

Die vollstreckbare Urkunde

Handbuch mit Praxishinweisen und Musterformulierungen

von
Dr. Hans Wolfsteiner

3., neu bearbeitete Auflage

Die vollstreckbare Urkunde – Wolfsteiner

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Allgemeines



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 61393 7

Zwangshypothek möglich ist.¹⁵ S. zum Problem der Zwangshypothek zugunsten von BGB-Gesellschaften unten § 15.31. Darüber hinaus sollten bei juristischen Personen und rechtsfähigen Gesellschaften unbedingt auch der (satzungsmäßige oder eingetragene) Sitz sowie die registerführende Stelle und die Nummer angegeben werden, unter der sie in einem öffentlichen Register eingetragen sind; nur Letzteres sichert die zuverlässige Identifizierung nach Sitzverlegung oder Namensänderung. In jedem Fall ist eine ladungsfähige Anschrift anzugeben.

§ 10 BeurkG ist eine **Soll-Vorschrift**, deren Verletzung nicht zur Unwirksamkeit der in der Urkunde enthaltenen materiellrechtlichen Erklärungen führt. Dies gilt auch für vollstreckbare Urkunden und die Unterwerfungserklärung. Dabei ist zu unterscheiden: **13.16.**

a) Berichtigung nach Beurkundungsrecht

Sind die Parteien so bezeichnet, dass sie aus der Urkunde identifizierbar sind, sind aber Einzelangaben (Namensschreibweise, Rechtsformzusatz, Anschriften) falsch, so kann sie der Notar nach § 44a Abs. 2 BeurkG **berichtigen**. **13.17.**

b) Ergänzung nach Beurkundungsrecht

Ist die Person, die die Erklärung (in eigenem oder in fremdem Namen) vor dem Notar abgegeben hat, in der Niederschrift **nicht ausreichend bezeichnet** (aber doch so, dass der Muss-Vorschrift des § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG noch genügt wird), so kann der Notar die fehlenden Angaben ergänzen, ohne eine neue Niederschrift iSd. § 44 a Abs. 2 S. 3 BeurkG unter erneuter Mitwirkung der Beteiligten aufnehmen zu müssen.¹⁶ Denn die Angabe der Beteiligten ist keine Erklärung der Beteiligten und kann daher vom Notar ohne deren Mitwirkung ergänzt werden.¹⁷ **13.18.**

c) Berichtigung im Klauselverfahren

Sind die **Parteien** des künftigen **Vollstreckungsverfahrens** nicht in der zur Zwangsvollstreckung erforderlichen Weise (§ 750 Abs. 1 S. 1 ZPO) bezeichnet, so kann die Bezeichnung u. U. in der Vollstreckungsklausel nachgeholt werden (unten §§ 15.4., 40.4. ff.). **13.19.**

III. Prüfungsrecht und Prüfungspflicht

Für die Beurkundung der Unterwerfungserklärung gelten § 14 Abs. 2 BNotO und § 4 BeurkG. Danach soll – d. h. muss¹⁸ – der Notar die Beurkundung **ablehnen**, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar **13.20.**

¹⁵ OLG Frankfurt vom 7. 1. 2004 – 20 W 438/2003 – MittBayNot 2004, 464.

¹⁶ Vgl. *Winkler* BeurkG¹⁶ § 44 a Rn. 25 ff. m. weit. Nachw.

¹⁷ Vgl. zur Rechtslage beim Prozessvergleich MünchKomm-ZPO/*Musielak*⁷ § 319 Rn. 3 und BayVerfGH vom 6. 10. 2004 – Vf. 33-VI-03 – BayVerwBl. 2005, 79.

¹⁸ *Jansen*² § 4 BeurkG Rn. 6; *Winkler* BeurkG¹⁶ § 4 Rn. 42.

wäre, insbesondere, wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Diese Bestimmung ist insofern eine Leerformel, als sie nicht abschließend angibt, wann eine Beurkundung mit den Amtspflichten des Notars nicht vereinbar wäre. Bei der Beurkundung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung gehen jedenfalls die Amtspflichten des Notars weiter, als der „insbesondere“-Satz anzudeuten scheint.

- 13.21. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass der Notar bei der Entgegennahme der Unterwerfungserklärung mehr tut als nur die Erklärung des Beteiligten zu beurkunden; er schafft gleichzeitig kraft seines öffentlichen Amtes einen Vollstreckungstitel, der an die Prüfungspflicht besondere Anforderungen stellt (zur Rolle des Notars oben § 9.9).
- 13.22. Grundsätzlich gelten auch die §§ 17 und 18 BeurkG. Besonderheiten ergeben sich aber zum einen daraus, dass die vollstreckbare Urkunde immer dazu bestimmt ist, dem **Gebrauch des Gläubigers** zu dienen. Daraus muss gefolgert werden, dass der Notar grundsätzlich gegenüber dem Gläubiger die Amtspflicht hat, dafür zu sorgen, dass keine Unterwerfungsurkunde in die Welt gesetzt wird, die den Schein der Wirksamkeit hervorruft, obwohl sie tatsächlich nicht verwendbar ist.¹⁹
- 13.23. Insbesondere § 17 Abs. 2 BeurkG ist daher nur sehr eingeschränkt anwendbar. Danach soll der Notar, wenn Zweifel bestehen, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, die Bedenken mit den Beteiligten erörtern und dann, wenn die Beteiligten trotz Fortbestehens der Zweifel auf der Beurkundung bestehen, die Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift vermerken. Wenn es sich um die Beurkundung einer Unterwerfungserklärung handelt, so kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die vollstreckbare Urkunde dazu bestimmt ist, Grundlage einer vom Notar später zu erteilenden vollstreckbaren Ausfertigung zu sein. Sind nun die Zweifel, die der Notar hat, dergestalt, dass sie dazu führen müssten, dass der Notar die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung zu verweigern hätte, so muss er auch bereits die Beurkundung der Unterwerfungserklärung verweigern, um keinen falschen Rechtsschein zu erzeugen.
- 13.24. Darin zeigt sich ein **grundsätzlicher Unterschied** zur Beurkundung privatrechtlicher Willenserklärungen.²⁰ Die Beurkundung privatrechtlicher Willenserklärungen dient einerseits der Beweissicherung und andererseits der rechtskundigen Belehrung der Beteiligten, durch die eine unter rechtlichen Gesichtspunkten zweckmäßige Gestaltung der Rechtsgeschäfte unter voller Wahrung der Erklärungsfreiheit der Beteiligten sichergestellt werden soll. Beide Funktionen erfüllt die Beurkundung auch dann, wenn an der Gültigkeit des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts Zweifel bestehen, vorausgesetzt, eine Täuschung der Beteiligten und des Rechtsverkehrs wird, wie in § 17 Abs. 2 BeurkG vorgesehen, durch entsprechende Hinweise ausgeschlossen; da der Notar ohnehin keine Befugnisse

¹⁹ Vgl. z. B. BGH vom 20. 6. 2000 – IX ZR 434/98 – DNotZ 2001, 486.

²⁰ Hierzu *Daimer/Reithmann*, Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars, 4. Aufl. 1974, S. 352; *Jansen*² Rn. 6 zu § 4 BeurkG; *Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß* BeurkG⁵ § 4 Rn. 24.

hat, einen Rechtsstreit verbindlich zu entscheiden, wirkt die Beurkundung auf die rechtliche Situation nicht nachteilig ein, so dass eine Auseinandersetzung über die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts einem späteren Rechtsstreit überlassen werden kann. Umgekehrt würde eine Verweigerung der Beurkundung den Beteiligten gerade die Möglichkeit, die Gültigkeit in einem Rechtsstreit zu klären, nehmen. Im gewöhnlichen Beurkundungsverfahren fällt daher die Entscheidung im Zweifel für die Beurkundung.

Bei der Beurkundung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung handelt es sich dagegen primär um die Vornahme eines **prozessualen Gestaltungsakts**, durch den ein dem öffentlichen Recht angehörender Vollstreckungstitel geschaffen wird. Aus diesem Vollstreckungstitel leitet sich direkt die Befugnis zur Zwangsvollstreckung ab. Die Beurkundung der Unterwerfung enthält demnach bereits eine hoheitliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Titel. Diese Entscheidung muss zwar bis zur Vollstreckung durch eine weitere Entscheidung, nämlich die über die Erteilung der Vollstreckungsklausel, ergänzt werden; dies ändert aber nichts daran, dass auch schon die Beurkundung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung eine Entscheidung in einer Rechtssache enthält. Deshalb kann bei der Unterwerfungsklausel der für die Beurkundung sonst geltende Satz, „im Zweifel für die Beurkundung“, nicht gelten.

1. Feststellung der Geschäftsfähigkeit

Nicht anwendbar ist § 11 BeurkG über die Feststellung der Geschäftsfähigkeit. Nach § 11 BeurkG hat der Notar die Beurkundung abzulehnen, wenn er davon überzeugt ist, dass einem Beteiligten die Geschäftsfähigkeit fehlt. Bei bloßem Zweifel hat er hingegen die Beurkundung vorzunehmen und die Zweifel nur in der Niederschrift zu vermerken. Im Gegensatz dazu gilt für die Zwangsvollstreckungsunterwerfung Zivilprozessrecht entsprechend, wonach die Prozessfähigkeit (hier die Geschäftsfähigkeit)²¹ als Urteilsvoraussetzung positiv festgestellt sein muss.²² Die Geschäftsfähigkeit darzutun ist Sache (Last) des die Beurkundung der Unterwerfung beantragenden Beteiligten.²³

Auf die Prüfung der Geschäftsfähigkeit könnte im Beurkundungsverfahren nur dann verzichtet werden, wenn diese Prüfung in einem der nachfolgenden Verfahrensabschnitte nachgeholt werden könnte oder müsste. Die nachfolgenden Verfahrensabschnitte sind zu einer solchen Prüfung aber ungeeignet; insbesondere erscheint es nicht sinnvoll, die Prüfung der Geschäftsfähigkeit auf das Klauselerteilungsverfahren zu schieben. Wenn der Notar bei Beurkundung der Unterwerfung die Geschäftsfähigkeit des Erklärenden nicht positiv feststellen kann, so steht auch schon fest, dass er die Vollstreckungsklausel nicht erteilen können. Es erscheint praktisch ausgeschlossen, dass dem Notar im Klauselerteilungsverfahren,

²¹ Oben § 12.23. f.

²² Vgl. BGH vom 14. 7. 1966 – IV ZR 37/65 – NJW 1966, 2210.

²³ Vgl. Musielak/Weth⁷ § 56 ZPO Rn. 6.

das schriftlich im Büroweg abgewickelt wird, bessere Erkenntnismittel über die Geschäftsfähigkeit zur Verfügung stehen werden als bei Beurkundung der Unterwerfungserklärung. Zudem könnte im Klauselerteilungsverfahren die zweifelhafte Geschäftsfähigkeit nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden (§ 726 ZPO), was in Bezug auf die Geschäftsfähigkeit bei Beurkundung der Unterwerfungserklärung so gut wie unmöglich ist. Schließlich muss berücksichtigt werden, dass trotz des vorgeschriebenen Vermerks über die Zweifel an der Geschäftsfähigkeit dem unbeteiligten Gläubiger gegenüber der Rechtsschein einer Unterwerfung erzeugt würde und dass ein geschäftsunererfahrener Gläubiger dadurch leicht veranlasst werden könnte, die spätere Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für möglich zu halten, während sie tatsächlich praktisch ausgeschlossen ist.²⁴

13.28. Die Prüfung darf allerdings – wie auch im Zivilprozess²⁵ und in sonstigen gerichtlichen Verfahren – nicht überspannt werden. Auch der Notar hat davon auszugehen, dass ein volljähriger Beteiligter geschäftsfähig ist, wenn keine Umstände vorliegen, die Zweifel an der Geschäftsfähigkeit rechtfertigen.

2. Beweisbarkeit der Vollstreckungsbedingungen

13.29. Der Notar sollte und darf die Beurkundung ablehnen, wenn die Zwangsvollstreckung in der Unterwerfungserklärung von Umständen abhängig gemacht wird, deren Nachweis in der Form des § 726 Abs. 1 ZPO mit Sicherheit unmöglich sein wird;²⁶ zumindest muss er, um Täuschungen des Rechtsverkehrs zu verhindern, in der Urkunde selbst klarstellen, dass eine Vollstreckungsklausel nach § 726 Abs. 1 ZPO nicht erteilt werden können. Dass der Gläubiger die Erteilung der Vollstreckungsklausel über die Klage nach § 731 ZPO erreichen könnte, ändert nichts, weil diese kein besserer Rechtsbehelf ist als die Leistungsklage (unten § 47.62. ff.). Auch die Hoffnung auf ein künftiges Geständnis des Schuldners (dazu, insbesondere zur Formbedürftigkeit des Geständnisses, unten § 46.69. ff.) rechtfertigt die Beurkundung nicht (sie mag vorgenommen werden, wenn der Schuldner geständnisbereit ist).²⁷ S. zur notariellen Beratung darüber oben § 6.47. ff.

3. Rechtsschutzbedürfnis

13.30. Die Beurkundung der Unterwerfung ist abzulehnen, wenn aus sonst einem Grund das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, also insbesondere dann, wenn

²⁴ Vgl. BGH vom 20. 6. 2000 – IX ZR 434/98 – DNotZ 2001, 486.
²⁵ BAG NJW 1958, 1699; BAG AP Nr. 5 (*Rimmelspacher*); BGH NJW 1969, 1574; BGH NJW-RR 1986, 157; BAG NZA 2000, 613; OLG Frankfurt NJW-RR 1992, 763; *Stein/Jonas/Bork*²² § 56 ZPO Rn.4; *Wieczorek/Schütze/Hausmann*³ § 56 ZPO Rn. 3; *Musielak/Weth*⁷ § 56 ZPO Rn. 2.
²⁶ Das OLG Hamm DNotZ 1992, 662 (m. Anm. *Reithmann*) verwechselt diese Frage fälschlich mit dem Bestimmtheitserfordernis.
²⁷ *A. A. Stein/Jonas/Münzberg*²² § 794 ZPO Rn. 112.

der Gläubiger bereits einen vollstreckbaren Titel über den Anspruch hat²⁸ und keine berechtigten Gründe dafür angegeben werden, dass ein zweiter Titel benötigt wird. Zumindest müssen die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach § 733 ZPO eine weiter vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden kann (unten § 41). Auch dann aber ist zu fragen, warum nicht der Weg der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung, sondern der eines weiteren Titels gegangen wird.

Bei sog. **dinglichen Titeln**, vor allem Titeln zu einem im Grundbuch eingetragenen Recht, muss freilich berücksichtigt werden, dass hier die bei „persönlichen Titeln“ bestehende Gefahr der Doppelvollstreckung, deretwegen die Erteilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen beschränkt ist, weitestgehend ausgeschlossen ist. Eine Doppelvollstreckung wäre nur so denkbar, dass der Eigentümer auf eine Grundschuld gezahlt hat, die dadurch Eigentümergrundschuld geworden ist, dass die Grundbuchberichtigung aber unterlassen wurde und der Gläubiger aufgrund eines weiteren Titels (oder einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung) vollstreckt, ohne den Titel vorzulegen, der den Zahlungsvermerk nach § 757 Abs. 1 ZPO enthält, und der Schuldner diesen Vermerk auch nicht in das Vollstreckungsverfahren einbringt. Noch schwieriger wird die Doppelvollstreckung bei einem Briefrecht wegen §§ 1144, 1145 BGB. Das aber sind so exotische Szenarien, dass sie in der Praxis unbeachtet bleiben können. Gegen eine Zweitunterwerfung zu einem im Grundbuch eingetragenen dinglichen Recht ist daher in Regel nichts einzuwenden (s. zur Zweckmäßigkeit in den Fällen der Übernahme eines Grundpfandrechts im Veräußerungsfall unten § 28.42. ff.).

4. Verbotener oder nicht durchsetzbarer Anspruch

Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist nur wegen Forderungen zulässig, die von der **Rechtsordnung als durchsetzbar anerkannt** werden.²⁹ Demzufolge scheidet Ansprüche aus, die nach ihrem Inhalt nicht als legal anerkannt werden. Darunter fallen etwa Ansprüche, deren Vollstreckung gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) oder sonst generell gegen ein ausdrückliches Verbot des Grundgesetzes oder auch einfachen Rechts, insbesondere gegen die guten Sitten verstoßen würde, so etwa auf Vornahme einer religiösen Handlung (Art. 4 Abs. 1 GG), auf Vornahme des Geschlechtsverkehrs oder auf Duldung einer Körperverletzung. Dazu gehören auch die Fälle einer inhaltlich unzulässigen Vollstreckungsvoraussetzung (oben § 17.23. ff.) und einer inhaltlich unzulässigen Gegenleistung bei einer Zug-um-Zug-Unterwerfung.

²⁸ Vgl. OLG Stuttgart vom 20. 4. 2009 – 5 W 68/08 – EuZW 2010, 37 zur Ablehnung der Vollstreckbarerklärung nach EuGVVO, wenn ein Europäischer Vollstreckungstitel besteht (unten § 53.41.). S. zum umgekehrten Fall fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses wegen vollstreckbarer Urkunde oben § 4.25.

²⁹ Kritisch *Münch* § 10 II 3 d.

a) Gesetzliches Verbot, Sittenwidrigkeit

13.33. Unzulässig und vom Notar abzulehnen ist die Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen eines Anspruchs, dessen Begründung gegen ein gesetzliches Verbot oder wider die guten Sitten verstößt.³⁰ Handelt es sich allerdings um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, so ist der Anspruch wie ein bedingter zu behandeln mit der Folge, dass die Beurkundung der Unterwerfung zulässig ist, dass die Vollstreckung aber vom Nachweis der Erlaubnis abhängig zu machen ist (unten § 17.23. ff.). Sanktioniert das Gesetz den Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nur mit relativer Unwirksamkeit, so ist die Vollstreckungsunterwerfung ohne Einschränkung zulässig; die relative Unwirksamkeit muss gegebenenfalls im Verfahren der Drittwiderspruchsklage nach § 771 geltend gemacht werden.

13.34. Nach dem **PreisklauselG** (PrKG) unzulässige, aber den allgemeinen Anforderungen an die Bestimmtheit (unten § 16.32. ff.) genügende Preisklauseln sind allerdings unterwerfungsfähig, weil sie nach § 8 PrKG erst im Zeitpunkt rechtskräftiger Feststellung unwirksam werden und bis dahin als wirksam zu behandeln sind. Die später etwa eingetretene Unwirksamkeit ist durch Vollstreckungsabwehrklage zur Geltung zu bringen.

b) Gegenleistung für verbotene Leistung

13.35. Unzulässig und vom Notar abzulehnen ist die Zwangsvollstreckungsunterwerfung, wenn die Gegenleistung für eine wegen Gesetzesverstoßes oder Verstoßes gegen die guten Sitten verbotene Leistung vollstreckbar gestellt werden soll, etwa die Verpflichtung aus einem Rechtsgeschäft, dessen Hauptzweck die Steuerhinterziehung ist.³¹ Dasselbe gilt für die Gegenleistung für unerlaubte Rechtsberatung, die Verpflichtung zur Zahlung eines unzulässigen Erfolgshonorars an einen Rechtsanwalt oder die Verpflichtung zur Zahlung eines Kaufpreises, den der Gläubiger nach Maßgabe der Makler- und Bauträgerverordnung nicht entgegennehmen darf.³² Die Unzulässigkeit der Unterwerfung reicht aber nicht weiter als das gesetzliche Verbot selbst; war beispielsweise ein preisrechtlich unzulässiges Entgelt vereinbart, so ist die Unterwerfung dennoch zulässig, wenn sie sich auf den preisrechtlich zulässigen Teil beschränkt.³³

c) Spiel, Wette, Ehemäklerlohn

13.36. Unzulässig und vom Notar abzulehnen ist die Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen Forderungen, die zwar zulässig begründet werden können, denen das Gesetz aber die staatliche Mithilfe bei der Durchsetzung

³⁰ *Schultheis* S. 335.

³¹ BGHZ 14, 25 vom 9. 6. 1954 – II ZR 70/53.

³² BGH vom 22. 12. 2000 – VII ZR 311/99 – NotBZ 2001, 102; BGHZ 171, 364 vom 22. 3. 2007 – VII ZR 268/05 = DNotZ 2007, 925 m. Anm. *Herrler* S. 895.

³³ Die Frage, ob der Notar das Rechtsgeschäft selbst beurkunden darf, wird hier nicht erörtert.

versagt, wie Ansprüchen aus **Spiel und Wette** (§ 762 BGB), Ansprüchen auf **Ehemäklerlohn** (§ 656 BGB) sowie Ansprüchen aus Rechtsgeschäften, die zum Zweck der Erfüllung der Spiel- oder Wettschuld oder der Verpflichtung zur Zahlung des Ehemäklerlohns eingegangen worden sind, insbesondere aus einem Schuldanerkenntnis.³⁴

d) Formnichtig begründete Ansprüche

Unzulässig und vom Notar abzulehnen ist die Vollstreckungsunterwerfung zu einer Forderung, die wegen **Formmangels nicht wirksam begründet** worden ist, und zwar auch dann, wenn eine spätere Heilung des Mangels möglich erscheint.³⁵ Das Gleiche gilt für Geschäfte, die als Scheingeschäfte erkannt werden. **13.37.**

e) Sonst nichtige Ansprüche

Überhaupt ist die Beurkundung einer Unterwerfungserklärung wegen eines als nichtig erkannten Anspruchs abzulehnen, es sei denn, die Nichtigkeit wäre heilbar und die Heilung würde zur Vollstreckungsvoraussetzung erklärt. **13.38.**

Titel über nichtige Ansprüche können zwar jederzeit durch Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO (unten § 31.32. ff.) unschädlich gemacht werden. Dennoch richten sie Schaden an, sei es, dass der Gläubiger die Nichtigkeit nicht erkennt, sich auf die Wirksamkeit verlässt und im Vertrauen auf die Vollstreckbarkeit Aufwendungen macht oder es unterlässt, weitere Maßnahmen zu treffen, sei es, dass der Schuldner Kosten aufwenden muss, z. B. weil auch er die Nichtigkeit nicht erkennt und er sich zunächst gegen die Vollstreckung nicht verteidigt. Mit der Beurkundung der Unterwerfung zu einem nichtigen Anspruch verletzt der Notar demnach seine Amtspflicht.³⁶ **13.39.**

5. Geldwäsche

Das Geldwäschegesetz (GwG) erwähnt in seinem Katalog § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 die Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht, so dass sich seine Anwendbarkeit nur daraus ergeben kann, dass die Unterwerfungsurkunde weitere Erklärungen enthält, die dem GwG unterfallen. Insbesondere gehören Schuldanerkenntnisse und Pfandrechtsbestellungen (erstaunlicherweise) nicht zum Anwendungsbereich. **13.40.**

³⁴ Vgl. AG Düsseldorf NJW-RR 2001, 913.

³⁵ A. A. Münch § 10 II 3 d aa.

³⁶ Vgl. OLG Düsseldorf vom 10. 10. 1996 – 18 U 5/96 – MittRhNotK 1997, 268.

IV. Das Beurkundungsverfahren

1. Die Beurkundung

- 13.41. Der Theorie nach beginnt das Beurkundungsverfahren mit dem **Beurkundungsantrag**.³⁷ Diesem hat der Notar stattzugeben, wenn kein Ablehnungsgrund im Sinn des § 15 Abs. 1 BNotO besteht (s. zu speziellen Ablehnungsgründen bei vollstreckbaren Urkunden oben Rn. 13.20. ff.).
- 13.42. In der Wirklichkeit stellen die Beteiligten (wenn man von den formularmäßigen Grundpfandrechtsbestellungen für Kreditinstitute absieht) in der weitaus überwiegenden Zahl von Fällen jedenfalls zu Beginn des Verfahrens keineswegs einen solchen Antrag. Das ist auch nicht nötig, weil es eine Vorschrift nach Art des § 253 ZPO im Beurkundungsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht gibt. Vielmehr legen sie dem Notar einen meist nur grob umrissenen Sachverhalt und ungefähre Zielvorstellungen vor mit der Bitte, einen Vertragsentwurf zu fertigen. Um seine Pflichten nach § 17 BeurkG (und weitere Anforderungen, die ihm sein Berufsethos auferlegt) zu erfüllen, tritt er daraufhin in ein Verfahren ein (dazu oben § 4.6. ff.), dessen Dauer zwischen wenigen Minuten und vielen Monaten schwanken kann. Der Notar hat insbesondere äußere (u. a. Grundbuchinhalt, Registerinhalt) und innere Tatsachen (Interessenlage, Willensrichtungen, Risikobereitschaft usw.) zu ermitteln, teils unter Mitwirkung der Beteiligten, das rechtliche Umfeld in sachlicher (z. B. für ein Grundstück bestehende Übertragungs-, Nutzungs-, Teilungs-, Bebauungsbeschränkungen, gesellschaftsvertragliche Verhältnisse) und persönlicher Hinsicht (Zivilstatus, Staatsangehörigkeit, Geschäftsfähigkeit) zu erkunden und auf der Grundlage dieser Feststellungen unter Anwendung geltenden Rechts den Entwurf für einen Vertrag oder ein sonstiges Rechtsgeschäft zu fertigen. Meist führt der Entwurf zu weiteren, vom Notar zu leitenden oder zumindest zu begleitenden Verhandlungen und zum Erfordernis weiterer Aufklärungen. Die fast ausschließlich erörterte Belehrung des Notars über die rechtliche Tragweite des Geschäfts findet zwar pflichtgemäß statt, spielt in diesem Verfahren aber eine eher untergeordnete Rolle, vergleichbar der, welche die Risikoaufklärung im Rahmen der gesamten ärztlichen Tätigkeit spielt. Erst in der abschließenden Beurkundungsverhandlung kommt es wirklich zu bestimmten Beurkundungsanträgen.

Hier sind aus diesem Verfahren nur die Besonderheiten zu erörtern, die sich aus dem Rechtsinstrument der vollstreckbaren Urkunde ergeben.

a) Hinweis auf die Möglichkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung

- 13.43. Der Notar hat die Beteiligten darauf hinzuweisen, dass sie ihre Ansprüche durch Zwangsvollstreckungsunterwerfung „schärfen“³⁸ können.³⁹

³⁷ Vgl. *Winkler* BeurkG¹⁶ Einl. Rn. 28.

³⁸ Vgl. *Ehmann* JZ 2003, 702 Fn. 38.

³⁹ RG und KG DNotZ 1940, 95; OLG Düsseldorf MittBayNot. 1977, 250; PräsReichsNotK DNotZ 1934, 34; *Magis* MittRhNotK 1979, 111; v. *Rintelen* RNotZ 2001, 2, 36. Unklar *Ritzinger* BWNotZ 1990, 25. Offen *Winkler* BeurkG¹⁶ § 17 Rn. 226; *Staudinger/Hertel* (2004) Vor §§ 127a/128 BGB Rn. 476; ders. in: