

# Beurkundungsgesetz: BeurkG

Kommentar

Bearbeitet von  
Von Prof. Dr. Karl Winkler, Notar a.D.

19. Auflage 2019. Buch. XVIII, 884 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 73193 8

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

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

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



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.

## Zweiter Abschnitt. Beurkundung von Willenserklärungen

### Vorbemerkung zu §§ 6 bis 35

1. Der II. Abschnitt enthält den früher bundesrechtlich geregelten Teil des Beurkundungsverfahrensrechts, nämlich die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts, die früher im 10. Abschnitt des FGG, und die Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen, die früher im BGB geregelt war. Durch die Bezeichnung „Beurkundung von Willenserklärungen“ werden auch *Verfügungen von Todes wegen* zweifelsfrei erfasst.<sup>1</sup>

2. Die Vorschriften gelten **nur** für die Beurkundung von **Willenserklärungen**, d.h. 2 privater Willensäußerungen, die auf einen rechtlichen Erfolg – Entstehung, Beendigung oder Änderung eines Rechtsverhältnisses – gerichtet sind, der entsprechend dem Erfolgswillen eintritt.<sup>2</sup> Sie gelten insbesondere für die Beurkundung von Testamenten und Erbverträgen, wobei die §§ 27 f. zusätzliche Sonderregeln enthalten.

Nicht anwendbar sind sie auf die Beurkundung *sonstiger Rechtshandlungen*, die ohne 3 Rücksicht auf den Willen des Handelnden einen bestimmten Erfolg herbeiführen.<sup>3</sup> Hierher zählen vor allem die in §§ 36 ff. aufgeführten Beurkundungen, etwa Versammlungsbeschlüsse,<sup>4</sup> sofern nicht gleichzeitig in der Versammlung Willenserklärungen beurkundet werden,<sup>5</sup> Beglaubigungen von Unterschriften und Abschriften und sonstige Tatsachenbescheinigungen.<sup>6</sup> Ausgenommen hiervon sind die Abnahme von *Eiden* und die Aufnahme *eidesstattlicher Versicherungen*, für die wegen ihrer Bedeutung nach § 38 die Vorschriften des Abschnitts II entsprechend gelten.<sup>7</sup> Aber auch bei den übrigen Tatsachenbeurkundungen der §§ 36 ff. empfiehlt sich weitgehend die Beachtung der §§ 6 ff.<sup>8</sup>

3. Die Vorschriften gelten nicht nur für die Beurkundung durch den Notar, sondern 4 auch für die nach § 1 Abs. 2 sonst zuständigen Urkundspersonen.<sup>9</sup>

### DIE FACHBUCHHANDLUNG

#### 1. Ausschließung des Notars

#### § 6 Ausschließungsgründe

(1) Die Beurkundung von Willenserklärungen ist unwirksam, wenn

1. der Notar selbst,
2. sein Ehegatte,
- 2a. sein Lebenspartner,
3. eine Person, die mit ihm in gerader Linie verwandt ist und war  
oder
4. ein Vertreter, der für eine der in den Nummern 1 bis 3 bezeichneten Personen handelt,

an der Beurkundung beteiligt ist.

(2) An der Beurkundung beteiligt sind die Erschienenen, deren im eigenen oder fremden Namen abgegebene Erklärungen beurkundet werden sollen.

<sup>1</sup> BT-Drucks. V/3282, S. 29; Jansen Vorb. § 6 BeurkG Rn. 1.

<sup>2</sup> Hübner, Allg. Teil des BGB, Rn. 376; Schlegelberger § 167 FGG Anm. 1; Staudinger/Dilcher Einl. vor § 104 BGB Rn. 2ff.

<sup>3</sup> Vgl. dazu Lerch § 8 BeurkG Rn. 3.

<sup>4</sup> Siehe hierzu Armbrüster/Preuß/Renner § 6 BeurkG Rn. 2; Brox/Obermüller Betr. 1965, 731, 883, 1203; Henseler BB 1962, 1023; Lamers, DNotZ 1962, 287; Seybold/Hornig Anh. zu § 20 BNotO Rn. 146 bis 148.

<sup>5</sup> RGZ 73, 44; KG JW 1938, 2415; NJW 1959, 1446; siehe auch Seybold/Hornig Anh. zu § 20 BNotO Rn. 148; unten Vorb. § 36 Rn. 4; § 37 Rn. 14.

<sup>6</sup> Unten § 39 Rn. 9ff.

<sup>7</sup> Unten § 38 Rn. 11. Dabei ist streitig, ob § 7 im Rahmen des § 38 gilt: dafür Armbrüster/Preuß/Renner § 7 BeurkG Rn. 2; Jansen § 7 BeurkG Rn. 11; dagegen Lerch § 7 BeurkG Rn. 2, § 38 BeurkG Rn. 8.

<sup>8</sup> Unten § 37 Rn. 10, 11.

<sup>9</sup> Riedel/Feil Vor § 6 BeurkG Anm. 2.

## § 6 1–4

### 2. Abschnitt. Beurkundung von Willenserklärungen

#### Übersicht

	Rn.
1. Allgemeines .....	1
2. Geltungsbereich .....	2
3. Begriff der Beteiligung .....	5
4. Wirkung der Ausschließung .....	9
5. Die einzelnen Ausschließungsgründe .....	13
a) Nummer 1 .....	13
b) Nummer 2 .....	17
c) Nummer 2a .....	17a
d) Nummer 3 .....	18
e) Nummer 4 .....	19
6. Sonstige Unfähigkeitsgründe .....	26

#### 1. Allgemeines

- 1 Die Vorschrift hat in Abs. 1 § 170 FGG und § 2234 BGB zum Vorbild. Durch Art. 7 Nr. 8b AdoptionsG v. 2.7.1976 (BGBl. I S. 1749) wurde Abs. 1 Nr. 3 neu gefasst (in Kraft seit 1.1.1977, Art. 12 § 10). Die Vorschrift hebt aus den in § 3 genannten Mitwirkungsverboten einzelne heraus und bestimmt, dass bei der Beurkundung von Willenserklärungen ein Verstoß die **Unwirksamkeit** der Beurkundung zur Folge hat.<sup>1</sup> Das neue Recht schränkt den Katalog der Ausschließungsgründe im Interesse der Rechtssicherheit auf die Unwirksamkeitsgründe ein, die für den Kundigen *aus der Urkunde selbst ersichtlich* sind: die Beteiligung eines früheren Ehegatten oder von Personen, die mit dem Notar verschwägert oder im zweiten Grad der Seitenlinie verwandt sind, ist nicht mehr aufgeführt, da diese Personen meist andere Namen tragen als der Notar.<sup>2</sup> Hier greifen die *Mitwirkungsverbote des § 3* ein, die ohne Einfluss auf die Wirksamkeit der Beurkundung sind.<sup>3</sup> Während ein Verstoß gegen § 6 die Beurkundung *voll unwirksam* macht, führt ein Verstoß gegen § 7 nur zur teilweisen Unwirksamkeit.

#### 2. Geltungsbereich

- 2 § 6 gilt nur für die Beurkundung von **Willenserklärungen**,<sup>4</sup> also auch von Testamenten und Erbverträgen, nicht aber für die Beurkundung anderer Erklärungen, wie tatsächlicher Vorgänge, etwa von Beglaubigungen;<sup>5</sup> die Beglaubigung der eigenen Unterschrift ist jedoch nichtig, da diese Handlung nicht mit der Stellung des Notars als eines unabhängigen Trägers eines öffentlichen Amtes vereinbart ist.<sup>6</sup> Bei der Abnahme von Eiden und der Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen ist die Vorschrift entsprechend anwendbar (§ 38).
- 3 Die Vorschrift gilt nicht nur für die Beurkundung durch den Notar, sondern auch für die nach § 1 Abs. 2 **sonst zuständigen Urkundspersonen**,<sup>7</sup> auch z. B. den Bürgermeister bei Aufnahme eines Nottestaments (§ 2249 Abs. 1 S. 4 BGB). Für den Notarvertreter gilt dieselbe Regelung (§ 39 Abs. 4 BNotO). Er soll sich der Ausübung des Amtes auch insoweit enthalten, als der Beurkundung durch den von ihm vertretenen Notar § 6 entgegensteht (§ 41 Abs. 2 BNotO).<sup>8</sup>
- 4 § 6 ist entsprechend anwendbar auf den *Dolmetscher* (§ 16 Abs. 3 S. 2), *nicht* dagegen auf *Zeugen* und den zweiten Notar (§ 26); für die *Vertrauensperson* (§ 24) gilt der teilweise Unwirksamkeitsgrund der Begünstigung nach § 24 Abs. 2.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Zum Recht der früheren DDR siehe Jansen § 6 BeurkG Rn. 14; Keidel, 9. Aufl., § 170 FGG Anm. 24; oben Einl. Rn. 103.

<sup>2</sup> BT-Drucks. V/3282, S. 29; Mecke DNotZ 1968, 601; Weber DRiZ 1970, 48.

<sup>3</sup> Siehe oben § 3 Rn. 10.

<sup>4</sup> Vorb. § 6 Rn. 2.

<sup>5</sup> Grziwotz/Heinemann § 6 BeurkG Rn. 7; Höfer/Huhn, S. 238; Jansen § 6 BeurkG Rn. 4; oben Vorb. § 6 Rn. 3; unten Vorb. § 36 Rn. 11.

<sup>6</sup> Armbüster/Preuß/Renner § 6 BeurkG Rn. 2; Grziwotz/Heinemann § 6 BeurkG Rn. 7; Jansen § 40 BeurkG Rn. 24; Staudinger/Hertel Vorbem. zu §§ 127a, 128 BGB (BeurkG) Rn. 315.

<sup>7</sup> Oben § 1 Rn. 23.

<sup>8</sup> Jansen § 6 BeurkG Rn. 3.

<sup>9</sup> Vgl. Armbüster/Preuß/Renner § 6 BeurkG Rn. 7; Lerch § 6 BeurkG Rn. 2; ders. DNotZ 1968, 600; Weber DRiZ 1970, 48.

### 3. Der Begriff der Beteiligung (§ 6 Abs. 2)

Die Beteiligung ist nach § 6 Abs. 2 im **formellen** Sinn zu verstehen und entspricht dem früheren § 168 Satz 2 FGG. Formell beteiligt sind nur die vor dem Notar Erschienenen, die mündlich Erklärungen abgeben,<sup>1</sup> nicht diejenigen, deren Rechte und Pflichten durch die Erklärungen betroffen sind (materieller Begriff). Ist also derjenige, der das zu beurkundende Rechtsgeschäft abschließt, bei der Beurkundung durch einen anderen vertreten, so ist nur der Vertreter formell beteiligt.<sup>2</sup> Deshalb muss in § 6 Abs. 1 Nr. 4 besonders bestimmt werden, dass auch der ausgeschlossen ist, für den ein anderer handelt; hier kommt es nicht auf die formelle, sondern auf die *Sachbeteiligung* an.<sup>3</sup>

Wird nur äußerlich eine *Nebenvereinbarung* in einem Hauptvertrag mitbeurkundet, etwa eine Maklerlohnklausel mitaufgenommen, dann ist die Partei der Nebenvereinbarung, die nicht am Hauptvertrag beteiligt ist, etwa der Makler, nicht notwendig Beteiligter i.S. des § 6; über die Rechtsnatur entsprechender Erklärungen entscheidet nach § 6 Abs. 2 der Wille der Erschienenen.<sup>4</sup>

Kein Beteiligter ist der *Dolmetscher*, da er keine Erklärungen abgibt, vielmehr die Erklärungen der Beteiligten übersetzt. Dies ergibt sich auch aus § 16 Abs. 3 S. 3, wonach der Dolmetscher, sofern er nicht allgemein vereidigt ist, vom Notar vereidigt werden soll, es sei denn dass alle Beteiligten darauf verzichten; das Gesetz macht also einen Unterschied zwischen dem Dolmetscher und den Beteiligten. Auch die Pflicht des Notars, bei der Auswahl des Dolmetschers darauf zu achten, dass dieser kein Beteiligter ist,<sup>5</sup> wäre schlicht nicht zu erfüllen, wenn der Dolmetscher immer Beteiligter wäre.

Vom **materiellen** Beteiligungs begriff geht § 3 aus; um jedoch Unklarheiten zu vermeiden, verwendet § 3 nicht den Begriff des Beteiligten, sondern spricht von der „Angelegenheit“ einer Person.<sup>6</sup>

Besonders deutlich wird dieser Unterschied bei der Abgabe einseitiger empfangsbedürftiger Willenserklärungen, etwa eines Angebots oder der Erteilung einer Vollmacht. So ist nach § 6 Abs. 2 nur der Erklärende, also der Anbietende oder der Vollmachtgeber beteiligt, während § 3 und § 7 auch den Empfänger der Willenserklärung, also den Angebotsempfänger oder den Bevollmächtigten, erfassen. Ist also der Notar mit dem Anbietenden oder Vollmachtgeber verwandt, so ist eine trotzdem vorgenommene Beurkundung wegen § 6 unwirksam. Ist der Notar mit dem Angebotsempfänger oder dem Bevollmächtigten verwandt, so sind die §§ 3 und 7 einschlägig; die Beurkundung ist unwirksam, soweit § 7 eingreift, im Übrigen ist nur die Sollvorschrift des § 3 verletzt.

### 4. Wirkung der Ausschließung

Eine Beurkundung, die unter Mitwirkung einer ausgeschlossenen Person erfolgt ist, ist **unwirksam**. Die aufgenommene Urkunde kann also höchstens als *Privaturkunde* aufrechterhalten werden.<sup>7</sup> Ob die Unwirksamkeit der Beurkundung auch die der Willenserklärung zur Folge hat, richtet sich nach materiellem Recht. Nichtigkeit ist stets gegeben bei vorgeschriebener notarieller Beurkundung (§§ 125 ff. BGB).<sup>8</sup> Da § 925 BGB für die *Auflassung* notarielle Beurkundung nicht vorschreibt, ist die vor einem nach §§ 6, 7 ausgeschlossenen Notar erklärte Auflassung rechtwirksam; die Auflassung ist daher auch dann gültig, wenn die Beurkundung unterblieben ist oder nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht.<sup>9</sup> Der Vollzug der Urkunde im Grundbuch führt daher gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB auch

<sup>1</sup> Arnbrüster/Preuß/Renner § 6 BeurkG Rn. 6; Jansen § 6 BeurkG Rn. 2; eine von § 6 Abs. 2 abweichende Regelung enthält § 15 (unten § 15 Rn. 5).

<sup>2</sup> Haegele BeurkG, S. 74; Kersten/Bühling/Danne § 5 Rn. 3; Rohs, S. 116.

<sup>3</sup> Rn. 19.

<sup>4</sup> BGH DB 1963, 64 = BB 1963, 9; NJW-RR 1991, 820 = DNotZ 1992, 411.

<sup>5</sup> Zimmermann in Beck'sches Notar-Handbuch, Teil H Rn. 32.

<sup>6</sup> Oben § 3 Rn. 2.

<sup>7</sup> Jansen § 6 BeurkG Rn. 11; Lerch § 6 BeurkG Rn. 3; Ötker RheinZ 1924, 157; vgl. Haegele Rpfluger 1969, 369; Habscheid FG, S. 245.

<sup>8</sup> OLG Hamm DNotZ 1956, 103 = Rpfluger 1956, 310.

<sup>9</sup> RGZ 99, 65, 67; 132, 406, 408; BGHZ 22, 312, 315 = NJW 1957, 459; BGH NJW 1992, 1101 = DNotZ 1993, 55; BayObLG MittBayNot 1994, 39, 40; Demharter § 20 GBO Rn. 27; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann § 20 GBO Rn. 115; Lerch § 6 BeurkG Rn. 3; Melcher BWNotZ 1960, 228; Staudinger/Winkler, 11. Aufl., Art. 141 EGBGB Rn. 11; vgl. Staudinger/Schumacher § 311b Abs. 1 BGB Rn. 270. A.A. OLG München ZEV 2017, 280 mit Anm. Reimann, nach dem für die Auflassung eine Zeugnisurkunde vorgeschrieben ist, für die §§ 6 ff. einzuhalten sind (Genske notar 2017, 170).

## § 6 10–16

### 2. Abschnitt. Beurkundung von Willenserklärungen

zur Heilung des Kaufvertrags.<sup>1</sup> Das Grundbuchamt kann den Vollzug der Urkunde aber dann verweigern, wenn der Vertrag nach § 139 BGB insgesamt nichtig ist, weil nicht anzunehmen ist, dass der formgültige Teil „Auflösung“ auch ohne den formnichtigen Teil vorgenommen worden wäre.<sup>2</sup>

- 10 Haben die Beteiligten die Form der Beurkundung *vereinbart*, so ist es Auslegungsfrage, ob die Willenserklärung wirksam ist, wenn eine ausgeschlossene Person mitgewirkt hat. Entscheidend ist, ob die Parteien die notarielle Form als Bedingung für den Rechtsbestand des Vertrags vereinbart haben, wovon die gesetzliche Auslegungsregel des § 125 BGB ausgeht, oder nur zum Zweck der Beweissicherung. Im ersten Fall ist die Willenserklärung nichtig, im zweiten Fall bleibt die Urkunde als Privaturkunde wirksam und besteht ein Anspruch auf Nachholung der Form.<sup>3</sup>
- 11 Im *Auseinandersetzungsverfahren* nach § 363 FamFG kann die nachträgliche Entdeckung der Verletzung der Vorschrift zur Versagung der Bestätigung führen oder die sofortige Beschwerde gegen die Bestätigung rechtfertigen (§ 372 FamFG).<sup>4</sup>
- 12 Der Mangel ist regelmäßig in dem Verfahren geltend zu machen, in dem die Urkunde als öffentliche verwertet werden soll. Findet aus einer Urkunde die Zwangsvollstreckung statt, so ist der Mangel im Wege der Einwendungen nach den §§ 767, 797 Abs. 4, 5 ZPO geltend zu machen.<sup>5</sup>

#### 5. Die einzelnen Ausschließungsgründe

- 13 a) **Nummer 1.** Der Notar ist ausgeschlossen von der Beurkundung von Willenserklärungen, die er selbst abgibt, gleich ob im eigenen oder fremden Namen. Er kann daher weder einen von ihm in eigener Person abzuschließenden Vertrag beurkunden noch zwischen Dritten, wenn er einen davon bei der Verhandlung vertritt.<sup>6</sup>
- 14 Ein Notar, der Gläubiger ist, kann nicht seine eigene, zugunsten seines Schuldners abgegebene Löschungsbewilligung beurkunden;<sup>7</sup> ein als Insolvenzverwalter fungierender Notar ist nicht durch § 6, wohl aber durch § 3 gehindert, Vertragsanträge eines Dritten an die Insolvenzmasse zu beurkunden, da der Angebotsempfänger formell nicht beteiligt ist.<sup>8</sup>
- 15 Der Notar, der es übernimmt, die zum Abschluss eines Vertrags erforderliche Genehmigung des Betreuungs- bzw. Familiengerichts nach § 1829 BGB dem Vertragsgegner mitzuteilen, handelt hierbei als Vertreter des Vormunds, Betreuers oder Pflegers. § 6 steht daher der Beurkundung der Mitteilung entgegen. Es handelt sich hier aber um eine nicht unter das BeurkG fallende Eigenbeurkundung des Notars.<sup>9</sup> Aber auch wenn man annimmt, die so wirkte Mitteilung habe nur privatschriftlichen Charakter,<sup>10</sup> so ist das ohne praktische Bedeutung, da die Mitteilung der Genehmigung keiner besonderen Form bedarf.<sup>11</sup> Es empfiehlt sich etwa folgende Formulierung: „Der Notar wird beauftragt, die betreuungs- bzw. familiengerichtliche Genehmigung einzuholen, vom Betreuungs- bzw. Familiengericht in Empfang zu nehmen und dem anderen Teil mitzuteilen. Dieser bevollmächtigt den Notar zur Empfangnahme der Mitteilung.“<sup>12</sup>
- 16 Zur Anwendbarkeit des § 6 auf den Notar, der eine Versteigerung vornimmt und den Zuschlag erteilt und beurkundet, siehe § 15 Rn. 4, 9.

<sup>1</sup> Dazu DNotI-Rep. 1996, 119.

<sup>2</sup> OLG Karlsruhe NotBZ 2014, 295, 296.

<sup>3</sup> BGH DNotZ 1963, 314; Palandt/Ellenberger § 125 BGB Rn. 12; vgl. Winkler DNotZ 1969, 395.

<sup>4</sup> Keidel/Zimmermann § 372 FamFG Rn. 15; vgl. auch Ihrig MittBayNot 2012, 353, 356; oben § 3 Rn. 54.

<sup>5</sup> Lerch § 6 BeurkG Rn. 3.

<sup>6</sup> Armbrüster/Preuß/Renner § 6 BeurkG Rn. 8.

<sup>7</sup> OLG Zweibrücken Rpfleger 1982, 276.

<sup>8</sup> RGZ 49, 127, 129; Lerch § 6 BeurkG Rn. 6; Ötker RheinZ 1924, 161; oben Rn. 7; oben § 3 Rn. 14.

<sup>9</sup> Armbrüster/Preuß/Renner § 6 BeurkG Rn. 8; Lerch § 6 BeurkG Rn. 7; Reithmann, Allg. Urkundenrecht, S. 28 ff.; oben § 1 Rn. 6, § 3 Rn. 155, 156.

<sup>10</sup> BayObLGZ 3, 439; 16, 139; 17, 172; Keidel, 9. Aufl., § 170 FGG Anm. 15.

<sup>11</sup> Höfer/Huhn, S. 240; ausführlich oben § 3 Rn. 61. Wirksam – aber nach § 3 Abs. 1 Nr. 5 unzulässig – wäre die Beurkundung der Erklärung des Vertragsgegners, dass dieser von ihm als Bevollmächtigter des Vormunds oder Pflegers die Mitteilung von der Genehmigung empfangen habe.

<sup>12</sup> Vgl. BGH NotBZ 2016, 114; OLG Jena NotBZ 2016, 115; Daimer/Reithmann Rn. 241; Jansen § 18 BeurkG Rn. 46 sowie Haegle GrV Rn. 513; zur Kenntlichmachung der Empfangnahme der Mitteilung nach außen s. OLG Zweibrücken DNotZ 1971, 731 und Haegle GrV Rn. 513.

Durch eine (frühere) Beurkundung als solche wird der Notar nicht „beteiligt“ i.S. des § 6, d.h. er ist nicht gehindert, in der Haupturkunde eines anderen Notars Beteiligter gem. § 6 Abs. 2 zu sein, wenn darin nach § 13a auf eine Niederschrift verwiesen wird, die er errichtet hat; gemäß §§ 13a, 9 Abs. 1 S. 2 gilt seine in Bezug genommene Niederschrift als in der Niederschrift des diese beurkundenden Notars enthalten, also als dessen Niederschrift; der Notar kann daher durch Beurkundung bei einem anderen Notar eine Eigentumswohnung erwerben, deren Teilungserklärung und/oder Baubeschreibung er früher beurkundet hat und auf die bei Beurkundung des Bauträgerkaufvertrags gemäß § 13a verwiesen wird.

**b) Nummer 2.** Nr. 2 greift ein, wenn der **Ehegatte** des Notars beteiligt ist, gleich ob er Erklärungen im eigenen oder fremden Namen abgibt; beurkundet der Notar Erklärungen seines früheren Ehegatten oder seiner Verlobten, so ist dies wirksam, aber nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 unzulässig. Ehe ist seit Änderung des § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB<sup>1</sup> das auf Lebenszeit angelegte Zusammenleben von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts, wenn sie vor dem Standesbeamten geschlossen wird; bis 31.9.2017 konnte sie nur von Mann und Frau geschlossen werden.

**c) Nummer 2a.**<sup>2</sup> Nr. 2a greift ein, wenn der eingetragene Lebenspartner des Notars beteiligt ist, gleich, ob er Erklärungen im eigenen oder fremden Namen abgibt; beurkundet der Notar Erklärungen seines früheren Lebenspartners, so ist dies wirksam, aber nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2a unzulässig.<sup>3</sup>

**d) Nummer 3.** Der Notar ist ferner ausgeschlossen, wenn seine mit ihm in gerader Linie **Verwandten** Erklärungen im eigenen oder fremden Namen abgeben; zur Verwandtschaft siehe § 3 Rn. 38f. Der Ausschließungsgrund bleibt auch nach dem **Erlöschen** der Verwandtschaft bestehen, etwa gegenüber den bisherigen Verwandten durch Adoption (§ 1755 BGB) oder gegenüber den Adoptiveltern bei Aufhebung der Adoption (§ 1764 Abs. 2 BGB).

**e) Nummer 4.** Werden die zu beurkundende Erklärungen nicht vom Notar selbst oder seinen Angehörigen abgegeben, sondern von ihrem bevollmächtigten oder gesetzlichen **Vertreter**, so ist nur dieser und nicht der Vertretene formell beteiligt i.S. des § 6 Abs. 2. Um den Notar auch in diesem Fall auszuschließen, bedurfte es daher der weiteren Bestimmung in Nr. 4, dass der Notar auch dann verhindert ist, wenn für ihn oder seine Angehörigen ein Vertreter handelt.

Es kommt immer nur darauf an, dass der Vertreter für den Notar oder dessen Angehörige **handelt**, also Erklärungen abgibt; das ist nicht der Fall, wenn er zwar Vertretungsmacht hat, diese aber nicht ausübt, etwa wenn er den Notar oder dessen Verwandte in einer **anderen** Sache vertritt oder dessen Generalbevollmächtigter ist.<sup>4</sup>

Hat der Notar, der Bevollmächtigter ist, nunmehr einer anderen Person **Untervollmacht** erteilt, so darf der Notar nach der h.L. dann ebenfalls nicht beurkunden;<sup>5</sup> zwar handelt der Unterbevollmächtigte regelmäßig im Namen des Vertretenen und nicht des Hauptbevollmächtigten,<sup>6</sup> aber eben doch mittelbar über dessen Person; etwas anderes gilt nur im Fall der sog. Ersatzbevollmächtigung, die zu einem Ausscheiden des Notars als Bevollmächtigten führt.<sup>7</sup> Wollte man anders entscheiden, weil § 6 Abs. 2 nur auf den formell Beteiligten abstellt und der Unterbevollmächtigte lediglich den Geschäftsherrn vertritt und nicht den Hauptbevollmächtigten,<sup>8</sup> wäre eine Umgehung allzu leicht möglich.

<sup>1</sup> Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts v. 28.7.2017 (BGBl. I S. 2787).

<sup>2</sup> Eingefügt durch § 15 Nr. 2 des Lebenspartnerschaftsgesetzes vom 16.2.2001 (BGBl. I S. 266), in Kraft seit 1.8.2001.

<sup>3</sup> Oben § 3 Rn. 65a.

<sup>4</sup> Armbrüster/Preuß/Renner § 6 BeurkG Rn. 15; Jansen § 6 BeurkG Rn. 9; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 44.

<sup>5</sup> OLG Hamm DNotZ 1956, 103 mit Anm. Keidel = Rpfleger 1956, 310 mit Anm. Haegele; Eylmann/Vaasen/Miermeister/de Buhr § 6 BeurkG Rn. 7; Höfer/Huhn, S. 239; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 64; Staudinger/Hertel Vorbem. zu §§ 127a, 128 BGB (BeurkG) Rn. 318; a.A. Armbrüster/Preuß/Renner § 6 BeurkG Rn. 15; Lerch § 6 BeurkG Rn. 13.

<sup>6</sup> Siehe dazu Keidel DNotZ 1956, 106.

<sup>7</sup> Oben § 3 Rn. 60.

<sup>8</sup> So Armbrüster/Preuß/Renner § 6 BeurkG Rn. 15; Lerch § 6 BeurkG Rn. 13.

## § 6 22–26

### 2. Abschnitt. Beurkundung von Willenserklärungen

- 22 Es ist unerheblich, ob eine wirksame Vertretung besteht; Vertreter ist jeder, der für einen anderen auftritt, also auch der Vertreter ohne Vertretungsmacht,<sup>1</sup> der Geschäftsführer ohne Auftrag.<sup>2</sup> Ausgeschlossen ist daher ein Notar bei Beurkundung eines Kaufvertrags über ein Grundstück, das er als Testamentsvollstrecker verwaltet und den er nachträglich genehmigen muss.<sup>3</sup>
- 23 Einem Vertreter gleichzustellen ist auch der **Verwalter kraft Amtes**, z.B. der Testamentsvollstrecker, Insolvenzverwalter, Nachlassverwalter oder Zwangsverwalter.<sup>4</sup> Unterliegt daher das Vermögen von Verwandten des Notars einer solchen Verwaltung, so kann er die sich dafür beziehenden Erklärungen des Verwalters nicht beurkunden.<sup>5</sup>
- 24 Nicht ausgeschlossen nach Nr. 4 ist der Notar, der Mitglied einer **juristischen Person** (AG, KGaA, GmbH, e.V., Genossenschaft) oder eines ihrer Organe ist, von der Beurkundung von Erklärungen anderer Mitglieder dieser Organe, da diese nicht die Mitglieder oder Organe, sondern die juristische Person vertreten.<sup>6</sup> Handelt etwa ein anderes Vorstandsmitglied, ein von diesem bevollmächtigter Vertreter<sup>7</sup> oder ein Prokurist, so handeln diese Personen nicht als Vertreter des Notars, sondern als Vertreter der juristischen Person.<sup>8</sup> Nicht ausgeschlossen ist der Notar, der Mitglied des Kirchenvorstandes ist, von der Beurkundung eines Vertrags der Kirchengemeinde,<sup>9</sup> der Notar, der Mitglied des Gemeinderats ist, von der Beurkundung eines Vertrags der Gemeinde.<sup>10</sup>
- 25 Wenn der Notar oder seine Angehörigen dagegen Mitglieder eines **nicht rechtsfähigen** Vereins, einer BGB-Gesellschaft, OHG oder KG sind, kann der Notar die von seinen Mitgesellschaftern für die Gesellschaft abgegebenen Erklärungen nicht beurkunden, da diese die Gesamtheit der Gesellschafter, also auch ihm oder seine Verwandten, vertreten.<sup>11</sup>

## 6. Sonstige Unfähigkeitsgründe

- 26 Ein blinder<sup>12</sup> oder geisteskranker<sup>13</sup> Notar kann bei der Beurkundung nicht mitwirken. Seine Beurkundungen sind als nichtig anzusehen. Dies folgt daraus, dass er nur das beurkunden darf, was er selbst wahrzunehmen imstande ist und infolge der besonderen Aufgaben des Notars hier eine wirksame Amtsausübung nicht möglich ist.<sup>14</sup> Bei anderen Gebrechen, wie Geistesschwäche, Stummheit oder Taubheit, ist eine wirksame Beurkundung erst dann zu verneinen, wenn der Notar seines Amtes entthoben ist.<sup>15</sup>

<sup>1</sup> KG DNotZ 1935, 656 = JW 1935, 2068.

<sup>2</sup> Höfer/Huhn, S. 239; Ötker, RheinZ 1924, 161.

<sup>3</sup> KG DNotZ 1935, 656 = JW 1935, 2068.

<sup>4</sup> Grziwotz/Heinemann § 6 BeurkG Rn. 12. Die Beantwortung der Frage kann nicht davon abhängen, ob man der Amtstheorie, der Vertretertheorie oder der Vermittlungstheorie folgt; vgl. MüKo/Schramm vor § 164 BGB Rn. 9 ff.

<sup>5</sup> Eylmann/Vaasen/Miermeister/de Buhr § 6 BeurkG Rn. 7; Jansen § 6 BeurkG Rn. 9; Lerch § 6 BeurkG Rn. 10; Staudinger/Hertel Vorbem. zu §§ 127a, 128 BGB (BeurkG) Rn. 318.

<sup>6</sup> OLG Hamm DNotZ 1956, 104; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 21.

<sup>7</sup> Und zwar auch dann, wenn der Urkundsbeteiligte als Bevollmächtigter des Vorstands auftritt, dessen Mitglied der Notar ist; denn auch in diesem Fall ist der Beteiligte Vertreter der juristischen Person und nicht des Vorstands (vgl. RGZ 108, 405).

<sup>8</sup> Jansen § 6 BeurkG Rn. 10; Schippel/Bracker/Schäfer § 16 BNotO Rn. 32; siehe aber § 3 Abs. 1 Nr. 5. Der Notar, der Prokurist ist, kann Erklärungen des Inhabers der Firma oder der Vertreter der Gesellschaft beurkunden (Oberneck, Notarrecht, S. 187, 203).

<sup>9</sup> RG ZBlFG 18, 293.

<sup>10</sup> Hornig DNotZ 1952, 151; siehe auch RG Recht 1911 Nr. 1370; BayObLG JFG 3, 241; Espine Bay-NotV 1924, 405; Bourrier BayNotV 1925, 21; Josef BayNotV 1926, 11; Oberneck NotR 184ff; ferner BayObLG DJZ 1925, 520; s. auch Saage, Zur Urkundstätigkeit des einem Gemeinde- oder Kreisorgan angehörenden Notars (zu § 16 BNotO), DNotZ 1962, 232.

<sup>11</sup> Kersten/Bühlung/Danne § 5 Rn. 12; Lerch § 6 BeurkG Rn. 12.

<sup>12</sup> Für Blinde: RG HRR 1935 Nr. 1165; OLG Oldenburg DNotZ 1962, 564; BGHZ 38, 347, 352 = NJW 1963, 1010 = DNotZ 1963, 504; Schippel/Bracker/Schäfer § 50 BNotO Rn. 28.

<sup>13</sup> Für Geisteskranke: OLG Frankfurt Recht 1907 Nr. 3190; Schlegelberger Vor § 170 FGG Anm. 1; Schippel/Bracker/Schäfer § 50 BNotO Rn. 29; Soergel/J. Mayer § 6 BeurkG Rn. 11; a.M. Jansen § 6 BeurkG Rn. 13; Palandt/Heinrichs (zuletzt in der 50. A.) § 6 BeurkG Anm. 5.

<sup>14</sup> BGHZ 38, 347, 352 = NJW 1963, 1010 = DNotZ 1963, 504, 507; Lerch § 6 BeurkG Rn. 14, der dies auch bei Taubheit annimmt; a.A. Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 19 II 2.

<sup>15</sup> Vgl. §§ 47 Nr. 6, 50 Abs. 1 Nr. 6, 55 Abs. 2 S. 2 BNotO; vgl. Schippel/Bracker/Schäfer § 50 BNotO Rn. 14; § 47 BNotO Rn. 9; J. Mayer § 6 BeurkG Rn. 11. Vgl. hierzu auch § 26, aus dem sich folgender Schluss ziehen lässt: Während in Abs. 1 Mitwirkungsverbote, die auch den Notar treffen können, für den zweiten Notar eigens aufgeführt sind, geht Abs. 2 davon aus, dass die erwähnten Gebrechen einer wirksa-

Amtshandlungen eines **Notariatsverwalters** sind nicht deswegen ungültig, weil sie gegen das Verbot verstößen, nach Ablauf von 3 Monaten seit der Bestellung neue Notargeschäfte vorzunehmen,<sup>1</sup> ebenso wenig Amtshandlungen eines vorläufig des Amts enthobenen Notars (§ 55 Abs. 2 BNotO) oder eines Vertreters, wenn die für seine Bestellung erforderlichen Voraussetzungen nicht vorhanden waren oder später weggefallen sind (§ 44 Abs. 2 BNotO).

## § 7 Beurkundungen zugunsten des Notars oder seiner Angehörigen

Die Beurkundung von Willenserklärungen ist insoweit unwirksam, als diese darauf gerichtet sind,

1. dem Notar,
  2. seinem Ehegatten oder früheren Ehegatten,
  - 2a. seinem Lebenspartner oder früheren Lebenspartner oder
  3. einer Person, die mit ihm in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist oder war,
- einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen.

### Übersicht

	Rn.
1. Allgemeines .....	1
2. Rechtlicher Vorteil .....	3
a) Begriff .....	3
b) Wirtschaftliche Besserstellung .....	5
c) Unmittelbare Folge .....	6
d) Einzelfälle .....	7
3. Ausgeschlossene Personen .....	11
4. Folgen eines Verstoßes .....	12

### 1. Allgemeines

Während ein Verstoß gegen § 6 die Beurkundung voll unwirksam macht, tritt diese Folge im Fall des § 7 nur **teilweise** ein, nämlich insoweit, als durch ein beurkundetes Rechtsgeschäft der Notar oder nahe Angehörige begünstigt werden. Die Vorschrift entspricht den früheren § 171 FGG und § 2235 BGB mit der Abweichung, dass sie auf Verwandte im dritten Grad der Seitenlinie erstreckt worden ist.<sup>2</sup> Durch Art. 7 Nr. 8c AdoptG v. 2.7.1976 (BGBl. I S. 1749) wurden in § 7 Nr. 3 nach dem Wort „ist“ die Worte „oder war“ eingefügt (in Kraft seit 1.1.1977, Art. 12 § 10).

§ 7 geht im Gegensatz zu § 6 von der *materiellen Beteiligung* aus<sup>3</sup> und kommt immer erst dann zum Zug, wenn andere Personen als die formell Beteiligten (§ 6 Abs. 2) Rechte erwerben. § 7 ist entsprechend anwendbar auf den *Dolmetscher* (§ 16 Abs. 3 S. 2), nicht dagegen auf Zeugen und den *zweiten Notar* (§ 26); für die *Vertrauensperson* gilt § 24 Abs. 2. Bei der Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen ist neben § 7 auch § 27 zu beachten. Streitig ist, ob § 7 auch im Rahmen des § 38 (Eide, eidesstattliche Versicherungen) gilt.<sup>4</sup>

### 2. Rechtlicher Vorteil

**a) Begriff.** Die Formulierung des § 7 vermeidet den Begriff der begünstigenden Verfügung wie früher § 171 FGG und stellt klar, dass alle Willenserklärungen in Betracht kommen, die einer Person einen rechtlichen Vorteil verschaffen, also *ihre Rechte erweitern* oder *ihre Verpflichtungen vermindern*. Hierher zählen daher nicht nur Verfügungen, sondern auch

men Mitwirkung an der Beurkundung als zweiter Notar entgegenstehen; erst recht muss dies für den beurkundenden Notar selbst gelten.

<sup>1</sup> § 56 Abs. 2 BNotO; KG DNotZ 1967, 712; Jansen § 6 BeurkG Rn. 13.

<sup>2</sup> Zum Recht der früheren DDR vgl. Keidel, 9. Aufl., § 171 FGG Anm. 15, 16 und oben Einl. Rn. 103; BGHZ 134, 230, 236 = NJW 1997, 946 = MittBayNot 1997, 248 mit Ann. Winkler.

<sup>3</sup> Vgl. RGZ 88, 147, 150; 121, 30, 34; 155, 172, 179; BayObLGZ 1955, 155, 161 = DNotZ 1956, 209; Armbrüster/Preuß/Renner § 7 BeurkG Rn. 3; Harborth/Lau DNotZ 2002, 412, 413; oben § 6 Rn. 5.

<sup>4</sup> Dafür Armbrüster/Preuß/Renner § 7 BeurkG Rn. 2; Jansen § 7 BeurkG Rn. 11; dagegen Lerch § 7 BeurkG Rn. 2; § 38 BeurkG Rn. 8; allg. hierzu DNotI-Rep. 1999, 101.

## § 7 4–6

### 2. Abschnitt. Beurkundung von Willenserklärungen

Verpflichtungsgeschäfte, z.B. nicht nur die Abtretung einer Forderung, sondern auch die darauf gerichtete Verpflichtung.<sup>1</sup> Der Vorteil muss nicht auf vermögensrechtlichem Gebiet liegen,<sup>2</sup> sondern ist auch z.B. im familienrechtlichen Bereich möglich,<sup>3</sup> z.B. Verschaffung des Sorgerechts.<sup>4</sup>

- 4 Nicht erforderlich ist eine auf Zuwendung eines Vorteils gerichtete *Absicht* oder auch nur Kenntnis der Beteiligten.<sup>5</sup> Es genügt, dass nach der **objektiven** Rechtslage aus dem Rechtsgeschäft ein Vorteil erwächst oder ein Recht abzuleiten ist.
- 5 **b) Wirtschaftliche Besserstellung.** Auf eine wirtschaftliche Besserstellung kommt es *nicht* an, so dass es unerheblich ist, ob dem Vorteil Verpflichtungen gegenüberstehen<sup>6</sup> und sich an den Erwerb, wie regelmäßig, Verbindlichkeiten knüpfen. Der Begriff beschränkt sich nicht auf Schenkungen und reine Vermehrungen des Vermögens oder der Rechte.<sup>7</sup>
- 6 **c) Unmittelbare Folge.** Der rechtliche Vorteil muss sich unmittelbar aus der in der Urkunde niedergelegten Willenserklärung ergeben und nicht erst als deren Folge eintreten oder gar erst eintreten können.<sup>8</sup> Hieran fehlt es nach wohl h.L. etwa im Hinblick auf die Benennung zum Vormund gem. § 1776 BGB, zum Gegenvormund oder zum Betreuer, weil die benannte Person durch das Familien- bzw. Betreuungsgericht erst noch bestellt werden muss, der Erwerb des „Amtes“ also nur mittelbare Folge des Urkundgeschäfts ist.<sup>9</sup> Das OLG Düsseldorf hat die bisher noch nicht entschiedene Frage, ob die Beurkundung eines Erb- und Pflichtteilsverzichts für andere Erb- und Pflichtteilsberechtigte einen rechtlichen Vorteil i.S. des § 7 begründet, verneint, weil sich zwar die Rechtsstellung des eingesetzten Erben verbessere, was aber nur eine mittelbare, von weiteren Voraussetzungen abhängige Folge des Verzichts sei.<sup>10</sup> Der Notar ist durch § 7 zwar gehindert, eine Bürgschaft für eine Schuld zu beurkunden, deren Gläubiger er ist, nicht aber, wenn er der Schuldner ist.<sup>11</sup> Unter § 7 fällt nicht ein rechtlicher Vorteil, der einer juristischen Person eingeräumt wird, deren Mitglied oder Vertreter der Notar oder seine Angehörigen sind;<sup>12</sup> da sie nicht ihm oder den Angehörigen selbst eingeräumt werden, kommen sie ihnen nur mittelbar über die juristische Person zugute.<sup>13</sup> Handelt es sich dagegen um eine nicht rechtsfähige Vereinigung, etwa eine BGB-Gesellschaft,<sup>14</sup> OHG, KG, so erwerben den Vorteil unmittelbar die Mitglieder.<sup>15</sup>

<sup>1</sup> Vgl. Fuchs ZBIFG 6, 489; Schlegelberger § 171 FGG Anm. 1; Staudinger/Hertel Vorbem. zu §§ 127a, 128 BGB (BeurkG) Rn. 322; DNotl-Rep. 2012, 143.

<sup>2</sup> BGH ZEV 2012, 657; Armbrüster/Preuß/Renner § 7 BeurkG Rn. 3; Schlegelberger § 171 FGG Anm. 7.

<sup>3</sup> KGJ 51, 91; unten Rn. 6, 7.

<sup>4</sup> OLG Frankfurt a.M. NotBZ 2016, 394.

<sup>5</sup> BGH ZEV 2012, 657 = DNotZ 2013, 149 = NotBZ 2013, 19 = MittBayNot 2013, 166; OLG Stuttgart NotBZ 2012, 232 = ZEV 2012, 486; Armbrüster/Preuß/Renner § 7 BeurkG Rn. 3; Pelikan notar 2014, 162; Schlegelberger § 171 FGG Anm. 3; Staudinger/Hertel Vorbem. zu §§ 127a, 128 BGB (BeurkG) Rn. 322; a.M. Eylmann/Vaasen/Miermeister/de Buhr § 7 BeurkG Rn. 4; Riedel/Feil § 7 BeurkG Anm. 5.

<sup>6</sup> RGZ 88, 147, 150; KG OLG 5, 192; Armbrüster/Preuß/Renner § 7 BeurkG Rn. 3; Höfer/Huhn, S. 240; Jansen § 7 BeurkG Rn. 4; Lerch § 7 BeurkG Rn. 4; Reimann DNotZ 1990, 433, 434; Riedel/Feil § 7 BeurkG Anm. 5.

<sup>7</sup> BGH ZEV 2012, 657; BGH ZEV 2012, 657; Schlegelberger § 171 FGG Anm. 2–11; Seybold/Hornig § 16 BNotO Anm. 13.

<sup>8</sup> RGZ 88, 147, 151; BGHZ 134, 230, 237 = NJW 1997, 946 = ZEV 1997, 113 mit Anm. Kummer = DNotZ 1997, 466 mit Anm. Reimann = MittBayNot 1997, 248 mit Anm. Winkler; BGH ZEV 2012, 657; BayObLG DNotZ 1956, 209; DNotl-Rep. 1999, 101; OLG Stuttgart NotBZ 2012, 232 = ZEV 2012, 486.

<sup>9</sup> KGJ 51, 91; Armbrüster/Preuß/Renner § 7 BeurkG Rn. 4; Bamberger/Roth/Litzenberger § 7 BeurkG Rn. 4; a.A. Lerch § 7 BeurkG Rn. 6; zweifelnd Eylmann/Vaasen/Miermeister/de Buhr § 7 BeurkG Rn. 8; Staudinger/Hertel Vor § 127a, 128 (BeurkG) Rn. 323; ausführlich DNotl-Rep. 2012, 143; unten Rn. 7.

<sup>10</sup> OLG Düsseldorf MittBayNot 2014, 281 mit Anm. Winkler = NotBZ 2014, 54; Ganter DNotZ 2016, 483; Pelikan notar 2014, 163.

<sup>11</sup> Armbrüster/Preuß/Renner § 7 BeurkG Rn. 4; Höfer/Huhn § 7 BeurkG Anm. 5; Jansen § 7 BeurkG Rn. 8; Seybold/Hornig § 16 BNotO Anm. 13; a.M. Keidel, 9. Aufl., § 171 FGG Anm. 7.

<sup>12</sup> In diesen Fällen greift jedoch zum Teil § 3 ein.

<sup>13</sup> Anders ist es, wenn der Notar oder seine Angehörigen wirtschaftlich Inhaber der juristischen Person sind; vgl. § 3 Rn. 21.

<sup>14</sup> Durch die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft (dazu Palandt/Sprau § 705 BGB Rn. 23ff.) hat sich daran nichts geändert (vgl. oben § 3 Rn. 34, 63).

<sup>15</sup> Vgl. § 3 Rn. 22, 40.