

Leseprobe zu



Lerch

Beurkundungsgesetz, Dienstordnung und Richtlinienempfehlungen der BNotK

Kommentar

5. neu bearbeitete Auflage, 2016, ca. 693 Seiten, gebunden, Kommentar, 14,5 x 21cm
ISBN 978-3-504-06259-0

Verfügbarkeit: Dezember 2015

79,80 €

- 24 Der Notar soll ferner feststellen, ob auch eine schriftliche Übersetzung angefertigt zur Durchsicht vorgelegt und der Niederschrift beigefügt wurde. Festzuhalten ist auch, ob der Beteiligte darauf hingewiesen wurde, eine schriftliche Übersetzung verlangen zu können, wobei dies nur dann notwendig erscheint, wenn er davon keinen Gebrauch macht. Schließlich soll in der Niederschrift festgestellt werden, dass ein Dolmetscher zugezogen wurde und dass er ggf. vereidigt wurde bzw. weshalb die Vereidigung unterblieb. Einer Feststellung, dass der Dolmetscher auch die Niederschrift unterschrieben hat, bedarf es indes nicht. Unterlässt der Notar die Feststellungen nach Abs. 2 und 3 in der Urkunde, führt dies nicht zur Unwirksamkeit¹. Gleiches gilt, wenn der Notar irrtümlicherweise davon ausgegangen war, dass ein Beteiligter der deutschen Sprache hinreichend mächtig ist, was aber nicht der Fall war².

3. Prüfungs- und Belehrungspflichten

Grundsatz

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

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

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

1 BayObLG MittBayNot 1999, 59 = VersR 2000, 243; OLG Köln, NJW-RR 2000, 1175; Winkler, § 16 Rz. 31; Blaeschke, Rz. 1002.

2 So Winkler, § 16 Rz. 32; BGH v. 25.5.2001 – 2 StR 88/01, NJW 2001, 3135 (3137) = MittBayNot 2002, 54; kritisch dazu Lerch, NotBZ 2006, 6ff.

1. die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eVertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden und
 2. der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinander zu setzen; bei Verbraucher- verträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterliegen, soll dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts vom beurkundenden Notar oder einem Notar, mit dem sich der beurkundende Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden hat, zur Verfügung gestellt werden. Dies soll im Regelfall zwei Wochen vor der Beurkundung erfolgen. Wird diese Frist unterschritten, sollen die Gründe hierfür in der Niederschrift angegeben werden.
- (3) Kommt ausländisches Recht zur Anwendung oder bestehen darüber Zweifel, so soll der Notar die Beteiligten darauf hinweisen und dies in der Niederschrift vermerken. Zur Belehrung über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen ist er nicht verpflichtet.

Weiterführende Literatur: ¹Ahner, Die notarielle Belehrungspflicht bei ungesicherten Vorleistungen, Diss. Jena, 2013; Allerkamp, Die sog. erweiterte Belehrungspflicht des Notars 1990; Armbrüster/Krause, Aktuelle Entwicklungen zur notariellen Belehrungspflicht, NotBZ 2004, 325; Bergschneider, Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen 2008; Elsing, Der Grundstückskaufvertrag in der notariellen Praxis; Ganter, Die notarielle Belehrung von mittelbar Urkundsbeteiligten, Festschrift für Spiegelberger 2009, S. 141ff.; Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 2011; Reithmann, Die Belehrungspflicht des Notars beim Bauträgervertrag, ZNotP 2007, 7ff.; Schmitz-Vornmoor, Baulisten – die notarielle Vertragsgestaltung zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht, RNotZ 2007, 121; Schotten/Schmellenkamp, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis 2007; Dirk Winkler, Die Pflicht des Notars zur Belehrung über steuerliche Folgen und zur steueroptimierten Urkundengestaltung, Diss. Berlin, 2007.

I. Allgemeines

1. Die Vorschrift stellt das Kernstück des Gesetzes dar und entspricht der früheren Regelung in den §§ 26, 31 BNotO, die ihrerseits in den §§ 30ff. DONot ihre Vorläufer hatten, was nunmehr teilweise in § 44a geregelt ist. Dabei wird im Gegensatz zur älteren Gesetzeslage **primär auf die Belehrungspflicht** des Notars abgestellt. Der besondere Wert der Beurkundungsform liegt darin, dass der Notar die Erklärungen der Beteiligten in

¹ Hier kann nur eine sehr begrenzte Auswahl der Literatur angeboten werden, weil jene zu § 17 BeurkG fast unüberschaubar geworden ist.

seinen Bericht aufzunehmen hat und damit ein Zeugnis ablegt und die Erklärungen so abfasst, dass eine **möglichst vollkommene Urkunde entsteht**, die sowohl dem Gesetz als auch dem wahren Willen der Beteiligten entspricht¹. Die Vorschrift kommt in fast jedem Haftungsprozeß gegen den Notar zum Tragen².

- 2 Die Belehrung der Beteiligten stellt sich für den Notar deshalb als manchmal heimtückisch heraus, weil er von der Rechtsprechung ex post „bescheinigt“ bekommt, nicht umfassend belehrt zu haben, wobei die Notwendigkeit der Belehrung ex ante sich in vielen Fällen nicht immer aufdrängt³.
- 3 Die Rechtsprechung erliegt dabei stets der Gefahr, dass eine allgemeine Belehrungspflicht aus einem konkreten Fall heraus entwickelt wird, aber der Notar andererseits nicht vorausschauend übersehen kann, ob nicht noch einmal ein weiterer Tatbestand einer Belehrungspflicht entwickelt wird. Dies hängt wiederum damit zusammen, dass die Rechtsprechung sich allzu oft von dogmatischen Grundsätzen löst und „case-law“ betreibt. Dabei handelt es sich um eine mehr als zweifelhafte Methode der Rechtsfindung, denn die Rechtsprechung arbeitet insoweit deduktiv und nicht induktiv, was damit zusammenhängt, dass es wenige rechtsdogmatische Grundsätze noch gibt.
- 4 **2.** Die Vorschrift bezieht sich nur auf die **Beurkundung von Willenserklärungen**, jedoch nicht auf die Beurkundung tatsächlicher Vorgänge, ebensowenig auf Unterschriftenbeglaubigungen nach § 40. Demgegenüber ist die Vorschrift aber zu beachten bei der Abnahme von Eiden und der Aufnahme von eidesstattlichen Versicherungen.

1 Abs. 2 S. 1 und zur zentralen Bedeutung der Vorschrift *Jerschke*, DNotZ 1989, Sonderheft zum 23. Deutschen Notartag, Heft 10, Anhang S. 21ff.; BGH v. 11.2.1988 – IX ZR 77/87, MDR 1988, 671 = DNotZ 1989, 45ff. Bei der Kommentierung dieser Vorschrift ist die Darstellung der überbordenden Rspr. bewusst selektiv erfolgt, es sind vor allem die in den letzten 10 Jahren veröffentlichten Entscheidungen eingeflossen, um auf breiterem Raum die von Wissenschaft und Praxis erarbeiteten Grundsätze besser herausarbeiten zu können.

2 Haftungsfragen grundsätzlicher Art werden umfassend bei *Kapsa*, RNotZ 2005, 592ff.; ZNotP 2007, 2ff., 2007, 402ff.; 2008, 468ff. und *Herrmann*, ZNotP 2010, 82ff. erörtert sowie ausführlich bei *Ganter*, DNotZ 1998, 851ff., WM 2000, 641ff.; ZNotP 2004, 458ff.; ZNotP 2006, 42ff.; DNotZ 2007, 246ff.; DNotZ 2009, 173ff.; vgl. zur Haftung des Notars für seine Mitarbeiter jetzt auch *Schlüter* in Festschrift für Spiegelberger S. 1489ff.

3 Zu dieser Problematik *Keim*, Teil G Rz. 80; *Köhler*, Festschrift 125 Jahre Bayerisches Notariat, S. 197ff.

3. Die Prüfungs- und Belehrungspflichten ergeben sich unmittelbar daraus, dass der Notar um die Beurkundung einer Willenserklärung ersucht wird; sie werden nicht erst durch Fragen der Beteiligten ausgelöst¹. 5

Sie bestehen auch dann, wenn die Beteiligten schon vorher durch Rechtskundige oder andere Personen beraten und belehrt worden sind². Die Prüfung und Belehrung hat der Notar persönlich vorzunehmen³. 6

Fragen eines Beteiligten muss er selbst beantworten und darf dies nicht einem anderen Beteiligten, einem anwesenden Dritten oder seinem Bürovorsteher überlassen⁴. Vor allem hat der Notar als „unparteiischer Betreuer der Beteiligten“ (§ 14 Abs. 1 BNotO) seine Belehrungen **unparteiisch** zu erteilen, ohne einen Beteiligten zu bevorzugen oder zu benachteiligen⁵. Eine Belehrungspflicht entfällt allerdings dann, wenn dem Notar bekannt ist, dass die Beteiligten von dritter Seite umfassend und mit der notwendigen Sachkunde versehen belehrt wurden⁶. Dies dürfte allerdings die absolute Ausnahme darstellen. 7

In diese gefestigte Dogmatik scheint eine Entscheidung des BGH vom 17.12.2013 nicht mehr zu passen, in der es u.a. darum ging, inwieweit durch deutsche und damit nationale Registergerichte eine in der Schweiz bei einem dortigen Notar protokolierte Abtretung eines Geschäftsanteils zu beachten ist⁷. Der Senat hat damit seine Rechtsprechung vom 16.2. 1981⁸ aufrechterhalten, die dogmatisch nicht besonders ausführlich begründet war. Es sei hierbei am Rande erwähnt, dass sich abermals der II. Zivilsenat des BGH mit dieser Problematik befasste, der ansonsten für das notarielle Berufsrecht nicht zuständig ist. Erstmals wird in dieser Entscheidung auch der Satz aufgestellt, dass Belehrungspflichten des No- 8

1 BGH VersR 1958, 373.

2 RGZ 149, 286 (292); BGH WM 1963, 754; zur Belehrungen gegenüber den „mittelbar“ Beteiligten vgl. *Ganter* in Festschrift für Spiegelberger, S. 1401 ff.

3 *Ganter* in *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Rz. 982.

4 OLG Bremen DNotZ 1965, 566.

5 Dazu umfassend *Lerch*, BWNotZ 1997, 53 ff.

6 Zutreffend OLG Saarbrücken RNotZ 2006, 296 = OLGReport 2006, 434 ff.

7 BGH v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, ZNotP 2014, 74 = GmbHR 2014, 248 m. Anm. *Herrler* = ZIP 2014, 317 = NZG 2014, 219 = MDR 2014, 481 = BB 2014, 462 m. Anm. *Heckschen* = DB 2014, 292; vgl. auch *Vossius* NotBZ 2014, 139; *Odenthal*, RiW 2014, 189; in diesem Sinne auch schon OLG Düsseldorf v. 2.3.2011 – I-3 Wx 236/10, NotBZ 2011, 177 = ZIP 2011, 564; a.A. zuvor OLG München FGPrax 2013, 75, wobei jene Entscheidung durch die zuvor genannte Entscheidung des BGH aufgehoben wurde.

8 BGH v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76 (79) = MDR 1981, 650 = DNotZ 1981, 451 (453).

tars gegenüber den Beteiligten verzichtbar seien. Mit diesem Satz wird juristisches Neuland betreten¹, denn nunmehr könnte jeder Notar die Beteiligten fragen, ob sie überhaupt eine Belehrung wünschen. Allein die Tatsache, dass die Beteiligten einen Notar in der Schweiz aufsuchten, so wird weiterhin einfach behauptet, sei ein Indiz dafür, dass auf Belehrungspflichten verzichtet werde, was schon vom Ansatz nicht stimmt, denn in der Regel sind es Gründe der Kostenersparnis. Darüber hinaus ist die Entscheidung insofern bemerkenswert, als lapidar festgestellt wird, dass die Beurkundung vor einem Notar in Basel (Schweiz) der Beurkundung vor einem deutschen Notar gleichwertig sei, ohne mitzuteilen, aufgrund welcher Schlüsse der Senat zu diesem Ergebnis gelangt².

II. Umfang und Grenzen der Prüfungs- und Belehrungspflichten im Allgemeinen

- 9 Insbesondere in der **Literatur** sind gerade in letzter Zeit beachtliche Versuche unternommen worden, **Umfang und Grenzen der notariellen Belehrungspflicht dogmatisch zu fassen**³. Dabei wird mit Kritik an der Rechtsprechung nicht gespart. Bei allem Respekt für eigenständige dogmatische Lösungen muss jedoch stets vom sprachlich klar gefassten Gesetzesstext ausgegangen werden, wonach dem Notar folgende Pflichten auferlegt sind⁴:
 - Erforschung des Willens der Beteiligten,
 - Klärung des Sachverhalts,
 - Belehrung über die rechtliche Tragweite,
 - Formulierungspflicht.
- 10 Es ist dabei allgemein anerkannt, dass er neben der Belehrung aus der Urkundstätigkeit eine **erweiterte Belehrungspflicht aus allgemeiner Betreuungsverpflichtung**⁵ innehalt. Es kommt keine weitere Kategorie von Belehrungspflicht hinzu, die entstehen könnte, „wenn er erkennen kann,

1 Anders noch BGH v. 27.10.1994 – IX ZR 12/94, MDR 1995, 205 = NJW 1995, 330; vgl. dazu auch *Ganter* in *Ganter/Hertel/Wöstmann* Rz. 989 und *Ganter*, DNotZ 2007, 246 (250) sowie OLG Frankfurt a.M. MittBayNot 2012, 408.

2 Zustimmend zuletzt wieder *Hermanns*, RNotZ 2014, 229 was insofern verwunderlich, als diese Aussage durch einen deutschen Nurnotar aufgestellt wird.

3 Z.B. *Haug*, DNotZ 1972, 388ff. (453ff.); *Keim*, Teil G, Rz. 80ff.; *Armbrüster* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, § 17 Rz. 4ff.; *Allerkamp*, S. 75ff.

4 Vgl. umfassend zu den einzelnen Belehrungspflichten *Lerch*, BWNotZ 1997, 53ff.; *Ganter* in *Ganter/Hertel/Wöstmann* Rz. 995ff.

5 Dazu *Allerkamp*, S. 91ff.

dass unter Ausnutzung seiner Vertrauensstellung einem Dritten ein Schaden zugefügt werden könnte“. Sie ist deshalb entbehrlich, weil der Notar seine Amtstätigkeit verweigern muss, wenn erkennbar unredliche Zwecke verfolgt werden (vgl. §§ 4 BeurkG, 14 BNotO), so dass es auf eine Belehrung nicht mehr ankommt, weil der Notar dann in der Regel seine Amtshandlung abbrechen muss.

1. Ansonsten lassen sich anhand der bisher veröffentlichten Rechtsprechung die **Tatbestände wie folgt** umschreiben: 11

1.1. Die **Pflicht zur Erforschung des Willens der Beteiligten** beinhaltet zuerst, dass der Notar die Erklärungen der Beteiligten so abfasst, dass der „wahre Wille“ in den Erklärungen unmissverständlich seinen Niederschlag findet, d.h. die niedergeschriebene Erklärung ist ein „Spiegelbild“ des tatsächlich Gewollten. Der Notar hat die zur Auswahl stehenden Möglichkeiten aufzuzeigen und die geeignete Art der Erledigung zu empfehlen¹. 12

Er soll die **Vor- und Nachteile erklären** unter Beachtung seiner Stellung als unparteiischer Berater der Beteiligten und hat auf die Ausprägung, Vervollständigung und Formung des Parteiwillens hinzuwirken². Im Rahmen dieses Tatbestandsmerkmals, das nur ausnahmsweise Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung ist³, sei noch erwähnt, dass der Notar zu Erläuterungen eines Rechtsbegriffs verpflichtet ist⁴, wenn er erkennt, dass sich die Beteiligten darunter etwas anderes vorstellen. 13

Er ist u.U. zur Ergründung der **Motive** verpflichtet, wenn dadurch erst der beabsichtigte Zweck offengelegt werden kann⁵. Er hat dabei auch zu beachten, dass sich der Vertragszweck erreichen lässt. Der Notar hat den „Tatsachenkern“ aufzuklären⁶. Besonderheiten hinsichtlich des Tatsachenkerns können sich ergeben und müssen den Notar zu einer Aufklärung veranlassen, wenn z.B. nur eine Teilfläche eines Grundstücks verkauft wird und unklar ist, welcher Teil genau veräußert werden soll⁷.

1 Bereits BGH DNotZ 1963, 308 (310).

2 RG JW 1936, 803.

3 Vgl. die jeweiligen Nachweise bei *Winkler*, § 17 Rz. 206 ff.; *Armbrüster* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, § 17 Rz. 21; *Haug*, Rz. 466 f.; sehr detailliert *Keim*, Teil G, Rz. 80 ff., der eine übersichtliche Struktur von Belehrungen aufzählt, z.B. „gestaffelte Belehrung, in die Tiefe gehende Belehrung“ etc.

4 *Haug*, Rz. 489.

5 Dazu BGH v. 21.10.1980 – VI ZR 230/79, DNotZ 1981, 515; VersR 1972, 1049.

6 BGH v. 6.11.1986 – IX ZR 125/85, MDR 1987, 318 = NJW 1987, 1266 = DNotZ 1987, 450.

7 OLG Nürnberg v. 17.1.1990 – 4 U 308/89, DNotZ 1990, 458.

- 14 In diesem Zusammenhang gilt auch der allgemein anerkannte Grundsatz, dass er den sog. **sichersten Weg** zu wählen hat¹; dieser Grundsatz gilt auch zwischen dem sichersten und dem billigsten Weg, wobei er aufgrund des ihm eingeräumten Ermessens auch im Einzelfall den billigeren Weg einschlagen darf². Deshalb sind auch unnötige Kosten zu vermeiden, so dass z.B. Grundstückskaufvertrag, Auflassung und Auflassungsvormerkung tunlichst in einem Vertrag beurkundet werden sollten³.

Der Notar hat grundsätzlich darüber zu belehren, dass Kaufvertrag und Auflassung in einer Urkunde protokolliert werden können und sollen, was u.U. eine falsche Sachbehandlung i.S.d. § 21 GNotkG darstellen kann⁴, wenn er dennoch die Protokollierung in zwei getrennten Urkunden vornimmt.

- 15 1.2. Die **Pflicht zur Erforschung des Sachverhalts** resultiert aus der Erörterung der Tatsachen mit den Beteiligten und umfasst die dem Notar gestellte Aufgabe, alle für das jeweilige Rechtsgeschäft relevanten Umstände in die Überlegungen einzubeziehen, um ein rechtswirksames Geschäft herbeizuführen. Dabei braucht er keine eigenen Ermittlungen anzustellen, sondern kann sich auf die relevanten Tatsachen so verlassen, wie diese ihm von den Beteiligten mitgeteilt werden⁵, es sei denn, dass die Beteiligten sich nicht über alle Tatsachen erklären, auf die es aber nach seiner Erkenntnis ankommt. In einem solchen Fall besteht für ihn die Pflicht zur **Nachfrage und Nachforschung**⁶.
- 16 Er hat den **Sachverhalt** soweit zu **klären**, dass er im Stande ist, das beabsichtigte Rechtsgeschäft dem Gesetz und dem wahren Willen der Beteiligten entsprechend zu beurkunden, wobei es natürlich sehr auf die Begleitumstände des Einzelfalles ankommt, wie sich dies generell bei An-

1 So bereits RG DNotZ 1933, 800; RGZ 148, 321; BGH DNotZ 1962, 263; DNotZ 1978, 177 (179).

2 So auch Winkler, § 17 Rz. 211; OLG Zweibrücken DNotZ 1969, 695.

3 Bereits RG JW 1937, 2699; LG Berlin DNotZ 1937, 88; OLG Frankfurt v. 17.3. 1989 – 20 W 384/88, MDR 1989, 650 = DNotZ 1990, 672ff.; OLG Düsseldorf v. 22.3.1990 – 10 W 25/90, DNotZ 1990, 674 jeweils m. Anm. Schmitz-Valckenberg.

4 BayObLG ZNotP 2001, 78 = NotBZ 2000, 381; vgl. auch Tiedtke, MittBayNot 2000, 575.

5 BGH DNotZ 1961, 162; DNotZ 1976, 629; Haug, Rz. 470; Haug, DNotZ 1972, 404.

6 Dazu Winkler, § 17 Rz. 213; Haug, Rz. 472 unter Hinweis auf ein nicht veröffentlichtes Urteil des OLG Hamm – 11 U 11/72; Armbrüster in Armbrüster/Preuß/Renner, § 17 Rz. 19.

wendung dieser Vorschrift nicht vermeiden lässt. Die Schwierigkeit besteht für ihn darin zu erkennen, dass es auch auf Tatsachen ankommen kann, an die die Beteiligten als juristische Laien nicht gedacht haben, die aber für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von erheblicher Bedeutung sind. Er muss die Beteiligten darauf hinweisen, wenn ein möglicherweise beabsichtigtes Rechtsgeschäft einer bestimmten Form der Beurkundung bedarf¹. Der Notar braucht aber z.B. nicht Ermittlungen anzustellen über die Größe einer Eigentumswohnung, wenn die Beteiligten bei einem solchen Kauf eine ganz bestimmte Wohnung erwerben möchten².

1.3. Er muss weiterhin die Beteiligten über die rechtliche Tragweite belehren, wobei er nicht verpflichtet ist, die Beteiligten auf sämtliche Rechtsfolgen hinzuweisen, die nur annähernd in Betracht kommen können. Eine Belehrungspflicht, jedenfalls aus Urkundstätigkeit, besteht nur insoweit, als eine Belehrung erforderlich ist, um den Willen der Beteiligten rechtswirksam, wahrheitsgemäß und vollständig niederzulegen³. Ein Notar kann nur dann ausnahmsweise auf eine Belehrung verzichten, wenn er sichergestellt hat, dass ein Urkundbeteiligter zuvor ausreichend durch eine rechtskundige Person beraten wurde⁴.

Hat er eine Belehrung vorgenommen, ist es auf jeden Fall ratsam in dem entsprechenden Vermerk festzuhalten, welche einzelnen Umstände erörtert wurden und wie der Beteiligte reagierte⁵. Dies mag empfehlenswert sein, ist aber keinesfalls eine unbedingt einzuhaltende Amtspflicht, denn Belehrungsvermerke sind nur in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen (§§ 18–21) notwendig und ansonsten nur aus Beweislastgründen empfehlenswert.

Dabei liegt die Rechtsprechung des BGH⁶ wieder auf der Linie der insoweit grundlegenden Entscheidung vom 29.10.1953⁷, dass nämlich die Rechtsbelehrung „nur soweit geht, als eine Belehrung für das **Zustandekommen einer formgültigen Urkunde** erforderlich ist, die den wahren Willen der Beteiligten vollständig und unzweideutig in der für das beab-

1 Dazu OLG Celle MittRhNotK 2000, 355.

2 BGH v. 11.3.1999 – IX ZR 260/97, MDR 1999, 833 = NJW-RR 1999, 1214 = BWNotZ 2000, 146 = VersR 2000, 1026.

3 Vgl. z.B. RG JW 1935, 1688 = DNotZ 1935, 312.

4 OLG Frankfurt a.M. MittBayNot 2012, 408 = NJOZ 2012, 1992.

5 OLG Saarbrücken v. 27.3.2002 – 1 U 671/01-154, MDR 2002, 1399f. = OLGReport 2002, 279ff.

6 BGH v. 26.11.1987 – IX ZR 162/86, MDR 1988, 405 = DNotZ 1988, 388; BGH v. 16.6.1988 – IX ZR 69/87, MDR 1988, 959 = AnwBl. 1988, 585.

7 DNotZ 1954, 329 (331).

sichtigte Rechtsgeschäft richtigen Form rechtswirksam enthält“. Dabei soll der Notar darauf achten, dass unerfahrene und ungewandte **Beteiligte nicht benachteiligt werden**¹.

- 20 Er hat deshalb den Beteiligten eine Vorstellung von der Bedeutung und den Wirkungen des beabsichtigten Rechtsgeschäfts zu vermitteln und durch eine derartige Belehrung und ergänzende Beratung auf die „Ausprägung, Vervollständigung und Formung des Parteiwillens“ hinzuwirken. Der Notar muss allerdings nicht im Einzelnen über die Folgen eines Gewährleistungsausschlusses belehren². Die Belehrungspflichten bestehen nur gegenüber den Urkundsbeteiligten und nicht gegenüber Dritten³.
- 21 Der Notar muss dabei prüfen, von welchen Voraussetzungen der beabsichtigte Rechtserfolg abhängig ist und welche unmittelbaren Rechtswirkungen sich an ihn knüpfen⁴.
- 22 Er prüft in diesem Zusammenhang, ob der erstrebte **rechtliche Erfolg überhaupt eintritt**⁵. Dies bedeutet konkret die Prüfung der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten, ob sie ggf. zur Vertretung bevollmächtigt sind⁶, oder zur Verfügung über ein Recht befugt sind, ob ein Rechtsgeschäft anfechtbar ist, weil es den Gläubiger benachteiligt, ob eine Vormerkung oder ein Veräußerungsverbot dem beabsichtigten Rechtserwerb entgegensteht oder ob ein Vertrag sittenwidrige Elemente (§ 138 Abs. 1 BGB) enthält.
- 23 Steht eine vertraglich vorgesehene Regelung mit dem Gesetz nicht in Einklang, muss der Notar notfalls die Beurkundung ablehnen, aber zumindest entsprechende Hinweise erteilen⁷. Er muss dabei auch Entwicklungstendenzen in Rechtsprechung und Literatur zur Kenntnis nehmen und die üblichen Erläuterungsbücher auswerten⁸.

1 Zitiert nach *Haug/Zimmermann* Rz. 485 ff.

2 Zu einem solchen Fall OLG Nürnberg v. 20.12.1989 – 4 U 2608/89, DNotZ 1990, 456.

3 Zutreffend OLG Koblenz v. 5.4.1995 – 1 U 49/94, DNotZ 1996, 128 m. Anm. *Vollhardt*.

4 Zutreffend *Armbrüster* in Armbrüster/Preuß/Renner, § 17 Rz. 31 unter Hinweis auf BGH DNotZ 2001, 473.

5 *Reithmann*, DNotZ 1969, 70 (81).

6 Dazu BGH v. 21.1.1988 – IX ZR 252/86, MDR 1988, 578 = NJW-RR 1988, 1206 = DB 1988, 1160 = WM 1988, 545 betr. die umfassende Prüfung der Vertretungsmacht.

7 OLG Köln v. 1.6.1989 – 7 U 65/88, MDR 1991, 541 = VersR 1991, 890.

8 BGH v. 9.7.1992 – IX ZR 209/91, MDR 1993, 282 = NJW 1992, 3237 m. Anm. *Reithmann*.

Wird eine Rechtsfrage erst vereinzelt in der Literatur erörtert, bestehen grundsätzlich keine weiteren Aufklärungspflichten¹. Droht ein Vertrag zu scheitern und zieht der Verkäufer in Gegenwart des Notars den Verkauf an einen Anderen in Betracht, muss der Notar, soweit ihm dies bekannt ist, auf den Umstand einer eingetragenen Vormerkung zu Gunsten eines Käufers hinweisen².

Ferner gehört zur rechtlichen Tragweite die Frage, was außer den beurkundeten Willenserklärungen noch erforderlich ist, um den **gewünschten Erfolg eintreten zu lassen**³. Hier seien beispielhaft erwähnt der Hinweis darauf, dass das Eigentum erst mit der Umschreibung im Grundbuch übergeht, eine GmbH erst mit Eintragung im Handelsregister als solche entsteht⁴, dass zur Abtretung einer durch Briefhypothek gesicherten Forderung die Übergabe des Briefes erforderlich ist (§ 1154 BGB) und dass der Gläubiger, der eine Forderung verpfändet, dies dem Schuldner anzuzeigen hat (§ 1280 BGB).

Darüber hinaus ist durch § 18 normiert, dass auf **gerichtliche oder behördliche Genehmigungen** hinzuweisen ist und dass eine Eintragung erst vorgenommen werden kann, wenn die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes vorliegt (§ 19). Es ist ferner von ihm auf das Vorkaufsrecht der Gemeinden nach dem BauGB hinzuweisen, was allerdings bei Kaufverträgen über Wohnungseigentum nicht mehr besteht (§ 24 BauGB), dass eine Vormerkung beim Erwerb eines Grundstücks eine zusätzliche Sicherheit bietet (sofern die Beteiligten auf die Eintragung einer Vormerkung zur Verschaffung des Eigentums – fälschlicherweise Auflassungsvormerkung genannt – verzichten, sind sie über die damit verbundenen Gefahren zu belehren)⁵; ferner bedarf es durch ihn des Hinweises, dass durch den Verkauf eines Grundstücks Miet- und Pachtverhältnisse nicht erlöschen (§§ 566, 581 BGB), dass eine Schuldübernahme den früheren Schuldner nur befreit, wenn der Gläubiger zustimmt (§§ 414, 415 BGB) und schließlich, dass eine

1 BGH NJW-RR 1994, 1012, wo es konkret darum ging, wann ein Erläuterungsbuch marktüblich war, indem erstmals die Frage erörtert wird, ob ein Vormerkungsberechtigter die Zustimmung zu einer Baulast zu erteilen hat.

2 BGH v. 27.5.1993 – IX ZR 66/92, NJW 1993, 2744 = DNotZ 1994, 485 = MDR 1993, 1244.

3 Ebenfalls Reithmann, DNotZ 1969, 70 (82).

4 A.A. noch BGH DNotZ 1954, 329; aber inzwischen einhellige Ansicht in der Literatur, vgl. statt aller Winkler, § 17 Rz. 230.

5 Zutreffend BGH v. 6.10.1988 – IX ZR 142/87, MDR 1989, 539 = NJW 1989, 102 ff. = DNotZ 1989, 449 ff. = BB 1988, 2275; OLG Schleswig, NJW 1972, 2001 sowie Ganter, NJW 1986, 1017.

Vormerkung zur Verschaffung des Eigentums den lastenfreien Erwerb eines Grundstücks dann nicht sichert, wenn beim Grundbuchamt bereits die Eintragung dinglicher Belastungen beantragt ist¹.

- 27 Im Rahmen von **Vermögensübertragungen** ist sowohl der Übernehmer darüber zu belehren, dass er in die bestehenden **Arbeitsverhältnisse** eintritt (§ 613a BGB) als auch in einem solchen Fall der Verkäufer, dass er als Gesamtschuldner weiterhin haftet (§ 613a Abs. 2 BGB). Zur Pflicht, über die rechtliche Tragweite zu belehren, gehört auch ein Hinweis des Notars auf ein gesetzliches Vorkaufsrecht beim Verkauf von Miterbenanteilen (§ 2034 BGB) sowie über die einschränkende Vorschrift des § 1365 BGB betr. die Einwilligung des Ehegatten². Neuerdings trifft den Notar auch die Pflicht, auf die Sicherungsabrede (Zweckbestimmungserklärung) bei der Bestellung von Grundschulden hinzuweisen³.
- 28 Den Notar trifft auch die Pflicht, auf die Vorschrift des § 2 Abs. 4 S. 3 der VO zur Durchführung des § 34c GewO bei Verkäufen durch einen Bauträger hinzuweisen. Er kann auch verpflichtet sein, über die Risiken einer ungesicherten Vorleistung zu belehren⁴.
- 29 Bei Gründung einer GmbH kann die „Beratungspflicht“ des Notars sogar soweit gehen, dass Vermögensschäden bei den Beteiligten vermieden werden sollten⁵. Wird ein Kaufvertrag zu einem bestimmten Kaufpreis abgeschlossen und soll dieser Kaufpreis in Form einer Leibrente ausgeglichen werden, muss der Notar entsprechende Belehrungen unternehmen, wenn diese Leibrente nicht durch eine Reallast abgesichert werden kann⁶. Von einer Belehrung kann der Notar nur absehen, wenn die Vertragsbeteiligten dies aufgrund eigener Kenntnisse zu überschauen in der Lage sind, wobei insoweit dem Notar die Beweislast obliegt⁷.
- 30 **1.4.** Letztendlich obliegt dem Notar die sog. **Formulierungspflicht**, was bedeutet, dass er die Erklärungen klar und unzweideutig wiederzugeben

1 BGH DNotZ 1969, 496.

2 Dazu *Haug/Zimmermann* Rz. 510; *Winkler*, § 17 Rz. 224 ff.

3 BGH v. 3.2.1984 – V ZR 190/82, DNotZ 1984, 636; sowie sehr ausführlich *Rastatter*, BWNotZ 1990, 57 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

4 Dazu BGH DNotZ 1990, 58 ff. = BGH v. 21.3.1989 – IX ZR 155/88, MDR 1989, 735 = NJW-RR 1989, 1492 ff.

5 BGH v. 2.11.1989 – IX ZR 15/89, NJW-RR 1990, 462 ff.

6 BGH NJW 1993, 2617 = BGH v. 8.7.1993 – IX ZR 222/92, DNotZ 1995, 494 = MDR 1993, 1242.

7 BGH v. 27.10.1994 – IX ZR 12/94, MDR 1995, 205 = NJW 1995, 330 = DNotZ 1995, 407 m. abl. Anm. *Haug*.