Rheinische Notar-Zeitschrift

Rechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Notarvertretung

(von Notarassessor Jan Peterßen, Kleve)

A. Grundlagen der Notarvertretung
- I. Rechtliche Grundlagen und Zweck der Notarvertretung
- II. Die Person des Notarvertreters
  1. Der Richter a. D. als Notarvertreter
  2. Der Notarassessor als Notarvertreter
  3. Der Notariatsangestellte als Notarvertreter
  4. Der Referendar als Notarvertreter
  5. Altersgrenze für den Notarvertreter
- III. Anspruch des Notars auf die Bestellung eines Notarvertreters und die Rechtsstellung des in Aussicht genommenen Notarvertreters
- IV. Keine Verpflichtung des Notars, die Bestellung eines Notarvertreters zu beantragen
- V. Gründe für die Notarvertretung
  1. Abwesenheit und Verhinderung i. S. des § 39 Abs. 1 S. 1 BNotO
  2. Vorübergehende Abwesenheit oder Verhinderung
  3. Verhinderung an Amtsausübung insgesamt
  4. Eingeschränkte Arbeitskraft des Notars
  5. Verhinderung des Notars hinsichtlich bestimmter Geschäfte
  6. Spezielle Gesichtspunkte im Anwaltsnotariat
- VI. Rechtsverhältnisse des Notarvertreters
  1. Öffentliches Amt
  2. Rechtsverhältnis zwischen Notarvertreter und Notar
     a) Vertretervertrag
     b) Vergütung des Notarvertreters
        aa) Von Amts wegen bestellter Notarvertreter
        bb) Auf Antrag bestellter Notarvertreter
        cc) Notarassessoren und Sozien
     c) Streitigkeiten zwischen dem Notar und dem Notarvertreter

B. Beginn der Notarvertretung
- I. Vertreterbestellung gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 BNotO und Amtsbefugnis des Notarvertreters gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO
- II. Wirksame und in Kraft getretene Vertreterbestellung
  1. Zuständigkeit
  2. Bekanntgabe der Vertreterbestellung
  3. Inkrafttreten der Vertreterbestellung
  4. Konsequenzen für die Praxis
  5. Urkundenrolle
  6. Unterschriftsprobe gemäß §§ 33 Abs. 1, 1 DONot
- III. Tatsächliche Übernahme des Amtes durch den Notarvertreter

C. Ausübung des Notaramtes durch den Notarvertreter
- I. Selbständige Amtsausübung
- II. Umfang der Notarvertretung
- III. Keine Weisungsbefugnis des vertretenen Notars
- IV. Enthaltung der Amtsausübung seitens des vertretenen Notars
- V. Erstreckung einer dem vertretenen Notar erteilten Vollzugsvollmacht auf den Notarvertreter
- VI. Ausübung einer auf die Ausübung vor dem vertretenen Notar beschränkten Vollmacht vor dem Notarvertreter
- VII. Gestaltung der Urkunden bei der Notarvertretung
  1. Einführung
  2. Bezeichnung der Urkundsperson gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG im Falle der Notarvertretung
     a) Anforderungen an die Bezeichnung der Urkundsperson im Falle der Notarvertretung
     b) Korrektur einer nicht ausreichenden Bezeichnung der Urkundsperson im Falle der Notarvertretung
     c) Stellungnahme
     d) Bezeichnung der Urkundsperson in Sonderfällen
- VIII. Haftung des Notarvertreters und des vertretenen Notars
  1. Verschuldete Amtspflichtverletzung des Notarvertreters
  2. Außenverhältnis
  3. Innenverhältnis
     a) Grundsatz
     b) Mitverantwortlichkeit des vertretenen Notars
     c) Rückgriffsanspruch des vertretenen Notars
  4. Haftpflichtversicherung des Notarvertreters und des vertretenen Notars
  5. Die Freistellung des Notarassessors

IX. Disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit des Notarvertreters
D. Ende der Notarvertretung
I. Vertreterstatus und Amtsübergabe
II. Beendigung der Notarvertretung durch Beendigung des Vertreterstatus
III. Die Bedeutung der Amtsübergabe gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO
IV. Erlöschen des Amtes des vertretenen Notars
V. Nichtvorliegen oder nachträglicher Wegfall der Voraussetzungen für die Vertreterbestellung
VI. Anzeige der Beendigung der Notarvertretung
E. Fragestellungen nach dem Ende der Notarvertretung
I. Unwirksamkeit von Amtshandlungen des Notarvertreters nach Beendigung des Vertreterstatus, insbesondere „vergessene Unterschriften“
1. Grundsatz
2. Problemlösung durch erneute Vertreterbestellung
II. Berichtigung von Urkunden des Notarvertreters
1. Die Berichtigung gemäß § 44 a Abs. 2 S. 1 BeurkG durch Nachtragsvermerk
2. Berichtigung eines Tatsachenprotokolls
3. Nachholung einer vergessenen Unterschrift eines Urkundsbeteiligten
4. Nachholung der vergessenen Unterschrift des Notarvertreters
5. Nachholung des den Notarvertreter kennzeichnenden Zusatzes gemäß § 41 Abs. 1 S. 2 BNotO
F. Der Notarvertreter im elektronischen Rechtsverkehr
I. Die Beglaubigung der elektronischen Abschrift der Vertreterbestellung
1. Mitwirkungsverbote gemäß § 3 BeurkG
2. Abschriftsbeglaubigung der Vertreterbestellung durch den vertretenen Notar während der Zeit der Notarvertretung
II. Das Versenden von durch den vertretenen Notar beglaubigten Abschriften

A. Grundlagen der Notarvertretung

Bei der Notarvertretung wird einer Person, nämlich dem Notarvertreter, von der Justizverwaltung für einen begrenzten Zeitraum der öffentlich-rechtliche Status des Notarvertreters verliehen, der grundsätzlich dem des Notars entspricht. Damit verbunden ist die Übernahme des Amtes des Notars durch den Notarvertreter, wobei der Notarvertreter ein eigenes Amt innehaben soll, das aber von dem Amt des vertretenen Notars abgeleitet ist und das der Notarvertreter auf Kosten und für Rechnung des vertretenen Notars ausübt. Von diesem öffentlich-rechtlichen Status des Notarvertreters zu unterscheiden ist das privatrechtliche Verhältnis zwischen ihm und dem vertretenen Notar, in dessen Rahmen Einzelheiten hinsichtlich der Notarvertretung geregelt sein können, wobei aber zu beachten ist, dass der vertretene Notar dem Notarvertreter bezüglich dessen Amtsausübung im engeren Sinn keine bindenden Weisungen geben darf. Während der Zeit der Notarvertretung hat sowohl der vertretene Notar als auch der Notarvertreter ein öffentliches Amt inne, wobei die Notarvertretung nicht zu einer Verdoppelung des Amtes führen soll. Nach dem Ende der Notarvertretung kann der Notarvertreter unter Umständen etwaige Beurkundungsfehler nicht mehr korrigieren, weil er nicht mehr den Vertreterstatus hat.

Aus dem Vorgesagten wird bereits deutlich, dass die Notarvertretung nicht nur in tatsächlicher Hinsicht Probleme mit sich bringen kann, etwa aufgrund der Tatsache, dass das Notariat und ein für dessen Mitarbeiter unter Umständen völlig fremder Notarvertreter aufeinander treffen, sondern dass die Notarvertretung auch vielfältige rechtliche Fragen aufwerfen kann. Dieser Beitrag soll einen Überblick über die rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Notarvertretung geben und die an einer Notarvertretung Beteiligten für diese Fragen sensibilisieren. Dabei erhebt dieser Beitrag keinen Anspruch auf Vollständigkeit und es können naturgemäß nur einige der erörterten Fragen näher beleuchtet werden. Ausgeklammert werden insbesondere die Besonderheiten der ständigen Notarvertretung, wobei freilich umgekehrt die behandelten Fragen grundsätzlich auch die ständige Notarvertretung betreffen.

Der Beitrag orientiert sich an dem typischen Verlauf der Notarvertretung. Nach einigen einführenden Bemerkungen wird vor allem auf rechtliche Fragen betreffend den Beginn, den Verlauf und das Ende der Notarvertretung eingegangen. Sodann folgen Ausführungen hinsichtlich solcher Fragen, die nach Beendigung der Notarvertretung entstehen können. Abschließend soll kurz auf einige Gesichtspunkte im Zusammenhang mit dem elektronischen Rechtsverkehr eingegangen werden.

I. Rechtliche Grundlagen und Zweck der Notarvertretung

Die Notarvertretung ist in den §§ 39 bis 46 BNotO sowie in § 33 DONot gesetzlich geregelt. Den Hintergrund für diese gesetzliche Regelung bilden der Grundsatz der Amtsbereitschaft des Notars und der Grundsatz der persönlichen Amtsausübung. Der Grundsatz der Amtsbereitschaft des Notars ist eine wesentliche Voraussetzung für das Funktionieren des Instituts des Notariats.[1] Nach dem Grundsatz der persönlichen Amtsausübung ist der Notar grundsätzlich verpflichtet, sein Amt in eigener Person auszuüben.[2] Dieser Grundsatz gilt insbesondere bezüglich der Urkundstätigkeit; der Notar kann sie weder allgemein noch im Einzelfall auf andere Personen übertragen.[3] Ohne Vertreterbestellung kann auch ein Notarassessor nicht wirksam hoheitliche Handlungen vornehmen, ist er also nicht in der Lage, wirksame Beur-

1 Eylmann/Vaasen/Wilke, 2. Aufl. 2004, § 39 BNotO, Rn. 1.
2 BGHZ 67, 296, 297; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, 5. Aufl. 2003, § 39 BNotO, Rn. 2.
3 Schippel/Bracker/Schäfer, 8. Aufl. 2006, § 39 BNotO, Rn. 1.

kundungen oder Beglaubigungen vorzunehmen.[4] Darüber hinaus gilt der Grundsatz der persönlichen Amtsausübung durch den Notar grundsätzlich auch hinsichtlich der nicht zur Urkundstätigkeit gehörenden Amtsgeschäfte, wie der Anfertigung von Entwürfen und der Erteilung von Rat.[5] Der Notar kann folglich auch diese Tätigkeiten grundsätzlich nicht auf seine Angestellten zur selbstständigen, das heißt eigenverantwortlichen Erledigung übertragen.[6]

Die Vornahme von wirksamen Beurkundungen bei Abwesenheit oder Verhinderung des Notars setzt folglich die Bestellung eines Notarvertreters voraus.[7] Das Institut des Notarvertreters dient vor diesem Hintergrund dem gerechten Ausgleich zwischen den persönlichen Interessen des Notars, von dem keine grenzenlose Verfügbarkeit verlangt werden kann, und dem öffentlichen Interesse an einer geordneten und jederzeit verfügbaren vorsorgenden Rechtspflege.[8] Aus der Personengebundenheit des Notaramtes folgt, dass die Verantwortung für die Vertreterbestellung beim Staat liegt, der Notar seine Amtsbefugnis in Fällen seiner Verhinderung also nicht selbst delegieren kann.[9] Andererseits folgt aus der grundsätzlichen Eigenverantwortlichkeit des Notars für seinen Geschäftsbetrieb, dass im Rahmen der hoheitlichen Einbeziehung des Notarvertreters in diesen Geschäftsbetrieb die Interessen und Wünsche des zu vertretenen Notars berücksichtigt werden müssen.[10] So wird dem zu vertretenden Notar durch sein Recht aus § 39 Abs. 3 S. 3 BNotO, einen Notarvertreter vorzuschlagen, die Möglichkeit gegeben, Einfluss auf die Entscheidung der Aufsichtsbehörde zu nehmen, um zu erreichen, dass eine Person seines Vertrauens zu seinem Notarvertreter bestellt wird, da der zu vertretende Notar die an den Notarvertreter gestellten individuellen Anforderungen kennt und für dessen Fehler gesamtschuldnerisch haftet.[11]

Grundsätzlich gilt es weiterhin zu beachten, dass der Zweck der Bestellung eines Notarvertreters im Fall der Abwesenheit oder Verhinderung des Notars primär ist, den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege gerecht zu werden, die durch die Abwesenheit oder Verhinderung von Notaren gestört werden könnte.[12] Demgegenüber dient die Bestellung eines Notarvertreters grundsätzlich nicht dazu, den vertretenen Notar vor einem Rückgang der Geschäfte aufgrund seiner Abwesenheit oder Verhinderung zu schützen[13] oder die in seinem Notariat vorhandenen Beurkundungs- und Beratungskapazitäten zu erhöhen.[14]

II. Die Person des Notarvertreters

Gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 BNotO darf zum Notarvertreter nur bestellt werden, wer fähig ist, das Amt eines Notars zu bekleiden. Um solchermaßen befähigt zu sein, muss der potentielle Notarvertreter die Voraussetzungen der §§ 5 und 6 Abs. 1 S. 1 BNotO erfüllen, er muss mithin deutscher Staatsangehöriger mit der Befähigung zum Richteramt und der persönlichen und fachlichen Eignung zum Notaramt sein.[15] Sonstige für die Ernennung zum Notar erforderliche Voraussetzungen brauchen dagegen in der Person des Vertreters nicht vorzuliegen.[16]

Dass die Bundesnotarordnung ausdrücklich als potentielle Notarvertreter lediglich Notare, Notare a. D., Notarassessoren und Rechtsanwälte zulässt, ist nicht dahingehend zu verstehen, dass andere Personen mit der vorgenannten Eignung nicht zum Notarvertreter bestellt werden könnten. Der Rechtsanwalt als Notarvertreter ist im Bereich des Anwaltsnotariats die Regel, im Bereich des hauptberuflichen Notariats soll die Bestellung eines Rechtsanwaltes zum Notarvertreter hingegen die Ausnahme sein, sie bedarf der Zustimmung des Vorstandes der betreffenden Notarkammer.[17]

1. Der Richter a. D. als Notarvertreter

Der Richter a. D. wird als potentieller Notarvertreter vom Gesetz nicht erwähnt. In der Praxis kommt er dagegen häufig vor. Da der Richter a. D. grundsätzlich i. S. des § 39 Abs. 3 S. 1 BNotO fähig ist, das Amt eines Notars zu bekleiden, ist seine Bestellung als Notarvertreter im Grundsatz unproblematisch. Problematisch kann die Bestellung eines Richters a. D. als Notarvertreter insbesondere dann sein, wenn er als Richter die Dienstaufsicht über Notare geführt hat. In diesem Zusammenhang hat das BayObLG entschieden, dass ein Richter in den ersten drei Jahren nach seinem Eintritt in den Ruhestand keinen Anspruch auf das dienstrechtliche Einverständnis mit seiner Bestellung zum Notarvertreter in dem Landgerichtsbezirk hat, in dem er die Dienstaufsicht über die Notare geführt hat.[18]

2. Der Notarassessor als Notarvertreter

Der Notarassessor soll im Bereich des hauptberuflichen Notariats vorrangig zum Notarvertreter bestellt werden. Die AVNot der Bundesländer regeln daher, dass hauptberufliche Notare in der Regel andere Personen als Notare, Notare a. D. und Notarassessoren nur als Vertreter bestellen lassen sollen, wenn der Vorstand der jeweiligen Notarkammer bescheinigt, dass geeignete Notarassessoren als Notarvertreter nicht zur Verfügung stehen.[19] Auf der anderen Seite sind Notarassessoren zur Übernahme einer Notarvertretung verpflichtet.[20] Mit dieser Verpflichtung der Notarassessoren korrespondiert die Verpflichtung der ausbildenden Notare, die ihnen zur Ausbildung zugewiesenen Notarassessoren auf Auf-

4 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 1.
5 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 2.
6 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 2.
7 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 2.
8 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 1.
9 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 1.
10 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 1.
11 Decku, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit Stellung und Aufgaben des Notarvertreters, FS 50 Jahre Oberlandesgericht und Generalstaatsanwaltschaft Koblenz, 1996, S. 445, 447.
12 Weingärtner, 10. Aufl. 2007, § 33 DONot, Rn. 679; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 447.
13 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 679; Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 6.
14 Würzburger Notarhandbuch/Hermanns, 2005, Teil 1, Kapitel 1, F. V. 1., Rn. 68.
15 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 13.
16 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 13.
17 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 17 f.
18 BayObLG DNotZ 1996, 223, 225 ff.
19 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 14; vgl. § 23 Abs. 2 AVNot NRW vom 8. März 2002 in der Fassung vom 4. November 2004.
20 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 13.

forderung der jeweiligen Notarkammer für die Vertretung anderer Notare freizustellen.[21]

3. Der Notariatsangestellte als Notarvertreter

Auch ein Notariatsangestellter kommt grundsätzlich als Notarvertreter in Betracht, sofern er gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 BNotO fähig ist, das Amt eines Notars zu bekleiden. Für den Notar, der einen solchen Mitarbeiter angestellt hat, wäre es – insbesondere wenn er keinen Notarassessor ausbildet – sicher grundsätzlich wünschenswert, diesen Mitarbeiter zu seinem Vertreter bestellen lassen zu können, kennt dieser sich doch mit den Gepflogenheiten, Mandanten und dem Personal des Notariats besser aus als ein von außen kommender Notarassessor oder sonstiger Vertreter. Andererseits würde durch eine systematische Bestellung eines solchen Notariatsangestellten zum Notarvertreter das System der Ausbildung im hauptberuflichen Notariat betroffen, da der Einsatz von Notarassessoren bei Fremdvertretungen zum einen ein Bestandteil der Ausbildung und zum anderen ein notwendiges Mittel zur Finanzierung dieses Ausbildungssystems ist. Ein weiteres Argument gegen den Einsatz von Notariatsangestellten mit der Befähigung zum Richteramt als Notarvertreter ist deren Weisungsgebundenheit gegenüber dem anstellenden Notar gemäß arbeitsrechtlichen Grundsätzen. Im Rahmen der Notarvertretung durch einen solchen Mitarbeiter stünde diese arbeitsrechtliche Weisungsgebundenheit in einem Konfliktverhältnis zu der grundsätzlichen Weisungsungebundenheit des Notarvertreters gegenüber dem vertretenen Notar.[22] Vor diesem Hintergrund hat denn auch der BGH entschieden, dass die Aufsichtsbehörde im Rahmen ihrer Ermessensausübung die Bestellung eines Notariatsangestellten zum Notarvertreter ablehnen könne, wenn hierdurch das Vertrauen in das Notaramt erschüttert werde.[23] Bereits der Anschein, dass der vertretene Notar aufgrund seiner Weisungsbefugnis aus dem zwischen ihm und dem Notarvertreter bestehendem Arbeitsverhältnis Einfluss auf dessen Amtsführung nehmen könne, so dass der Notarvertreter nur als verlängerter Arm des vertretenen Notars erscheine, schade dem Vertrauen in die Unabhängigkeit des Notaramts, dessen Wahrung auch dem Notarvertreter obliege.[24] Auch sei die Stellung von Notariatsangestellten nicht mit der von Notarassessoren vergleichbar, da letztere nicht Angestellte des Notars seien, sondern in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Land stünden, welches zur Ausbildung und zur Vorbereitung auf das Notaramt begründet werde, so dass sie bereits während dieser Ausbildung dem Leitbild des Notars nahe kämen.[25] Demgemäß sieht die gemäß § 25 Abs. 2 BNotO für Nordrhein-Westfalen erlassene Verordnung über die Beschäftigung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern mit Befähigung zum Richteramt, Laufbahnprüfung für das Amt des Bezirksnotars oder Abschluss als Diplomjurist vom 23. 7. 1999 (GV NRW S. 484) in § 3 Abs. 1 vor, dass der Notar die Bestellung solcher Mitarbeiter zu seinem Vertreter nicht beantragen darf.

4. Der Referendar als Notarvertreter

Referendare können nicht zum Notarvertreter bestellt werden. Das ergibt sich bereits daraus, dass sie nicht die Befähigung zum Richteramt haben und somit nicht gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 BNotO fähig sind, das Amt des Notars zu bekleiden. Dies gilt auch für einen Referendar im Bereich des Anwaltsnotariats, der als Vertreter des ihn ausbildenden Rechtsanwalts und Notars bestellt ist.[26]

5. Altersgrenze für den Notarvertreter

Angesichts der Tatsache, dass ein Notar mit Vollendung des siebzigsten Lebensjahres aus seinem Amt ausscheiden muss, stellt sich hinsichtlich der Person des Notarvertreters die Frage, ob nicht für seine Bestellung die gleiche Altersgrenze zu gelten hat. Eine entsprechende gesetzliche Regelung fehlt freilich. Diesbezüglich ist höchstrichterlich entschieden worden, dass eine Verwaltungspraxis des Inhalts, dass über siebzigjährige Personen nicht zum Notarvertreter bestellt werden, ermessensfehlerhaft ist.[27] Diese Rechtsprechung zieht aus § 39 Abs. 3 S. 1 und 2 BNotO, nach denen auch ein Notar a. D. zum Notarvertreter bestellt werden kann, den Schluss, dass die Altersgrenze für die Ausübung des Notarberufs für Notarvertreter nicht gelte.[28] Mit der Einführung jener Höchstaltersgrenze habe der Gesetzgeber nicht Bedenken gegen die Leistungsfähigkeit von über 70 Jahre alten Notaren Rechnung tragen, sondern eine geordnete Altersstruktur innerhalb des Notarberufs erreichen wollen und dies in § 4 S. 2 BNotO auch zum Ausdruck gebracht, wohingegen § 39 Abs. 3 BNotO nicht entsprechend geändert worden sei.[29] Es sei zur Wahrung einer geordneten Rechtspflege nicht erforderlich, Personen über 70 Jahre, auch wenn sie leistungsfähig sind, generell von der Notarvertretung auszuschließen.[30] Bei altersbedingten Defiziten von Notarvertretern könne im Einzelfall die Vertreterbestellung abgelehnt werden.[31] Zudem würde bereits durch das Vorschlagsrecht des zu vertretenen Notars gemäß § 39 Abs. 3 S. 3 BNotO einem altersbedingten Versagen des Vertreters vorgebeugt.[32] Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen. Eine generelle Versagung der Bestellung einer über siebzigjährigen Person zum Notarvertreter erscheint aufgrund der durch die Rechtsprechung vorgebrachten Argumente in der Tat als ermessensfehlerhaft. Vielmehr können und müssen unabhängig vom konkreten Alter des in Aussicht genommenen Notarvertreters im Einzelfall etwaige altersbedingte Defizite in die Ermessensentscheidung der Aufsichtsbehörde einfließen.

III. Anspruch des Notars auf die Bestellung eines Notarvertreters und die Rechtsstellung des in Aussicht genommenen Notarvertreters

Den Ausgangspunkt für die Beantwortung der Fragen nach der Rechtsstellung des die Vertreterbestellung be-

21 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 13.
22 Siehe Ausführungen unter C.III.
23 BGH DNotZ 1996, 203, 205 ff.
24 BGH DNotZ 1996, 203, 206.
25 BGH DNotZ 1996, 203, 206.
26 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 18; Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 13.
27 BGH ZNotP 2000, 398, 399 f. = DNotZ 2001, 726, ff.; vgl. auch OLG Koblenz ZNotP 2000, 366 f.
28 BGH ZNotP 2000, 398, 399; OLG Koblenz ZNotP 2000, 366 f.
29 BGH ZNotP 2000, 398, 399; OLG Koblenz ZNotP 2000, 366.
30 BGH ZNotP 2000, 398, 399.
31 BGH ZNotP 2000, 398, 399.
32 BGH ZNotP 2000, 398, 399; OLG Koblenz ZNotP 2000, 366, 367.

antragenden Notars und des Kandidaten für die Vertreterposition bildet die Einordnung des Berufsrechts der Notare als öffentliches Recht.[33] Den Antrag auf Bestellung eines Notarvertreters bei der Justizverwaltung stellt der zu vertretende Notar. Die Justizverwaltung hat nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung grundsätzlich sowohl ein Entschließungsermessen hinsichtlich der Frage, ob sie bei einer Verhinderung des die Vertreterbestellung beantragenden Notars überhaupt einen Notarvertreter bestellt, als auch ein Auswahlermessen hinsichtlich der Person des Notarvertreters.[34] Demzufolge hat der die Vertreterbestellung beantragende Notar gegenüber der Justizverwaltung nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung mit entsprechender gerichtlicher Kontrollmöglichkeit.[35] Ein Anspruch des Notars auf die Bestellung eines Notarvertreters oder gar auf die Bestellung eines bestimmten Notarvertreters besteht dagegen grundsätzlich nicht.[36] Bezüglich der Ausübung des Entschließungsermessens seitens der Aufsichtsbehörde wird teilweise vertreten, dass in dem Fall, dass ein Notar die Bestellung eines tauglichen Vertreters für eine kurzfristige Verhinderung beantragt, das Ermessen der Aufsichtsbehörde zugunsten der Vertreterbestellung auf Null reduziert sei, da in solchen Fällen kein Zielkonflikt zwischen den Belangen der geordneten Rechtspflege und den Interessen des Notars bestehe.[37] Eine Ermessensentscheidung der Aufsichtsbehörde gegen die beantragte Bestellung eines Notarvertreters sei dagegen möglich, wenn wegen der Dauer der gewünschten Vertretung oder einer außerordentlichen Häufigkeit von Vertretungen eine Entpersönlichung der Notarstelle drohe und die Abstandnahme von der persönlichen Amtsausübung auf einem freiwilligen Entschluss des Notars beruhe.[38]

Bei ihrer Ermessensentscheidung hat die Aufsichtsbehörde neben den Interessen des verhinderten Notars und der anderen Notare in dessen Amtsbezirk[39] die allgemeinen Grundsätze des Notarrechts zu beachten, insbesondere den Grundsatz der persönlichen Amtsausübung und das Erfordernis einer geordneten Rechtspflege.[40] Die Justizverwaltung muss dabei die geordnete Rechtspflege im Ganzen im Blick haben. Sie muss demnach genügend Notare bereitstellen, um die Erfüllung der Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege zu gewährleisten, die durch den Ausfall eines Notars im Ganzen gestört werden kann.[41] Hieraus resultiert jedoch nicht die Verpflichtung, zu gewährleisten, dass den Rechtssuchenden alle Dienste eines bestimmten Notariats jederzeit zur Verfügung stehen.[42] Die Aufsichtsbehörde soll bei ihrer Entscheidung sogar davon ausgehen können, dass es einer geordneten Rechtspflege regelmäßig nicht zuwiderläuft, wenn bei einer vorübergehenden Verhinderung eines Notars die Rechtssuchenden dessen Notariat nicht uneingeschränkt in Anspruch nehmen können, solange ihren Belangen insgesamt in angemessener Weise und Zeit entsprochen werden kann.[43] Dies soll auch bei längerer (genehmigungspflichtiger) Verhinderung des Notars gelten.[44] Die Aufsichtsbehörde muss also grundsätzlich einem Notar nicht bei jeder Verhinderung mittels Bestellung eines Notarvertreters die Aufrechterhaltung seiner Geschäfts- und Beurkundungstätigkeit ermöglichen.[45] Die Notarvertretung hat jedenfalls nicht in erster Linie den Zweck, den Notar vor wirtschaftlichen Einbußen während eines Ausfalls seiner Amtstätigkeit zu schützen.[46] Das wirtschaftliche Interesse des zu vertretenen Notars ist vielmehr nur ein von der Aufsichtsbehörde bei ihrer Ermessensentscheidung zu berücksichtigender Aspekt; eine Vertretungsregelung muss lediglich gewährleisten, dass keine Belastungen oder Vorteile entstehen, die die Wirtschaftlichkeit einer Stelle ungleich treffen.[47] Im Ergebnis kann die Aufsichtsbehörde dem Antrag des zu vertretenen Notars nicht nur insgesamt stattgeben oder ihn insgesamt ablehnen, sondern auch die Notarvertretung auf einen kürzeren als den beantragten Zeitraum beschränken.[48] Auf der anderen Seite ist die Bestellung eines Notarvertreters für einen längeren Zeitraum als ein Jahr gemäß § 39 Abs. 1 S. 2 BNotO nur in Ausnahmefällen zulässig.[49]

Gesetzlich geregelt ist in § 39 Abs. 3 S. 4 BNotO das Auswahlermessen der Justizverwaltung, indem das Gesetz zum einen anerkennt, dass der zu vertretende Notar einen Notarvertreter vorschlagen kann und dass diesem Vorschlag seitens der Aufsichtsbehörde in der Regel zu folgen ist. Soweit also der zu vertretende Notar einen geeigneten Vertreter vorschlägt, der zur Übernahme der Vertretung bereit ist, hat sich die Aufsichtsbehörde bei der Vertreterbestellung in erster Linie an dem Vorschlag des zu vertretenden Notars zu orientieren.[50] Wenn die Aufsichtsbehörde von diesem Vorschlag im Einzelfall abweichen will, bietet es sich für sie an, dem zu vertretenden Notar Gelegenheit zu geben, sich zu der Person, die von der Aufsichtsbehörde statt der von ihm vorgeschlagenen Person als Notarvertreter in Betracht gezogen wird, zu äußern.[51] In einer neueren Entscheidung stärkt der BGH die Position des die Vertreterbestellung beantragenden Notars, indem das Gericht betont, dass die Aufsichtsbehörde bei ihrer Ermessensentscheidung hinsichtlich der Bestellung eines Notarvertreters neben dem Vorschlagsrecht des zu vertretenden Notars auch

33 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 10; Lerch, NJW 1992, 3139, 3140 m. w. N.

34 BGH DNotZ 2007, 872 = NotBZ 2007, 408, 409 m. Anm. Kiupel; DNotZ 2003, 232, 233; DNotZ 2003, 226 f.; DNotZ 2001, 726 = ZNotP 2000, 398, 399; DNotZ 1996, 203, 205; OLG Celle RNotZ 2003, 631, 632.

35 OLG Celle RNotZ 2003, 631, 632; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 10; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 451.

36 BGH DNotZ 2007, 872 = NotBZ 2007, 408, 409 m. Anm. Kuipel; DNotZ 2003, 226, 227; DNotZ 1996, 186, 187; DNotZ 1996, 203, 205; DNotZ 1993, 469, 470; OLG Celle RNotZ 2003, 631, 632; Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 683 und Rn. 687; Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 12.

37 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 21.

38 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 21.

39 BGH DNotZ 1996, 186, 189.

40 BGH ZNotP 2003, 232, 233; Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 683.

41 BGH ZNotP 2003, 232, 233; DNotZ 1996, 186, 187; BGHZ 67, 296, 298.

42 BGH DNotZ 2003, 232, 233; DNotZ 1996, 186, 187.

43 BGH DNotZ 2003, 232, 233; DNotZ 1996, 186, 187.

44 BGH DNotZ 2003, 232, 233; BGH DNotZ 1996, 186, 187.

45 BGH DNotZ 1996, 186, 187.

46 BGH DNotZ 2003, 232, 233.

47 Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 452 m. w. N.

48 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 22; BGH DNotZ 1996, 186, 187.

49 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 22.

50 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 15; vgl. auch BGH ZNotP 2000, 398, 399 = DNotZ 2001, 726, 727; DNotZ 1996, 203, 205; DNotZ 1993, 469, 470 = MittBayNot 1993, 324.

51 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 15.

seinem Interesse, den Betrieb seines Notariats während der Zeit seiner Verhinderung möglichst störungsfrei aufrecht zu erhalten, ein erhebliches Gewicht zu geben hat.[52] Wenn weitergehend und über den Wortlaut des § 39 Abs. 3 S. 3 BNotO hinausgehend vertreten wird, dass die Bestellung eines anderen Notarvertreters als des von dem zu vertretenden Notar Vorgeschlagenen nicht möglich sei, da dem zu vertretenden Notar in anderen Fällen als dem des § 39 Abs. 2 BNotO nicht zugemutet werden könne, einen Vertreter zu bestellen, der sein Vertrauen nicht genieße,[53] kann dem wohl angesichts des Wortlauts des § 39 Abs. 3 S. 3 BNotO nicht gefolgt werden, wobei die Justizverwaltung auch nach dieser Vorschrift nur beim Vorliegen besonderer Einzelfallumstände von dem Vorschlag des zu vertretenden Notars abweichen darf, so dass jene weitergehende Ansicht wohl in der Praxis nur äußerst selten relevant werden dürfte. Wird der von dem zu vertretenden Notar vorgeschlagene Vertreter nicht bestellt, kann der Notar einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 111 BNotO stellen.[54]

Die Justizverwaltung kann nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen die Art, wie sie ihr Ermessen bei der Entscheidung über Anträge auf die Bestellung eines Notarvertreters ausüben will, im Vorhinein festlegen und so die Ausübung des Ermessens selbstbindend antizipieren.[55] Allerdings sind derartige ermessenssteuernde Verwaltungsvorschriften wie die AV-Not auf den „Regelfall" zugeschnitten, so dass bei Vorliegen besonderer Einzelfallumstände die Aufsichtsbehörde diese bei ihrer Ermessensentscheidung berücksichtigen und ggf. von bestehenden Ermessensrichtlinien abweichend entscheiden muss.[56]

Der von dem zu vertretenden Notar als Notarvertreter Vorgeschlagene selbst ist an dem Verfahren der Vertreterbestellung nicht beteiligt.[57] Das hat insbesondere zur Konsequenz, dass er nicht in seinen Rechten verletzt wird, wenn seine Bestellung als Notarvertreter abgelehnt wird.[58] Demgemäß hat er in diesem Fall auch keine Antragsbefugnis gemäß § 111 BNotO.[59] Die Entscheidung der Aufsichtsbehörde über den Antrag des Notars auf die Bestellung eines Notarvertreters wirkt vielmehr lediglich mittelbar auf ideelle oder wirtschaftliche Interessen des in Aussicht genommenen Notarvertreters ein.[60] Auch ist er nicht Dritter i. S. des § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, da seine ideellen und wirtschaftlichen Interessen nicht in den Schutzbereich der Entscheidungspflichten der Aufsichtsbehörde fallen, mit der Folge, dass er bei Ablehnung seiner Bestellung als Notarvertreter auch keine Schadensersatzansprüche geltend machen kann.[61]

IV. Keine Verpflichtung des Notars, die Bestellung eines Notarvertreters zu beantragen

Wenn sich ein Notar länger als eine Woche von seinem Amtssitz entfernen will oder in sonstiger Weise an der Ausübung seines Amtes verhindert ist, muss er dies gemäß § 38 S. 1 BNotO der Aufsichtsbehörde unverzüglich anzeigen. Die Aufsichtsbehörde muss darüber hinaus eine Abwesenheit des Notars von seinem Amtssitz gemäß § 38 S. 2 BNotO genehmigen, wenn diese länger als einen Monat dauern soll.

Eine Verpflichtung des Notars, im Falle seiner Abwesenheit bzw. Verhinderung die Bestellung eines Notarvertreters zu beantragen, lässt sich hingegen dem Gesetz nicht entnehmen.[62] Zwar muss der Notar beachten, dass die Interessen seiner Klienten durch eine Unterbrechung seiner Amtstätigkeit nicht geschädigt werden, er ist jedoch gesetzlich nicht dazu verpflichtet, die Bestellung eines Notarvertreters zu beantragen.[63] Dies gilt grundsätzlich auch für den Fall einer genehmigungspflichtigen Abwesenheit vom Amtssitz gemäß § 38 S. 2 BNotO.[64] Es läuft nämlich in der Regel einer geordneten Rechtspflege nicht entgegen, wenn der Rechtssuchende im Falle einer zeitweiligen Abwesenheit bzw. Verhinderung des Notars dessen Notariat nicht uneingeschränkt in Anspruch nehmen kann, sofern den Belangen der Rechtssuchenden in angemessener Weise und Zeit entsprochen werden kann.[65] In der Literatur wird teilweise die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit ein Notar, der an der Amtsausübung verhindert ist, prüfen muss, ob die Bestellung eines Notarvertreters im konkreten Fall im Hinblick auf die Interessen der Rechtssuchenden erforderlich ist und ob sich aus der Unterlassung des Antrages auf die Bestellung eines Notarvertreters in einem solchen Fall eine Haftung des Notars ergeben kann.[66] Eine solche Prüfungspflicht des an der Amtsausübung verhinderten Notars kommt allenfalls in Ausnahmefällen in Betracht.[67] Zum einen lässt sie sich dem Gesetz nicht entnehmen. Darüber hinaus wird dem Notar eine derartige Prüfung grundsätzlich nicht möglich sein, da er weder über die genauen Bedürfnisse der Rechtssuchenden noch über die Verhältnisse in den anderen Notariaten in seinem Umkreis in einem ausreichenden Maße informiert sein wird.

Eine Vertreterbestellung von Amts wegen gemäß § 39 Abs. 2 BNotO kommt bei Abwesenheit eines Notars von seinem Amtssitz, ohne dass dieser die Bestellung eines Notarvertreters beantragt hat, nur in den in dieser Vorschrift geregelten Fällen in Betracht, also insbesondere im Falle der vorläufigen Amtsenthebung gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 3 BNotO bei einem mehr als zweimonatigen

52 BGH DNotZ 2007, 872, 874 = NotBZ 2007, 408, 409 m. Anm. Kuipel.
53 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 23; vgl. auch Kiupel, Anm. zu BGH v. 26. 3. 2007 – NotZ 42/06, NotBZ 2007, 409 f., der tendenziell dem Notar einen Rechtsanspruch auf Bestellung eines Vertreters zubilligt.
54 BGH DNotZ 1993, 469; 470 = MittBayNot 1993, 324; OLG Celle RNotZ 2003, 631, 632; OLG Koblenz ZNotP 2000, 366; Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 12.
55 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 12.
56 BGH DNotZ 2007, 872, 873 m. w. N. = NotBZ 2007, 408, 409 m. Anm. Kiupel; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 452.
57 BGH DNotZ 1996, 223, 225; DNotZ 1993, 469, 470 = MittBayNot 1993, 324, 325; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 13.
58 BGH DNotZ 1996, 223, 225; DNotZ 1993, 469, 470 = MittBayNot 1993, 324, 325; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 13; Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 688.
59 BGH DNotZ 1996, 223, 225; DNotZ 1993, 469 f. = MittBayNot 1993, 324 f.
60 BGH DNotZ 1993, 469, 470 = MittBayNot 1993, 324, 325.
61 BGH DNotZ 1996, 223, 224 f.; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 13.
62 Schippel/Bracker/Schäfer, § 38 BNotO, Rn. 11.
63 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 680.
64 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 681.
65 BGH DNotZ 1996, 186, 188; DNotZ 1958, 33, 36.
66 Vgl. Schippel/Bracker/Schäfer, § 38 BNotO, Rn. 11.
67 Vgl. BGH DNotZ 1958, 33, 35 f.

Aufenthalt außerhalb des Amtssitzes ohne Zustimmung der Aufsichtsbehörde.[68]

V. Gründe für die Notarvertretung

1. Abwesenheit und Verhinderung i. S. des § 39 Abs. 1 S. 1 BNotO

Gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 BNotO kommt eine Vertreterbestellung dann in Betracht, wenn der Notar abwesend oder an der Ausübung seines Amtes verhindert ist. In der Literatur wird teilweise der Begriff der „Abwesenheit" als die Verhinderung aus tatsächlichen Gründen und der Begriff der „Verhinderung" als die Verhinderung aus rechtlichen Gründen, etwa bei einer vorläufigen Amtsenthebung oder einer Inhaftierung, verstanden.[69] Nun könnte man aus der Vorschrift des § 38 S. 1 BNotO, die neben der Entfernung vom Amtssitz lediglich von einer Verhinderung an der Amtsausübung aus tatsächlichen Gründen spricht, folgern, dass der Begriff der Verhinderung in § 39 Abs. 1 S. 1 BNotO eine identische Bedeutung hat. Allein, man wird die Vorschrift des § 39 Abs. 1 S. 1 BNotO jedenfalls insoweit teleologisch dahingehend auszulegen haben, dass eine Verhinderung des Notars an der Amtsausübung aus rechtlichen Gründen von der Verhinderung aus tatsächlichen Gründen i. S. der §§ 38 S. 1, 39 Abs. 1 S. 1 BNotO umfasst ist, oder anders gesagt, dass das Gesetz keinen Unterschied zwischen tatsächlicher und rechtlicher Verhinderung des Notars an der Amtsausübung macht. Im Ergebnis kommt somit die Bestellung eines Notarvertreters sowohl im Falle der tatsächlichen als auch im Falle der rechtlichen Verhinderung des Notars an der Amtsausübung in Betracht.[70]

2. Vorübergehende Abwesenheit oder Verhinderung

Die Bestellung eines Notarvertreters kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn die Abwesenheit oder die Verhinderung des Notars von vorübergehender Natur ist.[71] So soll bei dauernder Dienstunfähigkeit des Notars ein Notarvertreter nur bestellt werden, wenn Grund der Dienstunfähigkeit die vorläufige Amtsenthebung des Notars ist, wobei in diesem Fall auch gemäß § 56 Abs. 3 BNotO die Bestellung eines Notariatsverwalters in Betracht kommt, die Bestellung eines Notarvertreters jedoch die Regel sein soll.[72] Die Verhinderung des Notars ist dann vorübergehend, wenn der Zeitpunkt des Wegfalls der Verhinderung bereits zum Zeitpunkt der Vertreterbestellung absehbar ist.[73] Aus § 39 Abs. 1 S. 2 BNotO ergibt sich, dass die vorübergehende Verhinderung in der Regel nicht länger als ein Jahr sein darf. Daher muss, wenn ein hauptberuflicher Notar gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 BNotO wegen Bekleidung eines öffentlichen Amtes an der persönlichen Amtsausübung verhindert ist, ein Notariatsverwalter bestellt werden; die Bestellung eines Notarvertreters kommt nicht in Betracht.[74] Da im Bereich des Anwaltsnotariats § 56 Abs. 1 BNotO nicht gilt und somit in den Fällen der Verhinderung an der Amtsausübung gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 BNotO die Bestellung eines Notariatsverwalters ausscheidet, muss freilich dort auch in diesen Fällen die Bestellung eines Notarvertreters möglich sein.[75]

3. Verhinderung an Amtsausübung insgesamt

Der Grundsatz, dass eine Vertreterbestellung nur dann in Betracht kommt, wenn der Notar insgesamt an der Ausübung seines Amtes gehindert ist, wird zurückgeführt auf den Grundsatz der persönlichen Amtsausübung.[76] So wird denn auch betont, dass die Bestellung eines Notarvertreters nicht dazu führen dürfte, den Umfang der Tätigkeit des Notars zu vergrößern.[77] Teilweise wird versucht, i. S. einer Bilanzierung der Amtsausübung durch den Notar eine Regel betreffend die zulässige Gesamtvertretungszeit für einen Notar aufzustellen, etwa dergestalt, dass der Notar mindestens zwei Drittel des gesamten jährlichen Urkundsaufkommens in seinem Notariat selbst wahrnehmen muss.[78] Das Gesetz enthält freilich keinerlei Vorgaben zum Verhältnis der Zeiten eigener Amtsausübung und der Zeiten der Notarvertretung.[79] Eine solche abstrakte Regel erscheint überdies wegen der Vielzahl der möglichen Verhinderungsgründe auf der Seite des Notars nicht praktikabel. Die Justizbehörde muss vielmehr im Rahmen ihrer Ermessensausübung bei der Bestellung eines Notarvertreters prüfen, ob insgesamt die persönliche Amtsausübung durch den die Bestellung des Vertreters beantragenden Notar noch gewährleistet ist, wobei natürlich die konkreten Gründe für die Verhinderung des Notars und die sonstigen Einzelfallumstände zu berücksichtigen sind.

4. Eingeschränkte Arbeitskraft des Notars

Eine Verhinderung des Notars an der Amtsausübung gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 BNotO soll grundsätzlich nicht vorliegen und die Bestellung eines Notarvertreters daher grundsätzlich ausscheiden, wenn die Arbeitskraft des Notars lediglich eingeschränkt ist. Folglich wird vertreten, dass die Bestellung eines Notarvertreters grundsätzlich ausscheide, wenn der Notar nur halbtags oder stundenweise an der Ausübung seines Amtes gehindert sei.[80] Ferner wird postuliert, dass in dem Fall, dass der Notar aus Altersgründen oder aus gesundheitlichen Gründen seine berufliche Tätigkeit einschränken müsse, die Bestellung eines Notarvertreters zum Ausgleich der eingeschränkten Arbeitskraft des Notars selbst dann nicht in Betracht komme, wenn die Einschränkung dauerhaft und in einem erheblichen Umfang bestehe.[81] Dabei wird teilweise darauf abgestellt, dass in solchen Fällen keine vorübergehende Verhinderung des Notars i. S. des

---

68 Vgl. ausführlich Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 446 ff.
69 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 6.
70 In diesem Sinne auch Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 7.
71 BGH DNotZ 1964, 728, 732; BGHZ 67, 296, 297 ff. für den Fall der Beantragung der Bestellung eines ständigen Vertreters; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 2, Rn. 6.
72 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 6 f.
73 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 2, Rn. 6.
74 BGH DNotZ 1964, 728, 732 ff.; Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 7.
75 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 7.
76 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 4; vgl. auch § 23 Abs. S. 1 AVNot NRW vom 8. 3. 2002 in der Fassung vom 4. 11. 2004.
77 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 686 mit Hinweis auf die Richtlinien der Notarkammern.
78 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 686.
79 Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 449.
80 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 685.
81 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 685; BGHZ 67, 296, 298.

§ 39 Abs. 1 S. 1 BNotO vorliege.[82] Auch wenn der Notar aufgrund seiner persönlichen Lebensplanung seinen Arbeitsumfang verringere und somit seine Amtsausübung einschränke, komme die Bestellung eines Notarvertreters zum Ausgleich dieser Einschränkung nicht in Betracht.[83] Andererseits wird vorgebracht, dass in Fällen der eingeschränkten Arbeitskraft des Notars die Bestellung eines Notarvertreters aus Gründen der Wahrung einer geordneten Rechtspflege dann in Betracht komme, wenn für die Aufsichtsbehörde ersichtlich sei, dass der Notar sich um seine notariellen Angelegenheiten in den Zeiträumen seines Ausfalls aufgrund der Einschränkung seiner Arbeitskraft nicht ausreichend kümmere, wobei in diesem Fall disziplinarrechtliche Maßnahmen gegen den Notar in Betracht kämen.[84] Es ist sicherlich gerechtfertigt, die Bestellung eines Notarvertreters grundsätzlich abzulehnen, wenn sie ausschließlich dazu dienen soll, eine generelle Minderung der Arbeitskraft oder Arbeitslust des Notars auszugleichen. Dies ist nicht der Sinn und Zweck des Instituts der Notarvertretung. Vielmehr ist in solchen Fällen der Notar nicht an der Amtsausübung an sich gehindert, er kann oder will das Amt vielmehr nur nicht in dem Maße ausüben, wie es bei voller Arbeitskraft möglich wäre.

5. Verhinderung des Notars hinsichtlich bestimmter Geschäfte

Von dem Fall der eingeschränkten Arbeitskraft oder Arbeitslust des Notars ist der Fall zu unterscheiden, dass der Notar lediglich für eine kurze Zeitspanne oder nur hinsichtlich bestimmter Geschäfte an der Amtsausübung gehindert ist. Im letzteren Fall ist die Arbeitskraft des Notars unvermindert vorhanden, er ist aber aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen verhindert, bestimmte Amtshandlungen vorzunehmen. Die Abgrenzung zwischen den beiden vorgenannten Fallgruppen kann freilich im Einzelfall schwierig sein. So kann eine zeitlich kurze Verhinderung des Notars an der Amtsausübung im Prinzip sowohl auf eine generelle Einschränkung seiner Arbeitskraft bzw. Arbeitslust, als auch auf eine nur kurzzeitige Verhinderung bei ansonsten voller Arbeitskraft zurückzuführen sein. Damit ist aber auch schon das Kriterium für die Differenzierung angesprochen. Entscheidend ist letztlich, ob die Vertreterbestellung für einen kurzen Zeitraum – etwa einen Nachmittag – dazu dienen soll, eine generelle Einschränkung der Arbeitskraft bzw. Arbeitslust des Notars – ggf. wiederholt – auszugleichen, oder ob es lediglich um den Ausgleich einer kurzzeitigen Verhinderung des Notars geht.

Mit dieser Differenzierung ist freilich noch nichts über die Frage der Zulässigkeit der Bestellung eines Notarvertreters für einen kurzen Zeitraum bzw. für die Vornahme einzelner Amtshandlungen gesagt. Diesbezüglich wird teilweise aus dem Postulat, dass für die Bestellung eines Notarvertreters erforderlich sei, dass der Notar an der Amtsausübung insgesamt gehindert sei, gefolgert, dass eine Vertreterbestellung ausscheide, wenn der Notar nur an der Ausübung bestimmter Amtsgeschäfte gehindert sei.[85] Zum Teil wird vertreten, dass bei einer nur stundenweise Verhinderung des Notars die Bestellung eines Vertreters ausscheide.[86] Andere Stimmen sehen es zumindest als nicht ermessensfehlerhaft an, wenn die Bestellung eines Vertreters seitens der Aufsichtsbehörde abgelehnt werde, wenn der Notar nur für wenige Stunden oder einen halben Arbeitstag an der Amtsausübung verhindert sei.[87] Bei einer kurzzeitigen Abwesenheit des Notars könne die Beurkundung eines Geschäfts nicht so vordringlich sein, dass sie nicht auf die Zeit nach seiner Verhinderung verschoben werden könne.[88] Der Fall einer zeitlich kurzen Verhinderung des Notars wird in der Praxis häufiger vorkommen. Man denke nur an die sicherlich nicht allzu selten Fälle, dass der Notar aus familiären Gründen für ein paar Stunden an der Amtsausübung gehindert ist, einen Arzttermin wahrnehmen muss oder Ähnliches. Ein Fall der Verhinderung des Notars zur Vornahme einzelner Amtshandlungen liegt außer in den Fällen, in denen der Notar aus tatsächlichen Gründen für einen kurzen Zeitraum an der Amtsausübung verhindert ist, auch dann vor, wenn eine Amtshandlung aus rechtlichen Gründen nicht von dem Notar, sondern nur von seinem vormaligen Notarvertreter vorgenommen werden kann.[89] Eine generelle Antwort auf die Frage der Zulässigkeit einer Vertreterbestellung in Fällen dieser Art verbietet sich wegen der Vielzahl der möglichen Einzelfallumstände. Der Vorschrift des § 39 Abs. 1 S. 1 BNotO lässt sich denn auch nicht entnehmen, dass die Abwesenheit des Notars von einer gewissen Mindestdauer sein muss, um eine Vertreterbestellung zu rechtfertigen. Freilich könnte aus dem Grundsatz der persönlichen Amtsausübung gefolgert werden, dass der Notar nicht beliebig oft und wiederkehrend für kurzfristige Abwesenheiten einen Vertreter bestellen lassen kann. Derartige Erwägungen werden auch in die Ermessensentscheidung der Aufsichtsbehörde hinsichtlich der Vertreterbestellung einzufließen haben. Abzulehnen ist sicherlich ein Missbrauch seitens des Notars, dies vor dem Hintergrund des Grundsatzes der persönlichen Amtsausübung. Die Unmöglichkeit einer generellen Beantwortung der Frage der Zulässigkeit einer Vertreterbestellung für einen kurzen Zeitraum oder für einzelne Amtshandlungen ergibt sich jedoch bereits aufgrund der Tatsache, dass in einem Fall, in dem der Notar rechtlich gehindert ist eine Amtshandlung vorzunehmen, die nur von seinem vormaligen Notarvertreter vorgenommen werden kann, etwa um einen Fehler aus einer vorangegangen Notarvertretung zu korrigieren, die erneute Bestellung des vormaligen Notarvertreters zur Vornahme auch nur einer Amtshandlung möglich sein muss. Es liegt in einem solchen Fall eindeutig eine Verhinderung des Notars i. S. des § 39 Abs. 1 S. 1 BNotO vor. Aber auch in anderen Fällen, in denen der Notar aus tatsächlichen Gründen für eine kurze Zeit an der Amtsausübung gehindert ist, muss es ihm grundsätzlich möglich sein, einen Notarvertreter zu bekommen, zumindest dann, wenn in dieser Zeit mit der Notwendigkeit der

82 BGHZ 67, 296, 298.
83 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 686.
84 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 686.
85 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 4; Weingärtner, Dienstordnung, § 33 DONot, Rn. 682; Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 6; so auch § 23 Abs. 1 S. 2 AVNot NRW vom 8. 3. 2002 in der Fassung vom 4. 11. 2004.
86 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 4; Weingärtner, Dienstordnung, 10. Aufl. 2007, § 33 DONot, Rn. 682.
87 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 5; Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 683.
88 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 5.
89 Vgl. Ausführungen unter E.II.

Vornahme von Amtshandlungen zu rechnen ist. Allein auf die Möglichkeit des Aufschubs der fraglichen Amtshandlung bis zur Beendigung der Verhinderung des Notars abzustellen, erscheint als zu formalistisch und wird dem Berufsbild des Notars, der nicht nur Amtsträger ist, sondern sich auch auf dem Markt bewähren muss, nicht gerecht.

6. Spezielle Gesichtspunkte im Anwaltsnotariat

Bei einem Anwaltsnotar stellt sich insbesondere die Frage der Möglichkeit der Bestellung eines Notarvertreters wegen einer anwaltsspezifischen Verhinderung des Notars an der Amtsausübung. Diesbezüglich wird vertreten, dass anwaltliche Tätigkeiten, wie die Wahrung von Gerichtsterminen, grundsätzlich keine Verhinderung bzw. Abwesenheit des Notars i. S. des § 39 Abs. 1 S. 1 BNotO darstellten.[90] Ein Anwaltsnotar könne somit mit dem Argument, seine gerichtliche Anwaltstätigkeit erfordere seine häufige Abwesenheit von seinem Amtssitz, nicht ständig wiederkehrende Vertreterbestellungen erreichen.[91] Andernfalls stünde es im Belieben des Anwaltsnotars seine Arbeitskraft zu verdoppeln.[92] Der BGH hat insoweit entschieden, dass die Aufsichtsbehörde nicht i. S. einer Ermessensbindung verpflichtet sei, einen Notarvertreter zu bestellen, wenn ein Rechtsanwalt und Notar infolge seiner anwaltlichen Tätigkeit verhindert sei, das Amt des Notars im Nebenberuf auszuüben, und dabei insbesondere darauf abgestellt, dass derartige Einschränkungen der notariellen Amtsausübung in der Einrichtung des Anwaltsnotariats angelegt seien, da hier der Hauptberuf des Rechtsanwalts einer kontinuierlichen Anwesenheit am Amtssitz entgegenstehe und somit an die Verfügbarkeit notarieller Leistungen bei Anwaltsnotaren keine zu strengen Anforderungen gestellt werden dürften.[93] Demgegenüber wird zum Teil betont, dass die Wahrnehmung auswärtiger Verhandlungs- und Gerichtstermine durch einen Anwaltsnotar zu dessen typischer Berufsausübung gehöre und daher die Bestellung eines Notarvertreters in solchen Fällen durch die Aufsichtsbehörde ermessensfehlerfrei sein dürfte, wenn der Antrag des zu vertretenden Anwaltsnotars Einzelfallcharakter habe und es sich nicht um stundenweise Vertretungen handele.[94] Auch hier verbietet sich eine generalisierende Betrachtungsweise. Richtig dürfte vielmehr wiederum ein Abstellen auf den Einzelfall und die Berücksichtigung der Einzelfallumstände durch die Aufsichtsbehörde im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung über die Vertreterbestellung sein, wobei vor allem ein Missbrauch der Notarvertretung abzulehnen ist.

VI. Rechtsverhältnisse des Notarvertreters

Der Notarvertreter steht zum einen als Träger eines öffentlichen Amtes in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zum Staat und zum anderen daneben in einem privatrechtlichen Verhältnis zu dem vertretenen Notar, wenn er auf Antrag des Notars bestellt wird.[95]

1. Öffentliches Amt

Der öffentlich-rechtliche Status des Notarvertreters wird begründet durch den Verwaltungsakt der Vertreterbestellung.[96] Ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der ordnungsgemäß bekannt gemachten Vertreterbestellung entsteht dieser Status des Notarvertreters mit seiner besonderen Pflichtenbindung gegenüber dem Staat.[97] Das bedeutet, dass der Notarvertreter ab dem Tag des Inkrafttretens der Vertreterbestellung für den vertretenen Notar wirksam Amtshandlungen vornehmen kann und den berufsrechtlichen Pflichten des Notars, der Dienstaufsicht der Aufsichtsbehörde und der Notarhaftung unterliegt.[98] Aus § 39 Abs. 4 BNotO folgt, dass der öffentlich-rechtliche Status des Notarvertreters dem des Notars entspricht. Der Notarvertreter ist, genauso wie der von ihm vertretene Notar, Inhaber eines öffentlichen Amtes, er hat dieselben Rechte und Pflichten.[99] Zu beachten ist, dass der Notarvertreter selbst Inhaber eines öffentlichen Amtes ist, das er selbständig in eigener Verantwortung ausübt,[100] wobei dieses Amt freilich abgeleitet ist von dem Amt des vertretenen Notars. Gemäß § 41 Abs. 1 S. 1 BNotO übt der Notarvertreter sein Amt auf Kosten und – über den Wortlaut dieser Vorschrift hinaus – vor allem auch für Rechnung des vertretenen Notars aus.[101] Somit stehen die aus der Amtstätigkeit des Notarvertreters resultierenden Gebührenforderungen dem vertretenen Notar zu.[102] Über diese Gebührenforderungen darf dann wiederum der Notarvertreter im Rahmen seiner Amtspflichten grundsätzlich verfügen, sie also geltend machen, sie verrechnen usw., wobei diesbezüglich in dem zwischen dem vertretenen Notar und dem Notarvertreter abgeschlossenen Vertretervertrag spezielle Regelungen getroffen werden können,[103] die sich aber ihrerseits mit den Amtspflichten des Notarvertreters vereinbaren lassen müssen.

2. Rechtsverhältnis zwischen Notarvertreter und Notar

Von den öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen dem Notarvertreter und dem Staat zu unterscheiden ist die vertragliche Grundlage für die Tätigkeit des Notarvertreters zwischen ihm und dem vertretenen Notar.[104] Diese vertragliche Grundlage ist bürgerlich-rechtlicher Natur und in der Bundesnotarordnung allenfalls angesprochen, etwa in den Bestimmungen der §§ 42 und 46 S. 2 BNotO.[105] Dabei kann der Notarvertreter nur dann in einem vertraglichen Verhältnis zu dem vertretenen Notar stehen, wenn er auf dessen Antrag bestellt wird, nicht hingegen, wenn die Vertreterbestellung ohne dessen Antrag von Amts wegen erfolgt.[106]

---

90 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 686.
91 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 12.
92 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 686.
93 BGH ZNotP 2003, 232, 233.
94 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 12.
95 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 41 BNotO, Rn. 2.
96 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 14.
97 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 25.
98 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 25.
99 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 28.
100 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 41 BNotO, Rn. 7.
101 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 2 f., Rn. 5.
102 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 2, Rn. 5.
103 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 2, Rn. 5.
104 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 29.
105 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 29.
106 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 41 BNotO, Rn. 2.

a) Vertretervertrag

Der Notar und sein Vertreter können also einen Vertretervertrag abschließen, in dem Punkte geregelt werden können, die nicht durch das öffentlich-rechtliche Dienstrecht geregelt werden.[107] Dieser Vertrag unterliegt keiner besonderen Form; insofern wird man auch die Möglichkeit eines konkludenten Vertragsschlusses bejahen müssen.[108] Die Rechtswirksamkeit des Vertretervertrages ist grundsätzlich unabhängig vom Vorliegen einer wirksamen Vertreterbestellung, wenngleich die Annahme seiner aufschiebenden Bedingtheit durch die wirksame Vertreterbestellung und eventuell durch die Übernahme des Amtes gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO in Betracht kommt.[109] Zu qualifizieren ist der Vertretervertrag als Dienstvertrag i. S. der §§ 611, 675 BGB.[110] Aus § 42 BNotO folgt, dass der Vertretervertrag im Falle eines Streits der Vertragsparteien der vollen gerichtlichen Überprüfung durch die Zivilgerichte unterliegt.[111]

In dem Vertretervertrag kann zum Beispiel geregelt werden, welche Vergütung der Notarvertreter erhält, wie lange die Vertretung dauert und nicht öffentlich-rechtlich geregelte Einzelheiten im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Notarvertreters, wie zum Beispiel die Bürostunden, das Abhalten auswärtiger Sprechtage oder das Verhalten gegenüber dem Personal des Notars.[112] Regelungsgegenstand des Vertretervertrages können auch Weisungsbefugnisse des Notarvertreters gegenüber dem Personal, die Anschaffung von Büromaterial und die Bezahlung von Verbindlichkeiten sein.[113] Der Notarvertreter kann auch vertraglich verpflichtet sein, Wünschen des vertretenen Notars betreffend die Ausübung des Amtes zu entsprechen.[114] Diesbezüglich ist freilich zu beachten, dass Wünsche und Weisungen des Notars für den Notarvertreter nur dann verbindlich sind, wenn sie mit dessen Amtspflichten vereinbar sind.[115] So kann zum Beispiel grundsätzlich vertraglich geregelt werden, dass die Beurkundung des Testaments eines wichtigen Klienten des Notars vom Notarvertreter bis zu dessen Rückkehr hinauszuschieben ist, wohingegen der Notarvertreter aufgrund seiner Amtspflichten diese Beurkundung etwa dann vornehmen muss, wenn dieser Klient sein Testament wegen Besorgnis des nahen Todes sofort zu machen wünscht.[116] Der Notar muss den Vertretervertrag weder der Aufsichtsbehörde noch der Notarkammer gegenüber offen legen.[117] Es sind keinerlei vom Notar einzuholende Zustimmungen von dritter Seite erforderlich.[118] Der vertretene Notar soll jederzeit zur Kündigung des Vertretervertrages berechtigt sein, ohne berechtigende Gründe hierfür vortragen zu müssen, wobei eine solche Kündigung zwar den Entzug der Amtsbefugnis des Notarvertreters zur Folge habe, nicht aber dessen öffentlich-rechtlichen Vertreterstatus betreffe, der in einem solchen Fall erst durch einen Widerruf der Vertreterbestellung beseitigt werden könne.[119] Der vertretene Notar kann somit den privatrechtlichen Vertretervertrag beenden, nicht jedoch den Vertreterstatus, den nur die ihn verleihende Justizverwaltung wieder beenden kann, indem sie die Vertreterbestellung gemäß § 40 Abs. 2 BNotO widerruft. Auch das Bestehen eines Kündigungsrechtes des Notarvertreters wird bejaht, wobei eine solche Kündigung nicht zur Unzeit ausgesprochen werden dürfe.[120] Dabei soll auch im Falle einer Kündigung des Vertretervertrages seitens des Notarvertreters erst der Widerruf der Vertreterbestellung zur Beendigung des öffentlich-rechtlichen Vertreterstatus führen.[121] Auch die Kündigung des Vertretervertrages seitens des Notarvertreters hat also nur Einfluss auf das Innenverhältnis zwischen ihm und dem vertretenen Notar, nicht jedoch auf den Vertreterstatus im Außenverhältnis.

b) Vergütung des Notarvertreters

aa) Von Amts wegen bestellter Notarvertreter

Eine gesetzliche Regelung betreffend den Anspruch des gemäß § 39 Abs. 2 BNotO von Amts wegen bestellten Notarvertreters gegen den vertretenen Notar auf Vergütung enthält § 43 BNotO. Diese Vorschrift ist entgegen ihrem Wortlaut nicht einschlägig, wenn der Notar und der Notarvertreter bei einer solchen Vertreterbestellung von Amts wegen eine privatrechtliche Vergütungsvereinbarung getroffen haben; es gelten dann insoweit die allgemeinen Vorschriften.[122] Bei einer derartigen Vereinbarung dahingehend, dass „die übliche Vergütung vereinbart sein soll", finden daher die §§ 315, 316 BGB Anwendung.[123]

bb) Auf Antrag bestellter Notarvertreter

Der gemäß § 39 Abs. 1 BNotO auf Antrag bestellte Notarvertreter wird auf der Grundlage des privatrechtlichen Vertretervertrages zwischen ihm und dem Notar tätig, dessen potentieller Regelungsgegenstand auch die Vergütung des Notarvertreters ist, so dass es insoweit keiner gesetzlichen Regelung bedarf.[124] Enthält der Vertretervertrag insoweit keine ausdrückliche Regelung, kann sich ein Vergütungsanspruch des Notarvertreters aus einer (ergänzenden) Vertragsauslegung ergeben. Aufgrund der auch im Verhältnis zwischen vertretenem Notar und Notarvertreter abseits der Bestimmungen des öffentlichen Dienstrechts bestehenden Vertragsfreiheit ist es auch möglich, in dem Vertretervertrag den Vergütungsanspruch des Notarvertreters auszuschließen[125], wobei dies sinnvollerweise zumindest bei einer längeren Vertretung ausdrücklich vereinbart werden sollte.[126] Bei Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung und anderer besonderer Umstände, die für die Unentgeltlichkeit der

---

107 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 14.
108 Anders wohl aber Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 14, der Schriftform zu verlangen scheint.
109 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 29.
110 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 14, § 41 BNotO, Rn. 3; Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 2.
111 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, BNotO, § 39 BNotO, Rn. 14.
112 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, BNotO, § 41 BNotO, Rn. 3.
113 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 4; vgl. diesbezüglich auch die Ausführungen unter C.II.
114 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 4.
115 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 41 BNotO, Rn. 3; Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 4; vgl. Ausführungen unter C.III.
116 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 41 BNotO, Rn. 3.
117 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 14.
118 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 14.
119 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 29.
120 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 29.
121 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 29.
122 Schippel/Bracker/Schäfer, § 43 BNotO, Rn. 1; in diesem Sinne wohl auch: Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 43 BNotO, Rn. 4.
123 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 43 BNotO, Rn. 4.
124 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 43 BNotO, Rn. 2.
125 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 6.
126 Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 43 BNotO, Rn. 2.

Übernahme der Notarvertretung sprechen, wird man gemäß § 612 BGB von der Entgeltlichkeit der Übernahme der Notarvertretung auszugehen haben.[127] Dies gilt grundsätzlich auch bei der Notarvertretung durch einen anderen Notar, da es weder eine gesetzliche noch eine standesrechtliche Regelung gibt, die für eine grundsätzliche Unentgeltlichkeit der Übernahme einer Notarvertretung durch einen Notar spricht.[128]

Auch hinsichtlich der Höhe der Vergütung des Notarvertreters ist in erster Linie die diesbezügliche Regelung in dem Vertretervertrag maßgeblich. So können der Notar und der Notarvertreter zum Beispiel vertraglich vereinbaren, dass der Notarvertreter – ggf. im Rahmen vereinbarter Tagesmindest- und -höchstsätze prozentual an den durch seine Tätigkeit erzielten Gebühren beteiligt wird oder dass sich die Höhe der Vergütung aus der von ihm aufgewandten Arbeitszeit ergibt.[129] Teilweise wird jedoch vertreten, dass gemäß § 17 Abs. 1 S. 4 BNotO die Vertretervergütung nicht im Wege einer prozentualen Anknüpfung an die Erträgnisse während der Notarvertretung bestimmt werden könne.[130] Fehlt eine diesbezügliche vertragliche Regelung, richtet sich die Höhe der von dem Notar geschuldeten Vergütung nach den allgemeinen Vorschriften des Dienstvertragsrechts, er schuldet daher primär die übliche Vergütung gemäß §§ 611, 675, 612 BGB, subsidiär die angemessene Vergütung.[131] Die Notarkammern haben teilweise Empfehlungen bekanntgegeben, welche Vergütung sie als angemessen betrachten und die im Bereich der jeweiligen Notarkammer in der Regel als die übliche Vergütung anzusehen sein werden.[132] Im Übrigen bemisst sich die angemessene Vergütung nach den Umständen des Einzelfalles, zu berücksichtigen sein sollen insoweit insbesondere der Zeitaufwand des Notarvertreters sowie die Anzahl und die Schwierigkeit der von ihm getätigten Amtsgeschäfte.[133] Auch der Grad des Haftungsrisikos soll unter Umständen bei der Bestimmung der angemessenen Vergütung berücksichtigt werden können.[134] Schließlich wird vertreten, dass Bemessungsgrundlage für die angemessene Vergütung des Notarvertreters auch die während der Vertretungszeit erzielten Gebühren sein könnten.[135] Wenn Anhaltspunkte für die Bestimmung der Höhe der Vergütung fehlen, kann der Notarvertreter diese gemäß § 316 BGB bestimmen, wobei er sich in dem Rahmen des Angemessenen halten muss, sonst kann der vertretene Notar die Bestimmung der Höhe der Vergütung gemäß § 315 Abs. 3 BGB durch Urteil treffen lassen.[136] Auch der Notarvertreter kann gemäß § 315 Abs. 3 BGB die Bestimmung der Leistung durch Urteil verlangen.[137]

cc) Notarassessoren und Sozien

Es wird vertreten, dass die Grundsätze, dass sich ein Vergütungsanspruch des auf Antrag bestellten Notarvertreters aus dem Vertretervertrag ergeben kann und dass in der Regel von einer entgeltlichen Notarvertretung auszugehen ist, auch gelten, wenn der Notarvertreter der dem vertretenen Notar zur Ausbildung zugewiesene Notarassessor oder ein mit dem vertretenen Notar soziierter Rechtsanwalt sei und somit unabhängig von der Notarvertretung bereits ein Einkommen beziehe.[138] Auch diese Notarvertreter übernähmen mit der Notarvertretung eine zusätzliche Verantwortung und ein eigenständiges Haftungsrisiko.[139] Die Unentgeltlichkeit der Notarvertretung könne sich zwar aus einem Sozietätsvertrag ergeben, müsse aber auch in einem solchen Vertrag ausdrücklich vereinbart werden.[140]

Einen grundsätzlichen Vergütungsanspruch des einen Notar vertretenden Notarassessors ohne eine entsprechende vertragliche Absprache zwischen ihm und dem vertretenen Notar und ohne besondere Richtlinie der jeweiligen Notarkammer wird man nicht bejahen können. Vielmehr ergibt sich aus den Besonderheiten im System des hauptberuflichen Notariats, dass die Notarvertretung durch einen Notarassessor in Ermangelung besonderer Umstände gegenüber dem vertretenen Notar unentgeltlich erfolgt.[141] Die Übernahme von Notarvertretungen ist Teil des Anwärterdienstes der Notarassessoren,[142] sie sind aufgrund ihres öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses zum Land zur Übernahme von Notarvertretungen verpflichtet.[143] Daraus folgt, dass die Übernahme von Notarvertretungen durch Notarassessoren grundsätzlich mit deren Vergütung durch die Notarkammern abgegolten ist. Dies muss zumindest dann gelten, wenn die Notarassessoren von einer Haftung wegen Amtspflichtverletzung durch die vertretenen Notare im Innenverhältnis freizustellen sind, da in diesem Fall das eigenständige Haftungsrisiko des Notarvertreters minimiert ist. Freilich können auch der vertretene Notar und der vertretende Notarassessor vertraglich etwas anderes vereinbaren, etwa um besonderen Umständen bei der Notarvertretung Rechnung zu tragen.

c) Streitigkeiten zwischen dem Notar und dem Notarvertreter

Für bestimmte vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen dem Notar und dem Notarvertreter ist gemäß § 42 BNotO der ordentliche Rechtsweg eröffnet mit einer streitwertunabhängigen, ausschließlichen erstinstanzlichen Zuständigkeit der Landgerichte. Dabei werden von § 42 BNotO nur bestimmte vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen dem Notarvertreter und dem vertretenen Notar erfasst, nämlich der Anspruch des Vertreters gegen den vertretenen Notar auf Zahlung einer Vergütung und der Rückgriffsanspruch des vertretenen Notars, der wegen einer Amtspflichtverletzung

127 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 6.
128 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 6.
129 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 8.
130 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 8.
131 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 43 BNotO, Rn. 3.
132 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 7; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 43 BNotO, Rn. 4.
133 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 43 BNotO, Rn. 5.
134 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 8.
135 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 43 BNotO, Rn. 5; Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 8.
136 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 7.
137 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 43 BNotO, Rn. 6.
138 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 43 BNotO, Rn. 5.
139 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 43 BNotO, Rn. 5.
140 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 43 BNotO, Rn. 5.
141 So inzident auch Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 464.
142 Vgl. § 1 Abs. 3 Verordnung über die Ausbildung von Notarassessorinnen und Notarassessoren NRW vom 18. 10. 1999 (GV NRW S. 577), geändert durch Verordnungen vom 1. 8. 2002 (GV NRW S. 385), vom 4. 4. 2005 (GV NRW S. 428) und vom 5. 4. 2005 (GV NRW S. 332).
143 Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 460.

des Notarvertreters in Anspruch genommen wird, gegen den Notarvertreter. Aufgrund des Sachzusammenhangs zur Vergütung des Notarvertreters fallen unter § 42 BNotO darüber hinaus auch dessen Anspruch auf Auslagenersatz und der Anspruch des vertretenen Notars auf Rückzahlung überzahlter Vergütungen.[144] Andere vermögensrechtliche Ansprüche des vertretenen Notars und des Notarvertreters gegeneinander fallen dagegen nicht unter § 42 BNotO; für sie ist zwar gemäß § 13 GVG auch der ordentliche Rechtsweg eröffnet, hinsichtlich der instanziellen Zuständigkeit gelten jedoch die allgemeinen Regeln.[145]

Aufgrund der durch § 42 BNotO angeordneten ausschließlichen Zuständigkeit der Landgerichte ist eine Vereinbarung über die Zuständigkeit des Amtsgerichts im Anwendungsbereich des § 42 BNotO gemäß § 40 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO unwirksam.[146] Die Vereinbarung über die Zuständigkeit eines Schiedsrichters soll hingegen wirksam sein.[147] Unabhängig von der Regelung des § 42 BNotO zulässig ist die Befugnis der Notarkammern, schlichtend zwischen dem Notar und dem Notarvertreter zu vermitteln.[148] Dieses Vermittlungsverfahren ist jedoch kein zwingendes Vorverfahren, so dass der klagende Notar oder Notarvertreter nicht darauf verwiesen werden kann, vor Beschreiten des ordentlichen Rechtsweges das Vermittlungsverfahren durchzuführen. Eine eingereichte Klage ist folglich unabhängig von der Durchführung des Vermittlungsverfahrens zulässig.[149]

Gegen die Entscheidung des gemäß § 42 BNotO zuständigen Landgerichts sind die Rechtsmittel der Berufung und der Revision zulässig, soweit hierfür die allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen.[150]

B. Beginn der Notarvertretung

I. Vertreterbestellung gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 BNotO und Amtsbefugnis des Notarvertreters gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO

Hinsichtlich des Beginns der Notarvertretung ist zu differenzieren zwischen der Bestellung des Notarvertreters durch die Aufsichtsbehörde gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 BNotO und dem Beginn der Amtsbefugnis des Notarvertreters durch die Übernahme des Amtes gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO.

Die Vertreterbestellung gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 BNotO begründet den öffentlich-rechtlichen Vertreterstatus, betrifft demnach wenn man so will das „rechtliche Können" im Außenverhältnis zwischen dem Notarvertreter und der Justizverwaltung bzw. den Rechtssuchenden.[151] Man kann auch davon sprechen, dass die Vertreterbestellung dem Notarvertreter dessen Vertretungsmacht verleiht.[152] Die Amtsbefugnis des Notarvertreters gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO betrifft dem gegenüber das „rechtliche Dürfen" im Innenverhältnis zwischen dem Notarvertreter und dem vertretenen Notar.[153] Die Amtsbefugnis berechtigt somit den Notarvertreter im Verhältnis zu dem vertretenen Notar an dessen Stelle das Amt auszuüben.[154] Für die Wirksamkeit einer Amtshandlung des Notarvertreters ist somit allein entscheidend, ob zum Zeitpunkt ihrer Vornahme der Vertreterstatus bestand, ob mithin eine wirksame, in Kraft getretene und unwiderrufene Vertreterbestellung vorliegt. Die Frage der Amtsbefugnis des Notarvertreters gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO ist dagegen insoweit ohne Belang.[155] Dass es für die Frage der Wirksamkeit von Amtshandlungen des Notarvertreters allein auf das Vorliegen der statusbegründenden Vertreterbestellung ankommt, ergibt sich insbesondere aus dem Erfordernis des Schutzes des Vertrauens der Rechtssuchenden in eben deren Wirksamkeit. Das Bestehen des Vertreterstatus zum Zeitpunkt der Vornahme einer Amtshandlung ist für den Rechtsverkehr objektiv nachprüfbar, die Amtsübernahme seitens des Notarvertreters gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO hingegen nicht. Wenn der wirksam bestellte Notarvertreter Amtshandlungen vornimmt, ohne das Amt gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO übernommen zu haben, kann dies somit allenfalls disziplinarrechtlich relevant sein.[156] Ein solcher Fall wird freilich in der Praxis kaum jemals vorkommen, da spätestens in der Aufnahme der Amtstätigkeit seitens des Notarvertreters dessen (konkludente) Übernahme des Amtes gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO zu sehen sein wird.[157]

II. Wirksame und in Kraft getretene Vertreterbestellung

Der Notarvertreter wird gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 BNotO durch eine schriftliche Verfügung der Aufsichtsbehörde, mithin durch einen schriftlichen Verwaltungsakt bestellt. Der zu vertretende Notar ist verpflichtet, den Antrag auf Vertreterbestellung so rechtzeitig zu stellen, dass unter Berücksichtigung einer angemessenen Bearbeitungszeit noch vor Beginn seiner Verhinderung an der Amtsausübung eine wirksame Vertreterbestellung erfolgen kann.[158] Freilich ist dafür auch eine Mitwirkung des Notarvertreters in Form der Erklärung seines Einverständnisses mit der Notarvertretung erforderlich.

1. Zuständigkeit

Zuständig für die Vertreterbestellung ist der die Dienstaufsicht innehabende Präsident des zuständigen Landge-

144 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 42 BNotO, Rn. 5.
145 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 42 BNotO, Rn. 3.
146 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 42 BNotO, Rn. 6; Schippel/Bracker/Schäfer, § 42 BNotO, Rn. 1.
147 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 42 BNotO, Rn. 6; Schippel/Bracker/Schäfer, § 42 BNotO, Rn. 1.
148 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 42 BNotO, Rn. 6; zu dem außergerichtlichen Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Notaren und Notarvertretern vgl. auch Schippel/Bracker/Schäfer, § 42 BNotO, Rn. 3.
149 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 42 BNotO, Rn. 6; Schippel/Bracker/Schäfer, § 42 BNotO, Rn. 3.
150 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 42 BNotO, Rn. 7.
151 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 44 BNotO, Rn. 2.
152 BGH DNotZ 1958, 33, 35; vgl. auch: Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, 1. Aufl. 1991, Rn. 273, der insoweit von der „Ausübungsbefugnis" des Vertreters spricht.
153 Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, Rn. 273; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 44 BNotO, Rn. 2.
154 Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 455.
155 Schippel/Bracker/Schäfer, § 44 BNotO, Rn. 1; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 455.
156 Schippel/Bracker/Schäfer, § 44 BNotO, Rn. 1.
157 Vgl. Ausführungen unter B.III.
158 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 694; OLG Celle RNotZ 2003, 631, 632 f.

richts, der sie auch unterschreiben muss.[159] Im Falle der Verhinderung des Landgerichtspräsidenten ist dessen Vertreter für die Vertreterbestellung zuständig.[160] Eine Delegation der Zuständigkeit für die Vertreterbestellungen ist zumindest nicht auf Personen möglich, die nicht richterliche Aufgaben wahrnehmen, wie Beamte oder Angestellte des öffentlichen Dienstes.[161]

2. Bekanntgabe der Vertreterbestellung

Da es sich bei der Vertreterbestellung um einen Verwaltungsakt handelt, wird sie nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen erst mit ihrer Bekanntgabe an ihren Adressaten wirksam.[162] Adressat der Vertreterbestellung ist der Notarvertreter, nicht etwa der die Vertreterbestellung beantragende Notar,[163] der in den Fällen des § 39 Abs. 1 BNotO das Verfahren der Vertreterbestellung in Gang gebracht hat. Das bedeutet, dass die Mitteilung an den zu vertretenden Notar, dass eine Vertreterbestellung vorliege, nicht deren Wirksamwerden bewirken kann.[164] Gleichwohl ist eine entsprechende Mitteilung an den zu vertretenden Notar gängige Praxis und auch angebracht, um ihn von der Vertreterbestellung in Kenntnis zu setzen. Die Bekanntgabe der Entscheidung der Aufsichtsbehörde an den zu vertretenden Notar ist hingegen dann zwingend erforderlich, wenn die Aufsichtsbehörde die beantragte Vertreterbestellung abgelehnt oder dem Antrag des zu vertretenden Notars nicht im vollen Umfang stattgegeben hat, um ihm die Möglichkeit zu geben, Rechtsschutzmöglichkeiten zu prüfen.[165]

Vor dem Hintergrund, dass die insoweit als Spezialgesetz einschlägige Bundesnotarordnung keine Bestimmung über die Form der Bekanntgabe der Vertreterbestellung enthält, soll eine bestimmt Form der Bekanntgabe nicht erforderlich sein.[166] Das Erfordernis der Schriftform für den Verwaltungsakt der Vertreterbestellung bedeute nicht, dass vom Gesetz auch ein Formerfordernis für dessen Bekanntgabe aufgestellt werde, zumal es sich bei der Vertreterbestellung um einen begünstigenden Verwaltungsakt handele und das Schriftformerfordernis hinsichtlich der Vertreterbestellung lediglich der Beweissicherung diene.[167] Demgemäß soll auch eine mündliche oder fernmündliche Bekanntgabe für das Wirksamwerden der Vertreterbestellung ausreichend sein.[168] Aus Haftungsgründen kann es sich für den Notarvertreter empfehlen, bei einer bloß mündlichen bzw. fernmündlichen Bekanntgabe der Vertreterbestellung hierüber einen Aktenvermerk zu fertigen.[169]

Voraussetzung für das Wirksamwerden der Vertreterbestellung durch deren Bekanntgabe ist freilich stets, dass eine entsprechende Verfügung des zuständigen Landgerichts überhaupt vorliegt, was wiederum deren schriftliche Niederlegung voraussetzt.[170]

3. Inkrafttreten der Vertreterbestellung

In der Praxis wird der Zeitraum der Notarvertretung in der Regel in der Vertreterbestellung angegeben. Wenn der in der Vertreterbestellung insoweit angegebene Anfangstermin nach dem Zeitpunkt der Bekanntgabe der Vertreterbestellung liegt, tritt die Vertreterbestellung erst mit diesem Anfangstermin in Kraft, erst zu diesem Zeitpunkt wird dem Notarvertreter der Vertreterstatus verliehen.[171] Ungekehrt folgt aus der Tatsache, dass die Vertreterbestellung erst mit Bekanntgabe wirksam wird, dass eine rückwirkende Vertreterbestellung grundsätzlich nicht möglich ist.[172] Bei einer verspäteten Bekanntgabe der Vertreterbestellung tritt diese erst mit ihrer wirksamen Bekanntgabe in Kraft und wird daher der Vertreterstatus unabhängig von dem in der Vertreterbestellung angegebenen Tag ihres Inkrafttretens erst mit deren wirksamer Bekanntgabe begründet; eine Rückwirkung auf den in der Vertreterbestellung angegeben Anfang der Notarvertretung scheidet aus.[173] Auch eine von vornherein rückwirkende Vertreterbestellung ist nicht möglich.[174]

4. Konsequenzen für die Praxis

Wie bereits erwähnt, sind Amtshandlungen des Notarvertreters vor der Begründung des Vertreterstatus durch die wirksame und in Kraft getretene Vertreterbestellung unwirksam. Von ihm vorher vorgenommene Beurkundungen müssen daher wiederholt werden.[175] Sie sind nichtig, weil die Unterschrift des amtierenden Notars gemäß § 13 Abs. 3 S. 1 BeurkG unverzichtbarer Bestandteil eines wirksamen Beurkundungsvorgangs ist.[176] Die Folgen dieser Nichtigkeit reichen dabei über die mit der Wiederholung der Beurkundungen verbundenen Unannehmlichkeiten für die Urkundsbeteiligten hinaus. Es besteht vielmehr darüber hinaus die Gefahr, dass in der Zeit bis zur Entdeckung der Unwirksamkeit der fraglichen Urkunden gravierende Rechtsnachteile für die Urkundsbeteiligten entstehen, so zum Beispiel dadurch, dass im Zuge des Vollzugs der vermeintlichen Urkunden Verfügungen ohne die an sich vorgesehenen dinglichen Absicherungen vorgenommen werden, oder dadurch, dass vor der Nachholung der Beurkundung vorrangige Zwischenverfügungen im Grundbuch eingetragen werden,[177] ganz zu schweigen davon, dass die Wiederholung der Beurkundungen daran scheitern kann, dass die Urkundsbeteiligten nicht mehr greifbar sind. Aus der aufgezeigten Relevanz des Bestehens des Vertreterstatus zum Zeitpunkt der Vornahme einer Amtshandlung folgt für den Notarvertreter, dass er sich vor seiner ersten Amtshandlung davon überzeugen muss, ob seitens der

159 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 40 BNotO, Rn. 3.
160 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 40 BNotO, Rn. 3.
161 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 40 BNotO, Rn. 3.
162 Weingärtner, § 33 BNotO, Rn. 693; Schippel/Bracker/Schäfer, § 40 BNotO, Rn. 3; OLG Celle RNotZ 2003, 631, 632.
163 OLG Celle RNotZ 2003, 631, 632; Eylmann/Vaasen/Wilke, § 40 BNotO, Rn. 2; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 445.
164 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 40 BNotO, Rn. 2.
165 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 40 BNotO, Rn. 2, Rn. 4.
166 Würzburger Notarhandbuch/Hermanns, Teil 1, Kapitel 1, F.V.2., Rn. 69.
167 Schippel/Bracker/Schäfer, § 40 BNotO, Rn. 3.
168 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 40 BNotO, Rn. 3; Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 693; Schippel/Bracker/Schäfer, § 40 BNotO, Rn. 3; OLG Celle RNotZ 2003, 631, 632.
169 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 694.
170 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 40 BNotO, Rn. 3; Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 693; OLG Celle RNotZ 2003, 631, 632.
171 BGH DNotZ 1958, 33, 35; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 455.
172 Schippel/Bracker/Schäfer, § 40 BNotO, Rn. 4; vgl. auch BGH DNotZ 1958, 33, 36; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 455.
173 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 25.
174 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 25.
175 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 694.
176 OLG Celle RNotZ 2003, 631, 632.
177 OLG Celle RNotZ 2003, 631, 632.

Aufsichtsbehörde eine wirksame (und in Kraft getretene) Vertreterbestellung erfolgt ist.[178] Aber auch der vertretene Notar muss sich grundsätzlich hiervon überzeugen.[179] Ist dies dem vertretenen Notar vor Beginn seiner Verhinderung nicht mehr möglich, sollte er den zu bestellenden Notarvertreter anhalten, sich seinerseits vor der Vornahme von Amtshandlungen vom Vorliegen einer wirksamen (und in Kraft getretenen) Vertreterbestellung zu vergewissern.[180] Diese Verpflichtung des zu vertretenden Notars beruht auf seiner Verantwortung als Antragsteller im Verfahren der Bestellung eines Notarvertreters und dient der Vermeidung einer Gefährdung der Rechtssuchenden.[181]

5. Urkundenrolle

Sowohl der Beginn der Notarvertretung als auch deren Beendigung sind gemäß § 33 Abs. 4 DONot in der Urkundenrolle zu vermerken, auch wenn der Notarvertreter keine Urkundsgeschäfte vorgenommen hat. Begründet wird die Vorschrift des § 33 Abs. 4 S. 2 DONot damit, dass auch Aktenbearbeitung, Korrespondenz und Vollzugsgeschäfte zu den Amtshandlungen gehören.[182] Ob dies auch dann gilt, wenn der Notarvertreter keinerlei Amtsgeschäfte vorgenommen hat, ist fraglich.[183] Teilweise wird vertreten, dass in solchen Fällen ein Vertretervermerk in der Urkundenrolle unterbleiben könne, weil es nichts gebe, was in der Urkundenrolle zu dokumentieren wäre.[184] Zudem könnte für die Entbehrlichkeit eines Vertretervermerks in derartigen Fällen sprechen, dass es an einer Amtsübernahme durch den Notarvertreter als dem relevanten Anknüpfungspunkt für entsprechende Vermerke in der Urkundenrolle fehlen könnte. Da die Rechtslage insoweit jedoch nicht eindeutig geklärt ist, sollten auch in einem solchen Fall die entsprechenden Vermerke in der Urkundenrolle angebracht werden.

Der Vermerk muss angeben, in welchem tatsächlichen Zeitraum der Notarvertreter sein Amt ausgeübt hat, nicht für welchen Zeitraum die Vertreterbestellung galt.[185] Der Name des Notarvertreters braucht nicht angegeben zu werden, er ergibt sich aus der Vertreterbestellung, die sich in der Generalakte des vertretenen Notars befindet.[186] Wenn der vertretene Notar und der Notarvertreter ihr Amt am gleichen Tag ausgeübt haben, muss aus dem Vermerk in der Urkundenrolle hervorgehen, dass nicht beide gleichzeitig tätig waren.[187] Wenn der vertretene Notar innerhalb der Vertretungszeit vorübergehend sein Amt ausübt, müssen entsprechende Vermerke in der Urkundenrolle angebracht werden.[188]

Fraglich ist, ob die entsprechenden Vermerke in der Urkundenrolle vom Notarvertreter bzw. vom Notar noch immer unterschrieben werden müssen. Zum Teil wird dies anscheinend bejaht.[189] Nach anderer Ansicht brauchen die entsprechenden Vermerke in der Urkundenrolle nicht mehr unterschrieben zu werden.[190] Begründet wird dies damit, dass die in § 34 Abs. 3 S. 2 DONot a. F. postulierte Pflicht zur Unterzeichnung des Vertretervermerks bei der Neufassung nicht übernommen worden sei.[191] Zudem sei die Unterzeichnung entbehrlich erschienen, da der Vertretervermerk nur Dokumentationszwecke für Notar und Aufsichtsbehörde erfüllen solle.[192] Schließlich hätte die Pflicht zur Unterzeichnung des Vertretervermerkes bei der EDV-gestützten Registerführung Schwierigkeiten zur Folge gehabt.[193] Der letztgenannten Ansicht ist zu folgen, da die Unterzeichnung der entsprechenden Vermerke in der Urkundenrolle vom Gesetzgeber in § 33 Abs. 4 DONot nicht mehr gefordert wird. Die mit diesen Vermerken beabsichtigte Dokumentation der Amtsausübung betrifft nur das Innenverhältnis zwischen dem vertretenen Notar und dem Notarvertreter i. S. des § 44 Abs. 1 BNotO; diesbezüglich scheint aber die Anbringung von nicht unterschriebenen Vermerken in der Urkundenrolle ausreichend. Die für das Außenverhältnis entscheidende Wirksamkeit der jeweiligen Amtshandlung hängt demgegenüber vom Vorliegen des öffentlich-rechtlichen Status der die Amtshandlung vornehmenden Person ab, die von objektiv überprüfbaren anderen Umständen abhängt. Aufgrund dieser untergeordneten Bedeutung der in der Urkundenrolle anzubringenden Vermerke, erscheint deren Unterzeichnung entbehrlich. Ebenso wie die Unterzeichnung der entsprechenden Vermerke wird auch deren Datierung von § 33 Abs. 4 DONot nicht gefordert und ist daher ebenfalls nicht erforderlich.[194]

Der Vertretervermerk ist gemäß § 8 Abs. 3 DONot spätestens 14 Tage nach der Amtsübernahme durch den Notarvertreter in der Urkundenrolle anzubringen, wobei es keinen Unterschied machen soll, ob zum Zeitpunkt der Eintragung der Notarvertreter noch im Amt ist.[195] Das Erfordernis einer unverzüglichen Eintragung des Vertretervermerkes gemäß § 34 Abs. 3 DONot a. F. wurde bei der Neufassung der DONot nicht übernommen.[196]

6. Unterschriftsprobe gemäß §§ 33 Abs. 1, 1 DONot

Der Notarvertreter hat nach dem Wortlaut der §§ 33 Abs. 1, 1 DONot alsbald nach der Vertreterbestellung seine Unterschrift dem Präsidenten des Landgerichts

178 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 29.
179 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 693; OLG Celle RNotZ 2003, 631, 632; Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. 1997, Rn. 115.
180 OLG Celle RNotZ 2003, 631, 633.
181 OLG Celle RNotZ 2003, 631, 632.
182 Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33 DONot, Rn. 12.
183 Vgl. Schippel/Bracker/Vollhardt, § 33 DONot, Rn. 4.
184 Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33DONot, Rn. 12 m. w. N.
185 Schippel/Bracker/Vollhardt, § 33 DONot, Rn. 4; Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33 DONot, Rn. 11.
186 Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33 DONot, Rn. 11.
187 Schippel/Bracker/Vollhardt, § 33 DONot, Rn. 4.
188 Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33 DONot, Rn. 11; vgl. auch Ausführungen unter C.IV und D.III.
189 Schippel/Bracker/Schäfer, § 40 BNotO, Rn. 10; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 40 BNotO, Rn. 6.
190 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 694; Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33 DONot, Rn. 11; Mihm/Bettendorf, DNotZ 2001, 22, 46 f.; Bettendorf, RNotZ 2001, Sonderheft, S. 12.
191 Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33 DONot, Rn. 11; Mihm/Bettendorf, DNotZ 2001, 22, 46 f.
192 Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33 DONot, Rn. 11; Mihm/Bettendorf, DNotZ 2001, 22, 47.
193 Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33 DONot, Rn. 11; vgl. auch Mihm/Bettendorf, DNotZ 2001, 22, 47; Bettendorf, RNotZ 2001, Sonderheft, S. 13.
194 Mihm/Bettendorf, DNotZ 2001, 22, 46 f; Bettendorf, RNotZ 2001, Sonderheft, S. 12.
195 Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33 DONot, Rn. 13.
196 Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33 DONot, Rn. 13; Mihm/Bettendorf, DNotZ 2001, 22, 46; Bettendorf, RNotZ 2001, Sonderheft, S. 12.

einzureichen, wenn seine Unterschrift dort nicht bereits von früheren Notarvertretungen her vorliegt.[197] Trotz der vorgenannten Vorschriften wird der Notarvertreter in der Praxis nicht von allen Landgerichten zur Einreichung einer Unterschriftsprobe aufgefordert. Daran, dass die Vorschrift des § 1 DONot auch für den Notarvertreter gilt, ist angesichts der Verweisung in § 33 Abs. 1 DONot an sich nicht zu zweifeln. In Betracht käme allerdings, die Vorschriften der §§ 33 Abs. 1, 1 DONot dahingehend restriktiv auszulegen und anzuwenden, dass die Einreichung der Unterschrift nicht erforderlich ist, wenn dem Landgericht die von der Person des Notarvertreters unterzeichnete Einverständniserklärung hinsichtlich der konkreten Notarvertretung vorliegt.

III. Tatsächliche Übernahme des Amtes durch den Notarvertreter

Die Amtsbefugnis des von der Aufsichtsbehörde bestellten Notarvertreters beginnt gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO mit dessen Übernahme des Amtes. Wie bereits ausgeführt, betrifft dabei diese Vorschrift nur das „rechtliche Dürfen" des Notarvertreters im Innenverhältnis zu dem vertretenen Notar, nicht dagegen das „rechtliche Können" des Notarvertreters im Außenverhältnis.[198] Der Sinn und Zweck der Vorschrift des § 44 Abs. 1 BNotO ist die Abgrenzung der Amtsausübung durch den vertretenen Notar und durch den Notarvertreter.[199] Dabei setzt die wirksame Übernahme des Amtes durch den Notarvertreter dessen wirksame Bestellung durch die Aufsichtsbehörde gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 BNotO voraus.[200] Wenn also etwa in der Vertreterbestellung ein Anfangstermin bestimmt ist, besteht die Vertretungsmacht des Notarvertreters nach außen erst mit Eintritt des Anfangstermins,[201] so dass auch eine Übernahme des Amtes durch den Notarvertreter vor diesem Anfangstermin wirkungslos ist.[202] Umgekehrt ist der wirksam bestellte Notarvertreter nach außen unabhängig vom Beginn seiner Amtsbefugnis durch die Übernahme des Amtes gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO zur Amtsausübung ermächtigt und sind daher seine Amtshandlungen unabhängig von der Übernahme des Amtes wirksam.[203]

Vor dem Hintergrund, dass die Begründung des Vertreterstatus einen förmlichen Akt in der Gestalt der Vertreterbestellung voraussetzt, ist im Innenverhältnis zwischen dem vertretenen Notar und dem Notarvertreter für die Übernahme des Amtes durch den Notarvertreter kein förmlicher Übertragungsakt durch den vertretenen Notar erforderlich.[204] Der vertretene Notar muss an der Übernahme des Amtes durch den Notarvertreter nicht einmal mitwirken.[205] Zum Schutz des Rechtsverkehrs knüpft § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO vielmehr nur an die tatsächliche Übernahme des Amtes durch den Notarvertreter, nicht aber zusätzlich an ein diesbezügliches Einverständnis des vertretenen Notars an.[206] Die Ansicht, dass der vertretene Notar sich eine besondere Übertragung der Amtsbefugnis auf den Notarvertreter vorbehalten könne, wird mit dem Hinweis darauf verbunden, dass ein solcher Vorbehalt nur das Innenverhältnis zwischen dem Notarvertreter und dem Notar betreffe und dass Amtshandlungen, die der Notarvertreter entgegen einem solchen Vorbehalt vornehme, somit wirksam seien.[207] Die Übernahme des Amtes durch den Notarvertreter muss lediglich nach außen irgendwie erkennbar sein.[208] Dabei genügt die nach außen erkennbare Kundmachung des Willens des Notarvertreters, das Amt auszuüben.[209] Diese Kundmachung liegt spätestens in dem Beginn der tatsächlichen Ausübung notarieller Tätigkeit für den vertretenen Notar.[210]

Der Notarvertreter kann nur das Amt des Notars, als dessen Vertreter er bestellt ist, nicht zugleich auch das Amt eines Notars, als dessen Vertreter dieser von ihm vertretene Notar seinerseits bestellt ist, übernehmen.[211]

C. Ausübung des Notaramtes durch den Notarvertreter

I. Selbständige Amtsausübung

Der Notarvertreter übt ein eigenes Amt aus. Andererseits bezieht sich die Vertreterbestellung auf eine Notarstelle und den Notar, der diese Notarstelle innehat.[212] Der Notarvertreter übt somit sein Amt anstelle des von ihm vertretenen und sich weiterhin im Amt befindenden Notars aus.[213] Hierbei handelt er selbstständig und in eigener Verantwortung. Es muss also differenziert werden zwischen dem Amt des vertretenen Notars und dem Amt des Notarvertreters, wobei der Notarvertreter sein Amt von dem Amt des vertretenen Notars ableitet.[214] Die Ableitung seines Amtes von dem Amt des vertretenen Notars hat der Notarvertreter insbesondere dadurch nach außen deutlich zu machen, dass er gemäß § 41 Abs. 1 S. 2 BNotO seiner Unterschrift einen ihn als Vertreter kennzeichnenden Zusatz beifügt und Siegel und Stempel des vertretenen Notars gebraucht.[215] Der Notarvertreter übt somit sein Amt im Namen des vertretenen Notars aus.[216] Daher werden Amtshandlungen des Notarvertreters dem vertretenen Notar zugerechnet.[217]

---

197 Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33 DONot Rn. 6.
198 Vgl. Ausführungen unter B.I.
199 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 1.
200 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 44 BNotO, Rn. 3; Schippel/Bracker/Schäfer, § 44 BNotO, Rn. 2.
201 Schippel/Bracker/Schäfer, § 40 BNotO, Rn. 5; BGH DNotZ 1958, 33, 35.
202 BGH DNotZ 1958, 33, 35; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 44 BNotO, Rn. 3; Schippel/Bracker/Schäfer, § 44 BNotO, Rn. 2.
203 Schippel/Bracker/Schäfer, § 40 BNotO, Rn. 5; vgl. Ausführungen unter B.I.
204 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 44 BNotO, Rn. 4.
205 Schippel/Bracker/Schäfer, § 44 BNotO Rn. 3; Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, Rn. 273.
206 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 1.
207 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 3.
208 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 44 BNotO, Rn. 4; Schippel/Bracker/Schäfer, § 44 BNotO, Rn. 3.
209 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch,§ 44 BNotO, Rn. 4.
210 Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 44 BNotO, Rn. 4; Schippel/Bracker/Schäfer, § 44 BNotO, Rn. 3.
211 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 3.
212 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 3.
213 Schippel/Bracker/Vollhardt, § 33 DONot, Rn. 2.
214 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 4.
215 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 4.
216 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 13.
217 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 4.

II. Umfang der Notarvertretung

Der Notarvertreter übt das Amt des Notars vollumfänglich aus, er vertritt diesen also nicht nur bei der Urkundstätigkeit, sondern auch bei der Vornahme sonstiger notarieller Amtsgeschäfte.[218]

Darüber hinaus wird vertreten, dass zu den gesetzlichen Befugnissen des Notarvertreters auch die Verwaltung der Geschäftsstelle des vertretenen Notars und somit die Beschaffung des notwendigen Bedarfs, Anweisungen an Angestellte und die Einstellung oder Entlassung von Angestellten gehörten, soweit diese Maßnahmen zur Erfüllung der Amtspflichten unbedingt erforderlich seien.[219] Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, fraglich ist allenfalls die dogmatische Begründung. Man könnte diesbezüglich einerseits darauf abstellen, dass der durch die Vertreterbestellung begründete Vertreterstatus eine entsprechende Befugnis zur Vornahme von als solchen zivilrechtlich zu qualifizierenden Rechtshandlungen beinhaltet, jedenfalls soweit diese zur Ausübung des Amtes des Notarvertreters erforderlich sind. Andererseits könnte man auf das zivilrechtliche Innenverhältnis zwischen dem vertretenen Notar und dem Notarvertreter und auf daraus resultierende Vollmachten des Notarvertreters rekurrieren. Zwar wird in der Literatur teilweise vorgebracht, dass zwischen dem vertretenen Notar und dem Notarvertreter kein zivilrechtliches Vertretungsverhältnis gemäß §§ 164 ff. BGB bestehe, da die Vertretung des Notars aufgrund der öffentlich-rechtlichen Bestellung des Notarvertreters erfolge.[220] Dies mag auch grundsätzlich zutreffen. Im Innenverhältnis zwischen dem vertretenen Notar und dem Notarvertreter kann der Notar dem Notarvertreter jedoch sehr wohl gemäß § 167 Abs. 1 BGB Vollmachten erteilen. Darüber hinaus könnten im Einzelfall auch die Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht Anwendung finden. Dafür, dass die Befugnis zur Vornahme von zivilrechtlichen Rechtshandlungen bereits unmittelbar aus dem Vertreterstatus folgt, soweit sie zur Amtsausübung unerlässlich sind, spricht, dass solche Befugnisse auch ein Notarvertreter haben muss, der gemäß § 39 Abs. 2 BNotO ohne Antrag des vertretenen Notars bestellt wird. In einem solchen Fall scheidet eine Ableitung von zivilrechtlichen Vollmachten aus dem Innenverhältnis zwischen dem vertretenen Notar und dem Notarvertreter jedoch aus. Die Tatsache, dass durch entsprechende Rechtshandlungen des Notarvertreters der vertretene Notar verpflichtet wird, ist Konsequenz daraus, dass der Notarvertreter gemäß § 41 Absatz 1 S. 1 BNotO sein Amt auf Kosten des Notars ausübt. Andererseits kann aus dem Status des Notarvertreters nicht dessen Befugnis zur Vornahme von zivilrechtlichen Rechtshandlungen abgeleitet werden, die über das für die Amtsausübung Erforderliche hinausgehen. In diesem Bereich ist vielmehr auf das Innenverhältnis zwischen dem vertretenen Notar und dem Notarvertreter und somit auf die zivilrechtlichen Vorschriften über die Stellvertretung abzustellen, ggf. auch auf die Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht.

Dass die Notarvertretung im Übrigen nur die notariellen Amtsgeschäfte des vertretenen Notars umfasst, so dass der Notarvertreter durch die Vertreterbestellung nicht etwa auch der Vertreter des Notars in anderen Angelegenheiten, auch nicht hinsichtlich anderer Ämter des Notars, wird,[221] ist selbstverständlich. Somit erstreckt sich die Notarvertretung insbesondere nicht auf eine von dem vertretenen Notar übernommene Insolvenzverwaltung, Testamentsvollstreckung oder Pflegschaft.[222] Ferner können Zustellungen, die nicht das Amt des vertretenen Notars betreffen, nicht wirksam an den Notarvertreter bewirkt werden.[223] Schließlich erstreckt sich das Amt des Notarvertreters nicht i. S. einer „Untervertretung“ auf die Vertretung eines durch den vertretenen Notar seinerseits vertretenen anderen Notars; hierzu bedarf es vielmehr einer gesonderten Vertreterbestellung.[224]

III. Keine Weisungsbefugnis des vertretenen Notars

Aus dem Grundsatz der selbständigen Amtsausübung durch den Notarvertreter folgt dessen grundsätzliche diesbezügliche Weisungsungebundenheit gegenüber dem vertretenen Notar.[225] Der Amtseid des Notarvertreters kann diesen geradezu verpflichten, entgegen den Interessen und Wünschen des vertretenen Notars zu handeln.[226] Die Weisungsungebundenheit des Notarvertreters für den Bereich der Amtsausübung besteht dabei auch dann, wenn die Person des Notarvertreters in ihren sonstigen Beziehungen zu dem Notar dessen Weisungen unterworfen ist, sei es aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses, sei es im Ausbildungsverhältnis als Notarassessor.[227] Derartige Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Notarvertreter und vertretenem Notar werden im Bereich der Amtsausübung durch den Vertreterstatus überlagert.[228] Teilweise wird freilich postuliert, dass der Notarvertreter Weisungen des vertretenen Notars als dessen Ratschläge und Wünsche würdigen und in der Regel auch befolgen sollte, soweit dies mit seinen Amtspflichten vereinbar sei.[229] Bindende Weisungen des vertretenen Notars bezüglich der Amtsausübung durch den Notarvertreter seien aber grundsätzlich auch im Rahmen freier Ermessenensausübung durch den Notarvertreter unzulässig.[230] Die selbstständige Amtsausübung durch den Notarvertreter ist jedenfalls dann betroffen, wenn der vertretene Notar dem Notarvertreter Weisungen erteilt, die von ihm die Abweichung von Gesetzen oder von Standespflichten verlangen. Solche Weisungen darf der vertretene Notar keinesfalls erteilen;[231] tut er dies dennoch, so ist der Notarvertreter berechtigt und verpflichtet, diese Weisungen nicht zu befolgen.

---

218 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 14; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 457.
219 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 14, Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 457.
220 Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, Rn. 274; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 29.
221 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 41 BNotO, Rn. 9; Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 15.
222 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 15.
223 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 15.
224 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 16; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 459.
225 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 12.
226 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 5.
227 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 5.
228 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 5.
229 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 1, Rn. 12.
230 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 12.
231 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 41 BNotO, Rn. 7.

Die Weisungsungebundenheit des Notarvertreters bedeutet selbstverständlich nicht, dass sich Notarvertreter und vertretener Notar nicht hinsichtlich bestimmter Fragen auseinandersetzen können.[232] Außerhalb des Bereichs der selbstständigen Amtsausübung durch den Notarvertreter wird sich zudem aus ihrem Innenverhältnis in der Regel ergeben, dass der Notarvertreter Wünsche des Notars zu beachten hat.[233] So kann beispielsweise vereinbart werden, dass der Notarvertreter die üblichen Geschäftsstunden einhält, dass er bestimmte Unterlagen benutzt oder dass er bestimmte Formen wahrt.[234] Solche Vereinbarungen im Innenverhältnis zwischen dem Notar und seinem Vertreter können auch konkludent erfolgen.

Grundsätzlich muss der Notarvertreter hinsichtlich der Frage, ob und inwieweit er Weisungen und Wünschen des vertretenen Notars entspricht oder ob diese mit seinen gesetzlichen oder standesrechtlichen Pflichten kollidieren und er ihnen keinesfalls entsprechen darf, selbstständig eine pflichtgemäße Entscheidung treffen.[235]

IV. Enthaltung der Amtsausübung seitens des vertretenen Notars

Aufgrund der Tatsache, dass während der Notarvertretung sowohl der Notarvertreter als auch der vertretene Notar im Amt sind, besteht die Gefahr des Missbrauchs der Bestellung eines Notarvertreters zum Zwecke der Vermehrung der Amtsausübung, insbesondere indem der vertretene Notar und der Notarvertreter nebeneinander tätig werden.[236] Der Vermeidung einer solchen „Verdoppelung des Amtes" dient die Vorschrift des § 44 Abs. 1 S. 2 BNotO.[237] Bemerkenswert ist diesbezüglich zunächst, dass § 44 Abs. 1 S. 2 BNotO gemäß dessen eindeutigem Wortlaut im Gegensatz zu § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO nicht etwa die Amtsbefugnis des vertretenen Notars während einer Notarvertretung regelt. Während § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO den Beginn und das Ende der Amtsbefugnis des Notarvertreters festlegt, sagt § 44 Abs. 1 S. 2 BNotO vielmehr ausdrücklich nicht, dass die Amtsbefugnis des vertretenen Notars mit der Übernahme des Amtes durch den Notarvertreter endet und bei Übergabe des Amtes an den vertretenen Notar wieder beginnt. Der Gesetzgeber hat sich somit nicht dafür entschieden, die Amtsbefugnis des vertretenen Notars während der Notarvertretung ruhen zu lassen.[238] Die Vorschrift des § 44 Abs. 1 S. 2 BNotO untersagt vielmehr dem vertretenen Notar lediglich die eigene Amtsausübung solange, wie der Notarvertreter seinerseits das Amt tatsächlich ausübt.[239] Dies wird zumindest teilweise auch als sachgerecht angesehen, da für den Notar eine vorsorgliche Vertreterbestellung möglich sein müsse und es ihm unter Haftungsgesichtspunkten möglich sein müsse, während der Notarvertretung bestimmte Amtsgeschäfte selbst vorzunehmen.[240] Aus § 44 Abs. 1 S. 2 BNotO folge somit, dass der vertretene Notar seine Amtsbefugnis auch nach der Übernahme des Amtes durch den Notarvertreter gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO nicht verliere.[241] Diese Auslegung der Vorschrift des § 44 Abs. 1 S. 2 BNotO korrespondiert im Ergebnis mit der bereits erörterten Ansicht, die Vorschrift des § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO betreffe nur das Innenverhältnis zwischen vertretenem Notar und Notarvertreter, wobei die Verwendung des Begriffes der „Amtsbefugnis" hinsichtlich des vertretenen Notars im Rahmen des § 44 Abs. 1 S. 2 BNotO irreführend ist. Der Begriff der Amtsbefugnis i. S. des § 44 Abs. 1 BNotO betrifft vielmehr nur den Notarvertreter, da nur für ihn eine diesbezügliche Regelung erforderlich ist, um zu definieren, in welchem Zeitraum der Notarvertreter im Verhältnis zu dem vertretenen Notar sein Amt ausüben darf. Der so verstandene Begriff der Amtsbefugnis macht hinsichtlich des vertretenen Notars keinen Sinn, da er im Innenverhältnis zu dem Notarvertreter diesem gegenüber keinen Bindungen bezüglich der Ausübung seines Amtes unterliegen kann. Demzufolge regelt § 44 Abs. 1 S. 2 BNotO zu Recht nicht die „Amtsbefugnis" des vertretenen Notars, sondern gebietet ihm, sein Amt in der Zeit nicht auszuüben, in der der Notarvertreter die Amtsbefugnis i. S. des § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO hat. Letztlich betrifft somit nur § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO das Innenverhältnis zwischen dem vertretenen Notar und dem Notarvertreter, nicht jedoch auch § 44 Abs. 1 S. 2 BNotO.

Aus der Tatsache, dass es sich bei § 44 Abs. 1 S. 2 BNotO um eine Soll-Vorschrift handelt, folgt bereits, dass verbotswidrig vorgenommene Amtshandlungen des vertretenen Notars wirksam sind.[242] Das bedeutet, dass während des Bestehens der Amtsbefugnis des Notarvertreters eine doppelte Amtsausübung durch den Notarvertreter und den vertretenen Notar, die durch die Vorschrift des § 44 Abs. 1 S. 2 BNotO verhindert werden soll, weder die Wirksamkeit der Amtshandlungen des Notarvertreters noch die Wirksamkeit der Amtshandlungen des vertretenen Notars berührt.[243] Der Verstoß gegen die Vorschrift des § 44 Abs. 1 S. 2 BNotO kann freilich disziplinarrechtlich geahndet werden.[244]

Ob das Verbot gemäß § 44 Abs. 1 S. 2 BNotO auch bei einer Verweigerung der Amtsübergabe gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO bzw. der Einstellung der Amtstätigkeit seitens des Notarvertreters gilt, so dass in einem solchen Fall dem vertretenen Notar nur der Antrag an die Aufsichtsbehörde auf Widerruf der Vertreterbestellung bleibt,[245] erscheint fraglich, wenn man § 44 Abs. 1 S. 2 BNotO als rein berufsrechtliche Vorschrift begreift, bei der ein Verstoß allenfalls zu disziplinarrechtlichen Konsequenzen führen kann. Der vertretene Notar sollte freilich in einem solchen Fall, der in der Praxis allerdings äußerst selten vorkommen dürfte, ohnehin schnellstmöglich den Widerruf der Vertreterbestellung beantragen, um den Vertreterstatus zu beenden.

---

232 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 12.
233 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 41 BNotO, Rn. 7.
234 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 41 BNotO, Rn. 7.
235 Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 41 BNotO, Rn. 7.
236 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 6.
237 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 44 BNotO, Rn. 6; Schippel/Bracker/Schäfer, § 44 BNotO, Rn. 7.
238 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 6; Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 117; vgl. aber Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33 DONot, Rn. 2.
239 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 6.
240 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 6.
241 Schippel/Bracker/Schäfer, § 44 BNotO, Rn. 7.
242 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 6; Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, Rn. 273.
243 Schippel/Bracker/Schäfer, § 44 BNotO, Rn. 7.
244 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 44 BNotO, Rn. 6; Schippel/Bracker/Schäfer, § 44 BNotO, Rn. 7.
245 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 8; vgl. auch Ausführungen unter D.III.

V. Erstreckung einer dem vertretenen Notar erteilten Vollzugsvollmacht auf den Notarvertreter

Sollte in einer Urkunde eine Vollzugsvollmacht ausdrücklich ausschließlich dem vertretenen Notar erteilt worden sein, stellt sich die Frage, ob auch der Vertreter dieses Notars von dieser Vollmacht Gebrauch machen kann. Diese Frage wird in Rechtsprechung und Literatur weitgehend bejaht.[246] Dem ist zuzustimmen. Die dem Notar erteilte Vollzugsvollmacht ist grundsätzlich so auszulegen, dass sie dem jeweiligen Amtsinhaber erteilt wird, auch wenn ein Zusatz wie „sowie dessen amtlich bestelltem Vertreter oder Amtsnachfolger" fehlt. Sie bezieht sich nicht auf die konkrete Urkundsperson, es sei denn etwas anderes ist ausdrücklich bestimmt oder ergibt sich aufgrund besonderer Einzelfallumstände im Wege der Auslegung.[247] Nun übt zwar der Notarvertreter nicht das Amt des vertretenen Notars aus, sondern sein eigenes, jedoch leitet er dieses Amt von dem Amt des vertretenen Notars ab, er übt es anstelle des Amtes des vertretenen Notars aus.[248] Die Auslegung einer ausdrücklich nur dem vertretenen Notar erteilten Vollzugsvollmacht wird jedoch in aller Regel zu dem Ergebnis gelangen, dass die Vollmacht auch dem anstelle des vertretenen Notars sein Amt ausübenden Notarvertreter erteilt ist.

VI. Ausübung einer auf die Ausübung vor dem vertretenen Notar beschränkten Vollmacht vor dem Notarvertreter

Eine Frage, die mit der soeben erörterten vergleichbar ist, ist die, ob eine Vollmacht, die gemäß Anordnung des Vollmachtgebers nur vor dem Notar ausgeübt werden kann, trotz dieses Wortlautes auch vor dem Notarvertreter ausgeübt werden kann. Auch dies ist zu bejahen.[249] Die Auslegung einer solchen Vollmacht wird wiederum im Regelfall ergeben, dass sich die sich ausdrücklich nur auf den Notar beziehende Ausübungsbeschränkung nach ihrem Sinn und Zweck auf den jeweiligen Amtsinhaber bzw. auf einen sein Amt anstelle des Amtsinhabers ausübenden Notarvertreter bezieht.

VII. Gestaltung der Urkunden bei der Notarvertretung

1. Einführung

Die von dem Notarvertreter errichteten Urkunden werden dem vertretenen Notar zugerechnet, was dadurch verdeutlicht wird, dass sie mit dem Siegel des vertretenen Notars zu versehen und in die Urkundenrolle des vertretenen Notars einzutragen sind.[250] Die Tatsache, dass diese dem vertretenen Notar zuzurechnenden Urkunden nicht von ihm, sondern von dem Notarvertreter errichtet wurden, wird insbesondere dadurch verdeutlicht, dass der Notarvertreter gemäß § 41 Abs. 1 S. 2 BNotO seiner Unterschrift unter der Urkunde einen ihn als Notarvertreter kennzeichnenden Zusatz beifügen muss.[251]

2. Bezeichnung der Urkundsperson gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG im Falle der Notarvertretung

a) Anforderungen an die Bezeichnung der Urkundsperson im Falle der Notarvertretung

Bei einer Niederschrift gemäß §§ 8 ff. BeurkG muss bei einer Beurkundung durch einen Notarvertreter gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG in der Niederschrift angegeben werden, dass die Beurkundung durch einen Notarvertreter erfolgt, sowie die Namen des Notarvertreters und des vertretenen Notars.[252] Im Falle der Notarvertretung ist der Begriff „Notar" in § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG somit sowohl i. S. von „Notar" als auch i. S. von „Beurkundungsperson" zu verstehen,[253] somit müssen sowohl der vertretene Notar als auch der beurkundende Notarvertreter in der Niederschrift bezeichnet werden.

Aus dem Vorgesagten folgt, dass eine von dem Notarvertreter beurkundete Urkunde unwirksam ist, wenn der vertretene Notar und der Notarvertreter in der Urkunde nicht gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG bezeichnet sind. Diesbezüglich ist die Rechtsprechung des OLG Hamm hervorzuheben. Das Gericht hatte einen Sachverhalt zu entscheiden, in dem im Urkundseingang der vertretene Notar namentlich aufgeführt war, der Urkundstext zweimal die Kennzeichnung „Notar" enthielt und die Urkunde durch den Notarvertreter unter Beifügung des Zusatzes „Notarvertreter" unterschrieben war.[254] Das Gericht entschied in diesem Fall, dass eine ausreichende Bezeichnung des Notars i. S. des § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG nicht vorliege.[255] Zwar könne eine diesbezüglich unvollständige Angabe im Text der Niederschrift durch die Unterschrift der Urkundsperson so ergänzt werden, dass Textangaben und Unterschrift zusammen eine ausreichende Bezeichnung der Urkundsperson ergäben.[256] In dem zu entscheidenden Fall würden die Angaben im Text der Niederschrift bezüglich der Urkundsperson jedoch nicht durch die Unterschrift des Notarvertreters ergänzt, es bestehe vielmehr zwischen den Angaben im Text der Niederschrift und der Unterschrift ein Widerspruch, der anhand der Urkunde nicht aufzulösen sei.[257] Ob in einem Fall, in dem die Urkunde in ihrem Text sowohl die Bezeichnung „Notar" als auch die Bezeichnung „Notarvertreter" enthalte und dann von dem Notarvertreter unter Beifügung eines die Vertretung kennzeichnenden Zusatzes unterschrieben worden sei, eine aus-

246 LG Düsseldorf MittBayNot 2002, 526, 527 mit zustimmender Anm. Reithmann; LG Köln MittRhNotK 1984, 104, 105 betreffend den Übergang von dem Notar erteilten Vollmachten auf den Notariatsverwalter und auf den neu bestellten Notar; BayObLG DNotZ 1951, 521, 522 betreffend den Übergang von dem Notariatsverwalter erteilten Vollmachten auf den neu bestellten Notar; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 164.

247 So im Ergebnis auch Reithmann, Anm. zu LG Düsseldorf v. 14. 11. 2001 – 25 T 822/01 –, MittBayNot 2002, 527.

248 Vgl. Ausführungen unter C.I.

249 DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2005, 177, 179.

250 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 9.

251 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 10.

252 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 10.

253 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 10.

254 OLG Hamm DNotZ 1988, 565 ff. m. Anm. Reihmann.

255 OLG Hamm DNotZ 1988, 565, 567.

256 OLG Hamm DNotZ 1988, 565, 567 unter Hinweis auf BGHZ 38, 130 = NJW 1963, 200 = DNotZ 1964, 104.

257 OLG Hamm DNotZ 1988, 565, 567.

reichende Bezeichnung der Urkundsperson i. S. des § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG vorliege, wird vom OLG Hamm angezweifelt,[258] die Frage jedoch offengelassen, da in dem zu entscheidenden Fall der Urkundstext selbst keinerlei Hinweis auf den Notarvertreter als Urkundsperson enthalte.[259] Weiter führt das Gericht aus, dass Sinn und Zweck der Vorschrift des § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG nicht mehr gewahrt seien, wenn sich nach dem Urkundenwortlaut allein, auch im Wege der Auslegung, nicht zweifelsfrei feststellen lasse, dass die Niederschrift auch von derjenigen Urkundsperson, vor der die Verhandlung stattgefunden habe, unterschrieben worden sei.[260] Auch in einem weiteren, ähnlich gelagerten Fall hat das OLG Hamm einen Verstoß gegen § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG angenommen.[261] Hier wurde in der Niederschrift die Bezeichnung „Notar" verwandt, während die Urkunde von dem Notariatsverwalter entsprechend § 13 Abs. 3 BeurkG unterschrieben wurde. In dieser Entscheidung betont das Gericht, dass die Unterschrift der Urkundsperson und ihre Bezeichnung gemäß § 13 Abs. 3 BeurkG nicht zur Bezeichnung des Notars in der Niederschrift gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG herangezogen werden könnten.[262] Der Inhalt der Niederschrift und die Unterschrift wiesen nicht auf eine bestimmte Urkundsperson hin, sondern auf zwei verschiedene Personen.[263] Zudem hebt das Gericht hervor, dass die Vorschrift des § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG auf die Bezeichnung der Person des Beurkundenden abstelle und nicht auf die Bezeichnung des Amtes des Notars.[264] Das LG Koblenz vertritt in einer die Vorschriften der §§ 176 Abs. 1 Nr. 2 FGG a. F., 2241 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F. betreffenden Entscheidung[265] die Auffassung, dass bezüglich der Bezeichnung der Urkundsperson unschädlich sei, wenn im Urkundseingang der vertretene Notar aufgeführt sei, sofern im Urkundstext wiederholt das Wort „Notarvertreter" erscheine und die Urkunde von dem Notarvertreter unter Beifügung des Zusatzes „Notarvertreter" unterschrieben sei.[266] Als Begründung führt das Gericht aus, dass die Ansicht, die Bezeichnung des beurkundenden Notarvertreters müsse in den Teil der Urkunde aufgenommen werden, der anschließend vorzulesen, zu genehmigen und zu unterschreiben sei, dem Bedürfnis der Vermeidung unnötiger Formstrenge entgegenwirke und im Gesetz keine Stütze finde.[267]

In der Literatur ist die Rechtsprechung des OLG Hamm auf Kritik gestoßen. Zunächst wird eher allgemein hervorgehoben, dass es nicht schade, wenn in einer Urkunde der Notarvertreter als „Notar" bezeichnet sei, da der Notarvertreter als Notar handele.[268] In dem vom OLG Hamm am 4. 11. 1987 entschiedenen Fall stehe eindeutig fest, dass die Verhandlung vor dem Notarvertreter stattgefunden habe und dieser die Urkunde unterschrieben habe.[269] Teilweise wird in der Literatur ausdrücklich vertreten, dass die Urkunde auch dann wirksam sei, wenn im Urkundseingang der vertretene Notar aufgeführt sei, der Notarvertreter die Urkunde aber mit dem Unterschriftenzusatz unterschrieben habe.[270] Die in der Rechtsprechung vertretene gegenteilige Ansicht werde dem gesetzlichen Status des Notarvertreters nicht gerecht, der aufgrund des zwischen ihm und dem Staat bestehenden öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnisses als Notar handele.[271] Das Unterbleiben der Bezeichnung der Urkundsperson als Notarvertreter könne zumindest in den Fällen, in denen die Urkundsperson feststehe, nicht die Unwirksamkeit der Urkunde zur Folge haben.[272] Teilweise wird es in der Literatur dagegen für wichtig gehalten, dass im Urkundseingang der Notarvertreter erscheine.[273] Schließlich wird vertreten, dass es für die Bezeichnung der Urkundsperson im Rahmen einer Notarvertretung ausreichend sei, wenn die Tatsache, dass die Beurkundung nicht durch den vertretenen Notar erfolge, in einem Richtigstellungsvermerk am Schluss der Niederschrift klargestellt werde.[274]

b) Korrektur einer nicht ausreichenden Bezeichnung der Urkundsperson im Falle der Notarvertretung

Aufgrund der vorgenannten Rechtsprechung des OLG Hamm zur unzureichenden Bezeichnung der Urkundsperson in den Fällen der Notarvertretung gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG, drängt sich die Frage nach der Möglichkeit einer Korrektur einer als nicht ausreichend empfundenen Bezeichnung auf.

Das OLG Hamm hatte sich in der ersten der vorgenannten Entscheidungen mit dieser Frage auseinanderzusetzen. Das Gericht hat eine solche nachträgliche Korrekturmöglichkeit seitens des Notarvertreters verneint, da eine nachträgliche Änderung der Bezeichnung der Urkundsperson nicht mit der Berichtigung eines offensichtlichen Schreibfehlers gleichgesetzt werden könne und daher eine erneute Niederschrift unter Zuziehung aller Beteiligten erforderlich sei.[275]

Dem ist in der Literatur entgegengehalten worden, dass der Notar, dem im Rahmen des in seiner Niederschrift enthaltenen Berichts ein Irrtum unterlaufe, nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht habe, diesen Irrtum auch später zu berichtigen; dies sei bei der sogenannten Tatsachenbeurkundung unzweifelhaft, müsse aber auch für die Beurkundung von Willenserklärungen gelten, und zwar ohne Einschränkung für den Feststellungsinhalt der Niederschrift, etwa hinsichtlich der Identität der Erklärenden oder hinsichtlich des Ortes und der Zeit der Abgabe der Erklärungen und auch hinsichtlich der Mit-

---

258 OLG Hamm DNotZ 1988, 565, 567 unter Hinweis auf LG Koblenz DNotZ 1969, 702 und LG Nürnberg-Fürth DNotZ 1971, 764.
259 OLG Hamm DNotZ 1988, 565, 567.
260 OLG Hamm DNotZ 1988, 565, 567.
261 OLG Hamm DNotZ 1973, 444 ff.
262 OLG Hamm DNotZ 1973, 444, 445.
263 OLG Hamm DNotZ 1973, 444, 445.
264 OLG Hamm DNotZ 1973, 444, 446.
265 LG Koblenz, DNotZ 1969, 702 ff.
266 LG Koblenz, DNotZ 1969, 702, 703.
267 LG Koblenz, DNotZ 1969, 702, 703.
268 Reithmann, Anm. zu OLG Hamm v. 4. 11. 1987 – AZ 15 W 428/87, DNotZ 1988, 567, 568.
269 Reithmann, Anm. zu OLG Hamm v. 4. 11. 1987 – AZ 15 W 428/87, DNotZ 1988, 567, 568.
270 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 13; Huhn/v. Schuckmann/v. Schuckmann/Renner, 4. Aufl. 2003, § 9 BeurkG, Rn. 9; zumindest für den Fall, dass im Text der Niederschrift das Wort „Notarvertreter" erscheine auch Winkler, 15. Aufl. 2003, § 9 BeurkG, Rn. 4.
271 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 13.
272 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 13.
273 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 679.
274 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 10.
275 OLG Hamm DNotZ 1988, 565, 566.

wirkung des Notars.[276] Ausgangspunkt der Frage der Möglichkeit einer Korrektur einer nicht ausreichenden Bezeichnung der Urkundsperson sei die Tatsache, dass die Angaben zur Urkundsperson und somit auch die Tatsache, dass die Beurkundung von einem Notarvertreter vorgenommen wurde, Tatsachenbescheinigungen der die Urkunde unterzeichnenden Amtsperson seien.[277] Der Notarvertreter sei berechtigt und sogar verpflichtet, solche eigenen Angaben in der Niederschrift richtig zu stellen, wenn ihm nach Beendigung der Beurkundung ein diesbezüglicher Fehler auffalle.[278] Dies gelte auch, wenn die Niederschrift fälschlich keinen Hinweis darauf enthalte, dass die Beurkundung durch den Notarvertreter erfolgt sei oder dass umgekehrt im Eingang einer Urkunde von dem vormals vertretenen Notar als Urkundsperson der frühere Notarvertreter angegeben sei.[279] Eine diesbezügliche Korrektur habe in der Form eines das Datum und den Ort der Richtigstellung angebenden und zu siegelnden Nachtragsvermerks zu erfolgen.[280] Ein solcher Nachtragsvermerk soll auch dann noch möglich sein, wenn die fehlerhafte Urkunde bereits in den Rechtsverkehr gelangt ist.[281] Den Nachtragsvermerk soll allerdings nur derjenige anfertigen können, der die Beurkundung vorgenommen hat, im Falle einer Beurkundung durch den Notarvertreter also nur dieser.[282] Das hätte zur Folge, dass, wenn der Fehler erst nach dem Ende der Notarvertretung bemerkt wird, der vertretene Notar zu einer Korrektur nicht in der Lage und für eine Korrektur eine erneute Bestellung des Notarvertreters erforderlich wäre.[283] Die Gegenansicht in der Literatur hält der Ansicht, die die Möglichkeit einer nachträglichen Korrektur einer unzureichenden Bezeichnung der Urkundsperson grundsätzlich für zulässig erachtet, entgegen, hier sei der Wunsch der Vater des Gedankens.[284] Im Falle der fehlenden Bezeichnung der Urkundsperson i. S. des § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG sei die Niederschrift unwirksam, eine Urkunde liege nicht vor, mithin könne sie nicht durch eine spätere einseitige Handlung der Urkundsperson wirksam gemacht werden.[285] Die Heilung einer nichtigen Urkunde durch nachträgliche Handlungen des Notars sei ausgeschlossen.[286]

c) Stellungnahme

Will man sich der Problematik der fehlenden Bezeichnung der Urkundsperson in den Fällen der Notarvertretung nähern, bietet es sich an, zunächst die unproblematischen Fälle ausgrenzen. Es sind dies all jene, in denen im Urkundseingang korrekt sowohl der Notarvertreter als Urkundsperson als auch der vertretene Notar angegeben werden und die Urkunde durch den Notarvertreter unter Beifügung des Vertreterzusatzes gemäß § 41 Abs. 1 S. 2 BNotO unterschrieben wird. In diesen Fällen ist die Urkundsperson ausreichend bezeichnet i. S. des § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG, und zwar auch dann, wenn im übrigen Text der Urkunde angegeben ist, „der Notar" habe Belehrungen vorgenommen, Erklärungen entgegengenommen, die Urkunde verlesen etc. oder im Urkundstext nebeneinander die unterschiedlichsten Formulierungen anzutreffen sind, wie etwa „Notar", „beurkundender Notar", „vertretener Notar" und „Notarvertreter". Auch in solchen Fällen ist die Urkundsperson durch die Angaben im Urkundseingang und die Unterschrift des Notarvertreters ausreichend bezeichnet. Die – möglicherweise ungenaue – Verwendung der Begriffe „Notar", „Notarvertreter" etc. im übrigen Urkundstext ist grundsätzlich nicht dazu geeignet, diese Bezeichnung zu erschüttern. Es ist für die Wirksamkeit der Urkunde also nicht zwingend erforderlich, dass in der von dem Notarvertreter beurkundeten Niederschrift ständig das Wort „Notar" durch das Wort „Notarvertreter" ersetzt wird.[287] Diesbezügliche Ungenauigkeiten im Urkundstext können unproblematisch im Wege der Auslegung bereinigt werden, zumal die Bezeichnung „Notar" ohnehin nicht personell, sondern vielmehr i. S. von „Urkundsperson" zu verstehen ist[288] und daher auch den Notarvertreter umfasst. Ergeht auf der anderen Seite ein Vollzugsauftrag an den „Notarvertreter" wird eine Auslegung der Urkunde in aller Regel ergeben, dass nicht etwa der Notarvertreter in Person beauftragt wurde, sondern der jeweilige Amtsinhaber und somit nach Beendigung der Vertretung auch der vertretene Notar. Die in der Praxis zum Teil verwendeten formelhaften Klarstellungen am Anfang der Urkunde, wie etwa: „Soweit im Folgenden von ‚Notar' die Rede ist, ist sinngemäß ‚Notarvertreter' gemeint", mögen der Verständlichkeit der Urkunde dienen, für deren Wirksamkeit sind sie hingegen nicht erforderlich, solange im Urkundseingang der Notarvertreter und der vertretene Notar aufgeführt sind und die Urkunde von dem Notarvertreter mit Vertreterzusatz unterschrieben wird.

Die Frage der Unwirksamkeit der Urkunde wegen fehlender Bezeichnung der Urkundsperson i. S. des § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG stellt sich somit in der Praxis nur in den Fällen, in denen im Urkundseingang entweder nur der vertretene Notar oder nur der Notarvertreter aufgeführt ist. Wenn im Urkundseingang der Notarvertreter, nicht aber der vertretene Notar aufgeführt ist, müsste die Urkunde an sich wegen fehlender Bezeichnung der Urkundsperson unwirksam sein, wenn man der Ansicht folgt, dass im Falle der Notarvertretung § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG sowohl die Bezeichnung des Notarvertreters als auch die Bezeichnung des vertretenen Notars verlange. Man könnte allenfalls argumentieren, dass das gemäß § 41 Abs. 1 S. 2 BNotO auf die Urkunde aufzubringende Siegel des vertretenen Notars ausreiche, um den vertretenen Notar als diejenige Amtsperson, von der der Notarvertreter sein Amt ableitet, i. S. des § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG zu bezeichnen. Die Schwäche dieser Argumentation liegt jedoch darin, dass der Hinweis auf den vertretenen Notar aufgrund der Verwendung dessen

---

276 Reithmann, Anm. zu OLG Hamm v. 4. 11. 1987 – AZ 15 W 428/87, DNotZ 1988, 567, 568 f.
277 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 11.
278 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 11; Reithmann, Anm. zu OLG Hamm v. 4. 11. 1987 – AZ 15 W 428/87, DNotZ 1988, 567, 568 f.
279 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 11.
280 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 11.
281 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 11; Reithmann, Anm. zu OLG Hamm v. 4. 11. 1987 – AZ 15 W 428/87, DNotZ 1988, 567, 569 f.
282 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 11.
283 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 11.
284 Bracker, DNotZ 1997, 95, 96.
285 Bracker, DNotZ 1997, 95, 96.
286 Bracker, DNotZ 1997, 95, 96.
287 Schippel/Bracker/Schäfer, § 41 BNotO, Rn. 13.
288 Für letztere Alternative: Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 10.

Siegels streng genommen nicht *in* der Niederschrift enthalten ist. Sicherheitshalber sollte daher die Bezeichnung des vertretenen Notars mittels Nachtragsvermerk gemäß § 44 a Abs. 2 S. 1 BeurkG nachgeholt werden. Eine solche Korrektur ist zumindest für den Notarvertreter, letztlich aber nach Beendigung der Notarvertretung auch für den vertretenen Notar möglich, da für beide das Fehlen der Bezeichnung des vertretenen Notars sowie die entsprechende korrekte Bezeichnung offensichtlich sind. Es verbleiben Fälle dergestalt, wie sie auch vom OLG Hamm zu entscheiden waren: Im Urkundseingang wird nur der vertretene Notar aufgeführt, im weiteren Urkundstext werden der Begriff „Notar" oder der Begriff „Notarvertreter" oder beide Begriffe verwendet und die Urkunde wird durch den Notarvertreter mit Vertreterzusatz unterschrieben. Hier ist Vorsicht angebracht, da solche Urkunden in der Tat, wie vom OLG Hamm vorgebracht, widersprüchlich sind. Man kann letztlich anhand der Niederschrift nicht eindeutig bestimmen, ob die Verhandlung vor dem unterzeichnenden Notarvertreter oder vor dem im Urkundseingang aufgeführten Notar stattgefunden hat. Diese Unsicherheit besteht letztlich unabhängig davon, welche Begriffe hinsichtlich der Urkundsperson im übrigen Urkundstext verwendet werden. Der Hinweis darauf, dass der Notarvertreter „als Notar handele" ist zwar richtig, vermag aber den Widerspruch nicht aufzulösen, da eben anhand der Niederschrift nicht sicher festgestellt werden kann, ob der Notarvertreter gehandelt hat. Man könnte allerdings vertreten, dass allein aus der Unterschrift des Notarvertreters mit Vertreterzusatz deutlich werde, wer Urkundsperson ist und der Urkundseingang demgegenüber in den Hintergrund trete. Dem könnte aber wiederum entgegengehalten werden, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Notarvertreter fälschlicherweise die von dem vertretenen Notar aufgenommene Niederschrift unterzeichnet habe. Letztlich dürften diese Fälle in der Praxis eher selten sein, was sich auch an dem Alter der einschlägigen Gerichtsentscheidungen zeigt. Der Rat kann nur dahingehend lauten, dass man bei Urkunden des Notarvertreters stets im Urkundseingang sowohl den Notarvertreter als auch den vertretenen Notar aufführt, um die Unwirksamkeit der Urkunde nicht zu riskieren.

Wenn nun im Eingang einer Urkunde des Notarvertreters nur der vertretene Notar aufgeführt ist, stellt sich die Frage der nachträglichen Korrektur der Urkunde, möglichst ohne neue Niederschrift, um Zweifel an der Wirksamkeit dieser Urkunde auszuschließen. Hier bietet sich die nachträgliche Korrektur im Wege der Berichtigung offensichtlicher Unrichtigkeiten mittels Nachtragsvermerk gemäß § 44 a Abs. 2 S. 1 BeurkG an. Sämtliche Voraussetzungen liegen vor: es liegt eine Niederschrift vor, deren Unrichtigkeit zumindest für den Notarvertreter offensichtlich ist, da er ja weiß, dass er die Beurkundung vorgenommen hat. Ob auch der vertretene Notar die Berichtigung nach dem Ende der Notarvertretung vornehmen kann, erscheint hingegen fraglich, da er zwar weiß, dass er die Beurkundung nicht vorgenommen hat, aber nicht sicher sagen kann, ob sie der Notarvertreter vorgenommen hat. Dies ergibt sich für ihn auch nicht sicher aus Umständen außerhalb der Urkunde. Er müsste vielmehr Personen, die an der Beurkundung teilgenommen haben, fragen. Sicherheitshalber sollte der Notar den vormaligen Notarvertreter erneut zum Vertreter bestellen lassen und ihn den Nachtragsvermerk gemäß § 44 a Abs. 2 S. 1 BNotO anfertigen lassen.[289] Das Argument, dass man eine unwirksame Urkunde nicht durch einen Nachtragsvermerk gemäß § 44 a Abs. 2 S. 1 BNotO wirksam machen könne, ist zum einen nur einschlägig, wenn man in den hier behandelten Fällen mit dem OLG Hamm eine Unwirksamkeit der Urkunde annimmt. Zum anderen lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen, dass ein Fehler, der zur Unwirksamkeit der Urkunde führt, aber offensichtlich ist, nicht mittels Nachtragsvermerk gemäß § 44 a Abs. 2 S. 1 BNotO berichtigt werden kann. Eine solche Differenzierung lässt sich insbesondere § 44 a Abs. 2 S. 1 BNotO nicht entnehmen. Dass die Konsequenz einer solchen Korrektur die Wirksamkeit der Urkunde ist, liegt dann in der Natur der Sache.

d) Bezeichnung der Urkundsperson in Sonderfällen

Im Folgenden sollen noch kurz zwei „skurrilere" wenngleich denkbare Sonderfälle im Zusammenhang mit der Bezeichnung der Urkundsperson i. S. des § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG bei der Notarvertretung angesprochen werden.

Zunächst der Fall, dass ein Notarvertreter gleichzeitig für zwei Notare bestellt ist und in der Niederschrift der falsche vertretene Notar bezeichnet ist. Für diesen Fall wird vertreten, dass die Wirksamkeit der Beurkundung davon abhinge, dass der Notarvertreter in der Niederschrift gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG richtig bezeichnet sei.[290] Zunächst muss gesagt, werden, dass Fälle, in denen ein für zwei Notare bestellter Notarvertreter bei einer Beurkundung zwingend einen dieser Notare vertreten muss, äußerst selten vorkommen dürften. Zu denken wäre etwa daran, dass die Beurkundung des Notarvertreters in Ausübung einer Vollmacht erfolgt, deren Ausübung zwingend an einen der Notare gebunden ist. Ob in einem solchen Fall die Urkunde trotz der falschen Bezeichnung des vertretenen Notars wirksam ist, erscheint fraglich, wenn man davon ausgeht, dass bei einer Urkunde des Notarvertreters gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG sowohl der Notarvertreter als auch der vertretene Notar bezeichnet sein müssen.

In dem Fall, dass ein Notarvertreter nicht in Vertretung des Notars, für den er als Vertreter bestellt ist, sondern in Vertretung eines anderen Notars beurkundet, soll die Beurkundung wirksam sein, da der Notarvertreter seine Urkundsgewalt nicht von einem Notar, sondern vom Staat ableite.[291] Diese Fragestellung sei somit keine der Bezeichnung gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG, sondern eine solche der Urkundsgewalt des Notarvertreters.[292] Auch diese Ansicht erscheint fragwürdig. Schließlich ist der in der Urkunde bezeichnete vertretene Notar nicht der Notar, von dem der Notarvertreter sein Amt ableitet.

289 Siehe hierzu auch die Ausführungen unter E.II.1.
290 Winkler, § 9 BeurkG, Rn. 4.
291 Winkler, § 9 BeurkG, Rn. 6.
292 Winkler, § 9 BeurkG, Rn. 6.

VIII. Haftung des Notarvertreters und des vertretenen Notars

Die Haftung des vertretenen Notars und des Notarvertreters bei Amtspflichtverletzungen des Notarvertreters ist in § 46 BNotO geregelt, wobei die Grundlage für die persönliche unbeschränkte Haftung des Notarvertreters § 19 BNotO ist, der gemäß § 39 Abs. 4 BNotO auf den Notarvertreter entsprechend anwendbar ist.[293] § 46 S. 1 BNotO gibt dem durch eine Amtspflichtverletzung des Notarvertreters Geschädigten einen gesamtschuldnerischen Anspruch gegen den vertretenen Notar. § 46 S. 2 BNotO regelt den Haftungsausgleich zwischen Notarvertreter und vertretenem Notar in deren Innenverhältnis. Dabei ist § 46 S. 1 BNotO zwingendes Recht, während § 46 S. 2 BNotO dispositives Recht ist.[294] Für Streitigkeiten zwischen dem vertretenen Notar und dem Notarvertreter betreffend ihre Haftung ist gemäß § 42 BNotO der ordentliche Rechtsweg zu den Landgerichten eröffnet. Die Staatshaftung ist für den Notarvertreter gemäß §§ 39 Abs. 4, 19 Abs. 1 S. 4 BNotO ebenso ausgeschlossen wie für den Notar.[295] Gegen die Ausweitung der Haftung des vertretenen Notars für von ihm nicht begangene Amtspflichtverletzungen bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken.[296]

1. Verschuldete Amtspflichtverletzung des Notarvertreters

Dem Notarvertreter obliegen grundsätzlich dieselben Amtspflichten wie dem vertretenen Notar. Auch der Verschuldensmaßstab ist hinsichtlich des Notarvertreters nicht gegenüber dem vertretenen Notar gemindert.[297] Es obliegt damit dem Notarvertreter, sich vor der Erklärung seines Einverständnisses mit der Notarvertretung seiner Fähigkeiten zu vergewissern und sich mit den Gegebenheiten des Büros des zu vertretenden Notars vertraut zu machen.[298] Ein unerfahrener Notarvertreter ist somit ggf. gehalten, vor Erklärung seines Einverständnisses mit der Notarvertretung Erkundigungen über das Büro des zu vertretenden Notars einzuholen.[299] Die gesamtschuldnerische Haftung des Notars gemäß § 46 S. 1 BNotO kommt dann nicht in Betracht, wenn der Notarvertreter eine nur ihn treffende Amtspflicht verletzt.[300] Für die gesamtschuldnerische Haftung des vertretenen Notars und des Notarvertreters gemäß § 46 S. 1 BNotO muss außerdem ein Verschulden des Notarvertreters vorliegen.[301]

Voraussetzung der gesamtschuldnerischen Haftung gemäß § 46 Satz 1 BNotO ist stets, dass der Notarvertreter ordnungsgemäß bestellt wurde.[302] Wenn der vermeintliche Notarvertreter eine Beurkundung vornimmt, ohne dass sein Vertreterstatus besteht, haftet er nicht gemäß § 19 BNotO.[303] Auch § 46 S. 1 BNotO ist insoweit nicht einschlägig,[304] da keine Amtspflichtverletzung eines Notarvertreters vorliegt.[305] Eine solche Situation entsteht insbesondere dann, wenn der vermeintliche Notarvertreter vor dem Zugang der Vertreterbestellung oder vor dem in der Vertreterbestellung angegebenen Anfangszeitpunkt oder nach Beendigung der Notarvertretung, insbesondere durch Ablauf des in der Vertreterbestellung angegebenen Endzeitpunkts unwirksame Amtshandlungen vornimmt.[306] In der Regel ist in diesen Fällen für die Haftung des vermeintlichen Notarvertreters gegenüber dem Geschädigten keine Anspruchsgrundlage einschlägig.[307] Eine Amtshaftung des vermeintlichen Notarvertreters aus Rechtsscheinsgesichtspunkten kommt nicht in Betracht.[308] Ebenso scheidet eine vertragliche Haftung des vermeintlichen Notarvertreters aus, da kein Vertragsverhältnis zwischen ihm und den Beteiligten besteht.[309] Als potentielle Anspruchsgrundlagen gegenüber dem vermeintlichen Notarvertreter bleiben dem Geschädigten somit grundsätzlich nur § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit einem strafrechtlichen Schutzgesetz.[310] Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn der vermeintliche Notarvertreter zu einem späteren Zeitpunkt erneut als wirksam bestellter Notarvertreter mit der fraglichen Angelegenheit befasst wird. In diesen Fällen kann eine Haftung des nunmehr wirksam bestellten Notarvertreters gemäß §§ 39 Abs. 4, 19 Abs. 1 BNotO unter den Gesichtspunkten einer versäumten Überprüfung[311] oder der Realisierung der durch den vermeintlichen Notarvertreter gesetzten Grundlage für die Amtshaftung zum Zeitpunkt der Vollendung des notariellen Geschäfts durch den nunmehr wirksam bestellten Notarvertreter in Betracht kommen. Für eine Handlung des vermeintlichen Notarvertreters kann eine Haftung des vermeintlich vertretenen Notars nur aufgrund eigener Pflichtverletzung unmittelbar gemäß § 19 Abs. 1 BNotO bestehen. Eine solche Haftung des Notars kommt etwa in Betracht, wenn er es schuldhaft versäumt hat, sich vor dem Beginn der Notarvertretung vom Vorliegen einer ordnungsgemäßen Vertreterbestellung zu überzeugen oder die Überprüfung ihres Vorliegens anzuordnen.[312] Wird der vermeintlich vertretene Notar wegen der Verletzung derartiger Kontrollpflichten erfolgreich in Anspruch genommen, scheidet ein gesamtschuldnerischer Rückgriffsanspruch gegen den vermeintlichen Notarvertreter aus, da ein Gesamtschuldverhältnis gemäß § 46 S. 1 BNotO nicht vorliegt. Unter Umständen besteht in einem solchen Fall ein privatrechtlicher Rückgriffsan-

---

293 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 1.
294 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 1.
295 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 1.
296 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 46 BNotO, Rn. 2.
297 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 2.
298 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 2; Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 142.
299 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 2.
300 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 46 BNotO, Rn. 3.
301 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 46 BNotO, Rn. 3.
302 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 46 BNotO, Rn. 4; Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 112; vgl. auch BGH DNotZ 1958, 33, 34 f.
303 Vgl. schon RG DNotZ 1934, 38; Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 113; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 29; Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 695.
304 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 46 BNotO, Rn. 4.
305 Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 112; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 460.
306 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 4.
307 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 4; Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 113, Rn. 143.
308 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 4; Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 112, Rn. 143.
309 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 4.
310 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 4; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 29; Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 113.
311 Vgl. RG DNotZ 1934, 38.
312 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 5; Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 695; Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 115.

spruch des vermeintlich vertretenen Notars aus Anstellungs- oder Sozietätsvertrag.[313] Darüber hinaus kommt eine gesamtschuldnerische Mithaftung des jeweiligen Bundeslandes wegen Versäumnissen im Zusammenhang mit der Vertreterbestellung in Betracht.[314]

2. Außenverhältnis

Im Außenverhältnis zum Geschädigten ordnet § 46 S. 1 BNotO eine gesamtschuldnerische Haftung des vertretenen Notars und des Notarvertreters für die von dem Notarvertreter begangenen Amtspflichtverletzungen an. Dem Anspruchsteller steht es somit frei, den Notarvertreter, den vertretenen Notar oder beide in Anspruch zu nehmen.[315] Weder der Notarvertreter noch der vertretene Notar können sich im Außenverhältnis auf eine subsidiäre Haftung berufen.[316] Die gesamtschuldnerische Haftung des vertretenen Notars gemäß § 46 S. 1 BNotO ist eine Konsequenz aus der Tatsache, dass das Handeln des Notarvertreters der Notarstelle des vertretenen Notars zugerechnet wird.[317] Die Haftung des vertretenen Notars gemäß § 46 S. 1 BNotO kommt dabei nur dann in Betracht, wenn in der Person des Notarvertreters sämtliche Voraussetzungen eines Amtshaftungsanspruches vorliegen, also Amtspflichtverletzung, Verschulden, Schaden, Ursächlichkeit der Pflichtverletzung und keine sonstige Ersatzmöglichkeit; man kann insoweit auch von einer akzessorischen Haftung des vertretenen Notars sprechen.[318] Auf ein eigenes Verschulden des vertretenen Notars, zum Beispiel im Rahmen der Auswahl des Vertreters oder bei dessen Einführung in die Notarstelle, kommt es für die Haftung des vertretenen Notars gemäß § 46 S. 1 BNotO hingegen nicht an.[319] Aus der gesamtschuldnerischen Haftung von Notarvertreter und vertretenem Notar folgt, dass gemäß § 425 BGB Veränderungen des entstandenen Amtshaftungsanspruchs grundsätzlich nur den Gesamtschuldner betreffen, in dessen Person sie eingetreten sind.[320] So bindet etwa ein Anerkenntnis des Notarvertreters nicht den vertretenen Notar und eine Verjährungsunterbrechung gegenüber dem vertretenen Notar hindert nicht die Verjährung des Anspruchs gegen den Notarvertreter.[321]

3. Innenverhältnis

a) Grundsatz

Im Innenverhältnis zwischen dem vertretenen Notar und dem Notarvertreter haftet der Notarvertreter grundsätzlich gemäß § 46 S. 2 BNotO allein.

b) Mitverantwortlichkeit des vertretenen Notars

Diese Alleinhaftung des Notarvertreters im Innenverhältnis gilt jedoch nicht ausnahmslos. So kann etwas anderes gelten, soweit den vertretenen Notar ein Mitverschulden trifft.[322] Dabei ist von dem Grundsatz der selbstständigen und eigenverantwortlichen Vertretertätigkeit auszugehen.[323] Der von dem zu vertretenden Notar vorgeschlagene Notarvertreter muss sich gemäß § 39 Abs. 3 S. 3 BNotO zur Übernahme des Amtes bereit erklären; wenn er sich dazu nicht befähigt fühlt, muss er die Amtsübernahme ablehnen.[324] Dem vertretenen Notar soll auch grundsätzlich nicht zugemutet werden können, dass er bei einer kurzen Notarvertretung den Notarvertreter mit allen Einzelheiten seines Notariats vertraut macht.[325] Wenn vielmehr der zu vertretende Notar davon ausgehen kann, dass der in Aussicht genommene Notarvertreter bei Anwendung der vorauszusetzenden Gewissenhaftigkeit fachlich der Aufgabe gewachsen ist, hat er grundsätzlich keine allgemeinen Einweisungspflichten.[326] Daraus folgt, dass sich unerfahrene Kandidaten für das Amt des Notarvertreters vor der Erklärung ihres Einverständnisses mit der Übernahme des Amtes des Notarvertreters selbst prüfen sollten, ob die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen für diese Amtsübernahme vorliegen, und dass sie sich ggf. mit den Gegebenheiten und Abläufen in dem Büro des zu vertretenen Notars vor dem Beginn der Notarvertretung vertraut machen sollten.[327] Andererseits soll der vertretene Notar die Amtspflicht haben, eine Notarvertretung so zu organisieren, dass Schädigungen Dritter, die aus einer mangelhaften Auswahl oder Einweisung des Notarvertreters resultieren, vermieden werden.[328] Der vertretene Notar soll darüber hinaus die Amtspflicht haben, grundsätzlich Vorsorge für möglichst reibungslose Notarvertretungen zu treffen.[329] Ferner wird postuliert, dass der vertretene Notar gegenüber unerfahreneren Notarvertretern betreuende Pflichten habe.[330] Schließlich soll der vertretene Notar auch die Pflicht haben, durch entsprechende Hinweise sicherzustellen, dass der Notarvertreter seine Amtsgeschäfte nicht vor Wirksamwerden der Vertreterbestellung aufnimmt.[331]

Für eine Mithaftung des vertretenen Notars im Innenverhältnis kommt es stets auf den Grad der Mitursächlichkeit seiner Handlungen und seines Verschuldens an.[332] Hierbei kann eine Rolle spielen, dass der vertretene Notar in erster Linie für die Organisation des Notariats und für die Auswahl und Kontrolle seiner Mitarbeiter verantwortlich ist.[333] So kommt eine Mithaftung des vertretenen Notars im Innenverhältnis zum Notarvertreter insbesondere dann in Betracht, wenn die Amtspflichtverletzung des Notarvertreters durch mangelhaft geschultes Personal des vertretenen Notars oder durch dessen mangelhafte Büroorganisation mitverursacht wurde, sowie dann, wenn die eigentliche Ursache

313 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 5.
314 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 5.
315 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 1.
316 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 1.
317 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 2.
318 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 3.
319 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 3.
320 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 3.
321 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 3.
322 OLG Celle DNotZ 1985, 246, 248; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 46 BNotO, Rn. 6; Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 696; Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 7; Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 120, Rn. 141; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 460.
323 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 7; Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 121.
324 Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 141.
325 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 7 unter Verweis auf OLG Hamm VersR 1978, 829.
326 Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 141.
327 Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 142.
328 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 5.
329 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 8.
330 OLG Celle DNotZ 1985, 246, 249.
331 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 5.
332 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 46 BNotO, Rn. 6; OLG Celle DNotZ 1985, 246, 248.
333 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 46 BNotO, Rn. 6; OLG Celle DNotZ 1985, 246, 249.

für die Amtspflichtverletzung des Notarvertreters in der mangelhaften Vorbereitung der Beurkundung durch den vertretenen Notar oder im Fehlen von schriftlichen Vermerken betreffend die Weiterbehandlung einer Angelegenheit liegt.[334] Eine nur fahrlässige Verletzung eigener Amtspflichten seitens des vertretenen Notars soll aber dann nichts an der alleinigen Haftung des Notarvertreters im Innenverhältnis gemäß § 46 S. 2 BNotO ändern, wenn dem Notarvertreter grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorzuwerfen ist.[335]

Konsequenz aus einer Mitverantwortlichkeit des vertretenen Notars für den eingetretenen Schaden im vorgenannten Sinne kann auch eine eigenständige Haftung des vertretenen Notars für eine eigene Amtspflichtverletzung gemäß § 19 BNotO sein.[336] Eine derartige eigenständige Amtshaftung des vertretenen Notars ist dann praktisch relevant, wenn ein Amtshaftungsanspruch gegen den Notarvertreter und damit eine gesamtschuldnerische Haftung des vertretenen Notars gemäß § 46 S. 1 BNotO ausscheidet, weil etwa den Notarvertreter kein Verschulden trifft oder weil die Vertreterbestellung unwirksam war.[337]

c) Rückgriffsanspruch des vertretenen Notars

Abweichend von der Auslegungsregel des § 426 Abs. 1 S. 1 BGB haftet der Notarvertreter für seine Amtspflichtverletzungen im Innenverhältnis zu dem vertretenen Notar gemäß § 46 S. 2 BNotO grundsätzlich allein.[338] Für die Alleinhaftung des Notarvertreters im Innenverhältnis zu dem vertretenen Notar spricht, dass sich die gesamtschuldnerische Haftung beider aus der Amtspflichtverletzung des Notarvertreters ergibt.[339] Ein Argument gegen diese Alleinhaftung ist jedoch die alleinige Gebührengläubigerschaft des vertretenen Notars.[340]

Wenn also der von einem Geschädigten in Anspruch genommene vertretene Notar im Außenverhältnis Schadensersatz leistet, hat er grundsätzlich einen Rückgriffsanspruch gegen den Notarvertreter, der sich allerdings bei einer Mitverantwortlichkeit des vertretenen Notars entsprechend reduziert.[341] Stellt der vertretene Notar nach einem Schadensfall den Notarvertreter von der Haftung im Innenverhältnis frei, ist die entsprechende Vereinbarung als Erlassvertrag gemäß § 397 BGB zu qualifizieren.[342]

Aufgrund der Dispositivität der Vorschrift des § 46 S. 2 BNotO sind selbstverständlich Vereinbarungen im Rahmen des Vertretervertrages möglich, die von der Alleinhaftung des Notarvertreters im Innenverhältnis zu dem vertretenen Notar abweichen.[343] So können der vertretene Notar und der Notarvertreter bereits vor der Notarvertretung vereinbaren, dass der vertretene Notar auf Rückgriffsansprüche gegen den Notarvertreter verzichtet[344] oder dass der Rückgriff des vertretenen Notars gegen den Notarvertreter eingeschränkt ist.[345] Eine derartige Vereinbarung ist – wie der gesamte Vertretervertrag – privatrechtlicher Natur.[346] Die Konsequenz eines solchen vertraglichen Rückgriffsverzichts kann jedoch nach den Bedingungen der Haftpflichtversicherung des vertretenen Notars eine Beeinträchtigung seines Versicherungsschutzes sein.[347]

4. Haftpflichtversicherung des Notarvertreters und des vertretenen Notars

Der Notarvertreter ist nicht gemäß § 19 a BNotO verpflichtet, eine eigene Berufshaftpflichtversicherung zu unterhalten, da § 39 Abs. 4 BNotO nicht auf diese Vorschrift verweist.[348] Der Notarvertreter ist vielmehr im Rahmen des Versicherungsvertrages des vertretenen Notars grundsätzlich mitversichert,[349] so dass im Außenverhältnis eine ausreichende Deckung gewährleistet ist und der vertretene Notar bzw. dessen Haftpflichtversicherung das Rückgriffsrisiko gegenüber dem Notarvertreter trägt.[350] Der Notarvertreter kann dem erhöhten Haftungsrisiko vor dem Hintergrund seiner Arbeit in einem in personeller und organisatorischer Hinsicht für ihn fremden Notariat sowie seiner mangelnden Kenntnis von Amtsgeschäften, die von dem vertretenen Notar begonnen und von ihm weiterzuführen sind, dadurch begegnen, dass er den Versicherungsschutz im Rahmen des Versicherungsvertrages des vertretenen Notars mit einer Anschlussversicherung erhöht.[351]

5. Die Freistellung des Notarassessors

Der Notarassessor unterscheidet sich von anderen Notarvertretern dadurch, dass er in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Land steht und daher zur Übernahme von Notarvertretungen verpflichtet ist.[352] Vor diesem Hintergrund ist es in der Praxis üblich, dass die Haftung des Notarassessors, der zum Notarvertreter bestellt wurde, im Innenverhältnis auf beamtenrechtliche Grundsätze beschränkt und er bei einer Inanspruchnahme von dem vertretenen Notar entsprechend freigestellt wird, wenn er nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat und soweit dies mangels einer ausreichenden Abdeckung durch die Haftpflichtversicherung erforderlich ist.[353] So gibt es im Bereich des hauptberuflichen Notariats die Übung, dass der Notar, der die Bestellung eines Notarassessors zu seinem Vertreter wünscht, gegenüber der Notarkammer eine Erklärung des Inhalts abgeben muss, dass er den Notarassessor von dessen Haftung freistellt und einen Regressanspruch nicht erhebt, wenn dem Notarassessor nur einfache

334 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 8.
335 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 8.
336 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 5.
337 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 5.
338 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 6.
339 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 6.
340 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 6.
341 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 46 BNotO, Rn. 7.
342 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 46 BNotO, Rn. 8.
343 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 7; Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 9.
344 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 46 BNotO, Rn. 8.
345 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 9.
346 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 9.
347 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 9; Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 121.
348 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 1; Würzburger Notarhandbuch/Zimmermann, Teil 1, Kapitel 6, B.I.1.b), Rn. 1564.
349 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 696; Schippel/Bracker/Schäfer, § 46 BNotO, Rn. 1; Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 121.
350 Würzburger Notarhandbuch/Zimmermann, Teil 1, Kapitel 6, B.I.1.b), Rn. 1564 unter Hinweis auf den Willen des Gesetzgebers.
351 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 3.
352 Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 460.
353 Schippel/Bracker/Schramm, § 46 BNotO, Rn. 9; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 461.

Fahrlässigkeit zur Last fällt.[354] Fraglich ist jedoch die rechtliche Bedeutung einer solchen Erklärung des Notars gegenüber der Notarkammer. Insoweit wird vertreten, dass eine solche Erklärung des Notars die Geschäftsgrundlage des zwischen dem vertretenen Notar und dem Notarassessor (mündlich) abgeschlossenen Vertretervertrages bilde, so dass der seiner Erklärung gegenüber der Notarkammer zuwider handelnde Notar wider Treu und Glauben handele.[355] In anderen Fällen soll ein entsprechender Vertrag zwischen der Notarkammer und den Notaren zugunsten der Notarassessoren bestehen.[356]

IX. Disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit des Notarvertreters

Der Notarvertreter untersteht grundsätzlich der Dienstaufsicht und der Disziplinargewalt der Aufsichtsbehörde.[357] Hieraus folgt, dass gegen ihn persönlich ein Dienststrafverfahren eingeleitet werden kann, wenn er seine Pflichten verletzt.[358] Dienstpflichtverletzungen seitens des Notarvertreters während seiner Vertretungszeit können auch nach Beendigung der Notarvertretung disziplinarrechtlich geahndet werden, wenn der Notarvertreter nach Beendigung der Notarvertretung weiterhin das Amt des Notars ausübt.[359] Fraglich ist, ob gegen den vormaligen Notarvertreter, der während seiner Vertretungszeit ein Dienstvergehen begangen hat, disziplinarrechtliche Maßnahmen möglich sind, wenn er später zum Notar bestellt wird. Vor dem Hintergrund der entsprechenden Anwendbarkeit der Vorschriften der Landesdisziplinarordnungen gemäß § 96 BNotO und dort geregelter Möglichkeiten der Ahndung von Dienstvergehen im Rahmen früherer Beamten-, Richter- oder Berufssoldatenverhältnisse soll dies zu bejahen sein.[360]

Ein Rechtsanwalt, der nach Beendigung der Notarvertretung ausschließlich als Rechtsanwalt tätig wird, kann dagegen durch die Aufsichtsbehörde nach der Beendigung der Notarvertretung nicht mehr disziplinarrechtlich belangt werden, sondern nur noch durch die anwaltliche Ehrengerichtsbarkeit.[361] Ein Rechtsanwalt verletzt auch seine anwaltlichen Pflichten, wenn er als Notarvertreter Amtspflichtverletzungen begangen hat, die von der Aufsichtsbehörde nicht mehr verfolgt werden können, weil der Rechtsanwalt nach Beendigung der Notarvertretung nicht mehr ihrer Aufsicht untersteht.[362]

D. Ende der Notarvertretung

I. Vertreterstatus und Amtsübergabe

Korrespondierend zu den Verhältnissen bei Beginn der Notarvertretung ist auch hinsichtlich der Beendigung der Notarvertretung zunächst zu differenzieren zwischen dem Wegfall des durch die Vertreterbestellung begründeten öffentlich-rechtlichen Status des Notarvertreters durch den Ablauf der in der Vertreterbestellung angegebenen Zeitspanne für die Notarvertretung oder dem Widerruf der Vertreterbestellung auf der einen Seite und dem das Innenverhältnis zwischen Notarvertreter und vertretenem Notar betreffenden Ende der Amtsbefugnis des Notarvertreters durch Amtsübergabe gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO auf der anderen Seite.[363] Der für das Außenverhältnis relevante Rahmen der Vertretungsbefugnis des Notarvertreters wird definiert durch die Wirksamkeit der Vertreterbestellung,[364] während die Amtsübergabe an den vertretenen Notar gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO nur das Innenverhältnis zwischen dem Notarvertreter und dem vertretenen Notar betrifft.[365] Mit anderen Worten: Der Notarvertreter kann auch nach der Amtsübergabe gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO nach außen wirksame Amtshandlungen vornehmen, solange die Vertreterbestellung wirksam ist; umgekehrt kann der Notarvertreter unabhängig von einer Amtsübergabe gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO ab dem Zeitpunkt keine wirksamen Amtshandlungen mehr vornehmen, in dem die Vertreterbestellung unwirksam wird.

II. Beendigung der Notarvertretung durch Beendigung des Vertreterstatus

Der Vertreterstatus endet grundsätzlich mit dem in der Vertreterbestellung angegebenen Ablauf ihrer Gültigkeit.[366] Somit endet die Notarvertretung beim nicht-ständigen Vertreter primär mit Ablauf des in der Vertreterbestellung angegebenen letzten Tages der Vertretung.[367]

Es ist anerkannt, dass es möglich ist, einen Notarvertreter nicht für einen kalendermäßig bestimmten Zeitraum zu bestellen, sondern für die Dauer des Vorliegens eines konkreten Grundes für die Verhinderung des zu vertretenden Notars an der Ausübung seiner Amtsgeschäfte, z. B. Erkrankung oder Urlaub, oder sonst für eine unbestimmte Zeit.[368] Teilweise wird diesbezüglich einschränkend gefordert, dass in einem solchen Fall in der Vertreterbestellung der Grund der Verhinderung des Notars zum Ausdruck komme und dass eine Vertreterbestellung „bis auf weiteres“ daher unzulässig sei.[369] In einem solchen Fall soll dann die Notarvertretung nicht bereits dann enden, wenn der Verhinderungsgrund auf Seiten des vertretenen Notars wegfällt, sondern erst mit der Übergabe des Amtes vom Notarvertreter an den vertretenen Notar gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO.[370] In diesem Fall soll also die Übergabe des Amtes gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO zugleich die Bedeutung eines Beendigungsgrundes haben.[371] Dies erscheint jedoch zwei-

354 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 7; vgl. auch Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 121.
355 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 46 BNotO, Rn. 7.
356 Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 461 für den Bereich der Notarkammer Koblenz.
357 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 24; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 39 BNotO, Rn. 28.
358 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 41 BNotO, Rn. 7.
359 Vgl. Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 24.
360 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 703 mit Hinweis auf § 2 Abs. 2 Disziplinarordnung für das Land NW.
361 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 24.
362 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 24.
363 So auch Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, Rn. 273.
364 In diesem Sinne wohl auch Schippel/Bracker/Schäfer, § 44 BNotO, Rn. 5.
365 A. A. anscheinend Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 116.
366 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 39 BNotO, Rn. 26.
367 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 40 BNotO, Rn. 7; Schippel/Bracker/Schäfer, § 40 BNotO, Rn. 12; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 457.
368 Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 457.
369 Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 457.
370 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 40 BNotO, Rn. 7; Schippel/Bracker/Schäfer, § 40 BNotO, Rn. 12; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 457.
371 Schippel/Bracker/Schäfer, § 40 BNotO, Rn. 13.

felhaft, wenn man davon ausgeht, dass § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO nicht unmittelbar den Vertreterstatus, sondern nur das Innenverhältnis zwischen dem vertretenen Notar und dem Notarvertreter betrifft.[372] In jedem Fall sollte eine Vertreterbestellung ohne Bestimmung der Zeit der Notarvertretung aus Gründen der Rechtssicherheit nur in Ausnahmefällen erfolgen.[373] Als Alternative kommt für die relevanten Fälle, insbesondere den der Erkrankung des zu vertretenden Notars, eine Vertreterbestellung für eine bestimmte Zeit mit der Möglichkeit ihrer Verlängerung oder ihres Widerrufs in Betracht.

Der Vertreterstatus kann seitens der Aufsichtsbehörde jederzeit gemäß § 40 Abs. 2 BNotO durch Widerruf der Vertreterbestellung beendet werden. Dieser gesetzlich geregelte Fall der Beendigung der Notarvertretung ist in der Praxis die Ausnahme.[374] Der Widerruf der Vertreterbestellung ist wie die Bestellung selbst ein Verwaltungsakt.[375] Der Vertreterstatus endet daher bei einem Widerruf der Vertreterbestellung mit der Bekanntgabe der Widerrufsverfügung an den Notarvertreter,[376] auch wenn die Übergabe des Amtes gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO erst später erfolgt.[377] Ein Widerruf der Vertreterbestellung gemäß § 40 Abs. 2 BNotO kommt zum Beispiel in Betracht, wenn ein die causa der Vertreterbestellung bildender Vertretervertrag beendet ist oder der Vertreter während der Vertretungszeit erklärt, dass er nicht mehr Vertreter sein will.[378] Ein Rechtsmittel des vertretenen Notars oder des Vertreters gegen den Widerruf einer Vertreterbestellung soll keine aufschiebende Wirkung haben.[379]

III. Die Bedeutung der Amtsübergabe gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO

Die Bedeutung der Amtsübergabe im Hinblick auf die Beendigung der Notarvertretung erschließt sich, wenn man wie bereits erörtert hinsichtlich der Beendigung der Notarvertretung ebenso wie hinsichtlich deren Beginn zwischen Außen- und Innenverhältnis differenziert. Wie bereits dargestellt, betrifft die Übergabe des Amtes durch den Notarvertreter an den vertretenen Notar gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO grundsätzlich nur deren Innenverhältnis. Dabei ist auch diese Übergabe des Amtes kein förmlicher Akt,[380] vielmehr wird der Notarvertreter in der Regel einfach die Amtsausübung einstellen und der vertretene Notar die Amtsausübung wieder aufnehmen.[381] Wenn der Notarvertreter dem Wunsch des vertretenen Notars, diesem das Amt wieder zu übergeben, nicht entspricht und weiter das Amt des Notarvertreters ausübt, so sind dessen Amtshandlungen wirksam, wiewohl die Amtsausübung amtspflichtwidrig ist.[382] In Extremfällen bleibt dem vertretenen Notar somit nur die Möglichkeit, bei der Aufsichtsbehörde den Widerruf der Vertreterbestellung zu beantragen.[383]

In der Praxis stellt sich zuweilen die Frage, was die Konsequenzen für die Notarvertretung sind, wenn der vertretene Notar kurzzeitig trotz seiner grundsätzlichen Verhinderung Amtshandlungen vornimmt. Diesbezüglich wird in der Literatur teilweise vertreten, dass in derartigen Fällen eine Übergabe des Amtes i. S. des § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO vorliege, was zu einem vorzeitigen Erlöschen der Vertretungsbefugnis des Notarvertreters führe.[384] Etwas anderes gelte dann, wenn die Vertreterbestellung ausdrücklich ausspreche, dass sie für den angegebenen Zeitraum der Notarvertretung auch für den Fall gelte, dass die Verhinderung des vertretenen Notars vor Ablauf dieses Zeitraumes ende und nach Amtsübergabe durch den vertretenen Notar eine erneute Verhinderung eintrete.[385] Andere Stimmen in der Literatur vertreten die Ansicht, dass, wenn der Notarvertreter in einem solchen Fall das Amt an den vertretenen Notar zurückgebe, die Vertreterbestellung davon unberührt bleibe und eine neuerliche Übernahme des Amtes durch den immer noch wirksam bestellten Notarvertreter möglich sei.[386] Teilweise wird als Begründung angeführt, dass es in einem Fall des kurzzeitigen Tätigwerdens des vertretenen Notars an einer Amtsübernahme i. S. des § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO fehle, eine solche vielmehr nur gegeben sei, wenn der vertretene Notar sein Amt insgesamt wieder übernehme und dies der Aufsichtsbehörde mitteile.[387] Zum Teil wird darauf abgestellt, dass in einem solchen Fall dem vertretenen Notar das Amt nur für ein Einzelgeschäft „übergeben" werde.[388] Darüber hinaus wird auf den Aspekt der Rechtssicherheit hingewiesen.[389] Ferner wird ein Gegenschluss zu § 64 Abs. 1 S. 1 BNotO gezogen, wonach im Falle der Notariatsverwaltung mit der Übernahme des Amtes durch den Notar das Amt des Notariatsverwalters ende, während bei einem entsprechenden Sachverhalt im Falle der Notarvertretung gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO lediglich die Amtsbefugnis des Notarvertreters, nicht aber sein Amt ende.[390] Zudem wird auf die Vorschrift des § 44 Abs. 1 S. 2 BNotO hingewiesen, nach der eine dienstpflichtwidrige gemeinsame, das heißt zeitgleiche Ausübung des Amtes durch den vertretenen Notar und den Notarvertreter keinen Einfluss auf die Wirksamkeit ihrer Amtshandlungen habe, und darauf, dass diese Vorschrift überflüssig wäre, wenn die Amtsausübung durch den vertretenen Notar zur Beendigung des Vertreterstatus führen würde.[391]

---

372 Vgl. auch Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 457, der darauf hinweist, dass die Gefahr bestünde, dass der Notar und sein Vertreter in der Bestimmung der Länge der Notarvertretung weitgehend frei seien.
373 Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 457.
374 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 40 BNotO, Rn. 8.
375 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 40 BNotO, Rn. 8; Würzburger Notarhandbuch/Hermanns, Teil 1, Kapitel 1, F.V.2., Rn. 70.
376 Würzburger Notarhandbuch/Hermanns, Teil 1, Kapitel 1, F.V.2., Rn. 70.
377 Schippel/Bracker/Schäfer, § 40 BNotO, Rn. 14.
378 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 40 BNotO, Rn. 8.
379 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 40 BNotO, Rn. 8.
380 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 5.
381 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 5.
382 Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, Rn. 273; Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 679, Rn. 686.
383 Vgl. Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 679, Rn. 686.
384 So wohl Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 44 BNotO, Rn. 5; weitere Nachweise bei Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 117, Fn. 287.
385 Vgl. Würzburger Notarhandbuch/Hermanns, Teil 1, Kapitel 1, F.V.2., Rn. 71.
386 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 4; Schippel/Bracker/Schäfer, § 44 BNotO, Rn. 7; Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, Rn. 273; so i. E. auch Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 117; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 456.
387 Die Bundesnotarkammer im Jahre 1977, Tätigkeitsbericht, DNotZ 1978, 257, 260; Schippel/Bracker/Schäfer, § 40 BNotO, Rn. 13.
388 Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 456.
389 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 4.
390 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 4.
391 Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 117; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 456, Fn. 57.

Für die Beantwortung der vorgenannten Frage sind zwei Aspekte von entscheidender Bedeutung. Zunächst muss, wie bereits erörtert, zwischen Außen- und Innenverhältnis differenziert werden. Darüber hinaus muss beachtet werden, ob die Vertreterbestellung diesen Sachverhalt unmittelbar regelt. Wie bereits erörtert, betrifft die in der Vorschrift des § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO geregelte Amtsübergabe grundsätzlich nur das Innenverhältnis zwischen dem vertretenen Notar und dem Notarvertreter, während die statusbegründende Vertreterbestellung das Außenverhältnis regelt. Aus dieser Differenzierung folgt, dass in Ermanglung einer speziellen Regelung in der Vertreterbestellung im Falle der vorübergehenden Amtsausübung durch den vertretenen Notar zwar eine Amtsübergabe i. S. des § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO stattfindet, mit der Folge, dass die Amtsbefugnis des Notarvertreters endet. Der Vertreterstatus wird durch diese Amtsübergabe jedoch nicht betroffen, so dass im Rahmen des in der Vertreterbestellung angegebenen Zeitraumes für die Notarvertretung das Amt auch wieder an den Notarvertreter übergeben werden kann, mit der Folge, dass dieser nun wieder zur Ausübung des Amtes berechtigt ist. Dies gilt mithin auch in dem Fall, dass die Vertreterbestellung nicht selbst unmittelbar regelt, dass sie auch dann gilt, wenn nach einer vorzeitigen Amtsübergabe eine erneute Verhinderung des Notars eintritt. Eine solche Regelung gibt vielmehr nur die Gesetzeslage wider.[392] Etwas anderes gilt dann, wenn die Vertreterbestellung unmittelbar regelt, dass im Falle der vorzeitigen Amtsübergabe an den vertretenen Notar das Amt des Notarvertreters endet. In einem solchen Fall endet mit der Amtsübergabe auch der Vertreterstatus, da die Aufsichtsbehörde in der Vertreterbestellung die Beendigung der Notarvertretung im Außenverhältnis entsprechend geregelt hat und damit die Amtsübergabe auf das Außenverhältnis „durchschlägt". Wenn also die Vertreterbestellung nicht ausdrücklich bestimmt, dass das Amt des Notarvertreters im Falle der vorzeitigen Amtsübergabe endet, ist grundsätzlich auch im Falle einer nicht-ständigen Notarvertretung eine abwechselnde Amtsauübung durch den vertretenen Notar und den Notarvertreter möglich.[393] Die jeweiligen Amtshandlungen sind wirksam. Auch die Vorschrift des § 44 Abs. 1 S. 2 BNotO ist insoweit nicht einschlägig, da sie lediglich das parallele Tätigwerden von Notarvertreter und vertretenem Notar verbietet, wohingegen eine abwechselnde Amtsausübung von ihr nicht erfasst wird.[394] Eine solche abwechselnde Amtsausübung wird allerdings dann für fragwürdig gehalten, wenn sie zu einer systematischen erheblichen Erhöhung der Arbeitskraft des Notars führt.[395] Bei einem Missbrauch in dieser Hinsicht, der etwa aus den Anzeigen gemäß § 33 Abs. 5 S. 2 DONot ersichtlich werden könne, solle die Aufsichtsbehörde unter Umständen die Vertreterbestellung widerrufen.[396]

Aus dem Vorgesagten ergibt sich auch zwanglos, dass zumindest in den Fällen, in denen die Vertreterbestellung nicht regelt, dass das Amt des Notarvertreters im Falle einer vorzeitigen Amtsübergabe endet, der vertretene Notar nach dem in der Vertreterbestellung angegebenen Beginn der Notarvertretung aber vor der Amtsübernahme durch den Notarvertreter gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO Amtshandlungen vornehmen kann, ohne dass dies zu einer Beendigung des Vertreterstatus führt. Ob dies auch dann gilt, wenn die Vertreterbestellung das Erlöschen des Amtes des Notarvertreters bei vorzeitiger Amtsübergabe vorsieht, erscheint fraglich, wiewohl sich in diesem Fall im Wege der Auslegung argumentieren ließe, dass ein Fall der vorzeitigen Amtsübergabe nicht vorliege, wenn zum Zeitpunkt der Vornahme der Amtshandlung durch den vertretenen Notar der Notarvertreter seinerseits das Amt zuvor noch nicht i. S. des § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO übernommen hatte.

Ferner ergibt sich aus dem Vorgesagten, dass in Ermangelung einer entsprechenden ausdrücklichen Regelung in der Vertreterbestellung der vertretene Notar während des in der Vertreterbestellung angegebenen Zeitraumes dem Notarvertreter nicht einseitig dessen Status entziehen kann. Ob der Notarvertreter, der seinen Status noch nicht durch Zeitablauf oder Widerruf der Vertreterbestellung verloren hat, noch die Amtsbefugnis i. S. des § 44 Abs. 1 S. 1 BNotO hat, wenn der vertretene Notar ihm diese bereits „entzogen hat",[397] mag zwar zweifelhaft sein. Der Vertreterstatus wird durch einen solchen „Entzug der Amtsbefugnis" jedoch nicht berührt. Der vertretene Notar kann sich gegen eine solche „Verweigerung der Amtsübergabe" seitens des Notarvertreters zur Wehr setzen, indem er bei der Aufsichtsbehörde den Antrag auf Widerruf der Vertreterbestellung stellt, der dem Notarvertreter unmittelbar seinen Status entzieht.[398] Lehnt die Aufsichtsbehörde einen solchen Antrag ab, kann er gemäß § 111 BNotO Rechtsschutz suchen.[399] Eine unmittelbare gerichtliche Auseinandersetzung zwischen dem Notarvertreter und dem vertretenen Notar ist hingegen nicht möglich, da der ordentliche Rechtsweg nicht eröffnet ist, weil statusrechtliche Fragen betroffen sind.[400]

IV. Erlöschen des Amtes des vertretenen Notars

Das Erlöschen des Amtes des vertretenen Notars, etwa durch dessen Tod oder Entfernung aus dem Amt, führt zwangsläufig zum Erlöschen des Amtes seines Notarvertreters.[401] In diesem Fall wird die Bestellung eines Verwalters gemäß § 56 BNotO erforderlich.[402] Ob Amtshandlungen die durch den Notarvertreter in Unkenntnis der Beendigung der Notarvertretung durch Erlöschen des Amtes des vertretenen Notars vorgenommen werden, dennoch wirksam sind, wird unterschiedlich beantwortet.[403]

---

392 Anders wohl Würzburger Notarhandbuch/Hermanns, Teil 1, Kapitel 1, F.V.2., Rn. 71, der von der Bestellung eines ständigen Vertreters für einen kürzeren Zeitraum als ein Kalenderjahr spricht.

393 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 4.

394 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 7.

395 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 7.

396 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 7.

397 So zumindest missverständlich: Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 5.

398 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 5.

399 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 5.

400 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 5.

401 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 44 BNotO, Rn. 5; Schippel/Bracker/Schäfer, § 44 BNotO, Rn. 6.

402 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 44 BNotO, Rn. 5.

403 Für deren Wirksamkeit: Schippel/Bracker/Schäfer, § 44 BNotO, Rn. 6, der in Rn. 8 auf eine Anwendbarkeit des § 44 Abs. 2 BNotO verweist; dagegen: Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 10.

V. Nichtvorliegen oder nachträglicher Wegfall der Voraussetzungen für die Vertreterbestellung

Die Vorschrift des § 44 Abs. 2 BNotO regelt entsprechend ähnlichen Regeln des Beamtenrechts, dass immer dann, wenn die erforderliche Bestellungsverfügung durch die Aufsichtsbehörde vorliegt bzw. wirksam geworden ist, die Amtshandlungen des Vertreters wirksam sind.[404] Die Vorschrift ist eine Ausformung des allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatzes, dass Verwaltungsakte, solange sie nicht angefochten oder zurückgenommen werden, auch dann wirksam sind, wenn sie von Anfang an rechtswidrig waren oder wegen nachträglich eingetretener Umstände widerrufen werden müssten.[405] Dabei ist die Vorschrift des § 44 Abs. 2 BNotO lex specialis zu den einschlägigen Regelungen der Verwaltungsverfahrensgesetze.[406]

Wenn sich somit nach der Bestellung des Notarvertreters herausstellt, dass dieser zum Zeitpunkt der Vertreterbestellung nicht i. S. des § 39 Abs. 3 S. 1 BNotO zur Bekleidung des Amts des Notars befähigt war, oder wenn dessen zu diesem Zeitpunkt vorhandene Befähigung nach der Vertreterbestellung wegfällt, berührt das gemäß § 44 Abs. 2 BNotO nicht die Wirksamkeit der Vertreterbestellung.[407] Außerdem bezieht sich die Vorschrift des § 44 Abs. 2 BNotO auch auf die sachlichen Voraussetzungen für die Vertreterbestellung gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 BNotO, also die Abwesenheit oder sonstige Verhinderung des Notars.[408] Die Aufsichtsbehörde muss freilich die Vertreterbestellung widerrufen, sobald sie vom Nichtvorliegen bzw. Wegfall der Befähigung des Notarvertreters i. S. des § 39 Abs. 3 S. 1 BNotO Kenntnis erlangt.[409]

Die Vorschrift des § 44 Abs. 2 BNotO greift dann nicht und das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Wirksamkeit der Amtshandlungen des Notarvertreters wird folglich nicht geschützt, wenn überhaupt keine ordnungsgemäße Vertreterbestellung vorliegt,[410] wenn die Vertreterbestellung gemäß den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen i. S. von § 44 VwVfG nichtig ist oder wenn der Notarvertreter außerhalb der Zeit der Notarvertretung Amtshandlungen vornimmt.[411] Ob § 44 Abs. 2 BNotO anwendbar ist, wenn der Vertreterstatus aufgrund des Erlöschens des Amtes des vertretenen Notars erloschen ist, ist strittig.[412]

VI. Anzeige der Beendigung der Notarvertretung

Die vorzeitige Beendigung der Notarvertretung ist gemäß § 33 Abs. 5 S. 2 DONot seitens des vertretenen Notars unverzüglich schriftlich gegenüber dem Präsidenten des Landgerichts anzuzeigen, wobei er mit dieser Anzeige bekundet, dass er sein Amt wieder ausübt.[413] Diese Anzeigepflicht gilt jedoch gemäß dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift nur in den Fällen der vorzeitigen Beendigung der Vertretung, also der Wiederaufnahme der Amtsgeschäfte durch den vertretenen Notar vor der Beendigung des Vertreterstatus durch Ablauf des in der Vertreterbestellung angegebenen Zeitraumes der Notarvertretung oder ihres Widerrufs. Demgegenüber musste gemäß § 34 Abs. 5 DONot a. F. die Beendigung der Notarvertretung dem Präsidenten des Landgerichts in jedem Fall angezeigt werden.[414] Die Anzeigepflicht gemäß § 33 Abs. 5 S. 2 DONot soll nach einer Ansicht überdies nur für die Fälle der endgültigen Amtsübernahme des vertretenen Notars gelten, nicht jedoch in den Fällen, in denen dieser während der Notarvertretung nur vorübergehend, etwa für einzelne Geschäfte, sein Amt wieder aufnimmt, da es sich in diesen Fällen nur um eine Unterbrechung der Notarvertretung handele und nicht um deren vorzeitige Beendigung.[415] Der Sinn und Zweck der Vorschrift des § 33 Abs. 5 S. 2 DONot wird als unklar bezeichnet[416] und die Forderung erhoben, sie ersatzlos zu streichen.[417] Weder hinsichtlich der Frage des Bedarfs für eine weitere Vertreterbestellung noch hinsichtlich einer Warnung für den Notarvertreter, keine weiteren Amtsgeschäfte mehr vorzunehmen, oder hinsichtlich der Prüfung der Aufsichtsbehörde, ob der Notarvertreter nach Beendigung der Notarvertretung weitere Amtsgeschäfte vorgenommen habe, sei die Anzeigepflicht gemäß § 33 Abs. 5 S. 2 DONot von erheblichem Nutzen.[418] Man könnte allerdings daran denken, dass die Aufsichtsbehörde durch die Anzeige in die Lage versetzt wird, zu entscheiden, ob sie die Vertreterbestellung widerrufen sollte, um dem Notarvertreter seinen Vertreterstatus zu entziehen, nachdem er das Amt endgültig an den vertretenen Notar übergeben hat, und so zu vermeiden, dass der Notarvertreter trotz dieser Amtsübergabe weiterhin wirksame Amtshandlungen vornehmen kann. In jedem Fall berührt die Unterlassung der Anzeige gemäß § 33 Abs. 5 Satz 2 DONot nicht die Wirksamkeit einer Beurkundung durch den Notar.[419]

E. Fragestellungen nach dem Ende der Notarvertretung

I. Unwirksamkeit von Amtshandlungen des Notarvertreters nach Beendigung des Vertreterstatus, insbesondere „vergessene Unterschriften“

1. Grundsatz

Amtshandlungen des Notarvertreters nach Beendigung der Notarvertretung sind grundsätzlich formunwirksam.[420] Das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Wirksamkeit der Amtshandlungen wird insoweit nicht geschützt.[421]

404 Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 454.
405 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 9.
406 Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 454.
407 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 16.
408 Schippel/Bracker/Schäfer, § 44 BNotO, Rn. 8; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 454.
409 Schippel/Bracker/Schäfer, § 39 BNotO, Rn. 16; Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 455.
410 OLG Celle RNotZ 2003, 631, 632.
411 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 10; vgl. speziell zur Anwendung des § 44 VwVfG hinsichtlich der Vertreterbestellung Decku, a.a.O. (Fn. 11), S. 445, 455.
412 Vgl. Ausführungen unter D.V.
413 Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, § 40 BNotO, Rn. 6.
414 Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33 DONot, Rn. 15.
415 Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33 DONot, Rn. 15.
416 Schippel/Bracker/Vollhardt, § 33 DONot, Rn. 6.
417 Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33 DONot, Rn. 16.
418 Eylmann/Vaasen/v. Campe, § 33 DONot, Rn. 16.
419 Weingärtner, § 33 DONot, Rn. 679, Rn. 686.
420 Schippel/Bracker/Schäfer, § 40 BNotO, Rn. 15.
421 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 10.

Dieser Grundsatz wird insbesondere in einem Urteil des BGH vom 30. 4. 1998 (AZ: IX ZR 150/97)[422] näher beleuchtet. Diesem Urteil lag ein Sachverhalt zu Grunde, in dem ein Notarvertreter während der Zeit der Notarvertretung in den USA die Unterschriften von Personen einholte, die sich zu dieser Zeit dort aufhielten. Den Beglaubigungsvermerk unterschrieb der Notarvertreter nach seiner Rückkehr nach Deutschland, allerdings erst nach Beendigung der Notarvertretung durch Zeitablauf. Zunächst stellt das Gericht klar, dass ein Urkundsakt eines deutschen Notars im Ausland unwirksam sei, weil die Hoheitsbefugnisse eines deutschen Notars auf das deutsche Staatsgebiet beschränkt seien.[423] Für die Frage der Wirksamkeit einer Unterschrift eines Notarvertreters unter eine Urkunde nach Beendigung der Notarvertretung bedeutsam ist die Feststellung des Gerichts, dass sich an der Unwirksamkeit des Urkundsaktes nichts dadurch ändere, dass der Notarvertreter seine Unterschrift unter den Beglaubigungsvermerk erst in Deutschland geleistet habe, da dessen Unterschrift gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG Bestandteil eines einheitlichen Beurkundungsvorgangs sei und somit im Ergebnis nichts an der Unwirksamkeit der Beurkundung insgesamt ändere.[424] Daraus kann man schließen, dass sich das Ergebnis der Unwirksamkeit der von einem Notarvertreter nach Verlust des Vertreterstatus unterschriebenen Urkunde nicht ändert, wenn andere Urkundsakte, wie etwa die Entgegennahme von Unterschriften bei einer Unterschriftsbeglaubigung, während des Bestehens des Vertreterstatus erfolgt sind. Das Gericht geht aber auch speziell auf die Frage der Unterschrift des Notarvertreters unter eine Urkunde nach Beendigung der Notarvertretung ein. Diesbezüglich stellt das Gericht unmissverständlich klar, dass die Unterschrift eines Notarvertreters unter eine Urkunde nach Beendigung der Notarvertretung zu deren Nichtigkeit führe.[425] Die Unterschrift des amtierenden Notars gemäß § 13 Abs. 3 S. 1 BeurkG sei unverzichtbarer Bestandteil eines wirksamen Beurkundungsvorgangs; wenn der unterzeichnende Notar im Zeitpunkt seiner Unterschriftsleistung seine Stellung als Notar verloren habe, fehle die Mitwirkung einer den öffentlichen Glauben verleihenden Amtsperson.[426] Auch liege kein Fall des § 44 Abs. 2 BNotO vor, da sich diese Vorschrift nicht auf den Fall beziehe, dass überhaupt keine schriftliche Vertreterbestellung vorliege oder dass deren ausdrückliche Zeitdauer überschritten sei.[427]

Aus dem Urteil des BGH folgt für die hier behandelte Frage, dass die nachträgliche Unterschrift des vormaligen Notarvertreters nach Beendigung der Notarvertretung auch dann zur Unwirksamkeit der Urkunde führt, wenn andere Urkundsakte während der Notarvertretung vorgenommen wurden. Der Beurkundungsvorgang kann also nicht etwa „aufgesplittet" werden in einen Teil, der formwirksam während der Notarvertretung vorgenommen wurde, und einen Teil, der nach Beendigung der Notarvertretung vorgenommen wird. Bei mehraktigen Amtshandlungen müssen vielmehr alle Akte während des Bestehens des Vertreterstatus vollzogen werden.[428] Nach dem Ablauf der in der Vertreterbestellung angegebenen Zeitspanne ist ein „Zu-Ende-Bringen" von mehraktigen Amtshandlungen, insbesondere die Aufnahme eines Tatsachenprotokolls oder eine Unterschriftsbeglaubigung, durch den vormaligen Notarvertreter nicht mehr möglich, ohne dass der vormalige Notarvertreter erneut zum Notarvertreter bestellt wird.[429]

Die Unterschrift des vormaligen Notarvertreters unter eine Urkunde nach Wegfall des Vertreterstatus kann auch strafrechtlich relevant sein. So wurde der Notarvertreter in dem vom BGH zivilrechtlich entschiedenen Fall strafrechtlich wegen versuchter fortgesetzter Falschbeurkundung im Amt in Tateinheit mit Amtsanmaßung und Urkundenfälschung rechtskräftig verurteilt.[430]

2. Problemlösung durch erneute Vertreterbestellung

Werden nach Beendigung der Notarvertretung Amtshandlungen erforderlich, die nur von dem Notarvertreter, nicht aber von dem vertretenen Notar vorgenommen werden können, insbesondere im Falle der Nachholung von vergessenen Unterschriften durch den Notarvertreter oder im Zusammenhang mit der Berichtigung von Urkunden, die durch den Notarvertreter beurkundet wurden, so bietet sich zur Problemlösung eine erneute (kurzzeitige) Bestellung des vormaligen Notarvertreters an. Zwar mag eine Vertreterbestellung für eine kurze Zeit bzw. für die Vornahme einzelner Amtshandlungen grundsätzlich problematisch sein.[431] Dies kann jedoch dann nicht gelten, wenn eine solche Vertreterbestellung für die Vornahme einer Amtshandlung durch den vormaligen Notarvertreter erforderlich ist, die der vertretene Notar nicht vornehmen kann. Es liegt insoweit eine (rechtliche) Verhinderung des vertretenen Notars gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 BNotO vor.

II. Berichtigung von Urkunden des Notarvertreters

Im Folgenden soll auf die Frage eingegangen werden, ob und inwieweit der vertretene Notar nach Beendigung der Notarvertretung Fehler und Versäumnisse des Notarvertreters bei der Beurkundung korrigieren kann. Diese Thematik ist bisher in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und in der Literatur, soweit ersichtlich, allenfalls rudimentär behandelt worden. An dieser Stelle soll versucht werden, die insoweit relevanten Gesichtspunkte aufzuzeigen.

1. Die Berichtigung gemäß § 44 a Abs. 2 S. 1 BeurkG durch Nachtragsvermerk

Beim Vorliegen einer offensichtlichen Unrichtigkeit in einer Urkunde des Notarvertreters kann sich für den vertretenen Notar nach Beendigung der Notarvertretung die Frage stellen, ob er eine Berichtigung der Urkunde gemäß § 44 a Abs. 2 S. 1 BeurkG vornehmen kann oder ob die Berichtigung nur durch den vormaligen Notarvertreter als der damaligen Urkundsperson erfolgen kann.

---

422 BGH DNotZ 1999, 346 ff. = NJW 1998, 2830 ff. = ZNotP 1998, 292 ff.
423 BGH DNotZ 1999, 346, 347.
424 BGH DNotZ 1999, 346, 347.
425 BGH DNotZ 1999, 346, 348.
426 BGH DNotZ 1999, 346, 348.
427 BGH DNotZ 1999, 346, 348.
428 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 10.
429 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 44 BNotO, Rn. 10.
430 Siehe BGH DNotZ 1999, 346, 347.
431 Vgl. Ausführungen unter A.V.5.

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist der Begriff der „offensichtlichen Unrichtigkeiten" i. S. des § 44 a Abs. 2 S. 1 BeurkG. Dieser Begriff umfasst zunächst den überkommenen Begriff der „offensichtlichen Schreibfehler".[432] Offensichtliche Schreibfehler in diesem Sinne sind bloße Schreibfehler oder Auslassungen, die aus dem Zusammenhang der Urkunde ohne weiteres erkannt werden können.[433] Ein offensichtlicher Schreibfehler bzw. eine Auslassung liegt darüber hinaus auch dann vor, wenn sich der Fehler aus dem Gesamtzusammenhang des Beurkundungsvorgangs zweifelsfrei als solcher erkennen lässt.[434] Der Begriff der offensichtlichen Unrichtigkeit i. S. des § 44 a Abs. 2 S. 1 BeurkG umfasst aber über die offensichtlichen Schreibfehler hinaus auch Fehler, die nicht auf Schreibversehen, sondern auf anderen Fehlerquellen beruhen.[435] Dabei muss der Fehler für einen Außenstehenden oder zumindest für die Beteiligten aus dem Zusammenhang der Urkunde oder zumindest anhand einer ohne weiteres zugänglichen Informationsquelle wie zum Beispiel einem öffentlichen Register ohne weiteres erkennbar sein.[436] Daher können gemäß § 44 a Abs. 2 S. 1 BeurkG durch einen Nachtragsvermerk auch Auslassungen und Unvollständigkeiten nachträglich berichtigt werden, wenn sie versehentlich erfolgt sind und sich dies aus dem Gesamtzusammenhang der Beurkundung ergibt, wobei auch Umstände außerhalb der Urkunde herangezogen werden können.[437] Offensichtlich ist ein Fehler also auch dann, wenn er sich für jeden, der diese Umstände kennt, aus Umständen außerhalb der Urkunde ergibt. Daher genügt es, wenn die Unrichtigkeit für den beurkundenden Notar offensichtlich ist.[438] Insoweit ist auch die Berichtung von Falschbezeichnungen in der Urkunde grundsätzlich denkbar, wenn für den beurkundenden Notar feststeht, was von den Urkundsbeteiligten wirklich gewollt ist.[439] Insoweit können somit die Grundsätze der „falsa demonstratio non nocet" zur Anwendung gelangen.[440] Lässt sich hingegen der richtige Wortlaut nicht ohne weiteres ermitteln, ist der Fehler nicht offensichtlich i. S. des § 44 a Abs. 2 S. 1 BeurkG.[441]

Hinsichtlich der Berichtigungsmöglichkeit durch Nachtragsvermerk ist im Übrigen zwischen dem sog. Feststellungsinhalt der Urkunde und deren sog. Erklärungsinhalt zu differenzieren. Hinsichtlich des Feststellungsinhalts der Urkunde ist eine Berichtigung durch Nachtragsvermerk zumindest bezüglich solcher Feststellungen möglich, deren Mangel nicht die Wirksamkeit der Beurkundung berührt.[442] Darüber hinaus wird eine solche Berichtigungsmöglichkeit durch Nachtragsvermerk teilweise auch dann bejaht, wenn die fragliche Feststellung für die Wirksamkeit der Urkunde zwingend vorgeschrieben ist.[443] Dies betrifft etwa die bereits an anderer Stelle erörterte Frage der Berichtigung hinsichtlich der im Urkundseingang aufgeführten Beurkundungsperson sowie den Vermerk über einen gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 BeurkG durch die Urkundsbeteiligten tatsächlich erklärten Verzicht auf das Vorlesen von Bilanzen und Inventaren.[444] Hinsichtlich des Erklärungsinhalts der Urkunde ist hingegen die Möglichkeit der Berichtigung durch Nachtragsvermerk allenfalls in Fällen einer falsa demonstratio non nocet denkbar. Darüber hinaus ist eine Änderung oder Ergänzung der in einer Urkunde enthaltenen Erklärungen der Beteiligten durch Nachtragsvermerk ausgeschlossen.[445] Insbesondere darf das Verfahren gemäß § 44 a Abs. 2 S. 1 BeurkG nicht dazu benutzt werden, Erklärungen nachzuholen, welche die Beteiligten nicht abgegeben haben.[446] Enthält dagegen der Urkundstext versehentlich tatsächlich nicht erklärte Erklärungen der Beteiligten, die nicht vorgelesen wurden, so soll eine Berichtigung durch Nachtragsvermerk möglich sein.[447] Im Übrigen ist hinsichtlich des Erklärungsinhaltes der Urkunde eine nachträgliche Berichtigung nur durch eine besondere Niederschrift gemäß § 44 a Abs. 2 S. 3 BeurkG möglich.[448] Das Berichtigungsverfahren gemäß § 44 a Abs. 2 S. 3 BeurkG ist darüber hinaus anzuwenden, wenn zwar die Unrichtigkeit offensichtlich ist, aber nicht sicher festgestellt werden kann, was richtig ist.[449]

Bei der Beantwortung der Frage, ob und inwieweit der vertretene Notar eine Urkunde des Notarvertreters durch Nachtragsvermerk gemäß § 44 a Abs. 2 S. 1 BeurkG berichtigen kann, muss von der durch § 44 a Abs. 2 S. 1 BeurkG erweiterten Möglichkeit der nachträglichen Berichtigung von Urkunden mittels Nachtragsvermerk ausgegangen werden. Demgemäß ist der vertretene Notar im Ergebnis immer dann befugt, die Urkunde des Notarvertreters mittels Nachtragsvermerk zu berichtigen, wenn für ihn als Außenstehenden bezüglich dieser Urkunde die Unrichtigkeit offensichtlich ist. Ein offensichtlicher Schreibfehler, der sich aus der Urkunde selbst erschließt, kann daher unproblematisch auch von dem vertretenen Notar berichtigt werden. Aber auch sonstige offensichtliche Unrichtigkeiten gemäß § 44 a Abs. 2 S. 1 BeurkG können von ihm berichtigt werden,

---

432 Winkler, § 44 a BeurkG, Rn. 16.
433 Winkler, § 44 a BeurkG, Rn. 17; Huhn/v. Schuckmann, 3. Aufl. 1995, § 30 DONot, Rn. 10.
434 Winkler, § 44 a BeurkG, Rn. 17; Huhn/v. Schuckmann, 3. Aufl. 1995, § 30 DONot, Rn. 10.
435 Winkler, § 44 a BeurkG, Rn. 18; Kanzleiter, DNotZ 1999, 292, 304.
436 Huhn/v. Schuckmann/v. Schuckmann/Preuß, § 44 a BeurkG, Rn. 8 m. w. N.
437 Winkler, § 44 a BeurkG, Rn. 18; Eylmann/Vaasen/Limmer, § 44 a BeurkG Rn. 14.
438 Winkler, § 44 a BeurkG, Rn. 19; Kanzleiter, DNotZ 1999, 292, 305.
439 Winkler, § 44 a BeurkG, Rn. 19.
440 Winkler, § 44 a BeurkG, Rn. 19 ff. m. w. N; einschränkend: Huhn/v. Schuckmann/v. Schuckmann/Preuß, § 44 a BeurkG, Rn. 9.
441 Winkler, Beurkundungsgesetz, § 44 a BeurkG, Rn. 22.
442 Winkler, § 44 a BeurkG, Rn. 25; Huhn/v. Schuckmann/v. Schuckmann/Preuß, § 44 a BeurkG, Rn. 10; Kanzleiter, DNotZ 1990, 478, 487; Reithmann, Anm. zu OLG Hamm v. 4. 11. 1987 – AZ 15 W 428/87, DNotZ 1988, 567, 568 f.; Schippel/Bracker, DNotZ 1997, 95, 96.
443 Winkler, § 44 a BeurkG, Rn. 28; so i. E. wohl auch Reithmann, Anm. zu OLG Hamm v. 4. 11. 1987 – AZ 15 W 428/87, DNotZ 1988, 567, 568 f.; a. A.: Schippel/Bracker, DNotZ 1997, 95, 96; offengelassen durch BayOblG DNotZ 2001, 560, 562 m. Anm. Reithmann.
444 Winkler, § 44 a BeurkG, Rn. 28 f.; vgl. Ausführungen unter C.VII.2.b)ç).
445 Winkler, § 44 a BeurkG, Rn. 23; BayObLG Rpfleger 2002, 563, 564; OLG Köln Rpfleger 1993, 71, 72 f.; RGZ 79, 366, 369; vgl. auch: BGHZ 56, 159 ff. = NJW 1971, 1459 f. = Rpfleger 1971, 303 f. = DNotZ 1971, 555 ff. = DB 1971, 1414 f.
446 Huhn/v. Schuckmann/v. Schuckmann/Preuß, § 44 a BeurkG, Rn. 8; vgl. BayObLG DNotZ 2001, 557, 559 m. Anm. Reithmann; Bergermann, RNotZ 2002, 557, 568.
447 Winkler, § 44 a BeurkG, Rn. 23.
448 Winkler, § 44 a BeurkG, Rn. 24; Huhn/v. Schuckmann/v. Schuckmann/Preuß, § 44 a BeurkG, Rn. 8; BayObLG Rpfleger 2002, 563, 564.
449 Huhn/v. Schuckmann/v. Schuckmann/Preuß, § 44 a BeurkG, Rn. 8; vgl. auch Reithmann, DNotZ 1999, 27, 31 f. und 34.

wenn sie sich ihm aus der Urkunde bzw. aus dem Gesamtzusammenhang der Beurkundung oder aus einer ihm ohne weiteres zugänglichen Informationsquelle erschließen. Allein solche Unrichtigkeiten, die nur für die Urkundsbeteiligten oder den beurkundenden Notarvertreter offensichtlich sind und sich dem vertretenen Notar nur durch deren Auskunft erschließen würden, kann der vertretene Notar nicht mittels Nachtragsvermerk gemäß § 44 a Abs. 2 S. 1 BeurkG berichtigen, da solche Unrichtigkeiten für ihn nicht offensichtlich sind. In solchen Fällen kann die Berichtigung nur von dem Notarvertreter gemäß § 44 a Abs. 2 S. 1 BeurkG vorgenommen werden, der hierzu ggf. erneut zum Notarvertreter bestellt werden muss.

2. Berichtigung eines Tatsachenprotokolls

Ein seitens des Notarvertreters verfasstes Tatsachenprotokoll kann durch den vertretenen Notar grundsätzlich nicht berichtigt werden, da es denknotwendig grundsätzlich nur von demjenigen berichtigt und ergänzt werden kann, der die Tatsachen in eigener Person wahrgenommen hat. Die Berichtigung bzw. Ergänzung des von einem Notarvertreter verfassten Tatsachenprotokolls durch den vertretenen Notar scheidet daher zumindest insoweit aus, als dass die Berichtigung bzw. Ergänzung die wahrgenommenen Tatsachen betrifft. Etwas anderes mag allenfalls für solche Berichtigungen und Ergänzungen gelten, die nicht die wahrgenommenen Tatsachen betreffen, etwa die Berichtigung einer Firma, einer Handelsregisternummer oder ähnliches. Ansonsten müssen Berichtigungen und Ergänzungen durch den Notarvertreter erfolgen, der hierzu wiederum ggf. erneut zum Notarvertreter bestellt werden muss.

3. Nachholung einer vergessenen Unterschrift eines Urkundsbeteiligten

Wenn ein Urkundsbeteiligter seine Unterschrift unter die Urkunde des Notarvertreters vergessen hat, stellt sich zunächst allgemein die Frage, ob dieser Beurkundungsmangel verfahrensrechtlich geheilt werden kann. Schon diese Vorfrage ist angesichts der kontroversen Diskussion[450] nicht leicht zu beantworten. Soweit man eine solche verfahrensrechtliche Heilung durch die Nachholung der Unterschrift mittels einer Nachtragsniederschrift zulässt, in der zum einen zum Ausdruck gebracht wird, dass der betreffende Urkundsbeteiligte die Unterschrift versehentlich unterlassen hat und jetzt nachholt, und in der dieser Urkundsbeteiligte bestätigt, dass ihm die ursprüngliche Niederschrift am Tage ihrer Errichtung vorgelesen worden ist und dass er sie damals in Gegenwart des Notars und der übrigen Beteiligten genehmigt hat,[451] stellt sich die weitere Frage, ob eine solche Nachtragsbeurkundung nach der Beendigung der Notarvertretung auch von dem vertretenen Notar vorgenommen werden kann. Wenn man davon ausgeht, dass es sich bei einer solchen Nachtragsbeurkundung um den Abschluss der ursprünglichen Beurkundung handelt, gelangt man zu dem Ergebnis, dass die Urkundsperson bei beiden Niederschriften identisch sein muss, da nur diese Urkundsperson die einheitliche Beurkundung insgesamt vornehmen kann. Eine Nachtragsbeurkundung durch den vertretenen Notar scheidet daher aus. Vielmehr muss der ggf. erneut zu bestellende Notarvertreter die Nachtragsbeurkundung vornehmen.

4. Nachholung der vergessenen Unterschrift des Notarvertreters

Vergisst die Urkundsperson ihre Unterschrift unter eine Urkunde, soll die Urkunde solange schwebend unwirksam sein, bis sie ihre Unterschrift nachgeholt hat.[452] Die Nachholung der Unterschrift der Urkundsperson soll nach teilweiser Ansicht in der Literatur grundsätzlich ohne weiteres, also insbesondere ohne eine besondere Nachtragsverhandlung, möglich sein.[453] Wenn man die Möglichkeit einer solchen Nachholung der Unterschrift der Urkundsperson grundsätzlich bejaht, muss man davon ausgehen, dass in dem Fall, dass der Notarvertreter seine Unterschrift unter eine Urkunde vergessen hat, eine solche Nachholung seiner Unterschrift nur durch ihn selbst vorgenommen werden kann und er hierzu ggf. erneut zum Notarvertreter bestellt werden muss. Eine Nachholung durch den vertretenen Notar nach Beendigung der Notarvertretung scheidet aus, da er nicht die vormalige Urkundsperson ist.

5. Nachholung des den Notarvertreter kennzeichnenden Zusatzes gemäß § 41 Abs. 1 S. 2 BNotO

Nach Beendigung der Notarvertretung kann sich des Weiteren die Frage stellen, ob und in welcher Form das Versäumnis des Notarvertreters, seiner Unterschrift gemäß § 41 Abs. 1 S. 2 BNotO einen ihn als Notarvertreter kennzeichnenden Zusatz beizufügen, korrigiert werden kann. In der Literatur wird teilweise die Möglichkeit der nachträglichen Anbringung des Vertreterzusatzes durch Vermerk bejaht.[454] Die betreffende Urkunde soll nach dieser Ansicht nicht nichtig sein, obwohl die Vorschrift des § 41 Abs. 1 S. 2 BNotO strenger formuliert sei als die des § 13 Abs. 3 S. 2 BeurkG („hat“ statt „soll“).[455] Das Fehlen des Vertreterzusatzes stelle ein offensichtliches Schreibversehen dar.[456] Vor Herausgabe der Urkunde in den Rechtsverkehr sei in Fällen, in denen die Tatsache der Beurkundung durch den Notarvertreter eindeutig aus der Urkunde abgelesen werden könne, eine Korrektur sogar durch bloße nachträgliche Anbringung des Vertreterzusatzes bei der Unterschrift des Notarvertreters möglich.[457] Zunächst wird man davon auszugehen haben, dass in den Fällen der versäumten Anbringung des Vertreterzusatzes zumindest dann eine wirksame Urkunde vorliegt, wenn die Urkundsperson insgesamt i. S. des § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG ausreichend bezeichnet ist. Das Fehlen des Vertreterzusatzes stellt in solchen Fällen eine offensichtliche Unrichtigkeit gemäß § 44 a Abs. 2 S. 1 BeurkG dar, die sich auch für den vertretenen Notar aus der Urkunde selbst heraus ohne weiteres erschließt und

450 Vgl. zum Meinungsstand Huhn/v. Schuckmann/v. Schuckmann/Preuß, § 44 a BeurkG, Rn. 14 f.
451 So Winkler, § 13 BeurkG, Rn. 67 m. w. N. und i. E. wohl auch Huhn/v. Schuckmann/v. Schuckmann/Preuß, § 44 a BeurkG, Rn. 15.
452 Winkler, § 13 BeurkG, Rn. 86.
453 Winkler, § 13 BeurkG, Rn. 86, Rn. 88 ff. m. w. N. hinsichtlich des Meinungsstandes.
454 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 12.
455 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 12.
456 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 12.
457 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 41 BNotO, Rn. 12.

die somit von ihm jedenfalls mittels Nachtragsvermerk berichtigt werden kann.

F. Der Notarvertreter im elektronischen Rechtsverkehr

I. Die Beglaubigung der elektronischen Abschrift der Vertreterbestellung

1. Mitwirkungsverbote gemäß § 3 BeurkG

Nach den Hinweisen und Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer für den elektronischen Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregisterverkehr wird im Falle der Notarvertretung gemäß § 39 a S. 4 BeurkG der Nachweis der Notareigenschaft des Notarvertreters über eine elektronisch beglaubigte Abschrift der Vertreterbestellungsurkunde geführt. Die elektronische Kopie könne dabei aus beurkundungsrechtlicher Sicht nicht von dem Notarvertreter selbst beglaubigt werden, sondern nur von einem anderen Notar. Vorzugsweise sei das der vertretene Notars selbst. Sei eine Beglaubigung durch diesen nicht möglich, habe ein anderer Kollege unter Beachtung der Mitwirkungsverbote des § 3 BeurkG die Beglaubigung vorzunehmen. Finde sich kein anderer Kollege, der diese Aufgabe freiwillig übernehme, könne die Beglaubigung durch den Präsidenten oder Vizepräsidenten der jeweiligen Notarkammer in seiner Eigenschaft als Notar erfolgen.

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, wer die erforderliche elektronisch beglaubigte Abschrift der Vertreterbestellungsurkunde aus beurkundungsrechtlicher Sicht erstellen kann, ist die Vorschrift des § 3 BeurkG. Dabei kommen die Mitwirkungsverbote des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG (eigene Angelegenheiten) und des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG (Angelegenheiten des soziierten Notars) in Betracht. Es fragt sich diesbezüglich somit, wessen Angelegenheit i. S. der vorgenannten Vorschriften die Beglaubigung einer Abschrift der Vertreterbestellungsurkunde ist. Die Vorschrift des § 3 BeurkG geht vom früheren materiellen Beteiligtenbegriff des § 16 BNotO a. F. aus, verwendet jedoch nicht den Begriff der Beteiligung, sondern den Begriff der Angelegenheiten einer Person.[458] Um die Angelegenheit einer Person handelt es sich, wenn die Rechte und Pflichten dieser Person durch den Urkundsvorgang unmittelbar betroffen werden.[459] Angelegenheit i. S. des § 3 BeurkG ist dabei der Lebenssachverhalt, auf den sich die Beurkundung bezieht.[460] Personen, die an einer Angelegenheit in vorgenanntem Sinn nur mittelbar rechtlich oder wirtschaftlich interessiert sind, sollen nicht i. S. des § 3 BeurkG in ihren Angelegenheiten betroffen sein.[461] Die Erteilung einer beglaubigten Abschrift oder einer einfachen Ausfertigung soll gemäß den vorgenannten Grundsätzen eine Angelegenheit des jeweiligen Antragstellers sein, da die nach dem Inhalt der Urkunde Berechtigten und Verpflichteten durch die Erteilung einer beglaubigten Abschrift oder einer einfachen Ausfertigung nicht in ihrer Rechtsstellung berührt würden.[462]

Für die Beantwortung der Frage, wessen Angelegenheit i. S. des § 3 BeurkG die Beglaubigung der elektronischen Abschrift der Vertreterbestellung ist, wird nun bedeutsam, dass auch wenn der Notar hinsichtlich der Vertreterbestellung antragsberechtigt ist und nicht der Notarvertreter, so doch der Adressat des Bestellungsaktes ausschließlich der Notarvertreter ist, für ihn also die Vertreterbestellung i. S. des § 41 Abs. 1 VwVfG „bestimmt" ist.[463] Demgemäß wird man die Beglaubigung der Abschrift der Vertreterbestellung als eine Angelegenheit des Notarvertreters zu betrachten haben. Der Notarvertreter wendet sich für die Beglaubigung der elektronischen Abschrift seiner Vertreterbestellung an einen Notar, weil er die Abschrift braucht, um während der Notarvertretung im elektronischen Rechtsverkehr sein Amt wahrzunehmen. Somit soll der Notarvertreter selbst gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG die elektronische Abschrift nicht beglaubigen, während im Hinblick auf § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG keine Bedenken gegen die Beglaubigung durch den vertretenen Notar bestehen, da es sich hierbei nicht um seine Angelegenheit i. S. dieser Vorschrift handelt. Demzufolge bestehen im Hinblick auf § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG auch keine Bedenken dagegen, dass ein Notar die elektronische Abschrift der Bestellung eines Notarvertreters für seinen Sozius beglaubigt, da es sich hierbei nicht um eine Angelegenheit des Letzteren i. S. dieser Vorschrift handelt.

2. Abschriftsbeglaubigung der Vertreterbestellung durch den vertretenen Notar während der Zeit der Notarvertretung

Im diesem Zusammenhang stellt sich darüber hinaus die Frage, ob der vertretene Notar auch während der Notarvertretung eine elektronische Abschrift der Vertreterbestellung beglaubigen kann. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich bereits aus den vorangegangenen Ausführungen. Wie bereits erörtert, erscheint vor der Amtsübernahme durch den Notarvertreter die Abschriftsbeglaubigung der Vertreterbestellung durch den vertretenen Notar zumindest dann als unproblematisch, wenn die Vertreterbestellung nicht vorsieht, dass der Vertreterstatus endet, wenn der vertretene Notar das Amt vorzeitig übernimmt; aber auch wenn die Vertreterbestellung eine solche Regelung enthält, sollte sie so auszulegen sein, dass eine vorzeitige Amtsübernahme durch den vertretenen Notar nur dann vorliegt, wenn bereits zuvor der Notarvertreter das Amt übernommen hat.[464] Auch im Übrigen dürfte die Beglaubigung durch den vertretenen Notar während der Notarvertretung möglich sein, wenn die Vertreterbestellung nicht die Beendigung des Vertreterstatus bei vorzeitiger Amtsübernahme durch den vertretenen Notar vorsieht, da dann eine abwechselnde Amtsausübung möglich ist, der vertretene Notar also für die Beglaubigung das Amt übernehmen und es danach wieder von dem Notarvertreter übernommen werden kann.[465]

458 Winkler, § 3 BeurkG, Rn. 23; vgl. auch BGH DNotZ 1985, 231, 232 = NJW 1985, 2027.
459 Winkler, § 3 BeurkG, Rn. 24.
460 Winkler, § 3 BeurkG, Rn. 24.
461 Winkler, § 3 BeurkG, Rn. 25; Schippel/Bracker/Schäfer, § 16 BNotO, Rn. 17; BGH DNotZ 1985, 231, 232 = NJW 1985, 2027.
462 Winkler, § 3 BeurkG, Rn. 59.
463 Eylmann/Vaasen/Wilke, § 40 BNotO, Rn. 2.
464 Vgl. Ausführungen unter D.III.
465 Vgl. Ausführungen unter D.III.

II. Das Versenden von durch den vertretenen Notar beglaubigten Dokumenten

Das Versenden von Dokumenten, die der vertretene Notar vor der Notarvertretung elektronisch beglaubigt hat, durch den Notarvertreter ist unproblematisch. Insbesondere bedarf es hierzu keiner elektronisch beglaubigten Abschrift der Vertreterbestellung. Der Notarvertreter signiert zwar in einem solchen Fall die ausgehenden, von dem vertretenen Notar elektronisch beglaubigten Dokumente, dieser Signaturvorgang dient jedoch nicht der Wahrung der notariellen Form, sondern ermöglicht lediglich das Versenden der formgerechten Dokumente.

Das trügerische Grundbuch oder: Die Erweiterung des Vormerkungsschutzes „außerhalb des Grundbuchs“?

– zugleich Anmerkung zu BGH RNotZ 2008, 222 –

(von Notarassessor Marc Heggen, Würzburg[1])

1. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs

Mit einem bemerkenswerten, am 7. 12. 2007 ergangenen Urteil[2] hat der 5. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs eine Rechtsprechung aufgegriffen, die er mit einem – bereits damals viel beachteten – Urteil vom 26. 11. 1999[3] begründet hatte. Konnte die damalige Entscheidung kurz mit dem „Schlagwort“ des „Wiederaufladens einer erloschenen Vormerkung“ bezeichnet werden, so berührt die vorliegende Entscheidung die Frage der Erweiterung des Sicherungsumfangs einer Vormerkung, ohne dass eine weitere Eintragung im Grundbuch vorgenommen wird.

Der Sachverhalt der neuen Entscheidung des BGH bietet eine keineswegs ungewöhnliche Lebenslage: Eltern hatten im Jahre 1993 ihrer Tochter ein Hausgrundstück im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übergeben. Neben einem Wohnungsrecht ließen die Eltern sich im Übertragungsvertrag einen Rückforderungsanspruch für den Fall einräumen, dass die Tochter das übertragene Grundstück zu Lebzeiten der Eltern ohne deren Zustimmung veräußern, belasten oder baulich verändern sollte.[4] Zur Sicherung dieses Rückforderungsrechts wurde eine Vormerkung bewilligt. Noch im Jahre 1993 erfolgten die Eigentumsumschreibung des Grundbesitzes auf die Tochter und die Eintragung der Vormerkung im Grundbuch, und zwar unter Bezugnahme auf die Bewilligung im vorgenannten Übertragungsvertrag.

Fünf Jahre später (also 1998) kamen die Beteiligten sodann überein, die möglichen Gründe für einen Rückforderungsanspruch der Eltern auf weitere Fälle zu erweitern, so auf den Fall der rechtskräftigen Scheidung der Ehe der Tochter oder der Eröffnung des (damals noch) Konkurs- oder Vergleichsverfahrens über ihr Vermögen. Des weiteren sah diese zweite notarielle Vereinbarung zwischen den Eltern und der Tochter vor, dass die bereits eingetragene „Rückauflassungsvormerkung“ auch „zur Absicherung der Rückauflassungsansprüche der Übertragsgeber nach Ausübung des Rückforderungsrechtes aufgrund der vorstehend getroffenen Vereinbarungen“ diene. Der beurkundende Notar reichte den Ergänzungsvertrag – allerdings ohne einen Antrag zu stellen[5] – beim Grundbuchamt ein.

Die zuständige Rechtspflegerin nahm den Ergänzungsvertrag zu den Grundakten. Sie vermerkte lediglich auf dem – ebenso in den Grundakten befindlichen – ursprünglichen Vertrag „S. auch Ergänzungserklärung v. . . ., UR-Nr. . . ., Notar . . .“.

Nun kam es, wie man es wohl bereits schon erwartet: Im Jahre 2005 wurde über das Vermögen der Tochter das Insolvenzverfahren eröffnet; mit frist- und formgerechtem Schreiben verlangten die Eltern das Grundstück von der Tochter bzw. der Insolvenzverwalterin über das Vermögen der Tochter zurück und beriefen sich auf ihre Absicherung durch Vormerkung. Da die Insolvenzverwalterin das eingeräumte Rückforderungsrecht nicht für insolvenzfest hielt, klagten die Eltern auf Rückübertragung und auf Löschung des in Abt. II – nach der Vormerkung – eingetragenen Insolvenzvermerks.

Nachdem das Landgericht die Klage abgewiesen und das OLG Hamm (als Berufungsgericht) die Berufung als unbegründet zurückgewiesen hatten[6], hat der Bundesgerichtshof nunmehr das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das OLG Hamm zurückverwiesen, da nach Auffassung des BGH ein durch die Vormerkung gesicherter Rückforderungsanspruch der Eltern tatsächlich besteht, aber die Parteien noch die Möglichkeit erhalten sollten, zu etwaigen Ansprüchen aufgrund insolvenzrechtlicher Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) vorzutragen.

Von Interesse für die notarielle Praxis ist in der Begründung des 5. Zivilsenats schon der erste Punkt der Urteilsbegründung: Ohne wirkliche Diskussion führt der BGH aus, dass ein für den Fall der Insolvenz eingeräumtes Rückforderungsrecht keinen Bedenken hin-

---

1 Der Autor ist Notarassessor beim Deutschen Notarinstitut in Würzburg. Dieser Beitrag gibt lediglich seine persönliche Meinung wieder.

2 BGH – V ZR 21/07 –, RNotZ 2008, 222 (in diesem Heft) = NJW 2008, 578 = ZNotP 2008, 81 (m. Anm. Zimmer, S. 91) = ZfIR 2008, 113 = DNotI-Report 2008, 21 (Leitsatz).

3 BGHZ 143, 175 = NJW 2000, 805 = DNotZ 2000, 639 (m. Anm. Wacke, S. 643) = MittRhNotK 2000, 28 = MittBayNot 2000, 104 (m. Anm. Demharter, S. 106 und Amann, S. 197) = LM § 883 BGB Nr. 27 (m. Anm. Stürner/Heggen).

4 Der genaue Text dieser Vertragsklauseln kann dem Sachverhalt der (durch den BGH aufgehobenen) Berufungsentscheidung des OLG Hamm v. 14. 12. 2006 – Az. 10 U 120/06 entnommen werden (z. Zt. allerdings nur veröffentlicht bei juris).

5 Dies erwähnt allerdings nur das Berufungsurteil des OLG Hamm.

6 Allerdings ließ das OLG Hamm die Revision zu, da es sich wohl nicht ganz sicher war, ob es die Bedeutung der schon genannten BGH-Entscheidung v. 26. 11. 1999 für den vorliegenden Sachverhalt korrekt eingeschätzt hatte.

sichtlich seiner Wirksamkeit unterliege. Hierzu verweist der BGH auf Rechtsprechung und Literatur zur Zulässigkeit der Vereinbarung eines Heimfallanspruchs nach dem ErbbauRG für eben diesen Fall.[7] Mag diese klare Feststellung durch das höchste deutsche Zivilgericht aus der Sicht der vertragsgestaltenden Praxis sehr begrüßenswert sein, da sie mehr Sicherheit in eine lange Zeit kontrovers diskutierte Frage bringt, so überrascht doch, dass der 5. Senat des BGH diese Frage keines Worts des Zweifels für würdig erachtet. Dies gilt umso mehr als erst im vergangenen Jahr der 9. Zivilsenat des gleichen Gerichts[8] eine Entscheidung gefällt hatte, nach der einige Stimmen es wieder für kritischer erachteten, ob tatsächlich ein Rückforderungsrecht für den Fall der Insolvenz wirksam sein könne. Im Rahmen dieser Besprechung kann diese Frage nicht vertieft behandelt werden[9]; vielmehr bleibt zunächst nur festzuhalten, dass allein die Tatsache, dass ein Übergeber sich für den Fall der Insolvenz des Übernehmers ein Rückforderungsrecht vorbehält, wohl keine Wirksamkeitsbedenken hervorruft.

Der Hauptteil der Begründung in der vorliegenden BGH-Entscheidung betrifft dann aber Fragen der Vormerkung, insbesondere Fragen der Reichweite des Vormerkungsschutzes und der Möglichkeiten zur Ausweitung dieses Sicherungsumfangs: Der BGH bestätigt zunächst ausdrücklich die Grundlagen seiner Entscheidung aus dem Jahre 1999, nämlich zum einen, dass eine Vormerkung nur durch drei Elemente charakterisiert sei: Anspruchsschuldner, Anspruchsgläubiger und Anspruchsziel. Hingegen stelle der „Schuldgrund" für die Vormerkung, also der gesicherte Anspruch selbst, kein in das Grundbuch einzutragendes Element der Vormerkung dar.[10] Ferner finde auf eine Vormerkung die Vorschrift des § 879 Abs. 2 BGB entsprechende Anwendung. Diese Vorschrift erlaube gerade, eine erloschene Vormerkung wieder „aufzuladen" bzw. eine zunächst unwirksam begründete Vormerkung nachträglich zur Wirksamkeit zu bringen.

Nach Auffassung des BGH muss auf Grundlage dieser Prämissen dann die Frage entschieden werden, ob es bei einer Erweiterung des Sicherungsumfangs einer Vormerkung erforderlich ist, dass eine neue Vormerkung bewilligt werden muss oder ob nicht vielmehr eine Erweiterung des Sicherungsumfangs ohne erneute Grundbucheintragung erreicht werden kann. Zur Klärung dieser Frage vergleicht der BGH sodann die Erweiterung des Sicherungsumfangs einer Vormerkung mit einem Austausch der gesicherten Forderung. Aus der BGH-Entscheidung aus dem Jahre 1999 folge, dass eine Vormerkung auch einen neuen Anspruch sichern könne, wenn der ursprünglich gesicherte Anspruch erloschen sei und beide Ansprüche auf dasselbe Anspruchsziel gerichtet seien (z. B. einen Eigentumswechsel). Dann aber – so folgert der 5. Zivilsenat – müsse auch die Erweiterung des Sicherungsumfangs der Vormerkung auf „neue Ansprüche" ohne weitere Eintragung im Grundbuch möglich sein, da dieser Fall hinter dem Fall einer Neubegründung eines gesicherten Anspruchs sogar noch zurückbleibe.[11]

Auch die Argumente, diese Rechtsprechung verletze den Grundsatz der Grundbuchklarheit und -wahrheit bzw. führe zu Unklarheit hinsichtlich der Rangfolge der Grundbucheintragungen, hält der BGH nicht für durchgreifend: Dem ersten Einwand begegnet das höchste deutsche Zivilgericht mit dem Hinweis, dass schon der gesicherte Anspruch selbst im Grundbuch nicht zu bezeichnen sei. Vielmehr müsse das Grundbuch insoweit nur Auskunft geben, wer Anspruchsgläubiger, wer Anspruchsschuldner und was Anspruchsinhalt der Vormerkung sei, denn nur diese drei „Komponenten" charakterisierten die Vormerkung. Weitere Informationen ließen sich auch ansonsten nur durch Einblick in die Grundakten gewinnen.[12] Schließlich sei die Frage des grundbuchmäßigen Ranges einer solchen Erweiterung des Sicherungsumfangs der Vormerkung schon durch die Entscheidung aus dem Jahre 1999 geklärt, in der der 5. Zivilsenat bereits entschieden habe, dass bei einer der Eintragung nachfolgenden Bewilligung der Zeitpunkt der (erneuten bzw. erweiternden) Bewilligung maßgeblich sei.[13]

Für den vorliegenden Fall schlussfolgert der BGH nunmehr, dass eine wirksame Erstreckung der Sicherungswirkung der Vormerkung (eingetragen im Jahre 1993) auf die mit der Vereinbarung aus dem Jahre 1998 zusätzlich geschaffenen Rückforderungsgründe vorgelegen habe: Die Beteiligten hätten bewilligt, dass die eingetragene Vormerkung auch zur Sicherung dieser Ansprüche dienen sollte. Dadurch, dass die Grundbuchrechtspflegerin in der Grundakte auf dem ursprünglichen Vertrag einen Verweis auf die Nachtrags-Vereinbarung angebracht habe, sei in der Grundakte auch ausreichend zum Ausdruck gebracht worden, dass der Sicherungsumfang der Vormerkung erweitert worden sei. Schließlich sei die Bewilligung der Erweiterung des Sicherungsumfanges der Vormerkung auch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen die Tochter erfolgt, so dass prinzipiell von einem wirksam erworbenen, aufgrund der Vormerkung insolvenzfesten (§ 106 InsO) Rückübertragungsanspruch ausgegangen werden müsse.

Abschließend sei noch vermerkt, dass der BGH am Ende seiner Entscheidung richtigerweise kurz ausführt, dass der zweite von den Klägern geltend gemachte Anspruch, nämlich auf Löschung des Insolvenzvermerks, unter keinen Umständen bestehen kann: Greift der Rückübertragungsanspruch der Kläger nicht durch, so besteht auch die Eintragung des Insolvenzvermerkes zu Recht. Anderenfalls hätte das Insolvenzgericht – auf Antrag der Eltern – nach deren erfolgter Wieder-Eintragung als Eigentümer des Grundstücks das Grundbuchamt zu ersuchen, den Insolvenzvermerk von Amts wegen zu löschen; eines (Hilfs-)Anspruchs gegen den Insolvenzverwalter auf Bewilligung der Löschung des Vermerks bedürfe es daher nicht.[14]

---

7 Textziffer (Tz.) 10 der Entscheidung.
8 BGH NJW 2007, 2325 = DNotZ 2007, 682 (m. Anm. Reul, S. 649) = ZNotP 2007, 307 (m. Anm. Kesseler, S. 303).
9 Vgl. hierzu ausführlich: Reul, DNotZ 2007, 649 ff.; kritisch hierzu (und zu diesem Teil der Entscheidung des 5. ZS des BGH): Zimmer, ZNotP 2008, 91 ff. (unter II.).
10 Tz. 12 der Entscheidung.
11 Tz. 15 der Entscheidung.
12 Tz. 16 der Entscheidung.
13 Tz. 17 der Entscheidung.
14 Tz. 21 ff. der Entscheidung.

2. Gesicherte Grundlagen: Konstitutive Elemente einer Vormerkung

Nach dieser nunmehr zweiten grundlegenden Entscheidung des BGH zu den „Grundlagen" des Rechts der Vormerkung ist zunächst für die Praxis darauf hinzuweisen, dass zwei „Grundannahmen" wohl jetzt als gesichert gelten dürfen:

a) Zum einen ist dies die Feststellung, dass eine Vormerkung durch drei „Komponenten" charakterisiert und individualisiert wird, nämlich durch die Person des Vormerkungsgläubigers, die Person des Vormerkungsschuldners und den Gegenstand des Anspruchs.[15] Hierbei bezeichnet Letzterer nicht den Schuldgrund, also den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch, sondern die „Zielrichtung" der durch die Vormerkung gesicherten Rechtsänderung (also: die Auflassung des Grundbesitzes, die Eintragung einer bestimmten Hypothek etc.).

Tritt bei diesen drei Elementen der Vormerkung eine Änderung ein, so ist zwingend eine Eintragung dieser Änderung bei der Vormerkung im Grundbuch erforderlich, damit der Vormerkungsschutz erhalten bleibt. Wird also beispielsweise das mit einer Rückauflassungsvormerkung für einen früheren Eigentümer belastete Grundstück mit Zustimmung des Vormerkungsberechtigten vom heutigen Eigentümer veräußert, so wirkt die Vormerkung nicht automatisch gegen den neuen Eigentümer. Vielmehr bedarf es – um eine Verletzung des Identitätsgebotes von Vormerkungsschuldner und (gegenwärtigem) Grundstückseigentümer[16] zu vermeiden – der Löschung der bisherigen Auflassungsvormerkung und der Eintragung einer neuen Vormerkung. Ebenso kann das Anspruchsziel der Vormerkung nicht ohne Änderung der Grundbucheintragung gegenständlich erweitert werden (z. B. Änderung des Anspruchsinhaltes von Eintragung einer Grundschuld über 5 000,– € auf eine Grundschuld über 10 000,– €).[17]

b) Zum zweiten dürfte nunmehr prinzipiell als gesichert angesehen werden können, dass aufgrund einer entsprechenden Anwendung von § 879 Abs. 2 BGB auf die Vormerkung anstelle eines bisher gesicherten Anspruchs, der nie wirksam entstanden war oder unwirksam geworden ist, mittels einer neuen Bewilligung ein neuer zu sichernder Anspruch gesetzt werden kann, ohne dass hierfür die bisher bestehende Vormerkung gelöscht und eine neue – auf das gleiche Anspruchsziel gerichtete – Vormerkung eingetragen werden muss. Dieses dürfte mittlerweile auch der herrschenden[18] (wenn aber auch nicht unbestrittenen[19]) Auffassung im Schrifttum entsprechen. Auf die Frage, ob in einem solchen Fall allerdings die Eintragung eines (zumindest den Rang) klarstellenden Vermerkes im Grundbuch erfolgen sollte bzw. erfolgen muss, wird sogleich noch zurückzukommen sein.

3. Kritische Würdigung der BGH-Entscheidung

Nach Auffassung des Autors setzt diese Entscheidung des 5. BGH-Senats bedauerlicherweise gerade einen Gedanken der „Vorgänger-Entscheidung" aus dem Jahre 1999 fort, dem schon zum damaligen Zeitpunkt nicht uneingeschränkt gefolgt werden konnte.[20] Damit erreicht die BGH-Rechtsprechung nach Auffassung des Autors mittlerweile einen Punkt, an dem die Grundsätze von Grundbuchwahrheit und Grundbuchklarheit drohen verloren zu gehen.

a) Schon der BGH-Entscheidung aus dem Jahre 1999 war – nach Ansicht des Autors berechtigter Weise – entgegengehalten worden, dass bei konsequenter Durchführung dieses Urteils die Aussagekraft der Grundbucheintragung erheblich herabgesetzt würde. Wird die „Wiederaufladung" einer niemals wirksam entstandenen oder gar erloschenen Vormerkung ohne jeden neuen Vermerk im Grundbuch zugelassen, so kann der „Blick ins Grundbuch" keinen sicheren Anhalt mehr bieten, ob noch eine werthaltige Vormerkung besteht oder nicht. Zwar ist dem BGH insoweit zuzugeben, dass der zu sichernde Anspruch im Grundbuch nicht vermerkt wird. In aller Regel wird aber die Bewilligung, auf die die Grundbucheintragung Bezug nimmt, auch die notwendigen Angaben zum Inhalt des gesicherten Anspruchs enthalten (da es sich beispielsweise um den Kaufvertrag handelt, in dessen Rahmen eine Auflassungsvormerkung für den Käufer bewilligt wurde, oder aber – wie im vorliegenden Fall – um einen Übertragungsvertrag, in dem sich der Übergeber ein vormerkungsgesichertes Rückforderungsrecht vorbehalten hat). Soll es nun aber beim „Wiederaufladen" einer erloschenen Vormerkung nur noch „ggf. im Interesse der Grundbuchklarheit"[21] wünschenswert sein, den neuen, nunmehr durch die Vormerkung gesicherten Anspruch durch Angabe der neuen Bewilligung im Grundbuch zu vermerken, so lässt sich dem Grundbuch allein nicht mehr viel mehr als die Aussage entnehmen, dass eventuell eine werthaltige Vormerkung bei diesem Grundstück bestehen könnte. Genaueres könnte dann aber nur der Grundakte entnommen werden.[22]

Eben an diese schon sehr weit gehende Rechtsprechung knüpft nun aber die hier vorliegende BGH-Entscheidung an, indem sie zulässt, dass der Sicherungsumfang der

15 Ebenso Staudinger/Gursky, Bearb. 2002, § 885 BGB Rn. 66-69; Soergel/Stürner, 13. Aufl. 2002, § 885 BGB Rn. 12; vgl. auch Amann, MittBayNot 2000, 197, 197, und Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1511 ff.

16 Zu diesem (häufig nicht in seiner vollen Konsequenz erfassten) Grundsatz des Rechts der Vormerkung vgl. ausführlich Staudinger/Gursky (Fn. 15), § 883 BGB Rn. 55 ff. und (kurz) Schöner/Stöber (Fn. 15), Rn. 1493.

17 S. hierzu Staudinger/Gursky (Fn. 15) § 883 BGB Rn. 329 f.; die Einschränkung des Anspruchsinhaltes kann hingegen – aufgrund der Akzessorietät der Vormerkung – ohne erneute Bewilligung erfolgen, da bei Herabsetzung des Zieles des vorgemerkten Anspruchs (Grundschuld über 8 000,– € anstelle einer ebensolchen über 10 000,– €) das Grundbuch „automatisch" in Höhe des übersteigenden Betrages bei der Vormerkung unrichtig wird: Staudinger/Gursky (Fn. 15), Rn. 330; MünchKomm/Wacke, 4. Aufl. 2004, § 885 BGB Rn. 2.

18 MünchKomm/Wacke (Fn. 17), § 883 BGB Rn. 12; Soergel/Stürner (Fn. 15), § 885 BGB Rn. 6; AnwK-BGB/U. Krause, 2004, § 883 BGB Rn. 98; Prütting/Wegen/Weinreich/Huhn, 2. Aufl. 2007, § 885 BGB Rn. 8; Jauernig, 12. Aufl. 2007, § 885 BGB Rn. 10.

19 A. A. etwa Staudinger/Gursky (Fn. 15), § 883 BGB Rn. 333; Demharter, MittBayNot 2000, 106 ff.; Streuer, Rpfleger 2000, 155 f.; kritisch auch Amann, MittBayNot 2000, 197 ff.

20 S. hierzu bereits die Besprechung Stürner/Heggen, LM § 883 BGB Nr. 27.

21 BGHZ 143, 175 (Fn. 3), unter 4.

22 Vgl. hierzu ebenso Amann, MittBayNot 2000, 197, 200.

Vormerkung erweitert werden kann, ohne dass eine Grundbucheintragung für notwendig erachtet wird. Vielmehr soll es ausreichen, wenn der Notar (und zwar ohne ausdrücklichen Antrag![23]) dem Grundbuchamt die Änderungsurkunde zur Erweiterung des Sicherungsumfangs der Vormerkung übersendet und der Grundbuchbeamte diese zur Grundakte nimmt. Ob darüber hinaus zwingend erforderlich sein soll[24], dass der Grundbuchrechtspfleger auf der ursprünglichen Bewilligung für die Vormerkung einen Verweis auf die neue Urkunde anbringt, erscheint nach dem vorliegenden Urteil des BGH nicht klar, da der 5. Zivilsenat diesen Vermerk in den Urteilsgründen nur mit der Einschränkung erwähnt, ein solcher Verweis sei „angezeigt", „soweit diese im Hinblick auf eine Änderung des vorgemerkten Anspruchs Anlass zu einem Irrtum geben können"[25].

Es lässt sich also auf Grundlage dieser fortgeführten (und damit eventuell schon als „ständig" zu bezeichnenden) BGH-Rechtsprechung nur noch den Grundakten mit Sicherheit entnehmen, ob eine eingetragene Vormerkung noch werthaltig ist bzw. sein kann. Der Verweis im Grundbuch auf die Bewilligung der Vormerkung kann daher nur noch als „Ausgangspunkt" einer Suche in den Grundakten genommen werden, ob nicht der gesicherte Anspruch zwischenzeitlich „wieder aufgeladen", ausgetauscht oder erweitert worden ist.

Dies ist aus notarieller Sicht umso bedauerlicher, als diese Entscheidung zu einem Zeitpunkt ergangen ist, als nunmehr beinahe deutschlandweit der Online-Zugriff auf die Grundbücher ermöglicht ist. Demgegenüber ist die Online-Grundakte noch in keiner Weise verwirklicht (sieht man von der Markentabelle als „Vorstufe" zur Grundakte ab). Die hier zu besprechende Entscheidung hat nun aber gerade die Konsequenz, dass der Notar für die Frage, ob es sicher ist, dass eine im Grundbuch noch eingetragene Vormerkung noch werthaltig ist, dem Online-Grundbuch nicht mehr „trauen" kann, sondern sich selbst (oder durch seine Mitarbeiter) wieder beim Grundbuchamt durch den Blick in die Grundakte informieren muss, ob sich der Sicherungsumfang der Vormerkung nicht „außerhalb des Grundbuchs" verändert hat.

b) Hinzu kommt als weitere „missliche" Konsequenz dieser BGH-Rechtsprechung, dass diese den Schutz von „Drittberechtigten" an diesem Grundstück merklich herabsetzt: Sollen mit Rang nach der Vormerkung andere Rechte (z. B. also Grundpfandrechte) an dem Grundstück eingetragen werden, so konnten diese Drittberechtigten gemäß bisheriger Grundbuchpraxis nach Eintragung ihres Rechtes im Grundbuch feststellen, ob mit Rang vor ihrem Recht eine Änderung bei der Vormerkung eingetreten war, da diese Änderung hätte eingetragen werden müssen.

Nunmehr soll der erweiterte Sicherungsumfang der Vormerkung bereits ab dem „Zeitpunkt der neuen Bewilligung" wirken – dies ergibt sich bereits aus dem Urteil vom 26. 11. 1999, auf das der BGH vorliegend nur verweist.[26] Dies entspricht zwar einer analogen Anwendung von § 879 Abs. 2 BGB auf die Vormerkung: Gilt die im Grundbuch bereits bestehende Vormerkung schon als Eintragung auch des neuen Sicherungsumfangs, so „fehlt" nur noch die dementsprechende neue Bewilligung. Da der BGH aber nur auf eine wirksame Neu-Bewilligung abstellt, nicht aber fordert, diese müsse auch dem Grundbuchamt bereits vorliegen oder zumindest ihm gegenüber abgegeben sein, wirkt der erweiterte Sicherungsumfang bereits zu einem Zeitpunkt, den keiner außer denjenigen Personen kennt, die tatsächlich an der Urkunde beteiligt sind, mit der die Erweiterung des Sicherungsumfangs der Vormerkung bewilligt wird. Da der BGH zudem nicht fordert, dass die neue, den Sicherungsumfang der Vormerkung erweiternde Urkunde „alsbald" zum Grundbuchamt einzureichen ist, kann beispielsweise ein mit Rang nach der Vormerkung eingetragener Grundpfandrechtsgläubiger eigentlich erst dann sicher sein, dass die Vormerkung nicht doch noch werthaltig gemacht wurde, wenn er die Zwangsvollstreckung aus seinem Recht betreibt und kein dementsprechendes Recht aus der Vormerkung angemeldet wird.[27]

In diesem Zusammenhang möchte der Autor auch zu bedenken geben, ob es wirklich ein „wünschenswerter Effekt" der BGH-Rechtsprechung sein soll, dass derjenige begünstigt wird, der beispielsweise zunächst einen Schwarzkauf hat beurkunden lassen, für den aber zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem – nichtigen – Kaufvertrag eine Vormerkung eingetragen wurde. Er kann nun schon mit Wirkung ab dem Zeitpunkt der Neubeurkundung eines nachfolgenden Kaufvertrages die Vormerkung wieder „werthaltig" machen, während ein anderer Kaufinteressent erst mit Eintragung seiner Vormerkung Schutz genießt. Hier wäre es nach Ansicht des Autors im Interesse einer „Waffengleichheit" sachdienlicher, wenn auch der ehemalige Schwarzkäufer erst dann wieder auf die Schutzwirkung „seiner" Vormerkung vertrauen könnte, wenn vor seinem Antrag auf Vermerk der „Wiederaufladung" „seiner" Vormerkung kein anderer Antrag auf Eintragung einer gleich gerichteten Vormerkung beim Grundbuchamt eingegangen wäre (§ 17 GBO).

Auch dies dürfte nach Ansicht des Autors dafür sprechen, bei jedem Wiederaufladen einer unwirksamen oder erloschenen Vormerkung, aber auch bei der Erweiterung des Schutzbereichs der Vormerkung zu fordern, dass zwingend ein Vermerk im Grundbuch eingetragen (und dementsprechend die Eintragung des Vermerks von den Beteiligten beantragt) werden muss und dass im Grund-

---

23 Dieser lässt sich jedoch wohl der vom BGH aus der Änderungsurkunde herausgelesenen neuen Bewilligung zur Erweiterung des Sicherungsumfangs der Vormerkung (s. Tz. 18 f. der Entscheidung) im Wege der Auslegung entnehmen. Dennoch sollte nach Auffassung des Autors insoweit ein ausdrücklicher Antrag gestellt werden, da der Notar wohl nicht allein darauf „hoffen" sollte, ein Antrag werde der übersandten Bewilligung schon durch Auslegung zu entnehmen sein.

24 Was der Autor als Minimum für notwendig erachten würde, um einen Rest von „Grundbuchklarheit" zu erhalten.

25 Tz. 16 der Entscheidung.

26 Tz. 17 der Entscheidung; in BGHZ 143, 175 vgl. die Ausführungen des BGH unter 4.

27 Zu dieser Konsequenz der Rechtsprechung des BGH s. schon Amann, MittBayNot 2000, 197, 199, 200, auch mit Verweis auf die Gefahr einer höheren Manipulierbarkeit und einer etwaigen „Beweisnot", wenn ein nachrangig eingetragener Berechtigter geltend machen will, die Erweiterung des Sicherungsumfangs der Vormerkung sei nach der Eintragung seines Rechts erfolgt, er aber die Urkunde, mit der der Sicherungsumfang erweitert wurde, nicht in der Grundakte findet, sondern sie eventuell erst von den anderen Beteiligten „herausklagen" muss.

buch die neue Bewilligung aufgeführt wird, mit der die Vormerkung wieder werthaltig gemacht oder aber ihr Sicherungsumfang erweitert worden ist. Erst ab dem Zeitpunkt der Eintragung dieses Vermerkes kann die neue bzw. erweiterte Vormerkung aber Vorrang vor anderen Eintragungen in diesem Grundbuch beanspruchen.

c) Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass die „neue Linie" der BGH-Rechtsprechung zur Vormerkung nicht nur der Entlastung des Grundbuchs vor – nach Auffassung des BGH – unnötigen, weil inhaltsgleichen Eintragungen dient, sondern auch den Grundbuchverkehr erschweren kann: Bisher wurde es als möglich angesehen, Vormerkungen auch mittels Unrichtigkeitsnachweis i. S. v. § 22 GBO löschen zu können, wenn in der Form des § 29 GBO (also zumeist durch Einsicht in den in der Grundakte liegenden Vertrag, der den zu sichernden Anspruch enthielt, oder durch Vorlage eines notariellen Aufhebungsvertrages) nachgewiesen werden konnte, dass der vorgemerkte Anspruch niemals mehr wirksam entstehen kann.[28]

Wenn man dem gegenüber die Rechtsprechung des BGH ernst nimmt, dürfte dieser Weg für die Zukunft nicht mehr offen stehen:[29] Wie bereits das BayObLG zutreffend ausgeführt hat, ist bei einer Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises zu fordern, dass der Nachweis „ohne jeden Zweifel geführt" werden muss, dass „das Bestehen oder Entstehen des zu sichernden Anspruchs ausgeschlossen ist".[30] Wenn aber der Vormerkung – ohne Notwendigkeit eines klarstellenden Vermerks im Grundbuch – im Austausch gegen den bisherigen ein neuer zu sichernder Anspruch oder neben dem bisherigen ein zusätzlicher zu sichernder Anspruch „untergelegt werden" kann, so kann das Grundbuchamt niemals sicher sein, dass die Vormerkung keinen wirksamen Anspruch mehr sichert. Vielmehr kann dann eine Vormerkung – „entgegen" § 22 GBO – nur noch mit Bewilligung des Berechtigten gelöscht werden, sei die Bewilligung freiwillig abgegeben oder erst gerichtlich erstritten. Zumindest in einigen Fällen dürfte diese Notwendigkeit, eine Löschungsbewilligung vorzulegen, für den Grundstückeigentümer eine erhebliche Belastung in zeitlicher und wohl auch in finanzieller Hinsicht mit sich bringen.

4. Folgerungen für die notarielle Praxis

Neben den vorgenannten Bedenken ist aber für die notarielle Praxis auch festzuhalten, dass die hier zu besprechende BGH-Entscheidung ebenso die notarielle Vertragsgestaltung vereinfachen kann:

Soll der Sicherungsumfang einer Vormerkung über das bisher bestehende Maß hinaus erweitert werden, insbesondere, sollen mit einer bisher schon in einem Übertragungsvertrag vorgesehenen (Rück-)Auflassungsvormerkung, die auch bereits im Grundbuch eingetragen wurde, weitere Rückforderungsgründe gesichert werden, die die Beteiligten nun erst nachträglich vereinbaren, so braucht keine neue Vormerkung im Grundbuch für die weiteren Ansprüche eingetragen zu werden.

Falls die Beteiligten sich darüber einig sind, nunmehr weiter gehende Rückforderungsrechte festzulegen, so sind zunächst (aufgrund der Regelung in § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB) die dahingehenden nachträglichen Erklärungen der Beteiligten in notarieller Urkunde festzuhalten. Im weiteren genügt dann aber die Erklärung der Beteiligten (aus formal-grundbuchrechtlicher Sicht sogar nur die Bewilligungserklärung des Grundstückseigentümers, § 19 GBO), dass die bereits eingetragene Vormerkung die nunmehr neu vereinbarten Rückforderungsrechte ebenfalls absichern soll. Zusätzlich sollte – sicherheitshalber – der Notar angewiesen werden, diese Nachtragsurkunde dem Grundbuchamt mit dem Antrag einzureichen, zumindest in der Grundakte bei der früheren Bewilligung, aufgrund derer die Vormerkung ursprünglich eingetragen wurde, die Nachtragsurkunde zu vermerken.

Eine dementsprechende Vertragsformulierung in der Nachtragsurkunde könnte etwa wie folgt lauten:

„*Die Beteiligten sind sich darüber einig, dass die im Grundbuch bereits in Abt. II lfd. Nr. . . . eingetragene (Rück-)Auflassungsvormerkung nunmehr auch zur Sicherung der zusätzlichen, vorstehend vereinbarten Rückforderungsrechte dient. Der Übernehmer als derzeitiger Grundstückseigentümer bewilligt die dementsprechende Erweiterung des Sicherungsumfangs der bereits eingetragenen Vormerkung.*

Die Beteiligten beauftragen den amtierenden Notar, seinen Vertreter im Amt oder Amtsnachfolger, diese Nachtragsurkunde dem Grundbuchamt vorzulegen und beantragen, die Nachtragsurkunde beim schon bei den Grundakten befindlichen Übertragungsvertrag v. . . . (UR.-Nr. . . ./. . . des amtierenden Notars) zu vermerken."

Auch wenn es aus Sicht des Autors wünschenswert wäre, so sollte es wohl vermieden werden, zusätzlich noch zu beantragen, die neue Bewilligung im Grundbuch ausdrücklich aufzuführen. Aufgrund der nunmehr ergangenen Entscheidung des 5. Zivilsenats des BGH dürfte hinsichtlich eines solchen Antrags nämlich das Risiko einer kostenpflichtigen Zurückweisung bestehen, da der BGH in seiner Entscheidung sehr deutlich macht, dass er keine Notwendigkeit eines solchen Vermerks im Grundbuch sieht.

Als zweite Folgerung lässt sich aus dieser Entscheidung für die notarielle Praxis entnehmen, dass der Notar sehr vorsichtig sein muss, wenn er allein anhand eines Grundbuchs Aussagen zu der „Werthaltigkeit" eines vormerkungsgesicherten Anspruchs machen will. Da immer die Möglichkeit bestehen dürfte, dass ein eigentlich bereits erloschener Anspruch „außerhalb des Grundbuchs" wieder aufleben gelassen wurde oder die Vormerkung – neben einem sicher nicht mehr erfüllbaren Anspruch – nunmehr auch weitere Ansprüche sichert, kann eine eindeutige Aussage zur „Werthaltigkeit" der Vormerkung höchstens aus einem intensiven Studium der Grundakte

28 Vgl. nur aus der Rechtsprechung: BayObLG DNotZ 1989, 363 = MittRhNotK 1989, 52 und DNotZ 1993, 386 = MittBayNot 1992, 395 sowie LG Köln MittRhNotK 1989, 267.

29 Ebenso schon Streuer, Rpfleger 2000, 155, 156; ihm zustimmend auch Schöner/Stöber (Fn. 15), Rn. 1543 bei Fn. 299.

30 BayObLG DNotZ 1997, 727 = NJW-RR 1997, 590 = MittBayNot 1997, 100 (Leitsatz 1).

gewonnen werden.[31] In der Regel dürfte in der notariellen Praxis diese Konsequenz der BGH-Entscheidung nicht so gravierend sein, da bei Grundstückskaufverträgen regelmäßig in den Vertrag aufgenommen werden wird, dass für alle eingetragenen, vom Käufer nicht übernommenen Rechte Löschungsbewilligungen vorliegen müssen, bevor der Kaufpreis fällig gestellt werden wird (also auch für Vormerkungen, die anscheinend keine werthaltigen Ansprüche mehr sichern). Ebenso wird der Notar auch in Rangbescheinigungen für die Eintragung von Grundpfandrechten eine noch im Grundbuch eingetragene Vormerkung selbst dann aufführen, wenn er fest annimmt, dass diese Vormerkung keinen Anspruch mehr sichert. Folglich bleiben eher Beratungssituationen, in denen der Notar in Zukunft wohl noch häufiger darauf hinweisen muss, dass er allein aus dem Grundbuch keine Aussage darüber treffen kann, ob eine im Grundbuch noch vermerkte, eventuell schon vor langer Zeit eingetragene Vormerkung noch „Sicherungswirkungen" entfaltet.

5. Fazit

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass mit der vorliegenden Entscheidung vom 7. 12. 2007 der BGH seine Rechtsprechung zu den konstitutiven Merkmalen einer Vormerkung bestätigt hat. Ferner wird aufgrund dieser neuen Rechtsprechung das Grundbuch nunmehr von einer ganzen Anzahl an (bisher für zusätzlich eintragungspflichtig gehaltenen) Vormerkungen „entlastet". Solange die Elemente „Vormerkungsgläubiger", „Vormerkungsschuldner" und „Vormerkungsanspruch" (als mit der Vormerkung „intendierte" Änderung im Grundbuch) gleich bleiben, kann zwischen denselben Parteien eine bereits erloschene Vormerkung wieder ohne neue Eintragung neu „aufgeladen", der gesicherte Anspruch ausgetauscht oder der Sicherungsumfang der Vormerkung ohne neue Eintragung verändert werden.

Diese Rechtsprechung hat jedoch auch zur Folge, dass dem Grundbuch selbst nicht wesentlich mehr entnommen werden kann, als dass zwischen dem Vormerkungsberechtigten und dem Grundstückseigentümer werthaltige Ansprüche bestehen könnten, die durch die Vormerkung gegen zwischenzeitliche Verfügungen etc. gesichert sind. Mehr als ein im Grundbuch aufscheinendes „Warnzeichen" ist in dieser Beziehung die Vormerkung aber nicht mehr; dadurch, dass „außerhalb des Grundbuchs" der gesicherte Anspruch ausgetauscht, nach Erlöschen neu begründet und inhaltlich erheblich verändert werden kann, kann höchstens aus der Grundakte nähere Auskunft gewonnen werden, welche Ansprüche die Vormerkung „jetzt wieder" bzw. „noch" oder „jetzt auch" sichert. Damit hat der BGH die doch eigentlich streng akzessorische Vormerkung einem abstrakten Sicherungsmittel erheblich angenähert.

Insbesondere für solche Gläubiger aber (wie Kreditinstitute, aber auch Inhaber eines dinglichen Wohnungsrechts, eines dinglichen Vorkaufsrechts etc.), die gerne genau wissen möchten, welche im Grundbuch gesicherten Ansprüche ihren Rechten vorgehen, ist die BGH-Rechtsprechung misslich, da nicht einmal nach einem Blick in die Grundakte mit Sicherheit gesagt werden kann, welche Ansprüche die Vormerkung sichert.[32] Insoweit ist jeder dieser Gläubiger nur gut beraten, wenn er möglichst alle vorrangigen Eintragungen vorab löschen lässt, so sicher er sich auch sein mag, dass beispielsweise eine vor Jahrzehnten eingetragene Vormerkung heute keine Sicherungswirkung mehr entfaltet.

31 Aber auch dies nur in dem Fall, dass tatsächlich alle Erklärungen, mit denen die Vormerkung wieder „aufgeladen", der gesicherte Anspruch ausgetauscht oder der Sicherungsumfang der Vormerkung erweitert wurde, bereits zur Grundakte gelangt sind.

32 Man denke nur an den Fall, dass Vormerkungsberechtigter und Grundstückseigentümer soeben die Vormerkung durch notariellen Vertrag wieder haben aufleben lassen; ab dem Datum des Vertrages (genauer: der neuen Bewilligung) wirkt nämlich der Vormerkungsschutz wieder, auch wenn der Notar den Vertrag erst wesentlich später zum Grundbuch einreichen sollte (vielleicht auch sogar in dem Fall, dass der Vertrag nie eingereicht wird, das vorgemerkte Recht dann aber bei einer Versteigerung aus einem rangspäteren Recht ordnungsgemäß angemeldet wird?).

Die Beurkundung eines Hofübergabevertrages zulasten eines erbrechtlich bindend Bedachten

(von Notarassessor Oliver Gehse, Würzburg)

Der nachfolgende Beitrag erörtert die Wirksamkeit eines Hofübertragungsvertrages als Rechtsgeschäft unter Lebenden im Geltungsbereich der nordwestdeutschen Höfeordnung in Fällen, in denen der Hofeigentümer erbrechtlich gebunden ist. Während der Abschluss eines Erbvertrages den Erblasser nach allgemeinem Erbrecht gemäß § 2286 BGB nicht hindert, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, erfordern die höferechtlichen Besonderheiten eine differenzierte Betrachtung. Schließlich soll in Form der negativen Hoferklärung gemäß § 1 Abs. 4 S. 1 HöfeO eine Handlungsalternative aufzeigt werden, die der mit der Beurkundung eines Hofübertragungsvertrages betraute Notar den Vertragsparteien unter Hinweis auf die damit verbundenen Nachteile anheimstellen kann.

1. Unwirksamkeit eines Hofübergabevertrages zulasten eines erbrechtlich bindend Bedachten

Hat der Hofeigentümer durch letztwillige Verfügung einen Hoferben bestimmt, so hindert ihn dies prinzipiell nicht, mit einem anderen Erwerber einen Übergabevertrag ab-

zuschließen. Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Hofeigentümer sich durch einen Erbvertrag oder durch ein gemeinschaftliches Testament oder einen früheren Hofübergabevertrag bereits gebunden hat. In solchen Fällen ist nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur der nachfolgende Übergabevertrag in entsprechender Anwendung des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB in gleicher Weise unwirksam wie eine Verfügung von Todes wegen, die die Rechte eines Vertragserben beeinträchtigt.[1]

In zahlreichen Fällen errichten Ehegatten privatschriftlich ein gemeinschaftliches Testament, in dem der Erstversterbende den Längstlebenden zu seinem alleinigen Erben beruft, während der Längstlebende einen gemeinsamen Abkömmling zum Hoferben oder gar Universalerben des hofgebundenen und hoffreien Vermögens bestimmt. Fehlt es in der Testamentsurkunde wie häufig an einer ausdrücklichen Regelung zur Wechselbezüglichkeit der Verfügung des Längstlebenden und ergibt sich auch im Rahmen der individuellen Auslegung nichts anderes, so wird die Wechselbezüglichkeit der Schlusserbenberufung im Zweifel nach § 2270 Abs. 2 BGB angenommen, so dass das Recht des Längstlebenden zum Widerruf seiner Verfügung gemäß § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB mit dem Tode des Erstversterbenden erlischt. Nach der vorgenannten BGH-Rechtsprechung ist der Längstlebende sodann daran gehindert, durch einen Übergabevertrag die bindende Hoferbenbestimmung auszuhöhlen, indem er zu Lebzeiten den Hof auf eine andere Person überträgt. Der Schlussbedachte eines gemeinschaftlichen Testamentes wird zwar nur durch die §§ 2286 ff. BGB analog geschützt, so dass der Erblasser zu Lebzeiten frei über sein Vermögen verfügen kann und der Schlusserbe prinzipiell auf Bereicherungsansprüche wegen beeinträchtigender Schenkungen gem. § 2287 Abs. 1 BGB verwiesen ist. Jedoch ist der Hofeigentümer höferechtlich gehindert, den Hof im Wege eines Übergabevertrages unter Beeinträchtigung der bindenden Hoferbfolge wirksam auf einen anderen Rechtsträger zu übertragen.[2]

Das Landwirtschaftsgericht ist im Genehmigungsverfahren gem. § 17 Abs. 3 HöfeO auch gehalten, die materiell-rechtliche Wirksamkeit des Hofübergabevertrages zu prüfen, wenn für einen am Vertrage Nichtbeteiligten durch die Genehmigung ein Rechtsverlust eintreten würde. In diesen Fällen ist einem unwirksamen Vertrag die Genehmigung zwingend zu versagen.[3] Regelmäßig ist der bindend bedachte Schlusserbe an der Beurkundung des ihn beeinträchtigenden Hofübergabevertrages nicht beteiligt und soll von ihm auch keine Kenntnis erhalten. Als nichtbeteiligter Dritter wäre er auch nicht in der Lage, gegen eine Genehmigung des ihn beeinträchtigenden Hofübergabevertrages durch das Landwirtschaftsgericht Beschwerde mit dem Ziel einzulegen, den Beschluss des Landwirtschaftsgerichtes aufzuheben. Folgt man der von der allgemeinen Meinung vertretenen Ansicht, ein einer erbvertraglichen Bindung widersprechender Hofübergabevertrag zu Lebzeiten des Hofeigentümers sei nichtig, so ist die zwingende Versagung der Genehmigung durch das Landwirtschaftsgericht im der Beurkundung nachfolgenden Genehmigungsverfahren die logische Konsequenz.

Das Landwirtschaftsgericht kann sich der Beurteilung der erbrechtlichen Verfügungsfreiheit des Übergebers auch nicht dadurch entziehen, dass es die Beteiligten auf den allgemeinen zivilrechtlichen Prozessweg verweist und einstweilen das Genehmigungsverfahren aussetzt. Dies würde einen erheblichen Kostenaufwand verursachen, wäre mit dem Grundsatz der Prozessökonomie kaum zu vereinbaren und ist wegen der Komplexität der miteinander zusammenhängenden bürgerlich-rechtlichen sowie höferechtlichen Fragen untunlich.[4]

Deshalb muss der Notar im Regelfall von der Beurkundung eines Hofübertragungsvertrages zulasten eines erbrechtlich bindend Bedachten abraten und müßte ein entsprechendes Beurkundungsersuchen der Beteiligten ablehnen.

Wird ein unwirksamer Hofübergabevertrag dennoch grundbuchlich vollzogen, weil dem beurkundenden Notar und dem Landwirtschaftsgericht frühere bindende Verfügungen des Übernehmers nicht bekannt sind, so muss der Erwerber dem bindend Begünstigten für die früheren und darum vorgehenden vertraglichen Bindungen des Veräußerers einstehen und nach Eintritt des Erbfalles einer Grundbuchberichtigung zustimmen.[5]

2. Entfallen der erbrechtlichen Bindung bei fehlender Wirtschaftsfähigkeit des Hoferben

Die Bindung aus dem Erbvertrag oder dem gemeinschaftlichen Testament entfällt ausnahmsweise, wenn der in der Verfügung von Todes wegen bestimmte Hoferbe nicht wirtschaftsfähig ist und bei vorausschauender Betrachtung auch im Zeitpunkt des Erbfalles nicht wirtschaftsfähig sein wird.[6]

Von den in § 6 Abs. 6 S. 2 HöfeO bezeichneten Ausnahmen abgesehen ist die mangelnde Wirtschaftsfähigkeit ein Ausschlusskriterium für die Hoferbfolge. Wirtschaftsfähig ist gem. § 6 Abs. 7 HöfeO, wer nach seinen körperlichen und geistigen Fähigkeiten, nach seinen Kenntnissen und seiner Persönlichkeit in der Lage ist, den von ihm zu übernehmenden Hof selbständig ordnungsmäßig zu bewirtschaften.[7]

---

1 BGH NJW 1951, 803 = RdL 1951, 129 = DNotZ 1951, 344; BGH RdL 1952, 132; BGH RdL 1953, 53; BGH NJW 1956, 142 = RdL 1956, 87 = MDR 1956, 479 = DNotZ 1956, 145; BGH AgrarR 1987, 222 = RdL 1987, 217 = NJW 1988, 710 = WM 1987, 1290 = DNotZ 1988, 37; OLG Celle RdL 1968, 72; OLG Celle NdsRpfl 1971, 255; Palandt/Edenhofer, 67. Aufl. 2008, § 2271 BGB Rn. 11; Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, 8. Aufl. 2004, § 17 HöfeO Rn. 30; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, 10. Aufl. 2001, § 17 HöfeO Rn. 41; Steffen/Ernst, 2. Aufl. 2006, § 17 HöfeO Rn. 12; Faßbender, in: Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, 3. Aufl. 1994, § 17 HöfeO Rn. 226.

2 BGH AgrarR 1987, 222 = RdL 1987, 217 = NJW 1988, 710 = WM 1987, 1290 = DNotZ 1988, 37.

3 BGH NJW 1956, 142 = MDR 1956, 479–480; Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, § 17 HöfeO Rn. 107; Faßbender, in: Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, § 17 HöfeO Rn. 226.

4 Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, § 17 HöfeO Rn. 110; Faßbender, in: Faßbender/Hötzel/Pikalo/von Jeinsen, § 17 HöfeO Rn. 227.

5 Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, § 17 HöfeO Rn. 32.

6 BGH RdL 1963, 270 = DNotZ 1964, 547 = MDR 1963, 996; Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, § 17 HöfeO Rn. 31.

7 Zum Begriff der Wirtschaftsfähigkeit: Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, § 6 HöfeO Rn. 93 ff.; Steffen/Ernst, § 6 HöfeO Rn. 62 ff.; von Jeinsen, in: Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, § 6 HöfeO Rn. 49 ff.; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, § 6 HöfeO Rn. 61 ff.

Ist der erbrechtlich bindend Bedachte wirtschaftsunfähig, so würde er die Hofnachfolge voraussichtlich gar nicht antreten können, so dass der Erblasser nicht darauf verwiesen ist, eine Ergänzung oder Abänderung seiner Verfügung von Todes vorzunehmen, sondern bereits zu Lebzeiten einem anderen Erwerber den Hof übergeben kann. In Zweifelsfällen ist die Wirtschaftsfähigkeit des erbvertraglich bestimmten Hoferben im Genehmigungsverfahren vor dem Landwirtschaftsgericht festzustellen.

Ob der erbrechtlich bindend Bedachte in konkreten Fall nach seinen körperlichen und geistigen Fähigkeiten in der Lage sein wird, den Hof selbständig zu bewirtschaften, kann vom Urkundsnotar in den meisten Fällen wohl kaum zuverlässig beurteilt werden. Er kann allenfalls den Vertragsbeteiligten den Begriff der Wirtschaftsfähigkeit erläutern und es ihnen unter Verweis auf die damit verbundenen Risiken überlassen, den Übertragungsvertrag dennoch zu beurkunden, wenn sie die Auffassung vertreten, der erbrechtlich bindend Bedachte sei nicht wirtschaftsfähig und werde dies auch im Zeitpunkt des Erbfalles nicht sein. Spätestens im sich der Beurkundung anschließenden landwirtschaftsgerichtlichen Genehmigungsverfahren wird dies vom mit der Erteilung der Genehmigung befassten Landwirtschaftsgericht überprüft.

3. Löschung des Hofvermerkes durch den erbrechtlich gebundenen Hofeigentümer

Kann die Wirtschaftsunfähigkeit des bindend bedachten Schlusserben jedoch aus Sicht der Parteien nicht unzweifelhaft angenommen werden, so dass eine anderweitige Hofübergabe ausnahmsweise wirksam ist, sollte der mit der Beurkundung betraute Notar dem Hofübergeber anheim stellen, zunächst gegenüber dem Landwirtschaftsgericht eine negative Hoferklärung abzugeben:

Gem. § 1 Abs. 4 S. 1 HöfeO verliert eine landwirtschaftlich Besitzung die Eigenschaft als Hof auch dann, wenn der Eigentümer erklärt, dass sie kein Hof mehr sein soll, und wenn der Hofvermerk im Grundbuch gelöscht wird. Das Höferecht gilt für eine landwirtschaftliche Besitzung seit dem Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Änderung der Höfeordnung am 1. Juli 1976[8] nur noch fakultativ.[9] Mit der Hoferklärung trifft der Eigentümer die Wahl zwischen dem Erbstatut der HöfeO und dem für ihn allgemein geltenden.[10] Aus diesem Grunde wird in der Literatur angenommen, die Hoferklärung nach § 1 Abs. 4 HöfeO habe testamentsähnliche Wirkungen.[11]

Durch den Abschluss eines Erbvertrages wird gem. § 2289 Abs. 1 S. 1 BGB eine frühere letztwillige Verfügung des Erblassers aufgehoben, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde. In dem gleichen Umfang ist gem. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB eine spätere Verfügung von Todes wegen unbeschadet der Vorschrift des § 2297 BGB unwirksam. Für wechselbezügliche Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten wendet die allgemeine Meinung wegen der Vergleichbarkeit mit der erbvertraglichen Bindung § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechend an.[12]

Fraglich ist nun, ob eine negative Hoferklärung gem. § 1 Abs. 4 S. 1 HöfeO als „spätere Verfügung von Todes wegen" i. S. des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB angesehen werden kann mit der Folge, dass sie bei entgegenstehender erbrechtlicher Bindung unwirksam ist. Dies wird in der Tat in der Literatur von *Faßbender* und *Pikalo* unter Hinweis auf den testamentsähnlichen Charakter der Hoferklärung vertreten.[13] Sie bestreiten zwar die lebzeitigen Auswirkungen einer Hoferklärung nicht, betonen jedoch, dass diese gegenüber der Änderung der Erfolge in das landwirtschaftliche Anwesen, die mit ihr in erster Linie erreicht und bezweckt wird, von marginaler Bedeutung seien. Für diese Auffassung spricht der Gesetzestext mithin insoweit, als dass für die Abgabe einer Hoferklärung gemäß § 1 Abs. 6 HöfeO Testierfähigkeit des Hofeigentümers und nicht seine Geschäftsfähigkeit vorausgesetzt wird, wenngleich auch ein gesetzlicher Vertreter des Hofeigentümers mit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zur Abgabe einer Hoferklärung berechtigt ist.

Dem widerspricht jedoch die überaus h. M. in Rechtsprechung und Literatur, insbesondere auch der BGH. Trotz einer erbrechtlichen Bindung hat der Erblasser hiernach ohne weiteres die Möglichkeit, das Erbstatut abweichend zu bestimmen, indem er die Löschung des Hofvermerkes aufgrund einer negativen Hoferklärung im Grundbuch bewirkt.[14] Eine solche Erklärung über die Aufhebung der Hofeigenschaft sieht der BGH als Rechtsgeschäft unter Lebenden an, so dass sie nach § 2286 BGB wirksam ist.[15]

Der Hofeigentümer kann somit trotz entgegenstehender erbrechtlicher Bindung nach der überaus h. M. in Rechtsprechung und Literatur die Hofeigenschaft einer landwirtschaftlichen Besitzung beseitigen, indem er eine negative Hoferklärung gemäß § 1 Abs. 4 S. 1 HöfeO abgibt.

Verliert der Hof die Hofeigenschaft, weil eine oder mehrere Hofvoraussetzungen entfallen sind, oder wird der landwirtschaftlichen Besitzung die Hofeigenschaft durch eine negative Hoferklärung entzogen, so kommt eine Vererbung nach Höferecht nicht mehr in Betracht. Durch Auslegung ist dann in diesen Fällen zu ermitteln, ob der mit dem gemeinschaftlichen Testat oder dem Erbvertrag

---

8 BGBl. 1976 I, S. 881.

9 Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, Einleitung Rn. 16 und § 1 HöfeO, Rn. 86 ff.; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, Einleitung Rn. 4 und § 1 HöfeO Rn. 53 ff; Faßbender, in: Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, HöfeO, Einleitung Rn. 50; Steffen/Ernst, § 1 HöfeO Rn. 49.

10 Faßbender, in: Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, § 1 HöfeO Rn. 80

11 Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, § 1 HöfeO Rn. 108; Faßbender, in: Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, § 1 HöfeO Rn. 81.

12 RGZ 58, 64; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1995, 265; MünchKomm-Musielak, 4. Aufl. 2004, § 2271 BGB Rn. 15; Palandt/Edenhofer, § 2271 BGB Rn. 12.

13 Faßbender, in: Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, § 1 HöfeO Rn. 81; ders., AgrarR 1977, 196, AgrarR 1987, 295 und AgrarR 1988, 125; Pikalo, AgrarR 1976, 342, 343.

14 BGH AgrarR 1992, 78 = WM 1991, 1968 = NJW-RR 1991, 1282 = FamRZ 1991, 1289 = MittRhNotK 1992, 26 = MDR 1992, 383; BGH AgrarR 1987, 222 = RdL 1987, 217 = NJW 1988, 710 = WM 1987, 1290 = DNotZ 1988, 37.

15 BGH NJW 1976, 1635; BGH AgrarR 1987, 222 = RdL 1987, 217 = NJW 1988, 710 = WM 1987, 1290 = DNotZ 1988, 37; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, § 17 HöfeO Rn. 43; Staudinger/Kanzleiter, BGB, Neubearbeitung 2006, § 2286 Rn. 3, 11.

angestrebte Schutz des Hoferben nach der Vorstellung und dem Willen des von Todes wegen Verfügenden im Rahmen des allgemeinen bürgerlichen Erbrechtes verwirklicht werden soll und kann.[16] *Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery* räumen in diesem Zusammenhang ein, dass die Feststellung des mutmaßlichen Erblasserwillens im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten könne: So ist es denkbar, dass die Hoferbenbestimmung in einem Erbvertrag nur für den Fall getroffen ist, dass das Höferecht im Erbfall auch tatsächlich zur Anwendung kommt. Ein Grund für eine derartige Willensbildung kann z. B. darin liegen, dass der Hof nur eine schmale Existenzbasis hat, die bei einer Vererbung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes eine Fortführung der Bewirtschaftung nicht mehr gestatten würde. Ist ein Erbvertrag, der die Hoferbfolge regelt, geschlossen worden, so wird insbesondere, wenn der designierte Hoferbe am Vertragsschluss beteiligt war, nach dem Verlust des höferechtlichen Rechtskleides in aller Regel anzunehmen sein, dass der bestimmte Hoferbe nach bürgerlichem Erbrecht zum Erben bzw. Miterben eingesetzt ist. Sind neben ihm weitere Erben vorhanden, so liegt die Annahme einer Teilungsanordnung gem. §§ 2048 S. 1, 2084, 2085 BGB unter Anwendung der Regeln der Landgutvererbung gem. §§ 2049 Abs. 1, 2312 BGB nahe.

Der BGH führt zu den Folgen einer Löschung des Hofvermerks bei bestehender erbrechtlicher Bindung aus:[17]

„Hat die landwirtschaftliche Besitzung infolge der Hoferklärung ihre Eigenschaft als Hof verloren, so kommt eine Vererbung nach Höferecht nicht mehr in Betracht. Es ist dann eine weitere Frage, ob und inwieweit der erbvertraglich bezweckte Schutz des Vertragserben im Rahmen des allgemeinen bürgerlichen Erbrechtes verwirklicht werden kann. Ist der Vertragserbe nicht ... auch zum alleinigen Erben des hoffreien Vermögens bestimmt, so kann im Wege der Auslegung (vgl. §§ 2084, 2085 BGB) u. a. die Annahme einer Teilungsanordnung zugunsten des Vertragserben bezüglich der landwirtschaftlichen Besitzung in Betracht kommen."

Da bei der Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB im Falle eines gemeinschaftlichen Testamentes oder Ehegattenerbvertrages der wirkliche Wille beider Testierenden zu ermitteln ist, wobei auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände Berücksichtigung finden können, wird dem Urkundsnotar eine abschließende Beurteilung naturgemäß nicht möglich sein. Hierüber kann dann lediglich das ggf. angerufene Nachlass- bzw. Prozessgericht unter Ausschöpfung aller möglichen Beweismittel abschließend und verbindlich entscheiden. Soweit die vertragsmäßige Einsetzung des durch die lebzeitige Übertragung beeinträchtigten Hoferben als vertragsmäßige Zuwendung eines Vermächtnisses oder als vertragsmäßige Einsetzung zum Miterben mit einer entsprechenden Teilungsanordnung ausgelegt werden kann, kommen bei einer anderweitigen lebzeitigen Übertragung der landwirtschaftlichen Besitzung Ansprüche des bindend bedachten Schlusserben gem. §§ 2287 Abs. 1, 2288 BGB in Betracht. Ob wiederum die Tatbestandsvoraussetzungen eines solchen Anspruches, insbesondere die Beeinträchtigungsabsicht des Hofübergebers, erfüllt sind, ist jeweils eine Frage des Einzelfalles.

Jedenfalls ist nach Abgabe einer negativen Hoferklärung gem. § 1 Abs. 4 S. 1 HöfeO gegenüber dem Landwirtschaftsgericht gemäß § 2286 BGB eine freie Verfügung des Hofeigentümers über die landwirtschaftliche Besitzung zu Lebzeiten möglich und keine Genehmigung des Übergabevertrages hinsichtlich des dann entstandenen BGB-Landgutes durch das Landwirtschaftsgericht mehr erforderlich, sondern nur noch eine solche durch die nach dem jeweiligen Landesrecht zuständige Behörde für Genehmigungen nach dem Grundstückverkehrsgesetz. In Nordrhein-Westfalen ist dies gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 der Zweiten Verordnung über Zuständigkeiten nach dem Landpachtgesetz und dem Grundstückverkehrsgesetz (GVBl. NW 1963, 329) der Geschäftsführer der zuständigen Kreisstelle der Landwirtschaftskammer. Die Genehmigungsbehörde hat in diesem Fall aber ausschließlich zu prüfen, ob Versagungsgründe gem. § 9 GrdstVG vorliegen, und muss mögliche Bereicherungsansprüche des bindend Bedachten nach dem Tode des längstlebenden Ehegatten gegen den Übernehmer der landwirtschaftlichen Besitzung außer Betracht lassen.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich feststellen, dass eine landwirtschaftliche Besitzung als Hof i. S. d. HöfeO nur dann ohne Mitwirkung eines bindend bedachten Schlusserben zu Lebzeiten auf einen anderen Erwerber im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen werden kann, wenn der bindend bedachte Schlusserbe wirtschaftsunfähig ist und bei vorausschauender Betrachtung auch im Zeitpunkt des Erbfalls nicht wirtschaftsfähig sein wird. Eine Übertragung der landwirtschaftlichen Besitzung auf einen anderen Übernehmer bleibt jedoch möglich, wenn der Hofeigentümer zuvor eine negative Hoferklärung gem. § 1 Abs. 4 S. 1 HöfeO gegenüber dem Landwirtschaftsgericht abgibt, wobei in einem solchen Fall allerdings Bereicherungsansprüche des übergangenen Schlusserben nach dem Erbfall gegenüber dem Erwerber gem. § 2287 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden könnten. Hierauf mag der Urkundsnotar gem. § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG hinweisen.

Schließlich sollte bei der Übergabe eines BGB-Landgutes noch eine Ertragswertanordnung gemäß § 2312 Abs. 2 BGB getroffen werden, falls der Erwerber pflichtteilsberechtigt ist, da § 2312 BGB, der den pflichtteilsberechtigten Übernehmer eines Landgutes im öffentlichen Interesse an der Erhaltung eines leistungsfähigen landwirtschaftlichen Betriebes privilegiert, auch im Falle der lebzeitigen Übertragung des Landgutes Anwendung findet, wenn gegen den Erwerber Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend gemacht werden und seine Voraussetzungen im Erbfall noch vorliegen.[18]

16 Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, § 7 HöfeO Rn. 24.

17 BGH AgrarR 1987, 222 = RdL 1987, 217 = NJW 1988, 710 = WM 1987, 1290 = DNotZ 1988, 37.

18 BGH NJW 1964, 1414 = Rpfleger 1964, 312 = MDR 1964, 655 = WM 854; BGH NJW 1995, 1352 = ZEV 1995, 74 = MDR 1995, 288 = FamRZ 1995, 352 = WM 1995, 591 = MittBayNot 1995, 213 = DNotZ 1995, 708; Palandt/Edenhofer, § 2312 BGB Rn. 7.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht – Erstreckung einer Rückauflassungsvormerkung auf weitere Rücktrittsgründe
(*BGH*, Urteil vom 7. 12. 2007 – V ZR 21/07)

BGB § 883 Abs. 1

1. Eine zur Sicherung eines durch Rücktritt bedingten Rückauflassungsanspruchs eingetragene Vormerkung kann, ohne dass es einer erneuten Eintragung bedürfte, durch Bewilligung auf weitere Rücktrittsgründe erstreckt werden (Fortführung von BGHZ 143, 175 = MittRhNotK 2000, 28 = DNotZ 2000, 639).

2. Der Rang der durch die Vormerkung weiter gesicherten Ansprüche bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der neuen Bewilligung.

Zum Sachverhalt:

[1] I. Mit von ihrem Streithelfer beurkundeten Vertrag vom 15. 10. 1993 übertrugen die Kl. im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ihr Hausgrundstück unter Vorbehalt eines Wohnrechts ihrer Tochter (im Folgenden: Schuldnerin). Die Schuldnerin verpflichtete sich, das Grundstück zu Lebzeiten der Kl. nicht zu veräußern, nicht zu belasten und nicht baulich zu verändern. Für den Fall des Verstoßes gegen diese Verpflichtungen sollten die Kl. nach näherer Maßgabe die Rückübertragung des Grundstücks verlangen können.

[2] Die Schuldnerin wurde am 26. 11. 1993 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen; der Rückauflassungsanspruch der Kl. wurde durch die Eintragung einer Vormerkung gesichert.

[3] Mit von dem Streithelfer am 5. 5. 1998 beurkundeten Vertrag vereinbarten die Kl. mit der Schuldnerin, dass sie auch dann die Rückübertragung des Grundstücks sollten verlangen können, wenn die Schuldnerin geschieden, über ihr Vermögen ein Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet oder die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieben würde. Weiter heißt es in dem Vertrag:

„Die bereits im Grundbuch . . . eingetragene Rückauflassungsvormerkung dient auch zur Absicherung der Rückauflassungsansprüche der Übertragsgeber . . . aufgrund der vorstehend getroffenen Vereinbarungen."

[4] Der Streithelfer reichte eine Ausfertigung des Ergänzungsvertrags bei dem GBA ein. Die Rechtspflegerin vermerkte daraufhin auf der bei den Grundakten befindlichen Ausfertigung des Vertrages vom 15. 10. 1993 „s. auch Ergänzungserklärung vom 5. 5. 1998, UR-Nr. 247/98, Notar S.".

[5] Mit Beschluss vom 20. 7. 2004 untersagte das AG Dortmund der Schuldnerin gemäß § 21 Abs. 1 InsO, über das Grundstück zu verfügen, und ersuchte das GBA um Eintragung des Verfügungsverbots in das Grundbuch. Am 9. 6. 2005 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Bekl. wurde zur Verwalterin bestimmt. Mit der Klage verlangen die Kl. von der Bekl. die Rückübertragung des Grundstücks und die Bewilligung der Löschung der in das Grundbuch eingetragenen Verfügungsbeschränkung.

[6] Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision verfolgen die Kl. ihre Anträge weiter.

Aus den Gründen:

[7] II. Das Berufungsgericht hält die geltend gemachten Ansprüche für nicht begründet. Es meint, die Vereinbarung vom 5. 5. 1998 sei wirksam. Für ihre insolvenzrechtliche Anfechtung fehle es an hinreichendem Vortrag der Bekl. Der geltend gemachte Anspruch scheitere jedoch daran, dass er durch die eingetragene Vormerkung nicht gesichert sei und daher gegen die Masse nicht durchgesetzt werden könne. Die Vereinbarung bedeute zwar auch die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung der weiter vereinbarten Rückübertragungsansprüche. Zu einer entsprechenden Eintragung sei es jedoch nicht gekommen, weil der hierzu notwendige Antrag nicht gestellt worden sei.

[8] Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung im Wesentlichen nicht stand.

[9] 1. Auf der Grundlage des bisherigen Vorbringens der Bekl. schuldet diese als Insolvenzverwalterin gemäß § 106 InsO den Kl. die verlangte Rückübertragung des Grundstücks. Die am 26. 11. 1993 in das Grundbuch eingetragene Vormerkung sichert auch den durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin durch den Vertrag vom 5. 5. 1998 begründeten Rückübertragungsanspruch der Kl.

[10] a) Die in dem Vertrag vom 5. 5. 1998 zwischen den Kl. und der Schuldnerin vereinbarte Verpflichtung der Schuldnerin, das Grundstück im Fall der Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen zurück zu übertragen, ist wirksam. Eine Vereinbarung, die eine Vertragspartei berechtigt, im Falle der Insolvenz der anderen Partei ein dieser eingeräumtes oder übertragenes Recht zurückzuverlangen, ist entgegen der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat von der Bekl. vertretenen Meinung grundsätzlich wirksam (vgl. OLG Karlsruhe NZM 2001, 1053, 1054; Erman/Grziwotz, BGB, 11. Aufl., § 2 ErbbauVO Rn. 6; MünchKommBGB/v. Oefele, 4. Aufl., § 2 ErbbauVO Rn. 27; RGRK/Räfle, 12. Aufl., § 2 ErbbauVO Rn. 25, jeweils zum Heimfallanspruch nach der ErbbauVO). § 17 Abs. 1 Nr. 4 der Ausführungsverordnung zum Reichsheimstättengesetz sah eine Vereinbarung, nach der die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Heimstätters den Heimfallanspruch auslöste, ausdrücklich vor.

[11] b) Der vereinbarte bedingte Übertragungsanspruch konnte gemäß § 883 Abs. 1 BGB durch eine Vormerkung gesichert werden.

[12] In der Eintragung einer Vormerkung müssen der Gegenstand des Anspruchs und der Anspruchsgläubiger bezeichnet werden; die Angabe des Schuldgrunds ist nicht notwendig (Jansen, DNotZ 1953, 382, 383; vgl. ferner Senat Urt. v. 2. 10. 1951, V ZR 47/50, LM BGB § 883 Nr. 1; RGZ 133, 267, 269 f.; KG Rpfleger 1969, 49, 50; DNotZ 1972, 173, 175; Erman/Lorenz, 11. Aufl. § 885 BGB Rn. 18; Staudinger/Gursky, Bearb. 2002, § 885 BGB Rn. 68).

[13] Im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung muss der Anspruch, zu dessen Sicherung die Vormerkung dienen soll, weder fällig, § 883 Abs. 1 S. 2 BGB, noch begründet sein. § 879 Abs. 2 BGB ist auf die Vormerkung entsprechend anzuwenden (Senat BGHZ 143, 175, 179 f.

m. w. N. = MittBayNot 2000, 104 m. Anm. Demharter = DNotZ 2000, 639 m. Anm. Wacke = ZfIR 2000, 121 m. Anm. Volmer = LM BGB § 883 Nr. 27 m. Anm. Stürner/Heggen = MittRhNotK 2000, 28). Wird eine Vormerkung vor der Begründung des zu sichernden Anspruchs in das Grundbuch eingetragen, entsteht sie mit der Begründung des Anspruchs. Umgekehrt erlischt die Vormerkung trotz Fortbestehens ihrer Eintragung im Grundbuch mit dem Erlöschen des gesicherten Anspruchs. Dabei ist ohne Bedeutung, ob der Anspruch durch Vereinbarung, aufgrund der Ausübung eines Rechts oder durch Erfüllung erlischt. Die unabhängig von dem gesicherten Anspruch erfolgte oder fortbestehende Eintragung erlaubt es, eine erloschene Vormerkung durch einen neu begründeten Anspruch wieder „aufzuladen“ (Stürner/Heggen, a.a.O.), oder eine wegen Scheiterns der Begründung des zu sichernden Anspruchs zunächst unwirksame Vormerkung zur Entstehung zu bringen (OLG Frankfurt DNotZ 1995, 539 f.; Ertl, Rpfleger 1979, 361, 364; Wacke, DNotZ 1995, 507, 512).

[14] c) Auf dieser Grundlage ist die Frage zu entscheiden, ob es zur Sicherung der Erweiterung eines Anspruchs der Bewilligung und Eintragung einer neuerlichen Vormerkung bedarf, oder ob die Bewilligung der Sicherung des erweiterten Anspruchs durch eine eingetragene Vormerkung ohne weitere Eintragung in das Grundbuch zur Sicherung des erweiterten Anspruchs führt.

[15] Die Voraussetzungen des gesicherten Anspruchs können durch Vereinbarung zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger beschränkt oder erweitert werden. Werden sie beschränkt, bleibt die Sicherung des Anspruchs durch die eingetragene Vormerkung bestehen (vgl. statt aller MünchKommBGB/Wacke, 4. Aufl., § 885 BGB Rn. 2; Staudinger/Gursky, Bearb. 2002, § 883 BGB Rn. 329 f.). Eine Verlautbarung der Beschränkung im Grundbuch erfolgt nicht. Entsprechendes gilt für den Austausch des Anspruchs. Die trotz Erlöschens des gesicherten Anspruchs weiterhin eingetragene Vormerkung muss nicht gelöscht und zur Sicherung eines neu begründeten Anspruchs wiederum eingetragen werden, sondern kann zur Sicherung eines neu begründeten Anspruchs nutzbar gemacht werden, sofern dieser auf dieselbe Leistung wie der zunächst gesicherte Anspruch gerichtet ist (Senat BGHZ 143, 175, 181; Soergel/Stürner, 13. Aufl., § 885 BGB Rn. 6; a. M. Demharter, a.a.O.; Vollmer, a.a.O.; Staudinger/Gursky, a.a.O., Rn. 333). Werden weitere Entstehungsgründe für den gesicherten Anspruch geschaffen, kann nichts anderes gelten (a. M. MünchKommBGB/Wacke, a.a.O.; Staudinger/Gursky, a.a.O., Rn. 334; Promberger, DNotZ 1994, 249, 250; Amann, MittBayNot 2000, 197, 200). Die Begründung weiterer Entstehungsgründe führt zur Erstreckung der Sicherung eines bestehenden Anspruchs auf einen von der Wirkung der Vormerkung zunächst nicht erfassten Fall. Sie bleibt in ihrer Wirkung hinter der einer Neubegründung des gesicherten Anspruchs zurück. Damit ist nicht zu vereinbaren, dass eine eingetragene Vormerkung zwar zur Sicherung eines neu begründeten Anspruchs genutzt, der gesicherte Anspruch ohne die Eintragung einer weiteren Vormerkung jedoch nicht auf weitere Entstehungsgründe gestützt werden könnte.

[16] d) Die Aufgabe des Grundbuchs, eine eindeutige, klare und vollständige Aussage über vergangene und gegenwärtige Rechtsverhältnisse zu machen, steht dem nicht entgegen (a. M. Demharter, a.a.O.). Über die Wirksamkeit des vorgemerkten Anspruchs gibt das Grundbuch keine Auskunft. Schon der gesicherte Anspruch ist im Grundbuch nicht zu bezeichnen. Erst recht sind der Eintritt einer Bedingung, von der das Entstehen des Anspruchs abhängig ist, oder dessen Fälligkeit dem Grundbuch nicht zu entnehmen (Ertl, Rpfleger 1979, 361, 364; Wacke, DNotZ 1995, 507, 512; Amann, MittBayNot 2000, 197, 198). Kenntnis von dem gesicherten Anspruch lässt sich, wenn überhaupt, allenfalls durch eine Einsichtnahme in die Grundakten gewinnen. Soweit diese im Hinblick auf eine Änderung des vorgemerkten Anspruchs Anlass zu einem Irrtum geben können, ist es daher angezeigt, dem durch einen Hinweis vorzubeugen, wie es im vorliegenden Fall geschehen ist.

[17] e) Der Zeitpunkt der Erweiterung oder des Austauschs des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs ist nur für die Beantwortung der Frage von Bedeutung, ob der Änderung gegenüber zwischenzeitlich eingetragenen Rechten der Vorrang zukommt. Diese Frage ist durch das Urteil des Senats, BGHZ 143, 175, 183, entschieden. Nach der Vormerkung aber vor deren „Aufladung“ in das Grundbuch eingetragene Rechte werden von der Änderung des durch die bestehende Vormerkung gesicherten Anspruchs nicht berührt. Ein Anlass, der zur Eintragung einer neuerlichen Vormerkung nötigte, besteht daher nicht. An der den Urteilen vom 2. 10. 1951, V ZR 47/50, LM BGB § 883 Nr. 1, und vom 22. 4. 1959, V ZR 193/57, LM BGB § 883 Nr. 6, zugrunde liegenden bzw. zum Ausdruck kommenden gegenteiligen Auffassung hält der Senat nicht fest.

[18] f) Nach der Vereinbarung vom 5. 5. 1998 sollte die Sicherung des Rückübertragungsanspruchs durch die vom 26. 11. 1993 eingetragene Vormerkung die für das Entstehen des vorgemerkten Anspruchs ergänzend vereinbarten Bedingungen umfassen. Das hat das Berufungsgericht als Bewilligung einer Vormerkung ausgelegt. Das ist insoweit rechtsfehlerhaft, als eine an dem Wortlaut orientierte Auslegung dazu führt, dass nicht die Eintragung einer weiteren Vormerkung, sondern die Erstreckung der Wirkung der bestehenden Vormerkung auf die für das Entstehen des Anspruchs durch die Vereinbarung vom 5. 5. 1998 erweiterten Voraussetzungen von der Schuldnerin bewilligt worden ist.

[19] Die für die Durchsetzung des gegen die Bekl. geltend gemachten Auflassungs- und Bewilligungsanspruchs notwendigen Voraussetzungen liegen insoweit vor. Der Anspruch ist entstanden, die für die Sicherung der Erweiterung seiner Voraussetzungen notwendige Bewilligung der Erstreckung der eingetragenen Vormerkung ist erteilt. Die vor dem Erlass des Verfügungsverbots gegen die Schuldnerin und vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgte Erweiterung des Schutzes der Kl. durch die eingetragene Vormerkung macht den geltend gemachten Auflassungsanspruch grundsätzlich insolvenzfest (vgl. Senat BGHZ 149, 1, 5 ff. = DNotZ 2002, 275).

[20] 2. Damit gewinnt die von der Bekl. in Anspruch genommene Anfechtung der Vereinbarung vom

28. 5. 1998 Bedeutung. Der Anspruch der Kl. kann an der von der Bekl. erhobenen Einrede der Anfechtbarkeit scheitern. Hierauf kam es nach der von dem Berufungsgericht geteilten Ansicht des LG nicht an. Die Bekl. hatte keinen Anlass, ihren von dem Berufungsgericht zutreffend als unzureichend angesehenen bisherigen Vortrag zur Anfechtung weiter auszuführen. Durch die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht erhält sie hierzu Gelegenheit.

[21] 3. Unabhängig von der Entscheidung über den Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks ist die Revision nicht begründet, soweit die Kl. von der Bekl. die Bewilligung der Löschung des eingetragenen Verfügungsverbots verlangen.

[22] a) An die Stelle der vorläufigen Beschränkung der Schuldnerin, über das Grundstück zu verfügen, ist mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über deren Vermögen die Verfügungsbeschränkung durch dieses Verfahren getreten. Damit ist der Beschluss des Insolvenzgerichts vom 20. 7. 2004 ohne weiteres hinfällig (HK-InsO/Kirchhof, 4. Aufl., § 21 InsO Rn. 56; Prager/Thienemann, NZI 2001, 634, 635 f.) und gemäß § 84 GBO als gegenstandslos zu löschen. Eine Bewilligung der Bekl. ist hierzu weder notwendig noch wäre sie hinreichend.

[23] b) Bei dem in das Grundbuch eingetragenen Insolvenzvermerk verhält es sich im Ergebnis nicht anders. Fehlt es an einem Anspruch der Kl. auf Übertragung des Grundstücks, ist der Vermerk zutreffend. Ein Anspruch der Kl. auf Zustimmung zu seiner Löschung scheidet schon deshalb aus.

[24] Können die Kl. die Übertragung des Grundstücks verlangen, scheidet ein solcher Anspruch aus, weil es zur Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch keiner Bewilligung der Bekl. bedarf. Die Kl. können bei dem Insolvenzgericht beantragen, das GBA um die Löschung des Vermerks zu ersuchen, sobald sie wieder als Eigentümer des Grundstücks in das Grundbuch eingetragen sind, und so die Löschung ohne die von der Bekl. verlangte Zustimmung herbeiführen (HK-InsO/Kirchhof, a.a.O., § 32 InsO Rn. 23; Braun/Kind, 2. Aufl., § 32 InsO Rn. 29; Hess, §§ 32, 33 InsO Rn. 32; Jäger/Schilken, § 32 InsO Rn. 41).

Hinweis der Schriftleitung: Siehe zu dieser Entscheidung den Beitrag von *Heggen*, RNotZ 2008, 213 (in diesem Heft).

2. Liegenschaftsrecht – Übersendung von Eintragungsmitteilungen nur an den bevollmächtigten Notar

(*Brandenburgisches OLG*, Beschluss vom 22. 11. 2007 – 5 Wx 31/07)

GBO §§ 15; 55

Reicht der beurkundende Notar als bevollmächtigter Vertreter der Bet. bei dem GBA einen Antrag ein, so ist die hierauf ergehende Entscheidung des GBA allein dem Notar bekannt zu machen. Dies gilt auch dann, wenn der Empfang der Eintragungsmitteilungen ausdrücklich von der Vollmacht des Notars ausgenommen worden ist und die Parteien ausweislich ihrer notariellen Erklärungen den Wunsch geäußert haben, dass die Eintragungsmitteilungen ausschließlich an sie selbst übersandt werden sollen.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Mit Schreiben vom 30. 10. 2006 beantragte der Notar W. unter Bezugnahme auf den zwischen den Bet. zu 1) und 2) und den Bet. zu 3) und 4) geschlossenen Grundstückskaufvertrag vom 29. 9. 2006 (UR-Nr. . . .) „gemäß § 15 GBO als Bevollmächtigter mit eingeschränkter Empfangsvollmacht“ die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten der Bet. zu 3) und 4), die Löschung des in Abteilung III lfd. Nr. 1 des Grundbuchs zugunsten der Bet. zu 5) eingetragenen Grundpfandrechts und die Übersendung der Eintragungsnachrichten direkt an die Bet. In § 9 des Kaufvertrages wurde der beurkundende Notar mit dem Vollzug der Urkunde beauftragt. Gemäß § 10 des Kaufvertrages ist der Notar „berechtigt, diese Urkunde zum getrennten Vollzug der Anträge beim GBA einzureichen und die erforderlichen Anträge zu stellen, zurückzunehmen, zu ergänzen und zu berichtigen, und zwar über die Vorschrift des § 15 GBO hinaus“; der Notar ist jedoch „ausdrücklich nicht bevollmächtigt, die Vollzugsnachrichten für die Bet. entgegenzunehmen.“ Mit weiterem Schreiben vom 24. 11. 2004 beantragte der Notar W. unter Bezugnahme auf die Bestellung der Bet. zu 3) und 4) vom 14. 11. 2006 (UR-Nr. . . .) wiederum „gemäß § 15 GBO als Bevollmächtigter mit eingeschränkter Empfangsvollmacht“ die Eintragung einer Grundschuld zugunsten der Bet. zu 6). Mit Schreiben vom 19. 12. 2006 beantragte der Notar W. – abermals „gemäß § 15 GBO als Bevollmächtigter mit eingeschränkter Empfangsvollmacht“ – die Eigentumsumschreibung auf die Bet. zu 3) und 4) und die Übersendung der Eintragungsnachrichten direkt an die Bet.; zugleich nahm er seinen Antrag vom 30. 10. 2006 auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten der Bet. zu 3) und 4) zurück.

Am 8. 1. 2007 hat das GBA die Eigentumsumschreibung, die Löschung der zugunsten der Bet. zu 5) eingetragenen Grundschuld und die Eintragung der Grundschuld zugunsten der Bet. zu 6) im Grundbuch vollzogen und die Eintragungsmitteilungen für die Bet. an den Notar W. übersandt. Mit Beschluss vom selben Tage hat das GBA die Anträge des Notars W. auf unmittelbare Benachrichtigung der Bet. zurückgewiesen und ausgeführt, dass die Eintragungsmitteilungen gemäß §§ 15, 55 GBO allein an den mit der Vertretung der Bet. beauftragten Notar zu übersenden seien und dieser die Mitteilungen an die Bet. weiterzuleiten habe. Hiergegen haben die Bet., vertreten durch den Notar W., mit Schreiben vom 12. 1. 2007 Beschwerde eingelegt und die Eintragungsnachrichten an das GBA zurückgesandt. Mit Beschluss vom 12. 6. 2007 hat das GBA der Beschwerde die Abhilfe versagt und sie dem LG Potsdam zur Entscheidung vorgelegt. Mit Beschluss vom 9. 7. 2007 hat das LG Potsdam die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen haben die Bet., vertreten durch den Notar W., weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

II. Die weitere Beschwerde der durch den Notar W. vertretenen Bet. ist gemäß §§ 78, 79 Abs. 1, 80 Abs. 1 GBO zulässig, bleibt in der Sache selbst jedoch ohne Erfolg.

a) Die weitere Beschwerde ist zulässig. Weigert sich das GBA, die Eintragungsmitteilungen unmittelbar an die Bet. zu übersenden, so steht diesen hiergegen die Beschwerde offen (s. BayObLGZ 1988, 307, 308 f. = Rpfleger 1989, 147 = DNotZ 1989, 366; OLG Naumburg FGPrax 2003, 109; Demharter, 25. Aufl. 2005, § 55 GBO Rn. 30; Bauer/von Oefele/Wilke, 2. Aufl. 2006, § 15 GBO

Rn. 28; Bauer/von Oefele/Meincke, a.a.O., § 55 GBO Rn. 31). Auch wenn insoweit gewöhnlich – wie auch im vorliegenden Fall – das Interesse des Notars im Vordergrund stehen dürfte, ändert dies nichts an der Beschwerdeberechtigung der Bet., für die und in deren Vollmacht der Notar das Rechtsmittel eingelegt hat.

b) Das Rechtsmittel ist indes unbegründet. Das GBA hat sich zu Recht geweigert, die Eintragungsmitteilungen direkt an die Bet. zu übersenden.

Reicht der beurkundende Notar als bevollmächtigter Vertreter der Bet. bei dem GBA einen Antrag ein, so ist die hierauf ergehende Entscheidung des GBA allein dem Notar bekannt zu machen; die Bekanntmachung der Entscheidung an die Bet. selbst ist in diesen Fällen unwirksam; daher haben die Bet. auch keinen Anspruch auf direkte Übersendung der Eintragungsnachrichten durch das GBA (s. BayObLGZ 1988, 307, 310 f. = Rpfleger 1989, 147, 148 = DNotZ 1989, 366; OLG Düsseldorf Rpfleger 1984, 311; Rpfleger 1997, 474 f. = MittRhNotK 1997, 262; Rpfleger 2001, 124, 125 = RNotZ 2001, 165 = DNotZ 2001, 704; OLG Köln Rpfleger 2001, 123, 124; Thüringer OLG Rpfleger 2002, 516 f.; OLG Frankfurt am Main NotBZ 2005, 366; Demharter, a.a.O., § 15 GBO Rn. 3, 19 und § 55 GBO Rn. 10; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, § 15 GBO Rn. 38 und § 55 GBO Rn. 2; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 187; Bauer/von Oefele/Meincke, a.a.O., § 55 GBO Rn. 6, 9). Dies gilt nach zutreffender und ganz überwiegender Ansicht, der sich der erkennende Senat anschließt, auch dann, wenn der Empfang der Eintragungsmitteilungen ausdrücklich von der Vollmacht des Notars ausgenommen worden ist und die Parteien ausweislich ihrer notariellen Erklärungen den Wunsch geäußert haben, dass die Eintragungsmitteilungen ausschließlich an sie selbst übersandt werden sollen, da einer derartigen Beschränkung der Vollmacht des Notars im Außenverhältnis (d. h. im Verhältnis zum GBA) keine rechtsverbindliche Wirkung zukommt (s. OLG Düsseldorf Rpfleger 2001, 124, 125= RNotZ 2001, 165 = DNotZ 2001, 704; OLG Köln Rpfleger 2001, 123, 124; Thüringer OLG Rpfleger 2002, 516 f.; OLG Frankfurt am Main NotBZ 2005, 366; Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 187; Demharter, a.a.O., § 15 Rn. 3 und § 55 Rn. 10; Bauer/von Oefele/Meincke, a.a.O., § 55 GBO Rn. 6 und 9; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, a.a.O., § 15 GBO Rn. 38 und § 55 GBO Rn. 2).

Hierfür spricht vor allem die Stellung des – mit der Antragstellung bevollmächtigten und diese Vollmacht wahrnehmenden – Notars als umfassender „Repräsentant“ der Bet. gegenüber dem GBA. Aus § 15 GBO ist ersichtlich, dass das Gesetz dem beurkundenden Notar eine umfassende Vollmacht zur Vertretung der Bet. gegenüber dem GBA zuerkennt. Er ist in dieser Stellung insbesondere befugt, die Eintragungsanträge beim GBA einzureichen, hierüber mit dem GBA zu korrespondieren, einen Antrag zurückzunehmen, ggfs. Änderungen vorzunehmen und gegen Entscheidungen des GBA im Beschwerdewege vorzugehen. Hat er als Vertreter der Bet. einen Eintragungsantrag gestellt, so kann die diesbezügliche Entscheidung des GBA wirksam nur an ihn zugestellt werden (s. o.; vgl. auch § 172 ZPO). Es obliegt dem mit der Antragstellung bevollmächtigten Notar, die Entscheidung des GBA kraft seiner besonderen Sachkunde zu überprüfen und das Ergebnis seiner Überprüfung dem GBA mitzuteilen, sofern sich Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten ergeben; der unterbliebene Hinweis an das GBA kann als fahrlässiger Nichtgebrauch eines Rechtsmittels zum Ausschluss von Amtshaftungsansprüchen der Bet. gegen den Justizfiskus führen (§ 839 Abs. 3 BGB; s. hierzu BGHZ 28, 104, 106, 108 f. = DNotZ 1958, 557; BGH NJW 1984, 1748 = DNotZ 1984, 511; BayObLGZ 1988, 307, 310 = Rpfleger 1989, 147, 148 = DNotZ 1989, 366; OLG Düsseldorf Rpfleger 1997, 474, 475 = MittRhNotK 1997, 262; OLG Köln Rpfleger 2001, 123, 124; Demharter, a.a.O., § 55 GBO Rn. 32; Bauer/von Oefele/Meincke, a.a.O., § 55 GBO Rn. 33 f.; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, a.a.O., § 55 GBO Rn. 7). Demgemäß bringen die Bet. dem – von ihnen mit der Antragstellung beim GBA bevollmächtigten – sachkundigen Notar auch ein besonderes Vertrauen entgegen, dass er auf die Richtigkeit der Entscheidungen des GBA achten, das jeweils Erforderliche veranlassen und ggfs. auf Korrekturen hinwirken werde (s. BGH, ebd.; OLG Köln, ebd.; Demharter, ebd.). Gegenüber dem GBA „repräsentiert“ der (bevollmächtigte) Notar die Bet. umfassend. Im Interesse der Rechtspflege und der Bet. selbst nimmt er die Position eines sachkundigen „Mittlers“ zwischen den Bet. und dem GBA (Gericht) ein, so dass die ihm erteilte (bzw. über § 15 GBO vermutete) Vollmacht eine ähnliche Bedeutung erlangt wie die Prozessvollmacht nach § 81 ZPO, die in Bezug auf Anwaltsprozesse gemäß § 83 ZPO im Außenverhältnis nur für bestimmte Bereiche wirksam eingeschränkt werden kann. Wird der Notar allgemein zur Antragstellung bei und zum Verkehr mit dem GBA bevollmächtigt, so ist es widersprüchlich und damit auch unbeachtlich, wenn von dieser (sonst) umfassenden Vollmacht gerade der Empfang der Eintragungsmitteilungen des GBA ausgenommen werden soll. Denn danach soll der Notar die Bet. einerseits umfassend gegenüber dem GBA „vertreten“ (repräsentieren), andererseits soll dies aber nur gerade nicht für die Inempfangnahme der Entscheidung des GBA gelten, obschon doch die Entscheidung des GBA Ziel und Zweck des Handelns des bevollmächtigten Notars gewesen ist. Die ausschließliche Empfangszuständigkeit für die Entscheidung des Gerichts ist auf das Engste mit der sonstigen Vertretung der Bet. gegenüber dem GBA verknüpft und in diesem Sinne ein unselbständiger und deshalb auch unabtrennbarer Bestandteil der dem Notar eingeräumten Vollmacht. Die ausdrückliche Herausnahme der Empfangszuständigkeit aus der dem Notar erteilten umfassenden Vollmacht liegt im Allgemeinen nicht im Interesse der Bet. und wird nicht selten auf das (einseitige) Interesse des Notars zurückgehen, den mit der Weiterleitung an die Bet. verbundenen Aufwand auf das GBA und die mit der Inempfangnahme der Entscheidung verbundene Überprüfungslast (mit entsprechenden Folgen für Regressansprüche) auf die Bet. abzuwälzen.

Zudem sprechen Erwägungen der Praktikabilität der Rechtspflege für die ausschließliche Empfangszuständigkeit des bevollmächtigten Notars: Kann die Eintragungsmitteilung an die dem GBA bekannte (oder aus den Grundakten ersichtliche) Anschrift eines Bet. nicht zugestellt werden, so ist das GBA nicht gehalten, die ak-

tuelle Anschrift des Bet. zu erforschen (s. Demharter, a.a.O., § 55 GBO Rn. 25; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, a.a.O., § 55 GBO Rn. 5; Bauer/von Oefele/Mencke, a.a.O., § 55 Rn. 25). Müsste die Bekanntmachung der Entscheidung des GBA daher – auch bei (im Übrigen bestehender) Vertretung des Bet. durch den Urkundsnotar – stets an den Bet. direkt erfolgen, so würde in solchen Fällen die Unterrichtung des betroffenen Bet. ganz unterbleiben.

Demgegenüber ist der Notar, der die Eintragungsnachrichten für die (von ihm vertretenen) Bet. erhält, aus dem bestehenden Auftragsverhältnis zur Unterrichtung des Bet. verpflichtet und in diesem Zusammenhang ggf. auch zur Erforschung der aktuellen Anschrift des Bet. (über die dem Notar regelmäßig auch bessere Erkenntnisse vorliegen dürften als dem GBA).

In Fällen einer Mehrheit von Bet. führt die ausschließliche Empfangszuständigkeit des bevollmächtigten Notars ferner dazu, dass die Entscheidung des GBA für alle betroffenen Bet. insgesamt und umfassend durch den Notar überprüft und ggf. im Rechtsmittelwege einer Korrektur zugeführt wird, ohne dass eine sonst erforderliche wechselseitige Unterrichtung und Abstimmung der Bet. erfolgen müsste. Die mit der Konzentration der Empfangszuständigkeit beim Urkundsnotar verbundene Verkürzung und Bündelung der Prüfungs- und Entscheidungsprozesse dient dem Interesse aller Bet. und den Belangen einer geordneten Rechtspflege. Letztlich steht auch der Gedanke der Schonung der sehr knappen Ressourcen, welche der Justiz in Deutschland zur Verfügung gestellt sind, einer Pflicht des GBA, die Eintragungsnachrichten neben dem bevollmächtigten Notar auch direkt den einzelnen Bet. zu übersenden, entgegen.

Die von der Gegenauffassung (LG Potsdam NotBZ 2002, 386 f. – in der hier angefochtenen Entscheidung aufgegeben –; LG Schwerin NotBZ 2003, 401, 402, mit zustimmender Anmerkung von Biermann-Ratjen, ebd., 402 f.; Bauer/von Oefele/Wilke, a.a.O., § 15 GBO Rn. 16, 28) vorgetragenen Argumente, die auf den Wortlaut von § 55 Abs. 1 GBO und die grundsätzliche Möglichkeit der Vollmachtsbeschränkung hinweisen, vermögen nicht zu überzeugen. Der durch das Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20. 12. 1993 neu gefasste Wortlaut von § 55 Abs. 1 GBO lässt nicht erkennen, dass die Eintragungsmitteilungen auch dann sowohl an den Notar als auch an die Bet. selbst zu übersenden sind, wenn der Notar bei der Antragstellung als bevollmächtigter Vertreter der Bet. gehandelt hat, oder ob dies nur dann gilt, wenn der Notar bei der Antragstellung gar nicht selbst mitgewirkt oder lediglich als Bote der Bet. gehandelt hat. Der Gedanke, dass grundsätzlich jede Vollmacht einschränkbar ist, kommt dann nicht zum Zuge, wenn die Einschränkung einen mit dem übrigen Gegenstand der Vollmacht auf das Engste verflochtenen, unselbständigen oder daher auch unabtrennbaren Bestandteil betrifft.

Letztlich können sich die Bet. nicht mit Erfolg darauf stützen, dass mehrere GBA in Fällen wie dem hier vorliegenden Fall die Eintragungsmitteilungen stets direkt an die betroffenen Bet. übersandt hätten. Schon angesichts der entgegenstehenden Rechtsprechung mehrerer OLG, der die überwiegende Ansicht im Schrifttum zustimmt, konnten die Bet. kein gerechtfertigtes Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit einer solchen Praxis begründen oder gar die Herausbildung eines dahingehenden „Gewohnheitsrechts“ annehmen (s. dazu etwa auch OLG Düsseldorf Rpfleger 1984, 311, 312; OLG Köln Rpfleger 2001, 123, 124).

3. Liegenschaftsrecht – Kein dingliches Vorkaufsrecht zu „limitiertem Kaufpreis“

(*OLG München*, Beschluss vom 29. 10. 2007 – 34 Wx 105/07 – mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Philipp Stoll, München)

BGB §§ 463; 1094
GBO §§ 53; 71 Abs. 2

1. Zur Zulässigkeit einer Zwischenverfügung, die die Vorlage einer (Löschungs-) Bewilligung zum Gegenstand hat.

2. Die Vereinbarung eines „limitierten Kaufpreises“ kann nicht Gegenstand eines dinglichen Vorkaufsrechts sein. Die Eintragung eines derartigen Vorkaufsrechts ist jedoch nur hinsichtlich dieser Vereinbarung und nicht insgesamt inhaltlich unzulässig. Unrichtig ist das Grundbuch, wenn anzunehmen ist, dass sich die Beteiligten über ein Vorkaufsrecht mit dem gesetzlich zulässigen Inhalt nicht geeinigt haben würden.

Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. zu 1) erwarb das gegenständliche Grundstück Fl.St. 1557 im Zwangsversteigerungsverfahren zum Zwecke der Aufhebung der Erbengemeinschaft nach Paul H.

Nach dem Zuschlagsbeschluss blieb das in Abt. II des Grundbuchs unter Nr. 1 eingetragene Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Fl.St. 1558/2 gemäß Bewilligung vom 17. 11. 1960 bestehen.

Im Vertrag vom 17. 11. 1960, mit dem der Erblasser Paul H. seinerseits das Grundstück zum Preis von 25,– DM pro Dezimale erwarb, ist festgelegt:

„Darüber hinaus räumt hiermit der Erwerber für sich und für seine jeweiligen Rechtsnachfolger im Eigentum der Vertragsfläche dem jeweiligen Eigentümer der nicht mitverkauften Restfläche des Grundstücks Pl.Nr. 1558 1/2 der Steuergemeinde Sch. für den ersten Verkaufsfall das unentgeltliche Vorkaufsrecht an der Vertragsfläche ein um den bereits heute festbestimmten Kaufpreis von DM 1,– – eine Deutsche Mark – pro Dezimale, wobei der sich alsdann errechnende Gesamtkaufpreis am Tage der Beurkundung des treffenden Kaufvertrages bar und ohne Zinsbeischlag zu bezahlen ist. . ..

Zur dinglichen Sicherung hiewegen wird bereits hier an der Vertragsfläche ein Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall bestellt zugunsten des jeweiligen Eigentümers der verbleibenden Restfläche des Grundstücks Pl.Nr.1558 1/2 . . . Die Eintragung dieses Vorkaufsrechts in das Grundbuch wird bewilligt und beantragt.“

Das Vorkaufsrecht wurde am 26. 4. 1961 unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 17. 11. 1960 in das Grundbuch eingetragen. Am 19. 10. 1984 wurde das Grundstück ohne Eigentumswechsel auf die Erbengemeinschaft nach Paul H. umgeschrieben, ebenso das Vorkaufsrecht.

Mit notariellem Vertrag vom 27. 12. 2006 verkaufte die Bet. zu 1) das Grundstück an die Bet. zu 2). Die Vertragsteile erklärten die Auflassung und beantragten ferner die Löschung des dinglichen Vorkaufsrechts von Amts wegen.

Der Urkundsnotar hat am 22. 2. 2007 für die Bet. zu 1) und 2) Eintragungsantrag gestellt. Mit Zwischenverfügung vom 22. 6. 2007 hat das GBA die Ast. darauf hingewiesen, dass der beantragten Eintragung die fehlende Löschungsbewilligung des Vorkaufsberechtigten entgegenstehe. Es hat den Bet. zu 1) und 2) Frist zur Vorlage einer Löschungsbewilligung gesetzt und angekündigt, den Antrag nach Ablauf der Frist zurückzuweisen. Gegen diese Zwischenverfügung haben die Bet. zu 1) und 2) Beschwerde eingelegt, der das GBA nicht abgeholfen hat. Das LG hat die Beschwerde als unzulässig verworfen. Hiergegen wenden sich die Bet. zu 1) und 2) mit ihrer weiteren Beschwerde, die in der Sache darauf gestützt wird, dass die Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts mit einer festen Preisvereinbarung unzulässig sei.

Aus den Gründen:

II. Die weitere Beschwerde ist gemäß § 78 GBO statthaft. Die Bet. zu 1) und 2) sind schon deshalb beschwerdeberechtigt, weil sie mit ihrer Erstbeschwerde erfolglos geblieben sind (BayObLGZ 1980, 8, 9; Demharter, 25. Aufl., § 78 GBO Rn. 2). Die weitere Beschwerde ist auch i. S. von § 80 Abs. 1 GBO formgerecht durch Schreiben des den Eintragungsantrag stellenden Notars eingelegt.

Die weitere Beschwerde hat im Ergebnis keinen Erfolg.

1. Das LG hat ausgeführt:

Die mit der Beschwerde beanstandete Zwischenverfügung sei nicht beschwerdefähig. Das GBA habe lediglich eine Entscheidung angekündigt. Gegen derartige Mitteilungen sei eine Beschwerde nicht statthaft.

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Gegen Entscheidungen des GBA findet das Rechtsmittel der Beschwerde statt, § 71 Abs. 1 GBO. Anfechtbar sind alle Anordnungen und Verfügungen des GBA, die in der Sache selbst ergehen, auf einen sachlichen Erfolg gerichtet, für die Außenwelt bestimmt und den Bet. bekannt gemacht sind (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rn. 471). Hierzu gehören neben endgültigen Entscheidungen auch Zwischenverfügungen nach § 18 GBO (Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann/Kuntze, 5. Aufl., § 71 GBO Rn. 15 ff.). Nicht anfechtbar sind dagegen vorläufige Meinungsäußerungen des GBA, verfahrensleitende Maßnahmen, die nicht unmittelbar in erheblichem Maße in die Rechte eines Bet. eingreifen, und Verfügungen, die keine Zwischenverfügungen i. S. des § 18 GBO sind (Demharter, § 71 GBO Rn. 17 ff.). Ob eine anfechtbare Zwischenverfügung vorliegt, ist aufgrund des objektiven Erklärungsinhalts der Verfügung zu beurteilen. Ohne Bedeutung ist hingegen, dass das GBA seine Verfügung als Zwischenverfügung bezeichnet hat oder behandelt wissen will (BayObLG NJW-RR 1998, 737 = DNotZ 1998, 750).

b) Entgegen der Auffassung des LG hat das GBA in der angegriffenen Verfügung nicht lediglich eine unverbindliche Meinung geäußert und eine spätere Entscheidung angekündigt. Das LG kann sich insoweit nicht auf BayObLGZ 1994, 199 ff. = DNotZ 1995, 72 ff. stützen, da das GBA im dortigen Fall im Rahmen eines „Vorbescheides“ die Löschung einer Eintragung als inhaltlich unzulässig angekündigt hat, wenn nicht bis zum Ablauf der gesetzten Frist Widerspruch eingelegt werde. Auch die zitierten Literaturstellen beziehen sich alle auf die Statthaftigkeit von Beschwerden gegen Vorbescheide, in denen das GBA angekündigt hat, bestimmte Eintragungen oder Löschungen vorzunehmen, sofern nicht binnen einer bestimmten Frist Beschwerde eingelegt wird.

Hier liegt der Fall jedoch anders. Gegenstand des Rechtsmittels bildet die Entscheidung über einen Eintragungsantrag in der Form der Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO). Unerheblich ist insoweit, dass der Antrag auf Berichtigung gestützt wird. Denn auch die Berichtigung erfordert in der Regel einen Antrag (vgl. § 22 GBO; Demharter, Anh. zu § 13 GBO Rn. 1; § 22 GBO Rn. 45). Das GBA hat hinsichtlich dieses Antrags eine verbindliche Bestimmung mit dem Ziel getroffen, ein angenommenes Eintragungshindernis zu beseitigen. Zugleich ist darin der Ausspruch zu sehen, nach Beseitigung dieses Hindernisses durch Vorlage der Löschungsbewilligung des Berechtigten dem Antrag zu entsprechen (Demharter, § 18 GBO Rn. 29). Die getroffene Bestimmung beeinträchtigt das Recht der Bet. zu 1) und 2) auf Vollzug ihres Antrags und ist als Sachentscheidung mit den Rechtsmitteln der Grundbuchordnung anfechtbar.

Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass, wie hier, in erster Linie die ursprüngliche Unrichtigkeit der Eintragung geltend gemacht wird und sich die Beschwerde in Wahrheit gegen die Eintragung selbst richtet, § 71 Abs. 2 S. 1 GBO. Gegen die Ablehnung der Löschung eines Rechts als inhaltlich unzulässig ist eine Beschwerde jedenfalls mit dem Ziel statthaft, dass ein Amtswiderspruch nach § 53 GBO eingetragen wird, § 71 Abs. 2 S. 2 GBO (BayObLGZ 1952, 157, 160; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann/Kuntze, § 71 GBO Rn. 44; Demharter, § 53 GBO Rn. 61).

3. Fehlt es an einer sachlichen Prüfung durch das LG, weil es die Beschwerde verfehlt als unzulässig erachtet, hat dies in der Regel die Aufhebung des Beschlusses und die Zurückverweisung der Sache an das LG zur Folge (KG FGPrax 1997, 212, 213 m. w. N.). Jedoch ist eine Zurückverweisung nicht ausnahmslos geboten. Bei Entscheidungsreife kann das Rechtsbeschwerdegericht auch selbst entscheiden. Das setzt allerdings voraus, dass erheblicher Tatsachenstoff, sei es durch das Vorbringen der Bet., sei es von Amts wegen, nicht mehr beigebracht werden kann (KG FGPrax 1997, 212, 213). So ist es hier.

a) Die Zwischenverfügung ist formell nicht zu beanstanden.

Eine Zwischenverfügung kommt nach herrschender Meinung dann nicht in Betracht, wenn die erforderliche Eintragungsbewilligung des unmittelbar Betroffenen noch nicht erklärt ist (BayObLGZ 1988, 229, 231 = MittRhNotK 1988, 208; OLG Brandenburg FGPrax 2003, 54, 55; Demharter, § 18 GBO Rn. 12). Anders ist dies aber, wenn bei der Eintragung einer Auflassung die Löschungsbewilligung der Berechtigten derjenigen Rechte, die nicht übernommen werden, fehlt (BayObLG Rpfle-

ger 1994, 58; BayObLGZ 1990, 6, 8). Denn der Anwendungsbereich einer Zwischenverfügung würde in der Praxis zu sehr eingeschränkt, wenn diese auch in einem solchen Fall ausgeschlossen wäre, nur weil der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft heilbar ist (im Ergebnis zustimmend Schöner/Stöber, GBO, 13. Aufl., Rn. 433). Die maßgebliche Urkunde bestimmt im Grundsatz einen lastenfreien Besitz- und Eigentumsübergang (Abschnitt VI.1.). Dazu beantragen die Bet. zu 1) und 2) ausdrücklich die Löschung des Vorkaufsrechts. In einem derartigen Fall würde den Ast. ein Rechtsnachteil entstehen, weil auch die Auflassung als Hauptgegenstand nicht eingetragen würde, obwohl dies, wenn auch nur mit der vorhandenen Belastung, möglich wäre. Dies rechtfertigt die ergangene Zwischenverfügung.

b) In der Sache verlangt das GBA zu Recht für die Löschung des Vorkaufsrechts die Bewilligung des Bet. zu 3) als Berechtigten.

(1) Grundsätzlich bedarf die Berichtigung des Grundbuchs der Bewilligung des Berechtigten (§ 22 GBO). Gemäß § 53 Abs. 1 S. 2 GBO ist eine Eintragung jedoch von Amts wegen zu löschen, wenn sie sich ihrem Inhalt nach als unzulässig erweist. Eine Eintragung ist inhaltlich unzulässig, wenn ein Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, aus Rechtsgründen nicht bestehen kann (BayObLG Rpfleger 1986, 371 = DNotZ 1987, 213). Die Unzulässigkeit muss sich aus dem Eintragungsvermerk selbst und der zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergeben, andere Beweismittel dürfen nicht verwertet werden (BayObLGZ 1987, 390, 393 = MittRhNotK 1988, 14).

Der Eintragungsvermerk enthält die Bestellung eines Vorkaufsrechts für den ersten Verkaufsfall für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Fl.St.1558/2. Es wird in zulässiger Weise Bezug genommen auf die in der notariellen Urkunde enthaltene Eintragungsbewilligung vom 17. 11. 1960 (vgl. § 874 BGB). Rechtlich erheblich ist die Eintragungsbewilligung aber nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts (BayObLG MittBayNot 1995, 460). Der notarielle Vertrag enthält die Vereinbarung eines unentgeltlichen Vorkaufsrechts für den jeweiligen Eigentümer des nicht mitverkauften Restgrundstücks zu einem festgelegten Preis.

Die Vereinbarung eines sogenannten „limitierten Kaufpreises“ kann Inhalt eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts gemäß §§ 463 ff. BGB, aber nicht eines dinglichen Vorkaufsrechts gemäß §§ 1094 ff. BGB sein (RGZ 104, 122, 123; KGJ 43, 223; Soergel/Stürner, 13. Aufl., § 1094 BGB Rn. 2; MünchKomm/Westermann, 4. Aufl., § 1094 BGB Rn. 6). Ob sich die Vereinbarung des limitierten Kaufpreises im vorliegenden Fall nur auf das schuldrechtliche Vorkaufsrecht oder auch auf das dingliche Vorkaufsrecht erstreckt, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Die Eintragungsbewilligung ist vom erkennenden Senat als verfahrensrechtliche Erklärung selbständig auszulegen (BayObLGZ 1997, 246, 247 = MittRhNotK 1997, 391; BayObLGZ 1984, 155, 158). Bei der Auslegung ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (BGHZ 92, 351, 355; Demharter, § 19 GBO Rn. 28). Außerhalb der Eintragungsbewilligung liegende Umstände dürfen zur Auslegung nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (BGHZ 113, 374, 378 = MittRhNotK 1991, 151).

Bereits aus der räumlichen Anordnung der Vereinbarungen unter einem Abschnitt der Kaufvertragsurkunde wird deutlich, dass alle Vereinbarungen zum Vorkaufsrecht zusammengehören sollen. Die Möglichkeit, das Grundstück zu einem limitierten Preis wieder zu erwerben, sollte dinglich abgesichert werden. Das belegt die sprachliche Verklammerung. Denn „hie“ steht laut Duden im süddeutschen und österreichischen Raum für „hier“ (z. B. hievon für hiervon). Dass sich das Wort „hiewegen“, also hierwegen, auf etwas anderes als auf das Vorkaufsrecht mit limitiertem Kaufpreis beziehen sollte, ist nicht erkennbar, da weitere Regelungen zum Vorkaufsrecht sowohl an dieser wie an anderer Stelle in der notariellen Urkunde fehlen.

(2) Die Eintragung eines Vorkaufsrechts mit der Vereinbarung eines festen Vorkaufspreises ist jedoch nur hinsichtlich dieser Vereinbarung, nicht insgesamt, inhaltlich unzulässig, da durch die Beseitigung der unzulässigen Preisvereinbarung der Eintragung kein wesentliches Erfordernis entzogen, sondern ihr hierdurch lediglich der gesetzlich vorgeschriebene Inhalt gegeben wird (KGJ 43, 223, 224).

(3) Das Grundbuch kann aber über die Eintragung der unzulässigen Preisvereinbarung hinaus unrichtig sein, wenn anzunehmen ist, dass sich die Bet. über ein Vorkaufsrecht mit dem gesetzlichen Vorkaufspreis nicht geeinigt haben würden (§ 139 BGB; Demharter, Anh. zu § 44 GBO Rn. 84). Daher ist zu prüfen, ob die Begründung eines Vorkaufsrechts ohne die vereinbarte Preisbestimmung der Einigung der Parteien entspricht, sofern sie diesen Fall bedacht hätten (KGJ 43, 223, 224). Gegenstand des Geschäfts vom 17. 11. 1960 ist der Verkauf einer Teilfläche aus einem Waldgrundstück. Vorkaufsberechtigt ist der jeweilige Eigentümer der verbleibenden Restfläche. Schon die Nachbarsituation lässt es naheliegend erscheinen, sich die Möglichkeit des erneuten Erwerbs zu erhalten. Dabei kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, der Veräußerer hätte bei Kenntnis der Unwirksamkeit der gewählten Regelung völlig auf die Einräumung eines Vorkaufsrechts verzichten wollen. Denn ein unter anderen Bedingungen auszuübendes Vorkaufsrecht ist für den Vorkaufsberechtigten unter allen Umständen mehr wert als gar kein Vorkaufsrecht (KGJ 43, 223, 226). Zum Zeitpunkt der Vereinbarung war nämlich nicht absehbar, wer Vorkaufsberechtigter sein wird, der Veräußerer selbst oder bereits ein Erbe oder auch ein Käufer, in welchen wirtschaftlichen Verhältnissen der jeweilige Vorkaufsberechtigte lebt, welche Gründe er haben könnte, das Grundstück kaufen zu wollen, und welche Anstrengungen er gegebenenfalls unternehmen würde, den mit einem Dritten vereinbarten Kaufpreis zu übernehmen. Sollte der Vorkaufsberechtigte jedoch kein Interesse an dem Grundstück oder nicht die finanziellen Mittel für den Erwerb besitzen, bliebe es ihm unbenommen, sein Vorkaufsrecht nicht auszuüben. Für den Vorkaufsverpflichteten stellt sich eine Vereinbarung ohne Preislimit schon deshalb als günstiger dar, weil der limitierte Kaufpreis nicht dem wahren Grundstückswert

entsprach, wie er sich in der Kaufpreisgestaltung im Vertrag vom 17. 11. 1960 niederschlug.

Dies hat zur Folge, dass die Eintragung nur hinsichtlich des fest vereinbarten Kaufpreises, jedoch nicht im Übrigen unzulässig ist.

(4) Auch die von den Bet. zu 1) und 2) weiter angeführten Gründe für ein Erlöschen des Vorkaufsrechts belegen nicht die Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich des Rechts an sich.

Das gegenständliche Vorkaufsrecht ist auf Seiten des Berechtigten als übertragbares und vererbbares Recht ausgestaltet. Es ist nicht durch den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren erloschen. Gemäß §§ 91 Abs. 1, 180 Abs. 1 ZVG erlöschen durch den Zuschlag Rechte, die nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen. In den Bedingungen im Zuschlagsbeschluss ist aber unter Ziffer 2 geregelt, dass das Vorkaufsrecht bestehen bleiben soll. Dass das Vorkaufsrecht anlässlich der Zwangsversteigerung zur Aufhebung der Gemeinschaft nicht ausgeübt wurde (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 1438), ist nicht in grundbuchmäßiger Form nachweisbar (§ 29 GBO). Auch durch den Erbfall auf Seiten des Bestellers ist das Vorkaufsrecht nicht erloschen. Der Erbfall selbst gilt nicht als Vorkaufsfall, wie sich aus § 1097 BGB erschließt.

c) Dies hat zur Folge, dass auf die weitere Beschwerde die landgerichtliche Entscheidung dahin abzuändern ist, dass die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des GBA zurückzuweisen ist. Der Zurückweisung aus sachlichen Gründen steht insbesondere das Verschlechterungsverbot nicht entgegen (vgl. BayObLG FGPrax 1997, 13; auch KG FGPrax 1997, 212, 213). Zugleich hat der Senat jedoch das GBA zur Löschung der inhaltlich unzulässigen Preisvereinbarung anzuweisen (vgl. BayObLGZ 1984, 239, 245 f. = DNotZ 1985, 424; KGJ 43, 223; Demharter, § 77 GBO Rn. 30).

4. Liegenschaftsrecht – „Falsa demonstratio“ bei Bezeichnung des übertragenen Grundbesitzes

(*OLG Frankfurt am Main*, Beschluss vom 30. 8. 2007 – 20 W 153/07)

BGB §§ 1804; 1821; 1829; 1908 i
FGG § 12

1. **Der Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“ gilt auch für die auf einer übereinstimmenden Fehlvorstellung der Urkundsbeteiligten beruhende falsche Bezeichnung von zu übertragendem Grundbesitz in einem notariellen Vertrag.**

2. **Wirkt ein Ergänzungsbetreuer nach einer vorausgegangenen Falschbezeichnung zum Zwecke der Klarstellung für einen Betreuten in einer neuen notariellen Urkunde an der Übertragung des noch nicht umgeschriebenen Grundbesitzes mit, so unterfällt dies nicht dem Schenkungsverbot der §§ 1908 i Abs. 2, 1804 BGB, so dass über die nachgesuchte vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 1908 i Abs. 1, 1821, 1829 BGB zu befinden ist.**

Zum Sachverhalt:

I. Durch notariell beurkundeten Übergabevertrag vom 23. 5. 2000 übertrug die Betroffene ihrer Tochter, der Bet. zu 1), im Wege der vorweggenommenen Erbfolge den in der Urkunde näher genannten im Grundbuch von O1 verzeichneten Grundbesitz. Die Bet. zu 1) bestellte der Betroffenen im Gegenzug ein Wohnungsrecht und verpflichtete sich zu Abfindungszahlungen an ihre beiden Geschwister, mit welchen sie sich zugleich bezüglich eines weiteren in O1 gelegenen Grundstückes auseinandersetzte.

Nachdem die Betroffene in der Folgezeit an einer Demenz vom Alzheimertyp erkrankte, die zwischenzeitlich soweit fortgeschritten ist, dass eine sinnvolle Verständigung mit ihr nicht mehr möglich ist, bestellte das AG die Bet. zu 1) mit Beschluss vom 12. 3. 2004 zur Betreuerin für die Aufgabenkreise der Gesundheitssorge, Aufenthaltsbestimmung, Vermögenssorge, Vertretung gegenüber Behörden, Kliniken und Heimen sowie Postangelegenheiten.

Des Weiteren bestellte das AG auf Anregung des Notars mit Beschluss vom 8. 12. 2000 die Bet. zu 2) zur Ergänzungsbetreuerin mit dem Aufgabenkreis des Abschlusses von Grundstücksübertragungsverträgen betreffend die Grundstücke O2 Blatt . . . und O3 Blatt . . . .

Am 28. 12. 2006 wurde zwischen der durch die Bet. zu 2) als Ergänzungsbetreuerin vertretenen Betroffenen und der Bet. zu 1) sowie deren Schwester ein Vertrag beurkundet, in welchem eingangs ausgeführt wurde:

„Die (von der Bet. zu 2) Vertretene (= die Betroffene) hat am 23. 5. 2000 . . . Grundbesitz auf die Bet. zu 1) übertragen.

Die Erschienenen sind damals davon ausgegangen, dass in dem im Vertrag erwähnten Grundbuch von O1 Blatt . . . der gesamte Grundbesitz ihrer Eltern verzeichnet gewesen sei. Nunmehr hat sich herausgestellt, dass die (Betroffene) und ihr verstorbener Ehemann . . . im Grundbuch von O3 Blatt . . . zu je $^1/_2$-Anteil als Eigentümer eingetragen sind und dass die (Betroffene) im Grundbuch von O2 Blatt . . . als Eigentümerin verzeichnet ist.“

Im Hinblick darauf übertrug die Bet. zu 2) in der Urkunde namens der Betroffenen auch deren restlichen Grundbesitz auf die Bet. zu 1). Des Weiteren wurde beurkundet, dass Einigkeit darüber besteht, dass die Anteile der Schwester und der Betroffenen am Nachlass des vorverstorbenen Ehemannes der Betroffenen mit sofortiger dinglicher Wirkung auf die Bet. zu 1) übergehen, wobei klargestellt wurde, dass der gesamte restliche Nachlass bereits aufgeteilt war. Des Weiteren wurden die Eintragungen dieser Rechtsänderungen im Grundbuch bewilligt und beantragt sowie des Weiteren beantragt, die Grundbücher O1 Blatt . . . und O3 Blatt . . . zu berichtigen.

Eine Gegenleistung der Bet. zu 1) ist in der Urkunde nicht vorgesehen; bezüglich des Besitzüberganges, der Gewährleistung und aller anderen Bedingungen wurde die Geltung der Bestimmungen des früheren notariellen Vertrages vom 23. 5. 2000 vereinbart.

Der Notar legte den Vertrag dem Vormundschaftsgericht zur Genehmigung vor und führte nach Hinweis des Rechtspflegers auf die Unzulässigkeit unentgeltlicher Vermögensverfügungen eines Ergänzungsbetreuers zur Erläuterung aus, die Betroffene habe seinerzeit ihren ganzen Grundbesitz übertragen wollen, offensichtlich aber nicht daran gedacht, dass sich dieser auf verschiedene Grundbuchblätter verteilte; es stehe außer Zweifel, dass sie bei Kenntnis entsprechend gehandelt hätte. Deshalb liege keine unentgeltliche Verfügung, sondern die formelle Nachholung einer seinerzeit bereits begründeten Verpflichtung vor.

Der Rechtspfleger des Vormundschaftsgerichts versuchte daraufhin, die Betroffene am 8. 2. 2007 anzuhören, musste jedoch

feststellen, dass krankheitsbedingt eine sinnvolle Verständigung mit ihr nicht möglich war.

Mit Verfügung vom 15. 2. 2007 lehnte der Rechtspfleger die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Vertrages vom 28. 12. 2006 ab und führte zur Begründung aus, weder durch Heranziehung der früheren Urkunde noch durch Anhörung der Betroffenen lasse sich ein anderer als der beurkundete Wille feststellen. Im Übrigen sei davon auszugehen, dass eine Person, die ihren gesamten Grundbesitz überträgt, sich vorher über dessen Bestand abschließend und gründlich informiere und dabei insbesondere auch in Erwägung ziehe, dass dieser nicht nur in einer Gemarkung liege sondern sich gerade in der Landwirtschaft häufig über viele Gemarkungen und Grundbuchblätter erstrecke.

Hiergegen wendete die Bet. zu 2) sich mit der Beschwerde, mit welcher sie ergänzend geltend machte, die Betroffene sei nach Abschluss des Übergabevertrages ersichtlich davon ausgegangen, ihren gesamten Grundbesitz auf die Bet. zu 1) übertragen zu haben, die seit dem im Vertrag vorgesehenen Besitzübergabetermin alle Pachten eingezogen, sämtliche Grundbesitzabgaben und Grundsteuern bezahlt und auch die vereinnahmten Pachten selbst versteuert habe, während die Betroffene sich ab der Übergabe selbst um überhaupt nichts mehr gekümmert habe. Derzeit lebe die Betroffene als Selbstzahlerin in dem Altenstift und werde finanziell von ihren Töchtern unterstützt. Das LG wies die Beschwerde zurück. Hiergegen richtet sich die weiteren Beschwerde der Bet. zu 2).

Aus den Gründen:

II. Die weitere Beschwerde ist zulässig. Es ist davon auszugehen, dass die von dem Notar vertretene Bet. zu 2) dieses Rechtsmittel – ebenso wie die Erstbeschwerde – nicht in eigenem Namen, sondern in ihrer Eigenschaft als Ergänzungsbetreuerin für die Betroffene eingelegt hat (vgl. BayObLG FÜR 2002, 160; Damrau/Zimmermann, Betreuungsrecht, 3. Aufl., § 1829 BGB Rn. 25; Palandt/Diederichsen, § 1828 BGB Rn. 17). In der Sache führt die weitere Beschwerde insoweit zum Erfolg, als die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben und das Verfahren zur weiteren Prüfung und Entscheidung an das AG zurückzuverweisen war. Die Vorinstanzen hätten die Erteilung der beantragten vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht ohne Durchführung der nach dem Amtsermittlungsgrundsatz des § 12 FGG gebotenen weiteren tatsächlichen Ermittlungen zurückweisen dürfen.

Der Notar hatte sowohl in dem Antrag auf Bestellung der Ergänzungsbetreuerin als auch nach Einreichung des Genehmigungsantrages geltend gemacht, sowohl die Betroffene als auch die übrigen Urkundsbeteiligten seien bei Errichtung der Urkunde vom 23. 5. 2000 übereinstimmend davon ausgegangen, dass die Betroffene hiermit ihren gesamten Grundbesitz auf die Bet. zu 1) übertragen habe. Hierüber durften die Vorinstanzen sich nicht mit der Begründung hinwegsetzen, weder nach der Anhörung der Betroffenen noch nach dem Vorbringen der übrigen Bet. lasse sich feststellen, dass das damalige Rechtsgeschäft andere als die dort ausdrücklich bezeichneten Grundstücke umfasse. Dies ist rechtsfehlerhaft, weil ein Verstoß gegen § 133 BGB gegeben ist.

Zwar ist der Wortlaut der notariellen Urkunde von 23. 5. 2000 bezüglich der von der Betroffenen auf die Bet. zu 1) übertragenen Grundstücke im Hinblick auf die grundbuchmäßige Bezeichnung eindeutig und bezieht sich nur auf den konkret bezeichneten Grundbesitz in der Gemarkung O1 und nicht auf den jetzt in der weiteren Urkunde vom 28. 12. 2006 näher bezeichneten und in den Gemarkungen O3 und O2 gelegenen Grundbesitz.

Nach § 133 BGB ist bei der Auslegung einer Willenserklärung jedoch der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Deshalb geht bei der Auslegung von Verträgen nach ständiger Rechtsprechung des BGH ein übereinstimmender Wille der Parteien sowohl dem Wortlaut des Vertrages als auch jeder anderweitigen Auslegung vor und setzt sich auch gegenüber einem völlig eindeutigen abweichenden Vertragswortlaut durch (vgl. BGH NJW 1978, 1050; NJW 1994, 850; NJW 1994, 1528 = DNotZ 1994, 474; NJW-RR 1996, 1458). Weicht somit infolge einer übereinstimmenden Fehlvorstellung aller Vertragsparteien der beabsichtigte Vertragsinhalt von dem tatsächlich beurkundeten Vertragstext ab, so gilt nicht das objektiv Erklärte, sondern das von den Vertragsparteien übereinstimmend Gewollte. Wie der BGH gerade in seiner neueren Rechtsprechung klargestellt hat, gilt dies nach dem Rechtsgrundsatz falsa demonstratio non nocet uneingeschränkt auch für notariell beurkundete Verträge und gerade auch soweit es um die Bezeichnung des Auflassungsgegenstandes geht (vgl. BGH NJW 2002, 1038 und 2102).

Nach diesem Rechtsgrundsatz hätten die Vorinstanzen somit im Wege der Amtsermittlung nach § 12 FGG dem Vorbringen des Notars über die zwar von dem objektiven Erklärungswert abweichende, aber bei allen Vertragsbeteiligten übereinstimmend vorhandene Fehlvorstellung, der in der Urkunde vom 23. 5. 2000 bezeichnete Grundbesitz umfasse alle im Eigentum der Betroffenen stehenden Grundstücke, nachgehen müssen. Soweit das LG meint, die Bet. seien lediglich von einem Irrtum über den tatsächlichen Umfang des Grundvermögens der Betroffenen ausgegangen und hätte nicht geltend gemacht, den wirklich gemeinten Grundbesitz im Vertrag nur fehlerhaft benannt zu haben, beinhaltet dies ein zu enges Verständnis des gemäß § 133 BGB zu ermittelnden und maßgeblichen wirklichen Willens der Vertragsparteien. Zwar wurde das Vorliegen einer gemeinsamen Falschbezeichnung in dem erst jetzt zur Akte gereichten Schriftsatz vom 21. 2. 2006 dezidiert geltend gemacht und insoweit die Anhörung der weiteren Tochter der Betroffenen angeregt. Bereits dem früheren Vorbringen der Bet. im Zusammenhang mit der Anregung zur Bestellung der Ergänzungsbetreuerin und der Beantragung der Genehmigung lässt sich jedoch entnehmen, dass der Notar und die Ergänzungsbetreuerin von einer solchen Fallgestaltung ausgingen. Vor Entscheidung über die Genehmigung hätte es deshalb der diesbezüglichen amtswegigen Aufklärung des Sachverhaltes bedurft.

Zwar ist die Betroffene – wie der Anhörungsversuch des Rechtspflegers vom 8. 2. 2006 ergeben hat – krankheitsbedingt aufgrund der fortgeschrittenen Alzheimer-Erkrankung nicht mehr in der Lage, eigene Angaben zu ihren Vorstellungen bei Abschluss des notariellen Übergabevertrages vom 23. 5. 2000 zu machen. Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass eine Ermittlung des wirklichen Willens aller Vertragsparteien zum Zeitpunkt

des Abschlusses dieses Vertrages von vorneherein ausgeschlossen wäre. Dies gilt in gleichem Maße für die vom Rechtspfleger des Vormundschaftsgerichts in seiner Verfügung vom 15. 2. 2007 angeführte Argumentation, es sei anzunehmen, dass eine Person, die ihren gesamten Grundbesitz übertragen wolle, sich vorher über dessen Bestand gründlich informiere und dabei gerade in der Landwirtschaft in Erwägung ziehe, dass dieser sich über mehrere Gemarkungen und Grundbuchblätter erstrecken könne. Diese Vermutung ist zwar naheliegend; sie ist jedoch weder zwingend noch unwiderlegbar.

Die Vorinstanzen hätten deshalb nach der durch § 12 FGG gebotenen Amtsermittlung von der Möglichkeit Gebrauch machen müssen, zu der behaupteten gemeinsamen Fehlvorstellung den Notar und die übrigen Vertragsparteien, neben der Bet. zu 1) also nicht nur deren Schwester A., sondern auch ihren Bruder B. zu befragen. Darüber hinaus bietet es sich an, sich über die tatsächliche Lage der einzelnen in den beiden Urkunden grundbuchmäßig bezeichneten Grundstücke und den Verlauf der Gemarkungsgrenzen zwischen O1, O3 und O2 anhand eines Lageplanes zu informieren und ggf. auch den Ausführungen bezüglich des Wertes der einzelnen Grundstücke nachzugehen und die diesbezüglichen Feststellungen in die Beweiswürdigung einfließen zu lassen. Erst wenn sich hiernach ein eindeutiger und übereinstimmender Wille der Vertragsparteien im Sinne einer Falschbezeichnung nicht ermitteln lässt, ist eine von dem Wortlaut der Vertragsurkunde ausgehende Auslegung geboten.

Der angefochtene Beschluss des LG und die Verfügung des Rechtspflegers des Vormundschaftsgerichts vom 15. 2. 2007 waren deshalb aufzuheben und das Verfahren zur weiteren Prüfung und Entscheidung an den Rechtspfleger des Vormundschaftsgerichts zurückzuverweisen.

Sollten die nachzuholenden amtswegigen Ermittlungen einen übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien des Übergabevertrages vom 23. 5. 2000 im Sinne einer bloßen Falschbezeichnung der beabsichtigten Übertragung des gesamten Grundbesitzes der Betroffenen auf die Bet. zu 1) ergeben, so wäre zwar nach den Grundsätzen der falsa demonstratio non nocet tatsächlich sowohl von einer Verpflichtung als auch einer Auflassung des gesamten Grundbesitzes der Betroffenen an die Bet. zu 1) auszugehen. Streng genommen wäre deshalb die in der jetzigen notariellen Urkunde vom 28. 12. 2006 erneut erklärte Eigentumsübertragung nicht zwingend notwendig gewesen. Da jedoch der Nachweis einer gemeinsamen Fehlvorstellung bezüglich des Auflassungsgegenstandes in der grundbuchmäßigen Form des § 29 GBO kaum zu führen sein wird, ist entsprechend einem praktischen Bedürfnis anerkannt, dass statt dessen zum Zwecke der Klarstellung auch eine erneute Auflassung unter korrekter Bezeichnung des betroffenen Grundbesitzes erfolgen kann (vgl. Palandt/Bassenge, 66. Aufl., § 894 BGB Rn. 8 m. w. N.). Soweit die Bet. zu 2) als Ergänzungsbetreuerin die entsprechenden Erklärungen in der Urkunde vom 28. 12. 2006 für die Betroffene abgegeben hat, handelte sie dann zum Zwecke der Erfüllung einer bereits von der Betroffenen selbst in der Urkunde vom 23. 5. 2000 begründeten Verpflichtung und unterläge insoweit nicht dem Schenkungsverbot der §§ 1908 i Abs. 2, 1804 BGB, so dass über die nachgesuchte Genehmigung nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 1908 i Abs. 1, 1821, 1829 BGB zu befinden wäre (vgl. Jürgens, Betreuungsrecht, 3. Aufl., § 1821 BGB Rn. 13). Im übrigen unterläge auch die Bewilligung einer formell zu Lasten eines Betreuten gehenden Grundbuchberichtigung durch einen Betreuer der Genehmigungspflicht der §§ 1908 i Abs. 1, 1821 Nr. 1 BGB (vgl. Damrau/Zimmermann, Betreuungsrecht, 3. Aufl., § 1821 BGB Rn. 3).

5. Erbrecht – Zeitpunkt der Leistung i. S. des § 2325 Abs. 3 BGB

(*OLG Karlsruhe*, Urteil vom 15. 1. 2008 – 12 U 124/07)

BGB § 2325 Abs. 1, Abs. 3

Hat der Erblasser sein Hausanwesen einem Dritten unentgeltlich zugewandt und sich lediglich ein Wohnrecht an einer der im Haus befindlichen Wohnungen einräumen lassen, so ist der verschenkte Gegenstand i. S. von § 2325 Abs. 3 BGB mit dem Eigentumsübergang geleistet.

Zum Sachverhalt:

I. Der Kl. macht gegenüber der Bekl., seiner Schwester, einen Pflichtteilsergänzungsanspruch geltend.

Die Bekl. schloss am 25. 10. 1990 mit ihren Eltern einen notariellen Übergabevertrag, mit der der Bekl. im Wege vorweggenommener Erbfolge das den Eltern zu je zur Hälfte gehörende Anwesen . . . übertragen wurde. In § 6 des Übergabevertrages räumte die Bekl. ihren Eltern ein lebenslanges, unentgeltliches Leibgeding mit folgendem Inhalt ein:

„1. Die Ehel. M. sind berechtigt, die im Erdgeschoß des Hausanwesens . . . gelegene Wohnung, bestehend aus 3 Zimmern, Küche, Bad, alleine zu nutzen. Die Mitbenutzung der beiden Kellerräume, Garage, Schwimmbad und Garten ist gestattet. Eine Überlassung an Dritte, insbesondere eine Vermietung, ist nicht gestattet.

2. Frau U. ist verpflichtet, ihre Eltern in kranken und in schlechten Tagen zu pflegen und zu versorgen, sowie Besorgungen jeglicher Art für sie durchzuführen. Die Kosten für das Essen, das Reinigen der Wäsche sowie Arzt- und Arzneikosten tragen die Berechtigten, die krankenversichert sind, selbst.

Der Jahreswert des Leibgedinges beläuft sich auf 12 000,– und 24 000,– DM. Herr M. ist 69 Jahre, Frau M. ist 68 Jahre alt. Die Eintragung des Leibgedinges zu Gunsten der Ehel. M wird bewilligt und beantragt. Das Leibgedinge erhält Rang vor der einzutragenden Rückauflassungsvormerkung. . . .“

Inhalt des Vertrages war außerdem die Verpflichtung der Bekl., das Grundeigentum zu Lebzeiten der Eltern nicht zu veräußern. Für den Fall der Zuwiderhandlung bestand ein Rückübertragungsrecht, welches durch eine entsprechende Vormerkung gesichert wurde. Weiter verpflichtete sich die Bekl., die von ihr bewohnte Wohnung nicht an Dritte zu vermieten. Durch den Vertrag und seine Umsetzung veränderten sich die bis dahin bestehenden tatsächlichen Nutzungsverhältnisse nicht. Die Bekl. wurde am 6. 12. 1990 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Durch Erbvertrag vom 29. 2. 2000 setzten die Eheleute die Bekl. als Alleinerbin ein. Der Vater der Parteien verstarb am 8. 8. 2002.

Die Bekl. teilte auf Anfrage vom 23. 8. 2002 dem Kl. mit Schreiben vom 10. 12. 2002 mit, dass die Verbindlichkeiten hö-

her als das Aktivvermögen seien, so dass ein Pflichtteilsanspruch des Kl. nicht bestehe, wobei das streitgegenständliche Grundstück keine Berücksichtigung fand. Am 12. 11. 2004 wurde die Bekl. vom LG Mannheim dazu verurteilt, dem Kl. durch Vorlage eines Gutachtens eines unabhängigen Sachverständigen Auskunft zu erteilen über den Wert des Hälfteanteils an dem Grundstück in K. Am 18. 12. 2006 wurde das Gutachten durch den Gutachterausschuss der Gemeinde K. über den Verkehrswert des Anwesens . . . erstellt. Danach hatte das Anwesen am 6. 12. 1990 ohne Berücksichtigung des Leibgedings einen Verkehrswert von 240 000,– EUR, am 8. 8. 2002 einen Wert von 360 000,– EUR.

Das LG hat der Klage teilweise stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Berufung der Bekl.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Berufung der Bekl. hat Erfolg. Die Anschlussberufung des Kl. ist unbegründet.

Dem Kl. steht kein Anspruch mehr auf Pflichtteilsergänzung gemäß § 2325 Abs. 1 BGB zu. Der Anspruch des Kl. ist wegen Ablaufs der Zehnjahresfrist gemäß § 2325 Abs. 3 BGB erloschen. Die frühere Verurteilung zur Vorlage eines Wertgutachtens stellt den Rechtsgrund für den Zahlungsanspruch nicht bindend fest; ebenso wenig bindet sie i. S. von § 318 ZPO (BGH WM 1975, 1086; NJW 1985, 862 und NJW 1992, 2427). Die Rechtskraft und die bindende Wirkung eines Urteils erstrecken sich nur auf die darin ausgesprochene Rechtsfolge, nicht aber die Urteilselemente. Der Senat hat daher über den Grund des Anspruchs zu entscheiden.

Das LG hat zu Unrecht die Voraussetzungen des § 2325 Abs. 3 BGB verneint. Nach dessen Maßgabe bleiben für den Pflichtteilsergänzungsanspruch solche Schenkungen des Erblassers unberücksichtigt, bei denen zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind.

Die Verfügung über einen Gegenstand stellt allerdings nur dann eine Leistung i. S. von § 2325 Abs. 3 BGB dar, wenn der Schenker den Gegenstand auch wirklich an den Beschenkten verliert. Von dem fiktiven Nachlass, aus dem der Pflichtteilsergänzungsanspruch berechnet wird, wollte der Gesetzgeber nur solche Schenkungen ausnehmen, deren Folgen der Erblasser längere Zeit hindurch zu tragen und in die er sich daher einzugewöhnen hatte. Darin sah der Gesetzgeber eine gewisse Sicherheit vor „böslichen“ Schenkungen, durch die Pflichtteilsberechtigte benachteiligt werden sollen. Deshalb gilt eine Schenkung nicht als i. S. von § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB geleistet, wenn der Erblasser den „Genuss“ des verschenkten Gegenstands nach der Schenkung nicht auch tatsächlich entbehren muss (BGHZ 98, 232 = DNotZ 1987, 315; BGH NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784; OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1546; OLG Bremen NJW 2005, 1726 = RNotZ 2005, 549 = DNotZ 2005, 702). Eine Leistung i. S. von § 2325 Abs. 3 BGB liegt erst dann vor, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand – sei es aufgrund vorbehaltener dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – im wesentlichen weiterhin zu nutzen (BGH NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784). Danach ist im vorliegenden Fall von einer „Leistung“ gemäß § 2325 Abs. 3 BGB auszugehen. Der Erblasser hat den Genuss des Grundstücks in erheblichem Umfang entbehrt.

Das Eigentum am Grundstück wurde mit der Umschreibung im Grundbuch auf die Bekl. übertragen. Der Erblasser hat zwar das Grundstück mit seiner Frau insofern weiter genutzt, als die Eltern der Parteien die Erdgeschosswohnung weiter bewohnten, und sich dieses Wohnrecht auch haben einräumen lassen. Sie konnten auch weiterhin Keller, Garage, Schwimmbad und Garten mitnutzen. Die Bekl. konnten sie allerdings von dieser Nutzung nicht mehr wie bisher ausschließen. Sie hatten sich auch ihres bisherigen Rechts begeben, im Falle eines Zerwürfnisses oder sonstiger Unzuträglichkeiten der Bekl. die Nutzung der zweiten Wohnung zu entziehen. Anders als bei Vorbehalt des Nießbrauchs waren die Eltern mit Vollzug des Übergabevertrags nicht mehr „Herr im Haus“. Dies stellt selbst bei ungetrübtem Verhältnis zur eigenen Tochter eine spürbare Schmälerung nicht nur der bisherigen Rechtsmacht, sondern auch des faktischen Vermögensgenusses dar. Dass die Kl. die von ihr genutzte Wohnung nicht anderen überlassen durfte, ändert daran ebenso wenig wie das Rückerwerbsrecht ihrer Eltern im Falle einer Weiterveräußerung. Weitere Vorsorge für wesentlichen Einfluss auf die weitere Verwendung des Anwesens hatten die Eltern – anders als im vom OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1546 entschiedenen Fall – nicht getroffen.

Auch wirtschaftlich hatte sich die Lage für den Erblasser und seine Ehefrau merklich verschlechtert. Für den Fall, dass einer oder beide altersbedingt nicht mehr zu Hause wohnen konnte, hätten zur Finanzierung einer kostspieligen Heimunterbringung auf die Vermietung der zweiten Wohnung oder des gesamten Anwesens bzw. dessen Veräußerung zurück gegriffen werden können. Dieser faktischen Absicherung zusätzlichen Bedarfs im Alter haben sich die Eheleute völlig begeben. Das Haus im Eigentum der Bekl. stand ihnen als durch Veräußerung verwertbarer Vermögensgegenstand nicht mehr zur Verfügung. Anders als beim Nießbrauch konnten sie im Bedarfsfall auch den Nutzwert des Hauses weder ganz noch teilweise aktivieren. Das ihnen eingeräumte Wohnrecht erlaubte eine Weitervermietung der Wohnung nicht.

Mit Vollzug des Übergabevertrages hatten der Erblasser und seine Ehefrau somit die Folgen ihrer böslichen Schenkung zu tragen begonnen (OLG Düsseldorf OLGR 1997, 245; OLG Bremen a.a.O.).

6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Buchstabenkombination als Firma

(*OLG Hamm*, Beschluss vom 11. 12. 2007 – 15 W 85/07 – mitgeteilt von Richter am OLG Helmut Engelhardt, Emsdetten)

HGB §§ 17; 18

Die einer Firma nach § 17 Abs. 1 HGB zukommende Namensfunktion erfordert nicht die Aussprechbarkeit einer Buchstabenkombination. Die Firma muss nur artikulierbar sein.

Zum Sachverhalt:

I. Die betroffene Kommanditgesellschaft war seit dem Jahre 1990 unter der Firma Higa M&A GmbH & Co KG im Handelsregister des AG Dortmund eingetragen. Im Rahmen eines Abspaltungs- und Übernahmevertrages gingen die Kommanditanteile an der betroffenen Gesellschaft ebenso wie die Geschäftsanteile an ihrer Komplementärin, der Higa M&A GmbH, an die Q. AG über. Nach der Übernahme wurde u. a. eine Sitzverlegung der betroffenen Gesellschaft sowie eine Änderung ihrer Firmierung in „HM&A GmbH & Co. KG“ vereinbart.

Verfahrensbeteiligte sind die nach einer Sitzverlegung im Handelsregister des AG Essen bereits eingetragene Komplementärin sowie die Kommanditistin der betroffenen Gesellschaft. Diese haben mit notariell beglaubigter Erklärung ihrer jeweiligen Vertreter bei dem AG Dortmund die Sitzverlegung der betroffenen Gesellschaft, die Änderung ihrer Firma in der soeben dargestellten Weise sowie eine Erhöhung der Kommanditeinlage angemeldet. Das AG Dortmund hat gemäß § 13 h Abs. 2 HGB den Vorgang zur Eintragung der Sitzverlegung vorgelegt.

Das AG Essen hat die Anmeldung „hinsichtlich der Firmenänderung“ zurückgewiesen und zur Begründung auf seine in vorangegangenen Verfügungen dargestellte Auffassung Bezug genommen, eine reine Buchstabenfolge ohne Sinn sei nicht als Firma eintragungsfähig. Zugleich hat das AG die Gesellschaft unter ihrer bisherigen Firma „Higa M&A GmbH & Co KG“, jedoch unter Berücksichtigung der weiter angemeldeten Änderungen im Handelsregister A des dortigen AG eingetragen.

Die Bet. haben Beschwerde „gegen die Eintragung“ eingelegt, die sie dahin begründet haben, die Firma der Gesellschaft sei handelsrechtlich wirksam in „HM&A GmbH & Co. KG“ geändert worden. Das LG – Kammer für Handelssachen – hat die Beschwerde zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Bet.

Aus den Gründen:

II. Der Senat hält das Rechtsmittel für begründet, weil die Entscheidung des LG auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 27 Abs. 1 S. 1 FGG, 546 Abs. 1 ZPO). Er beabsichtigt, unter Aufhebung der Entscheidungen beider Vorinstanzen das Registergericht anzuweisen, durch eine Änderungseintragung die Firmierung der betroffenen Gesellschaft als „HM&A GmbH & Co KG“ im Handelsregister zu verlautbaren. Einer dahingehenden abschließenden Entscheidung steht jedoch der auf weitere Beschwerde ergangene Beschluss des 9. Zivilsenats des OLG Celle vom 6. 7. 2006 – 9 W 61/06 – (DNotZ 2007, 56 = RNotZ 2006, 548) entgegen. Denn auf der Grundlage der Rechtsauffassung dieses OLG müsste der Senat die weitere Beschwerde zurückweisen.

1. Nach Auffassung des Senats ist folgende rechtliche Beurteilung geboten.

Der Senat legt die Rechtsmittelerklärung unter Berücksichtigung der Begründung dahin aus, dass mit der weiteren Beschwerde ausschließlich das Ziel verfolgt werden soll, die Firma HM&A GmbH & Co KG in das Handelsregister einzutragen. Eine auf Anweisung des Rechtsbeschwerdegerichts vorzunehmende Eintragung könnte registerverfahrensrechtlich nur unter einer neuen Nummer als Änderungseintragung vollzogen werden (§ 16 HRV) mit der Folge, dass die bisherige Eintragung der Firma „Higa M&A GmbH & Co KG“ lediglich zu röten wäre. In der Spalte 6 könnte unter b) Bemerkungen ein Hinweis auf die Grundlage der Änderungseintragung gegeben werden. Mit einem in dieser Weise ausformulierten Beschwerdeziel haben sich die Bet. auf den Hinweis des Senats ausdrücklich einverstanden erklärt.

Die so verstandene weitere Beschwerde ist nach den §§ 27, 29 Abs. 1 S. 3 FGG statthaft sowie formgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis der Bet. folgt daraus, dass ihre auf dasselbe Ziel gerichtete erste Beschwerde ohne Erfolg geblieben ist. Der Senat legt die Erstbeschwerdeerklärung dahin aus, dass das Beschwerdeziel der Bet. sich auch in zweiter Instanz in erster Linie auf eine Eintragung der von ihnen angestrebten Firmierung richtete, nachdem das AG ihre darauf gerichtete Anmeldung zurückgewiesen hat. Zwar haben sich die Bet. nach dem Wortlaut ihrer Beschwerdeerklärung ausdrücklich gegen die Eintragung gewandt. Aus dem Zusammenhang mit der Begründung des Rechtsmittels folgt jedoch, dass Gegenstand der Beschwerde jedenfalls in erster Linie die Nichtberücksichtigung der mit der Anmeldung angestrebten Firmierung in der bereits erfolgten Eintragung ist. Ob die Auslegung der Rechtsmittelerklärung ergänzend auch zu dem Ergebnis führen könnte, dass zumindest hilfsweise auch die erfolgte Eintragung Beschwerdegegenstand sein soll, und zwar mit dem Ziel der Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens (§§ 142, 143 FGG) im Hinblick auf die verfahrenswidrig abweichend von der Anmeldung durchgeführte Eintragung im Handelsregister, kann hier dahin gestellt bleiben. Denn die weitere Beschwerde erstreckt sich darauf nicht, zumal auch das LG über diesen Verfahrensgegenstand eine Sachentscheidung nicht getroffen hat.

Durch die Zurückweisung der Anmeldung ist nicht die Gesellschaft, sondern sind die anmeldenden Gesellschafter beschwert (§ 20 Abs. 2 FGG). Denn die Gesellschafter und nicht die Personenhandelsgesellschaft sind anmeldepflichtig (Krafka/Willer, Registerrecht, 7. Aufl., Rz. 2455, 2456). Dementsprechend hat der Senat das Beschlussrubrum klargestellt.

In der Sache hält der Senat im Gegensatz zur Auffassung des LG die angemeldete Firma für eintragungsfähig, weil er die Buchstabenkombination HM&A für namensfähig hält.

Unter der Rechtslage vor dem Handelsrechtsreformgesetz (HReformG) vom 22. 6. 1998 (BGBl I S. 1474) waren Firmen, die nur aus Buchstabenkombinationen bestanden, grundsätzlich unzulässig, es sei denn sie wiesen einen Sinngehalt auf (Hachenburg, 7. Aufl. 1975, § 4 GmbHG Rz. 17). Grundlage dieser Beurteilung war, dass nach der alten Rechtslage bei Kapitalgesellschaften grundsätzlich neben Personenfirmen nur Sachfirmen zulässig waren, die dem Unternehmensgegenstand entlehnt sein mussten. Daher mussten auch die Abkürzungen jedenfalls noch einen erkennbaren Bezug zu dem Unternehmensgegenstand haben (Schulenburg, NZG 2000, 1156, 1157). Bei Personengesellschaften oder Einzelkaufleuten stellte sich das Problem nicht, da nach § 19 Abs. 1 HGB a. F. ohnehin der Name eines Gesellschafters anzugeben war. Die Erweiterung der Firma durch fiktive Abkürzungen sah sich keinen grundlegenden namensrechtlichen Bedenken ausgesetzt, solange keine

Täuschungsgefahr begründet wurde (Baumbach/Hopt, 29. Aufl., § 17 HGB Rz. 14).

Diese strengen Vorschriften über die Firmenbildung sollten im Interesse einer größeren Wahlfreiheit liberalisiert und das Recht der Personengesellschaften an die Rechtswirklichkeit angepasst werden (Regierungsentwurf zum HReformG vom 29. 8. 1997, BT-Drucks. 13/8444, S. 1). Zu diesem Zweck sollte auch das Firmenrecht entschärft und liberalisiert werden (Regierungsentwurf a.a.O., S. 35, 37). Dementsprechend bedarf es bei Personengesellschaften nicht mehr der Angabe des Namens des persönlich haftenden Gesellschafters und bei Kapitalgesellschaften keiner Sachfirma.

Nach dem durch das HReformG neu gefassten § 18 Abs. 1 HGB muss die Firma, der gemäß § 17 Abs. 1 HGB weiterhin eine Namensfunktion zukommt, zur Kennzeichnung der Gesellschaft geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen. Durch diese Anforderungen soll erreicht werden, dass die Gesellschaft die Namensfunktion im geschäftlichen Verkehr erfüllen kann (OLG Frankfurt NJW 2002, 2400; Lutter/Welp, ZIP 1999, 1073, 1074). Wegen der Eintragungsnotwendigkeit bedarf es darüber hinaus der schriftlichen Darstellbarkeit in lateinischen Schriftzeichen oder allgemein anerkannten Schriftzeichen wie dem kaufmännischen &-Zeichen (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 2. Aufl., § 18 HGB Rz. 28).

Da die Bezeichnung HM&A GmbH in lateinischen und allgemein anerkannten Zeichen darstellbar ist, kommt es für die Frage der Eintragungsfähigkeit maßgeblich darauf an, ob einer solchen Buchstabenkombination Namensfähigkeit zuerkannt werden kann.

Reinen Phantasiebezeichnungen wird eine solche Namensfähigkeit nicht abgesprochen, da ein Sinngehalt der Firma nicht entnommen werden muss (allg. Meinung: OLG Celle DNotZ 2007, 56 = RNotZ 2006, 548; NJW-RR 1999, 543; Baumbach/Hopt, 32. Aufl., § 18 HGB Rz. 4; Koller/Roth/Morck, 6. Aufl., § 18 HGB Rz. 3; MünchKommHGB/Heidinger, 2. Aufl., § 18 HGB Rz. 10; Regierungsentswurf a.a.O., S. 35).

Nach Ansicht des OLG Celle (a.a.O.) kommt gleichwohl nicht aussprechbaren Buchstabenaneinanderreihungen, die im Verkehr keine Kennzeichnungsfunktion haben, diese Namensfunktion nicht zu. Dieser Funktion werde nur eine Kennzeichnung gerecht, die als wörtliche Bezeichnung der Individualisierung einer Person oder eines Gegenstandes durch die Sprache diene. Dazu gehöre auch, dass der Name aussprechbar sei und durch die klangliche Wirkung eine bestimmte Vorstellung von dem Objekt seiner Benennung hervorrufe.

Demgegenüber lässt es die überwiegende Ansicht im Schrifttum ausreichen, dass die Firma artikulierbar ist, um der Namensfunktion gerecht zu werden, so dass auch der Aneinanderreihung einer Buchstabenkombination Namensfunktion zukommt (MünchKommHGB/Heidinger, a.a.O., § 18 HGB Rz. 17; Koller/Roth/Morck, a.a.O., Baumbach/Hopt, a.a.O., § 18 HGB Rz. 3; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, a.a.O., § 18 HGB Rz. 28; Canaris, HandelsR, § 10 II 2 c Rz. 15; Schulenburg, NZG 2000, 1156; Kögel, Rpfleger 2000, 255, 257, Lutter/Welp, ZIP 1999, 1073, 1077).

Der Senat schließt sich der zuletzt genannten Ansicht an. Die von dem OLG Celle vorgenommene weitere Einschränkung findet ihre Grundlage in der früheren zu § 16 Abs. 1 UWG a. F. ergangenen Rechtsprechung zu Kennzeichnungen und deren Schutz. Danach wurde die Namensfähigkeit von Abkürzungen und Buchstabenkombinationen abgelehnt, sofern sie nicht als Phantasieworte aussprechbar waren (BGHZ 11, 214, 218; 74, 1, 2) oder ausnahmsweise als Buchstabenfolge eine entsprechende Verkehrsgeltung hatten (BGHZ 4, 167, 170). Neben der fehlenden Anerkennung im Wirtschaftsleben hatte diese Rechsprechung in dem inzwischen aufgehobenen § 4 Abs. 2 Nr. 1 WZG, der eine Eintragung einer bloßen Buchstabenfolge als Warenzeichen ausschloss, eine Grundlage (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, a.a.O., § 18 HGB Rz. 28; auch BGH GRUR 1996, 202). Die Grundlagen dieser Rechtsprechung haben sich jedoch verändert. Buchstabenkombinationen haben sich im Wirtschaftsleben durchgesetzt und zwar auch solche, die nicht aufgrund besonderer Verkehrsgeltung als Abkürzungen längerer Unternehmensbezeichnungen erkennbar sind. Die von der weiteren Beschwerde nur beispielhaft genannten, lediglich aus Buchstabenkombinationen bestehenden, im Handelsregister eingetragenen Firmen entsprechen der alltäglichen Erfahrung jedes Einzelnen, der auch nur im bescheidenen Umfang am Wirtschaftsleben teilnimmt. Wenn solchen Buchstabenkombinationen im Wirtschaftsleben eine Unterscheidungskraft zugemessen wird, spricht gerade der Liberalisierungsgedanke des HReformG gegen eine restriktive Gesetzesanwendung, die sich dieser Entwicklung entgegenzustemmen versucht.

Für den Bereich des Markenschutzes geht der Gesetzgeber im MarkenG vom 25. 10. 1994 (BGBl I, 3082) nunmehr von einer Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft reiner Buchstabenkombinationen aus, wie die Reglungen der §§ 3 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zeigen. Da der Gesetzgeber durch die Anforderung der Unterscheidungskraft und der Kennzeichnungseignung bei der Neufassung des Firmenrechts auf Begriffe aus dem Markenschutz zurückgegriffen hat (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, a.a.O., § 19 HGB Rz. 3), erscheint es nur konsequent, die Voraussetzungen der Kennzeichnungseignung in beiden Bereichen gleich zu beurteilen.

Vorliegend scheitert die Eintragungsfähigkeit der angemeldeten Firma nicht an der notwendigen Unterscheidbarkeit mit anderen Unternehmen, § 30 Abs. 1 HGB. Dies kann das Rechtsbeschwerdegericht selbst feststellen. Nach der erfolgten Auskunft der IHK bestehen keine Bedenken gegen die Eintragung dieser Firma. Darüber hinausgehende Ermittlungen sind nicht erforderlich (§ 12 FGG).

2. In dem von ihm beabsichtigten Sinn kann der Senat nicht entscheiden, ohne i. S. des § 28 Abs. 2 FGG von der eingangs genannten Entscheidung des OLG Celle abzuweichen. In dieser Entscheidung hat das OLG Celle mangels Wortcharakters und damit fehlender Aussprechbarkeit die Namensfähigkeit und folgerichtig die Eintragungsfähigkeit einer Firma „AKDV“ für eine

GmbH abgelehnt. Der Vorlagepflicht steht nicht entgegen, dass der hier zu entscheidende Sachverhalt sich nicht vollständig mit demjenigen deckt, der Gegenstand der Entscheidung des OLG Celle war. Maßgebend ist vielmehr die Gleichheit der Rechtsfrage, von der die Entscheidung abhängt (BGH NJW 1993, 3069; NJW 1997, 861 = MittRhNotK 1997, 82 = DNotZ 1997, 720 zu § 79 Abs. 2 GBO). Die abweichend beurteilte Rechtsfrage stellt sich für die Firmenbildung von Personenhandelsgesellschaften und Kapitalgesellschaften gleich.

Auf der Grundlage der abweichenden Rechtsauffassung des OLG Celle müsste der Senat die weitere Beschwerde zurückweisen. Die Buchstabenkombination „HM&A“ ist nicht aussprechbar, da sie lediglich buchstabierbar ist. Entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde kann der Gesichtspunkt, dass die Buchstaben- und Zeichenkombination „M&A“ als Abkürzung für „Mergers & Aquisitions“ Verkehrsgeltung erlangt hat, nicht zu einem Erfolg des Rechtsmittels auch auf dem Boden der Auffassung des OLG Celle führen. Denn die Bet. streben nicht die Eintragung der Buchstabenkombination „M&A“, sondern „HM&A“ an, eine Bezeichnung, der für sich genommen keine Verkehrsgeltung zukommt, die bei unbefangener Betrachtung auch nicht ohne Weiteres auf das in ihr enthaltene „M&A“ zurückgeführt werden kann.

Der Senat schließt ebenfalls aus, dass die Verwendung des kaufmännischen „&“-Zeichens auf der Grundlage der Rechtsauffassung des OLG Celle zur Eintragungsfähigkeit der angemeldeten Firmierung führen kann. Es ist zwar anerkannt, dass das kaufmännische „&“-Zeichen allgemeine Verkehrsgeltung hat und somit nicht als Bildzeichen einer Eintragung entgegensteht (BayObLG NJW 2001, 2337 = DNotZ 2001, 813; MünchKommHGB/Heidinger, 2. Aufl., § 18 HGB Rz. 13, Lutter/Welp, ZIP 1999, 1073, 1078). Jedoch wird alleine aufgrund der Verwendung dieses Symbols eine reine Buchstabenkombination nicht aussprechbar. Insoweit kann die Frage, ob auch ein solches Symbol in der Kombination mit Buchstaben eintragungsfähig ist, erst relevant werden, wenn man grundsätzlich eine reine Buchstabenkombination als eintragungsfähig ansieht (vgl. Lutter/Welp, ZIP 1999, 1073, 1078; MünchKommHGB/Heidinger, a.a.O., § 18 Rz. HGB 13; Koller/Roth/Morck, a.a.O., § 18 HGB Rz. 3, LG Berlin NJW-RR 2004, 835 = RNotZ 2004, 412 für das @-Zeichen und die Buchstabenkombination T S).

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Anforderungen an Teilung von Geschäftsanteilen
(*OLG Oldenburg*, Beschluss vom 11. 10. 2007 – 1 U 17/07)

GmbHG §§ 15; 17

1. Die wirksame Abtretung von Teilen eines GmbH-Geschäftsanteils setzt eine vorherige und der Form des § 15 Abs. 3 GmbHG entsprechende Teilung des betroffenen Geschäftsanteils voraus.

2. Es reicht für die Feststellung des Anteilsübergangs nicht aus, das sich (ggf. im Wege der Auslegung) der Wille der Gesellschafter zur Teilung und Abtretung des vom Ursprungsanteil zu trennenden Teils zweifelsfrei aus den beurkundeten Erklärungen ergibt. Voraussetzung ist vielmehr auch, dass sich der Vollzug der Teilung und Übertragung in gleicher Weise aus dem beurkundeten Text ergibt.

3. Sind die Vollzugsakte nicht (hinlänglich klar) beurkundet, kann der Teilanteils-Übernehmer (hilfsweise) den Übergeber auf Abgabe der für die Teilung und Abtretung notwendigen Willenserklärungen im Wege der Leistungsklage in Anspruch nehmen.

Zum Sachverhalt:

I. Die Parteien sind neben den Herren B. und L. Gesellschafter der „Bürgerwindpark N. GmbH“. Bei Gründung der Gesellschaft im November 1993 übernahmen die vier Gesellschafter jeweils einen Stammeinlageanteil in Höhe von 12 500,– DM des vereinbarten Stammkapitals von 50 000,– DM.

Die Parteien streiten darum, ob die Gesellschafter später wirksam eine Neuverteilung der Anteile mit der bereits eingetretenen oder jedenfalls herbeizuführenden Wirkung vorgenommen haben, dass auf den Kl. 49 % (= 24 500,– DM) und die drei Mitgesellschafter jeweils 17 % (= 8 500,– DM) des Stammkapitals entfallen.

Dass die Gesellschafter die vorbeschriebene Neuverteilung der Geschäftsanteile wollten, ist grundsätzlich unstreitig. Denn die Gesellschafter hatten in der Gesellschafterversammlung vom 19. 1. 1996 vereinbart, handschriftlich festgehalten und von allen Gesellschaftern unterzeichnet:

„Es wird folgendes beschlossen:

17 % der GmbH-Anteile hält B. . ..,

17 % der GmbH-Anteile hält K. . ..,

17 % der GmbH-Anteile hält L. . ..,

49 % der GmbH-Anteile hält I. . ..

Diese Änderung soll möglichst schnell beurkundet werden.“

Die Beurkundung der Gesellschafterversammlung und des vorstehenden Beschlusses erfolgte am 6. 3. 1996. Zugleich wurde der Geschäftsführer S. bevollmächtigt, „die notwendigen Formalitäten bezüglich der Änderungen im Handelsregister etc.“ vorzunehmen. Auf Anforderung des Handelregisters übersandte die Notarin eine „neue“ Gesellschafterliste, in der der Anteil des Kl. mit (49 % entsprechenden) 24 500,– DM und die Anteile der drei Mitgesellschafter mit jeweils (17 % entsprechenden) 8 500,– DM aufgeführt waren. In der Folgezeit wurden bei den Regelungen innergesellschaftlicher Angelegenheiten, insbesondere bei Beschlussfassungen die wie vorstehend beurkundeten Anteilsverhältnisse in den jeweiligen Urkunden erwähnt. Unstreitig hatte der Bekl. ca. neun Jahre lang diese Handhabung akzeptiert.

Der Bekl. hat angezweifelt, dass dem Kl. die vorgenannten Anteile der Mitgesellschafter im Jahr 1996 wirksam übertragen worden seien. Insbesondere fehle es an der für eine Übertragung notwendigen, jedoch unstreitig unterlassenen vorherigen gegenständlichen Abtrennung der zu übertragenden von den bei den übertragenden Gesellschaftern verbleibenden Anteilsteilen.

Der Kl. hält die unterlassene Abtrennung (Anteilsteilung) für unschädlich. Allen Bet. sei klar gewesen, dass ihm die Anteile übertragen werden sollten, dies sei in dem Beschluss auch hinreichend deutlich geworden. Folgerichtig hätten sich die Gesellschafter auch bei Abstimmungen und Gewinn- und Verlustberechnungen seit März 1996 der Neuaufteilung der Anteile entsprechend verhalten.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Dagegen hat der Kl. Berufung eingelegt.

Aus den Gründen:

II. Die Berufung hat mit dem Hilfsantrag Erfolg. Der Berufungshauptantrag ist unbegründet.

1. Der vom Kl. hauptsächlich weiter verfolgte Feststellungsantrag ist unbegründet. Das LG hat diesen Antrag mit zutreffender Begründung abgewiesen, die auch von der Berufung nicht erheblich in Frage gestellt wird.

Das LG hat ausgeführt, der Vollzug des Anteilsübertragungsvorhabens der Gesellschafter sei gescheitert, weil die Bet. es versäumt hatten, vor der Übertragung ihre Geschäftsanteile in einen zu übertragenden und einen zu behaltenden Anteil aufzuteilen.

Das ist vom rechtlichen Ansatz her richtig. Denn die Teilung von GmbH-Geschäftsanteilen i. S. d. § 17 GmbHG ist nach allgemeiner Auffassung (Scholz/H. Winter/Seibt, 10. Aufl. 2006, § 17 GmbHG Rn. 2; GroßkommGmbH/Winter/Löbbe, § 17 GmbHG Rn. 3 f.) nur real, d. h. durch Zerlegung in selbständige und nach einem Nennbetrag bezeichnete Stücke zulässig, weil die einzelnen Anteile individualisierbar sein müssen.

Die Individualisierbarkeit der einzelnen Anteile ist dabei insbesondere auch deshalb von Bedeutung, weil sie hinsichtlich ihrer Inhaberschaft und ihres Inhalts unterschiedlichen rechtlichen Entwicklungen unterliegen, an die wiederum namentlich haftungsrechtliche Fragen in Bezug auf die Gebote der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung (§§ 19, 16 Abs. 3, 21 ff. GmbHG) anknüpfen können.

Allerdings ist in Literatur und Rechtsprechung anerkannt, dass dem Bestimmtheitsgebot Genüge getan ist, wenn im Wege einer Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB zweifelsfrei feststellbar ist, welcher Geschäftsanteil übertragen werden soll (BGH NJW-RR 1987, 808; KG NJW-RR 1997, 1260; Scholz/H. Winter/Seibt, 10. Aufl. 2006, § 15 GmbHG Rn. 89).

Der Senat teilt diese Ansicht. Nach Einschätzung des Senats kommt im vorliegenden Fall jedoch der Vollzug der entsprechenden Teilung der Anteile mit der dargestellten notwendigen Individualisierung des zu übertragenden Teils des Geschäftsanteils und die Vornahme der darauf bezogenen Teilübertragung nicht hinreichend klar zum Ausdruck. Die vorgelegten Urkunden lassen zwar zweifelsfrei erkennen, dass die von den Gesellschaftern im Jahr 1996 gewollte und im Tatbestand beschriebene Anteilsverteilung von dreimal 17 % (Bekl. und zwei Mitgesellschafter) und einmal 49 % (Kl.) im Ergebnis herbeigeführt werden sollte. Es ist auch anzunehmen, dass die Gesellschafter dieses Ergebnis in der Weise herbeiführen wollten und dies auch konkludent vereinbart haben, dass die drei „abgebenden" Gesellschafter jeweils ein Drittel der dem Klägeranteil zuzuschlagenden Geschäftsanteile, also jeweils 4 000-DM-Anteile von ihren Anteilen abtrennen und auf den Kl. übertragen sollten. Dass die Gesellschafter untereinander die dazu erforderlichen Verfügungen (Anteilsteilung, jeweilige Übertragung des so entstandenen Teilanteils) im Rahmen der notariellen Beurkundung vorgenommen haben, kommt in der notariellen Urkunde jedoch nicht hinreichend klar zum Ausdruck.

Im Ergebnis kann der Feststellungsantrag des Kl. daher auch in der Berufung keinen Erfolg haben.

2. Begründet ist dagegen der Hilfsantrag des Kl., mit dem der Bekl. zur Erklärung der Teilung seines Anteils und Abgabe eines Angebots an den Kl. zur Übertragung des abgetrennten Teilanteils von 4 000,– DM verpflichtet werden soll.

a) Dieser Hilfsantrag ist zwar erstmals in zweiter Instanz gestellt. Er ist jedoch gleichwohl zulässig. Es handelt sich um eine Klageänderung (nachträgliche alternative Klagehäufung), die der Senat für sachdienlich ansieht (§ 533 Nr. 1 ZPO) und zu deren Begründung sich der Kl. auf Tatsachen stützen kann, die nach § 529 ZPO ohnehin für die Entscheidung über die Berufung zugrunde zu legen waren (§ 533 Nr. 2 ZPO).

b) Der Hilfsantrag ist auch begründet. Wie bereits zu 1. ausgeführt, geht der Senat davon aus, dass sich die Gesellschafter im Jahr 1996 darauf geeinigt hatten, dass dem Kl. Teilanteile der anderen Mitgesellschafter übertragen werden sollten. Diese Einigung der Gesellschafter über die Verpflichtungen zur Übertragung der bestimmten Anteile war infolge der am 6. 3. 1996 durchgeführten notariellen Beurkundung formwirksam (§ 15 Abs. 4 GmbHG) getroffen worden. Die seinerzeit getroffene Vereinbarung begründet den geltend gemachten Anspruch des Kl. gegen den Bekl. auf Übertragung des damals versprochenen Teilanteils nach vorheriger entsprechender Teilung des Anteils des Bekl.

Im Gegensatz zu den Äußerungen des Senats zu der Teilungsproblematik (s. o. 1.) bestehen im Hinblick auf die Bestimmung des Inhalts der schuldrechtlichen Verpflichtung keine Bedenken gegen eine hinreichende Bestimmtheit der getroffenen Vereinbarungen.

Hier kann im Wege einer Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB mit der gebotenen Sicherheit (BGH NJW-RR 1987, 808; KG NJW-RR 1997, 1260; Scholz/H. Winter/Seibt, 10. Aufl., 2006, § 15 GmbHG, Rn. 89) festgestellt werden, zur Übertragung welchen Geschäftsanteils der Bekl. sich seinerzeit verpflichtet hatte. In diesem Zusammenhang bestehen auch keine Bedenken, davon auszugehen, dass der Bekl. sich zu einer direkten Übertragung eines Teilanteils im Wert von 4 000,– DM verpflichten wollte.

Zwar war es theoretisch möglich, dass die in der notariellen Beurkundung von den beteiligten Gesellschaftern festgehaltenen veränderten Anteilsverhältnisse nicht durch unmittelbare, direkte Anteilsübertragung jeweils zwischen dem Kl. und den übrigen Gesellschaftern hergestellt wurden, sondern auch innerhalb der übrigen „abgebenden" Gesellschafter Anteilsübertragungen vorgenommen wurden und der Kl. danach von den übrigen Gesellschaftern in unterschiedlichem Umfang Teilanteile übertragen erhielt, um letztlich zu den vereinbarten 49 % der Anteile zu kommen. Für einen solchen mit Aufwand und eventuellen Mehrkosten verbundenen Umweg bestand hier jedoch keinerlei Grund. Es erscheint danach abwegig, anzunehmen, die Gesellschafter hätten das übereinstimmend gewollte Ergebnis der neuen Anteilsverteilung auf einem nicht näher erkennbar gemachten

Umweg erreichen wollen als durch die auf der Hand liegende Direktübertragung an den Kl. Nach den Umständen und der Interessenlage aller Bet. ist vielmehr davon auszugehen, dass die Bet. die Direktübertragung als einzigen hier nach den Umständen sinnvollen Weg zugrunde gelegt und entsprechende Übertragungsverpflichtungen begründet haben.

Die nach § 17 Abs. 1 GmbHG und § 4 des Gesellschaftsvertrages erforderliche Genehmigung der Anteilsveräußerung durch die Gesellschaft ist erteilt. Sie ist bereits mit der Unterschrift aller Gesellschafter unter das privathandschriftliche Schriftstück vom 19. 1. 1996 erteilt worden, spätestens jedoch durch den einstimmigen Beschluss der Gesellschafter zu der Neuaufteilung der Geschäftsanteile, der am 6. 3. 1996 notariell beurkundet wurde.

Dass dieser Gesellschaftsbeschluss nicht auch durch den Geschäftsführer (damals S.) ausgesprochen wurde, ist ausnahmsweise unschädlich. Denn die beschlossenen Abtretungen betreffen nur das Verhältnis von Personen, die als Gesellschafter am einstimmigen Gesellschafterbeschluss beteiligt waren. Daher gebietet die Rechtssicherheit hier ausnahmsweise keine (zusätzliche) Erklärung des für die Gesellschaft im Außenverhältnis handelnden Geschäftsführers. Alles andere wäre in einer solchen Konstellation eine Überspannung der gesellschaftsrechtlichen Formerfordernisse (BGHZ 15, 330; Scholz/H. Winter/Seibt, 10. Aufl. 2006, § 17 GmbHG Rn. 24, 32 m. w. N).

c) Der Bekl. hat eingewandt, der Anspruch des Kl. unterliege der dreijährigen Regelverjährung des § 195 BGB und sei daher spätestens seit dem 31. 12. 2004 verjährt.

Dieser Verjährungseinwand ist unbegründet. Das ergibt sich bereits daraus, dass der Bekl. am 29. 11. 2004 an einer Gesellschafterversammlung teilgenommen hatte, in deren notariellem Protokoll die Anteilsverhältnisse entsprechend der „Neuverteilung“ aufgenommen worden waren, unter Berücksichtigung dieser Anteile abgestimmt wurde und dies in einem Punkt auch nicht einstimmig, sondern bei Stimmenthaltung des Bekl. Allein schon aufgrund dieser Teilnahme des Bekl. am 29. 11. 2004 und seiner Abstimmungsbeteiligungen nach den einen 49 %igen Anteil des Kl. vorgebenden Anteilsverhältnissen kann der Bekl. den Verjährungseinwand nicht erfolgreich geltend machen. Denn mit seiner Unterwerfung unter die vorgegebene Stimmengewichtung liegt jedenfalls aus der maßgeblichen Sicht des Kl. ein Verhalten des Bekl. vor, aus dem der Kl. schließen durfte, dass der Bekl. sich bewusst war, dass die Stimmgewichtung der (wenn schon rechtlich noch nicht bestehenden, dann) jedenfalls von den Gesellschaftern herzustellenden Anteilssituation entsprach. Zumal sich der Bekl. auch schon in der Zeit zuvor an Gesellschaftsversammlungen beteiligt hatte, ohne die jeweils zugunsten des Kl. vorgegebene Stimmgewichtung zu beanstanden, durfte der Kl. davon ausgehen, dass der Bekl. die Anteilsverteilung mit einem relativen Übergewicht des Kl. von 49 % akzeptiert und insoweit auch anerkennt. Bezogen auf den hier angenommenen noch nicht vollzogenen Anspruch auf Aufstockung des Geschäftsanteils des Kl. liegt danach ein tatsächliches Anerkenntnis des Bekl. i. S. d. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB vor. Den nach § 204 Nr. 1 BGB verjährungshemmend erhobenen Hilfsantrag hat der Kl. im Mai 2007 gestellt. Überdies wäre angesichts der ca. neunjährigen widerspruchslosen Akzeptanz der Anteilsverhältnisse die Berufung auf die Verjährungseinrede ein Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

Der Bekl. hat geltend gemacht, bei den beurkundeten Versammlungen vom 29. 11. 2004, 15. 3. 2005 und 5. 4. 2005 habe der Notar jeweils auf Nachfrage bestätigt, die Aufnahme der prozentualen Beteiligungen habe „nur deklaratorische Bedeutung“. Dieser Einwand ist unerheblich. Die vorbeschriebene Verjährungsunterbrechung setzt kein rechtsgeschäftlich wirksames Anerkenntnis i. S. einer Schuldbestätigung voraus, sondern lediglich ein tatsächliches Verhalten, aus dem die genannten Schlüsse gezogen werden können. Selbst wenn die Nachfrage rechtlich geeignet gewesen wäre, ein tatsächliches Anerkenntnis in Frage zu stellen, hätte der Bekl. die für den 29. 11. 2004 behauptete Nachfrage nebst Bestätigung des Notars jedenfalls nicht bewiesen. Der von ihm zum Beweis für Nachfragen der behaupteten Art (nur) für die Versammlungen im März und April 2005 benannte Zeuge K. war auch ausweislich der Urkunde und auch nach der eigenen Behauptung des Bekl. im November 2004 gar nicht anwesend.

8. Kostenrecht – Geschäftswert bei Entwurf eines „Vertragsrahmens“

(*OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 6. 3. 2008 – I-10 W 177/07 – mit Anm. von Notar Dr. Frank J. Klein, Köln)

KostO §§ 30 Abs. 1; 44 Abs. 1, Abs. 2; 145

Der Geschäftswert für den Entwurf eines Vertragsrahmens beträgt gemäß § 30 Abs. 1 KostO die Hälfte des Wertes, der sich aus der Summe der Werte der in Aussicht genommenen Einzelgeschäfte ergibt (Vorlage an den BGH gemäß § 156 Abs. 4 S. 4 KostO, § 28 Abs. 2 FGG)

(Leitsatz nicht amtlich)

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde der Bet. zu 2) ist zulässig, soweit das LG sie ausdrücklich zugelassen hat, § 156 Abs. 2 KostO. Dies ist hier nur hinsichtlich der grundsätzlichen Frage geschehen, welcher Geschäftswert der Kostenrechnung zugrunde zu legen ist. Im Übrigen hat der Senat die weitere Beschwerde bereits mit Beschluss vom 22. 1. 2008 mangels Zulassung als unzulässig verworfen.

Für die Begründetheit des noch nicht entschiedenen Teils der weiteren Beschwerde kommt es maßgeblich auf die Frage an, wie der Geschäftswert für den hier fraglichen Entwurf eines Vertragsrahmens gemäß § 30 Abs. 1 KostO zu bemessen ist. In Rechtssprechung und Literatur werden hierzu unterschiedliche Auffassungen vertreten. Teilweise wird der sich aus der Summe der Werte der vorgesehenen Einzelverträge ergebende Wert in vollem Umfang als Geschäftswert angenommen (vgl. OLG Hamburg [richtig: OLG Schleswig, *Anm. der Schriftleitung*] JurBüro 1994, 287 f. = DNotZ 1994, 134; OLG München [richtig: BayObLG, *Anm. der Schriftleitung*] DNotZ 1992, 326 ff.; Rohs/Wedewer, § 145 KostO,

Rn. 9 a). Teilweise wird der Geschäftswert im Regelfall nach etwa 50 % des sich aus der Summe der vorgesehenen Einzelverträge ergebenen Wertes bemessen (vgl. OLG Düsseldorf [10. ZS.] MDR 1993, 1022 ff. und JurBüro 1983, 1241 f. = MittRhNotK 1983, 118 = DNotZ 1984, 118; OLG Hamm DNotZ 1992, 110 ff. = MittRhNotK 1991, 128).

Das LG ist in Anlehnung an die Entscheidung des OLG Hamburg [richtig: OLG Schleswig, *Anm. der Schriftleitung*] vom 17. 6. 1993, 9 W 66/93 (DNotZ 1994, 134) davon ausgegangen, dass sich der Geschäftswert nach der vollen Summe der Einzelwerte der geplanten Verträge bemesse. Eine Reduzierung/Halbierung des Geschäftswertes mit Rücksicht auf ein vermindertes Haftungsrisiko des Entwurfsnotars sei nicht sachgerecht, weil zwar Entwurfs- und Beurkundungsnotar im Außenverhältnis gesamtschuldnerisch hafteten, im Innenverhältnis aber auch eine überwiegende Haftung des Entwurfsnotars gegeben sein könne. Im Übrigen erhielte auch derjenige Notar, der auf Erfordern nur einen Entwurf für einen einzelnen Vertrag fertige, nach § 145 Abs. 1 S. 1 KostO die für die Beurkundung bestimmte Gebühr voll, auch wenn sein Haftungsrisiko etwa durch die Mithaftung des Urkundsnotars gemindert sei.

Der Senat beabsichtigt, als Gericht der weiteren Beschwerde den Geschäftswert nach eigenem Ermessen neu festzusetzen, da seiner Auffassung nach sowohl der Notar als auch das Beschwerdegericht das ihnen jeweils im Rahmen der Wertfestsetzung zustehende Ermessen fehlerhaft ausgeübt haben und der Sachverhalt in Bezug auf die Höhe des Geschäftswertes in jeder relevanten Hinsicht aufgeklärt ist. Nach Auffassung des Senats ist der Geschäftswert auf die Hälfte des Wertes zu reduzieren, der sich aus der Summe der Werte der in Aussicht genommenen Einzelgeschäfte ergibt. Bei der Bestimmung des Geschäftswertes für Vertragsentwürfe der hier fraglichen Art ist zu berücksichtigen, dass der Vertragsrahmen vor Beurkundung der Einzelverträge regelmäßig der individuellen Ergänzung bedarf und dass der Entwurf nicht zwingend oder zumindest nicht in dem ursprünglich erwarteten Umfang Verwendung finden muss (vgl. OLG Düsseldorf [10. ZS.], Beschl. v. 14. 4. 1993 (10 W 158/92, MDR 1993, 1022 f.). Überdies ist auch der Arbeitsaufwand des Notars zu bedenken, der bei Fertigung nur eines Entwurfs, der als Rahmen für eine Vielzahl von Verträgen dienen soll, regelmäßig erheblich vermindert sein wird. Unter Berücksichtigung dieser Umstände erscheint es im Regelfall angemessen, den Geschäftswert gemäß § 30 Abs. 1 KostO auf die Hälfte des Wertes zu reduzieren, der sich aus der Summe der Werte der in Aussicht genommenen Einzelgeschäfte ergibt (vgl. OLG Düsseldorf [10. ZS.] MDR 1993, 1022 ff. und JurBüro 1983, 1241 f. = MittRhNotK 1983, 118 = DNotZ 1984, 118; OLG Hamm DNotZ 1992, 110 ff. = MittRhNotK 1991, 128).

Durch die beabsichtigte Entscheidung würde der Senat von den bereits zitierten Entscheidungen des OLG Hamburg [richtig: OLG Schleswig, *Anm. der Schriftleitung*] (JurBüro 1994, 287 f. = DNotZ 1994, 134) und OLG München [richtig: BayObLG, *Anm. der Schriftleitung*] (DNotZ 1992, 326 ff.) abweichen, weshalb gemäß § 156 Abs. 4 S. 4 KostO, § 28 Abs. 2 FGG eine Vorlage an den BGH erfolgt.

Anmerkung:

Die Bemessung des Geschäftswerts bei einem Musterkaufvertrag ist ein schönes Beispiel dafür, dass im Kostenrecht so gut wie alles vertreten wird.

Weit spannt sich der Bogen. Das OLG Schleswig nimmt in seinem Beschluss vom 31. 1. 1977 (JurBüro 1977, 847, 849) als Geschäftswert entsprechend § 44 Abs. 1 KostO den höchsten geforderten Kaufpreis an. Das OLG Düsseldorf schätzt in ständiger Rechtsprechung den Geschäftswert gemäß § 30 Abs. 1 KostO; gleicher Ansicht sind das OLG Frankfurt (JurBüro 1980, 116) und das OLG Hamm (DNotZ 1992, 110). Alle drei Gerichte kommen alsdann zu dem Ergebnis, dass der Geschäftswert der Hälfte der Summe aller Kaufpreise entspräche. Das OLG Hamburg (DNotZ 1964, 245, 246 f. = KostRsp. KostO § 145 Nr. 5) wendet § 44 Abs. 2 a) KostO an und nimmt als Geschäftswert die Summe aller Kaufpreise an. Zum gleichen Ergebnis kommt das OLG Hamm in seinem Beschluss vom 19. 12. 1978 (MittRhNotK 1979, 104 f. = JurBüro 1979, 583 = DNotZ 1979, 679 (LS)), das jedoch keine direkte, sondern nur eine entsprechende Anwendung von § 44 Abs. 2 a) KostO befürwortet. Gleicher Ansicht sind BayObLG DNotZ 1992, 326 = Rpfleger 1992, 13 = MittBayNot 1991, 273; KG DNotZ 1986, 113; OLG Köln MDR 1988, 328 = MittRhNotK 1988, 24; OLG Schleswig DNotZ 1994, 134 = JurBüro 1994, 287 unter Aufgabe seiner Ansicht im vorbezeichneten Beschluss vom 31. 1. 1977; LG Bonn MittRhNotK 1996, 109; LG Hannover JurBüro 1996, 264; LG Köln, Beschluss vom 20. 4. 1998, 11 T 210–213/96, Beschluss vom 20. 6. 1996, 11 T 140–141/95, Beschluss vom 13. 1. 2006, 11 T 288/04; LG Passau JurBüro 1985, 757 = MittBayNot 1984, 273; Korintenberg/Bengel/Tiedtke, Kostenordnung, 16. Aufl., § 145 Rn. 17; Rohs/Wedewer, Kostenordnung, Stand: Dezember 2007, § 145 RN 9 a; Filzek, Kostenordnung, § 145, Rn. 9; Assenmacher/Mathias, Kostenordnung, 15. Aufl., S. 303; Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl., Rn. 422; Tiedtke, Notarkosten im Grundstücksrecht, Rn. 46; Klein, MittRhNotK 1983, 230, 236 f.; Mümmler, JurBüro 1977, 849; ders., JurBüro 1980, 17; ders., JurBüro 1983, 1149; ders., JurBüro 1994, 288. Das Pendant zum OLG Schleswig ist Lappe (NJW 1989, 3259), der Einzelgebühren aus Einzelwerten berechnet.

Eine Anwendung von § 44 Abs. 1 KostO scheidet aus, da der Entwurf eines Musterkaufvertrags über den Entwurf eines einzigen Kaufvertrags hinausgeht. Der Klient hat in einem solchen Fall keinen Vertragsentwurf über ein bestimmtes Grundstück, das an einen bestimmten Interessenten verkauft werden soll, in Auftrag gegeben. Vielmehr hat er einen Entwurf gewünscht, der allen geplanten Kaufverträgen zugrunde gelegt werden kann. Der Ansicht des OLG Schleswig kann daher nicht gefolgt werden. Aber auch die Ansicht von Lappe, es seien Einzelgebühren aus Einzelwerten zu berechnen, kann nicht gefolgt werden. Die auftragsgemäße Erstellung eines Musterkaufvertrags führt zur Erstellung eines Entwurfs, der die Besonderheiten aller in Betracht kommender Kaufverträge berücksichtigt. Demgegenüber geht der

Auftrag nicht dahin, so viele Entwürfe zu fertigen, wie Einheiten verkauft werden sollen.

Aber auch die Ansicht der Oberlandesgerichte Düsseldorf, Frankfurt und Hamm ist nicht haltbar. § 30 KostO ist ein Auffangtatbestand. Bereits in der Überschrift dieser Vorschrift ist von Angelegenheiten ohne bestimmten Geschäftswert die Rede. Alsdann heißt es in Abs. 1, 1. Hs.: „Soweit in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit der Wert sich aus den Vorschriften dieses Gesetzes nicht ergibt und auch sonst nicht feststeht, ist er nach freiem Ermessen zu bestimmen; . . .“ Der Geschäftswert für einen Musterkaufvertragsentwurf kann jedoch betragsmäßig beziffert werden, wobei dahin stehen kann, ob man § 44 Abs. 2 a) KostO unmittelbar oder entsprechend anwendet. Somit kommt man – entgegen der Ansicht des OLG Düsseldorf – nicht in den Anwendungsbereich des § 30 Abs. 1 KostO, weil der Geschäftswert – sei es nach § 30 Abs. 1, 1. Hs., 1. oder 2. Alt. KostO – feststeht. Sinn und Zweck eines Mustervertrags ist es, ihn allen Kaufvertragsinteressenten vorzulegen und ihn somit zur Grundlage aller geplanten Verträge zu machen. Der Wert dieser Verträge ist die Summe der Kaufpreise. Hätte der Notar auftragsgemäß körperlich mehrere Entwürfe gefertigt, wären – mit Lappe – mehrere Einzelgebühren aus Einzelwerten entstanden. Da jedoch körperlich nur ein Entwurf gefertigt wurde, ist der Geschäftswert so zu bemessen, als wenn mit diesem einen Entwurf alle Einheiten verkauft worden wären. Dafür spricht auch der Wortlaut des § 145 Abs. 1 S. 1 KostO, der anordnet, dass beim Entwurf einer Urkunde die für die Beurkundung dieser Urkunde bestimmte Gebühr zu erheben ist (so bereits: BayObLG DNotZ 1992, 326, 327). Diese Betrachtung ist schlüssig, weil der Notar mit der Fertigung des Musterkaufvertrags die Verantwortung für alle Einzelverträge übernimmt, die unter Zugrundelegung des Entwurfs abgeschlossen werden. Entsteht dem Auftraggeber daher durch die Verwendung des Vertragsentwurfs ein Schaden, so trifft den Notar in jedem Einzelfall das volle Haftungsrisiko. Auch wenn ein einzelner Vertrag durch einen anderen Notar beurkundet werden sollte, so bleibt dennoch der Notar, der den Mustervertrag entworfen hat, zumindest mit verantwortlich (so ausdrücklich: OLG Hamm MittRhNotK 1979, 104).

Abschließend sei mir noch ein Wort zum offensichtlichen Unbehagen des OLG Düsseldorf über die Höhe der Gebühr erlaubt: In der Praxis löst ein Musterkaufvertrag meist keine oder nur geringfügige Mehrkosten aus, wenn es zur ganzen oder weitgehenden Beurkundung der ins Auge gefassten Kaufverträge bei dem entwerfenden Notar kommt. Dies ergibt sich daraus, dass die Kolleginnen und Kollegen § 145 Abs. 1 S. 3 KostO entsprechend anwenden. Werden alle ins Auge gefassten Kaufverträge beim entwerfenden Notar beurkundet, verursacht der Entwurf des Musterkaufvertrags überhaupt keine Kosten, weil die Summe der einzelnen Beurkundungsgebühren immer höher ist als die Entwurfsgebühr unter Zugrundelegung der Summe aller addierten Kaufpreise. Aber auch wenn nicht alle Kaufverträge bei dem entwerfenden Notar beurkundet werden, entstehen vielfach keine oder nur geringfügige Mehrkosten durch den Musterkaufvertrag. Nimmt man beispielsweise 10 Eigentumswohnungen mit einem angenommenen Kaufpreis von jeweils 100 000,– €, entstehen bei der späteren Beurkundung von 8 Kaufverträgen bei dem entwerfenden Notar überhaupt keine Kosten für den Entwurf, weil 8 × 414,– € = 3 312,– € die Entwurfsgebühr von 3 114,– € übersteigen. Bei der späteren Beurkundung von 7 Kaufverträgen (7 × 414,– € = 2 898,– €) verblieben dem Verkäufer Kosten von 216,– €.

Notar Dr. Frank J. Klein, Köln

9. Kostenrecht – Kosten von Änderungen und Ergänzungen letztwilliger Verfügungen
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 15. 8. 2007 – 8 W 239/07)

KostO §§ 42; 46

Auf Änderungen und Ergänzungen von letztwilligen Verfügungen kommt nicht § 42 KostO, sondern § 46 KostO zur Anwendung. Danach fällt bei Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten das Doppelte der vollen Gebühr an. Die Beschränkung auf die (einfache) volle Gebühr gem. § 42 KostO tritt nicht ein.

Zum Sachverhalt:

I. Am 5. 2. 2003 beurkundete der Bet. zu 3) (Kostengläubiger) eine Ergänzung zum früher beurkundeten Erbvertrag der Kostenschuldner vom 15. 1. 1998 und rechnete hierfür eine 10/10-Gebühr nebst Auslagen und Mehrwertsteuer nach § 42 KostO in Höhe von insgesamt 679,86 € ab. Auf Beanstandung des Bezirksrevisors änderte er diesen Kostenansatz am 14. 3. 2005 dahin ab, dass nach § 46 KostO eine 20/10-Gebühr nebst Auslagen und Mehrwertsteuer von insgesamt 1 354,98 € angefallen und deshalb die Differenz von 675,12 € nachzuerheben sei.

Die hiergegen von den Kostenschuldnern erhobene Beschwerde wurde durch Beschluss des LG Tübingen zurückgewiesen unter gleichzeitiger Zulassung der sofortigen weiteren Beschwerde zum OLG wegen der Frage der Anwendbarkeit des § 42 KostO auf die Beurkundung von Änderungen von Verfügungen von Todes wegen. Gegen die am 5. 6. 2007 zugestellte Entscheidung haben die Kostenschuldner weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

II. Die sofortige weitere Beschwerde der Kostenschuldner ist infolge Zulassung durch das LG statthaft, sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt worden (§ 156 Abs. 2 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 1 KostO).

Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Die Entscheidung des LG, die nur auf eine Verletzung des Rechts überprüft werden darf (§ 156 Abs. 2 S. 3 KostO), hält dieser rechtlichen Nachprüfung stand.

Wird gegen die Kostenberechnung des Notars Beschwerde eingelegt (§ 156 Abs. 1 S. 1 KostO), so bestimmt der Bf. durch seine Beanstandungen den Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung (BayObLG JurBüro 1990, 84 m. w. N.; LG Dresden NotBZ 2003, 363). In vorliegender Sache ist dies die Frage der Anwendbarkeit des § 42 KostO auf die Beurkundung von Änderungen von Verfügungen von Todes wegen (§ 46 KostO).

Die Kostenordnung unterscheidet im ersten Teil (Gerichtskosten), zweiter Abschnitt (Gebühren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) unter Ziffer 1. (Beurkundungen und ähnliche Geschäfte) zwi-

schen den Beurkundungen ein- oder mehrseitiger Erklärungen unter Lebenden (§§ 36 bis 44), der Beglaubigung von Unterschriften (§ 45), den Beurkundungen von rechtsgeschäftlichen Erklärungen von Todes wegen (§ 46) und der Beurkundung von tatsächlichen Vorgängen (§§ 47 bis 54) (vgl. hierzu: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann/Bengel/Tiedtke, 16. Aufl. 2005, Vorbem. zu §§ 36 bis 59 KostO Rn. 2; Ackermann, JurBüro 1967, 949).

Nach dieser Gesetzessystematik kommt eine Anwendung des § 42 KostO, der bei Ergänzungen und Änderungen beurkundeter Erklärungen eine Beschränkung auf eine 10/10-Gebühr vorsieht, auf entsprechende Nachträge zu Verfügungen von Todes wegen nicht in Betracht, da diese der besonderen Gebührenvorschrift des § 46 KostO unterliegen (Rohs/Wedewer/Rohs, 2. Aufl. 1996, Aktualisierung April 2007, § 36 KostO Rn. 2).

Hierauf weist das LG in seiner Begründung zutreffend hin sowie darauf, dass der Gesetzgeber in § 46 Abs. 2 KostO für die meisten „Änderungen" einer Verfügung von Todes wegen eine besondere Gebührenprivilegierung vorgesehen habe, ohne auf § 42 KostO zu verweisen, woraus geschlossen werden könne, dass § 46 Abs. 2 KostO bezüglich „Änderungen" eine abschließende Regelung enthalte.

Sonstige Änderungen und Ergänzungen können danach nur unter § 46 Abs. 1 KostO fallen, der gerade bei der Beurkundung eines Erbvertrags oder eines gemeinschaftlichen Testaments das Doppelte der vollen Gebühr vorsieht, weil die Erklärungen zweier Personen beurkundet werden (aus der amtlichen Begründung zu § 46 KostO in Rohs/Wedewer, a.a.O., § 46 KostO Rn. 1). Diese Rechtfertigung für den doppelten Gebührenansatz besteht aber gleichermaßen bei Nachträgen der vorliegenden Art zu einem Erbvertrag, an dem ebenfalls mindestens zwei Personen beteiligt sind.

Der Argumentation der Kostenschuldner, § 46 KostO enthalte keinerlei Regelungen bezüglich Ergänzungen oder Änderungen eines bereits beurkundeten Erbvertrages oder gemeinschaftlichen Testaments, weswegen auf § 42 KostO zurückgegriffen werden müsse, kann nicht gefolgt werden.

Denn die abschließend aufgeführten Gebührenprivilegierungen des § 46 Abs. 2 KostO erfassen gerade eine Vielzahl von Änderungen letztwilliger Verfügungen in Form des Widerrufs, der Aufhebung, der Anfechtung, des Rücktritts und der Ersetzung einer widerrufenen oder aufgehobenen Verfügung durch eine neu errichtete.

Es liegt nahe, dass der Gesetzgeber, hätte er eine generelle Privilegierung von Änderungen gewollt, dies durch eine Bezugnahme auf § 42 KostO geregelt hätte. Das Fehlen einer entsprechenden Regelung kann nicht als ungewollte Gesetzeslücke behandelt werden, die einen systemwidrigen Rückgriff auf § 42 KostO erlaubt, obwohl § 46 KostO den besonderen Gebührentatbestand darstellt. Unter dessen Abs. 1 können Ergänzungen und Änderungen von letztwilligen Verfügungen zudem ohne weiteres subsumiert werden, so dass sie unter keine Gebührenprivilegierung fallen.

Der Senat schließt sich aus diesen Gründen der ganz herrschenden Meinung zur Nichtanwendbarkeit des § 42 KostO auf die Beurkundung von Änderungen und Ergänzungen im Rahmen des § 46 KostO an (Rohs, a.a.O., § 42 KostO Rn. 2; Bengel/Tiedtke, a.a.O., § 42 KostO Rn. 2; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O., § 46 KostO Rn. 4; „Streifzug durch die Kostenordnung", 5. Aufl. 2002, Rn. 18, 68, 347, 1252; Ackermann, a.a.O., S. 950, 951; je m. w. N.).

Soweit Hartmann in Kostengesetze, 37. Aufl. 2007, § 46 KostO Rn. 6, ohne weitere Begründung ausführt, dass die Änderung beim Erbvertrag nur eine volle Gebühr gem. § 42 KostO „kostet", führt er – sich selbst widersprechend – unter § 42 KostO Rn. 5 zum Stichwort „Erbvertrag" und „Testament" aus, dass § 42 KostO hier unanwendbar ist.

Das LG hat deswegen zu Recht die Anwendbarkeit des § 42 KostO auf Beurkundungen von Änderungen und Ergänzungen letztwilliger Verfügungen verneint und bei dem hier vorgenommenen Nachtrag zu einem Erbvertrag die Nachberechnung einer weiteren 10/10-Gebühr mit Auslagen und Mehrwertsteuer in Höhe von insgesamt 675,12 € unter Zurückweisung der Beschwerde der Kostenschuldner bestätigt.

Die hiergegen zugelassene sofortige weitere Beschwerde war damit als unbegründet zurückzuweisen.

10. Steuerrecht – Voraussetzungen einer umsatzsteuerlichen Geschäftsveräußerung

(*BFH*, Urteil vom 11. 10. 2007 – V R 57/06)

UStG § 1 Abs. 1 a

Die Lieferung eines weder vermieteten noch verpachteten Grundstücks ist im Regelfall keine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG.

Zum Sachverhalt:

I. Die Kl. und Revisionskl. (Kl.) erwarb mit notariellem Kaufvertrag vom 7. 10. 1999 ein bebautes Grundstück und Einrichtungsgegenstände. Der Gesamtkaufpreis belief sich auf 950 000,– DM zuzüglich Umsatzsteuer. Hiervon entfielen 350 000,– DM auf die Einrichtung. Nach dem Vertrag war der Verkauf umsatzsteuerpflichtig. Besitz, Nutzen und Lasten sollten am 1. 11. 1999 übergehen. Der Veräußerer hatte das Gebäude für den Betrieb als Diskothek verpachtet. Der Pachtvertrag endete vor der Besitzeinweisung und ging nicht auf die Kl. über.

Am 30. 10. 1999 verpachtete die Kl. das Objekt mit der Diskothek an ihre Gesellschafterin M. mit Wirkung ab 1. 11. 1999. Die Umsatzangaben des Veräußerers S. erwiesen sich als unrealistisch. Die neue Pächterin war nicht in der Lage, Pachtzahlungen zu leisten. Zivilrechtlich erstrebte die Kl. die Rückabwicklung des Kaufvertrages. Ein von ihr erwirkter Titel konnte aber nicht vollstreckt werden.

Der Bekl. und Revisionsbekl. (das Finanzamt – FA –) erkannte den Vorsteuerabzug nicht an, da eine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a des Umsatzsteuergesetzes 1999 (UStG) vorliege, und setzte die Umsatzsteuer auf 0,– DM fest. Einspruch und Klage blieben erfolglos.

Das FG stützte die Klageabweisung darauf, dass es sich um eine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG handele. Ent-

scheidend sei, ob die übertragenen Vermögensgegenstände ein hinreichendes Ganzes bilden, um die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu ermöglichen. Dies bedürfe einer Gesamtbewertung, bei der insbesondere die Art der übertragenen Vermögensgegenstände und der Grad der Übereinstimmung oder Ähnlichkeit zwischen den vor und nach der Übertragung ausgeübten Tätigkeiten zu berücksichtigen seien. Die Kl. habe die Verpachtungstätigkeit des Veräußerers ohne nennenswerte zeitliche Unterbrechung fortgesetzt. Sie habe einen Tag vor der Besitzeinweisung einen Pachtvertrag mit einer neuen Pächterin abgeschlossen. Beim Betrieb der Diskothek sei keine längere Pause eingetreten. Das veräußerte und durch die Kl. betriebene Gewerbe erscheine identisch. Im Hinblick auf die nahtlose Fortsetzung der Verpachtungstätigkeit sei unerheblich, dass die Kl. keinen Pachtvertrag des Veräußerers übernommen, sondern selbst einen Pachtvertrag abgeschlossen habe. Für die Übernahme eines Unternehmens spreche auch, dass der Umsatz des übernommenen Unternehmens katastrophal eingebrochen sei und deshalb Pachtzahlungen unterblieben seien. Gerade dies zeige, dass ein laufender Diskothek-Betrieb übernommen worden sei und nicht nur eine leer stehende Immobilie.

Mit ihrer hiergegen eingelegten Revision rügt die Kl., dass keine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG vorliege. Sie, die Kl., habe keine Verpachtungstätigkeit des Veräußerers fortgesetzt, sondern das Objekt nach Beendigung des vom Veräußerer abgeschlossenen Pachtvertrages übernommen. Die bloße Übertragung eines Grundstücks könne nicht zu einer Geschäftsveräußerung führen.

Aus den Gründen:

II. Die Revision der Kl. ist begründet. Sie führt nach § 126 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 FGO zur Aufhebung der Vorentscheidung sowie zur Zurückverweisung der Sache an das FG. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz liegt im Streitfall keine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG vor. Es sind zur Entscheidung des Streitfalls weitere Feststellungen zu treffen.

1. Nach § 1 Abs. 1 a UStG unterliegen Umsätze im Rahmen einer Geschäftsveräußerung an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen nicht der Umsatzsteuer. Die Vorschrift setzt voraus, dass ein Unternehmen oder ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb im Ganzen entgeltlich oder unentgeltlich übereignet oder in eine Gesellschaft eingebracht wird.

a) § 1 Abs. 1 a UStG dient der Umsetzung von Art. 5 Abs. 8 und Art. 6 Abs. 5 der Sechsten Richtlinie des Rates vom 17. 5. 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern 77/388/EWG (Richtlinie 77/388/EWG) in nationales Recht und ist richtlinienkonform auszulegen (vgl. z. B. Urteil des BFH vom 18. 1. 2005, V R 53/02, BFHE 208, 491, BFH/NV 2005, 810).

Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 77/388/EWG bezweckt nach der Rechtsprechung des EuGH, die Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensteilen zu erleichtern und zu vereinfachen (EuGH-Urteil vom 27. 11. 2003 C-497/01, Zita Modes, Slg. 2003, I-14393, BFH/NV Beilage 2004, 128 Rn. 32). Im Hinblick auf diesen Zweck erfasst Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 77/388/EWG die Übertragung der Geschäftsbetriebe und der selbständigen Unternehmensteile, die jeweils materielle und immaterielle Bestandteile umfassen, die zusammengenommen ein Unternehmen oder einen Unternehmensteil bilden, mit dem eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit fortgeführt werden kann (EuGH-Urteil Zita Modes in Slg. 2003, I-14393, BFH/NV Beilage 2004, 128 Rn. 39 f.). Der Erwerber muss darüber hinaus die Absicht haben, den übertragenen Geschäftsbetrieb oder Unternehmensteil zu betreiben. Nicht begünstigt ist die sofortige Abwicklung der übernommenen Geschäftstätigkeit (EuGH-Urteil Zita Modes in Slg. 2003, I-14393, BFH/NV Beilage 2004, 128 Rn. 44).

b) Im Hinblick auf die nach der EuGH-Rechtsprechung erforderliche Absicht des Erwerbers, den übertragenen Geschäftsbetrieb oder Unternehmensteil zu betreiben, kommt es maßgeblich darauf an, ob das übertragene Vermögen die Fortsetzung einer bisher durch den Veräußerer ausgeübten Tätigkeit ermöglicht. Dabei ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung die Art des übertragenen Vermögens/Teilvermögens und der Grad der Übereinstimmung oder Ähnlichkeit zwischen den vor und nach der Übertragung ausgeübten Tätigkeiten zu berücksichtigen (BFH-Urteil vom 28. 11. 2002, V R 3/01, BFHE 200, 160, BStBl II 2004, 665).

2. Nach diesen Grundsätzen ist die Veräußerung eines Gebäudes ohne Übergang eines Mietvertrages keine Geschäftsveräußerung. Die Übertragung eines unvermieteten Grundstücks führt nicht zur Übertragung eines Unternehmensteils, mit dem eine selbständige Tätigkeit fortgeführt werden kann, sondern zur Übertragung eines einzelnen Vermögensgegenstandes. Fehlt es an weiteren Faktoren wie z. B. einer bestehenden Vermietung oder Verpachtung des Grundstücks, kann kein „Geschäftsbetrieb“ angenommen werden. Es bleibt vielmehr bei einer grundsätzlich nach § 4 Nr. 9 Buchst. a UStG steuerfreien Grundstücksübertragung.

3. Die Vorinstanz ist von anderen Grundsätzen ausgegangen. Das Urteil war daher aufzuheben und an das FG zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 FGO). Es liegt keine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG an die Kl. vor, da dieser lediglich ein unverpachtetes Grundstück übertragen wurde.

Der von der Kl. beanspruchte Vorsteuerabzug aus dieser (als steuerpflichtig behandelten) Grundstückslieferung an sie setzt aber weiter voraus, dass die Kl. keine (steuerfreien) Verwendungsumsätze nach § 15 Abs. 2 UStG ausführte. Das FG hat auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung hierzu keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Es ist insbesondere aufzuklären, ob die Kl. das Grundstück entgeltlich (als Unternehmerin) verpachtete und ggf. nach § 4 Nr. 12 UStG auf die Steuerfreiheit verzichtete und ob eine Rechnung mit gesondertem Steuerausweis vorliegt.

Buchbesprechungen

O. Werner/Saenger (Hrsg.), Die Stiftung – Recht, Steuern, Wirtschaft, Stiftungsrecht, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008, 959 Seiten, € 219,–

Seit einigen Jahren fördert der Staat den sog. Dritten Sektor als Quelle der Finanzierung von Gemeinwohlaufgaben massiv, vor allem durch Steuervorteile. Dies hat dazu geführt, dass es im gesamten Bundesgebiet wieder eine ganze Reihe rechtsfähiger Stiftungen gibt. Dieser Stiftungsboom wird begleitet von einer Flut wissenschaftlicher Publikationen. Unter anderem sind zwei juristische Zeitschriften (S&S, ZSt) gegründet worden, die sich ausschließlich dem Nonprofit-Sektor bzw. dem Stiftungsrecht widmen. Umso wichtiger erscheint es, diese Publikationen mitsamt der aktuellen Rechtsprechung einmal im Zusammenhang darzustellen. Dies war bislang vor allem dem von *Seifart/v.Campenhausen* herausgegebenen Stiftungsrechts-Handbuch vorbehalten, dessen letzte Aufl. jedoch aus dem Jahr 1999 datiert und die wichtige Entwicklung der letzten Jahre deshalb nicht wiedergibt. Unter der Herausgeberschaft der prominenten Stiftungsrechtler und aus Marburger Zeiten verbundenen Universitätsprofessoren *Olaf Werner* und *Ingo Saenger* legt der Berliner Wissenschafts-Verlag, der auch die ZSt herausgibt, nun als Band 1 einer Trilogie zum Stiftungswesen eine aktuelle Übersicht zum Stiftungsrecht vor. Verfasser der 28 Themenkomplexe sind neben den Herausgebern weitere 18 Autoren, die schon durch Publikationen im Stiftungsrecht hervorgetreten sind, u. a. außerordentlich bekannte Autoren wie *Andrick, Nissel* und *Mecking*. Um es vorweg zu sagen: Das Buch ist seinen Preis wert. Dies liegt schon daran, dass gerade neue Themen wie Corporate Governance (*Veltmann*), Stiftungsfusion, Insolvenzverfahren (beides von *Fritsche*) oder gewerblicher Rechtsschutz (*Jänich*) in ausführlichen Kapiteln behandelt werden. Dabei wird mit Kritik nicht zurückgehalten (s. etwa *O. Werner* auf S. 7 zur Bürgerstiftung, *Backert* auf S. 835 zur Effektivität der Stiftungsaufsicht). Auch die unselbstständige Stiftung wird eingehend behandelt (*A. Werner*). Hier hätte man sich allerdings eine Erörterung der Publikationen von *Karsten Schmidt* und vor allem der Habilitationsschrift von *Koos* zur fiduziarischen Stiftung gewünscht. Zwar bejahen auch diese Autoren nicht die Rechtsfähigkeit der unselbstständigen Stiftung, beleben aber die Diskussion zu diesem Thema, das bislang noch weit gehend anders gesehen wird. Das Kapitel zu den katholischen kirchlichen Stiftungen beschäftigt sich, angesichts der Provenienz des Autors *Röder* verständlich, schwerpunktmäßig mit den bayerischen Verhältnissen, was einem Gesamtüberblick abträglich ist. Der Überblick zur Geschichte des Stiftungsrechts (*Lingelbach*) leidet etwas unter der Aneinanderreihung nicht erklärter Fremdworte. So ist auch für jemanden, der des Lateinischen mächtig ist, der Satz „In der Zeit des usus modernus haben die legate ad pias causas im Wesentlichen die Funktionen erfüllt, die – nach späterem Verständnis – den gemeinnützigen Stiftungen zukommen." (S. 28) ohne weitere Erklärung nicht verständlich. Das Stichwortregister fällt mit gerade einmal 10 Seiten etwas karg aus. Diese Mängel vermögen den positiven Gesamteindruck dieses profunden Werks jedoch nicht zu trüben. Dem Buch ist deshalb eine weite Verbreitung zu wünschen und kann jedem, der sich näher mit dem Stiftungsrecht beschäftigt und sich eine eingehende und aktuelle Übersicht zu Stiftungsrecht verschaffen will, zum Kauf empfohlen werden.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht
Dr. Patrick Bruns, Baden-Baden

Boruttau, Grunderwerbsteuergesetz, Verlag C.H. Beck, München, 16. Aufl. 2007, 1351 Seiten, € 105,–

Nach fünf Jahren erscheint nunmehr eine Neuauflage des – von den Verfassern im Vorwort selbst so bezeichneten – Standardkommentars zum Grunderwerbsteuerrecht. Die sich seit der Vorauflage ergebenden Änderungen beruhen weniger auf der Tätigkeit des Gesetzgebers als auf der Rechtsprechung des BFH. Hervorzuheben ist hier vor allem die Rechtsprechungsänderung zur Bemessungsgrundlage im Falle der Optierung zur Umsatzsteuer nach § 4 Nr. 9 a UStG: Während bisher die hälftige Umsatzsteuer als weitere Gegenleistung des Käufers betrachtet und in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer einbezogen wurde, hat der BFH mit Urteil vom 4. 12. 2005 (DStR 2006, 754 = RNotZ 2006, 365) entschieden, dass der Käufer mit der Zahlung der Grunderwerbsteuer eine eigene Steuerschuld tilgt, die folglich nicht als Gegenleistung angesehen werden kann (vgl. § 9 Rn. 283). Dies korrespondiert mit der Änderung des Umsatzsteuerrechts vom 1. 4. 2004, durch die im Falle der Optierung zur Umsatzsteuer nicht mehr der Verkäufer, sondern nunmehr der Käufer Schuldner der Umsatzsteuer ist (§ 13 b Abs. 2 S. 1 UStG): Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer werden nunmehr beide vom Käufer geschuldet und können daher keine Gegenleistung sein.

Ein weiterer Schwerpunkt der Neubearbeitung liegt in der grunderwerbsteuerlichen Behandlung der vertraglichen Übernahme von Erschließungskosten (§ 9 Rn. 287 ff.). Kernfrage ist hier, ob die Übernahme von Erschließungskosten eine „sonstige Leistung" i. S. von § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ist. Die weit verbreitete Stichtagsregelung, dass der Verkäufer die Kosten für alle bis zum Beurkundungstage fertiggestellten Anlagen, der Erwerber alle übrigen Kosten trägt, ist grunderwerbsteuerlich unschädlich, sofern noch kein Bescheid ergangen ist. Da der Verkäufer erst mit Bekanntgabe des Beitragsbescheides Schuldner wird, trifft ihn beim Vertragsschluss noch gar keine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, so dass die Übernahme keine „Gegenleistung" darstellt. Der Erwerber übernimmt somit lediglich eine Verpflichtung, die ohnehin ihn selbst nach dem maßgeblichen öffentlichen Recht belasten wird. Dies stellt keine „sonstige Leistung" dar. Etwas anderes gilt, wenn bei Vertragsschluss bereits gegenüber dem Verkäufer ein Bescheid erlassen worden ist (§ 9 Rn. 288).

Die notarielle Praxis hat sich immer wieder mit Fragen der Rückgängigmachung von Erwerbsvorgängen im Zusammenhang mit Weiterverkaufsfällen zu befassen. Vo-

raussetzung für eine Erstattung der Grunderwerbsteuer gemäß § 16 Abs. 1 GrEStG an den Erstkäufer ist sowohl die rechtliche wie auch die tatsächliche Rückgängigmachung des Kaufvertrages. Welche Anforderungen an die tatsächliche Rückgängigmachung zu stellen sind, ist im Einzelnen umstritten. Hier hat der BFH mit einer Reihe von jüngeren Entscheidungen einen strengen Maßstab formuliert, wenn der Grundbesitz nach Rückabwicklung unmittelbar an einen neuen Käufer erneut verkauft wird (§ 16 Rn. 61 ff.): Hatte der Erstkäufer noch eine Rechtsposition inne, die ihm eine Verwertung des Grundbesitzes erlaubte und hat er diese bei der Weiterveräußerung auch im eigenen wirtschaftlichen Interesse ausgeübt, so fehlt es an einer tatsächlichen Rückgängigmachung. Solange der Erstkäufer noch Besitz, Nutzungen und Lasten trägt oder zu seinen Gunsten eine Vormerkung eingetragen ist, sind nach der BFH-Rechtsprechung die Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 GrEStG nicht erfüllt. Der Notar sollte daher vor Beurkundung des Weiterverkaufs auf eine vollständige Rückabwicklung des Erstkaufvertrages achten.

Angesichts der lediglich 23 Paragraphen des GrEStG ist die Kommentierung zu den einzelnen Paragraphen zum Teil sehr umfangreich. Daher ist eine detaillierte Gliederung unverzichtbar. Hier lässt der Kommentar leider manche Wünsche offen: Häufig finden sich Textpassagen über viele Seiten (z. T. mehr als 10 Seiten: S. 487–498, 710–723, 1146–1156) ohne Gliederungspunkt, was die praktische Handhabung des Kommentars nicht fördert und durch den Fettdruck von Kernbegriffen nur begrenzt kompensiert wird. Gelegentlich wünschte sich der Rezensent auch eine straffere Textführung.

Die Entbehrlichkeit der Unbedenklichkeitsbescheinigung ist für den Vollzug notarieller Urkunden von alltäglicher Bedeutung. Hier sei für das Land Nordrhein-Westfalen auf den neuen – nach Erscheinen des Kommentars ergangenen – Erlass vom 29. 6. 2007 (vgl. AV d. JM vom 17. 7. 2007, JMBl. NW, S. 191) hingewiesen.

Der *Boruttau* ist nach wie vor der Standardkommentar des Grunderwerbsteuergesetzes und in seiner Ausführlichkeit und Tiefe sicherlich anderen Kurzkommentaren überlegen. Er gehört ohne Zweifel in die Handbibliothek eines jeden Notars.

Notar Dr. Johannes Fetsch, LL.M., Euskirchen

Kanzleiter/Kössinger/Grziwotz (Hrsg.), Festschrift für Hans Wolfsteiner zum 70. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2008, 256 Seiten, € 78,–

Der 70. Geburtstag von Notar a. D. *Dr. Hans Wolfsteiner* am 29. November 2007 ist Anlass für die zu seinen Ehren herausgegebene Festschrift. *Wolfsteiners* Werk „Die vollstreckbare Urkunde“, im Jahre 2006 nach über 25 Jahren sehnsuchtsvollen Wartens endlich in zweiter Auflage erschienen, gehört zur Standardausstattung jedes Notars und wäre daher schon Grund genug für eine wissenschaftliche Ehrung. Wirft man einen ehrfürchtigen Blick auf die im Verzeichnis der Veröffentlichungen aufgelisteten Bücher, Buchbeiträge, Aufsätze, Kurzbeiträge, Anmerkungen und Rezensionen des Jubilars (S. 237 ff.), und ruft man sich zudem sein unermüdliches Engagement in der standespolitischen Arbeit und Fortbildung der Notarassessorinnen und –assessoren in Erinnerung, so wird man *Zimmermann* mit seiner Beschreibung *Wolfsteiners* als „Meister des juristischen Floretts, Rechtspolitiker mit Fleisch und Blut, berufspolitisches Urgestein“ (S. 223) nur allzu gerne folgen und die vorliegende Festschrift gleichsam als Krönung des Werkes von *Wolfsteiner* erkennen.

Um es vorweg zu nehmen: Die 17 Beiträge bieten eine überaus lesenswerte Zusammenstellung notarrechtlicher Themen, wobei der Bogen – wie im Vorwort versprochen – *Wolfsteiners* vielfältigen wissenschaftlichen Interessen folgend von der Rechtsgeschichte über das Kaufrecht, das Immobilienrecht, das Verfahrensrecht bis hin zum Berufsrecht der Notare gespannt wird. So behandelt *Brambring* die Frage, ob im Rahmen der kaufrechtlichen Nacherfüllung eine Vorteilsausgleichung „neu für alt“ anzuerkennen ist, ob also beispielsweise der Wert eines neuen Heizkessels, der infolge eines nach Abschluss des Kaufvertrages über eine Immobilie, aber vor Gefahrübergang eingetretenen, zufälligen Ausfalls des alten Heizkessels vom Verkäufer eingebaut wird, vom Käufer auszugleichen ist. Das sich öffnende Spannungsfeld zwischen aufgedrängter Ausgleichspflicht des Käufers und der Pflicht des Verkäufers zur mangelfreien Leistung wird in verschiedenen Fallgestaltungen beleuchtet und das Ergebnis in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (DNotZ 2003, 687 mit Bespr. *Amann*, DNotZ 2003, 643 ff., und *Zimmermann/Bischoff*, NJW 2003, 2506 ff.) anhand einer Auslegung des Vertrages gewonnen – durchaus ein Anreiz daher, einen kritischen Blick auf die eigenen Kaufvertragsmuster zu werfen und für derartige Fälle eindeutige Regelungen zu treffen. Nach „Bemerkungen zur Feststellung der Testierunfähigkeit“ von *Fastrich* und instruktiven Ausführungen von *Grziwotz* über die in das geringste Gebot aufgenommene und nach § 52 Abs. 1 ZVG beim Zuschlag in der Zwangsversteigerung bestehen bleibende Sicherungsgrundschuld mitsamt Zinsen behandelt *Hager* die gerade in jüngsten Tagen unter dem Eindruck des Verkaufs von Krediten kontrovers diskutierte Frage nach Funktion und Wirkungsweise des Sicherungsvertrages – ein Gebiet, in dem sich gerade auch *Wolfsteiner* mit seiner Kommentierung im Staudinger große Verdienste erworben hat. Mit der Pflicht des Notars, über steuerliche Folgen zu belehren, beschäftigt sich *Kanzleiter.* Da steuerliche Motive für die Gestaltung von Rechtsverhältnissen bekanntlich regelmäßig mitbestimmend – wenn nicht gar ausschlaggebend – sind, erweist sich das Fazit des Beitrags, dass Notare keine Verantwortung für die steuerlichen Folgen einer Gestaltung tragen und zur Belehrung insoweit prinzipiell nicht verpflichtet sind (S. 71), wenn auch nicht als neu, so doch als beruhigend. Einen Freibrief gewährt diese Feststellung freilich nicht – die von *Kanzleiter* angeführten Fälle, in denen ausnahmsweise eine Belehrungspflicht auch über steuerliche Folgen angenommen wird, nämlich in Fällen des Betriebsübergangs nach § 75 AO und in Fällen der Änderung einer vom steuerlichen Berater der Beteiligten entworfenen Urkunde ohne die Empfehlung, die vorgeschlagenen Änderungen überprüfen zu lassen, sind erst jüngst vom Bundesgerichtshof ausdrücklich bestätigt worden (BGH, RNotZ 2008, 49 ff.). Ein beurkundungsrechtliches Thema behandelt *Hertel*, der die Errichtung

zweisprachiger Urkunden, d. h. zweispaltig aufgebauter Urkunden mit dem deutschen Text in der linken und einem fremdsprachigen Text in der rechten Spalte, auf ein dogmatisches Fundament stellt. Interessant ist hier insbesondere der praxisrelevante Fall, dass die an der Beurkundung Beteiligten der Beurkundungssprache hinreichend mächtig sind – eine Übersetzung nach § 16 BeurkG daher nicht erforderlich ist –, die Urkunde aber gleichwohl in zwei Sprachen errichtet werden soll. Hier soll § 16 BeurkG dem Notar eine Übersetzung gestatten, und als amtlich von ihm wahrgenommene Tatsache soll der Notar im Rahmen seiner allgemeinen Betreuungstätigkeit bestätigen können (§ 20 Abs. 1 S. 2 BNotO), dass diese der deutschen Fassung entspricht (S. 60). Freilich wird man sich fragen müssen, ob § 50 BeurkG – der nur für die Übersetzung einer fremdsprachigen Urkunde in die deutsche Sprache, nicht aber für den umgekehrten Fall gilt – für notarielle Übersetzungsbescheinigungen nicht eine abschließende Regelung enthält und daher kein Raum für die von *Hertel* geschaffene „notarielle Übersetzungsbescheinigung außerhalb des Anwendungsbereichs des § 50 Abs. 2 BeurkG“ (a.a.O.) bleibt. Weniger praxisrelevant – wenngleich nicht weniger spannend – sind die Ausführungen von *Krauß* über den gutgläubigen Erwerb gemäß §§ 106 f. SachenRG der Volksrepublik China (S. 85 ff.), dem wohl ersten deutschsprachigen Beitrag, der sich mit einer speziellen Fragestellung des am 1. Oktober 2007 in Kraft getretenen Sachenrechtsgesetzes der Volksrepublik China befasst. Auch sämtliche weiteren Beiträge in der Festschrift – unter anderem von *Kössinger, Langhein, Rieger* und *Schmucker* – wissen durch eine wissenschaftlich fundierte und doch stets praxisnahe Darstellung zu überzeugen.

Kurzum: Die „Festschrift für Hans Wolfsteiner“ ist sicher keine Pflichtlektüre für die tägliche notarielle Praxis, gibt aber auch für diese wichtige Hilfestellungen und Anreize. Demjenigen, der sich über die tägliche Praxis hinaus für die wissenschaftliche Durchdringung der notarrelevanten Rechtsgebiete interessiert, bietet sie eine überaus lesenswerte Sammlung notarrechtlicher Beiträge auf durchgängig höchstem Niveau und ist daher uneingeschränkt zu empfehlen.

Notarassessor Dr. Paul Terner, LL.M., Köln