

# [Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare](#)

Bearbeitet von

Jan Eickelberg, Tobias Kruse, Nicola Preuß, Dirk Piegsa, Thomas Renner, Alexander Rezori, Christian Seger, Prof. Dr. Christian Armbrüster

6. Auflage 2013. Buch. 924 S. Gebunden  
ISBN 978 3 940645 37 1

[Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Vergütungsrecht, Kostenrecht, Berufsrecht > Berufsrecht, Kostenrecht Rechtsanwälte und Notare](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

## Auszug aus der Kommentierung zu § 17 BeurkG:

### § 17

### Grundsatz

(1)<sup>1</sup>Der Notar soll den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben.<sup>2</sup>Dabei soll er darauf achten, daß Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.

(2)<sup>1</sup>Bestehen Zweifel, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, so sollen die Bedenken mit den Beteiligten erörtert werden.<sup>2</sup>Zweifelt der Notar an der Wirksamkeit des Geschäfts und bestehen die Beteiligten auf der Beurkundung, so soll er die Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift vermerken.

(2a)<sup>1</sup>Der Notar soll das Beurkundungsverfahren so gestalten, daß die Einhaltung der Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 gewährleistet ist.<sup>2</sup>Bei Verbraucherverträgen soll der Notar darauf hinwirken, dass

1. die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden und
2. der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinander zu setzen; bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterliegen, geschieht dies im Regelfall dadurch, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird.

<sup>3</sup>Weitere Amtspflichten des Notars bleiben unberührt.

(3)<sup>1</sup>Kommt ausländisches Recht zur Anwendung oder bestehen darüber Zweifel, so soll der Notar die Beteiligten darauf hinweisen und dies in der Niederschrift vermerken.<sup>2</sup>Zur Belehrung über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen ist er nicht verpflichtet.

### C. § 17 Abs. 2a

**Literatur** *Armbrüster*, Ausnahmen von der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a BeurkG, NotBZ 2009, 54; *Grziwotz*, Vom Mitternachts- zum Sonntagsnotar, ZfIR 2009, 627; *Helms*, Von Erfüllung und Vollzug notarieller Hinwirkungspflichten bei Verbraucherverträgen, ZNotP 2005, 13; *Junglas*, Mitternachtsnotare a.D.?, NJOZ 2012, 561; *Litzenburger*, Das Gebot der funktionsgerechten Vorbereitung und Gestaltung der notariellen Beurkundung gemäß § 17 Abs. 2a BeurkG, RNotZ 2006, 180; *Maaß*, Zulässigkeit der Bestellung von Finanzierungsgrundschulden durch Notariatsangestellte aufgrund einer Belastungsvollmacht in Verbrauchergrundstücksverträgen, ZNotP 2004, 216; *Philippsen*, Die Hinwirkungspflichten des Notars bei Verbraucherverträgen in § 17 Abs. 2a BeurkG, NotBZ 2003, 137; *Vollkommer*, Verbraucherschutz und notarielle Beurkundung, ZfIR 2004, 578; *Wöstmann*, Anforderungen an das Verhalten des Notars (§ 14 Abs. 3 BNotO) unter Berücksichtigung der Richtlinien der Notarkammern, ZNotP 2002, 246.

### I. Normzweck; Entstehungsgeschichte

Die Prüfungs- und Belehrungspflichten des § 17 bestehen nur gegenüber den formell Beteiligten i.S.v. § 6 Abs. 2 (siehe Rn 48). Diese Beschränkung kann dazu führen, dass Personen, die durch das der Beurkundung zugrunde liegende Rechtsgeschäft berechtigt oder verpflichtet werden, durch bestimmte Gestaltungen des Beurkundungsverfahrens von der Belehrung **ausgeschlossen** sind. Betroffen sind insbesondere Gestaltungen, in denen ein Beteiligter vollmachtlos vertreten wird und das Rechtsgeschäft anschließend genehmigt. Im Hinblick auf die Belehrung der Beteiligten sind auch die Erteilung von Vollmachten für formbedürftige Rechtsgeschäfte (insbesondere für Grundstücksgeschäfte), die Auslagerung geschäftswesentlicher Vereinbarungen in Bezugsurkunden und die Aufspaltung von Verträgen in Angebot und Annahme problematisch.<sup>1</sup>

Der durch die Berufsrechtsnovelle 1998 eingefügte Abs. 2a S. 1 soll nach dem Willen des Gesetzgebers **missbräuchlichen Gestaltungen entgegenwirken**, „indem die Verantwortung der Notare für die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens hervorgehoben wird und sie angehalten werden, die Beurkundung in einer Weise durchzuführen, die die notwendige Belehrung der formell und materiell Beteiligten sicherstellt“.<sup>2</sup>

Der **Zweck der Neuregelung** lässt sich dahin zusammenfassen, insbesondere dem Verbraucher eine effektive Interessenwahrnehmung gegenüber dem Unternehmer zu ermöglichen. Zudem soll die notarielle Belehrung generell tatsächlich diejenigen Personen erreichen, deren Schutz sie dient.<sup>3</sup>

1 *Brambring*, DNotI-Rep 1998, 184; *Vaasen/Starke*, DNotZ 1998, 661, 647 f.

2 BT-Drucks 13/4184, S. 47.

3 BT-Drucks 13/4184, S. 47; OLG Schleswig DNotZ 2008, 151, 153; BNotK-Rundschreiben Nr. 25/2010 vom 5.10.2010, I.

- 161** In jüngerer Zeit sind Missstände insbesondere im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Immobilien als Kapitalanlage publik geworden. Sog. Strukturvertriebe hatten sich darauf verlegt, überteuerte Immobilien an Verbraucher zu vertreiben, wobei die Vermittler die abzuschließenden Verträge in vielen Fällen als „bank- und notargeprüft“ bezeichneten.<sup>4</sup> Die Verträge (Grundstückskaufvertrag, Grundschuldbestellung etc.) wurden dann in unmittelbarem Anschluss an das Verkaufsgespräch – meist zu später Stunde („Mitternachtsnotare“) – beurkundet, ohne dass die häufig unerfahrenen Käufer eine Bedenkzeit hatten.<sup>5</sup>
- 162** Unter dem Eindruck zahlreicher geschädigter Verbraucher hat der Gesetzgeber die notariellen Verfahrenspflichten für **Verbraucherverträge** nochmals verschärft,<sup>6</sup> indem er für diese Verträge in Abs. 2a S. 2–3 mit Wirkung vom 1.8.2002 weitergehende Bestimmungen getroffen hat, die eine ausreichende Information und Belehrung des Verbrauchers vor und während der Beurkundung sicherstellen sollen.<sup>7</sup> Die BNotK hat in mehreren Rundschreiben<sup>8</sup> Anwendungsempfehlungen zu den Neuregelungen formuliert.

## II. Allgemeine Anforderungen (Abs. 2a S. 1)

- 163** Abs. 2a S. 1 gilt allg. für notarielle Verfahren, die die Beurkundung von Willenserklärungen zum Gegenstand haben. Die Vorschrift gilt also grds. auch dann, wenn ein Vertragsschluss zwischen geschäftlich erfahrenen Unternehmern beurkundet werden soll. S. 1 ist in seinem Wortlaut missglückt.<sup>9</sup> Da es sich um eine Soll-Vorschrift handelt, führen Verstöße durch den Notar zwar nicht zur Unwirksamkeit der Beurkundung (allg. siehe Rn 16). Allerdings begründet die Vorschrift unbedingte Amtspflichten. Bei wörtlichem Verständnis bringt die Regelung lediglich die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck, dass der Notar die sich aus Abs. 1 und 2 ergebenden Pflichten gegenüber den formell Beteiligten einzuhalten hat. Ausweislich der Gesetzesbegründung dient die Vorschrift freilich dazu, die **notwendige Belehrung der materiell Beteiligten** sicherzustellen (siehe Rn 159).
- 164** Abs. 2a S. 1 kann allerdings nicht ohne weiteres dahin verstanden werden, der Notar habe durch entspr. Gestaltung des Beurkundungsverfahrens sicherzustellen, dass er die ihm obliegenden Prüfungs- und Belehrungspflichten aus Abs. 1 und 2 stets auch allen materiell Beteiligten gegenüber erfüllen kann. Dies würde praktisch wohl regelmäßig die Anwesenheit aller materiell Beteiligten bei der Beurkundung erfordern. Die im materiellen Recht vorhandene Unterscheidung zwischen höchstpersönlichen und nicht höchstpersönlichen Rechtsgeschäften wäre bei diesem Verständnis, worauf *Brambring* zu Recht hinweist,<sup>10</sup> durch die Verfahrensnorm des Abs. 2a S. 1 praktisch aufgegeben. Handelt es sich – wie im Regelfall – um ein nicht höchstpersönliches Geschäft, so stellt der Einsatz eines **Vertreters** i.S.v. § 164 Abs. 1 BGB ein wichtiges Instrument dar, um die privatautonome Gestaltungsfreiheit des Einzelnen sicherzustellen. Die Möglichkeit einer Bevollmächtigung hat regelmäßig entlastende Wirkung; in vielen Fällen käme das Rechtsgeschäft ohne diese Möglichkeit nur verspätet oder (z.B. bei längerem Krankenhausaufenthalt eines Beteiligten) überhaupt nicht mehr zustande. Der Gesetzgeber hat mit der Verfahrensvorschrift des Abs. 2a S. 1 für beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte die materiell-rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten nicht umfassend beschränken wollen. Aus der Gesetzesbegründung geht hervor,<sup>11</sup> dass sich Abs. 2a S. 1 nur gegen die „planmäßige, missbräuchliche Gestaltung des Urkundsverfahrens“ richtet. Die Vorschrift dient somit nicht der Verhinderung materiell wirksamer Gestaltungsmöglichkeiten schlechthin, sondern soll lediglich denjenigen Gestaltungen entgegenwirken, die darauf abzielen, einen Vertragsteil, insbesondere „unerfahrene und ungewandte Beteiligte“ (§ 17 Abs. 1 S. 2) ohne sachlichen Grund von einer notwendigen Beratung und Belehrung auszuschließen.<sup>12</sup> Es kann daher auch nicht darauf ankommen, ob die Gestaltung planmäßig oder systematisch erfolgt. Die Vorschrift dient dazu, die missbräuchliche Gestaltung in jedem Einzelfall auszuschließen.<sup>13</sup>
- 165** *Winkler* schlägt folgende Lesart vor: „Der Notar soll grundsätzlich das Beurkundungsverfahren so gestalten, dass der erkennbar belehrungsbedürftige Beteiligte von der Beurkundung nicht ausgeschlossen wird.“<sup>14</sup>
- 166** Indessen schränkt ein solches Verständnis den Anwendungsbereich des Abs. 2a S. 1 zu weit ein. Es kann nicht entscheidend darauf ankommen, ob ein Beteiligter erkennbar belehrungsbedürftig ist. Nur wenn umgekehrt der Beteiligte erkennbar **nicht** belehrungsbedürftig ist, darf der Notar das Beurkundungsverfahren so gestalten, dass die Belehrung eines materiell Beteiligten unterbleibt. In diesem Fall besteht für eine entspr. Gestaltung des Beurkundungsverfahrens per se ein sachlicher Grund, so dass eine **generelle Ausnahme** vom Grundsatz des Abs. 2a S. 1 gerechtfertigt ist. Im **Zweifels-**

4 *Schmucker*, DNotZ 2002, 510, 513.

5 Vgl. die Schilderung bei *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 601: „Wenn Sie heute nicht unterschreiben, ist die Wohnung weg.“

6 Durch das Ges. zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten v. 23.7.2002, BGBl I S. 2850 ff.

7 Vgl. BT-Drucks 14/9266 S. 50; zu Einzelheiten s. Rn 169 ff.

8 BNotK-Rundschreiben Nr. 20/2003 vom 28.4.2003; BNotK-Rundschreiben Nr. 25/2010 vom 5.10.2010.

9 *Kanzleiter*, DNotZ 1998, 292, 300; *Brambring*, DNotI-Rep 1998, 184.

10 DNotI-Rep 1998, 184, 185.

11 BT-Drucks 13/4184, S. 47.

12 OLG Celle BeckRS 2010, 22387.

13 So zu Recht *Eylmann/Vaasen/Frenz*, § 17 BeurkG Rn 31; insoweit nicht ganz eindeutig *Ziffer II* der Richtlinienempfehlungen der BNotK DNotZ 1999, 258 ff.; offen lassend OLG Celle BeckRS 2010, 22387.

14 *Winkler*, § 17 Rn 31.

**fall** hat der Notar das Verfahren daher so zu gestalten, dass die materiell Beteiligten belehrt werden können.<sup>15</sup> Dies entspricht dem Verständnis von Abs. 1 und Abs. 2. Auch hier darf der Notar nicht von vornherein zwischen erfahrenen und unerfahrenen Beteiligten differenzieren (siehe Rn 25 f.). Zwar hat sich die Belehrung des Notars daran zu orientieren, welches Vorverständnis bei den Beteiligten vorhanden ist. Die Belehrung kann im Einzelfall auch ganz unterbleiben, wenn einer der Beteiligten erkennbar nicht belehrungsbedürftig ist. Dies muss der Notar aber prüfen. Ohne eine solche Prüfung darf er von der Belehrung nicht absehen. Sachgerecht ist daher folgendes Verständnis der Norm: „**Der Notar soll das Beurkundungsverfahren grundsätzlich so gestalten, dass materiell Beteiligte nicht von der Beurkundung ausgeschlossen sind**“.<sup>16</sup>

In den Fällen, in denen der Notar nicht sicher davon ausgehen kann, dass die Beteiligten keiner Belehrung bedürfen, muss für eine Abweichung von dem durch S. 1 vorausgesetzten Verfahren **im Einzelfall** ein Sachgrund vorliegen. Da aber auch solche Gestaltungsformen, durch die einem Beteiligten die notarielle Belehrung entzogen wird, nach materiellem Recht grds. zulässig sind, dürfen die Anforderungen an den zu fordernden **sachlichen Grund** freilich nicht allzu hoch angesetzt werden. In der Praxis werden sich deshalb keine allzu großen Unterschiede des hier vertretenen Ansatzes zur Lesart *Winklers* ergeben, da in vielen Fällen für die in Aussicht genommene Gestaltung des Beurkundungsverfahrens ein sachlicher Grund besteht. Ein solcher kann etwa auch darin liegen, dass die Einhaltung der mit der Beurkundung verbundenen (wesentlichen) Formzwecke gegenüber dem materiell Beteiligten sichergestellt ist. Die [vollmachtlose] Vertretung von juristischen Personen und sonstigen Personenvereinigungen (insbesondere Gesellschaften) des öffentlichen und privaten Rechts begegnet daher grds. keinen Bedenken. Der Grund hierfür liegt weniger darin, dass diese Beteiligten „erfahren und gewandt“ sind (was sich nicht in jedem Einzelfall sagen lässt), sondern darin, dass die Stellvertretung, gleich ob mit oder ohne Vollmacht, bei diesem Beteiligtenkreis regelmäßig einem legitimen praktischen Bedürfnis entspricht und die Einhaltung der wesentlichen Formzwecke jedenfalls dann nicht die persönliche Beratung des materiell Beteiligten erfordert, wenn die auftretenden (vollmachtlosen) Vertreter dessen Vertrauenspersonen sind. Gleiches gilt für die Vertretung eines Bauträgers (zu weiteren Einzelheiten siehe Rn 170 ff.).

Der Notar muss aber in jedem Einzelfall darlegen können, **warum** die gewählte atypische Form der Beurkundung gerechtfertigt war.<sup>17</sup> Dies gilt auch dann, wenn ein atypisches, aber übliches Verfahren angewendet wird, das bislang keine Probleme aufgeworfen hat. Die Beibehaltung dieses Verfahrens wird durch Abs. 2a nicht von vornherein ausgeschlossen. Sinn des Abs. 2a ist es vielmehr, die Überprüfung der Sachangemessenheit des gewählten Verfahrens durch den Notar in jedem Einzelfall zu gewährleisten. Eine Abweichung von dem durch Abs. 2a vorausgesetzten „typischen Verfahren“ muss jedenfalls dem Willen aller Beteiligten entsprechen. Der Notar darf diesen Willen nicht einfach unterstellen, zumal nicht einseitig zugunsten eines Beteiligten.

### III. Einzelfälle

**Vorbemerkung:** Die **Richtlinienempfehlungen** der BNotK enthalten unter Ziffer II einen Katalog von Gestaltungen, die regelmäßig unzulässig sind.<sup>18</sup> Mit den dort genannten unzulässigen Verhaltensweisen wird zwar zunächst nur § 14 Abs. 3 BNotO konkretisiert. Die danach dem Notar auferlegte Vermeidung des **Anscheins** von Abhängigkeit und Parteilichkeit und die Pflicht zur sachgerechten, an der Erreichung der Formzwecke orientierten Verfahrensgestaltung in Abs. 2a S. 1 verfolgen jedoch ein ähnliches Anliegen.<sup>19</sup> Es soll schon der Eindruck „böse Schein“ einer Benachteiligung insbesondere von unerfahrenen und ungewandten Beteiligten durch die unsachgemäße Gestaltung des Beurkundungsverfahrens vermieden werden. Die nach Ziffer II der Richtlinienempfehlungen unzulässigen Verhaltensweisen können demgemäß auch zur Konkretisierung des Abs. 2a S. 1 herangezogen werden.<sup>20</sup> Dabei dürfen allerdings die Unterschiede beider Regelungskomplexe nicht aus dem Blick geraten. Soweit nach Ziffer II der Richtlinienempfehlungen eine systematische Anwendung der dort genannten Gestaltungen vermieden werden soll, so ist dies vor dem Hintergrund des § 14 Abs. 3 BNotO zu sehen. Der Anschein von Abhängigkeit und Parteilichkeit wird eben nicht schon bei einem einzigen Verstoß, sondern erst bei systematischem Vorgehen geweckt. Im Gegensatz dazu dient Abs. 2a, wie sich aus der systematischen Stellung in § 17 ergibt, den Individualinteressen der Beteiligten in einem konkreten Verfahren. Auf ein systematisches Abweichen von dem in Abs. 2a vorausgesetzten „typischen“ Beurkundungsverfahren kann es daher nicht ankommen. Es gilt vielmehr, Missbrauch von atypischen Verfahren in jedem Einzelfall zu verhindern (siehe hierzu Rn 146).

15 Zust. *Bracker*, MittBayNot 2004, 349. So wohl auch Beck'sches NotarHdb/*Bernhard*, Rn F 56 a („Gestaltungen im Einzelfall bei sachlichem Grund zulässig“); vgl. bereits BayObLG DNotZ 1994, 492; a.A. wohl Eylmann/Vaasen/*Frenz*, § 17 BeurkG Rn 31.

16 Ähnlich *Brambring*, FGPrax 1998, 201, 203 für die Fälle der (vollmachtlosen) Vertretung.

17 OLG Celle BeckRS 2010, 22387; *Vaasen/Starke*, DNotZ 1998, 661, 675.

18 BNotK DNotZ 1999, 258 ff.

19 OLG Celle BeckRS 2010, 22387.

20 *Kanzleiter*, DNotZ 1999, 292, 294; Eylmann/Vaasen/*Frenz*, § 17 BeurkG Rn 27.

### 1. Vertretung

- 170** Die **Vertretung** der Beteiligten im Beurkundungsverfahren ist rechtsmissbräuchlich, wenn sie nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Zwar ist es grds. unerheblich, ob hierbei ein vollmachtloser Vertreter oder ein solcher mit Vollmacht auftritt. Ein Unterschied besteht jedoch insoweit, als bei Letzterem dann ein sachlicher Grund gegeben ist, wenn die Belehrung der Beteiligten durch die vorhergehende Beurkundung der Vollmacht gewährleistet ist.<sup>21</sup> Für Verbraucherverträge gilt Abs. 2a S. 2 Nr. 1 als speziellere Regelung (siehe Rn 201 ff.).
- 171** Häufig wird der Wunsch der Beteiligten, sich im Beurkundungsverfahren vertreten zu lassen, durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein. Geht der Wunsch zur Beurkundung durch einen **Vertreter** auf den vertretenen Beteiligten zurück, so ist die entspr. Gestaltung des Beurkundungsverfahrens regelmäßig dann gerechtfertigt, wenn es für diesen Wunsch nachvollziehbare Gründe gibt, wie etwa einen auswärtigen Wohnsitz oder Auslandsaufenthalt.<sup>22</sup> Geht die Vertretung eines Beteiligten auf den Wunsch des anderen Beteiligten oder eines Dritten zurück, so hat der Notar die Beurkundung i.d.R. abzulehnen.<sup>23</sup>
- 172** Auch **persönliche Gründe** wie Krankenhausaufenthalt oder Zeitknappheit rechtfertigen grds. die Einschaltung eines Vertreters.<sup>24</sup> Es kann keineswegs gesagt werden, dass derjenige, der ein beurkundungsbedürftiges Rechtsgeschäft vornimmt oder abschließt, sich auch die Zeit für die Beurkundung nehmen muss. Die Stellvertretung hat ihre Bedeutung gerade etwa auch bei einer zeitweiligen Verhinderung des Vertretenen.<sup>25</sup>
- 173** Der Notar soll jedenfalls bei wirtschaftlich bedeutsameren und inhaltlich komplexeren Rechtsgeschäften darauf achten, dass der Vertreter eine **Vertrauensperson** des Vertretenen (etwa ein Verwandter, Angestellter oder Rechtsanwalt, siehe Rn 208 ff.) ist. Dies ist in Abs. 2a S. 2 Nr. 1 ausdrücklich zwar nur für Verbraucherverträge vorgeschrieben, gilt nach Sinn und Zweck des Abs. 2a S. 1 – verfahrensrechtlicher Schutz der Interessen bestimmter materiell Beteiligter – grds. auch für andere Verträge. Ist indes die Einhaltung der mit der Beurkundung verbundenen wesentlichen Formzwecke gegenüber dem durch Abs. 2a S. 1 geschützten Vertragsbeteiligten nicht gefährdet (etwa durch eine Belehrung bei der Beurkundung der Vollmacht), so kommen auf ausdrücklichen Wunsch dieses Beteiligten im Einzelfall auch Personen als Vertreter in Betracht, die **keine Vertrauenspersonen** sind, z.B. Mitarbeiter des Notars (siehe Rn 212). Ein solches atypisches Verfahren darf der Notar den Beteiligten aber nicht gleichsam routinemäßig als den ges. Normalfall empfehlen. Er darf die Beurkundung mit anderen Personen als Vertrauenspersonen vielmehr nur vorschlagen, wenn der betreffende Beteiligte dies wünscht, weil die persönliche Anwesenheit oder die Anwesenheit einer Vertrauensperson bei der Beurkundung nicht möglich ist oder gemessen an der Bedeutung des Geschäftes nicht zumutbar erscheint.
- 174** Diese Grundsätze gelten auch bei **vollmachtloser Vertretung**, denn auch hier sind die Amtspflichten aus Abs. 1 allein dem Vertreter gegenüber zu erfüllen. Das beurkundete Rechtsgeschäft muss daher dem Willen des Vertreters und nicht demjenigen des (lediglich materiell beteiligten) Vertretenen entsprechen. Die Interessen des Vertretenen werden im Falle einer Interessenkollision beim Vertreter durch die Möglichkeit, die Genehmigung zu verweigern, nicht ausreichend geschützt. Von dieser Möglichkeit wird der Vertretene nur dann Gebrauch machen, wenn er die inhaltlich nachteilige Gestaltung des Rechtsgeschäfts erkennt, was angesichts der Formfreiheit der Genehmigung (§ 182 Abs. 2 BGB) nicht gewährleistet ist. Eine Beurkundung unter der Beteiligung von vollmachtlosen Vertretern, die keine Vertrauensperson sind, wird deshalb nur selten in Frage kommen. Bezieht sich die Beurkundung aber etwa auf Bagatellgeschäfte mit standardisierten Verträgen (z.B. die Veräußerung von Kleinstflächen zu symbolischen Preisen), so kommt der Belehrung des vollmachtlos Vertretenen keine bes. Bedeutung zu, so dass aus Abs. 2a keine generellen Einwände gegen die Beurkundung mit Personen, die keine Vertrauenspersonen sind, bestehen.
- 175** Bes. Vorsicht sollte der Notar walten lassen, wenn sich **unerfahrene oder ungewandte Beteiligte** (auch wenn es sich nicht um Verbraucher i.S.v. § 13 BGB handelt) bei Verträgen vertreten lassen, die ein erhöhtes Maß an Aufklärung und Belehrung benötigen. Hier ist es für den Notar in jedem Fall empfehlenswert, vor der Beurkundung mit dem abwesenden Vertragsteil in Verbindung zu treten. Zweckmäßig sind die Übersendung des **Vertragsentwurfs** mit der Bitte, etwaige Änderungswünsche mitzuteilen und das Angebot einer telefonischen Beratung durch den Notar.<sup>26</sup> Im Einzelfall kann es sich empfehlen, dies auch in der Niederschrift zu vermerken.<sup>27</sup>
- 176** Unzulässig sind Verfahrensweisen, bei denen der Einsatz eines Vertreters gezielt dazu dient, den **Einfluss** der anderen Vertragsseite auf den Inhalt des Vertrages **zurückzudrängen**. Ist etwa bei Beurkundung eines Bauträgervertrages für den Bauträger ein Abschlussvertreter anwesend, dessen Vollmacht inhaltliche Änderungen an einem vorgelegten Vertragsentwurf nicht umfasst, so besteht für die andere Vertragsseite nur die Möglichkeit, den Vertrag ohne inhaltliche Änderungen zu akzeptieren oder einen Vertragsschluss ganz abzulehnen. Ein gerechter Interessenausgleich ist hier regelmäßig von vornherein ausgeschlossen. Zwar ist der Notar nicht dafür verantwortlich, dass ein beurkundetes

21 S. II 1 S. 4 lit. b der Richtlinienempfehlungen der BNotK, DNotZ 1999, 258, 259.

22 Brambring, DNotI-Rep 1998, 184, 186.

23 Brambring, DNotI-Rep 1998, 184, 186.

24 Winkler, § 17 Rn 36.

25 Vgl. Larenz/Wolf, AT, § 46 Rn 1.

26 Vaasen/Starke, DNotZ 1998, 661, 675.

27 Formulierungsvorschlag für das Anschreiben zur Entwurfsübersendung bei Brambring, DNotI-Rep 1998, 184, 186; Winkler, Rn 37.

Rechtsgeschäft, das dem Willen der Beteiligten entspricht, in jeder Hinsicht interessengerecht ist.<sup>28</sup> Er ist jedoch verpflichtet, den Parteien eine faire und ausgewogene Vertragsgestaltung vorzuschlagen.<sup>29</sup> Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Missbrauch systematisch erfolgt (siehe Rn 169). Geeignete Maßnahmen können etwa darin bestehen, dass dem Beteiligten der Vertragsentwurf rechtzeitig übersandt oder dass ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, im Vorfeld der Beurkundung Änderungswünsche einfließen zu lassen.

## 2. Beurkundung mit Mitarbeitern oder Sozieren

Der Notar darf grds. keine Beurkundungen vornehmen, bei denen eine mit ihm **beruflich verbundene Person** als Vertreter auftritt oder bevollmächtigt wird. Dies folgt bereits aus § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4. Diese Vorschrift erfasst zwar keine **Durchführungsvollmachten** (siehe § 3 Rn 59), so dass der Sozieren insoweit tätig werden darf. Durchführungsvollmachten dienen jedoch lediglich dazu, den bereits in der Urkunde gefassten Willen der Beteiligten umzusetzen. Sie betreffen daher ohnehin keinen Anwendungsfall des Abs. 2a S. 1.<sup>30</sup> In allen übrigen Fällen besteht ein Mitwirkungsverbot. Der Notar darf daher z.B. Finanzierungsgrundpfandrechte auch dann nicht in der Weise beurkunden, dass ein Sozieren als Vertreter eines der Beteiligten auftritt, wenn man die Bestellung der Grundpfandrechte als Vollzugsgeschäft ansieht (zum Begriff des Vollzugsgeschäfts siehe Rn 181).

Inwieweit der Notar Beurkundungen vornehmen darf, bei denen seine **eigenen Mitarbeiter** als Vertreter auftreten, ist teilweise umstritten. Die Zulässigkeit dieser Vorgehensweise lässt sich zunächst wegen der den Notar als Arbeitgeber treffenden Fürsorgepflicht im Hinblick auf bestehende Haftungsgefahren für die Angestellten<sup>31</sup> bezweifeln.<sup>32</sup> Dieser Aspekt soll im Folgenden außer Betracht bleiben. Zum einen sind arbeitsrechtliche Zweifel wegen der Haftungsfreistellung im Innenverhältnis wohl unberechtigt. Zum anderen hat der arbeitsrechtliche Aspekt im Kontext des Abs. 2a keine Bedeutung.<sup>33</sup>

Einigkeit besteht darüber, dass Abs. 2a S. 1 der Beurkundung mit Mitarbeitern des Notars als Bevollmächtigten nicht entgegensteht, wenn **Erfüllungs- und Vollzugsgeschäfte** Gegenstand der Beurkundung sind.<sup>34</sup> Hat ein Beteiligter im Rahmen einer Beurkundung bereits endgültig bestimmte Rechtspositionen aufgegeben und konnte er zu diesem Zeitpunkt über die Einzelheiten des weiteren Vollzugs belehrt werden, so beeinträchtigen Erfüllungs- und Vollzugsgeschäfte die Rechtsposition des betr. Beteiligten nicht mehr in einem Maße, das eine eingehende Belehrung oder Warnung erforderlich machen würde.<sup>35</sup> Weil somit bei Erfüllungs- und Vollzugsgeschäften die Beurkundung mit Mitarbeitern des Notars als Bevollmächtigten **regelmäßig sachgerecht** ist, muss die Angemessenheit des gewählten atypischen Verfahrens **nicht mehr in jedem Einzelfall** geprüft werden. Vor diesem Hintergrund bestehen etwa keine Bedenken dagegen, wenn der Verkäufer dem Käufer im Grundstückskaufvertrag eine Vollmacht zur Belastung des vertragsgegenständlichen Grundbesitzes mit Grundpfandrechten zur Finanzierung des Kaufpreises einräumt.<sup>36</sup>

Über den Kreis der Erfüllungs- oder Vollzugsgeschäfte hinaus herrscht ansonsten jedoch Uneinigkeit.<sup>37</sup> Umstritten ist vor allem, inwieweit der Notar in den von ihm beurkundeten Verträgen die Erteilung von Vollmachten auf seine Angestellten vorsehen darf, **Grundpfandrechte zur Kaufpreisfinanzierung** zu bestellen und Schuldanerkenntnisse mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung abzugeben.<sup>38</sup> Der Streit hat sich für Verbraucherverträge auch durch Abs. 2a S. 2 Nr. 1 nicht erledigt (siehe Rn 205). Weitere problematische Fälle sind Vollmachten für die Erklärung der Auflassung, Bestellung von Dienstbarkeiten oder die Änderung der Teilungserklärung.

Der **Begriff des Vollzugsgeschäfts** ist vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck des Abs. 2a auszulegen. Regelmäßig wird es dem Notar bei der Beurkundung der Finanzierungsvollmacht nicht möglich sein, die betroffenen Beteiligten umfassend über die rechtliche Tragweite des Grundpfandrechts, insbesondere über dessen Risiken zu belehren.<sup>39</sup> Dies wäre nur dann möglich, wenn dem Notar das Grundpfandformular bei der Beurkundung der Vollmacht bereits vorläge. In diesem Fall entfällt jedoch regelmäßig das Bedürfnis für die Vollmacht, da dann auch gleich das Grundpfandrecht als solches beurkundet werden kann. Wenn somit bei der Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten regelmäßig trotz der Belehrung über die Tragweite der Finanzierungsvollmacht ein Belehrungsdefizit verbleibt, muss der Notar sicherstellen, dass er die betroffenen Beteiligten (regelmäßig ist dies der Käufer) belehren kann.

28 Vgl. *Schippel*,\* § 14 BNotO Rn 36.

29 So auch Bauträgermerkblatt der LNotK Bayern mit Stand: Mai 2008, abgedr. bei *Basty*, Bauträgervertrag, S. 633 f.

30 *Brambring*, DNotI-Rep 1998, 184, 187; *Winkler*, § 17 Rn 54.

31 S. BGH NJW 2003, 578 ff.

32 So wohl *Eue*, ZNotP 1999, 146, 147 f.; *Winkler*, § 17 Rn 55.

33 Vgl. auch *Eylmann/Vaasen/Frenz*, § 17 BeurkG Rn 35 (Abs. 2a kein Hindernis für die Beurkundung mit Mitarbeitern).

34 OLG Celle BeckRS 2010, 22387; *Ziffer II 1 S. 4 lit. c* der Richtlinienempfehlungen der BNotK, DNotZ 1999, 258 ff.

35 BNotK-Rundschreiben Nr. 20/2003 vom 28.4.2003, C III.

36 BNotK-Rundschreiben Nr. 20/2003 vom 28.4.2003.

37 Protokollnotiz zu den Richtlinienempfehlungen der BNotK, abgedr. bei *Frenz*, Neues Berufsrecht, S. 287; s. auch *Maaß*, ZNotP 1999, 69, 75.

38 Dafür *Keller*, ZNotP 2003, 180; *Maaß*, ZNotP 1999, 69, 72; *ders.*, ZNotP 1999, 224 ff.; dagegen *Eue*, ZNotP 1999, 146 ff.; *Brambring*, DNotI-Rep 1998, 184, 186 f.; *Schmucker*, ZNotP 2003, 243; *Winkler*, § 17 Rn 49 ff.; *ders.*, FS Geimer, 2002, S. 1509, 1517.

39 *Eue*, ZNotP 1999, 146 f.; *Winkler*, § 17 Rn 52 f.; a.A. *Maaß*, ZNotP 1999, 69, 74.

177

178

179

180

181

- 182** Vor diesem Hintergrund kann die Bestellung von **Finanzierungsgrundpfandrechten** nicht als Vollzugsgeschäft angesehen werden.<sup>40</sup> Die Beurkundung mit Mitarbeitern des Notars als Bevollmächtigten ist mithin nicht ohne **Einzelfallprüfung der Angemessenheit** des gewählten atypischen Verfahrens zulässig.<sup>41</sup>
- 183** Damit wird freilich noch keine Aussage über die **Zulässigkeit von Mitarbeitervollmachten** in Grundstückskaufverträgen getroffen. Bei formaler Betrachtung sind solche Vollmachten schon deshalb nicht zu beanstanden, weil ihre Beurkundung als solche den Anforderungen des Abs. 2a S. 1 entspricht.<sup>42</sup> Abs. 2a S. 1 richtet sich folglich nicht gegen die Mitarbeitervollmacht als solche, sondern nur gegen ihre missbräuchliche Benutzung. Stellt der Notar gegenüber den Beteiligten klar, dass er von der Vollmacht nur in dem Ausnahmefall Gebrauch machen wird, dass keine Möglichkeit der Beurkundung mit dem Beteiligten oder mit einer Vertrauensperson besteht, so ist gegen die Vollmacht zumindest dann, wenn es sich nicht um einen Verbrauchervertrag handelt, nichts einzuwenden (zu **Verbraucherverträgen** siehe Rn 201 ff.).
- 184** Soll von einer Mitarbeitervollmacht im konkreten Fall Gebrauch gemacht werden, muss der Notar prüfen, ob hierfür ein **Sachgrund** besteht. Immer dann, wenn eine Beurkundung mit anderen Personen als Vertrauenspersonen zulässig ist (siehe Rn 170 ff.), darf der Notar von der Mitarbeitervollmacht Gebrauch machen. Empfiehl der Notar dagegen routinemäßig die Beurkundung mit seinen Mitarbeitern als Bevollmächtigten, so steht dies mit Abs. 2a S. 1 nicht in Einklang und kann neben dienstrechtlichen Konsequenzen auch zu Haftungsgefahren führen.
- 3. Aufspaltung in Angebot und Annahme**
- 185** Die (materiell-rechtlich gem. § 128 BGB mögliche) **Aufspaltung** der Vertragsbeurkundung in die Beurkundung des Angebots und der Annahme kann ebenfalls zu Belehrungsdefiziten führen. In diesem Fall hat der Notar die Grundsätze nach § 14 Abs. 3 BNotO zu beachten und insbesondere hinreichende sachliche Gründe darzulegen, die ausnahmsweise eine derartige Aufspaltung rechtfertigen.<sup>43</sup> Ferner ist dem damit verfolgten Zweck stets auch in der Urkunde Rechnung zu tragen.<sup>44</sup>
- 186** Uneinheitlich beantwortet wird die Frage, ob der Notar, der die Annahme beurkundet, auch über die rechtliche Tragweite des **Angebots** zu belehren hat. Die neuere Rspr. des BGH verneint insoweit eine aus § 17 Abs. 1 folgende Belehrungspflicht.<sup>45</sup> Indessen sprechen die besseren Argumente für die Gegenansicht.<sup>46</sup> Der Notar hat den Beteiligten aufzuzeigen, von welchen Voraussetzungen der beabsichtigte rechtliche Erfolg abhängig ist und welche unmittelbaren Rechtswirkungen sich an ihn knüpfen (siehe Rn 29). Die unmittelbare Rechtswirkung des rechtlichen Erfolges der Annahme ist das Zustandekommen eines Vertrages mit dem Inhalt des Angebots. Eine Belehrung über die rechtliche Tragweite der Annahme, insbesondere über ihre rechtlichen Risiken, kann daher nur sinnvoll erfolgen, wenn auch das Angebot mit einbezogen wird.
- 187** Wird das Angebot dem Notar allerdings nicht vorgelegt, so **beschränkt** sich die Pflicht zur Rechtsbelehrung auf die rechtlichen Auswirkungen der Annahmeerklärung und damit abstrakt auf die Gefahren, die mit jedem Kaufvertrag verbunden sind.<sup>47</sup> Zudem hat der Notar darauf hinzuweisen, dass im Angebot weitere Maßgaben oder Bedingungen enthalten sein können (z.B. eine innerhalb der Annahmefrist abzugebende Unterwerfungserklärung des Annehmenden).<sup>48</sup> Im Notarhaftungsprozess ist der Kläger dafür beweispflichtig, dass der Notar die Angebotserklärung nicht zur Kenntnis genommen und sich auch nicht – was er tun sollte – darum bemüht hat, sie zu erhalten.<sup>49</sup> In diesem Fall ist auch eine Belehrung darüber entbehrlich, dass der Vertragsschluss scheitern könnte, da sich Angebot und Annahme nicht vollständig decken.<sup>51</sup> Letzteres gilt auch dann, wenn es praktisch ausgeschlossen erscheint, dass die Annahme hinter dem Angebot zurückbleibt, etwa weil die Annahmeerklärung sich darin erschöpft, das Angebot in vollem Umfang anzunehmen.<sup>52</sup>
- 188** Bei getrennter Beurkundung von Angebot und Annahme kann ein **Belehrungsdefizit** bestehen, weil das Angebot bei der Beurkundung der Annahme regelmäßig nicht mehr verlesen wird. Die Belehrungsfunktion kann aber am besten durch das **Verlesen** erfüllt werden.<sup>53</sup> Trotz dieses Defizits kann für die getrennte Beurkundung von Angebot und An-

40 BNotK-Rundschreiben Nr. 25/2010 vom 5.10.2010, III; s. auch OLG Schleswig DNotZ 2008, 151, 155 f.

41 BNotK-Rundschreiben Nr. 25/2010 vom 5.10.2010, V.

42 *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 601.

43 Vgl. II.1.d) der Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der BNotK.

44 LG Berlin v. 02.03.2012, Az: 82 OH 124/11, juris Rn. 18.

45 BGH DNotZ 1993, 754, 756; BGHZ 125, 218, 224 = NJW 1994, 1344 (nicht § 17 Abs. 1 sei einschlägig, sondern lediglich die allg. Betreuungspflicht); BGH DNotZ 2012, 356, 357; *Ganter/Hertel/Wöstmann/Ganter*, Rn 988; *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, § 17 Rn 64; *Staudinger/Hertel*, § 128 Rn 33; *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, § 14 BNotO Rn 157\*; *zweifeld Eylmann/Vaasen/Frenz*, § 17 BeurkG Rn 13 mit Fn 36.

46 *Reithmann/Albrecht/Albrecht*, Rn 429; *Winkler*, § 17 Rn 58; so auch noch BGH DNotZ 1981, 773, 775.

47 BGH NJW 1994, 1344, 1346; DNotZ 2012, 356, 357; *Renner*, NotBZ 2012, 130, 131.

48 BGH DNotZ 2012, 356, 358.

49 *Renner*, NotBZ 2012, 131, 132.

50 BGH DNotZ 2012, 356, 357.

51 BGH DNotZ 2012, 70, 72.

52 BGH DNotZ 2012, 356, 358.

53 So zu Recht *Winkler*, § 17 Rn 60, mit dem Vorschlag (Rn 62), der Niederschrift der Annahme die Angebotsurkunde als Anlage i.S. des § 9 Abs. 1 S. 2 beizufügen und mit zu verlesen.

nahme ein **praktisches Bedürfnis** bestehen. So kann es für einen Bauträger zweckmäßig sein, sich erst dann rechtlich zu binden, wenn eine ausreichende Anzahl von Interessenten erreicht ist. Kann der Käufer ein Bauvorhaben nur bei Erwerb mehrerer Grundstücke realisieren, so besteht die Gefahr, dass der letzte Verkäufer einen höheren Preis verlangt. Es ist daher durchaus sachgerecht, wenn der Käufer sich die Grundstücke zunächst nur anbieten lässt und die Angebote dann einheitlich annimmt.<sup>54</sup>

Besteht für die Aufspaltung der Beurkundung ein sachlicher Grund, hat der Notar entspr. Ziffer II 1 S. 4 lit. d der Richtlinienempfehlungen der BNotK darauf zu achten,<sup>55</sup> dass das Angebot von der weniger geschäftserfahrenen Vertragsseite abgegeben wird.<sup>56</sup> Wird etwa eine Immobilie vom Bauträger nach § 8 WEG aufgeteilt, der die einzelnen Wohneinheiten bundesweit vertreiben will, so ist es meist sinnvoll, wenn die Vertragsabwicklung durch den Notar erfolgt, der auch die Aufteilung beurkundet und vollzogen hat (sog. **Zentralnotar**). In diesem Fall kann jeder Käufer das Angebot beim Notar seiner Wahl beurkunden lassen, das der Verkäufer (Bauträger) später bei dem Zentralnotar annimmt, der sodann die Vertragsabwicklung durchführt. Dem Zentralnotar obliegt eine **betreuende Belehrungspflicht** gegenüber dem Käufer als mittelbar Beteiligten.<sup>57</sup> Aufgrund der besonderen Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens nimmt der Zentralnotar dabei eine überragende Stellung ein, da er das Geschehen umfassend überblicken und steuern kann.

#### 4. Sonstige Gestaltungen

Unzulässig ist die missbräuchliche Auslagerung von geschäftswesentlichen Vereinbarungen in **Verweisungskunden**.<sup>58</sup> Nicht missbräuchlich ist eine derartige Auslagerung allerdings dann, wenn sie im Einzelfall geboten erscheint, um den eigentlichen Vertragstext nicht zu überfrachten.<sup>59</sup> Um die notwendige Belehrung der Beteiligten dennoch sicherzustellen, empfiehlt es sich daher, die ausgelagerten Vertragsteile in der Niederschrift gekürzt wiederzugeben.<sup>60</sup> Unbedenklich ist es dagegen, wenn bei Beurkundung eines Bauträgervertrages auf die notariell beurkundete Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung sowie Baubeschreibung verwiesen wird.<sup>61</sup>

Unzulässig sind schließlich auch **Sammelbeurkundungen** von mehr als fünf (gleichlautenden) Niederschriften mit verschiedenen Beteiligten.<sup>62</sup> In den einzelnen Kammerbezirken gelten teils strengere Regeln. So sehen etwa die Bayerischen Richtlinien vor, dass nicht mehr als drei Niederschriften gleichzeitig beurkundet werden sollen (vgl. § 13 Rn 22).

### IV. Besonderheiten bei Verbraucherverträgen (S. 2, 3)

Für Verbraucherverträge (§ 310 Abs. 3 BGB) enthalten Abs. 2a S. 2 Nrn. 1 und 2 bes. Amtspflichten, die den durch die Richtlinien konkretisierten Anforderungen (siehe Rn 169 ff.) als speziellere Regelung vorgehen. S. 2 Nrn. 1 und 2 regeln die bei der Beurkundung von Verbraucherverträgen zu beachtenden Anforderungen freilich nicht abschließend. Abs. 2a S. 3 stellt daher klar, dass **weitergehende Amtspflichten** des Notars unberührt bleiben.

#### 1. Überblick

Nr. 1 hat in erster Linie klarstellende Bedeutung, insbesondere soweit inhaltliche Unterschiede zwischen den Richtlinien der Landesnotarkammern bestehen (vgl. auch Rn 180: Grundpfandrechte). **Nr. 2** gibt im ersten Halbsatz nahezu wortlautgleich die von den Landesnotarkammern übernommene Ziffer II 1 S. 3 der Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer wieder. Praktisch sehr bedeutsam ist Nr. 2 **Halbs. 2**, der für die Beurkundung bestimmter Verträge (im Wesentlichen von Grundstückskaufverträgen) eine recht starre Bedenkfrist von zwei Wochen vorsieht.

#### 2. Verbrauchervertrag

S. 2 gilt nur für Verfahren, die die Beurkundung eines Verbrauchervertrags zum Gegenstand haben. Ein Verbrauchervertrag ist nach § 310 Abs. 3 BGB ein Vertrag zwischen einem **Unternehmer** (§ 14 BGB) und einem **Verbraucher** (§ 13 BGB); diese Legaldefinition gilt auch i. R. von § 17 Abs. 2a.<sup>63</sup> Bei der Abgrenzung darf der Notar auf die tatsächlichen Angaben der Beteiligten vertrauen (siehe Rn 19).<sup>64</sup> S. 2 gilt also von vornherein nicht für solche Amtshandlungen, an denen zwar ein Verbraucher beteiligt ist, die aber nicht die Beurkundung einer auf einen Verbrauchervertrag gerichteten Willenserklärung zum Gegenstand haben. Für die Beglaubigung der Unterschrift eines Verbrauchers

54 S. hierzu Reithmann/Albrecht/Albrecht, Rn 429.

55 BNotK DNotZ 1999, 258 ff.

56 Reithmann/Albrecht/Albrecht, Rn 429; Eylmann/Vaasen/Frenz, § 17 BeurkG Rn 37; Winkler, § 17 Rn 60.

57 BGHZ 158, 188 = NJW 2004, 1865, 1867 m. zust. Anm. Reithmann, EWiR 2004, 699, 700 und krit. Anm. Winkler, BGH-Report 2004, 732; Armbrüster/Krause, ZNotP 2004, 325; krit. Ganter, in: FS Spiegelberger, 2009, S. 1401, 1403.

58 Vgl. Ziffer II 2 der Richtlinienempfehlungen der BNotK (DNotZ 1999, 258 ff.).

59 Brambring, DNotI-Rep. 1998, 184, 187; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, § 17 Rn 69; Winkler, § 17 Rn 64.

60 Winkler, § 17 Rn 64.

61 Allg.M., Brambring, DNotI-Rep 1998, 184, 187; Eylmann/Vaasen/Frenz, § 17 BeurkG Rn 39; Winkler, § 17 Rn 64.

62 Vgl. Ziffer II 1 S. 4 lit. e der Richtlinienempfehlungen der BNotK, DNotZ 1999, 258 ff.

63 Struck, MittBayNot 2003, 259, 263; s. auch Pützhoven, NotBZ 2002, 273.

64 Litzburger, RNotZ 2006, 180 ff.



verbleibt es mithin bei den in § 40 geregelten Amtspflichten.<sup>65</sup> Verträge (nur) zwischen Verbrauchern oder (nur) zwischen Unternehmern werden von S. 2 nicht erfasst.<sup>66</sup> Dasselbe gilt für einseitige Erklärungen wie etwa die Teilungserklärung nach § 8 WEG<sup>67</sup> oder die einseitige Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung; die persönliche Haftungsübernahme kann als abstraktes Schuldversprechen hingegen ein Verbrauchervertrag sein.<sup>68</sup> Da es für die Beurteilung der Verbraucher- oder Unternehmereigenschaft auf die materiell Beteiligten ankommt, ist S. 2 nicht anwendbar, wenn ein Vertrag zwischen zwei Unternehmern beurkundet wird, von denen sich einer durch einen Verbraucher vertreten lässt.<sup>69</sup> Umgekehrt ist S. 2 anwendbar, wenn sich ein Verbraucher durch einen Unternehmer, etwa seinen Rechtsanwalt, vertreten lässt.

- 195** S. 2 Nrn. 1 und 2 sind grds. auch auf **sachen-, gesellschafts-, familien- und erbrechtliche Verträge** anwendbar. Aus § 310 Abs. 3 BGB folgt nicht, dass andere als schuldrechtliche Verträge keine Verbraucherverträge sein könnten.<sup>70</sup>
- 196** Demgemäß gelten die Vorgaben von S. 2 auch für die Einigung über die Bestellung eines **Finanzierungsgrundpfandrechts** durch einen nicht gewerblich handelnden Grundstückskäufer.<sup>71</sup> Dafür spielt es keine Rolle, dass das finanzierende Kreditinstitut als Unternehmer an der Grundschuldbestellung formell nicht beteiligt ist. Auch der Umstand, dass der Verbraucher (noch) fremdes Eigentum belastet, ist unerheblich, da dieses ja gerade auf ihn übergehen soll.<sup>72</sup>
- 197** Verbraucherverträge können auch solche Verträge sein, für die gem. § 310 Abs. 4 BGB die §§ 305 ff. BGB nicht gelten, insbesondere Verträge auf dem Gebiet des **Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts**. Dies ist unter Hinweis auf die mangelnde Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers bezweifelt worden.<sup>73</sup> Die Bedeutung der Frage ist gering. Selbst wenn man derartige Verträge grds. als von S. 2 erfasst ansehen würde, hätte dies kaum praktische Relevanz. Es wird sich insoweit zum einen nur selten um einen Verbrauchervertrag handeln. Zum anderen erfordert jedenfalls bei erb- und familienrechtlichen Verträgen schon das einschlägige materielle Recht häufig die Höchstpersönlichkeit der Erklärungen, so dass sich ein Rückgriff auf S. 2 Nr. 1 erübrigt. Allenfalls S. 2 Nr. 2 Halbs. 1 kann im Einzelfall Bedeutung erlangen; allerdings gilt der darin enthaltene Grundsatz ohnehin für alle Beurkundungen einer Willenserklärung.
- 198** S. 2 Nrn. 1 und 2 gelten nur für die Beurkundung der **vom Verbraucher abzugebenden Willenserklärung**. Hinsichtlich der Erklärung des Unternehmers richtet sich das Beurkundungsverfahren nach der allg. Regel des Abs. 2a S. 1 (siehe hierzu Rn 163 ff.).
- 199** Wird der Notar ersucht, einen Vertrag oder eine auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung zu beurkunden,<sup>74</sup> so muss er darüber **aufklären**, ob es sich um einen Verbrauchervertrag handelt und wer von den Vertragsparteien der Verbraucher ist. Obwohl dies in vielen Fällen unproblematisch sein dürfte, können sich im Einzelfall praktische Schwierigkeiten ergeben. Während **juristische Personen und Personenhandelsgesellschaften** niemals Verbraucher sind,<sup>75</sup> sondern regelmäßig, wenn auch nicht ausnahmslos Unternehmer,<sup>76</sup> kommt es für die Verbraucher- und Unternehmereigenschaft von **natürlichen Personen und Personengesellschaften** auf die Funktion an,<sup>77</sup> in der diese den Vertrag abschließen.<sup>78</sup> Dasselbe dürfte angesichts der Anerkennung ihrer Teilrechtsfähigkeit (§ 10 Abs. 6 S. 1 WEG n.F.) für die **Wohnungseigentümergeinschaft** gelten: Sie mag zwar einer rechtsfähigen Personengesellschaft i.S.v. § 14 Abs. 2 BGB nahe stehen, fällt aber weder unter § 13 BGB noch unter § 14 BGB. Überzeugend erscheint es, sie dann nach Verbraucherregeln zu behandeln, wenn zumindest ein Mitglied, würde es den Vertrag allein schließen, Verbraucher wäre.<sup>79</sup> Erwirbt die Gemeinschaft beispielsweise für das Verwaltungsvermögen eine Eigentumswohnung (etwa als Hausmeisterwohnung), so gebietet dann, wenn zumindest ein Mitglied sein Wohnungseigentum als Verbraucher hält, der Verbraucherschutz es, S. 2 Nrn. 1 und 2 anzuwenden.
- 200** Der Notar hat mithin in vielen Fällen den **Zweck des Vertragsschlusses** zu erkunden. So muss er einen Arzt etwa danach fragen, ob dieser die zu erwerbende Immobilie für seine freiberufliche Praxis (dann ist er Unternehmer) oder privat, etwa zum Zweck nichtgewerblicher Vermietung (dann ist er Verbraucher), nutzen will. Auch bei der Be-

65 Brambring, ZfIR 2002, 597, 598.

66 OLG Celle BeckRS 2010, 22387; Lerch, § 17 Rn 54a.

67 Solveen, RNotZ 2002, 318, 319.

68 OLG Schleswig DNotZ 2008, 151, 155.

69 Brambring, ZfIR 2002, 598, 599.

70 Lerch, § 17 Rn 55; Winkler, § 17 Rn 95 (allerdings tendenziell anders Rn 134 für die Auflassung); zweifelnd für sachenrechtliche Verträge Sorge, DNotZ 2002, 593, 601; zweifelnd für die Auflassung OLG Celle BeckRS 2010, 22387.

71 BNotK-Rundschreiben Nr. 25/2010 vom 5.10.2010, II; Bütcher, BWNotZ 2007, 109, 111; Hertel, ZNotP 2002, 286, 287; Sorge, DNotZ 2002, 593, 602; Winkler, § 17 Rn 138; in dieser Richtung bereits OLG Schleswig DNotZ 2008, 151, 154 (letztlich offen lassend; a.A. Maaß, ZNotP 2002, 455, 459 mit dem unzut. Argument, eine Belehrung sei auch insoweit obsolet (s. bereits Rn 161).

72 BNotK-Rundschreiben Nr. 25/2010 vom 5.10.2010, II.

73 Brambring, ZfIR 2002, 597, 599; Bohrer, DNotZ 2002, 579, 591; Winkler, § 17 Rn 101; a.A. für Gesellschaftsverträge Soergel/J. Mayer, § 17 BeurkG Rn 39.

74 Auch die isolierte Beurkundung z.B. eines Angebots wird erfasst; Solveen, RNotZ 2002, 318, 319.

75 Vgl. den Wortlaut von § 13 BGB („jede natürliche Person“).

76 Vgl. zur Unternehmereigenschaft von gemeinnützigen Gesellschaften und Idealvereinen MüKo-BGB/Micklitz, § 14 Rn 7 f.

77 Zur Verbrauchereigenschaft einer GbR s. BGH DNotZ 2002, 528, 531.

78 Palandt/Ellenberger, § 13 Rn 3 ff.; § 14 Rn 2 ff.

79 Näher zu der Problematik Armbrüster, GE 2007, 420, 424.

teilung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts kommt es auf den Zweck an, der mit dem Rechtsgeschäft verfolgt wird. Verfolgt der öffentliche Rechtsträger mit dem Grundstückserwerb unmittelbar **öffentliche Zwecke** (z.B. Erwerb von Straßengrund), so wird man ihn nicht als Unternehmer ansehen können.<sup>80</sup> Andernfalls gebietet es der Schutzzweck von S. 2, 3 – Verbraucherschutz –, den öffentlichen Rechtsträger als Unternehmer einzuordnen.<sup>81</sup> Machen die Beteiligten gegenüber dem Notar Angaben, so darf sich der Notar grds. auf deren Richtigkeit verlassen (siehe Rn 19). In **Zweifelsfällen**, die z.B. im Grenzbereich von privatem Veräußerungsgeschäft und gewerblichem Grundstückshandel leicht vorstellbar sind, sollte der Notar aber die sich aus S. 2 Nrn. 1 und 2 ergebenden Anforderungen beachten.<sup>82</sup>

### 3. Einschalten von Vertretern (S. 2 Nr. 1)

Nach der hier vertretenen Ansicht untersagt bereits S. 1 die missbräuchliche Gestaltung des Beurkundungsverfahrens in jedem Einzelfall (siehe Rn 164, 169). S. 2 Nr. 1 stellt somit keine anderen Anforderungen als S. 1.<sup>83</sup> Ausweislich der Gesetzesbegründung will S. 2 Nr. 1 „sicherstellen“,<sup>84</sup> dass Immobiliengeschäfte künftig nicht mehr durch geschäftsmäßige Vertreter mit sehr weitgehenden Vollmachten abgeschlossen werden. Der Verbraucher soll persönlich den Beurkundungstermin wahrnehmen und sich im Verhinderungsfalle von einer Vertrauensperson ... vertreten lassen.“ Da es somit auch im Rahmen des S. 2 Nr. 1 nur um die Verhinderung von **Missbrauchsfällen** geht, muss jeder sachliche Grund für das Einschalten eines Vertreters als Verhinderungsfalle angesehen werden. Dafür spricht auch, dass das materielle Recht einen höchstpersönlichen Vertragsschluss aus guten Gründen nur selten verlangt.<sup>85</sup> Die in Abs. 2 S. 2 eingeführte **Hinwirkungspflicht** beinhaltet demnach, dass der Notar sich effektiv für die Einhaltung des in Abs. 2a S. 2 vorgesehenen Verfahrens einzusetzen hat und ein den Anforderungen der Nrn. 1 und 2 widersprechendes Beurkundungsverfahren nicht ohne Sachgrund wählen darf. Eine „ergebnisoffene Hinweispflicht“, wie sie von einigen Autoren angenommen wird,<sup>86</sup> ist mit dieser Sichtweise ebenso wenig vereinbar wie die Annahme einer strikten, keine Ausnahmen zulassenden Amtspflicht.<sup>87</sup>

**a) Sachlicher Grund.** Die im Rahmen von S. 2 Nr. 1 bestehenden Anforderungen entsprechen somit im Grundsatz denjenigen, die sich nach der hier vertretenen Ansicht auch aus S. 1 und den Richtlinien ergeben.<sup>88</sup> Der Verbraucher soll grds. persönlich an der Beurkundung teilnehmen, kann sich bei Vorliegen eines **sachlichen Grundes** aber von einer Vertrauensperson vertreten lassen. An den für die Einschaltung einer Vertrauensperson als Vertreter erforderlichen sachlichen Grund sind keine strengen Anforderungen zu stellen. Insbesondere ist auch der **Wunsch des Verbrauchers** im Rahmen von S. 2 Nr. 1 als sachlicher Grund anzuerkennen (siehe Rn 171). Dies folgt zum einen daraus, dass der Wortlaut des S. 2 Nr. 1 **kein Stufenverhältnis** zwischen der persönlichen Abgabe der Erklärungen und der Abgabe durch einen anderen (bei dem es sich um eine Vertrauensperson handeln muss) aufstellt, demzufolge die persönliche Anwesenheit gegenüber der Erklärungsabgabe durch eine Vertrauensperson vorzuziehen wäre.<sup>89</sup> Zum anderen besteht die notarielle Amtspflicht lediglich in einem Hinwirken auf die Teilnahme des Verbrauchers oder einer Vertrauensperson. Dies deutet ebenfalls darauf hin, dass der freie Wille des Verbrauchers und – soweit dieser nicht zu ermitteln ist – andere sachliche Gründe für eine Beurkundung mit Vertrauenspersonen vom Notar respektiert werden müssen (siehe Rn 171). Erscheint also zur Beurkundungsverhandlung nicht der Verbraucher persönlich, sondern eine Vertrauensperson, so besteht für den Notar kein ausreichender Grund i.S.v. § 15 Abs. 1 BNotO die Beurkundung abzulehnen.<sup>90</sup>

Der **Unterschied** zwischen S. 2 Nr. 1 und S. 1 liegt nach alledem darin, dass der Notar – von Ausnahmen abgesehen (siehe sogleich und vgl. Rn 207) – als Vertreter auch dann **nur eine Vertrauensperson** akzeptieren darf, wenn es dem Wunsch des Verbrauchers entspricht, von einer anderen Person vertreten zu werden. Der Wille des Verbrauchers gibt meist keinen legitimen Sachgrund dafür, gleich von beiden der in S. 2 Nr. 1 genannten Verfahrensgestaltungen (persönliche Anwesenheit oder Anwesenheit einer Vertrauensperson) abzuweichen. Außerdem hat der Notar die sich durch S. 2 Nr. 1 ergebenden Anforderungen grds. bei der Beurkundung aller Verbraucherverträge zu beachten, also z.B. auch bei der Bestellung von **Finanzierungsgrundpfandrechten** (siehe Rn 196).

**Ausnahmen** sind in engem Rahmen auch bei Verbraucherverträgen denkbar. Ist der Verbraucher nach seinen Angaben definitiv **gehindert**, an der Beurkundung teilzunehmen und ist auch die Teilnahme einer Vertrauensperson nicht möglich oder gemessen an der Bedeutung des Rechtsgeschäfts und der zu gebenden Belehrung nicht zumutbar, so

80 *Philippson*, NotBZ 2003, 137, 138 f.; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 327; *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 599.

81 *Philippson*, NotBZ 2003, 137, 138 f.; s. auch MüKo-BGB/Micklitz, § 14 Rn 7.

82 *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 599.

83 A.A. *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 603; *Rieger*, MittBay-Not 2002, 325, 331.

84 BT-Drucks 14/9266 S. 50.

85 S. Rn 146; *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 603.

86 So etwa *Litzenburger*, NotBZ 2002, 280, 281.

87 S. Anwendungsempfehlungen der BNotK, Rundschreiben 20/2003 vom 28. 4. 2003, B II. So auch *Staudinger/Hertel* vor §§ 127a, 128 Rn 520.

88 S. Rn 150; vgl. auch *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 600.

89 Zust. *Eylmann/Vaasen/Frenz*, § 17 BeurkG Rn 39e; so auch *Winkler*, § 17 Rn 116: „gleichwertige Alternativen“.

90 Ähnlich *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 600.

201

202

203

204

kommt im **Einzelfall** ausnahmsweise auch eine Beurkundung mit anderen Personen als Vertrauenspersonen in Frage.<sup>91</sup> Dazu zählen dann auch Notariatsmitarbeiter. Ein Missbrauch des Beurkundungsverfahrens steht unter den genannten engen Voraussetzungen nicht in Rede. Der Notar darf ein atypisches Verfahren aber nicht von sich aus vorschlagen.

- 205** Von der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts aufgrund einer Vollmacht ist die **Beurkundung der Vollmacht** zu unterscheiden (siehe Rn 183). Dies wird insbesondere bei **Grundpfandrechten** relevant. Da bei der Beurkundung des Grundstückskaufvertrages vielfach noch nicht abzusehen ist, ob der Verbraucher die Bestellung des Finanzierungsgrundpfandrechts selbst wird vornehmen können, ist auch bei Verbraucherverträgen die Mitbeurkundung von Mitarbeitervollmachten in Grundstückskaufverträgen nicht generell unzulässig.<sup>92</sup> Stellt der Notar klar, dass die persönliche Anwesenheit des Verbrauchers bei der Grundschildbestellung erwünscht ist und nur im Verhinderungsfalle – nach einem gesondert zu erteilenden Auftrag oder einer Weisung – hiervon abgesehen werden kann, dann liegen Mitarbeitervollmachten letztlich im Interesse des Verbrauchers. Dieser erlangt eine **höhere Flexibilität** bei der Erledigung seiner Angelegenheiten, da ihm die Entscheidung offen bleibt, ob er den Beurkundungstermin persönlich wahrnimmt oder einen Notariatsmitarbeiter beauftragt. Das Beurkundungsverfahren, dessen Flexibilität gerade im Interesse des Klienten liegt (siehe Einl. Rn 21), sollte für Verbraucher nicht durch starre Regeln, die der Bedeutung des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts und dem Ausmaß der zu gebenden Belehrung nicht entsprechen, zur Belastung werden. Der Notariatsmitarbeiter ist zwar nicht als Vertrauensperson des Verbrauchers anzusehen (siehe Rn 212); dies steht aber – wie dargelegt – seiner Bevollmächtigung im Einzelfall aus den genannten Gründen nicht entgegen.<sup>93</sup> Freilich rechtfertigt allein die räumliche Entfernung des Verbrauchers vom Amtssitz des Urkundsnotars den Gebrauch einer Mitarbeitervollmacht nicht.<sup>94</sup>
- 206** Der Notar sollte – soweit möglich (siehe Rn 181) – bereits bei der Beurkundung der Vollmacht über die Einzelheiten der Grundschildbestellung belehren und den Verbraucher, wenn der Beurkundungstermin ansteht, stets einen **gesonderten Auftrag** oder eine Weisung unterschreiben lassen, worin dieser bestätigt, den Notartermin nicht wahrnehmen zu können.<sup>95</sup> Die Kontaktaufnahme zum Zwecke der Auftragserteilung sollte der Notar dazu nutzen, ggf. noch offene Fragen mit dem Verbraucher telefonisch oder schriftlich zu klären.
- 207** Zweifelhaft ist die Geltung des S. 2 Nr. 1 für Beurkundungen aufgrund sog. **Vollzugsvollmachten** im engeren Sinn, z.B. Vollmachten an Notariatsmitarbeiter zur Beurkundung der Auflassung nach Vollzugsreife.<sup>96</sup> Hier würde eine starre Anwendung von S. 2 Nr. 1 regelmäßig zu einer Belastung für die Beteiligten führen, die durch deren Schutz in keiner Weise geboten ist.<sup>97</sup> *Hertel* schlägt für diese Fälle eine teleologische Reduktion des S. 2 vor.<sup>98</sup> Dies ist jedoch nicht erforderlich. Die Fälle, in denen es zulässig ist, Vollzugsvollmachten an Notariatsmitarbeiter zu nutzen, sind allesamt dadurch gekennzeichnet, dass die notwendige Belehrung und Betreuung der Beteiligten bereits bei der Beurkundung der Vollmacht vollumfänglich gewährleistet ist (vgl. Rn 179; auf die Beurkundung von Grundpfandrechten trifft dies nicht zu (vgl. Rn 181 f.)). Wenn dies aber der Fall ist, so besteht regelmäßig ein sachlicher Grund für die Wahl des atypischen Verfahrens, so dass S. 2 dieser Vorgehensweise ausnahmsweise nicht entgegensteht.<sup>99</sup> Dasselbe wird man auch bei sonstigen Erklärungen annehmen können, die der verfahrensrechtlichen Abwicklung des Geschäftes dienen und bei denen einer Belehrung des Verbrauchers keinerlei Bedeutung zukommt. Bei sachgerechter Beschränkung der Vollmacht kann man hierzu Erklärungen zur Änderung der Teilungserklärung im Rahmen des Vollzugs eines Wohnkaufvertrags ebenso zählen<sup>100</sup> wie die Bestellung einer Dienstbarkeit für ein Versorgungsunternehmen in einem Bauträgervertrag.<sup>101</sup>
- 208 b) Vertrauensperson.** Besteht ein sachlicher Grund dafür, dass der Verbraucher nicht persönlich am Beurkundungsverfahren teilnimmt, so soll nur eine Vertrauensperson als Vertreter des Verbrauchers zugelassen werden (S. 2 Nr. 1 Fall 2). Die Forderung, dass solche Personen, die **im Lager der anderen Vertragsseite** stehen und insoweit möglicherweise gegensätzliche Interessen verfolgen, möglichst nicht als Vertreter auftreten sollen, lässt sich bereits aus S. 1 ableiten (siehe Rn 153). Für eine solche Gestaltung des Beurkundungsverfahrens wird sich nämlich in vielen Fällen **kein sachlicher Grund** finden. S. 2 Nr. 1 verstärkt den sich schon aus S. 1 ergebenden Schutz nochmals. Bei der Beurkundung von Verbraucherverträgen scheidet ein Vertreterhandeln einer anderen als einer Vertrauensperson grds. aus (zu Ausnahmen siehe Rn 202).

91 OLG Celle BeckRS 2010, 22387; Anwendungsempfehlungen der BNotK, Rundschreiben 20/2003 vom 28.4.2003, C II; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, § 17 Rn 77. Krit. – freilich zu starr – *Bracker*, MittBayNot 2004, 349; *Malzer*, FGPrax 2005, 6.

92 BNotK-Rundschreiben Nr. 25/2010 vom 5.10.2010, V (allerdings mit dem Hinweis, dass sie grundsätzlich unterbleiben sollte).

93 Der von *Helms*, ZNotP 2005, 13, 17 Fn 62, gesehene Widerspruch besteht mithin nicht.

94 BNotK-Rundschreiben Nr. 25/2010 vom 5.10.2010, VI.

95 Einen gesonderten Auftrag fordert auch *Keller*, ZNotP 2003, 180, 181, unter Berufung auf die Richtlinienatzung der NotK Stuttgart.

96 Weitere Beispiele s. *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 605.

97 OLG Celle BeckRS 2010, 22387.

98 *Hertel*, ZNotP 2002, 286, 287.

99 So wohl auch *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 601 f.

100 *Hertel*, ZNotP 2002, 286, 287.

101 *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 605.

Streitig ist, welche Personen als **Vertrauenspersonen** in Betracht kommen. Teils soll insoweit danach differenziert werden, welche rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung das Geschäft hat.<sup>102</sup> Bedeutende Geschäfte setzen demnach eine engere Vertrauensbeziehung voraus als unbedeutende. Dies überzeugt nicht. Ganz abgesehen davon, dass sich die Bedeutung eines Geschäfts kaum nach objektiven Kriterien zum Maß des erforderlichen Vertrauens in Bezug setzen lässt, kann die erforderliche Vertrauensbeziehung nicht abgestuft werden. Es steht nämlich keineswegs fest, dass ein Verbraucher z.B. zu seinem Ehegatten stets eine engere Vertrauensbeziehung hat als zu seinem Nachbarn oder Steuerberater.

Daher kann sinnvollerweise nur zwischen **genereller Eignung und Nichteignung** unterschieden werden.<sup>103</sup> Dies kommt auch in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck. Dort wird von einer negativen Abgrenzung in der Weise ausgegangen, dass Vertrauensperson nicht ist, wer als geschäftsmäßiger Vertreter u.U. konkurrierende Eigeninteressen hat. Angestellte des Bauträgers oder der vom Initiator ausgewählte Treuhänder scheiden als Vertrauensperson des Verbrauchers somit i.d.R. aus;<sup>104</sup> dasselbe gilt für Makler.<sup>105</sup> Vertrauensperson ist hingegen, wer dem Notar **vom Verbraucher auf Nachfrage benannt** wurde und nicht offensichtlich wegen möglicherweise konkurrierender Eigeninteressen ungeeignet ist.<sup>106</sup> Nur wenn im Einzelfall für den Notar konkret erkennbar wird, dass die Person in Wahrheit nicht die Interessen des Verbrauchers wahrnimmt, hat er sie als ungeeignet abzulehnen. Auf die tatsächlichen **Angaben des Verbrauchers** darf sich der Notar verlassen (siehe Rn 19), es sei denn, die mangelnde Eignung des vorgeschlagenen Vertreters liegt auf der Hand.

Generell lässt sich demnach sagen, dass die Vertrauensperson **im Lager des Verbrauchers** stehen und dessen Interessen einseitig (parteilich) wahrnehmen muss.<sup>107</sup> Gegen diese Formel hat *Litzenburger* eingewandt, sie überfordere den Notar „maßlos“,<sup>108</sup> weil er in der Kürze der Zeit nicht prüfen könne, ob etwa die Ehe zerrüttet oder der vom Verbraucher eingesetzte Makler als Freund oder aber beruflich tätig wird. Indessen geht es gar nicht darum, das Innenverhältnis zwischen Verbraucher und Vertrauensperson im Einzelnen auszuleuchten; vielmehr spricht – wie aufgezeigt – schon die Tatsache, dass der Verbraucher eine Person aus seinem eigenen Umfeld mit seiner Interessenwahrnehmung betraut, regelmäßig dafür, dass das Verbraucherinteresse vertreten wird. Die Gegenansicht, die umgekehrt allein diejenigen Personen ausschließen will, die im Lager des Unternehmers stehen, übergeht zum einen, dass letzteres bereits aus S. 1 folgt (siehe Rn 208); zudem führt sie – wie *Litzenburger* selbst einräumt –<sup>109</sup> dazu, dass Notariatsmitarbeiter als Vertrauenspersonen anzusehen sind.

**Mitarbeiter des Notars** scheiden gleichfalls (vorbehaltlich einer persönlichen Nähebeziehung zum Verbraucher, z.B. Ehegatte) grds. als Vertrauenspersonen aus.<sup>110</sup> Sie kommen nämlich aufgrund ihres Dienstverhältnisses zum Notar in Frage, also gerade nicht aufgrund einer Vertrauensbeziehung zu dem Verbraucher. Aus diesem Grund sind sie – anders als man dies von einer Vertrauensperson i.d.R. erwarten kann – nicht rückhaltlos den Interessen ihres Vollmachtgebers verpflichtet, sondern auch den Weisungen des Notars (siehe Rn 56 zur inhaltlichen Verantwortlichkeit des Notars für das Vertreterhandeln seiner Mitarbeiter), die schon wegen des Unparteilichkeitsgebots in § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO nicht von einseitiger Interessenwahrnehmung geprägt sein dürfen.<sup>111</sup> Notariatsmitarbeiter stehen mithin nicht im **Lager** des Verbrauchers. Die namentlich von *Maaß* vertretene Gegenansicht,<sup>112</sup> der Verbraucher könne seine Interessen mangels Rechtskenntnis regelmäßig ohnehin nicht selbst wahrnehmen, so dass auch von einer Notariatsmitarbeiter als Vertrauensperson nicht mehr verlangt werden könne, überzeugt nicht. Es geht nicht um die Fähigkeiten des Verbrauchers oder der Vertrauensperson, sondern darum, dass eine Vertrauensperson generell geeignet sein muss, die Interessen des Verbrauchers offensiv, z.B. durch Nachfragen, zu vertreten. Ein Mitarbeiter des Notars, der nur aufgrund seines Anstellungsverhältnisses als Vertreter in Frage kommt, ist regelmäßig als ungeeignet anzusehen, par-

102 *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 601; ähnlich *Maaß*, ZNotP 2002, 455, 457.

103 *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 604; *Hertel*, ZNotP 2002, 286, 288.

104 *Hertel*, ZNotP 2002, 286, 288.

105 *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, § 17 Rn 73.

106 OLG Celle BeckRS 2010, 22387.

107 BNotK-Rundschreiben Nr. 25/2010 vom 5.10.2010, IV; OLG Schleswig DNotZ 2008, 151, 156; OLG Celle BeckRS 2010, 22387; *Böhlinger*, BWNotZ 2003, 6; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 330; *Solveen*, RNotZ 2002 318, 321.

108 *Litzenburger*, RNotZ 2007, 622, 626.

109 *Prägnant Litzenburger*, RNotZ 2007, 622, 626: „Unge- wollte, aber logisch zwingende Nebenfolge“.

110 OLG Schleswig DNotZ 2008, 151, 156; BNotK-Rundschreiben 20/2003 v. 28.4.2003, C II; BNotK-Rundschreiben Nr. 25/2010 vom 5.10.2010, IV; *Blaeschke*, RNotZ 2005, 330, 344; *Böttcher*, BWNotZ 2007, 109, 111; *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 604; *Lerch*, § 17 Rn 60; *Phi-*

*lippsen*, NotBZ 2003, 137, 141; *Schmucker*, ZNotP 2003, 243 f.; *Soergel/J. Mayer*, § 17 BeurkG Rn 42; *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 321; *Staudinger/Hertel*, vor §§ 127a, 128 Rn 522; *Winkler*, § 17 Rn 123; a.A. Notarkammer Berlin GE 2004, 793 f.; *Grigas*, BWNotZ 2003, 104, 106; *Helms*, ZNotP 2005, 13, 16 ff.; *H. Keller*, ZNotP 2003, 180, 181 f.; *Maaß*, ZNotP 2002, 455, 457; *ders.*, ZNotP 2004, 216 ff (zur gestaffelten Belastungsvollmacht auf Notariatsmitarbeiter).

111 BNotK-Rundschreiben Nr. 25/2010 vom 5.10.2010, IV; OLG Schleswig DNotZ 2008, 151, 156. S. auch *G. Vollkommer*, ZfIR 2004, 578, 5801: der Notar ist „kein Betreuer des Verbrauchers“. Unrichtig daher BeckOK/*Litzenburger*, § 17 Rn 37 (Stand 1.5.2012), der annimmt, eine Bevollmächtigung von Notariatsmitarbeitern sei zulässig, da diese als „neutrale“ Vertreter zumindest nicht im Lager des Unternehmers stünden.

112 *Maaß*, ZNotP 2002, 455, 457, s. auch *ders.*, ZNotP 2004, 216.

teilsch die Interessen des Vertretenen zu wahren. Dieser Umstand steht auch der Auslegung von *Litzenburger*<sup>113</sup> entgegen, der eine Person – auch einen Notariatsmitarbeiter – grundsätzlich nur dann als ungeeignet ansehen will, wenn der Notar aufgrund der ihm bekannten Tatsachen ein geschäftsmäßiges Eigeninteresse dieser Person am zu beurkundenden Geschäft erkennen kann.

- 213** Fraglich ist allerdings, wie der Notar zu verfahren hat, wenn eine Stellungnahme des Verbrauchers **fehlt** und auch nicht zu erlangen ist. Keine Schwierigkeiten dürften dabei diejenigen Fälle bereiten, in denen der Vertreter eine **Spezialvollmacht** für den Vertragsschluss vorweisen kann. In der Vollmacht wird man sowohl den Wunsch des Verbrauchers ablesen können, nicht persönlich anwesend sein zu wollen, als auch die Benennung des Vertreters als Vertrauensperson. Würde die Vollmacht nicht beurkundet, so kann im Einzelfall jedoch auch hier Vorsicht geboten sein. Im Unterschied zu den Fällen, in denen der Verbraucher nach einer entsprechenden Belehrung durch den Notar ausdrücklich einen Vertreter benennt, weiß er hier möglicherweise nicht, welche Personen als Vertrauenspersonen in Betracht kommen. Der Notar darf sich auf die Spezialvollmacht somit nicht immer verlassen, sondern muss die Vertrauensstellung in Fällen, in denen sich Zweifel aufdrängen, durch Nachfrage beim Vertreter und ggf. auch beim Vertretenen aufklären (allgemein dazu siehe Rn 19).<sup>114</sup> Ein solcher Zweifelsfall liegt von vornherein nicht vor, wenn die Vertrauensstellung aufgrund der äußeren Umstände auf der Hand liegt, etwa wenn es sich bei dem Vertreter um den Ehegatten des Verbrauchers oder um dessen Rechtsanwalt handelt. Gleiches gilt für den ges. Vertreter des Verbrauchers.<sup>115</sup>

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der Vertreter aufgrund einer beurkundeten oder beglaubigten **Generalvollmacht** handelt. Mit *Brambring* dürfte auch hier eine negative Abgrenzung vorzunehmen sein.<sup>116</sup> Der Vertreter ist nur ausgeschlossen, wenn er, etwa wegen offensichtlich konkurrierender Eigeninteressen, als Vertrauensperson nicht in Betracht kommt.

- 214** Aus dem Vorstehenden folgt, dass sich der Notar im Regelfall darauf verlassen kann, dass Personen, die eine auf sich lautende **beurkundete oder beglaubigte Vollmacht** vorlegen können, Vertrauenspersonen des Vollmachtgebers sind. Ob eine **vollmachtlose Vertretung** zulässig ist, lässt sich wohl nur im Einzelfall feststellen. Nach dem oben Gesagten kann für eine solche Gestaltung ein Sachgrund bestehen, so dass sie nicht von vornherein ausscheidet.<sup>117</sup> Da sich die vollmachtlose Vertretung aber mehr noch als die Vertretung aufgrund einer Vollmacht von dem S. 2 Nr. 1 zugrunde liegenden Leitbild eines optimalen Beurkundungsverfahrens entfernt, sollte der Notar einen vollmachtlosen Vertreter nur unter gründlicher Abwägung aller Umstände zulassen. Ein Sachgrund wird dabei tendenziell eher bei einfacheren, standardisierten Verträgen vorliegen (siehe Rn 173) und dürfte bei einem komplizierten Bauträgervertrag meist ausscheiden. Nach Möglichkeit sollten diejenigen Umstände, die letztlich für die atypische Gestaltung des Beurkundungsverfahrens den Ausschlag gegeben haben, **aktenkundig** gemacht werden.

- 215 c) Zusammenfassung: Stufenverhältnis. Insgesamt ergibt sich folgendes Stufenverhältnis: (1)** Persönliche Anwesenheit des Verbrauchers. Dies ist der vom Gesetz angestrebte Optimalfall. **(2)** Sachlicher Grund für Vertretung, wofür der Wunsch des Verbrauchers genügt: Dann grds. Vertrauensperson erforderlich (siehe Rn 202 f.). Angestellte des Notars sind keine Vertrauenspersonen (siehe Rn 212). **(3)** Sachlicher Grund für die Beurkundung ohne Vertrauensperson; dann kommen ausnahmsweise auch Notarangestellte als Vertreter in Betracht (siehe Rn 204). Als sachlicher Grund genügt hier freilich nicht der bloße Wunsch des Verbrauchers. Vielmehr kann ein solcher Grund etwa darin liegen, dass die begrenzte Bedeutung des Geschäfts die Anwesenheit einer Vertrauensperson nicht erfordert. Dann ist freilich erhöhte Vorsicht geboten (gesonderter Auftrag usw.; siehe Rn 206).

#### 4. Auseinandersetzen mit dem Gegenstand der Beurkundung (S. 2 Nr. 2 Halbs. 1)

- 216** Die nunmehr in S. 2 Nr. 2 Halbs. 1 normierte notarielle Amtspflicht, darauf hinzuwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung **auseinander zu setzen**, sollte auch ohne ausdrückliche Normierung eine Selbstverständlichkeit darstellen. Die von den Ländernotarkammern mit Abweichungen im Detail umgesetzten Richtlinienempfehlungen der BNotK sehen diese Amtspflicht in Abschnitt II Ziff. 1 S. 3 ausdrücklich vor, so dass sie als Satzungsrecht für alle Beurkundungen einer Willenserklärung unmittelbar gilt. S. 2 Nr. 2 Halbs. 1 unterstreicht die Bedeutung dieser Amtspflicht und erhebt sie in den Rang eines formellen Gesetzes. Die Vorschrift hat mithin im Wesentlichen klarstellende Bedeutung.<sup>118</sup> Für die Feststellung, ob der Verbraucher ausreichend Gelegenheit zur Auseinandersetzung mit dem Beurkundungsgegenstand hatte, kann ein **flexibler Maßstab** zugrunde gelegt werden, in den vor allem die Bedeutung des Geschäfts für die Beteiligten sowie deren genereller Kenntnis- und Erfahrungsstand einfließen müssen. Die Unterrichtung der Beteiligten nach Abs. 2a S. 2 Nr. 2 ist Teil des „Vorverfahrens“ zur eigentlichen Beurkundung.<sup>119</sup>

113 *Litzenburger*, RNotZ 2006, 180, 187 f.; RNotZ 2007, 625, 626 (freilich mit der – unklaren – zusätzlichen Anforderung zu prüfen, ob der „für diesen Wunsch vom Verbraucher vorgetragene Grund hinreichend schwer wiegt“).

114 *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 321.

115 *Winkler*, § 17 Rn 118.

116 *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 604.

117 So auch *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 603; *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 601.

118 *Schmucker*, DNotZ 2002, 518; *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 322.

119 *Bohrer*, NJW 2007, 2019.

## 5. Bedenkfrist (S. 2 Nr. 2 Halbs 2)

Große praktische Bedeutung kommt S. 2 Nr. 2 Halbs. 2 zu. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist im Vergleich zu Abs. 2a S. 1 und S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 Halbs. 1 enger. Die **Zwei-Wochen-Frist** gilt nur für Verbraucherverträge, die dem Formerfordernis nach § 311b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 BGB unterliegen. Der weitaus bedeutsamste Anwendungsfall von Nr. 2 Halbs. 2 ist somit die **Beurkundung von Grundstückskaufverträgen**, soweit es sich um Verbraucherverträge handelt (zu Letzterem siehe auch Rn 193 f.). 217

**a) Übermittlung des Vertragstextes.** Der Notar hat „im Regelfall“ darauf hinzuwirken, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird. Damit ist indes nicht gemeint, dass er lediglich auf die Übermittlung des Vertragstextes hinzuwirken hat, sondern vielmehr, dass er eben dieser Pflicht regelmäßig nur durch die Zurverfügungstellung entsprechen kann. Der Notar schuldet demnach im Regelfall einen Erfolg, nämlich die Gelegenheit des Verbrauchers zur Vorbereitung auf die Beurkundung.<sup>120</sup> Soweit im jüngeren Schrifttum die Ansicht vertreten wird, durch eine erfolglose Hinwirkung auf eine solche Gelegenheit könne der Notar nicht seine Amtspflichten erfüllen,<sup>121</sup> ist dem nur mit der Maßgabe zuzustimmen, dass bereits der Gesetzestext Ausnahmen zulässt (zur Zweiwochenfrist siehe Rn 277 ff.). 218

Die **Übermittlung** des Vertragstextes als solche wirft dabei regelmäßig keine größeren Probleme auf, zumal da der Notar insoweit nicht unbedingt selber tätig werden muss.<sup>122</sup> Die Zur-Verfügung-Stellung ist an keine bestimmte Form gebunden; eine Übermittlung per Fax oder E-Mail genügt daher.<sup>123</sup> Es reicht aus, wenn der Verbraucher den Vertragstext vom Unternehmer erhält.<sup>124</sup> In diesem Fall sollte der Notar vor der Beurkundung allerdings überprüfen, ob dieser Text mit dem zu beurkundenden Vertragsentwurf übereinstimmt.<sup>125</sup> Mit Blick auf die Belange der Praxis ist es freilich ausreichend, wenn er die (nicht völlig geschäftsunerfahrenen) Beteiligten bittet, den ihnen übersandten Text bei der Beurkundung mitzulesen. 219

Eine **individuelle Anpassung** des Vertragstextes an die Person und Wünsche des konkreten Verbrauchers muss noch nicht erfolgt sein. Dem Verbraucher ist also lediglich der allg. für das betreffende Objekt vorgesehene Vertragstext zur Verfügung zu stellen, ohne dass z.B. die Personalien oder mögliche Sonderwünsche bereits berücksichtigt sind.<sup>126</sup> Teilweise wird weiter gehend gefordert, der Entwurf müsse derartig individualisiert sein, dass er zumindest die Bezeichnung des Vertragspartners, des Vertragsgegenstandes und die (noch verhandelbare) Höhe des Kaufpreises beinhalte.<sup>127</sup> Etwaige Verweisungsurkunden sind beizufügen.<sup>128</sup> Stammt der Entwurf ausnahmsweise vom Verbraucher, so kann eine Übermittlung des Vertragstextes entfallen.<sup>129</sup> 220

Ergeben sich bis zur Beurkundung **Änderungen**, so ist der Vertragstext dann erneut zu übermitteln (mit der Folge, dass eine neue Wartefrist ausgelöst wird), wenn die Änderungen zu Lasten des Verbrauchers wesentlich von der bisherigen Version abweichen.<sup>130</sup> 221

Fraglich ist allerdings, inwieweit mit der Übermittlung des Vertragstextes zugleich auf den **Zweck der Maßnahme** hinzuweisen ist. Dieser liegt ausweislich der Gesetzesbegründung vor allem darin, sicherzustellen,<sup>131</sup> dass das „Aufklärungspotential des Beurkundungsverfahrens“ voll genutzt wird. Der Verbraucher soll Bedenkzeit erhalten, um sich klar zu machen, welche Fragen er an den Notar stellen kann und will und für welche Fragen er den Rat eines anderen Beraters benötigt, weil sie außerhalb des notariellen Tätigkeitsfeldes liegen. Dieses gesetzgeberische Anliegen kann durch die bloße Übermittlung des Vertragstextes ohne erläuternde Bemerkungen in manchen Fällen nicht erreicht werden, weil die Grenzen der notariellen Belehrungspflicht nicht zwingend aus dem Urkundstext selbst hervorgehen. *Hertel* empfiehlt daher, den Verbraucher in einem Begleitschreiben darauf hinzuweisen, welcher Zweck mit der Übermittlung des Vertragstextes verfolgt wird.<sup>132</sup> Dies mag regelmäßig sinnvoll sein. Es kann allerdings nicht zwingend verlangt werden, da das Gesetz eine solche Angabe gerade nicht vorsieht und i.Ü. nicht einmal verlangt wird, dass der Notar selbst den Entwurf übersandt haben muss (siehe Rn 219). 222

**b) Zweiwöchige Überlegungsfrist. aa) Einschränkung der Auslegung.** Da der Schutz des Verbrauchers vor voreiligen Vertragsschlüssen ohne ausreichende Bedenkzeit („Überrumpelung“) bereits durch die Amtspflicht des Halbs. 1 bezweckt wird und für die meisten Notare ohnehin selbstverständlich ist, bereitet vor allem die starre Sperr- 223

120 *Junglas*, NJOZ 2012, 561, 562, 566.

121 *Junglas*, NJOZ 2012, 561, 568; a.A. Eylmann/Vaasen/*Frenz*, § 17 BeurkG Rn 39g.

122 BNotK-Rundschreiben 20/2003 v 28.4.2003, D IV.

123 *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 604.

124 *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, § 17 Rn 80; *Winkler*, FGPrax 2004, 179. *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 332 rät, der Notar solle Vertragstexte, die er selbst zu verantworten hat, besser selbst versenden.

125 *Brambringer*, ZfR 2002, 597, 606.

126 *Hertel*, ZNotP 2002, 286, 289; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 332; *Staudinger/Hertel*, vor §§ 127a, 128 Rn 527;

a.A. *Litzenburger*, NotBZ 2002, 280, 283; *Soergel/J. Mayer*, § 17 BeurkG Rn 49 (weiter gehende Angaben verlangend).

127 *Junglas*, NJOZ 2012, 561, 563 f.

128 *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, § 17 Rn 82.

129 *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 332.

130 *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, § 17 Rn 83; weniger streng noch 5. Aufl.; *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 605.

131 BT-Drucks 14/9266, 50.

132 *Hertel*, ZNotP 2002, 286, 288.

frist von zwei Wochen in der Praxis **Schwierigkeiten**.<sup>133</sup> Zu weit geht allerdings die Kritik von *Bohrer*,<sup>134</sup> der den von Nr. 2 Halbs. 2 bezweckten Übereilungsschutz für systemwidrig hält, weil es sich um eine wirtschaftliche Kategorie handle und § 17 nur das rechtlich wirksame Geschäft im Blick habe. *Bohrer* übergeht, dass ein Vertrag u.U. auch dann nicht im materiellen Sinn dem Willen aller Beteiligten entspricht (vgl. Abs. 1 S. 1), wenn einer der Beteiligten keine Gelegenheit hatte, sich vor der eigentlichen Beurkundungsverhandlung mit dessen Inhalt zu befassen. Die dem Notar durch Abs. 1 gestellte Aufgabe, den Parteiwillen zu ermitteln und den Erklärungen eine Fassung zu geben, die den Absichten und Interessen der Beteiligten gerecht wird, bringt es mit sich, dass er auch der **wirtschaftlichen Bedeutung** eines Rechtsgeschäftes für die Beteiligten sein Augenmerk zuwenden muss (siehe Rn 40). Es liegt in der Natur einer jeden Überrumpelung, dass einer der Beteiligten, meist der unerfahrenere oder ungewandtere, den Vertrag unterzeichnet ohne sich vollständig darüber im Klaren zu sein, was das für ihn im Einzelnen bedeutet. Die dadurch entstehenden Irrtümer und Zweifel sollen durch die Einschaltung des Notars gerade vermieden werden (Abs. 1 S. 2). Dies macht deutlich, dass § 17 nicht nur die formale Übereinstimmung der Erklärungen der Beteiligten mit dem Urkundstext sicherstellen will, sondern auch, dass die Erklärungen materiell dem Willen aller Beteiligten entsprechen. Die Übereilung eines Vertragsschlusses ist somit nicht lediglich eine wirtschaftliche, sondern auch eine rechtliche Kategorie, weshalb ihre Verhinderung keineswegs von vornherein als systemwidriger Regelungszweck anzusehen ist. Dass der Notar die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts im Blick haben muss, bedeutet freilich nicht, dass hinsichtlich der Frist nach dem Wert des Geschäftsgegenstands zu differenzieren wäre.<sup>135</sup> Mithin kommt dem Verbraucher etwa auch beim Erwerb einer Garage oder einer Gartenparzelle der ungeschmälernte Schutz von Abs. 2a zugute.

**224** *Bohrer*<sup>136</sup> ist allerdings darin zuzustimmen, dass das **Regelungsziel „Übereilungsschutz“** keine starre Frist rechtfertigt. Allein aus der Verbrauchereigenschaft einer Vertragspartei folgt noch nicht, dass sie in besonderer Weise schutzbedürftig ist und stets eine bestimmte Bedenkzeit braucht.<sup>137</sup> Man denke nur an den Rechtsanwalt, der zu privaten Zwecken von einem Handwerker ein Grundstück kauft, auf dem dieser bislang sein Handwerk betrieben hat. Hier kann der Unternehmer schutzwürdiger sein als der Verbraucher. In diesem Fall würde die Zwei-Wochen-Frist zugunsten des Verbrauchers zu einer sachlich nicht mit dem Verbraucherschutzgedanken zu rechtfertigenden Verzögerung des Vertragsschlusses führen. Schon deshalb bedarf es einer großzügigen Interpretation des Merkmals „im Regelfall“. *Brambring*<sup>138</sup> schlägt für Immobiliengeschäfte folgende **Lesart** des S. 2 Nr. 2 Halbs. 2 vor:

„Der Notar soll grundsätzlich (i.d.R.) die Beurkundung eines nach § 311 b BGB beurkundungspflichtigen Immobiliengeschäfts erst vornehmen, wenn der Verbraucher den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts als Vertragsmuster oder Vertragsentwurf erhalten hat und ihm eine ausreichende Prüfungs- und Belehrungsfrist zur Verfügung stand, die i.d.R. zwei Wochen betragen soll.“

**225** Diese Interpretation lässt der Praxis die nötige Flexibilität, um im Einzelfall eine Beurkundung auch einmal nach deutlich kürzerer, insgesamt aber noch ausreichender Bedenkzeit vornehmen zu können. Eine Unterschreitung der Zwei-Wochen-Frist ist ausweislich der Materialien<sup>139</sup> auch vom Gesetzgeber für möglich erachtet worden, wenn dies im Einzelfall sachgerecht erscheint. Dies gilt namentlich, wenn Eile geboten und überlegtes Handeln gleichwohl sichergestellt ist.

**226** Ob die Frist im Einzelfall bei besonders komplizierten Sachverhalten auch **länger** ausfallen kann,<sup>140</sup> ist zweifelhaft, da es hierfür in der Praxis kaum nachvollziehbare Maßstäbe gibt. Erkennt der Notar aber, dass ein Verbraucher nach Lage der Dinge noch keine ausreichende Gelegenheit hatte, sich mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen, so sollte er von sich aus eine Verlegung des Beurkundungstermins anbieten. Erklärt der Verbraucher allerdings im Beurkundungstermin, er habe die rechtzeitig übersandten Unterlagen nicht durchgesehen, weil er dem Verkäufer vertraue, so besteht regelmäßig kein Grund die Beurkundung zu verweigern. Der Zweck der Bedenkfrist, dem Verbraucher die Möglichkeit einzuräumen, sich mit dem Gegenstand der Beurkundung vertraut zu machen und ggf. ergänzenden Rat einzuholen, wird bereits dann erreicht, wenn der Verbraucher diese Möglichkeit effektiv hatte.<sup>141</sup> Da der Notar nicht der Vormund oder der Wirtschaftsberater der Beteiligten ist (siehe Rn 40), kann die Bedenkfrist nicht dazu dienen, den ordnungsgemäß aufgeklärten Verbraucher gegen seinen erklärten Willen zu einem verantwortungsbewussten Handeln anzuleiten.

133 *Brambring*, ZfIR 2002, 579, 585.

134 DNotZ 2002, 579, 585; ihm zust. *Winkler*, Rn 149; dagegen zutr. *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, § 17 Rn 58.

135 *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, § 17 Rn 84; *Grziwotz*, ZfIR 2009, 627, 630; a.A. *Eylmann/Vaasen/Frenz*, § 17 BeurkG Rn 39g; *Staudinger/Hertel*, vor §§ 127a, 128 Rn 529; *Litzenburger*, RNotZ 2006, 180, 185.

136 DNotZ 2002, 579, 587.

137 So auch *Brambring*, ZNotP 2003, 42, 44 f.; s. ferner *Malzer*, FGPrax 2005, 6; auch Verbraucher empfinden die Frist oft als zu starr.

138 *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 606; *Winkler*, § 17 Rn 184.

139 BT-Drucks 9266, S. 51.

140 So BT-Drucks 9266, S. 51; *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, § 17 Rn 40, 78; *Winkler*, § 17 Rn 198.

141 *Winkler*, § 17 Rn 154 (zu S. 2 Nr. 2 Halbs. 1).

## Auszug aus der Kommentierung zu § 54a BeurkG:

### § 54a

### Antrag auf Verwahrung

- (1) Der Notar darf Bargeld zur Aufbewahrung oder zur Ablieferung an Dritte nicht entgegennehmen.
- (2) Der Notar darf Geld zur Verwahrung nur entgegennehmen, wenn
  1. hierfür ein berechtigtes Sicherungsinteresse der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen besteht,
  2. ihm ein Antrag auf Verwahrung verbunden mit einer Verwahrungsanweisung vorliegt, in der hinsichtlich der Masse und ihrer Erträge der Anweisende, der Empfangsberechtigte sowie die zeitlichen und sachlichen Bedingungen der Verwahrung und die Auszahlungsvoraussetzungen bestimmt sind,
  3. er den Verwahrungsantrag und die Verwahrungsanweisung angenommen hat.
- (3) Der Notar darf den Verwahrungsantrag nur annehmen, wenn die Verwahrungsanweisung den Bedürfnissen einer ordnungsgemäßen Geschäftsabwicklung und eines ordnungsgemäßen Vollzugs der Verwahrung sowie dem Sicherungsinteresse aller am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen genügt.
- (4) Die Verwahrungsanweisung sowie deren Änderung, Ergänzung und Widerruf bedürfen der Schriftform.
- (5) Auf der Verwahrungsanweisung hat der Notar die Annahme mit Datum und Unterschrift zu vermerken, sofern die Verwahrungsanweisung nicht Gegenstand einer Niederschrift (§§ 8, 36) ist, die er selbst oder sein amtlich bestellter Vertreter aufgenommen hat.
- (6) Die Absätze 3 bis 5 gelten entsprechend für Treuhandaufträge, die dem Notar im Zusammenhang mit dem Vollzug des der Verwahrung zugrundeliegenden Geschäfts von Personen erteilt werden, die an diesem nicht beteiligt sind.

**Literatur** *Basty*, Das Notaranderkonto im Bauträgervertrag, FS Thode (2005) 217; *Blank*, Zulässigkeit einer Notaranderkontoregelung für die letzte Kaufpreirate im Bauträgervertrag, DNotZ 1997, 298; *Bohrer*, Vormerkung – Vorleistung – Vorratslöschung, DNotZ 2007, 500; *Brambring*, Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto, DNotZ 1990, 615; *Brambring*, Das „berechtigte Sicherungsinteresse“ als Voraussetzung für notarielle Verwahrungstätigkeit, DNotZ 1999, 381; *DNotI*, Rückzahlung einer Teileinzahlung auf Notaranderkonto nach Käuferinsolvenz, DNotI-Rep. 2004, 32; *Franken*, Rechtsprobleme nach Kaufpreishinterlegung auf Notaranderkonto beim Grundstückskauf, RNotZ 2010, 597; *Hartmann*, Grundstückserwerb von einer GbR nach § 899a BGB – sicher gestaltbar und kondiktionsfest, ZNotP 2011, 139; *Heinemann*, Die vorzeitige Beendigung von Realkreditverträgen im Zusammenhang mit Grundstücksveräußerungen, NotBZ 2006, 109; *Heinemann*, Schriftform der Verwahrungsanweisung, ZNotP 2002, 104; *Jursnik*, Veräußerung von Grundbesitz nach Anordnung der Zwangsversteigerung, MittBayNot 1999, 125; *Karowski*, Einseitige Treuhandaufträge der Finanzierungsgläubiger im Widerspruch zu Sinn und Zweck der Verwahrung, NotBZ 2002, 133; *Kemp*, Notarielles Treuhandverfahren bei Ablösung, RNotZ 2004, 460; *Kemp*, Nochmals: Zum Begriff Sicherstellung in Treuhandaufträgen, ZNotP 2003, 27; *Maab*, Sorgfaltspflichten und Haftungsrisiken des Notars bei widersprechenden Treuhandaufträgen des finanzierenden Kreditinstituts, ZNotP 1998, 58; *Möhrle*, Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto – Auslaufmodell oder Maßanzug, DB 2000, 605; *Möller*, Die Sicherung des Grundstückskäufers bei Vorleistungen, MittRhNotK 1990, 33; *Müller-Magdeburg*, Notarielle Pflichten bei finanzierten Grundstückskaufverträgen, ZNotP 2003, 213; *Oppermann*, Treuhandaufträge der finanzierenden Bank, ZNotP 2006, 176; *Rack*, Das Sicherungsinteresse für eine Verwahrung auf Notaranderkonten, ZNotP 2008, 474; *Reithmann*, Die Bindung im notariellen Treuhandverfahren, ZNotP 2004, 319; *Reithmann*, Beitritt der finanzierenden Bank zum Anderkontoverfahren, DNotZ 2002, 247; *Reithmann*, Notarielle Verwahrung bei der Finanzierung des Grundstückskaufs, WM 2002, 683; *Remmer*, Zum „berechtigten Sicherungsinteresse“ bei der Verwahrung, NotBZ 2008, 142; *Sandkühler*, Zum Bestehen eines berechtigten Sicherungsinteresses für die Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages über ein Notaranderkonto (Urteilsanmerkung), MittBayNot 2005, 432; *Schilling*, Verfahren beim Widerruf des Treuhandauftrags des abzulösenden Gläubigers bei der „Bayerischen Methode“, ZNotP 2004, 138; *Schilling*, Ein Risiko der Direktzahlungsmethode bei partieller Fremdfinanzierung, ZNotP 2009, 138; *Schmidt*, Risikoverteilung bei der Abwicklung von Immobilienkäufen über Notaranderkonto, ZfIR 2001, 701; *Tersteegen*, Die Bautenstandsmittelung in der Praxis des Bauträgervertrages, NotBZ 2005, 233; *Tönnies*, Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto – gem. § 54a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG ein Auslaufmodell, ZNotP 1999, 419; *Tröder*, Pro und Contra Anderkonto nach neuem Beurkundungsrecht, AnwBl 1999, 633; *Tröder*, Verwahrung auf Anderkonto, ZNotP 1999, 419; *Volmer*, Zu den Sorgfaltspflichten des Notars bei Einrichtung eines Notaranderkontos, EWIR 2006, 249; *Wehrstedt*, Zum Begriff der Sicherstellung in Treuhandaufträgen, ZNotP 2002, 461; *Weimer/Mihm*, Schriftform der Verwahrungsanweisung, DNotI-Rep. 1998, 222; *Weingärtner*, Berechtigtes Sicherungsinteresse i.S. des § 54a Abs. 2 BeurkG, DNotZ 1999, 393; *Zimmermann*, Nochmals: Das „berechtigte“ Sicherungsinteresse bei Übernahme einer Verwahrungstätigkeit, DNotZ 2000, 164.

#### C. Berechtigtes Sicherungsinteresse der Beteiligten

(Abs. 2 Nr. 1) .....	5
I. Die Problematik .....	5
II. Die dogmatische Diskussion um das „berechtigte Sicherungsinteresse“ .....	8
1. Die herrschende Lehre .....	9
2. Die abweichenden Auffassungen in der Literatur .....	10
3. Die Position der Gerichte .....	11

III. Der pragmatische Ansatz: Fallgruppenbildung ...	12
1. Fälle ohne „berechtigtes Sicherungsinteresse“ ..	13
2. Fälle mit „berechtigtem Sicherungsinteresse“ ..	17
3. Die streitigen Fälle .....	23
a) Bauträgervertrag .....	23
b) Übereinstimmender Wunsch der Vertragsparteien .....	27
c) Verwahrung als Option .....	28



d) Altersteilzeitgesetz und Elektro- und Elektronikgerätegesetz .....	29	IV. Unstreitiger Sonderfall: Das Vortäuschen von Sicherheiten .....	34
e) Schlussgedanken .....	30		

## C. Berechtigtes Sicherungsinteresse der Beteiligten (Abs. 2 Nr. 1)

### I. Die Problematik

- 5** § 54a Abs. 2 Nr. 1 enthält eine wichtige „materielle“ Voraussetzung für die Zulässigkeit der Verwahrung, nämlich das „berechtigtes Sicherungsinteresse“. Schon aus dem Gesetzeswortlaut wird deutlich, dass die Verwahrung nur unter engen und genau bestimmten Voraussetzungen zulässig ist. Der Notar ist gerade **keine Einrichtung zur Aufbewahrung fremden Vermögens** oder zur Ablieferung an Dritte.<sup>1</sup> Mit der Einschaltung des rechtskundigen Notars zur Prüfung und Überwachung soll eine zusätzliche Sicherheit für die Beteiligten geschaffen werden.<sup>2</sup> Allerdings ist ein Verwahrungsgeschäft, für das kein berechtigtes Interesse vorliegt, nach allgemeiner Auffassung zwar **amtspflichtwidrig**, aber nicht **nichtig**;<sup>3</sup> es führt auch nicht automatisch zu einer Haftung des Notars.<sup>4</sup>
- 6** Die **Risiken der Verwahrungstätigkeit**, die nicht dem Haftungsprivileg des § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO (Subsidiärhaftung bei Fahrlässigkeit) unterliegt (vgl. BeurkG vor §§ 54a ff. Rn 23 ff.), hat schon *Haug*<sup>5</sup> sehr anschaulich beschrieben: „Die Möglichkeiten von Auszahlungsfehlern sind so vielfältig, dass eine Aufzählung eher ermüdend als nützlich wirkte, zumal die Gründe meist in banalen Versehen liegen und rechtlich uninteressant sind. Die schädigenden Folgen sind freilich oft erstaunlich und schwerwiegend“. Verwahrungsgeschäfte sind in hohem Maße schadensträchtig.<sup>6</sup> Das vorsichtige Misstrauen, das in den Bestimmungen zur Verwahrung zum Ausdruck kommt, wird bestätigt durch die negativen Erfahrungen aus dem Bereich der Vertrauensschäden. In ihrem Rundschreiben 31/2000<sup>7</sup> führt die BNotK beim Vergleich der Vertragsabwicklungen mit und ohne Treuhandkonten aus: „Die Entwicklung der Haftpflichtschäden ... zeigt im Übrigen, dass die Verwahrung für den Notar als risikoreicher und haftungsträchtiger einzustufen ist.“ Fehlgeschlagene Treuhandkontenabwicklungen haben die Gerichte „erstaunlich oft“ beschäftigt.<sup>8</sup>
- 7** Ein einfaches Beispiel soll dies verdeutlichen. Bei Kaufvertragsabwicklungen ohne Treuhandkonto fällt es regelmäßig in die „Risikosphäre“ der Bank, die Auszahlung erst vorzunehmen, wenn das Grundpfandrecht der den Kaufpreis finanzierenden Bank an rangrichtiger Stelle eingetragen ist. Eine Notarhaftung kommt nur in Betracht, wenn der Notar eine fehlerhafte Rangbescheinigung erteilt hat. Anders sieht es bei der Vertragsabwicklung über Treuhandkonto aus: Die Bank hinterlegt den Kaufpreis und weist den Notar treuhänderisch an, die Auszahlung erst nach Vorliegen bestimmter Voraussetzungen vorzunehmen. Das Risiko der vorzeitigen Auszahlung liegt nunmehr beim Notar.<sup>9</sup> Die Praxis beweist, dass es dabei auch bei sorgfältig arbeitenden Notaren immer wieder zu Fehlern kommt. Nicht selten nehmen Notare auch versehentlich Auszahlungen zu spät vor; bei größeren Summen kann das zu erheblichen „Verzugsschäden“ führen. Es überrascht, wie Beteiligte nach solchen Fehlern manchmal geradezu „suchen“. Vielfach kommt es auch zu Fehlern bei der Berechnung der Auszahlungsbeträge oder der Überweisung von Hinterlegungszinsen an den im Vertrag genannten Berechtigten.

### II. Die dogmatische Diskussion um das „berechtigtes Sicherungsinteresse“

- 8** Der Gesetzgeber war bestrebt, die Verwendung von Treuhandkonten einzuschränken.<sup>10</sup> Die Formulierung, dass der Notar Geld zur Verwahrung nur entgegennehmen darf, wenn hierfür ein „berechtigtes Sicherungsinteresse“ der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen besteht, hat bereits unmittelbar nach Inkrafttreten der Novelle des BeurkG im Jahre 1998 zu lebhaften Diskussionen in der Literatur geführt. Mittlerweile liegen auch eine Reihe von Gerichtsentscheidungen vor. Rechtstatsächlich spielte eine wichtige Rolle, dass die Häufigkeit notarieller Verwahrung regional sehr unterschiedlich war. In den Gebieten des Anwaltsnotariats wurden Kaufverträge traditionell häufig über Treuhandkonten abgewickelt. In den Bereichen des Notariats im Hauptberuf wurde das Notaranderkonto vielfach auf wenige Vertragsabwicklungen beschränkt.

1 Vgl. *Winkler*, § 54a Rn 8.

2 Vgl. *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, § 23 Rn 42.

3 *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, § 23 Rn 54; vgl. auch *Eylmann/Vaasen/Hertel*, § 54a BeurkG Rn 24.

4 Vgl. *Haug/Zimmermann*, Rn 694, 703.

5 DNotZ 1982, 539, 551.

6 So *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, § 23 Rn 43; Handbuch *Notarhaftung/Hertel*, Rn 1519.

7 Abgedr. in ZNotP 2000, 488 f.; abrufbar im Internet auf der Homepage des DNotI unter „Arbeitshilfen“.

8 So *Schmidt*, ZfIR 2001, 701.

9 Vgl. z.B. OLG Düsseldorf ZNotP 2002, 486 ff.

10 Vgl. statt vieler *Reithmann*, WM 2002, 683.

## 1. Die herrschende Lehre

Bei der großen Mehrzahl der Autoren besteht im Ausgangspunkt Einvernehmen: Das „berechtigte Sicherungsinteresse“ ist grundsätzlich **nicht nach subjektiven, sondern nach objektiven Kriterien** zu bestimmen.<sup>11</sup> Dafür spricht bereits die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung wurde die Neuregelung wie folgt begründet: „Abs. 2 konkretisiert darüber hinaus die Voraussetzungen für die Übernahme von Verwahrungsgeschäften, indem hierfür ein – nach objektiven Kriterien – vorliegendes berechtigtes Sicherungsinteresse gefordert wird. Hierdurch soll einer, formularmäßig vorgesehenen Verwahrung entgegengewirkt werden.“<sup>12</sup> Dies bedeutet zunächst, dass der Gesetzgeber bei Kaufvertragsabwicklungen die Hinterlegung nicht mehr als Regelfall wollte. Mehr noch: Die Kaufvertragsabwicklung ohne Treuhandkonto soll grundsätzlich Vorrang vor der Vertragsabwicklung mit Treuhandkonto haben;<sup>13</sup> **das „Standardkaufvertragsmuster“ des Notars darf also die Kaufpreishinterlegung nicht mehr vorsehen.**<sup>14</sup> In Auslegungsgrundsätzen, die vom Präsidenten des OLG Hamm und der Notarkammer Hamm (jetzt Westfälische Notarkammer) erarbeitet und im Jahre 2002 veröffentlicht wurden,<sup>15</sup> heißt es folgerichtig: „Die Abwicklung von Immobiliarkaufverträgen über ein Notaranderkonto darf nicht die Regel im Notariat darstellen.“

## 2. Die abweichenden Auffassungen in der Literatur

Einige Autoren wollen der gesetzlichen Neuregelung jedoch eine geringere Bedeutung beimessen. So wird beispielsweise vertreten, im Hinblick zur früheren Rechtslage habe sich **praktisch nichts verändert.**<sup>16</sup> Der Sinn der Neuregelung wird aber verkannt bzw. ins Gegenteil verkehrt, wenn man ein „berechtigtes Sicherungsinteresse“ nur dann verneint, wenn offensichtlich Sicherungsinteressen für die Hinterlegung fehlen, man also die Bedeutung der Neuregelung auf „Evidenzfälle“ beschränkt. Ein Autor meint, § 54a Abs. 2 Nr. 1 solle „**großzügig**“ angewendet werden;<sup>17</sup> ein anderer führt aus, der Begriff sei „weit auszulegen“.<sup>18</sup> Dieser Ansatz erscheint mir falsch, auch wenn es sich beim „berechtigten Sicherungsinteresse“ zweifellos um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt. Dem Notar steht im Rahmen seiner Risikoprognose im Einzelfall ein Beurteilungsspielraum zu, den er nach persönlicher Beratung und aufgrund seiner Erfahrungen in eigener Verantwortung wahrnimmt.<sup>19</sup> Keinesfalls trifft es jedoch zu, dass „die Direktzahlung in der Praxis nur selten eine gleich sichere Abwicklungsmöglichkeit“ darstellt.<sup>20</sup> In der Literatur wird auch vertreten, dass die Einrichtung eines Notaranderkontos bereits dann zulässig ist, wenn es nur eine **gleichwertige Sicherheit** bietet.<sup>21</sup> Das Treuhandkonto müsse also – nach Durchführung der notwendigen Risikoprognose – keine zusätzlichen Sicherheiten bringen. Das überzeugt nicht: Eine gleichwertige Sicherheit reicht gerade nicht aus;<sup>22</sup> das berechtigte Sicherungsinteresse fehlt bereits dann, wenn die „direkte“ Kaufpreiszahlung „ebenso sicher oder vielleicht sogar ökonomischer ist.“<sup>23</sup> Der Gesetzgeber verlangt ein Sicherungsinteresse gerade für die Verwahrung („hierfür“); daran fehlt es, wenn gleichwertige Möglichkeiten der Absicherung vorhanden sind. Die Verwahrung muss ein „Plus an Sicherheit“ bieten. Ein berechtigtes Sicherungsinteresse wird insbesondere dann fehlen, wenn die Voraussetzungen für die Einzahlung auf Notaranderkonto praktisch „deckungsgleich“ mit den Voraussetzungen der Auszahlung sind – in solchen Fällen muss eine Direktzahlung vorgesehen werden.<sup>24</sup> Die Verwahrung ist daher auf Situationen zu beschränken, wo gleichwertige Sicherungsmöglichkeiten nicht bestehen oder sie zumindest deutliche Vorteile gegenüber anderen Absicherungsmöglichkeiten aufweist. Sicherungsinteressen, wie sie bei jedem oder fast jedem Kaufvertrag bestehen, reichen gerade nicht.<sup>25</sup>

## 3. Die Position der Gerichte

Die vorliegenden Gerichtsentscheidungen lassen keine eindeutige Tendenz erkennen. Das **LG Dortmund**<sup>26</sup> hat die Abwicklung über Notaranderkonto in einem Fall gebilligt, in dem diese Abwicklungsform von den Beteiligten **ausdrücklich gewünscht** worden war. Die Entscheidung enthält aber keine vertiefte Auseinandersetzung mit der Problematik; dazu mag beigetragen haben, dass es rechtlich – wie in anderen Entscheidungen – allein um die Anwendung bzw. Nichtanwendung von § 16 KostO ging. Eine **strenge Position** hat dagegen das **OLG Bremen**<sup>27</sup> eingenommen:

11 Grundlegend *Brambring*, DNotZ 1999, 381 ff.; vgl. *Rohs/Heinemann*, Rn 274; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, § 23 Rn 44; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, § 54a Rn 5; Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies, A I Rn 351a; Winkler, § 54a Rn 10; *Haug/Zimmermann*, Rn 695; gute Gesamtdarstellung des Meinungsstandes: Handbuch Notarhaftung/Hertel, Rn 1534 ff.

12 BTDrucks. 13/4184, 37 f.

13 So Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies, A I Rn 351.

14 So *Brambring*, DNotZ 1999, 381, 383; Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies, A I Rn 351b; Winkler, § 54a Rn 11.

15 Abgedr. in ZNotP 2002, 137 f.

16 So *Tröder*, ZNotP 1999, 462 f.

17 So *Blaeschke*, Rn 1711.

18 So *Rack*, ZNotP 2008, 474, 478.

19 Vgl. *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn 62d; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, § 23 Rn 45; *Rohs/Heinemann*, Rn 282; *Zimmermann*, DNotZ 2000, 164, 167.

20 So aber *Möhrle*, DB 2000, 605, 606.

21 In diesem Sinne *Weingärtner*, Verwahrung, Rn 62.

22 Vgl. *Eylmann/Vaasen/Hertel*, § 54a BeurkG Rn 7.

23 A.A.: *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn 62; *Möhrle*, DB 2000, 605, 606.

24 Vgl. *Blaeschke*, Rn 1701; so auch *Möhrle*, DB 2000, 605, 610.

25 Vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies, A I Rn 351c.

26 NotBZ 2002, 187 f. mit Anm. *Weingärtner*.

27 MittBayNot 2005, 428 ff. mit zustimmender Anm. *Sandkühler*; ähnlich: Thüringer OLG, 28.4.2010, 8 U 478/09 (unveröffentlicht).

Im konkreten Fall waren mehrere Grundpfandrechte abzulösen; der Käufer beglich den Kaufpreis aus Eigenmitteln. Aus der Sicht des OLG fehlte hier ein berechtigtes Interesse für die Einrichtung eines Treuhandkontos; das Gericht betonte dabei; dass das Ergebnis kein anderes gewesen wäre, wenn der Käufer den Kaufpreis ganz oder zum Teil über eine Bank finanziert hätte. Zum gleichen Ergebnis kommt das **Schleswig-Holsteinische OLG**:<sup>28</sup> Ein abzulösendes Grundpfandrecht und eine Finanzierungsbank begründen noch kein rechtliches Interesse für ein Anderkonto. Das **OLG Köln**<sup>29</sup> hat demgegenüber ein berechtigtes Sicherungsinteresse allein aus der Tatsache abgeleitet, dass zugunsten des Käufers eine Vormerkung eingetragen wurde. In den veröffentlichten Entscheidungsgründen bleibt nicht nur der Sachverhalt unklar; auch die Begründung ist teilweise nicht nachvollziehbar. Das **OLG Frankfurt**<sup>30</sup> und das **OLG Celle**<sup>31</sup> betonen, dass ein objektives Sicherungsinteresse gegeben sein muss. Auch das **KG**<sup>32</sup> weist zunächst darauf hin, dass ein objektives Interesse vorliegen muss; dann lässt es aber für die Abwicklung über Anderkonto ausreichen, dass eine Gläubigerbank des Verkäufers abzulösen war und der Käufer den Kaufpreis über eine Bank finanzierte.

### III. Der pragmatische Ansatz: Fallgruppenbildung

- 12** In der Literatur ist heute eine eindeutige Tendenz erkennbar: Man bildet Fallgruppen.<sup>33</sup> Das mag dogmatisch wenig elegant sein, ist aber in der Praxis am einfachsten zu handhaben.<sup>34</sup> Der Weg der Fallgruppenbildung deutete sich bereits in dem Rundschreiben 1/96 der BNotK vom 11.1.1996<sup>35</sup> an – also lange vor Inkrafttreten des § 54a. Durch das Rundschreiben 31/2000 vom 4.9.2000<sup>36</sup> wurde er bestätigt. Anschaulich ist übrigens auch die Darstellung in den vorerwähnten Leitlinien des Präsidenten des OLG Hamm und der Notarkammer Hamm.<sup>37</sup> Einigkeit besteht, dass kein abschließender Positiv- oder Negativkatalog aufgestellt werden kann.<sup>38</sup> Die in den Rundschreiben enthaltenen Fallgruppen sind nicht mehr und nicht weniger als eine wichtige Auslegungshilfe.<sup>39</sup>

#### 1. Fälle ohne „berechtigtes Sicherungsinteresse“

- 13** – Das verkaufte Grundstück ist lastenfrei, die Belastungen werden vom Käufer übernommen oder sie werden vom Verkäufer mit eigenen Mitteln zur Löschung gebracht.<sup>40</sup>
- 14** – Der Käufer kann den Kaufpreis aus eigenen Mitteln aufbringen bzw. die kaufpreisfinanzierende Bank verlangt keine grundbuchmäßige Absicherung auf dem Kaufobjekt.
- 15** – Das verkaufte Grundstück ist mit Grundpfandrechten belastet, die aus dem Kaufpreis abgelöst werden sollen; gleichzeitig verlangt die den Kaufpreis finanzierende Bank die Eintragung eines neuen Grundpfandrechts vor Auszahlung des Darlehens. Selbst in dieser Fallsituation ist die Einrichtung eines Treuhandkontos in der Regel nicht erforderlich. Ausgestaltung und Abwicklung des Kaufvertrages können wie folgt erfolgen: Der Kaufpreis wird erst fällig, wenn die Vormerkung rangrichtig eingetragen ist und alle erforderlichen Genehmigungen und Negativatteste vorliegen. Nach Beurkundung schreibt der Notar die abzulösenden Gläubiger an und bittet um Zuleitung der Lösungsunterlagen zu treuen Händen und Mitteilung der Ablöseforderungen. Sobald alle genannten Voraussetzungen vorliegen, teilt der Notar dies dem Käufer mit, der nunmehr die Kaufpreiszahlung zu veranlassen hat. Nach Maßgabe der Fälligkeitsteilung werden die Grundpfandrechtsgläubiger abgelöst. Der verbleibende Restbetrag wird unmittelbar an den Verkäufer gezahlt. Die Umschreibung darf der Notar aufgrund der vertraglichen Vereinbarung erst dann beantragen, wenn ihm die Kaufpreiszahlung nachgewiesen ist. Soweit der Käufer den Kaufpreis über eine Bank finanziert, muss der Kaufvertrag eine sog. Belastungsvollmacht/Finanzierungsvollmacht enthalten: Dabei hat sich das finanzierende Kreditinstitut zu verpflichten, Valutierungen bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung nur an den Verkäufer bzw. an abzulösende Gläubiger vorzunehmen und die Grundschuld nur insoweit als Sicherheit zu verwerten, als sie tatsächlich Zahlungen mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld des Käufers geleistet hat.<sup>41</sup> Die Bank muss sich weiterhin verpflichten, bei Nichtdurchführung des Vertrages das Grundpfandrecht zu löschen.<sup>42</sup> Die „vorgezogene“ Eintragung eines Grundpfandrechts zugunsten einer inländischen Bank ist dabei aus meiner Sicht keine Vorleistung des Verkäufers, die die Vertrags-

28 notar, 2010, 21 f. mit Anm. Wudy.

29 NotBZ 2008, 160 f.; vgl. dazu Renner, NotBZ 2008, 142 ff. = ZNotP 2008, 255 ff. mit Anm. Tiedtke.

30 DNotZ 2004, 203 ff.

31 NotBZ 2011, 214 ff. mit Anm. Renner.

32 MittBayNot 2005, 430 mit ablehnender Anm. Sandkühler.

33 Vgl. z.B.: Brambring, DNotZ 1999, 381, 386 ff.; Winkler, § 54a Rn 16 ff.; Würzburger Notarhandbuch/Hertel, Teil 2 Kap. 2 Rn 556 ff.; Handbuch Notarhaftung/Hertel, Rn 1539 ff.; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, § 23 Rn 46 ff.; Blaeschke, Rn 1700 f.

34 So Lerch, § 54a Rn 3.

35 Abgedr. bei Weingärtner/Gassen, Anhang 5; abrufbar im Internet auf der Homepage des DNotI unter „Arbeitshilfen“.

36 Abgedr. in ZNotP 2000, 488 f.; abrufbar im Internet auf der Homepage des DNotI unter „Arbeitshilfen“.

37 Abgedr. in ZNotP 2002, 137 f.

38 Vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies, A I Rn 351.

39 Vgl. Handbuch Notarhaftung-Hertel, Rn 1540.

40 Vgl. z.B. Handbuch Notarhaftung/Hertel, Rn 1556.

41 Probleme können im Einzelfall auftreten, wenn der Käufer nur einen Teil des Kaufpreises über eine Bank finanziert; dazu Reymann, MittBayNot 2008, 272 ff.

42 Vgl. dazu Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies, A I Rn 352b.

abwicklung über Treuhandkonto gebieten könnte.<sup>43</sup> Scheitert die Vertragsabwicklung, ist die Löschung des Grundpfandrechts regelmäßig problemlos zu erreichen.<sup>44</sup> Der Verfasser hat es in seiner Praxis erfreulicherweise seit vielen Jahren nicht mehr erlebt, dass Banken in einer solchen Konstellation auf die Einrichtung eines Notaranderkontos bestanden hätten. Auch stoßen übliche Sicherungszweckerklärungen in der Belastungsvollmacht regelmäßig nicht auf Widerstände bei finanzierenden Banken.

- Sieht der Kaufvertrag die Eintragung einer Vormerkung zugunsten des Käufers vor, so ist dies regelmäßig kein ausreichender Grund für die Einrichtung eines Treuhandkontos. Zwar führt die Vormerkung zu einer Belastung des Grundstücks, ohne dass der Käufer schon eine Leistung erbracht hätte.<sup>45</sup> Um eine ungesicherte Vorleistung handelt es sich aber dennoch nicht, da der Verkäufer die Verfügungsmacht über das Grundstück nicht verliert.<sup>46</sup> Die mit der Vormerkung verbundene Belastung ist aus meiner Sicht jedenfalls im Regelfall zu geringfügig, um eine vorherige Hinterlegung des Kaufpreises auf Treuhandkonto zu rechtfertigen.<sup>47</sup> In Ausnahmefällen kann das aber – wie nachstehend noch gezeigt werden wird (siehe Rn 18) – anders aussehen. Auch allgemeine Zweifel des Verkäufers an der Bonität des Käufers rechtfertigen die Hinterlegung auf Treuhandkonto nicht.<sup>48</sup> Zu gering ist in der Regel die Wahrscheinlichkeit, dass der Käufer eine doppelte Pflichtwidrigkeit begeht: Nichtzahlung des Kaufpreises und spätere Nichtbewilligung der Löschung der Vormerkung.<sup>49</sup> Diese Risiken bestehen typischerweise bei jedem Kaufvertrag. Um die Löschung der Auflassungsvormerkung bei Nichtabwicklung des Vertrages zu ermöglichen, hat man in der Praxis auch Wege entwickelt, bei denen eine Mitwirkung des Käufers in der Regel nicht mehr erforderlich ist. In Betracht kommen die Löschungsvollmacht und der „Schubladenlöschungsantrag“.<sup>50</sup> Ganz unproblematisch sind diese, die Neutralität des Notars in Frage stellenden und mit zusätzlichen Haftungsgefahren verbundenen, Lösungswege allerdings nicht.<sup>51</sup> Sie sollten in der Vertragspraxis auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben. Sie „helfen“ auch nicht in allen Fällen: Bei der Löschung einer Vormerkung, die zugunsten einer ausländischen Gesellschaft eingetragen wurde, deren Existenz und Vertretungsberechtigung zweifelhaft ist, reicht der „in der Schublade“ befindliche Löschungsantrag nicht aus.<sup>52</sup>

16

## 2. Fälle mit „berechtigtem Sicherungsinteresse“

- Auf Seiten des **Käufers** sind **mehrere Finanzierungsgläubiger** beteiligt; gleichzeitig muss der Kaufpreis auf mehrere Verkäuferkonten oder an **mehrere abzulösende Gläubiger** gezahlt werden. Die in solchen Fällen bei direkter Zahlung erforderliche Koordinierung auf der Käuferseite ist nicht selten mit erheblichen Problemen verbunden. Das kann zu einem „berechtigten“ Interesse an der notariellen Verwahrung führen; zwingend „geboten“ ist sie damit allerdings nicht.<sup>53</sup> Möglich sind auch die Einschaltung einer „Zentralbank“ oder entsprechende Absprachen zwischen den Banken.<sup>54</sup> In den Leitlinien des Präsidenten des OLG Hamm und der Notarkammer Hamm<sup>55</sup> heißt es vorsichtig, der „bayerischen Lösung“ der direkten Kaufpreiszahlung brauche „in diesen Fällen nicht der Vorzug gegeben zu werden.“ In der Praxis sind derartige Fälle ohnehin selten geworden: Die meisten Käufer finanzieren heute „aus einer Hand“. Da Banken regelmäßig bei der Zahlung des Kaufpreises eingeschaltet sind, macht auch die Beachtung etwas komplexerer Treuhandaufträge (mit Tageszins etc.) der abzulösenden Gläubiger in der Praxis nur wenig Probleme.<sup>56</sup>
- Jeder Notar kennt Fälle, in denen ihm seine Erfahrung schon bei der Vertragsvorbereitung sagt, dass mit einer **höheren Wahrscheinlichkeit der Nichtabwicklung** gerechnet werden kann und/oder die in diesem Fall erforderliche Löschung der Vormerkung mit Schwierigkeiten verbunden sein könnte (Beispiele: eine GmbH i.G., bei

17

18

43 Vgl. auch Handbuch Notarhaftung/Hertel, Rn 154; a.A.: Schilling, ZNotP 2009, 138 ff. (in den Fällen teilweiser Fremdfinanzierung; die Grundschuld soll eine ungesicherte Vorausleistung sein (a.a.O., S. 140); vgl. auch Frenz, ZNotP 2012, 122, 127.

44 Vgl. Reithmann, DNotZ 2002, 247, 252.

45 Vgl. Rohs/Heinemann, Rn 277.

46 Vgl. BGH DNotZ 1994, 485, 488; Reithmann, DNotZ 2002, 247, 252; vgl. auch Frenz, ZNotP 2012, 122, 125 f.; a.A.: Möller, MittRhNotK 1990, 33, 34; Bohrer, DNotZ 2007, 500 ff. (die Vormerkung verschafft eine „überschießende Sicherheit“ (S. 501); sie führt zu einer „augenscheinlichen Asymmetrie“ zulasten des Verkäufers (S. 502)).

47 Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, § 23 Rn 48; Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies, A I Rn 351b, 353; Handbuch Notarhaftung/Hertel, Rn 1552; a.A.: Rack, ZNotP 2008, 474, 477; kritisch auch Bohrer, DNotZ 2007, 500 ff.; wohl OLG Köln NotBZ 2008, 160 f.

48 Vgl. Leitlinien des Präsidenten des OLG Hamm und der Notarkammer Hamm, ZNotP 2002, 137 f.

49 Vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies, A I Rn 353.

50 Vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies, A I Rn 353; Möller, MittRhNotK 1990, 33, 34 ff.; Bohrer, DNotZ 2007, 500, 502.

51 Vgl. Eylmann/Vaasen/Hertel, § 54a BeurkG Rn 16 Fn 31; Bohrer, DNotZ 2007, 500, 508 ff.; OLG Köln NotBZ 2008, 160, 161; Rdschr. BNotK 1/96, abgedr. bei Weingärtner/Gassen, Anhang 5; abrufbar im Internet auf der Homepage des DNotf unter „Arbeitshilfen“.

52 Vgl. Eylmann/Vaasen/Hertel, § 54a Rn 16 Fn 31.

53 Ebenso: Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies, A I Rn 352a; a.A.: Rohs/Heinemann, Rn 280; Dornis, Kaufpreiszahlung, S. 2; Winkler, § 54a Rn 24; Eylmann/Vaasen/Hertel, § 54a BeurkG Rn 15; vgl. auch Lerch, § 54a Rn 3; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, § 54a Rn 11 f.; Handbuch Notarhaftung/Hertel, Rn 1549.

54 Ausführlich Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies, A I Rn 352a.

55 ZNotP 2002, 137, 138.

56 Vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies, A I Rn 357.

der nicht einmal die Stammeinlagen eingezahlt sind, tritt als Käufer auf; der Käufer hat seinen Wohnsitz im Ausland; der Käufer hat bereits bei anderen Verträgen den Kaufpreis nicht gezahlt). Um in solchen Fällen des „überdurchschnittlichen Nichterfüllungsrisikos“<sup>57</sup> den Verkäufer zu schützen, kann es sinnvoll sein, zunächst die Hinterlegung des Kaufpreises vorzusehen und davon die Eintragung der Vormerkung abhängig zu machen.<sup>58</sup> So hat der BGH bei der zugunsten einer ausländischen Gesellschaft mit unklarer Vertretungsmacht einzutragenden Vormerkung eine Hinweispflicht des Notars auf die Schwierigkeiten bejaht, die mit der Durchsetzung des Löschungsanspruchs im Fall des Scheiterns des Vertrages verbunden sind.<sup>59</sup> Erfahrung und Einschätzung des Notars spielen in diesen Fällen eine wichtige Rolle.

- 19 – Der Käufer will den Kaufpreis erst bezahlen, wenn das Kaufobjekt geräumt übergeben wurde. Umgekehrt ist der Verkäufer nicht bereit, das Kaufobjekt zu verlassen, bevor der Kaufpreis bezahlt ist. Ein „do ut des“ dahingehend, dass Schlüssel und „Geldkoffer“ gleichzeitig ausgetauscht werden, ist i.d.R. nicht möglich. In einigen – in der Praxis seltenen – Fällen wird man den Interessen der Beteiligten nur dadurch Rechnung tragen können, dass zunächst die Kaufpreishinterlegung erfolgt und die Auszahlung von der vorherigen Übergabe abhängig gemacht wird.<sup>60</sup> Meist genügt es jedoch, die Zahlungspflicht des Käufers davon abhängig zu machen, dass der Käufer das Kaufobjekt geräumt hat.<sup>61</sup>
- 20 – Wünschen die Beteiligten kurzfristig die Besitzübergabe, kann für die Hinterlegung des Kaufpreises auf Treuhandkonto ebenfalls ein berechtigtes Sicherungsinteresse bestehen.<sup>62</sup> Mit der Hinterlegung ist aufgezeigt, dass der Kaufpreis vorhanden ist und zu gegebener Zeit ausgezahlt werden kann. Nicht vergessen darf man allerdings, dass die den Kaufpreis hinterlegenden Finanzierungsgläubiger des Käufers die Hinterlegung durch weitgehende Treuhandauflagen praktisch „entwerten“ können. Die vom Verkäufer gewünschte Sicherheit kann ggf. auch eine Finanzierungszusage der Bank des Käufers geben. In der Praxis werden in solchen Fällen oft Anzahlungen – als unmittelbare Pflicht oder als Option – vereinbart, mit deren Entrichtung der Käufer den Besitzübergang vorzeitig herbeiführen kann.<sup>63</sup> Die Vereinbarung der Kaufpreishinterlegung bei gleichzeitigem Besitzwechsel ist in diesen Fällen im Übrigen für den Käufer oft mit Risiken verbunden, die schnell übersehen werden: Wird eine staatliche Genehmigung nicht erteilt oder übersteigen die Gläubigerforderungen den Kaufpreis, so ist eine Vertragsabwicklung kaum möglich; gleichzeitig macht aber auch die Rückabwicklung Probleme. Insbesondere ist das der Fall, wenn der Käufer schon Investitionen in das Kaufobjekt vorgenommen hat.<sup>64</sup> Das Treuhandkonto suggeriert in diesen Fällen für die Beteiligten nicht selten eine Sicherheit der Vertragsabwicklung, die in Wirklichkeit nicht besteht.<sup>65</sup> In der Praxis hat man es gelegentlich am Jahresende mit Fällen zu tun, in denen aus steuerlichen Gründen der Besitzübergang und/oder die Zahlung noch im alten Kalenderjahr erfolgen sollen. Auch steuerliche Erwägungen können ein berechtigtes Sicherungsinteresse begründen;<sup>66</sup> eine Differenzierung nach rechtlichen, wirtschaftlichen und steuerlichen Gründen wäre nicht sachgerecht.<sup>67</sup> Ausnahmsweise kann ein Sicherungsinteresse deshalb vorliegen wenn die öffentliche Hand aus „haushaltsrechtlichen“ oder „fördermittelbezogenen“ Gründen Geld noch im Dezember ausgeben möchte und deshalb die Zahlung auf Notaranderkonto wünscht.
- 21 – Es gibt Fälle, bei denen im Rahmen der vertraglich vereinbarten Pflichten einzelne Leistungen erst später erbracht werden sollen oder können (Beispiele: Der Verkäufer soll Erschließungskosten tragen, die von der Gemeinde noch nicht abgerechnet wurden;<sup>68</sup> ein Grundstück mit einem abbruchreifen Haus, das der Verkäufer noch auf eigene Kosten abreißen soll, wird verkauft; der Verkäufer soll noch Renovierungsarbeiten vornehmen;<sup>69</sup> die Löschung eines Briefgrundpfandrechts verzögert sich, da erst ein Aufgebotsverfahren durchgeführt werden muss, weil der Brief verloren gegangen ist<sup>70</sup>). In solchen Situationen kann es die Interessenlage der Beteiligten gebieten, dass ein Teilbetrag für die erst später zu erbringende Leistung als „Sicherungseinbehalt“ zunächst treuhänderisch hinterlegt und erst nach Erfüllung ausgekehrt wird.<sup>71</sup>

57 So *Rack*, ZNotP 2008, 474, 477; vgl. auch Handbuch Notarhaftung/*Hertel*, Rn 1551.

58 Vgl. *Renner*, NotBZ 2008, 142, 145.

59 BGH DNotZ 1994, 485, 488 f.; vgl. *Haug/Zimmermann*, Rn 702; *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, 54a Rn 10.

60 Vgl. dazu *Kilian/Sandkühler/vom Stein/Elsing*, § 15 Rn 9; *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, § 54a Rn 9.

61 Vgl. *Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies*, A I Rn 355a.

62 Vgl. *Lerch*, § 54a Rn 3; *Beck'sches Vertragshandbuch/Tönnies*, A I Rn 355; Handbuch Notarhaftung/*Hertel*, Rn 1544; *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, § 54a Rn 8; BGH DNotZ 2008, 925 ff. mit Anm. *Krebs*.

63 Vgl. *Beck'sches Vertragshandbuch/Tönnies*, A I Rn 355.

64 Vgl. *Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies*, A I Rn 355.

65 Vgl. *Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies*, A I Rn 363.

66 So auch *Haug/Zimmermann*, Rn 701.

67 Ausführlich *Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies*, A I Rn 356.

68 Vgl. BGH DNotZ 2008, 280 ff. mit Anm. *Grziwotz*.

69 Vgl. Handbuch Notarhaftung/*Hertel*, Rn 1545.

70 Vgl. *Blaeschke*, Rn 1700; *Kilian/Sandkühler/vom Stein/Elsing*, § 15 Rn 14; Handbuch Notarhaftung/*Hertel*, Rn 1545.

71 Vgl. *Eylmann/Vaasen/Hertel*, § 54a BeurkG Rn 12; *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, § 54a Rn 14.

- Wird ein Grundstück verkauft, bei dem bereits ein **Zwangsversteigerungsverfahren** betrieben wird, kommt die Hinterlegung des Kaufpreises als Vertragsgestaltungsmöglichkeit in Betracht.<sup>72</sup> Dies gilt manchmal auch in Fällen, in denen sich abzeichnet, dass mehrere abzulösende Gläubiger zu befriedigen sind, deren Forderungen den Kaufpreis übersteigen.<sup>73</sup>
- Wird ein Grundstück verkauft, auf dem brieflose Grundpfandrechte zugunsten von Privatpersonen eingetragen sind, kann die Zahlungsabwicklung (zumindest von Kaufpreisteilen) über Treuhandkonto sachgerecht sein: Der oben (vgl. Rn 15) beschriebene Mechanismus lässt sich nämlich vom Gläubiger leicht „aushebeln“, indem dieser das Grundpfandrecht abtritt. Die dem Notar zu treuen Händen übergebene Löschungsbewilligung ist dann praktisch wertlos (wenn die Löschung nicht durch Vormerkung sichergestellt wird), da im Grundbuch ein neuer Gläubiger vermerkt ist. Hier kann es sachgerecht sein, die Hinterlegung der geforderten Ablösesumme auf Treuhandkonto zu vereinbaren, nach der Hinterlegung die Löschung zu veranlassen und erst dann die Auszahlung an den Gläubiger vorzunehmen.<sup>74</sup> Ähnlich ist der Fall zu beurteilen, in dem die Finanzierungsgrundschuld zugunsten einer Privatperson eingetragen werden soll.<sup>75</sup>
- Abschließend sei noch auf einen Fall hingewiesen, der in der Literatur intensiv diskutiert wird, nachdem der BGH die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts anerkannt hat. Trotz der Einfügung von § 899a BGB, dem von Teilen der Literatur keine Bedeutung für das schuldrechtliche Rechtsgeschäft beigemessen wird, soll es beim Verkauf eines Grundstücks durch eine BGB-Gesellschaft der sicherste Weg der Vertragsgestaltung sein, den Kaufpreis auf Anderkonto zu hinterlegen und ihn (frühestens) nach der Umschreibung des Eigentums auf den Erwerber auszuzahlen.<sup>76</sup> Die Diskussion kann hier nicht nachgezeichnet werden. Aus meiner Sicht deutet sich jedoch an, dass der BGH gewillt sein wird, dogmatische Bedenken zurückzustellen und in diesem Fall den Käufer schützen wird, der sich auf die Grundbucheintragung verlässt.<sup>77</sup>

22

### 3. Die streitigen Fälle

**a) Bauträgervertrag.** Umstritten ist, ob und inwieweit beim Bauträgervertrag die Einschaltung eines Treuhandkontos zulässig ist.<sup>78</sup> Der Schwerpunkt der bisherigen Diskussion liegt allerdings nicht beim „berechtigten Sicherungsinteresse“ und damit im Bereich von § 54a. Argumentiert wird vor allem mit den Sonderregelungen der MABV, den Klauselverboten im Formular- und Verbrauchervertrag gem. §§ 307 ff. BGB und den Wertungen des § 648a BGB.<sup>79</sup> Aus einem neuem BGH-Urteil<sup>80</sup> ergibt sich noch ein anderer diskussionswürdiger Aspekt: Übereinstimmend der Verkäufer in einem Bauträgervertrag die von der Gemeinde noch nicht festgesetzten Erschließungs- und Anschlusskosten und richten sich die Zahlungspflichten des Käufers wie üblich nach dem Baufortschritt, so enthält diese Vertragsgestaltung nach Auffassung des BGH eine ungesicherte Vorleistung – den Notar trifft die doppelte Belehrungspflicht. Als Sicherung des Erwerbers kommt hier eine Zahlung auf Notaranderkonto in Betracht. Dies setzt aber eine Absprache mit der Globalgläubigerin voraus; gleichzeitig müssen Regelungen getroffen werden, wann und die die Auszahlung zu erfolgen hat.<sup>81</sup>

23

Praktisch unstrittig ist zunächst, dass eine Abwicklung **aller Kaufpreistraten über Treuhandkonto nicht in Betracht** kommt.<sup>82</sup> Dabei spielt – neben der möglichen Umgehung der Vorleistungspflicht des Bauträgers und den Einschränkungen der Gewährleistungsrechte des Käufers – vor allem die Schwerfälligkeit eine Rolle, mit der Auszahlungen nur möglich wären: Die Fälligkeit der Raten ist vom tatsächlichen Baufortschritt abhängig; dieser kann dem Notar nicht allein durch eine Mitteilung des Bauträgers oder des bauleitenden Architekten als Erfüllungsgehilfe nachgewiesen werden.<sup>83</sup>

24

Diskutiert wird heute vor allem die Frage, ob eine **Abwicklung der letzten oder der beiden letzten Raten** über Treuhandkonto zulässig ist. In der Verpflichtung zur Hinterlegung der beiden letzten Raten nach MABV a.F. ohne Rücksicht auf Baumängel und vor der Übergabe hat der BGH schon 1984 einen Verstoß gegen § 11 Nr. 2a AGBG a.F. (nun-

25

72 Vgl. *Jursnik*, MittBayNot 1999, 125, 136 (mit Gestaltungshinweisen); *Winkler*, § 54a Rn 25; *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, § 23 Rn 51; *Lerch*, § 54a Rn 3; *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, § 54a Rn 13; *Eylmann/Vaasen/Hertel*, § 54a BeurkG Rn 14; *Kilian/Sandkühler/vom Stein/Elsing*, § 15 Rn 15; *Handbuch Notarhaftung/Hertel*, Rn 1548; vgl. auch *Weirich*, DNotZ 1989, 143 ff.

73 Vgl. dazu auch OLG Bremen MittBayNot 2005, 428 f.; *Lerch*, § 54a Rn 3; *Handbuch Notarhaftung/Hertel*, Rn 1550.

74 Vgl. *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, § 54a Rn 11.

75 *Handbuch Notarhaftung/Hertel*, Rn 1551.

76 Vgl. z.B.: *Böttcher*, notar 2012, 111, 113; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 671; *Hartmann*, ZNotP 2011, 139, 145; *Kilian/Sandkühler/vom Stein/Elsing*, § 15 Rn 10 f.; *Würzburger Notarhandbuch/Hertel*, Teil 2 Kap. 2 Rn 537 ff. (mit Vertragsmuster für die Abwicklung über Anderkonto).

77 Vgl. bereits DNotZ 2011, 711 ff. (zum Problem des Erwerbs durch eine bestehende BGB-Gesellschaft).

78 Ausführlich *Basty*, Bauträgervertrag, Rn 134 ff.

79 Vgl. *Tersteegen*, NotBZ 2005, 233, 237 f.; *Handbuch Notarhaftung/Hertel*, Rn 1577; ausführlich *Basty*, in: FS Thode, 2005, S. 217 ff.

80 BGH DNotZ 2008, 280 ff. mit Anm. *Grziwotz*.

81 Vgl. *Basty*, Bauträgervertrag, Rn 749 ff. (mit alternativen Gestaltungsmöglichkeiten); vgl. auch *Frenz*, ZNotP 2012, 122, 129.

82 Vgl. *Brambring*, DNotZ 1999, 381, 391; *Winkler*, § 54a Rn 39, *Blaeschke*, Rn 1703.

83 Dazu *Eylmann/Vaasen/Hertel*, § 54a BeurkG Rn 26; *Blaeschke*, Rn. 1704.

mehr § 309 Nr. 2a BGB) gesehen.<sup>84</sup> Gleiches muss auch gelten, wenn der Käufer verpflichtet wird, Zug um Zug mit Besitzübergang die letzte Rate zu hinterlegen. Wenn der zugesagte Fertigstellungstermin noch nicht erreicht ist, ist der Verkäufer allerdings berechtigt, die Übergabe zu verweigern; er kann das Objekt erst vollständig fertig stellen und dann die Zahlung der beiden letzten Raten Zug um Zug gegen Übergabe verlangen. Aus meiner Sicht gilt: Im Hinblick auf die Beeinträchtigung der Zurückbehaltungsrechte ist **grundsätzlich von der Unzulässigkeit von Hinterlegungsvereinbarungen** im formularmäßigen Bauträgervertrag auszugehen.<sup>85</sup> Das gilt auch für die letzte Rate.

**26** Von dem Grundsatz lassen einige Autoren jedoch **Ausnahmen** zu:

**Fallbeispiel** nach *Brambring*:<sup>86</sup> Dem Käufer wird die Option eingeräumt, die letzte Rate auf Treuhandkonto zu hinterlegen, wenn das Kaufobjekt zwar bezugsfertig ist, aber noch nicht vollständig fertig gestellt oder noch Mängel zu beseitigen sind.<sup>87</sup> Enthält der Vertrag eine solche Hinterlegungsoption, hat der Käufer vor vollständiger Zahlung an den Verkäufer einen Anspruch auf Besitzübergabe auch vor dem zugesagten Fertigstellungstermin. Zu Recht weist *Brambring*<sup>88</sup> allerdings darauf hin, dass dann die Löschung der vom Bauträger bestellten Grundpfandrechte und die Eigentumsumschreibung nach Zahlung von 96,5 % des Kaufpreises und Hinterlegung der Schlussrate gewährleistet sein müssen. Die Auszahlung der Schlussrate ist davon abhängig zu machen, dass der Käufer die vollständige Fertigstellung und die Beseitigung der bei der Abnahme gerügten Mängel bestätigt hat.

**Fallbeispiel** nach *Basty*:<sup>89</sup> Die Einzahlungen auf Treuhandkonto sind rein nach Maßgabe des Baufortschritts zu leisten. Die Auszahlung darf der Notar vornehmen, wenn die Sicherheiten nach § 3 Abs. 1 MABV vorliegen.

**Fallbeispiel** nach *Basty*:<sup>90</sup> Die Hinterlegung eines Teilbetrages von bis zu 20 % soll ganz ausnahmsweise dann vereinbart werden dürfen, wenn die Hinterlegung nicht Vergütung für die vom Bauträger noch zu erbringenden Leistungen, sondern Sicherheit gegen das mit dem Abschluss des Vertrages für den Bauträger verbundenen Risikos darstellt. Das kann z.B. bei besonderen Zweifeln an der Zahlungsfähigkeit des Erwerbers der Fall sein.

Gegen jede Möglichkeit der Aderkontenregelung spricht sich dagegen *Blank*<sup>91</sup> aus.

**27 b) Übereinstimmender Wunsch der Vertragsparteien.** Umstritten ist insbesondere, ob die Abwicklung über ein Notaranderkonto auch dann zulässig ist, wenn es dafür zwar **objektiv keine Notwendigkeit** gibt, **die am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen es jedoch übereinstimmend fordern**. Muss sich der Notar diesem Begehren unter Verweis auf § 54a Abs. 2 Nr. 1 versagen? Die h.M. tut dies und lässt zu Recht den subjektiven Wunsch nicht ausreichen.<sup>92</sup> Dies folgt sowohl aus der Entstehungsgeschichte als auch dem Wortlaut der Regelung. Im Übrigen kann die durch § 54a Abs. 2 Nr. 1 begründete Amtspflicht des Notars nicht der Disposition der Beteiligten unterliegen.<sup>93</sup> Anders sieht das die Gegenmeinung.<sup>94</sup> Bereits der übereinstimmende Wunsch der am Verwahrungsgeschäft Beteiligten soll die Einrichtung eines Notaranderkontos gestatten. *Sandkühler*<sup>95</sup> will sie ausnahmsweise zulassen, wenn die Beteiligten „nachhaltig“ darauf „beharren“. Aufgabe des Notars sei es nicht, notwendige Beurkundungen zu verhindern. Auch das LG Dortmund<sup>96</sup> hat sich in seiner bereits oben (siehe Rn 11) erwähnten und nur knapp begründeten Entscheidung für die subjektive Betrachtungsweise ausgesprochen. Der Grundsatz der Privatautonomie bzw. der Vertragsfreiheit zwingt dazu, dem Wunsch der Beteiligten zu entsprechen. Der Vertrag müsse dann jedoch entsprechende Belehrungshinweise enthalten.

Durchaus praxisbedeutsam ist die Frage, ob der einseitige Wunsch der Finanzierungsbank des Käufers ein „berechtigtes Sicherungsinteresse“ begründen kann. Auch hier sind die Meinungen geteilt.<sup>97</sup>

84 DNotZ 1985, 287, 290 ff. mit Anm. *Reinartz*.

85 Ebenso im Grundsatz: *Basty*, Bauträgervertrag, Rn 142; offen gelassen in BGH DNotZ 2009, 45, 47.

86 DNotZ 1999, 381, 392; vgl. auch DNotZ 2005, 234, 235; ähnlich Kilian/Sandkühler/vom Stein/*Elsing*, § 15 Rn 20; vgl. auch *Basty*, Bauträgervertrag, Rn 143.

87 Bejahend für die letzte Rate auch Eylmann/Vaasen/*Hertel*, § 54a BeurkG Rn 26; Handbuch Notarhaftung/*Hertel*, Rn 1578 Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 Rn 50.

88 DNotZ 1999, 381, 392; kritisch dazu *Basty*, Bauträgervertrag, Rn 139.

89 In: FS Thode, 2005, S. 217, 231 f.; ders., Bauträgervertrag, Rn 143.

90 In: FS Thode, 2005, S. 217, 232; ders., Bauträgervertrag, Rn 143.

91 DNotZ 1997, 298 ff.; Grziwotz/Heinemann/*Grziwotz*, § 54a Rn 15; im Ergebnis ähnlich *Winkler*, § 54a Rn 41.

92 Eylmann/Vaasen/*Hertel*, § 54a BeurkG Rn 6; Handbuch Notarhaftung/*Hertel*, Rn 1534 („nicht haltbar“); *Winkler*, § 54a Rn 10; so auch ähnlich: Thüringer OLG, 28.4.2010, 8 U 478/09 (unveröffentlicht); ebenso im Grundsatz Leit-

linien der Notarkammer Hamm und des Präsidenten des OLG Hamm ZNotP 2002, 137; grundsätzlich auch Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 Rn 44.

93 Vgl. *Brambring*, DNotZ 1999, 381, 384; Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 Rn 44.

94 *Weingärtner*, DNotZ 1999, 393 ff.; ders., Verwahrungsgeschäft, Rn 62; ders., Fehler, Rn 326; *Weingärtner/Gassen*, vor § 27 Rn 4; *Rohs/Heinemann*, Rn 276; *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, § 54a Rn 5 f.; mit Einschränkungen auch Kilian/Sandkühler/vom Stein/*Elsing*, § 15 Rn 5, 16, 17.

95 In Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler* § 23 Rn 44.

96 NotBZ 2002, 187 f. mit Anm. *Weingärtner*; vgl. auch den unveröffentlichten Beschluss des OLG Frankfurt vom 29.10.2009 (zitiert in *Weingärtner/Gassen*, vor § 27 Rn. 4 Fn 18).

97 Zustimmend: *Weingärtner/Gassen*, vor § 27 Rn 5; *Weingärtner*, Fehler, Rn 326; Kilian/Sandkühler/vom Stein/*Elsing*, § 15 Rn 17; ablehnend: *Winkler*, § 54a Rn 12; Handbuch Notarhaftung/*Hertel*, Rn 1555; Beck'sches Notarhandbuch/*Tönnies*, A I Rn 351a; *Sandkühler*, MittBay-Not 2005, 432, 433.

- c) Verwahrung als Option.** In „Grenzfällen“ steht dem Notar auch die Möglichkeit offen, die **Verwahrung lediglich als Option** in den Vertrag mit aufzunehmen, also grundsätzlich eine vertragliche Regelung ohne Treuhandkonto vorzusehen, nachdem dem Käufer jedoch das Recht zur Hinterlegung zu geben, wenn sich hierfür nachträglich ein berechtigtes Sicherungsinteresse ergeben sollte.<sup>98</sup> In solchen Fällen muss dann aus meiner Sicht auch der gesetzliche Mindestinhalt der Hinterlegungsvereinbarung in die Urkunde aufgenommen werden. Das gilt auch dann, wenn die Auflassung mitbeurkundet wurde. Zwar ist nach erklärter Auflassung eine spätere Änderung nach h.M. nicht mehr beurkundungsbedürftig (vgl. unten Rn 92). Eine spätere Änderung liegt aber nicht vor, wenn die Verwahrung bereits von Anfang an als Option vorgesehen wird. Eine (aus meiner Sicht allerdings zu knappe) Musterformulierung für eine solche fakultative Hinterlegungsvereinbarung findet sich bei *Tönnies*.<sup>99</sup> Ein Vertrag mit Option zwingt dazu, die Zahlungs- bzw. Auszahlungsmodalitäten „doppelt“ auszugestalten. Das macht den Vertrag unübersichtlich. Die Gestaltungsform kommt daher nur ausnahmsweise in Betracht.<sup>100</sup>
- d) Altersteilzeitgesetz und Elektro- und Elektronikgerätegesetz.** Gelegentlich wurden Notare in den letzten Jahren gebeten, Treuhandkonten im Zusammenhang mit der Bildung von Wertguthaben nach dem Altersteilzeitgesetz (AltTZG) einzurichten. In anderen Fällen wurde gefragt, ob der Notar Sicherheitsleistungen nach dem Elektro- und Elektronikgerätegesetz (ElektroG) auf Notaranderkonto verwahren kann. Das DNotI hat sich mehrfach in bislang nicht veröffentlichten Gutachten mit der Problematik befasst.<sup>101</sup> Es kommt zu folgendem Ergebnis: Eine Absicherung über Notaranderkonto ist rechtlich zulässig. Empfehlenswert erscheint sie mir allerdings in keinem dieser Fälle zu sein – schon allein im Hinblick auf die voraussichtliche Dauer der Führung des Anderkontos. In der jüngsten Zeit spielen derartige Anfragen bei Notaren wohl keine Rolle mehr.
- e) Schlussgedanken.** Die Diskussion sollte in ihrer Bedeutung nicht überbewertet werden: **Wenn Beteiligte ein Treuhandkonto unbedingt wollen**, werden sie **fast immer objektive Gründe** finden können, die die Einrichtung rechtfertigen.<sup>102</sup> Das „berechtigte Interesse“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Der Notar hat im Einzelfall einen von der Dienstaufsicht nur begrenzt überprüfbaren Beurteilungsspielraum.<sup>103</sup> Die Dienstaufsicht darf nur bei eindeutigen Verstößen, insbesondere systematischer Abwicklung der Mehrzahl der Kaufverträge über Notaranderkonto, eingreifen.<sup>104</sup> In Fällen, in denen die Einrichtung eines Treuhandkontos nicht „auf der Hand“ liegt“, empfiehlt sich allerdings, dass der Notar die Gründe für die Einrichtung des Anderkontos in der Verwahrungsanweisung festhält.<sup>105</sup> Eine **allgemeine Pflicht zur Dokumentation** der das Sicherungsinteresse begründenden Faktoren gibt es dagegen **nicht**.<sup>106</sup> Die Dienstaufsicht darf auch nicht systematisch für jeden Einzelfall eine Begründung verlangen, warum die Abwicklung über Treuhandkonto gewählt wurde.<sup>107</sup>
- Entscheidend, dass die Gesetzesreform zu einer **Änderung der Praxis führt**. Das Notaranderkonto muss als Ausnahmegestaltung für Problem- und Sonderfälle, nicht aber als Regelform für Kaufvertragsabwicklungen verstanden werden. Dies sollte auch der Prüfungsmaßstab der Dienstaufsicht sein: Es kommt weniger auf die einzelne Urkunde als auf die „Gesamtsituation“ in einem Notariat an: Es kann und darf nicht sein, dass ein Notar bei nur etwa 5 % aller Kaufvertragsabwicklungen ein berechtigtes Interesse für die Einrichtung eines Notaranderkontos feststellt, ein anderer dagegen in 50 % oder mehr aller Fälle. Die BNotK<sup>108</sup> geht davon aus, dass die Gesetzesreform sehr schnell zu einem Rückgang der notariellen Verwahrungen geführt hat. Dies kann durch Zahlen belegt werden: Im Bereich der Westfälischen Notarkammer (früher Notarkammer Hamm) gab es einen Rückgang der Notaranderkonten um etwa 70 %.<sup>109</sup> Dies ist eine erfreuliche Entwicklung: Werden nur wenige Verträge über Treuhandkonto abgewickelt, so erleichtert dies ihre sachgerechte und exakte Durchführung und eine effektive Kontrolle durch die Dienstaufsicht. Auch die Vertreter der Kreditwirtschaft haben im Zentralen Kreditausschuss betont, dass sie das Direktzahlungsverfahren grundsätzlich als gleichwertig oder gar vorzugswürdig gegenüber der notariellen Verwahrung des Kaufpreises

98 Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, § 23 Rn 53; Würzburger Notarhandbuch/Hertel, Teil 2 Kap. 2 Rn 566; Eylmann/Vaasen/Hertel, § 54a Rn 21; Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies, A I Rn 368.

99 In Beck'sches Notarhandbuch A I Rn 368.

100 Vgl. Würzburger Notarhandbuch/Hertel, Teil 2 Kap. 2 Rn. 566; Handbuch Notarhaftung/Hertel, Rn 1557.

101 Gutachten zum ElektroG: Fax-Abufr Nr.: 11502 (Stand: 18.12.2007); Gutachten zum AltTZG: Fax-Abufr Nr. 11431 (Stand: 19.12.2005) und Datenbank DNotI-Online-Plus Nr. 57602 (25.4.2006) (Dokumentennummer: 64303). Vgl. auch Handbuch Notarhaftung/Hertel, Rn 1558

102 Zustimmend Weingärtner/Gassen, vor § 27 Rn 7.

103 Vgl. Weingärtner/Gassen, vor § 27 Rn 4; Weingärtner, Fehler, Rn 326; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, § 23 Rn 45; Haug/Zimmermann, Rn 702; Handbuch Notarhaftung/Hertel, Rn 1537.

104 So allerdings der Fall des OLG Celle, NotBZ 2011, 214 ff. mit Anm. Renner.

105 Im gleichen Sinn: Weingärtner/Gassen, vor § 27 Rn 8.

106 Vgl. Eylmann/Vaasen/Hertel, § 54a BeurkG Rn 8; Handbuch Notarhaftung/Hertel, Rn 1537; Haug/Zimmermann, Rn 702.

107 Vgl. Würzburger Notarhandbuch/Hertel, Teil 2 Kap. 2 Rn 567.

108 Rdschr. 31/2000, abgedr. in ZNotP ZNotP 2000, 488 f.; abrufbar im Internet auf der Homepage des DNotI unter „Arbeitshilfen“; vgl. auch Lerch, vor § 54a Rn 1.

109 So Handbuch Notarhaftung/Hertel, Rn 1538 Fn. 29; vgl. auch Schlüter/Knippenkötter/Knippenkötter, Rn 403 (unter Verweis auf JMBI. NRW 2002, 177 und 2003, 168); Sandkühler, MittBayNot 2005, 432.



einschätzen.<sup>110</sup> In Norddeutschland hat die Zahl der Verkäufer abgenommen, die die Hinterlegung des Kaufpreises auf Treuhandkonto verlangen.<sup>111</sup>

Der Notarversicherungsfonds (früher: Vertrauensschadensfonds) bestätigt ebenfalls den ständigen Rückgang von Grundstückskaufverträgen über Notaranderkonto seit Anfang des letzten Jahrzehnts. An die Stelle von Pflichtverletzungen durch falsche Auszahlungen sind zunehmend solche getreten, die bei Direktzahlungen und bei sonstigen Treuhandmodellen begangen wurden.<sup>112</sup>

- 32** Die Übergangsphase, in der man einen großzügigeren Maßstab in den Regionen Deutschlands anlegen durfte, in denen traditionell Kaufvertragsabwicklungen meist über Notaranderkonto vorgenommen wurden, ist allerdings vorbei. Das hat auch Konsequenzen für die Dienstaufsicht, die hier eine Prüfungspflicht hat, ohne dabei die sachliche Unabhängigkeit und den Beurteilungsspielraum des Notars in Frage stellen zu dürfen. In den betroffenen Regionen hat jedoch längst ein „Umdenken“ eingesetzt und sich die Praxis geändert.
- 33** Immer, wenn die Einrichtung eines Treuhandkontos von den Beteiligten gefordert wird, sollte der Notar sich folgende **mit Treuhandkontenabwicklungen typischerweise verbundenen Nachteile** vor Augen halten:<sup>113</sup>
- Die Zinsen des Anderkontos sind, selbst bei einer Festgeldanlage, regelmäßig niedriger als die sonst erzielbaren Zinserträge (auch wenn das Zinsargument in den letzten Jahren angesichts allgemein sehr niedriger Zinsen an Bedeutung verloren hat).
  - Die Hebegebühren können – insbesondere bei sehr hohen Hinterlegungsbeträgen – sehr viel höher sein als die Kosten einer Vertragsabwicklung ohne Treuhandkonto. Der Notar hat nicht nur eine sichere, sondern auch eine kostengünstige Vertragsgestaltung zu wählen.<sup>114</sup>
  - Das Haftungsrisiko des Notars, der nicht nur die Fälligkeit zu überwachen hat, ist erheblich größer (vgl. oben Rn 6): Der Notar hat die Hinterlegungsvereinbarung von Käufer und Verkäufer genauso zu beachten wie die oft nicht kongruenten Anweisungen der hinterlegenden und abzulösenden Gläubiger. Die hohe Zahl der gerichtlichen Entscheidungen, die Treuhandkontenabwicklungen betreffen, im Vergleich zu denen, in denen es um fehlerhafte Fälligkeitsmitteilungen oder vorzeitige Eigentumsumschreibungen geht, belegt diese zusätzlichen Risiken.
  - Leistungsstörungen bei der Vertragsabwicklung stellen den Notar vor viel größere Probleme. Ist der Kaufpreis hinterlegt, wird der Notar in die Auseinandersetzung der Vertragsparteien unmittelbar hineingezogen: Es muss geklärt werden, ob, wann und an wen zu zahlen ist; der Notar wird in eine „richterähnliche Rolle gedrängt“.<sup>115</sup> Sieht der Vertrag dagegen eine direkte Zahlung vom Käufer an den Verkäufer vor, kann sich der Notar eher „zurücklehnen“: Sobald die von ihm zu prüfenden rechtlichen Voraussetzungen für die Fälligkeit des Kaufpreises vorliegen, teilt er den Beteiligten dies mit. Der Streit wird im Übrigen zwischen den Beteiligten ausgetragen; der Notar ist nicht beteiligt. Die Umschreibung nimmt der Notar erst vor, wenn ihm die Kaufpreiszahlung nachgewiesen ist. Im Übrigen kann schon hier auf die teilweise nicht ganz einfachen Regelungen in §§ 54 c und 54 d hingewiesen werden.
  - Die „direkte“ Zahlung vom Käufer an den Verkäufer ermöglicht den Parteien mehr Flexibilität als die Abwicklung über Treuhandkonto: Die – zu Recht – strengen Regelungen für Treuhandkonten schließen aus, dass die Vertragsbeteiligten „auf kurzem Weg“ Änderungen absprechen, die die Zahlungsmodalitäten berühren. Es bedarf immer der – wenigstens privatschriftlichen – Änderung der Hinterlegungsanweisung (vgl. unten Rn 94 ff.).

#### IV. Unstreitiger Sonderfall: Das Vortäuschen von Sicherheiten

- 34** Ein berechtigtes Sicherungsinteresse fehlt selbstverständlich auch dann, wenn **Sicherheiten nur vorgetäuscht** werden. Gem. § 14 Abs. 2 BNotO (vgl. auch III.2 der Richtlinien der BNotK)<sup>116</sup> hat der Notar seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn seine Mitwirkung an Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Dazu gehört im Bereich der Verwahrung insbesondere das Vortäuschen von Sicherheiten. Immer wieder hat man versucht, Notare in betrügerische **Anlagegeschäfte** einzubinden, um diesen den **Anschein von Seriosität** zu geben.<sup>117</sup>
- 35** Notare genießen in der Bevölkerung großes Vertrauen. Sobald ein Notar eingeschaltet ist, nehmen viele Menschen an, dass es sich um sicheres und geprüftes Geschäft handelt. Notare sollten angetragene Verwahrungsgeschäfte dann besonders kritisch prüfen, wenn diese nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit einer Beurkundung stehen.<sup>118</sup> Dabei darf der Notar sich nicht auf die Prüfung beschränken, ob die unmittelbar von ihm verlangte Handlung, d.h. das Ver-

110 Rdschr. der BNotK 8/2001 (unveröffentlicht).

111 A.A. wohl Schmidt, ZfIR 2001, 701, 703.

112 So die Antwort des Notarversicherungsfonds vom 22.2.2012 auf eine entsprechende schriftliche Anfrage des Autors.

113 Ausführlich Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies, A I Rn 358 ff.; wohl a.A. Weingärtner/Gassen, vor § 27 Rn 11; a.A. auch Rack, ZNotP 2008, 474, 479.

114 Vgl. Weingärtner, Verwahrungsgeschäft, Rn 6.

115 So Handbuch Notarhaftung/Hertel, Rn 1519.

116 DNotZ 1999, 258, 259 ff.

117 Vgl. die Beispiele bei Blaeschke, Rn 1726 ff.; vgl. auch Haug/Zimmernann, Rn 697.f.; Handbuch Notarhaftung/Hertel, Rn 1579 ff.

118 Vgl. Handbuch Notarhaftung/Hertel, Rn 1585.

wahrungsgeschäft selbst, rechtlich korrekt abgewickelt wird. Es kommt vielmehr entscheidend darauf an, **welche Zwecke** möglicherweise **Dritten gegenüber verfolgt werden** und wie die Hinterlegung Dritten gegenüber begründet wird. Deutet sich auch nur an, dass durch die Verwahrung Sicherheiten vorgetäuscht werden, muss der Notar die Verwahrung ablehnen, wenn er die Zweifel nicht ausräumen kann. Dass es um das Vortäuschen von Sicherheiten geht, ist vielfach zu vermuten, wenn außerhalb eines konkreten Urkundsgeschäfts Verwahrungsaufträge erteilt werden, ohne dass der wirtschaftliche Sinn der Hinterlegung erkennbar wird. Dann fehlt das berechtigte Sicherungsinteresse.<sup>119</sup> Eine Sicherheit wird bereits vorgetäuscht, wenn das Treuhandkonto objektiv keine Sicherheit gewährt.<sup>120</sup> In einigen Fällen haben sich Notare später darauf berufen, den konkreten Hintergrund des Geldanlagegeschäfts oder der Finanztransaktion unter Einschaltung eines Treuhandkontos nicht verstanden zu haben. Das entlastet sie nicht. Zwar ist der Notar nicht wirtschaftlicher Berater der Beteiligten, doch verpflichtet das BeurkG ihn positiv festzustellen, dass die Hinterlegung den Sicherungsinteressen aller beteiligten Person dient.<sup>121</sup>

Das Vertrauen in den Notar wurde vielfach in den sog. „**Geldsammelstelle**“-Fällen ausgenutzt: Betrügerischen Anlagefirmen ging es darum, auf notariellen Treuhandkonten Gelder von privaten Anlegern zu „akquirieren“. Der Notar wurde als „Geldsammelstelle“ eingeschaltet. Die Auszahlung der Gelder war meist im Ergebnis allein vom Willen der Anlagegesellschaften abhängig. Die Hinterlegung beim Notar gab in diesen Fällen keine tatsächliche zusätzliche Sicherheit; die gleiche Wirkung hätte i.d.R. auch mit der Beauftragung anderer Institutionen, z.B. Banken, erreicht werden können. Immer wenn Banken, Steuerberater oder Rechtsanwälte in gleicher Weise mit der Verwahrung beauftragt werden könnten, ist daher höchste Vorsicht geboten:<sup>122</sup> Denn durch die Einschaltung des Notars soll den meist undurchsichtigen Finanzgeschäften bei den Anlegern ein „Anstrich von Seriosität“ vermittelt werden. Das ist der einzige „Mehrwert“, den die Einschaltung des Notars mit sich bringt.<sup>123</sup> Notare, die sich in dieser Weise „einschalten“ lassen, handeln pflichtwidrig.<sup>124</sup> Der Pflichtenverstoß leitet sich sowohl aus § 14 Abs. 2 BNotO als auch § 54a Abs. 2 Nr. 1 bzw. Abs. 3 ab.

36

119 Eylmann/Vaasen/Hertel, § 54a Rn 27; Handbuch Notarhaftung/Hertel, Rn 1585.

120 Vgl. Weingärtner, Verwahrungsgeschäft, Rn 10.

121 Vgl. Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, § 54a Rn 19.

122 Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, § 23 Rn 81; Winkler, § 54a Rn 42 f.; Haug/Zimmermann, Rn 697.

123 Vgl. Haug/Zimmermann, Rn 696, 699; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, § 54a Rn 17.

124 Vgl. OLG Frankfurt DNotZ 2004, 203 ff.; OLG Celle Mitt-RhNotK 1999, 355 f.; OLG Hamm DNotZ 1997, 228, 230 f. mit Anm. Reithmann; vgl. Zimmermann, DNotZ 1982, 90, 108 ff.; vgl. auch BGH DNotZ 1997, 221 ff. mit Anm. Reithmann.



## Kommentierung zu § 2a DOnot

### § 2a

### Qualifizierte elektronische Signaturen

(1) <sup>1</sup>Errichten Notarinnen und Notare Urkunden in elektronischer Form, haben sie hierfür eine Signaturkarte eines akkreditierten Zertifizierungsdiensteanbieters zu verwenden. <sup>2</sup>Sie haben sich im Zertifizierungsverfahren durch eine öffentliche Beglaubigung ihrer Unterschrift unter dem Antrag zu identifizieren. <sup>3</sup>Die Signaturen müssen mindestens dem technischen Standard ISIS-MTT entsprechen.

(2) Das Notarattribut muss neben der Notareigenschaft auch den Amtssitz und das Land, in dem das Notaramt ausgeübt wird, sowie die zuständige Notarkammer enthalten.

(3) <sup>1</sup>Bei Verlust der Signaturkarte haben die Notarinnen und Notare eine sofortige Sperrung des qualifizierten Zertifikats beim Zertifizierungsdiensteanbieter zu veranlassen. <sup>2</sup>Der Verlust der Signaturkarte ist unverzüglich der Präsidentin oder dem Präsidenten des Landgerichts und der Notarkammer anzuzeigen. <sup>3</sup>Mit der Anzeige ist ein Nachweis über die Sperrung des qualifizierten Zertifikats vorzulegen.

**Literatur** Bettendorf/Apfelbaum, Die elektronisch beglaubigte Abschrift im Handelsregisterverkehr, RNotZ 2007, 89; Bettendorf/Apfelbaum, Elektronischer Rechtsverkehr und das Berufsrecht der Notare – Änderungen der ..... Dienstordnung für Notarinnen und Notare, DNotZ 2008, 19; Bettendorf/Apfelbaum, Die persönliche Erzeugung der Signatur bei der Erstellung elektronischer notarieller Urkunden, DNotZ 2008, 85; BNotK, Höchstpersönliche Verwendung von Signaturkarten, DNotZ 2008, 161; Bohrer, Notarielle Form, Beurkundung und elektronischer Rechtsverkehr, DNotZ 2008, 39; Maass, Die Verwendung von Signaturkarten durch Notare ..., ZNotP 2008, 198; Malzer, Elektronische Beglaubigung und Medientransfer durch den Notar nach dem Justizkommunikationsgesetz, DNotZ 2006, 9; Püls, Notarielle Tätigkeit im Lichte des Justizkommunikationsgesetzes, NotBZ 2005, 305; Reithmann, Urkunden und elektronische Dokumente, ZNotP 2007, 370; Weikart, Elektronischer Rechtsverkehr für Notare: Bestandsaufnahme und Ausblick, NotBZ 2007, 73.

## A. Allgemeines

### I. Die elektronische Signatur und ihre Verankerung im Notarrecht

§ 2a konkretisiert und ergänzt die beurkundungsgesetzlichen Regelungen über die Errichtung notarieller Urkunden in elektronischer Form sowie die allgemeinen Bestimmungen von SigG und SigV. <sup>1</sup>

Das 2006 in Kraft getretene **Justizkommunikationsgesetz**<sup>1</sup> schuf die Möglichkeit zur Erstellung elektronischer Dokumente auch im notariellen Bereich. Zentrale Vorschriften sind dabei die §§ 39a und 42 Abs. 4 BeurkG. § 39a BeurkG regelt parallel zur Grundnorm des § 39 BeurkG für die papiergebundene Vermerkurkunde die elektronische Vermerkurkunde. Hiernach können einfache Zeugnisse, Beglaubigungen und sonstige Zeugnisse im Sinne des § 39 BeurkG elektronisch errichtet werden. Das hierzu erstellte Dokument muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen werden Weiterführend vgl. § 39a BeurkG und Kommentierung dort.

§ 42 Abs. 4 BeurkG betrifft dagegen den umgekehrten Fall, nämlich die Errichtung einer papiergebundenen Vermerkurkunde, die sich aus einem elektronischen Dokument ableitet. Die Beurkundung von Willenserklärungen und die Beurkundung von sonstigen Niederschriften bleiben dagegen bis auf Weiteres auf jeden Fall papiergebunden.<sup>2</sup>

### II. Grundsätzliches zur qualifizierten elektronischen Signatur

Das Signaturgesetz (SigG) unterscheidet zwischen einfacher, fortgeschrittener und qualifizierter elektronischer Signatur. Wo die elektronische der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt wurde,<sup>3</sup> verlangt das Gesetz in der Regel eine qualifizierte elektronische Signatur i.S.d. § 2 Nr. 3 SigG. Technisch steht hinter der qualifizierten elektronischen Signatur das Verfahren der „asymmetrischen Kryptographie“: Bei ihm kommen private Schlüssel, die nur der Signierende besitzt, und öffentliche Schlüssel, die für jedermann zugänglich sind, zum Einsatz. Das Verfahren ermöglicht im Ergebnis, dass der Empfänger sowohl die Urheberschaft des Absenders (**Authentizität**) als auch die Unversehrtheit des Inhalts eines signierten Dokuments, d.h. dass das Dokument nach dem Signieren nicht mehr verändert wurde (**Integrität**), prüfen kann. <sup>2</sup>

1 BGBl. 2005 I S. 837 ff.

2 Vgl. Malzer, DNotZ 2006, 9, 11 f.

3 Soll die gesetzlich (!) vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen. Darüber hinaus darf die elektronische Form vom Ge-

setz nicht explizit ausgeschlossen sein. Ein solcher Ausschluss ist derzeit für die Kündigung und Änderung von Arbeitsverhältnissen (§ 623 BGB), die Erteilung von Arbeitszeugnissen (§ 630 S. 3 BGB) sowie Leibrentenversprechen (§ 761 S. 2 BGB), Bürgschaftserklärungen (§ 766 S. 2 BGB), Versprechen (§ 780 S. 2 BGB) und Anerkennungserklärungen (§ 781 S. 2 BGB) angeordnet.

- 3 Anders als bei einfachen und fortgeschrittenen Signaturen setzt die Erzeugung von qualifizierten elektronischen Signaturen zwingend den Einsatz sog. „sicherer Signaturerstellungseinheiten“ i.S.d. § 2 Nr. 10 SigG voraus. Hierbei handelt es sich um den signaturrechtlichen Terminus für die **Signaturkarte**; auf dieser ist der private Schlüssel des Karteninhabers gespeichert. Signaturkarten und die darauf sich befindlichen Signaturzertifikate werden von sog. **Zertifizierungsdiensteanbietern** ausgegeben. Bedeutendster Zertifizierungsdiensteanbieter im notariellen Bereich ist die **Bundesnotarkammer**, von der gegenwärtig etwa 90 % aller Notare eine Signaturkarte bezogen haben.
- 4 Um mit der Signaturkarte signieren zu können, benötigt der Karteninhaber weiterhin sog. „Signaturanwendungskomponenten“ i.S.d. § 2 Nr. 11 lit. a) SigG, d.h. einen **Kartenleser**, mit dessen Hilfe die auf der Signaturkarte gespeicherten Daten und die beim Signieren erstellten Daten ausgelesen werden können, und eine entsprechende **Signatursoftware**, mit deren Hilfe Dateien signiert werden können. Die Tochtergesellschaft NotarNet GmbH der Bundesnotarkammer gibt mit dem Programm **XNotar** bzw. dem mittlerweile vollständig in XNotar integrierten Programm **SigNotar** eine speziell auf die Bedürfnisse der Notare zugeschnittene Signaturanwendungskomponente heraus.
- 5 Um das Risiko des Missbrauchs einer Signaturkarte im Falle eines Verlusts zu reduzieren, ist ihre Nutzung und insbesondere das Aufbringen einer Signatur von der vorherigen Eingabe einer PIN (Persönliche Identifikations-Nummer) abhängig (zu der Frage, ob ein Notar Signaturkarte und PIN einem Dritten überlassen und diesem das Signieren überlassen darf sowie welche Auswirkungen dies auf eine von einem Dritten erstellte Signatur hat, vgl. BeurkG § 39a Rn 11 ff.). Diese erhält der Karteninhaber gemeinsam mit der Signaturkarte vom Zertifizierungsdiensteanbieter.
- 6 In der Praxis kann man den Einsatz der Signaturkarte mit dem Leisten einer Unterschrift vergleichen (wobei die Möglichkeit, Dateien zu signieren, keineswegs auf Textdokumente beschränkt ist, sondern vom Prinzip her jede beliebige Datei signiert werden kann). Zum Signieren (Unterschreiben) wird die Datei am Bildschirm über eine Signaturanwendungssoftware aufgerufen und nach Eingabe der PIN signiert. Mit der Signierung entsteht entweder eine weitere (externe) Datei (sog. *detached signature*), in der die Signatur gespeichert ist (in diesem Fall bleibt die signierte Datei selbst vollständig unverändert), oder die Signatur wird in die zu signierende Datei integriert (sog. *inline oder embedded signature*). Im elektronischen Rechtsverkehr zwischen Notaren und Gerichten ist derzeit nur die Verwendung externer Signaturen statthaft, die in der Regel mit der Kennung pkcs7 enden; es ist jedoch absehbar, dass auch Inline-Signaturen demnächst zugelassen werden. Externe Signaturdateien sind nicht mit der signierten Datei verbunden, so dass beim späteren Versand darauf zu achten ist, dass beide Dateien zusammen versandt werden, denn nur **Datei und Signaturdatei** zusammen bilden die signierte Datei. Geht die Signaturdatei verloren oder wird sie gelöscht, wird aus der signierten Datei wieder eine unsignierte. Der Empfänger kann mithilfe entsprechender Signatursoftware,<sup>4</sup> die im Internet von verschiedenen Anbietern zumindest in abgespeckter Version auch kostenlos angeboten wird, den Karteninhaber identifizieren und überprüfen, ob die Datei noch unverändert ist.
- 7 **Technisch** geschieht beim Signieren Folgendes: Noch vor Initiierung des eigentlichen Signaturprozesses berechnet das Signaturprogramm eine Kurzform der zu signierenden Hauptdatei. Dieser sog. **Hash-Wert** wird durch eine mathematische Funktion erzeugt und ist mit einem Fingerabdruck vergleichbar: Jede Datei hat ihren individuellen und unverwechselbaren Hash-Wert! Jede Veränderung in der Hauptdatei – und sei sie noch so winzig – führt dazu, dass sich auch der Hash-Wert ändert. Zum eigentlichen Signieren wird dieser Hash-Wert vom Signaturprogramm an die Signaturkarte übergeben. Dort wird der Hash-Wert mit Hilfe des sich auf der Karte befindlichen privaten Signaturschlüssels des Karteninhabers verschlüsselt und in dieser verschlüsselten Form wieder zurück an das Signaturprogramm übergeben (die signierte Hauptdatei selbst wird dabei nicht verschlüsselt). **Der verschlüsselte Hash-Wert der Hauptdatei ist die eigentliche elektronische Signatur.**  
Da in der Signaturdatei neben dieser eigentlichen elektronischen Signatur zugleich der öffentliche Signaturschlüssel des Signierenden abgelegt wird, ist der Empfänger in der Lage, eine Prüfung der elektronischen Signatur durchzuführen. Zu diesem Zweck errechnet die Signatursoftware zunächst mit dem öffentlichen Schlüssel die digitale Signatur der signierten Hauptdatei zu einem Hash-Wert zurück. Anschließend berechnet sie den Hash-Wert der Hauptdatei, die durch die Signatur ja nicht verändert wurde, und vergleicht die beiden Werte miteinander. Stimmen sie überein, steht fest, dass die signierte Datei nach der Signatur nicht mehr verändert wurde und zudem mit dem angegebenen Zertifikat signiert wurde. In einem zweiten Schritt kann dann durch eine Online-Abfrage beim Zertifizierungsdiensteanbieter abgefragt werden, ob das eingesetzte Signaturzertifikat auch tatsächlich durch den ausgewiesenen Zertifizierungsdiensteanbieter ausgestellt wurde und ob es noch gültig ist.
- 8 Die isolierte Signierung einer Datei mit den vorbeschriebenen Funktionen, die grundsätzlich jedermann möglich ist, ist von der elektronischen Abschriftsbeglaubigung nach § 39a BeurkG, die nur ein Notar zulässigerweise vornehmen kann, zu unterscheiden. Eine elektronisch beglaubigte Abschrift bedarf zu ihrer Wirksamkeit zwar ebenfalls einer qualifizierten elektronischen Signatur. Zusätzlich enthält sie jedoch einen Beglaubigungsvermerk, durch den der Notar bescheinigt, dass das signierte Dokument die inhaltsgleiche Wiedergabe eines anderen Dokuments ist (weitergehend BeurkG § 39a und Kommentierung siehe BeurkG § 39a Rn 20 ff.).

<sup>4</sup> Für die Gerichte übernimmt das EGVP die Signaturprüfung, die hier in der Regel voll automatisch erfolgt.

## B. Akkreditierung, Identifikation und technischer Standard (Abs. 1)

Der Betrieb eines Zertifizierungsdiensteanbieters und die Ausgabe von Signaturkarten mit qualifizierten elektronischen Signaturzertifikaten ist in Deutschland gem. § 4 Abs. 1 SigG grundsätzlich genehmigungsfrei möglich. Gem. § 4 Abs. 3 SigG ist die Aufnahme des Betriebs lediglich bei der zuständigen Aufsichtsbehörde Bundesnetzagentur anzuzeigen. Das SigG eröffnet den Zertifizierungsdiensteanbietern jedoch die Möglichkeit, sich freiwillig bei der Bundesnetzagentur **akkreditieren** zu lassen (§ 15 SigG), um dadurch ein besonderes **Gütezeichen** (§ 15 Abs. 1 S. 3 SigG) zu erhalten. Mit diesem Gütezeichen wird einem akkreditierten Zertifizierungsdiensteanbieter der Nachweis der umfassend geprüften technischen und administrativen Sicherheit für die auf seinen qualifizierten Zertifikaten beruhenden qualifizierten elektronischen Signaturen (sog. qualifizierte elektronische Signaturen mit Anbieter-Akkreditierung) bescheinigt. Akkreditierte Anbieter müssen sich vor Betriebsbeginn und danach in regelmäßigen Abständen prüfen lassen; auch bestehen erhöhte Anforderungen an die eingesetzten Produkte (vgl. § 15 SigG).<sup>5</sup>

Gem. § 2a Abs. 1 S. 1 darf ein Notar nur Signaturkarten eines akkreditierten Zertifizierungsdiensteanbieters verwenden. Eine Liste akkreditierter Anbieter befindet sich auf der Webseite der Bundesnetzagentur ([www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de)). Auch die Bundesnotarkammer hat sich mit ihrem Zertifizierungsdienst akkreditieren lassen und erfüllt demnach die Anforderungen des § 2a.

Gem. § 5 Abs. 1 S. 1 SigG hat ein Zertifizierungsdiensteanbieter Personen, die ein qualifiziertes Zertifikat beantragen, **zuverlässig zu identifizieren**. Ein spezielles Identifizierungsverfahren schreibt die Vorschrift nicht vor, so dass es auch dem akkreditierten Anbieter frei steht, ein aus seiner Sicht geeignetes Verfahren auszuwählen. Zahlreiche akkreditierte Zertifizierungsdiensteanbieter bedienen sich bei der Identifizierung in erster Linie des sog. Postident-Verfahrens, bei dem die Identifizierung letztlich durch einen Bediensteten der Deutschen Post AG durchgeführt wird.

Die Gleichstellung einer durch einen Notar elektronisch erstellten Datei mit einer notariellen (Papier)-Urkunde ließe sich jedoch kaum begründen, wenn die einmalige Zuordnung der Signaturschlüssel zu der Person des Notars in einem Verfahren erfolgt, dessen Zuverlässigkeit hinter dem der notariellen Beglaubigung zurückbleibt.<sup>6</sup> Aus diesem Grund bestimmt Abs. 1 S. 2, dass ein Notar lediglich Signaturkarten eines Anbieters verwenden darf, bei dem er sich im Zertifizierungsverfahren (gemeint ist das Antragsverfahren) durch eine **öffentliche Beglaubigung seiner Unterschrift** gem. § 129 BGB unter dem Antrag identifizieren musste. Im Hinblick auf die erhöhte Beweiskraft elektronischer notarieller Urkunden (vgl. § 371a Abs. 2 ZPO) soll dadurch vermieden werden, dass unrichtige, scheinbar notarielle Zertifikate in den *Umlauf* gelangen. Die Zwischenschaltung der öffentlichen Unterschriftsbeglaubigung fügt eine hoheitliche Kontrolle in das Verfahren ein, die Manipulationen weitestgehend ausschließt.<sup>7</sup> Bei dem von der Bundesnotarkammer betriebenen Zertifizierungsdienst ist eine Identifizierung entsprechend Abs. 1 S. 2 die einzige angebotene Möglichkeit.<sup>8</sup> Auch andere Zertifizierungsdiensteanbieter bieten jedoch mittlerweile zumindest als Alternative zum Postident-Verfahren unter dem Namen „**Notarident**“ eine entsprechende Identifizierungsmöglichkeit an.<sup>9</sup>

Gem. Abs. 1 S. 3 müssen die Signaturen des Notars mindestens dem technischen Standard ISIS-MTT (*Industrial Signature Interoperability and Mailtrust Specification*) entsprechen. Hintergrund der Regelung ist, dass in den Anfangszeiten der Signaturtechnik eine Vielzahl von miteinander überwiegend nicht kompatibler verschiedener Signaturverfahren und -formate entstanden war, was dazu führte, dass nur bestimmte Programme in der Lage waren, bestimmte Signaturen zu lesen.<sup>10</sup> Auf Anregung des damaligen Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) wurde mit ISIS-MTT ein erster herstellerübergreifender Standard entwickelt, an dessen Erstellung alle großen deutschen Zertifizierungsdiensteanbieter beteiligt waren. ISIS-MTT wurde zwischenzeitlich abgelöst durch den Standard Common PKI.<sup>11</sup> Sämtliche Signaturen, die mit Signaturkarten eines (in Deutschland) akkreditierten Anbieters erstellt wurden, erfüllen laut den Erklärungen dieser Anbieter diesen Standard.<sup>12</sup>

## C. Anforderungen an das Notarattribut (Abs. 2)

Abs. 2 enthält nähere inhaltliche Vorgaben zum Notarattribut. Danach muss das Notarattribut neben der Notareigenschaft auch den Amtssitz und das Land, in dem das Notaramt ausgeübt wird, sowie die zuständige Notarkammer bezeichnen. Hintergrund der Regelung ist, dass § 5 Abs. 2 S. 2 SigG und § 39a S. 4 BeurkG derart genaue Angaben nicht verlangen; danach reicht die Bestätigung der Notareigenschaft. Das elektronische Attribut soll jedoch im Wesentlichen die Angaben enthalten, die sich sonst aus dem Amtssiegel ablesen lassen: Ein „Gleichlauf“ von Papierurkunde und elektronischer Urkunde wird angestrebt.<sup>13</sup> In einem Punkt gehen jedoch die Anforderungen an das Notarattribut und an das Siegel bei Papierurkunden auseinander: Anders als beim Siegel ist im Notarattribut zusätzlich die Angabe der zuständigen Notarkammer vorgeschrieben. Grund dafür ist die besondere Bedeutung der Notarkammern im Zusammenhang mit der elektronischen Signatur: Gem. § 67 Abs. 5 BNotO können sie die Stellung als Notar oder No-

5 Vgl. Bettendorf/Apfelbaum, DNotZ 2008, 19, 29.

6 Vgl. Eylmann/Vaasen/Mödl, § 2a DOnot Rn 8.

7 Vgl. Bettendorf/Apfelbaum, DNotZ 2008, 19, 30 f.

8 Vgl. zum Verfahren im Detail Stuppi, notar 6 – 2008, 61, 66.

9 Vgl. etwas [www.telesec.net](http://www.telesec.net) oder [www.d-trust.de](http://www.d-trust.de).

10 Vgl. auch Weingärtner/Gassen, § 2a Rn 7, der von „*baby-lonisch anmutender Sprachverwirrung*“ spricht.

11 Vgl. ausführlich dazu [www.common-pki.org](http://www.common-pki.org).

12 Vgl. Eylmann/Vaasen/Mödl, § 2a DOnot Rn 9.

13 Vgl. Bettendorf/Apfelbaum, DNotZ 2008, 19, 31.

tariatsverwalter bei der Vergabe von qualifizierten elektronischen Signaturen mit entsprechendem Notarattribut bestätigen und auch die Sperrung entsprechend ausgestellter Zertifikate verlangen, wenn ein Notar aus dem Amt geschieden ist oder seinen Amtssitz verlegt hat.<sup>14</sup>

- 14** § 33 Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 67 Abs. 5 BNotO enthält eine vergleichbare Regelung für das Attribut eines **Notariatsverwalters**. Vgl. weitergehend, auch zum **Notarvertreter**, die Kommentierung zu § 39a (siehe BeurkG § 39a Rn 16 ff.).

### D. Verlust und Sperrung der Signaturkarte (Abs. 3)

- 15** Abs. 3 regelt das Verhalten des Notars bei Verlust der Signaturkarte. Eine reine Anzeigepflicht beim Landgerichtspräsidenten – wie beim Siegel (vgl. § 2 Abs. 3 S. 1) – hätte wenig Sinn gemacht: Zwar kann der Landgerichtspräsident ein Siegel für kraftlos erklären, nicht aber eine Signaturkarte. Dafür gibt es kein Verfahren. Sperren kann die Signaturkarte nur der **Zertifizierungsdiensteanbieter** (vgl. § 8 Abs. 1 SigG). Deshalb muss der Notar, um einen Missbrauch der Signaturkarte zu verhindern, zunächst die Karte beim Zertifizierungsdiensteanbieter sperren lassen (Abs. 3 S. 1), so dass damit keine wirksamen elektronischen Signaturen mehr erzeugt werden können.
- 16** Sodann hat der Notar den Verlust unverzüglich dem **Landgerichtspräsidenten** anzuzeigen (Abs. 3 S. 2); gleichzeitig ist auch die zuständige **Notarkammer** zu informieren (Abs. 3 S. 2). Die in der DNot verankerten Melde- und Nachweispflichten sollen es der Aufsichtsbehörde ohne weitere eigene Nachforschungspflichten ermöglichen, die Einhaltung der Sperrverpflichtung zu überprüfen.<sup>15</sup> Dies entlastet gleichzeitig die Dienstaufsicht.<sup>16</sup>
- 17** Praktisch sinnvoll ist die Regelung in Abs. 3 S. 3: Mit der Anzeige ist ein Nachweis über die Sperrung des qualifizierten Zertifikats vorzulegen. Diese Nachweispflicht kann der Notar einfach erfüllen, indem er eine Abfrage des Status seines Zertifikats bei dem jeweiligen Zertifizierungsdiensteanbieter vornimmt. Diese Abfrage kann der Notar elektronisch vornehmen und die Information ausdrucken.<sup>17</sup>
- 18** Vergeblich sucht man in Abs. 3 nach einer § 2 Abs. 3 S. 1 entsprechenden Regelung: Zum Umgang mit der Signaturkarte (Aufbewahrung, persönliche Verwendung durch den Notar) schweigt die DNot. Tatsächlich haben die Landesjustizverwaltungen ursprünglich entsprechende Regelungen gefordert. Im Ergebnis wurde davon aber abgesehen: Zum einen ist die persönliche Verwendung der Signaturkarte ebenso eine Selbstverständlichkeit wie die sichere Aufbewahrung.<sup>18</sup> Zum anderen kann eine entwendete Signaturkarte nur dann missbraucht werden, wenn auch die dazugehörige PIN bekannt ist. Im Übrigen enthalten die Richtlinien der Bundesnotarkammer<sup>19</sup> mittlerweile Regeln zu Aufbewahrung und Verwendung der Signaturkarten, so dass jedenfalls heute kein zusätzlicher Regelungsbedarf mehr zu erkennen ist.

14 Vgl. auch *Bettendorf/Apfelbaum*, DNotZ 2008, 19, 32.

15 *Weingärtner/Gassen*, § 2a Rn 10.

16 Vgl. *Bettendorf/Apfelbaum*, DNotZ 2008, 19, 32.

17 Vgl. *Bettendorf/Apfelbaum*, DNotZ 2008, 19, 33.

18 Vgl. z.B. *Malzer*, DNotZ 2006, 9, 26.

19 Abgedr. in DNotZ 2006, 561.