

**Herausgeber**

Deutscher Notarverein

**Herausgeberbeirat**

Prof. Dr. Walter Bayer, Jena

Notar Dr. Thomas Diehn, LL. M., Hamburg

Prof. Dr. Nicola Preuß, Düsseldorf

Notar Dr. Christian Rupp, Ulm

Richterin am BGH Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch, Karlsruhe

Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid

**Schriftleiter**

Notarassessor Max Josef Ehrl, Berlin

Notar Dr. Stefan Schmitz, Bonn

alles wichtige praxisnah

eins 2022

**editorial**

Das Notariat in der Fläche (Markus Stuppi)

1

**beitrag des monats**

Verbraucherschutz im Beurkundungsverfahren  
(Wolfgang Litzenburger)

4

**jahresrückblick**

Personengesellschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht –  
Aktuelle Entwicklungen (Christoph Aumann)

15

**praxisforum**

Neuerung in der notariellen Fachprüfung – das  
Vertiefungsgespräch zum Vortrag (Lars Hein)

23

**rechtsprechung**

Anspruch auf Erteilung von Abschriften nur bei konkreter  
Benennung; kein Anspruch gegen den Notar auf pauschale  
Auskunftserteilung (Konstantin Sauer)

27

**Jetzt bestellen!**  
**Einbanddecken 2021**  
**Tel. 0800/66827830**  
(kostenlos)



Das Notariat in der Fläche

Liebe Kolleginnen und Kollegen,

als Notar „auf dem Land“ ist mir kürzlich eine Studie des Münchner ifo-Instituts zum „Einfluss der Corona-Pandemie auf die Wohnortpräferenzen der Menschen“ in die Hände gefallen. Mehr als jeder achte Bewohner in Städten mit über einer halben Million Einwohner will diese laut der Studie binnen maximal eines Jahres verlassen, jeder fünfte Bewohner in den kommenden zwei bis fünf Jahren. Zwei Drittel zieht es dabei in Gemeinden im Speckgürtel einer größeren Stadt oder in Gemeinden mit weniger als 100.000 Einwohnern. Höhere Lebensqualität, günstigere Immobilienpreise und mehr Platzangebot bei gleichzeitig guter Infrastruktur zählen zu den maßgeblichen Beweggründen, insbesondere bei Familien mit Kindern und jüngeren Menschen in der Familiengründungsphase.

Mehr als die Hälfte der 18.000 Befragten nennt als Grund für ihre Entscheidung auch die Corona-Krise. Diese hat den Wunsch nach naturnäherem Leben verstärkt und die Kompromissbereitschaft hinsichtlich der eigenen Wohnverhältnisse und des Wohnumfelds gesenkt. Auch eine Studie des Instituts der Deutschen Wirtschaft vom März 2021 ist zu ähnlichen Ergebnissen gekommen: Danach ziehen bereits seit 2014 mehr Menschen aus den Innenstädten ins Umland als umgekehrt. Die größte Gruppe bilden dabei 35- bis 50-Jährige.

Dies bringt neue Herausforderungen mit sich. Eine bessere Anbindung des suburbanen und ländlichen Raums an urbane Gebiete sowie der Ausbau der Infrastruktur in den betroffenen Kommunen werden stark an Bedeutung gewinnen.

Gleichzeitig lässt sich besonders in ländlich geprägten Regionen schon seit einigen Jahren ein zunehmender Rückzug der staatlichen Rechtspflegeinstitutionen beobachten. Heftig diskutiert und oftmals gleichwohl gegen alle Widerstände umgesetzt wird insbesondere ein Rückzug der Gerichte aus der Fläche, so etwa zuletzt in Brandenburg. Diese Entwicklung ist meines Erachtens bedauerlich und ich bin froh, dass die vorsorgende notarielle Rechtspflege hiervon nicht betroffen ist. Das deutsche Notariat muss keinen „Rückzug aus der Fläche“ beklagen. Im Gegenteil werden Notarstellen auch an Orten aufrechterhalten und mit hochqualifizierten Kolleginnen und Kollegen neu besetzt, an denen die Justiz nicht (mehr) präsent ist. Im Flächenland Rheinland-Pfalz etwa versehen im Jahr 2021 155 Notarinnen und Notare, davon 53 im Kammerbezirk der Notarkammer Pfalz, bürgernah und zuverlässig ihre Amtstätigkeit. Ihnen stehen im gesamten Bundesland 47 Amtsgerichte gegenüber.

Verwundert war ich deshalb insbesondere, als der BGH in der kürzlich ergangenen Entscheidung zur Unterschriftsbeglaubigung auf einer transmortalen Vorsorgevollmacht durch die Urkundsperson der Betreuungsbehörde deren Beglaubigungskompetenz mit dem Verweis auf das Ziel des Gesetzgebers, die Vorsorgevollmacht weiter zu verbreiten sowie bürgernah (!) und kostengünstig auszugestalten, befürwortet hat. Für den Freistaat Bayern wurde an anderer Stelle bereits festgestellt, dass im Jahr 2020 insgesamt 96 Betreuungsstellen 484 Notarinnen und Notaren gegenüberstanden. In Rheinland-Pfalz treffen 36 Betreuungsbehörden auf die genannten 155 Notarinnen und Notare. Die Reichweite der BGH-Entscheidung hat der Gesetzgeber zwischenzeitlich wieder eingegrenzt.

Ich begrüße es ausdrücklich, dass wir Notarinnen und Notare den ländlichen Gegenden die Treue halten und die dortige Bevölkerung anlässlich wesentlicher Lebensentscheidungen einfach und bürgernah mit hochwertiger Rechtsberatung versorgen. Erfreulicherweise fördert auch der Gesetzgeber diese wichtigen Strukturen, so z. B.

jüngst durch § 10a Abs. 3 BNotO in der Fassung ab dem 1.8.2022, der das Amtsbereichsprinzip auch für Urkundstätigkeiten im Online-Verfahren einführt. Das flächendeckende und damit für jedermann zugängliche Angebot notarieller Amtstätigkeit wird im Zeitalter der Digitalisierung keinesfalls obsolet, sondern vielmehr zunehmend zu einem wichtigen Alleinstellungsmerkmal unseres Berufsstandes werden. Denn neben ihrer digitalen Erreichbarkeit werden Notarinnen und Notare auch künftig den Menschen persönlich und vor Ort zur Verfügung stehen. Wir sind daher für die in der ifo-Studie genannten Herausforderungen gut gerüstet. Lassen Sie uns diese Herausforderungen annehmen.

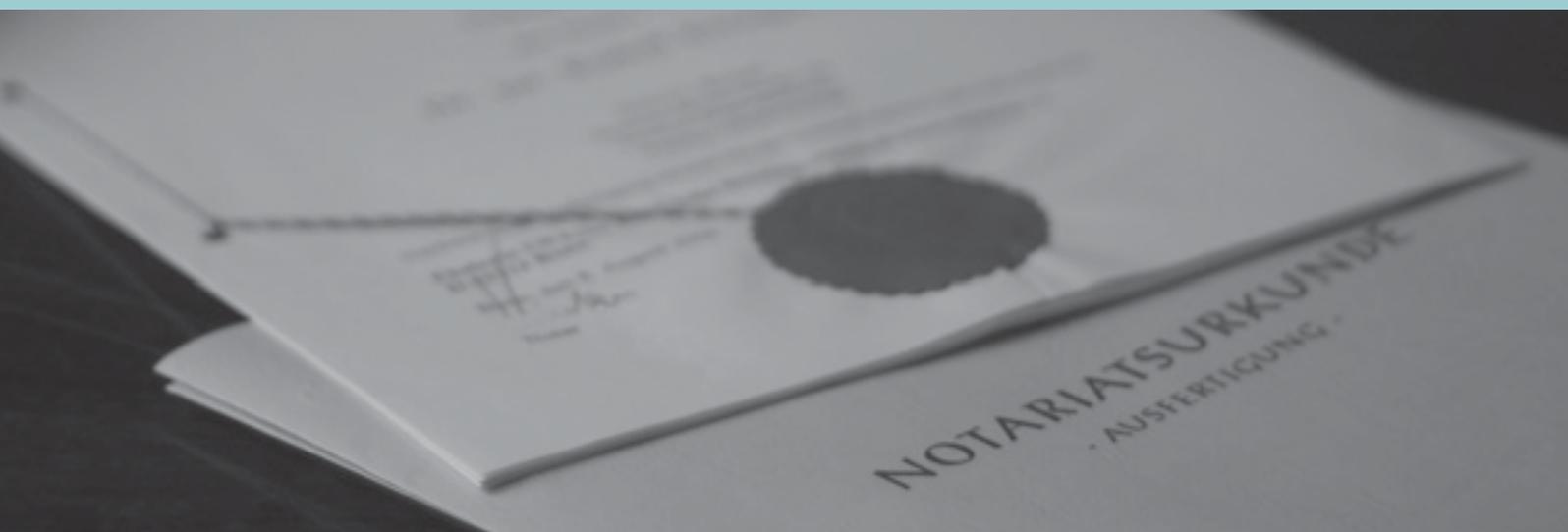
Ihr

A handwritten signature in grey ink, appearing to read 'Dr. Stuppi'.

*Justizrat Dr. Markus Stuppi, LL.M. (Georgetown),  
Präsident der Notarkammer Pfalz*

# inhaltsverzeichnis

<b>editorial</b>	Das Notariat in der Fläche ( <i>Dr. Markus Stuppi</i> )	1
<b>inhalt</b>		3
<b>impressum</b>		14
<b>beitrag des monats</b>	Verbraucherschutz im Beurkundungsverfahren ( <i>Dr. Wolfgang Litzenburger</i> )	4
<b>jahresrückblick</b>	Personengesellschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht – Aktuelle Entwicklungen ( <i>Christoph Aumann, LL.M.</i> )	15
<b>praxisforum</b>	Neuerung in der notariellen Fachprüfung – das Vertiefungsgespräch zum Vortrag ( <i>Dr. Lars Hein, LL.M.</i> )	23
<b>rechtsprechung</b>	BGH: Anspruch auf Erteilung von Abschriften nur bei konkreter Benennung; kein Anspruch gegen den Notar auf pauschale Auskunftserteilung (mit Anmerkung von <i>Konstantin Sauer</i> )	27
<b>nachrichten</b>		31
<b>literatur</b>	Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis (besprochen von <i>Max Josef Ehrl</i> )	32



## beitrag des monats

Wolfgang Litzenburger

# Verbraucherschutz im Beurkundungsverfahren

Dem Verbraucherschutz dienen nicht nur materiell-rechtliche Vorschriften, die den Verbraucher vor Benachteiligungen im Wirtschaftsleben schützen und seine rechtliche Stellung stärken, also seine „strukturelle Unterlegenheit“ kompensieren sollen, sondern auch die Verfahrensvorschriften des Beurkundungsrechts, vor allem aber § 17 Abs. 2a BeurkG. Die das Berufsbild des Notars prägenden Amtspflichten zur Unparteilichkeit, zur Verschwiegenheit und zur Rechtsberatung machen in Verbindung mit der gesetzlich vorgeschriebenen Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens diesen Berufsstand eigentlich seit jeher zum „geborenen Verbraucherschützer“. Doch wie so oft fallen auch insoweit Anspruch und Wirklichkeit auseinander. Ende des letzten Jahrhunderts sorgten einige Notare mit Beurkundungen von „Schrottimmobilien“ und mit ungewöhnlichen Terminen („Mitternachtsnotare“ oder „Dienstleistungsnotare“)<sup>1</sup> für einen Aufschrei der Entrüstung, der den Gesetzgeber schließlich veranlasste, in einer Hauruckaktion binnen kürzester Frist § 17 BeurkG um einen Absatz 2a zu ergänzen.<sup>2</sup> Diese in der Literatur häufig kritisierte Vorschrift ist eine Ansammlung unbestimmter und zum Teil unbestimmbarer Rechtsbegriffe wie „Hinwirken“, „Vertrauensperson“, „beabsichtigter Text“ oder „Regelfrist“ von zwei Wochen. Diese Bestimmung mag zwar in höchstem Maße unsystematisch sein,<sup>3</sup> doch ist sie – wie nachstehend noch dargestellt werden wird – keinesfalls systemwidrig. Bei genauem Hinsehen muss man nämlich feststellen, dass die Vorschrift wenig Neues bringt, sondern eher bereits seit langem bestehende Amtspflichten lediglich konkretisiert, um den Verbraucher durch ein faires Verfahren effektiv zu schützen.<sup>4</sup>

Dennoch ist diese Vorschrift bis heute im Berufsstand Gegenstand vieler Diskussionen über die richtige Auslegung. Die hierzu

ergangene „Anwendungsempfehlung zur praktischen Umsetzung von § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG“ der BNotK im Rundschreiben 20/2003 vom 28.4.2003 schweigt leider allzu oft, wenn der Praktiker Antworten sucht. Auch die Gesetzesbegründung gibt dem ratsuchenden Notar „Steine statt Brot“, weil der Gesetzgeber zwar seine Absichten deutlich beschreibt, nicht aber die sich daraus für den Notar ergebenden konkreten Amtspflichten.<sup>5</sup> Hinzu kommt schließlich, dass das Schrifttum zu diesen verbraucherschützenden Verfahrensvorschriften nicht nur äußerst umfangreich, sondern auch unübersichtlich und zum Teil durch die mit Wirkung ab dem 1.10.2013 erfolgte Verschärfung des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG<sup>6</sup> sowie durch die zwischenzeitlich ergangenen höchst- und obergerichtlichen Gerichtsentscheidungen überholt ist.<sup>7</sup>

Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass die Verunsicherung unter den Notaren über die Handhabung dieser verfahrensrechtlichen Verbraucherschutzbestimmungen in der Beurkundungspraxis auch nach fast 20 Jahren immer noch sehr groß ist.

### A. Gesetzliches Leitbild des funktionsgerechten Beurkundungsverfahrens

Die notarielle Beurkundungspflicht ist kein Selbstzweck, sondern wird je nach Formvorschrift in unterschiedlicher Intensität durch ihre Warn-, Beweis- und Beratungsfunktion legitimiert.<sup>8</sup> Der Notar hat das Beurkundungsverfahren – nicht erst seit Inkrafttreten des § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG – folgerichtig so zu gestalten, dass diese formspezifischen Zwecke bei der Beurkundung von Willenserklärungen gemäß §§ 8 ff. BeurkG so effektiv

<sup>1</sup> Vgl. die Nachweise bei Armbrüster/Preuß/Renner/*Armbrüster*, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 161 f.; Grziwotz/Heinemann/*Grziwotz*, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 17 Rn 56; *Lerch*, BeurkG, 4. Aufl. 2011, § 17 Rn 49.

<sup>2</sup> *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 75 m. w. N.

<sup>3</sup> Frenz/Miermeister/*Frenz*, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 29.

<sup>4</sup> Grziwotz/Heinemann/*Grziwotz*, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 17 Rn 54; *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 20; *Lerch*, BeurkG, 4. Aufl. 2011, § 17 Rn 49 f.

<sup>5</sup> Vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/*Armbrüster*, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 158 ff.

<sup>6</sup> BGBl I 2013, 2378.

<sup>7</sup> Frenz/Miermeister/*Frenz*, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 40.

<sup>8</sup> Frenz/Miermeister/*Frenz*, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 1.

wie möglich erfüllt werden. Das Verfahren folgt also der Funktion der Beurkundungspflicht.<sup>9</sup>

Maßstab der Auslegung der in § 17 Abs. 2a BeurkG normierten Verfahrensgestaltungspflichten des Notars ist die Vorstellung des Gesetzgebers, dass Willenserklärungen bei gleichzeitiger Anwesenheit aller materiell Beteiligten vom Notar beurkundet werden.<sup>10</sup> Von diesem gesetzgeberischen Leitbild darf der Notar nur in dem Umfang abweichen, in dem legitime Gründe dies rechtfertigen.<sup>11</sup> Im Falle der Abweichung muss der Notar dann aber zusätzlich gewährleisten, dass die damit verbundene Beeinträchtigung der Überleitungs-, Beratungs- und Belehrungsfunktion der Beurkundung vorher angemessen auf andere Art und Weise kompensiert worden ist.<sup>12</sup> Der Legitimierungs- und der Kompensationsbedarf wächst dabei in dem Maße, in dem das gewählte Vorgehen im Beurkundungsverfahren vom aufgezeigten gesetzlichen Leitbild der Beurkundungsverhandlung abweicht. Die Anforderungen an die Legitimierung der Abweichung und an den Umfang der Kompensation richten sich – wie die Pflichten gemäß § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG selbst – nach der Beratungs- und Belehrungsbedürftigkeit des vom üblichen Verfahren ausgeschlossenen materiell Beteiligten.

Der Wortlaut des § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG deutet eigentlich darauf hin, dass der Notar die materiell Beteiligten so verfahrensmäßig einbinden müsse, dass er diese – und nicht nur die formell Beteiligten – belehren könne. Dies hätte allerdings zur Folge, dass die materiell Beteiligten zwingend persönlich an der Beurkundung teilnehmen müssten, sich also nicht vertreten lassen könnten, obwohl gemäß §§ 164 ff. BGB eine Bevollmächtigung – außer bei bestimmten höchstpersönlichen Rechtsgeschäften – generell zugelassen ist. Die Gesetzesbegründung zu § 17 Abs. 2a BeurkG macht jedoch deutlich, dass der Gesetzgeber damit nur eine „*planmäßige, missbräuchliche Gestaltung des Urkundsverfahrens*“ verhindern wollte.<sup>13</sup> Solange also unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht durch das konkrete Vorgehen des Notars ohne sachlich gerechtfertigten Grund benachteiligt, insbesondere von den Belehrungen abgeschnitten werden,<sup>14</sup> ist sowohl eine Vertretung gemäß §§ 164 ff. BGB als auch jede andere Verfahrensweise, die materiell-rechtlich (z. B. §§ 145 ff., 177 BGB) oder aufgrund anderer verfahrensrechtlicher Bestimmungen (z. B. §§ 13a, 13 Abs. 2 BeurkG) ausdrücklich zulässig ist, nicht durch § 17 Abs. 2a BeurkG verboten.<sup>15</sup> § 17 Abs. 2a BeurkG muss daher so ausgelegt werden, dass den Zielsetzungen sowohl dieser Vorschrift als auch denen der anderen verfahrens- bzw. materiell-rechtlichen Bestimmungen zur effektiven Geltung verholten wird. Anders als im Disziplinarrecht soll diese Vorschrift allerdings nicht erst den „systematischen“ Missbrauch des Beurkundungsverfahrens verhindern, sondern schließt einen Gestaltungsmissbrauch in jedem Einzelfall aus.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 31.

<sup>10</sup> Vgl. BeckOGK/Regler, 1.8.2021, BeurkG § 17 Rn 119.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 7.2.2013 – III ZR 121/12, NJW 2013, 1452 Rn 20; OLG Celle, Beschl. v. 18.3.2010 – Not 1/10, BeckRS 2010, 22387; Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 167 f.; Vaasen/Stärke, DNotZ 1998, 661, 675; Solveen, RNotZ 2002, 318, 321 f.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 7.2.2013 – III ZR 121/12, NJW 2013, 1452 Rn 20 m. w. N.

<sup>13</sup> BT-Drucks 13/4184, 47.

<sup>14</sup> OLG Celle, Beschl. v. 18.3.2010 – Not 1/10, BeckRS 2010, 22387 unter 2) b) bb).

<sup>15</sup> OLG Celle, Beschl. v. 18.3.2010 – Not 1/10, BeckRS 2010, 22387 unter 2) c) aa); Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 164; Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 31.

<sup>16</sup> Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 31; Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 164, 169.

## B. Normstruktur des § 17 BeurkG

Zum besseren Verständnis der Verbraucherschutzvorschriften lohnt ein genauerer Blick auf sämtliche in § 17 BeurkG normierten Pflichten des Notars. Dabei wird deutlich, dass die Gestaltungsgebote des § 17 Abs. 2a BeurkG letzten Endes nur der verfahrensrechtlichen Absicherung der in den vorangehenden beiden Absätzen des § 17 BeurkG bereits postulierten Aufklärungs- und Belehrungspflichten des Notars bei der Beurkundung von Willenserklärungen dienen. Die Analyse ergibt folgende Grundstruktur:<sup>17</sup>

### I. Generalklausel des Beurkundungsrechts

Der Notar wird durch § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG verpflichtet, den Sachverhalt sowie den wirklichen Willen der Beteiligten i. S. d. §§ 133, 157 BGB zu erforschen, durch Belehrung sicherzustellen, dass sich die Beteiligten der rechtlichen und unter Umständen auch der wirtschaftlichen Folgen bewusst sind, und den Erklärungsinhalt eindeutig in der Niederschrift zu formulieren. Mit Recht wird diese Generalklausel als Kernstück<sup>18</sup> bzw. magna charta<sup>19</sup> des Beurkundungsrechts bezeichnet. Der Notar schuldet den Beteiligten die Erfüllung dieser Pflichten zur Zeit der Beurkundung, sodass er etwa vorher vorgenommene Belehrungen beweisen muss.<sup>20</sup> Weil der Notar die persönliche Verantwortung dafür trägt, darf er sich auch nicht darauf verlassen, dass die Beteiligten von Dritten (z. B. Rechtsanwalt, Steuerberater) aufgeklärt worden sind, sondern muss sich stets persönlich vergewissern, ob die Beteiligten tatsächlich belehrt worden sind und die Belehrungen auch richtig verstanden haben.<sup>21</sup>

### II. Grundlegende Verfahrensvorschrift

§ 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG basiert auf der vorstehend unter Ziffer 1 skizzierten Kernvorschrift des Beurkundungsrechts und macht den Notar persönlich dafür verantwortlich, dass er die Prüfungs-, Beratungs- und Belehrungspflichten aufgrund der ersten beiden Absätze auch durch eine adäquate Gestaltung des Beurkundungsverfahrens effektiv zur Geltung bringt, insbesondere bei der Vorbereitung und der Durchführung der Beurkundungsverhandlung. Überspitzt formuliert bedeutet dies, dass das Vorlesen und das Belehren nicht zu einer reinen Förmerei verkommen dürfen. Diese Amtspflicht gilt ausnahmslos für alle Beurkundungen, also nicht nur für Verbraucherverträge i. S. d. § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG.

### III. Verbraucherschutzvorschrift

Bei allen Verbraucherverträgen i. S. d. § 310 Abs. 3 BGB verpflichtet § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG den Notar dazu, das Verfahren nicht nur im Sinne des ersten Satzes zu gestalten, sondern darauf „hinzuwirken“, dass den Verbraucher die Belehrungen und Beratungen des Notars auch tatsächlich erreichen, zumindest durch Vermittlung einer Vertrauensperson im Falle der Vertretung. Diese besonderen Pflichten beim Verbrauchervertrag überschneiden sich zwar mit dem generellen Gebot zur funktionsgerechten Verfahrensgestaltung gemäß § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG, verdrängen dieses aber nur in dem Umfang, in dem höhere Anforderungen an die Verfahrensgestaltung gestellt werden. Deshalb ist zu beachten, dass der Satz 2 dieser Norm nur die

<sup>17</sup> Krit. dazu Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 40 f.

<sup>18</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 1; Lerch, BeurkG, 4. Aufl. 2011, § 17 Rn 1.

<sup>19</sup> Regler, MittBayNot 2016, 310.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 25.4.1996 – IX ZR 237/95, NJW 1996, 2037.

<sup>21</sup> Vgl. OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 15.2.2012 – 4 U 129/11, BeckRS 2012, 7019.

Pflichten gegenüber dem Verbraucher regelt, während sich diejenigen gegenüber dem Unternehmer unverändert aus Satz 1 ergeben. Aber auch die Schutzpflichten gegenüber dem Verbraucher verbieten einen Rückgriff auf das weniger strenge und starre Gebot der funktionsgerechten Verfahrensgestaltung nur in dem Umfang, in dem Satz 2 weitergehende Anforderungen stellt.

### C. Begriff des Verbrauchervertrags

Im Mittelpunkt der Schutzbestimmungen des § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG steht der Begriff des Verbrauchervertrags. Nur wenn ein solcher beurkundet werden soll, treffen den Notar die besonderen Amtspflichten aus dieser Vorschrift.

Der Notar muss im Rahmen des § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG eigenverantwortlich entscheiden, ob die zu beurkundenden Willenserklärungen auf den Abschluss eines Verbrauchervertrags i. S. d. § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG i. V. m. § 310 Abs. 3 BGB gerichtet sind, also auf einen Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer. Nach § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können, während Unternehmer i. S. d. § 14 Abs. 1 BGB alle Personen sind, die mit dem Rechtsgeschäft genau diese Zwecke verfolgen. Nach diesen Legaldefinitionen können juristische Personen und Personengesellschaften zwar niemals Verbraucher sein, doch sind sie deshalb nicht zwingend auch Unternehmer. Die Abgrenzung ist in der notariellen Praxis alles andere als einfach, zumal der Notar auf die Angaben der Beteiligten angewiesen ist, diese aber bestenfalls einer Plausibilitätsprüfung unterziehen kann.

Für diese Abgrenzung zwischen Verbraucher und Unternehmer ist grundsätzlich die – objektiv zu bestimmende – Zweckrichtung des Rechtsgeschäfts entscheidend.<sup>22</sup> Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt der Beurkundung. Existenzgründer sind daher nur insoweit Verbraucher, als das zu beurkundende Geschäft der Vorbereitung ihrer Existenzgründung dient, also nicht bei Geschäften im Rahmen ihrer werbenden Geschäftstätigkeit.<sup>23</sup>

Eine gewerbliche Tätigkeit setzt zwar ein planmäßiges und auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt unter Teilnahme am Wettbewerb voraus,<sup>24</sup> aber nicht notwendigerweise eine Gewinnerzielungsabsicht.<sup>25</sup> Deshalb schließt die Gemeinnützigkeit einer juristischen Person deren Unternehmereigenschaft nicht aus.<sup>26</sup>

Die Verwaltung eigenen Vermögens einschließlich Immobilien ist allerdings regelmäßig keine derartige gewerbliche Tätigkeit, sondern ist dem privaten Bereich zuzuordnen, und zwar unabhängig vom Vermögenswert oder von der Kreditfinanzierung.<sup>27</sup> Ausschlaggebend für die Abgrenzung der privaten von der gewerblichen Vermögensverwaltung sind vielmehr der Umfang, die Komplexität und die Anzahl der damit verbundenen Vor-

gänge.<sup>28</sup> Auch die Anzahl der erworbenen Immobilien ist kein ausreichendes Indiz für eine gewerbliche Tätigkeit.<sup>29</sup> Dies gilt auch bei einem Weiterverkauf des erworbenen Grundbesitzes. Ein unternehmerischer Grundstückshandel kommt erst dann in Betracht, wenn ein bestimmtes Maß überschritten wird.<sup>30</sup>

Auf die Beurteilung des Gewerbebegriffs in anderen Rechtsgebieten kann dabei allerdings nicht zurückgegriffen werden.<sup>31</sup> Dies gilt auch für die im Einkommen- und Gewerbesteuerrecht angewandte sog. Drei-Objekt-Grenze, nach der steuerlich ein gewerbmäßiger Grundstückshandel indiziert wird, wenn der Steuerpflichtige binnen eines Zeitraums von regelmäßig fünf Jahren seit dem Erwerb mehr als drei Grundstücke oder Eigentumswohnungen wieder veräußert.<sup>32</sup> Im Steuerrecht dient die „Drei-Objekte-Grenze“ der Vereinfachung und der Rechtssicherheit bei der Besteuerung, während die §§ 13 und 14 BGB die Funktion haben, eine vom Gesetzgeber vermutete wirtschaftliche Ungleichheit des Verbrauchers auszugleichen, um ihn als geschäftsunerfahrenen – strukturell unterlegenen – Teilnehmer im Geschäftsverkehr mit einem Unternehmer zu schützen.<sup>33</sup>

Beim Verbrauchervertrag muss es sich nicht notwendigerweise um einen Kaufvertrag handeln. Erfasst werden sämtliche Austauschverträge, die ein Unternehmer mit einem Verbraucher im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit schließt (z. B. Tausch, Erbbaurechtsbestellung, Gesellschaftsvertrag). Zwar schließt § 310 Abs. 4 BGB Verträge auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrecht ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich der Verbraucherschutzbestimmungen aus, doch können sie in Ausnahmefällen doch zur Anwendung der Schutzvorschriften des § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG führen.<sup>34</sup> Sie gelten außerdem für alle einseitigen Rechtsgeschäfte, die auf den Abschluss eines derartigen Vertrags gerichtet sind (z. B. Vollmacht).<sup>35</sup>

Gelangt der Notar auf der Grundlage der ihm zugänglichen Informationen bei seiner Prüfung des Sachverhalts, wobei er grundsätzlich auf die Angaben der Beteiligten vertrauen darf, zu keinem eindeutigen Ergebnis, hat er, dem Gebot des sichersten Weges folgend, die Vorschriften zum Schutze des Verbrauchers zu beachten.<sup>36</sup>

## D. Funktionsgerechte Vorbereitung und Gestaltung des Beurkundungsverfahrens

### I. Vorbereitung der Beurkundung

#### 1. Gelegenheit zur Vorbereitung auf die Verhandlung

##### a) Grundlegende Amtspflicht

Zu den Amtspflichten des § 17 Abs. 1 BeurkG gehört es, dass sich die Beteiligten in angemessener Art und Weise mit dem Text der Urkunde vor der eigentlichen Beurkundung vertraut machen können. Folgerichtig haben sie deshalb bei sämtlichen Beurkundungen gemäß § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG ein Recht darauf, dass der Notar ihnen einen Entwurf der vorbereiteten Urkunde aus-

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 28.5.2020 – III ZR 58/19, NJW 2020, 3786, 3787 Rn 16 m. w. N.

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 15.11.2007 – III ZR 295/06, NJW 2008, 435, 436; Beschl. v. 24.2.2005 – III ZB 36/04, NJW 2005, 1273, 1274.

<sup>24</sup> Vgl. BGH NJW 2018, 146 Rn 40; BGHZ 167, 40 = NJW 2006, 2250 Rn 14 und BGHZ 149, 80 [86] = NJW 2002, 368.

<sup>25</sup> BGH NJW 2018, 146 Rn 40.

<sup>26</sup> MüKo-BGB/Micklitz, 9. Aufl. 2021, BGB § 14 Rn 7 f.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 20.2.2018 – XI ZR 445/17, NJW 2018, 1812, 1814 Rn 19; Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 201.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 20.2.2018 – XI ZR 445/17, NJW 2018, 1812, 1814 Rn 19.

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 20.2.2018 – XI ZR 445/17, NJW 2018, 1812, 1814 Rn 20.

<sup>30</sup> Struck, MittBayNot 2003, 259, 262.

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 28.5.2020 – III ZR 58/19, NJW 2020, 3786, 3787 Rn 23 m. w. N.

<sup>32</sup> BFH, Urt. v. 16.9.2009 – X R 48/07; BeckRS 2009, 25015779 m. w. N.

<sup>33</sup> BGH, Urt. v. 28.5.2020 – III ZR 58/19, NJW 2020, 3786, 3787 Rn 23.

<sup>34</sup> Siehe dazu Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 101 m. w. N.

<sup>35</sup> BGH, Beschl. v. 16.3.2015 – NotSt(Brfg) 7/14, DNotZ 2015, 548, 551; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 95 m. w. N.

<sup>36</sup> BGH, Urt. v. 28.5.2020 – III ZR 58/19, NJW 2020, 3786, 3787 Rn 14; Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 201; Sorge, DNotZ 2002, 593, 599.

händigt oder übersendet, damit jeder von ihnen sich auf die Beurkundung ausreichend vorbereiten kann.<sup>37</sup>

Die Aushändigung eines Entwurfs ist aber – wie § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 S. 1 Hs. 1 BeurkG mit der Formulierung „*der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen*“ belegt – nur eine von mehreren Möglichkeiten, um den Beteiligten die angemessene Vorbereitung auf den Beurkundungstermin zu ermöglichen. Welche Maßnahmen bei einem Verzicht auf einen Entwurf geboten sind, richtet sich nach Art und Schwierigkeitsgrad des Geschäfts.<sup>38</sup>

Die widerstreitenden Interessen der an einem Vertrag oder einem mehrseitigen Rechtsgeschäft Beteiligten verlangen im Regelfall eine Vorbereitung durch Studium eines Entwurfs. Dies gilt vor allem für Grundstückskaufverträge, Übergabeverträge, Eheverträge, Scheidungsfolgenvereinbarungen, Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente, aber auch für auf einen entsprechenden Vertragsschluss gerichtete Erklärungen (z. B. Angebot, Annahme, Schenkungsversprechen). Allenfalls bei äußerst einfachen Sachverhalten (z. B. vorbehaltlose Grundstücksschenkung) kann auf einen Entwurf verzichtet werden. Auch beim Verkauf lastenfreier Grundstücke, bei denen der Kaufpreis bereits vor der Beurkundung bezahlt ist und der Vertragstext vom Notar entworfen wurde, ist ein Entwurf nicht zwingend notwendig.

Im Unterschied zu Verträgen und mehrseitigen Rechtsgeschäften können bei einseitigen Willenserklärungen (z. B. Vollmachten, Testamenten, Bewilligungen) Ausnahmen in weiterem Umfang zulässig sein. Bei General- oder Vorsorgevollmachten sowie bei Testamenten bzw. Erbverträgen sollte ohne vorhergehenden Entwurf nur dann beurkundet werden, wenn andernfalls die Gefahr besteht, dass die Beurkundung nicht mehr rechtzeitig erfolgt (z. B. bevorstehende Operation, lebensgefährliche Erkrankung).

Generell gilt aufgrund des bereits dargestellten Gebots der funktionsgerechten Verfahrensgestaltung bei einem Verzicht auf einen Entwurf, dass der Notar das Weniger an Vorbereitungsmöglichkeit durch ein Mehr an allgemeinverständlicher Erläuterung des Inhalts und der Tragweite der Urkunde während der Verhandlung selbst wieder kompensieren muss.

Wird ein Entwurf vor der Beurkundung geändert, so braucht der Notar im Unterschied zur Sonderregelung bei Immobilienverbraucherverträgen gemäß § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 Hs. 2 BeurkG keinen neuen Text mehr zu übersenden. Doch sollte der Notar zum Zwecke der Kompensation der Defizite bei der Vorbereitung dann in der Verhandlung deutlich auf die vorgenommenen Änderungen hinweisen und deren rechtliche Folgen besonders ausführlich erläutern.<sup>39</sup>

#### b) Besonderheiten bei Verbraucherverträgen aller Art

Die Verbraucherschutzvorschrift des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 S. 1 Hs. 1 BeurkG hat keinen über die so verstandene Generalklausel des Satzes 1 hinausgehenden Regelungsinhalt, ist also im Grunde genommen nichts anderes als eine Bestätigung des bereits in Satz 1 enthaltenen Gebots, für eine angemessene Vorbereitung der Beurkundung zu sorgen. Die Übersendung bzw. Aushändigung eines Entwurfs ist also auch bei allen Verbraucherverträgen zwar die Regel, doch kann in weiterem Umfang hiervon abge-

wichen werden als bei den nachstehend behandelten Verbraucherimmobilienverträgen.<sup>40</sup> Dies gilt namentlich für die Grundpfandrechtsbestellungsformulare der Banken im Rahmen von Verbraucher kreditgeschäften, weil diese zum einen in aller Regel vom Beteiligten selbst dem Notar mit einem entsprechenden Beurkundungsauftrag ausgehändigt werden und diese zum anderen ohne fachkundige Erklärung ohnehin keine Vorbereitung ermöglichen.<sup>41</sup>

Ein Entwurf in diesem Sinne ist auch hier mehr als ein Vertragsmuster. Er sollte alle Punkte enthalten, die die Beteiligten benötigen, um die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen sicher beurteilen zu können. Insoweit sind die Anforderungen aber weniger streng als bei den nachstehend behandelten Verbraucherimmobilienverträgen gemäß § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 S. 1 Hs. 2 BeurkG.

Völlig unverständlich ist dabei aber, warum der Notar nach dem Gesetzeswortlaut nur darauf „hinwirken“ soll, dass sich der Verbraucher ausreichend mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinandersetzen kann, schließlich ist der Notar Herr des Verfahrens und hat es selbst in der Hand, insbesondere durch Fertigung eines Entwurfs, diese Gelegenheit zu schaffen. Diese nebulöse Formulierung ändert jedoch nichts daran, dass in § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG eine unbedingte Amtspflicht des Notars ausgesprochen worden ist, durch eigene, geeignete und angemessene Maßnahmen die Befassung des Verbrauchers mit dem Vertragstext zu ermöglichen, insbesondere durch rechtzeitige Übersendung bzw. Aushändigung eines Entwurfs.<sup>42</sup>

#### c) Entwurfspflicht bei Verbraucherimmobilienverträgen

Beim Verbrauchervertrag über den Erwerb oder die Veräußerung einer Immobilie geht § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 S. 1 Hs. 2 BeurkG über diese grundlegende Vorbereitungspflicht für sämtliche Beurkundungen hinaus und verlangt vom Notar zwingend, dem Verbraucher einen Entwurf per Post, per Telefax oder auf irgendeinem elektronischen Weg zu übersenden oder auszuhändigen. Nach der gebräuchlichen Diktion des Beurkundungsgesetzes sind auch Soll-Vorschriften unbedingte Amtspflichten des Notars, sodass er auch in begründeten Ausnahmefällen nicht davon abweichen darf. Dies gilt selbst dann, wenn eine Beurkundung ausnahmsweise vor Ablauf der zweiwöchigen Wartefrist sachlich gerechtfertigt ist.

Diese unbedingte Entwurfspflicht bezieht sich dabei ausnahmslos auf alle gemäß § 311b Abs. 1 und 3 BGB beurkundungspflichtigen Verträge über den Erwerb bzw. die Veräußerung von Immobilien beziehungsweise des gegenwärtigen Vermögens oder eines Teils hiervon. Sie gilt auch für einen solchen Vertrag vorbereitende Erklärungen (z. B. Vollmachten, Schenkungsversprechen) sowie für entsprechende Angebots- und Annahmeprotokolle. Auch Grundstücksversteigerungen werden von dieser Vorschrift erfasst, wenn § 156 BGB über den Zuschlag abbedungen ist, weil bei einer solch „unechten“ Versteigerung letztlich nur der endgültige Käufer ausgewählt wird, dem dann ein gemäß § 311b Abs. 1 BGB beurkundungspflichtiger Verbraucherimmobilienvertrag nachfolgt.<sup>43</sup> Im Unterschied zur echten Versteigerung muss daher in diesem Fall ein Entwurf rechtzeitig vor der Beurkundung versandt bzw. ausgehändigt werden.

<sup>37</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 73 m. w. N.

<sup>38</sup> Armbrüster/Preuß/Renner/*Armbrüster*, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 217 [„flexibler Maßstab“] m. w. N.

<sup>39</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 22.5.2003 – IX ZR 201/01, NJW-RR 2003, 1498.

<sup>40</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 154.

<sup>41</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 74, 155; Sorge, MittBayNot 2002, 325, 332; Hertel, ZNotP 2002, 286, 290.

<sup>42</sup> Vgl. Junglas, NJOZ 2012, 561, 562 zu Verbraucherimmobilienverträgen.

<sup>43</sup> BGH, Urt. v. 24.11.2014 – NotSt (Brfg) 3/14, NJW-RR 2015, 951, 952 Rn 22 f.

Die von § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 S. 1 Hs. 2 BeurkG geforderte Übersendung bzw. Aushändigung des „beabsichtigten Textes“ ist nach mittlerweile h. M. mehr als ein mehr oder weniger individualisiertes Muster.<sup>44</sup> Entsprechend dem Schutzzweck dieser Norm muss der Text alle Informationen enthalten, die der Verbraucher benötigt, um die rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen des Geschäfts für sich prüfen zu können. Bei einem Kaufvertrag gehören deshalb zu den essentialia negotii:<sup>45</sup>

- Name und Anschrift des Unternehmers,<sup>46</sup>
- bei mehreren Käufern deren Namen und Anschriften sowie vor allem das Erwerbsverhältnis i. S. d. § 47 Abs. 1 GBO, während bei einem Kauf durch einen Erwerber allein oder gemeinsam mit einer Ehepartnerin bzw. einem Ehepartner die Personalien nicht zu den essentialia in diesem Sinne gehören,<sup>47</sup>
- die Bezeichnung des Vertragsgegenstandes<sup>48</sup> einschließlich Sonderwünsche, wenn sie im Kaufpreis enthalten sind,<sup>49</sup>
- die Höhe des Kaufpreises,<sup>50</sup>
- die Zahlungsmodalitäten (z. B. Hinterlegung oder unmittelbare Zahlung, Schuldübernahme oder Löschung von Belastungen),<sup>51</sup>
- die Erschließungskostenverteilung<sup>52</sup> sowie
- die Regelungen über die Sach- und Rechtsmangelfreiheit.<sup>53</sup>

Dagegen können konkrete Termine zu Fälligkeit, Bezugsfertigkeit und Übergabe fehlen.

Im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist zusätzliche Voraussetzung eines Entwurfs im Sinne dieser Vorschrift, dass der Notar diesen aufgrund einer aktuellen Grundbucheinsicht formuliert hat.<sup>54</sup>

Unzureichend ist jedenfalls ein abstraktes, nicht näher individualisiertes Vertragsmuster. Dies gilt selbst dann, wenn dieses einer Bezugsurkunde gemäß § 13a BeurkG als Anlage beigefügt ist<sup>55</sup> oder auf der Homepage des Notars eingesehen werden kann.<sup>56</sup>

Wird in dem Vertragstext auf andere Urkunden gemäß § 13a BeurkG verwiesen (z. B. Baubeschreibung, Teilungserklärung), so müssen auch diese dem Verbraucher rechtzeitig mit dem Entwurf zur Verfügung gestellt werden.<sup>57</sup>

Seit dem 1.10.2013 reicht es nicht mehr aus, wenn der Unternehmer oder ein Makler den Entwurf des Notars dem Verbraucher übermittelt. Der Notar selbst oder sein Sozius hat dem Verbraucher diesen postalisch, per Fax oder mit elektronischen Kommunikationsmitteln aller Art (z. B. Versand per E-Mail, Zugriff im Internet) zur Verfügung zu stellen. Nur so kann er als Amtsträger sicherstellen, dass dieser den beabsichtigten Text auch tatsächlich empfangen hat.<sup>58</sup> Der Entwurf muss dem Verbraucher entweder ausgehändigt oder in Textform übermittelt werden, sodass es nicht genügt, wenn dem Verbraucher angeboten wird, diesen im Notariat einzusehen.<sup>59</sup>

Grundsätzlich reicht es ebenso wenig aus, wenn ein sog. Zentralnotar bei einem größeren Immobilienprojekt die Urkundenentwürfe samt Bezugsurkunden versandt hat.<sup>60</sup> Mit Recht wird im Schrifttum nahezu einhellig gefordert, dass derjenige Notar, der die Erklärungen des Verbrauchers beurkunden soll, sowohl den Text der Urkunde als auch die Bezugsurkunden diesem zur Verfügung stellen muss.<sup>61</sup> Allerdings muss es genügen, wenn – wie so oft in der notariellen Praxis – der Verbraucher selbst dem Notar den Text der Urkunde und die Bezugsurkunden verbunden mit einem Beurkundungsauftrag aushändigt bzw. übersendet. Eine erneute Übersendung bzw. Aushändigung dieser Unterlagen wäre dann eine sinnentleerte Förmelerei. Dagegen reicht es nicht aus, wenn der Zentralnotar die Unterlagen auf Veranlassung des Verbrauchers dem beurkundenden Notar zuleitet, weil das Gesetz die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Verbraucher sicherstellen will. In diesem Fall muss der beurkundende Notar selbst die Pflichten aus § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 S. 1 Hs. 2 BeurkG erfüllen und die Unterlagen dem Verbraucher aushändigen bzw. übersenden.

## 2. Bedenk- bzw. Wartezeit vor der Beurkundung

### a) Angemessene Bedenkzeit bei Beurkundungen

Weil die notarielle Beurkundung in der Regel auch Warnfunktion hat, sollte gemäß § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG bei allen Beurkundungen ein Entwurf so rechtzeitig vor dem Beurkundungstermin übersandt werden, dass jeder materiell Beteiligte den Text unter normalen Umständen auch überprüfen (lassen) kann (Übereilungsschutz). Die Angemessenheit der Frist zwischen Aushändigung und Beurkundung richtet sich sowohl nach Art und Schwierigkeit des Geschäfts als auch nach der Sachkunde der Beteiligten.<sup>62</sup>

Die Anforderungen sind bei Verträgen und bei auf deren Abschluss gerichteten einseitigen Erklärungen (z. B. Angebot, Annahme, Schenkungsversprechen) wesentlich höher als bei Verfahrensanträgen (z. B. Erbscheinsantrag, Adoptionsantrag), weil bei Verträgen nicht nur die rechtlichen Probleme, sondern auch

<sup>44</sup> OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 21.6.2017 – 4 U 181/16, BeckRS 2017, 133581 Rn 13.

<sup>45</sup> Krit. hierzu und für Orientierung am Beginn der Widerrufsfrist gemäß § 355 Abs. 2 BGB: Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 51.

<sup>46</sup> BGH, Urt. v. 23.8.2018 – III ZR 506/16, NJW-RR 2018, 1531, 1532 Rn 22; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 21.6.2017 – 4 U 181/16, BeckRS 2017, 133581 Rn 13; Junglas, NJOZ 2012, 561 564.

<sup>47</sup> OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 21.6.2017 – 4 U 181/16, BeckRS 2017, 133581 Rn 13; vgl. dazu BNotK-Rundschreiben 20/2003 v. 28.4.2003 unter D. III.

<sup>48</sup> BGH, Urt. v. 23.8.2018 – III ZR 506/16, NJW-RR 2018, 1531, 1532 Rn 22; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 21.6.2017 – 4 U 181/16, BeckRS 2017, 133581 Rn 13; Philippsen, NotBZ 2002, 137, 144.

<sup>49</sup> A. M. Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 167.

<sup>50</sup> BGH, Urt. v. 23.8.2018 – III ZR 506/16, NJW-RR 2018, 1531, 1532 Rn 22; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 21.6.2017 – 4 U 181/16, BeckRS 2017, 133581 Rn 13; a. M. Philippsen, NotBZ 2002, 137, 140; BNotK-Rundschreiben 20/2003 v. 28.4.2003 unter D. III.

<sup>51</sup> OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 21.6.2017 – 4 U 181/16, BeckRS 2017, 133581 Rn 13; vgl. auch BGH, Urt. v. 23.8.2018 – III ZR 506/16, NJW-RR 2018, 1531, 1532 Rn 22.

<sup>52</sup> Solveen, RNotZ 2002, 318, 324.

<sup>53</sup> OLG Celle, Beschl. v. 18.3.2010 – 110 Not 1/10, BeckRS 2010, 22387; Junglas, NJOZ 2012, 561 564; Solveen, RNotZ 2002, 318, 324.

<sup>54</sup> BGH, Urt. v. 23.8.2018 – III ZR 506/16, NJW-RR 2018, 1531, 1532 Rn 22; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 167a; jeweils m. w. N.

<sup>55</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 20.4.2016 – 5 U 173/15, BeckRS 2016, 126468 Rn 45.

<sup>56</sup> BGH, Urt. v. 24.11.2014 – NotSt (Brfg) 3/14, NJW-RR 2015, 951, 952 Rn 20; vgl. auch Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 163.

<sup>57</sup> BNotK-Rundschreiben 20/2003 v. 28.4.2003 unter D. III.

<sup>58</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 163.

<sup>59</sup> Bohrer, DNotZ 2002, 579, 583.

<sup>60</sup> A. M. Bericht der Abgeordneten Andrea Astrid Vofshoff, Christoph Strässer, Mechthild Dyckmans, Jens Petermann und Ingrid Hönlinger, BT-Drucks 17/13137, 4; BNotK-Rundschreiben 25/2013 v. 2.10.2013 unter A. I. 3. c): wenn zur Zeit der Übersendung des Entwurfs der versendende Notar bzw. sein Sozius beurkunden sollte.

<sup>61</sup> Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 226 m. w. N.

<sup>62</sup> Vgl. Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 48.

die widerstreitenden Interessen der Vertragsteile sorgfältig bedacht werden müssen.

Bei Verträgen, insbesondere Kaufverträgen, ist die Vergabe von „Blankotermi-“ auch bei anderen Rechtsgeschäften als Verbraucherimmobilienverträgen demzufolge völlig unzulässig. Kurzfristige Termine sind nach dieser Grundregel des Beurkundungsverfahrensrechts vom Notar nur zu verantworten, wenn die Beteiligten sachkundig oder anwaltlich beraten sind und das Defizit an Vorbereitungsgelegenheit durch eine besonders intensive Beratung und Belehrung durch den Notar bei der Verhandlung wieder ausgeglichen wird. Dies gilt so auch für Verbraucher- verträge gemäß § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 S. 1 Hs. 1 BeurkG, wobei wegen der im Allgemeinen gegebenen Geschäftsunerfahrenheit des Verbrauchers diesem eine längere Bedenkzeit einzuräumen ist als einem Unternehmer.

#### b) *Zweiwöchige Wartefrist bei Verbraucherimmobilienverträgen*

Bei Verbraucherimmobilienverträgen verschärft § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 S. 1 Hs. 2 BeurkG diese allgemein geltenden Amtspflichten des Notars, indem er eine Regelfrist von zwei Wochen zwischen der Aushändigung bzw. Übersendung des Entwurfs der Urkunde einschließlich etwaiger Bezugsurkunden und dem Beurkundungstermin vorschreibt.

Die Einhaltung dieser Amtspflicht steht nicht zur Disposition des Verbrauchers, sodass die Beurkundung ohne Einhaltung der Wartefrist vom Notar auch dann abzulehnen ist, wenn dies von den Beteiligten ausdrücklich gewünscht wird.<sup>63</sup> Auch die Vereinbarung eines zeitlich befristeten Rücktrittsrechts entbindet nicht von der Einhaltung der besonderen Amtspflicht des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG, weil dieses eine stärkere rechtliche und psychologische Bindung des Verbrauchers entfaltet als diese vorverlagerte Bedenkzeit.<sup>64</sup>

#### aa) *Abweichen von der Regelfrist*

Weil diese Frist „im Regelfall“ einzuhalten ist, kann im Einzelfall auch eine kürzere Frist angemessen sein.<sup>65</sup> Ein Unterschreiten der Regelfrist kommt dabei nur in Betracht, wenn im Einzelfall – auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers – nachvollziehbare Gründe es rechtfertigen, diese zu verkürzen. Voraussetzung für die Nichteinhaltung der Frist ist deshalb ein sachlicher Grund für ihre Abkürzung.<sup>66</sup> Drohende steuerliche Nachteile (z. B. Grunderwerbsteuererhöhung, steuerliche Abschreibungsregelungen) reichen als sachlicher Grund hierfür ebenso aus wie die Gefahr, dass der Vertrag andernfalls nicht zustande kommt (z. B. Ablauf einer Annahmefrist, bevorstehender Krankenhausaufenthalt des Verbrauchers).<sup>67</sup> Dagegen rechtfertigt allein der geringe Wert eines Grundstücks (z. B. Garten, Garage) die Abkürzung der Wartefrist nicht, weil weder die Formvorschrift des § 311b BGB noch die Verfahrensnorm des § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG eine Abstufung nach der Werthaltigkeit eines Grundstücks erlauben.<sup>68</sup>

Die Erwerberkonkurrenz für das Objekt reicht entgegen der h. M.<sup>69</sup> für eine Fristabkürzung als sachlicher Grund nicht aus, weil diese in der seit Jahrzehnten in Deutschland herrschenden Immobilienknappheit in der Regel immer gegeben, also kein Ausnahmefall sein dürfte, sodass einem Missbrauch dieses Arguments und damit letzten Endes einem nicht zulässigen Verzicht des Verbrauchers auf die Fristeinholung Tür und Tor geöffnet würde.<sup>70</sup> Vor allem Makler könnten sonst mit diesem Argument den Verbraucher erfolgreich unter Zeitdruck setzen, was der Gesetzgeber gerade verhindern wollte.

Im Falle der Abkürzung der Wartefrist muss sich der Notar vor der Beurkundung davon überzeugen, dass – wie oben unter A. dargestellt – die dadurch eintretenden Defizite beim Übereilungsschutz auf andere Weise als durch die Einhaltung der Regelfrist kompensiert worden sind.<sup>71</sup> Bei der Kompensation der Verfahrensdefizite kommt es sowohl auf Art und Schwierigkeitsgrad des Geschäfts als auch auf die vorhandene Sachkunde des Verbrauchers an. Behauptet der Verbraucher, sachkundig zu sein (z. B. Jurist, Bankkauffrau bzw. -mann, Makler) oder verschafft er sich den notwendigen Sachverstand, insbesondere durch ein vorbereitendes Gespräch mit dem beurkundenden Notar oder durch Überprüfung des Vertragstextes durch einen vom Unternehmer unabhängigen Dritten (z. B. Steuerberater, Rechtsanwalt),<sup>72</sup> so ist eine vorzeitige Beurkundung zulässig. Das Gleiche gilt, wenn der Vertragstext vom Verbraucher selbst oder von dessen Rechtsanwalt vorformuliert wurde.<sup>73</sup> Dagegen reicht es für eine Fristabkürzung nicht aus, dass der unparteiische Notar einen üblichen Standardtext formuliert hat.<sup>74</sup> Wird der gesetzlich geforderte Übereilungsschutz in dieser dem Gesetzeszweck angemessenen Art und Weise kompensiert, ist die Unterschreitung der Frist zulässig, und zwar auch dann, wenn (kumulativ) kein sachlicher Grund für die Abweichung gegeben ist; damit ist der Gesetzeszweck erfüllt.<sup>75</sup>

Der Notar darf dabei grundsätzlich auf die Angaben des Verbrauchers vertrauen.<sup>76</sup> Hält der Notar das entsprechende Vorbringen allerdings für unrichtig oder nicht gerechtfertigt, so muss er die Beurkundung vor Ablauf der Frist ablehnen;<sup>77</sup> andernfalls haftet er für den dem Verbraucher entstandenen Schaden, und zwar auch für die mit dem Verkäufer vergleichsweise vereinbarte Abstandssumme.<sup>78</sup>

<sup>63</sup> BGH, Urt. v. 7.2.2013 – III ZR 121/1, NJW 2013, 1451 Rn 25.

<sup>64</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2015 – III ZR 292/14, DNotZ 2015, 792, 794 Rn 19; Weber, NJW 2015, 2619; a. M. Strunz, ZNotP 2002, 389; vgl. BNotK-Rundschreiben Nr. 20/2003 vom 28.4.2003 unter D. V.

<sup>65</sup> BT-Drucks 14/9266, 51.

<sup>66</sup> BGH, Urt. v. 7.2.2013 – III ZR 121/12, NJW 2013, 1452 Rn 20.

<sup>67</sup> A. M. Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 59 f., der aber nicht zwischen sachlichem Grund (Legitimation) und Kompensation bei Fristabkürzung unterscheidet.

<sup>68</sup> Zweifelnd auch Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 17 Rn 84; a. M. Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 59; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 193 m. w. N.

<sup>69</sup> KG, Beschl. v. 27.6.2008 – 9 W 133/07, DNotZ 2009, 47, 49 [sogar für den Fall der vollmachtlosen Vertretung]; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 188a m. w. N.; Terner, NJW 2013, 1404, 1406.

<sup>70</sup> Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 60.

<sup>71</sup> BGH, Urt. v. 7.2.2013 – III ZR 121/12, NJW 2013, 1452 Rn 20; KG, Beschl. v. 27.6.2008 – 9 W 133/07, DNotZ 2009, 47, 48.

<sup>72</sup> LG Paderborn, Urt. v. 22.4.2016 – 2 O 404/15, MittBayNot 2017, 294, 295; a. M. OLG Hamm, Urt. v. 29.3.2017 – 11 U 73/16, BeckRS 2017, 122006 Rn 15.

<sup>73</sup> Brambring, ZfIR 2002, 597, 599.

<sup>74</sup> Meine in NotBZ 2002, 280, 282 und RNotZ 2006, 180, 185 vertretene abweichende Auffassung halte ich seit der am 1.10.2013 eingetretenen Verschärfung dieser Bestimmung nicht mehr aufrecht.

<sup>75</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2015 – III ZR 292/14, DNotZ 2015, 792, 794 Rn 18.

<sup>76</sup> KG, Beschl. v. 27.6.2008 – 9 W 133/07, DNotZ 2009, 47, 49; LG München I, Urt. v. 11.5.2016 – 15 O 10288/15, MittBayNot 2018, 188; LG Paderborn, Urt. v. 22.4.2016 – 2 O 404/15, MittBayNot 2017, 294; Rieger, MittBayNot 2013, 329, 330; Heinze, ZNotP 2013, 122, 126; a. M. OLG Hamm, Urt. v. 29.3.2017 – 11 U 73/16, BeckRS 2017, 122006 Rn 15.

<sup>77</sup> BGH, Urt. v. 7.2.2013 – III ZR 121/1, NJW 2013, 1451; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 196 f.; a. M. Mohnhaupt, NotBZ 2002, 250; Bohrer, DNotZ 2002, 579, 593.

<sup>78</sup> BGH, Urt. v. 7.2.2013 – III ZR 121/1, NJW 2013, 1451.

In besonders gelagerten Fällen (z. B. Beitritt zu einer Grundstücksgesellschaft mit umfangreichen Vertragsunterlagen) kann dagegen auch einmal eine längere Frist einzuhalten sein.<sup>79</sup>

### bb) Fristbeginn und Änderungen am Entwurf

Die Frist beginnt mit dem Zugang des Entwurfs und etwaiger Bezugsurkunden beim Verbraucher oder dessen gesetzlichem Vertreter, also nicht bereits mit dem Versand durch das Notariat.<sup>80</sup> Der Zugang bei einem Bevollmächtigten reicht richtiger Ansicht nach selbst dann nicht aus, wenn es sich um eine Vertrauensperson i. S. d. Abs. 2a S. 2 Nr. 1 handelt, weil nach dem Gesetzeszweck sicherzustellen ist, dass der materiell Beteiligte sich auf die Beurkundung vorbereiten kann, insbesondere auch entscheiden kann, ob er persönlich teilnehmen oder sich vertreten lassen will.<sup>81</sup>

Änderungswünsche des Verbrauchers vor der Beurkundung lösen keine neue Zwei-Wochen-Frist aus, belegen sie doch das Erreichen des gesetzgeberischen Ziels, dass dieser sich mit dem Vertragsinhalt rechtzeitig auseinandergesetzt hat.<sup>82</sup> Wird dagegen der Text auf Wunsch des Unternehmers vor dem Beurkundungstermin geändert oder ergänzt, muss bei einem Verbraucherimmobilienvertrag ein neuer Entwurf versandt werden. Nach h. M. soll dies jedoch nicht bei unwesentlichen wirtschaftlichen Änderungen gelten, wobei die Meinungen über die praktischen Folgen weit auseinandergehen (z. B. Preiserhöhungen um bis 1 bzw. 2 %).<sup>83</sup> Derart schematische Grenzbeziehungen erscheinen allerdings willkürlich und werden den persönlichen, vor allem finanziellen Verhältnissen des Verbrauchers nicht gerecht, weil beispielsweise jede Preiserhöhung eine Änderung der Finanzierung erfordert und sogar zum endgültigen Scheitern führen kann. Jedem Notar ist daher bei allen Änderungswünschen des Unternehmers, die essentialia negotii des Entwurfs betreffen und die nicht nur die Korrektur offensichtlicher Unrichtigkeiten i. S. d. § 44a Abs. 2 S. 1 BeurkG darstellen, zu empfehlen, die zweiwöchige Wartefrist erneut einzuhalten.

Werden die Vertragsbeteiligten kurzfristig ausgewechselt oder ändert sich das Erwerbsverhältnis, kann auf die erneute Entwurfsübersendung sowie auf die Einhaltung der Wartefrist richtiger Ansicht nach auch dann nicht verzichtet werden, wenn zwischen den Beteiligten ein Vertrauensverhältnis i. S. d. § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG besteht, weil nach dem Gesetzeszweck der materiell beteiligte Verbraucher unmittelbar selbst die Gelegenheit zur Vorbereitung erhalten muss.<sup>84</sup> Es mag zutreffen, dass der Gesetzgeber den Verbraucher und seine Vertrauensperson als gleichwertige Beteiligte bei der Beurkundungsverhandlung ansieht,<sup>85</sup> doch hat § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG auch den Schutz des neuen Erwerbers vor übereilten Immobiliengeschäften zum Ziel. Deshalb darf diesem der (eigene) Übereilungsschutz nicht

durch Anrechnung der verstrichenen Frist für den bislang vorgesehenen Erwerber genommen werden.

Änderungen in der Verhandlung selbst werden nach h. M. von § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG allerdings gar nicht erst erfasst, fordern deshalb zwar keine neue Entwurfserstellung heraus,<sup>86</sup> wohl aber auf der Grundlage des einleitend dargestellten, in § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG verankerten Kompensationsgebots eine besonders intensive Belehrung über die rechtliche und unter Umständen auch die wirtschaftliche Tragweite; bei der Auswechslung des Vertragsgegenstandes oder der Vertragsbeteiligten sowie bei erheblichen Preisänderungen wird man richtigerweise eine erneute Entwurfsübersendung sowie das Einhalten der Regelfrist von zwei Wochen bis zur Beurkundung fordern müssen, um den Übereilungsschutz angemessen zu gewährleisten.<sup>87</sup>

### cc) Dokumentationspflicht der Gründe für die Abkürzung der Regelfrist

Ist der Notar davon überzeugt, dass ein Unterschreiten der Wartefrist sachlich und rechtlich gerechtfertigt, insbesondere mit den Interessen des Verbrauchers vereinbar ist, müssen sowohl die Gründe hierfür (z. B. bevorstehender Krankenhausaufenthalt oder Dienst- bzw. Urlaubsreise) als auch die Maßnahmen zur Kompensation der Defizite beim Übereilungsschutz (z. B. Besprechungstermin beim Notar, Prüfung durch Rechtsanwalt des Verbrauchers) möglichst konkret in der Urkunde vermerkt werden.<sup>88</sup> Formelhafte Belehrungen genügen dieser Dokumentationspflicht nicht.<sup>89</sup> Von der Erfüllung dieser Pflicht hängt die Wirksamkeit der Beurkundung allerdings nicht ab, weil § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 S. 3 BeurkG eine Soll-Vorschrift ist.

## II. Vollmachtlose Vertretung

### 1. Einschränkungen bei allen Beurkundungen

Die vollmachtlose Vertretung des beratungs- und belehrungsbedürftigen Beteiligten muss bei sämtlichen Beurkundungen gemäß der verfahrensrechtlichen Grundregel des § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG auf seltene und sachlich gerechtfertigte Ausnahmefälle (z. B. Krankheit) beschränkt bleiben.<sup>90</sup> Weder die Zeit- oder die Reisekostensparnis für den vollmachtlos Vertretenen noch die Bequemlichkeit für Notar oder Beteiligte sind eine sachliche Rechtfertigung für eine solche Verfahrensweise. Wenn Ehe- oder Lebenspartner gemeinsam auf einer Seite eines Vertrags stehen, wird man es allerdings auch aus weniger gewichtigen Gründen zulassen dürfen, dass der eine den anderen vollmachtlos vertritt. Unternehmer können sich dagegen ohne besondere Rechtfertigung vollmachtlos vertreten lassen. Gleiches gilt für sachkundige Verbraucher außerhalb des Anwendungsbereichs des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG, also bei Verträgen zwischen Verbrauchern untereinander.

Lässt sich eine Teilnahme aller materiell Beteiligten an der Verhandlung aus zwingenden sachlichen Gründen nicht erreichen, so ist es der vollmachtlosen Vertretung stets als weniger einschneidendes Verfahren vorzuziehen, entweder das Vertrags-

<sup>79</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 198 m. w. N.

<sup>80</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.10.2016 – 14 U 12/16, BeckRS 2016, 133424.

<sup>81</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 164; a. M. Sorge, MittBayNot 2002, 325, 333; Philippsen, NotBZ 2002, 137, 145.

<sup>82</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 174.

<sup>83</sup> Ausführlich m. w. N.: Armbrüster/Preuß/Renner/*Armbrüster*, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 233 ff.

<sup>84</sup> Armbrüster/Preuß/Renner/*Armbrüster*, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 238; Frenz/Miermeister/*Frenz*, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 55; a. M. Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 192 [sehr großzügig]; Solveen, RNotZ 2002, 318, 324 f.; Rieger, MittBayNot 2002, 325, 333; Sorge, DNotZ 2002, 593, 604.

<sup>85</sup> So Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 192.

<sup>86</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 173a; Solveen, RNotZ 2002, 318, 324; Hertel, ZNotP 2002, 286, 290; Philippsen, NotBZ 2002, 137, 140.

<sup>87</sup> Vgl. Sorge, DNotZ 2002, 593, 604; Rieger, MittBayNot 2002, 325, 332.

<sup>88</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 200 ff. m. w. N. und einem Formulierungsvorschlag.

<sup>89</sup> Armbrüster/Preuß/Renner/*Armbrüster*, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 252 m. w. N.

<sup>90</sup> BayObLG, Beschl. v. 30.4.1993 – 3Z BR 49/93, NJW-RR 1993, 1429, 1430.

angebot durch den schutzbedürftigen Teil abzugeben oder den geschäftserfahrenen Teil vollmachtlos vertreten zu lassen. Erst wenn auch auf diesem Wege die Beurkundung nicht durchgeführt werden kann, darf der Notar als ultima ratio die Beurkundung mit einem vollmachtlosen Vertreter durchführen, muss aber zwecks Kompensation der Einbuße an Beratung die Belehrung des schutzbedürftigen Beteiligten wenigstens schriftlich oder in anderer angemessener Weise vornehmen.

## 2. Vollmachtlose Vertretung bei Verbraucherverträgen

Im Unterschied zu dieser allgemeinen Regel darf der Verbraucher gemäß § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG bei der Beurkundung eines Verbrauchervertrags grundsätzlich überhaupt nicht vollmachtlos vertreten werden.<sup>91</sup> Diese Art der Vertretung durch eine Vertrauensperson i. S. d. § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG ist dagegen unbedenklich, weil es unter dieser Bedingung keinen Unterschied macht, ob diese Person mit oder ohne Vollmacht handelt. Die vollmachtlose Vertretung durch Personen, die keine Vertrauensperson sind, ist dagegen ausnahmslos verboten, weil dann nicht sichergestellt ist, dass die Belehrungen des Notars den Verbraucher auch erreichen können.<sup>92</sup>

Kann der Notar den Verbraucher nicht zur persönlichen Teilnahme oder zur Vertretung durch eine solche Vertrauensperson bewegen, so muss der Notar statt der vollmachtlosen Vertretung des Verbrauchers die Aufspaltung der Beurkundung in Angebot und Annahme wählen, wobei das Angebot im Hinblick auf die notarielle Belehrungspflicht vom Verbraucher ausgehen muss. Andernfalls muss der Notar die Beurkundung mit einem vollmachtlosen Vertreter auf der Seite des Verbrauchers ablehnen.

## III. Rechtsgeschäftliche Vertretung

### 1. Allgemeine Grenzen der Vertretung im Beurkundungsverfahren

Jede Vertretung eines schutzbedürftigen Beteiligten widerspricht im Grunde genommen dem Gebot der funktionsgerechten Verfahrensgestaltung. Andererseits belegt § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG, dass der Gesetzgeber die Beurkundung mit Bevollmächtigten als gleichwertige Alternative zur persönlichen Teilnahme ansieht. Die Anforderungen an das Beurkundungsverfahren sind im Rahmen der alle Beurkundungen betreffenden Amtspflicht nach § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG aber weniger streng als bei den nachstehend erörterten Verbraucherverträgen. Es genügt insoweit, dass der Notar rechtzeitig vor der Beurkundung dem vertretenen (materiellen) Beteiligten einen Entwurf des beabsichtigten Rechtsgeschäfts mit der Bitte um Mitteilung von Änderungs- oder Ergänzungswünschen zuleitet. Enthält dieser unübliche Klauseln, so sollte der Notar bei der Entwurfsübersendung im Anschreiben über deren rechtliche Tragweite schriftlich belehren.

Ist der Bevollmächtigte, der nicht zu den Vertrauenspersonen i. S. d. § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG gehört, selbst am Rechtsgeschäft mit widerstreitenden Interessen (z. B. anderer Vertragspartei) beteiligt oder erwirbt er für den Notar offenkundig durch den Vertragsschluss Vorteile (z. B. Makler), so darf der Notar wegen dieser Interessenkollision in aller Regel die Beurkundung zwar nicht ablehnen, muss aber den Beteiligten Verfahren vorschlagen, die die Interessen des schutzbedürftigen Beteiligten

besser sichern (z. B. Angebot des schutzbedürftigen Beteiligten und Annahme durch den anderen Beteiligten).<sup>93</sup>

Dient die Vollmacht – für den Notar erkennbar – dem Zweck, den vertretenen, schutzbedürftigen Beteiligten von der Teilnahme an der Beurkundungsverhandlung abzuhalten, so liegt ein Missbrauchsfall vor und der Notar muss die Beurkundung gemäß § 4 BeurkG ablehnen, und zwar unabhängig davon, ob dies systematisch oder nur in einem einzelnen Fall geschieht.<sup>94</sup> Ein wichtiges Indiz für einen solchen Missbrauch bildet die Bevollmächtigung des anderen Vertragsteils oder einer Person, die mit dieser wirtschaftlich eng verbunden ist oder Eigeninteressen am Zustandekommen des Vertrags hat, in Verbindung mit einseitigen Vertragsgestaltungen zulasten des Vertretenen (z. B. ungesicherte Vorleistungen des Verbrauchers).

### 2. Vertretung durch Vertrauensperson bei Verbraucherverträgen

#### a) Beschränkter Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG

Die Pflicht des Notars, darauf hinzuwirken, dass der Verbraucher bei einem Vertrag mit einem Unternehmer durch eine Vertrauensperson vertreten wird, gilt nur bei rechtsgeschäftlicher Vertretung, nicht dagegen bei gesetzlicher Vertretung.

Der Normzweck des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG rechtfertigt es, von dieser Einschränkung der rechtsgeschäftlichen Vertretung des Verbrauchers alle Vollmachten zum Vollzug bereits abgeschlossener Verbraucherverträge (z. B. Messungsanerkennung, Änderungen der Teilungserklärung, Dienstbarkeitsbestellungen für Versorgungsunternehmen) auszunehmen, solange sichergestellt ist, dass eingegangene Vertragspflichten dadurch nicht erweitert oder wesentlich geändert werden, also insbesondere durch inhaltliche Bestimmtheit und/oder eine Überwachung durch den Notar.<sup>95</sup> Unter dieser Bedingung ist es nämlich ausgeschlossen, dass es durch ein Handeln des Bevollmächtigten zu einer gegenüber den im Vertrag eingegangenen Verpflichtungen weiteren Beeinträchtigung der Interessen des Verbrauchers kommen kann.<sup>96</sup> Bei einer derart eingeschränkten Vollzugsvollmacht bedarf es daher des Schutzes des Verbrauchers durch Einschaltung einer Vertrauensperson nicht mehr, sodass auch Notariatsmitarbeiter oder sogar die andere Vertragspartei hierzu bevollmächtigt werden können. Vorzuziehen ist es jedoch, den Notar selbst mit der Abgabe dieser zum Vollzug notwendigen Erklärungen zu bevollmächtigen. Zur Erklärung der Auflassung kann dieser allerdings nicht bevollmächtigt werden, weil diese vor ihm – und damit nicht von ihm – erklärt werden muss.

Keine Vollzugsvollmachten sind eigentlich die Belastungsvollmachten zur Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten, weil der zugrunde liegende Grundstückskaufvertrag auch ohne deren Bestellung abgewickelt werden kann<sup>97</sup> und es sich dabei nicht um Rechtsgeschäfte zwischen Verkäufer und Käufer handelt, sondern um solche zwischen diesem und seiner finanziere-

<sup>93</sup> Vgl. BeckOGK/Regler, Stand: 1.8.2021, BeurkG § 17 Rn 130.

<sup>94</sup> Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 33.

<sup>95</sup> Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 208; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 132; Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 45; Hertel, ZNotP 2002, 286, 287; a. M. Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 17 Rn 75.

<sup>96</sup> Vgl. BNotK-Rundschreiben 20/2003 v. 28.4.2003 unter E. III.

<sup>97</sup> BGH, Beschl. v. 20.7.2015 – NotSt (Brgf) 3/15, BeckRS 2015, 17903 Rn 13 m. w. N.

<sup>91</sup> Vgl. OLG Celle, Urt. v. 1.12.2017 – Not 13/17, BeckRS 2017, 134423 Rn 28 f.

<sup>92</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 140 f.

renden Bank im Rahmen eines Darlehensverhältnisses.<sup>98</sup> Auf der anderen Seite macht es im Rahmen des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG Sinn, nach der Gefährdungslage des Verbrauchers zu differenzieren.<sup>99</sup> Ist der Verbraucher Käufer, so kann er sich bei der Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten nur durch eine Vertrauensperson vertreten lassen.<sup>100</sup> Umgekehrt kann der Verbraucher als Verkäufer aber sehr wohl den Unternehmer als Käufer bevollmächtigen, Finanzierungsgrundpfandrechte zu bestellen, vorausgesetzt allerdings, dass – wie bei den Vollzugsvollmachten – die Belastungsvollmacht die üblichen Sicherungen zum Schutz des Verkäufers enthält, insbesondere die Einschränkung der Zweckerklärung und den Ausschluss einer persönlichen Haftung.<sup>101</sup> Nur bei diesem Verständnis wird eine für den Verbraucher nachteilige Kaufpreisfinanzierung durch Abwicklung über Notaranderkonto vermieden, ohne dass die Gefahr besteht, dass der Unternehmer über den abgeschlossenen Vertrag hinausgehende Eigeninteressen verfolgen kann. Auch mehrere Erwerber untereinander können sich zur Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten nur dann bevollmächtigen, wenn sie zum Kreis der Vertrauenspersonen gehören, da im Verhältnis zur finanzierenden Bank sehr wohl ein Verbrauchervertrag vorliegt.<sup>102</sup>

#### b) Begriff der Vertrauensperson

Nach der Gesetzesbegründung kommt als Vertrauensperson kein geschäftsmäßiger Vertreter mit unter Umständen konkurrierenden Eigeninteressen zu denen des Verbrauchers in Betracht.<sup>103</sup> Vertrauensperson kann nach der Klärung durch die höchststrichterliche Rechtsprechung nur sein, wer als Interessenvertreter des Verbrauchers handelt, also in dessen Lager steht.<sup>104</sup> Deshalb scheiden als geeignete Vertreter nicht nur der Unternehmer sowie Personen aus dessen Lager, sondern auch zur Neutralität verpflichtete Dritte aus. Auch Mitarbeiter des Notars können deswegen keine Vertrauensperson eines Verbrauchers i. S. d. § 17 Abs. 2a S. 1 Nr. 1 BeurkG sein.<sup>105</sup>

Ehepartner, Partner einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft, Verwandte oder Verschwägerter (Familienangehörige) gelten dagegen grundsätzlich als Vertrauenspersonen, und zwar selbst dann, wenn sie am Vertrag selbst beteiligt sind oder unmittelbar oder mittelbar Vorteile durch dessen Abschluss erwerben (z. B. Ehemann der Käuferin ist alleiniger Gesellschafter-Geschäftsführer der Bauträgerfirma).<sup>106</sup> Gleiches gilt für im Auftrag des Verbrauchers tätige Rechtsanwälte, Steuerberater oder Wirtschafts-

prüfer, die zwar „geschäftsmäßig“ handeln, aber von Berufs wegen im Interesse des Vertretenen.

In allen anderen Fällen muss der Notar Nachforschungen bei dem ihm in vielen Fällen unbekanntem Verbraucher anstellen, ob der Vertreter dessen Vertrauen genießt. Dabei wird der bloßen Tatsache der Erteilung der Vollmacht von einigen Autoren<sup>107</sup> Indizwirkung für das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses zugestanden.<sup>108</sup> Dem ist zuzustimmen, allerdings mit der Einschränkung, dass der Notar dennoch in all diesen Fällen beim Vollmachtgeber nachfragen muss, ob dieser Bevollmächtigte ihn bei dem beabsichtigten Rechtsgeschäft als „Vertrauensperson“ vertreten soll; erst nach einer positiven Antwort darf dann eine Beurkundung stattfinden.<sup>109</sup> Bei einer Generalvollmacht oder einer Vorsorgevollmacht i. S. d. § 20a BeurkG kann der Notar dagegen davon ausgehen, dass der Bevollmächtigte das Vertrauen des Vollmachtgebers genießt, solange diese nicht widerrufen ist.<sup>110</sup>

Nach anderer, aber abzulehnender Auffassung soll bei wirtschaftlich geringwertigen Verträgen (z. B. geringfügige Grundstücksfläche) ein weniger strenger Maßstab angelegt werden.<sup>111</sup> Zum einen kann die Einschätzung der Geringwertigkeit zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen führen. So kann der Verkauf weniger Quadratmeter auf die Bebaubarkeit oder die Erreichbarkeit der Restfläche erhebliche Auswirkungen haben. Zum anderen könnte dies den ersten Schritt zur Relativierung der Beurkundungspflicht gemäß § 311b Abs. 1 BGB bedeuten.

#### c) Umfang der Amtspflicht des Hinwirkens

Unklar ist, was der Gesetzgeber mit der Amtspflicht, auf eine Bevollmächtigung einer Vertrauensperson durch den Verbraucher hinzuwirken, konkret für eine Aussage verbinden will.<sup>112</sup> Letztlich kann doch nur der Verbraucher selbst entscheiden, wem er tatsächlich vertraut. Während eines Scheidungsverfahrens können schließlich sogar Ehepartner nicht mehr als Vertrauenspersonen im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden. Auch Verwandtschaft ist alles andere als ein sicheres Indiz für ein Vertrauensverhältnis. Freundschaften hingegen kann der Notar überhaupt nicht erkennen. Deshalb ist zunächst festzuhalten, dass der Notar beim besten Willen nicht in der Lage ist, anhand objektiver Kriterien verlässlich zu prüfen, ob der Bevollmächtigte eine Vertrauensperson des Verbrauchers ist.<sup>113</sup>

Deshalb kann die Hinwirkungspflicht nur bedeuten, dass der Notar den Verbraucher nicht nur darüber zu belehren hat, dass er sich durch eine Vertrauensperson vertreten lassen sollte, sondern dessen Antwort abwarten muss, bevor er den Verbrau-

<sup>98</sup> OLG Schleswig, Beschl. v. 6.7.2007 – Not 1/07, DNotZ 2008, 151, 155; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 138.

<sup>99</sup> Vgl. Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 45.

<sup>100</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 138; für Zulässigkeit der Vertretung durch Notarmitarbeiter in Ausnahmefällen: BNotK-Rundschreiben 25/2010 v. 5.10.2010 unter E. II. und III.; Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 206.

<sup>101</sup> Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 34; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 138; unklar Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 17 Rn 75.

<sup>102</sup> A. M. Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 139, der die Belehrung des Notars als entscheidend ansieht, obwohl diese nichts bezüglich des Vertrauensverhältnisses untereinander aussagt.

<sup>103</sup> BT-Drucks 14/9266, 50 f.

<sup>104</sup> BGH, Beschl. v. 20.7.2015 – NotSt (Brfg) 3/15, BeckRS 2015, 17903 Rn 12 m. w. N.

<sup>105</sup> BGH, Beschl. v. 20.7.2015 – NotSt (Brfg) 3/15, BeckRS 2015, 17903 Rn 12 m. w. N.

<sup>106</sup> Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 45; a. M. Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 17 Rn 74.

<sup>107</sup> Brambrügge, ZfR 2002, 597, 604; Solveen, RNotZ 2002, 318, 321 [nur Generalvollmacht].

<sup>108</sup> Krit. dazu Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 122; Solveen, RNotZ 2002, 318, 321.

<sup>109</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 122.

<sup>110</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 127; Solveen, RNotZ 2002, 318, 321.

<sup>111</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 122; Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 173; Sorge, DNotZ 2002, 593, 601; dagegen Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 17 Rn 84.

<sup>112</sup> Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 44.

<sup>113</sup> A. M. BeckOK-BeurkG/Raude, Stand: 1.5.2021, § 17 Rn 73 m. w. N.; Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 171 verlangt „nachvollziehbare Gründe“.

chervertrag beurkundet.<sup>114</sup> Die Beurkundung ist also bis zu einer Äußerung des Verbrauchers aufzuschieben, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende Interessen des Verbrauchers eine sofortige Beurkundung gebieten (z. B. Annahme eines wenige Stunden später ablaufenden Vertragsangebots). Die Ankündigung der Beurkundung für den Fall der Nichtäußerung innerhalb einer vom Notar gesetzten Frist ist daher unzulässig. Die Hinwirkungspflicht kann dabei auch durch Übersendung des Entwurfs mit den Angaben im Rubrum, von wem der Verbraucher vertreten wird, erfüllt sein, wenn der Vertretene daraufhin mitteilt, dass er mit der Beurkundung dieses Entwurfs einverstanden ist. Ein Hinweis auf § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG im Anschreiben ist jedoch zu empfehlen, um Missverständnissen vorzubeugen.

Die von § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG vorgeschriebene Belehrung des Verbrauchers ist allerdings völlig zwecklos und muss deshalb entfallen, wenn der Notar beispielsweise durch ein ärztliches Attest sichere Kenntnis davon hat, dass der Vertretene dauerhaft geschäftsunfähig ist.

Eine Dokumentation der Reaktion des Verbrauchers ist – wie der Vergleich mit Nr. 2 des Absatzes zeigt – nicht erforderlich, aber empfehlenswert.

Es handelt sich also im Kern um eine durch das regelmäßige Aufschieben der Beurkundung bis zu einer Äußerung „qualifizierte Belehrungspflicht“ des Notars,<sup>115</sup> von der der Verbraucher den Notar nicht im Vorhinein befreien kann,<sup>116</sup> und zwar auch nicht dadurch, dass der Vertreter in der Vollmachtsurkunde als Vertrauensperson bezeichnet wird.<sup>117</sup> Fordert der Verbraucher den Notar nach Erhalt der Belehrung allerdings auf, mit der von ihm bevollmächtigten Person zu beurkunden, so muss dieser dem grundsätzlich selbst dann Folge leisten, wenn er Zweifel daran hat, ob es sich bei dem Vertreter tatsächlich um eine Vertrauensperson des Verbrauchers handelt.<sup>118</sup> Eine kategorische Ablehnungspflicht auch in diesem Fall stünde im Widerspruch zum Wesen einer Hinwirkungspflicht, die schon begrifflich keine Erfolgshaftung des Notars begründen kann. Andernfalls hätte der Gesetzgeber – abweichend von §§ 164 ff. BGB – ausdrücklich vorschreiben müssen, dass sich ein Verbraucher nur durch eine Vertrauensperson vertreten lassen darf (Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB). Die Verortung im an die Notare adressierten BeurkG sowie die Beschreibung als Hinwirkungspflicht machen aber deutlich, dass die autonome Entscheidung des Verbrauchers, von wem er sich vertreten lassen will, durch diese Amtspflicht nicht eingeschränkt werden sollte. Hinzu kommt, dass selbst das gesetzliche Verbot des § 181 BGB es der freien Entscheidung jedes Vertretenen überlässt, dem Vertreter abweichend hiervon Inschlaggeschäfte mit dem anderen Vertragsteil zu gestatten. Im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG muss ernsthaft bezweifelt werden, ob ein pauschales, materiell-rechtliches Ver-

tretungsverbot speziell für Verbraucher – ohne einen dem § 181 BGB vergleichbaren Gestattungsvorbehalt – der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten würde. Der Gesetzgeber hat deshalb den Notar durch § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG sicher nicht zur Bevormundung des Verbrauchers ermächtigen wollen.

Allerdings wird der Notar bei Zweifeln daran, dass es sich beim Vertreter um eine Vertrauensperson des Verbrauchers handelt, gemäß § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG sehr sorgfältig darauf zu achten haben, dass der Bevollmächtigte die Vertretungsmacht nicht zum Nachteil des Vertretenen missbraucht, insbesondere durch einseitige Vertragsgestaltungen zulasten des Verbrauchers.<sup>119</sup> Insofern greift also auch bei einem Verbrauchervertrag die für alle Beurkundungen ohnehin geltende Amtspflicht (Ziffer D. III. 1.) ein, einen Vollmachtsmissbrauch zu verhindern und unter den Voraussetzungen des § 4 BeurkG sogar die Beurkundung mit diesem Bevollmächtigten ganz abzulehnen. Dies gilt – wie oben bereits dargestellt – vor allem bei der Bevollmächtigung des anderen Vertragsteils, einer mit dieser wirtschaftlich verbundenen Person oder einem Dritten mit Eigeninteressen am Zustandekommen des Vertrags. An dieser Stelle zeigt sich, dass – wie unter lit B. aufgezeigt – die grundlegenden Amtspflichten bei sämtlichen Beurkundungen subsidiär bei Verbraucherverträgen eingreifen, wenn die speziellen Schutzvorschriften insoweit keine Aussage treffen.

## E. Folgen pflichtwidriger Verfahrensgestaltungen

Da § 17 Abs. 2a BeurkG eine Amtspflicht enthält, hat der Notar missbräuchliche Beurkundungsverfahren gemäß § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO abzulehnen. Etwaige Verstöße gegen die allgemeine und/oder die besondere Amtspflicht ändern zwar nichts an der Wirksamkeit der Beurkundung, können jedoch Amtshaftungsansprüche begründen. Dies gilt sowohl für die Verletzung der besonderen Amtspflichten beim Verbrauchervertrag als auch beim Verstoß gegen das allgemeine Gebot zur funktionsgerechten Gestaltung des Beurkundungsverfahrens.

Zwischen der Verletzung der Amtspflicht des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG und dem Schaden, dem Abschluss des Kaufvertrags und etwaiger Darlehensverträge besteht notwendigerweise ein kausaler Zusammenhang. Allerdings kann sich der Notar nach gefestigter Rechtsprechung<sup>120</sup> darauf berufen, der Käufer hätte, selbst wenn der Notar die Beurkundung zunächst abgelehnt hätte, diese dennoch nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist genauso wie geschehen vornehmen lassen. Schließlich ist es nicht Zweck des Beurkundungsgesetzes, den Notar zum „Ausfallbürgen“ für fehlgeschlagene wirtschaftliche Investitionen des Verbrauchers zu machen. Für diesen hypothetischen Verlauf trägt allerdings der Notar die Darlegungs- und Beweislast, wobei das herabgesetzte Beweismaß des § 287 ZPO gilt. Danach genügt es, wenn die (fehlende) Kausalität überwiegend wahrscheinlich bzw. deutlich wahrscheinlicher ist.<sup>121</sup> Die bei einem Verstoß gegen § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG auf den Vertragsschluss folgenden Maßnahmen des Käufers zur Erfüllung des Vertrags

<sup>114</sup> Weniger streng: BeckOK-BeurkG/Raude, Stand: 1.5.2021, § 17 Rn 73; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 117; Hertel, ZNotP 2002, 286, 288.

<sup>115</sup> Litzenburger, NotBZ 2002, 280, 281: „Hinausschieben, bis der Verbraucher sich auf einen entsprechenden Hinweis geäußert hat“, verfälschend zitiert von: Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn 110 Fn 2 und von Brambring, FGPrax 2003, 147, 149.

<sup>116</sup> Solveen, RNotZ 2002, 318, 321.

<sup>117</sup> A. M. Sorge, DNotZ 2002, 593, 600.

<sup>118</sup> A. M. Rieger, MittBayNot 2002, 325, 331; Brambring, FGPrax 2003, 147, 149; wohl auch, aber unbestimmt Philippsen, NotBZ 2003, 137, 140; Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn 171 nur für den Fall, dass der andere Beteiligte oder ein Dritter die Vertretung des Verbrauchers wünscht.

<sup>119</sup> Vgl. BeckOK-BeurkG/Raude, 5. Ed. 1.5.2021, § 17 Rn 58; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 17 Rn 63.

<sup>120</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2015 – III ZR 292/14, NJW 2015, 2646, 2647 Rn 21; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 11.7.2018 – 4 U 98/17, BeckRS 2018, 16564 Rn 75.

<sup>121</sup> OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 11.7.2018 – 4 U 98/17, BeckRS 2018, 16564 Rn 75.

können sowohl Indiz für den unbedingten Entschluss zum Erwerb der Immobilie als auch nur Ausdruck nolens volens geübter Vertragstreue sein.<sup>122</sup>

## F. Verbraucherschutz dient dem Schutz des Berufsstandes

Trotz aller berechtigten Kritik an den gesetzgeberischen Schnellschüssen sollte jeder Notar – eingedenk der im Gesetzgebungsverfahren von den Verbraucherschutzverbänden erhobenen massiven Vorwürfe gegenüber einigen Kollegen – im ureigensten standespolitischen Interesse<sup>123</sup> das Gebot des funktionsgerechten Beurkundungsverfahrens in der Praxis gewissenhaft einhalten. Nur dann ist auch der Verbraucherschutz nirgendwo besser aufgehoben als in der Hand des unparteiischen Notars.

Davon hängt letzten Endes auch die Zukunft dieses Berufsstandes ab. Allein fürs „Vorlesen“ werden die Notare nämlich nicht gebraucht.<sup>124</sup>



Justizrat Dr. Wolfgang Litzenburger  
ist Notar in Mainz.  
E-Mail: notariat@lima-notare.de

<sup>122</sup> BGH, Urt. v. 22.4.2021 – III ZR 164/19, BeckRS 2021, 11931 Rn 16.

<sup>123</sup> Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 1 unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. v. 19.6.2012 – 1 BvR 3017/09, NJW 2012, 2639, 2641 Rn 49.

<sup>124</sup> Vgl. Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, BeurkG § 17 Rn 33 Fn 98 a. E.

## Impressum

### notar

Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis und Mitteilungsblatt des Deutschen Notarvereins

### Herausgeber

Deutscher Notarverein

### Herausgeberbeirat

Prof. Dr. Walter Bayer, Jena  
Notar Dr. Thomas Diehn, LL. M. (Harvard), Hamburg  
Prof. Dr. Nicola Preuß, Düsseldorf  
Notar Dr. Christian Rupp, Ulm  
Richterin am BGH Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch, Karlsruhe  
Notar Andreas Schmitz-Vormmoor, Remscheid

### Schriftleiter

Notarassessor Max Josef Ehrl, Berlin  
Notar Dr. Stefan Schmitz, Bonn

### Redaktion

Anke Harsch

### Fachredakteure

Personengesellschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht  
Notarassessor Christoph Aumann, LL.M. (London),  
Maître en droit (Paris), München

### Steuerrecht

Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch Gladbach-Bensberg

### Bauträgerrecht

Notar Christian Esbjörnsson, Rosenheim

### Kapitalgesellschaftsrecht

Notar Dr. Theo Luy, Stuttgart

### Wohnungseigentum

Notarassessorin Dr. Friederike von Türkheim,  
M. Jur. (Oxford), LL. M. (Krakau), Hamburg

### Beurkundungs- und Berufsrecht

Notar Dr. Tobias Genske, Erfurt

### Erbrecht

Notar Dr. Christoph Röhl, Wegscheid

### Grundbuch

Rechtsanwalt und Notar Ulrich Spieker, Bielefeld

### Notarkosten

Dipl.-Rpfl. (FH) Harald Wudy, Leipzig

### Immobilienkauf

Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, LL. M. (Michigan),  
München

### Immobilienzuwendung

Notar Dr. Christian Vedder, Gunzenhausen  
Notar a.D. Dr. Richard Rachlitz, LL. M. (Stellenbosch),  
München

### Familienrecht

Notarin Dr. Karin Raude, Aachen

### Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift:

E-Mail: redaktion-notar@dnotv.de

### Manuskripte

Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erhält der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung.

### Urheber- und Verlagsrechte

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung einschließlich der Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

### Erscheinungsweise

Monatlich

### Anzeigenverwaltung

Deutscher Notarverlag GmbH  
Rochusstraße 2–4, 53123 Bonn  
E-Mail: anzeigen@notarverlag.de

### Bezugspreis

#### Jahresabonnement:

**Normalpreis bei Neuabschluss:** Jährlich  
225 EUR (zzgl. MwSt. zzgl. Versandkosten).

#### Vorzugspreis für Bestandsabonnenten:

Jährlich 150 EUR (zzgl. MwSt. zzgl. Versandkosten).  
Einzelheft: 16,20 EUR (zzgl. MwSt., zzgl.  
Versandkosten)

### Bestellungen

Über jede Buchhandlung und beim Verlag.  
Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende  
erfolgen.

### Verlag

Deutscher Notarverlag  
Rochusstraße 2–4, 53123 Bonn  
Tel. 0 800 - 66 82 78 30  
Fax 0 800 - 66 82 78 39  
E-Mail: schwabe@notarverlag.de

### Koordination im Verlag

Bettina Schwabe

### Satz

Reemers Publishing Services GmbH,  
Krefeld

### Druck

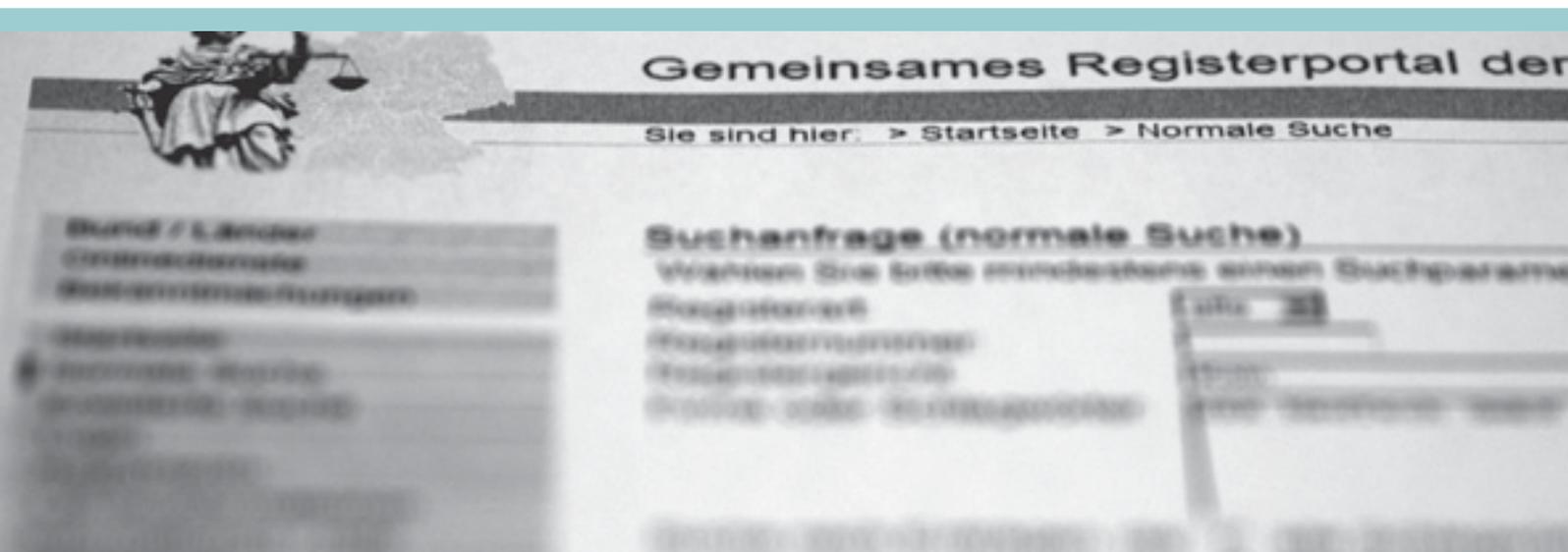
Hans Soldan Druck GmbH, Essen

### ISSN

1860-8760

### Hinweis

Namensbeiträge, Leserbriefe o. Ä. geben  
nicht notwendig die Meinung der  
Redaktion oder des Deutschen  
Notarvereins wieder.



## jahresrückblick

Christoph Aumann

# Personengesellschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht

## Aktuelle Entwicklungen

Gegenstand des Jahresberichts sind notariatsrelevante Gesetzgebung und Rechtsprechung im Zeitraum von Oktober 2020 bis (einschließlich) Oktober 2021.

Der Berichtszeitraum war geprägt von außergewöhnlich reger gesetzgeberischer Aktivität. Insbesondere führte das Ende der Legislaturperiode aufgrund der drohenden Diskontinuität dazu, dass der Gesetzgeber einige Reformvorhaben noch in „letzter Minute“ zum Abschluss gebracht hat. Notariatsrelevant sind dabei zum einen mehrere rechtsformübergreifende, das Gesellschaftsrecht prägende Gesetze, die hier hinsichtlich ihrer personengesellschafts-, vereins- und stiftungsrechtlichen Aspekte beleuchtet werden. Zu ihnen sei der Leserschaft zusätzlich der Jahresrückblick von Luy zum Kapitalgesellschaftsrecht<sup>1</sup> ans Herz gelegt. Zum anderen sind auch verschiedene Gerichtsentscheidungen zu erläutern, welche das Personengesellschafts- und Vereinsrecht über den Berichtszeitraum hinaus prägen werden.

### A. Umfassende Reformgesetze

Die Reformgesetze betreffen vor allem Personengesellschaften und Stiftungen, jedenfalls am Rande aber auch Vereine.

#### I. Modernisierung des Personengesellschaftsrechts

Gerade für das Notariat bringt das im Sommer verabschiedete Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)<sup>2</sup> große, zumeist gewinnbringende Veränderungen. Ziel der Reform war es jedoch vor allem, das geschriebene Gesetzesrecht an die tatsächliche Rechtslage anzupassen. K. Schmidt bezeichnet sie somit treffend als ein „*neues Haus für das Recht der Personengesellschaften*“.<sup>3</sup> Das MoPeG wird zum 1.1.2024 in Kraft treten. Die wichtigsten Neuerungen seien hier lediglich kurz umrissen:<sup>4</sup>

#### 1. Leitbildwandel bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

Nachdem das gesetzliche Gesamthandsmodell spätestens seit der „ARGE Weißes Ross“-Entscheidung des BGH<sup>5</sup> überkommen war, wird die rechtsfähige (Außen-)GbR neues gesetzliches Leitbild der Personengesellschaften.<sup>6</sup> Eigene Regelungen zur nichtrechtsfähigen (Innen-)Gesellschaft enthält das BGB dann nur in einem eigenen Untertitel, der weitgehend aus Verweisungen bestehen wird.

Gesetzlich klargelegt wird, dass Anteile an einer GbR – in aller Regel formfrei, jedoch nur mit Zustimmung aller Gesellschafter – übertragbar sind (§ 711 Abs. 1 S. 1 BGB-neu). Stirbt ein Gesellschafter, ist gesetzlicher Regelfall künftig nicht mehr die Auflösung der Gesellschaft, sondern dessen Ausscheiden unter Abfindung der Erben (§§ 723 Abs. 1 Nr. 1, 728 Abs. 1 S. 1 BGB-neu). Weiterhin möglich bleibt die Vereinbarung einfacher und qualifizierter Nachfolgeklauseln.<sup>7</sup>

#### 2. Schaffung eines Gesellschaftsregisters

Für rechtsfähige GbR wird ein neues, von den Registergerichten zu führendes Gesellschaftsregister geschaffen. Das Register ist in seiner Funktionsweise stark an das Handelsregister angelehnt. Anmeldungen sind zu beglaubigen und elektronisch durch den Notar einzureichen. Eintragungen im Gesellschaftsregister gewähren in dem Handelsregister vergleichbarer Weise Gutgläubensschutz (§ 707a Abs. 3 BGB-neu).

Dies bringt für die notarielle Praxis wesentliche Verbesserungen dahingehend, dass zukünftig die Vertretungsverhältnisse von

<sup>1</sup> Luy, *notar* 2021, 392.

<sup>2</sup> BGBl I 2021, 3436.

<sup>3</sup> K. Schmidt, *ZHR* 185 (2021), 16.

<sup>4</sup> Ein ausführlicherer Beitrag zum MoPeG erscheint demnächst in dieser Zeitschrift.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, *NJW* 2001, 1056.

<sup>6</sup> BT-Drucks 19/27635; *Habersack*, *ZGR* 2020, 539, 546; *Bachmann*, *NJW* 2021, 3073, 3073.

<sup>7</sup> Dazu *Lange/Kretschmann*, *ZEV* 2021, 545, 548.

GbR zweifelsfrei nachgewiesen und bescheinigt werden können.<sup>8</sup> Auch die Probleme um die Vollmachterteilung durch die Gesellschaft, beispielsweise im Rahmen des Urkundenvollzugs, werden entschärft.<sup>9</sup>

Die Eintragung ist grundsätzlich freiwillig. Will die Gesellschaft jedoch andere registrierte Rechte erwerben (etwa durch Eintragung in das Grundbuch oder die Gesellschafterliste), ist eine Voreintragung im Gesellschaftsregister obligatorisch. § 899a BGB entfällt deshalb. Für die eingetragene GbR (künftig auch: eGbR) ergeben sich sodann erweiterte Möglichkeiten der Umwandlung nach dem UmwG. Für Wechsel zwischen Gesellschafts- und Handelsregister besteht ein eigenes Statuswechselverfahren.

Im Grundbuch eingetragene Bestandsgesellschaften müssen bei Inkrafttreten des Gesetzes nicht alsbald zum Gesellschaftsregister angemeldet werden. Ein Voreintragungserfordernis ergibt sich aber, sobald sich der Gesellschafterbestand ändert oder über das Grundbuchrecht der Gesellschaft verfügt werden soll.<sup>10</sup>

### 3. Änderungen im Personenhandelsgesellschaftsrecht

Wichtigste Änderung für die Personenhandelsgesellschaften ist ein neues Beschlussmängelrecht nach aktienrechtlichem Vorbild. Hatten die Gesellschafter bisher grundsätzlich unbefristet die Möglichkeit, eine Nichtigkeitsfeststellungsklage zu erheben, müssen sie nun nach dem gesetzlichen Regelfall binnen drei Monaten Anfechtungsklage erheben, wenn der unliebsame Beschluss nicht als von vornherein nichtig anzusehen ist (§§ 110 Abs. 1, 112 Abs. 1 HGB-neu). GbR können die Geltung dieses Modells vereinbaren, Personenhandelsgesellschaften umgekehrt auch weiterhin zum bisherigen Modell optieren.<sup>11</sup>

Freiberuflern stehen zukünftig – in den Grenzen des jeweiligen Berufsrechts – die Personenhandelsgesellschaften und damit insbesondere auch die Rechtsform der GmbH & Co. KG offen.

### 4. Änderungen im Vereinsrecht

Mit § 54 BGB-neu stellt der Gesetzgeber klar, dass auch der nicht eingetragene, nichtwirtschaftliche Idealverein rechtsfähig ist, und passt damit den Gesetzeswortlaut der geltenden Rechtslage an.<sup>12</sup> Auf ihn finden die Organisationsregeln der eingetragenen Vereine Anwendung, ohne dass er dadurch jedoch zur juristischen Person würde.<sup>13</sup>

## II. Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts

Nicht nur das MoPeG, auch das Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts<sup>14</sup> hat der Gesetzgeber der zu Ende gegangenen Legislaturperiode zum letztmöglichen Zeitpunkt noch verabschiedet. Kernanliegen des Gesetzes ist es, das bisher teils im BGB, teils in den jeweiligen Landesstiftungsgesetzen geregelte Stiftungszivilrecht bundesgesetzlich zu vereinheitlichen und an die Rechtsfortentwicklung anzupassen.<sup>15</sup> Zudem sollen Schwierigkeiten der rechtsfähigen Stiftungen – bisher die einzigen juristischen Personen des Privatrechts ohne Registrierungsmöglichkeit mit Publizitätswirkung<sup>16</sup> – im Rechtsverkehr durch

Schaffung eines solchen Registers behoben werden.<sup>17</sup> Während die materiell-rechtliche Vereinheitlichung dem Gesetzgeber gut gelungen ist, ist der Reformeifer bei der verfahrensrechtlichen Umsetzung auf halber Strecke offenbar etwas abgekühlt.

### 1. Materielles Stiftungsrecht

Den materiellen Teil des Stiftungsrechts führen zwei Definitionen an: Die Stiftung an sich wird in § 80 Abs. 1 S. 1 BGB-neu definiert als eine mit einem Vermögen zur dauernden und nachhaltigen Erfüllung eines vom Stifter vorgegebenen Zwecks ausgestattete, mitgliederlose juristische Person. Sie wird in der Regel auf unbestimmte Zeit errichtet. Die Sonderform der Verbrauchsstiftung ist in § 80 Abs. 1 S. 2 BGB-neu beschrieben als Stiftung, die auf bestimmte Zeit errichtet ist, innerhalb derer ihr gesamtes Vermögen zur Erfüllung ihres Zwecks zu verbrauchen ist. Eine Stiftung auf Zeit bleibt damit nur in Form der Verbrauchsstiftung zulässig.<sup>18</sup>

Das Stiftungsvermögen besteht bei der Ewigkeitsstiftung aus dem nach § 83c Abs. 1 S. 1 BGB-neu ungeschmälert zu erhaltenden Grundstockvermögen und etwaigem sonstigem Vermögen (§ 83b Abs. 1 S. 1 BGB-neu), bei der Verbrauchsstiftung nur aus sonstigem Vermögen (§ 83b Abs. 1 S. 2 BGB-neu). Auch bei der Ewigkeitsstiftung besteht nach § 83b Abs. 3 BGB-neu aber die Möglichkeit für den Stifter, einen Teil des Vermögens zu sonstigem Vermögen zu bestimmen, womit eine Teilverbrauchs- bzw. Hybridstiftung geschaffen werden kann.<sup>19</sup>

Ausweislich des § 80 Abs. 1 S. 1 BGB-neu ist Wesensmerkmal der Stiftung die Verknüpfung eines vom Stifter vorgegebenen Zwecks mit einem Vermögen. Das setzt voraus, dass ein über die Verwaltung des Vermögens hinausgehender Zweck, der die Nutzung des Vermögens erfordert, gegeben sein muss.<sup>20</sup> Die (bloße) Übernahme der Komplementärstellung in einer unternehmerischen Kommanditgesellschaft wird dafür nicht ausreichend sein.<sup>21</sup>

Der zwingende Inhalt des Stiftungsgeschäfts ist in § 81 Abs. 1 und 2 BGB-neu nahezu unverändert geblieben.<sup>22</sup> Zur Form des Stiftungsgeschäfts regelt § 81 Abs. 3 BGB-neu wie bisher, dass bei lebzeitigen Stiftungsgeschäften die Schriftform genügt und bei Stiftungen von Todes wegen die Form der Verfügung von Todes wegen einzuhalten ist. Ausdrücklich ausgeschlossen hat der Gesetzgeber<sup>23</sup> in der Vorschrift aber darüber hinaus die von der Rechtsprechung<sup>24</sup> erfolgte analoge Anwendung strengerer Formvorschriften, wie etwa § 311b Abs. 1 S. 1 BGB oder § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG. Dagegen gab es Bedenken dahingehend, ob das stiftungsrechtliche Genehmigungsverfahren insbesondere die Beratungs- und Warnfunktion des Beurkundungsverfahrens sowie ein bei Einbindung der Notare vergleichbares Präventionsniveau im Bereich der Geldwäsche gewährleisten kann.<sup>25</sup>

Anders als bisher findet sich mit § 84 BGB-neu eine eigenständige Regelung der Stiftungsorgane. Danach ist der Vorstand

<sup>8</sup> Dazu auch *Reymann*, DNotZ 2021, 103, 124.

<sup>9</sup> BT-Drucks 19/27635, 162.

<sup>10</sup> Ausführlich dazu *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319; *Aumann*, *notar* (erscheint demnächst).

<sup>11</sup> Ausführlich dazu *Tröger/Happ*, ZIP 2021, 2059.

<sup>12</sup> Statt aller MüKo-BGB/*Leuscher*, 9. Aufl. 2021, § 54 BGB Rn 18 ff.

<sup>13</sup> *Bachmann*, NJW 2021, 3073, 3078.

<sup>14</sup> Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts und zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes vom 16.7.2021, BGBl I 2021, 2947.

<sup>15</sup> BT-Drucks 19/28173, 1.

<sup>16</sup> *Schauhoff/Mehren*, NJW 2021, 2993, 2998.

<sup>17</sup> BT-Drucks 19/28173, 81.

<sup>18</sup> BT-Drucks 19/28173, 29, 46. Stiftungen auf Zeit, deren Vermögen dazu bestimmt ist, nach Zeitablauf an den Stifter zurück- oder Dritten zuzufallen, bleiben damit nicht anerkennungsfähig.

<sup>19</sup> *Lorenz/Mehren*, DStR 2021, 1774, 1774 f.

<sup>20</sup> *Lorenz/Mehren*, DStR 2021, 1774, 1775.

<sup>21</sup> BT-Drucks 19/28173, 46. Krit. dazu *Ponath/Tolksdorf*, ZEV 2021, 605, 606.

<sup>22</sup> BT-Drucks 19/28173, 47.

<sup>23</sup> BT-Drucks 19/31118, 9.

<sup>24</sup> OLG Köln, Beschl. v. 5.8.2019 – I-2 Wx 220/19, NotBZ 2019, 468.

<sup>25</sup> BT-Drucks 19/31118, 3 f.

gesetzliches Vertretungsorgan der Stiftung (§ 84 Abs. 2 S. 1 BGB-neu). Erforderlich, aber auch ausreichend, ist das Handeln der Mehrheit der Vorstandsmitglieder (§ 84 Abs. 2 S. 2 BGB-neu). Abweichende Vereinbarungen, wie etwa eine Einzelvertretungsbefugnis von Vorstandsmitgliedern, aber auch Beschränkungen der Vertretungsbefugnis gegenüber Dritten, sind möglich (§ 84 Abs. 3 BGB-neu). Empfangszuständig für Willenserklärungen gegenüber der Stiftung ist jedes einzelne Vorstandsmitglied (§ 84 Abs. 2 S. 3 BGB-neu). Ausdrücklich zulässig ist es, neben dem Vorstand weitere Stiftungsorgane, wie etwa einen Beirat, in der Satzung zu bestimmen (§ 84 Abs. 4 BGB-neu).

Für nachträgliche Änderungen der Stiftungssatzung gilt künftig ein dreistufiges System, das nach Intensität des Eingriffs in die bestehende Satzung unterscheidet: Der Stiftung kann nach § 85 Abs. 1 BGB-neu ein anderer Zweck gegeben oder dieser erheblich beschränkt werden, wenn der bestehende Zweck nicht mehr dauernd und nachhaltig erfüllt werden kann oder das Gemeinwohl gefährdet. Andere Änderungen des Zwecks oder wesentlicher Satzungsbestimmungen sind nach § 85 Abs. 2 BGB-neu nur möglich, wenn sich die Verhältnisse nach Errichtung der Stiftung wesentlich verändert haben. Einfache Satzungsänderungen dagegen sind nach § 85 Abs. 3 BGB-neu bereits möglich, wenn dies der Erfüllung des Stiftungszwecks dient. Abweichungen von diesem System sind nach § 85 Abs. 4 BGB-neu nur im Stiftungsgeschäft selbst möglich. Für bestehende Stiftungen kann sich dadurch ein gewisser Handlungsbedarf ergeben: So kann es günstig sein, sowohl avisierte materielle Änderungen als auch eine von der neuen Regelung abweichende Änderungsklausel noch unter dem jetzigen landesrechtlichen Regime zu implementieren.<sup>26</sup>

Nicht zuletzt schafft das Gesetz nun einheitliche und abschließende<sup>27</sup> Regeln für die Beendigung von Stiftungen sowohl durch die Stiftungsorgane (§ 87 BGB-neu) als auch durch die Stiftungsaufsicht (§ 87a BGB-neu) oder im Insolvenzfall (§ 87b BGB-neu).

## 2. Schaffung eines Stiftungsregisters

Der verfahrensrechtlich größte Reformschritt ist die Schaffung eines Stiftungsregisters (§ 82b Abs. 1 BGB-neu), dessen Umsetzung das gänzlich neue Stiftungsregistergesetz (StiftRG) regelt. Eintragungen in das Stiftungsregister wirken nur deklaratorisch.<sup>28</sup> So entsteht die Stiftung etwa weiterhin durch das Stiftungsgeschäft und die Anerkennung durch die Stiftungsaufsichtsbehörde (§ 80 Abs. 2 S. 1 BGB-neu). Die Eintragungen entfalten aber nach § 82d BGB-neu, der der Regelung des § 68 BGB für das Vereinsregister nachgebildet ist,<sup>29</sup> negative Publizität. Begrüßenswertes Ziel des Registers ist es, die bisherige Praxis der häufig nicht ausreichend aktuellen Vertretungsbescheinigungen abzulösen.<sup>30</sup> Das Register soll für jedermann einsehbar sein (§ 15 StiftRG). Den automatisierten Abruf soll eine noch zu erlassende Verordnung regeln (§§ 16, 19 Nr. 5 StiftRG).

Die notarielle Praxis wird mit dem Stiftungsregister zum einen in Fällen der Einsichtnahme zur Klärung von Vertretungsverhältnissen, zum anderen im Anmeldeprozess in Berührung kommen: Anmeldungen sind nach § 3 Abs. 2 S. 1 StiftRG öffentlich zu beglaubigen. Der beglaubigende Notar gilt als ermächtigt, die

Anmeldung einzureichen. Vorgesehen ist eine analoge Einreichung von Anmeldungen und Dokumenten, die angesichts der bekanntermaßen im Notariat längst vorhandenen Strukturen für die Aufbereitung in Strukturdaten und die elektronische Einreichung schon vor dem Errichtungsdatum des Registers einen Anachronismus darstellt.

Angesichts der zahlenmäßig in einigen Bundesländern sehr gering vertretenen Rechtsform der Stiftung<sup>31</sup> wird das Stiftungsregister zentral vom Bundesamt für Justiz geführt (§ 1 Abs. 1 StiftRG). Streitigkeiten in Registersachen sind auf den Verwaltungsrechtsweg verwiesen (§ 18 Abs. 1 StiftRG).

## 3. Zulegung und Zusammenlegung von Stiftungen

Halbherzig wirkt die Reform in Fällen der Zulegung (vergleichbar mit der Verschmelzung zur Aufnahme) nach § 86 BGB-neu und Zusammenlegung (vergleichbar mit der Verschmelzung zur Neugründung) nach § 86a BGB-neu von Stiftungen. Systematisch hätten diese Regelungen in das Umwandlungsgesetz gehört.<sup>32</sup> Damit hätte auch die Möglichkeit bestanden, Stiftungen zumindest als Zielrechtsträger anderer Umwandlungsmaßnahmen vorzusehen, was der Attraktivität der Rechtsform sicher mehr Nutzen gebracht hätte.<sup>33</sup> Zu- und Zusammenlegungsverträge bedürfen nach § 86d BGB-neu auch bei Vorhandensein von Immobilienvermögen nur der Schriftform. Das Notariat wird damit wohl nur im Rahmen der Anmeldung nach § 86i BGB-neu zum Stiftungsregister mit dem Vorgang in Berührung kommen. Der Vermögensübergang wird nach § 86f BGB-neu mit der Unanfechtbarkeit der Genehmigung der zuständigen Landesbehörde wirksam. Ein an das Umwandlungsrecht angelehnter Gläubigerschutzmechanismus findet sich in §§ 86g, 86h BGB-neu. Rechte der Arbeitnehmer der beteiligten Stiftungen spielen im Zu- und Zusammenlegungsverfahren dagegen ersichtlich keine Rolle.<sup>34</sup> Im Ergebnis ist zu erwarten, dass es einige Zeit in Anspruch nehmen dürfte, bis sich bei den die Zu- und Zusammenlegungsverträge selbst gestaltenden Stiftungen, den Landesbehörden und Verwaltungsgerichten eine funktionierende Umwandlungspraxis eingestellt hat.<sup>35</sup>

## 4. Inkrafttreten und Ausblick

Für das Inkrafttreten hat sich der Gesetzgeber für ein zweistufiges Vorgehen entschieden. Die zivilrechtlichen Bestimmungen treten zum 1.7.2023 in Kraft. Für etwa erforderliche Satzungsanpassungen ist damit noch Zeit vorhanden. Seiner eigenen Verwaltung gibt der Bundesgesetzgeber mehr Zeit: Die das Stiftungsregister betreffenden Bestimmungen treten erst am 1.1.2026 in Kraft, wodurch das Stiftungsregister auch erst deutlich später als das am selben Tag beschlossene – gleichwohl von den Ländern umzusetzende – Gesellschaftsregister kommen wird. Genug Zeit bliebe damit auch für eine weitere gesetzgeberische Überarbeitung. Immerhin hat der Gesetzgeber bereits selbst weiteren Reformbedarf erkannt und möchte schon während der nun angebrochenen Legislaturperiode die Reform umfassend evaluieren.<sup>36</sup>

<sup>26</sup> Ponath/Tolksdorf, ZEV 2021, 605, 610; Lorenz/Mehren, DStR 2021, 1774, 1777.

<sup>27</sup> BT-Drucks 19/28173, 76.

<sup>28</sup> BT-Drucks 19/28173, 81; Orth, BB 2021, 268 269.

<sup>29</sup> BT-Drucks 19/28173, 83.

<sup>30</sup> BT-Drucks 19/28173, 1, 83.

<sup>31</sup> BT-Drucks 19/28173, 81.

<sup>32</sup> Dagegen BT-Drucks 19/28173, 69.

<sup>33</sup> Widmann/Mayer/Vossius/Mayer, Umwandlungsrecht, 193. Lieferung, Umwandlungsrecht aktuell.

<sup>34</sup> Burgard, GmbH 2021, R 244.

<sup>35</sup> Vossius, juris Magazin (abgerufen am 27.10.2021), [https://www.juris.de/jportal/nav/juris\\_2015/aktuelles/magazin/umwandlungsrecht-mopeg-stiftungsrecht.jsp](https://www.juris.de/jportal/nav/juris_2015/aktuelles/magazin/umwandlungsrecht-mopeg-stiftungsrecht.jsp).

<sup>36</sup> BT-Drucks 19/31118, 6; Schauhoff/Mehren, NJW 2021, 2993, 2998 f.

## B. Weitere Gesetzgebung

Neben den umfassenden Reformprojekten wurde das Personen-gesellschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht im Berichtszeitraum auch von weiteren – oft primär auf Kapitalgesellschaften abzielenden – Gesetzen beeinflusst.

### I. Pandemiegesetzgebung

Dies gilt zuvorderst für das nach wie vor Geltung beanspruchende Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie (CoVMG-GesR). Durch das Wechselspiel von Gesetz- und Verordnungsgeber ist es teilweise mühsam geworden, den Überblick über die aktuell geltende Rechtslage zu bewahren.<sup>37</sup> Das DNotI hält eine Arbeits-hilfe vor, die die jeweiligen Änderungen und Geltungszeiträume abbildet.<sup>38</sup>

#### 1. Vereine und Stiftungen (§ 5 CoVMG-GesR)

Für Vereine und Stiftungen gilt weiterhin, dass Vorstandsmit-glieder bis zur Abberufung oder Neubestellung eines Nachfolgers im Amt bleiben.

Nachgeschärft hat der Gesetzgeber im Bereich der Mitglieder-versammlungen ohne Anwesenheit am Versammlungsort.<sup>39</sup> Während der Vorstand den Mitgliedern bisher bei fehlender Satzungsbestimmung eine virtuelle Teilnahme an der Mitglie-derversammlung und die elektronische oder vorherige schriftliche Stimmabgabe lediglich ermöglichen konnte, können die Vereinsmitglieder unter der jetzigen Regelung auch auf die virtuelle Teilnahme und elektronische oder vorherige schriftliche Stimmabgabe verwiesen werden. Unter der alten Regelung war es zu Schwierigkeiten gekommen, da Vereinsmitglieder die physische Teilnahme am Versammlungsort verlangen konnten.<sup>40</sup>

Solange eine Präsenzversammlung pandemiebedingt nicht zu-lässig ist, wurde für den Vorstand zudem auch die Möglichkeit geschaffen, abweichend von § 36 BGB die ordentliche Mitglie-derversammlung aufzuschieben, wenn eine virtuelle Versamm-lung für Verein oder Mitglieder nicht zumutbar ist. Gedacht wurde dabei vor allem an wirtschaftlich schwache Vereine und Vereine mit vornehmlich älteren Mitgliedern.<sup>41</sup> Dies gilt aber nicht für eine außerordentliche Versammlung nach § 37 Abs. 1 BGB, die nach einer Entscheidung des OLG München trotz entsprechender pandemiebedingter Einschränkungen verlangt werden kann.<sup>42</sup> Freilich kann der Vorstand auch in diesem Fall die virtuelle Teilnahme und elektronische oder vorherige schriftliche Stimmabgabe anordnen.

Zuletzt hat der Gesetzgeber klargestellt, dass die Regelungen für präsenzlose Versammlungen nicht nur für die Mitgliederver-sammlung des Vereins gelten, sondern auch für Vereins- und Stiftungsvorstände sowie weitere Organe.

### 2. Verlängerung des CoVMG-GesR

Der Anwendungszeitraum der beschriebenen Regelungen sowie auch der weiteren Regelungen des CoVMG-GesR wurde zuletzt bis zum 31.8.2022 verlängert.<sup>43</sup> Nicht verlängert wurde der acht-monatige Zeitraum des § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG auf zwölf Monate. Während Verschmelzungen (und über die Verweisung des § 125 S. 1 UmwG auch Spaltungen) also noch bis Ende 2021 mit der Bilanz für 2020 möglich sind, dürfte es in den Notariaten ab 2022 im August wieder hektischer zugehen.

#### PRAXISTIPP

##### Bei Verschmelzungen zum Jahresende 2021 bedenken:

Wird die Anmeldung so spät im Dezember eingereicht, dass die Verschmelzung erst im Jahr 2022 eingetragen wird, kann die Bilanz des Jahres 2020 zwar der Verschmelzung zugrunde gelegt werden. Da der übertragende Rechtsträger nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG erst mit Eintragung 2022 erlischt, gelten dessen Bilanzierungspflichten für 2021 fort und es kann, wenn das Geschäftsjahr dem Kalenderjahr entspricht, trotzdem die Aufstellung und Feststellung bzw. Prüfung des Jahres-abschlusses mit den damit verbundenen Kosten fällig werden.

### II. Videobeurkundung und -beglaubigung

Das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie<sup>44</sup> (DiRUG) betrifft hauptsächlich Kapitalgesellschaften, insbeson-dere die GmbH.<sup>45</sup> An dieser Stelle sei daher lediglich darauf hingewiesen, dass die öffentliche Beglaubigung von Register-anmeldungen mittels Videokommunikation nach § 12 Abs. 1 S. 2 HGB-neu nicht für Personenhandelsgesellschaften vorgese-hen ist, wohl aber für Einzelkaufleute.

### III. Geldwäsche

Am 1.8.2021 ist das Transparenzregister- und Finanzinformati-onsgesetz<sup>46</sup> (TraFinG) in Kraft getreten. Wesentlicher Inhalt des Gesetzes ist die Aufwertung des Transparenzregisters von einem Auffangregister zu einem Vollregister.<sup>47</sup> Dies geschieht nament-lich durch die ersatzlose Streichung der Mitteilungsfiktion des bisherigen § 20 Abs. 2 GwG, wonach Gesellschaften, deren wirt-schaftlich Berechtigte bereits aus anderen Registern ersichtlich sind, nicht mitteilungspflichtig waren. Dies betraf neben börsen-notierten Aktiengesellschaften und vielen GmbH insbesondere auch Personenhandelsgesellschaften und eingetragene Vereine, die nun ebenfalls der Mitteilungspflicht unterfallen. Dabei be-stehen für Bestandsgesellschaften nach Rechtsform gestaffelte Übergangsfristen: Für Partnerschaften hat die Mitteilung bis zum 30.6.2022 zu erfolgen, für Personenhandelsgesellschaften, Ver-eine und Stiftungen bis zum 31.12.2022.

Für eingetragene Vereine sieht § 20a GwG ein gewichtiges Privi-leg vor. Die Mitteilung von deren Vorstandsmitgliedern als wirt-schaftlich Berechtigte nach § 3 Abs. 2 S. 5 GwG wird das Registergericht automatisch durchführen. Eine eigene Mittei-lungspflicht besteht nur bei veralteten oder unrichtigen Anga-ben im Vereinsregister oder tatsächlichem Vorhandensein eines wirtschaftlich Berechtigten.

<sup>37</sup> Zum aktuellen Stand bereits *Luy, notar* 2021, 392 ff.

<sup>38</sup> [https://www.dnoti.de/fileadmin/user\\_upload/Arbeitshilfen/COVMG\\_Uebersicht.pdf](https://www.dnoti.de/fileadmin/user_upload/Arbeitshilfen/COVMG_Uebersicht.pdf) (abgerufen am 27.10.2021).

<sup>39</sup> Art. 11 des Gesetzes zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefrei-ungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht so-wie im Miet- und Pachtrecht vom 22.12.2020, BGBl I 2021, 3328.

<sup>40</sup> BT-Drucks 19/25322, 22.

<sup>41</sup> BT-Drucks 19/25322, 22.

<sup>42</sup> OLG München, Beschl. v. 23.11.2020 – 31 Wx 405/20, NJW 2021, 558; dazu auch *Luy, notar* 2021, 392, 394.

<sup>43</sup> Art. 15 des Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Aufbau-hilfe 2021“ und zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzan-tragspflicht wegen Starkregenfällen und Hochwassern im Juli 2021 sowie zur Änderung weiterer Gesetze vom 10.9.2021, BGBl I 2021, 4147.

<sup>44</sup> BGBl I 2021, 3338.

<sup>45</sup> Ausführlicher dazu daher *Luy, notar* 2021, 392, 395 f.

<sup>46</sup> BGBl I 2021, 2083.

<sup>47</sup> Überblick zum Ganzen bei *Rubner/Pospiech*, NJW-Spezial 2021, 463.

Dies gilt wohl nicht für die eingetragenen GbR nach Inkrafttreten des MoPeG. Das MoPeG sieht zwar – wohl ohne dass der Gesetzgeber insoweit das TraFinG bedacht hatte<sup>48</sup> – die ausdrückliche Aufnahme der eGbR in den Anwendungsbereich der Mitteilungsfiktion des § 20 Abs. 2 GwG vor. Nachdem dieser aber nun vollständig entfallen ist, wird man davon ausgehen müssen, dass auch die Ehegatten-GbR, die ein Grundstück erwirbt, in Zukunft transparenzregisterpflichtig ist (§ 20 Abs. 1 S. 1 GwG). Damit werden die Wenigsten rechnen. Viele Beteiligte dürften also für einen Hinweis im Rahmen der Anmeldung der Gesellschaft zum Gesellschafts- bzw. Handels- und Partnerschaftsregister oder eines dazugehörigen Anschreibens dankbar sein.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Hinweis auf Mitteilungspflichten zum Transparenzregister:

*Durch die Eintragung in das Gesellschaftsregister (bzw. Handels- oder Partnerschaftsregister) entfallen nicht die Pflichten nach §§ 19, 20 des Geldwäschegesetzes zur Mitteilung der wirtschaftlich Berechtigten an das Transparenzregister. Diese Mitteilung haben die Beteiligten ggf. selbst vorzunehmen.*

Die künftige Erfassung einer Vielzahl von Gesellschaften im Transparenzregister als aussagekräftigerem Vollregister hat für Notarinnen und Notare einen angenehmen Nebeneffekt: § 12 Abs. 3 S. 3 GwG stellt nun klar, dass die Einholung eines Auszugs aus dem Transparenzregister und dessen Abgleich mit den im Rahmen der Identifizierung erhobenen Daten wirtschaftlich Berechtigter in aller Regel ausreichend sind.<sup>49</sup> Anderes gilt nur, wenn sich bei dem Abgleich Zweifel ergeben oder sonst ein höheres Risiko nach § 15 Abs. 2 GwG gegeben ist.

#### IV. Ausblick

Im Bereich der Geldwäsche geht die Entwicklung schon weiter. Am 20.7.2021 hat die Europäische Kommission ein Paket an Vorschlägen zur weiteren Harmonisierung und Reform der Geldwäschebekämpfungsvorschriften veröffentlicht. Im Vorschlag für eine in den Mitgliedstaaten unmittelbar Anwendung findende Geldwäscherichtlinie<sup>50</sup> soll der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten vereinheitlicht und durch Ausweitung der Kontrolltatbestände erweitert werden. Damit ist zu erwarten, dass auch auf höheren Stufen der Beteiligungskette künftig mehr wirtschaftlich Berechtigte zum Transparenzregister mitgeteilt werden müssen. Auch die zu meldenden Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten sollen erweitert werden. Der Vorschlag für eine 6. Geldwäscherichtlinie sieht vor allem die Vernetzung der nationalen Aufsichtsbehörden und die Schaffung einer EU-Agentur vor. Unter Bezug auf die Geldwäscherichtlinie sollen die zu veröffentlichenden Angaben in den Transparenzregistern vereinheitlicht und erweitert werden. Für Notarinnen und Notare könnte dies den Reiz haben, dass sie sich perspektivisch in Fortentwicklung des neuen § 12 Abs. 3 S. 3 GwG auf die Angaben im Transparenzregister zur Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten verlassen können.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Goette, DStR 2021, 1551, 1555.

<sup>49</sup> Bode/Gäsch, NZG 2021, 437, 440.

<sup>50</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems für Zwecke der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung, COM (2021) 420.

<sup>51</sup> Frey/Pelz, CCZ 2021, 209, 218.

#### V. Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz

Auf die die Restrukturierungsrichtlinie umsetzende Gesetzgebung, insbesondere das Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG), ist bereits der empfohlene Beitrag zum Kapitalgesellschaftsrecht ausführlich eingegangen.<sup>52</sup> Aus Sicht des Personengesellschaftsrechts ist dabei nur auf einige Sonderregelungen für persönlich haftende Gesellschafter hinzuweisen. Deren Hintergrund ist stets, die persönliche Haftung ebenfalls in den Restrukturierungsplan einzubeziehen, um zu vermeiden, dass die in der Restrukturierung zu Zugeständnissen gezwungenen Gläubiger sofort auf das Vermögen der persönlich haftenden Gesellschafter zugreifen. Das würde den Erfolg der Restrukturierung empfindlich stören, da zum einen Gläubiger in den Gesellschaftsanteil des persönlich haftenden Gesellschafters selbst vollstrecken könnten und zum anderen der Gesellschafter den Anreiz hätte, den entsprechenden Haftungsbetrag aus der Gesellschaft zu entnehmen.<sup>53</sup> Wichtigste Vorschrift ist insoweit § 67 Abs. 2 StaRUG, der anordnet, dass eine Befreiung der Gesellschaft von Verbindlichkeiten auch zugunsten der persönlich haftenden Gesellschafter gilt, wenn nicht der Restrukturierungsplan anderes bestimmt. Eine solche anderweitige Regelung im Restrukturierungsplan ist nach § 2 Abs. 4 S. 2 StaRUG möglich, der die persönliche Haftung zu den im Restrukturierungsplan gestaltbaren Rechtsverhältnissen erklärt.

#### C. Rechtsprechung

Auch die Rechtsprechung hatte im Berichtszeitraum Gelegenheit, das Gesellschaftsrecht an einigen Stellen zu prägen. Es gab einige Entscheidungen, die von rechtsformübergreifendem Interesse sind, und solche, die eine spezifische Rechtsform betreffen.

##### I. Brexit means Brexit

Mit dem zum Jahresbeginn 2021 nunmehr endgültig erfolgten Brexit und dessen Auswirkungen auf britische Gesellschaften mit deutschem Verwaltungssitz hatten sich der BGH<sup>54</sup> und das OLG München<sup>55</sup> zu beschäftigen. Hiermit hat sich der Beitrag zum Kapitalgesellschaftsrecht bereits beschäftigt.<sup>56</sup>

##### II. Nachweis der Rechtsnachfolge im Klauselverfahren

Zu § 727 ZPO hat das OLG Karlsruhe entschieden, dass an den Nachweis der verschmelzungsbedingten Rechtsnachfolge durch einen beglaubigten Handelsregisterauszug keine gesteigerten Aktualitätsanforderungen zu stellen sind.<sup>57</sup> Die Entscheidung reiht sich in die neuere BGH-Rechtsprechung<sup>58</sup> ein und überzeugt vor allem systematisch durch den Vergleich zur abtretungsbedingten Rechtsnachfolge.<sup>59</sup> Auch hier muss der Zessionar nicht nachweisen, dass er nach der Abtretung Rechtsinhaber geblieben ist.

##### III. Unternehmenserwerb

In dem einer Entscheidung des OLG München<sup>60</sup> zugrunde liegenden Sachverhalt übernahm der „Käufer“ eine GmbH & Co.

<sup>52</sup> Luy, notar 2021, 392, 396 f.

<sup>53</sup> BT-Drucks 19/24181, 165.

<sup>54</sup> BGH, Beschl. v. 16.2.2021 – II ZB 25/17, NZG 2021, 702.

<sup>55</sup> OLG München, Urt. v. 5.8.2021 – 29 U 2411/21 Kart, ZIP 2021, 2178.

<sup>56</sup> Luy, notar 2021, 392, 394.

<sup>57</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.12.2020 – 10 W 6/20, NZG 2021, 565.

<sup>58</sup> BGH, Beschl. v. 30.8.2017 – VII ZB 23/14, NZI 2017, 910.

<sup>59</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.12.2020 – 10 W 6/20, NZG 2021, 565 Rn 13.

<sup>60</sup> OLG München, Urt. v. 3.12.2020 – 23 U 5742/19, MittBayNot 2021, 468.

KG vom „Verkäufer“ dergestalt, dass dieser in einem Notarvertrag seine Anteile an der Verwaltungs-GmbH in die KG einbrachte, der „Käufer“ der KG gegen Verpflichtung zu weiterer Einlageleistung (Tilgung von Darlehen der Gesellschaft) und Freistellung des „Verkäufers“ von entsprechenden Bürgschaften beirat und der „Verkäufer“ seinen KG-Anteil an den „Käufer“ abtrat. Für die notarielle Praxis sind dabei zwei Aspekte der Entscheidung von besonderem Interesse: Zum einen erklärt das OLG die Grundsätze vorvertraglicher Aufklärungspflichten beim Unternehmenskaufvertrag auf die „hier gegebene Erwerbskonstruktion“ für anwendbar.<sup>61</sup> Die in der Transaktionspraxis vielfach verwendeten Haftungsregime haben also nicht nur in klaren Kaufsituationen (asset- oder share-deal) ihre Berechtigung. Auch in gesellschaftsrechtlichen Erwerbskonstruktionen mag man Regelungen zur Haftung für Leistungsstörungen anraten. Zum anderen verdeutlicht die Entscheidung die Notwendigkeit der klaren Formulierung von Haftungsausschlüssen in Unternehmenstransaktionen. Der Ausschluss der Mängelhaftung erfasst nämlich grundsätzlich nicht die Haftung für Aufklärungspflichtverletzungen aus c.i.c.,<sup>62</sup> die im Bereich der Unternehmenstransaktionen aber besonders häufig neben oder anstatt der kaufrechtlichen Mängelhaftung zur Anwendung kommt.

#### IV. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Die GbR als Grundform der Personengesellschaften stand auch dieses Jahr im Fokus der Rechtsprechung. Bei den Entscheidungen ist stets schon heute mit zu bedenken, welche Auswirkungen das MoPeG auf die entschiedene Rechtsfrage haben wird.

##### 1. Ausschluss von Gesellschaftern

Die Rechte ausgeschlossener Gesellschafter wurden durch den BGH<sup>63</sup> gestärkt. Dieser entschied, dass die Verjährungsfrist für den Abfindungsanspruch nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB regelmäßig erst nach Abschluss des Gerichtsverfahrens beginnt, mit dem sich der betroffene Gesellschafter gegen den Ausschlussbeschluss wendet, solange dieser nicht unstreitig oder offenkundig wirksam ist. Der Gesellschafter muss sich also nicht zu sich selbst in Widerspruch setzen und zugleich gegen die Ausschließung und auf Abfindung klagen.<sup>64</sup> Die Entscheidung ist damit im Sinne der Prozessökonomie und aus Sicht beider Parteien grundsätzlich zu begrüßen.<sup>65</sup>

#### PRAXISTIPP

##### Bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen bedenken:

Die Feststellungsklage gegen den Ausschluss ist grundsätzlich unbefristet. Ein Rechtsstreit um Ausschluss und sich daran anschließende Abfindung kann die Gesellschaft lange Zeit in ihrer Entwicklung hemmen. Mit dem MoPeG steht künftig im Recht der Personenhandelsgesellschaften (§ 110 Abs. 1 HGB-neu) ein Regelwerk für ein zeitlich befristetes Anfechtungsmodell zur Verfügung,<sup>66</sup> zu dem auch GbR im Gesellschaftsvertrag mit vergleichsweise einfachen gestalterischen Mitteln optieren können. Die Entscheidung zeigt, dass das zumindest aus Sicht der Gesellschaft sinnvoll sein kann.

#### 2. Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens

Die Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens einer aufgelösten (hier: gekündigten) GbR findet nach Maßgabe der Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrags oder, soweit solche nicht vorhanden sind, den §§ 732 bis 735 BGB, im Übrigen nach den Vorschriften über die Gemeinschaft statt (§ 731 BGB). Befindet sich ein Grundstück im Eigentum der GbR, steht ihr dieses zwar zu Alleineigentum zu und nicht zu Mit- oder Gesamthandseigentum der Gesellschafter. Wegen § 753 Abs. 1 BGB greift aber dennoch die Teilungsversteigerungsregelung nach § 180 Abs. 1 ZVG. Eine Teilungsversteigerung kann jeder Gesellschafter aufgrund seiner Eintragung im Grundbuch anstrengen, ohne dass er eines Titels bedürfte; insoweit gilt § 181 ZVG, wie der BGH entschied.<sup>67</sup> Die Nachwirkungen dieser Entscheidung werden freilich von kurzer Dauer sein. Das MoPeG regelt die Liquidation der rechtsfähigen GbR ausführlich, die Verweisung auf das Recht der Gemeinschaft entfällt.<sup>68</sup> Nach § 736d Abs. 2 BGB-neu hat dann der Liquidator das Gesellschaftsvermögen in Geld umzusetzen, was dem Leitbild einer nachhaltigt wirtschaftenden Gesellschaft gerechter werden soll.<sup>69</sup> Auch unter neuem Recht bleiben Vereinbarungen über die Auseinandersetzung aber zulässig, wie § 735 Abs. 2 und 3 BGB-neu zeigen. Bei Einbringung von Grundstücken durch einen Gesellschafter erscheint es daher sinnvoll, deren Schicksal im Falle der Auflösung der Gesellschaft gesondert zu regeln.

#### V. Kommanditgesellschaft

Schon aufgrund ihres hohen Verbreitungsgrades in der Praxis war auch die KG Gegenstand einer Reihe gerichtlicher Entscheidungen. Im Mittelpunkt stand hier die Kommanditistenhaftung, die besonders bei insolventen Schiffsfonds immer wieder streitig wird.

##### 1. Kommanditistenhaftung

Der BGH hat im Fall eines als mehrstöckige KG organisierten Schiffsfonds entschieden,<sup>70</sup> dass die Kommanditisten der Obergesellschaft den Gläubigern der Untergesellschaft unmittelbar nach §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB haften. Die Außenhaftung der Obergesellschaft gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaft ist eine Gesellschaftsverbindlichkeit, für die die Kommanditisten einzustehen haben. Solange nicht das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Obergesellschaft eröffnet ist, kann der Insolvenzverwalter über das Vermögen der Untergesellschaft nach § 171 Abs. 2 HGB die Ansprüche gegen die Kommanditisten der Obergesellschaft direkt geltend machen. Mit der Entscheidung wurde eine offene Streitfrage in Rechtsprechung und Literatur geklärt.<sup>71</sup> Dies bedeutet zweierlei: Zum einen zeigt das Urteil, dass Anleger auch durch übergeschaltete Dachfonds nicht vor Haftung geschützt werden können, wenn nicht durch Gewinne gedeckte Ausschüttungen nach oben durchgereicht werden. Und zum anderen ist es ein Signal an die Gläubiger der insolventen Untergesellschaft. Sie können ihre Ansprüche gegen mittelbare Kommanditisten nicht direkt geltend machen, sondern sind auf das Insolvenzverfahren verwiesen und werden nach Quote befriedigt.<sup>72</sup>

<sup>61</sup> Rn 86 der zitierten Entscheidung. Insgesamt ist die Frage bisher wenig ausgelotet worden, *Wünschmann*, EWiR 2021, 392, 394. Für Anwachsungsmodelle im Ansatz etwa *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 Rn 3 f.

<sup>62</sup> Rn 136 der zitierten Entscheidung.

<sup>63</sup> BGH, Urt. v. 18.5.2021 – II ZR 41/20, NZG 2021, 1118.

<sup>64</sup> Trotzdem zur Vorsicht mahnend *Ostermaier*, GWR 2021, 368.

<sup>65</sup> *Bachmann/Ponßen*, EWiR 2021, 517, 518.

<sup>66</sup> Siehe oben unter A. I. 3.

<sup>67</sup> BGH, Beschl. v. 8.7.2021 – V ZB 94/20, NZG 2021, 1309.

<sup>68</sup> BT-Drucks 19/27635, 183.

<sup>69</sup> BT-Drucks 19/27635, 187.

<sup>70</sup> BGH, Urt. v. 3.8.2021 – II ZR 123/20, NZG 2021, 1305.

<sup>71</sup> *Leuering/Rubner*, NJW-Spezial 2021, 559, 560.

<sup>72</sup> *Stöber*, BB 2021, 2260.

Ebenfalls ein insolventer Schiffsfonds in der Form der GmbH & Co. KG lag einer weiteren Entscheidung des BGH<sup>73</sup> zugrunde. Hier hatten die Kommanditisten in den Jahren zuvor ihre im Handelsregister eingetragene Haftsumme reduziert. Für davor begründete Altverbindlichkeiten haften sie gemäß §§ 161 Abs. 2, 160 Abs. 1 HGB im Umfang des die neue Haftsumme übersteigenden Betrages zeitlich begrenzt, da die Herabsetzung des Haftkapitals wie ein teilweises Ausscheiden zu behandeln sei.<sup>74</sup> Wer teilweise ausscheidet darf aber nicht strenger als bei vollständigem Ausscheiden haften. Die Fünf-Jahres-Frist für die Nachhaftung beginnt nach § 160 Abs. 1 HGB mit der Eintragung in das Handelsregister. Hat der Gläubiger dagegen positive Kenntnis vom Herabsetzungsbeschluss, so beginnt aufgrund der Wertung des § 176 Abs. 1 HGB die Frist schon mit Erlangung der Kenntnis zu laufen.

#### PRAXISTIPP

##### Künftige Rechtslage:

Beim Fristanlauf durch Kenntnis des Gläubigers wird es auch bleiben: Anders als noch im Regierungsentwurf geplant,<sup>75</sup> belässt es auch das MoPeG dabei, dass der Kommanditist die Kenntnis des Gläubigers im Rahmen des § 176 Abs. 1 HGB seiner Haftung entgegenhalten kann.<sup>76</sup>

Und auch hier wieder einen insolventen Schiffsfonds betreffend entschied der BGH,<sup>77</sup> dass die Kommanditistenhaftung nach §§ 171, 172 Abs. 4, 161 Abs. 2, 128 HGB in der Insolvenz für solche Forderungen gegen die Gesellschaft greift, die vor Insolvenzeröffnung begründet wurden. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens verlieren die Gesellschafter ähnlich einem ausgeschiedenen Gesellschafter die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Gesellschaft. Wie im Fall des Ausscheidens nach § 160 Abs. 1 HGB die Haftung auf Altverbindlichkeiten vor dem Ausscheiden begrenzt ist, so ist auch die Haftung der Kommanditisten in der Insolvenz durch teleologische Reduktion von § 128 HGB für durch den Insolvenzverwalter begründete Verbindlichkeiten ausgeschlossen. In der Entscheidung und auch im MoPeG bleibt offen, wie Dauerschuldverhältnisse im Rahmen des § 160 Abs. 1 HGB zu behandeln sind, ob es also zeitlich auf deren Begründung oder die Entstehung einzelner Ansprüche daraus ankommen soll.<sup>78</sup> Für Steuerschulden hat der BGH zu einem insolventen Schiffsfonds immerhin im Einklang mit der genannten Wertung entschieden, dass es darauf ankommt, dass der Grund der Besteuerung zu einem Zeitpunkt gelegt wurde, als der Gesellschafter noch auf die Führung der Gesellschaft Einfluss nehmen konnte.<sup>79</sup>

Stets entgegenhalten kann der Kommanditist seiner Inanspruchnahme nach §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB freilich, dass diese zur Erfüllung der Gesellschaftsschulden nicht erforderlich sei. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn die Gesellschaft noch selbst ausreichend Vermögen hat, sondern auch, wenn bereits andere Kommanditisten den fehlenden Betrag aufgebracht haben.<sup>80</sup> Bei der Prüfung der Frage, ob eine Inanspruchnahme

erforderlich sei, darf der Insolvenzverwalter aber auch bestrittene Forderungen gegen die Gesellschaft mitberücksichtigen, wenn eine Inanspruchnahme der Masse dadurch ernsthaft in Betracht kommt, wie der BGH – wie sollte es anders sein – zu einem insolventen Schiffsfonds entschied.<sup>81</sup>

#### PRAXISTIPP

##### Fondsanleger für notarielle Risikoaufklärung nur schwer erreichbar:

Im Notariat besteht kaum Gelegenheit, Anleger einer Fonds-KG vor den Haftungsrisiken ihrer Beteiligung zu warnen, da diese in der Regel nur zur Beglaubigung von Handelsregistervollmachten erscheinen.

## 2. Verlustbeteiligung von Kommanditisten

In einer Entscheidung, die die Nachforderung von Abfindungsfehlbeträgen bei einer ausgeschiedenen Kommanditistin betraf, hat der BGH zur Formulierung von Regelungen im Gesellschaftsvertrag zur Verlustbeteiligung von Kommanditisten Stellung genommen.<sup>82</sup> Diese sind auch über § 167 Abs. 3 HGB hinaus möglich. Wenn eine Klausel im Gesellschaftsvertrag aber nicht nur die interne Verteilung von Gewinn- und Verlust regeln soll, sondern eine Nachschusspflicht der Kommanditisten statuieren soll, muss dies klar und eindeutig formuliert sein, um nicht gegen § 707 BGB zu verstoßen.

## 3. Relativ unentziehbare Gesellschafterrechte

Aufgrund einer Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag sollte – so der Sachverhalt einer Entscheidung des BGH<sup>83</sup> – einer Komplementärin die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis durch Mehrheitsbeschluss der Gesellschafterversammlung entzogen werden. Der BGH prüft zunächst die formelle Befugnis zur Fassung dieses Beschlusses. Diese war aufgrund der ihrem Wortlaut nach einschlägigen Mehrheitsklausel gegeben, die ihrerseits entgegen §§ 161 Abs. 2, 119 Abs. 1 HGB zulässig ist. Sodann prüft er den Beschlussinhalt materiell und kommt zu dem Ergebnis, dass die Geschäfts- und Vertretungsbefugnis des Komplementärs ein relativ unentziehbares Recht ist, in das nur eingegriffen werden darf, wenn dies im Interesse der Gesellschaft geboten und für den betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung der eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar ist oder er dem Eingriff zugestimmt hat. Eine solche Zustimmung kann auch vorab im Gesellschaftsvertrag selbst erfolgen. Die Zustimmung zu einer allgemein formulierten Mehrheitsklausel ist dafür indes nicht ausreichend. Erforderlich wäre, dass die vereinbarte Regelung das Ausmaß und den Umfang einer möglichen zusätzlichen Belastung für den Gesellschafter hinreichend deutlich werden lässt.<sup>84</sup>

#### PRAXISTIPP

##### Gestaltung von Gesellschaftsverträgen:

Bei Formulierung einer allgemeinen Mehrheitsklausel dürfte im Regelfall kaum zu antizipieren sein, in welche Rechte einzelner Gesellschafter die Gesellschafterversammlung damit einmal eingreifen möchte. Ein Ansatz bei der Gestaltung kann sein, innerhalb jedes Abschnitts des Gesellschaftsvertrags separat zu regeln, ob und, wenn ja, Änderungen insoweit durch Mehrheitsbeschluss möglich sein sollen.

<sup>73</sup> BGH, Urt. v. 4.5.2021 – II ZR 38/20, NZG 2021, 1014.

<sup>74</sup> Siehe schon Luy, *notar* 2020, 351, 359 zur Vorinstanz.

<sup>75</sup> BT-Drucks 19/27635, 67, 258 f.

<sup>76</sup> Änderungsbeschluss des BT-Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks 19/30942, 113. Nicht gewünscht war an dieser Stelle eine Verschärfung der Kommanditistenhaftung, BT-Drucks 19/31105, 9.

<sup>77</sup> BGH, Urt. v. 15.12.2020 – II ZR 108/19, NJW 2021, 928.

<sup>78</sup> Heckschen, GWR 2021, 1, 3.

<sup>79</sup> BGH, Urt. v. 3.8.2021 – II ZR 194/20, NJW-RR 2021, 1199.

<sup>80</sup> So bereits BGH, Urt. v. 21.7.2020 – II ZR 175/19, NZG 2020, 1149.

<sup>81</sup> BGH, Urt. v. 9.2.2021 – II ZR 28/20, NZG 2021, 928.

<sup>82</sup> BGH, Urt. v. 23.2.2021 – II ZR 184/19, NZG 2021, 641.

<sup>83</sup> BGH, Urt. v. 13.10.2020 – II ZR 359/18, NZG 2020, 1384.

<sup>84</sup> Rn 22 der zitierten Entscheidung. Formulierungsvorschlag für eine hinreichend bestimmte Klausel bei Wicke, *MittBayNot* 2021, 103, 105.

## VI. Eingetragener Verein

Das *obiter dictum* einer Entscheidung des KG<sup>85</sup> betraf die Frage der Zulässigkeit eines grenzüberschreitenden, identitätswahrenden Formwechsels in einen deutschen eingetragenen Verein. Das Gericht nähert sich dem Problem schrittweise: Zunächst wird festgestellt, dass das Umwandlungsgesetz eine entsprechende Möglichkeit nicht vorsehe. Damit komme es darauf an, ob sich der Verein auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann. Das sei problematisch, so das Gericht. Denn nach dem Leitbild des Idealvereins in § 21 BGB ist dieser nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet. Einem ausländischen wirtschaftlichen Verein wird der Weg in das deutsche Vereinsregister verwehrt bleiben, da die Grundfreiheiten des AEUV grundsätzlich keine Besserstellung gegenüber nationalen Sachverhalten verlangen, sondern lediglich eine Gleichbehandlung. Nach Art. 54 Abs. 2 AEUV gilt die Niederlassungsfreiheit indes wiederum nicht für Gesellschaften, die keinen Erwerbszweck verfolgen, was insbesondere auf den klassischen Idealverein zutreffen dürfte. Einzig Idealvereinen mit einer wirtschaftlichen Betätigung als Nebenzweck dürfte damit der Weg in das deutsche Vereinsregister geebnet sein.<sup>86</sup>

### PRAXISTIPP

#### Vor dem Anmeldeprozess Zweckrichtung klären:

Vor dem Ansinnen eines grenzüberschreitenden Formwechsels nach Deutschland ist es sinnvoll, die Satzung des ausländischen Vereins genau nach dem deutschen Maßstab der Vereinsklassenabgrenzung zu überprüfen, um festzustellen, ob die wohl nicht allzu häufige Konstellation eines Idealvereins mit wirtschaftlicher Betätigung als Nebenzweck vorliegt. Nur in diesem Fall sind die Sitzverlegung in der Satzung und der direkte Gang zum Registergericht empfehlenswert.

Handelt es sich um einen reinen Idealverein und soll auch der Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt werden, ist eine Identitätswahrung und Vermeidung der Einzelrechtsübertragung immerhin um den (insbesondere haftungsrechtlichen) Preis der Behandlung als „nicht rechtsfähiger Verein“ nach § 54 BGB möglich.

Christoph Aumann,  
LL.M. (London), *Maitre en droit* (Paris)

ist Notarassessor in München und  
Fachredakteur der Zeitschrift *notar*  
für Personengesellschafts-, Vereins-  
und Stiftungsrecht.

E-Mail: christoph.aumann@notare-mail.de



<sup>85</sup> KG, Beschl. v. 27.11.2020 – 22 W 13/20, DNotZ 2021, 536. Entscheidungserheblich war nur die Form des Antrags. Dieser war schon mangels notarieller Beglaubigung abzulehnen gewesen.

<sup>86</sup> *Terner*, DNotZ 2021, 540, 543.

Lars Hein

## Neuerung in der notariellen Fachprüfung – das Vertiefungsgespräch zum Vortrag

Der Bund hat nach erfolgter Evaluation der notariellen Fachprüfung im Jahr 2021 einige Änderungen auf den Weg gebracht, die neben sprachlichen Anpassungen auch Erleichterungen im Prüfungsablauf und inhaltliche Änderungen der Prüfungsanforderungen beinhalten. Kernstück der Neuerungen ist die beabsichtigte Einführung eines weiteren Prüfungselements. Ab dem Frühjahr 2022 soll sich in der mündlichen Prüfung nach § 14 Abs. 3 NotFV n. F. an den Vortrag ein kurzes Vertiefungsgespräch anschließen. Vortrag und Vertiefungsgespräch erhalten bei der Bemessung der Gesamtnote der mündlichen Prüfung (§ 15 NotFV) ein höheres Gewicht. Zudem wurde bereits durch eine Änderung des § 7c Abs. 3 S. 2 BNotO mit Wirkung vom 1.8.2021 die Dauer des Gruppenprüfungsgesprächs verkürzt. Der folgende Beitrag befasst sich mit den für Prüfer<sup>1</sup> und Prüflinge hieraus resultierenden Anforderungen an Vorbereitung und Durchführung der mündlichen Prüfung.

### A. Einführung

Für den Zugang zum Anwaltsnotariat<sup>2</sup> ist seit dem 1.1.2010 neben einer fünfjährigen Tätigkeit als Rechtsanwalt<sup>3</sup> und der persönlichen Lauterkeit<sup>4</sup> ein fachlicher Eignungsnachweis nach § 5 Abs. 1 BNotO erforderlich, der gemäß § 5b Abs. 1 Nr. 3 BNotO durch das Bestehen der notariellen Fachprüfung erbracht wird (§ 7a Abs. 2 BnotO). Für die Abnahme dieser Prüfung ist das bei der Bundesnotarkammer in Berlin zentral angesiedelte Prüfungsamt (PANot) zuständig.<sup>5</sup> Die zu erbringenden Prüfungsleistungen sind in den §§ 11 ff. der Notarfachprüfungsverordnung (NotFV)<sup>6</sup> näher geregelt. Nach rund zehnjähriger Tätigkeit des PANot und erfolgter Evaluation hat der Bund im Jahr 2021

neben redaktionellen und technischen Änderungen<sup>7</sup> auch erstmals inhaltliche Neuerungen für das Prüfungsverfahren beschlossen.<sup>8</sup> Weitere Änderungen standen zum 1.1.2022 an.

### B. Grundlagen des Prüfungsverfahrens

#### I. Anlehnung an die Staatsexamina

Das in der NotFV enthaltene Prüfungsverfahren ist strukturell an die zweite Staatsprüfung<sup>9</sup> angelehnt,<sup>10</sup> die ihrerseits der staatlichen Pflichtfachprüfung<sup>11</sup> als Bestandteil der Ersten juristischen Prüfung (früher „Erstes Staatsexamen“) ähnelt. Die beiden im Deutschen Richtergesetz aufgeführten Staatsprüfungen, die nach § 5 Abs. 1 DRiG zur Befähigung zum Richteramt führen<sup>12</sup> und deren Bestehen zudem über § 4 S. 1 Nr. 1 BRAO Zulassungsvoraussetzungen für die Ausübung des Anwaltsberufs ist, werden auf der Grundlage des jeweils geltenden Landesrechts von den Landesjustizprüfungsämtern organisiert. Besonders viele Ähnlichkeiten hinsichtlich des Prüfungsablaufs und des Prüfungsverfahrens bestehen etwa mit den im Prüfungs- und Ausbildungsraum Berlin-

<sup>7</sup> So wurde die Möglichkeit der elektronischen Durchführung des schriftlichen Teils der Fachprüfung („E-Klausur“) eingeführt. Ob eine Prüfungskampagne parallel zu den regulären schriftlichen Prüfungen auch die E-Klausur ermöglicht, wird mit den Prüfungsterminen spätestens vier Monate im Voraus in der DNotZ und auf der Homepage veröffentlicht, voraussichtlich jedoch nicht vor der Prüfungskampagne 2022/II. Zudem wurde die dreijährige Wartefrist für einen Notenverbesserungsversuch nach bestandener Prüfung abgeschafft. Der Notenverbesserungsversuch kann nunmehr bereits in einer der auf die bestandene Prüfung folgenden Kampagnen unternommen werden. Im Übrigen umfassen die Neuerungen den Vorsitz des Prüfungsausschusses in der mündlichen Prüfung, der nun nicht mehr ein von den Landesjustizverwaltungen vorgeschlagenes Mitglied haben muss. Mit der Änderung kann zudem jedes Mitglied des Prüfungsausschusses (auch hauptamtliche Notare und Anwaltsnotare) den Vorsitz innehaben. Weitere Änderungen betreffen die Anpassung der Prüfungsgebühr und der Widerspruchsgebühr. Die Prüfungsgebühr wurde auf 3.200 € angepasst. Weitergehende Informationen hierzu hat das PANot unter <https://www.pruefungsamt-bnotk.de/aktuelles/meldung-veroeffentlicht>.

<sup>8</sup> Art. 5 des Gesetzes vom 25.6.2021, BGBl I, 2154.

<sup>9</sup> Vgl. § 5 Abs. 1 Hs. 1 DRiG.

<sup>10</sup> Hierzu eingehend *Cornelius/Wolke*, DNotZ 2021, 487 ff.

<sup>11</sup> Vgl. § 5 Abs. 1 Hs. 2 2. Fall DRiG.

<sup>12</sup> Vgl. § 5 Abs. 1 DRiG.

<sup>1</sup> Im vorliegenden Beitrag wird für die bessere Lesbarkeit durchgehend das generische Maskulinum verwendet, wobei selbstverständlich auch die weibliche Form mitumfasst ist.

<sup>2</sup> Dies betrifft die Länder Berlin, Bremen, Hessen, Niedersachsen und Schleswig-Holstein sowie Teile Nordrhein-Westfalens (Oberlandesgerichtsbezirk Hamm, rechtsrheinische Gebiete des Landgerichtsbezirks Duisburg und Amtsgerichtsbezirk Emmerich).

<sup>3</sup> Vgl. § 5b Abs. 1 Nr. 1 BNotO.

<sup>4</sup> Vgl. § 5 Abs. 2 BNotO.

<sup>5</sup> § 1 NotFV.

<sup>6</sup> Verkündet am 7.5.2010, BGBl I, 576.

Brandenburg geltenden Vorschriften.<sup>13</sup> In den vom Gemeinsamen Juristischen Prüfungsamt der Länder Berlin und Brandenburg (GJPA) durchgeführten Staatsprüfungen haben die Prüflinge neben einem höher gewichteten Klausuranteil eine mündliche Prüfung zu absolvieren. Die mündliche Prüfung beschließt das Prüfungsverfahren und beginnt mit einem Vortrag, dem sich ein jeweils maximal fünfminütiges Vertiefungsgespräch anschließt. Für Vortrag und Vertiefungsgespräch wird eine einheitliche Note nach der Skalierung der Bundesnotenverordnung<sup>14</sup> vergeben. Die Bewertung für Vortrag und Vertiefungsgespräch fließt mit 1/3 in die Note der mündlichen Prüfung ein. Die weiteren 2/3 der mündlichen Prüfungsleistung werden durch von Pausen unterbrochene Gruppenprüfungsgespräche ermittelt.

## II. Gewichtung der Prüfungsleistungen

Auch die notarielle Fachprüfung erfordert nach der Ursprungsfassung der NotFV neben dem erfolgreichen Absolvieren des mit 75 % gewichteten Klausuranteils (§ 11 NotFV) eine mündliche Prüfung, die sich aus Vortrag (20 %) und Prüfungsgruppen-gespräch (80 %) zusammensetzt (§ 15 NotFV). Eine Vertiefung des Vortrags sahen die bisherigen Vorschriften in § 14 Abs. 3 und 4 NotFV nicht vor.

## C. Änderungen und Änderungsvorhaben

### I. Bereits erfolgte Änderungen

Mit Gesetz vom 25.6.2021 hat der Bundesgesetzgeber in einem ersten Schritt den zeitlichen Anteil des jeweiligen Prüflings im Rahmen der Gruppenprüfungsgespräche von 60 Minuten auf 45 Minuten reduziert (§ 7c Abs. 1 S. 2 BNotO).<sup>15</sup>

### II. Änderungen zum 1.1.2022

Zum 1.1.2022 soll mit der Einführung des Vertiefungsgesprächs zum Vortrag ein zweiter, insoweit folgerichtiger Schritt folgen. Für eine dahingehende Ergänzung der NotFV sieht der Verordnungsentwurf des BMJV<sup>16</sup> zwei Regelungen vor, die jeweils Auswirkungen auf den Ablauf der mündlichen Prüfung, aber auch auf die Vorbereitung haben werden und deshalb von besonderem Interesse für Prüfer und Prüflinge sind.

Nach der Entwurfsfassung soll zum einen in § 14 Abs. 3 NotFV eingefügt werden, dass sich dem Vortrag ein „kurzes Vertiefungsgespräch“ anschließt. Zudem soll sich nach § 15 S. 2 NotFV n. F. die Gewichtung des Vortrags erhöhen. Vortrag und Vertiefungsgespräch sollen in Bezug auf das Gesamtergebnis der mündlichen Prüfung nicht mehr 20 %, sondern 30 % betragen, wodurch die Gewichtung der Gesamtnote für das Gruppenprüfungsgespräch entsprechend von 80 % auf 70 % reduziert wird.

## D. Folgen für die Praxis

### I. Zeitliche Verkürzung – eine Erleichterung für Prüfer und Prüflinge

Durch die bereits erfolgte zeitliche Verkürzung der drei Prüfungsgruppen-gespräche in § 7c Abs. 3 S. 2 BNotO, die bereits in der

Prüfungskampagne im August/September 2021 praktiziert wurde, resultieren weder für Prüflinge noch für Prüfer hieraus besondere Weiterungen. Thematisch bleibt es beim Prüfungsstoff des § 5 NotFV; einzig die zu absolvierende Prüfungsdauer wurde reduziert. Dieser Schritt ist nach den ersten Erfahrungen sowohl aus der Sicht der Prüflinge als auch aus Prüferperspektive zu begrüßen, denn bereits bei einer Prüfungsgruppengröße von vier Prüflingen dauerte bisher ein einzelner Prüfungsabschnitt 80 Minuten, was Prüflingen, aber auch Prüfern besondere Aufmerksamkeit und Anstrengungen abforderte, die weit über die Anforderungen in den juristischen Staatsprüfungen hinausgingen. Im Zuständigkeitsbereich des GJPA beträgt z. B. bei fünf Prüflingen die maximale Prüfungsdauer für ein Gruppenprüfungsgespräch „lediglich“ 50 Minuten. Bei der Größe einer Prüfungsgruppe, die in der Fachprüfung regelmäßig drei bis vier Prüflinge umfasst, wird mit einer Prüfungsdauer von 45 bzw. 60 Minuten je Gespräch eine „griffige“ Zeitgröße erreicht, die einerseits eine hinreichende Beurteilungsgrundlage für die zu erbringende Prüfungsleistung schafft, bei der andererseits die Qualität der zu erbringenden Leistungen nicht durch die besondere Dauer des Prüfungsgesprächs überlagert wird.

## II. Fragen zum neuen Vertiefungsgespräch

Die zum 1.1.2022 beabsichtigte Einführung des Vertiefungsgesprächs wirft für den Ablauf des Prüfungsverfahrens sowohl prüfungsrechtliche als auch prüfungsdidaktische Fragen auf, die einer näheren Untersuchung lohnen:

### 1. Zeitlicher Rahmen

Zu klären ist zunächst die zeitliche Bemessung des Vertiefungsgesprächs als Ergänzung zum Vortrag. Den konkreten Zeitumfang des Vertiefungsgesprächs regelt nämlich der beabsichtigte Verordnungstext selbst nicht. Da die Neuerung ein „kurzes“ Vertiefungsgespräch verlangt, ist jedoch zu schlussfolgern, dass dieses hinter der zur Verfügung stehenden Vortragszeit, die gemäß § 14 Abs. 3 S. 6 NotFV höchstens zwölf Minuten beträgt, deutlich zurückbleiben muss und demnach nur einen Bruchteil betragen darf. Der Begründung des Referentenentwurfs ist insoweit zu entnehmen, dass sich der Ordnungsgeber eine zeitliche Begrenzung von drei Minuten vorstellt. Ob es sich hierbei um eine starre Höchstgrenze handeln soll,<sup>17</sup> lässt die Begründung indessen nicht eindeutig erkennen. Aus prüfungsdidaktischen Erwägungen sollte ein gut geführtes Prüfungsgespräch, wenn es der gesetzliche Rahmen nicht anders fordert, jedoch nicht „miten im Satz“ abbrechen, denn dies trägt in aller Regel zu einer unnötigen Verunsicherung der Prüflinge bei, vor allem dann, wenn etwaige zeitliche Verzögerungen auf das Konto des Prüfers gehen. Der Vorsitzende des Prüfungsausschusses wird hierbei vor allem darauf zu achten haben, dass hinsichtlich der Länge des Vertiefungsgesprächs innerhalb der jeweiligen Prüfungsgruppe einheitlich vorgegangen wird. Insoweit dürfte gemäß § 14 Abs. 3 S. 4 NotFV nichts anderes gelten als für das Gruppenprüfungsgespräch, zumal eine entsprechende Gleichbehandlung der Prüflinge durch das Gebot der Fairness und den Grundsatz der Prüfungsgerechtigkeit bei berufsbezogenen Prüfungen auch auf verfassungsrechtliche Vorgaben der Art. 12 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG zu stützen ist.<sup>18</sup> Gewährt der Prüfungsausschuss also z. B. beim ersten Vertiefungsgespräch eine zeitliche Dauer von ca. vier Minuten, ist dieser Zeitraum auch für die Folgegespräche zu beachten. Infolgedessen muss dann weiterhin durch den Vor-

<sup>13</sup> Gesetz über die Ausbildung von Juristinnen und Juristen im Land Berlin vom 23.6.2003, GVBl 2003, 232; Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristinnen und Juristen im Land Berlin vom 4.8.2003, GVBl 2003, 298; Gesetz über die Juristenausbildung im Land Brandenburg vom 4.6.2003, GVBl I/03, [Nr. 09], 166; Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen im Land Brandenburg vom 6.8.2003, GVBl II/03, [Nr. 20], 438.

<sup>14</sup> Verordnung über eine Noten- und Punkteskala für die erste und zweite juristische Prüfung vom 3.12.1981, BGBl I, 1243.

<sup>15</sup> Art. 5 des Gesetzes vom 25.6.2021, BGBl I, 2154.

<sup>16</sup> BR-Drucks vom 26.10.2021, 774/21.

<sup>17</sup> Vgl. etwa § 9 Abs. 2 S. 1 JAO Berlin („längstens fünfminütiges Vertiefungsgespräch“).

<sup>18</sup> *Hein/Schröder*, NVwZ 2018, 302, 303 m. w. N.

sitzenden gewährleistet sein, dass dann bei den folgenden Prüfungen aus den vier Minuten nicht etwa fünf Minuten oder mehr werden, was in der Praxis gerade bei spannenden Vertiefungsgesprächen aus Prüfersicht ein besonderes Augenmaß verlangt.

## 2. Konzeption des Vertiefungsgesprächs

Auch zur Art und Weise des Vertiefungsgesprächs verhält sich der Referentenentwurf des BMJV nicht explizit. Da das Vertiefungsgespräch systematisch zwischen Vortrag und Gruppenprüfungsgespräch angesiedelt ist, spricht viel dafür, dass von der Gesprächsart eher eine vertiefte fachliche „Diskussion“<sup>19</sup> im Dialog zwischen Prüfer und Prüfling in Betracht kommt, bei der es nicht darum geht, dem Prüfling zu zeigen, was er alles noch nicht weiß, sondern vielmehr darum, hinreichende Erkenntnisse über die fachliche Eignung des Prüflings i. S. v. § 5 Abs. 1 BNotO für das angestrebte Notaramt zu erlangen. Hierbei kann es sich durchaus anbieten, den Vortrag als inhaltlichen Anknüpfungspunkt zu wählen:

a) Daher sind für das Vertiefungsgespräch sowohl kurze Ergänzungs- und Gestaltungsfragen zum Vortrag, knappe und leicht nachvollziehbare Sachverhaltsabweichungen vom Vortrag oder allgemeine Fragen hierzu grundsätzlich gut geeignet. Diese Variante bietet zugleich den Vorteil, dass allen Kandidaten die gleichen Fragen gestellt werden können, was bei der Bewertung den Vergleich der Leistungen erheblich erleichtert.

b) Denkbar ist es auch, mit dem Vertiefungsgespräch ein völlig neues Thema einzuführen. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass bereits die für Mitprüfer und Prüflinge verständliche Schilderung eines kurzen Sachverhalts zumeist mit Blick auf die ca. dreiminütige Prüfungsdauer unverhältnismäßig viel Zeit in Anspruch nehmen dürfte. Auch insoweit gilt der bewährte Grundsatz, der für jegliche mündliche Prüfung zutrifft, dass nicht der Prüfer den überwiegenden Redeanteil haben sollte, sondern der Prüfling.

c) Eher ungeeignet dürfte hingegen eine Gesprächsführung sein, die aus Prüfersicht darauf abzielt, etwaige Fehler des Prüflings aus dem unmittelbar zuvor gehaltenen Vortrag noch einmal hervorzuheben, ihm also die Defizite seiner gerade erbrachten Prüfungsleistung (nochmals) vor Augen zu führen, denn daraus sind neue (weitere) Erkenntnisse über die fachliche Eignung kaum herzuleiten.

Sollte ein Prüfling hingegen einen in der Aufgabenstellung des Vortrags ausdrücklich aufgeworfenen Punkt bei seinem Vortrag übersehen oder etwa aus Zeitgründen gar nicht angesprochen haben, wäre es prüfungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn ihm im Rahmen des Vertiefungsgesprächs als „zweite Chance“ die Gelegenheit gegeben wird, hierzu kurz Stellung zu beziehen. Dies geht dann allerdings inhaltlich zulasten der anderen vorbereiteten Themen. Auch ein Vergleich der Leistungen der verschiedenen Prüflinge ist bei dieser Vorgehensweise schwieriger.

d) In den juristischen Staatsprüfungen findet sich am Ende des Prüfervermerks gelegentlich eine Anregung für die Prüfer zur thematischen Gestaltung des Vertiefungsgesprächs, z. B. wenn bestimmte vertiefte Erwägungen von den Prüflingen im Vortrag selbst nicht zu erwarten sind oder ein im Vortrag angesprochenes Problem auch in anderen Konstellationen besteht, die dann ggf. zu vertiefen sein könnten. Diese Anregungen sind für die Prüfer des Vertiefungsgesprächs unverbindlich und prüfungsrechtlich unbedenklich. Sie zeigen lediglich Gestaltungsmöglichkeiten auf,

von denen die Prüfer nach den Erfahrungen des Verfassers auch nicht immer Gebrauch machen. Ob die Aufgabenkommission des PANot<sup>20</sup> in ihrer künftigen Praxis für den Vortragsteil solche Anregungen aufnehmen wird, ist derzeit noch nicht abzusehen.

## 3. Zulässiger Prüfungsstoff

Auch wenn sich der Referentenentwurf zum Prüfungsstoff für das Vertiefungsgespräch nicht weiter verhält, gelten hierfür die allgemeinen Regeln des § 5 NotFV.

a) Zu beachten ist hierbei sowohl für Prüflinge als auch für Prüfer, dass nicht nur der ausdrückliche Stoffkatalog des § 5 Abs. 1 NotFV herangezogen werden kann. Für ein Vertiefungsgespräch dürften gerade die praktisch bedeutsamen Themen wie etwa die steuerrechtlichen Bezüge in besonderem Maße geeignet sein, einen Vortrag vertieft abzurufen.

b) Im Zusammenhang mit dem Prüfungsstoff stellt sich für das Vertiefungsgespräch auch die Frage der inhaltlichen Gleichbehandlung des Prüfungsgegenstandes bei allen Prüflingen. Es liegt insoweit in der Natur einer zeitlich begrenzten mündlich zu erbringenden Prüfungsleistung, dass die Fragestellungen des Prüfers maßgeblich von der Qualität der Antworten des Prüflings abhängen. Bei einem zögerlichen und im Gesetz blätternden Prüfling sind im Rahmen der für das Vertiefungsgespräch zur Verfügung stehenden Zeit notwendigerweise weniger Fragen möglich als bei einem zügig und richtig antwortenden Prüfling. Es ist daher prüfungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Prüfer die Schwierigkeit der Fragen im Laufe des Vertiefungsgesprächs der bis dahin gezeigten Leistung des Prüflings anpasst. Zudem erleichtert ein solches Vorgehen, das ggf. eine sorgfältige Vorbereitung des Vertiefungsgesprächs durch den Prüfer voraussetzt, die abschließende Bildung der Gesamtnote für Vortrag und Vertiefungsgespräch.

## 4. Wer prüft?

Der Verordnungstext lässt offen, welches Mitglied des Prüfungsausschusses das Vertiefungsgespräch führen bzw. moderieren soll. Die Zuweisung dieses Prüfungsteils ist auch nicht aus anderen Gründen dem Vorsitzenden zugewiesen. Dass der Vorsitzende des Prüfungsausschusses nach § 14 Abs. 4 S. 3 NotFV darauf zu achten hat, dass die Befragung der Prüflinge in geeigneter Weise erfolgt und dass jeder Prüfling zu gleichen Anteilen an dem Gespräch beteiligt wird, begründet keine originäre Zuständigkeit zur Abnahme des Vertiefungsgesprächs. Anders als in den juristischen Staatsprüfungen gibt es in der notariellen Fachprüfung auch kein als „Fachprüfer“ gesetztes Mitglied des Prüfungsausschusses für die in § 5 Abs. 1 NotFV genannten Bereiche der notariellen Amtstätigkeit.

Für die Prüfungspraxis ist es daher zwingend erforderlich, dass sich die Mitglieder des Prüfungsausschusses vor der Prüfung, und zwar möglichst nicht erst am Prüfungsmorgen, dahingehend abstimmen, wer das Vertiefungsgespräch führen soll. Der Prüfungsausschuss kann sich dabei ohne Weiteres darauf verständigen, dass dem Vorsitzenden diese Aufgabe zukommen soll. Im Ergebnis sollte es der Prüfer sein, der mit Blick auf den Inhalt des Vortrags den engsten Praxisbezug hat. Es dürfte hingegen wenig praktikabel sein, das dreiminütige Vertiefungsgespräch auf mehrere Mitglieder des Prüfungsausschusses aufzuteilen, auch wenn eine solche Aufteilung bei den Gruppenprüfungsgesprächen durchaus denkbar ist. Die hierfür zur Verfügung stehende Vertiefungszeit ist für einen Prüferwechsel oder gar ein wechselseitiges „Ins-Wort-Fallen“ viel zu kurz.

<sup>19</sup> Vgl. etwa § 9 Abs. 2 JAObIn.

<sup>20</sup> Vgl. § 3 NotFV.

## 5. Kurze Pause zwischen Vortrag und Vertiefungsgespräch

Auch wenn sich das Vertiefungsgespräch vom Ablauf unmittelbar an den Vortrag anschließt, sollte es in der Praxis nicht ohne eine kurze Atempause für alle Beteiligten beginnen. Dem Prüfling sollte zunächst durch den Vorsitzenden die Gelegenheit gegeben werden, sich nach dem Vortrag neu zu sammeln, einmal tief durchzuatmen, einen Schluck Wasser zu trinken und die zuvor ausgebreiteten Unterlagen zu sortieren, um dann mit klarem Kopf in die Vertiefung zu gehen. Auch den Prüfern tut eine kleine gedankliche Pause an dieser Stelle gut, denn sie können die letzten Eindrücke des Vortrags noch notieren, bevor auch sie sich gedanklich auf das Vertiefungsgespräch einlassen.<sup>21</sup>

## 6. Gewichtung

Abschließend ist aus Prüfersicht die Gewichtung der im Vertiefungsgespräch zu erbringenden Leistungen zu klären.

a) Der Ordnungsgeber macht hierzu keine Vorgaben und überlässt die abschließende Gewichtung dem einzelnen Prüfer, der bei der mündlichen Prüfung nach § 7c Abs. 4 S. 1 BNotO eine eigenständige Bewertung vorzunehmen hat. Fehlen gesetzliche Vorgaben, gehört die Gewichtung von Teilleistungen zu dem der gerichtlichen Überprüfung nur sehr eingeschränkt zugänglichen prüferspezifischen Bewertungsspielraum und kann ausschließlich nach Maßgabe des einzelnen Prüfers erfolgen.<sup>22</sup>

b) Für die Praxis dürfte sich empfehlen, dem Vertiefungsgespräch einen den Gesamteindruck des Vortrags ab- oder auf-rundenden Charakter beizumessen oder ihm bei prozentualer Gewichtung einen Anteil beizumessen, der jedenfalls nicht über die vom Ordnungsgeber in § 15 NotFV vorgenommene Veränderung der Gewichtung des Komplexes „Vortrag + Vertiefungsgespräch“ hinausgeht. Insoweit ließe sich ein Verhältnis von ca. 4/5 bis 2/3 für den Vortrag und 1/5 bis 1/3 für das Vertiefungsgespräch prüfungsrechtlich gut begründen. Weder ist die Vornahme einer solchen mathematisch exakten Gewichtung noch ihre Offenlegung gegenüber den Prüflingen nach der oberverwaltungsgerichtlichen Prüfungsrechtsprechung geboten.<sup>23</sup> Vielmehr ist entscheidend, dass die Bewertung auf einem Gesamteindruck beruht, der von zahlreichen ineinandergreifenden Faktoren abhängt, deren Bedeutung und Gewicht von verschiedenen Umständen beeinflusst wird und die in ihrer Summe und in ihren Wechselwirkungen den Gesamteindruck bilden, der anhand der Bewertungsvorgaben in die einzelnen Notenstufen einzuordnen ist und bei dem die Prüfer von Einschätzungen und Erfahrungen ausgehen, die sie im Laufe der Examenspraxis bei vergleichbaren Prüfungen entwickelt haben und allgemein anwenden.<sup>24</sup>

## II. Praxistipps für Prüflinge

Auch für die Prüflinge bedeutet die Einführung des Vertiefungsgesprächs eine zusätzliche Prüfungsleistung, für die sich eine gesonderte Prüfungsvorbereitung empfiehlt.

## 1. Vorbereitung auf den Vortrag

Der Vortragsteil wird nicht nur in den Staatsprüfungen oftmals von den Prüflingen unterschätzt.<sup>25</sup> Selbstverständlich entspricht ein Vortrag in freier Rede der täglichen Arbeit eines Rechtsanwalts vor Gericht, weshalb die Verlockung für die Prüflinge groß ist, hierbei auf die eigene Berufspraxis zu vertrauen. In der mündlichen Prüfung kommen jedoch die Prüfungssituation sowie ggf. eine unter Zeitdruck zu bewältigende, ggf. auch aus der eigenen Praxis eher unbekanntes Materie hinzu. Nach den Erfahrungen des Verfassers werden auch in der notariellen Fachprüfung durch Mängel in der Vortragstechnik viele Punkte verschenkt.<sup>26</sup> Dies betrifft nicht nur den Umgang mit allgemeiner Nervosität vor mündlichen Prüfungen und insbesondere dem Prüfungsauftritt. Vor allem die prüfungsangemessene Vortragshaltung, die richtige Zeiteinteilung, das Vortragstempo, die Körperhaltung und der Blickkontakt zu den Prüfern, die eine gute Prüfungsleistung abrunden, werden von den Prüflingen in der Fachprüfung oftmals vernachlässigt.

## 2. Vorbereitung auf das Vertiefungs- und das Gruppenprüfungsgespräch

Die hohe Kunst einer erfolgreichen mündlichen Prüfung besteht regelmäßig darin, dass der Prüfling erlerntes oder praktiziertes Wissen in einem sehr schwierigen und komplexen Thema einfach erklären kann.<sup>27</sup> Für die juristischen Staatsprüfungen hat sich ein Kleingruppenttraining im Vorfeld der mündlichen Prüfung bewährt. Sowohl an den Universitäten als auch in Arbeitsgemeinschaften im Vorbereitungsdienst werden Vortrag und Vertiefungsgespräch gesondert trainiert. Auch für die notarielle Fachprüfung bietet sich ein solches Training an, etwa mit Kollegen aus der Anwaltssozietät oder mit Mitprüflingen. Das PANot stellt auf seiner Internetseite Vortragsstücke aus der früheren Prüfungspraxis zur Verfügung,<sup>28</sup> die in Ansehung der bevorstehenden mündlichen Prüfung sehr gut geeignet sind. Diese Vortragsstücke können gleichermaßen der Vorbereitung auf das Vertiefungsgespräch dienen. In der Praxis hat sich insoweit besonders bewährt, dass der Prüfling im Rahmen der Vorbereitung im kleinen Kreis auch zeitweise die Seite wechselt und die Rolle des Prüfers übernimmt.<sup>29</sup> Diese Art der Übung ermöglicht nicht nur eine inhaltliche Vorbereitung auf die mündliche Prüfung, sondern auch das gezielte Training der Rhetorik von Vortrag und Vertiefungsgespräch.<sup>30</sup>



Dr. Lars Hein, LL.M.

ist Richter am Brandenburgischen  
Oberlandesgericht.

E-Mail: Lars.Hein@olg.brandenburg.de

<sup>21</sup> Auch wenn ein solches Vorgehen an sich selbstverständlich sein sollte, ist in den Staatsprüfungen immer wieder eine „Überbeschleunigung“ anzutreffen, die dem Prüfungsablauf insgesamt nicht zuträglich ist.

<sup>22</sup> Hein/Schröder, NVwZ 2018, 302, 305.

<sup>23</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 13.9.2016 – 6 B 12/16, BeckRS 2016, 52773 (Ls.); Urt. v. 23.5.2017 – 6 B 13/16, BeckRS 2017, 117338 Rn 20; mit zustimmender Anmerkung Hein/Schröder, NVwZ 2018, 302.

<sup>24</sup> Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 13.9.2016 – 6 B 12/16, BeckRS 2016, 52773.

<sup>25</sup> Sanders/Dauner-Lieb, Recht Aktiv – Erfolgreich durch das Examen, S. 194, 195.

<sup>26</sup> Vgl. hierzu Sanders/Dauner-Lieb/Gössl/Hamos, Recht Aktiv – Erfolgreich durch das Examen, S. 172 ff.

<sup>27</sup> Kregel, Bestnote – Lernerfolg verdoppeln, Prüfungsangst halbieren, S. 221.

<sup>28</sup> Neben Klausuren finden sich hier auch bereits gelaufene Mustervorträge <https://www.pruefungsamt-bnotk.de/service-download-bereich/musteraufgaben>.

<sup>29</sup> Petersen, Die mündliche Prüfung im ersten juristischen Staatsexamen, 4. Aufl. 2020, S. 184.

<sup>30</sup> Wertvolle Hinweise zur Vorbereitung auf die mündlichen juristischen Prüfungen, die gleichermaßen auch für die notarielle Fachprüfung gelten, finden sich bei Pötters/Werkmeister, Basiswissen Jura für die mündlichen Prüfungen – 1. und 2. Staatsexamen, 8. Aufl. 2020, S. 139 ff.



## rechtsprechung

BGH

### Anspruch auf Erteilung von Abschriften nur bei konkreter Benennung; kein Anspruch gegen den Notar auf pauschale Auskunftserteilung

§ 51 BeurkG verpflichtet den Notar weder dazu, einem Urkundsbeteiligten oder seinem Rechtsnachfolger Auskunft darüber zu erteilen, ob er oder sein Rechtsvorgänger überhaupt an der Errichtung von Niederschriften beteiligt waren, die in dem Notariat errichtet wurden oder verwahrt werden, noch dazu, ihnen alle Niederschriften zu benennen, an denen diese beteiligt waren. Der Notar ist auch nicht verpflichtet, einem pauschalen Antrag auf Erteilung von Abschriften aller Niederschriften zu entsprechen, die Erklärungen des Urkundsbeteiligten oder seines Rechtsvorgängers enthalten.

(amtlicher Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 8.7.2021 – V ZB 42/19  
BeurkG § 51

#### Entscheidung:

Der BGH hatte als Rechtsmittelinstanz über die Beschwerde eines Antragstellers zu entscheiden, der von einem Notar und dessen Sozium pauschal die Fertigung von unbeglaubigten Abschriften aller Urkunden verlangte, die einen bestimmten Urkundsbeteiligten betreffen, und hilfsweise Auskunft über sämtliche derartige Beurkundungen in dem Notariat begehrte.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Über den Nachlass eines Erblassers war das Insolvenzverfahren wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung eröffnet worden. In seiner Funktion als Insolvenzverwalter forderte der Antragsteller von einem Notar und dessen Sozium, ihm nicht beglaubigte Abschriften aller Urkunden zu erteilen, die sich im Besitz der Notare befinden, den Erblasser als Urkundsbeteiligten ausweisen und im Zusammenhang mit dem privaten und/oder geschäftlichen Vermögen des Erblassers stehen. Hilfsweise begehrte er Auskunft über sämtliche Urkundennummern der Urkunden im Besitz des Notariats, die den Erblasser, dessen Vermögen oder Vermögensverfügungen betreffen. Zur Begründung führte er an, dass die Witwe des Erblassers sämtliche Unterlagen

vernichtet habe und er daher keine andere Möglichkeit habe, die Vermögenswerte des Nachlasses zu überprüfen.

Da der Notar weder die gewünschten Abschriften erteilte, noch Auskunft über entsprechende Urkunden gab, legte der Antragsteller Beschwerde ein, die vom LG Passau mit Beschluss vom 14.2.2019 abgewiesen wurde. Gegen diese Entscheidung legte der Antragsteller nunmehr Rechtsbeschwerde zum BGH ein.

Der BGH wies auch die Rechtsbeschwerde ab und folgte der Entscheidung des LG Passau. Im Einzelnen begründete der BGH seine Entscheidung wie folgt:

„Die Beschwerde sei unbegründet, weil aus § 51 Abs. 1 und Abs. 3 BeurkG lediglich ein Anspruch auf Erteilung einzelner, konkret bezeichneter Urkunden folge. Einem pauschalen Ausforschungsersuchen dürfe der Notar hingegen unter Verweis auf seine berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten nicht nachkommen (§ 18 BNotO).“

Nach § 51 Abs. 1 Hs. 1 Nr. 1, Abs. 3 BeurkG könne zunächst nur der Urkundsbeteiligte selbst eine Ausfertigung bzw. Abschrift der Niederschrift verlangen. Dabei habe er die Urkunde so konkret zu bezeichnen, dass der Notar sie ohne Schwierigkeiten auffinden kann; geeignete Angaben zur Identifizierung seien dabei die Urkundennummer, das Datum der Beurkundung, der Beurkundungsgegenstand oder die ggf. weiteren Urkundsbeteiligten.

Dieser Anspruch auf Erteilung einer Abschrift stehe inhaltsgleich dem Rechtsnachfolger des Urkundsbeteiligten zu. § 51 Abs. 1 Hs. 2 BeurkG habe insofern eine lediglich klarstellende Funktion im Hinblick auf § 1922 BGB. Rechtsnachfolger im Sinne der Vorschrift seien dabei auch Parteien kraft Amtes, insbesondere etwa der (Nachlass-)Insolvenzverwalter, soweit die angeforderten Abschriften der Urkunden einen Bezug zu ihrem Amt haben. Allerdings seien hierbei die identischen Anforderungen an die Konkretisierung der begehrten Urkunden zu stellen; § 51 Abs. 1 Hs. 2 BeurkG sehe keine Herabsetzung der Tatbestandsvoraus-

setzungen vor, sondern knüpfe unmittelbar an den ursprünglichen Anspruch des Urkundsbeteiligten auf Erteilung von Ausfertigungen aus § 51 Abs. 1 Hs. 1 Nr. 1 BeurkG an. Das Argument des Antragstellers, er habe aufgrund der Vernichtung von Unterlagen keine Möglichkeit, einzelne Beurkundungsvorgänge zu benennen, ließ der BGH nicht gelten; der Rechtsnachfolger trage das Risiko von Wissensverlusten beim Übergang des Anspruchs auf ihn.

Dementsprechend verneint der BGH vorliegend einen Anspruch des Antragstellers auf Erteilung von Abschriften aller Urkunden, bei deren Beurkundung der Erblasser beteiligt war und die im Zusammenhang mit dessen Vermögen stehen. Mit einem derart „ins Blaue hinein“ gestellten Antrag müsse sich der Notar nicht befassen.

In gleicher Weise lehnt der BGH einen vorgelagerten Auskunftsanspruch des Antragstellers ab. § 51 Abs. 1 BeurkG dürfe nicht zu Ausforschungszwecken missbraucht werden, um über diesen „Umweg“ an Abschriften von Urkunden zu gelangen.

### Anmerkung:

Die vorliegende Entscheidung des BGH überzeugt nicht nur im Ergebnis, sondern vor allem auch durch ihre Methodik und die eng am Gesetz orientierte Begründung. Indem sich der Senat beinahe lehrbuchartig mit Wortlaut, Gesetzgebungshistorie, Systematik und Telos des § 51 BeurkG auseinandersetzt, leistet er einen wertvollen Beitrag zur Konturierung der Vorschrift und stärkt die notariellen Verschwiegenheitspflichten. Die Entscheidung ist damit als klares Bekenntnis der Rechtsprechung zum Schutz des Vertrauens der Urkundsbeteiligten in die Verschwiegenheit des Notars zu werten. Einziger Kritikpunkt ist die nicht immer gelungene Differenzierung zwischen Anspruch auf Erteilung von Abschriften und Auskunftsanspruch im Rahmen der Ausführungen.

1. Der BGH bedient sich richtigerweise zunächst der grammatischen Auslegung. Der Wortlaut der Vorschrift ist stets Ausgangspunkt für die Auslegung ihres Normgehalts.<sup>1</sup> Maßgebend für das Verständnis einer Vorschrift ist in erster Linie der natürliche und allgemeine Sprachgebrauch.<sup>2</sup> Zu dessen Ermittlung können beispielsweise auch Lexika und andere Nachschlagewerke herangezogen werden.<sup>3</sup> Nach § 51 Abs. 1 Hs. 1 Nr. 1 BeurkG kann „jeder, der eine Erklärung im eigenen Namen abgegeben hat oder in dessen Namen eine Erklärung abgegeben worden ist“, Erteilung einer Ausfertigung verlangen. Der Anspruch knüpft also bereits sprachlich allein an die materielle Beteiligung des Berechtigten an.<sup>4</sup> Weitere Voraussetzungen, etwa die Darlegung eines berechtigten Interesses, sind ausweislich des Wortlauts hingegen nicht erforderlich.<sup>5</sup> Hierdurch bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass aus der Beteiligtenrolle ein originäres<sup>6</sup> Recht auf Erteilung einer Ausfertigung oder Abschrift der Urkunde erwächst. Die Abschrift ist letztlich nur die gegenständliche Verkörperung der vom Berechtigten abgegebenen Willenserklä-

rung; der Beteiligte hat ein Recht auf seine Erklärung, ob unmittelbar nach der Beurkundung oder zu einem späteren Zeitpunkt.<sup>7</sup> Wenn aber die beurkundete Willenserklärung die alleinige Grundlage des Anspruchs auf Erteilung von Abschriften ist, so muss sie eindeutig definiert sein, denn nur so kann der Umfang des Anspruchs bestimmt werden.<sup>8</sup> Der BGH stellt daher zu Recht fest, dass der Antragsteller hierfür zunächst aufzeigen muss, dass er überhaupt vor dem Notar eine Niederschrift errichtet hat und um welche Erklärung es sich handelt. Diese Darlegung stellt den Urkundsbeteiligten im Regelfall nicht vor übermäßige Probleme, da er ja gerade in die Beurkundung involviert war und folglich über die erforderlichen Informationen zur Spezifizierung der Urkunde verfügt. Sollten ausnahmsweise einzelne Angaben, etwa das exakte Datum der Beurkundung, nicht mehr verfügbar sein, so kann eine hinreichende Konkretisierung durch andere Parameter erfolgen wie beispielsweise zumindest über eine Eingrenzung des Errichtungszeitraums in Kombination mit dem Gegenstand der Beurkundung.<sup>9</sup>

Nichts anderes kann für den Anspruch des Rechtsnachfolgers gelten. Der Gesetzgeber stellt sprachlich durch die Verwendung der Konjunktion „sowie“ klar, dass die beiden Ansprüche sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite identisch sind. Der Wortlaut lässt keine Rückschlüsse auf tatbestandliche Erleichterungen für den Rechtsnachfolger zu.

2. Der BGH stellt zur weiteren Begründung seines Ergebnisses zudem auf die Gesetzessystematik ab. Bei der Auslegung einer Vorschrift sind neben dem Wortlaut auch ihre Stellung innerhalb der Rechtsordnung und das Zusammenspiel mit anderen Vorschriften zu berücksichtigen.<sup>10</sup> Ausgangspunkt der systematischen Interpretation ist der Gedanke, dass die einzelnen Rechtsvorschriften ein in sich kohärentes Ganzes formen sollen;<sup>11</sup> daher müssen im Wege der Norminterpretation solche Auslegungsergebnisse ausgeschlossen werden, die zu Wertungswidersprüchen innerhalb der Rechtsordnung führen würden.<sup>12</sup> Dabei kann vorliegend zum einen auf das Verhältnis der einzelnen Absätze innerhalb der Norm des § 51 BeurkG abgestellt werden (intranormative Systematik), zum anderen kann die Vorschrift in Bezug zu sonstigen berufsrechtlichen Regelungen gesetzt werden (internormative Systematik).<sup>13</sup>

a) Einerseits kann § 51 Abs. 1 BeurkG in Relation zu § 51 Abs. 4 BeurkG gesetzt werden; § 51 Abs. 4 BeurkG stellt klar, dass Gerichte und Behörden im Übrigen, also unabhängig von der Frage, ob sie Partei kraft Amtes sind, nur aufgrund besonderer gesetzlicher Vorschriften Ausfertigungen bzw. (beglaubigte) Abschriften von Urkunden verlangen können. § 51 Abs. 4 BeurkG sowie die einzelnen Mitteilungspflichten beruhen auf dem Gedanken der wechselseitigen Amts- und Rechtshilfe (vgl. Art. 35 GG)<sup>14</sup> und stellen Durchbrechungen des Grundsatzes der notariellen Verschwiegenheit (§ 18 BNotO) dar, damit die auskunfts-

<sup>7</sup> Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 51 BeurkG Rn 13.

<sup>8</sup> BGH, Beschl. v. 10.3.2003 – NotZ 23/02, DNotZ 2003, 780, 781 f.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.10.2005 – I-3Wx 212/05, RNotZ 2006, 72, 73; OLG Schleswig, Urt. v. 14.5.2013 – 11 U 46/12, BeckRS 2013, 12122.

<sup>9</sup> Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 51 Rn 11; Staudinger-BGB/Hertel, Neubearb. 2017, BeurkG Rn 649.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 9.5.1978 – 2 BvR 952/75, NJW 1978, 2499, 500; Staudinger-BGB/Honsell, Neubearb. 2018, Einl. Rn 143.

<sup>11</sup> MüKo-BGB/Säcker, 9. Aufl. 2021, Einl. Rn 142.

<sup>12</sup> BVerfG, Beschl. v. 9.5.1978 – 2 BvR 952/75, NJW 1978, 2499, 2500; Staudinger-BGB/Honsell, Neubearb. 2018, Einl. Rn 143.

<sup>13</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 4 Rn 118 ff.

<sup>14</sup> Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 51 Rn 52.

<sup>1</sup> BGH, Beschl. v. 3.2.1960 – 4 StR 562/59, NJW 1960, 829; Staudinger-BGB/Honsell, Neubearb. 2018, Einl. Rn 115.

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 3.0.1960 – 4 StR 562/59, NJW 1960, 829; BGH, Urt. v. 30.6.1966 – KZR 5/65, NJW 1967, 343, 346 f.

<sup>3</sup> Vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 15.3.2006 – 1 Ss 341/05, NSTZ-RR 2006, 218 ff.

<sup>4</sup> Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 51 BeurkG Rn 2 f.

<sup>5</sup> BT-Drucks V/3282, 41; Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 51 BeurkG Rn 7.

<sup>6</sup> Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 51 Rn 8, spricht zu Recht von der „höchstpersönlichen Natur“ des Ausfertigungsanspruchs.

berechtigten Stellen ihre jeweiligen gesetzlichen Aufgaben effektiv erfüllen können.<sup>15</sup>

Der BGH zieht daraus vorliegend den korrekten Schluss, dass sich umgekehrt im Rahmen des § 51 Abs. 1 BeurkG der Amtsträger nicht auf ein besonderes amtspezifisches Interesse berufen kann, sondern sein Anspruch allein aus der Rechtsnachfolge abgeleitet ist. Folglich können tatsächliche Schwierigkeiten bei der Benennung der konkreten Urkunde, die aus dem Umstand der Rechtsnachfolge resultieren, etwa Informationsverluste nach dem Tod des Urkundsbeteiligten, nicht unter Verweis auf die Amtsfunktion und das Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung der Amtspflicht überspielt werden. Das besondere Behördeninteresse führt gerade nicht zu einer Absenkung der tatbestandlichen Anforderungen an die Spezifizierung des Auskunftsverlangens, da es im Rahmen des § 51 Abs. 1 BeurkG schlechterdings kein relevanter Parameter ist.

b) Darüber hinaus gibt auch das Verhältnis des § 51 BeurkG im Ganzen zur notariellen Verschwiegenheitspflicht nach § 18 BNotO und den einzelnen Anzeige- bzw. Mitteilungspflichten des Notars (beispielsweise nach § 18 GrEStG oder nach § 195 BauGB) Aufschluss über den Inhalt des Anspruchs auf Erteilung von Abschriften.

§ 18 Abs. 1 S. 1 BNotO bestimmt, dass der Notar zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Allein die sprachliche Pauschalität macht schon deutlich, dass der Gesetzgeber die notarielle Verschwiegenheit als einen berufsrechtlichen Grundpfeiler ansieht und ihr besondere Bedeutung zumisst.<sup>16</sup> Dies wird durch den weiten sachlichen Umfang der Verschwiegenheitspflicht (§ 18 Abs. 1 S. 2 BNotO) und die zeitliche Geltung über die Amtstätigkeit hinaus (§ 18 Abs. 4 BNotO) unterstrichen. Besonders geschützt werden soll dadurch das Vertrauensverhältnis zwischen Urkundsbeteiligttem und Notar, da der Urkundsbeteiligte dem Notar zur Durchführung der Beurkundung regelmäßig Einblick in seine persönlichen und familiären Verhältnisse, insbesondere seine Vermögensverhältnisse, gewährt und daher besonders auf die Diskretion des beurkundenden Notars angewiesen ist (vgl. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG).<sup>17</sup> Der Charakter der Verschwiegenheitspflicht als „Kardinalspflicht“<sup>18</sup> offenbart sich zudem in der Bewehrung von Verstößen mit berufs- und strafrechtlichen Sanktionen, die im Höchstmaß auch Freiheitsstrafen vorsehen (vgl. z. B. § 203 StGB).<sup>19</sup>

Durchbrechungen des Grundsatzes der Verschwiegenheit bedürfen daher stets einer besonderen Rechtfertigung und stehen in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zu § 18 Abs. 1 S. 1 BNotO.<sup>20</sup> Dieses Normenverhältnis darf nicht durch extensive Auslegung der Auskunftsansprüche unterlaufen werden; Ausnahmen sind daher, wie der BGH auch vorliegend zutreffend ausführt, aufgrund ihrer systematischen Stellung innerhalb der Gesamtrechtsordnung im Grundsatz eng auszulegen.<sup>21</sup>

§ 51 Abs. 1 BeurkG ist eine solche Ausnahme zur Verschwiegenheit, die auf der materiellen Beteiligung des Auskunftsberechtigten an der Beurkundung beruht.<sup>22</sup> Das Erfordernis der konkreten Benennung der beurkundeten Willenserklärung, deren Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift auf Grundlage des § 51 BeurkG verlangt wird, korrespondiert daher mit dem Ausnahmecharakter der Vorschrift. Ein pauschales Auskunftsverlangen hingegen entspricht nicht der Vorstellung des Gesetzgebers, der nur punktuelle Durchbrechungen der Verschwiegenheit vorsah.<sup>23</sup> Aus den identischen Erwägungen kann auch keine Analogie zu den Mitteilungspflichten gebildet werden, auf die § 51 Abs. 4 BeurkG verweist; es handelt sich insoweit um einen abschließenden Katalog an Ausnahmen zu § 18 Abs. 1 S. 1 BNotO.<sup>24</sup> Der BGH merkt insofern zutreffend an, dass der Gesetzgeber gerade keine insolvenzrechtlichen Mitteilungspflichten des Notars geschaffen hat.<sup>25</sup>

3. Der BGH geht darüber hinaus auch auf die Entstehungsgeschichte der maßgeblichen Vorschriften ein. Die historische Auslegung hilft insbesondere dabei, den ursprünglichen, im Gesetz objektivierten Willen des Gesetzgebers zu ermitteln, da sich in den Gesetzgebungsmaterialien oftmals Hinweise auf den Anlass oder die Zielsetzung des Normerlasses finden.<sup>26</sup> Insbesondere sollen redaktionelle Versehen und sprachlich bedingte Missverständnisse ausgeräumt werden.<sup>27</sup>

Der BGH führt vorliegend an, dass § 51 BeurkG nach dem Vorbild einiger entsprechender landesrechtlicher Vorschriften formuliert wurde, die allein auf die Abgabe der beurkundeten Willenserklärung abstellen. Tatsächlich entschied sich der historische Gesetzgeber ausdrücklich dagegen, sich an anderen landesrechtlichen Vorschriften (etwa § 18 Abs. 1 BremAGFGG oder Art. 22 Abs. 1 S. 1 BayNotG) zu orientieren, die allgemein daran anknüpften, in wessen Interesse die Beurkundung stattfand, und dementsprechend die Glaubhaftmachung eines nicht näher spezifizierten, berechtigten Interesses für die Bejahung des Auskunftsanspruchs bzw. Anspruchs auf Erteilung von Abschriften genügen ließen.<sup>28</sup> Wörtlich heißt es, dass ein solches „Recht auf die Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften und die Gewährung von Einsicht oder auch nur eine Vorschrift, die dem Notar in dieser Richtung ein Ermessen einräumt, [mit dem Berufsbild des Notars] schwerlich zu vereinbaren wäre“.<sup>29</sup>

Folglich argumentiert der BGH in der vorliegenden Entscheidung zu Recht, dass eine Aufweichung der Bestimmtheitsanforderungen für den Antrag auf Erteilung von Ausfertigung-

<sup>15</sup> Exemplarisch Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 51 Rn 53.

<sup>16</sup> BGH, Beschl. v. 9.12.2004 – IX ZB 279/03, DNotZ 2005, 288, 292; BeckOK-BNotO/Sander, 5. Ed. Juli 2021, § 8 Rn 1.

<sup>17</sup> Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 18 BNotO Rn 1.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 30.11.1989 – III ZR 112/88, DNotZ 1990, 392; OLG Koblenz, Beschl. v. 22.2.1985 – 2 V As 21/84, DNotZ 1986, 423, 425.

<sup>19</sup> Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 18 BNotO Rn 3 f.

<sup>20</sup> So auch OLG Hamm, Beschl. v. 12.5.1998 – 15 W 133/98, MittBayNot 1999, 89, 90; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.10.2005 – I-3Wx 212/05, RNotZ 2006, 72, 73.

<sup>21</sup> BGH, Beschl. v. 9.12.2004 – IX ZB 279/03, DNotZ 2005, 288, 292; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 18 BNotO Rn 65.

<sup>22</sup> KG, Beschl. v. 12.8.1997 – 1 W 491/96, DNotZ 1998, 200, 201; Kanzleiter, Feststellungen über die Geschäftsfähigkeit inner- oder außerhalb der Niederschrift? Bemerkungen zum Beschluss des BayObLG v. 2.7.1992 – 3Z BR 58/92, DNotZ 1993, 434, 435.

<sup>23</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 12.5.1998 – 15 W 133/98, MittBayNot 1999, 89, 90; OLG Schleswig, Urt. v. 14.5.2013 – 11 U 46/12, BeckRS 2013, 12122.

<sup>24</sup> Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 51 Rn 48; Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG/DONot, 8. Aufl. 2020, § 51 BeurkG Rn 25.

<sup>25</sup> Instruktiv hierzu auch OLG Schleswig, Urt. v. 14.5.2013 – 11 U 46/12, BeckRS 2013, 12122.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 30.6.1966 – KZR 5/65, NJW 1967, 343, 348; Staudinger-BGB/Honsell, Neubearb. 2018, Einl. Rn 136.

<sup>27</sup> MüKo-BGB/Säcker, 9. Aufl. 2021, Einl. Rn 141. Das RG, Beschl. v. 27.6.1910 – VI 297/08, RGZ 74, 69, 72, formulierte hierzu pointiert: „[E]in allgemeiner Grundsatz der Auslegung ist auch, daß im Zweifel der Gesetzgeber eine nützliche, nicht eine schädliche Vorschrift hat aufstellen wollen.“

<sup>28</sup> BT-Drucks V/3282, S. 41.

<sup>29</sup> BT-Drucks V/3282, S. 41.

gen dieser ursprünglichen gesetzgeberischen Intention zuwiderlaufen würde.

4. Schließlich geht der BGH im Rahmen der teleologischen Auslegung auch auf den Schutzzweck der Norm ein. Die teleologische Auslegung stellt den Sinn und Zweck des Gesetzes (*ratio legis*) in den Mittelpunkt.<sup>30</sup> Sie überprüft daher, inwieweit das Ziel einer Vorschrift durch das Auslegungsergebnis erreicht wird, und vermeidet insbesondere im Hinblick auf die (Rechts-)Folgen einer bestimmten Interpretationsweise widersinnige und mit dem Gesetzeszweck unvereinbare Resultate.<sup>31</sup> Primäres Postulat ist dabei die Verwirklichung von Gerechtigkeit im konkreten Einzelfall.<sup>32</sup> Die teleologische Auslegung ist innerhalb des Auslegungskanons nicht immer trennscharf von der historischen und der systematischen Auslegung abzugrenzen, da sich der Gesetzeszweck einer Vorschrift typischerweise auch aus ihrer Genese und aus ihrer Rolle innerhalb einer gerechten und zweckmäßigen Rechtsordnung ergibt.<sup>33</sup>

Der BGH stellt vorliegend zutreffend auf das Vertrauen der Rechtsuchenden in die Verschwiegenheit des Notars und den Schutz dieses Vertrauensverhältnisses ab, wenn er darauf beharrt, dass für den Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung ein Antrag erforderlich ist, der die beurkundete Erklärung hinreichend bestimmt bezeichnet. Daneben tritt die Argumentation mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift besonders deutlich im Gewand der Argumentationsfigur des *argumentum ad absurdum* zu Tage, als der BGH auch einem zeitlich vorgelagerten Auskunftsanspruch im Sinne eines Ausforschungsverlangens einen Riegel vorschiebt: Es dürfe nicht über den „Umweg“ des Auskunftsverlangens erreicht werden, sich die nötigen Informationen für die Substantiierung des Antrags auf Erteilung der Ausfertigung zu verschaffen.<sup>34</sup> Ein solches Ergebnis sei widersinnig, da damit die strengen Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 BeurkG quasi durch die Hintertür des Auskunftsverlangens unterlaufen würden und im Endeffekt der Schutz der Vertraulichkeit ausgehöhlt werde. Das *argumentum ad absurdum* ist ein Instrument der teleologischen Auslegung, das offensichtlich un-

annehmbare oder unpraktikable Auslegungsergebnisse vermeiden will,<sup>35</sup> es ist damit eine ausschließlich negative Argumentationsfigur.<sup>36</sup> Indem der BGH vorliegend die Folgen der Bejahung eines pauschalen Auskunftsanspruchs für den Ausnahmecharakter des Anspruchs auf Erteilung einer Ausfertigung im Blick hat und ihn im Ergebnis verneint, verhilft er letztlich dem Schutzzweck der Norm zur Durchsetzung. Ganz richtig und pointiert fasst das Gericht daher zusammen, dass der Anspruch nach § 51 BeurkG nicht den Zweck hat, dem Antragsteller dazu zu verhelfen, den entsprechenden Anspruch überhaupt erst zu erlangen.

5. Die Argumentation des Senats zum Ausforschungsanspruch liefert allerdings auch den einzigen Kritikpunkt an der vorliegenden Entscheidung. Während der Savignyanische Methodenkanon beinahe lehrbuchartig durchlaufen wird, fällt auf, dass in der Argumentation nicht immer trennscharf zwischen dem eigentlichen Anspruch auf Erteilung der Abschriften der Urkunde und dem zeitlich vorgelagerten Auskunftsanspruch im Sinne eines Ausforschungsverlangens zu Urkundenummern und Beurkundungsgegenständen differenziert wird. Zwar stehen die beiden Ansprüche denklogisch in einem engen Zusammenhang, jedoch hätte stärker darauf hingewiesen werden müssen, dass § 51 Abs. 1 BeurkG bereits seinem Wortlaut nach allein auf die Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften zugeschnitten ist und das hierfür erforderliche Wissen über die beurkundeten Erklärungen tatbestandlich voraussetzt. Indem der BGH zwischen den beiden vom Antragsteller behaupteten Ansprüchen hin- und herspringt, erschwert er dem Leser teilweise die normative Anknüpfung.

6. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der BGH mit der Verneinung der Ansprüche auf Erteilung von Abschriften und auf Auskunft über entsprechende Beurkundungsvorgänge die notariellen Verschwiegenheitspflichten nicht nur im Ergebnis zutreffend, sondern auch dogmatisch und vor allem methodisch überzeugend gestärkt hat.

Notarassessor Konstantin Sauer, München.

E-Mail: [konstantin.sauer@notare-bayern-pfalz.de](mailto:konstantin.sauer@notare-bayern-pfalz.de)

<sup>30</sup> BVerfG, Urt. v. 25.2.1975 – 1 BvF 1-6/74, NJW 1975, 573, 575; BGH, Urt. v. 23.5.1951 – II ZR 71/50, NJW 1951, 602, 603; RG, Urt. v. 7.11.1916 – VII 308/16, RGZ 89, 187 ff.

<sup>31</sup> MüKo-BGB/Säcker, 9. Aufl. 2021, Einl. Rn 145; vertiefend zur folgenorientierten Auslegung auch Möllers, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 5 Rn 56 ff.

<sup>32</sup> Staudinger-BGB/Honsell, Neubearb. 2018, Einl. Rn 148.

<sup>33</sup> Palandt/Grüneberg, 80. Aufl. 2021, Einl. Rn 46; zur historischen Entwicklung und Sinnhaftigkeit der Kategorisierung der Auslegungsmethoden auch Staudinger-Eckpfeiler/Baldus, Neubearb. 2020, Rn A. 330 f., A. 391 ff., A. 422.

<sup>34</sup> So auch schon OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.10.2005 – I-3Wx 212/05, RNotZ 2006, 72 f.

<sup>35</sup> BGH, Urt. v. 11.5.1971 – VI ZR 78/70, NJW 1971, 1883, 1886; Staudinger-BGB/Honsell, Neubearb. 2018, Einl. Rn 151; Diederichsen, in: FS Larenz, 1973, S. 155 ff.

<sup>36</sup> Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 218.



## Personen

### Notarkammer Baden-Württemberg

#### Ernennung zur Notarin

Johanna Luers, Weil am Rhein, zum 1.12.2021

### Notarkammer Sachsen

#### Ernennung zur Notarin

Notarin a. D. Carla Kühne, Leipzig, zum 1.10.2021

### Ausscheiden aus dem Notaramt

Notar Jens Deichsel, Leipzig, zum 31.10.2021

### Ernennung zur Notarassessorin/ zum Notarassessor

Cosima Flierl, zum 1.9.2021

Anna Stumpf, zum 1.10.2021

Dr. Tobias Felix Bresselau von Bressensdorf, zum 15.11.2021

### Rheinische Notarkammer

#### Ernennung zum Notar

Notarassessor Dr. Jan Henning Berg, Düsseldorf-Gerresheim, zum 1.12.2021

### Ausscheiden aus dem Notaramt

Notar Dr. Günther Rademacher, Düsseldorf-Gerresheim, zum 30.11.2021

## Termine

### Notariatswissen kompakt des Deutschen Notarverlags Immobilienkaufverträge unter Beachtung aktueller Entwicklungen

Zeit: 7.2.2022 (10.00 Uhr bis 12.00 Uhr, 14.00 Uhr bis 16.00 Uhr)

Ort: Webinar

Referent: Frank Tondorf

### Vorbereitung auf die notarielle Amtsprüfung – Tipps und Hinweise im Umgang mit dem Amtsprüfer

Zeit: 10.2.2022 (10.00 Uhr bis 12.00 Uhr)

Ort: Webinar

Referent: Frank Tondorf

### Vorbereitung auf die Prüfung der notariellen Kostenberechnungen – Tipps und Hinweise im Umgang mit dem Kostenprüfer

Zeit: 10.2.2022 (14.00 Uhr bis 16.00 Uhr)

Ort: Webinar

Referent: Frank Tondorf

### Typische Fehler im Bauträgervertrag – Wie Sie unscheinbare Fallen im Kaufvertrag umgehen können

Zeit: 11.2.2022 (10.00 Uhr bis 12.00 Uhr)

Ort: Webinar

Referenten: Frank Tondorf und Joachim Germer

### Englisch im Notariat

Zeit: 17.2.2022 (10.00 Uhr bis 12.00 Uhr, 14.00 Uhr bis 16.00 Uhr)

Ort: Webinar

Referent: Patrick Mustu

### Wohnungseigentum – Änderungen durch die WEG-Reform

Zeit: 10.3.2022 (10.00 Uhr bis 12.00 Uhr)

Ort: Webinar

Referent: Frank Tondorf

### Zum GNotKG-Experten in 5 Tagen – Die Gebührenabrechnung für Notare

Zeit: 14.3.2022 bis 18.3.2022 (jeweils von 10.00 Uhr bis 12.00 Uhr und 14.00 Uhr bis 16.00 Uhr)

Ort: Webinar

Referent: Frank Tondorf

### Brennpunkte des Gesellschaftsrechts – Veränderungen durch MoPeG, DiRUG und TraFinG GW

Zeit: 21.3.2022 (9.00 Uhr bis 16.15 Uhr)

Ort: Wiesbaden

Referent: André Elsing

### Update zur Notarhaftung – Was gibt es zu beachten und wie lassen sich Amtspflichtverstöße vermeiden?

Zeit: 22.3.2022 (10.00 Uhr bis 12.30 Uhr)

Ort: Webinar

Referent: Ulf Schönenberg-Wessel

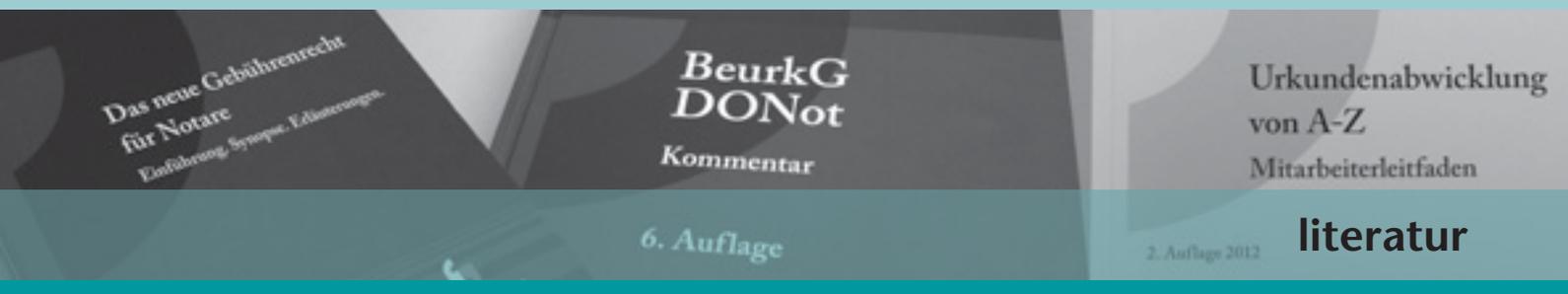
**Kontakt:** Deutscher Notarverlag GmbH & Co. KG, Rochusstraße 2–4, 53123 Bonn, Tel.: 0800-6682783-0, E-Mail: service@notarverlag.de

### Deutsch-italienisches Seminar zum Europäischen Gesellschaftsrecht

Gemeinsam mit dem italienischen Notariat richtet die Bundesnotarkammer ein ganztägiges, kostenfreies Seminar zum Europäischen Gesellschaftsrecht aus. Die von der Europäischen Union kofinanzierte Fortbildung richtet sich an Notarinnen und Notare, deren Beschäftigte, Notarassessorinnen und Notarassessoren sowie Richterinnen und Richter. Das genaue Programm, die Referenten und Anmeldeöglichkeiten finden Sie zeitnah unter <https://www.bnotk.de/aktuelles/details/deutsch-italienisches-seminar-zum-europaeischen-gesellschaftsrecht>

Zeit: 11.3.2022

Ort: Sofitel Hotel München Bayerpost, Bayerstr. 12, 80335 München



## Eine unverzichtbare Unterstützung für den Praktiker im Gesellschaftsrecht

**Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis**, C. H. Beck Verlag, 2. Aufl. 2021, 2.906 Seiten, 269 €, ISBN 978-3-406-75665-8.

Vier Jahre nach der Herausgabe der Erstauflage ist nun die zweite Auflage des höchst praxistauglichen und gleichzeitig wissenschaftlich fundierten Handbuchs erschienen. Der fast dreitausend Seiten starke „Herrler“ geht umfassend auf die sich in der Notar- und Gestaltungspraxis stellenden Fragen im Gesellschaftsrecht ein und unterstreicht seinen Platz im Regal eines jeden Notariats. Bereits der Blick auf den erlesenen Autorenkreis zeigt, dass auch die Zweitaufgabe das Prädikat eines Werks „von Praktikern für Praktiker“<sup>1</sup> mehr als verdient.

Als Neuerungen werden neben der aktuellen Rechtsprechung des BGH und der Instanzengerichte auch die noch auf den letzten Metern der Legislaturperiode beschlossenen Gesetze im Bereich des Gesellschaftsrechts behandelt. Dies betrifft insbesondere das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG), welches ab dem 1.8.2022 die Online-Gründung einer GmbH ermöglicht und welchem ein eigenes Kapitel gewidmet ist, und das – zwar erst zum 1.1.2024 in Kraft tretende, gleichwohl schon im Vorfeld für die notarielle Praxis relevante – Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG). Auch die nach derzeitigem Stand auslaufende Covid-19-Gesetzgebung sowie das am 1.1.2023 in Kraft tretende Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts haben, sofern für die gesellschaftsrechtliche Gestaltungspraxis von Bedeutung, noch Berücksichtigung im Werk gefunden. Darüber hinaus wurden ein Kapitel zur KGaA (§ 8) und jeweils ein Kapitel zur stillen Gesellschaft (§ 11) und Unterbeteiligung (§ 12) neu aufgenommen.

Geblichen ist ein Handbuch mit übersichtlich aufgebauten elf Kapiteln und insgesamt 36 Abschnittsparagrafen. Generell ist dabei positiv hervorzuheben, dass die Autoren ihren einzelnen Abschnitten Einleitungen und Grundlagen voranstellen und sodann wissenschaftlich in die Tiefe gehend die einzelnen Punkte und in der Praxis relevanten Fragen erörtern. Ergänzt werden die Ausführungen durch eine Vielzahl an Mustern, die zur Übernahme in die Textverarbeitung über einen Link heruntergeladen werden können. Damit kann das Werk sowohl für Einsteiger als auch für erfahrene Berater uneingeschränkt empfohlen werden.



Das Handbuch beginnt klassisch mit Überlegungen zur Rechtsformwahl (Kap. 1), an die sich eine ausführliche – über 1.200 Seiten umfassende – Darstellung der einzelnen Rechtsformen des Personen- und

Kapitalgesellschaftsrechts (Kap. 2 und 3) und besonderer Beteiligungsformen (Kap. 4) anschließt. Die inhaltlichen Ausführungen sind ausnahmslos sehr gut lesbar, fundiert und konzentriert. Die einzelnen Aspekte und normativen Neuerungen werden vertieft behandelt und mit Beispielen, Hinweisen und Formulierungshilfen angereichert.

Dem folgen Kapitel mit Ausführungen zum Umwandlungsrecht, zum Unternehmenskauf und zur Unternehmensnachfolge (Kap. 5 bis 7). Herausgegriffen sei an dieser Stelle der in der Zweitaufgabe von *Stelmaszyk* und *Potyka* verantwortete Abschnitt zu grenzüberschreitenden Umwandlungen, der bereits umfassend die Vorgaben der neuen EU-Umwandlungsrichtlinie würdigt. Die nationalen Gesetzgeber haben zwar die neuen EU-Vor-

gaben für grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechsel erst zum 31.1.2023 in nationales Recht umzusetzen, gleichwohl sieht sich die deutsche Umwandlungspraxis – bestärkt durch ein obergerichtliches Urteil – bereits in der Übergangszeit mit der Frage einer etwaigen Vorwirkung der Neuregelung konfrontiert (eingehend § 15).

Als für die notarielle Praxis hilfreich erweist sich ferner das Kapitel 8 zum Verfahrensrecht, in dem neben den bekannten Themengebieten des Beurkundungsverfahrens, des Register- und Insolvenzrechts sowie der Bereiche Minderjährige, Genehmigung und Vollmachten nunmehr neu das von *Kienzle* kommentierte Videobeurkundungsverfahren (§ 18a) behandelt wird. Angesichts der Aktualität des ab dem 1.8.2022 grundsätzlich verpflichtend anzubietenden Online-Gründungsverfahrens dürften die übersichtlich gestalteten Formulierungsbeispiele und Muster hierzu auf besonderes Interesse der notariellen Praxis stoßen.

Angesichts der zunehmenden Internationalisierung von erheblicher Relevanz ist ferner das Kapitel 9 zu Auslandsberührungen, in dem neben dem Internationalen Privatrecht auch die Grundzüge ausländischer Gesellschaften der wichtigsten Rechtsordnungen dargestellt werden. Abschließend finden sich Ausführungen zur Bilanzierung (Kap. 10) sowie auf fast 400 Seiten Gesamtmuster (Kap. 11), die das gesamte Spektrum des Buches abdecken.

Zusammengefasst besticht der „Herrler“ durch seine Praxisorientierung in der Notar- und Gestaltungspraxis und bietet bei alledem eine beeindruckende Tiefe und Vollständigkeit. Auch die zweite Auflage gehört ohne Zweifel in das Regal eines jeden Notariats.

Notarassessor Max Josef Ehrl ist Geschäftsführer des Deutschen Notarvereins.

<sup>1</sup> Schmitz, *notar* 2018, 39 f. zur 1. Aufl. 2017.