nicht unmittelbar. Unseres Erachtens ist die Frage zu verneinen. Der deutsche Gesetzgeber kann keine Prüfpflicht zulasten ausländischer Notare begründen, hat daher ausländische Notare offensichtlich nicht im Blick. Ein ausländischer Notar lässt sich auch nicht als „externe Rechtsantragstelle“ des Grundbuchamts ansehen. Vor allem würde eine Prüfung durch den ausländischen Notar nicht dem Normzweck des § 15 Abs. 3 GBO gerecht (vgl. Ziff. 2 a)). Es besteht keine Vermutung, dass ein ausländischer Notar über gesicherte Kenntnisse des deutschen Sachen- und Grundbuchrechts verfügt. Diese Kenntnisse sind aber unabdingbar, damit die notarielle Vorprüfung ihre Filter- und Entlastungsfunktion zugunsten des Grundbuchamts entfalten kann.

6. Reichweite der notariellen Prüfpflicht

Der Notar hat die zur Eintragung erforderliche Erklärung

auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen. Den Begriff der Eintragungsfähigkeit definieren weder § 15 Abs. 3 GBO noch § 378 Abs. 3 FamFG. Eine Erklärung dürfte eintragungsfähig sein, wenn keine Eintragungshindernisse bestehen, die **Erklärung also ihrer Art nach auf einen zulässigen Inhalt des Grundbuchs gerichtet** ist und in ihrer **konkreten Ausgestaltung** den Anforderungen des materiellen Rechts und des Grundbuchverfahrensrechts genügt (ähnlich zum Begriff der Eintragungsfähigkeit bereits Bauer, in: Bauer/v. Oefele, § 13 Rn. 50). Im vorliegenden Fall also müsste der Notar, der den Prüfvermerk erstellt, vor allem prüfen, ob die Bestellung einer Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) zugunsten des herrschenden Grundstücks möglich ist und ob sie einen zulässigen Inhalt hat, ob insbesondere die Anforderungen an die Bestimmtheit des Inhalts eingehalten sind sowie die Grenzen der Möglichkeit, Nebenpflichten dinglich zu vereinbaren.

Fraglich ist, ob der Notar auch **Umstände außerhalb der zur Eintragung erforderlichen Erklärung** zu prüfen hat. Relevant wird dies im Zusammenhang mit der Berechtigung und Bewilligungsbefugnis der erklärenden Person oder ihrer gesetzlichen Vertretung. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu (BT-Drucks. 18/10607, S. 109; Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

*„Mit der Prüfung der Eintragungsfähigkeit nach dem vorgeschlagenen § 378 Absatz 3 FamFG prüft der Notar künftig auch in allen anderen Fällen, ob sich **aus der ihm vorliegenden Anmeldung selbst Eintragungshindernisse** ergeben. **Außerhalb der Anmeldung liegende Umstände sind nicht von der Prüfungspflicht des Notars umfasst.** Dies ist die Aufgabe des Registergerichts. Ohne weiteren Auftrag der Beteiligten verpflichtet die Vorschrift den Notar deshalb insbesondere nicht zu einer Einsichtnahme in das Handelsregister, da eine solche auch mit weiteren Kosten verbunden wäre. Der Notar stellt damit für das Registergericht sicher, dass ausschließlich vollständige und sachgerecht formulierte Anmeldungen beim Registergericht eingereicht werden.“*

Die Begründung zu § 15 Abs. 3 GBO greift diesen Gedanken auf (BT-Drucks. 18/10607, S. 111; Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

*„Entsprechend den obigen Ausführungen zu dem vorgeschlagenen § 378 Absatz 3 FamFG sind **außerhalb der Erklärung liegende Umstände, Eintragungsvoraussetzungen oder etwaige weitere Erklärungen nicht von der Prüfungspflicht des Notars umfasst.** Dies ist Aufgabe des Grundbuchamts.“*

Nach der unmissverständlichen Gesetzesbegründung sind daher Umstände außerhalb der Erklärung und Eintragungsvoraussetzungen nicht zu prüfen. Dieses Verständnis erschließt sich auch unmittelbar aus dem Wortlaut des § 15 Abs. 3 S. 1 GBO. Denn wenn die Vorschrift lediglich von der Prüfung der Eintragungsfähigkeit **der zur Eintragung erforderlichen Erklärung** spricht, klammert sie die sonstigen Eintragungsvoraussetzungen aus. Ein Anhaltspunkt für diese Unterscheidung lässt sich spiegelbildlich in der Differenzierung zwischen § 29 Abs. 1 S. 1 u. S. 2 GBO festmachen; dort wird ebenfalls zwischen der Erklärung selbst und den sonstigen Eintragungsvoraussetzungen differenziert. Ein anderes Ergebnis ließe sich mit dem Normzweck des § 15 Abs. 3 GBO nicht vereinbaren: Der Notar soll die einzureichende Erklärung prüfen, nicht aber wie das Grundbuchamt ver-

pflichtet sein, sämtliche, auch außerhalb der Urkunde liegende Eintragungsvoraussetzungen zu prüfen.

Demzufolge dürfte sich die Prüfung nach § 15 Abs. 3 GBO **nicht** auf die **Rechts- und Vertretungsmacht** und die **Verfügungsbefugnis** des Erklärenden beziehen. Auch sonstige **Wirksamkeitsvoraussetzungen** wie etwa gerichtliche Genehmigungen fallen wohl nicht unter die notarielle Vorprüfung für das Grundbuchamt (vgl. BNotK-RS 5/2017, S. 5). Ebenso wenig ist der Notar nach § 15 Abs. 3 GBO zur Feststellung der Berechtigung des Erklärenden verpflichtet und er muss nach der Gesetzesbegründung **keine Einsicht in das Grundbuch** nehmen, wenn ihm von den Beteiligten kein entsprechender Auftrag erteilt wurde (BT-Drucks. 18/10607, S. 111).

Ob sich die notarielle Prüfung auf eine **rechtsgeschäftliche Vollmacht** erstreckt, ist nicht eindeutig. Für eine Erfassung der Vollmacht spricht der Umstand, dass die Vollmacht gem. § 29 Abs. 1 S. 1 GBO eine sonstige zur Eintragung erforderliche Erklärung ist (vgl. nur Meikel/Hertel, § 29 Rn. 43). Andererseits wäre es ein Wertungswiderspruch, den Fall der gesetzlichen Vertretung (keine Prüfpflicht) anders als den Fall der rechtsgeschäftlichen Vertretung zu behandeln. Vor allem ist aber in Rechnung zu stellen, dass § 15 Abs. 3 GBO die Prüfung auf die **Eintragungsfähigkeit** der zur Eintragung erforderlichen Erklärung beschränkt, die Vollmacht aber selbst nicht eintragungsfähig ist, sondern nur Wirksamkeitsvoraussetzung der Erklärung selbst. Dies wird deutlich, wenn man sich den Inhalt einer Generalvollmacht vor Augen führt: Eine solche ist auf keinen bestimmten Eintragungsinhalt gerichtet und kann für sich genommen nicht eintragungsfähig sein. In diesem Sinne führt auch die oben zitierte Gesetzesbegründung aus, dass „etwaige weitere Erklärungen“ nicht von der Prüfpflicht umfasst sind. Für die Anwendung von § 15 Abs. 3 GBO macht es dabei keinen Unterschied, ob der Notar eine Vollmachtsbescheinigung (§ 21 Abs. 3 BNotO) erstellt hat. Die Pflichten im Zusammenhang mit der Erteilung einer Vollmachtsbescheinigung sind unabhängig von der Prüfpflicht nach § 15 Abs. 3 GBO zu betrachten.

Wir gehen daher davon aus, dass Vollmachten nicht von der notariellen Prüfpflicht erfasst sind. Weder der die Vollmacht beglaubigende Notar noch der die Erklärung des Vertretenen beglaubigende Notar sind daher im Rahmen von § 15 Abs. 3 GBO zu einer Prüfung der Vollmacht verpflichtet (so auch BNotK-RS 5/2017, S. 5). Eine notarielle Prüfung ist insoweit nicht erforderlich.

Für den vorliegenden Fall folgt daraus, dass die **notarielle Prüfung nach § 15 Abs. 3 GBO sich nicht auf die Vollmacht der X erstreckt**.

7. Eintragungsvoraussetzung und Nachweis der Prüfung durch den Notar

Die Gesetzesbegründung führt an mehreren Stellen aus, dass es sich bei der notariellen Prüfung um eine **förmliche Eintragungsvoraussetzung** handelt (BT-Drucks. 18/10607, S. 109). Besonders deutlich wird dies, wenn es heißt (BT-Drucks. 18/10607, S. 111):

„Als Verfahrensvorschrift ist der vorgeschlagene § 15 Absatz 3 GBO zugleich formelle Voraussetzung im Eintragungsverfahren.“

Auch die Gesetzssystematik der GBO spricht eindeutig dafür: Wenn vor Einreichung der Erklärung eine Prüfung

erfolgen muss, handelt es sich um eine unabdingbare Voraussetzung für die Eintragung. Mit anderen Worten: Es darf nur eingetragen werden, wenn die notarielle Prüfung als Eintragungsvoraussetzung vorliegt. Dies ergibt sich zudem aus dem Wortlaut der Vorschrift, wonach die Erklärungen für das Grundbuchamt zu prüfen sind. Die Stärkung der **materiellen Richtigkeit** des Grundbuchs fordert insoweit zwingend eine Prüfung durch den Notar.

Die notarielle Prüfung ist also Eintragungsvoraussetzung und die erfolgte Prüfung dem Grundbuchamt nachzuweisen. In diesem Zusammenhang heißt es in der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 18/10607, S. 109; Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„Dass eine Prüfung der Eintragungsfähigkeit erfolgt ist, muss für das Registergericht aus der Anmeldung selbst ohne weitere Nachforschungen ersichtlich sein. Hierfür hat der Notar Sorge zu tragen. Die Prüfung der Eintragungsfähigkeit und damit die Erfüllung der formellen Eintragungsvoraussetzung des vorgeschlagenen § 378 Absatz 3 FamFG kann dem Registergericht insbesondere durch Beifügung eines Prüfvermerks nachgewiesen werden.“

Die Gesetzesbegründung verlangt somit, dass der Notar einen **Nachweis über die Prüfung** liefert, was selbstverständlich in gleicher Weise für § 15 Abs. 3 GBO gilt. Das entspricht der Gesetzssystematik. Wenn § 15 Abs. 3 GBO eine Prüfung für das Grundbuchamt verlangt, wäre es befremdlich, wenn das Grundbuchamt im Unklaren darüber gelassen würde, welcher Notar mit welchem Ergebnis die Eintragungsfähigkeit geprüft hat. Der Normzweck, der in der Filter- und Entlastungsfunktion zugunsten des Grundbuchamts begründet liegt, verlangt insoweit transparente Verhältnisse. Gegen einen Prüfvermerk lässt sich bei erster Betrachtung allenfalls eine gesetzliche Vermutung für das Grundbuchamt dahingehend anführen, dass der Notar seinen Amtspflichten nachgekommen ist. Eine solche Betrachtung würde jedoch entscheidend zu kurz greifen. Denn es handelt sich bei der notariellen Prüfpflicht eben nicht nur um eine einfache notarielle Amtspflicht, sondern um eine **förmliche Eintragungsvoraussetzung**. Es ist auch **nicht offenkundig**, dass ein Notar die Prüfung vorgenommen hat. Denn die Prüfpflicht nach § 15 Abs. 3 GBO trifft nicht einen bestimmten Notar (vgl. Ziff. 5). Grundsätzlich kann jeder Notar mit der Prüfung beauftragt werden. Es muss nachvollziehbar sein, welcher Notar die Prüfung übernommen hat. Anderenfalls wäre es z. B. denkbar, dass ein Beteiligter seine Unterschrift unter einem Fremdentwurf von einem Notar beglaubigen lässt und dem Notar mitteilt, ein anderer Notar solle die Prüfung vornehmen. Reicht der Beteiligte nunmehr die Unterschriftsbeglaubigung zur Eintragung beim Grundbuchamt ein, wäre für das Grundbuchamt nicht ersichtlich, dass eine notarielle Prüfung erfolgt ist. Das Grundbuchamt könnte fälschlicherweise annehmen, ein Notar habe die Erklärung für eintragungsfähig befunden. Ohne Dokumentation der notariellen Prüfung würde die Filter- und Entlastungsfunktion der Prüfpflicht also leerzulaufen drohen.

Wir halten es daher **im Grundsatz für zwingend, dass der Notar in einem Prüfvermerk die Eintragungsfähigkeit** der zur Eintragung erforderlichen Erklärung **für das Grundbuchamt bescheinigt** (so auch BNotK-RS 5/2017, S. 7 f., mit einem konkreten Formulierungsvorschlag). Ist der Nachweis der Eintragungsvoraussetzung nicht erbracht,

liegt ein Eintragungshindernis i. S. v. § 18 Abs. 1 GBO vor und ist eine Zwischenverfügung zu erlassen. Es wäre befremdlich, wenn die notariellen Prüfpflichten dadurch unterlaufen werden könnten, dass trotz einer unterbliebenen Prüfung eingetragen werden müsste.

Der Notar kann den notariellen Prüfvermerk z. B. unter dem Text des Beglaubigungsvermerks anbringen. Alternativ könnte man darüber nachdenken, den Prüfvermerk in das Anschreiben an das Grundbuchamt mit aufzunehmen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die erfolgte Prüfung förmliche Eintragungsvoraussetzung ist und nach § 29 Abs. 1 S. 2 GBO mit einem **notariellen Siegel** versehen sein soll. Die öffentliche Urkunde erbringt zwar keinen Beweis hinsichtlich der Richtigkeit der mit ihr zum Ausdruck gebrachten rechtlichen Wertung (vgl. BGH NJW 2001, 3135, 3136 = DNotZ 2002, 536), sie erbringt aber einen Nachweis über die bloße Tatsache der Prüfung durch den Notar (§ 418 ZPO). Fehlt es am notariellen Siegel, ist der Prüfvermerk nicht unwirksam, das Grundbuchamt muss aber den Eintragungsantrag zurückweisen, weil ihm die Eintragungsvoraussetzungen nicht förmlich nachgewiesen sind.

Eine **Ausnahme** ist nach der Gesetzesbegründung jedoch in folgendem Fall zu machen (BT-Drucks. 18/10607, S. 109 f.; Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„Sind Anmeldungen in einer Niederschrift nach §§ 8 ff. BeurkG enthalten, so ist bereits aufgrund der Prüfpflicht des Notars nach § 17 BeurkG für das Registergericht ersichtlich, dass auch die Prüfung der Eintragungsfähigkeit nach dem vorgeschlagenen § 378 Absatz 3 FamFG erfolgt ist.“

Diese Ausnahme fügt sich nahtlos in die vorstehenden Erwägungen ein. Wenn der Notar eine Niederschrift über Willenserklärungen beurkundet, muss er zwingend die Eintragungsfähigkeit der beurkundeten Erklärungen prüfen (§ 17 BeurkG). Fehlt die Eintragungsfähigkeit, so muss der Notar die Beurkundung ablehnen oder zumindest einen Zweifelsvermerk in die Urkunde aufnehmen (§ 17 Abs. 2 S. 2 BeurkG). Nimmt der Notar die Beurkundung vor und fehlt ein solcher Zweifelsvermerk, so bringt der Notar mit seiner Unterschrift unter der Niederschrift hinreichend klar zum Ausdruck, dass die Eintragungsfähigkeit der beurkundeten Erklärungen nach seiner Auffassung gegeben ist. Ein gesonderter Prüfvermerk ist nach dem Normzweck des § 15 Abs. 3 GBO nicht geboten. Anders als im Fall der Unterschriftsbeglaubigung lässt sich die Prüfung auch mit der für den Grundbuchverkehr erforderlichen Sicherheit einem bestimmten Notar – dem Urkundsnotar – zuordnen.

Darüber hinaus erscheint der Verzicht auf den Prüfvermerk naheliegend, **wenn sich aus dem Text der Unterschriftsbeglaubigung eindeutig ergibt, dass der beglaubigende Notar zugleich den Text der Erklärung entworfen hat** (so Diehn/Rachlitz, DNotZ 2017, Heft 7, Fn. 26 [im Erscheinen]). Denn in diesem Fall trifft den Notar das volle Pflichtenprogramm des § 17 BeurkG. Insoweit kann nichts anderes als bei der Beurkundung von Willenserklärungen gelten.

8. Ablehnung bei Zweifeln?

Zweifelt der mit der Prüfung beauftragte Notar an der Eintragungsfähigkeit der Erklärung, so darf er die Erstellung eines Prüfvermerkes nicht ablehnen. Vielmehr muss er auf Wunsch der Beteiligten in diesem Fall einen **negativen**

Prüfvermerk erstellen. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu (BT-Drucks. 18/10607, S. 110; Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

*„Ist der Notar der Rechtsansicht, dass die Anmeldung nicht eintragungsfähig ist, wird er die Beteiligten hierauf vorab hinweisen und eine entsprechende Änderung der Anmeldung anregen. **Wünschen die Beteiligten dennoch unveränderte Anmeldung, so stellt der Notar seine Zweifel in einem Prüfvermerk für das Registergericht dar.** Der Prüfvermerk richtet sich dabei ausschließlich an das Registergericht und nicht an die Beteiligten. Die Beteiligten haben Anspruch auf Mitteilung konkreter Beanstandungen oder auf Berichtigung der Anmeldung nach Erteilung eines entsprechenden Auftrags. **Auch bei Nichtvorliegen der Eintragungsfähigkeit darf der Notar die Erstellung eines Prüfvermerks und die Einreichung beim Registergericht demnach nicht ablehnen.** Gegen eine solche schlichte Verweigerung wäre – wie auch sonst in Fällen der Amtsverweigerung – das Rechtsmittel der Beschwerde nach § 15 Absatz 2 Satz 1 BNotO statthaft.“*

Für die Prüfung nach § 15 GBO gilt nach dem Willen des Gesetzgebers Entsprechendes (BT-Drucks. 18/10607, S. 111).

In der Sachverhaltsvariante bedeutet dies, dass der Notar den Beteiligten auf seine Bedenken gegen die Eintragungsfähigkeit der Grunddienstbarkeit hinweisen würde. Sollte der Beteiligte dennoch auf einem Prüfvermerk bestehen, müsste der Notar einen negativen Prüfvermerk erstellen.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

EuErbVO Art. 4

Internationale Zuständigkeit für die Erteilung eines Erbscheins; Vertretung eines Minderjährigen bei Stellung eines Erbscheinsantrags

Abruf-Nr.:

WEG § 30; BGB § 577

Mienvorkaufsrecht bei einem Wohnungserbbaurecht; zeitliche Reihenfolge: Beurkundung der Teilungserklärung; Abschluss eines Kaufvertrags; Überlassung der Räumlichkeiten an einen Mieter; Vollzug der Teilungserklärung und Eintragung des Erwerbers

Abruf-Nr.:

BGB §§ 1193 Abs. 1 S. 3, 1234

Zwangsvollstreckung aus einer vollstreckbaren Sicherungsgrundschuld wegen Zinsen erst nach Wartefrist von sechs Monaten nach Kündigung des Kapitals zulässig

Die Zwangsversteigerung aus einer vollstreckbaren Sicherungsgrundschuld wegen der dinglichen Zinsen setzt in Rechtsanalogie zu § 1234, § 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB die Kündigung des Kapitals der Grundschuld oder die Androhung der Zwangsversteigerung und das Verstreichen einer Wartefrist von sechs Monaten voraus.

BGH, Beschl. v. 30.3.2017 – V ZB 84/16

Problem

Hintergrund der Entscheidung ist der Streit um die Frage, ob wegen Einführung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB durch das RisikobegrenzungsGesetz nicht nur bei der Zwangsversteigerung wegen des Kapitals die **sechsmontatige Kündigungsfrist** des § 1193 Abs. 1 S. 3 BGB einzuhalten ist, sondern auch bzgl. der dinglichen Zinsen. Die **herrschende Literaturmeinung** lehnt eine Wartefrist wegen **fehlender planwidriger Regelungslücke** ab, eine Mindermeinung in der Literatur verneint dagegen die Verwertungsreife der Zinsen ohne Einhaltung einer sechsmontatigen Frist.

Im entschiedenen Fall kündigte die Verwertungsgläubigerin mit Schreiben vom 4.12.2015 eine in Abt. III Nr. 1 über 250.500 € eingetragene vollstreckbare Grundschuld; das Schreiben ging der Schuldnerin am 11.12.2015 zu. Die Gläubigerin beantragte am 30.3.2016 die **Anordnung der Zwangsversteigerung des Grundbesitzes** der Schuldnerin **wegen anteiliger rückständiger dinglicher Zinsen** aus der Grundschuld in Höhe von 7.360,93 €. Das Amtsgericht – Vollstreckungsgericht – wies den Antrag entgegen der herrschenden Literaturmeinung zurück. Die Beschwerde der Gläubigerin beim Landgericht blieb ohne Erfolg.

Der BGH musste die Frage klären, ob die Grundschuldgläubigerin die Zwangsversteigerung wegen der Grundschuldzinsen **ohne Abwarten einer Frist** betreiben kann **oder** ob ein **Gleichlauf** mit dem Betreiben der Zwangsversteigerung wegen des Kapitals anzunehmen ist.

Entscheidung

Der BGH hat die Rechtsbeschwerde der Grundschuldgläubigerin zurückgewiesen: Die Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz dürfe nämlich auch **wegen der Grundschuldzinsen erst sechs Monate nach Zugang der Kündigung des Kapitals** beginnen. Diese Frist war bei Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung noch nicht verstrichen.

Die Fälligkeit der Grundschuldzinsen richte sich nach den **allgemeinen Vorschriften**, also nach der Regelung über die **Fälligkeit von Darlehenszinsen** im heutigen § 488 Abs. 2 BGB.

Nach Ansicht des BGH sind die Grundschuldzinsen aber **nicht verwertungsreif**, weil dafür die Kündigung des

Grundschuldkapitals oder die Androhung der Zwangsversteigerung und das Verstreichen einer sechsmontatigen Wartefrist erforderlich sind. Dies ergebe sich in **Rechtsanalogie zu § 1234 und § 1193 Abs. 1 S. 3 BGB**.

Es liege eine **planwidrige Regelungslücke** vor. **Gesetzgeberisches Ziel** sei es, dass die Kündigungsfrist von sechs Monaten ungeschmälert erhalten bleibe und der Schuldner diesen Zeitraum nutzen könne, um sich **ohne den zusätzlichen Druck eines laufenden Zwangsversteigerungsverfahrens** auf die durch Kündigung des Kapitals der Grundschuld entstandene Situation einzustellen.

Der Gesetzgeber habe bei der Neuregelung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB übersehen, dass der Gläubiger die dem Schuldner zugeordnete Möglichkeit zur Abwendung der Zwangsversteigerung **durch eine Zwangsversteigerung wegen der Zinsen unterlaufen** könne.

Die versehentliche Regelungslücke hätte der Gesetzgeber nach seinem Regelungsziel durch die entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 1234 BGB über die Androhung des Pfandverkaufs und durch die Einführung einer Wartefrist geschlossen, deren Länge mit sechs Monaten der Kündigungsfrist für das Grundschuldkapital in § 1193 Abs. 1 S. 3 BGB entspräche.

§ 1193 Abs. 1 BGB lasse sich **als solcher nicht entsprechend** anwenden, weil man sonst der Rechtsprechung des BGH zur Verjährung von Grundschuldzinsen den Boden entziehe und der Bildung hoher Zinsrückstände Vorschub leiste. Denn zöge man § 1193 BGB heran, so würden die Zinsen erst nach der Kündigung der Grundschuld fällig. Nach der Rechtsprechung des BGH soll dies aber gerade nicht der Fall sein. Die Zinsen werden hiernach nämlich gem. § 488 Abs. 2 BGB analog nach Ablauf jedes Jahres fällig.

Die Gelegenheit, schon den Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung abzuwenden, habe der Gesetzgeber dem Schuldner nur sichern können, indem er bei den Grundschuldzinsen **zwischen Fälligkeit und Verwertungsreife unterschieden** habe und die Verwertungsreife der Grundschuld hinsichtlich der Zinsen angelehnt an die Vorschrift über die Verwertung des Pfandrechts an einer beweglichen Sache nach Eintritt der Pfandreife in § 1234 BGB geregelt habe.

§ 1234 BGB sei für die analoge Anwendung **zweifach zu modifizieren**: Einerseits sei die Wartefrist des § 1234 Abs. 1 S. 1 BGB **von einem auf sechs Monate** (entsprechend § 1193 Abs. 1 S. 3 BGB) zu verlängern. Andererseits sei eine **eigenständige Androhung** der Zwangsversteigerung wegen der dinglichen Zinsen **überflüssig**, wenn der Gläubiger das Kapital gekündigt habe.

Im Ergebnis hätte die Gläubigerin die Zwangsversteigerung wegen der Grundschuldzinsen zwar neben der erklärten Kündigung des Kapitals nicht zusätzlich androhen müssen. Sie hätte aber analog § 1234 Abs. 2 S. 1 und § 1193 Abs. 1 S. 3 BGB eine Wartefrist von sechs Monaten abwarten müssen. Da diese **Frist bei Antragstellung nicht verstrichen** war, **musste der Antrag** der Grundschuldgläubigerin **zurückgewiesen werden**.

BGB §§ 528 Abs. 1 S. 1, 818, 2325; ZPO § 287 Abs. 2; BewG § 14

Nießbrauchsverzicht als herausgabepflichtige Schenkung i. S. d. § 528 BGB

1. Der Verzicht auf einen Nießbrauch ist eine Schenkung, die im Falle der Verarmung des Schenkers gem. § 528 Abs. 1 BGB nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben ist.

2. Für die Kapitalisierung des Nießbrauchswertes bietet § 14 BewG eine im Rahmen des richterlichen Schätzungsermessens geeignete Grundlage.

OLG Köln, Beschl. v. 9.3.2017 – 7 U 119/16

Problem

Die Entscheidung setzt sich mit den schenkungsrechtlichen Folgen der Aufgabe eines Vorbehaltsnießbrauchs auseinander. Sie steht im Zusammenhang mit einem Regress des Sozialhilfeträgers.

Eine Mutter (M) übertrug im Jahre 1995 ein Grundstück auf ihren Sohn (S) unter Vorbehalt des Nießbrauchsrechts. S veräußerte das Grundstück im Jahre 2008. Der Nießbrauch wurde dabei zur Löschung gebracht.

M befindet sich seit Ende 2008 in einem Pflegeheim. Der Sozialhilfeträger nimmt S für die Heimkosten aus einem übergeleiteten Anspruch aus Schenkungsrückforderung in Anspruch.

Entscheidung

Laut OLG Köln steht dem Sozialhilfeträger der geltend gemachte Anspruch aus §§ 528 Abs. 1, 818 Abs. 1 BGB zu.

M habe durch den **unentgeltlichen Verzicht auf den Nießbrauch** eine **Schenkungen** an S erbracht (vgl. zur Aufgabe eines Wohnungsrechts auch BGH NJW 2000, 728, 730 = ZEV 2000, 111). Der Nießbrauch vermittele das Recht zur Nutzungsziehung und Vermietung. Er habe einen objektiven Vermögenswert. Demzufolge führe der **Verzicht** auch zu einer **Vermögensmehrung** aufseiten des S. Es sei unerheblich, dass der Erwerber die Immobilie mit der Belastung durch den Nießbrauch der Mutter erworben habe und der Nießbrauch erst im Anschluss gelöscht worden sei. Denn es sei bei dem Verzicht darum gegangen, dem Sohn S die Veräußerung der Immobilie zu ermöglichen.

Der Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB war nicht durch § 534 BGB ausgeschlossen: Der Verzicht auf den Nießbrauch sei weder eine Pflicht- noch eine Anstandsschenkung gewesen.

Der nach § 818 Abs. 2 BGB herauszugebende **Wertersatz** besteht in der **Erhöhung des Verkehrswertes** der Immobilie, der **durch Wegfall des Nießbrauchs** eintritt (BGH NJW 2000, 728, 730). Nach Auffassung des OLG Köln entspricht der Wertzuwachs „jedenfalls“ dem Wert des Nießbrauchs.

Für die Bewertung des Nießbrauchs sei dessen **jährlicher Nutzungswert** – jeweils auf den Bewertungsstichtag bezogen – nach der **durchschnittlichen Lebenserwartung** des Berechtigten und dem langfristig zu erwartenden Kapitalzins zu kapitalisieren. In Rechtsprechung und Schrifttum sei allgemein anerkannt, dass der nach diesen Faktoren fest-

gesetzte **Vervielfältiger zu § 14 BewG** eine geeignete Grundlage für die Kapitalisierung des Nießbrauchswertes darstelle (so zum Zugewinnausgleich: BGH FamRZ 2004, 527 = NJW 2004, 1321; zu § 2325 BGB: OLG Koblenz ZEV 2002, 460 = RNotZ 2002, 337). Bis zu der am 1.1.2009 in Kraft getretenen Erbschaftsteuerreform sei der Vervielfältiger der Anl. 9 zu § 14 BewG zu entnehmen gewesen. Seitdem richte er sich nach einer auf der **aktuellen Sterbetafel** jährlich zu erstellenden Tabelle, die vom Bundesministerium der Finanzen jährlich im Bundessteuerblatt veröffentlicht werde. Zwar könnten für die Ermittlung des Nießbrauchswertes auch andere Methoden in Betracht kommen (vgl. BeckOK-BGB/J. Mayer, 41. Ed., Std.: 1.8.2015, § 2325 Rn. 26). Welche Methode anzuwenden sei, unterliege allerdings dem **Schätzungsermessen** nach § 287 Abs. 2 ZPO. Das Gericht zieht nach diesem ihm zustehenden Schätzungsermessen die Bewertung gem. § 14 BewG heran. Der vom Gutachterausschuss ermittelte „Verkehrswert nach BauGB“ sei demgegenüber keine geeignete Grundlage.

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei 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: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

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
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg