



---

NOTARKAMMER  
KOBLENZ

---

*Arbeitsunterlagen  
zur  
Weiterbildungsveranstaltung*

*für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter  
der Notarinnen und Notare im Kammerbezirk*

*„Von „Stolperfallen“ und „Tretminen“ –  
Erkennen und Vermeiden ausgewählter  
Fehlerquellen im Notariat“*

*am 22. April 2015  
in Ransbach-Baumbach*

*Referent: Notar Kilian Bauer, Worms*

## Vorbemerkungen

Wer arbeitet, macht Fehler.  
 Wer viel arbeitet, macht mehr Fehler.  
 Nur wer die Hände in den Schoß legt, macht gar keine Fehler.  
 (Alfred Krupp)

„Stolperfallen“ und „Tretminen“ gibt es in der täglichen Arbeit des Notars zuhauf. Wesentliche Aufgabe von Besprechungs-Fragebögen, standardisierten Urkundsmustern und einheitlichen Abläufen bei der Vorbereitung, der Beurkundung, dem Vollzug und der Abwicklung von Urkunden ist es ja gerade, immer wieder auftretende (potentielle) Probleme und Fehlerquellen zu erkennen und Risiken zu eliminieren.

Aber gerade im Zusammenhang mit vermeintlichen „Standardfällen“, bei denen man sich auf sicherem Terrain wähnt, kommt es immer wieder zu Fehlern, die nicht selten auch durch kurzfristige Änderungen unter Zeitdruck vor oder während einer Beurkundung verursacht werden. Diese können zur Beanstandung bei der Notarprüfung, zu Problemen bei der Abwicklung und schlimmstenfalls sogar zur teilweisen oder gänzlichen Unwirksamkeit von Urkunden und zu Schadensersatzansprüchen im Rahmen der Notarhaftung führen.

In meinem Vortrag will ich einige ausgewählte Stolperfallen und Tretminen aus ganz unterschiedlichen Bereichen der notariellen Praxis vorstellen und behandeln. Teil 1 des Skripts enthält Fälle, anhand derer die behandelten Probleme gemeinsam erarbeitet werden sollen. Ein Schwerpunkt liegt dabei auf Fragen der Vertretung, denn in diesen Fällen ist das Risiko besonders hoch, dass eine Urkunde (trotz ihres vielleicht genialen juristischen Inhalts) noch nicht einmal wirksam wird. Teil 2 des Skripts enthält erläuternde Ausführungen zu den jeweiligen Themen mit Lösungshinweisen zu den Fällen aus Teil 1.

Mein Vortrag soll nicht den Eindruck vermitteln, dass in den Notariaten ständig Fehler unterlaufen. Meine Absicht ist es vielmehr, anhand der ausgewählten Beispiele für das Erkennen und Vermeiden von Fehlerquellen in der alltägliche Arbeit zu sensibilisieren.

Das Skript und insbesondere Formulierungsbeispiele wurden sorgfältig erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen dar und ersetzen nicht die Gestaltung im konkreten Einzelfall, für die immer der Urkundsgestalter selbst verantwortlich ist. Der Autor übernimmt keine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Skript enthaltenen Ausführungen und Formulierungsvorschläge.

## ***Übersicht***

- I. VERTRETUNG BEI BEURKUNDUNGEN**
- II. BESONDERE PFLICHTEN DES NOTARS BEI VERBRAUCHERVERTRÄGEN NACH § 17 ABS. 2A BEURKG**
- III. EINFLUSS AUSLÄNDISCHEN EHELICHEN GÜTERRECHTS AUF DIE VERTRAGSGESTALTUNG**
- IV. ZWANGSVOLLSTRECKUNGSUNTERWERFUNG IN NOTARIELLEN URKUNDEN (§ 794 ABS. 1 NR. 5 ZPO)**
- V. MAKLERKLAUSELN IN GRUNDSTÜCKSKAUFVERTRÄGEN**
- VI. EIDESSTATTLICHE VERSICHERUNG MIT EXKURS ZUM NACHLASSVERZEICHNIS**
- VII. UNTERSCHRIFTSBEGLAUBIGUNG UNTER EINEM FREMDSPRACHIGEN SCHRIFTSTÜCK**

## TEIL 1 - FÄLLE

### I. VERTRETUNG BEI BEURKUNDUNGEN

#### Fall 1

Bei Notar N soll ein Grundstückskaufvertrag beurkundet werden, in dem V an K ein Hausgrundstück verkauft. Zum Beurkundungstermin erscheint T, die Tochter des V, und erklärt, dieser sei nicht mehr geschäftsfähig und werde von ihr aufgrund einer Generalvollmacht vertreten. Sie legt der Notarfachangestellten am Empfang

- a) eine beglaubigte Abschrift einer (1) unterschrittsbeglaubigten / (2) beurkundeten Generalvollmacht,
- b) die Urschrift einer unterschrittsbeglaubigten Generalvollmacht,
- c) eine auf sie lautende Ausfertigung einer notariell beurkundeten Generalvollmacht,
- d) eine einfache Abschrift einer Generalvollmacht vor, die von Notar N notariell beurkundet wurde und aus der sich ergibt, dass der T jederzeit auf Verlangen Ausfertigungen der in der Urkundensammlung befindlichen Urschrift der Vollmacht zu erteilen sind,

und bittet diese, den Urkundsentwurf rasch noch entsprechend anzupassen.

#### Fall 2 (nach OLG Jena DNotI-Report 1995, 6)

Aufgrund einer notariell beurkundeten Grundstücksverkaufsvollmacht, die in Ausfertigung vorliegt, will B im Namen des V ein Grundstück an K verkaufen. In der Vollmacht heißt es, B sei berechtigt, im Namen des V das Grundstück „zu verkaufen und aufzulassen sowie alle Erklärungen vor Notar, Gericht und Behörden abzugeben, die zur Umschreibung des Kaufgegenstandes auf den Erwerber erforderlich sind“. Die Vollmacht enthält keine Befugnis zur Erteilung von Untervollmachten. K übergibt dem Notarfachangestellten am Empfang vor Beginn der Beurkundung noch Grundschuldbestellungsunterlagen von seiner Bank mit der Bitte, während der Beurkundung des Kaufvertrages noch die Finanzierungsgrundschuld vorzubereiten, damit er sie gleich im Anschluss unterschreiben könne.

#### Fall 3

Die Mutter M will ihrer Tochter T ihr Wohnhaus übertragen. Ein Entwurf ist bereits länger vorbereitet, jedoch noch nicht beurkundet worden. T meldet sich im Notariat und teilt mit, die Mutter sei inzwischen nicht mehr geschäftsfähig. Sie legt jedoch eine notariell beurkundete Vorsorgevollmacht vor, wonach die Mutter ihr (der T) Generalvollmacht erteilt hat. Die Sachbearbeiterin im Notariat stellt fest, dass

- a) diese Vollmacht keine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB vorsieht,
- b) die vorgelegte Ausfertigung der Vollmacht auf die M lautet,

- c) in der Vollmacht in den Schlussbestimmungen der Satz steht: *„Schenkungen können nur in dem Rahmen vorgenommen werden, der auch einem Betreuer gesetzlich gestattet ist.“*

#### **Fall 4 (nach OLG Schleswig DNotZ 2000, 775)**

Zunächst wie in Fall 3. Der Notar N wird vorab ins Krankenhaus gebeten, weil M eine Generalvollmacht für T errichten will, damit diese „alles regeln kann“. Da M schwer erkrankt ist, bittet T darum, „nicht seitenlang Juristendeutsch vorzulesen und damit die Mutter unnötig zu quälen“. N erläutert daher den Inhalt der Generalvollmacht und beglaubigt, nachdem M sich einverstanden erklärt hat, deren Unterschrift. Am nächsten Tag erscheint T bei N und bittet darum, nunmehr aufgrund der Vollmacht (die eine ausdrückliche Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB enthält und jederzeit widerruflich ist) den Übergabevertrag zu beurkunden.

#### **Abwandlung zu Fall 4**

Im Fall 4 wird der Übergabevertrag beurkundet und die Umschreibung im Grundbuch vollzogen.

#### **Fall 5**

V und M möchten ihrem Sohn S ein Mehrfamilienhaus übergeben, dessen Wert sich S auf seinen jeweiligen Pflichtteilsanspruch anrechnen lassen soll. T, die Schwester des S, hat bereits früher von V und M Geldschenkungen für den Kauf und die Renovierung ihres Wohnhauses erhalten. Sie soll in dem Übergabevertrag gegenüber beiden Eltern gegenständlich beschränkt auf das Mehrfamilienhaus auf Pflichtteilsansprüche verzichten. Am Beurkundungstag erscheint V nicht mit beim Notar, weil er kurzfristig ins Krankenhaus musste. Die Notarfachangestellte X schreibt den Übergabevertrag rasch dahingehend um, dass V vollmachtlos von M vertreten wird.

#### **Abwandlung 1 zu Fall 5**

Wie ist der Fall 5 zu beurteilen, wenn M den V aufgrund einer notariell beurkundeten General- und Vorsorgevollmacht vertreten will?

#### **Abwandlung 2 zu Fall 5**

Wie ist der Fall 5 zu beurteilen, wenn nicht V, sondern T vollmachtlos vertreten würde?

#### **Fall 6 (nach BGH DNotZ 2013, 288)**

K beabsichtigt, Truppenunterkünfte zu errichten und dazu von V Grundstücke zu erwerben. Ergebnis der Verhandlungen ist der Entwurf eines Grundstückskaufvertrages, demzufolge V die Grundstücke an K zu einem Gesamtpreis von 75,5 Mio. € verkaufen, der Vertrag aber u.a. „unter der

aufschiebenden Bedingung stehen soll, dass die von K hinsichtlich des Kaufgegenstands durchgeführte sog. „Due-Diligence-Prüfung“ und Bewertung zufriedenstellend verläuft“. Bei der Beurkundung des Kaufvertrages wird K durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht vertreten. Der Vertrag wird von K nicht nachgenehmigt. V zahlt die gesamten Notarkosten von 60.637,84 € und verlangt von K vollständige Erstattung dieser Kosten nebst Zinsen.

#### **Fall 7 (nach KG RNotZ 2012, 240)**

Bei der Gründung einer Ein-Personen-GmbH ist der einzige Gesellschafter G kurzfristig verhindert. Bei der Beurkundung wird er deshalb durch seine Ehefrau als Vertreterin ohne Vertretungsmacht vollmachtlos vertreten. G erscheint einen Tag später beim Notar und genehmigt die Erklärungen seiner Ehefrau durch notariell beglaubigte Genehmigungserklärung nach.

#### **Abwandlung 1 zu Fall 7**

Wie im Ausgangsfall 7, nur dass die Ehefrau aufgrund mündlich erteilter Vollmacht handelt und G diese am nächsten Tag öffentlich beglaubigt bestätigt.

#### **Abwandlung 2 zu Fall 7**

Wie im Ausgangsfall 7, nur dass das Registergericht die Gründung nicht beanstandet und die GmbH im Handelsregister eingetragen hat. Als G einige Jahre später einen Teil seiner Geschäftsanteile an K verkaufen will, lässt dieser den Gründungsvorgang durch seinen Rechtsanwalt R im Rahmen einer „Due-Diligence-Prüfung“ untersuchen. R äußert Zweifel an der Existenz der GmbH.

#### **Abwandlung 3 zu Fall 7**

Wie im Ausgangsfall 7, nur dass es G noch gelungen ist, seine Unterschrift unter einer Gründungsvollmacht von einem rheinland-pfälzischen Ortsbürgermeister beglaubigen zu lassen. Diese Vollmacht legt seine Ehefrau im Original bei der Beurkundung vor.

#### **Abwandlung 4 zu Fall 7**

Wie im Ausgangsfall 7, nur handelt es sich diesmal um eine Zwei-Personen-GmbH, an der neben G auch noch M beteiligt ist.

#### **Fall 8 (nach OLG Frankfurt DNotZ 2003, 459 und OLG München MittBayNot 2011, 333)**

Bei der Satzungsänderung einer Ein-Personen-GmbH wird der einzige Gesellschafter G wiederum von seiner Ehefrau als Vertreterin ohne Vertretungsmacht vollmachtlos vertreten. Er genehmigt die Erklärungen seiner Ehefrau durch notariell beglaubigte Genehmigungserklärung nach.

**Fall 9**

M hat im Notariat eine Teilungserklärung nach § 8 WEG für ein in seinem Alleineigentum stehenden Grundstück, das mit einem Mehrfamilienhaus bebaut ist, vorbereiten lassen. An dem vereinbarten Beurkundungstermin ist er kurzfristig verhindert. An seiner Stelle erscheint seine Ehefrau F im Notariat und teilt mit, sie werde M vertreten. Er komme dann morgen „zur nachträglichen Unterschrift“. Eine schriftliche Vollmacht habe sie leider nicht, da sie M aber schon beim Ankauf des Grundstücks vollmachtlos vertreten habe, sei das ja wohl auch diesmal kein Problem. Der für die Vorbereitung zuständige Notariatsmitarbeiter kopiert noch rasch aus dem Urkundseingang des damaligen Kaufvertrages die Passage, wonach F als Vertreterin ohne Vertretungsmacht für M handelt, in den Urkundseingang der Teilungserklärung.

**Abwandlung zu Fall 9**

Im vorherigen Fall ist der Notariatsmitarbeiter unsicher, wie die Urkunde geändert werden muss. Als F dies bemerkt, bittet sie darum, die Teilungserklärung so umzugestalten, dass sie nicht beurkundet, sondern nur beglaubigt werden muss. M käme dann am nächsten Tag „auf einen Sprung zur Unterschrift“ herein. Er sei halt derzeit gerade sehr im Stress, wenn demnächst die neu gebildeten Wohnungen verkauft würden, wäre er aber bestimmt immer persönlich bei der Kaufvertragsbeurkundung anwesend.

**Fall 10**

V, der alleinvertretungsberechtigte Vorstand der X-AG, verkauft im Namen der X-AG an sich selbst ein Grundstück der AG.

**Abwandlung 1 zu Fall 10**

In Fall 10 handelt es sich nicht um eine Aktiengesellschaft sondern um eine GmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer V ist.

**Abwandlung 2 zu Fall 10**

In Fall 10 erteilt V vor der Beurkundung dem U namens der X-AG eine Vollmacht zum Abschluss von Grundstücksgeschäften. Bei der Beurkundung des Kaufvertrages mit V wird die X-AG von U vertreten.

**Fall 11**

V verkauft an die Stadt S ein Straßengrundstück. Da seitens der Stadt niemand bei der Beurkundung anwesend ist, handelt V für sich selbst im eigenen Namen und als vollmachtloser Vertreter für die Stadt. Der Oberbürgermeister genehmigt den Vertrag nach.

**Fall 12 (nach OLG München MittBayNot 2014, 234)**

V verkauft an die Stadt S, vertreten durch deren bevollmächtigten Mitarbeiter M, ein noch zu vermessendes Straßengrundstück. Er erteilt der Stadt unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB Vollmacht, nach erfolgter Vermessung die Messungsanerkennung und die Auflassung in seinem Namen zu erklären. Später erklärt M namens der Stadt und namens des V die Auflassung.

**Fall 13**

M wird kraft gesetzlicher Erbfolge von seiner Ehefrau F zur Hälfte und seinen beiden minderjährigen Kindern S und T zu je einem Viertel beerbt. Zur Erbmasse gehört ein Hausgrundstück, das verkauft werden soll. Im Kaufvertrag wird geregelt, dass der nicht zur Lastenfreistellung benötigte Kaufpreis verteilt und im Verhältnis der Erbquoten auf Konten der jeweiligen Miterben ausgezahlt werden soll.

## **II. BESONDERE PFLICHTEN DES NOTARS BEI VERBRAUCHERVERTRÄGEN NACH § 17 ABS. 2A BEURKG**

**Fall 14**

Der Privatmann K will

- a) vom Bauträger V eine Eigentumswohnung kaufen,
- b) von der Stadt S einen Bauplatz kaufen,
- c) vom Insolvenzverwalter V ein Einfamilienhaus kaufen,
- d) vom Miterben und Testamentsvollstrecker T der Erbengemeinschaft E ein Einfamilienhaus kaufen,
- e) von Rechtsanwalt R als gerichtlich bestelltem Betreuer der V ein Einfamilienhaus kaufen,
- f) von T als gerichtlich bestellter Betreuerin ihrer Mutter V ein Einfamilienhaus kaufen,
- g) dem Bauträger B ein Grundstück verkaufen,
- h) der Stadt S ein Grundstück für den Straßenbau verkaufen,
- i) der Stadt S einen Bauplatz verkaufen,
- j) dem K, der im vergangenen Jahr bereits 5 Wohnungen zur Vermögensanlage angekauft hat, eine Eigentumswohnung verkaufen,
- k) für die Bank B eine Finanzierungsgrundschuld mit persönlicher Vollstreckungsunterwerfung bestellen.

**Fall 15**

In Fall 14 lit. a) übersendet der Notar dem K drei Wochen vor Beurkundung den Entwurf des Kauvertrages. V hat K zum gleichen Zeitpunkt eine einfache Kopie der Teilungserklärung übergeben. Am Tag der Beurkundung händigt der Notar K eine beglaubigte Abschrift der Teilungserklärung aus.

**Fall 16**

In Fall 14 lit. a) übersendet der Notar dem K drei Wochen vor Beurkundung einen Entwurf des Kaufvertrages ohne Angabe des Kaufobjektes, des Fertigstellungstermins und des Kaufpreises sowie eine beglaubigte Abschrift der Teilungserklärung. V übergibt dem K zwei Wochen vor Beurkundung ein Anlagenblatt, aus dem sich Objekt, Kaufpreis und Fertigstellungstermin ergeben.

**Fall 17**

In Fall 14 lit. a) übersendet der Notar dem K zwei Wochen vor Beurkundung den vollständigen Vertragstext nebst Teilungserklärung. Drei Tage vor Beurkundung

- a) meldet sich K im Notariat und wünscht die Aufnahme von Sonderwünschen in den Vertrag, die Änderung des Fertigstellungstermins und die Aufnahme einer Vertragsstrafe zu Lasten des V, falls der Fertigstellungstermin überschritten wird,
- b) meldet sich K im Notariat und teilt mit, er erwerbe nicht allein, sondern mit seiner Ehefrau F zusammen,
- c) meldet sich V im Notariat und wünscht die Aufnahme einer neuen Baubeschreibung und eine Änderung des Ratenzahlungsplanes und des Fertigstellungstermines, außerdem die Aufnahme einer Verpflichtung des K zum Abschluss eines Wärmelieferungsvertrages.

**Fall 18**

In Fall 14 lit. k) hat K die Grundschuldbestellungsunterlagen von seiner Bank erst 5 Tage vor der Beurkundung erhalten.

**Fall 19 (nach BGH DNotZ 2013, 552)**

In Fall 14 lit. a) bittet V eine Woche nach Entwurfsversand um einen sofortigen Beurkundungstermin. K verzichtet bei Beurkundung auf die Einhaltung der 2-Wochen-Frist. Der Notar vermerkt im Urkundseingang folgendes:

*„Vorliegend handelt es sich um ein Verbrauchergeschäft i. S. des § 13 BGB. Dies ist der Fall, wenn der Verkäufer in Ausübung einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt (§ 14 Abs. 1 BGB). Bei einem Verbrauchergeschäft hat der Notar gemäß § 17 BeurkG darauf hinzuwirken, dass dem Käufer der Entwurf der not. Verhandlung 14 Tage vor der Beurkundung vorliegt.*

*Hier ist diese Überlegungsfrist nicht gewahrt. Der Käufer wird eindringlich belehrt, dass es ratsam ist, sich vor einem Immobilienkaufvertrag mit Vertrauenspersonen zu*

*besprechen, um sich die Risiken klarzumachen, und dass der Gesetzgeber die 14-tägige Überlegungsfrist als Regelfall vorsieht.*

*Der Käufer wird darauf hingewiesen, dass er sich mit der Finanzierung der Immobilie für fast 30 Jahre bindet und er wegen des aufzunehmenden Kredits mit der Wohnung und ihrem gesamten persönlichen Vermögen haftet. Dies gilt umso mehr, wenn Mieter die Miete nicht zahlen sollten. Der Käufer will auch nach dieser Belehrung noch unbedingt heute beurkunden und lehnt den Vorschlag des Notars ab, die 14-tägige Überlegungsfrist abzuwarten. Er besteht also trotz der geschilderten tatsächlichen und rechtlichen Umstände und Bedenken des Notars auf die heutige Beurkundung."*

### **Abwandlung zu Fall 19**

Wie Fall 19, V räumt dem K jedoch zusätzlich noch ein zwei-wöchiges Rücktrittsrecht ein.

## **III. EINFLUSS AUSLÄNDISCHEN EHELICHEN GÜTERRECHTS AUF DIE VERTRAGSGESTALTUNG**

### **Fall 20**

Im Notariat erscheint der türkische Staatsbürger T und erklärt, wer wolle seine Eigentumswohnung verkaufen, die er gemeinsam mit seiner Ehefrau bewohne. Der Vorbereiter stellt fest, dass T alleine im Grundbuch eingetragen ist. Die Ehefrau, so T, spreche nicht gut Deutsch und solle deshalb nicht bei der Beurkundung dabei sein. T und seine Frau sind ausschließlich türkische Staatsangehörige.

### **Abwandlung 1 zu Fall 20**

T erklärt, (1) er sei ausschließlich deutscher Staatsangehöriger, seine Frau aber noch ausschließlich türkische Staatsangehörige bzw. (2) er und seine Frau seien ausschließlich deutsche Staatsangehörige. Bei der Eheschließung im Jahr 1999 seien sie beide noch ausschließlich türkische Staatsangehörige gewesen.

### **Abwandlung 2 zu Fall 20**

T erklärt, er sei ausschließlich deutscher Staatsangehöriger und dies auch schon bei der Eheschließung gewesen. Seine Frau sei schon immer ausschließlich türkische Staatsangehörige gewesen. Sie hätten im Jahr 1999 in Deutschland geheiratet und hier auch ihren ersten ehelichen Wohnsitz genommen, um hier dauerhaft zu bleiben.

### **Fall 21 (nach DNotI-Internetgutachten Nr.: 137573)**

Eheleute wollen sich güterrechtlich auseinander setzen. Sie sind beide ausschließlich kroatische Staatsangehörige und leben in Deutschland. Der Ehemann hat Beteiligungen an diversen GmbH & Co. KG. Diese hat er während der Dauer der Ehe

mit Mitteln erworben, die aus seiner Berufstätigkeit während der Ehe stammen. Auch hat er verschiedene Immobilien zu Sonderbetriebsvermögen erworben. Hier ist er als Alleineigentümer in das Grundbuch eingetragen worden.

#### IV. ZWANGSVOLLSTRECKUNGSUNTERWERFUNG IN NOTARIELLEN URKUNDEN (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO)

##### **Fall 22 (nach BGH DNotZ 2013, 120):**

V verkauft K in einem notariell beurkundeten Kaufvertrag eine Eigentumswohnung zum Kaufpreis von 355.000,00 €. Es gelten die üblichen, vom Notar zu überwachenden Fälligkeitsvoraussetzungen. Die notarielle Urkunde enthält folgende Klausel über eine Vollstreckungsunterwerfung:

*"Wegen etwaiger Verpflichtungen zur Zahlung bestimmter Geldsummen unterwirft sich der Zahlungspflichtige - mehrere als Gesamtschuldner - der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Der Notar wird ermächtigt, dem Verkäufer nach Vorliegen der Zahlungsverpflichtungen auf dessen jederzeitige Anforderung eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde zu erteilen."*

Der fällige Kaufpreis ist noch nicht vollständig bezahlt. V betreibt aus der ihm vom Notar erteilten vollstreckbaren Ausfertigung der Kaufvertragsurkunde die Zwangsvollstreckung. K beantragt, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären.

##### **Fall 23 (nach BGH DNotl-Report 2015, 30):**

V verkauft K in einem notariell beurkundeten Kaufvertrag Grundstücke und diverse Maschinen für 949.940 €. Die Urkunde enthält einen weiteren Vertrag, mit welchem K von V andere, in einer zu der Urkunde genommenen Anlage aufgeführte Maschinen für monatlich 3.500 € pachtete. Darunter waren Maschinen, die V nicht gehörten und zu deren Herausgabe an einen Dritten K später verurteilt wurde.

K hat sich in dem Kaufvertrag *„wegen der in dieser Urkunde eingegangenen Zahlungsverpflichtungen, die eine bestimmte Geldsumme zum Gegenstand haben“* der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen. Der Kaufpreis ist inzwischen voll bezahlt. V vollstreckt gegen K wegen nicht bezahlter Pachtzinsforderungen aus einer ihm vom Notar erteilten vollstreckbaren Ausfertigung der Kaufvertragsurkunde. K erhebt gegen die Vollstreckung die Titelgegenklage (nach § 767 ZPO analog).

##### **Abwandlung zu Fall 23**

In Fall 23 ist die Vollstreckungsklausel noch nicht erteilt. V beantragt deren Erteilung wegen der Vollstreckung der Pachtzinsforderungen. Der Notar fragt sich, ob er ganz allgemein eine vollstreckbare Ausfertigung erteilen darf oder ob er zumindest eine

vollstreckbare Ausfertigung „wegen der Zahlung der Pachtzinsforderungen“ erteilen darf.

#### **Fall 24**

In der Kaufvertragsurkunde hat sich K dem V gegenüber „wegen der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises nebst gesetzlicher Verzugszinsen“ der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Als K nicht zahlt, bittet V den Notar um Erteilung einer entsprechenden vollstreckbaren Ausfertigung.

### **V. MAKLERKLAUSELN IN GRUNDSTÜCKSKAUFVERTRÄGEN**

#### **Fall 25**

Makler M beauftragt den Notar mit der Erstellung eines Kaufvertragsentwurfs und übersendet ihm zugleich ein Formblatt mit seiner „üblichen Maklerklausel“, mit der Bitte, diese in den Vertrag aufzunehmen. Nach der vorformulierten Klausel

- erhält der Makler einen eigenen unmittelbaren Anspruch auf Zahlung der Maklerprovision gegen den Käufer im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter unabhängig von einem Maklervertrag, dessen Inhalt und dessen Wirksamkeit,
- unterwirft sich der Käufer wegen der Maklerprovision gegenüber dem Makler der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen,
- wird die Eigentumsumschreibung davon abhängig gemacht, dass die Maklerprovision gezahlt ist.

Auf Nachfrage des Notars bei den Beteiligten

- a) erklären diese, dass sie die Aufnahme der Maklerklausel (1) nicht wünschen, (2) nur dann wünschen, „wenn es dadurch nicht teurer wird“,
- b) erklärt der Verkäufer, dass er mit dem Käufer vereinbart habe, dass dieser als weitere Gegenleistung die Provision übernimmt, die sonst der (der Verkäufer zahlen müsste) und dass er den Vertrag nur schließen wird, wenn sichergestellt ist, dass der Käufer diese auch zahlt,
- c) erklären die Beteiligten, dass ein Vorkaufsrecht des Mieters an der verkauften Eigentumswohnung bestehe und dass sie jedenfalls die Aufnahme einer Maklerklausel wünschen, durch die sichergestellt ist, dass der Mieter bei Ausübung seines Vorkaufsrechts auch die Provision anstelle des Käufers zahlen muss.

## VI. EIDESSTATTLICHE VERSICHERUNG MIT EXKURS ZUM NACHLASSVERZEICHNIS

### Fall 26 (nach Weingärtner, Vermeidbare Fehler im Notariat, 9. Aufl. 2014, Rn. 306 ff.)

Ein Klient bittet den Notar, eine eidesstattliche Versicherung aufzunehmen

- a) weil er und eine Privatperson die Glaubhaftmachung einer Tatsache mittels eidesstattlicher Versicherung vertraglich vereinbart haben (z.B. im Zusammenhang mit einer Sicherungsübereignung),
- b) weil die Satzung einer juristischen Person (z.B. eines eingetragenen Vereines) die eidesstattliche Versicherung als besonderes Mittel der Glaubhaftmachung einer Tatsache vorsieht,
- c) weil eine Sparkasse es verlangt,
- d) weil eine private Haftpflichtversicherung dies verlangt,
- e) weil er unter Umgehung eines gerichtlichen Beweissicherungsverfahrens die Erklärungen in einem späteren Prozess dem Gericht vorlegen will,
- f) weil einer Behauptung, die in der Presse veröffentlicht werden soll, größere Glaubwürdigkeit verliehen werden soll.

### Fall 27 (nach OLG Koblenz DNotZ 2014, 780 m. Anm. Hager)

Ein Klient bittet die Notarfachangestellte X telefonisch um einen Termin für die Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses durch den Notar zur Vorlage an einen Pflichtteilsberechtigten (§ 2314 BGB). X teilt dem Klienten mit, dass der Notar für längere Auswärtstermine keine Zeit habe und schlägt vor, dass der Klient selbst ein Verzeichnis erstellt, dieses dem Notar vorlegt und dessen Richtigkeit dann vor dem Notar eidesstattlich versichert.

## VII. UNTERSCHRIFTSBEGLAUBIGUNG UNTER EINEM FREMDSPRACHIGEN SCHRIFTSTÜCK

### Fall 28

Der chinesische Staatsbürger Li sucht den Notar auf und bittet darum, seine Unterschrift unter einem in chinesischen Schriftzeichen abgefassten Schriftstück zu beglaubigen.

## TEIL 2 – ERLÄUTERUNGEN UND LÖSUNGSHINWEISE

### I. VERTRETUNG BEI BEURKUNDUNGEN

**Literaturhinweise:** *Kuhn*, Vollmacht und Genehmigung beim Grundstückskaufvertrag, RNotZ 2001, 305; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht 15. Aufl. 2012, Rn. 3532 ff. (Rechtsgeschäftliche Vertretung im Grundstücksverkehr) und Rn. 3597 ff. (Gesetzliche Vertretung im Grundstücksverkehr)

Der Notar hat beim Auftreten eines Vertreters dessen Vertretungsmacht zu prüfen und auf etwaige Mängel oder Zweifel hieran hinzuweisen (§§12, 17 Abs. 1 BeurkG). Das gilt insbesondere auch für vorgelegte Vollmachtsurkunden.

#### 1. Nachweis der Vollmacht

Die Vorlage der beglaubigten Abschrift einer Vollmacht beim Notar reicht zum Nachweis des Bestehens der Vollmacht nicht aus, weil diese keine Rechtsscheinwirkung (§ 172 BGB) hat und deshalb keine Gewähr dafür bietet, dass die Vollmacht noch besteht. Dies gilt unabhängig davon, ob die der beglaubigten Abschrift zugrundeliegende Vollmacht unterschriftsbeglaubigt oder beurkundet ist (**Fall 1 lit. a) (1) und (2)**). Der Notar muss sich also das Original einer unterschriftsbeglaubigten Vollmacht oder die Ausfertigung einer beurkundeten Vollmacht vorlegen lassen (**Fall 1 lit. b) und c)**). Bei einer lediglich unterschriftsbeglaubigten Vollmacht ist außerdem besonders auf eine etwaige Formunwirksamkeit zu achten (dazu sogleich **Fall 4**). Für den Nachweis der Vollmacht beim Grundbuchamt genügt es, wenn bei der Beurkundung einer Erklärung zur Niederschrift des Notars die Vollmachtsurkunde dem Notar im Original oder in Ausfertigung vorgelegt wird und der Notar in der Urkunde die amtliche Feststellung trifft, dass die in beglaubigter Abschrift der Urkunde beizufügende Vollmacht bei der Beurkundung im Original oder in Ausfertigung vorlag (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3584).

Vollmachten eines rechtsgeschäftlichen Vertreters bzw. Ausweise (Testamentsvollstreckerzeugnis [§ 2368 BGB] oder Bestallungsurkunde [§§ 1791, 1897, 1902, 1691, 1915 BGB; § 56 II InsO]) eines Verfügungsberechtigten oder gesetzlichen Vertreters (Testamentsvollstrecker, Insolvenzverwalter, Pfleger, Vormund, Betreuer) müssen in Urschrift oder Ausfertigung vorgelegt werden und sollen in Urschrift oder beglaubigter Abschrift der Niederschrift beigefügt werden (§ 12 S. 1 BeurkG, § 18 Abs. 2 S. 2 DNot). Ergibt sich die Vertretungsberechtigung aus einer Eintragung im Handelsregister oder in einem ähnlichen Register, so genügt die Bescheinigung eines Notars nach § 21 BnotO (§ 12 S. 2 BeurkG).

Umstritten ist, ob die vorgelegte Ausfertigung der Vollmacht gerade dem betreffenden Bevollmächtigten erteilt sein muss (**Fall 3 lit. b**); vgl. DNotI-Report

2012, 85; OLG Köln RPflegler 2002, 197: eine dem Vollmachtgeber erteilte Ausfertigung genügt; a.A. OLG München RNotZ 2008, 422 und *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3584: die einem anderen Bevollmächtigten erteilte Ausfertigung genügt nicht).

Bei der Errichtung einer Vollmacht (insbesondere einer Vorsorgevollmacht) ist es deshalb sinnvoll, in der Urkunde (optisch gut erkennbar) anzuordnen, dass der *Besitz einer auf die Person des Bevollmächtigten lautenden Ausfertigung materiell-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung* der Vollmacht ist.

#### Formulierungsbeispiel

Diese Vollmacht gilt nur, wenn der Bevollmächtigte im Besitz einer auf seinen Namen lautenden Ausfertigung der Vollmachtsurkunde ist. Die Vorlage einer einfachen oder beglaubigten Abschrift oder Kopie der Vollmacht reicht zum Nachweis der Vollmacht nicht aus.

Hat der Bevollmächtigte aufgrund entsprechender Anordnung des Vollmachtgebers (vgl. § 51 Abs. 2 BeurkG) einen Anspruch auf jederzeitige Erteilung einer Ausfertigung (**Fall 1 lit. d**)), so kann der Notar, wenn sich die Urschrift in seiner Urkundensammlung befindet, ihm sofort eine solche erteilen und diese der Beurkundung zugrunde legen. Ein entsprechender Erteilungsanspruch in der Vollmachtsurkunde könnte lauten wie im folgenden

#### Formulierungsbeispiel

Ich ermächtige und beauftrage den Notar, **\*\*\*dem/\*\*\*der** Bevollmächtigten **sofort, und zwar zu meinen Händen,** eine **Ausfertigung** und unmittelbar zu **\*\*\*seinen/\*\*\*ihren** Händen eine **einfache Abschrift** dieser Urkunde zu erteilen.

Außerdem ist **\*\*\*er/\*\*\*sie** auch berechtigt, sich jederzeit weitere Ausfertigungen dieser Urkunde erteilen zu lassen, es sei denn, dass dem Notar oder der die Urschrift verwahrenden Stelle eine andere schriftliche Weisung von mir vorliegt. Von der Erteilung weiterer Ausfertigungen hat die erteilende Stelle aber unverzüglich mir **\*\*\*und dem/\*\*\*der/\*\*\*den** weiteren Bevollmächtigten an die zuletzt bekanntgewordene Anschrift Mitteilung zu machen.

## 2. Auslegung der Vollmacht

Oft sind Vollmachten nicht eindeutig und auslegungsbedürftig (Beispiele zum zweifelhaften Vollmachtsumfang bei Reetz in: *Beck'sches Notarhandbuch*, 6. Aufl. 2015, F Rn. 25 ff.). So enthalten z.B. Grundstücksverkaufsvollmachten wie in **Fall 2** häufig keine ausdrückliche Berechtigung zur Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten und/oder zu Erteilung von Untervollmachten, der Käufer muss zur Kaufpreisfinanzierung jedoch eine Grundschuld bestellen und benötigt im Kaufvertrag eine Belastungsvollmacht. Fehlt in einer Verkaufsvollmacht die ausdrückliche Befugnis zur Erteilung von Untervollmachten, so soll die Auslegung in der Regel ergeben, dass die Erteilung einer Belastungsvollmacht dennoch zulässig ist (OLG Hamm BeckRS 2013, 06343; Reetz in: *Beck'sches Notarhandbuch*, 6. Aufl. 2015, F Rn. 60). Der sicherste Weg ist es hier jedoch, den Bevollmächtigten des Verkäufers selbst bei der Grundschuldbestellung neben dem Käufer mitwirken und die Grundschuld bestellen zu lassen.

Fehlt jedoch die Befugnis zur Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten, so kann auch bei einer umfassenden Verkaufsvollmacht wie in **Fall 2** keine Belastungsvollmacht an den Käufer erteilt und keine Finanzierungsgrundschuld durch den Bevollmächtigten bestellt werden (OLG Jena DNotI-Report 1995, 6, das sogar davon ausging, dass wegen Unwirksamkeit der Vollmacht die gesamte Urkunde unwirksam sei!).

### Praxistipps

Bitten Sie die Beteiligten, Vollmachten, die aus fremder Feder stammen, zumindest als Kopie oder im Entwurf bereits einige Tage vor Beurkundung zur Prüfung im Notariat vorzulegen. In der Hektik der Beurkundung ist – v.a. wenn mehrere Vollmachten für unterschiedliche Beteiligte vorgelegt werden – eine gründliche Prüfung oft nicht mehr möglich.

Wenn Sie Vollmachten entwerfen, achten Sie darauf, dass die Vollmacht das gesamte Rechtsgeschäft abdeckt und so genau formuliert ist, dass spätere Auslegungsschwierigkeiten vermieden werden (z.B. die Erteilung von Untervollmachten und die Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten zulässt und Befreiungen von § 181 BGB erteilt werden, wenn dies angebracht und nötig ist. Vor allem bei individuellen Gesellschaftssachen, bei denen die Beteiligten oft von Bevollmächtigten (z.B. Rechtsanwälten) vertreten werden, ist große Sorgfalt bei der Festlegung der Reichweite der Vollmacht angebracht.

Hat der Notar nach Prüfung der Vollmacht Zweifel, ob diese das beabsichtigte Rechtsgeschäft vollständig abdeckt oder ob z.B. das Grundbuchamt oder das Registergericht die Vollmacht akzeptieren wird, muss er die Bedenken mit den Beteiligten erörtern (BGH DNotZ 1989, 43) und grundsätzlich als sichersten Weg vorschlagen, den Vertrag nachträglich genehmigen zu lassen (*Piegsa* in: *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, DNot, 6. Aufl. 2013, § 12 BeurkG, Rn. 20). Der

Hinweis sollte (außerhalb der Urkunde, besser jedoch in ihr, weil in diesem Fall auch das Grundbuchamt oder Registergericht für die Problematik sensibilisiert wird und gegebenenfalls nachträglich ebenfalls noch „Überzeugungsarbeit“ für eine Nachgenehmigung leistet) dokumentiert werden. Oft sträuben sich die Beteiligten wegen der Mehrkosten gegen eine Nachgenehmigung, zumal sie ja bereits eine mit Kosten verbundene Vollmacht errichtet haben.

#### **Formulierungsbeispiel (nach *Piegsa*, a.a.O.)**

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass die vorgelegte Vollmacht **\*\*\*des/\*\*\*der** Vertretenen, **\*\*\*Herrn/\*\*\*Frau**, möglicherweise zur Beurkundung des Rechtsgeschäfts nicht ausreichend sein könnte, weil **\*\*\***. In diesem Fall wäre das Rechtsgeschäft unwirksam und könnte nicht vollzogen werden. Der Notar hat daher empfohlen, die Urkunde durch **\*\*\*den Vertretenen/\*\*\*die Vertretene** nachgenehmigen zu lassen. Die Beteiligten verzichteten jedoch hierauf und baten um Beurkundung aufgrund der vorgelegten Vollmacht.

Deckt die Vollmacht das beabsichtigte Rechtsgeschäft eindeutig nicht ab, so darf der Notar nicht aufgrund der Vollmacht beurkunden; Nachgenehmigung durch den Vertretenen ist möglich. Erscheint auch die nachträgliche Genehmigung ausgeschlossen, so muss der Notar die Beurkundung ablehnen (BGH DNotZ 1989, 43 und BGH NJW 1993, 2744, 2745).

In **Fall 3 lit. a)** ist T nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und darf M bei Abschluss des Übergabevertrages nicht vertreten, weil sonst ein unzulässiges Insichgeschäft vorläge.

Ein Betreuer darf Schenkungen nur im Rahmen von § 1908i Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1804 BGB vornehmen, also nur Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, oder Gelegenheitsgeschenke, wenn dies dem Wunsch des Betreuten entspricht und nach seinen Lebensverhältnissen üblich ist. Die Übertragung einer Immobilie (**Fall 3 lit. c)**) wird in aller Regel nicht dazu gehören.

### **3. Form der Vollmacht**

Nach § 167 Abs. 1 BGB erfolgt die Erteilung der Vollmacht u.a. durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden. Die Erklärung bedarf nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht, § 167 Abs. 2 BGB, ist also **grundsätzlich formfrei**. Eine Abhängigkeit der Vollmachtsform vom Grundgeschäft besteht ausdrücklich nicht (Abstraktionsgrundsatz).

Von diesem Grundsatz gibt es allerdings Ausnahmen, d.h. **gesetzliche oder verfahrensrechtliche Formerfordernisse** (z.B. § 2 Abs. 2 GmbHG, § 1945 Abs. 3,

1955 BGB, § 39 GBO, § 12 Abs. 1 S. 2 HGB; weitere Beispiele bei *Reetz* in *Beck'sches Notarhandbuch*, 6. Aufl. 2015, F Rn. 40). Für den Grundbuchvollzug muss eine Grundstücksvollmacht bekanntlich zumindest öffentlich beglaubigt sein (§ 29 GBO).

**Ausnahmsweise** kann sich jedoch bei einer Vollmacht für Grundstücksveräußerungen ein **Beurkundungserfordernis nach § 311b Abs. 1 BGB** ergeben, insbesondere bei einer **sog. vorverlagerten Bindung**, d.h. wenn der Vollmachtgeber bereits durch die Erteilung der Vollmacht zum Erwerb oder zur Veräußerung eines Grundstücks rechtlich oder tatsächlich in gleicher Weise gebunden ist wie durch den späteren Abschluss des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts durch den Vertreter. Nur durch die Beurkundung der Vollmacht werden in diesem Fall die Belehrungs-, Beratungs- und Warnfunktion der notariellen Form gewahrt. Eine vorverlagerte Bindung ist insbesondere bei **unwiderruflichen Vollmachten** gegeben. Von erheblicher Bedeutung für die Vorverlagerung der Bindung ist die **subjektive Vorstellung des Vollmachtgebers** darüber, inwieweit er bereits mit der Vollmachtserteilung an das später vom Bevollmächtigten abgeschlossene Geschäft gebunden sei, z.B. ob er bereits aufgrund der Vollmacht „nicht mehr zurück kann“, die „*letzte Entscheidung bereits getroffen*“ hat oder „*nicht mehr Herr des Geschehens ist*“.

In einer **Fall 4** vergleichbaren Konstellation hat das OLG Schleswig (DNotZ 2000, 775) entschieden, dass die Vollmacht – obwohl sie widerrufenlich erteilt war – der notariellen Beurkundung bedurft hätte. M hatte nicht mehr die Kraft, sich selbst zu kümmern, und wollte, dass T alles regeln solle. Aufgrund der Befreiung von § 181 BGB und der geplanten zeitnahen Umsetzung durch T führte bereits die Vollmachtserteilung zur gleichen Bindung wie der Abschluss des beurkundungsbedürftigen Übergabevertrages. Die Möglichkeit, dass M die Vollmacht bis zum nächsten Tag noch widerrufen würde, war nur theoretisch.

Ist die Vollmacht, wie in **Fall 4**, formunwirksam, oder das Grundgeschäft unter Verstoß gegen § 311b Abs. 1 BGB nicht beurkundet so ist das Vertretergeschäft schwebend unwirksam, kann jedoch durch den Vertretenen nachgenehmigt werden (§ 177 Abs. 1 BGB). Der Notar muss Zweifel an der Wirksamkeit mit den Beteiligten erörtern; insoweit gilt das gleiche wie bei Zweifeln an der Reichweite der Vollmacht, s.o. Ziffer 2. Durch die Eintragung im Grundbuch (**Abwandlung zu Fall 4**) tritt **keine Heilung nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB** ein; im Einzelfall kann eine Rechtsscheinhaftung helfen (zum Streitstand *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3542).

**Praxistipps**

Eine Grundstücksvollmacht sollte **stets notariell beurkundet** werden, um Zweifel an ihrer Formgültigkeit von vornherein zu vermeiden (ebenso *Reetz* in: *Beck'sches Notarhandbuch*, 6. Aufl. 2015, F Rn. 45).

Die Beurkundungsbedürftigkeit erstreckt sich unter Umständen auch auf das zugrunde liegende Rechtsgeschäft (z.B. einen Geschäftsbesorgungsvertrag), insbesondere wenn die Vollmacht deshalb unwiderruflich erteilt ist, weil sie (auch) im Interesse des Bevollmächtigten liegt (*Reetz* in: *Beck'sches Notarhandbuch*, 6. Aufl. 2015, F Rn. 46 f. m.w.N.). Zu beurkunden sind dann die Erklärungen beider Vertragsparteien.

Geben Sie in einer Vollmacht grundsätzlich an, dass die Vollmacht „*jederzeit widerruflich*“ ist, schon als Merkposten für die eigene Kontrolle, falls dies ausnahmsweise einmal anders sein sollte.

*Reetz* in: *Beck'sches Notarhandbuch*, 6. Aufl. 2015, F Rn. 55 gibt eine hilfreiche

**Checkliste zur Form der Vollmacht**

- (1) Formfreiheit (Grundsatz: § 167 II BGB)
- (2) Ausnahmen:
  - - Gesetzliche Formerfordernisse z. B.: § 492 IV BGB, § 2 II GmbHG, § 23 I AktG
  - - Verfahrensrechtliche Formerfordernisse z. B.: § 77 BGB, § 12 I 2 HGB; §§ 29, 30 GBO
  - - rechtsgeschäftlich vereinbarte Formerfordernisse (auch satzungsrechtlich)
- (3) Formerfordernis nach § 311b I BGB (und ähnliche Formvorschriften des Vertretergeschäfts):
  - - untrennbarer Sachzusammenhang zwischen beurkundungspflichtigem, zugrunde liegendem Rechtsverhältnis und Vollmacht
  - - „vorverlagerte Bindung“
  - - Achtung: subjektive Vorstellung des Vollmachtgebers maßgeblich
  - - Unwiderrufliche Vollmacht
  - - Bindung tatsächlicher Art (Fallgruppen)
  - - Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB (Indizwirkung)
- (4) Rechtsfolgen eines Formverstößes:
  - - Vertretergeschäft schwebend unwirksam (§ 177 BGB – Genehmigung)
  - - Keine Heilung der Vollmacht durch Vollzug des Vertretergeschäfts
- (5) Im Zweifel Beurkundung von Grundstücksveräußerungs- und -erwerbsvollmachten
- (6) Für im Ausland erteilte Grundstücksvollmacht gilt Art. 11 I EGBGB (§ 29 GBO anwendbar; mit „Echtheitsnachweis“ durch Legalisation oder Apostille)

#### 4. **Ausschluss der rechtsgeschäftlichen Vertretung bei höchstpersönlichen Rechtsgeschäften am Beispiel des Erb- und/oder Pflichtteilsverzichts**

In bestimmten Fällen ist eine rechtsgeschäftliche Vertretung ausgeschlossen. Beispielsweise darf nach § 2347 Abs. 2 BGB der **Erblasser** einen Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht nur persönlich schließen, also nicht durch einen Bevollmächtigten und auch nicht durch einen vollmachtlosen Vertreter. Nur wenn der Erblasser geschäftsunfähig ist, kann der Vertrag ausnahmsweise durch einen gesetzlichen Vertreter (Betreuer) geschlossen werden, § 2347 Abs. 2 S. 2 BGB, welcher jedoch der Genehmigung durch das Betreuungsgericht bedarf. Eine Aufspaltung des Erb- und/oder Pflichtteilsverzichts in Angebot und Annahme ist jedoch möglich, weil nicht die gleichzeitige Anwesenheit der Beteiligten verlangt wird.

In **Fall 5** wäre der gegenständlich beschränkte Pflichtteilsverzicht der T nichtig und zwar auch in der **Abwandlung 1**. Auch eine Umdeutung in ein Angebot der T an den nicht anwesenden V auf Abschluss eines Pflichtteilsverzichtsvertrages, das dieser später durch gesondert beurkundete Annahmeerklärung annehmen könnte, scheidet aus (vgl. BGH NJW 1996, 1062, 1064 in einem Notarhaftungsfall, in dem der Bürovorsteher des Notars die Erblasser bei Beurkundung eines Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrages vollmachtlos vertreten hatte). Der nichtige Pflichtteilsverzicht kann u.U. auch den gesamten Übergabevertrag unwirksam machen (OLG Düsseldorf RNotZ 2011, 499: *„Handelt der Sohn bei der notariellen Beurkundung eines Vertrages, durch den der Vater ihm im Wege der vorweggenommenen Erbfolge u. a. Grundstücke überträgt und der Sohn auf seinen Pflichtteil verzichtet, als Vertreter ohne Vertretungsmacht, Genehmigung sich vorbehaltend, für seinen Vater und genehmigt dieser in einer späteren notariell beglaubigten Erklärung alle Vertragserklärungen des Sohnes unter Bestätigung der Vollmacht, so ist der Vertrag mit Rücksicht auf den nicht wirksam beurkundeten Verzicht unwirksam.“*).

Erscheint der Veräußerer (künftige Erblasser) überraschenderweise nicht zur Beurkundung und ist eine Verlegung des Beurkundungstermins nicht möglich, kann der Pflichtteilsverzicht umgestaltet werden in ein **Angebot des Verzichtenden** an den Erblasser, das dieser später zusammen mit der Genehmigung des Übergabevertrages in **beurkundeter Form** annimmt. Alternativ kann durch den Verzichtenden eine zumindest für ausreichende Zeit **unwiderrufliche Vollmacht an den Erblasser** erteilt werden, den Verzicht mit Wirkung auch für den Verzichtenden zu erklären (*Krauß* in: *Beck'sches Notarhandbuch*, 6. Aufl. 2015, A.5. Grundstückszuwendungen Rn. 122). Anstelle des Pflichtteilsverzichts könnte auch ein Erbschaftsvertrag (§§ 311b Abs. 4, 5 BGB) zwischen den Geschwistern S und T über den Pflichtteilsanspruch geschlossen werden, der jedoch schwächere Wirkungen als der Pflichtteilsverzicht hat (vgl. *Frhr. v. Proff*, Erbschaftsverträge in der Praxis, ZEV 2013, 183).

Anders als der Erblasser kann der **Verzichtende** bei einem Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht (vollmachtlos) vertreten werden (**Abwandlung 2 zu Fall 5**). Die entsprechende Vollmacht oder Genehmigung bedarf zwar keiner besonderen Form (§ 167 Abs. 2 BGB), sollte jedoch schon aus Gründen der Beweiskraft zumindest notariell beglaubigt sein. Nach § 17 Abs. 1 BeurkG ist zudem der Notar verpflichtet, den Verzichtenden über die Bedeutung des Verzichts umfassend aufzuklären und zu belehren, was am besten in einem persönlichen Gespräch gelingen dürfte.

Handelt ein Vertreter ohne Vertretungsmacht, so kann der Verzichtsvertrag **nur noch bis zum Eintritt des Erbfalls genehmigt** werden, wobei maßgeblicher Zeitpunkt derjenige ist, zu dem die Genehmigung dem Erblasser zugeht (§ 130 Abs. 1 S 1 BGB). Denn die Sicherheit des Rechtsverkehrs verlangt es, dass die mit dem Tod des Erblassers eintretende Erbfolge auf einer festen Grundlage steht und nicht nach unter Umständen noch längerer Zeit durch die Genehmigungserklärung verändert werden kann (BGH NJW 1978, 1159; J. Mayer in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 2347 BGB Rn. 3 m.w.N.). Auf den Pflichtteilsverzicht sind diese Grundsätze nach Ansicht von J. Mayer (a.a.O.) nicht zu übertragen, da dieser die gesetzliche Erbfolge unberührt lasse und § 2313 ausdrücklich die Berücksichtigung von nach dem Erbfall eintretenden Veränderungen bei der Bemessung des Pflichtteilsanspruchs für zulässig halte. Hierbei handelt es sich jedoch um eine Mindermeinung; anders sieht das wohl der BGH (NJW 1997, 521 für den Fall, dass vor Annahme eines Angebots auf Pflichtteilsverzicht der Erblasser verstirbt)!

#### **Praxistipp**

Bei isolierten Erb- und/oder Pflichtteilsverzichtsverträgen, aber auch bei Verträgen, die derartige Verzichte enthalten (z.B. Übergabe- oder Eheverträge) sollte grundsätzlich immer auf die persönliche Anwesenheit aller Beteiligten, zumindest aber die der Verzichtsempfänger geachtet werden. Vor der Aufnahme einer (vollmachtlosen) Vertretung im Urkundseingang muss genau geprüft werden, ob eine solche nach dem Vertragsinhalt überhaupt möglich ist.

#### **5. Vertretung ohne Vertretungsmacht**

Grundsätzlich können sich Beteiligte bei der Beurkundung auch durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht, also vollmachtlos vertreten lassen. Die Wirksamkeit hängt dann von der Nachgenehmigung des vollmachtlos Vertretenen (§ 177 Abs. 1 BGB) ab. Standesrechtlich zu beachten sind die Kammerrichtlinien, wonach eine systematische Vertretung durch Vertreter ohne Vertretungsmacht (v.a. Notarangestellte) ausgeschlossen ist.

Der Notar muss die Beteiligten darauf **hinweisen**, dass das Rechtsgeschäft bis zur Genehmigung durch den Vertretenen schwebend unwirksam ist und – wenn die

Beteiligten auf einer Beurkundung bestehen – einen entsprechenden **Vermerk** in die Urkunde aufnehmen (*Blaeschke*, Praxishandbuch Notarprüfung 2. Auf 2010, Rn. 877 m.w.N.). Steht der Mangel der Vertretungsmacht fest und erscheint eine nachträgliche Genehmigung durch den Vertretenen ausgeschlossen, hat der Notar die Beurkundung abzulehnen (§ 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO; BGH DNotZ 1989, 43).

Der vollmachtlose Vertreter sollte immer „*vorbehaltlich der nachträglichen Genehmigung des vollmachtlos Vertretenen*“ handeln. Nimmt der Notar hingegen in die Urkunde **ausnahmsweise** auf, dass der vollmachtlose Vertreter **verspricht**, die **Genehmigung des Vertretenen nachzureichen**, übernimmt der Vertreter damit u.U. eine **Garantie** und macht sich beim Ausbleiben der Genehmigung ggf. schadensersatzpflichtig (vgl. *Piegsa* in: *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, DONot, 6. Aufl. 2013, § 12 BeurkG, Rn. 18 f.). Insoweit gilt das gleiche wie bei einem mündlich Bevollmächtigten (dazu sogleich).

Problematisch ist die Frage, wer bei unterbliebener Nachgenehmigung die **Notarkosten** trägt. Im Fall des Gesamtschuldnerausgleichs müssen beide Beteiligten die Kosten nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB zu gleichen Teilen tragen. Zu **Fall 6** hat der BGH (DNotZ 2013, 288) entschieden, dass auch die vollmachtlos vertretene Vertragspartei **nicht** schon dann **weitergehend** auf Ersatz der **gesamten** vergeblichen Vertragskosten haftet, wenn sie die als sicher erscheinende Genehmigung ohne triftigen Grund verweigert, sondern nur, wenn eine besonders schwerwiegende, in der Regel vorsätzliche Treupflichtverletzung vorliegt, etwa das Vorspiegeln einer tatsächlich nicht vorhandenen Genehmigungsbereitschaft. Ist der Vertrag aufschiebend bedingt (hier: erfolgreiche Due-Diligence-Prüfung), haftet die vollmachtlos vertretene Vertragspartei auch bei einer besonders schwerwiegenden Treupflichtverletzung auf Ersatz der vergeblichen Vertragskosten nur, wenn anzunehmen ist, dass die Bedingung bei Erteilung der Genehmigung eingetreten wäre. Andernfalls könne sich aus der Kostentragungspflicht ein mittelbarer Zwang ergeben, den Vertrag nachzugenehmigen. Das sei mit dem Gedanken der Formvorschrift des § 311b BGB nicht vereinbar.

Eine Partei, die sich auf eine Beurkundung mit dem vollmachtlosen Vertreter der Gegenpartei einlässt, muss also damit rechnen, dass sie bei Ausbleiben der Genehmigung zur Tragung der hälftigen Vertragskosten verpflichtet bleibt und diesen Anteil nicht auf den vollmachtlos vertretenen Vertragsteil abwälzen kann. Ein entsprechender Hinweis des Notars ist ratsam, aber wohl nicht zwingend geboten, wenn die Urkunde ohnehin schon den üblichen Hinweis zur gesamtschuldnerischen Haftung für die Kosten enthält. Eine außerhalb des Vertrages getroffene, nicht beurkundete Kostenabrede dürfte dagegen nach der Rechtsprechung des BGH wegen des mit ihr verbundenen mittelbaren Zwangs zum Vertragsschluss

formunwirksam sein (*Kleensang/Seybold*, Die Kosten der gescheiterten vollmachtlosen Stellvertretung, notar 2014, 92, 96).

### Formulierungsbeispiel

\*\*\*Herr/\*\*\*Frau \*\*\*,  
geboren am \*\*\*,  
wohnhaft in \*\*\*

hier handelnd nicht eigenen Namens, sondern als vollmachtlose\*\*\*r Vertreter\*\*\*in vorbehaltlich nachträglicher Genehmigung in öffentlich beglaubigter Form für

\*\*\*seine Ehefrau/\*\*\*ihren Ehemann

\*\*\*Herrn/\*\*\*Frau \*\*\*,  
geboren am \*\*\*,  
wohnhaft in \*\*\*

- nachstehend „\*\*\*Verkäufer/\*\*\*Käufer“ genannt -

Die Erschienenen erklärten vorab:

\*\*\*Herr/\*\*\*Frau \*\*\* wird bei der heutigen Beurkundung auf eigenen Wunsch und mit Einverständnis der übrigen Beteiligten vollmachtlos vertreten. \*\*\*Er/\*\*\*Sie erhielt vorab einen Entwurf mit der Bitte, Änderungswünsche vor Beurkundung mitzuteilen. Die Beteiligten wissen, dass der Vertrag erst mit Zugang der Nachgenehmigung wirksam wird. Der Notar hat darauf hingewiesen, dass (auch) die erschienene Vertragspartei für die Notarkosten haftet, wenn keine Genehmigung erfolgt.

Wird in einem Kaufvertrag der Käufer vollmachtlos oder aufgrund mündlicher Vollmacht vertreten, so sollte die vom Verkäufer bewilligte Eigentumsvormerkung erst nach dem Eingang der öffentlich beglaubigten Genehmigung bzw. Vollmachtsbestätigung zur Eintragung bewilligt werden.

**Ausgeschlossen** ist die vollmachtlose Vertretung in den Fällen, in denen ein **einseitiges Rechtsgeschäft** vorliegt, § 180 BGB!

Nach ganz überwiegender Auffassung handelt es sich bei der Errichtung einer GmbH durch nur eine Person dogmatisch um eine einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung des Gründers (*Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 2 Rn. 7 m.w.N.). Der Gründer gibt dabei eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ab, die mit ihrer Abgabe wirksam wird. Die Gründung einer Ein-Personen-GmbH durch einen vollmachtlosen Vertreter wie in **Fall 7** ist als einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung nach § 180 S. 1 BGB nach ganz herrschender Meinung (KG RNotZ

2012, 240 m.w.N.; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 2 Rn. 22 m.w.N.) nichtig. Das KG erteilt insbesondere der Auffassung eine **Absage**, die Erklärung des Gesellschafters über die von ihm übernommene Einlage sei eine dem Geschäftsführer gegenüber abzugebende empfangsbedürftige Willenserklärung, wodurch die gesamte Gründungserklärung zu einer solchen werde. Erklärungsempfänger der Gründungserklärung sei vielmehr der Rechtsverkehr, aus dessen Sicht die Errichtung einer juristischen Person ein derart wichtiger Vorgang sei, dass über dessen Wirksamkeit sogleich Klarheit bestehen müsse. Ein Fall des § 180 S. 2 BGB mit der Möglichkeit der Genehmigung der vollmachtlosen Vertretung liegt nach dem KG demnach nicht vor. Auch eine Vollmachtsbestätigung kommt nicht in Betracht. Da § 2 Abs. 2 GmbHG eine **notariell errichtete oder beglaubigte** Vollmacht verlangt, ist in der **Abwandlung 1 zu Fall 7** die mündlich erteilte Vollmacht nichtig und damit die Gründung ebenfalls unwirksam.

Das Registergericht darf in **Fall 7** und in **Abwandlung 1 zu Fall 7** die Gesellschaft nicht in das Handelsregister eintragen (§ 9c GmbHG). Die Gründung kann nur durch formgerechte Wiederholung (§ 141 BGB, allerdings ohne Rückwirkung) bestätigt werden.

Welche Rechtsfolgen eine dennoch erfolgte Eintragung der Gesellschaft wie in der **Abwandlung 2 zu Fall 7** hat (Heilung?, Schutz des gutgläubigen Rechtsverkehrs in seinem Vertrauen auf den Bestand der Gesellschaft nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft? etc.) ist umstritten. Die wohl überwiegende Literaturansicht geht davon aus, dass auch die Eintragung einer solchermaßen gegründeten GmbH nicht zur vollständigen Heilung, sondern nur zum Entstehen einer sog. fehlerhaften GmbH führt (vgl. dazu ausführlich *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 71 ff. m.w.N. zum Streitstand). Daher droht diesbezüglich die Amtslöschung nach §§ 395, 397 FamFG. Teilweise wird auch der Gesellschaftsvertrag insgesamt als nichtig angesehen und die GmbH als nichtexistente Scheingesellschaft bezeichnet, die nach § 399 FamFG aufgelöst werden müsse. Um dies zu verhindern, bleibt auch dann nur die „**Heilung**“ durch eine **Bestätigung nach § 141 BGB** i. S. einer formgerechten Wiederholung der Gründung mit **Wirkung nur ex-nunc**, also erst ab dem Zeitpunkt der Bestätigung.

Bei der Gründung einer **Mehrpersonen-Gesellschaft** durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht wie in der **Abwandlung 4 zu Fall 7** ist die Gründungserklärung hingegen lediglich schwebend unwirksam (§ 177 Abs. 1 BGB) und kann durch den vertretenen G in der Form des § 2 Abs. 2 GmbHG, auch durch formgerechte Nachholung der Bevollmächtigung, genehmigt und dadurch wirksam werden.

In Rheinland-Pfalz dürfen neben dem Notar auch noch die Ortsbürgermeister und Ortsvorsteher, Stadtverwaltungen, Verbandsgemeindeverwaltungen und Gemeindeverwaltungen **öffentlich beglaubigen** (§ 63 BeurkG i.V.m. dem rheinland-pfälzischen Landesgesetz über die Beglaubigungsbefugnis), was der Form des § 29 GBO genügt.

### Praxistipp

Ähnliche Vorschriften wie in Rheinland-Pfalz gibt es in Hessen für den Ortsgerichtsvorsteher. In anderen Bundesländern [wie z.B. Bayern] können Bürgermeister hingegen **nur amtlich**, nicht aber öffentlich beglaubigen, was nicht der Form des § 29 GBO entspricht. Bei der Vorlage von beglaubigten Erklärungen, die nicht durch einen Notar erfolgt sind, ist also auch in Grundbuchsachen immer die Beglaubigungsbefugnis sorgfältig zu prüfen!

§ 2 Abs. 2 GmbHG verlangt aber eine **notariell errichtete oder beglaubigte** Vollmacht. Zuständig sind im Inland ausschließlich die Notare, im Ausland deutsche Konsularbeamte (§ 10 KonsularG) oder dortige Notare, wenn sich aus dem Beglaubigungsvermerk eindeutig die Identität des Ausstellers ermitteln lässt (was jedenfalls bei angelsächsischen Notarurkunden nicht der Fall ist *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 3. Aufl. 2013, § 2 Rn. 45b), ggf. zuzüglich Apostille oder Legalisation. § 2 Abs. 2 GmbHG geht landesrechtlicher Zuweisung an andere Stellen nach § 63 BeurkG vor (*Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 2 Rn. 22). In **Abwandlung 3 zu Fall 7** war die Vollmacht ebenso wie in der Abwandlung 1 zu Fall 7 nichtig (§ 125 S. 1 BGB) und G daher nicht wirksam vertreten (§ 177 Abs. 1 BGB).

Für die notarielle Praxis bedeutet das, dass bei der Einpersonen-Gründung durch einen Vertreter stets eine notariell beurkundete oder beglaubigte Vollmacht vorliegen muss. Eine Ausnahme soll nach wohl h.M. (OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1997, 436; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 2 Rn. 20) gelten, wenn eine **öffentlich Behörde eine Vollmacht in öffentlicher Urkunde erstellt** hat (Bsp.: Gesiegelte Vollmacht des Sparkassenvorstandes). Wer den sichersten Weg wählt, besteht auch hier auf einer notariellen Vollmacht oder weist zumindest darauf hin, dass er dies empfohlen hat, weil eine Entscheidung des BGH zu dieser Frage bislang noch aussteht.

Für eine **Übernahmeerklärung** im Rahmen der Kapitalerhöhung einer GmbH gilt § 2 Abs. 2 GmbHG nach h.M. entsprechend (*Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 55 Rn. 32).

Abzugrenzen von der Gründung einer Ein-Personen-GmbH ist die durch einen vollmachtlosen Vertreter erfolgte Stimmabgabe über eine Satzungsänderung bei der Ein-Personen-GmbH wie in **Fall 8**. Der Beschluss über die Satzungsänderung ist in diesem Fall zwar auch ein einseitiges Rechtsgeschäft, die entsprechende Willenserklärung richtet sich aber an eine bereits existierende GmbH und ist daher empfangsbedürftig (§ 180 S. 2 BGB) und somit genehmigungsfähig (OLG Frankfurt DNotZ 2003, 459 und OLG München MittBayNot 2011, 333): Die Satzungsänderung muss gemäß § 53 GmbHG durch Beschluss der Gesellschafter erfolgen, der notariell beurkundet werden muss. Eine Vertretung bei der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung ist dabei grundsätzlich zulässig (§ 47 Abs. 3 GmbHG). Die Beschlussfassung selbst erfolgt durch Stimmabgabe. Diese ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, mit der eine Willensbildung durch Beschluss in den Angelegenheiten der Gesellschaft herbeigeführt werden soll. Erklärungsempfänger ist dabei nach allgemeiner Auffassung die Gesellschaft, deren Angelegenheiten durch den im Wege der Stimmabgabe herbeigeführten Gesellschafterbeschluss geregelt werden, und die dabei durch den Versammlungsleiter, die Mitgesellschafter oder die Geschäftsführer vertreten wird. Dies ist nach herrschender Meinung selbst dann der Fall, wenn der Beschluss durch Abstimmung des Ein-Mann- oder des einzig erschienenen Gesellschafters zustande kommt. Demgemäß bestimmt sich die Wirksamkeit der vollmachtlosen Stimmabgabe (auch) bei einer sog. Ein-Mann-GmbH nicht nach § 180 S. 1 BGB, sondern nach § 180 S. 2 BGB. Infolge dessen können auch die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung finden, so dass eine vollmachtlose Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung grundsätzlich nach § 177 Abs. 1 BGB genehmigungsfähig ist. Der Anwendung des § 180 S. 2 BGB steht nicht entgegen, dass im Zeitpunkt der Stimmabgabe des vollmachtlosen Vertreters für den Erklärungsempfänger (also für die GmbH) niemand anwesend war, der mit deren vollmachtlosen Auftreten einverstanden sein konnte. Denn § 180 S. 2 BGB findet grundsätzlich auch bei Abgabe von Willenserklärungen an Abwesende Anwendung, wobei es als ausreichend erachtet wird, wenn der andere Teil sein Einverständnis unverzüglich nach dem Zugang erklärt, wobei dies auch konkludent erfolgen kann. In unserem **Fall 8** ist ein solches Einverständnis durch G zusammen mit seiner Genehmigungserklärung hinsichtlich des vollmachtlosen Handelns seiner Ehefrau schlüssig erteilt worden.

In der notariellen Praxis sollte allerdings sicherheitshalber auch in derartigen Fällen auf eine ausreichende Bevollmächtigung geachtet und eine vollmachtlose Vertretung vermieden werden.

Die **Teilungserklärung nach § 8 WEG** stellt in **Fall 9** materiell rechtlich eine **einseitige Willenserklärung** gegenüber dem Grundbuchamt dar. § 180 BGB ist deshalb zu beachten. Eine Teilungserklärung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht ist demnach **nichtig** und nicht genehmigungsfähig (*Kral* in:

*Timme/Kral*, Beck'scher Online Kommentar WEG, 23. Edition Stand 01.03.2015, § 8 WEG Rn. 7). Anders als bei der GmbH-Gründung gibt es aber keine § 2 Abs. 2 GmbHG entsprechende Formvorschrift, so dass auch eine mündlich erteilte Vollmacht genügt (§ 167 Abs. 2 BGB). Der Notariatsmitarbeiter hätte daher F nicht als „Vertreterin ohne Vertretungsmacht“ sondern als „mündlich Bevollmächtigte“ handeln lassen können. M muss dann allerdings noch eine Vollmachtsbestätigung in Form des § 29 GBO abgeben.

Tritt jemand als **mündlich Bevollmächtigter** auf, dann trägt er das Risiko der Vollmachtsbestätigung und kann insbesondere gegenüber anderen Urkundsbeteiligten schadensersatzpflichtig werden, wenn diese nicht formgerecht erteilt wird. Der Notar muss dies mit den Beteiligten erörtern und raten, eine solche Erklärung nur abzugeben, wenn für ihn nicht der geringste Zweifel besteht, dass die Vollmachtsbestätigung auch erteilt wird (vgl. *Piegsa* in: *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, DONot, 6. Aufl. 2013, § 12 BeurkG, Rn. 18 f.).

#### Formulierungsvorschlag:

\*\*\*Herr/\*\*\*Frau \*\*\*,  
geboren am \*\*\*,  
wohnhaft in \*\*\*

hier handelnd nicht eigenen Namens, sondern  
\*\*\*als mündlich Bevollmächtigte\*\*\*,  
\*\*\*aufgrund im Original vorgelegter und dieser Urkunde beigelegter privatschriftlicher  
Vollmacht,  
Vollmachtsbestätigung in öffentlich beglaubigter Form nachzureichen versprechend,  
für

\*\*\*seine Ehefrau/\*\*\*ihren Ehemann

\*\*\*Herrn/\*\*\*Frau \*\*\*,  
geboren am \*\*\*,  
wohnhaft in \*\*\*

- nachstehend „\*\*\*Verkäufer/\*\*\*Käufer“ genannt -

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass \*\*\*der/\*\*\*die Bevollmächtigte schadensersatzpflichtig sein kann, wenn die Vollmacht tatsächlich nicht besteht oder die formgerechte Vollmachtsbestätigung nicht beigebracht wird, und dass der Vertrag bis dahin nicht grundbuchlich vollzogen werden kann.

Die Teilungserklärung nach **§ 8 WEG** muss (anders als die nach § 3 WEG) nicht notariell beurkundet werden, die Formvorschrift des § 4 WEG findet hier keine Anwendung. Wegen § 29 GBO bedarf die Teilungserklärung aber der **öffentlichen Beglaubigung**. M könnte also in der **Abwandlung zu Fall 9** die Teilungserklärung in unterschriftsbeglaubigter Form errichten.

Empfehlenswert ist dies aber, vor allem bei geplanten Abverkäufen der neu gebildeten Sondereigentumseinheiten, nicht. Die notarielle Beurkundung ist hier gängige Praxis, damit in den folgenden Kaufverträgen bereits vor Vollzug der Teilungserklärung auf diese gem. § 13 a BeurkG Bezug genommen werden kann und somit Bindungswirkung gegenüber dem jeweiligen Erwerber eintritt (*Kral* in: *Timme/Kral*, Beck'scher Online Kommentar WEG, 23. Edition Stand 01.03.2015 § 8 WEG Rn. 20).

## 6. Vertretungsbeschränkungen nach § 181 BGB

**Literaturhinweise:** *Reetz* in: Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, F Rn. 78 ff.; *Schramm* in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, Kommentierung zu § 181 BGB

Nach § 181 BGB unwirksam sind Rechtsgeschäfte

- des Vertreters mit sich selbst (**Selbstkontrahieren, Insichgeschäft**) oder
- mit einem von ihm vertretenen Dritten (**Doppel- oder Mehrvertretung**).

Hierunter fallen gleichermaßen gesetzliches (z. B. organschaftliche Vertreter juristischer Personen) und rechtsgeschäftliches Vertreterhandeln (Vollmacht) sowie das Handeln einer „Partei kraft Amtes“, nämlich des Testamentsvollstreckers, Nachlass-, Zwangs- und Insolvenzverwalters (*Reetz*, a.a.O., Rn. 78).

In **Fall 10** kann V wegen § 181 BGB den Kaufvertrag nicht mit sich selbst abschließen. Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften können nicht von dem Verbot des Selbstkontrahierens befreit werden. Bei Geschäften mit ihnen wird die AG vom Aufsichtsrat vertreten, § 112 AktG. Der Vertrag ist schwebend unwirksam und kann vom Aufsichtsrat nachgenehmigt werden. Schwebend unwirksam ist der Vertrag auch in der **Abwandlung 1 zu Fall 10**, wenn V Geschäftsführer und alleiniger Gesellschafter einer GmbH und nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist (§ 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG).

§ 181 BGB darf nicht dadurch umgangen werden, dass der Vertreter zunächst einen Unterbevollmächtigten bestellt und dann das Geschäft mit diesem abschließt (BGH NJW 1991, 692). Bei rechtsgeschäftlichen Vollmachten durch Organträger, insbesondere im Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts, des Vereinsrechts und durch Vertreter der öffentlichen Hand, ist stets zu prüfen, ob und inwieweit die Vollmacht erteilenden Organträger selbst den Beschränkungen des § 181 BGB unterliegen und schon deswegen keine weitergehende Vollmacht erteilen können.

Dies ist in der **Abwandlung 2 zu Fall 10** der Fall. Der Vertrag ist daher schwebend unwirksam.

#### **Praxistipp**

Schon bei der Erteilung der Vollmacht darf eine Befreiung von § 181 BGB nur erteilt werden, wenn auch der Unterzeichner der Vollmacht hierzu selbst befugt ist. Andernfalls entsteht durch die fälschliche Befreiung in der Vollmacht ein falscher Rechtsschein.

Ein Vormund, Pfleger oder Betreuer kann nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3558).

Ausnahmen vom Verbot des § 181 BGB gibt es dann, wenn ein Rechtsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist oder wenn der Vertreter in Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt (Bsp.: Auflassung eines Grundstücks durch den vom Erblasser bevollmächtigten Vermächtnisnehmer an sich selbst.)

Sehr umstritten ist, ob § 181 BGB auch auf die **nachträgliche Genehmigung des Handelns eines vollmachtlosen Vertreters** anwendbar ist, der gleichzeitig für sich oder einen Dritten handelt (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3559a und Reetz, a.a.O., Rn. 87 jeweils m.w.N. zum Streitstand; **Fall 11**). Dagegen wird eingewandt, dass Vertretung ohne Vertretungsmacht gerade kein „Vertreterhandeln“ im Sinne des § 181 BGB sei und dass die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes erst durch nachträgliche Mitwirkungshandlung des genehmigenden Vertreters zustande komme und bei dessen direkter Mitwirkung an dem Rechtsgeschäft in seiner Person die Voraussetzungen des § 181 BGB nicht vorgelegen hätten. In der Praxis sollten diese Fälle durch Einschaltung eines gesonderten Vertreters vermieden werden. Der Notar hätte hier beispielsweise einen Mitarbeiter für die Stadt als vollmachtlosen Vertreter handeln lassen können.

Ebenso problematisch sind die **Fragen der Doppelvertretung bei einer Beteiligung der öffentlichen Hand**, der von einem Privaten eine Vollmacht erteilt wurde. Ein Beispiel hierfür sind Vollmachten zur Messungsanerkennung und Auflassung bei dem Verkauf von Straßengrundstücken, wonach die Gemeinde bevollmächtigt ist, diese namens des Verkäufers zu erklären (z.B. OLG München MittBayNot 234 m. Anm. *Grziwotz*, **Fall 12**). Zwar kann der Vollmachtgeber die Gemeinde von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien. Da deren Organe jedoch in der Regel ihrerseits nicht befreit sind, können sie keine derartige Befreiung erteilen. In **Fall 12** hätte M daher seitens der Stadt nicht befreit werden können. In diesen Fällen sollte eine Doppelbevollmächtigung vermieden werden. Sehr problematisch ist, wie die vermutlich sehr zahlreichen Altfälle bei Unwirksamkeit geheilt werden können (s. *Grziwotz*, a.a.O., 236)

Auch bei der **gesetzlichen Vertretung**, z.B. durch Eltern oder Betreuer, ist § 181 BGB zu beachten. In **Fall 13** ist F nicht allein deswegen an der Vertretung des S und der T gehindert, weil diese ebenfalls Verkäufer sind. Denn da alle drei Eigentümer sind, stehen sie auf der gleichen Seite, so dass der Ausschlussgrund des §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB allein deswegen hier nicht eingreift. Allerdings handelt es sich nach herrschender Meinung dann um eine Erbauseinandersetzung, wenn der Kaufpreis aus dem Verkauf eines erbengemeinschaftlichen Grundstücks direkt entsprechend den Erbquoten der einzelnen Miterben an diese gezahlt werden soll (DNotI-Internetgutachten Nummer 121447 und Gutachten DNotI-Report 2007, 12). In der Entschließung der Miterben über den Verkauf eines Nachlassgrundstücks und die Verteilung des Verkaufserlöses ist ein Inschlaggeschäft nach § 181 BGB in der Person desjenigen Miterben zu sehen, der zugleich gesetzlicher Vertreter eines anderen Miterben ist. Die elterliche Vertretungsmacht des betreffenden Miterben ist daher nach §§ 1795 Abs. 2, 1629 Abs. 2, 181 BGB ausgeschlossen. Deswegen ist ein Ergänzungspfleger zu bestellen und zwar **für jedes minderjährige Kind ein eigener** (wiederum wegen § 181 i.V.m. §§ 1915 Abs. 1, 1795 BGB). Die Auseinandersetzung des Verkaufserlöses erfolgt vorliegend auch nicht „in Erfüllung einer Verbindlichkeit“, weil es sich um eine freihändige Veräußerung des Nachlassgegenstandes mit Erlösverteilung handelt – und damit um eine Art der Erbauseinandersetzung, auf die nach Maßgabe der §§ 2042 ff. BGB kein Anspruch besteht.

## 7. Gesetzliche Vertretung und gerichtliche Genehmigung

Handelt in **Fall 13** ein Ergänzungspfleger, so bedarf dieser der Genehmigung des Familiengerichts, §§ 1915, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Entsprechendes hätte für die Mutter gegolten, wenn sie die minderjährigen Kinder bei einem Kaufvertrag ohne Erbauseinandersetzung vertreten hätte, § 1643 Abs. 1 i.V.m. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Handelt ein Betreuer, so bedarf dieser nach § 1908i Abs. 1 i.V.m. § 1821, 1822 Nr. 1 bis 4, 6 bis 13 für die dort genannten Fälle der gerichtlichen Genehmigung des Betreuungsgerichts.

### Praxistipp

Bei der Prüfung muss immer unterschieden werden zwischen **(1)** der Frage, ob eine **gesetzliche Vertretung** erforderlich und wer gesetzlicher Vertreter ist und **(2)** der Frage, ob das Handeln des gesetzlichen Vertreters der **gerichtlichen Genehmigung** bedarf.

Die folgenden – sehr ausführlichen – Formulierungsbeispiele können bei entsprechender Anpassung des Wortlauts auch für die Vertretung durch Betreuer, Eltern etc. und die Genehmigung durch das Betreuungsgericht verwendet werden.

## Formulierungsbeispiele

### I. Urkundseingang

\*\*\*Herr/\*\*Frau \*\*\*, geboren am \*\*\*, wohnhaft in \*\*\*,

hier handelnd als allein vertretungsberechtigter Ergänzungspfleger des minderjährigen Kindes (Pflegling)

\*\*\*,

geboren am \*\*\*,

wohnhaft \*\*\*,

nach Angabe ausschließlich deutsche/r Staatsangehörige/r,

gemäß Bestellungsurkunde des Amtsgerichts – Familiengerichts – \*\*\* vom \*\*\* (Aktenzeichen: \*\*\*), die bei Beurkundung im Original vorlag und von der eine beglaubigte Abschrift als nicht verlesene Anlage 1 zu dieser Urkunde genommen ist,

versichernd, nicht nach § 1915 Abs. 1 i.V.m. §§ 1795, 181 BGB von der Vertretung ausgeschlossen zu sein und familiengerichtliche Genehmigung sich vorbehaltend,

### II. Ergänzung der Kaufpreisfälligkeit

Der Kaufpreis ist zinslos fällig und zahlbar am \*\*\* jedoch nicht vor Ablauf von fünf Bankgeschäftstagen nachdem der Notar dem Käufer mit einfachem Brief bestätigt hat, dass

- a) das Zeugnis gemäß § 46 FamFG über die Rechtskraft des Beschlusses, mit dem das Familiengericht die erforderliche Genehmigung (1) zu diesem Vertrag und (2) zu einem aufgrund der nachstehend erteilten Belastungsvollmacht bestellten Finanzierungsgrundpfandrecht des Käufers (wobei diese Voraussetzung jedoch entfällt, wenn die Bestellung nicht spätestens innerhalb einer Woche ab heute erfolgt) uneingeschränkt erteilt hat, vollzugsfähig vorliegt und die Genehmigung den übrigen Vertragsbeteiligten durch den Pfleger mitgeteilt worden ist,
- b) ihm eine schriftliche Bestätigung des Pflegers vorliegt, wonach zum Zeitpunkt gemäß lit. a) der Pflegling noch am Leben war und er als Pfleger noch eingesetzt war, etc.

### III. Gesonderter Abschnitt über die Genehmigung

#### Familiengerichtliche Genehmigung, Doppelvollmacht

1. Der Notar hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass die Erklärungen des Pflegers zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung durch das Familiengericht bedürfen, dass der gerichtliche Genehmigungsbeschluss erst mit Rechtskraft wirksam wird und dass die Genehmigung dem Käufer \*\*\*und den anderen Vertragsbeteiligten\*\*\* gegenüber erst wirksam wird, wenn sie \*\*\*ihm/\*\*\*ihnen durch den Pfleger mitgeteilt worden ist.

Dieses gesetzlich vorgeschriebene Verfahren kann die Rechtswirksamkeit und den Vollzug dieses Vertrags, insbesondere Kaufpreiszahlung und Besitzübergang, erheblich (unter Umständen um mehrere Monate) verzögern.

Die Beteiligten erklären nach Hinweis des Notars auf § 1915 Abs. 1 i.V.m. § 1804 BGB (Schenkungsverbot), dass es sich bei dem heutigen Vertrag nach ihrer Überzeugung um ein vollentgeltliches Geschäft handelt. Der Notar hatte dem gesetzlichen Vertreter des Pflinglings vor Beurkundung empfohlen, den beabsichtigten Verkauf und den Kaufpreis bereits vorab mit dem Familiengericht abzustimmen.

2. Der Pfleger, der sich die Genehmigung vorbehält und sie hiermit beantragt, sowie alle weiteren Beteiligten (mit Ausnahme des Minderjährigen selbst und eines ggf. zu bestellenden Verfahrensbeistands oder Ergänzungspflegers) bevollmächtigen den Notar, sie in dem familiengerichtlichen Genehmigungsverfahren uneingeschränkt zu vertreten.

Ferner bevollmächtigt der Pfleger den Notar, die Genehmigung entgegenzunehmen und dem Käufer \*\*\*und den übrigen Vertragsbeteiligten\*\*\* mitzuteilen. Dieser bevollmächtigt / diese bevollmächtigen den Notar zur Empfangnahme der Mitteilung. Dies alles soll mit der Beiheftung des rechtskräftigen Genehmigungsbeschlusses an diese Urkunde als geschehen gelten.

Wenn dem Notar vorher keine anderslautende schriftliche Weisung des Pflegers vorliegt, soll er ohne weiteres von der Vollmacht zur Mitteilung der Genehmigung an den anderen Vertragsteil Gebrauch machen.

Die dem Notar erteilten Vollmachten werden ebenso seinem Vertreter und dem Verwahrer dieser Urkunde erteilt.

3. Der Pfleger sowie alle weiteren an der heutigen Urkunde mitwirkenden Beteiligten verzichten hiermit – soweit rechtlich zulässig – bereits jetzt unwiderruflich gegenüber dem Gericht und wechselseitig auf die Einlegung von jeglichen Rechtsmitteln gegen die uneingeschränkte Erteilung der Genehmigung.

Dem Familiengericht sollen Ausfertigungen oder beglaubigte Abschriften dieser Urkunde in der erforderlichen Anzahl erteilt werden.

4. Der Pfleger beantragt, dem Minderjährigen – soweit erforderlich – einen Verfahrensbeistand und/oder Ergänzungspfleger zu bestellen zum Zwecke der Anhörung, der Bekanntgabe des gerichtlichen Genehmigungsbeschlusses, der Prüfung der Einlegung von Rechtsmitteln und ggf. der Erklärung eines Rechtsmittelverzichts. **Optional einen nicht beteiligten Angehörigen oder privaten Dritten vorschlagen, um die Kosten eines berufsmäßigen Beistands/Pflegers zu vermeiden:** Als Verfahrensbeistand/Ergänzungspfleger wird vorgeschlagen

\*\*\*Herr/\*\*Frau \*\*\*Rechtsanwalt/\*\*Rechtsanwältin \*\*\*, geboren am \*\*\*, wohnhaft in \*\*\*.

5. Nach Erläuterung der Bestimmung des § 1829 Abs. 2 BGB vereinbaren alle Beteiligten, dass eine Aufforderung zur Genehmigung bis zum Ablauf von einem Monat nach Erteilung des Rechtskraftzeugnisses gemäß § 46 FamFG ausgeschlossen ist, längstens jedoch bis zum Ablauf von fünf Monaten seit heute.
6. Der Pfleger verpflichtet sich, alle weiteren Beteiligten und den Notar von einer Beendigung der Pflegschaft, seines Amtes oder einem Tod des Pfleglings unverzüglich zu unterrichten.
7. Sollte die familiengerichtliche Genehmigung verweigert werden, ist \*\*\*der Pfleger\*\*\* gegenüber dem Käufer verpflichtet, die mit diesem Vertrag und der Bestellung eines Finanzierungsgrundpfandrechts des Käufers verbundenen Kosten bei Notar, Gericht und einem Verfahrensbeistand/Ergänzungspfleger zu tragen. Weitergehende Ansprüche des Käufers auf Aufwendungs- oder Schadensersatz werden ausgeschlossen.

8. Der Notar hat dem Käufer bereits vorab dringend empfohlen, etwaige Finanzierungsgrundpfandrechte bereits heute zu bestellen, weil auch die Belastung des Kaufobjekts mit Grundpfandrechten zur Finanzierung des Kaufpreises aufgrund der in dieser Urkunde erteilten Belastungsvollmacht der Genehmigung durch das Familiengericht bedarf. Alle Beteiligten erklären, dass die vorstehenden Bestimmungen hierfür entsprechend gelten sollen. Der Pfleger, erteilt hiermit dem Käufer – mehreren als Gesamtbevollmächtigten – übertragbare Vollmacht zur Abgabe aller entsprechenden Erklärungen. Auf die Risiken, die sich für den Käufer dann ergeben, wenn Finanzierungsgrundpfandrechte nicht gleichzeitig mit der gegenwärtigen Urkunde genehmigt werden, hat der Notar hingewiesen.

## II. BESONDERE PFLICHTEN DES NOTARS BEI VERBRAUCHERVERTRÄGEN NACH § 17 ABS. 2A BEURKG

**Literaturhinweise:** *Armbrüster* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, DONot, 6. Aufl. 2013, § 17 BeurkG Rn. 192 ff.; BNotK-Rundschreiben 20/2003 vom 28.04.2003, Anwendungsempfehlungen zur praktischen Umsetzung von § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG (abrufbar unter [www.bnotk.de](http://www.bnotk.de)); BNotK-Rundschreiben 25/213 vom 02.10.2013, Anwendungsempfehlungen zur praktischen Umsetzung der Neuregelung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (abrufbar unter [www.bnotk.de](http://www.bnotk.de)); *Limmer* in: *Würzburger Notarhandbuch*, 4. Aufl. 2015 Teil 1 Kap. 2 Rn. 139 ff.

### 1. Allgemeines

Besondere Pflichten treffen den Notar nach **§ 17 Abs. 2a BeurkG** bei der Gestaltung des Beurkundungsverfahrens von **Verbraucherverträgen** (vgl. § 310 Abs. 3 BGB), d.h. bei Verträgen zwischen einem Unternehmer (§ 14 BGB) und einem Verbraucher (§ 13 BGB).

Nachdem es in der Vergangenheit immer wieder Missbrauchsfälle beim Immobilienerwerb durch Verbraucher von Unternehmern gegeben hatte, die auch die Gerichte bis hin zum Bundesgerichtshof wiederholt beschäftigt haben (Stichwort: „Berliner Mitternachtsnotare“ und „Schrottimmobilien“), wurde die Vorschrift des § 17 Abs. 2a BeurkG durch das am 01.10.2013 in Kraft getretene Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes in notariellen Beurkundungsverfahren verschärft. Sie lautet nunmehr:

#### § 17 BEURKG

- (2a) Der Notar soll das Beurkundungsverfahren so gestalten, dass die Einhaltung der Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 gewährleistet ist. Bei Verbraucherverträgen soll der Notar darauf hinwirken, dass
1. die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden und
  2. der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; bei Verbraucherverträgen, die der

Beurkundungspflicht nach § 311b Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterliegen, soll dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts vom beurkundenden Notar oder einem Notar, mit dem sich der beurkundende Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden hat, zur Verfügung gestellt werden. Dies soll im Regelfall zwei Wochen vor der Beurkundung erfolgen. Wird diese Frist unterschritten, sollen die Gründe hierfür in der Niederschrift angegeben werden.

Weitere Amtspflichten des Notars bleiben unberührt.

§ 50 Abs. 1 Nr. 9 BnotO regelt die **Amtsenthbung** von Notaren, die wiederholt grob gegen diese Bestimmung verstoßen.

## 2. Verbrauchervertrag

Der Gesetzgeber wollte damit den Verbraucherschutz bei Beurkundungen stärken. Voraussetzung ist, dass es sich um einen Verbrauchervertrag handelt, also welche Eigenschaften die Vertragsparteien haben.

### § 13 BGB - VERBRAUCHER

Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

### § 14 BGB - UNTERNEHMER

- (1) Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.
- (2) Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.

Beim Kauf einer Immobilie durch einen Privatmann (Verbraucher i.S.d. § 13 BGB) von einem Bauträger (Unternehmer i.S.d. § 14 BGB) wie in **Fall 14 lit. a)** handelt es sich eindeutig um einen Verbrauchervertrag

Auf welcher Seite des Vertrages der Verbraucher und auf welcher der Unternehmer auftritt, ist für die Beurteilung unerheblich, so dass die Vorschrift auch anzuwenden ist, wenn der Verbraucher nicht als Erwerber, sondern als Veräußerer handelt (**Fall 14 lit. g)**).

In welchen Fällen ein **Verbrauchervertrag** vorliegt, ist nicht immer leicht zu beurteilen. Auch für die Vertragsgestaltung ist die Einordnung des Vertrages jedoch wichtig, weil bei Verbraucherverträgen die AGB-Kontrolle zu beachten ist (§§ 305 ff. BGB).

Mit Blick auf den europarechtlichen Hintergrund des Begriffs des Verbrauchervertrages, sind alle Arten von Verträgen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer umfasst, z.B.

- **Kaufverträge**, Bauverträge, Gesellschaftsverträge, Tauschverträge etc.,
- sowohl **schuldrechtliche** als auch **dingliche Verträge** (also z.B. auch die Bestellung von Grundpfandrechten (**Fall 14 lit. k**)); offengelassen von OLG Schleswig DNotZ 2008, 151, dort wurde aber das in der Urkunde enthaltene abstrakte Schuldversprechen als maßgeblich angesehen),
- **Angebote** auf Abschluss solcher Verträge und separate Annahmeerklärungen (OLG Schleswig DNotZ 2008, 151).
- Auch bei einer sog. „unechten freiwilligen Grundstücksversteigerung“, bei der der Vertrag nicht mit dem Zuschlag, sondern erst aufgrund eines nach der Versteigerung abgeschlossenen Kaufvertrages zustande kommt, ist die Zwei-Wochen-Frist zu beachten (BGH DNotI-Report 2015, 37).

Nicht erfasst werden Verträge, an denen nur Verbraucher oder nur Unternehmer beteiligt sind.

**Unternehmer** im Sinne des § 14 BGB sind (siehe *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3114b m.w.N.):

- Angehörige freier Berufe und Landwirte, soweit sie in Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit kaufen/verkaufen,
- Insolvenz-, Zwangs-, Nachlassverwalter und Testamentsvollstrecker, die ein Unternehmen verwalten, oder sonst gewerblich (planvoll am Markt) tätig sind,
- Kaufleute und auch juristische Personen des öffentlichen Rechts, wenn sie gewerblich handeln, d.h. eine auf gewisse Dauer angelegte planvolle selbständige wirtschaftliche nach außen wirkende Tätigkeit gegen Entgelt ausüben, also z.B. Bauland kaufen/verkaufen.

Ob und unter welchen Voraussetzungen die öffentliche Hand, insbesondere Gemeinden Unternehmer sind, ist in Rechtsprechung und Literatur allerdings noch nicht abschließend geklärt (Siehe im einzelnen *Hertel* in: DAI-Skript Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2014/2015, S. 7 ff. und DNotI-Report 2014, 137). Teilweise wird die Unternehmereigenschaft der öffentlichen Hand nur dann angenommen, wenn das betreffende Rechtsgeschäft nicht unmittelbar einem öffentlichen Zweck (wie dem Grundstückserwerb für den Straßenbau, **Fall 14 lit. h**) dient. Nur wenn das Rechtsgeschäft nicht unmittelbar einem öffentlichen Zweck dient (z.B. Verkauf eines Bauplatzes, **Fall 14 lit. b**), agiert die öffentliche Hand wie ein privater Marktteilnehmer und muss sich beim Abschluss von entgeltlichen Geschäften als Unternehmer behandeln lassen. In **Fall 14 lit. i**) müsste danach unterschieden werden, für welchen Zweck die Gemeinde den Bauplatz erwirbt. Im Zweifel und im Hinblick darauf, dass Gemeinden in der Regel dem

Verbraucher bei Beurkundungen überlegen sind, sollte **jedoch in allen** diesen Fällen § 17 Abs. 2a BeurkG beachtet werden.

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder eine Privatperson, die eine Immobilie zur bloßen Vermögensverwaltung erwirbt, ist Verbraucher (**Fall 14 lit j**); ebenso bei Wiederveräußerung der vermieteten Immobilie, soweit die Verwaltung keinen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordert.

Maßgeblich ist stets die objektive Zweckbestimmung, nicht der innere Wille. Handeln zu gemischten Zwecken (z.B. wenn ein Steuerberater ein Einfamilienhaus erwirbt, um einzelne Räume als Praxis zu nutzen) ist grundsätzlich Unternehmerhandeln (a.A.: es kommt darauf an, welcher Zweck überwiegt). Der Existenzgründer ist stets Unternehmer. **In Zweifelsfällen sollte der Notar die Anforderungen des § 17 Abs. 2a BeurkG beachten** (*Armbrüster*, a.a.O., Rn. 199).

In **Fall 14 lit. d) und f)** handelt es sich um Verträge zwischen Verbrauchern. In **Fall 14 lit. c) und e)** ist im Zweifel von einem unternehmerischen Handeln des Insolvenzverwalters und des Betreuers auszugehen. Da in **Fall 14 lit. e)** allerdings V selbst Verbraucher ist und von R nur vertreten wird, wird der Vertrag selbst nur zwischen Verbrauchern als Vertragspartnern geschlossen. K ist jedoch insoweit schutzwürdig, als R ein ihm überlegener Verhandlungspartner ist, so dass im Interesse des Verbraucherschutzes **sicherheitshalber nach § 17 Abs. 2a BeurkG verfahren werden sollte**.

Der Notar sollte die Beteiligten auch zu ihrer Verbraucher- bzw. Unternehmereigenschaft befragen und die Antwort in der Urkunde festhalten.

#### **Formulierungsbeispiele**

Alle Beteiligten erklärten, dass sie nicht in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit, sondern als Verbraucher handeln.

Alle Beteiligten erklärten, dass sie in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit, also als Unternehmer handeln.

### **3. Vertrauensperson**

Die Erklärungen des Verbrauchers sollen durch diesen persönlich oder durch eine Vertrauensperson abgegeben werden. Dadurch soll eine effektive Interessenwahrnehmung des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer ermöglicht und sichergestellt werden, dass die Belehrungen des Notars den Verbraucher auch erreichen. Die Vertrauensperson muss **im Lager des Verbrauchers** stehen und dessen Interessen einseitig (parteilich) wahrnehmen (*Armbrüster*, a.a.O. Rn. 211, z.B. der Ehegatte). Der Notar sollte sich diese Person durch den Verbraucher auf

Nachfrage benennen lassen. Auch in einer vorab für das beabsichtigte Rechtsgeschäft errichteten Vollmacht empfiehlt sich bereits die Aufnahme einer entsprechenden Bezeichnung als Vertrauensperson. Zusätzlichen Schutz des Verbrauchers kann der Notar dadurch sicherstellen, dass ihm persönlich vorab der Entwurf des Vertrages übersandt wird.

Die Mitarbeiter des Notars sind keine Vertrauenspersonen, weil sie nicht in seinem Lager stehen, sondern ebenso wie der Notar zur Unparteilichkeit verpflichtet sind (*Armbrüster*, a.a.O., Rn. 212; *Limmer*, a.a.O., Rn. 148 m.w.N. zum Streitstand).

#### **4. Ausreichend Gelegenheit sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinander zu setzen; Zwei-Wochen-Frist bei Verträgen, die nach § 311b Abs. 1 BGB zu beurkunden sind**

Der Verbraucher soll vorab ausreichend Gelegenheit erhalten, sich mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinander zu setzen. Die Zwei-Wochen-Frist gilt nur bei Verträgen, die nach § 311b Abs. 1 BGB beurkundet werden müssen.

Sie gilt hingegen z.B. nicht bei der Beurkundung von gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten, Verträgen der Miteigentümer über die Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 WEG oder die Bestellung von Grundschulden (**Fall 14 lit. k**) und **Fall 18**). Bei der Beurkundung einer Grundschuld eines Verbrauchers zugunsten einer Bank (Unternehmer) handelt sich um einen nicht nach § 311b Abs. 1 BGB zu beurkundenden Verbrauchervertrag, d.h. die Zwei-Wochen-Frist ist nicht zu beachten. Es fragt sich allerdings, wie der Verbraucher sich ausreichend mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinander setzen kann. Das Zusenden einer Grundschuldbestellungsurkunde reicht hierzu kaum aus. Ausreichend dürfte hier allerdings wohl eine eingehende Belehrung im Beurkundungsterminsein, wenn der Verbraucher zuvor allgemein über die Bestellung einer Grundschuld informiert war.

Bei nach **§ 311 b Abs. 1 BGB** zu beurkundenden Verträgen gilt hingegen die **Zwei-Wochen-Frist**.

Entwürfe sind direkt von dem Notar (bzw. seinem Büro) an den Verbraucher zu übermitteln. Eine Übermittlung durch Dritte (z.B. Makler oder Bauträger) scheidet aus. Zur sicheren Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist sollte ein Termin sicherheitshalber erst angesetzt werden, wenn sichergestellt ist, dass der Verbraucher den Entwurf (bei üblichem Verlauf) 14 ganze Tage prüfen konnte. Postlaufzeit und Beurkundungstag sollten daher nicht mitgezählt werden. In der Akte sollte die Fristwahrung dokumentiert werden.

Wenn der übersandte Vertragsentwurf nicht die Angabe des Kaufgegenstandes, des Kaufpreises und aller für den Vertrag wesentlichen Elemente (wie z.B. einer

Baubeschreibung, der Teilungserklärung, eines vom Käufer zu übernehmenden Wärmelieferungsvertrages) enthält, kann der Verbraucher sich mit den maßgeblichen Informationen nicht hinreichend auseinander setzen. Die Zwei-Wochen-Frist ist daher weder in **Fall 15** noch in **Fall 16** gewahrt (BGH DNotI-Report 2015, 37, 38; BNotK-Rundschreiben 25/2013, A.II.1; *Limmer*, a.a.O. Rn. 156).

Der Urkundseingang sollte Hinweise zum Verfahren beim Verbrauchervertrag und dem Entwurfsversand enthalten.

#### Formulierungsvorschlag:

Der Notar hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass bei einem Verbrauchervertrag gemäß § 17 Abs. 2a BeurkG

- die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine Person seines Vertrauens vor dem Notar abgegeben werden sollen,
- der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhalten soll, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; hierfür soll dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts vom beurkundenden Notar oder seinem Sozium zur Verfügung gestellt werden und zwar im Regelfall zwei Wochen vor Beurkundung.

Demgemäß erklären und bestätigen die Beteiligten hiermit, dass ihnen der Text des heutigen Vertrages und eine beglaubigte Abschrift der nachgenannten Teilungserklärung zwei Wochen vor Beurkundung von dem amtierenden Notar als Entwurf zur Verfügung gestellt wurden.

Änderungen des beabsichtigten Vertragstextes, die nach dessen Versand vom Verbraucher ausgehen (**Fall 17 lit. a**)), lösen die Zwei-Wochen-Frist nicht erneut aus, weil der Verbraucher hiermit ja gerade seine Interessen zur Geltung bringt. Tritt auf Seiten des Verbrauchers eine Vertrauensperson (wie z.B. die Ehefrau in **Fall 17 lit. c**)) als weiterer Vertragsbeteiligter bei, so läuft auch gegenüber dieser Person die Frist nicht erneut an (arg. e § 17 Abs. 2a Nr. 1 BeurkG; *Limmer*, a.a.O., Rn. 163). Änderungswünsche des Unternehmers sind nur dann unproblematisch, wenn sie unwesentlich sind (z.B. Verkauf eines anderen als des ursprünglich vorgesehenen Stellplatzes). Bei wesentlichen Änderungen zu Lasten des Verbrauchers gegenüber dem ursprünglichen Vertragstext (wie in **Fall 17 lit. c**)) dürfte die Frist neu anlaufen (*Limmer*, a.a.O., Rn. 163 m.w.N.). der Notar hat dies im Einzelfall unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Vorschrift eigenständig zu beurteilen.

Die Zwei-Wochen-Frist ist nur als Regelfall ausgestaltet und der Wortlaut des Gesetzes lässt **Abweichungen** hiervon zu.

Der Bundesgerichtshof hat bereits vor der Änderung des § 17 Abs. 2a BeurkG klargestellt, dass die zweiwöchige Regelfrist **nicht zur Disposition der Urkundsbeteiligten steht**: Ein Abweichen von der Regelfrist kommt nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall nachvollziehbare Gründe – auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers – es rechtfertigen, die dem Verbraucher zugedachte Schutzfrist zu verkürzen.

**Erste Voraussetzung** für die Nichteinhaltung der Frist ist deshalb ein **sachlicher Grund**, der aus der Sphäre des Verbrauchers herrühren muss (denkbar wäre etwa eine anstehende Grunderwerbsteuererhöhung, *Armbrüster* in: *Armbrüster/Preuß/Renner*, a.a.O., Rn. 228).

**Zweite Voraussetzung** für eine Fristverkürzung ist, dass der **Übereilungs- und Überlegungsschutz des Verbrauchers** auf andere Weise als durch Einhaltung der Regelfrist **hinreichend gewährleistet** ist (etwa weil dieser selbst sachkundiger Rechtsanwalt ist [*Armbrüster*, a.a.O., Rn. 229] oder bereits einen Vertrag über eine Wohnung im gleichen Objekt zu den gleichen Vertragsbedingungen mit dem Bauträger abgeschlossen hat).

Die Gründe für die Unterschreitung der Frist soll der Notar in der Niederschrift vermerken. Im Hinblick auf die strengen Voraussetzungen der Rechtsprechung und um den Verbraucherschutz nicht zu unterlaufen, ist von dieser Ausnahme nur restriktiv Gebrauch zu machen.

Wenn die Regelfrist von zwei Wochen nicht abgelaufen ist und die Zwecke dieser Wartefrist nicht anderweitig erfüllt sind, hat der Notar die Amtspflicht, eine Beurkundung auch dann abzulehnen, wenn diese von den Urkundsbeteiligten gewünscht wird (**Fall 19**).

Die Einräumung eines einseitigen Rücktritts- oder Widerrufsrechts zugunsten des Verbrauchers (**Abwandlung zu Fall 19**) entspricht nicht dem Schutzzweck des § 17 Abs. 2a BeurkG und kann die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist nicht ersetzen, selbst wenn der Unternehmer in diesem Fall die Notarkosten übernimmt (*Limmer*, a.a.O., Rn. 161). Das wird damit begründet, dass das Gesetz eine solche Ausnahme nicht vorsieht, die Rückgängigmachung des Vertrages psychologisch schwieriger ist als der Nichtabschluss und die Möglichkeit der Rückgängigmachung nach Beurkundung („Alles- oder Nichts“) der vom Gesetz intendierte Verhandlungsmöglichkeit im Vorfeld der Beurkundung nicht gleichwertig ist. Ein solches Rücktrittsrecht kann jedoch flankierend und zusätzlich eingesetzt werden, wenn nach den vom BGH aufgestellten Voraussetzungen (sachlicher Grund, Übereilungsschutz anderweitig gleichwertig sichergestellt), ein Unterschreiten der Zwei-Wochen-Frist gerechtfertigt ist.

## 5. Fazit

In der Praxis zeigt sich, dass vor allem Anwälte unter Berufung auf einen Verstoß gegen § 17 Abs. 2a BeurkG versuchen, Kaufverträge nachträglich zu Fall zu bringen oder doch zumindest den Notar in die Haftung zu nehmen. Bei § 17 Abs. 2a BeurkG handelt es sich zwar zunächst nur um eine Verfahrensvorschrift, deren Verletzung keine unmittelbaren materiell-rechtlichen Folgen für den Vertrag (Unwirksamkeit des Vertrages, Widerrufsrecht o.ä.) hat. Dennoch ist nicht auszuschließen, dass die Rechtsprechung in extremen Fällen einen Verstoß auch einmal auf das beurkundete Geschäft durchschlagen lässt. Da es sich in jedem Fall um eine unbedingte Amtspflicht handelt und der Notar zu Recht als Verbraucherschützer berufen ist, ist die Vorschrift unabhängig davon aber streng zu beachten und restriktiv auszulegen.

## III. EINFLUSS AUSLÄNDISCHEN EHELICHEN GÜTERRECHTS AUF DIE VERTRAGSGESTALTUNG

**Literaturhinweise:** *Hertel* in: Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 7 Kap. 2 (Ausländisches Eherecht, insb. Ehegüterrecht) und Kap. 4 (Ehe- und Erbrecht ausgewählter Staaten); *Schotten/Schmellenkamp*, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007; *Süß* in: *Beck'sches Notarhandbuch*, 6. Aufl. 2015, H. VII. (Internationales Ehe- und Familienrecht) ausgesprochen hilfreich sind die zahlreichen DNotI-Gutachten zum ausländischen Güterrecht, welche unter [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de) abgerufen werden können

Dem Güterrecht kommt bei der notariellen Vertragsgestaltung eine erhebliche Bedeutung zu. Nicht nur bei Eheverträgen oder erbrechtlichen Gestaltungen, sondern auch beim Erwerb eines Grundstücks oder der Verfügung über ein Grundstück oder einen Anteil an einer Kapitalgesellschaft durch einen Ehegatten muss geprüft werden, ob er alleine erwerben oder verfügen kann:

- Will ein verheirateter ausländischer Staatsangehöriger Grundbesitz oder Anteile an einer Kapitalgesellschaft veräußern, stellt sich die Frage nach der Verfügungsbefugnis, auch wenn er als Alleineigentümer im Grundbuch oder der GmbH-Gesellschafterliste eingetragen ist.
- Erwerben ausländische Staatsangehörige Grundbesitz, ist das Beteiligungsverhältnis (§ 47 GBO) festzustellen. Will ein ausländischer Staatsangehöriger Grundbesitz zu Alleineigentum erwerben, kann dem das maßgebliche Recht entgegenstehen. Entsprechendes gilt, für den Erwerb von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, was auch Bedeutung hat für die vom Notar zu erstellende GmbH-Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG,

### 1. Veräußerungsfälle

Ist ein verheirateter ausländischer Staatsangehöriger als Veräußerer eines Grundstücks oder eines Gesellschaftsanteils beteiligt und zweifelhaft, ob er einer

güterrechtlichen Verfügungsbeschränkung unterliegt, sollte **im Zweifel immer auch der Ehegatte mit zustimmen** (auch wenn der Veräußerer als Alleineigentümer im Grundbuch oder der Gesellschafterliste steht). So kann z.B. ein im Güterstand des türkischen Rechts lebender Ehegatte – auch wenn er Alleineigentümer des Grundstücks ist – nach türkischem Recht grundsätzlich nicht ohne Zustimmung seines Ehegatten darüber verfügen, wenn es sich bei dem darauf befindlichen Haus um die Ehwohnung handelt (**Fall 20**; Gutachten des Deutschen Notarinstituts Fax-Abruf-Nr.: 86567). Eine **Verfügungsbeschränkung** kann auch vorliegen, wenn der maßgebliche ausländische Güterstand die „**Gütergemeinschaft**“ oder die „**Errungenschaftsgemeinschaft**“ ist (z.B. bei Italienern). Ist der veräußernde Ehegatte in diesem Fall allein im Grundbuch eingetragen, so liegt Grundbuchunrichtigkeit vor, wenn der Grundbesitz in das Gesamtgut der Gemeinschaft fällt.

Hat der alleinveräußernde ausländische Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland (oder betreibt hier ein Gewerbe), wird der **gute Glaube des Erwerbers** an das Nichtbestehen von Verfügungsbeschränkungen nach **Art. 16 Abs. 1 EGBGB** geschützt, wenn der ausländische Güterstand nicht im Güterrechtsregister eingetragen ist und der Käufer bei Vertragsschluss nicht positiv weiß, dass die Ehegatten in einem ausländischen Güterstand leben.

## 2. Erwerbsfälle

Problematisch ist der Alleinerwerb eines Grundstücks oder einer Gesellschaftsbeteiligung durch einen verheirateten ausländischen Staatsangehörigen und das Berechtigungsverhältnis beim gemeinsamen Erwerb von Ehegatten, bei denen zumindest einer ausländischer Staatsangehöriger ist.

Das zeigt sich in **Fall 21**, bei dem der während der Ehe erworbene Grundbesitz und die Beteiligung des Ehemannes an der Komplementär-GmbH in das Gesamtgut der Eheleute gefallen sind, auch wenn er als Alleineigentümer im Grundbuch bzw. der Gesellschafterliste steht (s.u. Ziffer 3.).

Den Beteiligten ist nicht damit gedient, wenn der Notar über die Auslandsberührung „ein Tuch des Schweigens breitet“ (*Amann*, MittBayNot 1986, 222, 227). Auch wenn der Notar zur Belehrung über ausländisches Recht nicht verpflichtet ist (§ 17 Abs. 3 BeurkG), sollte er an einer Klärung der güterrechtlichen Fragen mit dem Ziel einer sachgerechten Vertragsgestaltung mitwirken (*Krauß* in: *Beck'sches Notarhandbuch*, 6. Aufl. 2015, A.I Rn. 665)

Steht als Ergebnis fest, dass nach dem maßgeblichen ausländischen Güterstand der Erwerb des Grundstücks oder des Gesellschaftsanteils nur zum Gesamtgut einer Errungenschafts- oder Gütergemeinschaft erfolgen kann, scheidet der Erwerb

zu Alleineigentum eines Ehegatten aus. Erwerben Eheleute Grundbesitz gemeinsam, ist wegen § 47 GBO das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis zu bezeichnen. Entsprechendes gilt für die Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG. Dabei sollten die Begriffe „Errungenschaftsgemeinschaft“ oder „Gütergemeinschaft“ nicht ohne Zusatz verwendet werden, da sie im Zweifel mit den deutschen Rechtsbegriffen nicht übereinstimmen. Zu empfehlen ist, bei der Auflassung oder der Abtretung zu formulieren: *„Die Beteiligten sind darüber einig, dass das Eigentum an dem verkauften Grundbesitz auf die Käufer in Errungenschaftsgemeinschaft gemäß dem gesetzlichen Güterstand des \*\*\* Rechts übergeht.“* (Krauß in: Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, A.I Rn. 672).

Will ein Ehegatte entgegen dem anwendbaren Güterrecht allein erwerben oder wollen die Ehegatten in einem anderen (z.B. dem deutschen Güterrecht) erwerben, dann kommt der vorherige Abschluss eines **Ehevertrages mit einer Rechtswahl** in Betracht (**Art. 15 Abs. 2 EGBGB**). Das empfiehlt sich auch in Zweifelsfällen. Da die Rechtswahl Auswirkung auf das Erbrecht haben kann ist sie dem ZTR anzuzeigen.

Zutreffend weist Krauß (in: Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, A.I Rn. 671) in diesem Zusammenhang auf folgendes hin: Von einer auf den inländischen Grundbesitz (oder gar auf das zu erwerbende Grundstück) beschränkten Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB ist abzuraten, da diese zu einer Güterrechtsspaltung führen kann, die bei einer Scheidung (*Ergänzung des Verfassers*: und im Erbfall) zu erheblichen Komplikationen führt (*Ergänzung des Verfassers*: außerdem Gebührenerhöhung nach § 104 GNotKG, Teilwert 30 %). Die in Grundstückskaufverträgen anzutreffende „Standard-Rechtswahlklausel“, mit der Gütertrennung (gegebenenfalls beschränkt auf inländischen Grundbesitz) vereinbart wird (die bereits im Vertragsentwurf des Notars enthalten ist), wird der Bedeutung der Rechtswahl und vor allem der nachteiligen Wirkungen der Gütertrennung in keiner Weise gerecht. In den meisten Fällen ist es zudem richtig, ehevertragliche Vereinbarungen um letztwillige Verfügungen der ausländischen Staatsangehörigen zu ergänzen und hierbei für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen deutsches Recht zu wählen (Art. 25 Abs. 2 EGBGB), solange nicht (ab August 2015) die EU-ErbrechtsVO zumindest teilweise für Einheitlichkeit sorgt.

### 3. Ermittlung des Güterrechts

Das anwendbare in- oder ausländische Güterstatut und das materielle Güterrecht sind nach Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art 14 Abs. 1 EGBGB, ggf. unter Berücksichtigung des ausländischen Internationalen Privatrechts (insbesondere etwaiger Rückverweisungen desselben auf das deutsche Recht) und des ausländischen Ehegüterrechts zu ermitteln.

### Checkliste zur Ermittlung des Güterstandes ausländischer Beteiligter

1. Ist ein ausländischer Beteiligter verheiratet?
2. Datum der Eheschließung
3. Gibt es einen Ehevertrag oder eine Rechtswahl, z.B. in einem früheren Kaufvertrag? (Künftig) ggf. auch Recherche im ZTR.
4. Staatsangehörigkeit **beider** Eheleute bei Eheschließung **und** heute; ausschließliche oder mehrere Staatsangehörigkeiten?
5. Gewöhnlicher Aufenthalt beider Eheleute bei der Eheschließung und **erster gemeinsamer ehelicher Wohnsitz**; Staat, zu dem beide Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung die engsten Beziehungen hatten
6. Evtl. besonderer Status der Beteiligten im Zeitpunkt der Eheschließung oder heute: Flüchtling, Vertriebener, Asylberechtigter, Aussiedler oder Spätaussiedler (letztere haben ab dem 1.1.1993 ihre Heimat verlassen), Iraner?
7. Ermittlung des Güterstandes anhand der Art. 220 Abs. 3, 15 Abs. 1, 14 EGBGB und des anwendbaren ausländischen Güterstatuts (→ Handbücher und DNotl-Gutachten). Insbesondere ist zu beachten, ob das maßgebliche ausländische Internationale Privatrecht eine Rückverweisung auf das deutsche Recht enthält oder bei Grundstücken die *lex rei sitae* auch in Bezug auf das Güterrecht für maßgeblich erklärt.

In der **Abwandlung 1 zu Fall 20** verweist sowohl in Konstellation **(1)** als auch **(2)** Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB auf das türkische Recht, als das im Zeitpunkt der Eheschließung maßgebliche Recht. Es handelt sich um eine Gesamtverweisung unter Einschluss des türkischen IPR. Das türkische IPR nimmt die Verweisung an, weil es ebenfalls unwandelbar in erster Linie an die gemeinsame Staatsangehörigkeit bei Eheschließung anknüpft. Damit leben die Eheleute im gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung des türkischen Rechts (welcher sowohl Erwerb zum Alleineigentum eines Ehegatten als auch zu Miteigentum beider Ehegatten zulässt).

Wären beide Ehegatten hingegen **Russen mit Wohnsitz in Deutschland**, so würde das deutsche IPR wie oben auf das russische Recht verweisen. Das (vor dem dortigen materiellen Güterrecht vorrangig zu prüfende) russische IPR verweist wegen des Wohnsitzes aber wandelbar auf das deutsche Recht zurück, das die Rückverweisung auch annimmt (Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB). Die Ehegatten würden danach im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft des deutschen Rechts leben.

In der **Abwandlung 2 zu Fall 20** leben beide Ehegatten nach Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft

des deutschen Rechts, weil sie nach dem 8.4.1983 geheiratet haben (vgl. zu diesem Datum Art. 220 Abs. 3 EGBGB) und zur Zeit der Heirat ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland hatten.

**Formulierungsbeispiel** (Ein Ehegatte kauft (ein Ehegatte war bei Eheschließung ausschließlich türkischer Staatsangehöriger, ein Ehegatte war bei Eheschließung ausschließlich deutscher Staatsangehöriger, erster ehelicher Wohnsitz in Deutschland; einen Ehevertrag oder eine Rechtswahl – z.B. in einem früheren Kaufvertrag – gibt es nicht.)

Der Käufer erklärte vorab: Ich bin verheiratet mit \*\*\*. Wir haben am \*\*\* vor dem Standesbeamten in \*\*\* die Ehe geschlossen. Zur Zeit dieser Eheschließung war ich, \*\*\*der Ehemann/\*\*\*die Ehefrau, ausschließlich \*\*\*türkische/r/\*\*\*deutsche/r Staatsangehörige/r und \*\*\*mein Ehemann/\*\*\*meine Ehefrau ausschließlich \*\*\*türkische/r/\*\*\*deutsche/r Staatsangehörige/r. Wir hatten damals beide unseren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Der erste eheliche Wohnsitz war in \*\*\* (Deutschland). Wir haben bisher weder einen Ehevertrag geschlossen noch eine Rechtswahl des Ehegüterrechts (z.B. in einem früheren Grundstückskaufvertrag) getroffen; eine (vorsorgliche) Einsicht des Notars in das Zentrale Testamentsregister wird hierzu nicht gewünscht. Ich bin der Überzeugung, dass das Recht, zu dem wir zur Zeit der Eheschließung die engsten Beziehungen hatten, das Recht des Staates Bundesrepublik Deutschland ist und die güterrechtlichen Wirkungen unserer Ehe aufgrund dieses Sachverhalts dem deutschen Recht unterliegen (Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB). Eine (ggf. vorsorgliche) Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts wünsche ich nicht.

In **Fall 21** gilt aus deutscher Sicht gem. Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB bei gemeinsamer Staatsangehörigkeit der Eheleute ihr gemeinsames Heimatrecht zur Zeit der Eheschließung. Das kroatische IPR nimmt diese Verweisung an, daher ist kroatisches Recht Güterstatut. Gesetzlicher Güterstand ist in Kroatien damit eine besondere Art der Errungenschaftsgemeinschaft. Die vom Ehemann während der Ehe erworbenen Grundstücke stellen daher (wenn nicht ausnahmsweise Erwerb zum Eigengut erfolgte) Gesamtgut nach kroatischem Recht dar. Auch wenn er als Alleineigentümer in das Grundbuch eingetragen ist, ist dieses Vermögen Teil der ehelichen Gütergemeinschaft geworden. Insoweit ist seine Ehefrau also mitberechtigt. Folge wäre, dass das Grundbuch, da es unrichtig ist, zu berichtigen wäre. Eine Verfügung müsste durch seine Ehefrau als Miteigentümerin ebenfalls vorgenommen werden (aber Schutz des Erwerbers durch § 892 BGB und Art. 16 Abs. 1 EGBGB).

In gleicher Weise ist auch davon auszugehen, dass die Beteiligung an der GmbH – und zwar ganz gleich, ob er diese durch Gründung oder Abtretung erworben hat – in die Gütergemeinschaft gefallen ist und daher gemeinschaftliches Eigentum von ihm und seiner Ehefrau geworden ist.

Die Kommanditbeteiligung an der Personengesellschaft ist hingegen wegen des personalistischen Charakters dieser Gesellschaft zwingend Sonder- bzw. Eigengut. (Einzelheiten zu allem DNotI-Internetgutachten Nr.: 137573).

#### IV. ZWANGSVOLLSTRECKUNGSUNTERWERFUNG IN NOTARIELLEN URKUNDEN (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO)

**Literaturhinweise:** *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rn. 1420 ff.; *Müller*, Notarielle Vollstreckungstitel, *RNotZ* 2010, 167; *Würzburger Notarhandbuch*, 4. Aufl. 2015, Teil 1 Kap. 3

Nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO findet die Zwangsvollstreckung statt „aus Urkunden, die von einem deutschen Gericht oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, der einer vergleichweisen Regelung zugänglich, nicht auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet ist und nicht den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betrifft, und der Schuldner sich in der Urkunde wegen des zu bezeichnenden Anspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat“.

Der Anspruch in einer Vollstreckungsunterwerfungserklärung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur dann hinreichend „bezeichnet“, wenn die Unterwerfungserklärung nicht nur dem **allgemeinen prozessualen Bestimmtheitsgebot** genügt, sondern auch dem darüber hinaus reichenden **Konkretisierungsgebot**. Das setzt die **konkrete Bezeichnung** eines jeden in der Urkunde begründeten oder erwähnten Anspruchs, welcher vollstreckbar sein soll, voraus.

Der Bundesgerichtshof begründet das zum einen mit dem Wortlaut des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, wonach der Anspruch zu „bezeichnen“ ist. Außerdem ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte, dass *„pauschale Unterwerfungserklärungen mit den damit verbundenen Erschwernissen des Vollstreckungsverfahrens“* verhindert werden sollten, um Justizressourcen zu schonen. Bei pauschalen Vollstreckungsunterwerfungen würde die Konkretisierungsaufgabe, die nach dem Konzept des Gesetzes von den Parteien bei der Beurkundung der Unterwerfungserklärung zu bewältigen sei, in das Klauselerteilungsverfahren und etwa anschließende Gerichtsverfahren über Rechtsbehelfe gegen die Erteilung oder Nichterteilung der Klausel verlagert. Mit anderen Worten: Es geht um die richtige Arbeitsverteilung: Die sorgfältige Formulierung konkreter Unterwerfungserklärungen in der Urkunde ist Aufgabe der Parteien und des Notars, um die Vollstreckungsorgane und Gerichte zu entlasten. Sie kann auch nicht im Klauselerteilungsverfahren nachgeholt werden.

In **Fall 22** genügt die pauschale Unterwerfungsklausel nicht den Anforderungen des Konkretisierungsgebots. Das gleiche gilt in **Fall 23**. K hat sich in diesem Fall als Käuferin in der Urkunde wegen „*der in dieser Urkunde eingegangenen Zahlungsverpflichtungen, die eine bestimmte Geldsumme zum Gegenstand haben*“ der Vollstreckung unterworfen. Welche das sind, ließe sich zwar, wie bei allen pauschalen Vollstreckungsunterwerfungen, mit einer Durchsicht der Urkunde feststellen. Aus der Unterwerfungserklärung selbst ergibt sich das - wie aber geboten - nicht. Sie benennt die Ansprüche nicht und verweist auch nicht z.B. auf die Regelung der Ansprüche in dem Vertrag.

**Bei einem Verstoß gegen das Konkretisierungsgebot ist die Unterwerfungserklärung nichtig und unwirksam.** Da die Konkretisierung nicht bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel nachgeholt werden kann, darf der Notar in der **Abwandlung zu Fall 23** keine (konkretisierte) Vollstreckungsklausel erteilen.

Der Vertragsgestalter muss sich also die Mühe machen, bei der Formulierung der Vollstreckungsunterwerfung den Anspruch bzw. die Ansprüche konkret zu bezeichnen. Das kann auch zur Folge haben, dass eine Urkunde bei mehreren darin enthaltenen Zahlungsansprüchen mehrere Vollstreckungsunterwerfungen enthält.

Sind bei einem Kaufvertrag aus dem Kaufpreis nach näherer Maßgabe der Fälligkeitsmitteilung des Notars noch Gläubiger abzulösen, so sollte der Notar angewiesen werden, dem Verkäufer eine vollstreckbare Ausfertigung nur insoweit zu erteilen, als sie mit dem Inhalt der Fälligkeitsmitteilung übereinstimmt („*gemäß dem Inhalt der Fälligkeitsmitteilung des Notars*“). So wird verhindert, dass der Verkäufer aus einer uneingeschränkten Klausel die Vollstreckung mit dem Ziel der Zahlung des gesamten Kaufpreises an sich selbst betreiben kann. Befristung und Betrag der Ablöseforderung sind dann in die Klausel aufzunehmen, wobei die der Fälligkeitsmitteilung beigefügten Gläubigerschreiben aufgrund des enthaltenen Nachweisformverzichtes auch hier in bloß privatschriftlicher Form (entgegen § 726 BGB) beigefügt werden können (*Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, a.a.O. Rn. 1455).

**Formulierungsbeispiele**

Wegen des Anspruchs auf Zahlung des Kaufpreises unterwirft sich der Käufer (mehrere als Gesamtschuldner) dem Verkäufer (mehreren als Mitgläubiger gemäß § 432 BGB) gegenüber der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Dem Verkäufer kann <sup>\*\*\*</sup>(Variante 1) jederzeit eine vollstreckbare Ausfertigung gemäß dem Inhalt der Fälligkeitsmitteilung des Notars erteilt werden, ohne dass es weiterer Nachweise bedarf / <sup>\*\*\*</sup>(Variante 2) nach Absendung der Fälligkeitsmitteilung des Notars eine vollstreckbare Ausfertigung gemäß deren Inhalt erteilt werden, ohne dass es weiterer Nachweise bedarf.

Wegen des Anspruchs auf Zahlung des Kaufpreises in § <sup>\*\*\*</sup> der Urkunde und wegen des Anspruchs auf Zahlung des Pachtzinses in § <sup>\*\*\*</sup> der Urkunde unterwirft sich der Käufer ...

Ist der Kaufpreis auf Notaranderkonto zu hinterlegen, muss sichergestellt werden, dass der Verkäufer die Zwangsvollstreckung nur mit dem Ziel der Hinterlegung des Kaufpreises auf das Notaranderkonto betreiben kann.

Das Konkretisierungsgebot gilt auch für den **Zinsbeginn und die Zinshöhe**. Die Höhe der Zinsen muss allein aus der Urkunde und dem Gesetz heraus bestimmbar sein, und der Zinsbeginn sich aus der Urkunde ohne Weiteres ergeben (BGH ZIP 1999, 2024). In **Fall 24** fehlt die Angabe des Verzinsungsbeginns und die Zinshöhe ist unbestimmt, weil nicht angegeben ist, ob der gesetzliche Verzugszinssatz nach § 288 Abs. 1 (5 Prozentpunkte) oder § 288 Abs. 2 (8 Prozentpunkte) gelten soll. Für die Zwecke der Zwangsvollstreckung kann als Verzugszins ein fiktiver Zinssatz und ein fiktiver Zinsbeginn festgelegt werden.

**Formulierungsbeispiel:**

Wegen des Anspruchs auf Zahlung des Kaufpreises nebst Zinsen unterwirft sich der Käufer dem Verkäufer gegenüber der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen mit der Maßgabe, dass für die Zwecke der Zwangsvollstreckung Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten (zwischen zwei Unternehmern: acht Prozentpunkten) ab <sup>\*\*\*</sup>heute / <sup>\*\*\*</sup> dem 1. Juli 2015 / <sup>\*\*\*</sup> dem Tag der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung dieser Urkunde als geschuldet gelten sollen. (...)

Vollstreckt der Gläubiger in diesem Fall Zinsen für einen Zeitraum, in dem materiell-rechtlich noch gar kein Verzug eingetreten war, so kann der Schuldner dagegen erfolgreich Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO erheben. Der Gläubiger sollte, wenn er beim Notar eine Vollstreckungsklausel beantragt, den Antrag nur

i.H.d. tatsächlich geschuldeten Zinsen ab dem tatsächlichen Eintritt des Vollzugs stellen.

Bei der Vollstreckung wegen Kindesunterhalt kann die Vollstreckungsunterwerfung nicht durch Bezugnahme auf den jeweiligen Zahlbetrag der Düsseldorfer Tabelle dynamisiert werden, wohl aber durch Bezugnahme auf den Mindestunterhalt nach § 1612a BGB. Da sich dieser aus dem Gesetz ergibt, ist er hinreichend bestimmt, *Volmer* in: Würzburger Notarhandbuch, a.a.O., Rn. 39 f. mit dem folgenden

**Formulierungsbeispiel:**

Bezüglich des Kindesunterhalts für die gemeinsame Tochter Laura geb. am 27.10.2010, gehen die Ehegatten davon aus, dass der Ehemann als barunterhaltspflichtiger Elternteil Kindesunterhalt nach der Düsseldorfer Tabelle, Altersstufe 0–5, 4. Gehaltsstufe, schuldet (bereinigtes Netto-Einkommen 1915,- €; Erhöhung um eine Stufe wegen nur eines unterhaltspflichtigen Kindes dabei eingerechnet). Das Kindergeld steht der Ehefrau in voller Höhe zu, was hiermit vereinbart wird. Wegen des sich daraus ergebenden Kindesunterhalts in Höhe von 115,1 % des jeweiligen Mindestunterhalts der jeweiligen Altersstufe abzüglich jeweils hälftigen Kindergeldes (von derzeit 92,- €), derzeit damit 272,86 € unterwirft sich der Ehemann der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde.

## V. MAKLERKLAUSELN IN GRUNDSTÜCKSKAUFVERTRÄGEN

**Literaturhinweise:** *Althammer*, Maklerklauseln im Anwendungsbereich der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG n. F. – Zur Reichweite des notariellen Verbraucherschutzes, *MittBayNot* 2014, 297; *Bethge*, Maklerklauseln in notariellen Kaufverträgen - Eine Herausforderung für die notarielle Vertragsgestaltung, *NZM* 2002, 193; *Bremkamp*, Löst die Aufnahme einer Maklerklausel in einen Grundstückskaufvertrag zwischen Verbrauchern die Zweiwochenfrist gem. § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 2 HS 2 BeurkG aus?, *RNotZ* 2014, 461; *Supplet*, Zweifelsfragen in der notariellen Praxis hinsichtlich von Dienstleistungen für Immobilienmakler, *DNotZ* 2012, 270; *Wälzholz*, Zulässigkeit und Ausgestaltung von Maklerklauseln in der notariellen Praxis, *MittBayNot* 2000, 357

Die Aufnahme von Maklerklauseln in Grundstückskaufverträgen wirft eine ganze Reihe von Rechtsproblemen auf, die in jüngster Zeit verstärkt diskutiert werden.

In erster Linie liegt die Aufnahme einer Provisionsklausel im Interesse des Maklers. Die Entscheidung, ob eine Maklerklausel in den Kaufvertrag aufzunehmen ist und welche Gestaltung dafür gewählt wird, hängt aber von dem **Willen der Vertragsbeteiligten** (nicht des Maklers) und den Umständen des Einzelfalles ab. Die Bedeutung und Rechtsfolgen der Maklerklausel muss der Notar daher **immer mit den Beteiligten erörtern und deren Willen ermitteln**.

Zu unterscheiden sind

- **deklaratorische Maklerklauseln**, durch die lediglich bestätigt wird, dass der Vertrag durch Vermittlung eines Maklers zustande gekommen ist und der Verkäufer oder der Käufer oder beide die Provision schulden, und
- **konstitutive Maklerklauseln**, welche die Zahlungspflicht selbständig begründen.

Standesrechtliche Bedenken werden gegen Maklerklauseln geäußert (siehe *Krauß* in: *Beck'sches Notarhandbuch*, 6. Aufl. 2015, AI Rn. 480 m.w.N.), in denen im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter ein eigener unmittelbarer Anspruch auf Vergütung gegen den Käufer und/oder den Verkäufer unabhängig von einem Maklervertrag geschaffen wird, eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen der Provision zugunsten des Maklers, die auf einseitigen Wunsch des Maklers aufgenommene Abtretung eines entsprechenden Teils des Kaufpreises an den Makler wegen seines Provisionsanspruchs gegen den Verkäufer, oder die Fälligkeit der Maklerprovision vor Rechtswirksamkeit des Kaufvertrages. Nach dem Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr.16/2003 verbietet es die Neutralitätspflicht des Notars insbesondere, eine Klausel aufzunehmen, wonach weitere Voraussetzung zur Eigentumsumschreibung die schriftliche Bestätigung des Maklers sein soll, dass seine Maklergebühren gezahlt sind.

In seiner Entscheidung vom 24. November 2014, Az.: NotSt (Brg) 1/14 (abrufbar unter [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)), hat der Bundesgerichtshof unlängst die Amtsenthebung eines Notars u.a. im Zusammenhang mit der Beurkundung von Maklerklauseln bestätigt. Der Bundesgerichtshof hat in dem betreffenden Fall die disziplinarische Beanstandung der systematischen Verwendung von Maklerklauseln, die **nicht lediglich einen deklaratorischen Charakter** besitzen, durch die Dienstaufsicht als richtig angesehen. Er hat in seiner Entscheidung insbesondere ausgeführt, dass die durchgängige Verwendung einer Maklercourtageklausel ohne die durch § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG gebotene Erforschung des Willens der Urkundsbeteiligten einen Verstoß gegen die Dienstpflichten eines Notars gem. § 14 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 S. 2 BNotO zur Folge hat. Da der Vermittler nicht Beteiligter des Urkundsgeschäfts sei, werde durch entsprechende Gestaltungen der unzulässige Eindruck der Parteilichkeit und Abhängigkeit des Notars hervorgerufen.

Problematisch sind **konstitutive Maklerklauseln** in Gestalt von Schuldanerkenntnissen oder Verträgen zugunsten Dritter außerdem im Hinblick darauf, dass

- in Verträgen mit Verbrauchern die Informationspflichten nach § 312d Abs. 1 BGB und das Widerrufsrecht des Verbrauchers nach § 312g Abs. 1 BGB bei entsprechender notarieller Belehrung entfallen,
- in Verträgen, an denen sonst nur Verbraucher beteiligt sind, ihre Aufnahme in den Kaufvertrag infolge der Begründung eines Anspruchs des Maklers als

Unternehmer zu einem Verbrauchervertrag führen kann mit der Folge, dass eine Beurkundung erst nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a BeurkG erfolgen darf (im einzelnen streitig, s. *Althammer* und *Bremkamp* a.a.O.),

- sich (bei einem dadurch ausgelösten Gebührensprung) die Notarkosten erhöhen können, weil sich die Provisionszahlungspflicht – anders als in einer deklaratorischen Maklerklausel – geschäftswerterhöhend auswirkt (Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rn. 1729 ff.).

Dies ist in **Fall 25 lit. a) (1) und (2)** zu beachten.

Wegen der zahlreichen ungeklärten Rechtsfragen und der erhöhten Anforderungen an die notarielle Aufklärung und Belehrung rät die Notarkammer Koblenz derzeit allen Notaren unseres Kammerbezirks, von der Verwendung konstitutiver Maklerklauseln grundsätzlich Abstand zu nehmen.

**RS d. NotKko vom 04.03.2015 - Maklerklauseln - BGH, 24. November 2014, Az.: NotSt (Brg) 1/14**

Sehr geehrte Damen und Herren Kolleginnen und Kollegen,

in der für die amtliche Sammlung vorgesehenen Entscheidung BGH, 24. November 2014, Az.: NotSt (Brg) 1/14 (anbei), hat der Bundesgerichtshof die Amtsenthebung eines Notars u.a. im Zusammenhang mit der Beurkundung von Maklerklauseln bekräftigt. Zahlreiche Kolleginnen und Kollegen haben sich in der Folge an unsere Notarkammer gewandt und um eine Handreichung der Landesorganisation zum Thema Maklerklauseln gebeten.

Der Bundesgerichtshof hat in dem betreffenden Fall die disziplinarische Beanstandung der systematischen Verwendung von Maklerklauseln, die nicht lediglich einen deklaratorischen Charakter besitzen (vgl. die Klausel in Rn. 3), durch die Dienstaufsicht als richtig angesehen (Rn. 33). Das Gericht hat in seiner Entscheidung insbesondere ausgeführt, dass die durchgängige Verwendung einer Maklercourtageklausel ohne die durch § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG gebotene Erforschung des Willens der Urkundsbeteiligten einen Verstoß gegen die Dienstpflichten eines Notars gem. § 14 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 S. 2 BNotO zur Folge hat. Da der Vermittler nicht Beteiligter des Urkundsgeschäfts sei, werde durch entsprechende Gestaltungen der unzulässige Eindruck der Parteilichkeit und Abhängigkeit des Notars hervorgerufen.

Der Bundesgerichtshof hat allerdings nicht über die berufsrechtliche Zulässigkeit von konstitutiven Maklerklauseln im Einzelfall entschieden,

- o die mit dem Willen beider Parteien in den Kaufvertrag aufgenommen werden,

- o die klar und unzweideutig gefasst sind und
- o über deren Bedeutung sowie Kostenfolgen die Parteien vollständig aufgeklärt werden.

Der Rechtsausschuss der Notarkammer Koblenz beschäftigt sich derzeit mit der Frage der Zulässigkeit von Maklerklauseln; über das Gutachten wird im Vorstand beraten werden. Zudem werden sich der Berufsrechtsausschuss der Bundesnotarkammer und die zuständigen Gremien mit der Thematik befassen. Wir werden Sie über die Ergebnisse jeweils umgehend informieren.

Wegen der zahlreichen ungeklärten Rechtsfragen und der erhöhten Anforderungen an die notarielle Aufklärung und Belehrung raten wir Ihnen dazu, in der Zwischenzeit von der Verwendung konstitutiver Maklerklauseln (sofern nicht wegen § 311 b Abs. 1 BGB erforderlich, da der Vergütungsanspruch des Maklers zum Gegenstand der Leistung im Kaufvertrag gemacht worden ist) Abstand zu nehmen.

Jedenfalls als vertretbar dürften zum gegenwärtigen Zeitpunkt indes sog. deklaratorische Klauseln anzusehen sein, in denen festgestellt wird, dass der Vertrag durch Vermittlung des Maklers zustande gekommen ist und die betreffende Partei erklärt, mit dem Makler eine Provisionsvereinbarung getroffen zu haben.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen

Dr. Steffen Breßler, LL.M. (University of Pennsylvania)

Geschäftsführer

Notarkammer Koblenz

Hohenzollernstraße 18

56068 Koblenz

#### **Formulierungsbeispiel für eine ausführliche deklaratorische Klausel:**

Die Vertragsbeteiligten erklären, dass dieser Vertrag durch Vermittlung \*\*\*von/\*\*\*des/\*\*\*der \*\*\* als Makler zustande gekommen ist.

\*\*\*Der Verkäufer/\*\*\*Käufer hat nach seinen Angaben mit dem Makler vor der heutigen Beurkundung vertraglich eine Maklerprovision in Höhe von \*\*\* Prozent des Kaufpreises \*\*\*zuzüglich / \*\*\*inklusive gesetzlicher Mehrwertsteuer (also insgesamt \*\*\* €) vereinbart.

Ein Einwendungsverzicht, ein Vertrag zugunsten Dritter oder eine selbständige neue Rechtspflicht werden durch diese Erklärung nicht begründet.

Der Notar wird beauftragt, dem Makler eine Abschrift dieses Vertrages zu übersenden, sobald dieser rechtswirksam geworden ist.

Der Notar hat über die Bedeutung und Rechtsfolgen dieser Erklärung belehrt und insbesondere darauf hingewiesen,

- dass diese in einem eventuellen Prozess um die Berechtigung eines Provisionsanspruchs Beweiswirkung zu Lasten des Provisionsschuldners haben kann und
  - dass der Provisionsanspruch aus einem Maklervertrag nach dem Gesetz erst mit Wirksamkeit des heutigen Kaufvertrags entsteht und fällig wird.
- Die Urkundsbeteiligten bestätigen, dass die Aufnahme dieser Erklärung auf ihren ausdrücklichen Wunsch erfolgt.

**Konstitutive Klauseln** können bzw. müssen in den Vertrag aufgenommen werden, wenn die Vertragsbeteiligten selbst auf die Aufnahme dieser Klausel in den Vertrag bestehen und den Vertrag sonst nicht schließen würden (**Fall 25 lit. b) und c)**): In diesem Fall ist eine Aufnahme wegen § 311b Abs. 1 BGB (zwingende Mitbeurkundung!) erforderlich, da der Vergütungsanspruch des Maklers zum Gegenstand der Leistung im Kaufvertrag gemacht worden ist (z.B. weil der Verkäufer die Maklerprovision schuldet und diese auf den Käufer übergewälzt werden soll oder weil die Ausübung eines Vorkaufsrechts konkret droht und die Provisionszahlungspflicht für diesen Fall auf den Vorkäufer übergewälzt werden soll). Denn ist zugunsten des Maklers ein Anspruch aus § 328 Abs. 1 vereinbart worden, so kann der Makler die Provision auch von dem Vorkaufsberechtigten fordern, wenn dieser das Vorkaufsrecht ausgeübt hat (BGH NJW 1996, 654). Die Übernahme der vom Verkäufer geschuldeten Provision durch den Käufer als Teil von dessen Gegenleistung führt jedoch zu einer Grunderwerbsteuererhöhung. Die Maklerklausel muss in diesem Fall zwingend mitbeurkundet werden. Bedeutung der konstitutiven Maklerprovisionsklausel und die Rechtsfolgen (insbesondere eines Schuldanerkenntnisses) sind jedoch den Beteiligten eingehend zu erläutern. In jedem Fall sollte der Notar ungewöhnliche Maklerklauseln nur beurkunden, wenn die Beteiligten auch nach einer eingehenden Belehrung (auch über die Kostenfolge) gleichwohl auf der für Regelung bestehen; dies sollte er in der Urkunde vermerken (*Blaeschke, Praxishandbuch Notarprüfung, 2. Auf 2010, Rn. 1219*).

**Formulierungsbeispiel für eine Belehrung bei einer konstitutiven Maklerklausel als echter Vertrag zugunsten Dritter mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung:**

Der Notar hat über die Bedeutung und Rechtsfolgen dieser Maklerklausel und der Unterwerfungserklärung eingehend belehrt und insbesondere darauf hingewiesen, dass

- die Informationspflichten nach § 312d Abs. 1 BGB und das Widerrufsrecht des Verbrauchers nach § 312g Abs. 1 BGB entfallen,

- der Provisionsschuldner durch diese Klausel keine Rechte gegen den Makler erlangt,
- unabhängig von Bestand und Wirksamkeit eines Maklervertrages eine Zahlungspflicht hierdurch begründet wird,
- sich die Prozessführungslast durch die Vollstreckungsunterwerfung umkehrt,
- sich infolge der Klausel die Notarkosten und die Grunderwerbsteuer erhöhen können.

Die Urkundsbeteiligten bestätigen, dass die Aufnahme dieser Klausel auf ihren ausdrücklichen Wunsch erfolgt. **[Hinweis an die Beteiligten: Bitte prüfen.]**

Die weitere Entwicklung und die standesrechtlichen Vorgaben der Notarkammer bleiben abzuwarten. In jedem Fall ist es empfehlenswert, die im Notarbüro bekannten Makler in einem Anschreiben über die Rechtslage zu informieren.

## VI. EIDESSTATTLICHE VERSICHERUNG MIT EXKURS ZUM NACHLASSVERZEICHNIS

**Literaturhinweise (eidesstattliche Versicherung):** *Blaeschke*, Praxishandbuch Notarprüfung 2. Aufl. 2010, Rn. 1099 ff.; *Grziwotz* in: *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG – Beurkundungsgesetz, 2. Aufl. 2015, § 38 BeurkG; *Reithmann* in: *Schippel/Bracker*, Bundesnotarordnung, 9. Aufl. 2011, § 22 Rn. 7 ff.; *Weingärtner*, Vermeidbare Fehler im Notariat, 9. Aufl. 2014, Rn. 306 ff.;

### 1. Eidesstattliche Versicherung

§ 38 BeurkG regelt das formelle Beurkundungsverfahren, das bei der Aufnahme von Eiden und eidesstattlichen Versicherungen zu beachten ist.

#### § 38 BEURKG – EIDE, EIDESSTATTLICHE VERSICHERUNGEN

(1) Bei der Abnahme von Eiden und bei der Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen gelten die Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen entsprechend.

(2) Der Notar soll über die Bedeutung des Eides oder der eidesstattlichen Versicherung belehren und dies in der Niederschrift vermerken.

Für das Beurkundungsverfahren gelten also die Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen (§§ 6 ff. BeurkG) entsprechend. Die Niederschrift muss verlesen und von den Erschienenen genehmigt und unterschrieben werden. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Erklärung genau und dem Willen der Beteiligten entsprechend festgelegt wird.

§ 38 BeurkG ist jedoch keine Zuständigkeitsnorm. Die Zuständigkeit ergibt sich vielmehr aus § 22 BnotO.

#### § 22 BNOTO – ABNAHME VON EIDEN UND EIDLICHEN VERNEHMUNGEN

(1) Zur Abnahme von Eiden sowie zu eidlichen Vernehmungen sind die Notare nur zuständig, wenn der Eid oder die eidliche Vernehmung nach dem Recht eines ausländischen Staates oder nach den Bestimmungen einer ausländischen Behörde oder sonst zur Wahrnehmung von Rechten im Ausland erforderlich ist.

(2) Die Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen steht den Notaren in allen Fällen zu, in denen einer Behörde oder sonstigen Dienststelle eine tatsächliche Behauptung oder Aussage glaubhaft gemacht werden soll.

§ 22 BNotO regelt nur die Aufnahme der eidesstattlichen Versicherung, nicht aber die Abnahme, d.h. die strafrechtliche relevante Entgegennahme. Aufnahme ist zunächst einmal nur die Niederlegung der eidesstattlichen Versicherung in einem Schriftstück und damit weniger als die Abnahme. Die „eidesstattliche Versicherung“ dient der Gewinnung von Entscheidungsgrundlagen für Gerichte und Behörden. Dabei sind nicht alle Behörden strafrechtlich geschützt. Der strafrechtliche Schutz setzt voraus, dass das Gericht oder die Behörde gerade in dem vorliegenden Verfahren zur Entgegennahme (Abnahme) von eidesstattlichen Versicherungen berechtigt ist.

#### § 156 STGB - FALSCHER VERSICHERUNG AN EIDES STATT

Wer vor einer zur Abnahme einer Versicherung an Eides Statt zuständigen Behörde eine solche Versicherung falsch abgibt oder unter Berufung auf eine solche Versicherung falsch aussagt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

#### § 161 STGB - FAHRLÄSSIGER FALSCHER VERSICHERUNG AN EIDES STATT

(1) Wenn eine der in den §§ 154 bis 156 bezeichneten Handlungen aus Fahrlässigkeit begangen worden ist, so tritt Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe ein.

(2) Strafflosigkeit tritt ein, wenn der Täter die falsche Angabe rechtzeitig berichtigt. Die Vorschriften des § 158 Abs. 2 und 3 gelten entsprechend.

Die eidesstattliche Versicherung ist also eine **strafrechtlich besonders qualifizierte Tatsachenerklärung**; sie wird wirksam nicht mit der Niederlegung in einem Schriftstück, sondern erst mit dem Zugang dieses Schriftstücks bei der zur Abnahme berechtigten Stelle.

„**Abnahme**“ einer eidesstattlichen Versicherung ist mehr als deren Niederlegung; Abnahme bedeutet Mitwirkung bei der Wahrheitsfindung. Nur ausnahmsweise ist der Notar zur „Abnahme“ befugt und damit selbst eine zur Entgegennahme eidesstattlicher Versicherungen zuständige Behörde i.S.d. § 156 StGB: Erbschein (§ 2356 Abs. 2 BGB), Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 2368 Abs. 3 BGB), Zeugnis über die Fortsetzung einer Gütergemeinschaft (§ 1507 BGB), Bestellung von Sonderprüfern für eine Aktiengesellschaft (§§ 142 Abs. 2, 258 Abs. 2 AktG). In diesen Fällen heißt es im Gesetz, dass die Versicherung „vor einem Gericht oder Notar abzugeben“ ist.

§ 22 Abs. 2 BnotO stellt klar, dass dem Notar die „**Aufnahme** der eidesstattlichen Versicherung in allen Fällen (zusteht), in denen einer Behörde oder sonstigen Dienststelle eine tatsächliche Behauptung oder Aussage glaubhaft gemacht werden

soll“. Die Bedeutung dieser Bestimmung ist umstritten. Jedenfalls ist daraus zu entnehmen, dass der Notar nicht verpflichtet ist, zu prüfen, ob die Behörde oder Dienststelle, der gegenüber die Behauptung glaubhaft gemacht werden soll, zur Abnahme von eidesstattlichen Versicherungen überhaupt zuständig ist. Kommt der Notar aber zu dem sicheren Schluss, dass dies nicht der Fall ist, dann darf er die Beurkundung jedenfalls ablehnen, nach weitergehender Ansicht ist der Notar darüber hinaus zur Ablehnung der Beurkundung verpflichtet (Gutachten, DNotl-Report 2006, 80 m. Nachweisen zum Streitstand).

Der Begriff der Behörde oder Dienststelle bestimmt sich nach **§ 1 Abs. 4 VwVfG**; es muss sich somit um eine Stelle handeln, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Auf die Bezeichnung als Behörde kommt es nicht an. Es darf sich nicht um Stellen handeln, die – auch wenn sie als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert sind – über keinerlei öffentlich-rechtliche Befugnisse verfügen, z. B. kommunale Wirtschaftsunternehmen und Sparkassen (**Fall 26 lit. c**), Gutachten, DNotl-Report 2006, 80).

Eidesstattliche Versicherungen, die nur für **private Personen** bestimmt sind, darf der Notar nicht beurkunden (**Fall 26 lit a), b) und d)**). Dies gilt insbesondere für Erklärungen ggü. Banken und Versicherungen, z. B. über das Abhandenkommens eines Sparbuchs oder eines Versicherungsscheins.

Keinesfalls darf auch eine in der Presse zu veröffentliche Behauptung, um dieser größere Glaubwürdigkeit zu verleihen, in die Form einer notariell aufgenommenen eidesstattlichen Versicherung gekleidet werden (**Fall 26 lit. gf**, *Weingärtner*, a.a.O. Rn. 311) Zeitungsredaktionen sind ebenso wenig Behörden wie Kreditinstitute.

Im **Fall 26 lit. e)** (eidesstattliche Versicherung für ein Zivilverfahren) ist die Aufnahme der eidesstattlichen Versicherung zulässig. Der Notar muss aber die Beteiligten darüber belehren, dass im Zivilprozessverfahren i.d.R. die Glaubhaftmachung nicht genügt, sondern voller Beweis erbracht werden muss (*Weingärtner*, a.a.O. Rn. 311).

Um zu dokumentieren, dass der Notar die Zulässigkeit der Aufnahme der eidesstattlichen Versicherung geprüft hat und zum Zweck der Selbstkontrolle sollte in der Urkunde der **Verwendungszweck der eidesstattlichen Versicherung angegeben** werden. Dies mindert auch die Eignung der Urkunde für unredliche, dem Notar unbekannt Zwecke und beugt daher Haftungsfällen vor.

Ist der Notar nicht sicher, ob es bei der angegebenen Institution, für die die eidesstattliche Versicherung erforderlich ist, um eine Behörde oder sonstige Dienststelle handelt, und kann der Zweifel wegen der Dringlichkeit nicht aufgeklärt werden, ist hierauf hinzuweisen.

**Formulierungsbeispiel (nach Dieterle, Die Beglaubigung von Unterschriften unter einer eidesstattlichen Versicherung, BWNotZ 1987, 11)**

Der Erschienene erklärte die Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung gegenüber \*\*\* zu benötigen. Der Notar hat ihn darauf hingewiesen, dass er hierfür nur zuständig ist, wenn diese gegenüber einer Behörde oder sonstigen Dienststelle benötigt wird. Da die Angelegenheit wegen \*\*\* besonders eilig ist und deshalb eine Zurückstellung der Beurkundung bis zur Klärung dieser Bedenken nicht möglich ist, wird die nachstehende eidesstattliche Versicherung unabhängig davon beurkundet, ob es sich um eine solche mit den strafrechtlichen Folgen der §§ 156, 161 StGB handelt.

Eine Belehrung über die „rechtliche Tragweite“ (§ 17 BeurkG) kommt bei Wissenserklärungen nicht in Frage, wohl aber ist eine – in der Urkunde zu vermerkende – Belehrung über die Bedeutung der eidesstattlichen Versicherung und die strafrechtlichen Folgen einer falschen eidesstattlichen Versicherung erforderlich (§ 38 Abs. 2 BeurkG).

Bei einer Verwendung im Ausland kann der Notar über die strafrechtlichen Folgen nach deutschem Recht belehren, wenn er keine Kenntnis von den ausländischen Vorschriften hat. In diesem Fall kann ergänzt werden:

**Formulierungsbeispiel (nach Grziwotz in: Grziwotz/Heinemann, a.a.O., § 38 BeurkG Rn. 15):**

Der Notar hat über die Bedeutung eines Eides, insbesondere die strafrechtlichen Folgen bei vorsätzlichen oder fahrlässig falschen Angaben nach deutschem Recht belehrt. Eine Belehrung über das ausländische Recht hat der Notar nicht vorgenommen. Er hat insoweit auf die Möglichkeit des Gutachtens eines Universitätsinstituts hingewiesen; dies wird von dem Beteiligten nicht gewünscht. Er verzichtet auf die Haftung des Notars hinsichtlich der Anwendung ausländischen Rechts.

**2. Alternative: Unterschriftsbeglaubigung unter Wissenserklärungen (in Form einer eidesstattlichen Versicherung)?**

Der Notar ist nach § 20 Abs. 1 BeurkG allgemein zuständig, Unterschriften zu beglaubigen, ganz gleich ob diese unter Willenserklärungen oder unter Wissenserklärungen stehen. Hiermit bezeugt der Notar die Identität des Unterzeichnenden und dass sich dieser zu seiner Unterschrift bekannt hat. Die Erklärung selbst wird weder aufgenommen, noch abgenommen. Dies gilt für Unterschriften unter Wissenserklärungen genauso wie unter Willenserklärungen.

Umstritten ist, ob der Notar auch in Fällen, in denen ihm die Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung nach § 22 Abs. 2 BNotO verwehrt wäre, berechtigt ist,

zumindest die Unterschrift unter einer derartigen Erklärung zu beglaubigen. Im Ergebnis wäre dies aber eine Umgehung des § 22 Abs. 2 BNotO. Daher wird zu Recht empfohlen, in diesen Fällen keine Unterschriftsbeglaubigung vorzunehmen (*Reithmann* in: *Schippel/Bracker*, a.a.O., § 22 BNotO Rn. 20; *Blaeschke*, Praxishandbuch Notarprüfung, 2. Auf 2010, Rn. 1114). Eine Umgehung des § 22 Abs. 2 BNotO durch die Vornahme einer Unterschriftsbeglaubigung dürfte amtspflichtwidrig sein. Jedenfalls ist der Notar berechtigt, Unterschriftsbeglaubigungen unter eidesstattlichen Versicherungen, die zur Vorlage gegenüber einer Privatperson bestimmt sind, ohne weitere Begründung abzulehnen. Auf keinen Fall darf der Notar mitwirken, wenn ein falscher Anschein erweckt werden soll (§ 14 Abs. 2 BNotO).

### 3. Exkurs: Eidesstattliche Versicherung und notarielles Nachlassverzeichnis

**Literaturhinweise (zum notariellen Nachlassverzeichnis):** *Braun*, Form, Inhalt und Verfahren beim Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB, MittBayNot 2008, 351 (mit Muster); *Kuhn/Trappe*, Der Anspruch auf ein notarielles Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB, ZEV 2011, 347; *Sagmeister*, Das notarielle Nachlassverzeichnis, MittBayNot 2013, 519 (mit Muster); *Schreinert*, Das notarielle Nachlassverzeichnis, RNotZ 2008, 61

Nach § 20 Abs. 1 S. 2 BnotO gehört zur Aufgabe des Notars insbesondere die Aufnahme von Vermögensverzeichnissen, Nachlassverzeichnissen und Nachlassinventaren. In den letzten Jahren sind bereits zahlreiche Gerichtsentscheidungen zur Aufnahme solcher Nachlassverzeichnisse durch den Notar, die Pflichtteilsberechtigte nach § 2314 Abs. 1 S. 3 BGB vom Erben verlangen können, ergangen. Nach der Neufassung sieht nunmehr § 2003 Abs. 1 BGB vor, dass die amtliche Aufnahme des Inventars auf Antrag eines Erben stets durch einen vom Nachlassgericht beauftragten Notar erfolgen soll. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Bedeutung notariell aufgenommenen Verzeichnisse in Zukunft weiter zunehmen wird.

Bei der Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses handelt es sich um ein Verfahren eigener Art, welches nicht den Regeln der Beurkundung von Willenserklärungen oder Tatsachen folgt. Die Rechtsprechung (statt aller OLG Koblenz DNotZ 2014, 780) verlangt, dass der Notar den tatsächlichen und fiktiven Nachlassbestand (einschließlich pflichtteilsergänzungspflichtiger lebzeitiger Zuwendungen) selbst und eigenständig (ggf. in gewissem Umfang unter Einschaltung seiner Mitarbeiter) ermittelt, da er durch Unterzeichnung der Urkunde die Richtigkeit des Tatsachenprotokolls bestätige; er dürfe sich nicht darauf beschränken, die Angabe des Auskunftspflichtigen zu wiederholen. An den – teilweise überspannten – Anforderungen der Rechtsprechung ist zu Recht Kritik geübt worden. Die Anforderungen an die Pflicht des Notars zu eigenen Ermittlungen

dürfen nicht überspannt werden, da er weder „detektivische Kenntnisse“ noch „prophetische Fähigkeiten“ hat (*Hager*, DNotZ 2014, 780, 787).

Der Notar muss daher vor der Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses zumindest den Versuch eigener Ermittlungen hinsichtlich des Nachlassbestandes machen und dies in der Urkunde auch zum Ausdruck zu bringen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass das erstellte Verzeichnis nicht als ordnungsgemäße Erfüllung des Auskunftsanspruches anerkannt wird und die dadurch entstehenden Kosten vom Auskunftsverpflichteten im Wege des Regresses vom Notar eingefordert werden. Als eigene Ermittlungstätigkeit in Betracht kommt in erster Linie die Nachfrage bei den örtlichen oder vom Erben benannten Kreditinstituten und Grundbuchämtern, ob bei ihnen Vermögensgegenstände des Erblassers bekannt oder vorhanden sind. Angezeigt ist auch die Begehung der Erblasserwohnung und die Inaugenscheinnahme und Verzeichnung der dort befindlichen Gegenstände und die Durchsicht von Unterlagen im Hinblick auf das Vorhandensein von Guthaben und Verbindlichkeiten (*Schreinert*, RNotZ 2008, 61, 70).

Der Notar darf sich jedoch keinesfalls unter Verzicht auf seine eigene Ermittlungstätigkeit ausschließlich auf die Angaben des auskunftsverpflichteten Erben verlassen, selbst wenn diese eidesstattlich versichert werden (**Fall 27**, OLG Koblenz DNotZ 2014, 780, 783). Richtiger Ansicht nach gibt es auch gar keine Ermächtigungsgrundlage für die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung des Auskunftsverpflichteten vor dem Notar. Der Auskunftsberechtigte kann in den Fällen der §§ 2121, 2215 und 2314 BGB vom Auskunftsverpflichteten unter den Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung über die Richtigkeit seiner Angaben verlangen, wenn nämlich Grund zu der Annahme besteht, dass das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist und es sich nicht (nur) um eine Angelegenheit von geringer Bedeutung handelt. Dies setzt bereits vom Wortlaut her voraus, dass das notarielle Nachlassverzeichnis vorab erstellt wurde, so dass die eidesstattliche Versicherung die Aufnahme des Verzeichnisses nicht ersetzen kann. Nach zutreffender h.M. liegt die Zuständigkeit für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung allein beim Amts- oder Vollstreckungsgericht, nicht jedoch beim Notar (*Schreinert*, RNotZ 2008, 61, 77 m.w.N.).

## VII. UNTERSCHRIFTSBEGLAUBIGUNG UNTER EINEM FREMDSPRACHIGEN SCHRIFTSTÜCK

**Literaturhinweise:** *Blaeschke*, Praxishandbuch Notarprüfung, 2. Auf 2010, Rn. 1193 ff. Gutachten DNotI-Report 2008, 145

Unter welchen Voraussetzungen der Notar eine Unterschriftsbeglaubigung unter einem Text in einer ihm nicht verständlichen Fremdsprache vornehmen darf oder muss (**Fall 28**), ist umstritten.

Bei der Beglaubigung einer Unterschrift muss der Notar nach § 40 Abs. 2 BeurkG die Urkunde nur darauf prüfen, ob Gründe bestehen, seine Amtstätigkeit zu versagen - also insbesondere, ob mit der Urkunde erkennbar ein unerlaubter oder unredlicher Zweck verfolgt wird (§ 4 BeurkG). Diese Prüfung kann er nicht wahrnehmen, wenn er die Sprache nicht versteht, in der die zu beglaubigende Urkunde abgefasst ist. Daher fragt sich, ob im Kollisionsfall dem Urkundsgewährungsanspruch (§ 15 Abs. 1 BNotO) oder der Prüfungspflicht nach § 40 Abs. 2 BeurkG Vorrang zukommt.

Eine ausführliche Darstellung des Meinungsstandes findet sich in dem o.g. DNotl-Gutachten, in dem im Ergebnis drei Meinungen wie folgt unterschieden werden:

- Nach einer *strengen Mindermeinung* in der Literatur darf der Notar eine Unterschriftsbeglaubigung unter einem fremdsprachlichen Text grundsätzlich nur dann vornehmen, wenn er den Text entweder zumindest insoweit ansatzweise versteht, um zu prüfen, ob damit unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden (§§ 40 Abs. 2, 4 BeurkG). Falls der Notar die Fremdsprache des Textes hingegen überhaupt nicht versteht, kann er nach der strengen Auffassung die Unterschriftsbeglaubigung nur dann vornehmen, wenn ihm ein *Grund für die Unterschriftsbeglaubigung dargelegt* wird (analog § 40 Abs. 5 S. 1 BeurkG). Dafür sei etwa erforderlich, dass eine Unterschriftsbeglaubigung durch einen der betreffenden Fremdsprache kundigen Notar nicht (oder nicht rechtzeitig) zu erlangen sei.
- Eine mittlere Meinung, wie sie insbes. die *Landesnotarkammer Bayern* in ihrem Rundschreiben vertritt (Sammelrundschreiben 05/01 vom 1.8.2001, Ziff. 4), fordert zwar auch einen *Grund für die Notwendigkeit der Beglaubigung* - sie fordert aber keinen Grund dafür, dass die Beglaubigung gerade durch diesen Notar vorgenommen wird (es kommt also nicht darauf an, ob ein anderer, der Fremdsprache kundiger Notar erreichbar wäre). In diese Richtung würden wir (das DNotl) auch die Stellungnahme des *Bundesjustizministeriums* (DNotZ 1983, 521, 523) verstehen, wonach bei beabsichtigter Auslandsverwendung "an die Glaubhaftmachung der Notwendigkeit der Beglaubigung geringere Anforderungen gestellt werden" können. Ggf. sei ein entsprechender Vermerk über den Grund der Beglaubigung entsprechend § 40 Abs. 5 S. 2 BNotO angebracht.
- Die Stellungnahme der *Bundesnotarkammer* aus dem Jahr 1981 (DNotZ 1982, 266, 273 f.) und die ganz *herrschende Literaturauffassung* halten hingegen einen besonderen Grund für die Unterschriftsbeglaubigung eines fremdsprachlichen Textes in einer dem Notar nicht verständlichen Fremdsprache nicht für erforderlich. Vielmehr sei die Unterschriftsbeglaubigung zulässig, sofern sich *nicht aus den Umständen ein Anhaltspunkt für eine Ablehnung* ergibt. Teilweise wird jedoch zumindest empfohlen, dass der Notar nach Inhalt und Verwendungszweck der ihm

unverständlichen Urkunde fragt. Außerdem könne der Notar die Beglaubigung nach seinem pflichtgemäßen Ermessen ablehnen.

Allgemein wird bei Unterschriftsbeglaubigungen in einer dem Notar nicht verständlichen Fremdsprache auch ein *Vermerk empfohlen*, dass der Notar die Sprache der Urkunde nicht versteht, unter der die Unterschrift beglaubigt wurde (und dass er daher deren Inhalt nicht prüfen konnte).

**Formulierungsvorschlag:**

Der Notar \*\*\*konnte die fremdsprachigen Schriftzeichen der Urkunde nicht lesen \*\*\*und hat den fremdsprachigen Text der Urkunde nicht verstanden, so dass er deren Inhalt nicht prüfen konnte. Der/Die Beteiligt/en gab/en als Inhalt und Verwendungszweck der Urkunde an: \*\*\* Er/Sie gab/en als Grund für die Beglaubigung an, dass \*\*\*eine Beglaubigung durch einen der Urkundssprache mächtigen Notar nicht \*\*\*rechtzeitig zu erlangen sei, weil \*\*\*

