



# Deutscher Notarverein

## Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin

Bundesministerium der Justiz  
Herren MR Dr. Franz und  
Dr. Wagner  
Mohrenstraße 37

10117 Berlin

Kronenstraße 73/74

10117 Berlin

Tel: 030 / 20 61 57 40

Fax: 030 / 20 61 57 50

E-Mail: [o.vossius@dnotv.de](mailto:o.vossius@dnotv.de)

<http://www.dnotv.de>

Berlin, 31. Oktober 2012

### **Gesetzesantrag des Landes Berlin beim Bundesrat der Bundesrepublik Deutschland , BR-Drucks. 619/12 vom 22.10.12**

Sehr geehrter Herr Dr. Franz,  
sehr geehrter Herr Dr. Wagner,

der Deutsche Notarverein erlaubt sich, hiermit zu einer zentralen Frage des Beurkundungsverfahrens Stellung zu nehmen. Denn mit dem Beurkundungsverfahren werden die Formzwecke des materiellen Rechts erst verwirklicht. Die Frage ist damit für den Beruf des Notars als solchem von größter Bedeutung.

#### 1. § 17 Abs. 2a BeurkG im Kontext missbräuchlicher Gestaltungen des Beurkundungsverfahrens

Versuche von Beteiligten, das Beurkundungsverfahren zum eigenen Vorteil auszuhebeln oder dessen Schutzfunktion zu unterlaufen, sind wahrscheinlich so alt wie das Beurkundungsverfahren selbst.

So wird sowohl aus dem Notariat der Mainzer Republik<sup>1</sup> als auch aus dem Notariat des Königreichs Hannover<sup>2</sup> berichtet, dass dort Ehemänner versucht haben, mit

<sup>1</sup> Andreas Roth, Zur Geschichte des „Mainzer“ Notariats – vom Departement Donnersberg zum Land Rheinland-Pfalz, in: Mathias Schmoeckel/Werner Schubert (Hg.), Handbuch zur Geschichte des deutschen Notariats seit der Reichsnotariatsordnung von 1512, Baden-Baden, 2012, 475-495, 486.

Überrumpelungstaktik ihre Ehefrauen dazu zu bringen, notariell eine Bürgschaft für Verbindlichkeiten der Ehemänner einzugehen.<sup>3</sup> In beiden Fällen schritten die Aufsichtsbehörden ein. Gleiches gilt für Sonntagsbeurkundungen im Königreich Bayern<sup>4</sup>.

Das Reichsjustizministerium unterband im Jahr 1936 Versuche von Banken, durch die Beurkundung von Hypothekenbestellungen mittels vollmachtloser Vertreter vorbehaltlich nachträglicher Genehmigung der Schuldner letztere von der Beratung durch den Notar fernzuhalten.<sup>5</sup>

In der Baukonjunktur der Wirtschaftswunderjahre wurden Verfahrensgestaltungen, mittels derer strukturell unterlegene Beteiligte systematisch von der Beratung und Belehrung durch den Notar ferngehalten werden sollten bzw. mittels derer sich ein Teil systematisch der Verhandlung über den Vertragsgegenstand entzog, zunehmend kritischer gesehen. Im Fokus stand neben dem Vertragsschluss durch vollmachtlose Vertreter vor allem die systematische Aufspaltung von Verträgen in Verkäuferangebot und Käuferannahme bei Bauträgerverträgen.<sup>6</sup> In der anschließenden Zeit der Bauherrenmodelle und geschlossenen Immobilienfonds in Rechtsform der GbR ab 1980 versuchte die Rechtsprechung, Missbräuchen dadurch zu begegnen, dass die Beurkundung sog. isolierter Vollmachten als materiellrechtlich unzureichend im Sinne des (damaligen) § 313 BGB angesehen wurde.<sup>7</sup>

In den 90er-Jahren waren vermehrt Gestaltungen festzustellen, bei denen unerfahrenen Käufern Steuervorteile vorgegaukelt wurden. Mit der Behauptung, man müsse sich rasch entscheiden, da andere Interessenten vorhanden wären, wurden Käufer dazu veranlasst, ohne weitere Überlegungen einen Notar zur Beurkundung des Kaufvertrags bzw. Kaufangebots aufzusuchen. Auch hier schritten die Aufsichtsbehörden ein. Der Leitsatz 2 einer entsprechenden Entscheidung des OLG München<sup>8</sup> verdient der wörtlichen Hervorhebung:

---

<sup>2</sup> Stephan Meder, Zur Geschichte des Notariats auf dem Territorium des heutigen Niedersachsens, in: Schmoeckel/Schubert, Handbuch (Fn. 1), 387-417, 404 oben: offenbar gar es für die Fraueninterzession im Königreich Hannover vorgedruckte Formularverträge.

<sup>3</sup> Im dort damals geltenden Römischen Recht galt das ansonsten nach dem SC Velleianum (referiert bei Ulp. D. 16, 1, 2, 1) bestehende Interzessionsverbot für Frauen nicht, wenn deren Bürgschaft notariell beurkundet war (siehe Just. C. 4, 29, 23, 1).

<sup>4</sup> Siehe etwa die EntschlieÙung des Kgl. Justizministeriums vom 30. März 1865, zitiert bei Jürgen Vollhardt, Das bayerische Notariat 1862 bis 1945, in: Bayerischer Notarverein e.V. (Hg.), Festschrift 125 Jahre Bayerisches Notariat, München, 1987, 11-73, 35 f.

<sup>5</sup> Allgemeine Verfügung des Reichsjustizministers vom 20. Juni 1936, DNotZ 1936, 590.

<sup>6</sup> Hierzu Oliver Vossius, Das Notariat in der Bundesrepublik und im wiedervereinigten Deutschland, in: Schmoeckel/Schubert, Handbuch (Fn. 1), 213-255, 229-233, 238. Aus der Rspr. in Disziplinarsachen etwa OLG München v. 30. März 1984, Ds Not 2/83, DNotZ 1984, 519.

<sup>7</sup> Hierzu nur Palandt-Grüneberg, BGB 71. Aufl. 2012, § 311b Rz. 19 mit weit. Nachw.

<sup>8</sup> OLG München v. 20. April 1994, VA-Not. 4/93, MittBayNot 1994 373. Im zugrunde liegenden Fall hatte die zuständige Landesnotarkammer Bayern von der an sich gebotenen Abgabe des Falls an den LG-Präsidenten als Disziplinarbehörde abgesehen, um mit dem ihr zur Verfügung stehenden

*„Der Notar hat das Beurkundungsverfahren so zu gestalten, daß eine Überrumpelung der Beteiligten durch gewerblich tätige Vermittler vermieden wird. Unzulässig ist insbesondere eine Vergabe von Terminen für noch unbekannte Beteiligte (sog. Blanketermine) oder außerhalb der üblichen Arbeitszeiten, wodurch es den Vermittlern ermöglicht wird, Interessenten in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit Anwerbegesprächen zur Vornahme einer Beurkundung zu veranlassen.“*

Der Fall des OLG München zeigt beispielhaft, dass bereits vor Schaffung des § 17 Abs. 2a BeurkG gegen „Mitternachtsnotare“ aufsichtlich vorgegangen werden konnte und vorgegangen wurde. Man musste es nur wollen.

Der Gesetzgeber reagierte auf diese Gestaltungen – nach dem mit der Berufsrechtsnovelle bereits 1998 in § 17 BeurkG der Absatz 2a eingefügt worden war<sup>9</sup> – mit der Einfügung der Sätze 2 und 3 in § 17 Abs. 2a BeurkG<sup>10</sup>. Die Rechtsprechung beschritt daneben den (nicht unproblematischen<sup>11</sup>) Weg über die Einführung von Höchstbindungsfristen bei Verbraucherangeboten.<sup>12</sup>

Durch die Vorschrift hat sich der disziplinarrechtliche Verfolgungsdruck auf Notarinnen und Notare, die dennoch zugunsten einer Seite missbräuchliche Verfahrensgestaltungen dulden, deutlich erhöht.<sup>13</sup> Die jüngsten Vorgänge im Land Berlin, wo die Dienstaufsicht massiv eingeschritten ist, zeigen dies deutlich. Unabhängig davon, wie diese Fälle letztlich disziplinar- bzw. strafrechtlich enden werden: Der generalpräventive Effekt der Durchsuchung einer Notarkanzlei oder gar der Verhaftung des Berufsträgers ist unbestreitbar, vom Presseecho ganz zu schweigen. Nach Meinung des Deutschen Notarvereins ist es für das Notariat insgesamt wichtig, wenn die Einhaltung gerade der Pflichten überwacht wird, durch deren Nichteinhaltung sich einzelne Notarinnen oder Notare wirtschaftliche Vorteile verschaffen und durch ihre pflichtwidrig erhöhte Amtsbereitschaft gerade die Aushöhlung einer Norm ermöglichen.

---

Mittel der Ermahnung ohne großen Zeitverzug ein Zeichen zu setzen (Spezialprävention dadurch, dass die Strafe der Tat auf dem Fuß folgt).

<sup>9</sup> Gesetz vom 31. August 1998, BGBl. I, 2585.

<sup>10</sup> Gesetz vom 23. Juni 2002, BGBl. I, 2850.

<sup>11</sup> Nicht unproblematisch ist die Unwirksamkeit des Angebots bei zu langer Bindungsfrist deshalb, weil trotz Bezahlung und Abnahme der Kaufsache der Kaufvertrag samt erklärter Auflassung unwirksam bleibt und daher im Fall späterer Insolvenz des Verkäufers dessen Insolvenzverwalter die Kaufsache vindizieren kann, während Käufer seinen Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises lediglich zur Tabelle anmelden kann.

<sup>12</sup> BGH v. 11. Juni 2010, V ZR 85/09, DNotZ 2012, 913 = NJW 2010, 2873; OLG Dresden v. 26. Juni 2003, 19 U 512/03, NotBZ 2004, 356 mit Anm. Cremer, a. a. O. S. 331 = MittBayNot 2005, 300.

<sup>13</sup> Siehe etwa OLG Schleswig vom 6. Juli 2007, Not 1/07, DNotZ 2008, 151 = MittBayNot 2008, 149 = NotBZ 2007, 454.

Die Inflationsangst weiter Bevölkerungskreise sowie die im Vergleich zu risikoarmen Finanzanlagen besseren Eigenkapitalrenditen auf dem Immobilienmarkt führen derzeit zu einer erhöhten Nachfrage nach Immobilien. Damit steigen auch die Chancen der Verreiber von sog. „Schrottimmobilien“ erneut. Dies dürfte einen weiteren Anlass zur Gesetzesinitiative des Landes Berlin gegeben haben.

## 2. Verfassungsrechtliche Einordnung des § 17 Abs. 2a BeurkG

§ 17 Abs. 2a BeurkG führt dazu, dass ein Verbraucher einen Grundstückskaufvertrag erst später schließen kann als ein Unternehmer. Die Vorschrift berührt daher die allgemeine Handlungsfreiheit des Verbrauchers im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieses Eingriffs ist am Maßstab des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu messen.

Der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG kann z. B. in folgenden Fallgestaltungen berührt werden:

### Beispiel 1:

Das Unternehmen U verkauft nicht benötigte Vorratsflächen als Bauplätze. Die Eheleute E1 und E2 interessieren sich für ein Baugrundstück, auf dem sie gemeinsam ein Doppelhaus errichten wollen. Weiterer Interessent (mit entsprechenden Plänen) ist Bauträger B. B bietet dem Verkäufer U eine sofortige Beurkundung an und will eine Bankbürgschaft über den Kaufpreis stellen, damit B sofort in den Besitz des Grundstücks gelangt, um anzufangen. U hat damit die Chance, den Kaufpreis im laufenden Geschäftsjahr bilanzwirksam vereinnahmen zu können. E1 und E2 können nach § 17 Abs. 2a BeurkG jedoch erst zwei Wochen später beurkunden und kommen daher nicht zum Zuge.

### Beispiel 2:

Käufer K1 (Verbraucher) hat im Bauträgerobjekt des V bereits eine Penthouse-Wohnung erworben. V hat in diesem Objekt noch eine 2-Zimmer-Wohnung übrig. K1 möchte auch diese für die kinderbetreuende Oma erwerben. Hotelier H braucht dringend eine Wohnung für Mitarbeiter und bietet V den sofortigen Gang zum Notar an.

Aus Kreisen unserer Mitglieder hören wir, dass in Ballungsräumen mit hoher Nachfrage nach Wohnimmobilien § 17 Abs. 2a BeurkG derzeit dadurch umgangen wird, dass die Verkäufer sich von den Käufern Käuferangebote machen lassen. Wer das erste Angebot vorlegt, erhält den Zuschlag. Für den Verbraucher ist diese Situation, die vom Wortlaut des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG nicht erfasst wird (das „An-

gebot“ ist kein „Verbrauchervertrag“) misslicher als der sofortige Gang zum Notar, da dann der Verbraucher die Notarkosten des Angebots umsonst aufwendet, wenn ein Mitinteressent „schneller“ ist.

Der Deutsche Notarverein ist der Ansicht, dass die Vorschrift jedenfalls in ihrer jetzigen Fassung diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Nach dem jetzigen Wortlaut bezieht sich die Amtspflicht nur auf das „Hinwirken“, nicht auf die Einhaltung der 2-Wochen-Frist selbst.<sup>14</sup> Dennoch wird ein vorsichtiger Notar im Beispiel 1 jedoch an die genannte Entscheidung des OLG-Schleswig denken und E1 und E2 keinen Beurkundungstermin vor Ablauf der 2-Wochen-Frist geben.

Bedenken hinsichtlich der Zweck-Mittel-Relation ergeben sich auch aus einem weiteren Grund. „Haupttäter“ der missbräuchlichen Verfahrensgestaltung ist der Unternehmer bzw. gewerbliche Vermittler. Dieser bekommt aufgrund der von ihm bewirkten Verfahrensgestaltung einen zivilrechtlich wirksamen Vertrag. Im zivilrechtlichen Verhältnis kann sich der Verbraucher allenfalls mit einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB wehren. An deren Zulässigkeit sind jedoch – mit Recht – hohe Anforderungen zu stellen. Sanktioniert wird daher de lege lata allein der Gehilfe des Haupttäters, während letzterer mit dem wirtschaftlichen Vorteil von dannen zieht. Diese Situation ist nicht befriedigend und führt dazu, dass „Nebenwirkungen“ der Vorschrift (siehe obenstehende Beispielfälle) unter dem Aspekt einer proportionalen Zweck-Mittel-Relation einer genaueren Betrachtung bedürfen.

Aus diesen Gründen empfehlen wir, bei einer Änderung des Berufsrechts stets die verfassungsrechtliche Dimension des damit verbundenen Grundrechtseingriffs mit zu bedenken.

### 3. Anregungen zum Entwurf

#### a) Änderung des § 17 BeurkG

Der Kern des Vorschlags besteht darin, dass im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage die in § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG bestimmte Zwei-Wochen-Frist erst dann anläuft, wenn der Verbraucher den Vertragsentwurf vom Notar (bzw. Sozius) erhalten hat. Das können wir nur begrüßen. Denn Herr des Beurkundungsverfahrens ist ausschließlich der Notar. Die Parteien oder gar der gewerbliche Vermittler sind es nicht.

Zur Formulierung selbst dürfen wir folgendes anregen:

aa) der erste Teilsatz „*der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält ... auseinander zu setzen;*“ enthält den allgemeinen Rechtsgedanken des Übereilungs-

---

<sup>14</sup> Frenz in Eylmann/Vaasen, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz, 3. Aufl. München 2011, § 17 BeurkG Rz. 39d.

schutzes der Beurkundungsform. Er hat über Verbraucherverträge hinaus Bedeutung (z. B. auch für Eheverträge) und gehört daher in § 17 Abs. 2a Satz 1 BeurkG. Verbleibt dieser Satzteil in § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG, so ließe sich ein Umkehrschluss dahingehend ziehen, dass Übereilungsschutz bei b2b-Verträgen nicht geboten sei. Dieser Einwand trifft bereits die bestehende Fassung.

- bb) über den „Sozius“ des Notars hinaus erscheint es auch ausreichend, wenn ein Notar, der mit dem Urkundsnotar gemeinsame Geschäftsräume hat, den Entwurf versendet. Entscheidend ist nämlich primär, dass der Entwurf „von neutralem Boden“ aus versandt wird. Zudem ist bei Versendung eines Entwurfs nicht immer klar, welcher Notar sodann den (oft noch kurzfristig verlegten) Beurkundungstermin wahr nehmen wird. Jedoch sollte die Versendung vom Amtssitz des beurkundenden Notars aus erfolgen (und nicht aus einem anderen Büro einer überörtlichen Sozietät). Nicht ausreichend sollte die Versendung der Entwürfe durch den „Zentralnotar“ sein. Der Verbraucher sollte Gelegenheit erhalten, sich beim „Ortsnotar“ an seinem Wohnsitz beraten zu lassen. Wendet sich der Verbraucher, nachdem er vom Ortsnotar den Entwurf erhalten hat, an „seinen“ Notar, dann bestehen für diesen ausreichende Gründe, den Vertrag zu beurkunden, obgleich sein Notarbüro diesen nicht versandt hat. Zudem wird ange-regt, ausgewählte Beispiele für „Gründe“ in die Gesetzesbegründung mit aufzu-nehmen. Gründe könnten aus unserer Sicht z. B. sein: notarielle Vorbespre-chung in gesondertem Beratungsgespräch, anwaltliche Beratung des Käufers, bereits getätigter Kauf einer anderen Wohnung im selben Objekt.
- cc) Das Wort „kostenfrei“ ist an sich überflüssig, da Schuldner der Entwurfskosten nicht der Entwurfsempfänger ist, sondern derjenige, der die Versendung des Entwurfs veranlasst hat.<sup>15</sup> Das ist im Regelfall jedoch nicht der Verbraucher, sondern der Unternehmer bzw. sein Vermittler. Das Wort „kostenfrei“ könnte man so verstehen, dass entgegen § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO auch dieser nicht für die Entwurfskosten haftet. Das jedoch setzt einen falschen Anreiz. Haftet der Veranlasser für Entwurfskosten, so überlegt er sich genauer, ob sein Ge-schäftspartner den Vertragsschluss auch dann noch will, wenn er in Ruhe dar-über nachdenken konnte. Das Kostenrisiko führt daher auch auf Seiten des Un-ternehmers/Vermittlers zur Vorsicht. Damit nicht künftig die Vermittler ihre „Op-fer“ vorgefertigte Entwurfsaufträge unterschreiben lassen, empfiehlt sich, anstel-le von „kostenfrei“ „für den Verbraucher kostenfrei“ zu formulieren.
- dd) Über „Verbraucherverträge“ hinaus sollte die Sonderregelung allgemein auf „Er-klärungen“ eines Verbrauchers bezogen werden, um Angebote oder Vollmachten auch dem Wortlaut nach zu erfassen.

---

<sup>15</sup> § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO („auf Erfordern“); hierzu Bengel/Tiedtke in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 18. Aufl. 2010, § 145 Rz. 21.

- ee) Die Notwendigkeit der Zwei-Wochen-Frist und die Angabe von Gründen für die Fristunterschreitung sollte als „Soll-Vorschrift“ ausgestaltet werden, so dass das Unterbleiben der Angabe von Gründen nicht zur Unwirksamkeit der Beurkundung führt.

§ 17 Abs. 2a BeurkG könnte daher wie folgt gefasst werden:

*„(2a) Der Notar soll das Beurkundungsverfahren so gestalten, dass die Einhaltung der Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 gewährleistet ist. Insbesondere sollen die Beteiligten Gelegenheit erhalten, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinander zu setzen. Gibt ein Verbraucher Erklärungen ab, soll der Notar darauf hinwirken, dass*

1. ... (bisheriger Wortlaut),
2. dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts durch den beurkundenden Notar oder einen Notar im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 1 der Bundesnotarordnung für den Verbraucher kostenfrei zur Verfügung gestellt wird. Dies soll mindestens zwei Wochen vor der Beurkundung erfolgen. Wird diese Frist unterschritten, sollen die Gründe hierfür in der Niederschrift angegeben werden.

*Weitere Amtspflichten des Notars bleiben unberührt.“*

b) § 50 Abs. 1 Nr. 9 BNotO

Die Schaffung eines disziplinarrechtlichen Sondertatbestands erscheint hingegen nicht erforderlich.

Zum einen reichen, wie oben gezeigt, die bisherigen Mittel der Dienstaufsicht aus, um missbräuchlichen Gestaltungen des Beurkundungsverfahrens zu begegnen.

Zum anderen begegnet die Vorschrift gerade wegen der Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe in § 17 Abs. 2a BeurkG („hinwirken“, „im Regelfall“, „Gründe“) Bedenken im Hinblick auf die auch verfassungsrechtlich (Art. 103 Abs. 2 GG) gebotene Bestimmtheit der Disziplinarnorm. Gleiches gilt für die Worte „*grob*“<sup>16</sup> und „*wiederholt*“<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Allenfalls noch verwendet in § 119 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 OwiG, §§ 23 Abs. 3, 70 Abs. 1 Satz 1, 70b Abs. 1 Nr. 1, 167 Abs. 1 Nr. 1, § 219a Abs. 1, 236 Abs. 1, 264 Abs. 2 Nr. 1, 266 Abs. 4 Nr. 1, 283 Abs. 1 Nr. 8, 311 Abs. 3 Nr. 2, 311d Abs. 4 Nr. 2, 315a Abs. 1 Nr. 2, 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB. Am ehesten wird man die Verwendung des Wortes „*grob*“ bei Vermögensdelikten orientieren können. Im Unterschied dazu fehlt jedoch das Substantiv „*Eigennutz*“.

<sup>17</sup> Dieses Wort scheint eher auf das Verfahrensrecht beschränkt, siehe etwa §§ 51 Abs. 1 Satz 4, 77 Abs. 1 Satz 3, 81g Abs. 1 Satz 2 StPO. Interessant auch § 112a Abs. 1 Nr. 2 StPO: „wiederholt oder fortgesetzt“. Das Strafrecht selbst bedient sich des Wortes „*fortgesetzt*“, siehe etwa § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB.

im Disziplinaratbestand selbst. Beispielsweise könnte entgegen der Entscheidung des BVG<sup>18</sup> „*grober Unfug*“ heute zu unbestimmt sein.<sup>19</sup> Zudem ist schon unklar, ob der Verstoß als solcher „*wiederholt*“ sein muss oder ob die Wiederholung „*grob*“ sein muss.

Unseres Erachtens ist in den Fällen, in denen nach dem Entwurf eine Amtsenthebung in Betracht kommt, von einer Strafbarkeit des Notars als Mittäter oder Gehilfe eines gewerbsmäßigen Betrugs bzw. Bandenbetrugs nach § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB auszugehen, so dass schon seine Verurteilung im Strafverfahren nach § 49 BNotO in der Regel den Amtsverlust nach sich ziehen dürfte.

Für weitere Ausführungen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Oliver Vossius

---

<sup>18</sup> BVGE 26, 41.

<sup>19</sup> Eser/Hecker in Schönke/Schröder, StGB 28. Aufl. 2010, § 1 Rz. 17.