

Beurkundungsgesetz: BeurkG

Kommentar

Bearbeitet von
Prof. Dr. Karl Winkler

18. Auflage 2017. Buch. XVIII, 1032 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 70361 4

Format (B x L): 14,1 x 22,4 cm

[Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Vergütungsrecht, Kostenrecht, Berufsrecht > Beurkundungsrecht](#)

[Zu Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

§ 3. Verbot der Mitwirkung als Notar

153–155 § 3

streckbare Ausfertigung seiner eigenen Notariatsurkunde zu erteilen (vgl. § 52).¹

e) Vollmacht. Ob sich der Notar im Einzelfall der Vollmacht bedient ist unerheblich. Nr. 8 setzt nur voraus, dass er zur Vertretung berechtigt ist.² Der Notar, der **Generalbevollmächtigter** ist, darf daher keinerlei Urkundeschäfte vornehmen, bei denen der Vollmachtgeber in seiner Rechtsstellung betroffen wird. Er darf daher z. B. nicht die Bestellung einer Hypothek für den Vollmachtgeber durch dessen Schuldner beurkunden oder beglaubigen.³

Der Notar ist auch dann ausgeschlossen, wenn ein von ihm selbst **Unterbevollmächtigter** auftritt,⁴ denn die Bestellung eines solchen schließt nicht die Befugnis des Hauptbevollmächtigten aus, weiter als Vertreter aufzutreten.⁵ Etwas anderes gilt nur im Fall der sog. Ersatzbevollmächtigung, die zu einem Ausscheiden des Notars als Bevollmächtigten mit der Folge des § 3 Abs. 2 führt.⁶

f) Vollzugsvollmacht. Das Mitwirkungsverbot gilt dann nicht, wenn die Vollmacht den Notar lediglich zur **Vorbereitung und Durchführung von Amtsgeschäften** berechtigt, da darin für ihn keine Begünstigung liegt.⁷ So kann der Notar zum Zweck des Grundbuchvollzugs eine ihm selbst erteilte Vollmacht beurkunden, die von den Parteien gestellten Grundbuchenanträge zu berichtigen und zu ergänzen.⁸ Eine solche Vollmacht wirkt auch ohne ausdrückliche Bestimmung über den Tod des die Vollmacht gebenden Beteiligten hinaus.⁹ Er kann ferner von beiden Vertragsteilen ermächtigt werden, die Genehmigung des Betreuungs- bzw. Familiengerichts im Auftrag des gesetzlichen Vertreters dem anderen Teil zu erklären (§ 1829 Abs. 1 S. 2 BGB) und auch die Genehmigung in Vollmacht des anderen Teils entgegenzunehmen,¹⁰ etwa in folgender Fassung:

„Der Notar wird beauftragt, die betreuungs-/familiengerichtliche Genehmigung einzuholen, vom Betreuungs- bzw. Familiengericht in Empfang zu nehmen und dem anderen Teil mitzuteilen. Dieser bevollmächtigt den Notar zur Empfangnahme der Mitteilung“.¹¹

¹ Huhn/v. Schuckmann, 3. Aufl., § 3 BeurkG Rn. 40; Schippel DNotZ 1977, 252.

² BGH NJW 1985, 2027 = DNotZ 1985, 231 = JR 1985, 152 mit Anm. Winkler; Höfer/Huhn, S. 245; Jansen § 3 BeurkG Rn. 38; Lerch § 3 BeurkG Rn. 37; Rohs, S. 120; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 43a.

³ Höfer/Huhn, S. 245; Rohs, S. 152; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 43a.

⁴ Höfer/Huhn, S. 245; Lerch § 3 BeurkG Rn. 37; Rohs, S. 152; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 43a.

⁵ OLG Hamm DNotZ 1956, 104.

⁶ Keidel DNotZ 1956, 106.

⁷ Dasselbe gilt auch im Rahmen des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, wenn sich die Tätigkeit des bevollmächtigten Sozius beschränkt auf Erklärungen, die lediglich dem Vollzug, der Durchführung oder Abwicklung dienen (OLG Celle DNotZ 2006, 553 = MittBayNot 2006, 439; OLG Köln NJW 2005, 2092); s. oben Rn. 79.

⁸ RGZ 121, 30/34; 155, 172/179; BayObLG DNotZ 1956, 209/213; LG Bielefeld DNotZ 1979, 630; Armbrüster/Preuß/Renner § 3 BeurkG Rn. 52; Hieber DNotZ 1951, 212; Jansen § 3 BeurkG Rn. 37; Reithmann DNotZ 1975, 324/338; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 48.

⁹ LG Aschaffenburg Rpfleger 1971, 319.

¹⁰ BGH NotBZ 2016, 114; OLG Jena NotBZ 2016, 115; OLG Oldenburg DNotZ 1957, 543 (Hieber); OLG Düsseldorf NJW 1959, 391; OLG Hamm DNotZ 1964, 541; Armbrüster/Preuß/Renner § 3 BeurkG Rn. 52; Hieber DNotZ 1951, 212; Höfer/Huhn, S. 240; Jansen § 3 BeurkG Rn. 37; Weber DNotZ 1956, 285/292; Winkler ZGR 1973, 177/216; weitere Nachweise bei Keidel, 9. Aufl., § 171 FGG Anm. 8 Fußn. 3.

¹¹ Vgl. Daimer/Reithmann Rn. 241; Jansen § 18 BeurkG Rn. 46 sowie Haegele GrV, Rn. 513.

§ 3 156–158

1. Abschnitt. Allgemeine Vorschriften

Wer gegen die Praktikabilität dieser Doppelvollmacht einwendet, sie löse die aus § 1829 BGB entstehenden Schwierigkeiten nicht, weil der Notar die als Vertreter des Vormunds abgegebene Erklärung nicht selbst beurkunden könne,¹ verkennt, dass es in diesem Fall eines besonderen Nachweises der Mitteilung der Genehmigung in der Form des § 29 GBO nicht bedarf.² Zur Beurkundung einer weitergehenden Vollmacht, die zur Vertretung bei der Willensbildung und Abgabe von Erklärungen berechtigt, wie etwa bis zur Eintragung einer GmbH im Handelsregister die vom Registergericht oder von Behörden verlangten Satzungsänderungen zu beschließen, siehe unten § 7 Rn. 8.

156 Gibt der Notar auf Grund einer solchen Durchführungs-Vollmacht auf sich selbst Erklärungen für die Beteiligten ab, so handelt es sich um eine **Eigenurkunde**,³ die eine „öffentliche Urkunde“ ist und auch im Fall des § 29 GBO nicht der Beglaubigung durch einen anderen Notar bedarf;⁴ dies gilt etwa in den Fällen des Eintragungsantrages durch den Notar, der Identitätserklärung, Klarstellung der Grundstücksbezeichnung oder des Grundbuchstandes, Mitteilung der betreuungs- bzw. familiengerichtlichen Genehmigung.⁵

157 **g)** Nr. 8 verbietet dem Notar die Mitwirkung auch in Angelegenheiten einer Person, zu der er oder eine Person im Sinne der Nr. 4 in einem **ständigen Dienst- oder ähnlichen ständigen Geschäftsverhältnis** steht. Dieses Verbot richtet sich gegen das „Hausnotariat“.⁶ Ein Notar, der selbst oder dessen Sozus bei einem Unternehmen als Direktor, Syndikus, Justitiar, Prokurator etc. tätig ist, ist an der Beurkundung in allen Fällen gehindert, in denen das Unternehmen betroffen ist. Vorausgesetzt wird eine enge wirtschaftliche und rechtliche Bindung des Notars, die seine *Unabhängigkeit* in Frage stellt, z. B. ein Dienstvertrag mit fester Vergütung.⁷ Der freie, nicht weisungsgebundene Anwalt darf dagegen als Notar die Angelegenheit eines Mandanten beurkunden, auch wenn er ihn ständig berät und vertritt, hat dann freilich Abs. 2 zu beachten.⁸

158 Mitglieder des *Aufsichtsrats* fallen nicht unter diese Bestimmung, sofern nicht im Einzelfall besondere Umstände hinzutreten, die eine derartig enge Bindung herstellen.⁹ Wegen des Mitwirkungsverbots des Notars als Aufsichtsratsmitglied s. Rn. 41, 42, 85, 92. Im Übrigen gilt die Hinweispflicht des Abs. 3 Satz 1 Nr. 1.

¹ Keidel, 9. Aufl., § 170 FGG Anm. 15; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 38.

² Hieber DNotZ 1951, 213; 1957, 544; MünchKomm/Wagenitz § 1829 BGB Rn. 16; zur Kenntlichmachung der Empfangnahme der Mitteilung nach außen s. OLG Zweibrücken DNotZ 1971, 731 und Haegeler GrV Rn. 513. Außerdem ist die Empfangnahme und Mitteilung auch als Eigenbeurkundung und damit in öffentlicher Form möglich (s. oben § 1 Rn. 6).

³ Zum Begriff s. oben § 1 Rn. 6.

⁴ OLG Frankfurt MittBayNot 2001, 225 mit Anm. Reithmann und oben § 1 Rn. 6.

⁵ Armbrüster/Preuß/Renner § 3 BeurkG Rn. 52.

⁶ Vgl. dazu OLG Celle DNotZ 1966, 632, 634; Armbrüster/Preuß/Renner § 3 BeurkG Rn. 89; Lerch § 3 BeurkG Rn. 40; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 51, 52; Baur BWNotZ Sonderheft 1977, 43, 48; Stellungnahme des Deutschen Notarvereins, Notar 1997, Heft 3, 16.

⁷ Höfer/Huhn, S. 244; Jansen § 3 BeurkG Rn. 45; Riedel/Feil § 3 BeurkG Anm. 16; Rohs, S. 120; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 52; Staudinger/Hertel Vorbem. §§ 127a, 128 BGB (BeurkG) Rn. 283; darüber hinaus Weisungsgebundenheit verlangen Armbrüster/Preuß/Renner § 3 BeurkG Rn. 88; Eymann/Vaasen § 3 BeurkG Rn. 57

⁸ Palandt/Heinrichs in der letzten Erl. des BeurkG (50. A.) § 3 BeurkG Rn. 7.

⁹ Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 52, 58.

§ 3. Verbot der Mitwirkung als Notar

159–164 § 3

Nr. 8 ist nicht anwendbar, wenn die Beurkundung eine Angelegenheit einer *Gemeinde* oder eines *Kreises* bildet und der Notar *Mitglied einer Vertretung* ist. Im Gegensatz zum früheren § 16 Abs. 5 Nr. 2 BNotO nimmt Abs. 3 Satz 2 zwar das Dienstverhältnis nicht aus. Das bedeutet aber keine Änderung, weil Mitglieder der gewählten Volksvertretungen nicht den Weisungen eines Dienstherrn unterstehen, sondern unabhängig und nicht weisungsgebunden sind (vgl. Art. 46, 48 GG).

Für den *baden-württembergischen Landesnotar* gilt Nr. 8 gemäß § 64 Satz 2 in Angelegenheiten des Landes Baden-Württemberg nicht allein deswegen, weil der Notar in einem Dienstverhältnis zu diesem Land steht.¹ Diese Ausnahmeregel des § 64 Satz 2 ist aber nicht anwendbar auf den Ratschreiber; dieser muss also in Angelegenheiten der ihn anstellenden Gemeinde (§ 31 Abs. 1 S. 1, 2 LFGG) die Beurkundung ablehnen.²

10. Nr. 9

Durch die Berufsrechtsnovelle³ neu eingeführt ist das Mitwirkungsverbot in Angelegenheiten einer Gesellschaft, an der der Notar mit mehr als 5% der Stimmrechte oder mit einem anteiligen Betrag des Haftkapitals von mehr als 2500,- Euro beteiligt ist. Damit ist die Beurkundung in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten bei einer Beteiligung an der Gesellschaft weitgehend ausgeschlossen. Bereits dem Anschein, der Notar selbst habe ein eigenes wirtschaftliches oder rechtliches Interesse an der Angelegenheit, soll entgegengewirkt werden.

Die Vorschrift gilt nur für die Beteiligung des Notars selbst, nicht aber die seiner Ehefrau (Nr. 2) oder sonstiger Angehöriger (Nr. 3) oder des Sozus (Nr. 4).⁴ Für sie kann ein Mitwirkungsverbot aber unmittelbar auf Grund Nr. 2, 3 oder 4 bestehen, wenn es sich nach allgemeinen Grundsätzen auch um ihre Angelegenheit handelt.⁵

Hinsichtlich der einzelnen Gesellschaften ist zu unterscheiden:

a) Personengesellschaften. Personengesellschaften, wie BGB-Gesellschaft,⁶ OHG, KG, Partnerschaftsgesellschaft unterliegen dem Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, der überflüssigerweise der eigenen Angelegenheit die Mitberechtigung oder Mitverpflichtung gleichstellt. Ist der Notar Mitglied einer der genannten Gesellschaften, so ist er von der Beurkundung von Rechtsgeschäften für diese generell ausgeschlossen, ohne dass es auf die Höhe seiner Stimmrechte oder seiner Beteiligung ankommt.⁷

Nr. 9 kann also Bedeutung nur für andere Gesellschaften beanspruchen. Der Umkehrschluss, dass Nr. 9 die speziellere Regelung gegenüber Nr. 1, 2, 3, 4 darstellt, somit das Mitwirkungsverbot auch bei Personengesellschaften erst über den Grenzen der Nr. 9 eingreift, ist unzulässig, da der Gesetzgeber hieran nichts ändern wollte. In der Begründung ist ausdrücklich die Rede davon, dass Beteiligungen an Personengesellschaften bereits unter § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 fallen.⁸

¹ Siehe unten § 64 Rn. 1.

² Grziwotz/Heinemann § 64 BeurkG Rn. 4; unten § 64 Rn. 1.

³ Dazu oben Rn. 3.

⁴ Reithmann/Blank, Notarpraxis, B Rn. 32.

⁵ Siehe oben Rn. 74ff.

⁶ Durch die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft (dazu Palandt/Sprau § 705 BGB Rn. 23 ff.) hat sich daran nichts geändert.

⁷ Oben Rn. 63.

⁸ BT-Drucks. 13/11034, S. 59.

159

160

161

162

163

164

§ 3 165–169

1. Abschnitt. Allgemeine Vorschriften

- 165 **b) Andere Gesellschaften: Stimmrecht.** Bei allen anderen Gesellschaften ist der Notar an der Beurkundung verhindert, wenn er mit mehr als 5% der Stimmrechte beteiligt ist. Dies gilt z.B. für AG, KGaA, GmbH, Genossenschaft. Entscheidend ist dabei der Einfluss des Notars, also seine Stimmkraft, so dass auch Mehrstimmrechte zu berücksichtigen sind, nicht aber stimmrechtslose Anteile. Auf die tatsächliche Ausübung des Stimmrechts kommt es nicht an, auch nicht darauf, ob im konkreten Fall das Stimmrecht ausgeschlossen ist, etwa wegen § 47 Abs. 4 GmbHG oder § 136 AktG.
- 166 **c) Beteiligung.** Hat der Notar an Gesellschaften, die nicht als Personengesellschaften ohnehin unter das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 fallen, nicht mehr als 5% der Stimmrechte, so kommt es darauf an, ob er „mit einem anteiligen Betrag des Haftkapitals von mehr als 2500,- Euro beteiligt ist.“ Die Formulierung „anteiliger Betrag des Haftkapitals“ ist unklar. Dieser Begriff wird außer bei Kommanditeinlagen (vgl. §§ 171ff. HGB) nur noch bei der Genossenschaft (vgl. §§ 6, 119 GenG) gebraucht. Er meint wohl den Nominalbetrag der Kapitalbeteiligung.¹
- 167 Um die Vorschrift nicht ins Leere laufen zu lassen, muss Nr. 9 neben der Genossenschaft auch AG, KGaA und GmbH erfassen, zumal der Gesetzgeber selbst erkannt hat, dass Personengesellschaften bereits unter § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 fallen.² Der Begriff „anteilig“ kann sich aus Gründen der Rechtssicherheit nicht auf das Innenverhältnis beziehen, sondern nur auf den nach außen ersichtlichen Nominalwert der Beteiligung. Wie in der Begründung ausgeführt, berücksichtigt der vorgeschlagene Grenzwert von 2500,- Euro, „dass der Marktwert regelmäßig ein Vielfaches des Nominalwertes der Beteiligung ausmacht.“³ Der Notar darf also dann nicht beurkunden, wenn der Nominalwert seiner Aktien oder Geschäftsanteile an GmbH oder Genossenschaft über 2500,- Euro beträgt.
- 168 **d) Schachtelbeteiligung.** Zur Vermeidung von Umgehungen ist die Bestimmung weit auszulegen. Werden Beteiligungen auf mehrere Gesellschaften verteilt oder verlagert, etwa durch Schachtelbeteiligungen, Beherrschungsverträge, die Gründung verbundener Unternehmen, von Tochtergesellschaften etc., so sind mehrere Beteiligungen und Stimmrechte des Notars nicht formal, sondern wirtschaftlich als eine Einheit zu betrachten.⁴

VI. Ablehnungsrecht gemäß Abs. 2 und 3

1. Selbstablehnung

- 169 Fühlt sich der Notar befangen, so kann er sich nach § 16 Abs. 2 BNotO⁵ der Amtsausübung enthalten. Ein ausreichender Grund, die Urkundstätigkeit zu verweigern (vgl. § 15 BNotO), besteht dann, wenn der Notar nach eigener Überzeugung der Sache nicht unvoreingenommen gegenübersteht und die Parteien bei verständiger Würdigung der Sache Grund haben können, an seiner Unparteilichkeit zu zweifeln.⁶ Gegen die Ablehnung der Amtsaus-

¹ Soergel/J. Mayer § 3 BeurkG Rn. 18.

² BT-Drucks. 13/10589, S. 39.

³ BT-Drucks. 13/10589, S. 39.

⁴ Armbüster/Preuß/Renner § 3 BeurkG Rn. 91; Eymann/Vaasen § 3 BeurkG Rn. 58; Staudinger/Hertel Vorbem. §§ 127a, 128 BGB (BeurkG) Rn. 284.

⁵ Vgl. § 57 Abs. 17 Nr. 2 BeurkG.

⁶ Jansen § 3 BeurkG Rn. 56; Rohs, S. 156; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 53ff. Zur Frage der Befangenheit, weil der Notar mit der Sache – etwa im Auftrag nur einer Partei – schon vorher befasst war, s. Baur BWNotZ Sonderheft 1977, 43/47.

§ 3. Verbot der Mitwirkung als Notar

170–175 § 3

übung können die Beteiligten nach § 15 Abs. 1 S. 2 BNotO Beschwerde zum Landgericht erheben.

2. Fälle des Ablehnungsrechts

Können Zweifel an seiner Unparteilichkeit auftreten, so soll der Notar **170** die Parteien darüber **belehren**, dass sie seine Tätigkeit ablehnen können.¹

Das setzt voraus, dass es sich bei der Beurkundung um eine Angelegenheit **171** *mehrerer Personen* handelt² und dass der Notar

- *früher in derselben* Angelegenheit als Bevollmächtigter oder gesetzlicher Vertreter tätig war (Abs. 2), oder
- *jetzt in einer anderen* Angelegenheit als Bevollmächtigter eines Betroffenen tätig ist (Abs. 2), oder
- einem *nicht vertretungsberechtigten* Organ einer Person angehört, deren Angelegenheit beurkundet wird (Abs. 3 Nr. 1), oder
- einem Organ einer Gemeinde oder eines Kreises angehört, deren Angelegenheiten beurkundet werden (Abs. 3 Nr. 2), oder
- einem Organ einer religiösen oder weltanschaulichen Körperschaft des öffentlichen Rechts angehört, deren Angelegenheit beurkundet wird (Abs. 3 Nr. 3).

3. Absatz 2

a) Allgemeines. Der bisherige Anwendungsbereich des Abs. 2 wird durch **172** die neuen Mitwirkungsverbote, die als speziellere Regelung vorgehen, erheblich eingeschränkt. Soweit § 3 Abs. 2 2. Alt. die frühere Tätigkeit des Notars als Bevollmächtigter in derselben Angelegenheit betrifft, dürfte er keine Bedeutung mehr haben, da insoweit stets Nr. 7 einschlägig ist. § 3 Abs. 2 2. Alt. erfasst im Wesentlichen nur noch den Fall, in dem das Mitwirkungsverbot der Nr. 7 deshalb ausscheidet, weil die anderweitige Tätigkeit des Notars im Auftrag *aller* Personen ausgeübt wurde, die an der Beurkundung beteiligt sein sollen. Dies führt dann zur Hinweispflicht und zum Ablehnungsrecht nach § 3 Abs. 2.

b) Ist oder war der Notar **Vertreter** einer Person, deren Angelegenheit **173** betroffen wird, so ist zu unterscheiden:

aa) Als **gesetzlicher Vertreter** ist der Notar nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 an **174** der Mitwirkung gehindert, wenn das Vertretungsverhältnis noch besteht, und zwar gleich ob in der Urkundsangelegenheit oder nicht. Ist das Vertretungsverhältnis *erloschen*, so soll der Notar darauf hinweisen und die Beteiligten über ihr Ablehnungsrecht belehren, wenn er in der *gleichen* Angelegenheit als gesetzlicher Vertreter *tätig* war. Bezog sich die Vertretung auf eine andere Angelegenheit oder wurde der Notar nicht tätig, so besteht keine Belehrungspflicht.³

bb) Als **Bevollmächtigter** ist der Notar nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 verhindert, wenn sich die noch bestehende Vollmacht auf die Urkundsangelegenheit selbst bezieht. Soweit der Notar in *derselben* Sache als Bevollmächtigter tätig gewesen ist, greift stets Nr. 7 ein, wobei für den Begriff derselben Angelegenheit in Nr. 7 der einheitliche Lebenssachverhalt und der Gesamtzusammenhang maßgeblich ist.⁴

¹ Vgl. Saage DNotZ 1961, 116/127.

² Lerch § 3 BeurkG Rn. 45; Riedel/Feil § 3 BeurkG Anm. 17.

³ Jansen § 3 BeurkG Rn. 49; Lerch § 3 BeurkG Rn. 46; Rohs, S. 122; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 56.

⁴ Oben Rn. 114.

§ 3 176–180

1. Abschnitt. Allgemeine Vorschriften

176 Lediglich wenn es sich um eine *andere* Angelegenheit handelt, in der der Notar tätig ist, greift die Hinweispflicht und das Ablehnungsrecht nach § 3 Abs. 2 ein. War bzw. ist der Notar in diesen Fällen nicht tätig, so entfällt auch die Hinweispflicht; dies auch dann, wenn der Notar *früher* in *anderer* Sache als Bevollmächtigter des durch die Urkundsangelegenheit Betroffenen tätig war.¹

177 Ein *Anwaltsnotar* muss daher auf seine Prozessvollmacht aufmerksam machen, wenn er für eine Partei einen Prozess führt, der nichts mit der Beurkundung zu tun hat; ist der Prozess dagegen beendet, so besteht keine Hinweispflicht.²

4. Absatz 3

178 a) **Allgemeines, früheres Recht.** Nach § 3 Abs. 3 besteht eine Hinweispflicht des Notars, wenn es sich um eine Angelegenheit bestimmter Personen handelt, deren Organen der Notar angehört. Während Nr. 1 unverändert bleibt, betrafen Nr. 2 und 3 bisher die Mitgliedschaft in *vertretungsberechtigten* Organen einer Gemeinde, eines Kreises (Nr. 2) oder einer als Körperschaft des öffentlichen Rechts anerkannten Religions- oder Weltanschauungsge meinschaft (Nr. 3). Dadurch soll erreicht werden, dass der Notar, der einer Gemeinde-, Kreis- oder Kirchenvertretung angehört, nicht schlechter gestellt wird als andere Notare, die sich für die kommunale und kirchliche Arbeit nicht zur Verfügung stellen.

179 Nr. 2 und Nr. 3 n.F. ändern an der geltenden Rechtslage nichts, sondern dienen nur der Klarstellung, indem sie nicht mehr auf die Vertretungsbefugnis des betreffenden Organs abstehen. Eine Hinweispflicht, kein Mitwirkungsverbot, besteht im Fall der Zugehörigkeit zu einem nicht zur Vertretung berechtigten Organ der Gemeinde und der weiteren genannten Personen.³ Das gleiche gilt für die Mitgliedschaft in einem zur Vertretung berechtigten Organ von Gemeinde, Kreis oder Religions- oder Weltanschauungsge meinschaft, wie der Ausschluss von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 in § 3 Abs. 3 Satz 2 ausdrücklich klarstellt.⁴ Die Mitgliedschaft in vertretungsberechtigten Organen *anderer* Personen führt dagegen zu einem Mitwirkungsverbot nach Nr. 6.

180 b) **Nummer 1.** Die **Hinweispflicht** besteht ferner dann, wenn es sich um die Angelegenheit einer Person handelt, deren *nicht zur Vertretung berechtigtem Organ* der Notar angehört; ist das Organ zur Vertretung befugt, so greift Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 ein. Abs. 3 Nr. 2, 3 enthält für die dort genannten Organe eine Spezialregelung. Hierher gehört etwa die Mitgliedschaft in einem Aufsichtsrat, Beirat, Verwaltungsrat juristischer Personen⁵ des privaten und öffentlichen Rechts, in einem Parlament (Landtag, Bundestag). In Frage kommen alle Organe, gleich, ob sie verwalten, überwachen, Recht setzen.⁶

¹ Harborth/Lau DNotZ 2002, 412, 425; Kersten/Bühling-Danne § 5 Rn. 37; Rohs, S. 155; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 56.

² Lerch § 3 BeurkG Rn. 46. Umgekehrt darf ein Notar, der eine vollstreckbare Urkunde aufgenommen hat, nicht selbst daraus die Zwangsvollstreckung betreiben (OLG Köln DNotZ 1963, 631; LG Hannover DNotZ 1963, 251; Höfer/Huhn, S. 311; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 44; vgl. auch § 45 Nr. 4 BRAO).

³ BT-Drucks. 13/11034, S. 59.

⁴ Der Ausschluss des § 3 Nr. 4 a.F. in § 3 Abs. 3 Satz 2 a.F. war demgegenüber inhaltlich zwar identisch, aber nur deklaratorisch, weil § 3 Abs. 3 Nr. 2 und 3 a.F. für Gemeinden, Kreise und Kirchen eine Spezialregelung enthielt.

⁵ Zur Beurkundung von *Beschlüssen* einer Vereinigung, der der Notar angehört, siehe Rn. 38 ff.

⁶ Jansen § 3 BeurkG Rn. 50; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 58.

§ 3. Verbot der Mitwirkung als Notar

181–188 § 3

Bei Beurkundung von *Versammlungsbeschlüssen* gilt dies für die Organe der Gesellschaft nicht, weil Beschlüsse bereits nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–4 Angelegenheit der Gesellschaft und damit ihrer Organe sind.¹ Soweit der Aufsichtsrat nicht als solches Organ angesehen wird, ist der Notar, der Mitglied des Aufsichtsrats ist, nicht generell von der Beurkundung ausgeschlossen, sondern muss nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 die Beteiligten über ihr Ablehnungsrecht belehren.²

Bei sonstigen *Rechtsgeschäften* gilt für vertretungsberechtigte Organe § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und für nichtvertretungsbefugte Organe Abs. 3 Nr. 1. Wegen des Begriffs des Organs wird auf die Ausführungen oben verwiesen: Der Notar muss danach die Beteiligten über ihr Ablehnungsrecht belehren, wenn er Aufsichtsratsmitglied, Gesellschafter der GmbH oder Mitglied der Vertreterversammlung (§ 43a GenG) der am Rechtsgeschäft beteiligten AG, GmbH oder Genossenschaft ist.³

c) Nummer 2. Gehört der Notar dem Organ einer Gemeinde oder eines Kreises an, so soll er hierdurch nicht schlechter gestellt werden als andere Notare, die sich für die Kommunalarbeit nicht zur Verfügung stellen. Abs. 3 Satz 2 stellt ausdrücklich klar, dass Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 im Fall des Abs. 3 Nr. 2 nicht anwendbar ist.⁴

Es ist unerheblich, ob dem betreffenden Organ nach der jeweiligen Gemeinde- oder Kreisverfassung die Vertretungsmacht zusteht oder nicht. Damit ist der Notar einer häufig nicht ganz leichten Prüfung enthoben.⁵

Der Notar ist auch dann nicht von der Beurkundung ausgeschlossen, wenn er bei der Beschlussfassung über die Angelegenheit der Beurkundung selbst mitgewirkt hat.⁶

d) Nummer 3. Durch Abs. 3 Nr. 3 wird eine der Nr. 2 entsprechende Ausnahme begründet für die Mitgliedschaft in Organen **religiöser oder weltanschaulicher Körperschaften**⁷ des öffentlichen Rechts. Auch hier soll der Notar nicht dadurch benachteiligt werden, dass er sich für eine ehrenamtliche kirchliche Tätigkeit zur Verfügung stellt.⁸

Gehört der Notar also z.B. einem *Kirchenvorstand* an, so kann er in Angelegenheiten der Kirchengemeinde beurkunden. Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 greift gemäß Abs. 3 S. 2 nicht ein. Die Frage, ob das Organ vertretungsbefugt ist oder nicht, braucht nicht entschieden zu werden.

5. Belehrung

Der Notar soll vor der Beurkundung auf diese Gründe, die Zweifel an seiner Unparteilichkeit wecken könnten, hinweisen und fragen, ob er die Beurkundung gleichwohl vornehmen soll. Die Parteien erhalten so Gelegenheit, sich zu entscheiden, ob sie dem Notar das nötige Vertrauen entgegenbringen.⁹

¹ S. oben Rn. 41.

² Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 58.

³ S. oben Rn. 42, 85, 92.

⁴ Staudinger/Hertel Vorbem. zu §§ 127a, 128 BGB (BeurkG) Rn. 310, 312.

⁵ Zustimmend Harborth/Lau DNotZ 2002, 412, 418; Rohs, S. 157; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 62.

⁶ Eylmann/Vaasen § 3 BeurkG Rn. 62; Jansen § 3 BeurkG Rn. 51; Riedel/Feil § 3 BeurkG Anm. 24; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 63; a.A. Armbrüster/Preuß/Renner § 3 BeurkG Rn. 94; Arndt/Lerch/Sandkühler § 16 BNotO Rn. 72.

⁷ Gemäß dem Zweck des § 3 Abs. 3 gilt dies entsprechend, wenn es sich um eine religiöse oder weltanschauliche Anstalt oder Stiftung handelt; vgl. Staudinger/Hertel Vorbem. §§ 127a, 128 BGB (BeurkG) Rn. 310.

⁸ BT-Drucks. III 2183, S. 4/5; Riedel/Feil § 3 BeurkG Anm. 25.

⁹ Jansen § 3 BeurkG Rn. 52.

§ 4

1. Abschnitt. Allgemeine Vorschriften

- 189 Die Hinweispflicht besteht nicht gegenüber *allen* sachlich Betroffenen, sondern nur gegenüber denen, die *anwesend* sind. War der Notar etwa Vertreter des Eigentümers und beurkundet er eine Hypothekenbestellung durch diesen, so muss der nicht anwesende Gläubiger nicht belehrt werden.¹
- 190 Da das **Ablehnungsrecht** die Befugnis ist, den Beurkundungsauftrag zurückzunehmen, steht es nur dem zu, der die Tätigkeit des Notars in Anspruch nimmt; das ist bei Beurkundung tatsächlicher Vorgänge nur der Auftraggeber. Ein Aktionär, der an der vom Notar beurkundeten Hauptversammlung teilnimmt, kann den Notar daher nicht ablehnen, ebenso wenig derjenige, gegen den ein Protest aufgenommen wird.²
- 191 Das Ablehnungsrecht ist **zeitlich nicht beschränkt**, kann also bis zur Beendigung des Urkundsakts geltend gemacht werden;³ häufig werden sich Zweifel an der Unparteilichkeit erst während der Beurkundung ergeben.⁴
- 192 In der Urkunde ist nach Abs. 2 S. 2 zu **vermerken**, dass der Hinweis und die Belehrung erfolgt sind.⁵ Da dies bei Beginn der Beurkundung zu geschehen hat, ist der Vermerk vor dem sachlichen Inhalt aufzunehmen. Er kann etwa lauten:
- „Der Notar erklärte den Beteiligten vor der Beurkundung, dass er dem Gemeinderat der an dem Kaufvertrag beteiligten Gemeinde angehöre, und fragte sie, ob er die Beurkundung gleichwohl vornehmen solle. Die Beteiligten ersuchten den Notar um Durchführung der Beurkundung.“⁶*

§ 4 Ablehnung der Beurkundung

Der Notar soll die Beurkundung ablehnen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, insbesondere wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden.

Übersicht

	Rn.
1. Allgemeines	1
2. Vornahmepflicht und Ablehnungsrecht	2
3. Nichtigkeitsgründe	8
a) Nichtigkeit des Geschäfts	9
b) Fehlende Geschäftsfähigkeit	11
c) Weitere Fälle	12
4. Gründe, die nicht zur Unwirksamkeit führen	21
5. Verfolgung unerlaubter oder unredlicher Zwecke	28
6. Verfassungswidrigkeit einer Norm	32
7. Berechtigung zur Ablehnung	36

¹ Jansen BeurkG Rn. 54; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 66.

² Höfer/Huhn, S. 248; Jansen § 3 BeurkG Rn. 53; Kersten/Bühling-Danne § 5 Rn. 47; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 67.

³ Höfer/Huhn, S. 248; Riedel/Feil § 3 BeurkG Anm. 19; Rohs, S. 155.

⁴ Nach Vornahme des Beurkundungsakts hat für den rechtlich verhinderten Notar das Amtsgericht einzutreten, an welches der Notar zu diesem Zweck die Urkunde vorübergehend abzugeben hat (Jansen § 3 BeurkG Rn. 57).

⁵ Rohs, S. 155.

⁶ Vgl. die Muster bei Kersten/Bühling-Danne § 5 Rn. 46 M; Riedel/Feil § 3 BeurkG Anm. 28 ff.