

Dokumentnummer: 10753
letzte Aktualisierung: 6.7.2007

OLG Schleswig, 6.7.2007 - Not 1/07

BeurkG § 17 Abs. 2a

Verletzung der Amtspflicht bei Beurkundung von Finanzierungsgrundschulden unter Mitwirkung von Notariatsmitarbeitern als Verbrauchervertreter

1. Die in § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG genannte Pflicht, bei Verbraucherverträgen darauf hinzuwirken, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich bzw. durch eine Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden, stellt eine unbedingte Amtspflicht des Notars dar.
2. Die Amtspflicht aus § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG greift bei der Beurkundung einer Finanzierungsgrundschuld jedenfalls dann ein, wenn in die Urkunde ein abstraktes Schuldversprechen eines Verbrauchers aufgenommen wird.
3. Notariatsangestellte sind im Grundsatz keine Vertrauenspersonen des Verbrauchers im Sinne der genannten Vorschrift.

Notarrecht: Verletzung der Amtspflicht bei Beurkundung von Finanzierungsgrundschulden unter Mitwirkung von Notariatsmitarbeitern als Verbrauchervertreter

Leitsätze

1. Die in § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG genannte Pflicht, bei Verbraucherverträgen darauf hinzuwirken, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich bzw. durch eine Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden, stellt eine unbedingte Amtspflicht des Notars dar.
2. Die Amtspflicht aus § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG greift bei der Beurkundung einer Finanzierungsgrundschuld jedenfalls dann ein, wenn in die Urkunde ein abstraktes Schuldversprechen eines Verbrauchers aufgenommen wird.
3. Notariatsangestellte sind im Grundsatz keine Vertrauenspersonen des Verbrauchers im Sinne der genannten Vorschrift.

Tenor

Der Antrag des Antragstellers auf gerichtliche Entscheidung vom 26. Februar 2007 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens nach einem Geschäftswert von 3.000,00 EUR.

Gründe

I.

Der am ... geborene Antragsteller ist seit dem ... Notar in A.. Er wendet sich mit seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen eine Missbilligung, die ihm der Antragsgegner mit Verfügung vom 4. September 2006 wegen des Vorwurfs ausgesprochen hat, Finanzierungsgrundschulden unter Mitwirkung von Notariatsmitarbeiterinnen als bevollmächtigte Vertreter unter Verstoß gegen § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 1 BeurkG beurkundet zu haben.

In dem Bericht des Notarprüfers zur Amtsführung des Antragstellers vom 12. Dezember 2002 wurde beanstandet, dass einer Notariatsmitarbeiterin in einer Vielzahl von Fällen bei Grundstückskaufverträgen Vollmachten u. a. zur Bestellung von Grundpfandrechten eingeräumt worden seien. Diese Praxis sei bei Verbraucherverträgen nach § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 1 BeurkG nicht mehr zulässig, weil es sich bei der Mitarbeiterin nicht um eine Vertrauensperson im Sinne dieser Vorschrift handele. Der Antragsteller führte in seiner Stellungnahme zum Prüfungsbericht vom 7. Januar 2003 aus, er teile diese Auffassung nicht und werde auch künftig weiterhin so wie bisher verfahren. Ihm wurde daraufhin von dem Antragsgegner ein Vermerk des Notarprüfers zu dem aus seiner Sicht gegebenen Verstoß gegen § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 1 BeurkG nebst Arbeitsmaterialien des Notars Prof. Dr. B. übersandt, die diese Auffassung stützten.

Anlässlich einer erneuten Prüfung der Amtsführung am 17. Mai 2006 stellte die Notarprüferin fest, dass auch in dem neuen Prüfungszeitraum seitens des Antragstellers in einer Vielzahl von Fällen Grundpfandbestellungen einschließlich der Erklärung über die Zwangsvollstreckungsunterwerfung unter Mitwirkung von Notariatsmitarbeiterinnen beurkundet worden seien, die dort als Vertreterinnen der Erwerber aufgetreten seien. Der Prüfungsbericht nennt konkret eine Urkunde aus dem Jahre 2003 und fünf Urkunden aus dem Jahre 2005.

Unter Verweis auf diesen Prüfungsbericht hat der Antragsgegner dem Antragsteller mit Verfügung vom 4. September 2006 gemäß § 94 Abs. 1 BNotO eine Missbilligung ausgesprochen und zur Begründung ausgeführt, bei der Bestellung eines Finanzierungsgrundpfandrechts durch einen Verbraucher gegenüber einer Bank handele es sich entgegen der von dem Antragsteller in der von ihm zuvor hergegebenen Stellungnahme um einen Verbrauchervertrag im Sinne des § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 1 BeurkG. Denn die Bestellung einer Fremdgrundschuld erfordere eine dingliche Einigung, wobei es für das Eingreifen der genannten Vorschrift ausreiche, dass der Notar die Erklärung des Verbrauchers, also das Angebot an die Bank zum Abschluss eines Verbrauchervertrages, beurkunde, dass durch das regelmäßig folgende Ansinnen der Bank, den Eintragungsantrag bei dem Grundbuchamt auch in ihrem Namen zu stellen, angenommen werde. Die Beurkundung dieser Erklärung zur Bestellung eines Finanzierungsgrundpfandrechts sei auch nicht ein reines Vollzugsgeschäft zum Kaufvertrag, wie sich aus dem Rundschreiben Nr. 20/03 der Bundesnotarkammer vom 28. April 2003 zu der Problematik der genannten Vorschrift ergebe. Schließlich seien die Mitarbeiterinnen eines Notars keine Vertrauenspersonen des Verbrauchers im Sinne der genannten Norm.

Der Antragsteller habe seine Hinwirkungspflicht aus § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 1 BeurkG, die Beurkundung dieser Finanzierungsgrundschulden grundsätzlich nur in Gegenwart des Verbrauchers bzw. einer Vertrauensperson durchzuführen, in den aufgeführten sechs Fällen schuldhaft, nämlich jedenfalls fahrlässig, verletzt. Auf die Hinwirkungspflicht sei er schon im Zusammenhang mit der vorausgegangenen Notarprüfung und der im Anschluss daran übersandten Arbeitsunterlage hingewiesen worden. Es liege ein einheitliches Dienstvergehen im Sinne des § 95 BNotO vor, für dessen Ahndung der Ausspruch einer Missbilligung erforderlich, aber noch ausreichend unter Berücksichtigung des Umstandes sei, dass seine Tätigkeit als Notar bislang beanstandungsfrei gewesen sei und die von ihm vertretene Meinung immerhin im Jahre 2002 einer Mindermeinung entsprochen habe.

Gegen diese Verfügung hat der Antragsteller rechtzeitig Beschwerde eingelegt und diese wie folgt begründet:

Die Hinwirkungspflicht aus § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 1 BeurkG stelle keine unbedingte Amtspflicht des Notars dar. Die Bestellung einer Fremdgrundschuld erfordere zwar eine dingliche Einigung zwischen Eigentümer und Grundschuldberechtigtem. Darauf seien schuldrechtliche Zuordnungsnormen aber nicht anwendbar. Insbesondere seien die §§ 310 ff. BGB, die den Verbrauchervertrag definieren würden, auf den dinglichen Vertrag nicht anzuwenden. Vor diesem Hintergrund sei auch anerkannt, dass die Beglaubigung einer Unterschrift des Verbrauchers unter einer Grundschuldbestellungsurkunde ohne Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht dem § 17 Abs. 2 a BeurkG unterfalle. Warum sich etwas anderes ergebe, wenn eine Grundschuldbestellungsurkunde mit persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung beurkundet werde, erschließe sich nicht, weil die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung keinen Vertrag darstelle.

Die Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts hat diese Beschwerde der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer zur Stellungnahme zugeleitet, die unter dem 16. November 2006 ausgeführt hat, § 17 Abs. 2 a BeurkG begründe unbedingte Amtspflichten. Es bestehe eine Handlungspflicht des Notars in Form einer Hinwirkungspflicht. Ein nachhaltiges Bemühen des Notars sei erforderlich. Vor dem Hintergrund der ausführlichen Anwendungsempfehlungen zur praktischen Umsetzung von § 17 Abs. 2 a S. 2 BeurkG durch das Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 20/03 vom 28. April 2003 dürften die Ausführungen des Notars unbeachtlich sein. Soweit feststehe, dass die von ihm vorgenommenen Grundpfandrechtsbestellungen unter Mitwirkung von Notariatsmitarbeiterinnen als Vertreterinnen von Erwerbern ohne besondere sachliche Gründe hierfür vorgenommen worden

seien, erscheine die ausgesprochene Missbilligung als gerechtfertigt. Aus Sicht der Notarkammer dürfe es nicht ausreichend sein, die am Vertrag beteiligten Verbraucher lediglich anlässlich der eigentlichen Beurkundung des Kaufvertrages über die Wirkungen und Folgen einer persönlichen Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung zu belehren. Es komme nicht selten vor, dass anlässlich der Beurkundung bei der Bestellung von Grundpfandrechten Klärungs-, Änderungs- und damit Belehrungsbedarf bestehe.

Mit Verfügung vom 13. Februar 2007 wies die Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts die Beschwerde zurück. Die Hinwirkungspflicht aus § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 1 BeurkG stelle eine unbedingte Amtspflicht für den Notar dar. Gegen diese Amtspflicht habe der Antragsteller in sechs Fällen schuldhaft verstoßen. Die Vorschrift sei nicht nur auf schuldrechtliche Vereinbarungen anwendbar, sondern gelte auch für sachenrechtliche Verträge. Bei der Bestellung des Grundpfandrechts sei auf der einen Seite der Erwerber als Verbraucher und auf der anderen Seite die finanzierte Bank als Unternehmerin tätig, sodass ein Verbrauchervertrag vorliegen würde. Die von dem Antragsteller eingesetzten Notariatsmitarbeiterinnen seien keine Vertrauenspersonen im Sinne dieser Vorschrift. Es sei nicht dargetan, dass die Beurkundung durch die Notariatsangestellten als Vertreterinnen jeweils auf Vorschlag der Verbraucher erfolgt sei. Der Anstoß zur Vornahme des Beurkundungsverfahrens in dieser Form sei ersichtlich von dem Antragsteller gekommen. Der Vorwurf der Dienstpflichtverletzung treffe mithin zu und rechtfertige die von dem Antragsgegner ausgesprochene Missbilligung.

Nach Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung am 20. Februar 2007 hat der Antragsteller mit einem am 27. Februar 2007 eingegangenen Schriftsatz vom Vortag Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei dem Senat für Notarsachen gestellt und diesen wie folgt begründet:

Es dürfe gerichtsbekannt sein, dass sich nahezu sämtliche Notare als Dienstleister ansähen und deshalb den Service anbieten würden, Grundschuldbestellungen zur Finanzierung des Kaufpreises durch ihre Mitarbeiter als Bevollmächtigte für den Käufer vornehmen zu lassen. Ein solches Vorgehen sei in der Vergangenheit nicht beanstandet worden, wenn hierfür ein sachlicher Grund gegeben gewesen sei, wie z. B. derjenige, dass der Erwerber von einem weit entfernten Wohnort extra zur Grundschuldbestellung hätte anreisen müssen. Für ihn sei nicht einsehbar, warum ein solcher Grund nicht auch vorliegen solle, wenn der Käufer aus der nahe gelegenen Kreisstadt stamme. Er könne auch dann sicherstellen, dass seine Belehrung eine effektive Interessenwahrnehmung des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer ermögliche. In den Verträgen, in denen er die Möglichkeit schaffe, Grundschulden über einen insoweit zu bevollmächtigenden Mitarbeiter zu bestellen, erfolge bei ihm stets eine ausführliche, auch schriftliche Belehrung unmittelbar vor Unterzeichnung der Kaufvertragsurkunde.

Er habe allerdings nicht dargetan, dass die Beurkundung durch seine Notariatsangestellten jeweils ohne seinen Anstoß auf Vorschlag des Verbrauchers erfolgt sei. Dies sei aber nur ein Problem der Formulierung. Es könne nicht eine Frage der Kreativität des Notars sein, ob ein wichtiger, nachvollziehbarer Grund vorliege oder nicht.

Im Übrigen sei die "Hinwirkungspflicht" zwar mehr als eine Hinweispflicht, aber noch keine Amtspflicht des Notars. Es werde bezweifelt, ob ein Verstoß gegen eine solche Pflicht ausreiche, um eine Missbilligung auszusprechen.

Wesentliches Argument sei schließlich, dass schuldrechtliche Anspruchsnormen wegen ihres grundsätzlichen Unterschiedes zu sachenrechtlichen Zuordnungsnormen unanwendbar seien. Daraus folge für ihn, dass § 310 Abs. 3 BGB hier nicht zur Anwendung komme. Das habe zur Folge, dass die dingliche Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Grundschuldberechtigten kein Verbrauchervertrag sei und mithin eine Hinwirkungspflicht nicht bestehe.

Der Antragsteller beantragt sinngemäß,

im Wege der gerichtlichen Entscheidung die Verfügung des Antragsgegners vom 4. September 2006 und die diese bestätigende Beschwerdeentscheidung der Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 13. Februar 2007 aufzuheben.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag als unbegründet zurückzuweisen.

Es entspreche einhelliger Auffassung, dass es sich bei der Bestellung des Grundpfandrechts um einen Vertrag zwischen der Bank und dem Verbraucher handele, sodass der Anwendungsbereich von § 310 Abs. 3 BGB eröffnet sei. Die Pflicht des Notars, darauf hinzuwirken, dass der Verbraucher bei der Beurkundung persönlich anwesend oder durch eine Vertrauensperson vertreten sei, betreffe auch eine Amtspflicht des Notars. Ein Verstoß dagegen führe zwar nicht zur Unwirksamkeit des Vorganges, löse aber durchaus disziplinarrechtliche Folgen aus. Lasse ein Notar systematisch und regelmäßig seine Angestellten aufgrund derartiger Vollmachten handeln, wie es der Beschwerdeführer einräume, liege ein schwerer Missbrauch vor. Der Verbraucher sei gerade bei der Bestellung von Grundpfandrechten mit der Übernahme der persönlichen Haftung samt Zwangsvollstreckungsunterwerfung und der dinglichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung besonders schutzbedürftig. Hier bestehe in der Regel ein großer Belehrungsbedarf, dem aber nicht entsprochen werde, wenn der Käufer von der Beurkundungsverhandlung ausgeschlossen bleibe.

Antragsteller und Antragsgegner haben mit Schriftsätze vom 18. April 2007 bzw. 2. Mai 2007 auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem Senat verzichtet.

II.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist nach §§ 94 Abs. 2 S. 5 und 6, 75 Abs. 5 S. 2 bis 4 BNotO zulässig, insbesondere fristgerecht eingelegt worden. Er hat aber in der Sache keinen Erfolg, weil der Antragsgegner die Missbilligung nach § 94 Abs. 1 BNotO wegen der Verletzung einer Amtspflicht mit zutreffenden Erwägungen ausgesprochen hat.

Der Antragsteller hat jedenfalls in fünf der in der Verfügung genannten sechs Fällen aus den Jahren 2003 und 2005 gegen die Pflicht aus § 17 a Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BeurkG verstoßen, wonach der Notar bei Verbraucherverträgen darauf hinwirken soll, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine Vertrauensperson vor ihm - dem Notar - abgegeben werden. Dieser Verpflichtung ist der Antragsteller nicht nachgekommen, weil er in den genannten Fällen Finanzierungsgrundschulden unter Mitwirkung von Mitarbeiterinnen seines Notariats als Vertreterinnen der Verbraucher beurkundet hat. Nach Einführung der Norm zum 1. August 2002 hat zwar eine Minderansicht in der Literatur diese Praxis noch für vertretbar gehalten. Tatsächlich hat sich aber die weit überwiegende Zahl der Stimmen seit 2002 in sorgfältiger Auseinandersetzung mit dieser Minderansicht dahin geäußert, dass die Bestellung von Finanzierungsgrundschulden unter § 17 Abs. 2 a S. 1 Nr. 1 BeurkG fällt und Notariatsmitarbeiter im Grundsatz keine Vertrauenspersonen im Sinne dieser Vorschrift sein können. Diese Mehrheitsmeinung hat Einfluss gefunden in die Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer zur praktischen Umsetzung der genannten Norm in deren Rundschreiben Nr. 20/03 vom 28. April 2003 (abgedruckt etwa bei Lerch, Beurkundungsgesetz, 3. Aufl. 2006, Anhang Seite 428 ff.). Dem Antragsteller waren die entscheidenden Argumente bereits zuvor durch den Antragsgegner im Zusammenhang mit der Diskussion über den Bericht des Notarprüfers vom 12. Dezember 2002 ausführlich dargelegt worden (unter Beifügung einer Arbeitsunterlage von Prof. Dr. B. als Vertreter der Mehrheitsansicht, vgl. etwa B. FGPrax 2003,

147 - 150). Aus diesen Hinweisen und spätestens seit dem Rundschreiben der Bundesnotarkammer kannte der Antragsteller mithin die dort - wie sogleich aufzuzeigen sein wird - zutreffend dargelegte Rechtslage, über die er sich aber in der Folgezeit jedenfalls mit fünf der in der angegriffenen Verfügung des Antragsgegners genannten Beurkundungen hinweggesetzt hat. Deshalb ist die ihm gegenüber nunmehr ausgesprochene Missbilligung nicht zu beanstanden.

1. Die in § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 1 BeurkG genannte Pflicht, bei Verbraucherverträgen darauf hinzuwirken, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich bzw. durch eine Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden, stellt eine unbedingte Amtspflicht des Notars dar, an deren Verletzung eine Ahndung durch Missbilligung anknüpfen kann. Die Auffassung des Antragstellers, die in der betreffenden Norm genannte Pflicht sei rechtlich nicht genau einzuordnen und stelle jedenfalls keine Amtspflicht dar, ist nicht zutreffend.

Allerdings hat das Beurkundungsgesetz bis zur Einführung der Vorschrift den Terminus "Hinwirkungspflicht" nicht gekannt. Unterschieden wurde zwischen Muss- und Sollvorschriften, wobei aber auch letztere unbedingte Amtspflichten des Notars darstellen, von denen er nicht etwa nach freiem Ermessen abweichen darf (vgl. Winkler, Beurkundungsgesetz, 15. Aufl. 2003, § 17 Rn. 104). Schon der Wortlaut des § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 1 BeurkG gibt keinen Anhalt, dass es sich bei der neuen Pflicht um eine solche handeln könnte, über deren Befolgung oder Nichtbefolgung der Notar nach freiem Ermessen entscheiden kann. Vielmehr heißt es dort ausdrücklich, dass der Notar auf die persönliche Anwesenheit des Verbrauchers bzw. der Vertrauensperson hinwirken "soll" (in den Gesetzesmaterialien wird deshalb auch von einer Soll-Vorschrift gesprochen, die mit Mitteln der Notaraufsicht durchzusetzen sei, BT-Drs. 14/9266 S. 50). Diese Formulierung macht weiter deutlich, dass es hier nicht um eine bloße Hinweispflicht gehen kann, sondern der Notar verpflichtet ist, sich für die Einhaltung des vom Gesetz vorgesehenen Verfahrens - nämlich der grundsätzlichen Anwesenheit des Verbrauchers oder einer Vertrauensperson bei der Beurkundung - einzusetzen. Soweit in der Literatur zunächst vereinzelt vertreten worden ist, es handele sich um eine reine Hinweispflicht (nämlich Litzenburger, NotBZ 2002, 280 - dieser spricht inzwischen allerdings von einer "qualifizierten Hinweispflicht", die er ersichtlich nunmehr auch als Amtspflicht ansieht, vgl. ders. RNotZ 2006, 180, 188 und 189), ist dem schon in zahlreichen literarischen Äußerungen der Jahre 2002/2003 ganz überwiegend nicht gefolgt worden und ist in der Folge auch in die genannte Anwendungsempfehlung der Bundesnotarkammer aufgenommen worden, dass die Hinwirkungspflicht eine unbedingte Amtspflicht des Notars beinhaltet, sich effektiv für eine Einhaltung des vom Gesetz vorgesehenen Verfahrens einzusetzen (für eine Amtspflicht, an deren Verletzung disziplinarische Folgen anknüpfen können, sprechen sich etwa aus: Lerch, a. a. O., § 17 Rn. 56 f. - er hält die gegenteilige Meinung von Litzenburger für "absolut abwegig" -; Winkler, a. a. O., § 17 Rn. 103 - 107; Frenz in Eymann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 17 Rn. 39 d; Helms, ZNotP 2005, 13 ff.; B., FGPrax 2003, 147, 149; Rieger, MittBayNot 2002, 325, 328 f.).

Dem folgt auch der Senat. Schon der Wortlaut, aber erst Recht Sinn und Zweck der Norm lassen sich nicht mit der Auffassung vereinbaren, es handele sich hier um eine bloße - ggf. qualifizierte - Hinweispflicht, deren Erfüllung in freiem Ermessen des Notars stehen könnte. Mit den Vorgaben der Vorschrift soll vielmehr erreicht werden, dass Verbraucher bei Erklärungen, die sie im Zusammenhang mit Verbraucherverträgen beurkunden lassen, durch ihre Anwesenheit vor dem Notar oder jedenfalls durch Anwesenheit eines Interessenvertreters ihres Vertrauens geschützt werden, weil Belehrungen ihnen dann unmittelbar erteilt werden können und sie Gelegenheit haben, klärungsbedürftige Fragen selbst anzusprechen. Wenn der Gesetzgeber dem Notar vor diesem Hintergrund vorschreibt, er solle auf die Anwesenheit hinwirken, verpflichtete

er ihn verbindlich und im Sinne einer Amtspflicht, sich für dieses Ziel effektiv und mit Nachdruck einzusetzen.

2. Die in der Verfügung des Antragsgegners beanstandeten Beurkundungsverfahren betreffen jedenfalls wegen der in fünf der sechs Urkunden aufgenommenen abstrakten Schuldversprechen auch rechtsgeschäftliche Erklärungen von Verbrauchern bei Verbraucherträgen, weshalb die Hinwirkungspflicht aus § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 1 BeurkG bestand.

a. Die Hinwirkungspflicht aus der genannten Norm greift bereits dann ein, wenn nur das rechtsgeschäftliche Angebot des Verbrauchers oder nur die Annahme des Angebotes eines Unternehmers durch den Verbraucher in der Urkunde enthalten ist (Winkler, a. a. O., § 17 Rn. 95; Sorge, DNotZ 2002, 593, 602; Blaeschke, RNotZ 2005, 330, 344; Böhringer, BWNotZ 2003, 6).

b. Der Begriff des Verbrauchertrages wird in § 17 Abs. 2 a BeurkG nicht näher erläutert, findet sich allerdings - ohne dass das Beurkundungsgesetz auf diese Norm unmittelbar verweist - in § 310 Abs. 3 BGB definiert. Dabei handelt es sich um eine Vorschrift, die systematisch im 2. Buch des BGB "Recht der Schuldverhältnisse" zu finden ist. Die Einigung über die Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld im Sinne des § 873 Abs. 1 BGB ist jedoch ein dinglicher Vertrag (vgl. dazu Palandt/Bassenge, 66. Aufl. 2007, § 873 Rn. 9). Deshalb meint der Antragsteller, es gehe hier nicht um einen Verbrauchertrag. Allerdings wird bereits im Rundschreiben der Bundesnotarkammer vom 28. April 2003 darauf hingewiesen, dass der Begriff Verbrauchertrag aus dem europäischen Recht stamme, welches keine Unterscheidung zwischen schuldrechtlichen und dinglichen Verträgen trifft. Vor diesem Hintergrund wird auch § 310 Abs. 3 BGB ausgelegt und trotz der systematischen Stellung der Norm vertreten, dass Verbraucherträge aller Art erfasst würden (MüKo zum BGB/Basedow, a. a. O., § 310 Rn. 25 f.), mithin auch dingliche Verträge (so ausdrücklich etwa Berger in Prütting/Wegener/Weinrich, BGB, 2006, § 310 Rn. 6 mit Verweis auf § 305 Rn. 2). In zahlreichen Äußerungen zu § 17 Abs. 2 a S. 2 BeurkG wird ohne Problematisierung dieser Frage ohne weiteres davon ausgegangen, dass auch sachenrechtliche Verträge wie die Einigung über die Grundschuldbestellung Verbraucherträge im Sinne dieser Vorschrift seien, die die Hinwirkungspflicht auslösen würden (Lerch, a. a. O., § 17 Rn. 55; Winkler, a. a. O., § 17 Rn. 95; Sorge, DNotZ 2002, 593, 602; Rieger, MittBayNot 2002, 325, 331; Amann in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl. 2006, A VI Rn. 25 Seite 506 f.; Blaeschke, RNotZ 2005, 330, 344; Böhringer, BWNotZ 2003, 6; Eymann/Vaasen, a. a. O., § 17 Rn. 39 c und Harder/Fürter, SchlHA 2007, 229, 232).

c. Der Senat kann diese Problematik aber letztlich ebenso offenlassen wie die weitere Frage, ob im Hinblick auf die dingliche Einigung über die Bestellung einer Grundschuld die Hinwirkungspflicht des Notars aus § 17 Abs. 2 a S. 2 Ziff. 1 BeurkG selbst dann besteht, wenn auch das Angebot des Verbrauchers auf Abschluss des dinglichen Vertrages, dass die Grundschuld entstehen und dem Gläubiger zustehen soll (zu diesem Inhalt der dinglichen Einigung vgl. Gaberdie, Kreditsicherung durch Grundschulden, 2000, Rn. 146), wegen der grundsätzlichen Formfreiheit der dinglichen Einigung im Sinne des § 873 Abs. 1 BGB (Palandt/Bassenge, a. a. O., § 873 Rn. 9; Amann, a. a. O., Rn. 24; Gaberdie, a. a. O., Rn. 146) nicht ausdrücklich beurkundet wird, sondern nur die einseitigen grundbuchverfahrensrechtlichen Erklärungen (Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO und Eintragungsantrag nach § 13 GBO; vgl. dazu Amann, a. a. O. und Gaberdie, a. a. O., Anhang 3). Dafür könnte immerhin der Umstand sprechen, dass § 17 Abs. 2 a S. 1, 2 Ziff. 1 BeurkG nicht ausdrücklich die Beurkundung der rechtsgeschäftlichen Erklärung des Verbrauchers zur Voraussetzung der Hinwirkungspflicht macht, sondern nur ein Beurkundungsverfahren verlangt, in dessen Zusammenhang rechtsgeschäftliche Erklärungen eines Verbrauchers auf Abschluss eines Verbrauchertrages abgegeben werden. Vertreten wird, dass die Urkunden jedenfalls

konkludent die materielle Einigungserklärung gemäß § 873 BGB enthalten sollen, die der Verbraucher der Bank im Wege der Zuleitung des Dokumentes durch den Notar übermittelt und die wiederum konkludent durch das Ansinnen der Bank, den Eintragungsantrag bei dem Grundbuchamt auch in ihrem Namen zu stellen, angenommen wird (so Grigas, BWNotZ 2003, 104, 105; vgl. auch Harder/Fürter, a. a. O.; Winkler, a. a. O., § 17 Rn. 138).

Im vorliegenden Fall enthalten immerhin fünf der sechs in der Verfügung des Antragsgegners angesprochenen Urkunden - die dem Senat von dem Antragssteller auf Anforderung nebst den zugrunde liegenden Kaufverträgen in Kopie vorgelegt worden sind - die ausdrückliche Erklärung des Sicherungsgebers, dass die Grundschuld zugunsten des jeweiligen Gläubigers bestellt werden soll, und damit das Angebot auf Abschluss des dinglichen Vertrages.

d. Entscheidend ist jedoch letztlich, dass mit Ausnahme der Urkunde Nr. 161/2005 in sämtlichen fünf übrigen Urkunden die persönliche Haftungsübernahme für die Zahlung eines Geldbetrages in Höhe der vereinbarten Grundschuld erklärt wird, also eine Vertragserklärung des Darlehensnehmers i. S. d. § 780 BGB (vgl. dazu nur Gaberdiel, a. a. O., Rn. 291 ff.). Bei dem abstrakten Schuldversprechen zwischen dem Darlehensnehmer als versprechendem Verbraucher und der Bank handelt es sich aber (anders als bei der einseitigen Erklärung der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung) um einen Verbrauchervertrag.

Angesichts dieses Inhaltes ging es in jedenfalls fünf der in der Verfügung des Antragsgegners beanstandeten Beurkundungsvorgängen unabhängig von den aufgeworfenen Fragen um Verbraucherverträge im Sinne von § 17 Abs. 2 a S. 2 Ziff. 1 BeurkG und griff bereits deshalb die in dieser Norm genannte Hinwirkungspflicht ein.

e. Bei der Beurkundung einer Finanzierungsgrundschuld und den in diesem Zusammenhang von der Bank weiter verlangten Erklärungen des Schuldners geht es auch keineswegs um ein bloßes Vollzugsgeschäft des Kaufvertrages, das aus diesem Grund aus dem Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2 a S. 2 Ziff. 1 BeurkG herausfallen könnte. Dies ergibt sich schon aus dem Umstand, dass an der Einigung über die Bestellung der Grundschuld wie auch an den abstrakten Schuldversprechen nicht die Parteien des Kaufvertrages, sondern der Käufer und die finanzierende Bank beteiligt sind. Der Kaufvertrag als solcher kann auch ohne die Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld durchgeführt werden. Auf diese Gesichtspunkte hat bereits das Rundschreiben der Bundesnotarkammer vom 28. April 2003 zutreffend hingewiesen. Sofern die Richtlinien einzelner Notarkammern vor dem Inkrafttreten der hier fraglichen Vorschrift die Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten als Vollzugsgeschäft bezeichnet haben (Aufzählung bei Rieger, a. a. O., Seite 331), lässt sich dies jedenfalls nun nicht mehr vertreten, weil die Bestellung von Grundpfandrechten zwischen einem Verbraucher im Sinne des § 13 BGB und dem Kreditinstitut als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB ebenso wie die abstrakten Schuldversprechen eigenständige Verbrauchergeschäfte darstellen (vgl. ebenso Winkler, a. a. O., § 17 Rn. 138; Eylmann/Vaasen, a. a. O., § 17 Rn. 39 e; Sorge, DNotZ 2002, 593, 602; Böhringer, BWNotZ 2003, 6, 7; a. A. allerdings Grigas, BWNotZ 2003, 104, 106).

3. Schließlich ist eine Notariatsangestellte jedenfalls dann keine Vertrauensperson im Sinne der genannten Vorschrift, wenn nicht im Einzelfall der Verbraucher selbst den Vorschlag gemacht hat, bei der Beurkundung durch sie vertreten zu werden. Dieser Sonderfall liegt hier nicht vor.

Vertrauenspersonen sind nach Sinn und Zweck der Norm nur solche Personen, die im eigenen Lager des Verbrauchers stehen und also seine Interessen einseitig wahrnehmen. Ausdrücklich ist bereits in der Gesetzesbegründung erwähnt, dass solche Vertreter nach dem Normzweck ferngehalten werden sollen, die konkurrierende Fremd- und/oder eigene Interessen vertreten (BT-Drs. 14/9266 S. 50 f.). Der Notar selbst hat sich neutral zu verhalten und soll die Interessen beider Seiten angemessen berücksichtigen. Dementsprechend können auch seine Mitarbeiter

nicht als allein im Lager des Verbrauchers stehend angesehen werden. Sie scheiden vielmehr im Grundsatz nach Sinn und Zweck der Norm als Vertrauenspersonen aus, weil von ihnen keine einseitige Interessenwahrnehmung für den Verbraucher gegenüber der Finanzierungsbank erwartet werden kann. Auch dies ist in den Empfehlungen der Bundesnotarkammer deutlich zum Ausdruck gebracht worden (ebenso etwa Sorge, DNotZ 2002, 593, 602 f.; Lerch, a. a. O., § 17 Rn. 60; Winkler, a. a. O., § 17 Rn. 123; B., FGPrax 2003, 147, 150; Blaeschke, RNotZ 2005, 330, 344; Schmucker, ZNotB 2003, 243 f.; Böhringer, BWNotZ 2003, 6, 7).

Soweit zunächst in der Literatur auch vereinzelt abweichende Auffassungen vertreten worden sind (Grigas, BWNotZ 2003, 104, 106; Maaß, ZNotB 2004, 216 ff.; weiterhin wohl auch Litzenburger, RNotZ 2006, 180, 188), handelt es sich ersichtlich um eine (interessenorientierte) Minderansicht, die schon mit dem auf der Hand liegenden Gesetzeszweck nicht vereinbart werden kann.

4. Die in den Schlussbestimmungen der jeweiligen Kaufverträge enthaltenen Belehrungen des Antragstellers betreffend die Vollmachten, das bankübliche Verlangen der dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung und "das üblicherweise in den Grundpfandrechtsbestellungsunterlagen enthaltene abstrakte Schuldanerkenntnis und die Zwangsvollstreckungsunterwerfung" als zusätzliche, unter Umständen auch für andere Verbindlichkeiten der Käufer zu verwendende Sicherheit reichen nicht aus, um die Pflicht aus § 17 Abs. 2 a S. 2 Ziff. 1 BeurkG entfallen zu lassen. Denn der Gesetzgeber verlangt die Hinwirkung des Notars, dass der Verbraucher persönlich oder eine Vertrauensperson bei dem Beurkundungsverfahren, auf das sich die rechtsgeschäftlichen Erklärungen in Zusammenhang mit Verbraucherträgen beziehen - hier also bei der Beurkundung der Finanzierungsgrundschuld -, anwesend ist. Die Beurkundung des Kaufvertrages betrifft demgegenüber ein anderes Geschäft mit einem anderen Beteiligten, nämlich dem Verkäufer. Einzelheiten der Finanzierung des Käufers müssen und werden dort zumeist nicht besprochen und stehen jedenfalls nicht im Mittelpunkt. Der Senat verkennt nicht, dass sich der Käufer im Zeitpunkt der Beurkundung der Finanzierungsgrundschuld schuldrechtlich in aller Regel schon bindend gegenüber der Bank verpflichtet und deshalb aufgrund einer ihm von dem Notar erteilten Belehrung kaum eine realistische Änderungschance hat. Immerhin behält die persönliche Anwesenheit mit der Möglichkeit einer ausführlichen Belehrung ihren Sinn insoweit, als dem Verbraucher die Reichweite seiner im Zusammenhang mit der Grundschuldbestellung abgegebenen Erklärungen deutlich gemacht wird und er sich darauf - etwa wegen der Erklärung nach § 780 BGB - für zukünftige Entwicklungen einstellen kann.

5. Vor diesem gesamten Hintergrund hat der Antragsteller schuldhaft gegen die genannte Amtspflicht jedenfalls in fünf von sechs Fällen aus dem Jahre 2003 und insbesondere aus dem Jahre 2005 verstößen, die in der angegriffenen Verfügung des Antragstellers genannt werden.

Dem Antragsteller ist durch den Antragsgegner die Auslegung der Vorschrift nach der ganz herrschenden Meinung, die sich nicht zuletzt auch auf die Gesetzesmaterialien stützen kann, unmissverständlich unter Beifügung von Arbeitsmaterialien deutlich gemacht worden. Er musste auch die Anwendungsempfehlung der Bundesnotarkammer und die dortige überzeugende Auseinandersetzung mit der Problematik zur Kenntnis nehmen. Der Antragsteller hat sich aber trotz der Belehrung durch den Antragsgegner in dem Prüfbericht von Ende 2002 und der anschließenden Diskussion nicht bereit gefunden, auf die ihm gegebenen Hinweise einzugehen, obwohl er überzeugende Gegenargumente nicht nennen kann.

Er hat deshalb eine Amtspflichtverletzung begangen, für die eine Ahndung durch Ausspruch der Missbilligung nach § 94 Abs. 1 BNotO als ausreichend, aber auch erforderlich anzusehen ist. Die angegriffene Verfügung des Antragsgegners ist mithin nicht zu beanstanden.

6. Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 94 Abs. 2 S. 6, 75 Abs. 5 S. 4 und 5 BNotO, 41 Abs. 1 LDG-SH, 77, 78 BDG, 154 VwGO. Dabei kann offen bleiben, ob über § 96 S. 1 BNotO die für Landesjustizbeamten geltenden Disziplinarvorschriften in der am 1. März 2001 geltenden Fassung anwendbar sind, weil dann die vorliegende Kostenentscheidung unter Anwendung der §§ 85 ff. LDO zu treffen wäre.

Die Wertfestsetzung beruht auf den §§ 111 Abs. 4 S. 2 BNotO, 202 Abs. 2 BRAO, 30 Abs. 2 KostO.