

Überlagerung des BGB-Rechts durch das neu gefaßte Berufsrecht der Notare

Von RA u. Notar Dr. Hans Mehrle

1. Die Formvorschriften des BGB

Das gerade 100 Jahre alt gewordene BGB ist in seinem Vertragsrecht durchdrungen vom Grundsatz der Vertragsfreiheit und geht von gegenseitigen Willenserklärungen gleichberechtigter und gleichwertiger mündiger Bürger aus. Zum Zwecke der Beweissicherung abgeschlossener Verträge und um Vertragsschließende vor unüberlegten Verfügungen zu schützen, sind über die formlosen mündlichen Verträge des täglichen Lebens hinaus für wichtigere Verträge Formvorschriften normiert: die Schriftform, die Schriftform mit beglaubigter Unterschrift, die notarielle Beurkundung der Willenserklärung, die notarielle Beurkundung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien und die höchstpersönliche Willenserklärung unter Ausschluß von Bevollmächtigten.

Das sehr liberale und weitmaschige Vertragsrecht des BGB wurde im Laufe des Jahrhunderts mehrfach abgeändert, besonders zu nennen ist die Änderung des § 313 im Jahre 1973. Der verlangte ursprünglich nur die notarielle Beurkundung der Willenserklärung des Veräußerers, nicht des Erwerbers von Grundbesitz. Im Wohnungsmietrecht wurde weitgehend die Schriftform eingeführt und das sogenannte „Kleingedruckte“ wurde durch das Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen besonders geregelt. Als weitere außerhalb des BGB angesiedelte Spezialvorschrift ist die Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) zu nennen. Änderungen des BGB und der genannten daneben bestehenden Bestimmungen sind derzeit nicht zu erwarten; das materielle Recht der Vertragsgestaltung stellt sich als geschlossenes Ganzes dar.

2. Neu geregeltes Notarrecht

Das Berufsrecht der Notare ist durch das Dritte Gesetz zur Änderung der BNotO 1998 novelliert worden¹. Dabei wurden bedeutsame Änderungen der Bundesnotarordnung (BNotO) und des Beurkundungsgesetzes (BeurkG) Gesetz, die zum Teil das materielle Recht des BGB überlagern. Zum neuen Notarrecht gehören auch die Richtlinien der Notarkammern, die aufgrund § 67 Abs. 2 BNotO zu erlassen sind und die als Landesrecht die Gesetze ergänzen und ausfüllen.

Die Bundesnotarkammer kann derartige Richtlinien nicht mehr erlassen. Sie hat jedoch Empfehlungen für die Richtlinien herausgegeben, um wenigstens eine gewisse Einheitlichkeit in

¹ In Kraft getreten am 08.09.1998 BGBl. I, S. 2585

Deutschland zu erreichen. Die Richtlinien werden von den Notarkammern als Satzung durch die Mitgliederversammlung – nicht durch den Vorstand – beschlossen.

Von den 21 Notarkammern in Deutschland haben bis Anfang März 2000 etwa die Hälfte die Richtlinien erlassen.

Die Notarkammer Stuttgart hat ihre „Richtlinien für die Amtspflichten der Notare“ durch Beschluß einer außerordentlichen Mitgliederversammlung vom 18.06.1999 erlassen ².

Mit der Gesetzesänderung und den Richtlinien ist das Berufsrecht der Notare nach vielen Jahren gesetzgeberischer Bemühungen auf eine festere Grundlage als seither gestellt.

In diesem Aufsatz können nicht alle Neuerungen des Berufsrechts der Notare angesprochen werden. Der Verfasser beschränkt sich auf die Vorschriften über die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens und ihr Verhältnis zum unverändert geltenden materiellen Recht des BGB.

Zur Novellierung des Berufsrechts der Notare ist eine ausführliche Darstellung ³ von Notar Dr. Karl Winkler, Lehrbeauftragter an der Universität München, erschienen.

3. Gestaltung des Beurkundungsverfahrens

Die Grundsätze für die Prüfungs- und Belehrungspflichten des Notars sind in § 17 mit den Absätzen (1), (2) und (3) BeurkG unverändert geblieben. Der wichtigste Grundsatz ist § 17 Abs. (1), der wie folgt lautet:

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

Neu eingefügt wurde in das Gesetz ein Absatz (2 a) mit folgendem Wortlaut:

„Der Notar soll das Beurkundungsverfahren so gestalten, daß die Einhaltung der Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 gewährleistet ist“

² Genehmigt vom Justizministerium Baden-Württemberg am 04.10.1999 Bekanntmachung des Justizministeriums vom 28.10.1999, veröffentlicht in „Die Justiz“ Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg Nr. 12/1999 S. 478

³ Beilage zu Heft 2/99 ZNotP Zeitschrift für die Notarpraxis

Diese Bestimmung ist aus dem Wortlaut heraus unverständlich, denn die Verpflichtung, Abs. 1 und Abs. 2 eines Gesetzes zu beachten, ist selbstverständlich und braucht nicht durch einen weiteren Absatz im Gesetz begründet zu werden.

So bietet Winkler⁴ für diese Bestimmung eine „Lesart“ an:

„Der Notar soll grundsätzlich das Beurkundungsverfahren so gestalten, daß der erkennbar belehrungsbedürftigere Beteiligte von der Beurkundung nicht ausgeschlossen wird“.

Mit dieser „Lesart“ und mit dem Studium der Motive und der Begründungen zum Gesetzentwurf kommt man der Sache schon näher. § 17 (2 a) BeurkG ist der gesetzgeberische Schlußpunkt unter einen jahrelangen Kampf gegen den sogenannten „Mißbrauch des Beurkundungsverfahrens“. Hierbei handelte es sich um eine vereinfachte Form des Erwerbs von Immobilien, hauptsächlich von Eigentumswohnungen oder Fondsanteilen, wobei dem Erwerber der gesamte Wortlaut des Kaufvertrags nicht vorgelesen zu werden brauchte, weil für den Erwerber Bevollmächtigte aufgetreten sind oder der Erwerber nur ein vom Verkäufer abgegebenes Angebot annahm.

Mit dieser Praxis wurden, besonders während des von der Steuergesetzgebung und der Wiedervereinigung angeheizten Immobilienbooms in den achtziger Jahren bis etwa 1995 viele Hunderttausende von Immobiliengeschäften abgeschlossen und im Grundbuch vollzogen, weil das materielle Recht des BGB diese Erwerbsform zuließ. Die große Mehrheit der Notare hat diese Gestaltung praktiziert. Jedoch haben schon frühzeitig die Bundesnotarkammer und auch regionale Notarkammern sich mit Rundschreiben gegen diese Praxis gewandt. In Baden-Württemberg hat das Justizministerium durch Erlaß an die beamteten Notare⁵ eine derartige Vertragsgestaltung untersagt. Auch sind Dienstaufsichtsbehörden gegen die geschilderte Praxis eingeschritten.

Die Kritik und Bedenken gingen insbesondere dahin, daß der Erwerber vom Notar nicht belehrt wurde; z.T. wurde die mißbräuchliche Gestaltung auch darin gesehen, daß Mehrkosten verursacht wurden, weil über die Kaufvertragskosten hinaus noch Kosten für Vollmachten und Vollmachtsbestätigungen anfielen oder weil zuerst ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit einem Treuhänder geschlossen wurde und dieser anschließend den Kaufvertrag für die Beteiligten beurkunden ließ, wodurch Kosten für zwei Verträge anfielen.

⁴ Winkler a.a.O. III 6 Seite 13

⁵ vom 21.09.1995 (3831 – II/98)

Umstritten war jedoch, ob den nicht beamteten Notaren mangels einer gesetzlichen Grundlage durch derartige Rundschreiben oder Erlasse die unerwünschte Vertragsgestaltung zwingend untersagt war.

In dem neuen § 17 (2 a) BeurkG in Verbindung mit den neuen Richtlinien der Notarkammern ist nun für die Notare das Verbot einer solchen als mißbräuchlich angesehenen Gestaltung des Beurkundungsverfahrens gesetzlich verankert.

4. Erwerb durch Bevollmächtigte

Der hauptsächliche Anlaß für die Einführung des § 17 (2) a) war die als mißbräuchlich angesehene Vertragsgestaltung durch systematische Beteiligung von Bevollmächtigten auf Seiten des Erwerbers.

Die Tätigkeit des Erwerbers vor dem Notar besteht bei dieser Vertragsgestaltung nur darin, eine Vollmacht für eine dritte Person – meistens für einen Vermittler oder Angestellten des Verkäufers oder einen Mitarbeiter des den Kauvertrag beurkundenden Notars (dem sogenannten Zentralnotar) oder einen dazwischen geschalteten Geschäftsbesorger – auszustellen oder die Handlung eines vollmachtlosen Vertreters zu genehmigen. Dabei wird nur die Unterschrift des Erwerbers von einem Notar (dem sogenannten Ortsnotar) beglaubigt. Eindeutig wird einem solcher Erwerber vom Notar nichts vorgelesen; er wird auch kaum von dem die Vollmacht beurkundenden Notar über den Inhalt des abzuschließenden oder abgeschlossenen Kaufvertrages belehrt. Ob die Erwerber durch andere Weise über den Inhalt des abzuschließenden oder abgeschlossenen Kaufvertrages informiert werden, etwa durch die Aushändigung des Kaufvertrags oder durch Prospekte, kann dahingestellt bleiben. Materiell sind derartige Geschäfte wirksam. Sie werden im Grundbuch vollzogen und im allgemeinen von den Gerichten als wirksame Rechtsgeschäfte angesehen. Das Recht des BGB hat sich nicht verändert. Für den Notar sind jedoch derartige Verfahrensweisen nunmehr aufgrund § 17 (2 a) BeurkG, § 14 (3) BNotO und nach den Richtlinien der Notarkammern unzulässig.

Die Möglichkeit, Grundstückskäufe durch bevollmächtigte Vertreter tätigen zu lassen, bleibt jedoch aufrechterhalten, besonders in den klassischen Fällen der Vertretung, wenn z.B. Familienangehörige von entfernt wohnenden Verwandten für das Auftreten beim Notar bevollmächtigt werden oder in Fällen von Krankheit, Auslandsaufenthalt oder bei der Erteilung von Generalvollmachten an vertrauenswürdige Personen usw.

5. Vollmachten für Notarangestellte

Es wird, u.a. in den Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer, die Auffassung vertreten, daß 17 (2 a) BeurkG auch als Verbot gilt, Vollmachten auf Mitarbeiter des Notars, besonders für die Erklärung der Auflassung, Bestellung von Grundpfandrechten oder die

Änderung von Teilungserklärungen ausstellen zu lassen. Begründet wird dies mit der eingeschränkten Belehrung und mit der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht für die Mitarbeiter, die bei Fehlern persönlich in die Haftung genommen werden könnten, obwohl bisher noch kein derartiger Haftungsfall bekannt geworden ist.

Nach Winkler begeht ein Notar durch eine solche Handhabung einen „schweren Mißbrauch“⁶. Nach dieser Meinung sollen nur einfachere Vollzugsgeschäfte durch bevollmächtigte Notarangestellte möglich sein, wie etwa Eintragungsanträge, Rangbestimmungen und ähnliche Erklärungen.

Die Notarkammer Stuttgart ist dieser Meinung nicht gefolgt. Nach Ziffer II 1 c) der Richtlinien der Notarkammer Stuttgart gilt das Vertretungsverbot für Mitarbeiter des Notars nicht für die Vollzugsgeschäfte, z.B. Nachträge, Auflassung, Bestellung von Grundpfandrechten und persönlichen Schuldverpflichtungen mit persönlichen Schuldverpflichtungen und Zwangsvollstreckungsunterwerfungen gemäß §§ 794, 800 ZPO. Allerdings verlangen auch die Richtlinien der Notarkammer Stuttgart insoweit einen konkreten Auftrag durch die Beteiligten sowie die Belehrung der Beteiligten bei Abschluß des Kaufvertrags über den Umfang und die Bedeutung der so gegebenen Vollmachten an die Mitarbeiter des Notars.

Nach den bis Anfang März 2000 bekannt gewordenen neuen Richtlinien der Notarkammern geht die Regelung der Bevollmächtigung für Notarangestellte auseinander. Einige Kammern treffen die etwa gleiche Regelung wie die Notarkammer Stuttgart; andere Notarkammern verbieten expressis verbis die Bestellung von Grundpfandrechten durch bevollmächtigte Notarangestellte. Andere Kammern lassen Vollmachten für „Vollzugsgeschäfte“ auf Notarangestellte zu, sagen aber nichts darüber aus, ob die Auflassung und die Bestellung von Grundpfandrechten zu diesen Vollzugsgeschäften gehören oder nicht.

Es wird also zu diesem Punkt – Beurkundung von Erklärungen bevollmächtigter Notarangestellten - in Deutschland von Notarkammer zu Notarkammer verschiedenes für die Notare verbindliches Standesrecht geben. Man mag dies wegen der Einheitlichkeit des Rechts in Deutschland bedauern; andererseits sind regional verschiedene Auffassungen über das notarielle Standesrecht Ausdruck des föderalistischen Systems und der demokratischen Willensbildung durch die Mitglieder der einzelnen Notarkammern.

6. Aufspaltung in Angebot und Annahme

Als mißbräuchliche Gestaltungsform von Grundstückskaufverträgen wurde auch die bei manchen Verkäufern, besonders bei Bauträgern und Initiatoren gebräuchliche

⁶ Winkler a.a.O. III 9 Seite 14

Verfahrenspraxis angesehen, den Abschluß des Kaufvertrags durch eine vom Verkäufer abgegebene Angebotsurkunde einzuleiten, wobei die Tätigkeit des Erwerbers nur darin besteht, beim Notar zur Beurkundung zu erklären, daß er das vorliegende Angebot annimmt. Auch hier unterbleibt in den meisten Fällen die ausführliche Belehrung durch den Notar.

Um diese Vertragsgestaltung zu unterbinden, wurde in den Jahren vor dem Inkrafttreten des neuen Notarrechts versucht, die Aufspaltung des Kaufvertrags in Angebot und Annahme generell zu verbieten und die gleichzeitige Anwesenheit beider Parteien vorzuschreiben, wie etwa bei der Auflassung (§ 929 BGB), beim Ehevertrag (§1410 BGB) oder beim Erbvertrag (§ 2276 BGB). Begründet wurde diese Forderung mit dem Wortlaut von § 8 BeurkG, wonach bei der Beurkundung eine Niederschrift über die „Verhandlung“ aufgenommen werden muß. Aus dem Wort „Verhandlung“ wurde abgeleitet, daß beide Parteien bei der notariellen Beurkundung anwesend sein müßten. Diese Auffassungen waren aber nicht haltbar. Sie hätten das materielle Recht des BGB, welches die Aufspaltung in Angebot und Annahme zuläßt, außer Kraft gesetzt, was ohne eine Änderung des BGB rechtlich nicht möglich wäre.

Die Richtlinien der Notarkammer Stuttgart II 1 b) regeln diese Frage dahingehend, daß die *systematische* Aufspaltung von Verträgen in Angebot und Annahme in der Regel unzulässig ist. Soweit die Aufspaltung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist, soll das Angebot vom belehrungsbedürftigeren Vertragsteil ausgehen. Im Normalfall des Immobiliengeschäfts ist dies der Erwerber, somit sollen die Notare das Verfahren so gestalten, daß das Angebot zum Abschluß eines Kaufvertrags vom Erwerber ausgeht. Damit ist gewährleistet, daß der Erwerber den gesamten Vertragstext vorgelesen bekommt und vom Notar entsprechend belehrt wird.

Sachliche Gründe für die Aufspaltung werden fast immer gegeben sein. z.B. wird ein Verkäufer erst dann das Angebot annehmen, wenn sichergestellt ist, daß der Kaufpreis vom Käufer finanziert werden kann. Ein sachlicher Grund ist auch in einer großen räumlichen Entfernung der Vertragsbeteiligten zu sehen oder in dem Umstand, daß ein Verkäufer eine Wohnanlage mit einer großen Zahl von Wohnungen veräußert und es ihm nicht zuzumuten ist, an verschiedensten Orten zum Abschluß des Kaufvertrages persönlich zu erscheinen.

Die verbotene *systematische* Aufspaltung dürfte also für die Praxis die seltene Ausnahme, die aus sachlichen Gründen erlaubte Aufspaltung, wobei das Angebot vom Erwerber ausgeht, dürfte die Regel sein, wenn nicht gleich von beiden Teilen der Kaufvertrag abgeschlossen wird.

7. Auswirkungen des neuen Notarrechts

Die jahrelange Rechtsunsicherheit, was eigentlich geltendes Landesrecht sei, und die erheblichen regionalen Unterschiede in Deutschland über die Auffassungen, an welche

Vorschriften der Notar, insbesondere bei der Beurkundung von Grundstücksgeschäften gebunden sei, ist mit dem neuen Notarrecht beseitigt. Es ist davon auszugehen, daß sich alle Notare daran halten. Es wird also in Zukunft keine Immobilienkäufer mehr geben, denen nicht entweder beim Kaufvertrag oder beim Angebot zum Abschluß eines Kaufvertrags der gesamte Wortlaut eines Vertrages vorgelesen wird, mit Ausnahme der Verweisung auf Urkunden, deren Inhalt nach § 14 BeurkG nicht vorlesungspflichtig ist. Es wird auch weiterhin „Zentralnotare“ und „Ortsnotare“ geben, wobei aber diese dem Erwerber den Kaufvertrag vorlesen und belehren, während der „Zentralnotar“ das vom Käufer ausgehende Angebot annimmt und den Vollzug des Geschäftes im Grundbuch betreibt, soweit nicht der „Zentralnotar“ auch den Kaufvertrag für beide Teile beurkundet.

Die Vorschriften für den Notar sind Soll-Vorschriften. Dies bedeutet, daß der Notar daran gebunden ist und bei einem Verstoß von der Dienstaufsicht disziplinarisch belangt werden kann. Die unter Mißachtung des Berufsrechts, aber nach dem BGB zulässigen Beurkundungen sind jedoch für die Beteiligten wirksam. Das notarielle Berufsrecht überlagert das materielle Recht des BGB, setzt dieses jedoch nicht außer Kraft.

8. Umfang der Belehrung

Auch nach Inkrafttreten des neuen Berufsrechts wie zuvor, erstreckt sich die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars nur auf die *rechtliche* Tragweite des Geschäfts. Sie umfaßt nicht die *wirtschaftliche* Tragweite. Hierüber kann der Notar auch nicht belehren, weil er in aller Regel das Kaufobjekt nicht kennt. Gegenstand des Belehrungsgesprächs kann also nicht sein, welche wirtschaftlichen Risiken das Geschäft in sich birgt, ob der Kaufpreis angesichts der Lage oder des Zustandes des Objektes angemessen ist, welche Aussagen ein Verkaufsprospekt gemacht hat, welche Mieten erzielbar sind, ob eine langfristige Vermietung gewährleistet ist usw.

Insoweit besteht eine Meinungsverschiedenheit zwischen weiten Kreisen der Öffentlichkeit, z.B. den Verbraucherverbänden und manchen Journalisten, welche davon ausgehen, daß nach dem neuen Notarrecht die Belehrung des Notars den Erwerber davon abhält, ein für ihn möglicherweise unvorteilhaftes Geschäft abzuschließen. Diejenigen, die von der Tätigkeit des Notars eine solche Verbraucherschutzfunktion erwarten, werden von dem neuen Berufsrecht enttäuscht sein.

9. Schluß

Notarielles Berufsrecht, Beurkundungsvorschriften und Verhaltensvorschriften für Notare können das materielle Recht nicht aufheben oder ersetzen. Sie überlagern und flankieren es, um bei denjenigen Rechtsgeschäften, die notariell beurkundet werden müssen, einer ausgewogenen und redlichen Anwendung des materiellen Rechts zu dienen. Es besteht hier immer eine Gratwanderung zwischen der Unabhängigkeit des Notars und der Vertragsfreiheit

einerseits, die wie jede Freiheit auch mißbraucht werden kann, und andererseits dem Ordnungsbestreben des Staates, das zur Überregulierung und zur Schaffung unmündiger Bürger führen kann.

Es darf angenommen werden, daß mit dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen die Überlagerung des materiellen Rechtes durch das Berufsrecht der Notare eine abschließende Form gefunden hat.

* * *

Urheberrecht:

Alle Rechte vorbehalten! Diese Festschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung der Herausgeber bzw. der Verfasser unzulässig.

Anmerkung:

Die Aufsätze stellen jeweils eine abstrakte Übersicht dar; sie sollten daher nicht schematisch verwendet werden. Konkrete Entscheidungen sind daher nochmals mit dem Verfasser bzw. dem zuständigen Rechtsanwalt zu besprechen.